

Andreas Abegg / Reto Walther

Grenzwasserkraft – Gehalt und Grenzen des aussenpolitischen Zusammenwirkens von Bund und Kantonen

Herausgeber: Prof. Dr. Andreas Abegg (ZHAW)
Prof. Dr. Sebastian Heselhaus (Universität Luzern)
Prof. Dr. Peter Hettich (Universität St. Gallen)
Prof. Dr. Johannes Reich (Universität Zürich)

Andreas Abegg

Prof. Dr. iur., LL.M. (Frankfurt), RA, Leiter des Zentrums für öffentliches Wirtschaftsrecht an der ZHAW, Titularprofessor für öffentliches Recht der Universität Luzern (andreas.abegg@zhaw.ch)

Reto Walther

Dr. iur., Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für öffentliches Wirtschaftsrecht der ZHAW (reto.walther@zhaw.ch)

**Grenzwasserkraft –
Gehalt und Grenzen
des aussenpolitischen
Zusammenwirkens
von Bund und Kantonen**

Umschlagbild: Rheinkraftwerk Eglisau (Adobe Stock, fototrm12)

Publiziert von:

Dike Verlag

Weinbergstrasse 41

CH-8006 Zürich

www.dike.ch

Text © Andreas Abegg/Reto Walther 2023

ISBN (Paperback): 978-3-03891-540-9

ISBN (PDF): 978-3-03929-026-0

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-026-0>



Dieses Werk ist lizenziert unter
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.



Vorwort

Die Dekarbonisierung unserer Gesellschaft führt zu einem steigenden Strombedarf, den es mit «grüner» Energie zu stillen gilt. Die Abkehr von fossilen Energieträgern hat im Verlauf des Jahres nochmals deutlich an Dringlichkeit gewonnen; ebenso die Notwendigkeit, für die Stromversorgung der Schweiz nicht auf Importe angewiesen zu sein. Die hierzulande traditionell bedeutsame Wasserkraftnutzung wird daher weiter an Bedeutung gewinnen.

Aus rechtlicher Sicht stellen sich bei der Wasserkraftnutzung besondere Fragen, wenn Grenzgewässer genutzt werden sollen. An Grenzgewässern sind alle Anrainerstaaten interessiert und berechtigt. Ihre Nutzung wird mithin zu einer Frage, die zwischenstaatlich zu regeln ist. Einerseits stellen sich hier völkerrechtliche Fragen, andererseits muss sich der aussenpolitisch zuständige Bund der Herausforderung stellen, die Interessen der landesrechtlich am Wasser berechtigten Kantone bestmöglich zu wahren. Der vorliegende Beitrag widmet sich letzterem Fragenkomplex. Er behandelt das kooperative Zusammenwirken von Bund und Kantonen im Bereich der Grenzwasserkraftnutzung und zeigt den Gehalt und die Grenzen des Rechts auf.

Wir danken Roman Mayer, Vizedirektor und Leiter der Abteilung Recht und Sachplanung des Bundesamts für Energie, und Silvia Gerber, ehemalige Leiterin Wasserrecht beim BFE. Nachdem Roman Mayer das Thema an uns herangetragen hatte, stand uns Silvia Gerber bei der anfänglichen Erschliessung des «Grenzwasserkraft-Rechts» fachkundig zur Seite. Ebenso gilt unser Dank allen Kolleginnen und Kollegen, die unser Manuskript in verschiedenen Stadien kritisch durchleuchteten. Schliesslich bedanken wir uns beim Verlag und seinen Mitarbeitenden für die umsichtige Drucklegung des vorliegenden Beitrags.

Im November 2022

Andreas Abegg und Reto Walther

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	III
I. Einleitung	1
II. Vorbemerkungen zur völkerrechtlichen Ordnung	5
III. Zusammenwirken von Bund und Kantonen	9
1. Die Grundordnung	9
2. Das Beispiel der Nutzung der Kraft von Grenzgewässern	11
3. Unbestimmtheit des rechtlichen Rahmens	13
IV. Informations- und Konsultationspflichten des Bundes	17
1. Vorbemerkungen	17
2. Information der Kantone	19
3. Keine Mitwirkung der Kantone bei der Vorbereitung von Verhandlungsmandaten und bei Verhandlungen	21
4. Entscheid unter Einbezug der Gemeinwesen und der Kantone	22
5. Mitwirkungs- und Treuepflichten der Kantone	23
V. Streitbeilegung	25
VI. Schlussbemerkungen	31

I. Einleitung

Der möglichst «rationellen»¹ Energieerzeugung mittels Fliess-, Stau- und Pumpwasser kommt bekanntermassen im Rahmen der Energiestrategie 2050² eine besondere Bedeutung zu, weil sie saisonale und tageszeitliche Schwankungen der Energieproduktion und des Stromverbrauchs auszugleichen vermag. Die Nutzung des Wassers ist üblicherweise eine kantonale Angelegenheit, denn die Kantone verfügen über die schweizerischen Wasservorkommen (Art. 76 Abs. 4 BV³). Hingegen stellt sich die Lage komplizierter dar, wenn stehende oder fließende *Grenzwässer* zur Energieerzeugung genutzt werden (sollen). Das ist nicht selten der Fall, bilden doch Gewässer häufig Landesgrenzen. Weil sich die Schweiz das Nutzungsinteresse an diesen Gewässern mit dem jeweiligen anderen Anrainerstaat teilt, bedingt die Nutzung von Grenzwässern zwischenstaatlich vereinbarte Lösungen.

Die innerstaatliche Zuständigkeit für die entsprechenden Verhandlungen und den Abschluss des Staatsvertrags liegt in diesem Fall (ausnahmsweise⁴) nicht bei den Kantonen, sondern beim Bund, denn es handelt sich bei der Grenzwasserkraftnutzung um eine internationale Angelegenheit (Art. 54 BV), zumal Fragen der Grenzziehung zentral sind für die Verteilung der erzeugten Energie und der Konzessionsgebühren.⁵ Die Frage berührt aber auch kantonale Interessen: Namentlich profitieren die Kantone als landesrechtlich am Wasser berechnete Staatsebene von den Leistungen, also insbesondere der Konzessions-

¹ So die Wortwahl früherer Autoren. Siehe etwa KURT TANNER, Die Erteilung von Wasserrechtskonzessionen an interkantonalen und internationalen Gewässerstrecken, Zürich 1956, S. 96.

² Vgl. die «Gemeinsame Erklärung des Runden Tisches Wasserkraft» vom 13. Dezember 2021 und die Medienmitteilung «Runder Tisch zur Wasserkraft» vom 18. August 2020.

³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

⁴ Vgl. Art. 2 Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (Wasserrechtsgesetz, WRG) vom 22. Dezember 1916, SR 721.80.

⁵ Siehe FRANÇOIS SCHROETER, Les frontières de la Suisse: questions choisies, Genf/Zürich/Basel 2007, S. 445 ff.

gebühr bzw. -abgabe und den Wasserzinsen,⁶ die ihnen die Betreiberinnen von Grenzwasserkraftwerken diesseits des Grenzgewässers zu entrichten haben (Art. 52 WRG).⁷

- 3 Wie soll der Bund einen betroffenen Kanton einbeziehen und dessen Interessen wahren, wenn er sich mit einem Nachbarland (und sodann einem gemeinsamen Konzessionär) über die Nutzung eines Grenzgewässers zur Energieerzeugung verständigt? Dies betrifft den sogenannten vertikalen, kooperativen Föderalismus.⁸ Man mag diesem Begriff kritisch begegnen, doch eignet er sich zur Betonung der gutwilligen und insofern *nicht* rechtlich erzwingbaren konstruktiven Zusammenarbeit im Bundesstaat, um die es hier letztlich geht.
- 4 Einschlägige Bundesnormen gibt es nur wenige: Die Mitwirkung der Kantone an der Bundesgesetzgebung und an völkerrechtlichen Verträgen ist insbesondere im Vernehmlassungsgesetz geregelt.⁹ Die allgemein geltenden Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes (BGMK)¹⁰ beschränken sich auf die mehr oder weniger floskelhafte Bestätigung der einschlägigen Verfassungsbestimmungen. Auch die Rechtsprechung¹¹ und die (jüngere) Lehre haben die Frage nach der Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes ausserhalb des Vernehmlassungsverfahrens lediglich sporadisch behandelt.¹²

⁶ Vgl. Art. 13 WRG; ferner bspw. Art. 34 f. BE-Wassernutzungsgesetz vom 23. November 1997, BSG 752.41.

⁷ Urteil des Bundesgerichts 2A.179/2000 vom 4. Dezember 2000 E. 2.a).

⁸ Zum Begriff siehe ULRICH HÄFELIN, Der kooperative Föderalismus in der Schweiz, ZSR 1969-II, S. 549 ff., S. 572 ff.; ULRICH HÄFELIN et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, N 1242; TOBIAS JAAG, Kooperativer Föderalismus – Verstärkte Zusammenarbeit im Bundesstaat, AJP 2013, S. 774 ff., S. 774 m.w.H.

⁹ Einer Vernehmlassung bedürfen jene völkerrechtlichen Verträge, die als wichtig im Sinne von Art. 140 Abs. 1 Bst. b bzw. Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV gelten oder wesentliche kantonale Interessen berühren (Art. 3 Abs. 1 Bst. c Bundesgesetz über das Vernehmlassungsverfahren vom 18. März 2005, SR 172.061).

¹⁰ Vgl. Art. 1 BGMK vom 22. Dezember 1999, SR 138.1.

¹¹ Sowohl Art. 55 BV als auch das BGMK sind in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nahezu inexistent. BGE 125 I 227 E. 5. d) bb) weist beiläufig auf Art. 55 BV hin.

¹² Ausnahmen bilden BERNHARD WALDMANN, Schranken der Bundeskompetenz in auswärtigen Angelegenheiten aus föderalistischer Sicht, in: Waldmann/Hänni/

Die Berücksichtigung kantonaler Interessen in vermeintlich nebensächlichen Belangen der Bundesausserpolitik – wie bei der Grenzwasserkraft – kann für die Kantone und die bundesstaatliche Eintracht von grosser Bedeutung sein. Das verkompliziert die Sache für den Bund: Die Bundesbehörden müssen in einem Spannungsfeld von gesamteidgenössischen, kantonalen sowie ausländischen – und gegebenenfalls auch privaten – Interessen navigieren. Wie die kantonalen Mitwirkungsrechte an der Bundesausserpolitik diese Navigation anleiten, wird nachfolgend besprochen. Dabei werden die Grenzen des «Erzwingens» eines funktionierenden Föderalismus ausgelotet und der kooperative Föderalismus als politische Praxis konkretisiert.

Belser (Hrsg.), *Föderalismus 2.0 – Denkanstösse und Ausblicke*, Bern 2011, S. 151 ff. und THIEMO STURNY, *Mitwirkungsrechte der Kantone an der Ausserpolitik des Bundes*, Freiburg 1998. Siehe ferner etwa BLAISE KNAPP, *La répartition des compétences et la coopération de la Confédération et des cantons*, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, S. 457 ff., N 61 ff.; THOMAS PFISTERER, *Auslandbeziehungen der Kantone*, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, S. 525 ff., N 27 ff.

II. Vorbemerkungen zur völkerrechtlichen Ordnung

Die völkerrechtliche Ordnung setzt den Bundesverwaltungsbehörden massgebliche Schranken.¹³ So regelt das völkergewohnheitsrechtliche Nachbarrecht die Nutzung geteilter natürlicher Ressourcen wie etwa das Süswasser.¹⁴ Ausgangspunkte sind dabei der Schutz der Souveränität und der Schutz der territorialen Integrität jedes Staates.¹⁵ Die souveränen Rechte eines Staates können allerdings immer nur so weit reichen, wie das souveräne Verfügen eines anderen Staates über sein Hoheitsgebiet nicht beeinträchtigt wird.¹⁶ Daraus folgt die «no-harm rule», wonach es einem Staat verboten ist, Schäden bzw. erhebliche negative Umweltbeeinträchtigungen auf dem Hoheitsgebiet eines anderen Staates zu verursachen.¹⁷ Bereits bei Aktivitäten, die sich «nicht unerheblich» auf den angrenzenden Staat auswirken, bestehen Informations- und Konsultationspflichten.¹⁸ Zudem gilt insbesondere bei internationalen Binnengewässern

6

¹³ Art. 5 Abs. 4 und Art. 190 BV; BGE 146 V 92 E. 8.2.2 m.w.H. Zum völkerrechtlichen Suprematieanspruch siehe Art. 26 f. Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK) vom 23. Mai 1969, SR 0.111; GERALD FITZMAURICE, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, Recueil des cours 1957, S. 1 ff., S. 6. Siehe auch HANS F. KURZ, *Kraftnutzung an internationalen Gewässern*, Zürich 1933, S. 51.

¹⁴ Siehe ASTRID EPINEY, *Nachbarrechtliche Pflichten im internationalen Wasserrecht und Implikationen von Drittstaaten*, Archiv des Völkerrechts 2001, S. 1 ff., S. 1 f., 7 f.

¹⁵ Art. 2 Ziff. 1 und 4 Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945, SR 0.120.

¹⁶ EPINEY (Fn. 14), S. 9. Hier kann offenbleiben, ob die herrschende Völkerrechtslehre eine Theorie der begrenzten staatlichen Souveränität oder der Interessengemeinschaft («community of interest») vertritt. Dazu LUCIUS CAFLISCH, *Règles générales du droit des cours d'eau internationaux*, Recueil des cours 1989, S. 48 ff.; STEPHEN C. MCCAFFREY, *The Law of International Watercourses*, 3. Aufl., Oxford 2019, S. 98 ff.

¹⁷ Wegweisend *Trail Smelter Case (United States, Canada)* [Second Decision], 11.3.1941, Reports of International Arbitral Awards, Vol. III, S. 1905–1982, S. 1965; weiter CAFLISCH (Fn. 16), S. 135 ff.; EPINEY (Fn. 14), S. 21 ff.; KURZ (Fn. 13), S. 14 ff.; MCCAFFREY (Fn. 16), S. 467 ff.; TANNER (Fn. 1), S. 3 f.

¹⁸ Wegweisend *Affaire du Lac Lanoux (Espagne, France)*, 16.11.1957, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XII, S. 281–317, paras. 17, 21 f.; später *Case concer-*

das Prinzip der billigen und gerechten Nutzung gemeinsamer bzw. geteilter («shared») natürlicher Ressourcen, das allen Anrainerstaaten die angemessene Nutzung eines gemeinsamen Gewässers garantiert.¹⁹ Somit ist die Schweiz bereits aufgrund des Völkergewohnheitsrechts gehalten, die Interessen ihrer Nachbarländer zu achten; in der Nutzung ihrer Grenzgewässer ist sie nicht frei, sondern hat sich mit anderen Anrainerstaaten abzustimmen und hat sicherzustellen, dass sie bei der Verleihung von Konzessionen ihre völkerrechtlichen Pflichten respektiert.²⁰

- 7 Mit Frankreich, Österreich und Italien hat die Schweiz spezifische Übereinkommen abgeschlossen, um die Nutzung der Wasserkraft wichtiger Gewässer zumindest in Grundzügen zu regeln. Dies betrifft u. a. den Doubs, die Rhone, den Rhein und den Spöl.²¹ Mit Deutschland bestehen Abkommen betreffend die Schifffahrt, die auch die Wasserkraftnutzung am Rhein regeln oder zumindest ansprechen.²² Sodann regelt multilaterales Staatsvertragsrecht insbesondere

ning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) (Judgment), 20.4.2010, I.C.J. Reports 2010, S. 14–107, paras. 67 ff.; weiter EPINEY (Fn. 14), S. 10 ff.; MCCAFFREY (Fn. 16), S. 526 ff.

¹⁹ Siehe insbesondere *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)* (Judgment), 25.9.1997, I.C.J. Reports 1997, S. 7–84, paras. 78, 85; weiter CAFLISCH (Fn. 16), S. 141 ff.; EPINEY (Fn. 14), S. 28 ff.; MCCAFFREY (Fn. 16), S. 444 ff.

²⁰ Siehe schon KURZ (Fn. 13), S. 38, 74.

²¹ Siehe SR 0.721.8: Öffentliche Werke > Wasserkraft; dazu RICCARDO JAGMETTI, SBVR VII: Energierecht, Basel/Genf/München 2005, N 4139–4141a; BLAISE KNAPP, Le régime juridique des concessions hydro-électriques internationales en Suisse, in: Dutoit/Grisel (Hrsg.), *Mélanges Georges Perrin*, Lausanne 1984, S. 161 ff., S. 167 ff.; SCHROETER (Fn. 5), S. 297 ff.; KNAPP (Fn. 21), S. 178 ff.

²² Insbesondere Vertrag zwischen der Schweiz und Deutschland über die Regulierung des Rheins zwischen Strassburg/Kehl und Istein vom 28. März 1929, SR 0.747.224.052.1; ferner Vertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die Schifffahrt auf dem Untersee und dem Rhein zwischen Konstanz und Schaffhausen vom 1. Juni 1973, SR 0.747.224.31; Übereinkunft zwischen der Schweiz und dem Grossherzogtum Baden betreffend den Wasserverkehr auf dem Rhein von Neuhausen bis unterhalb Basels vom 10. Mai 1879, SR 0.747.224.32.

die nichtschiffahrtliche Nutzung internationaler Wasserläufe²³ sowie den Natur- und Umweltschutz.²⁴

Allerdings regeln die genannten völkerrechtlichen Bestimmungen die Wasserkraftnutzung nur in groben Zügen.²⁵ Sie sehen vor, dass die beteiligten Staaten die Grenzwasserkraft in gegenseitigem Einvernehmen im Rahmen aufeinander abgestimmter – im Wortlaut oft übereinstimmender²⁶ – Konzessionsverleihungen nutzbar machen.²⁷ Die beteiligten Staaten verleihen also einem Konzessionär Nutzungsrechte jeweils separat, aber in Absprache miteinander.²⁸ Die zuständigen Bundesbehörden müssen folglich für jedes Grenzwasserkraftprojekt auf dem Verhandlungsweg eine Lösung finden, die (1) den betroffenen Kanton zufriedenstellt, (2) für den Konzessionär annehmbar ist und (3) auf

8

²³ Übereinkommen über das Recht der nichtschiffahrtlichen Nutzung internationaler Wasserläufe vom 21. Mai 1997, 2999 UNTS 77. Dieses wurde von der Schweiz zwar nicht ratifiziert, kodifiziert aber unter anderem die besprochenen völkergewohnheitsrechtlichen Regeln: Siehe insbesondere Art. 5 («Equitable and reasonable utilization and participation»), Art. 7 («Obligation not to cause significant harm»), Art. 8 ff. (Informations-, Notifikations- und Kooperationspflichten); dazu BGE 129 II 114 E. 4.1; LAURENCE BOISSON DE CHAZOURNES, *Fresh Water in International Law*, Oxford 2021, S. 33 ff.; EPINEY (Fn. 14), S. 10 ff.; MCCAFFREY (Fn. 16), S. 421 f.

²⁴ Übereinkommen zum Schutz des Rheins vom 12. April 1999, SR 0.814.284; Übereinkommen zum Schutz der Alpen (Alpenkonvention) vom 7. November 1991, SR 0.700.1; Übereinkommen zum Schutz und zur Nutzung grenzüberschreitender Wasserläufe und internationaler Seen vom 17. März 1992, SR 0.814.20; Übereinkommen über die Umweltverträglichkeitsprüfung im grenzüberschreitenden Rahmen (Übereinkommen von Espoo) vom 25. Februar 1991, SR 0.814.06.

²⁵ Vgl. auch SCHROETER (Fn. 5), S. 448.

²⁶ KNAPP (Fn. 21), S. 169; KURZ (Fn. 13), S. 63.

²⁷ Siehe etwa Art. 6 Ziff. 1 des Vertrags zwischen der Schweiz und Deutschland (Fn. 22) oder Art. 6 f. Übereinkunft mit Frankreich betreffend die Gewinnung der Wasserkräfte der Rhone zwischen dem projektierten Kraftwerk von La Plaine und einem noch zu bestimmenden Punkt oberhalb der Brücke von Pougny-Chancy vom 4. Oktober 1913, SR 0.721.809.349.2.

²⁸ In den Details variieren die Abkommen. Siehe etwa Art. 1 und 7 Übereinkommen zwischen der Schweiz und Frankreich über die Regelung gewisser Rechtsverhältnisse betreffend die künftige Ableitung des Rheines bei Kembs vom 27. August 1926, SR 0.721.809.349.7, wonach Frankreich den Konzessionär bestimmt, dem die Schweiz dann eine landesrechtliche Konzession über den Schweizer Gewässerkraftanteil verleiht.

Zustimmung des anderen Anrainerstaates stösst – allenfalls auch im Kontext schweizerisch-europäischer²⁹ Beziehungen.³⁰ In dieser Situation wird der Bund aus Rücksicht auf seine internationalen Beziehungen regelmässig nicht das für den betroffenen Kanton maximal attraktive Verhandlungsergebnis erzielen (bspw. betreffend Wasserzinshöhe, Verteilung der gewonnenen Energie, Regelung von Heimfall- und Rückkaufsrechten, Ausgleichsmassnahmen wie etwa die Umsetzung von Fussgänger- und Radwegen, Fischtrepfen oder anderen Natur- und Umweltschutzmassnahmen etc.).

- 9 In dieser komplexen Verhandlungssituation muss die innerstaatliche Föderalismusordnung den Bundesbehörden einen Verhandlungsspielraum lassen und kantonalen Interessen Grenzen setzen. Der Bund ist entsprechend bei *internationalen* Gewässern umfassend zuständig und entscheidet abschliessend, wie der nachfolgende Abschnitt zeigt.

²⁹ Man denke etwa an den Zugang der Schweiz zum *europäischen* Energiebinnenmarkt.

³⁰ Vgl. KNAPP (Fn. 21), S. 166. Die Zustimmung des anderen Anrainerstaats setzt insbesondere voraus, dass die zu verleihende Konzession auch seiner Rechtsordnung entspricht.

III. Zusammenwirken von Bund und Kantonen

1. Die Grundordnung

Die verfassungsmässige Zuständigkeit ist unmissverständlich: Die auswärtigen 10
Angelegenheiten samt *Aussenwirtschaftspolitik* sind Sache des Bundes (Art. 54
Abs. 1 und 101 BV). Die Bundesverfassung weist hiermit dem Bund ausnahms-
weise eine ausschliessliche Kompetenz zu.³¹

Im Regelfall verbleiben Zuständigkeiten bei den Kantonen (Art. 3, 43 BV). Dies 11
entspricht dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 5a BV): Kompetenzen sollen nur so
weit an das übergeordnete Gemeinwesen übertragen werden, wie dies erforder-
lich ist, weil die näher beim Einzelnen stehenden Gemeinwesen nicht in der
Lage sind, eine bestimmte Aufgabe zu erfüllen (Art. 43a Abs. 1 BV). So geht die
Verfassung etwa davon aus, dass (auch) das Bundesrecht grundsätzlich von den
Kantonen umgesetzt wird (Art. 46 Abs. 1 BV).³²

Selbst bei den auswärtigen Angelegenheiten bleiben die Kantone nicht ganz 12
ausser vor: Es steht ihnen zu, in ihren Zuständigkeitsbereichen Verträge mit
dem Ausland abzuschliessen (Art. 56 Abs. 1 BV). Zudem hat der Bund in seiner
Aussenpolitik die Interessen der Kantone zu «wahren» und auf ihre Zuständig-
keiten «Rücksicht» zu nehmen (Art. 54 Abs. 3 BV), weil die Kantone regelmässig
von den Beziehungen des Bundes mit dem Ausland betroffen sind.³³ Zudem tut
der Bund aufgrund des «Vollzugsfachwissens» der Kantone gut daran, diese in
die auswärtigen Angelegenheiten einzubeziehen.³⁴

Die verfassungsrechtliche Ordnung ist somit auf ein «Zusammenwirken von 13
Bund und Kantonen» ausgelegt (Art. 44 ff. BV). Aus diesem Föderalismusver-

³¹ Dazu eingehend WALDMANN (Fn. 12), S. 156 ff.

³² D.h. vorbehaltlich entgegenstehendem Bundesrecht: BIAGGINI, OFK, Art. 46 BV
N 4.

³³ Siehe STURNY (Fn. 12), S. 258; vgl. CHRISTIAN RÜEFLI, Formen und Verfahren des
frühzeitigen Einbezugs der Kantone in die Erarbeitung von Erlassentwürfen des
Bundes, LeGes 2016, S. 11 ff., S. 15.

³⁴ THIEMO STURNY, Mitwirkungsföderalismus als zeitgemässe Fortentwicklung der
bundesstaatlichen Ordnung, in: Hänni (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und
europäische Integration, Zürich 2000, S. 202 ff., S. 205.

ständnis folgt, dass der Bund die Kantone informiert und konsultiert, um sie an seiner Willensbildung teilhaben zu lassen, wann immer ihre Interessen betroffen sind (Art. 45 BV). Gleiches gilt grundsätzlich im Bereich der Aussenpolitik, wie Art. 55 BV festhält:

Abs. 1 Die Kantone wirken an der Vorbereitung aussenpolitischer Entscheide mit, die ihre Zuständigkeiten oder ihre wesentlichen Interessen betreffen.

Abs. 2 Der Bund informiert die Kantone rechtzeitig und umfassend und holt ihre Stellungnahmen ein.

Abs. 3 Den Stellungnahmen der Kantone kommt besonderes Gewicht zu, wenn sie in ihren Zuständigkeiten betroffen sind. In diesen Fällen wirken die Kantone in geeigneter Weise an internationalen Verhandlungen mit.

- 14 Diese Bestimmung wird von dem nur wenig bekannten BGMK ergänzt. Bei genauerer Betrachtung dieses Erlasses kann es kaum erstaunen, dass er wenig Beachtung gefunden hat. Er enthält kaum eine Bestimmung mit eigenem Gehalt, sondern wiederholt grösstenteils verfassungsrechtliche Grundsätze.³⁵ Zwei Regelungen verdienen jedoch Erwähnung: Einerseits verdeutlicht das BGMK, dass der Bund die Kantone unabhängig von einem Vernehmlassungsverfahren anzuhören hat (Art. 4 Abs. 2). Andererseits stellt das BGMK aber auch unmissverständlich klar, dass die «Mitwirkung der Kantone ... die aussenpolitische Handlungsfähigkeit des Bundes nicht beeinträchtigen» darf (Art. 1 Abs. 3). Das Bundesrecht räumt also der aussenpolitischen Handlungsfähigkeit des Bundes Priorität gegenüber der kantonalen Mitwirkung ein, und weil Letztere der Wahrung der kantonalen Interessen dient, geht die aussenpolitische Handlungsfähigkeit des Bundes auch den kantonalen Interessen vor. Freilich darf sich der Bund nicht leichtfertig über kantonale Interessen hinwegsetzen. Dies wäre schon insofern kontraproduktiv, als die aussenpolitische Handlungsfähigkeit vom innenpolitischen Konsens abhängt.³⁶ Der Bund muss aber die kantonalen Interessen nur so weit verfolgen, als sich dies mit dem Interesse an einer handlungsfähigen Aussenpolitik im gesamteidgenössischen Interesse vereinbaren lässt.³⁷

³⁵ Vgl. ANA KOLAROV, *Der koordinierte Pluralismus in der schweizerischen Aussenpolitik*, Zürich 2015, S. 187 m.w.H.; STURNY (Fn. 12), § 8.

³⁶ STURNY (Fn. 34), S. 204.

³⁷ Vgl. STURNY (Fn. 12), S. 261.

2. Das Beispiel der Nutzung der Kraft von Grenzgewässern

Eine nuancierte, möglicherweise sogar als verschwommen zu bezeichnende Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen sieht Art. 76 BV im Bereich «Wasser» vor.³⁸ Der Bund sorgt «im Rahmen seiner Zuständigkeiten» unter anderem für die haushälterische Nutzung der Wasservorkommen (Abs. 1). Die folgenden Absätze legen diesen Rahmen aus: Der Bund erhält eine (Grundsatzgesetzgebungs-)Kompetenz betreffend die Wasserkraftnutzung zur Energieerzeugung (Abs. 2). Dennoch verfügen die Kantone über die Wasservorkommen; ihnen stehen auch die Abgaben für die Wassernutzung zu (Abs. 4).³⁹ Es ist aber (in Einklang mit der umfassenden, sog. «überschiessenden» Bundesausserkompetenz)⁴⁰ der Bund, der über «Rechte an internationalen Wasservorkommen und damit verbundene Abgaben entscheidet» (Abs. 5), wobei er die Anliegen der Kantone, aus denen das Wasser stammt, bei allen seinen Aufgaben berücksichtigt (Abs. 6). Folglich hat also der Bund den jeweiligen Kanton *beizuziehen* und dessen Ansprüche insbesondere am Wasserzins und der erzeugten Energie zu respektieren, doch behält er das letzte Wort: Er entscheidet abschliessend über die Verleihung von Nutzungsrechten an Grenzgewässern, ohne dass dem Kanton eine Art «hartes Vetorecht» zustünde.⁴¹ Wie der Bundesrat einst schrieb, «kann es nicht zweifelhaft sein, dass ... [er] das geeg-

15

³⁸ Zur frühen Rechtslage siehe REINHARD ISLER, Die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiete der Wasserkraftausnutzung, Zürich 1935, S. 6 ff.

³⁹ Siehe auch Art. 664 Abs. 3 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

⁴⁰ Siehe schon BGE 40 I 530 S. 542 f. m.H.a. die parlamentarischen Wortprotokolle; ISLER (Fn. 38), S. 35 f.; aus der jüngeren Lehre siehe ARNOLD MARTI, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 76 N 29.

⁴¹ Art. 76 Abs. 5 BV; Art. 7 Abs. 1 lit. a und Art. 38 Abs. 3 WRG; Urteile des Bundesgerichts 2C_338/2013 vom 21. August 2013 E. 2.2 m.w.H.; 2A.179/2000 vom 4. Dezember 2000 E. 2.a); BIAGGINI, OFK, Art. 76 BV N 9; CORINA CALUORI/ALAIN GRIFFEL, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 76 N 54; SGK BV-MARTI, Art. 76 N 29; ETIENNE POLTIER/THIERRY LARGEY, in: Martenet/Dubey (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Basel 2021, Art. 76 N 58.

nete staatliche Organ ist in Anwendung des Wasserrechtsgesetzes, nach Anhörung der Kantone und nach Prüfung aller notwendigen Unterlagen einen wohlbegründeten, den Interessen der beteiligten Kantone in objektiver und billiger Weise Rechnung tragenden Sachentscheid [über Grenzkraftwerke] zu fällen».⁴²

- 16 Auf Gesetzesstufe werden Zuständigkeitsverteilung und Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen im Bereich von Grenzgewässern in Art. 7 des Wasserrechtsgesetzes (WRG) geregelt. Nach dieser Bestimmung übernimmt das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) die Rolle der Konzessionsbehörde: Es ist zuständig für die Verleihung und Ausgestaltung von Nutzungsrechten an Grenzgewässern (Abs. 1 Bst. a und c).⁴³ Dazu gehört auch die Regelung von Heimfalls- und Rückkaufsbedingungen.⁴⁴ Das UVEK hat die Kantone zur Konzessionsverleihung beizuziehen (Art. 7 Abs. 3 WRG). Art. 52 WRG bekräftigt, dass das UVEK entsprechende Konzessionen erteilt und die für sie zu entrichtenden Gebühren festlegt – immerhin «nach Anhörung der beteiligten Kantone und in billiger Rücksichtnahme auf ihre Gesetzgebung».⁴⁵ Anhörung dürfte hier das Gleiche meinen wie «Beizug» in Art. 7 Abs. 3 WRG und Art. 76 Abs. 5 BV,⁴⁶ nämlich das Recht, Vorschläge anzubringen.⁴⁷ Der Verweis auf die kantonale Gesetzgebung seinerseits soll den Bund dazu anhalten, kein eigenes Gebühren- und Wasserzinsregime aufzustellen; er soll dem kantonalen Recht folgen, soweit die gesamtschweizerischen (ausssen- und energiepolitischen) Interessen dies zulassen.⁴⁸ Dieser Vorgabe

⁴² Bericht über die Volksinitiative zur Erweiterung der Volksrechte bei der Erteilung von Wasserrechtskonzessionen durch den Bund vom 4. Oktober 1955, BBl 1955 II 637, S. 659.

⁴³ Diese von der üblichen Kompetenzordnung abweichende Bestimmung wird in Art. 38 Abs. 3 WRG bestätigt. Nach Art. 7 Abs. 1 Bst. b könnte das UVEK alternativ zur selbständigen Konzessionsverleihung auch eine kantonale Konzessionsverleihung (bzw. eine Konzessionsverleihung durch das kantonalrechtlich am Wasser verfügbungsberechtigte Gemeinwesen) «bewilligen». Dieser Möglichkeit dürfte aber kaum eigenständige Bedeutung zukommen. Siehe TANNER (Fn. 1), S. 89.

⁴⁴ Siehe Art. 54 Bst. i i.V.m. Art. 48 Abs. 1 WRG.

⁴⁵ Urteil des Bundesgerichts 2C_338/2013 vom 21. August 2013 E. 4.3.

⁴⁶ TANNER (Fn. 1), S. 90 ff., spricht m.H.a. die parlamentarischen Wortprotokolle von einem «Streit um Worte».

⁴⁷ ISLER (Fn. 38), S. 38. Vgl. auch die Literaturhinweise in Fn. 41.

⁴⁸ Bundeskonzessionen können auch auf das Bundes- und Kantonsrecht verweisen: siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2712/2016 vom 25. August

dürfte allerdings wenig Bedeutung zukommen,⁴⁹ weil das UVEK sich mit dem anderen Anrainerstaat absprechen muss.⁵⁰ Entsprechend ermächtigt Art. 7 Abs. 2 WRG den Bundesrat, internationale Vereinbarungen über die Verleihung von Nutzungsrechten an Grenzgewässern abzuschliessen. Entscheiden muss er zwar, wie bereits angemerkt, «unter Beizug der verfügungsberechtigten Gemeinwesen und der Kantone». Dies steht aber einer Vereinbarung, die von der einschlägigen kantonalen Gebührenordnung abweicht, nicht entgegen, denn nach Art. 52 WRG ist «die Festsetzung des Wasserzinses bzw. allfälliger anderer Entschädigungen für die Nutzung der Wasserkraft bei diesen Gewässern Sache des Bundes».⁵¹ Der Bund darf sich in einer Grenzgewässer betreffenden Konzession sogar Rechte vorbehalten, die der Wahrung nationaler Interessen wirtschaftlicher und politischer Natur dienen; einzig die vom Konzessionär zu leistenden Entgelte stehen ihm keinesfalls zu.⁵² Wie bereits TANNER bemerkte, erscheint es sinnvoll, dem Bundesrat die Möglichkeit zu geben, unbeachtlich verschiedener kantonaler Regelungen eine einheitliche Position gegenüber den Nachbarländern der Schweiz zu vertreten.⁵³

3. Unbestimmtheit des rechtlichen Rahmens

Das besprochene Bundesverfassungs- und Bundesgesetzesrecht stellt zwar klar, dass der Bund über die Nutzung von Grenzgewässern *entscheidet*. Das Völkerrecht lässt, insofern es von der Einheit des Staates ausgeht, im Prinzip auch

17

2017 E. 5.4 ff. Siehe auch TANNER (Fn. 1), S. 91 ff., 96 m.w.H. Bei den Revisionen des WRG gab die Bestimmung nie Anlass zu Diskussionen. Siehe Botschaft vom 26. Juni 2018 zur Änderung des Wasserrechtsgesetzes (BBl 2018 3419); Botschaft vom 16. August 1995 über die Teilrevision des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (BBl 1995 IV 991).

⁴⁹ So schon TANNER (Fn. 1), S. 93; ISLER (Fn. 38), S. 82 m.H.a. die Materialien; siehe auch SGK BV-MARTI, Art. 76 N 29.

⁵⁰ Vgl. oben II.; BGE 129 II 114 E. 4.3, 5.

⁵¹ Urteil des Bundesgerichts 2A.179/2000 vom 4. Dezember 2000 E. 2.a).

⁵² ISLER (Fn. 38), S. 83. Auch am Heimfall wäre wohl der Standortkanton (entsprechend den in der Bundeskonzession festgelegten Bedingungen) berechtigt; siehe Art. 67 f. WRG.

⁵³ TANNER (Fn. 1), S. 93.

nichts anderes zu.⁵⁴ Doch hält das Bundesrecht auch immer wieder fest, dass der Bund die kantonalen Zuständigkeiten und Interessen respektieren, wahren und/oder berücksichtigen muss und die Kantone zu informieren, anzuhören und miteinzubeziehen hat. Offen bleibt, wie die Kombination dieser zwei Elemente – Letztentscheidbefugnis des Bundes auf der einen und Mitwirkungsrechte der Kantone auf der anderen Seite – in der Praxis umzusetzen ist.⁵⁵ Im Kontext der Grenzwasserkraft hielt das Bundesgericht in einem frühen Urteil in entsprechend zweideutigen Worten fest, dass der Bundesrat gewissermassen als Vertreter der Kantone handelt, deren Meinung einholen muss und verpflichtet ist, ihre Interessen zu wahren.⁵⁶ Später hiess es dann: «Betrifft die Erteilung oder Ausübung von Rechten an Wasservorkommen das internationale Verhältnis, so entscheidet darüber unter Beizug der beteiligten Kantone der Bund ... Die Bestimmung ermächtigt die Bundesbehörden, über die Rechte an internationalen Gewässern Verfügungen zu treffen, die an sich gemäss Art. 24^{bis} Abs. 3 aBV (bzw. Art. 76 Abs. 4 BV) in den Kompetenzbereich der Kantone fallen würden».⁵⁷ Ein anderes Mal lautete die Formulierung: «Auch wenn [nach Art. 76 Abs. 5 BV und Art. 7 und 38 WRG] der Bund entscheidet ... der Bund handelt im Interesse der betroffenen Kantone».⁵⁸

- 18 Nicht zuletzt steht zur Debatte, ob es sich bei der im frühen, französischsprachigen Urteil formulierten Verpflichtung des Bundes («il doit») überhaupt um eine Frage des Rechts oder des «politischen Fingerspitzengeföhls» handelt.⁵⁹ Zwar vertritt die Lehre die Auffassung, dass die kantonalen Mitwirkungsrechte an der

⁵⁴ Der «Staat», also die schweizerische Eidgenossenschaft, ist völkerrechtlich verantwortlich. Siehe Art. 4 Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, abgedruckt im Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two. Vgl. auch THIEMO STURNY, Das Zusammenspiel zwischen der föderalistischen Struktur im Innern und der Aussenpolitik, in: Hänni (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration, Zürich 2000, S. 196 ff., S. 196.

⁵⁵ Im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997, SR 172.010, fehlen ausführende Bestimmungen zu Art. 44 und 45 BV.

⁵⁶ «[L]e Conseil fédéral agit en quelque sorte comme représentant des cantons ... il doit ... prendre leur avis, et il est tenu de sauvegarder leurs intérêts»: BGE 40 I 530 S. 549; siehe auch ISLER (Fn. 38), S. 38.

⁵⁷ Urteil 2A.179/2000 vom 4. Dezember 2012 E. 2.a).

⁵⁸ Urteil 2C_338/2013 vom 21. August 2013 E. 2.2.

⁵⁹ Vgl. TANNER (Fn. 1), S. 94.

Bundesaussenpolitik als «rechte Rechtsansprüche» justiziabel seien, doch räumt sie ein, dass die einschlägigen Bestimmungen von geringer Normdichte sind.⁶⁰

Fest steht, dass der Bund über das Ob und das Wie (Bedingungen) der Nutzung von Grenzgewässern entscheidet: Während die einschlägigen Erlasse diese Entscheidungskompetenz ausdrücklich enthalten, räumt keine der anwendbaren Bestimmungen einem betroffenen Kanton explizit eine Möglichkeit ein, sich gegen einen entsprechenden Bundesentscheid zu sperren. Insbesondere fehlt eine Bestimmung, die die grundsätzliche Zustimmung des betroffenen Kantons zum Ob voraussetzen würde. Auch von der grundsätzlich bei den Kantonen liegenden Gewässerhoheit können keine diesbezüglichen Rechte der Kantone abgeleitet werden: Die Bundeszuständigkeit für Grenzgewässer ist gegenüber der kantonalen Verfügungshoheit über Gewässer eine «lex specialis»; die ausdrücklich festgesetzte Sonderregel geht der allgemeinen Ordnung vor. Unklar bleibt hingegen der normative Gehalt der angesprochenen Rechtsgrundlagen zur Zusammenwirkung von Bund und betroffenen Kantonen,⁶¹ auch weil es kaum klärende Rechtsprechung dazu gibt und wohl auch in Zukunft nicht geben wird.⁶² Klar scheint immerhin, dass sich der Bund nicht anmassen darf, die kantonalen Interessen besser zu kennen als die Kantonsbehörden, die er diesbezüglich konsultieren muss, und dass er sich nicht grundlos über die vom betroffenen Kanton geäusserten Anliegen hinwegsetzen darf.⁶³

19

Das in den Bundesgesetzen nur vage geregelte Zusammenwirken von Bund und Kantonen im Bereich der Aussenbeziehungen soll nachfolgend konkretisiert werden. Dabei werden aber wiederum die Grenzen einer rechtlich verordneten konstruktiven Kooperation aufzuzeigen sein (Abschnitt V). Es geht deshalb nicht primär um die (internationale) Rechtsetzung und die einschlägigen for-

20

⁶⁰ Siehe insbesondere WALDMANN (Fn. 12), S. 205 f. m.w.H.; weiter BIAGGINI, OFK, Art. 55 BV N 2; vgl. auch eingehend PATRICIA EGLI, Die Bundestreue: Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Zürich 2010, N 981 ff.

⁶¹ Vgl. PIERRE TSCHANNEN, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Uhlmann (Hrsg.), Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht, Zürich/St. Gallen 2013, S. 7 ff., 15, 21 f. m.w.H.

⁶² Siehe unten V.

⁶³ Siehe Art. 4 Abs. 3 BGMK; ähnlich STURNY (Fn. 12), S. 261.

malisierten Mitwirkungsrechte der Kantone,⁶⁴ sondern um die Frage, wie die Bundesbehörden die Kantone einzubeziehen haben, wenn sie sich mit einem Grenzstaat über einen konkreten Rechtsakt verständigen, wie zum Beispiel über die Konzessionsverleihung für die Nutzung der Kraft von Grenzgewässern.

⁶⁴ Namentlich das Staatsvertragsreferendum, die Standesinitiative und das Vernehmlassungsverfahren.

IV. Informations- und Konsultationspflichten des Bundes

1. Vorbemerkungen

Der Bund entscheidet «unter Beizug» der kantonalen Behörden über Grenzwasserkraftanlagen (Art. 7 Abs. 3 WRG; vgl. Art. 55 Abs. 2 BV). Insofern kommt dem Bund zwar eine ausschliessliche Zuständigkeit zu, er muss aber den Kanton mindestens über die anstehende Entscheidung benachrichtigen,⁶⁵ damit der potenziell Mitwirkungsberechtigte die aus seiner Sicht bestehenden Mitwirkungsrechte einfordern kann.⁶⁶ Rechtzeitige, umfassende bzw. hinreichend präzise Information über das anstehende Geschäft sowie die Möglichkeit, eine Stellungnahme abgeben zu können, sind sodann unabdingbare Voraussetzungen jeder weitergehenden Form der Partizipation an einer Entscheidung.⁶⁷ 21

Dies entspricht den allgemeinen Vorgaben von Art. 45 BV. Der Bund hat die Kantone generell über seine Vorhaben zu informieren, doch sind kantonale Stellungnahmen nur einzuholen, wenn die Interessen der Kantone tatsächlich betroffen sind. Kantonale Interessen sind in einem weiten Sinne zu verstehen, und zwar als alle «Bereiche, wo zwar der Bund zuständig ist, die Kantone aber in der Ausübung ihrer Organisations-, Sach- oder Finanzierungsbefugnisse oder ihrer sonstigen legitimen Rollen im Bundesstaat beeinflusst werden können».⁶⁸ 22
Auch im Bereich der Aussenpolitik besteht ein ähnliches Regime (Art. 55 BV):⁶⁹ Der Bund hat die Kantone rechtzeitig und umfassend zu informieren, um ihre Stellungnahmen einholen zu können (Abs. 2).⁷⁰ Allerdings sollen die Kantone an aussenpolitischen Entscheiden des Bundes nur mitwirken, wenn ihre «we-

⁶⁵ KNAPP (Fn. 12), N 70.

⁶⁶ In diesem Sinn sieht Art. 4 Abs. 1 BGMK vor, dass die Kantone ihre Anhörung «verlangen». Natürlich kann der Bund die Kantone auch von sich aus anhören.

⁶⁷ Siehe auch Art. 3 Abs. 1–2 BGMK; KNAPP (Fn. 12), N 68 f.; STURNY (Fn. 12), S. 255.

⁶⁸ PFISTERER (Fn. 12), N 34.

⁶⁹ Siehe BIAGGINI, OFK, Art. 55 BV N 2; THOMAS PFISTERER, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 55 N 4.

⁷⁰ Vgl. Art. 2 Bst. a BGMK.

sentlichen Interessen» oder ihre «Zuständigkeiten» betroffen sind (Abs. 1).⁷¹ In vergleichbarer Weise verlangen Art. 4 und 5 BGMK, dass der Bund die Kantone informiert und anhört, wenn deren Zuständigkeiten oder wesentliche Interessen betroffen sind. Art. 1 Abs. 2 BGMK präzisiert, dass nur aussenpolitische Geschäfte, die «wichtige Vollzugsaufgaben» der Kantone betreffen, wesentliche kantonale Interessen berühren. Jedenfalls gilt auch hier die oben genannte Überlegung, wonach der Bund die Kantone im Zweifelsfall zu informieren hat, sodass diese ihre Mitwirkung verlangen können, wenn sie dies als angezeigt erachten und wünschen.⁷²

- 23 Bei Grenzwasserkraftwerken, die Auswirkungen auf die Umwelt und die Finanzen des Kantons zeitigen, sind zweifellos Interessen des jeweiligen Kantons betroffen. Für die Grenzwasserkraft sieht Art. 7 WRG entsprechend den Beizug der Kantone in jedem Fall vor. Der Bundesgesetzgeber hat damit entschieden, dass in diesen Fällen die kantonalen Interessen «wesentlich» sind. Dies korrespondiert damit, dass den Kantonen die Hoheit über die Gewässer zukommt⁷³ und sie grundsätzlich für die Nutzung der Wasserkraft zuständig sind.⁷⁴ Im Allgemeinen haben wohl alle kantonalen Interessen als wesentlich zu gelten, die in einem nicht lediglich unerheblichen Zusammenhang mit kantonalen Zuständigkeiten stehen. Angesichts des Vollzugsföderalismus, der beschränkten ausschliesslichen Bundeskompetenzen und der verfassungsrechtlich garantierten kantonalen Finanzautonomie (Art. 47 Abs. 2 BV) dürften die *unwesentlichen* kantonalen Interessen damit überschaubar bleiben.

⁷¹ Art. 45 Abs. 2 BV wird in diesem Sinn eingeschränkt. Vgl. KNAPP (Fn. 12), N 70.

⁷² Vgl. Art. 4 Abs. 1 BGMK.

⁷³ Art. 2 WRG.

⁷⁴ Der hier angesprochene Zuständigkeitskonflikt wird offensichtlich, wenn man sich vor Augen führt, dass ein Grenzwasserkraftprojekt in direkter Konkurrenz mit einem Binnenwasserkraftprojekt stehen kann, sodass das eine das andere ausschliesst. Zu bevorzugen wäre wohl das Projekt, das die Wasserkraft energiewirksamer nutzt. Siehe BGE 40 I 530 S. 458 f.; ISLER (Fn. 38), S. 37.

2. Information der Kantone

Bei der Informationspflicht der Bundesverwaltungsbehörden gegenüber ihren kantonalen Ansprechpartnern gilt es nach Zeitpunkt und Inhalt der Information zu unterscheiden.⁷⁵ 24

Zum *Zeitpunkt* der Information ist darauf zu verweisen, dass Information und Anhörung der Kantone (Art. 3 und 4 BGMK) im Kontext der zwischenstaatlichen Verhandlungen stehen (Art. 5 BGMK). Zu diesen Verhandlungen können oder (bei Zuständigkeiten der Kantone) müssen die Bundesbehörden die Kantonsvertretungen beiziehen.⁷⁶ Information und Anhörung müssen somit *vor* den und *für* die zwischenstaatlichen Verhandlungen erfolgen. Würden die Kantonsbehörden vor ein fertiges Ergebnis gestellt, würde dies ihre allfällige Mitwirkung gegenstandslos machen.⁷⁷ Unter Umständen kann es angezeigt sein, dass sich die Bundes- mit den Kantonsbehörden darüber verständigen, wann letztere sinnvollerweise zu informieren sind,⁷⁸ denn der Wortlaut, wonach die Information «rechtzeitig»⁷⁹ erfolgen muss, lässt reichlich Spielraum offen.⁸⁰ Der betroffene Kanton ist über anstehende Verhandlungen mindestens zeitlich so zu informieren, dass seine Äusserungen mit anderen Informationen zusammengeführt und abgewogen⁸¹ und sodann in die Verhandlungen eingebracht werden können.⁸² Nach einer ersten Information und nach der Anhörung ist der Kanton stets auf dem Laufenden zu halten, sodass er auf neue 25

⁷⁵ Vgl. Art. 3 Abs. 2, Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 BGMK.

⁷⁶ Dazu sogleich unten Kap. IV.3.

⁷⁷ Siehe Art. 55 Abs. 2 BV («en temps utile»); SGK BV-PFISTERER, Art. 55 N 50–53; STURNY (Fn. 12), S. 268 f.

⁷⁸ STURNY (Fn. 12), S. 257.

⁷⁹ Art. 55 Abs. 2 BV; Art. 3 Abs. 2 BGMK.

⁸⁰ NICOLAS SCHMITT, La participation des cantons au processus de décision au niveau fédéral et aux affaires étrangères, in: Fleiner et al. (Hrsg.), BV – CF 2000: Die neue schweizerische Bundesverfassung, Basel/Genf/München 2000, S. 191 ff., S. 198.

⁸¹ Vgl. Art. 4 BGMK.

⁸² Vgl. Art. 5 BGMK.

Gegebenheiten reagieren und sich beim Bund entsprechend vernehmen lassen kann («mehrstufige Unterrichtung»⁸³ der Kantone).⁸⁴

Inhaltlich müssen die Informationen unbeachtlich ihrer allfälligen Vertraulichkeit umfassend und detailliert erfolgen.⁸⁵ Die Kantone haben im Gegenzug die Vertraulichkeit der Informationen zu gewährleisten.⁸⁶ Selbstverständlich sind die betroffenen Kantone auch über Negativentscheide, also Entscheide gegen Verhandlungen oder gegen ein Projekt, in Kenntnis zu setzen.⁸⁷ Was die *Form* des Informationsaustausches anbelangt, dürfte eine schriftliche Information bzw. ein Übermitteln der relevanten Dokumente die Regel darstellen, allenfalls ergänzt mit einem konferenziellen Austausch.⁸⁸ Die massgebenden *Termine und Fristen* hat der Bund den Kantonsbehörden so zu kommunizieren, dass letztere rechtzeitig reagieren können.⁸⁹ Die Bundesbehörden sind gehalten, einen betroffenen Kanton über die massgeblichen Gründe, aufgrund derer von der kantonalen Position abgewichen wurde, zu informieren.⁹⁰

- 26 Im Kontext der Grenzwasserkraftnutzung ist den Interessen eines betroffenen Kantons wie erwähnt «wesentliches» Gewicht zuzumessen: Die Gewässerhoheit fällt innerstaatlich grundsätzlich den Kantonen zu, und es sind die Kantone, deren wirtschaftlichen Vorteile bei der Nutzbarmachung von Grenzgewässern primär auf dem Spiel stehen.⁹¹ Die konkret angezeigte Form des Einbezugs der Behörden eines betroffenen Kantons dürfte vom Einzelfall abhängen. Je grundlegender und weitreichender die Fragen, über die zwischenstaatlich Einvernehmen erzielt werden muss, aus der Sicht des betroffenen Kantons sind, desto stärker müssen die Bundesbehörden die Interessen des betroffenen Kantons in ihre Überlegungen, Abwägungen und zwischenstaat-

⁸³ STURNY (Fn. 12), S. 255.

⁸⁴ Botschaft vom 15. Dezember 1997 zum Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes (BBl 1998 II 1163), S. 1968; SGK BV-PFISTERER, Art. 55 N 50.

⁸⁵ Siehe die deutsche und französische Fassung von Art. 55 Abs. 2 BV; vgl. Art. 6 BGMK; SGK BV-PFISTERER, Art. 55 N 49; STURNY (Fn. 12), S. 255.

⁸⁶ Art. 6 BGMK.

⁸⁷ STURNY (Fn. 12), S. 257.

⁸⁸ Siehe STURNY (Fn. 12), S. 257.

⁸⁹ STURNY (Fn. 12), S. 267 f.

⁹⁰ Art. 4 Abs. 3 BGMK.

⁹¹ Siehe Art. 4 Abs. 3 BGMK.

lichen Verhandlungen einbeziehen.⁹² Geht es lediglich um Detailfragen, mag es genügen, die kantonalen Anliegen vorgängig zu klären; geht es hingegen beispielsweise um eine neue Anlage, den ersatzlosen Rückbau oder den im internationalen Verhältnis komplexen Heimfall bzw. Rückkauf⁹³ einer bestehenden Anlage, sodass für den Kanton erhebliche wirtschaftliche Vorteile auf dem Spiel stehen, dürfte regelmässig ein intensiverer Einbezug der Kantonsbehörden angebracht sein.

3. Keine Mitwirkung der Kantone bei der Vorbereitung von Verhandlungsmandaten und bei Verhandlungen

Der Bund muss, wie soeben erläutert, die Kantone nicht nur informieren und anhören, wenn deren Zuständigkeit betroffen ist, sondern bereits dann, wenn es um deren «wesentliche Interessen» geht (Art. 3 und 4 BGMK). Beim nächsten Schritt, bei der Vorbereitung von Verhandlungsmandaten und bei Verhandlungen, muss der Bund die Kantone aber nur dann mitwirken lassen, wenn deren Zuständigkeit betroffen ist (Art. 5 BGMK); der Umstand, dass es um wesentliche Interessen des Kantons geht, berechtigt diesen nicht zur Mitwirkung an Verhandlungen. 27

Der Begriff der «Zuständigkeit» bezieht sich auf die «innerstaatliche» Zuständigkeitsordnung, denn würde er auf die Zuständigkeiten im zwischenstaatlichen Bereich verweisen, verlöre Art. 5 BGMK weitestgehend seinen Sinn, wäre doch grundsätzlich stets der Bund zuständig.⁹⁴ Im Fall der Grenzwasser- 28

⁹² KOLAROV (Fn. 35), S. 191.

⁹³ Siehe KNAPP (Fn. 21), S. 184.

⁹⁴ Vgl. Art. 2 lit. b BGMK. Dahingehend auch die Botschaft zum BGMK (Fn. 84), S. 1164 *in fine*, 1165 f., 1168, 1170; ferner Gemeinsames Gutachten der Direktion für Völkerrecht und des Bundesamtes für Justiz zur Vereinbarung zwischen der Schweiz und Libyen vom 20. August 2009, 16.10.2009, Anhang 8 zu Bericht GPK zum Verhalten der Bundesbehörden in der diplomatischen Krise zwischen der Schweiz und Libyen vom 3. Dezember 2010, BBl 2011 4215, S. 4361; BIAGGINI, OFK, Art. 55 BV N 3; KOLAROV (Fn. 35), S. 192; SGK BV-PFISTERER, Art. 55 N 16; BERNHARD WALDMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 55 N 22.

kraftwerke weist Art. 7 WRG dem Bund eine ausschliessliche Zuständigkeit zu, womit der Bund die Kantone nicht in die Verhandlungen einbeziehen muss – aber immerhin kann.⁹⁵ Eine direktere Involvierung kantonaler Vertreter in die Gespräche mit dem Verhandlungspartner kann aber dann angezeigt sein, wenn Abweichungen von den kantonalen Positionen zur Verhandlung anstehen.⁹⁶ Derart können die kantonalen Vertreter dem Verhandlungsgeschehen beiwohnen und fortlaufend kontrollieren, dass ihre Stellungnahmen gebührend in die Verhandlungen einfließen.⁹⁷

4. Entscheid unter Einbezug der Gemeinwesen und der Kantone

- 29 Hat der Bund die kantonalen Behörden informiert, stellt sich die Frage, was es bedeutet, dass die Bundesbehörden «unter Beizug der verfügbaren Gemeinwesen und der Kantone» entscheiden (Art. 7 WRG). Dies wird, wie bereits gesehen, weder gesetzlich- noch verfassungsrechtlich geklärt. Im Wasserrechtsgesetz fehlen einschlägige Bestimmungen grösstenteils.⁹⁸ Immerhin stellt das Wasserrechtsgesetz klar, dass der Bund nicht nur für das Verhältnis mit dem anderen Anrainerstaat zuständig ist, sondern dass auch im Verhältnis zum Konzessionär die Bundesbehörden gestützt auf Bundesrecht entscheiden:

⁹⁵ Art. 5 Abs. 1–2 BGMK. Wenn die Zuständigkeiten betroffen sind, muss er dies tun. Diesfalls ist der Bund nach der Meinung von STURNY verpflichtet, Kantonsvertreter in Verhandlungsdelegationen aufzunehmen, wenn schergewichtig kantonale Kompetenzen auf dem Spiel stehen, ausser rechtliche oder sachliche Gründe stehen der kantonalen Beteiligung entgegen: STURNY (Fn. 12), S. 269 f. mit Beispielen aus der Praxis auf S. 147 f. Allerdings kann die direkte Beteiligung betroffener Kantone dazu führen, dass eine zwischenstaatliche Lösung politisch kaum möglich ist. Beispielsweise hat die Schweiz die Alpenkonvention aufgrund politischen Widerstands der Gebirgskantone erst mehr als sieben Jahre nach ihrem Abschluss ratifiziert: Siehe Botschaft vom 10. September 1997 zum Übereinkommen zum Schutz der Alpen (Alpenkonvention) und zu verschiedenen Zusatzprotokollen (BBl 1997 IV 657), S. 665 ff.

⁹⁶ Art. 4 Abs. 3 BGMK.

⁹⁷ Ähnlich STURNY (Fn. 12), S. 269. Siehe auch Botschaft zum BGMK (Fn. 84), S. 1170.

⁹⁸ Vgl. Art. 62 ff. WRG.

Im Rahmen eines konzentrierten Verfahrens⁹⁹ kommen das Verwaltungsverfahrensgesetz und gegebenenfalls das Enteignungsgesetz zur Anwendung;¹⁰⁰ kantonale Bewilligungen und Pläne sind hingegen nicht erforderlich, und kantonales Recht ist nur zu berücksichtigen, «soweit es den Konzessionär in der Erfüllung seiner Aufgaben nicht unverhältnismässig einschränkt».¹⁰¹ Darüber hinaus richtet sich der Einbezug von Gemeinwesen und Kantonen beim Entscheid nach den erwähnten laufenden Informations- und Anhörungsrechten nach Art. 3 und 4 BGMK.

5. Mitwirkungs- und Treuepflichten der Kantone

Als Kehrseite zu den Mitwirkungsrechten der Kantone stellt sich die Frage nach den Mitwirkungspflichten bzw. die Frage, ob ein Kanton ein Projekt des Bundes – hier eine Konzession für ein Grenzkraftwerk – zu vereiteln versuchen dürfte. Gegen ein solches Verhalten könnte die sogenannte «Bundestreue» (Art. 44 BV) angeführt werden, die unter Umständen verlangt, dass Kompetenzen nicht oder modifiziert (schonend) ausgeübt werden.¹⁰² Die Bundestreue dürfte verletzt sein, wenn ein Kanton im Rahmen seiner Opposition gegen ein Grenzwasserkraftprojekt die zwischenstaatlichen Beziehungen des Bundes gefährden würde. Das könnte beispielsweise der Fall sein, wenn gute zwischenstaatliche Beziehungen des Bundes bei einer Grenzwassernutzung auf dem Spiel stünden und der Kanton resp. dessen Vertretung diese Grenzwassernutzung torpedierten.¹⁰³ Zudem ist es den Kantonen untersagt, ihre Kompetenzen dazu einzusetzen, den Sinn und Zweck von Bundesrecht zu vereiteln.¹⁰⁴ Nach EGLI sind diese Gehalte der Bundestreue – und im Übrigen auch die verfassungsrechtlichen Kooperationspflichten – justiziabel,¹⁰⁵ doch sind Streitigkeiten

30

⁹⁹ Art. 62 Abs. 1 WRG; Botschaft vom 25. Februar 1998 zu einem Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung der Plangenehmigungsverfahren (BBl 1998 III 2591), S. 2624.

¹⁰⁰ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021; Bundesgesetz über die Enteignung vom 20. Juni 1930, SR 711.

¹⁰¹ Art. 62 Abs. 4 WRG.

¹⁰² EGLI (Fn. 60), N 929.

¹⁰³ EGLI (Fn. 60), N 935 m.w.H.

¹⁰⁴ BGE 125 II 152 E. 4. c) bb); EGLI (Fn. 60), N 939.

¹⁰⁵ EGLI (Fn. 60), N 981 ff.

zwischen Bund und Kantonen primär einvernehmlich beizulegen. Schliesslich ist daran zu erinnern, dass bei Grenzwasserkraftwerken keine direkte Zuständigkeit der Kantone von den zwischenstaatlichen Verhandlungen betroffen ist und sich der Kanton somit damit begnügen muss, dem Bund im Rahmen der Anhörung seine Interessen darzulegen.

V. Streitbeilegung

Die bundesrechtlichen Vorgaben darüber, wie die Kantone zu informieren, zu konsultieren und einzubeziehen sind, lassen erheblich Spielraum beim Wie und Wann der kantonalen Mitwirkung an aussenpolitischen Verfahren der Bundesverwaltungsbehörden. Wie dieser Spielraum auszufüllen ist, dürfte viel mit politischer Klugheit und der gebührenden Achtung den Kantonen gegenüber zu tun haben.¹⁰⁶ Idealerweise schaffen die Bundesverwaltungsbehörden den geforderten Spagat, indem sie mit dem ausländischen Verhandlungspartner eine Lösung erzielen, über die auch innerstaatlich Einvernehmen besteht. Dass sich ein Kanton in seinen Mitwirkungsrechten übergangen fühlt, kann trotzdem nie ausgeschlossen werden. Für diesen Fall versucht die schweizerische Verfassungsordnung, die gerichtliche Auseinandersetzung zu vermeiden:¹⁰⁷ Art. 44 Abs. 3 BV hält Bund und Kantone an, Streitigkeiten «nach Möglichkeit durch Verhandlung und Vermittlung» beizulegen.¹⁰⁸ 31

Bei der zitierten Bestimmung handelt es sich um ein politisches Gebot, nicht um eine Rechtspflicht, die die Beschreitung des Rechtswegs im Sinne einer zwingenden Prozessvoraussetzung erschwert.¹⁰⁹ Es wäre also denkbar, dass sich ein Kanton, der seine Interessen bzw. Mitwirkungsrechte missachtet sieht, auf dem Rechtsweg zur Wehr setzen möchte. Spezialgesetzliche Rechtsmittel sieht das BGMK keine vor, womit folgender Rechtsweg verbleibt: Nach Art. 189 Abs. 2 BV bzw. Art. 120 Abs. 1 BGG¹¹⁰ beurteilt das Bundesgericht als einzige Instanz («Direktprozess») Kompetenzkonflikte und öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen auf Klage hin. Aufgrund von Art. 190 BV dürfte diese Bestimmung allerdings bedeutungslos bleiben, wenn Bundeskompetenzen eine klare gesetzliche Grundlage haben, wie dies im Bereich der Grenzwas- 32

¹⁰⁶ Vgl. BGE 125 I 458 E. 3. b); grundsätzlich ALFRED KÖLZ, *Bundestreue als Verfassungsprinzip?*, ZBl 1980, S. 145 ff., S. 167 f.

¹⁰⁷ BIAGGINI, OFK, Art. 44 BV N 10.

¹⁰⁸ Vgl. BIAGGINI, OFK, Art. 44 BV N 3.

¹⁰⁹ BERNHARD WALDMANN/RAPHAEL KRAEMER, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, Basel 2015, Art. 44 N 30 m.w.H.; vgl. BGE 125 I 458.

¹¹⁰ Art. 120 Abs. 1 Bst. a–b Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG), SR 173.110.

serkraft der Fall ist. Die Verletzung kantonaler Mitwirkungsrechte fällt zwar nicht unter den Begriff des Kompetenzkonflikts.¹¹¹ Denkbar bleibt aber eine Klage staatsrechtlichen¹¹² oder verwaltungsrechtlichen Gehalts. Soweit die Mitwirkungsbestimmungen der Verfassung, des BGMK oder von Spezialgesetzen justiziabel sind und ein Kanton plausibel die Verletzung seiner rechtlich geschützten Mitwirkungsinteressen vorbringen kann, könnte er mithin gegen die Verletzung seiner Mitwirkungsrechte klagen.¹¹³ Unklar ist, ob das Bundesgericht auf eine entsprechende Klage hin immerhin die Verfassungswidrigkeit einer internationalen Vereinbarung ohne weitere Rechtsfolgen, also ohne ihre Aufhebung oder Änderung, feststellen würde, wenn der klagende Kanton ein schützenswertes Interesse daran geltend machen könnte.¹¹⁴

- 33 Hingegen steht Art. 190 BV Klagen mit Aufhebungs- und Gestaltungsbegehren im Zusammenhang mit der kantonalen Mitwirkung an der *Vorbereitung* internationaler Vereinbarungen insofern nicht entgegen, als zu diesem Zeitpunkt gerade noch kein völkerrechtlicher Vertrag i.S.v. Art. 190 BV vorliegt.¹¹⁵ Allerdings scheint fraglich, ob sich das Bundesgericht angesichts der politischen Natur des Zusammenwirkens von Bund und Kantonen bei der Beurteilung solcher Klagen nicht grosse Zurückhaltung auferlegen würde¹¹⁶ und ob ein Entscheid innert nützlicher Frist – also bevor sich die Schweiz im zwischen-

¹¹¹ Siehe BGE 117 Ia 202 E. 2. a); BERNHARD WALDMANN, in: Niggli et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018, Art. 120 N 10; STURNY (Fn. 12), S. 292.

¹¹² Beispielsweise kann die Verletzung der Bundestreue gerügt werden: BGE 118 Ia 195; BGE 125 II 152.

¹¹³ Siehe WALDMANN (Fn. 12), S. 204 f. m.w.H.

¹¹⁴ BSK BGG-WALDMANN, Art. 120 N 11 m.H.a. unterschiedliche Lehrmeinungen.

¹¹⁵ WALDMANN (Fn. 12), S. 203.

¹¹⁶ Vgl. BGE 130 I 156 E. 1.3; WALDMANN (Fn. 12), S. 204.

staatlichen Verhältnis bindet¹¹⁷ – ergehen würde.¹¹⁸ Im Prinzip könnte das Bundesgericht aber nebst Feststellungs- auch Leistungs- und Gestaltungsbegehren eines klagenden Kantons stattgeben.¹¹⁹ Realistischerweise lassen sich die kantonalen Mitwirkungsrechte an der Bundesaussenpolitik indes kaum wirksam auf dem Rechtsweg sicherstellen.¹²⁰

Sodann stellt sich die Frage, ob ein Kanton unabhängig von der Mitwirkung, die ihm zuteilwurde, gegen einen ihm unliebsamen Bundesentscheid vorgehen kann. In der einen denkbaren Konstellation würde ein Kanton Nutzungsrechte oberhalb des bundeskonzessionierten Grenzkraftwerks, d.h. noch am *Binnen*gewässer, verleihen und damit dem Bundeskonzessionär wörtlich das Wasser abgraben. Das Wasserrechtsgesetz würde keinen spezialgesetzlichen Rechtsweg für eine derartige Streitigkeit zwischen Bund und Kantonen vorsehen. Aus der geschilderten Situation dürfte indes auch eine Streitigkeit zwischen den

34

¹¹⁷ Dann greift Art. 190 BV, der auch durch den Bundesrat abgeschlossene zwischenstaatliche Übereinkommen erfasst. Würde das Bundesgericht feststellen, dass kantonale Mitwirkungsrechte an der Bundesaussenpolitik verletzt wurden, würde diesem Entscheid mithin und in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht primär eine Wirkung als Denkkzettel an die zuständigen Bundesbehörden zukommen. Siehe WALDMANN (Fn. 12), S. 203. Zum Völkerrecht siehe Art. 27 WVK, lautend: «Eine Vertragspartei kann sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen.» Das Erfordernis der Ausnahme dazu in Art. 46 WVK, wonach eine Verletzung des innerstaatlichen Rechts u.a. «offenkundig» sein muss, um gegenüber dem Vertragspartner eingewandt werden zu können, dürfte durch die Verletzung kantonaler Mitwirkungsrechte kaum erfüllt werden, bleibt der normative Gehalt dieser Rechte doch, wie gezeigt, reichlich vage.

¹¹⁸ Siehe STURNY (Fn. 12), S. 292 f.; WALDMANN (Fn. 12), S. 207.

¹¹⁹ HANSJÖRG SEILER, in: Seiler et al. (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Bern 2015, Art. 120 N 40; WALDMANN (Fn. 12), S. 205.

¹²⁰ WALDMANN (Fn. 12), S. 211. Daran dürfte auch eine Aufhebung oder Einschränkung des Gewaltenteilungssystems, das Art. 190 BV errichtet, wenig ändern (aktuell: Motion 21.3690): Im Aussenverhältnis bliebe die Schweiz an abgeschlossene Staatsverträge gebunden, unabhängig von einer innerstaatlichen Stärkung der gerichtlichen Kontrolle der Föderalismusordnung gegenüber dem Bundesgesetzgeber. Siehe Art. 27 und Art. 46 WVK (die Voraussetzung der zweitgenannten Bestimmung, die eine Ausnahme der Verbindlichkeit von landesrechtlich rechtswidrig zustande gekommenen Staatsverträgen vorsieht, dürfte im vorliegenden Kontext kaum je erfüllt sein, denn die komplexe Föderalismusordnung wird kaum je in einer für den anderen Staat «offenkundigen» Weise verletzt werden).

zwei Nutzungsberechtigten, also dem kantonalen und dem Bundeskonzessionär, resultieren. Sie wäre auf dem Rechtsweg nach Art. 70 WRG (Streitigkeiten zwischen Nutzungsberechtigten) zu klären.¹²¹

- 35 Schliesslich könnte sich ein Kanton auf dem ordentlichen Beschwerdeweg einem Grenzwasserkraftprojekt entgegenzustellen versuchen. Im Bereich der Grenzwasserkraftnutzung werden Konzessionen in einem konzentrierten Verfahren verliehen, in dem das UVEK auch über die Genehmigung der für die Erstellung oder Änderung von Anlagen erforderlichen Pläne entscheidet (Art. 62 Abs. 1 WRG). Ein Konzessionsgesuch ist öffentlich aufzulegen, geplante Bauten sind auszustecken, wenn sie das Gelände verändern, und – im vorliegenden Kontext besonders wichtig – betroffene Kantone sind zu einer Stellungnahme innert drei Monaten aufzufordern (Art. 62c WRG). Dabei dürfte es sich angesichts der besonderen Rolle und Kenntnisse der Kantone um eine *Mitwirkungspflicht* handeln.¹²² Art. 62e WRG sieht dann ein Einspracheverfahren vor. Zuständig ist das Bundesamt für Energie (als Leitbehörde innerhalb des UVEK), die Parteistellung richtet sich nach Art. 6 i.V.m. Art. 48 VwVG (Beschwerdelegitimation).¹²³ Fraglich ist die Parteistellung eines betroffenen Kantons. Anders als die Gemeinden, die ihre Interessen nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 62e Abs. 3 WRG mit der Einsprache wahren, äussert sich das Gesetz nicht zu den Kantonen. Aus der Nichterwähnung der Kantone in der eben genannten Bestimmung lässt sich der Umkehrschluss ziehen, dass Kantone nicht zur Einsprache berechtigt werden sollten. Dieser Schluss liegt auch deswegen nahe, weil das Gesetz die Mitwirkung der Kantone auf anderem Weg – mittels Stellungnahme nach Art. 62c WRG – sicherzustellen versucht.¹²⁴

¹²¹ Art. 71 WRG wiederum betrifft Streitigkeiten zwischen der Verleihungsbehörde – bei Grenzkraftwerken also dem Bund bzw. dem UVEK – und dem Konzessionär. Siehe etwa Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2712/2016 vom 25. August 2017.

¹²² RETO HÄGGI FURRER, in: Kratz et al. (Hrsg.) Kommentar zum Energierecht, Band I: WRG/ElEG/StromVG/RLG, Bern 2016, Art. 62c N 2, m.H.a. Urteil des Bundesgerichts 1C_78/2012 vom 10. Oktober 2012 E. 4.

¹²³ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021.

¹²⁴ So wohl auch DAVID DUSSY, Verfahren, in: Griffel et al. (Hrsg.), Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, Zürich 2016, 7.60.

Der Gesetzgeber hat die Mitwirkung der Kantone mithin auf den politischen Weg beschränken wollen.¹²⁵

Kantonale Bewilligungen und Pläne sind im Bundeskonzessionsverfahren nicht erforderlich, und das kantonale Recht ist nur zu berücksichtigen, soweit es den Konzessionär in der Erfüllung seiner Aufgaben nicht unverhältnismässig einschränkt (Art. 62 Abs. 4 WRG). Folglich ist es einem betroffenen Kanton nur in geringem Masse möglich, rechtliche Hürden zur Verhinderung ungewollter Grenzkraftwerke zu errichten. Wenn zum Beispiel das kantonale Recht im Fall von Bundeskonzessionen wesentlich höhere Hürden vorsähe als für kantonale Konzessionen, wäre es gerechtfertigt, diese Normen nicht anzuwenden.¹²⁶ Ist das Verwaltungs- und allfällige Beschwerdeverfahren einmal abgeschlossen, kann eine rechtskräftige gewordene Bundeskonzession auf politischen Druck eines Kantons hin grundsätzlich nicht mehr geändert werden.¹²⁷

Somit stehen den Kantonen nur wenige Rechtsmittel gegen zwischenstaatliches Handeln des Bundes zur Verfügung, und je nach Sachbereich sieht auch die bereichsspezifische Gesetzgebung kaum griffige Rechtsmittel vor, wie das Beispiel der Grenzwasserkraftnutzung zeigt. Aus der Sicht der landesrechtlich über die Gewässerhoheit verfügenden Kantone dürfte dies eine Rechtsschutzlücke darstellen: Wenn sie der Ansicht sind, dass der Bund ihre Interessen nur unzurei-

¹²⁵ Siehe Botschaft vom 25. Februar 1998 zu einem Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung der Plangenehmigungsverfahren (BBl 1998 III 2591), S. 2620, 2625. Die Botschaft verweist zu Art. 62e Abs. 3 WRG lediglich auf die Ausführungen zum vergleichbaren Art. 126f Abs. 3 Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung vom 3. Februar 1995, SR 510.10. Dort steht: «Die Gemeinden wahren ihre Interessen im Einspracheverfahren ... Die Kantone beteiligen sich als politisch betroffene Körperschaften am Plangenehmigungsverfahren; soweit sie jedoch direkt betroffen sind, können sie ihre Interessen auch als Partei wahrnehmen.» Die Formulierung «direkt betroffen» könnte auf einen Fall verweisen, da der Kanton wie ein Privater betroffen ist, z. B. als Eigentümer eines Kraftwerks.

¹²⁶ RETO HÄGGI FURRER, in: Kratz et al. (Hrsg.) Kommentar zum Energierecht, Band I: WRG/EleG/StromVG/RLG, Bern 2016, Art. 62 N 12.

¹²⁷ Dies wäre rechtsstaatlich problematisch. Vgl. Art. 66 VwVG; AUGUST MÄCHLER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2. Aufl., Zürich 2019, Art. 66 N 11; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/St. Gallen 2020, N 625.

chend berücksichtigt, wird ihnen auf dem Rechtsweg kaum Erfolg beschieden sein. Dieses Problem dürfte sich kaum beheben lassen, denn zwischenstaatliche Angelegenheiten lassen sich nur schwer mit Hinweis auf laufende innerstaatliche Differenzen zu Kompetenz- und Verfahrensfragen aufschieben. Am ehesten scheint sich ein sachbereichsspezifisches, politisch vereinbartes Vorgehen zu empfehlen, das den zuständigen Bundes- und Kantonsbehörden sowohl praktikabel als auch rechtskonform erscheint. Im Bereich der Grenzwasserkraft könnte sich der Bund mit allen betroffenen Kantonen darüber verständigen, in welchen Verfahren und innert welchen Fristen die kantonalen Mitwirkungsrechte und -pflichten gewahrt werden, wenn es gilt, neue Konzessionen vorzubereiten und zu gewähren, bestehende bzw. auslaufende zu verlängern oder Lösungen für die Einstellung eines bestehenden Grenzwasserkraftwerks zu finden.

VI. Schlussbemerkungen

Wenn es zutrifft, dass – wie PFISTERER im Nachgang zur Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 bzw. während der Föderalismusreform schrieb – die Hauptsorge in der Praxis weniger die Kompetenzverteilung als vielmehr die Aufgabenerfüllung ist,¹²⁸ dann dürfte das geltende Recht diesem Zweck gerecht werden. Im Bereich der grenzüberschreitenden Verwaltungspraxis haben die Bundesbehörden im Allgemeinen die Instrumente in der Hand, um ihre Aufgaben im Interesse der Schweiz zu erfüllen, ohne dass einzelne Kantone diese Aufgabenerfüllung ungebührend blockieren könnten. Wenn es hingegen um die Wahrung der Mit- oder sogar der Selbstbestimmung betroffener Kantone geht, dürfte das Urteil anders ausfallen, zumindest wenn es um die gerichtliche Durchsetzbarkeit der kantonalen Mitwirkungsrechte geht. Erstens zeichnen sich diese Mitwirkungsrechte durch eine geringe Normdichte aus, sodass die Mitwirkung der Kantone an der aussenpolitischen Bundesverwaltungspraxis ganz erheblich von der entsprechenden Kooperationsbereitschaft der Bundesbehörden abhängig bleibt.¹²⁹ Zweitens eignen sich die vorhandenen Rechtsmittel kaum, um die kantonalen Mitwirkungsrechte effektiv zu sichern. Kurzum: Die Kantone sind ganz erheblich auf die politische «courtoisie» der zuständigen Bundesbehörden angewiesen, um ihre Interessen wirksam geltend machen zu können. Man mag darin eine Unzulänglichkeit der gegenwärtigen Rechtsordnung sehen.¹³⁰ Doch vielleicht verlangt diese Perspektive dem Recht zu viel ab. Möglicherweise ist es realistischer, die kantonale Mitwirkung an der Bundesausenpolitik primär als Teil des richtigerweise als *kooperativ* bezeichneten Föderalismus zu verstehen: Der gute Wille zur konstruktiven Zusammenarbeit in gegenseitigem Respekt lässt sich im Bundesstaat schlechterdings nicht durch Rechtszwang ersetzen.

¹²⁸ PFISTERER (Fn. 12), N 3.

¹²⁹ Vgl. PATRICIA EGLI, Kantone als Verfassungsorgan, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II, Zürich 2020, S. 1677 ff., N 24; SCHMITT (Fn. 80), S. 201. Grundsätzlich: BERNHARD WALDMANN, Verfassungsrechtlicher Rahmen des schweizerischen Föderalismus – nur noch Symbolik?, AJP 2013, S. 1332 ff.

¹³⁰ So wohl WALDMANN (Fn. 12), S. 215, der über neue Verfahren nachdenkt.

Der Wasserkraft kommt eine wichtige Rolle zu. Ihr rechtlicher Rahmen stellt sich kompliziert dar, wenn Grenzgewässer genutzt werden. Während die Wassernutzung üblicherweise eine kantonale Angelegenheit ist, liegt die Zuständigkeit für Grenzgewässer beim Bund. Er muss jedoch die kantonalen Interessen berücksichtigen. Wie soll der Bund einen betroffenen Kanton einbeziehen? Die Antwort führt zum vertikalen, kooperativen Föderalismus und verbindet Erkenntnisse der Bereiche des Wasserrechts und des Föderalismus.



Als Querschnittsrecht strahlt das Energierecht in verschiedenste Rechtsgebiete aus, so insbesondere in das Regulierungsrecht sowie das Raumplanungs- und Umweltrecht. Starke Bezüge zum internationalen und europäischen Recht hat das Energierecht bei Fragen des Klimaschutzes sowie des grenzüberschreitenden Energietransports und -handels. Das traditionell im Vordergrund stehende, auf Sicherheitsvorschriften sowie Haftungs- und Enteignungsfragen fokussierte Elektrizitäts- und Rohrleitungsrecht bildet entsprechend nur noch einen kleinen Teil dessen, was heute unter Energierecht zu verstehen ist. Mit der Zunahme des Energiehandels und dem Entstehen von Energiebörsen sind selbst Teile des Finanzmarktrechts heute funktional dem Energierecht zuzuordnen. Gleichzeitig mit dem wachsenden Umfang hat das Energierecht auch stark an Dynamik gewonnen, was zu einer grossen Vielfalt an unbeantworteten rechtlichen Fragen, die darüber hinaus meist interdisziplinäre Bezüge aufweisen, führt. Die vorliegende, von Professoren der Universitäten Luzern, St. Gallen und Zürich sowie der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften ZHAW gemeinsam getragene Schriftenreihe bildet ein Gefäss zur Kommunikation von Forschungsergebnissen in Wissenschaft, Praxis und Gesellschaft.