

5. St. Galler Energietagung im Trafo Baden

Kritische Punkte beim Erlöschen von Wassernutzungskonzessionen



Dr. Michael Merker

Binder Rechtsanwälte, Baden und Aarau

www.binderlegal.ch

Inhalt

1. Wassernutzungskonzession und Erneuerungsversprechen
 - Beendigungsgründe (Überblick)
 - Zusicherung Konzessionsverlängerung im Konzessionsvertrag („Erneuerungsversprechen“)
2. Wassernutzungskonzession und öffentliche Ausschreibung
3. Konzessionsänderung oder Neukonzessionierung?
 - Anwendungsfall KW Rheinfelden
 - Unterscheidungskriterien

Wassernutzungskonzession



• Beendigungsgründe?

- Erlöschen durch
 - Ablauf Dauer (Art. 58 WRG, kantonale Gesetze, Konzession)
 - Verzicht (Grundsatz: Ausübungspflicht, Verzicht nur wenn vorgesehen)
- Verwirkung
 - Keine Betriebsaufnahme oder längerer Unterbruch
 - (Andere) schwere Pflichtverletzungen
- Enteignung (gesetzliche Grundlage öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, volle Entschädigung)
- Rückkaufsklausel (wenn vorbehalten, Art. 63 WRG)

3

Wassernutzungskonzession

• Was passiert beim Ablauf der Konzessionsdauer?

Nutzungsrecht
(Konzession)

Eigentum an
Werkanlagen

- Nutzungsrecht (Konzession)
 - Sondernutzungsrecht fällt dahin
 - Verfügungsberechtigung über öffentliche Sachen (Wasser) ungeschmälert bei Gemeinwesen

4

Wassernutzungskonzession

- **Eigentum an Werkanlagen?**
 - dispositive Heimfallregelung in Art. 67 WRG
 - Gemeinwesen kann die „hydraulischen Anlageteile“ unentgeltlich an sich ziehen
 - Anlagen zur Erzeugung und Fortleitung elektrischer Energie kann (muss) Gemeinwesen gegen billige Entschädigung übernehmen.
 - kantonale Regelung
 - Konzessionsvertrag
- **Verfahren?**
 - Heimfallrecht muss „ausgeübt“ werden (Gestaltungserklärung)
 - Keine Pflicht, Heimfall auszuüben

5

Wassernutzungskonzession

- **Heimfallverzicht-Entschädigung**
 - Betrifft Eigentum an Anlage (hydraulisch und elektrisch)
 - Betrifft **nicht** Wassernutzungskonzession
 - *Begriff*: Verzicht auf Gestaltungserklärung, das Heimfallrecht ausüben zu wollen und Entschädigung für diesen Verzicht
 - *Materiell*: **Preis**, der für bestehende Anlagen bezahlt wird, die nach Ablauf der Wassernutzungskonzession durch Akzession (Baute auf öffentlichem Grund) oder Heimfall dem konzessionierten Gemeinwesen gehören.
 - Geld
 - Heimfallsubstrat als Sacheinlage
 - Vorzugskonditionen bei Lieferung Elektrizität
 - andere und Kombination aus diesen

6

Wassernutzungskonzession – Erneuerungsversprechen

- **Fall:** Zusicherung Konzessionsverlängerung

- In verschiedenen Wassernutzungskonzessionen findet sich „Zusicherung“ dass nach Ablauf der Konzession Verlängerung zu vergleichbaren Bedingungen an den bisherigen Konzessionär erfolgen wird.
- *Zulässig? Verbindlich? Kann sich der Konzessionär auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Vertrauensschutz) berufen?*

7

Wassernutzungskonzession – Erneuerungsversprechen

- Voraussetzungen für Vertrauensschutz
 - **Grundsatz:** Private haben Anspruch, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen geschützt zu werden (Art. 9 BV)
 - Vertrauensgrundlage
 - Verhalten der Behörde, das Erwartungen auslöst
 - Zusicherung im Konzessionsvertrag
 - Fehlerhaftigkeit nicht erkennbar
 - gewisse Sorgfalt nötig
 - fraglich (Grenzfall)
 - Vertrauensbetätigung
 - nachteilige Dispositionen (Investitionen [Sanierung])
 - im Einzelfall abzuklären
 - **Abwägung Interesse Vertrauensschutz und entgegenstehende öffentliche Interessen**

8

Wassernutzungskonzession – Erneuerungsversprechen

– Interessenabwägung (Bundesgericht)

- Gemeinwesen darf sich nicht der Hoheit über öffentliche Sachen entäussern
 - Öffentliche Gewässer sind öffentliche Sachen im Gemeingebrauch; Betrieb Kraftwerk ist
 - Überschreitung bestimmungsgemässer Gebrauch
 - Ausschluss Dritter von Nutzung
- Gemeinwesen muss (periodisch) Möglichkeit haben, Nutzung auf Konformität mit geltendem Recht und öffentlichen Interessen zu überprüfen, z.B.
 - Umweltschutzgesetzgebung
 - Finanzielle Überprüfung
 - Mitbewerberinteressen
- Grundsatz konkretisiert in Art. 58 WRG
 - 80 Jahre Höchstdauer (zwingend)

9

Wassernutzungskonzession – Erneuerungsversprechen

- Nach Ablauf der Dauer ist Staat frei, Konzession
 - nicht mehr zu erneuern
 - bisherigem Konzessionsinhaber oder Dritten (neu) zu erteilen
- Kantonale Regelungen, die Maximum unterschreiten sind zulässig
- Konzessionen mit kürzeren Konzessionsdauern und Erneuerungsversprechen sind bis 80 Jahre gültig
- **Verlängerung vor Ablauf der Konzessionsdauer?**
 - z.B. nach 40 von 80 Jahren: zulässig
 - aber: Regeln für Neukonzessionierung gelten:**
 - alle öffentlichen Interessen sind zu beachten
 - Energiewirtschaftliche Interessen an rationeller Wasserkraftnutzung
 - Interessen des konzedierenden Gemeinwesens (Finanzen, Energiebezug)
 - Umweltschutz (Gewässerschutz, Fischerei)
 - Heimfallverzichts- bzw. Aufschubentschädigung

10

Wassernutzungskonzession – Erneuerungsversprechen

- **Fazit**

- Vertragliche Zusicherungen in den Konzessionen (Erneuerungsklauseln), die Konzessionsdauer von 80 Jahren überschreiten, sind rechtswidrig
- Kein Vertrauensschutz wegen Erkennbarkeit und starken öffentlichen Interessen
- Konzessionierung für 60 Jahre plus Erneuerungsversprechen: Differenz zu gesetzlich zulässiger Höchstdauer
- Vorzeitige Erneuerung zulässig, wenn Gesamtinteressenabwägung

11

Muss die „Verlängerung“ einer Wassernutzungskonzession öffentlich ausgeschrieben werden?



- **Ausschreibung?**

12

Muss die „Verlängerung“ einer Wassernutzungskonzession öffentlich ausgeschrieben werden?

- **Binnenmarktgesetz? (BGBM)**

- Ziel BGBM
 - Wendet sich gegen öffentlichrechtliche Beschränkungen des freien Marktzugangs
 - Bund
 - Kanton
 - Gemeinden
 - freier und gleichberechtigter Zugang zum Markt
 - Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft
- Geltung
 - Personen mit Niederlassung oder Sitz in Schweiz
- Revision
 - BGBM wurde revidiert und ist am 1. Juli 2006 in Kraft getreten

13

Muss die „Verlängerung“ einer Wassernutzungskonzession öffentlich ausgeschrieben werden?

- Neu: Art. 2 Abs. 7 BGBM

„Die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private hat auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren.“

- War im ursprünglichen Revisionsentwurf nicht vorgesehen (Ergebnis Vernehmlassungsverfahren, Antrag WeKo und economiesuisse)
- Passierte NR und SR unauffällig (keine Erklärung über Bedeutungsinhalt)

14

Muss die „Verlängerung“ einer Wassernutzungskonzession öffentlich ausgeschrieben werden?

- Wann muss ausgeschrieben werden?
- Begriffe:
 - Kantonale und kommunale Monopole
 - Übertragung der Nutzung
 - Private

15

Muss die „Verlängerung“ einer Wassernutzungskonzession öffentlich ausgeschrieben werden?

- Kantonale und kommunale Monopole
 - Recht des Gemeinwesens, eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben (beinhaltet Übertragungsrecht an Dritte)
 - **Rechtliche Monopole**
 - Beruhen auf Rechtssatz
 - **Faktische Monopole**
 - Beruhen zum Beispiel auf staatlicher Hoheit über öffentliche Sachen
 - **Monopolkonzession** ist Übertragung des Rechts auf Dritte
 - **Sondernutzungskonzession** = Recht an Sondernutzung einer öffentlichen Sache
- Übertragung der Nutzung
 - erstmalige Erteilung oder „Verlängerung“ (formell: Neukonzessionierung)

16

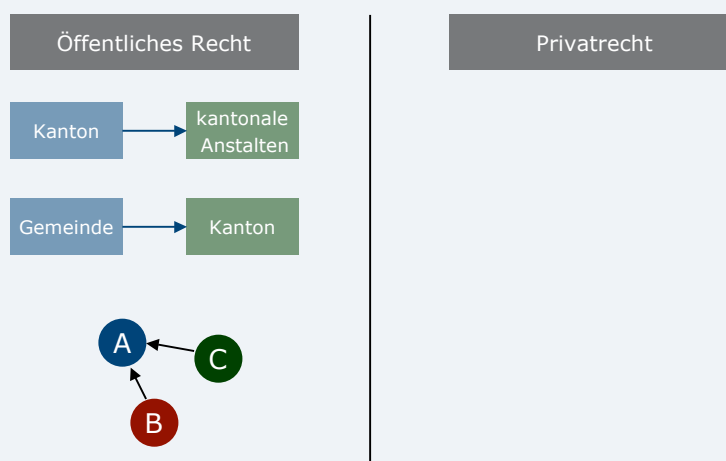
Muss die „Verlängerung“ einer Wassernutzungskonzession öffentlich ausgeschrieben werden?

- Wassernutzungskonzession
 - nutzt öffentliche Sache (Wasser)
 - schliesst Dritte von der gleichen Nutzung aus
 - Sondernutzungsrecht wird durch Konzession übertragen

- Private?

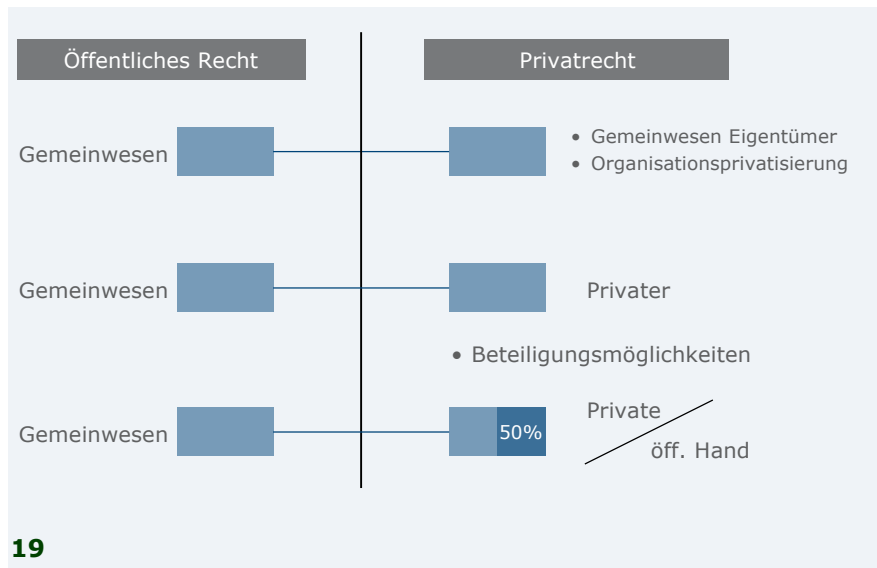
17

Muss die „Verlängerung“ einer Wassernutzungskonzession öffentlich ausgeschrieben werden?



18

Muss die „Verlängerung“ einer Wassernutzungskonzession öffentlich ausgeschrieben werden?



Muss die „Verlängerung“ einer Wassernutzungskonzession öffentlich ausgeschrieben werden?

• Fazit Ausschreibungspflicht für Wasserkraftnutzung

- Nutzung öffentlicher Gewässer = faktisches Monopol
- Übertragung an Privaten = Anwendungsfall BGBM
- Ausschreibungspflicht ja
- Zwingend? Ja, allenfalls Nichtanwendbarkeit bei entsprechender Umschreibung der Beteiligungsmöglichkeiten privater Dritter

20

Erteilung einer neuen Konzession oder Konzessionsänderung? Abgrenzungskriterien



- **Neukonzessionierung und „Konzessionserneuerung“**
 - Überprüfung der Gesamtanlage unter allen (wasserrechtlichen und anderen) Gesichtspunkten
 - Start von „grüner Wiese“
 - USG, GschG, RPG, BGF, NHG, WRG
 - **Aber:** bei Neukonzessionierung ist zu berücksichtigen
 - Beeinträchtigung teilweise nicht umkehrbar
 - Mögliche Entwicklung Landschaft und Gewässer in 80 Jahren
 - Freizeitverhalten
 - landwirtschaftliche Nutzung
 - Hochwasserschutz
 - Praxis:
 - Pragmatisch
 - Gesamtinteressenabwägung

21

Erteilung einer neuen Konzession oder Konzessionsänderung? Abgrenzungskriterien

- **Konzessionsänderung**
 - Änderung einer bestehenden oder projektierten (aber bereits konzessionierten) Anlage
 - Keine Gesamtinteressenabwägung, Prüfung, ob Abänderung rechtlichen Anforderungen genügt
 - Kein neuer Konzessionsfristenlauf
 - Bei kleinen Änderungen vereinfachtes Verfahren möglich (kantonal; Bundeskonzessionen: 62h WRG)

22

Anwendungsfall: Fischerei-Verband / Aqua Viva
c. Wasserkraftwerk Rheinfelden



23

Anwendungsfall: Fischerei-Verband / Aqua Viva
c. Wasserkraftwerk Rheinfelden



24

Anwendungsfall: Fischerei-Verband / Aqua Viva
c. Wasserkraftwerk Rheinfelden

- **1989:**
 - Wassernutzungskonzession für 80 Jahre
 - Pflicht: Neubaubeginn innert 10 Jahren, Inbetriebnahme innert 15 Jahren
 - sonst: Konzessionsverlust
- **1998:**
 - Baubewilligung

25

Anwendungsfall: Fischerei-Verband / Aqua Viva
c. Wasserkraftwerk Rheinfelden

- **1999**
 - Gesuch Konzessionärin um Fristverlängerung
 - 5 Jahre Baubeginn
 - 25 Jahre Inbetriebnahme
 - Etappierung Ausbau
 - Begründung:
 - Strommarktöffnung
 - Produktionsüberkapazitäten
 - Unverschuldete Verfahrensverzögerung im Baubewilligungsverfahren
 - UVEK:
 - Verlängerung Frist Baubeginn
- **2000**
 - Auflage Konzessionsänderungsgesuch
 - Einsprachen

26

Anwendungsfall: Fischerei-Verband / Aqua Viva c. Wasserkraftwerk Rheinfelden

- **2002**
 - Entscheid UVEK / Regierungspräsidium Freiburg
 - 5 Jahre Verlängerung für Baubeginn
 - 15 Jahre für Inbetriebnahme
 - Etappierung (2008 Wehr und Ausgleichsmassnahmen [Fischpass, temporeiches naturnahes Fliessgewässer am CH-Ufer, Webcam-Installation]; 2019 Maschinenhaus und naturnahes Fliessgewässer am D-Ufer; Pönalen für Fristüberschreitungen)
 - Beschwerde der SFV, AFV, Aqua Viva; **Begründung:** keine Konzessionsänderung, sondern Neukonzessionierung mit Gesamtinteressenabwägung
 - Kanton AG: Prüfungsantrag, ob Konzession verwirkt
- **2004**
 - Entscheid des Bundesgerichts

27

Anwendungsfall: Fischerei-Verband / Aqua Viva c. Wasserkraftwerk Rheinfelden

- **Abgrenzungskriterien Neukonzessionierung – Konzessionsänderung**
 - Wesentliche Abänderung des notwendigen Konzessionsinhalts (Art. 54 WRG)
 - Umfang des verliehenen Nutzungsrechts
 - Nutzbare Wassermenge
 - Dotierwassermenge
 - Art der Nutzung
 - wesentliche Bedingungen und Auflagen
 - Änderung der Konzessionsdauer, andere Fristen (Inbetriebnahme)
 - Änderung der dem Konzessionär auferlegten wirtschaftlichen Leistungen
 - Änderung der Heimfallregelung

28

Anwendungsfall: Fischerei-Verband / Aqua Viva c. Wasserkraftwerk Rheinfelden

- wesentliche Änderung
 - Aufschub Inbetriebnahme um 25 Jahre: Neukonzessionierung
 - Verdoppelung eines Speicherseeinhalts
 - Gesamtbetrachtung bei mehreren (kleineren) Anpassungen
 - kantonale Regelungen
 - 20% Nutzungssteigerung der bisherigen Bruttoleistung (Zusatzkonzession; ZH)
 - Gefällerrhöhung 10%
 - Kombination: Unterwasserausbaggerung (5%), dafür volle Prüfung BGF (ganze Anlage)
 - strenge Praxis zulässig

29

Anwendungsfall: Fischerei-Verband / Aqua Viva c. Wasserkraftwerk Rheinfelden

- Verursacher der Veränderung
 - liegt Ursache nicht beim Konzessionär – grosszügigere Betrachtungsweise
- wesentliche Änderung, weil etwas vergessen wurde?
 - Nein (wohlerworbenes Recht – Substanzgarantie)
- Tendenz
 - Gesamtbetrachtung – Interessenabwägung der betroffenen Schutzgüter mit Betonung der Wohlerworbenheit des Konzessionsrechts

30

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit

aktualisierter Download:

Dr. Michael Merker
michael.merker@binderlegal.ch
http://www.binderlegal.ch/personen/cv_michael_merker.html

31