



RECHTSGUTACHTEN

ZUR FRAGE DER ANWENDBARKEIT VON ART. 2 ABS. 7 DES BINNENMARKTGESETZES AUF WASSERRECHTSKONZESSIONEN

ZUHANDEN DES BAU-, VERKEHRS- UND FORSTDEPARTEMENTES DES KANTONS GRAUBÜNDEN

ERSTATTET VON
DR. IUR. GIERI CAVIEZEL, CHUR

AM 30. JUNI 2010

Büro Villa Zambail:

Lic. iur. Jon Andri Moder
Rechtsanwalt & Notar

Dr. iur. Gieri Caviezel
Rechtsanwalt & Notar

Dr. iur. Flurin von Planta
Rechtsanwalt & Notar

Dr. iur. Thomas Castelberg
Rechtsanwalt

Dr. iur. Eva Druey Just
Rechtsanwältin

Lic. iur.
Michelangelo Giovannini
Rechtsanwalt

Büro Steinbruchstrasse:

Dr. iur. Fortunato Vincenz
Rechtsanwalt

Lic. iur. Henri Zegg
Rechtsanwalt

Lic. iur. Martin Vincenz
Rechtsanwalt und
dipl. Steuerexperte

1. Ausgangslage und Auftrag

¹ Am 1. Juli 2006 ist das revidierte Bundesgesetz über den Binnenmarkt¹ (BGBM) in Kraft getreten. Dabei wurde u. a. Art. 2 BGBM um einen neuen Abs. 7 ergänzt. Laut dieser neuen Bestimmung hat die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren.

² In einem kürzlich publizierten Gutachten befasste sich die Wettbewerbskommission (WEKO) mit der Frage, ob die Erneuerung von Konzessionsverträgen zur Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie Versorgung mit elektrischer Energie der Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7

¹ Binnenmarktgesetz (BGBM; SR 943.02), Fassung vom 16. Dezember 2005, in Kraft seit 1. Juli 2006 (AS 2006, 2363; BBl 2005, 465).

BGBM unterliegt². Die WEKO bejahte die Ausschreibungspflicht im Wesentlichen mit der Begründung, dass nicht nur die Übertragung der Nutzung rechtlicher Monopole, sondern auch die Nutzungsübertragung faktischer Monopole den Regeln von Art. 2 Abs. 7 BGBM unterliege. Ausserdem enthalte das Bundesgesetz über die Stromversorgung (StromVG) gegenüber dem BGBM bezüglich der Übertragung der Nutzungsrechte keine spezialgesetzliche Regelung, welche das BGBM zu verdrängen vermöchte. Schliesslich sei das mit dem Netzbetrieb (ohne Ausschreibung) betraute Unternehmen im konkreten Fall als „Privater“ im Sinne des Gesetzes zu qualifizieren, weshalb die Ausschreibungspflicht bejaht wurde.

³ Das Gutachten wurde am 16. April 2010 zusammen mit einer Medienmitteilung veröffentlicht³. Obwohl sich das Gutachten der WEKO ausschliesslich mit der Konzessionserteilung für elektrische Verteilanlagen befasste, wurde in der Medienmitteilung ohne nähere Begründung und ohne dass diese Frage Gegenstand des Gutachtens gewesen wäre ausgeführt, dass damit auch „die Erteilung oder Erneuerung von Konzessionen zu Gunsten Privater für den öffentlichen Plakataushang oder die Nutzung der Wasserkraft der Ausschreibungspflicht unterliegen“.

⁴ Mit Schreiben vom 10. Mai 2010 beauftragte das Bau-, Verkehrs- und Forstdepartement den Unterzeichneten mit der rechtsgutachterlichen Beurteilung der Frage, ob Art. 2 Abs. 7 BGBM bei der Erteilung von Wasserrrechtskonzessionen anwendbar ist. Ausgangspunkt der Beurteilung bildet die Revision des Binnenmarktgesetzes, insbesondere die Frage nach dem Inhalt der neuen Gesetzesbestimmung. Sodann ist auf die Eigenheiten der Wassernutzungskonzession einzugehen und anschliessend unter verschiedenen Aspekten zu prüfen, ob deren Erteilung nach Massgabe von Art. 2 Abs. 7 BGBM ausschreibungspflichtig ist.

2. Einleitung

⁵ Art. 27 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV) gewährleistet die Wirtschaftsfreiheit. Diese umfasst nach Abs. 2 u. a. den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung. Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit sind gemäss Art. 94 Abs. 4 BV nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind.

⁶ Der Zugang zu privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeiten im kantonalen (und teilweise auch kommunalen) Monopolbereich bot in Lehre und Rechtsprechung immer wieder Anlass zu Diskussionen⁴. In jüngerer Zeit hatte sich die Gerichtspraxis insbesondere auch mit Fragen der Bewilli-

² Gutachten der Wettbewerbskommission vom 22. Februar 2010, publiziert auf www.weko.admin.ch.

³ Medienmitteilung vom 16. April 2010, publiziert auf www.news.admin.ch.

⁴ Vgl. dazu Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, S. 652 m.w.H.

gungserteilung für die Nutzung kantonaler Monopole und der Anwendbarkeit des Binnenmarktgesetzes bzw. submissionsrechtlicher Vorschriften zu befassen. Dabei ging es jedoch nicht um die Nutzung von Wasserrechtskonzessionen, sondern regelmässig um die Erteilung des Rechts zum Plakataushang auf öffentlichem Grund.

⁷ In BGE 100 Ia 445 erklärte das Bundesgericht ein Gemeindemonopol für öffentliche Plakatanschlüsse als mit Art. 31 der damaligen Bundesverfassung⁵ als vereinbar. Das Bundesgericht erachtete auch die Erteilung einer Exklusivkonzession an einen Einzelnen unter Ausschluss eines Wettbewerbs als mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz vertretbar. Dieser Entscheidung wurde im Wesentlichen in BGE 125 I 209 bestätigt. Die Rechtmässigkeit der Erteilung einer Exklusivkonzession wurde u. a. damit begründet, dass auf diese Weise eine effizientere Überwachung der mit dem Plakataushang verbundenen Sondernutzung des öffentlichen Grundes und somit eine geringere Beeinträchtigung der bestimmungsgemässen Nutzung durch Verkehr und Fussgänger möglich sei.

⁸ Gleichzeitig stellte das Bundesgericht fest, dass auf das Verfahren zur Erteilung des Rechts zum Plakataushang auf öffentlichem Grund weder die Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes noch jene des öffentlichen Beschaffungswesens Anwendung finden⁶. Bei der Erteilung der Konzession für die Beanspruchung des Plakatmonopols handle es sich nicht um eine öffentliche Beschaffung, weil das Gemeinwesen nicht als Nachfragerin von öffentlichen Aufträgen, sondern als Anbieterin auftrete. Beim Plakataushang könne sodann auch nicht von der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gesprochen werden. Die Bestimmungen des BGBM seien bereits aufgrund der Zweckbestimmung des Gesetzes auf den Sachverhalt der Plakataushangkonzession nicht anwendbar. Das BGBM bezwecke nämlich eine Verbesserung der Transparenz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und der Gewährleistung des freien Wettbewerbs, um damit der öffentlichen Hand eine den Finanzhaushalt schonende Ausgabenstrategie zu ermöglichen. Die Erteilung einer Konzession hingegen stelle eine Art Gegenstück zum öffentlichen Beschaffungswesen dar, weil das Gemeinwesen in diesem Fall keine Ausgaben tätige, sondern Anspruch auf eine Entschädigung habe⁷.

⁹ Diese Rechtsprechung stiess teilweise auf Kritik⁸. Dabei wurde gefordert, dass unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit von Zugangsbeschränkungen zur Nutzung von öffentlichem Grund für gewerbliche Zwecke Lösungen zu suchen seien, welche die Verwirklichung der Wirtschaftsfreiheit am wenigsten behindere und für die Verwaltung noch zumutbar seien⁹.

⁵ BV vom 29. Mai 1874 (nachstehend aBV).

⁶ BGE 125 I 212, E. 6.

⁷ BGE 125 I 212 ff., E. 6a und b.; vgl. auch Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, 1. Kammer, vom 6. Juli 2000, VB. 2000.00194, in ZBl 2/2001, 96.

⁸ Vgl. insbesondere die Bemerkungen von Paul Richli zu BGE 125 I 209 in: AJP 2000, S. 490 ff.

⁹ Richli, a.a.O., S. 493.

¹⁰ Am 24. September 2003 unterbreitete das Generalsekretariat des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes den Gutachtern Andreas Auer und Vincent Martenet den Entwurf für einen neuen Art. 3^{bis} BGBM zur Überprüfung auf seine Verfassungsmässigkeit. Demnach hätte das BGBM um eine Bestimmung ergänzt werden sollen, wonach kantonale und kommunale Monopole mit dem BGBM nur dann vereinbar gewesen wären, wenn sie sich aus Gründen der Sicherheit und der Wohlfahrt rechtfertigen lassen und wenn sie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtet hätten. Die Gutachter kamen in ihrer Beurteilung vom 15. Oktober 2003 zum Schluss, dass eine derartige Einschränkung verfassungswidrig sei¹⁰. Mit dieser Bestimmung hätte die kantonale Kompetenz zur Errichtung (und Beibehaltung) der kantonalen und kommunalen Monopole empfindlich eingeschränkt werden sollen. Mangels Verfassungsmässigkeit – Art. 94 Abs. 4 BV versteht die „kantonalen Regalrechte“ in einem umfassenden Sinn unter Einschluss der historischen Monopole – wurde die Sonderbestimmung von Art. 3^{bis} BGBM fallen gelassen.

3. Die Revision des Binnenmarktgesetzes

¹¹ Im Jahre 2003 wurde eine Expertenkommission mit der Ausarbeitung eines Revisionsentwurfes des BGBM beauftragt. In der vorliegend interessierenden Frage der Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private beschränkte sich der von der Expertenkommission ausgearbeitete Vorentwurf darauf, eine behördliche Pflicht zur Nichtdiskriminierung bei derartigen Übertragungen zu verlangen¹¹. Offenbar auf Antrag der Dachorganisation der schweizerischen Wirtschaft (economicsuisse) sowie der WEKO im Vernehmlassungsverfahren wurde der Text der Revisionsvorlage um einen Artikel 2 Abs. 6 ergänzt, wonach kantonale und kommunale Behörden verpflichtet wurden, die Übertragung der Monopolnutzung auf private Dritte mittels Ausschreibung vorzunehmen. Dem Antrag sei deshalb entsprochen worden, so die Botschaft, weil „er den diskriminierungsfreien Marktzugang erleichtert bzw. sicherstellt und den Wettbewerb fördert, ohne dabei die verfassungsrechtliche Kompetenz der Kantone und Gemeinden zur Monopolisierung wirtschaftlicher Tätigkeiten anzutasten“¹². Bei der Erläuterung zu den einzelnen Bestimmungen wird wiederholt, dass damit die „verfassungsrechtlich begrenzte Kompetenz der Kantone und Gemeinden zur Monopolisierung wirtschaftlicher Tätigkeiten“ nicht in Frage gestellt werde¹³. In der parlamentarischen Beratung gab diese Bestimmung zu keinerlei Bemerkungen Anlass, sodass Art. 2 Abs. 7 in der heutigen Form verabschiedet wurde und seit 1. Juli 2006 in Kraft steht¹⁴.

¹⁰ Vgl. Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW), 2004/1, S. 314 ff.

¹¹ Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBL 2005, S. 480.

¹² BBL 2005, 480.

¹³ BBL 2005, 485.

¹⁴ AS 2006 2363, 2366 sowie AS 2005, 882 ff., 1628 ff. (Nationalrat), 762 ff. (Ständerat).

4. Der Inhalt von Art. 2 Abs. 7 BGBM oder der Umfang der Ausschreibungspflicht

¹² Art. 2 Abs. 7 BGBM hat die „Übertragung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private“ zum Gegenstand. Derartige Übertragungen haben einerseits auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen und dürfen andererseits Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren. Der Norminhalt dieser Bestimmung ist in verschiedener Hinsicht auslegungsbedürftig.

4.1 Begriffliches

¹³ Vorab sind an dieser Stelle verschiedene Rechtsbegriffe zu definieren. Im Rahmen der Diskussion um Art. 2 Abs. 7 BGBM ist zunächst zwischen öffentlicher Beschaffung und der Erteilung einer Monopol- bzw. Sondernutzungskonzession zu unterscheiden.

¹⁴ Unter *öffentlicher Beschaffung* versteht man im Allgemeinen den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Mitteln durch den Staat als Auftraggeber, die dieser zu seiner Aufgabenerfüllung benötigt, mithin „Einkäufe des Staates“¹⁵. Fehlt das Element der Bezahlung eines Preises durch den Staat, liegt nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur kein Submissionstatbestand und somit auch keine Ausschreibungspflicht vor¹⁶.

¹⁵ Als *staatliches Monopol*¹⁷ wird das Recht des Gemeinwesens verstanden, eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit dem freien privaten Wettbewerb zu entziehen und unter Ausschluss aller anderen Interessierten auszuüben oder durch Dritte ausüben zu lassen. Durch die Monopolisierung wird die betreffende Tätigkeit dem Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit entzogen¹⁸. Bei den staatlichen Monopolen wird zwischen rechtlichen und faktischen Monopolen unterschieden. Rechtliche Monopole¹⁹ beruhen auf einem Rechtssatz, der eine Tätigkeit den Privaten direkt untersagt und dem Staat vorbehält (unmittelbar rechtliche Monopole)²⁰ oder der die Benutzung einer öffentlichen Anstalt zwingend vorschreibt und damit den Privaten von einer Tätigkeit ausschliesst (mittelbar

¹⁵ Daniel Kunz, Der Begriff der „öffentlichen Beschaffung“ in der Gerichtspraxis, in: Jusletter 26. März 2001, Rz. 2, m.w.H.

¹⁶ Vgl. z.B. BGE 125 I 209 E. 6 b, mit Bemerkungen von Paul Richli, in: AJP 4/2000, S. 491; Verwaltungsgericht Zürich, 1. Kammer, Beschluss vom 6. Juli 2000 (VG 2000.00194), zitiert in: ZBl 2/2001, S. 96 f.

¹⁷ Für historische Monopole wird mitunter auch der Begriff „Regal“ verwendet.

¹⁸ Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 5. Auflage 2006, Rz 2568; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage 2005, § 45 Rz 2.

¹⁹ Vgl. dazu Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz 2561 ff.; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., Rz. 3.

²⁰ Z.B. Eisenbahnmonopol (Art. 87 BV), Postregal (Art. 92 BV).

rechtliches Monopol)²¹. Faktische Monopole liegen demgegenüber dann vor, wenn das Gemeinwesen unmittelbar auf Grund der tatsächlichen Gegebenheiten, insbesondere der Hoheit des Staates über öffentliche Sachen, die Privaten von einer ihnen an sich nicht verbotenen wirtschaftlichen Tätigkeit ausschliesst²².

¹⁶ Unter *Konzession* wird schliesslich die Verleihung des Rechts zur Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit oder zur Sondernutzung einer öffentlichen Sache verstanden²³. Wird das Recht zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, die aufgrund eines rechtlichen Monopols dem Staat vorbehalten ist, verliehen, spricht man von einer Monopolkonzession. Demgegenüber vermittelt die Sondernutzungskonzession das Recht zur ausschliesslichen Nutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch und setzt in der Regel ein faktisches Monopol voraus²⁴. Begründet wird das Konzessionsverhältnis in der Rechtsform der mitwirkungsbedürftigen Verfügung und damit durch einseitigen Hoheitsakt²⁵. Auf die Erteilung einer Konzession besteht in aller Regel kein Anspruch. Wird die Konzession aber eingeräumt, begründet sie ein wohlerworbenes Recht, dessen wesentlicher Gehalt aus Gründen des Vertrauensschutzes unwiderruflich und gesetzesbeständig ist und unter dem Schutz der Eigentumsgarantie steht, sofern von diesem Recht Gebrauch gemacht worden ist²⁶. Zu den Sondernutzungskonzessionen im dargelegten Sinne gehört auch die wasserrechtliche Konzession gemäss Art. 38 ff. des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte²⁷ (WRG).

4.2. Stand der Diskussion

¹⁷ Bereits vor der Publikation der WEKO war die Frage der Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Verleihung wasserrechtlicher Konzessionen in der Rechtsliteratur diskutiert worden. Die Autoren Alexander Rey und Benjamin Wittwer befassten sich in ihrem Aufsatz mit der Frage der Ausschreibungspflicht unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereiches²⁸. Sie kommen dabei zum Schluss, mit der neuen Bestimmung von Art. 2 Abs.

²¹ Z.B. Obligatorische Unfallversicherung bei der SUVA (Art. 58 und 66 UVG), obligatorische Versicherung bei der kantonalen Gebäudeversicherungsanstalt (BGE 124 I 25).

²² Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz 2568; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., Rz. 4; als Beispiele werden das Plakatschlagmonopol (BGE 128 I 3) sowie die Verlegung von Leitungen zur Verteilung von Elektrizität, Wasser oder Gas in öffentlichen Strassen angeführt.

²³ Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz 2591.

²⁴ Tschannen/Zimmerli, a.a.O., Rz. 19 ff.

²⁵ Tschannen/Zimmerli, a.a.O., Rz 24f.; in der Lehre – und auch in der bundesgerichtlichen Praxis – wird vielfach auch von einer Kombination von Verfügung und verwaltungsrechtlichem Vertrag ausgegangen; vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 2593.

²⁶ Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz 2594.

²⁷ SR 721.80.

²⁸ Alexander Rey/Benjamin Wittwer, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz, in: AJP 5/2007, 585 ff.

7 BGBM entfalle grundsätzlich die Befugnis der Kantone und Gemeinden, ihre Konzessionen frei zu vergeben²⁹.

¹⁸ Die beiden Autoren vertreten in ihrem Aufsatz (allerdings ohne eingehende Begründung) u. a. die Ansicht, die Ausschreibungspflicht gelte generell auch für wasserrechtliche Konzessionen im Sinne von Art. 38 ff. WRG³⁰. Sie anerkennen zwar, dass die „in den Kantonen vorgesehenen Verfahrensabläufe für die erstmalige Vergabe von Konzessionen“ nur schwer mit den Anforderungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM zu harmonisieren sein dürften. Die Neuvergabe von Konzessionen bei bereits bestehenden Anlagen lasse sich jedoch mit der neuen Regel vereinbaren.

¹⁹ Im Gegensatz zu Rey und Wittwer kommen die Autoren Stefan Rechsteiner und Michael Waldner in ihrem Aufsatz³¹ zum Schluss, Art. 2 Abs. 7 BGBM komme auf die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen nicht zur Anwendung³². Begründet wird diese Position damit, dass Art. 2 Abs. 7 BGBM aufgrund der Materialien und der Terminologie ausschliesslich die rechtlichen Monopole im Auge hatte. Bei den faktischen Monopolen, zu denen auch die Sondernutzungskonzessionen gehörten, sei die Rechts- und Interessenlage grundsätzlich anders. Insbesondere führe das faktische Monopol nicht zu einer rechtlichen Marktzutrittsschranke und der Bewerber könne sich auf die Wirtschaftsfreiheit berufen. Damit stehe ihm bei der Erteilung von Sondernutzungskonzessionen – im Gegensatz zum rechtlichen Monopol – auch ein Rechtsschutz zu. Folglich könnten die Regeln von Art. 2 Abs. 7 BGBM für die rechtlichen Monopole nicht auf die Sondernutzungskonzessionen übertragen werden.

4.3. Folgerungen

²⁰ Aufgrund der Sichtung der Materialien sowie der bisherigen Diskussion in der Rechtsliteratur – Gerichtentscheide liegen, soweit ersichtlich nicht vor – kann man hinsichtlich des materiellrechtlichen Inhaltes von Art. 2 Abs. 7 BGBM folgendes Zwischenergebnis ziehen.

4.3.1. ²¹ Der Gesetzestext spricht von der „Übertragung der Nutzung“ von Monopolen auf Private. Diese Terminologie deutet zunächst vor allem auf die rechtlichen Monopole hin. Bei

²⁹ Rey/Wittwer, a.a.O., 587; immerhin gestehen aber auch die beiden Autoren ein, dass der neue Art. 2 Abs. 7 BGBM gerade im Hinblick auf die Sondernutzungskonzession öffentlicher Sachen „in besonderem Mass auslegungsbedürftig“ sei und stellen sich die Frage, ob man sich der Tragweite dieser Bestimmung „nur wenig bewusst“ gewesen sei.

³⁰ Rey/Wittwer, a.a.O., 590.

³¹ Stefan Rechsteiner/Michael Waldner, Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, in: AJP 10/2007, 1288 ff.

³² Rechsteiner/Waldner, a.a.O., 1296 ff.

diesen wird auf dem Wege der Gesetzgebung eine Rechtsposition geschaffen, nämlich ein ausschliessliches Recht zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, das auch auf einen Dritten übertragen werden kann. Demgegenüber wird beim faktischen Monopol keine eigentliche Monopolstellung übertragen. Mit der Einräumung einer Sondernutzungskonzession wird lediglich die Nutzung der öffentlichen Sache erlaubt, jedoch nicht das eigentliche faktische Monopol übertragen³³.

²² Die Botschaft enthält ebenso keine ausdrücklichen Hinweise darauf, welche Monopole der Gesetzgeber tatsächlich im Auge hatte. Allerdings wird in der Botschaft ausgeführt, mit der Ausschreibungspflicht werde die verfassungsrechtliche Kompetenz der Kantone und Gemeinden zur Monopolisierung wirtschaftlicher Tätigkeiten nicht in Frage gestellt. Diese Aussage bezieht sich direkt auf Art. 94 Abs. 4 BV, der sich inhaltlich mit den kantonalen Regalrechten und indirekt mit der Möglichkeit der Schaffung neuer rechtlicher Monopole durch die Gemeinden befasst³⁴. Dieser Hinweis spricht ebenfalls dafür, dass sich die Revisionsvorlage lediglich auf die rechtlichen Monopole bezog.

- 4.3.2. ²³ Die WEKO begründet in ihrem Gutachten vom 22. Februar 2010 die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Erteilung von Sondernutzungskonzession im Wesentlichen damit, dass dadurch ein exklusives Nutzungsrecht auf eine Wirtschaftstätigkeit an einer öffentlichen Sache eingeräumt werde. Damit werde ein Dritter von einer darauf aufbauenden, gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit ausgeschlossen, womit im Ergebnis eine vergleichbare Situation wie bei der Erteilung einer Monopolkonzession vorliege. Diese Argumentation hat zwar etwas für sich, übersieht aber Folgendes. Im Unterschied zum rechtlichen Monopol führt das faktische Monopol nicht zu einer rechtlichen Marktzutrittschranke³⁵. Das faktische Monopol, verstanden als Hoheit des Gemeinwesens über eine öffentliche Sache, bedeutet für sich allein – im Gegensatz zum rechtlichen Monopol – noch keinen Ausschluss Dritter von einer wirtschaftlichen Tätigkeit. Immerhin ist bei der Erteilung von Sondernutzungskonzessionen den Grundsätzen der Wirtschaftsfreiheit (und damit auch der Verhältnismässigkeit und der Rechtsgleichheit) Rechnung zu tragen. In dieser Hinsicht unterscheiden sich die faktischen Monopole jedenfalls von den rechtlichen.

³³ Vgl. Rechsteiner/Waldner, a.a.O., S. 1297.

³⁴ Vgl. dazu auch die Fussnote in der Botschaft BBl 2005, 485.

³⁵ Rechsteiner/Waldner, a.a.O., S. 1296 f.m.w.H.

4.3.3. ²⁴ Aus den Materialien und der Entstehungsgeschichte ergibt sich somit nicht, auf welche Konzessionen die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM zwingend zur Anwendung kommt. Unbestritten ist immerhin die Ausschreibungspflicht für die Übertragung der Nutzung rechtlicher Monopole mittels Monopolkonzession. Bei der Erteilung von Sondernutzungskonzessionen gibt es jedoch gewichtige Argumente, die gegen eine zwingende Ausschreibungspflicht sprechen. Für die Beantwortung der hier zu behandelnden Thematik kann die Frage der Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen im Allgemeinen allerdings offen gelassen werden; die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM kommt bei der Erteilung von Wassernutzungskonzessionen schon deshalb nicht zur Anwendung, weil diesbezüglich spezialgesetzliche Regelungen bestehen.

5. Gründe gegen eine zwingende Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf die Verleihung von wasserrechtlichen Sondernutzungskonzessionen

5.1. Verhältnis von Art. 2 Abs. 7 BGBM zum Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte

5.1.1 Die bundesrechtlichen Regeln zur Verleihung von Wasserrechten

²⁵ Eine Ausschreibungspflicht für die Erteilung von Wassernutzungskonzessionen lässt sich nach dem Gesagten aus den Materialien nicht ableiten. Eine solche Verpflichtung würde aber insbesondere auch die verfassungs- und gesetzmässigen Kompetenzen der Kantone und Gemeinden bei der Einräumung von Wassernutzungsrechten in unzulässiger Weise einschränken.

²⁶ Über die Wasservorkommen verfügen laut Art. 76 Abs. 4 BV die Kantone. Der Bund legt Grundsätze über die Nutzung der Gewässer zur Energieerzeugung fest (Art. 76 Abs. 2 BV). Diese Grundsatz- oder Rahmengesetzgebung wurde von Art. 24^{bis} Abs. 1 lit. d aBV übernommen. Von dieser Kompetenz hat der Bund im Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG)³⁶ Gebrauch gemacht. Damit bestimmt der Bundesgesetzgeber, ob und in welchem Umfang

³⁶ Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, Wasserrechtsgesetz (WRG), vom 22. Dezember 1916; SR 721.80.

Bestimmungen zur Wasserkraftnutzung im Sinne von Art. 76 BV zu erlassen sind oder ob die Regelung den Kantonen überlassen werden soll³⁷.

²⁷ Die Regelung des WRG beschränkt sich seit jeher auf die Wasserkraftnutzung (insbesondere zu Gunsten der Energiewirtschaft), wobei für diesen Bereich im Interesse der Wassernutzung ein eingehend normiertes bundesrechtliches Konzessionssystem eingeführt wurde³⁸.

²⁸ Ausführlich befasst sich das WRG insbesondere mit der Verleihung von Wasserrechten³⁹. Zunächst hält Art. 38 WRG fest, dass die Verleihung von Wasserrechten der zuständigen Behörde desjenigen Kantons zusteht, in dessen Gebiet die in Anspruch genommene Wasserstrecke liegt. Das Verfahren für die Verleihung durch die kantonalen Behörden wird laut Art. 60 Abs. 1 WRG durch die Kantone geregelt; vorbehalten bleiben lediglich die Vorschriften von Art. 60 Abs. 2 bis 4 WRG⁴⁰. Das WRG enthält sodann auch Anleitungen, nach welchen Grundsätzen die Verleihung zu erfolgen hat. Gemäss Art. 39 WRG berücksichtigt die Behörde bei ihrem Entscheid das „öffentliche Wohl, die wirtschaftliche Ausnutzung des Gewässers und die an ihm bestehenden Interessen“. Bewerben sich mehrere Interessenten um die Nutzung des Wassers, ist nach Art. 41 WRG demjenigen der Vorzug zu geben, „dessen Unternehmen dem öffentlichen Wohl in grösserem Masse dient und, wenn sie darin einander gleichstehen, demjenigen, durch dessen Unternehmen für die wirtschaftliche Ausnutzung des Gewässers am besten gesorgt ist“.

²⁹ Laut Art. 58 WRG wird die Konzession für höchstens 80 Jahre von der Eröffnung des Betriebes an erteilt. Ausdrücklich vorbehalten wird dabei die Bestimmung von Art. 58a Abs. 2 WRG. Art. 58a WRG befasst sich generell mit der Konzessionserneuerung, wobei diese laut Abs. 1 auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Konzession oder vor diesem Zeitpunkt erfolgen kann. Laut Absatz 2 ist das Gesuch um Erneuerung der bestehenden Konzession mindestens 15 Jahre vor deren Ablauf zu stellen. Die zuständigen Behörden entscheiden sodann mindestens 10 Jahre vor Ablauf der Konzession, ob sie grundsätzlich zu einer Erneuerung bereit sind.

³⁷ Riccardo Jagmetti, *Energierrecht*, SBVR VII, Rz. 4123; Hans Wyer, *Rechtsfragen zur Wasserkraftnutzung*, Visp 2000, S. 18.

³⁸ Arnold Marti, *Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*, 2. Auflage, Rz. 12 zu Art. 76 BV.

³⁹ Art. 38 bis Art. 71 WRG.

⁴⁰ Diese Vorschriften beziehen sich auf das Auflage- und Einspracheverfahren.

³⁰ Diese Bestimmungen von Art. 58a WRG wurden mit der Teilrevision vom 13. Dezember 1996 ins Gesetz aufgenommen⁴¹. Die Neufassung dieses Artikels steht in direktem Zusammenhang mit den ebenfalls bei der damaligen Revision eingeführten Art. 67 Absätze 4 und 5 WRG, welche sich mit den Modernisierungs- und Erneuerungsinvestitionen befassen. Laut Art. 67 Abs. 4 WRG können dem Konzessionär Modernisierungs- und Erweiterungsinvestitionen beim Heimfall vergütet werden, sofern er die Modernisierung oder Erweiterung in Absprache mit dem heimfallberechtigten Gemeinwesen vorgenommen hat. Hintergrund der Neufassung dieser Bestimmungen bildeten zahlreiche parlamentarische Vorstösse, welche die Förderung der Modernisierung und Erweiterung von Wasserkraftwerken verlangten⁴².

³¹ Ziel der Neuregelung von Art. 58a WRG war es, den Umbau der Wasserkraftwerke, insbesondere deren Modernisierung und Erweiterung vor Ablauf der Konzession, durch entsprechende Massnahmen zu fördern⁴³. Insbesondere sollte mit der Bestimmung von Art. 58a Abs. 2 WRG über die Erneuerung der Konzession die Ungewissheit für den Konzessionär verringert und ihm der Entschluss zum Umbau seines Werkes erleichtert werden. So müsse – laut Botschaft – der Betreiber nicht unbedingt den Ablauf der Konzession abwarten, um ein Gesuch für deren Erneuerung zu stellen⁴⁴. Dies soll mit einer vorzeitigen Erneuerung der Konzession (mit dem bisherigen Konzessionär) und im Rahmen einer Modernisierung bzw. Erweiterung bereits vor Ablauf der Konzession möglich sein bzw. gefördert werden. Wird die Konzession im Sinne von Art. 58a WRG vorzeitig erneuert (mit dem bisherigen Konzessionär), berechnet sich die Höchstdauer der neuen Konzession vom Tag der mit dem Konzessionär vereinbarten Inkraftsetzung an. Diese hat laut Gesetz spätestens 25 Jahre nach dem Konzessionsentscheid zu erfolgen. Damit ermöglicht das Gesetz in den Fällen von Art. 58a WRG eine Konzessionsdauer von bis zu 105 Jahren⁴⁵, was eine namhafte Begünstigung des bisherigen Konzessionärs darstellt.

³² Das Bundesrecht enthält also im WRG ein umfassendes System, welches die Erteilung von Wasserrechtskonzessio-

⁴¹ Vgl. dazu Botschaft über die Teilrevision des Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 16. August 1995, BBl 1995 IV 991 ff.; in Kraft seit 1. Mai 1997.

⁴² BBl 1995, 1003 / 1006.

⁴³ BBl 1995, 993.

⁴⁴ BBl 1995, 1011.

⁴⁵ BBl 1995, 1011.

nen regelt. Geregelt wird sowohl die erstmalige Erteilung der Konzession als auch die Erneuerung der Konzession. Von einer zwingenden Ausschreibungspflicht ist dabei nicht die Rede. Im Gegenteil, insbesondere für den Fall der Konzessionserneuerung enthält das WRG Bestimmungen, welche eine Ausschreibung geradezu ausschliessen und einer solchen Verpflichtung diametral entgegenstehen. Es ist offensichtlich, dass der Bundesgesetzgeber weder in der ursprünglichen Fassung des WRG noch in seiner Weiterentwicklung für die Erteilung oder Erneuerung von Wasserrechtskonzessionen eine Ausschreibungspflicht wollte. Folglich hat er eine solche auch nicht vorgesehen, womit die Einführung einer Ausschreibungspflicht über die Hintertüre einer unklaren und auslegungsbedürftigen Bestimmung des BGBM nicht in Frage kommen kann.

5.1.2 Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen Rechts

³³ Laut Art. 60 Abs. 1 WRG wird das Verfahren für die Verleihung von Wassernutzungskonzessionen durch die „Kantonalbehörde“ geregelt⁴⁶. Die Regelung des Verfahrens ist damit Sache der Kantone⁴⁷. Dieser Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen Rechts entspricht der Verfassungsordnung, wonach der Bund im Bereich der Wassernutzung lediglich eine Grundsatzgesetzgebung erlässt und die Rechtsetzungen in diesem Bereich im Übrigen Sache der Kantone bleibt. Hinsichtlich des Verleihungsverfahrens enthält das Bundesrecht einen ausdrücklichen Vorbehalt zu Gunsten der kantonalrechtlichen Regelung; von diesem Vorbehalt haben die meisten Kantone auch Gebrauch gemacht und Regelungen erlassen⁴⁸. Folglich richtet sich das Verleihungsverfahren in den meisten Kantonen nach den entsprechenden kantonalen Regeln; diese bestimmen, auf welchem Weg und durch wen die Konzessionen für die Nutzung der Wasserkraft erteilt werden. Ein Ausschreibungsverfahren ist – soweit ersichtlich – in keinem Kanton vorgesehen.

³⁴ Damit stellt sich die Frage, ob dieser ausdrückliche bundesrechtliche Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen Rechts durch die Bestimmung von Art. 2 Abs. 7 BGBM beschränkt oder aufgehoben werden kann. Dies ist aus meiner Sicht zu

⁴⁶ Der Vorbehalt in dieser Bestimmung betrifft lediglich die Regelung, wonach Gesuche um Verleihung öffentlich aufzulegen sind und die Kantone Einsprache-fristen zur Geltendmachung privater oder öffentlicher Interessen aufzustellen haben.

⁴⁷ Geiser/Abbühl/Bühlmann, Kommentar zum Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, Zürich 1921, S. 197; Jagmetti, a.a.O., 4402

⁴⁸ Vgl. Überblick bei Jagmetti, a.a.O., S. 388 ff.

verneinen. Bei der Regelung von Art. 2 Abs. 7 BGBM, wonach die Übertragung der Nutzung kantonaler oder kommunaler Monopole auf Dritte mittels Ausschreibung zu erfolgen hat, handelt es sich um eine eigentliche Verfahrensbestimmung. Geregelt werden soll das Verfahren für die Übertragung eines Nutzungsrechtes. Beide Erlasse – sowohl das WRG, welches hinsichtlich des Verfahrens einen Vorbehalt zu Gunsten der Kantone enthält, als auch das BGBM, welches eine Ausschreibungspflicht statuiert – befinden sich auf gleicher Stufe, beides sind Bundesgesetze. Der sich daraus ergebende Konflikt ist klarerweise zu Gunsten der Regelung im WRG zu entscheiden. Die Kompetenz zur Regelung des Verfahrens ergibt sich nicht nur aus der spezialgesetzlichen Regelung von Art. 60 WRG (darauf ist noch zurückzukommen), sondern auch aus der verfassungsmässigen Ordnung. Da gemäss Art. 76 BV lediglich die Grundsätze der Wasserkraftnutzung durch den Bund und seine Grundsatzgesetzgebung festgelegt sind, ergibt sich die Kompetenz der Kantone, darüber hinausgehende bzw. ergänzende Vorschriften zu erlassen, direkt aus der Verfassung. Mit der Vorschrift von Art. 2 Abs. 7 BGBM würde im Bereich der Erteilung von Wassernutzungskonzessionen also in die verfassungsmässigen Kompetenzen der Kantone eingegriffen, was für sich schon unzulässig ist und bei der Revision des BGBM auch ausdrücklich ausgeschlossen wurde⁴⁹.

³⁵ Insoweit unterscheidet sich der Fall der Wassernutzungskonzession auch von demjenigen der Verteilkonzession von elektrischen Anlagen, welcher durch die WEKO im Gutachten vom 22. Februar 2010 zu beurteilen war. Die Regelung jener Materie ist gemäss Art. 91 Abs. 2 BV ausschliesslich dem Bund überlassen, was er denn auch im Rahmen des Stromversorgungsgesetzes⁵⁰ getan hat. Das StromVG enthält denn auch keinen Vorbehalt bzw. keine weiterführenden Verfahrenskompetenzen zu Gunsten der Kantone bei der Übertragung von Nutzungsrechten für elektrische Verteilanlagen. Das StromVG äussert sich – im Gegensatz zum WRG – auch mit keinem Wort zum Vergabe- bzw. Konzessionsverfahren. Die rechtlichen Rahmenbedingungen sind dort, im Vergleich zum WRG, völlig unterschiedlich. Folglich ist es auch nicht zulässig, die im Falle der elektrischen Verteilanlagen angestellten Überlegungen unbesehen und ohne weitere Prüfung auf den Fall der Wassernutzungskonzessionen zu übertragen.

⁴⁹ Vgl. Ausführungen vorne Rz. 11

⁵⁰ Bundesgesetz über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG), vom 23. März 2007, SR 734.7.

³⁶ Der Verfahrensvorbehalt im WRG zu Gunsten des kantonalen Rechts für die Verleihung von Wassernutzungskonzessionen lässt sich folglich nicht einfach mit Art. 2 Abs. 7 BGBM beseitigen. Hätte der Bundesgesetzgeber auch noch diesen Schritt machen wollen, hätte er die Rahmengesetzgebung im Bereich der Nutzung von Wasserrechten (konkret das WRG) anpassen müssen und den Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen Rechts aufheben bzw. in dem Sinne einschränken müssen, dass das BGBM vorbehalten würde. Nur auf diese Art, nämlich über einen Eingriff im Rahmen der Grundsatzgesetzgebung des WRG hätte der bestehende verfassungsmässige Vorbehalt zu Gunsten der Kantone aufgehoben werden können. Dies ist jedoch nicht erfolgt, weshalb die Zuständigkeit der Kantone zur Festlegung des Vergabeverfahrens im Bereich des Wassernutzungsrechtes bestehen bleibt. Art. 2 Abs. 7 BGBM vermag diesen Vorbehalt nicht aufzuheben.

5.1.3 WRG als *lex specialis*

³⁷ Wie bereits mehrfach dargelegt, ist das Vergabeverfahren im WRG weitgehend vorgegeben. Es handelt sich dabei um eine spezialgesetzliche Regelung des Bundesrechts für die Vergabe einer Konzession⁵¹. Diese spezialgesetzliche Regelung enthält nicht nur allgemeine verfahrensrechtliche Vorschriften, sondern hält in Art. 41 WRG u. a. auch fest, wie vorzugehen ist, wenn sich mehrere Bewerber um eine Konzession bemühen. In diesem Fall ist nämlich demjenigen der Vorzug zu geben, dessen Unternehmen dem öffentlichen Wohl in grösserem Masse dient und wenn sie darin einander gleichstehen, demjenigen, durch dessen Unternehmen für die wirtschaftliche Nutzung des Gewässers am Besten gesorgt ist. Wie dies ermittelt wird, ist Sache der Kantone. Eine Verpflichtung, wonach die Vergabe des Nutzungsrechtes im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens zu erfolgen habe, enthält das Gesetz jedoch klarerweise nicht. Diese bundesgesetzliche Verfahrensordnung, welche es ausdrücklich den Kantonen überlässt, das Verleihungsverfahren zu ordnen, ist zu berücksichtigen und kann durch die neue Regelung im BGBM nicht verdrängt werden.

³⁸ Dies gilt im gleichen Masse für den Fall der Konzessionserneuerung. Abgesehen davon, dass Art. 60 WRG auch auf den Fall der Konzessionserneuerung (die erneuerte Konzession stellt rechtlich eine neue Konzession dar) anwendbar

⁵¹ Vgl. Daniel Kunz, Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen, Bern 2004, S. 123 ff.

ist, enthält Art. 58a WRG wiederum ausdrückliche Verfahrensregeln für die Konzessionserneuerung⁵². Das ausdrückliche Ziel dieser Bestimmung, welche im Jahre 1996 in das Gesetz aufgenommen wurde, war es, die Ungewissheit für den Konzessionär zu verringern und „ihm den Entschluss zum Umbau seines Werkes“ zu erleichtern⁵³. Mit der gesetzlich neu geschaffenen Möglichkeit, bereits spätestens 10 Jahre vor Ablauf der laufenden Konzession eine neue Konzession erwerben zu können, sollte der bisherige Konzessionär zum Umbau seines Wasserkraftwerkes, insbesondere in der Form von Modernisierungen und Erweiterungen vor Ablauf der Konzession ermuntert werden. Von einer obligatorischen Ausschreibungspflicht war und ist nicht die Rede; sie würde dem angestrebten Ziel vielmehr diametral entgegenstehen. Muss der Konzessionär nämlich damit rechnen, dass eine neue Konzessionserteilung zwingend ausgeschrieben werden muss, wird er sich hüten, vor Ablauf der bestehenden Konzession eine Erneuerung anzustreben und er wird damit auch keine Modernisierungs- und Erweiterungsinvestitionen tätigen. Der gesetzgeberische Zweck dieser Neuregelung für die Konzessionserneuerung schliesst ein Wettbewerbsverfahren im Falle der Konzessionserneuerung geradezu aus. Auch hier kommt folglich Art. 2 Abs. 7 BGBM als *lex generalis* – gegenüber der *lex specialis* im WRG – nicht zur Anwendung.

³⁹ Folglich kommt die Bestimmung über die obligatorische Ausschreibungspflicht bei der Verleihung von Konzessionen im gesamten Bereich des Wassernutzungsrechtes nicht zur Anwendung. Sowohl bei der erstmaligen Erteilung von Wassernutzungskonzessionen als auch bei der Konzessionserneuerung geht das WRG als *lex specialis* vor.

5.2. Praktische Überlegungen

⁴⁰ Neben den rechtlichen Überlegungen sind im Rahmen der vorliegenden Untersuchung auch die praktischen Auswirkungen einer Ausschreibungspflicht zu prüfen. In ihrem Gutachten zur Frage der Ausschreibungspflicht bei der Erteilung von Sondernutzungskonzessionen für die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt elektrischer Verteileranlagen wies die WEKO selber auf „Schwierigkeiten bei der Umsetzung“ hin⁵⁴. So sei zu veranschlagen, dass „mehrere den Wettbewerbsumfang beschränkende Faktoren sowie Schwier-

⁵² Vgl. oben Rz. 29 ff.

⁵³ BB1 1995, 1011.

⁵⁴ Gutachten WEKO, Rz. 61 ff.

rigkeiten bei der praktischen Umsetzung zu einer Schmälerung des durch eine Ausschreibung erzielbaren Nutzens und einer Erhöhung der ausschreibungsbedingten Kosten führen“ würden⁵⁵. Diese Vorbehalte sind bei der Erteilung einer Wassernutzungskonzession um ein Vielfaches grösser und schwerer zu gewichten⁵⁶.

⁴¹ Entsprechend den geltenden Verfahrensordnungen in den Kantonen steht die wasserrechtliche Konzessionsverleihung am Schluss eines oft langen Vorbereitungs- und Planungsprozesses. In aller Regel geht die Initiative für die Realisierung eines Kraftwerkprojektes von einem privaten Bewerber oder Investor aus. Bevor dieser beim Träger der Gewässerhoheit ein Gesuch um Erteilung einer Konzession einreicht und damit den eigentlichen Konzessionsprozess auslöst, hat er bereits umfangreiche Vorarbeiten treffen müssen. Diese Vorarbeiten betreffen insbesondere technische Studien bis hin zu einem Vorprojekt und die entsprechenden energiewirtschaftlichen Abklärungen. Parallel dazu sind all die umweltrelevanten Auswirkungen des Projektes zu untersuchen (in der Regel ist ein Umweltverträglichkeitsbericht zu erstellen), mit den Fachbehörden und den Vertretern des Hoheitsträgers zu bereinigen und allfällige Kompensationsmassnahmen zu definieren. Diese gesamten Vorbereitungsarbeiten sind mit einem erheblichen finanziellen Aufwand für den Bewerber verbunden⁵⁷.

⁴² Tatsache ist sodann, dass sich in der Praxis – aus den genannten Kostengründen – in aller Regel kein weiterer Bewerber um eine Konzession bemüht, wenn von einem Bewerber bereits ein Konzessionsgesuch vorliegt. Dies bedeutet, dass ein Wettbewerb bereits aufgrund der faktischen Umstände praktisch ausgeschlossen ist. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass ein Bewerber seine fertigen Gesuchsunterlagen dem Gemeinwesen übergibt, damit dieses dann damit eine Ausschreibung durchführt⁵⁸. Dies wiederum bedeutet, dass der Träger der Gewässerhoheit von sich aus die gesamten Vorarbeiten – und damit auch das gesamte unternehmerische Risiko – übernehmen müsste und dann ein ausführungsreifes Projekt, das technisch, umweltrechtlich und energiewirtschaftlich allen Anforderungen genügen müsste, zum Wettbewerb ausschreiben würde.

⁴³ Dies ist in verschiedener Hinsicht unsinnig und völlig realitätsfremd. In einem solchen Fall müsste zunächst das verfügbare

⁵⁵ Gutachten WEKO, Rz. 67.

⁵⁶ Dies wird ausdrücklich auch von Rey/ Wittwer, a.a.O., S. 590, anerkannt, die einräumen, dass die Anforderungen von Art. 2 Abs. 7 BGBM „nur schwer mit den bisher in den Kantonen vorgesehenen Verfahrensabläufen für die erstmalige Vergabe von Konzessionen zu harmonisieren“ seien.

⁵⁷ Erfahrungsgemäss belaufen sich die Vorbereitungskosten bei kleinen Werken mit einer installierten Leistung bis 10 MW bis zu ca. CHF 500'000.--. Bei grösseren Werken können die Kosten ein Mehrfaches davon betragen.

⁵⁸ Eine rechtliche Handhabe, um einen Bewerber zur Herausgabe der Gesuchunterlagen zu verpflichten, besteht jedenfalls nicht.

rechtigte Gemeinwesen die gesamten Vorbereitungsarbeiten (einschliesslich Projekt, Umweltabklärungen, Wirtschaftlichkeitsberechnungen etc.) auf eigene Kosten und auf eigenes Risiko übernehmen. Abgesehen davon, dass es sich bei den verfassungsberechtigten Gemeinwesen oft um kleine Gemeinden, Bezirke oder Korporationen handelt, deren wirtschaftliche Möglichkeiten ohnehin beschränkt sind und bei denen die Realisierung von Kraftwerksanlagen nicht zur Kernkompetenz gehört, würden sie auch das gesamte Risiko tragen. Es ist ohne Weiteres möglich (und in der Praxis auch schon mehrfach geschehen), dass das für die Konzessionserteilung zuständige Organ (Gemeindeversammlung bzw. Urnenabstimmung) die Erteilung einer Konzession verweigert hat oder dass die Konzession im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens aufgehoben oder derart abgeändert wurde, dass der Konzessionär die Annahme der Konzession verweigert hat. Für ein Gemeinwesen würde es in der Praxis somit sehr schwierig (wenn nicht gar unmöglich) und umständlich, eine Wasserrechtskonzession zu erteilen; zusätzlich müsste es auch das unternehmerische Risiko übernehmen, was in der Regel nicht gewollt und auch politisch kaum umsetzbar ist. Konsequenz davon ist, dass gar keine Ausschreibung erfolgt und die vermeintliche Wettbewerbsidee gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM jeden Wettbewerb (und jede Aktivität in diesem Bereich) unterbindet.

⁴⁴ Völlig undenkbar sind Wettbewerbsverfahren für die grossen Kraftwerksanlagen. Dies zeigt gerade der aktuelle Fall der Konzessionsverhandlungen für die Erteilung einer Wassernutzungskonzession im oberen Puschlav an die Repower AG⁵⁹. Nachdem die Konzessionsgemeinden Poschiavo und Pontresina im Jahre 1995 die Konzessionen für einen Ausbau der Wasserkräfte im Val Poschiavo für die Stufe Lago Bianco – Lago di Poschiavo erteilt hatten, wurden die Verleihungen mit Rechtsmitteln bekämpft. Im Zuge des bundesgerichtlichen Verfahrens entstand – nicht zuletzt auf Anregung der Umweltorganisationen – die Idee eines Pumpspeicherwerks. Diese Idee wurde in enger Zusammenarbeit zwischen allen Beteiligten, insbesondere der heutigen Betreiberin Repower AG, den Konzessionsgemeinden, dem Kanton (mit den Vertretern der Fachstellen) und den Umweltorganisationen, zu einem tragfähigen Projekt weiterentwickelt, welches nun als Konzessionsprojekt den Stimmberechtigten der Konzessionsgemeinden zur Erteilung der Wasserrechtskonzession vorgelegt werden kann. Entstanden ist eine leistungsstarke Anlage mit einem Pumpspeicherwerk und einer installierten Leistung von 1000 MW; die Investitionskosten belaufen sich auf ca. CHF 1,5 Milliarden. Die Vorbereitungsarbeiten dauerten über zwei Jahre und die Projektierungskosten (einschliesslich

⁵⁹ Vgl. dazu die Projektübersicht bei www.repower.com.

sämtlicher Grundlagen für die Konzessionserteilung in den Gemeinden) betragen mehrere Millionen Franken.

⁴⁵ Im Falle einer zwingenden Ausschreibungspflicht für die Erteilung von Wasserrechtskonzessionen hätten diese Vorbereitungsarbeiten durch die Verleihungsgemeinden gemacht werden müssen. Ein sachlicher Vergleich von verschiedenen Angeboten in einem Ausschreibungsverfahren setzt nämlich voraus, dass für alle Bewerber die gleichen Offertbedingungen gelten und dass die Angebote letztlich auch verglichen werden können. Die Gemeinden müssten also das fertige Konzessionsprojekt einschliesslich sämtlicher technischer, wirtschaftlicher und umweltrechtlicher Aspekte zum Wettbewerb ausschreiben; die Bewerber ihrerseits würden den Gemeinden für die Erteilung der Konzession wirtschaftliche Leistungen anbieten. Das für die Verleihungsgemeinde attraktivste Angebot würde dann entsprechend den konkreten Ausschreibungsbedingungen berücksichtigt.

⁴⁶ Gerade bei einem grösseren Projekt wie dem beschriebenen ist ein solches Vorgehen schlicht undenkbar. Derartige Projekte lassen sich realistischerweise in der Praxis nur unter Einbezug sämtlicher Projektbeteiligter umsetzen. Ein Investor wird keine Projektplanung in diesen Dimensionen an die Hand nehmen, wenn er damit rechnen muss, dass sein Projekt dann die Grundlage für einen Wettbewerb bildet, an dem er selber wegen Vorbefasstheit allenfalls gar nicht teilnehmen kann. Die Verleihungsgemeinden selber sind ihrerseits aus finanziellen Gründen und weil ihnen die fachspezifischen Kenntnisse fehlen nicht in der Lage, ein ausschreibungsfähiges, fertiges Projekt in diesen Grössenordnungen auszuarbeiten. Selbst wenn der entsprechende Projektierungskredit noch bewilligt würde und das Know-how eingekauft werden könnte, ist es – gerade bei grösseren Projekten – immer der Betreiber, der letztlich über die Ausgestaltung des Projektes entscheidet. Dies hat insbesondere dann zu gelten, wenn verschiedene Möglichkeiten für die Erstellung und den Betrieb eines Werkes bestehen (was regelmässig der Fall ist). Eine Projektierung ohne den späteren Betreiber ist weder sinnvoll noch bei grösseren Projekten überhaupt möglich⁶⁰.

⁴⁷ Eine zwingende Ausschreibungspflicht hätte bei derartigen Vorhaben eine vollständige Blockade (und eben keinen Wettbewerb) zur Folge. Investoren könnten bzw. würden von sich aus praktisch keine Projekte mehr entwickeln. Die Verleihungsgemeinden sind aus finanziellen Gründen und aufgrund der äusserst komplexen und aufwändigen Fragestellungen ohne den späteren Betreiber

⁶⁰ Hier unterscheidet sich die Erteilung einer Wassernutzungskonzession ganz wesentlich von der Erteilung einer Konzession für den Plakataushang auf öffentlichem Grund, die den Anlass für die Revision des BGBM bildete. Bei letzterer ist ein Ausschreibungsverfahren ohne weiteren Aufwand möglich und sinnvoll, bei Wasserrechtskonzession dagegen nicht.

praktisch nicht in der Lage, ein Konzessionsprojekt vorzubereiten, das einen sinnvollen Wettbewerb ermöglicht. Die Ausschreibungspflicht führt damit nicht zu mehr Wettbewerb, sondern unterbindet in diesem Bereich die wirtschaftliche Tätigkeit.

⁴⁸ Nicht anders verhält es sich bei den Konzessionserneuerungen. Zwar dürften Ausschreibungen bei Konzessionserneuerungen rein praktisch einfacher zu bewerkstelligen sein, als bei erstmaligen Konzessionserteilungen. Einer zwingenden Ausschreibungspflicht stehen – neben den bereits dargestellten rechtlichen Überlegungen⁶¹ – auch praktische Interessen der öffentlichen Hand gegenüber⁶². Auf das Interesse des Gemeinwesens (nicht nur der öffentlichen Hand), dass bestehende Werke bereits vor Ablauf der Konzessionen modernisiert und erneuert werden, wurde bereits hingewiesen. Für diesen Fall hat das Bundesrecht im Jahre 1996 mit den neu eingefügten Art. 58a und Art. 67 WRG eigens ein Anreizsystem geschaffen⁶³. Eine zwingende Ausschreibungspflicht im Falle einer Konzessionserneuerung würde diesem Anreizsystem diametral entgegenstehen. Es würde insbesondere dazu führen, dass kein einziger Betreiber eines Werkes vor Ablauf der bestehenden Konzession bzw. vor Erteilung einer neuen Konzession nennenswerte Erneuerungs- und Modernisierungsarbeiten an die Hand nehmen würde. Zu gross wäre das Risiko, dass er das gesamte Werk und damit auch einen Teil der Investitionen im Rahmen eines Wettbewerbs verlieren würde⁶⁴. Aus Gründen der fehlenden Investitionssicherheit würden damit – im Übrigen dringend benötigte und energiewirtschaftlich sinnvolle – Erneuerungs- und Modernisierungsinvestitionen weitestgehend ausbleiben. Eine wesentliche gesetzgeberische Zielsetzung der WRG-Revision 1996 würde damit untergraben.

⁴⁹ Die Kantone und Gemeinden, denen die Gewässerhoheit zusteht, haben aber noch ein weiteres praktisches Interesse an vorzeitigen Konzessionserneuerungen. Ein (produktionsmässig) grosser Teil des schweizerischen Produktionsparks an Wasserkraftanlagen wurde zwischen 1950 und 1970 gebaut und in Betrieb genommen.

⁶¹ Vgl. vorne Rz. 25 H.

⁶² Selbstverständlich werden dadurch freiwillige Ausschreibungen von Konzessionserneuerungen nicht ausgeschlossen; in Einzelfällen kann dies sinnvoll und für die öffentliche Hand auch interessant sein. Dies zeigt der Fall einer kürzlich erfolgten Ausschreibung für die Erteilung einer Wassernutzungskonzession in der Gemeinde Tinizong-Rona (GR). Die Gemeinde erteilte die Konzession zur Nutzung des Erbaches an eine zu gründende Betriebsgesellschaft (mit der BKW FMB Energie AG als Mehrheits- und der Gemeinde als Minderheitsaktionärin) im März 2010 gestützt auf einen Wettbewerb. Der Zuschlag erfolgte auf der Grundlage einer sorgfältigen Ausschreibung, wobei neben den wirtschaftlichen Leistungen für die Gemeinde auch die Qualität des Projektes und die Rücksichtnahme auf Umweltanliegen bewertet wurden (vgl. Berichterstattung in der Südostschweiz am Sonntag vom 28. März 2010).

⁶³ Vgl. vorne Rz. 29 H.

⁶⁴ Zwar können das Gemeinwesen und der Konzessionär nach Art. 67 Abs. 4 WRG hinsichtlich der Investitionen Vergütungsabsprachen auf den Zeitpunkt des Heimfalls treffen. Die Vergütung entspricht aber „höchstens dem Restwert der Investitionen bei branchenüblichen Abschreibungen unter Berücksichtigung der Veränderung des Geldwertes“. Selbst wenn eine Vereinbarung abgeschlossen wird, hat ein Konzessionär ein gewisses finanzielles Risiko.

Die heute bestehenden Konzessionen laufen damit zu einem grossen Teil zwischen 2030 und 2050 ab⁶⁵. In diesen Jahren wird folglich eine massive Häufung von Heimfällen (mit einer erheblichen kumulierten Jahresproduktion) eintreten. Dies stellt für die heimfallberechtigten Gemeinwesen ein nicht unbedeutendes Risiko dar, nämlich dann, wenn bei ungünstigen Marktbedingungen gehäuft Verhandlungen über Neukonzessionierungen geführt werden müssten. Vor diesem Hintergrund und mit der Überlegung, dass bei vorzeitigen Heimfällen mit Konzessionserneuerungen in der Regel auch Erweiterungs- und Modernisierungsinvestitionen getätigt werden, hat das Gemeinwesen ein erhebliches Interesse daran, dass die Konzessionen gestaffelt bzw. vorzeitig erneuert werden. Diese vorzeitige Erneuerung bietet für das Gemeinwesen zusätzlich den erheblichen Vorteil, dass es vorzeitig (und nicht erst beim ordentlichen Konzessionsablauf) in den Genuss der Heimfallentschädigung gemäss Art. 67 Abs. 1 WRG kommt. Im Falle eines Heimfallverzichts erhält das Gemeinwesen in diesem Fall eine Heimfallverzichtsentschädigung. In der jüngeren Praxis wird das dem Gemeinwesen zustehende Heimfallssubstrat aber regelmässig dafür verwendet, um sich im Rahmen der Konzessionserneuerung am neukonzedierten Werk in geeigneter Form zu beteiligen und damit nachhaltig an der Entwicklung der Strompreise zu partizipieren⁶⁶. Auf diesem Weg wird dem Gemeinwesen ermöglicht, sich langfristig und nachhaltig an den Produktionsanlagen auf eigenem Gebiet zu beteiligen, und zwar bereits vor Ablauf der laufenden Konzessionen.

⁵⁰ Genau in diese Richtung zielt auch die derzeit laufende Teilrevision des Wasserrechtsgesetzes des Kantons Graubünden⁶⁷. Mit verschiedenen Massnahmen sollen Anreize für vorzeitige Heimfälle und entsprechende Neukonzessionierungen geschaffen werden. Damit soll einerseits das Risiko einer Massierung von Heimfällen zu einem Elektrizitätswirtschaftlich ungünstigen Zeitpunkt vermieden und zum anderen dem Gemeinwesen die Möglichkeit geboten werden, sich frühzeitig an den Produktionsanlagen bzw. an den sich daraus ergebenden Produktionen zu beteiligen.

⁵¹ Es liegt nun auf der Hand, dass sich heutige Kraftwerksbetreiber nur dann für einen vorzeitigen Heimfall entscheiden, wenn sie auch davon ausgehen können, dass sie wiederum die Konzession für den

⁶⁵ Vgl. für den Kanton Graubünden Zusammenstellung im erläuternden Bericht vom 27. April 2010 zur Teilrevision des Wasserrechtsgesetzes, S. 5, publiziert auf der Homepage des Amtes für Energie des Kantons Graubünden, <http://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/bvfd/aev/ueberuns/Seiten/Willkommen.aspx>; für den Kanton Wallis: Wyer, a.a.O., Zusammenstellung in Anhang II, S. 31 ff.

⁶⁶ Vgl. zum Ganzen: Botschaft der Regierung an den Grossen Rat vom 18. Juni 1990, Bericht über die Schaffung eines Heimfallfonds, Botschaft 1990-91, S. 181 ff.; darin werden die Handlungsmöglichkeiten der öffentlichen Hand beim Heimfall im Einzelnen dargelegt und beschrieben. Vgl. ausserdem: Strom – Bündner Exportprodukt mit Zukunft, August 2008, herausgegeben vom Wirtschaftsforum Graubünden, S. 60 ff., wo ebenfalls Handlungsmöglichkeiten und Beispiele aus jüngerer Zeit dargestellt werden.

⁶⁷ Vgl. Erläuternden Bericht vom 27. April 2010 samt synoptischer Darstellung der Teilrevision, a.a.O., S. 10 ff.

Weiterbetrieb nach dem vorzeitigen Heimfall erhalten (allenfalls in einer gemeinsamen Gesellschaft mit dem Gemeinwesen). Wenn sie jedoch damit rechnen müssen, dass die Konzession nach einem vorzeitigen Heimfall zwingend ausgeschrieben werden muss, werden sie in jedem Fall die gesamte Dauer der Konzession ausnutzen, und zwar unabhängig davon, ob dies für das Gemeinwesen vorteilhaft ist oder nicht. Die Möglichkeit der vorzeitigen Konzessionserneuerung würde damit praktisch verunmöglicht, was wiederum den Interessen des Gemeinwesens zuwiderlaufen würde⁶⁸.

6. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

⁵² Der Norminhalt von Art. 2 Abs. 7 BGBM, welcher im Jahre 2006 ins Gesetz aufgenommen wurde und die Übertragung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private zum Gegenstand hat, ist in verschiedener Hinsicht auslegungsbedürftig. Unbestritten ist, dass die Ausschreibungspflicht für die Übertragung der Nutzung mittels Monopolkonzessionen zur Anwendung kommt. Aufgrund der Materialien und der Entstehungsgeschichte lässt sich jedoch nicht zwingend schliessen, dass die Ausschreibungspflicht auch bei der Erteilung von Sondernutzungskonzessionen zur Anwendung kommen muss. Gewichtige Argumente sprechen jedenfalls gegen eine zwingende Ausschreibungspflicht.

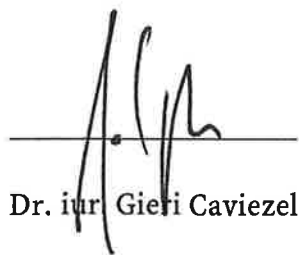
⁵³ Auf die Erteilung von Wasserrechtskonzessionen kommt Art. 2 Abs. 7 BGBM unabhängig von der Gesetzesauslegung nicht zur Anwendung. Das auf die Erteilung von Wasserrechtskonzessionen anwendbare WRG enthält einen ausdrücklichen Vorbehalt zu Gunsten der Kantone hinsichtlich des Verleihungsverfahrens und regelt das Verfahren zur Erteilung und Erneuerung von Wasserrechtskonzessionen im Sinne einer *lex specialis* selbstständig. Als *lex specialis* geht das WRG dem Binnenmarktgesetz vor. Das WRG enthält weder bei der Erteilung noch bei der Erneuerung von Wasserrechtskonzessionen eine Ausschreibungspflicht.

⁵⁴ Abgesehen von dieser rechtlichen Beurteilung sprechen auch gewichtige praktische Gründe gegen eine Ausschreibungspflicht bei der Erteilung bzw. Erneuerung von Wassernutzungskonzessionen. Die Einführung einer zwingenden Ausschreibungspflicht (freiwillige Ausschreibungen bleiben selbstverständlich vorbehalten) würde die Aktivitäten privater Investoren im Bereich der Wasserkraftnutzung entscheidend zurückbinden. Private Initiativen würden sowohl bei der erstmaligen Erteilung von Wasserrechtskonzessionen als auch bei späteren Erneuerungs- und Modernisierungsinvestitionen erheblich erschwert und teilweise sogar verunmöglicht; zudem würde das gesamte unternehmerische Risiko einseitig auf die öf-

⁶⁸ Auch hier besteht selbstverständlich immer die Möglichkeit der freiwilligen Ausschreibung. Das Gemeinwesen kann, falls es an einer vorzeitigen Konzessionserneuerung nicht interessiert ist oder diese für das Gemeinwesen uninteressant wäre, selbstverständlich die Konzessionsdauer ablaufen lassen und das Nutzungsrecht dann ausschreiben.

fentliche Hand überwältzt. Schliesslich sprechen auch berechtigte Interessen der öffentlichen Hand, sich im Rahmen eines vorzeitigen Heimfalls frühzeitig an den Produktionsanlagen bzw. Produktionen zu beteiligen, gegen eine zwingende Ausschreibungspflicht von Wasserrechtskonzessionen.

⁵⁵ Diese rechtlichen und praktischen Schlussfolgerungen stehen offenbar auch im Einklang mit der politischen Stossrichtung der Konferenz der Kantonsregierung bzw. der kantonalen Energiedirektoren⁶⁹. Auf politischer Ebene ist ebenfalls Bewegung in die Diskussion gekommen und am 16. Juni 2010 wurde im Ständerat die Motion „Öffentliches Bestimmungsrecht bei Wasserkraft- und Verteilnetzkonzessionen“ eingereicht⁷⁰. Obwohl aufgrund der rechtlichen Gegebenheiten eine Gesetzesrevision des WRG oder anderer Erlasse nicht zwingend nötig erscheint, ist es vor dem Hintergrund der Ausführungen der WEKO und im Hinblick auf allfällige weitere Verfahren durchaus sinnvoll, dass der Bundesgesetzgeber die Frage der Ausschreibungspflicht bei Wasserkraftkonzessionen in geeigneter Weise präzisiert.



Dr. iur. Gieri Caviezel

⁶⁹ In diesem Sinne lehnt die Konferenz der Kantonsregierungen im Rahmen der Stromverhandlungen zwischen der Schweiz und der EU eine öffentliche Ausschreibungspflicht von Wassernutzungskonzessionen grossmehrheitlich ab. Die Konferenz kantonalen Energiedirektoren hat zudem kürzlich ein Positionspapier verabschiedet, in dem sie die Unterstellung von Wassernutzungskonzessionen unter die Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM ausdrücklich ablehnt.

⁷⁰ Motion Nr. 10.3469 vom 16. Juni 2010, von Ständerat Pankraz Freitag; der Inhalt der Motion ist zwar öffentlich noch nicht zugänglich, es geht aber darum, dass im Bereich der Wasserkraft- und Verteilnetzkonzessionen eine Ausschreibungspflicht ausdrücklich abgelehnt wird.