

VISCHER

Rechtliche Aspekte der Beendigung einer Wasserrechtskonzession.



Bern, 22. August 2023

Dr. Joel Drittenbass, Rechtsanwalt, und Prof. Dr. Peter Hettich, LL.M., Rechtsanwalt, VISCHER AG

Grundsatzgesetzgebungskompetenz (1/2).

- «Über die Wasservorkommen verfügen die Kantone» (Art. 76 Abs. 4 BV)
- «Er [der Bund] legt Grundsätze fest ... über die Nutzung der Gewässer zur Energieerzeugung» (Art. 76 Abs. 2 BV)
- «Er [der Bund] erlässt Vorschriften über ... die Sicherung angemessener Restwassermengen» (Art. 76 Abs. 3 BV)
- BGE 142 I 99, 108 ff. (KW Schächenschale gegen Uri):
 - «Die Gewässerhoheit, d.h. die ... Verfügungsmacht über die Wasservorkommen, liegt freilich von Bundesverfassungs wegen bei den Kantonen»
 - «Die Konzessionserteilung ist eine Verfügung über kantonale Hoheits- oder Souveränitätsrechte»
 - «Ebenso wenig besteht ein Rechtsanspruch auf Verlängerung einer einmal erteilten Konzession»
 - «Die in ... Verfügungsmacht der Kantone über ihre Wasserkräfte («Gewässerhoheit») stellt ein solches kantonales Regal dar und kann daher dem Anwendungsbereich der Wirtschaftsfreiheit entzogen werden»

Grundsatzgesetzgebungskompetenz (2/2).

- BGE 128 I 254, 265 (Gilgen-Müller und Aebi gegen Bern)
 - «Es ist anerkannt, dass der Bundesgesetzgeber, wo besonders wichtige Probleme zu entscheiden sind oder klare Abgrenzungen auf eidgenössischer Ebene vorgenommen werden müssen, auch detaillierte Regeln erlassen darf»
- BGE 142 I 99, 115 ff. (KW Schächenschale gegen Uri):
 - «Die Bundeszuständigkeit ... ist eine Grundsatzkompetenz ... Eine solche bedingt und erlaubt prinzipiell eine ausführende kantonale Gesetzgebung»
 - «Die Konzessionserteilung ist eine Verfügung über kantonale Hoheits- oder Souveränitätsrechte»
 - «Artikel 39 und 41 WRG sind stark konkretisierungsbedürftig und geben der zuständigen Behörde einen grossen Ermessensspielraum (...). Es kann dem Kanton nicht verwehrt sein, anstatt im Einzelfall sein Ermessen auszuüben, darüber konkretisierende allgemeine Regeln zu erlassen, solange diese nicht im Widerspruch zum Bundesrecht stehen».

Anwendbares Recht.

- Als Ausfluss der umfassenden Kompetenzen des Bundes
 - GSchG (teilweise)
 - BG über den Wasserbau
 - StAG
- Als Ausfluss der Grundsatzgesetzgebungskompetenzen des Bundes
 - GSchG (teilweise)
 - WRG
 - RPG
- Als Ausfluss originär kantonaler Kompetenzen
 - Kantonale Wasserrechtsgesetze

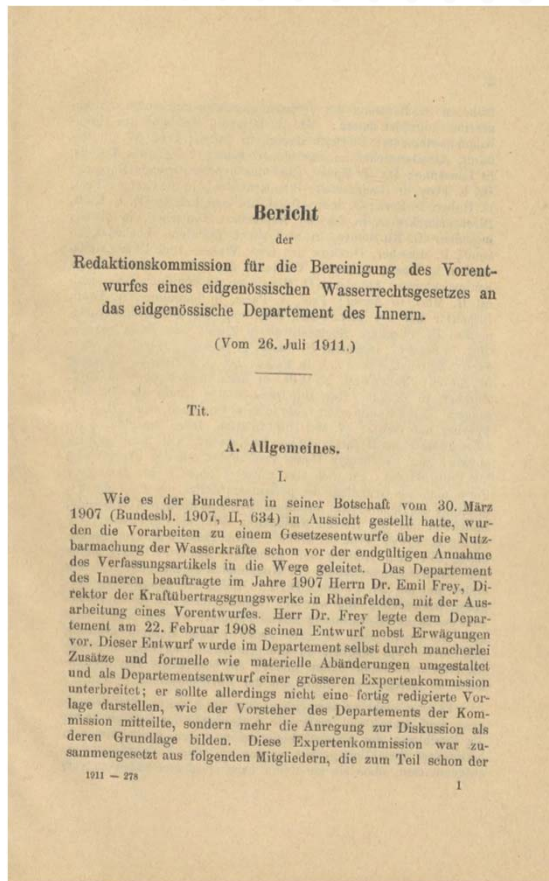
«Make or Buy»-Entscheidung.

- «Das Verfügungsberechtigte Gemeinwesen kann die Wasserkraft selbst nutzbar machen oder das Recht zur Benutzung andern verleihen». (Art. 3 WRG)
- «Die Konzession verschafft dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohlerworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers». (Art. 43 WRG)
- «Soll eine Gewässerstrecke, die im Gebiet mehrerer Kantone liegt ... nutzbar gemacht werden und können sich die beteiligten Kantone nicht einigen, so entscheidet [das UVEK]». (Art. 6 WRG)
- «Wasserrechte an Gewässerstrecken, die in verschiedenen Kantonen liegen, werden durch die beteiligten Kantone im gemeinsamen Einverständnis verliehen. Können sich die Kantone innert angemessener Frist nicht einigen, so erteilt das [UVEK] die Konzession». (Art. 38 WRG)

Notwendige Befristung von Wasserrechten.

- «Die Konzession wird für höchstens 80 Jahre von der Eröffnung des Betriebes an (...) erteilt». (Art. 58 WRG)
- BGE 127 II 69, 74 f. (A. AG gegen St.Gallen):
 - «Nach heutiger Rechtsanschauung kann das Gemeinwesen Sondernutzungsrechte nicht auf unbefristete Dauer erteilen ... Wäre das durch Konzession dem Privaten eingeräumte Recht ein ewiges, liefe dies darauf hinaus, dass das Gemeinwesen sich seiner Rechte und seiner Hoheit entäusserte, was nicht zulässig ist».
- BGE 145 II 140, 152 (WWF Schweiz gegen A., Cham und Zug):
 - «Entsprechendes gilt für die ehehaften Wasserrechte: Auch diese sind nach 80 Jahren den heute geltenden Vorschriften zu unterstellen, und zwar grundsätzlich entschädigungslos. Die ehehaften Rechte (z.B. Personalservituten) sind daher abzulösen (u.U. mit einer gewissen Übergangsfrist)».

Anwendbares Recht beim Heimfall (1/2).



- Folgen der Erlöschung infolge Heimfalls:
 - «Beim Heimfall der Werke ist, sofern die Konzession nichts anderes bestimmt, das verleihungsberechtigte Gemeinwesen befugt: ...» (Art. 67 WRG)
- Obligatorischer Inhalt der Konzession:
 - «Alle Konzessionen sollen bestimmen:
 - i. die allfälligen Rechte auf Beanspruchung des Heimfalls und auf Rückkauf des Werkes;
 - k. das Schicksal der Anlagen beim Ende der Konzession;» (Art. 54 WRG)

Anwendbares Recht beim Heimfall (2/2).

§ 17. Durchführung des Heimfalls.

I. Massgebende Vorschriften. EWG Art. 67 enthält dispositives Recht. Die kantonalen Wassergesetze und die Konzessionsbestimmungen gehen vor. Nur wenn die Konzession bloss den Heimfall begründet, gilt Art. 67 für gegenseitige Rechte und Pflichten. Bern und Zürich regeln den Heimfall zwingend.

II. Juristische Form. Wo es sich nur um eine Aneignungsbefugnis handelt, wird diese durch Verwaltungsakt ausgeübt, gleich wie beim Rückkauf. Ist ein wirklicher Heimfall vorgesehen, so erfolgt der Eigentumserwerb ipso jure, im Moment des Erlöschens der Konzession.

BENNO WETTSTEIN, Rückkauf und Heimfall im Schweizerischen Wasserrecht, S. 73 (1925)

3.2.1. Subsidiarität des eidgenössischen WRG

Soweit das WRG überhaupt die Folgen des Erlöschens der Konzession regelt¹⁵, sind sie in den Art. 66 – 69 festgehalten. Dazu kommt noch Art. 58 II, der für das Gemeinwesen einen Konzessionserneuerungsanspruch statuiert¹⁶. Dem Wortlaut genannter Artikel ist ohne Zweifel zu entnehmen, dass die eidgenössische Regelung nur dispositiven Charakters ist¹⁷. Die Doktrin ist diesbezüglich einhelliger Meinung¹⁸.

Damit überlässt es der Bundesgesetzgeber den Kantonen, die Folgen des Erlöschens von Wasserrechtskonzessionen eingehender zu regeln. Soweit die kantonalen Legislativen von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht haben und die getroffene Regelung über den eidgenössischen Rahmen hinausgeht, kommt diese zur Anwendung. Wir werden weiter vorne darauf zurückkommen¹⁹. Daneben ist für die Frage der Folgen auch immer auf die in den einzelnen

¹⁵ Dabei fällt auf, dass bezüglich der Erneuerung der Verleihung – abgesehen vom Spezialtatbestand von Art. 58 II – das Gesetz sich in Schweigen hüllt. Die Doktrin bemerkt hiezu, das WRG setze die Möglichkeit der Erneuerung implizite als selbstverständlich voraus, vgl. Wettstein, S. 31; Gadiant, S. 50; dieser Ansicht kann zugestimmt werden. Die Tatsache erklärt sich wohl daraus, dass das WRG nur eine Grundsatzzesetzgebung ist; vgl. auch BBl 1912 II 700.

¹⁶ Vgl. Ziff. 4.1.

¹⁷ Dies unterstreichen die Wendungen “sofern die Verleihung nichts anderes bestimmt” (Art. 66/67) oder “mangels anderer Vorschrift der Verleihung” (Art. 69).

¹⁸ Vgl. Wieland, S. 144; Wettstein, S. 31, 73 f.; Gadiant, S. 49; Knapp, Concessions hydrauliques, S. 140; Graf, S. 60; Trümpy, S. 6; Geiser/Abbüh/Bühlmann, Kommentar zu Art. 67; und schon BBl 1912 II 701. Gewisse Zweifel könnten immerhin bei den Absätzen II/III von Art. 67 entstehen. Doch kann nach unserem Dafürhalten auch diesen Absätzen die Subsidiarität – entsprechend dem Willen des Gesetzgebers – nicht abgesprochen werden; vgl. die bereits zitierte Botschaft; ebenso Sten Bull NR 1915, S. 298; Isler, S. 69.

¹⁹ Siehe Ziff. 3.5. und 3.7.

VINZENS AUGUSTIN, Das Ende der Wasserrechtskonzessionen, S. 65 (1983)

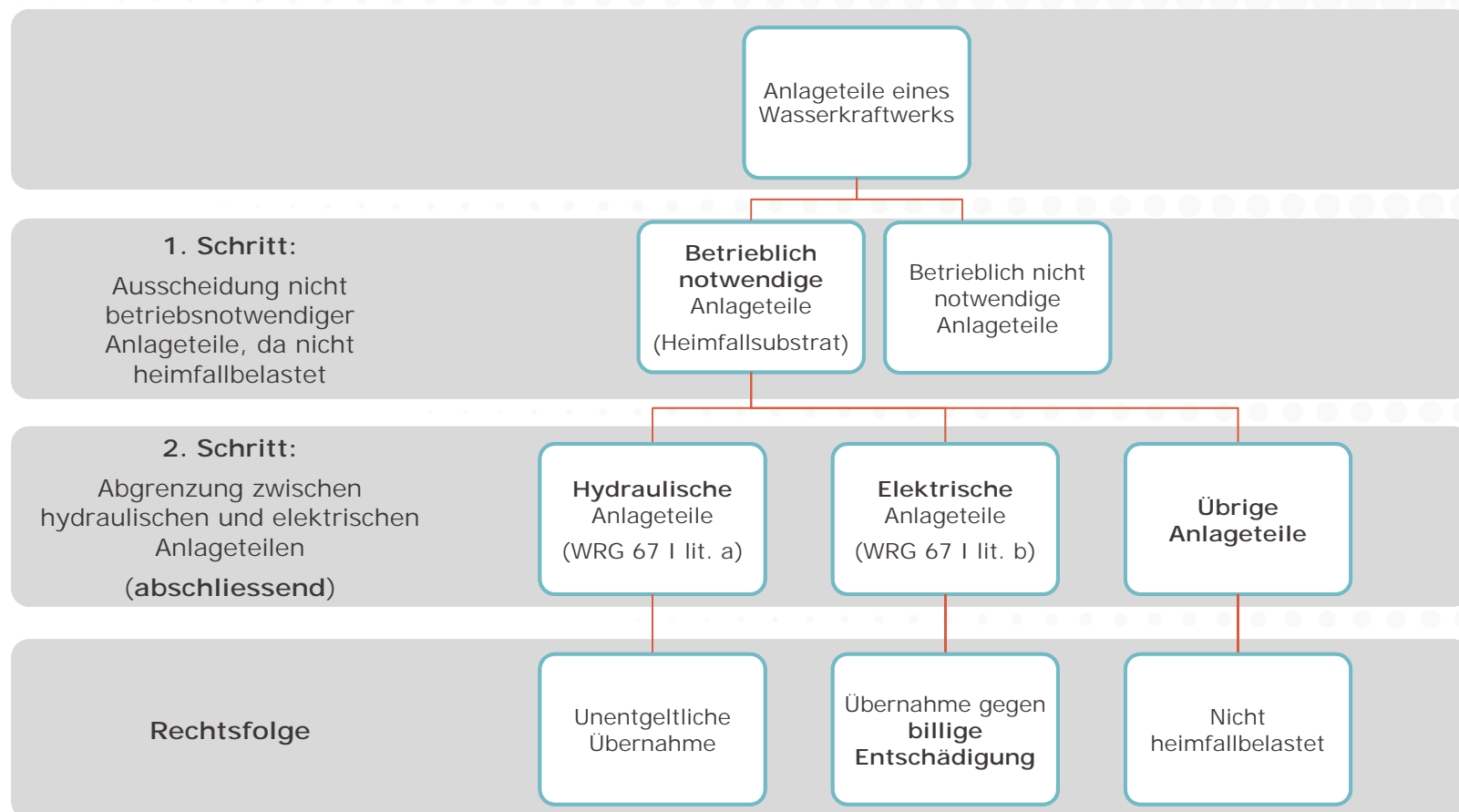
Heimfallsubstrat – Art. 67 Abs. 1 WRG.

Art. 67 Abs. 1 WRG

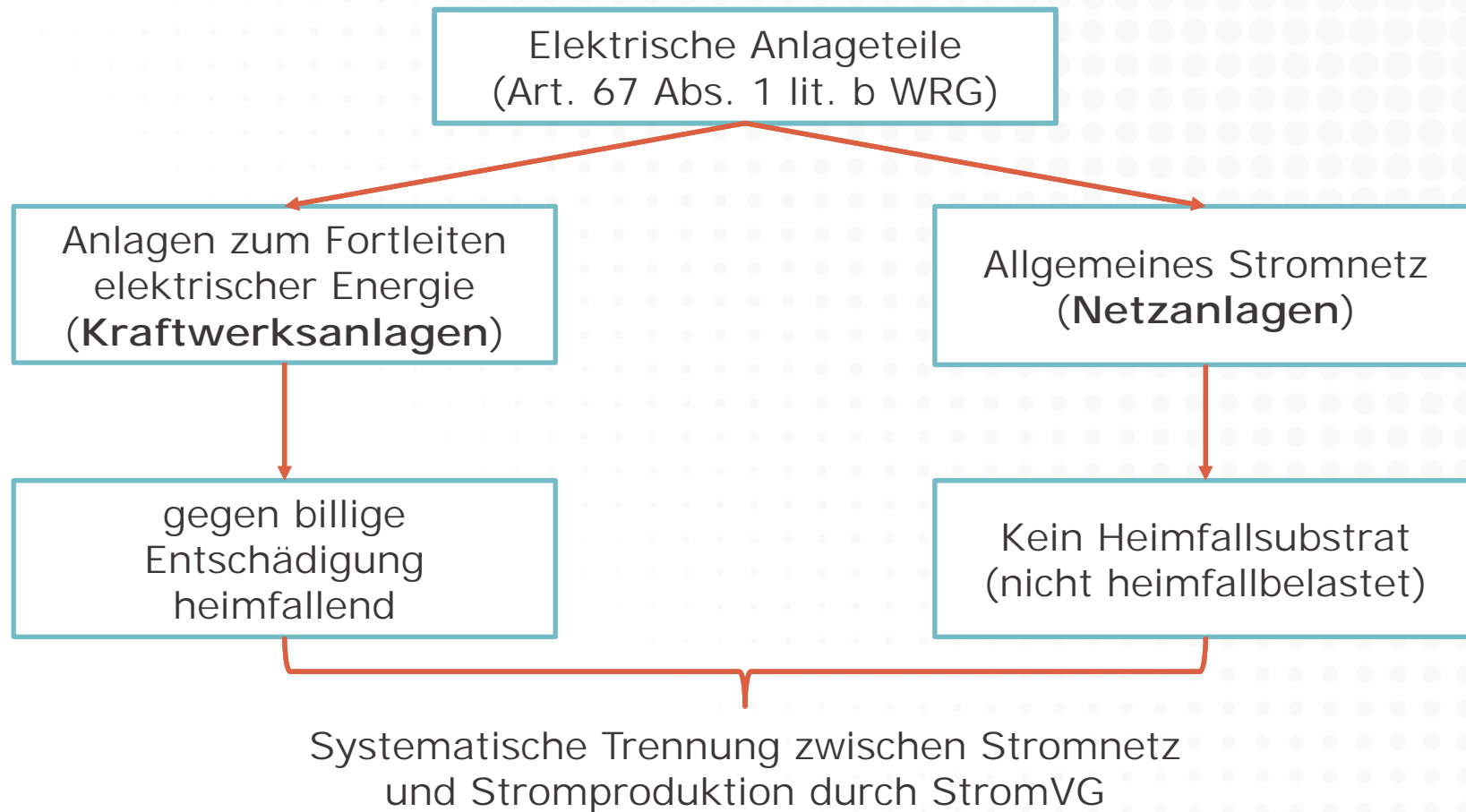
¹ Beim Heimfall der Werke ist, **sofern die Konzession nichts anderes bestimmt**, das verleihungsberechtigte Gemeinwesen befugt:

- a. die auf öffentlichem oder privatem Boden errichteten Anlagen zum Stauen oder Fassen, Zu- oder Ableiten des Wassers, die Wassermotoren mit den Gebäuden, in denen sie sich befinden, und den zum Betriebe des Wasserwerks dienenden Boden **unentgeltlich** an sich zu ziehen;
- b. Anlagen zum Erzeugen und Fortleiten elektrischer Energie gegen eine **billige Entschädigung** zu übernehmen [Hervorhebungen nur hier].

Heimfallsubstrat – Zweistufiges Verfahren: Dogmatik.



Heimfallsubstrat: Zum Umfang von elektrischen Anlageteilen.



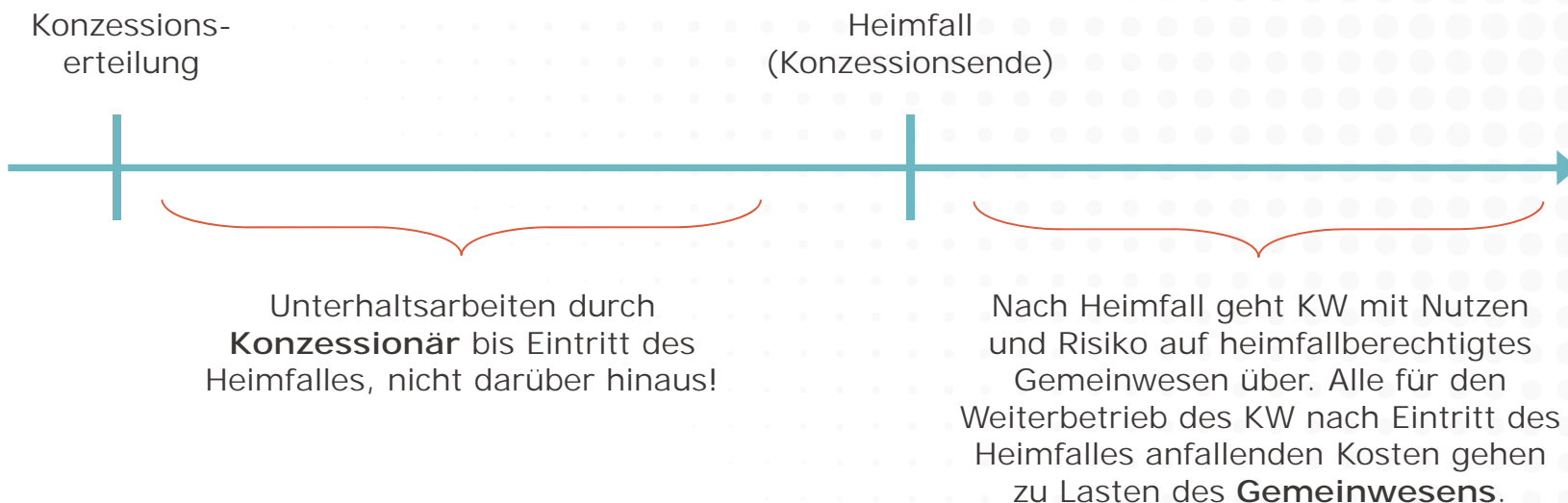
Billige Entschädigung.

- **Gerechte und angemessene Entschädigung** für Übernahme der elektrischen Anlageteile (vgl. Art. 67 Abs. 1 lit. b WRG)
 - Billigkeitsbegriff hat Ursprung im römischen Begriff der Aequitas, der das Recht als «Kunst des Guten und Billigen (Gerechten) definierte».
- **Wiederbeschaffungswert** im Zeitpunkt des Heimfalles **als Bemessungsgrundlage** für Entschädigung des Konzessionärs

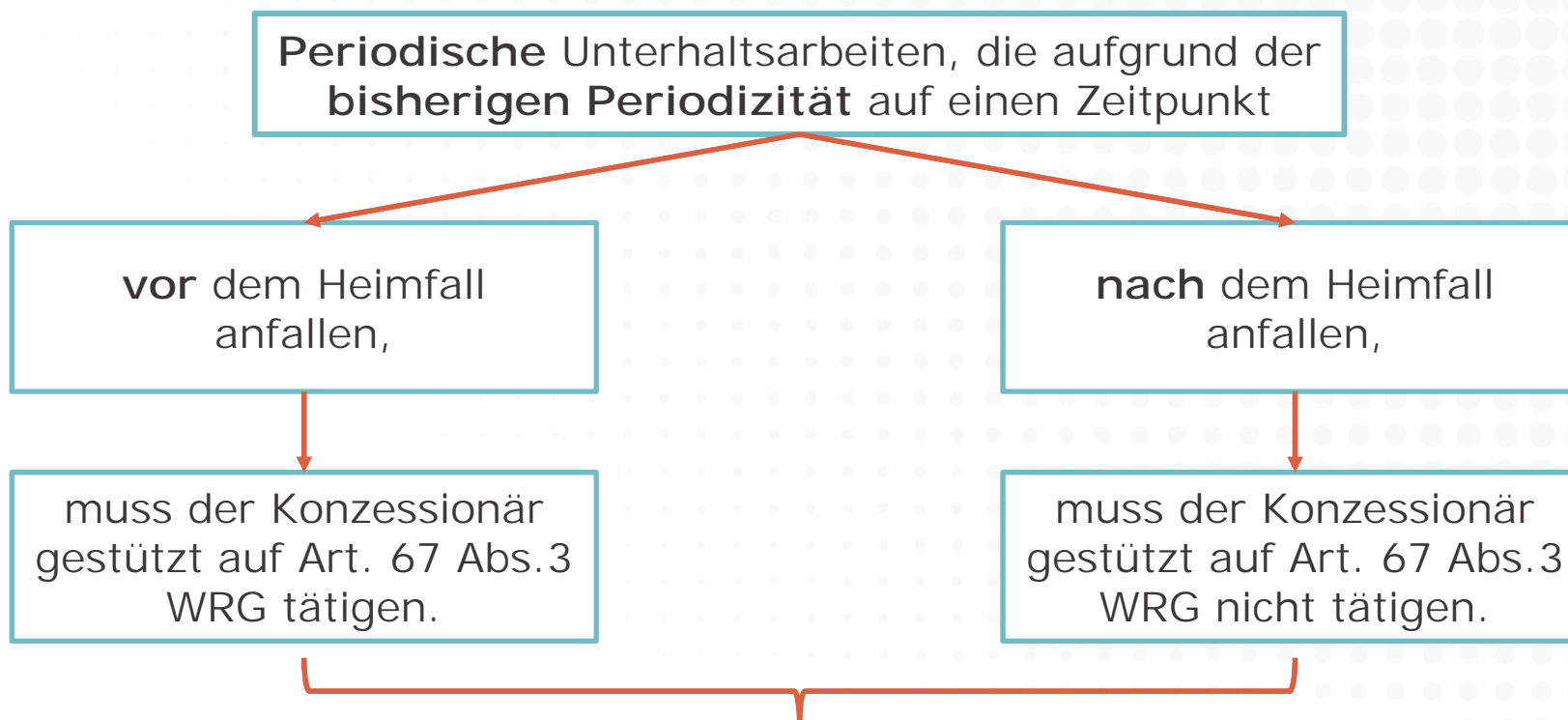
Unterhaltungspflicht gemäss Art. 67 Abs. 3 WRG (1/2).

Art. 67 Abs. 3 WRG

³ Der Konzessionär ist verpflichtet, die Anlagen und Einrichtungen, an denen das Heimfallrecht besteht, in **betriebsfähigem Zustand** zu erhalten [Hervorhebungen nur hier].



Unterhaltungspflicht gemäss Art. 67 Abs. 3 WRG (2/2).



Unter Art. 67 Abs. 3 WRG können **keine Investitionen** gefordert werden, die den Weiterbetrieb des Wasserkraftwerkes **verbessern**.

Restwertvereinbarung gemäss Art. 67 Abs. 4 WRG.

- **Vergütung der Modernisierungs- und Erweiterungsarbeiten** (vgl. Art. 67 Abs. 4 WRG)
 - Abgrenzung zu Unterhaltsarbeiten gemäss Art. 67 Abs. 3 WRG
- Art. 67 Abs. 4 WRG schafft **Anreiz**, das Wasserkraftwerk vor Eintritt des Heimfalles zu **modernisieren** und/oder **auszubauen**.
 - Restwertvereinbarung vor Eintritt des Heimfalles schafft Rechts- und Investitionssicherheit.
 - Unklar ist allerdings, ob der Konzessionär einen Anspruch auf Abschluss einer Restwertvereinbarung hat.

Fazit.

- Art. 76 Abs. 2 BV als Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes schliesst eine **detaillierte** bzw. **abschliessende Regelung** im Bereich der Nutzung der Gewässer zur Energieerzeugung nicht aus.
- **Umstrittener Vorrang** kantonaler Heimfallbestimmungen gegenüber bundesgesetzlichen Regelungen gemäss Art. 67 WRG
- Eine **systematische** Durchdringung des Heimfallrechts in Lehre und Rechtsprechung **fehlt** weitgehend. Entsprechend **mangelt** es an einer **kohärenten** Dogmatik zum Heimfallrecht (Forschungs-/Klärungsbedarf):
 - HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS, Der Heimfall: Beitrag zu den Sprachbarrieren in rechtswissenschaftlichen Kompilationen, ZBI 125 (2023), 285–286.
 - HETTICH/RECHSTEINER/DRITTENBASS/GRAEFEN, Heimfall im Wasserrecht: Dogmatik und ausgewählte Rechtsfragen, Zürich/St.Gallen 2023 (erscheint diesen Spätsommer).
- **Rechtsunsicherheit gefährdet die Stromversorgungssicherheit** in der Schweiz.

VISCHER

Herzlichen Dank.



Zürich
Schützengasse 1
Postfach
8021 Zürich, Schweiz
T +41 58 211 34 00

Basel
Aeschenvorstadt 4
Postfach
4010 Basel, Schweiz
T +41 58 211 33 00

Genf
Rue du Cloître 2-4
Postfach
1211 Genf 3, Schweiz
T +41 58 211 35 00

www.vischer.com

Ihr Kontakt bei VISCHER.



Dr. Joel Drittenbass
Rechtsanwalt
jdrittenbass@vischer.com
+41 58 211 34 28

Über Dr. Joel Drittenbass

- Joel Drittenbass arbeitet als Rechtsanwalt im Regulatory Team von VISCHER. Er berät und vertritt Parteien vorwiegend in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, insbesondere im Energie-/Umweltrecht sowie im Gesundheits-/Life Science Recht. Vor und während seines Doktorates arbeitete er als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für öffentliches Wirtschaftsrecht an der Universität St.Gallen.



Prof. Dr. Peter Hettich LL.M.
Rechtsanwalt
phettich@vischer.com
+41 58 211 34 86

Über Prof. Dr. Peter Hettich, LL.M.

- Peter Hettich ist ordentlicher Professor für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen (HSG). Er forscht und lehrt im Bereich des öffentlichen Wirtschaftsrechts sowie des Bau-, Planungs- und Umweltrechts. Er ist Direktor am Institut für Law and Economics (ILE-HSG). Peter Hettich ist als Konsulent für VISCHER tätig.