



## LEITARTIKEL

### Der Heimfall von Wasserkraftwerken<sup>1</sup>

von Dr. iur. Gieri Caviezel

#### Ausgangslage

In den nächsten 20 bis 25 Jahren laufen im Kanton Graubünden (und in der Schweiz) zahlreiche Konzessionen zur Nutzung der Wasserkraft aus. Auf diesen Zeitpunkt hin stellt sich für das verfassungsberechtigte Gemeinwesen (Konzessionsgemeinde) die Frage, wie die weitere Nutzung ausgestaltet werden soll. Dabei bieten sich verschiedene Optionen an, die sorgfältig zu evaluieren sind.

Von entscheidender Bedeutung ist dabei das Heimfallrecht. Ob das jeweilige Gemeinwesen von diesem Heimfallrecht Gebrauch macht und wie es die künftige Nutzung der jeweiligen Wasserkraft organisieren will, hängt von zahlreichen Faktoren ab. Diese strategischen Entscheide sind von

eminenter wirtschaftlicher Bedeutung und haben langfristige Auswirkungen. Ein sorgfältiges Abwägen der eigenen Interessen und Möglichkeiten ist deshalb zentral.

#### Kantonale Wasserkraftstrategie

Am 12. Oktober 2021 hat die Regierung des Kantons Graubünden die *Botschaft Wasserkraftstrategie des Kantons Graubünden 2022-2050* zuhanden des Grossen Rates verabschiedet.<sup>2</sup> Der Grosse Rat hat sich damit anlässlich der Februarsession 2022 befasst und die Stossrichtungen unterstützt. Das Hauptanliegen der Strategie besteht darin, den Anteil der öffentlichen Hand (Gemeinden und Kanton) an der Wertschöpfung aus Wasserkraft zu steigern und die bewährten Formen der

## NEWSLETTER 2/2022

### LEITARTIKEL

Der Heimfall von Wasserkraftwerken

1-6

### NEUES AUS DER RECHTSPRECHUNG

Raumplanungsrecht: Mehrwertabgabe bei Um- und Aufzonen

6

Raumplanungsrecht: Umnutzung von ortsbildprägenden Bauten gemäss Zweitwohnungsgesetz

7

### KANZLEI NEWS

7

<sup>1</sup> Es handelt sich hier um eine (Kurz-)Zusammenfassung eines Aufsatzes, den der Verfasser (zusammen mit einem Co-Autor) in der Zeitschrift Allgemeine Juristische Praxis AJP (Ausgabe Mai 2022) veröffentlicht. Der vollständige Inhalt dieses Aufsatzes kann beim Autor bezogen und ab November 2022 auf der Website von Caviezel Partner heruntergeladen werden.

<sup>2</sup> Wasserkraftstrategie des Kantons Graubünden 2022-2050, Botschaft 2021-2022 (Heft Nr. 9), 677 ff.

Zusammenarbeit in der Partnerwerkstruktur weiterzuentwickeln. Aktuell sind Konzessionsgemeinden und Kanton mit rund 20% am Kraftwerkspark beteiligt. Im Grundsatz wird eine Mehrheitsbeteiligung der Bündner öffentlichen Hand angestrebt. Diese Strategie wird die Grundlage für die künftigen Heimfälle im Kanton Graubünden bilden.

### **Das Ende der Konzession und dessen Folgen**

#### **a) Dahinfallen des Nutzungsrechts**

Mit dem Ablauf der vereinbarten Konzessionsdauer erlischt die Konzession von Gesetzes wegen ohne weiteres. Hinsichtlich der Folgen des Erlöschens der Konzession ist zu unterscheiden zwischen einerseits den Folgen auf das Nutzungsrecht und andererseits den Folgen auf das Eigentum an den gesamten Kraftwerksanlagen.

Auf das Nutzungsrecht wirkt sich das Ende der Konzession so aus, dass das Recht des Konzessionärs, die verliehenen Gewässer zu nutzen, dahinfällt und damit das volle Verfügungsrecht des verleihenden Gemeinwesens über das Gewässer wieder auflebt. Damit kann das Gemeinwesen entscheiden, ob und allenfalls wie (auch hinsichtlich des Umfangs) es die Nutzungsverhältnisse am Gewässer neu regeln will. Es kann

(i) von einer weiteren Nutzung des Gewässers absehen (womit keine neue Konzession erteilt würde und der ursprüngliche Zustand wiederhergestellt werden müsste), es kann (ii) das Gewässer selber in Eigenregie nutzen oder es kann (iii) dem bisherigen oder einem neuen Konzessionär für die Nutzung des Gewässers eine neue Konzession erteilen.

Von erheblicher praktischer Bedeutung im Hinblick auf den Heimfall ist die im Jahr 1997 neu in das WRG aufgenommene Bestimmung von Art. 67 Abs. 4. Demnach sind dem Konzessionär Modernisierungs- und Erweiterungsinvestitionen, welche in Absprache mit dem heimfallberechtigten Gemeinwesen vorgenommen werden, zu entschädigen. Die Vergütung entspricht dabei höchstens dem Restwert der Investitionen bei branchenüblicher Abschreibung unter Berücksichtigung der Veränderung des Geldwerts.

#### **b) Der Heimfall**

Von der Frage, was bei Ablauf der Konzession mit dem Nutzungsrecht geschieht, ist jene nach dem Eigentum an den Werkanlagen zu unterscheiden. Das rechtliche Schicksal der Kraftwerksanlagen und vor allem die finanziellen Folgen sind für den Entscheid über die weitere Verfü-

gung des Nutzungsrechtes jedoch von erheblicher Bedeutung.

Art. 42 des Wasserrechtsgesetzes des Kantons Graubünden (BWRG) regelt den Heimfall bei kantonalen Gewässern (vorbehalten bleiben abweichende Regelungen in den jeweiligen Konzessionen). Demnach ist das Gemeinwesen berechtigt, die Kraftwerksanlagen des Konzessionärs am Ende der Konzession zu übernehmen. Hinsichtlich der Entschädigung für die Werkanlagen nimmt Art. 42 BWRG eine Differenzierung vor und zwar zwischen Werkteilen, die dem Gemeinwesen unentgeltlich heimfallen, und solchen, für deren Heimfall es eine billige Entschädigung schuldet. Unentgeltlich fallen die hydraulischen Werkteile heim, d.h. "die auf öffentlichem oder privaten Boden errichteten Anlagen zum Stauen und Fassen, Zu- oder Ableiten oder Umwälzen des Wassers, die Turbinen und Pumpen mit den Gebäuden, in denen sie sich befinden, die Zugehör, die zum Betrieb des Werkes dienenden Grundstücke und Rechte an fremden Grundstücken" (Art. 42 Abs. 1 BWRG). Demgegenüber sind die Anlagen "zum Erzeugen und Fortleiten elektrischer Energie" sowie die Diensthäuser und Verwaltungsgebäude gegen eine angemessene

sene Entschädigung zu übernehmen (Art. 42 Abs. 2 BWRG). Als "angemessene Entschädigung" werden in der Regel die wirklichen Anlagekosten abzüglich der üblichen Amortisationen verstanden.

### **Die Handlungsoptionen des Gemeinwesens**

Ausgehend von den gesetzlichen Regelungen über das Ende der Konzession sowie den Heimfall lassen sich die Handlungsoptionen des Gemeinwesens bei Ablauf einer bestehenden Konzession im Überblick wie folgt darstellen:

#### **a) Weiterführung durch das Gemeinwesen (Eigennutzung)**

Mit dem Dahinfallen der Konzession steht es dem Gemeinwesen zunächst frei, das Gewässer selber zu nutzen. Dies könnte bspw. für Gemeinden eine Option sein, die über ein eigenes Stromverteilnetz verfügen und dieses direkt oder über ein ausgelagertes kommunales Versorgungsunternehmen betreiben.

Für die Eigennutzung bedarf es nicht zwingend einer Konzession. Erforderlich ist jedoch eine gesetzliche Grundlage, welche das verfassungsberechtigte Gemeinwesen zur Nutzung der entsprechenden Gewässer im Einzelnen ermächtigt. Das Nutzungsrecht kann auch durch das Gemeinwesen nur dann

ausgeübt werden, wenn die Vorschriften der Umweltschutzgesetzgebung – gleich wie bei einer Konzessionserteilung an einen Dritten – eingehalten werden.

Entscheidet sich das Gemeinwesen für einen Weiterbetrieb der Anlagen in Eigenregie, kann es Kraft der Konzession oder einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage das Heimfallrecht ausüben und vom bisherigen Konzessionär die Übertragung der Anlagen verlangen. Damit wird das Gemeinwesen Eigentümer sämtlicher Produktionsanlagen für den (Weiter-)Betrieb des bisherigen Kraftwerks.

Organisationsrechtlich kann dies auf zweierlei Arten erfolgen: Entweder erfolgt eine Eigennutzung (im engeren Sinn), indem das Kraftwerk direkt durch das Gemeinwesen betrieben und geführt wird (entsprechende Beispiele existieren auf Stufe Gemeinde). Da der Betrieb eines Kraftwerks nicht unbedingt eine klassische Verwaltungstätigkeit darstellt, kann das Gemeinwesen das Nutzungsrecht am Wasser alternativ auch auf ein von ihm beherrschtes öffentliches Unternehmen übertragen. Dabei steht die Form der Aktiengesellschaft oder – mit Blick auf die steuerlichen Konsequenzen – der öffentlich-rechtlichen Anstalt im Vordergrund. In diesem

Fall übt das Gemeinwesen das Heimfallrecht hinsichtlich der bestehenden Anlagen (sowohl der "nassen" als auch der "trockenen") aus und bringt diese (bspw. als aktienrechtliche Sacheinlagen) in die neue von ihm gegründete öffentliche Unternehmung ein. Damit diese Unternehmung das Wasserrecht auch nutzen kann, ist ihr vom Inhaber der Wasserrechte (Kanton oder Gemeinde) eine entsprechende Konzession zu erteilen. Die operativen Aktivitäten, wie die Geschäfts- und Betriebsführung, bzw. die Energieverwertung können durch Drittunternehmen mit entsprechendem Fachwissen erfolgen.

#### **b) Erneuerung der Konzession mit dem bisherigen Konzessionär**

Kommt die Eigennutzung durch das Gemeinwesen nicht in Frage, kann es stattdessen die Konzession mit dem bisherigen Konzessionär erneuern und gleichzeitig auf die Ausübung des Heimfallrechts und die Übernahme der bestehenden Anlagen verzichten. Materiell gehen Heimfallverzicht und Erteilung einer neuen Konzession an den bisherigen Konzessionär Hand in Hand. Einerseits erhält der Konzessionär mit der Verleihung das Nutzungsrecht für das Gewässer nach Massgabe der Konzession; andererseits vereinbart das verzichtende Gemein-

wesen mit dem bisherigen Konzessionär, unter welchen Bedingungen es auf die Ausübung des Heimfallrechts verzichtet. Dazu gehören v.a. Art und Höhe der Entschädigung.

Dabei stehen dem Gemeinwesen verschiedene Abgeltungsmodalitäten offen. Die Heimfallverzichtsentschädigung kann als Einmalzahlung oder gestaffelt geleistet werden. Für das Gemeinwesen interessant kann aber auch eine Beteiligung an der Produktionsgesellschaft oder eine Abgeltung in Form von Energiebezugsrechten mit freier Verwertbarkeit der entsprechenden Energie sein.

### **c) Erneuerung der Konzession mit einem neuen Konzessionär**

Die grösste Flexibilität für das Gemeinwesen dürfte in vielen Fällen die Option bieten, einem neuen Konzessionär eine neue Konzession zu verleihen. Der neue Konzessionär kann dabei – in einem allenfalls reduzierten Umfang – auch der alte Konzessionär sein. Diese Variante ermöglicht es dem Gemeinwesen vor allem, sich an der neuen Betreibergesellschaft (Konzessionärin) zu beteiligen und damit an der künftigen Wertschöpfung des Werks verstärkt zu partizipieren. Ausserdem wird diese Variante dann zur Anwendung kommen, wenn die Wasserkraftnutzung

im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens neu an einen Drittbewerber vergeben wird oder wenn sich das Gemeinwesen mit dem Heimfallsubstrat an einer neuen Gesellschaft für den Weiterbetrieb der Anlagen beteiligen will.

Anstelle einer reinen Überlassung der heimgefallenen Anlagen an den neuen Konzessionär im Zuge einer Neukonzessionierung kann sich das Gemeinwesen mit den Anlagen auch an der neuen Gesellschaft, welche das Recht für den Weiterbetrieb erhält, beteiligen. Die heimgefallenen Anlagen sind für den weiteren Betrieb nötig und stellen einen erheblichen Wert dar. Das Gemeinwesen bringt diese Vermögenswerte in die Gesellschaft ein. An der neuen Betreibergesellschaft können – je nach Ausgangslage und Verhandlungsergebnis – auch die bisherigen Gesellschafter (Konzessionäre) und/oder neue Aktionäre, jeweils zusammen mit dem Gemeinwesen, partizipieren. Für die Einbringung der Kraftwerksanlagen erhält das Gemeinwesen einen dem eingebrachten Wert entsprechenden Aktienanteil an der neuen Gesellschaft. Darüber hinaus hat es Anspruch auf Energiebezugsrechte im Umfang der Beteiligung. Diese Energiebezugsrechte können auf dem Energiemarkt verwertet werden.

Jüngere Praxisbeispiele zeigen, dass daraus sehr attraktive Lösungen für das Gemeinwesen resultieren können.

### **Beurteilungskriterien**

Ob das Gemeinwesen von seinem Heimfallrecht Gebrauch machen soll, hängt von verschiedenen Faktoren ab, die sorgfältig zu prüfen und abzuwägen sind. Dabei spielen v.a. die folgenden Beurteilungskriterien eine Rolle.

#### **a) Rolle des Gemeinwesens als Stromproduzent**

Es gibt gute Gründe, die für den Staat als wesentlichen Investor im Bereich der Energieversorgung sprechen. Dazu gehören Aspekte der Versorgungssicherheit, welche gerade mit Blick auf die zu erwartende Stromlücke an Bedeutung gewinnen wird. Sodann stellt die Nutzung der Wasserkraft einen bedeutenden regionalpolitischen Faktor dar. Insofern ist es nachvollziehbar, dass die lokalen Gemeinwesen auch ein Interesse daran haben, an der Wertschöpfung aus diesen Anlagen zu partizipieren. Dies geschieht einerseits über die Wasserrechtsabgaben, andererseits aber auch vermehrt über die direkte Beteiligung von Kanton und Gemeinden an den einzelnen Kraftwerksgesellschaften.

## **b) Wirtschaftliche Aspekte am Konzessionsende**

Eine wichtige Frage für das heimfallberechtigte Gemeinwesen ist jene nach den tatsächlichen Kosten für die Übernahme des Werks und die langfristigen Ertragsaussichten bei einem Betrieb unter neuer Eigentümerschaft. Die Kosten für die Übernahme der elektromechanischen Teile ergeben sich aus deren wirtschaftlichen Bewertung auf Basis der jeweiligen Anlagebuchhaltung. Um die künftigen Erträge abschätzen zu können, ist ein klares Bild der notwendigen Ersatzinvestitionen in den nächsten Jahrzehnten erforderlich. Die konkrete Bemessung der Entschädigung hat unter Anwendung einer nachvollziehbaren wirtschaftlichen Methodik zu erfolgen, in der auch ein allfällig vom Gesetz abweichender Wortlaut der Konzession berücksichtigt wird.

Zu berücksichtigen sind sodann die Modernisierungs- und Erweiterungsinvestitionen gemäss Art. 67 Abs. 4 WRG. Schliesslich muss der Konzessionsgeber eine Vorstellung gewinnen über den Wert der Anlagen, die vom Heimfall betroffen sind. Dazu wird üblicherweise ein Ertragswert ermittelt.

Die Gegenüberstellung von Kosten, die mit einem Heimfall verbunden sind, und Erträgen

aus unterschiedlichen Szenarien erlaubt eine Abschätzung der Ertragsaussichten einer nächsten Konzessionsperiode. Auch wenn die Marktentwicklung über die nächsten Jahrzehnte mit grosser Unsicherheit behaftet ist, präsentiert sich den Konzessionsgebern in vielen Fällen ein erfreuliches Bild. Sie sind in der Lage, eine betriebsfähige Anlage zu vorteilhaften Konditionen übernehmen zu können. Allerdings stellt sich die Frage, in welcher Form das Gemeinwesen an der künftigen Wertschöpfung partizipieren soll.

Die oben skizzierten Optionen erlauben eine Bandbreite an möglichen Lösungen, die von einer rein finanziellen Abgeltung über Energiebezugsrechte bis zur Beteiligung am Aktienkapital einer Gesellschaft reichen. Auch hier sind die Ausgangslage und die Bedürfnisse des betroffenen Gemeinwesens im konkreten Einzelfall entscheidend dafür, welcher Ansatz verfolgt werden soll. Im Wesentlichen geht es darum, eine ausgewogene Lösung zu finden zwischen der Risikobereitschaft und der Risikotragfähigkeit des Gemeinwesens auf der einen Seite und der Erhöhung der Wertschöpfung auf der anderen Seite. Zur Wertschöpfung zählen dabei sämtliche finanziellen Flüsse, von der direkten Verwertung der Energie über

die Dividende sowie sachgerechte Transferpreise zwischen dem Partnerwerk und seinen Aktionären bis hin zu den Waserzinsen.

## **c) Energieverwertung und Kraftwerksbetrieb**

Der Betrieb einer Kraftwerksanlage durch die öffentliche Hand mag auf den ersten Blick unverständlich erscheinen. Allerdings hat sich die Situation seit der Öffnung des Strommarktes grundlegend verändert. Heute kann für die Vermarktung der Produktion eines Kraftwerkes bzw. eines Anteils davon auf spezialisierte Dienstleister zurückgegriffen werden. Im Vergleich zu früher existieren transparente(re) Marktpreise und entsprechende Absicherungsprodukte. Die Prozesse für den Handel von Energie und den damit verbundenen Datenaustausch sind standardisiert.

Der (Mit-)Eigentümer einer Wasserkraftwerksanlage in der Schweiz hat somit heute weit mehr Möglichkeiten, seinen Anteil an der Kraftwerksproduktion zu vermarkten, als dies vor dem StromVG der Fall war. In diesem Sinn ist auch die regelmässige Beaufsichtigung sowie die sporadische Evaluation eines Dienstleisters durch die öffentliche Hand relativ einfach zu bewerkstelligen.

**Schlussbemerkungen**

Das Ende einer Wasserkonzeptionskonzession stellt den Zeitpunkt dar, an dem die Karten neu gemischt werden. Das verleihende Gemeinwesen sollte sich gut darauf vorbereiten, damit es seine Trümpfe auch tatsächlich spielen kann. Dabei

sollte man sich auf keinen Fall entmutigen lassen durch den Eindruck, Heimfall und Beteiligung an einer Kraftwerksgesellschaft stellten für die öffentliche Hand eine unüberwindbare Herausforderung dar. Zahlreiche Beispiele beweisen, dass

selbstbewusst agierende Konzessionsgeber im Hinblick auf das Konzessionsende äusserst attraktive Verhandlungsergebnisse erzielen können, die ihnen einen deutlich grösseren Anteil an der Wertschöpfung aus Wasserkraft sichern.

## NEUES AUS DER RECHTSPRECHUNG

### Raumplanungsrecht: Mehrwertabgabe bei Um- und Aufzonungen

von MLaw Andrea Brunner

In einem kürzlich ergangenen Urteil hatte sich das Bundesgericht mit dem von der Gemeinde Meikirch BE erlassenen Reglement über die Mehrwertabgabe auseinandersetzen. Dieses sah eine Mehrwertabgabe lediglich bei Einzonungen, jedoch nicht bei Um- und Aufzonungen vor.

Gemäss Art. 5 Abs. 1 RPG sind die Kantone verpflichtet, einen angemessenen Ausgleich für erhebliche planungsrechtliche Vor- und Nachteile zu regeln. Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> RPG hält dazu weiter fest, dass das kantonale Recht den Ausgleich

so ausgestalten müsse, dass mindestens der Mehrwert bei Einzonungen ausgeglichen werde. Unklar war somit bislang, ob die Kantone auch verpflichtet sind, Um- und Aufzonungen einem Mehrwertausgleich zu unterstellen.

Im vorliegenden Urteil hat das Bundesgericht nun entschieden, dass das kommunale bzw. kantonale Recht den Mehrwertausgleich auch bei Um- oder Aufzonungen regeln müsse.

Das Raumplanungsgesetz des Kantons Graubünden (KRG) schreibt in Art. 19i Abs. 1

den Gemeinden lediglich vor, eine Mehrwertabgabe für Einzonungen zu erheben. Die Regelung von weiteren Abgabestatbeständen überlässt das kantonale Recht den Gemeinden (Art. 19j Abs. 2 KRG).

Aufgrund des vorliegenden höchstrichterlichen Urteils wird dieser Spielraum der Gemeinden nun eingeschränkt. Sie werden verpflichtet, den Mehrwertausgleich bei Um- und Aufzonungen im kommunalen Recht zu regeln.

*Urteil des BGer vom 05.04.2022 (1C\_233/2021)*

## Raumplanungsrecht: Umnutzung von ortsbildprägenden Bauten gemäss Zweitwohnungsgesetz

von MLaw Andrea Brunner

Im Urteil R 20 54 vom 29. März 2022 hatte sich das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden mit der Umnutzung ortsbildprägender Bauten im Sinne des Zweitwohnungsgesetzes (ZWG) auseinanderzusetzen.

Das Verwaltungsgericht hielt zunächst fest, dass die Bestimmung der ortsbildprägenden Bauten im Sinne des Zweitwohnungsgesetzes grundsätzlich im Verfahren für die kommunale Grundordnung zu erfolgen habe. Die Bauten seien dabei gestützt auf ein Gebäudeinventar als "geschützt" oder "schützenswert" zu klassieren. Das geeignete Planungsinstrument hierfür sei der Generelle Gestaltungsplan (GGP). Entscheidend sei, dass die Planungsunterlagen sachliche Gründe enthalten würden, weshalb eine Baute ortsbildprägend sei. Nur ausnahmsweise könne eine Baute unter den Voraussetzungen von Art. 35b Abs. 1 KRVO auch im Baubewilligungsverfahren als ortsbildprägend bezeichnet werden.

Die Anrufung dieser Ausnahmebestimmung setze insbesondere voraus, dass für die Baute bereits in der vor dem 1. Januar 2016 beschlossenen kommunalen

Grundordnung eine Erhaltungsregelung auf der Basis eines Gesamtkonzepts über das Ortsbild bestehe (Art. 35b Abs. 1 lit. b KRVO). Allein die Zuordnung zur Ortsbildschutzzone genüge jedoch nicht, um die Voraussetzung von Art. 35b Abs. 1 lit. b KRVO zu erfüllen. Ebenso wenig genüge eine Klassierung als generell "geschützter Siedlungsbereich" oder "generell geschützte Einzelbaute" im Sinne von Art. 43 Abs. 1 KRG, damit eine Baute als geschützt im Sinne von Art. 9 Abs. 1 ZWG gelte. Bei einer solchen Klassierung käme die Umnutzung einer ortsbildprägenden Baute im Sinne von Art. 9 Abs. 1 ZWG nur unter den Voraussetzungen von Art. 35b KRVO in Frage.

Für die Gemeinden bedeutet dies nun, dass sie ortsbildprägende Bauten im Sinne von Art. 9 ZWG grundsätzlich im Rahmen einer Ortsplanungsrevision im generellen Gestaltungsplan entsprechend zu bezeichnen haben. Ohne eine solche Klassierung der Baute in der Grundordnung ist eine Anwendung von Art. 9 ZWG nur sehr eingeschränkt möglich.

*Urteil des VGer vom 29.03.2022 (R 20 54)*

### KANZLEI NEWS

#### Flavio Decurtins



Wir gratulieren unserem Kanzleipartner MLaw Flavio Decurtins zur Erlangung des **Notariatspatents**.

Ab sofort steht Ihnen in unserer Kanzlei neben Dr. iur. Gieri Caviezel auch MLaw Flavio Decurtins für sämtliche notariellen Dienstleistungen in den Bereichen des Sachenrechts, des Gesellschaftsrechts sowie des Ehe- und Erbrechts zur Verfügung.

Caviezel Partner  
Rechtsanwälte und Notare  
Masanserstrasse 136  
CH-7000 Chur  
T. +41 81 258 55 58

[www.caviezelpartner.ch](http://www.caviezelpartner.ch)