

Michael Merker / Philip Conradin-Triaca

## Die Herabsetzung der Leistungen des Konzessionärs im WRG

### Zur Bedeutung von Art. 48 WRG

---

Art. 48 Abs. 3 WRG gewährt dem Bund (UVEK) die Kompetenz, die Leistungen des Konzessionärs herabzusetzen, wenn sie die Ausnutzung der Wasserkräfte wesentlich erschweren. Die Bestimmung wurde von der Literatur sehr restriktiv interpretiert: Einerseits soll eine Herabsetzung nicht mehr zulässig sein, sobald die Konzession rechtskräftig geworden ist; andererseits soll der Entscheid des Bundes für den Konzedenten unverbindlich sein, so dass er die Erteilung der angepassten Konzession verweigern dürfe. Die Autoren kommen im Rahmen einer umfassenden Auslegung zu den gegenteiligen Schlüssen.

---

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Energie- und Umweltrecht

Zitiervorschlag: Michael Merker / Philip Conradin-Triaca, Die Herabsetzung der Leistungen des Konzessionärs im WRG, in: Jusletter 19. Dezember 2016

## Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Beschränkung der Leistungen des Konzessionärs
  - 1. Materieller Grundsatz
  - 2. Verfahren
- III. Kritik
  - 1. Zum Zeitpunkt
  - 2. Zur Moderationsbefugnis
- IV. Fazit

### I. Ausgangslage

[Rz 1] Die heute geltenden Konzessionen verpflichten den Konzessionär regelmässig zu Leistungen vielfältiger Art: Die Konzessionäre schulden nicht nur Wasserzins und Konzessionsgebühr (Abgaben), sondern weitere Leistungen wie Lieferung von Gratis- und Vorzugsenergie oder Wasser, Erstellung von Infrastruktur (Brücken, Strassen, Wege, Seilbahnen, Strom- und Wasserleitungen und sogar Hotels), Tourismusförderung, Unterstützungszahlungen an die heimische Wirtschaft, Beteiligungen, Mitbestimmungsrechte und nicht zuletzt umfangreiche umweltpflegerische Leistungen.

[Rz 2] Das bundesrechtliche Wasserzinsmaximum in Art. 49 des Wasserrechtsgesetzes (WRG) beschränkt die mit dem Konzessionär ausbedungenen Gegenleistungen insoweit, als sie gesetzlich generell angeordnet und bemessen werden.<sup>1</sup> Mit Blick auf die rechtssatzmässige Bemessung ist kein Verhandlungsspielraum für den Wasserzins vorhanden und der Wasserzins in Vollzug der gesetzlichen Vorgaben zu verfügen.<sup>2</sup> Das Wasserzinsmaximum gilt hingegen nicht für die einzelfallweise vereinbarten Gegenleistungen.<sup>3</sup> In der Praxis drehen sich die Konzessionsverhandlungen daher zu einem guten Teil um solche Gegenleistungen, deren Höhe nicht gesetzlich bestimmt ist. Der Wert der verschiedenen Gegenleistungen der Konzessionäre ist im Zeitpunkt der Konzessionserteilung aber oft schwierig einzuschätzen. Soweit die Leistungen nicht flexibel ausgestaltet werden, liegt ihre Bewertung nach traditioneller Betrachtungsweise im Risikobereich des Konzessionärs. Es ist seine Aufgabe, die Wirtschaftlichkeit des Vorhabens trotz der geforderten Gegenleistungen zuverlässig einzuschätzen.<sup>4</sup>

[Rz 3] Die Rentabilitätsprobleme der Wasserkraft in den letzten Jahren haben eine gewisse Sorglosigkeit im Umgang mit den Gegenleistungen der Konzessionäre beendet. Es wurde auch offenbar, dass bei einzelnen Konzessionen eher zu hohe Gegenleistungen zugestanden wurden.

[Rz 4] Der historische Gesetzgeber hatte erkannt, dass die Nutzung der Wasserkraft durch zu hohe Forderungen der Konzedenten gefährdet sein kann. Er sah deshalb als zweite Beschränkung (neben dem Wasserzinsmaximum in Art. 49 WRG) in Art. 48 Abs. 2 WRG vor, dass die Gegenleistungen in ihrer Gesamtheit die Ausnutzung der Wasserkräfte nicht erschweren dürfen. Diese Be-

---

<sup>1</sup> BGE 109 Ia 134 E. 5d.

<sup>2</sup> Auch das Äquivalenzprinzip soll dafür nicht gelten (Urteil des Bundesgerichts 2A.58/2004 vom 21. Mai 2004 E. 3.4). Immerhin gilt es nach kantonalem Recht allenfalls das Vorliegen eines Härtefalls zu prüfen.

<sup>3</sup> BGE 109 Ia 134 E. 5d.

<sup>4</sup> Vgl. JACQUES FOURNIER, *Vers un nouveau droit des concessions hydroélectriques*, Fribourg 2002, S. 206; ENRICO RIVA, *Konzessionsverhältnis und Leistungsstörung*, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), *Die Konzession*, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 51 ff., 54.

stimmung hätte nach dem Willen des Gesetzgebers eine der wichtigsten im WRG werden sollen.<sup>5</sup> In Art. 48 Abs. 3 WRG legte der Gesetzgeber zudem ein Verfahren zur Durchsetzung dieses materiellen Grundsatzes fest. Gleichwohl sind die beiden Bestimmungen in den letzten 100 Jahren ohne Praxisrelevanz geblieben; dies im Zuge folgenreicher interpretatorischer Weichenstellungen schon in frühen Jahren.

## II. Beschränkung der Leistungen des Konzessionärs

### 1. Materieller Grundsatz

[Rz 5] Gemäss Art. 48 Abs. 2 WRG dürfen die Leistungen des Konzessionärs in ihrer Gesamtheit die Ausnutzung der Wasserkräfte nicht wesentlich erschweren. Die Bestimmung bringt zum Ausdruck, dass nicht der Konzessionär geschützt werden soll, sondern die zweckmässige Nutzbarmachung des nationalen Guts der Wasserkräfte.<sup>6</sup> Massgebend ist daher nicht die wirtschaftliche Situation des einzelnen Konzessionärs, sondern – objektiviert – das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung gemäss Konzession.

[Rz 6] In die entsprechende Beurteilung sind nicht nur frei ausgehandelte Leistungen einzubeziehen, sondern auch Kausalabgaben (Wasserzins)<sup>7</sup> und umweltrechtliche Leistungen,<sup>8</sup> selbst wenn diese gesetzlich vorgegebenen Leistungen (abgesehen von Ausnahmefällen) nicht herabgesetzt werden können.<sup>9</sup>

[Rz 7] Der Begriff «wesentliche Erschwerung» ist nicht sehr konkret.<sup>10</sup> Eine genauere Belastungsgrenze setzte der Gesetzgeber (anders als betreffend Wasserzins) bewusst nicht fest: Zu vielfältig erschienen ihm die möglichen Gegenleistungen des Konzessionärs, und er nahm in Kauf, dass die Anknüpfung an eine «wesentliche Erschwerung» unscharf ist.<sup>11</sup> Man überliess die Konkretisierung den zuständigen Behörden (damals: dem Bundesrat), und der Bundesrat sicherte in den Beratungen zu, dass er nur gegen eine wesentliche und nicht gegen eine ziemliche Erschwerung einschreite.<sup>12</sup> Eine Erschwerung wurde in der Folge dann als wesentlich definiert, wenn die ausbedungenen Leistungen die Nutzbarmachung verunmöglichen, stark verzögern<sup>13</sup> oder die Wirtschaftlichkeit des Vorhabens von vornherein in Frage stellen.<sup>14</sup> In jüngerer Zeit werden Parallelen

---

<sup>5</sup> AB 1915 N 266, Votum Berichterstatter Vital; CHRISTIAN WIDMER, Die Heimfallverzicht-Erschädigung im Wasserrecht, Zürich 1990, S. 114; FOURNIER (Fn. 4), S. 212.

<sup>6</sup> BBl 1912 II 669 695; KARL GEISER/JOHANN J. ABBÜHL/FRITZ BÜHLMANN, Einführung und Kommentar zum Bundesgesetz über die Wasserkräfte (vom 22. Dezember 1916), Zürich 1921, S. 179; missverständlich Urteil des Bundesgerichts 2C\_338/2013 vom 21. August 2013 E. 4.3.

<sup>7</sup> HANS BÜHRER, Die öffentlichrechtliche Stellung der Bernischen Kraftwerke A.-G., Zürich 1934, S. 131.

<sup>8</sup> BWV 6/1995, S. 15.

<sup>9</sup> Betreffend Wasserzins AB 1915 N 278, Votum Bundesrat Calonder; BÜHRER (Fn. 7), S. 131; unklar in BGE 109 Ia 134 E. 5d und WALTER EGGER, Die öffentliche Abgaben der Wasserkraftanlagen, Bern 1923, S. 26.

<sup>10</sup> WIDMER (Fn. 5), S. 115.

<sup>11</sup> PAUL MUTZNER, Die Bundesgesetzgebung über die Ausnutzung der Wasserkräfte, Politisches Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft 30 (1916), S. 243 ff., 257; WALTER SPILLMANN, Die bundesrechtliche Beschränkung der öffentlichen Abgaben der Wasserkraftwerke, Zürich 1936, S. 22; REINHARD ISLER, Die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiet der Wasserkraftausnutzung, Affoltern am Albis 1935, S. 75.

<sup>12</sup> AB 1915 N 279, Votum Bundesrat Calonder.

<sup>13</sup> MUTZNER (Fn. 11), S. 259; ISLER (Fn. 11), S. 75; SPILLMANN (Fn. 11), S. 22.

<sup>14</sup> SPILLMANN (Fn. 11), S. 22.

gezogen zu den Prinzipien der «wirtschaftlichen Tragbarkeit»<sup>15</sup> und des «finanziellen Gleichgewichts».<sup>16</sup>

## 2. Verfahren

[Rz 8] Nach Art. 48 Abs. 3 WRG kann das Departement (UVEK) die Leistungen bestimmen, die dem Bewerber über den Wasserzins und die Gebühren hinaus höchstens auferlegt werden dürfen; der ursprüngliche Beschluss vom 22. Dezember 1916 räumte diese Kompetenz noch nicht dem UVEK, sondern dem Bundesrat ein.

[Rz 9] Indes relativierten bereits im Jahr 1917 MUTZNER und BURCKHARDT die Bedeutung dieses Rechtsmittels: Es handle sich um eine bloss vermittelnde Tätigkeit bzw. um eine bloss *Moderationsbefugnis* des Bundes. Der Kanton könne nach erfolgter Anpassung die Konzession einfach verweigern.<sup>17</sup> Dieser Auffassung folgte die Literatur.<sup>18</sup> Der Bund könne die Konzession nicht selbst erteilen oder das verfügungsberechtigte Gemeinwesen dazu zwingen;<sup>19</sup> denn im Rahmen von Art. 11 WRG sei dem Bund vom Gesetzgeber die entsprechende Zwangsbefugnis nach langen Diskussionen und bewusst entgegen dem Entwurf versagt worden.<sup>20</sup>

[Rz 10] BURCKHARDT postulierte darüber hinaus, das Verfahren nach Art. 48 Abs. 3 WRG finde nur *bei* bzw. *vor* Konzessionserteilung Anwendung, nicht jedoch *danach*. Die rechtskräftige

---

<sup>15</sup> Urteil des Obergerichts Uri 12/13 Nr. 13 vom 2. Dezember 2011; das Urteil des Bundesgerichts 2C\_815/2012 vom 24. Juni 2013 E. 4.4.4 betrifft nur noch die «Wirtschaftlichkeit». Ein Zusammenhang findet sich möglicherweise auch bei ENRICO RIVA, *Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen*, Dogmatische Grundlagen und Anwendung auf die Restwassersanierungen nach Art. 80 des eidgenössischen Gewässerschutzgesetzes, Bern 2007, Fn. 573. Die «wirtschaftliche Tragbarkeit» stellt ein Institut des Umweltrechts dar (Art. 11 Abs. 2 des Umweltschutzgesetzes; USG). Sie ist etwa bei Massnahmen der Luftreinhaltung, der Lärmreduktion zu prüfen (Art. 4 der Luftreinhalteverordnung; LRV, Art. 3 der Lärmschutz-Verordnung; LSV), ferner im Rahmen der KEV-Rückerstattung ein Kriterium (Art. 15b<sup>bis</sup> Abs. 4 des Energiegesetzes; EnG). Wasserrechtlich ist sie für die Anordnung von Sanierungsmassnahmen nach Art. 10 des Bundesgesetzes über die Fischerei (BGF) und Art. 80 des Gewässerschutzgesetzes; GSchG (Schutz der wohlerworbenen Rechte) zu prüfen. Die «wirtschaftliche Tragbarkeit» beurteilt sich allerdings anders als die «wesentliche Erschwerung» anhand der konkreten Verhältnisse des konzessionierten Werks (RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung*, Band II, Bern 2014, Rz. 1321 f. und 1340). Vgl. zur wirtschaftlichen Tragbarkeit weiterführend RIVA (Fn. 15), S. 158 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 15), Rz. 1339 ff.; ISABELLE BLUNSCHY, *Die Sanierung von Gewässern, Vorgehen des Kantons Bern bezüglich Wasserkraftanlagen*, URP 1996, S. 732 ff., 738; ISABELLE BLUNSCHY SCHEIDEGGER, *Kommentar zum bernischen Wassernutzungsgesetz*, Bern 2003, S. 58; MAURUS ECKERT/BEAT HUNGER, *Die Bedeutung des Falls Ilanz für die Anwendung von Art. 80 Abs. 1 GSchG*, URP 1998, S. 258 ff., 268 ff.

<sup>16</sup> FOURNIER (Fn. 4), S. 204; TOMAS POLEDNA, *Staatliche Bewilligungen und Konzessionen*, Bern 1994, S. 209 f., Fn. 1516; vgl. zum Institut vertieft POLEDNA (Fn. 16), Rz. 235 ff.; ferner RIVA (Fn. 16), S. 160. Demnach dynamisiert das Institut des «finanziellen Gleichgewichts» die Leistungspflichten und soll die Fortführung der im öffentlichen Interesse liegenden Tätigkeit sichern (POLEDNA [Fn. 16], Rz. 236). Bei einer nachträglichen Herabsetzung nach Art. 48 Abs. 2 WRG wären Änderungen des Marktumfelds wohl ebenfalls zu berücksichtigen, ebenfalls indes allenfalls unerwartet hohe Gewinnmargen in früheren Jahren.

<sup>17</sup> MUTZNER (Fn. 11), S. 259; WERNER BURCKHARDT, *Das BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte*, ZSR 36 (1917), S. 311 ff., 319.

<sup>18</sup> ISLER (Fn. 11), S. 76; SPILLMANN (Fn. 11), S. 24; RICHARD LIVER, *Das eidgenössische Wasserrecht*, in: Schweizerischer Wasserwirtschaftsverband (Hrsg.), *Führer durch die schweizerische Wasser- und Elektrizitätswirtschaft*, Band II, Grundlagen, Beschreibungen, Statistik, Zürich 1949, S. 122; BÜHRER (Fn. 7), S. 131; HANS TRÜMPY, *Die Stellung des Bewerbers bei Wasserrechtsverleihungen*, ZBl 24/1923, S. 3 ff., 4; EGGER (Fn. 9), S. 26 f.; PAUL MUTZNER, *Das Verfügungsrecht des Gemeinwesens über die Wasserkräfte und die Grenzen der fiskalischen Belastung der Wasserwerke*, Zürich 1928, S. 12.

<sup>19</sup> SPILLMANN (Fn. 11), S. 24; EGGER (Fn. 9), S. 26 f.

<sup>20</sup> BURCKHARDT (Fn. 17), S. 319; MUTZNER (Fn. 11), S. 259 f.; MUTZNER (Fn. 18), S. 12; SPILLMANN (Fn. 11), S. 24; ISLER (Fn. 11), S. 26; BÜHRER (Fn. 7), S. 131; TRÜMPY (Fn. 18), S. 4. Zu Art. 11 WRG vgl. AB 1916 S 16 ff.; ferner VIKTOR MERZ, *Die Befugnis der Bundesbehörden auf dem Gebiete der Nutzbarmachung der Wasserkräfte*, Korreferat, ZSR 45 (1926). S. 442a ff., 447a.

Konzession sei für den Konzessionär wie für den Konzedenten verbindlich, auch wenn sich die Bedingungen als zu drückend erwiesen. Es fehle an jeder Zwangsbefugnis des Bundes und trotz der von der Verfassung verlangten Beschränkung an einer wirksamen Schranke.<sup>21</sup> Bis auf wenige Ausnahmen folgte die Literatur dieser Auffassung.<sup>22</sup> Als Begründung wurde angeführt, dass man die Leistungen zufolge der Wohlerworbenheit nach Art. 43 WRG auch nicht nachträglich erhöhen könne,<sup>23</sup> und dass das Gesetz vom «Bewerber» und nicht vom Konzessionär spreche.<sup>24</sup>

[Rz 11] Im Jahr 1922 beschäftigte sich das Bundesgericht mit der Zuständigkeitsbestimmung in Art. 48 Abs. 3 WRG insbesondere in Abgrenzung zu Art. 71 Abs. 1 WRG. Nach Art. 71 Abs. 1 WRG sind das kantonale Gericht bzw. das Bundesgericht zuständig, wenn zwischen Konzessionär und Konzedent die sich aus dem Konzessionsverhältnis ergebenden<sup>25</sup> Rechte und Pflichten streitig sind. Das Bundesgericht schloss, dass der Bundesrat bei Konzessionserteilung für die Prüfung einer wesentlichen Erschwerung zuständig sei, und zwar beschränkt auf eine Missachtung der zu wahren öffentlichen Interessen; immerhin könnten sich diese im Einzelfall mit den privaten Interessen des Konzessionärs decken. Nach Erteilung der Konzession seien die Gerichte nach Art. 71 Abs. 1 WRG zuständig, sofern «Ansprüche» an den Konzessionär «auf Grund der Konzession» erhoben würden. «In der Regel» sei der Bundesrat «im Stadium der Verleihung» zuständig, und nur «ausnahmsweise» noch nach Erteilung oder Ausführung der Konzession, etwa im Fall der nachträglichen Erhöhung der Leistungen nach Art. 48 Abs. 3 letzter Satz WRG.<sup>26</sup>

[Rz 12] Dieser Entscheid betraf bemerkenswerterweise nicht die Situation, dass die vereinbarten Leistungen des Konzessionärs zu drückend geworden wären, sondern vielmehr eine regierungsrätlich verfügte Wasserzinserhöhung in (streitigem) Vollzug der Konzessionsbestimmungen. Streitbetroffen war nicht die erstmalige Festlegung der Pflichten des Konzessionärs im Ermessen der Behörde, sondern nur noch die Auslegung von Konzessionsbestimmungen und ein Eingriff in die wohlerworbenen Rechte des Konzessionärs.<sup>27</sup> Das Bundesgericht schützte das Elektrizitätswerk, das den gerichtlichen Rechtsschutz suchte, und widersprach dem kantonalen Obergericht, das den Bundesrat für zuständig erachtet hatte.<sup>28</sup> Bemerkenswert erscheint dabei, dass die gerichtliche Kontrolle zum damaligen Zeitpunkt dem Konzessionär wohl einen weitergehenden Schutz versprach als eine bundesrätliche Kontrolle.<sup>29</sup>

[Rz 13] Aus diesem Entscheid wurde in der Literatur ein weiteres Differenzierungskriterium für die damalige bundesrätliche Zuständigkeit (Art. 48 Abs. 2 WRG) und die gerichtliche Zuständigkeit (Art. 71 Abs. 1 WRG) abgeleitet: Das Bundesgericht sei hauptsächlich dann zuständig, wenn es sich um Beurteilung von reinen Rechtsfragen handle, dagegen der Bundesrat, wenn mehr Fra-

---

<sup>21</sup> BURCKHARDT (Fn. 17), S. 319.

<sup>22</sup> BÜHRER (Fn. 7), S. 131; ISLER (Fn. 11), S. 76.

<sup>23</sup> ISLER (Fn. 11), S. 76.

<sup>24</sup> SPILLMANN (Fn. 11), S. 24.

<sup>25</sup> Die Bestimmung besagt nicht, dass die Anspruchsgrundlage in einer Konzessionsbestimmung liegen muss; es genügt auch eine zufolge Konzession anwendbare gesetzliche Anspruchsgrundlage (vgl. MICHAEL MERKER/PHILIP CONRADIN-TRIACA, in: Brigitta Kratz/Michael Merker/Renato Tami/Stefan Rechsteiner/Kathrin Föhse [Hrsg.], Kommentar zum Energierecht, Band I, Bern 2016, Art. 71 N. 27 mit Hinweisen).

<sup>26</sup> BGE 48 I 197 E. 4 S. 207 und E. 5 S. 210.

<sup>27</sup> BGE 48 I 197 lit. B S. 199 f.

<sup>28</sup> BGE 48 I 197 lit. D S. 202.

<sup>29</sup> Vgl. auch PAUL MUTZNER, in: Protokoll der 61. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins vom 6. und 7. September 1926 im Rathause in Schwyz, ZSR 45 (1926), S. 391a ff., 469a.

gen des Ermessens und der Zweckmässigkeit zu prüfen seien.<sup>30</sup> Eine ähnliche Abgrenzung zog daraufhin auch Bundesrichter MERZ im Jahr 1926: Die Gerichte entschieden über Bestand und Umfang der Rechte, die Verwaltungsbehörden hingegen über Begründung, Gestaltung und Erhaltung der Rechte, auch im Rahmen ihrer Aufsicht über Ausführung und Betrieb.<sup>31</sup> Auch die spätere Literatur kam zum Schluss, die Beurteilung der Zweckmässigkeit solle Sache der Verwaltungsbehörden sein,<sup>32</sup> die Auslegung der Konzession und der Umfang der wohlerworbenen Rechte hingegen Sache der Gerichte.<sup>33</sup>

[Rz 14] Mit Urteil vom 26. September 1969<sup>34</sup> bestätigte das Bundesgericht BGE 48 I 197: Das Rechtsmittel nach Art. 48 Abs. 3 WRG an den Bund sei zulässig gegen vom Konzedenten bei Konzessionserteilung bzw. -genehmigung auferlegte Leistungen. Würden hingegen Leistungen erst nach der Konzessionserteilung konkretisiert, müssten sie sich an die Konzession halten, was durch das Bundesgericht zu überprüfen sei. Auch in diesem Fall ging es um nachträglich vom Konzedenten geforderte, aus der Konzession abgeleitete Leistungen, nämlich um fischereirechtliche Ersatzleistungen,<sup>35</sup> nicht jedoch um die Konstellation, dass sich mit der Konzession vereinbarte Leistungen zufolge veränderter Verhältnisse nachträglich als zu drückend erwiesen.

[Rz 15] Mit Urteil vom 11. Juli 1988 erwog das Bundesgericht, die Regelung in Art. 48 Abs. 3 WRG habe ihren guten Sinn, stellten sich doch bei der Festlegung von Konzessionsbedingungen mehrheitlich reine Ermessensfragen, zu deren Regelung eine politische Behörde eher berufen sei als das Bundesgericht. Die Ausführungen erfolgten mit Blick auf ein (blosses) Feststellungsbegehren betreffend Konzessionsverlängerung; wegen der Zuständigkeit der politischen Behörde erübrigte sich ein Leistungsbegehren.<sup>36</sup>

[Rz 16] In einem jungen Entscheid schliesslich zeichnete das Obergericht Uri die Abgrenzung zwischen gerichtlicher und behördlicher Zuständigkeit im vorgenannten Urteil nach.<sup>37</sup> Ferner bejahte es gestützt auf die Personenbezeichnung «Bewerber» die Zuständigkeit des Bundes nur bis zur Konzessionserteilung. Ferner erwog es, man erreiche nur durch diese zeitliche Beschränkung eine hinreichende Abgrenzung gegenüber Art. 71 WRG; ansonsten könnten Entscheide gefällt werden, die einander widersprüchen. Art. 48 WRG sei einfach durch das Gericht anzuwenden.<sup>38</sup> Im Ergebnis erachtete sich das Gericht als zuständig, die wirtschaftliche Tragbarkeit einer vom Konzedenten eingeklagten Stromlieferpflicht zu prüfen. Betroffen war mithin erneut ein Fall, dass der Konzedent nachträglich gestützt auf die Konzession vom Konzessionär Leistungen forderte. Das Bundesgericht schützte in der Folge die Auffassung, das Gericht dürfe im Rahmen der *Konzessionsauslegung* berücksichtigen, dass die Parteien mit Blick auf Art. 48 Abs. 2 WRG wohl nicht unwirtschaftliche Bedingungen hätten festsetzen wollen.<sup>39</sup>

---

<sup>30</sup> HANS TRÜMPY, Über die rechtliche Natur der Wasserrechtsverleihung, ZBJV 60 (1924), S. 105 ff., 131.

<sup>31</sup> MERZ (Fn. 20), S. 451a und 459a.

<sup>32</sup> HANS GRAF, Die Erweiterung, Erneuerung und Übertragung von Wasserrechtsverleihungen, Zürich 1954, S. 35.

<sup>33</sup> SPILLMANN (Fn. 11), S. 123.

<sup>34</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 26. September 1969, ZBl 72/1971, S. 92 ff E. 3.

<sup>35</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 26. September 1969, ZBl 72/1971, S. 92 ff E. 3.

<sup>36</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 11. Juli 1988, ZBl 90/1989, S. 82 ff E. 1e/aa.

<sup>37</sup> Urteil des Obergerichts Uri 12/13 Nr. 13 vom 2. Dezember 2011 E. 6.

<sup>38</sup> Urteil des Obergerichts Uri 12/13 Nr. 13 vom 2. Dezember 2011 E. 11.

<sup>39</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_815/2012 vom 24. Juni 2013 E. 4.4.4.

[Rz 17] Zusammengefasst lässt sich feststellen, dass sich die Rechtsprechung mit Art. 48 Abs. 3 WRG in wenigen Urteilen auseinanderzusetzen hatte; dies aber stets im Zusammenhang mit nachträglichen Belastungen des Konzessionärs durch den Konzedenten und damit einer Prüfung des Umfangs der Rechte und Pflichten gemäss Konzession. Bis heute fehlt es indes an einer Entscheidung über ein Begehren im Sinn von Art. 48 Abs. 3 WRG für die Konstellation, dass die ursprünglich festgesetzten und hinreichend konkretisierten Leistungen als zu drückend erachtet werden.

[Rz 18] Die Literatur stellte demgegenüber schon früh die Durchsetzbarkeit von Art. 48 Abs. 2 WRG durch den Bund in Frage und ebenso die Möglichkeit zur nachträglichen Anrufung.<sup>40</sup> Daraus ergab sich, dass Art. 48 Abs. 2 WRG in der Praxis in der Bedeutungslosigkeit verschwunden ist,<sup>41</sup> obwohl er einer der wichtigsten Artikel im WRG hätte werden sollen.<sup>42</sup>

### III. Kritik

#### 1. Zum Zeitpunkt

[Rz 19] Nach BGE 48 I 197 ist der Bundesrat «in der Regel» im «Stadium der Verleihung» zuständig, bloss «ausnahmsweise» noch nach Erteilung oder Ausführung der Konzession.<sup>43</sup> Anders als die damalige Literatur erwog das Bundesgericht nicht, der Bundesrat dürfe nach Erteilung der Konzession die Pflichten keinesfalls mehr herabsetzen. Vielmehr schloss es auf ein Regel-Ausnahme-Verhältnis.<sup>44</sup> Explizit liess es die nachträgliche Erhöhung der Leistungen nach Art. 48 Abs. 3 letzter Satz WRG als «Ausnahme» zu; zur Frage der nachträglichen Herabsetzung als «Ausnahme» äusserte es sich nicht ausdrücklich. Das postulierte Regel-Ausnahme-Verhältnis erweist sich als zutreffend, denn im Regelfall sind nach bereits erteilter Konzession nicht die Begründung und Gestaltung der Rechte und Pflichten im Sinn von Art. 48 WRG, sondern Bestand und Umfang streitig. Letzerenfalls greift ohne Weiteres Art. 71 WRG. Diese Bestimmung ist, da Bestand und Umfang von bereits begründeten Rechten und Pflichten überprüft werden,<sup>45</sup> nur auf Streitigkeiten aus einer rechtskräftigen Konzession anwendbar, nicht aber auf Streitigkeiten während des Erteilungsverfahrens.<sup>46</sup> Es bleibt festzustellen, dass sich das Bundesgericht nicht kurzerhand der damaligen Literatur anschloss. Es äusserte sich *nicht* zur Frage, ob der Bundesrat bzw. das UVEK auch nachträglich angerufen werden kann, wenn sich die ursprünglich vereinbarten Leistungen zufolge veränderter Verhältnisse als zu drückend erweisen.

[Rz 20] Für die Anwendbarkeit von Art. 48 Abs. 3 WRG auch auf rechtskräftige Konzessionen sprach sich VON HETTLINGEN aus: Er argumentierte, die Anpassung der Pflichten müsse auch nachträglich möglich sein, da Art. 48 Abs. 3 letzter Satz WRG gerade eine nachträgliche Erhö-

---

<sup>40</sup> Vgl. die vorstehenden Ausführungen.

<sup>41</sup> Vgl. ISLER (Fn. 11), S. 75; FOURNIER (Fn. 4), S. 212; SPILLMANN (Fn. 11), S. 24.

<sup>42</sup> AB 1915 N 266, Votum Berichterstatter Vital; WIDMER (Fn. 5), S. 114; FOURNIER (Fn. 4), S. 212.

<sup>43</sup> BGE 48 I 197 E. 4 S. 207 und E. 5 S. 210.

<sup>44</sup> Die Ausführungen zum Regel-Ausnahme-Verhältnis übergeht offenbar TRÜMPY (Fn. 30), S. 131.

<sup>45</sup> Vgl. MERKER/CONRADIN-TRIACA (Fn. 25), Art. 71 N. 27 ff.; ferner grundsätzlich WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 15), Rz. 1303.

<sup>46</sup> GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN (Fn. 6), S. 208; HANS WYER, Rechtsfragen der Wasserkraftnutzung, Visp 2000, S. 197; HANS TRÜEB, Die Streitigkeiten über Wasserrechtskonzessionen, Bern 1951, S. 19.

hung der Pflichten (nach Erteilung der Konzession) vorsehe, denn erst dann könnten «die Umstände sich wesentlich verändern».<sup>47</sup> Dieser Überlegung wurde mit dem Argument widersprochen, die Erhöhung sei ja nur im Fall der vorherigen Herabsetzung zulässig.<sup>48</sup> Gleichwohl erweist sich die Überlegung von HETTLINGENS als berechtigt: Wieso sollte dem Bund eine nachträgliche Erhöhung der Leistungen möglich, eine nachträgliche Herabsetzung der Leistungen hingegen verwehrt sein? Daraus, dass Art. 48 Abs. 3 letzter Satz WRG nur die Erhöhung ausdrücklich nennt, lässt sich jedenfalls kein Ausschluss der nachträglichen Herabsetzung ableiten: Denn für die nachträgliche Erhöhung ist mit Blick auf die Wohlerworfenheit der betroffenen Rechte eine besondere gesetzliche Erwähnung angemessen. Die Herabsetzung bedarf hingegen keiner besonderen Nennung. Da die Erhöhung zulässig ist, muss auch die Herabsetzung zugänglich sein.

[Rz 21] Unbehelflich ist auch der Gedanke, so wie die wohlerworfenen Rechte zufolge Art. 43 WRG nachträglich nicht erhöht werden dürften,<sup>49</sup> könne man die Leistungen auch generell nicht nachträglich herabsetzen.<sup>50</sup> Art. 43 WRG betrifft nach seinem klaren Wortlaut wie auch nach seinem Schutzzweck<sup>51</sup> die öffentlich-rechtlichen<sup>52</sup> Rechte des Konzessionärs und nicht die Rechte des Konzedenten. Die Rechte des Konzedenten sind nicht wohlerworfen.

[Rz 22] Die Literatur beruft sich auf den Wortlaut, und zwar auf die Personenbezeichnung «Bewerber».<sup>53</sup> Der Begriff des «Bewerbers» wurde auch im ersten Antrag der ständerätlichen Kommission verwendet: «Gegen eine übermässige Belastung steht dem Bewerber das Recht der Beschwerde an den Bundesrat zu, der endgültig entscheidet.»<sup>54</sup> In den ständerätlichen Beratungen wurde ebenfalls von Beschwerde<sup>55</sup> oder von Rekurs<sup>56</sup> gesprochen. Dieser Verweis auf das Rechtsmittel der Beschwerde oder des Rekurses lässt darauf schliessen, dass jedenfalls die noch nicht rechtskräftig gewordene Konzession an den Bund gezogen werden kann. Das Umgekehrte – der Ausschluss der rechtskräftig gewordenen Konzession – lässt sich aber auch hieraus nicht folgern.

[Rz 23] Insbesondere konnte der Bundesrat nach den Materialien nicht nur auf Rekurs/Beschwerde hin, sondern sogar von Amtes wegen intervenieren,<sup>57</sup> und zwar gestützt auf sein *Oberaufsichtsrecht*.<sup>58</sup> Mit der aufsichtsrechtlichen Intervention von Amtes wegen erscheint eine Befristung des

---

<sup>47</sup> KONRAD VON HETTLINGEN, Das Wasserrecht im Kanton Schwyz unter Berücksichtigung der einschlägigen Bundesgesetzgebung, Schwyz 1917, S. 175.

<sup>48</sup> ISLER (Fn. 11), S. 76.

<sup>49</sup> Auch die *clausula rebus sic stantibus* greift gegenüber dem wohlerworfenen Recht nicht (WERNER DUBACH, Die wohlerworfenen Rechte im Wasserrecht, Rechtsgutachten vom November 1979 über die Zulässigkeit und die Folgen von Eingriffen in verliehene und ehehafte Wassernutzungsrechte, in: Bundesamt für Wasserwirtschaft [Hrsg.], Mitteilung Nr. 1/80, S. 1 ff., 44 f.).

<sup>50</sup> ISLER (Fn. 11), S. 76.

<sup>51</sup> Vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014, § 45 Rz. 47; WIEDERKEHR/RICHLI (Fn. 15), Rz. 1430.

<sup>52</sup> ERNST BLUMENSTEIN, Die nachträgliche Abänderung erteilter Wasserrechtskonzessionen, Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen 28 (1930), S. 433 ff., 436.

<sup>53</sup> SPILLMANN (Fn. 11), S. 24.

<sup>54</sup> AB 1913 S 228.

<sup>55</sup> AB 1013 S 306, Votum Berichterstatter Isler; SPILLMANN (Fn. 11), S. 22; TRÜMPY (Fn. 30), S. 124.

<sup>56</sup> AB 1913 S 306, Votum Baumann; AB 1915 N 273, Votum Evéquo; AB 1916 N 277, Votum Bundesrat Calonder.

<sup>57</sup> AB 1915 N 277, Votum Bundesrat Calonder.

<sup>58</sup> AB 1913 S 234 und 306, Votum Berichterstatter Isler; AB 1915 N 267, Votum Berichterstatter Vital; ebenso die Kritik in AB 1915 N 273, und 275, Votum Evéquo; zum Begriff MICHAEL MERKER, in: Brigitta Kratz/Michael Merker/Renato Tami/Stefan Rechsteiner/Kathrin Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I, Bern 2016, Art. 1 N. 14 ff. Die zur Zeit der Gesetzeserarbeitung geltende Verfassung nannte den Begriff «Oberaufsichtsrecht» ausdrücklich (BBl 1908 VI 7).

Rechtsmittels unvereinbar. Es erscheint auch weit hergeholt, aus dem Begriff des «Bewerbers» eine Rechtsmittelfrist (und damit eine erhebliche Rechtsbeschränkung) abzuleiten, welche im Gesetz nicht einmal angedeutet wird. Eine Befristung setzt den Konzessionär zudem über die Massen unter Druck, sich unmittelbar nach Abschluss der Verhandlungen und Erteilung der Konzession an die Rechtsmittelinstanz zu wenden. Die Befristung führt mithin zur Situation, dass der Konzessionär zufolge der Unsicherheit über die spätere Entwicklung «auf Vorrat» um Herabsetzung ersuchen muss, und dabei auch Gefahr läuft, dass sein Herabsetzungsbegehren für vertrauenswidrig befunden wird.

[Rz 24] In grammatikalischer, historischer wie in teleologischer Auslegung darf ferner bezweifelt werden, ob es der Absicht des Gesetzgebers entspricht, wenn nun die Gerichte beabsichtigen, bei rechtskräftig gewordenen Konzessionserteilungen die «wesentliche Erschwerung» nach Art. 48 WRG selbst zu prüfen<sup>59</sup> respektive im Rahmen der Auslegung zu «berücksichtigen», dass die Parteien eine mit Art. 48 WRG konforme Konzession hätten vereinbaren wollen.<sup>60</sup> Vielmehr war die Zuständigkeit für die Überprüfung der wesentlichen Erschwerung ausdrücklich dem Bund eingeräumt worden. Lehre und Rechtsprechung sind sich darüber hinaus weitgehend einig, dass der Bundesrat (heute das Departement UVEK) für die auch im politischen Ermessen<sup>61</sup> stehende Herabsetzung besser geeignet sei. Die politischen Behörden sollten für Begründung und Gestaltung von Rechten und Pflichten, die Gerichte einzig für die Beurteilung von Bestand und Umfang der Rechte und Pflichten zuständig sein. Selbst wenn der Bund eine gewisse föderale Rücksichtnahme anwendete, würden die in Art. 48 Abs.3 WRG gewährten «politischen» Entscheidungsfreiheiten etwa im Rahmen einer Wiedererwägung beim Konzedenten kaum gleichermassen eröffnet, vorausgesetzt wären zudem nach kantonalem Recht hinreichende Rückkommensgründe.<sup>62</sup> Selbiges gälte auch in einem Klageverfahren vor dem Gericht des eingeklagten Kantons nach Art. 71 WRG, zumal die Literatur teils voraussetzt, dass hierfür nicht die Voraussetzungen nach Art. 48 Abs. 3 WRG, sondern verschärft der *clausula rebus sic stantibus* erfüllt sein müssten.<sup>63</sup> Das Bundesgericht als nächsthöhere Instanz nach Art. 71 Abs. 1 WRG schliesslich übte sich allenfalls in Zurückhaltung.<sup>64</sup> Dabei lässt sich immerhin feststellen, dass mit dem in Art. 48 Abs. 3 WRG eingeräumten politischen Ermessen seinerzeit keine Kognitionseinschränkung für die nächsthöhere Instanz beabsichtigt war – denn es konnte der (damals) bundesrätliche Entscheid nach dem ursprünglichen Art. 72 Abs. 3 WRG gar nicht weitergezogen werden.<sup>65</sup> Nach heutiger Rechtslage erscheint die Kognition diskutabel, denkbar ist eine Handhabung analog zur «wirtschaftlichen Tragbarkeit».

---

<sup>59</sup> Urteil des Obergerichts Uri 12/13 Nr. 13 vom 2. Dezember 2011 E. 6.

<sup>60</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_815/2012 vom 24. Juni 2013 E. 4.4.4.

<sup>61</sup> Kritisch zum «politischen Ermessen» respektive einer hierunter zulässigen Argumentationsweise PIERRE TSCHANEN, Urteil des Verwaltungsgerichts vom 22. April 2013 i. S. ARGE Kleinkraftwerk Sousbach gegen BKW FMB Energie AG und Kanton Bern (VGE 100.2012.155), BVR 2013, S. 443 ff., 461.

<sup>62</sup> Vgl. zur Wiedererwägung FOURNIER (Fn. 4), S. 214.

<sup>63</sup> Vgl. FOURNIER (Fn. 4), S. 208 und 214 mit zahlreichen Hinweisen; zum Verhältnis von Revision und *clausula rebus sic stantibus* vgl. BGE 88 I 181; zur *clausula rebus sic stantibus* ferner RIVA (Fn. 4), S. 56 und 63 f.; RIVA (Fn. 15), S. 87; POLEDNA (Fn. 16), Rz. 236; GRAF (Fn. 32), S. 35 f.

<sup>64</sup> Vgl. BGE 119 Ib 254 E. 2b und 10l. Die Konzessionserteilung gilt nicht als «Entscheid mit vorwiegend politischem Charakter» nach Art. 86 Abs. 3 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) (BGE 136 II 436 E. 1.3; vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 2731)

<sup>65</sup> BBl 1916 IV 599, 617.

[Rz 25] Werden die skizzierten Zuständigkeiten konsequent eingehalten, so folgt daraus: Selbst wenn Leistungen erst nach der Konzessionserteilung konkretisiert werden, so dass nach Art. 71 WRG die Gerichte zur Beurteilung von Umfang und Bestand der Rechte und Pflichten zuständig sind,<sup>66</sup> entfällt die Zuständigkeit des UVEK nicht ohne Weiteres: Zwar kann das Gericht in die Auslegung einbeziehen, dass man allenfalls keine Konzession vereinbaren wollte, die gegen Art. 48 WRG verstösst; erweist sich dabei, dass eine Konkretisierung mit der Konzession konform ist, so kann das Gericht die Konzession selbst dann nicht anpassen, wenn ein Verstoß gegen Art. 48 Abs. 2 WRG vorliegt. Die Anpassung darf einzig durch das UVEK erfolgen. Es steht dem Konzessionär frei, nach gerichtlicher Feststellung über Bestand und Umfang der Rechte und Pflichten noch an das UVEK zu gelangen, damit dieses die festgestellten Rechte und Pflichten im politischen Ermessen gestaltend anpasst. Art. 48 WRG wurde formuliert als *lex specialis* für den Herabsetzungsanspruch und geht der allgemeinen Bestimmung<sup>67</sup> in Art. 71 WRG vor.<sup>68</sup>

[Rz 26] Schliesslich sind Konzessionsbestimmungen bei einer Veränderung der Verhältnisse anzupassen.<sup>69</sup> Die Literatur hat Art. 48 WRG in Zusammenhang mit dem Prinzip des «finanziellen Gleichgewichts» gesetzt.<sup>70</sup> Wenn auch Hinweise fehlen, dass der historische Gesetzgeber bewusst diesem Prinzip folgen wollte, so entsprechen sich die Grundgedanken doch. Der Zweck des WRG, die wirtschaftliche Nutzbarmachung der Wasserkräfte, verlangt, dass die Fortführung einer im öffentlichen Interesse liegenden Tätigkeit gesichert wird,<sup>71</sup> und dass der nachträgliche Verzicht des Konzessionärs mangels Rentabilität abgewendet werden kann.<sup>72</sup> Den Konzessionär auf den beschwerlichen Weg der Wiedererwägung zu verweisen, obwohl Art. 48 WRG hinreichte, läuft dem Zweck der Bestimmung zuwider. Denkbar wäre zwar, nach Stellung und Abweisung eines Revisionsgesuchs nach Art. 48 Abs. 3 WRG das UVEK anzurufen, indes sind die Eintretensvoraussetzungen nach kantonalem Recht unterschiedlich; es lässt sich nicht ausschliessen, dass diese im Ergebnis die Durchsetzung des Bundesrechts vereiteln.

[Rz 27] Zusammengefasst erweisen sich die Argumente gegen eine nachträgliche Herabsetzung durch das UVEK als nicht zwingend. Aus BGE 48 I 197 geht ein Ausschluss der nachträglichen Anrufung des Bundesrats (bzw. des UVEK) gerade nicht hervor. Vielmehr muss die nachträgliche Herabsetzung durch das UVEK zulässig sein, da auch die nachträgliche Erhöhung angängig ist. Eine Unveränderlichkeit der Rechte des Konzedenten analog wohlverworbenen Rechten ergibt sich aus dem Gesetz nicht. Der Wortlaut («Bewerber») schliesst eine nachträgliche Anrufung nicht aus; es lässt sich daraus keine Befristung des Rechtsmittels ableiten. Die Zulässigkeit der nachträglichen Herabsetzung ergibt sich auch daraus, dass der Bund gestützt auf sein wasserrechtliches Oberaufsichtsrecht sogar von Amtes wegen die Herabsetzung anordnen dürfte. Dass in den meisten nachträglichen Streitigkeiten Bestand und Umfang der Rechte und Pflichten respektive die nachträgliche Konkretisierung der Konzession betroffen sind und nicht Begründung und Gestaltung, führt zwar regelmässig zur Zuständigkeit der Gerichte nach Art. 71 WRG; wird

---

<sup>66</sup> Urteil des Bundesgerichts vom 26. September 1969, ZBl 72/ (1971), S. 92 ff E. 3.

<sup>67</sup> MUTZNER (Fn. 29), S. 469a.

<sup>68</sup> Auch die teils angestrebte «ausdehnende» Interpretation von Art. 71 WRG (vgl. MUTZNER [Fn. 29], S. 469a) ändert den Charakter von Art. 48 WRG als *lex specialis* nicht. Aus Art. 71 WRG lässt sich nicht schliessen, dass daneben keine *lex specialis* bestehen darf.

<sup>69</sup> BLUMENSTEIN (Fn. 52), S. 447.

<sup>70</sup> FOURNIER (Fn. 4), S. 204 und 207; POLEDNA (Fn. 16), Fn. 1516, und Rz. 238 Abs. 2.

<sup>71</sup> Vgl. zur Fortsetzung POLEDNA (Fn. 16), Rz. 236.

<sup>72</sup> Vgl. zum Verzicht FOURNIER (Fn. 4), S. 207.

aber die Herabsetzung der vereinbarten Leistungen beantragt, liegt eine Streitigkeit um Begründung und Gestaltung der Rechte und Pflichten vor; hierfür bleibt das UVEK zuständig. Ein abweichender Rechtsweg, z. B. in Form einer Wiedererwägung oder verwaltungsgerichtlichen Klage, kann schliesslich nicht denselben Schutz der öffentlichen Interessen an der wirtschaftlichen Ausnützung der Wasserkräfte gewährleisten wie in Art. 48 Abs. 3 WRG vorgesehen; der Zweck der Bestimmung würde dadurch verletzt. Entgegen der in der Literatur verbreiteten Auffassung ist das in Art. 48 Abs. 3 WRG festgehaltene Rechtsmittel auch nachträglich, nach Rechtskraft der Konzession, noch zulässig.

## 2. Zur Moderationsbefugnis

[Rz 28] Aus der Diskussion über Art. 11 WRG in den Räten leitet die Literatur den Ausschluss jeglicher Zwangsbefugnis des Bundesrats (bzw. des UVEK) ab.<sup>73</sup> Es trifft zu, dass sich der Gesetzgeber in Art. 11 WRG bewusst gegen den Entwurf entschieden hatte und dem Bundesrat das Recht absprach, an Stelle des Kantons eine Konzession zu erteilen, sollte dieser sich weigern.<sup>74</sup>

[Rz 29] Ein Blick in die Materialien zeigt für Art. 48 WRG indes andere Absichten des Gesetzgebers, wie sich schon aus der zitierten erstmaligen Formulierung der Verfahrensbestimmung ergibt («Gegen eine übermässige Belastung steht dem Bewerber das Recht der Beschwerde an den Bundesrat zu, der endgültig entscheidet».<sup>75</sup>). Die vorgesehene «Endgültigkeit» ist in der Folge in dieser Bestimmung entfallen – nicht weil man von ihr absehen wollte, sondern weil sie in Art. 72 Abs. 3 WRG an systematisch anderer Stelle (anwendbar auf sämtliche Entscheide des Bundesrats gestützt auf das WRG) verankert wurde.<sup>76</sup> Diese «Endgültigkeit» ist zwar nicht erstaunlich.<sup>77</sup> Der Umstand aber, dass in der ursprünglichen Fassung der Bestimmung auf die Endgültigkeit verwiesen wurde, belegt, dass der Gesetzgeber von einem formellen Einzelakt des Bundesrats ausgegangen war; nicht von einer blossen Moderation.

[Rz 30] Der folgenschwere parlamentarische Entscheid über Art. 11 WRG liegt zeitlich später als der erstmalige Entwurf von Art. 48 Abs. 3 WRG; weder in den Beratungen zu Art. 11 WRG<sup>78</sup> noch in jenen zu Art. 48 Abs. 3 WRG findet sich indes irgendein Hinweis, die in Art. 11 WRG abgelehnte Zwangsbefugnis des Bundes dürfe auch im Fall von Art. 48 Abs. 3 WRG nicht greifen. Immerhin sind die Konstellationen nicht ohne Weiteres miteinander vergleichbar. Im Fall von

---

<sup>73</sup> BURCKHARDT (Fn. 17), S. 319; MUTZNER (Fn. 11), S. 259 f.; MUTZNER (Fn. 18), S. 12; SPILLMANN (Fn. 11), S. 24; ISLER (Fn. 11), S. 26; BÜHRER (Fn. 7), S. 131; TRÜMPY (Fn. 18), S. 4.

<sup>74</sup> AB 1916 S 16 ff.

<sup>75</sup> AB 1913 S 228.

<sup>76</sup> Dementgegen brachte DELESSERT die Möglichkeit einer Delegation der Entscheidungsbefugnis ans Departement mit Rechtsmittel ans Bundesgericht ins Spiel (CHARLES DELESSERT, Les compétences des autorités fédérales en matière d'utilisation des forces hydrauliques, ZSR 45 [1926], S. 295a ff., 339a). Ferner stellte BÜHRER (Fn. 7), S. 103 und 111, Art. 48 WRG mit der staatsrechtlichen Beschwerde an den Bundesrat in einen Zusammenhang. Für diese frühere staatsrechtliche Beschwerde an den Bundesrat für Entscheide hauptsächlich politischer Natur bestand indes eine Weiterzugsmöglichkeit an die Bundesversammlung (vgl. FRITZ FLEINER/ZACCARIA GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 903). Art. 48 WRG war auch nicht Ausfluss der Beschwerdemöglichkeit an den Bundesrat nach früherem Recht (aArt. 72 VwVG i. V. m. Art. 99 des Bundesrechtspflegegesetzes OG) und wurde entsprechend im Jahr 1994 nicht an die Verwaltungsgerichtsbeschwerde angepasst (vgl. zur Thematik RICCARDO JAGMETTI, in: Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René A. Rhinow/Dietrich Schindler [Hrsg.], Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel 1996, Art. 24<sup>bis</sup> N. 40).

<sup>77</sup> Vgl. Art. 189 Abs. 4 BV.

<sup>78</sup> AB 1916 S 16 ff. betreffend Art. 9 im ständerätlichen Antrag.

Art. 11 WRG weigert sich der Kanton zur Konzessionierung – in Art. 48 Abs. 3 WRG hat der Kanton die Konzession erteilt und der Bewerber/Konzessionär ficht die Konzession beim UVEK mit Antrag auf Herabsetzung an. Aus heutiger Sicht ist die Qualifikation als blosses Moderationsbefugnis nicht gänzlich nachvollziehbar. Die Konzession wird<sup>79</sup> und wurde<sup>80</sup> auf dem Wege der Verfügung erteilt, unabhängig vom Anteil vertraglicher Elemente.<sup>81</sup> Inwieweit die angepasste Konzession danach vom Kanton missachtet werden dürfte, ist nicht einleuchtend, umso weniger bei einer nachträglichen Herabsetzung der bereits rechtskräftigen Konzession. In diesem Sinn geht die Rechtsprechung davon aus, dass nicht die ganze Konzession (einschliesslich des verfügungsmässigen Teils) dahinfällt, wenn sich der vertragliche Teil als nichtig erweist;<sup>82</sup> dies gilt umso mehr für Art. 48 Abs. 3 WRG, welcher nach seinem Wortlaut der Behörde nicht nur die Befugnis gibt, eine Konzessionsbestimmung aufzuheben, sondern selbst die Leistungen festzusetzen.<sup>83</sup> Fraglich ist zudem, was für die Herabsetzung gelten soll, wenn eine Konzession aus einem jener Kantone<sup>84</sup> betroffen ist, auf welche Art. 11 WRG anwendbar ist.

[Rz 31] Die Herabsetzungsbefugnis in Art. 48 WRG wird wie ausgeführt aus dem wasserrechtlichen Oberaufsichtsrecht hergeleitet.<sup>85</sup> Der Gesetzgeber hielt fest, es würde die materielle Beschränkung in Art. 48 Abs. 2 WRG nichts nützen, könnte der Bundesrat nicht einschreiten. Würde die Bestimmung verletzt, müsse der Bundesrat dagegen vorgehen können.<sup>86</sup> Es wurde als Sache des Bundesrats definiert, alle Leistungen, die dem Konzessionär überbunden werden, zu prüfen und auf das zulässige Mass herunterzusetzen.<sup>87</sup> Oberaufsichtsrecht und Herabsetzungsbefugnis wurden teils als Ausfluss respektive geradezu als Zweck des Verfassungsartikels verstanden.<sup>88</sup> Das Oberaufsichtsrecht wurde in der Folge oft diskutiert, teils als beschränkt definiert.<sup>89</sup> Es wird inzwischen aber als ziemlich griffig verstanden, so dass sich daraus eine Zwangsbefugnis des Bundes ableiten lässt.<sup>90</sup>

[Rz 32] Zusammengefasst lässt sich die Auffassung, Art. 48 Abs. 3 WRG gewähre dem Bund eine blosses Moderationsbefugnis, nicht halten. Der vom UVEK gefällte Entscheid ist für die Kantone

---

<sup>79</sup> BERNHARD WALDMANN, Die Konzession – Eine Einführung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Die Konzession, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 1 ff., 18.

<sup>80</sup> JAGMETTI (Fn. 76), Art. 24<sup>bis</sup> N. 40 mit Hinweisen; BLUMENSTEIN (Fn. 52), S. 434; TRÜMPY (Fn. 18), S. 4; WILLY GRESLY, Über die Grundlage und die rechtliche Natur der verliehenen Wasserrechte nach dem Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916, Zürich 1923, S. 109.

<sup>81</sup> TRÜMPY (Fn. 30), S. 118 ff.; PETER LIVER, Die Entwicklung des Wasserrechts in der Schweiz seit 100 Jahren, ZSR 71 (1952), S. 305 ff., 336.

<sup>82</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_812/2011 vom 18. Januar 2012 E. 2.6.

<sup>83</sup> Art. 48 Abs. 3 WRG statuiert diese Befugnis ausdrücklich. Daher gilt hierfür das im Urteil des Bundesgerichts 2C\_812/2011 vom 18. Januar 2012 E. 2.6 erwähnte Verbot eines Eingriffs in die Dispositionsfreiheit nicht.

<sup>84</sup> TRÜMPY (Fn. 18), S. 4; SPILLMANN (Fn. 11), S. 24; ferner SILVIA GERBER, in: Brigitta Kratz/Michael Merker/Renato Tami/Stefan Rechsteiner/Kathrin Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I, Bern 2016, Art. 11 N. 7.

<sup>85</sup> AB 1913 S 234 und 306, Votum Berichterstatter Isler; AB 1915 N 267, Votum Berichterstatter Vital; ebenso die Kritik in AB 1915 N 273, und 275, Votum Evéquoz.

<sup>86</sup> AB 1913 S 306, Votum Berichterstatter Isler.

<sup>87</sup> AB 1915 N 267, Votum Berichterstatter Vital; ebenso die Kritik in AB 1915 N 273, und 275, Votum Evéquoz

<sup>88</sup> AB 1913 S 234, Votum Berichterstatter Isler.

<sup>89</sup> Vgl. BURCKHARDT (Fn. 17), S. 319; MERZ (Fn. 20), S. 447a.

<sup>90</sup> Vgl. etwa HENRI ZURBRÜGG/ROLF LÖPPE, Das Planprüfungsrecht des Bundes gemäss Art. 5 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, ZBl 58/1957, S. 417 ff., betreffend das Planprüfungsrecht des Bundes, welches ebenfalls aus dem Oberaufsichtsrecht abgeleitet wird; ferner HÄGGI FURRER, in: Brigitta Kratz/Michael Merker/Renato Tami/Stefan Rechsteiner/Kathrin Föhse (Hrsg.), Kommentar zum Energierecht, Band I, Bern 2016, Art. 5 N. 10; RICCARDO JAGMETTI, Energierecht, Basel 2005, Rz. 4410.

verbindlich, wie sich aus der Gesetzgebungsgeschichte ergibt. Daraus, dass der Bund nach Art. 11 WRG die Konzession nicht selbst erteilen darf, folgt nicht, dass er sie entsprechend Art. 48 Abs. 3 WRG nicht anpassen dürfte. Die Herabsetzungsbefugnis des Bundes ist Ausfluss seines wasserrechtlichen Oberaufsichtsrechts, das ihm durchaus Entscheidungsbefugnisse gegenüber den Kantonen einräumt.

#### **IV. Fazit**

[Rz 33] Der historische Gesetzgeber sah in Art. 48 WRG eine Beschränkung der Leistungen des Konzessionärs dann vor, wenn diese die Ausnutzung der Wasserkraft wesentlich erschweren. Nach Art. 48 Abs. 2 WRG soll hierfür das UVEK zuständig sein. Zuzufolge folgenreicher interpretatorischer Weichenstellungen schon in frühen Jahren ist Art. 48 WRG zu Unrecht grösstenteils toter Buchstabe geblieben. Die Literatur postulierte einerseits, um Herabsetzung könne nur so lange ersucht werden, als die Konzession noch nicht rechtskräftig geworden sei; andererseits, es handle sich um eine blosser Moderationsbefugnis des Bundes, so dass der Kanton nachträglich die Erteilung der angepassten Konzession verweigern könne.

[Rz 34] Beide Auffassungen sind zu bezweifeln. Insbesondere das wasserrechtliche Oberaufsichtsrecht, das dem Bund ein Einschreiten von Amtes wegen erlaubt, lässt eine nachträgliche Herabsetzung zu; aber auch der Zweck der Bestimmung wie auch des WRG, wonach die wirtschaftliche Ausnützung der Wasserkräfte sichergestellt werden soll. Im Gesetz fehlt denn auch eine Befristung des Rechtsmittels. Die gegenteilige Auffassung, etwa gestützt auf den Begriff «Bewerber», überzeugt nicht. Auch schliesst die Zuständigkeit der Gerichte zum Entscheid über Bestand und Umfang der Rechte und Pflichten die Herabsetzungskompetenz des UVEK nicht aus. Dessen Entscheid ist für den Kanton verbindlich, wie sich aus Gesetzgebungsgeschichte und Zweck ergibt.

---

Dr. MICHAEL MERKER und Dr. PHILIP CONRADIN-TRIACA sind auf Wasserrecht spezialisierte Rechtsanwälte in Zürich und Baden.