



VINCENZ & PARTNER
Rechtsanwälte & Notare

RECHTSGUTACHTEN

über die

Restwertentschädigung für Investitionen in bestehende Wasserkraftwerke

verfasst im Auftrag

des Schweizerischen Wasserwirtschaftsverbandes SWV
des Verbandes Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen VSE
der swisselectric

von

lic. iur. Michelangelo Giovannini
MLaw Corina Caluori

Chur, 13. Februar 2015

Inhaltsverzeichnis

I.	Auftrag	3
II.	Einleitung	3
1.	Die Konzeption des Konzessionsverhältnisses.....	3
2.	Die Restwertentschädigung.....	6
III.	Umfrage	6
1.	Übersicht	6
2.	Problemfelder	7
3.	Zwischenergebnis	9
IV.	Rechtliche Beurteilung.....	9
1.	Rechtsgrundlagen.....	9
a.	Bundesrechtliche Grundlagen.....	9
b.	Kantonales Recht.....	10
c.	Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Recht.....	11
2.	Rechtsanspruch	12
3.	Tatbestandselemente	14
a.	Investitionen in Werkanlagen.....	14
b.	Modernisierungs- und Erneuerungsinvestitionen.....	15
c.	Im Rahmen der laufenden Konzession.....	18
d.	Nicht abschreibbare Investitionen.....	18
e.	In Absprache mit dem heimfallberechtigten Gemeinwesen.....	18
f.	Vergütung des Restwertes	21
V.	Fazit	22

I. AUFTRAG

- ¹ Die Unterzeichnenden sind vom SWV, dem VSE und der swisselectric beauftragt worden, die rechtlichen Grundlagen der Restwertentschädigung für Investitionen in bestehende Wasserkraftwerke sowie die bisherigen praktischen Erfahrungen in der Anwendung dieses Instruments gutachterlich aufzuarbeiten.
- ² Das Gutachten soll insbesondere folgende Aspekte umfassen:
 - eine Analyse der Entwicklung der Restwertentschädigung in der Gesetzgebung und der politischen Diskussion, insbesondere im Rahmen der Teilrevision des Wasserrechtsgesetzes 1995–1997;
 - den Stand der kantonalen Gesetzgebung in ausgewählten Wasserkraftkantonen (GR, VS, TI, BE, AG, UR);
 - eine Analyse von einschlägigen Konzessionsbestimmungen ausgewählter Werke in Sachen Restwertentschädigung und von erfolgten oder konkret geplanten Investitionen;
 - die Vor- und Nachteile der geltenden Regelung.
- ³ Als Basis für das vorliegende Gutachten ist bei Mitgliedern des SWV eine Umfrage zu den bisherigen praktischen Erfahrungen durchgeführt worden. Die Auswahl der befragten Kraftwerksgesellschaften ist in Zusammenarbeit mit den auftraggebenden Verbänden über die Kommission Hydrosuisse des SWV erfolgt. Die Ergebnisse dieser Umfrage haben in anonymisierter Form Eingang in die nachfolgenden Ausführungen gefunden.

II. EINLEITUNG

1. Die Konzeption des Konzessionsverhältnisses

- ⁴ Bevor im Einzelnen auf die Regelung der Restwertentschädigung eingegangen wird, ist zum besseren Verständnis der Sachlage auf die gesetzliche Konzeption des Konzessionsverhältnisses, namentlich auf die verschiedenen zeitlichen Phasen einer Konzessionslaufdauer, einzugehen. Das Konzessionsverhältnis beginnt mit der rechtskräftigen Erteilung einer Wasserrechtskonzession durch das verleihungsberechtigte Gemeinwesen an den Konzessionär. Die Konzessionsdauer wird im Konzessionsvertrag festgelegt. Der Beginn dieser Laufdauer knüpft allerdings nicht an die Konzessionserteilung, sondern an die Eröffnung des Betriebes bzw. an den sogenannten Inbetriebnahmezeitpunkt an.

Das Ende der Konzession wird in Art. 64 WRG definiert. Im Regelfall erlischt die Konzession durch Ablauf ihrer Dauer. Diese wird von Art. 58 WRG auf höchstens 80 Jahre limitiert.

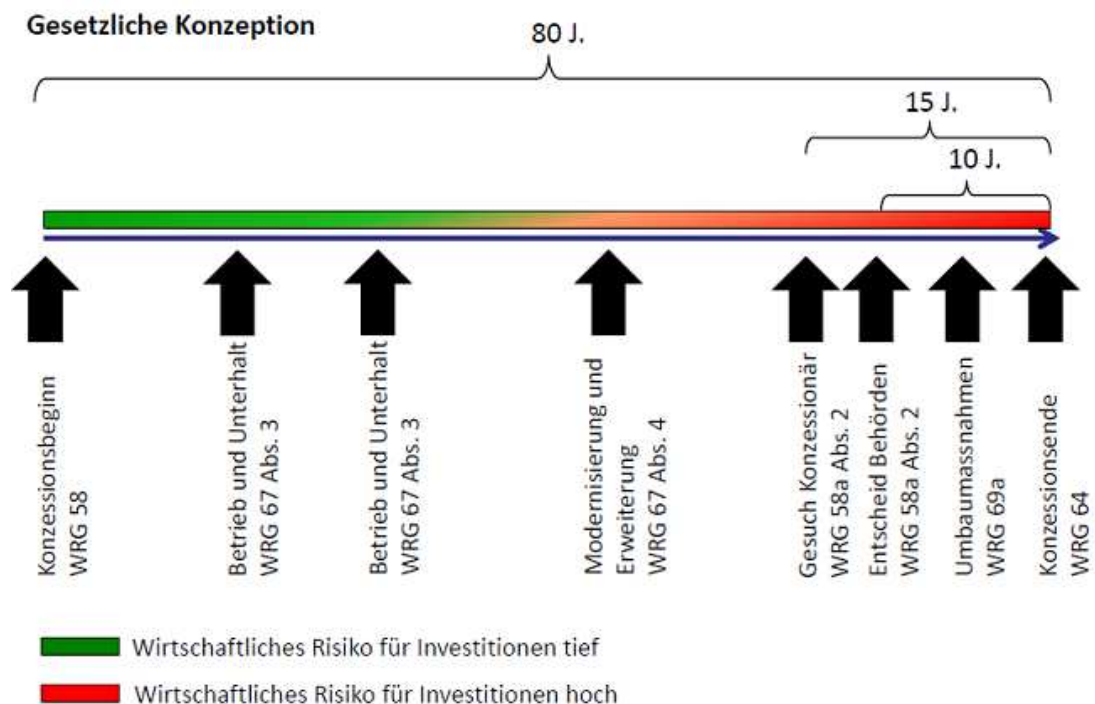
- ⁵ Nach Aufnahme des Kraftwerksbetriebes fallen im Laufe der Jahre Betriebs- und Unterhaltmassnahmen an den Anlagen an. Die damit verbundenen Aufwendungen gehen zu Lasten des Konzessionärs. Dieser ist verpflichtet, die Anlagen und Einrichtungen, an denen ein Heimfallrecht besteht, in einem betriebsfähigen Zustand zu erhalten.¹ In der ersten Konzessionshälfte bieten Investitionen in Kraftwerksanlagen aus betriebswirtschaftlicher Sicht in der Regel keine Schwierigkeiten, zumal sie über die Restkonzessionsdauer abgeschrieben werden können. Demgegenüber wirkt sich das nahende Konzessionsende zunehmend investitionshemmend aus, namentlich wenn die Abschreibung aufgrund der Höhe der Investition und der verbleibenden kurzen Restkonzessionsdauer nicht mehr gewährleistet ist. Um einen Investitionsstau oder eine energiewirtschaftlich ineffiziente Überalterung der Kraftwerksanlagen zu verhindern, hat der Gesetzgeber das Instrument der Restwertentschädigung in die Wasserrechtsgesetzgebung eingefügt. Dieses sichert dem Konzessionär für Modernisierungs- und Erweiterungsinvestitionen, welche bis zum Konzessionsende nicht mehr abgeschrieben werden können, eine Abgeltung zu.
- ⁶ Ferner hat der Gesetzgeber mit Blick auf eine Neuregelung der Verhältnisse nach dem Konzessionsende für die letzten Jahre der Konzessionsdauer besondere Regeln erlassen. Beabsichtigt der Konzessionär eine Erneuerung der bestehenden Konzession, muss er mindestens 15 Jahre vor deren Ablauf ein entsprechendes Gesuch einreichen. Die zuständigen Behörden entscheiden mindestens 10 Jahre vor Ablauf der Konzession, ob sie grundsätzlich zu einer Erneuerung bereit sind.² Mit anderen Worten erhält der Konzessionär 10 Jahre vor dem nahenden Konzessionsende davon Kenntnis, ob die Verleihungsbehörde dem Grundsatz nach gewillt ist, die Nutzungsrechte zu erneuern und dem Konzessionär den Weiterbetrieb der Anlagen zu ermöglichen oder ob er nach Ablauf des bestehenden Konzessionsverhältnisses seine Anlagen durch Heimfall an das verleihungsberechtigte Gemeinwesen verliert. Für den letztgenannten Fall statuiert Art. 69a WRG, dass der Konzessionär in den letzten 10 Jahren vor Ablauf der Konzession gegen

¹ Art. 67 Abs. 3 Wasserrechtsgesetz (WRG; SR 721.80).

² Art. 58a Abs. 2 WRG.

volle Schadloshaltung alle Umbaumaßnahmen, insbesondere solche zur Modernisierung und Erweiterung der Anlage, durchzuführen hat, die von der Verleihungs- oder Genehmigungsbehörde im Hinblick auf den Übergang des Werkes an einen anderen Betreiber verlangt werden.

- ⁷ Die soeben genannten Bestimmungen vermögen indes die Risiken des Konzessionärs, seine Investitionen bis zum Konzessionsende nicht mehr abschreiben zu können, nicht vollends auszuräumen. Im ersten Fall, in dem das verleihungsberechtigte Gemeinwesen die Absicht einer Konzessionserneuerung 10 Jahre vor Konzessionsende kundtut, fehlt dem Konzessionär letztlich bis zum Vorliegen rechtskräftiger Konzessionen und genehmigter Projekte in rechtlich verbindlicher Weise die Gewissheit, dass an die auslaufende Konzession ein neues Wasserrechtsverhältnis anschließen wird, das ihm eine Abschreibung seiner Investitionen im Laufe einer weiteren Konzessionsdauer erlaubt. Im zweiten Fall, in dem die Ausübung des Heimfallrechts angekündigt und das Konzessionsverhältnis in absehbarer Zeit enden wird, bedarf er einer rechtlichen Absicherung, dass seine Investitionen als Umbaumaßnahmen, namentlich zur Modernisierung und Erweiterung der Anlage, im Sinne von Art. 69a WRG qualifiziert werden und dass er hierfür schadlos gehalten wird.



2. Die Restwertentschädigung

⁸ Art. 67 Abs. 4 WRG lautet wie folgt:

Modernisierungs- und Erweiterungsinvestitionen werden beim Heimfall dem Konzessionär vergütet, sofern er die Modernisierung oder Erweiterung in Absprache mit den heimfallberechtigten Gemeinwesen vorgenommen hat. Die Vergütung entspricht höchstens dem Restwert der Investition bei branchenüblicher Abschreibung unter Berücksichtigung der Veränderung des Geldwertes.

⁹ Erforderlich ist demnach eine Modernisierungs- oder Erweiterungsinvestition in Abgrenzung zum ordentlichen Betrieb und Unterhalt. Die Investition muss im Rahmen einer laufenden Konzession vorgenommen werden. Ferner bedarf es des Nachweises, dass die Investition bis zum Konzessionsende nicht mehr abgeschrieben werden kann. Schliesslich muss die Investition in Absprache mit den heimfallberechtigten Gemeinwesen erfolgen. Das Erfüllen dieser Tatbestandelemente führt zur Vergütung des nicht mehr abschreibbaren Restwertes.

III. UMFRAGE

1. Übersicht

¹⁰ Wie bereits einleitend festgehalten, ist bei Kraftwerksgesellschaften eine Umfrage durchgeführt worden. Diese Umfrage sollte Aufschluss geben, welche praktischen Erfahrungen seitens der Kraftwerksgesellschaften mit dem Instrument der Restwertentschädigung gemacht worden sind, welche Schwierigkeiten in den Verhandlungen mit den Gemeinwesen angetroffen worden sind und in welchen Punkten die geltende Regelung verbessert werden müsste.

¹¹ Die Umfrage hat zu konkreten Rückmeldungen von insgesamt zehn Gesellschaften geführt. Die Antworten sind durchwegs von hoher Qualität und enthalten mehrheitlich sehr detaillierte und differenzierte Aussagen zur Situation der einzelnen Werke. Dem Rücklauf aus der Umfrage ist ein heterogenes Bild zu entnehmen. Die von der Restwertproblematik betroffenen Werke haben teils sehr unterschiedliche Erfahrungen in den Verhandlungen mit den Behörden gemacht. Vorneweg ist festzustellen, dass sich ein Vergleich der verschiedenen Einzelfälle als schwierig erweist.

- ¹² In vier Fällen ist es zum Abschluss einer Restwertvereinbarung gekommen. Bemerkenswert ist hierbei, dass alle vier Fälle Kraftwerkserweiterungen bzw. zusätzliche Kraftwerksstufen beinhalten, die teilweise Anpassungen oder Ergänzungen der bestehenden Konzessionen erforderten. Modernisierungsinvestitionen haben demgegenüber in keinem Fall zu einer Restwertvereinbarung geführt. In den verbleibenden bekannten sechs Fällen ist es zu keinen Lösungen mit den zuständigen Gemeinwesen gekommen. Die Verhandlungen sind entweder gescheitert oder abgebrochen worden, sie sind vertagt worden oder befinden sich noch in einem laufenden Prozess.
- ¹³ Interessanterweise wird die Wichtigkeit einer Restwertentschädigung seitens der befragten Kraftwerksgesellschaften unterschiedlich beurteilt. Für die Einen bildet eine Restwertvereinbarung bzw. eine Restwertentschädigung eine unbedingte Voraussetzung für die geplante Investition. In anderen Fällen sind die Vorhaben auch ohne Zusicherung einer Restwertentschädigung getätigt worden. Einzelne Kraftwerksgesellschaften machen geltend, es existierten neben der Restwertentschädigung andere Faktoren, die einen grösseren Einfluss auf die Realisierung eines Vorhabens hätten, namentlich das aktuelle Marktumfeld und die Wirtschaftlichkeit des Vorhabens. Ferner wird in den beantworteten Umfragen darauf hingewiesen, bei grossen Investitionsvorhaben werde eine vorgezogene Neukonzessionierung der Anlagen gegenüber einer Restwertvereinbarung bevorzugt.

2. Problemfelder

- ¹⁴ Aus den Antworten der befragten Kraftwerksgesellschaften lassen sich die Problemfelder der derzeit geltenden gesetzlichen Regelung entnehmen. Grosse Schwierigkeiten bildet zunächst die Abgrenzung zwischen Betriebs- und Unterhaltsmassnahmen auf der einen Seite und Modernisierungs- und Erweiterungsinvestitionen auf der anderen Seite. Die Gesellschaften würden sich eine Definition der Schnittstelle zwischen Unterhalt und Modernisierung wünschen. Abgrenzungsprobleme bieten insbesondere die nachfolgenden Sachverhalte:
- Ersatz eines Anlageteils anstatt dessen Revision
 - Ersatz mit Wirkungsgradsteigerung anstatt 1:1-Ersatz
 - Erneuerung des Korrosionsschutzes als Massnahme, welche über das Konzessionsende hinaus Wirkung entfaltet

- Erneuerung von Asphaltbelägen zur langfristigen Instandstellung einer Strasse

Bei umfassenden Projekten, die sowohl Unterhalts- als auch Modernisierungsarbeiten umfassen, zeigen sich diese Abgrenzungsproblematik in besonderem Masse.

- ¹⁵ Ein weiteres Problemfeld in den Verhandlungen mit den Gemeinwesen betrifft die vom Gesetzgeber genannte Absprache, welche in Bezug auf die zu tätigen Investitionen vorzunehmen ist. Zentral ist hierbei die Frage, ob seitens des Konzessionärs ein Rechtsanspruch auf eine Restwertentschädigung besteht oder ob das Gemeinwesen die Absprache ohne Weiteres verweigern kann. In diesem Zusammenhang bedarf es ferner einer Klärung, welches Organ des Gemeinwesens für die Absprache zuständig ist und wie vorzugehen ist, wenn sich mehrere Gemeinwesen über den Abschluss einer Restwertvereinbarung nicht einigen können.
- ¹⁶ Ferner erweist sich die Berechnung des Restwertes bzw. die Höhe der anrechenbaren Vergütung als schwierig. Divergierende Positionen ergeben sich bezüglich der Frage, welche Investitionen überhaupt anzurechnen sind und ob bei einzelnen Anlagenkomponenten allenfalls nur anteilige Investitionskosten berücksichtigt werden dürfen. In betriebswirtschaftlicher Hinsicht bestehen divergierende Standpunkte hinsichtlich der Frage, ob einzig der Buchwert massgebend ist oder ob in einem gewissen Umfang auch auf den Ertragswert der Investition abgestellt werden soll. Ferner bestehen Unsicherheiten zum Zeitpunkt, in dem der Restwert bestimmt sein muss, namentlich ob die Definition des konkreten Restwertes beim Abschluss der Restwertvereinbarung erfolgen muss oder ob es ausreichend ist, mit Blick auf das Konzessionsende lediglich die Berechnungsmethodik festzulegen. Schliesslich wird in den Antworten der Kraftwerksgesellschaften die Frage aufgeworfen, ob eine Restwertentschädigung nur für „nasse“ Anlageteile (unentgeltlicher Heimfall) möglich ist oder ob eine solche auch für „trockene“ Anlageteile (entgeltlicher Heimfall) geltend gemacht werden kann.

3. **Zwischenergebnis**

- ¹⁷ Die zwischen den Kraftwerksgesellschaften und den Gemeinwesen divergierenden Standpunkte können im Ergebnis wie folgt zusammengefasst werden:
- Die Gemeinwesen vertreten durchwegs die Rechtsauffassung, sie seien frei, eine Restwertvereinbarung abzuschliessen bzw. eine solche zu verweigern.
 - Die Gemeinwesen wägen den Aufwand (Kosten) gegen den Nutzen einer Investition (Mehreinnahmen, Mehrwert im Heimfallzeitpunkt) ab und gewähren eine Restwertentschädigung nur in jenen Fällen, in denen sie sich von der Investition einen eigenen Vorteil versprechen.
 - Die wasserrechtlichen Bestimmungen über die Restwertentschädigung werden von den Gemeinwesen sehr restriktiv ausgelegt.
 - Die Hürden für eine Qualifikation der Investition als Vorhaben, das der Modernisierung der Kraftwerksanlagen dient, erweisen sich als sehr hoch.
 - Massnahmen zum Betrieb und Unterhalt der Kraftwerksanlagen, die zu Lasten des Konzessionärs gehen, werden sehr weit gefasst.
 - Eine Zustimmung seitens der Behörden zu einer Restwertvereinbarung ist nur sehr schwer zu erlangen.

IV. **RECHTLICHE BEURTEILUNG**

1. **Rechtsgrundlagen**

a. Bundesrechtliche Grundlagen

- ¹⁸ Die Regelung über die Entschädigung des Investitionsrestwerts im Zeitpunkt des Heimfalls wurde erst mit der Teilrevision des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG) vom 13. Dezember 1996 ins Bundesrecht aufgenommen. Damit sollte den verschiedenen parlamentarischen Vorstössen Rechnung getragen werden, die eine Förderung der Modernisierung und Erweiterung bestehender Wasserkraftanlagen verlangten. Der Konzessionär sollte durch die grössere Rechtssicherheit einen Anreiz erhalten, Umbauarbeiten vorzunehmen und Werke zu modernisieren und/oder auszubauen.³ Der

³ Botschaft über die Teilrevision des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (95.059) vom 16. August 1995, BBl 1995 IV 991 ff. (Botschaft WRG 1995), S. 1003.

Gesetzgebungsprozess mündete in den heute noch geltenden Art. 67 Abs. 4 WRG.⁴

b. Kantonales Recht

- ¹⁹ Einige kantonale Wasserrechtsgesetze kennen ebenfalls Regelungen über die Restwertentschädigung, während andere auf die Bestimmung des Bundesrechts verweisen oder auf eine entsprechende Regelung ganz verzichten. In den zu untersuchenden Kantonen kennen die Kantone Graubünden⁵ und Wallis⁶ eine eigene Regelung, der Kanton Tessin⁷ verweist auf die Bundesregelung, die Kantone Uri, Bern und Aargau haben auf eine eigene Restwertregelung verzichtet. Die Bestimmungen in den Kantonen Graubünden und Wallis sind von ihrer Konzeption her ähnlich aufgebaut, unterscheiden sich aber in ihren Details.
- ²⁰ So heisst es in Art. 30 des bündnerischen Wasserrechtsgesetzes: „Erneuert der Konzessionär heimfallbelastete Anlageteile und weist er nach, dass sich die Investitionen bis zum Ablauf der Konzession nicht amortisieren lassen, können sich Gemeinden und Kanton auf Antrag an den Investitionen beteiligen (Abs. 1). Die finanzielle Beteiligung erfolgt aufgrund eines mit dem Konzessionär vereinbarten Zins- und Tilgungsplanes (Abs. 2).“ In Art. 60 des walliser Wasserrechtsgesetzes heisst es: „Modernisierungsinvestitionen, welche die Verbesserung der Energiequalität oder der Energieproduktion zum Inhalt haben und innerhalb der zweiten Hälfte der Konzessionsdauer mit der Zustimmung des verfügungsberechtigten Gemeinwesens verwirklicht wurden, sind dem Konzessionär im Rahmen der Ausübung des Heimfalls zu vergüten (Abs. 1). Die Vergütung bezieht sich nur auf Anlagen, die unentgeltlich heimfallen, und entspricht höchstens dem Restwert der Investitionen bei einer branchenüblichen Abschreibung (Abs. 2).“
- ²¹ Ein Unterschied zwischen diesen beiden kantonalen Bestimmungen zeigt sich zunächst bei der Regelung des Entschädigungstatbestands: So sieht das bündnerische Recht eine Entschädigung für Erneuerungs-

⁴ Vgl. obenstehende Rz. 8.

⁵ Art. 30 Abs. 1 und Abs. 2 des Wasserrechtsgesetzes des Kantons Graubünden vom 12. März 1995 (BR 810.100).

⁶ Art. 60 des Gesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte des Kantons Wallis vom 28. März 1990 (Nr. 721.8).

⁷ Art. 17 della Legge sull'utilizzazione delle acque del 7 ottobre 2002 (9.1.6.1).

investitionen vor, demgegenüber spricht das walliser Wasserrecht von Modernisierungsinvestitionen, welche die Verbesserung der Energiequalität oder der Energieproduktion zum Inhalt haben. Das bündnerische Recht verlangt sodann einen Nachweis dafür, dass die Investitionen in heimfallbelastete Anlageteile nicht abgeschrieben werden können. Das walliser Recht stellt von vornherein nur jene Investitionen unter die Restwertentschädigung, die innerhalb der zweiten Hälfte der Konzessionsdauer in dem unentgeltlichen Heimfall unterliegende Anlagen getätigt wurden.

- ²² Nach bündnerischem Recht können sich die Gemeinden und der Kanton auf Antrag an den Investitionen beteiligen, eine Verpflichtung hierfür besteht nach Gesetzeswortlaut jedoch nicht. Die finanzielle Beteiligung erfolgt dabei aufgrund eines mit dem Konzessionär vereinbarten Zins- und Tilgungsplans. Nach dem walliser Recht werden Beiträge im Umfang von höchstens dem Restwert der Investitionen bei einer branchenüblichen Abschreibung geleistet, sofern die Investitionen mit Zustimmung des Gemeinwesens verwirklicht wurden.

c. Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Recht

- ²³ Das kantonale Wasserrecht spielt im täglichen Rechtsverkehr eine grosse Rolle. Dies ist nicht zuletzt historisch begründet. Zudem sehen die kantonalen Bestimmungen oft detailliertere Regelungen vor als das Bundesrecht. Die rechtliche Tragweite von kantonalen Restwertbestimmungen im Verhältnis zu der bundesrechtlichen Regelung ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen des Bundesstaatsrechts.
- ²⁴ Entsprechend der allgemeinen Kompetenzverteilung im Schweizerischen Bundesstaat, üben die Kantone alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind.⁸ Die Kantone verfügen damit über eine subsidiäre Zuständigkeit zur Gesetzgebung. Gemäss Art. 76 Abs. 2 BV legt der Bund die Grundsätze über die Nutzung der Gewässer zur Energieerzeugung fest. Der Bund verfügt damit im Bereich Wasserkraftnutzung über eine sogenannte Grundsatzgesetzgebungskompetenz. Für Regelungen, die über diese Grundsätze hinausgehen, sind die Kantone subsidiär zuständig. Dabei fällt die kantonale Gesetzgebungsbefugnis im Bereich der Wasserkraftnutzung dahin, soweit der Bund von seiner Rechtset-

⁸ Art. 3 Bundesverfassung (BV; SR 101), vgl. auch Art. 42 Abs. 1 BV.

zungskompetenz Gebrauch gemacht hat. Als Besonderheit des schweizerischen Verfassungsrechts gilt dies auch dann, wenn der Bundesgesetzgeber seine auf Grundsätze beschränkte Gesetzgebungskompetenz überschreitet. Bundesgesetze sind stets massgebend und brechen kantonales Recht.⁹ Soweit also eine bundesrechtliche Regelung vorliegt, tritt kantonales Recht zurück, unabhängig davon, ob die kantonalen Bestimmungen den entsprechenden bundesrechtlichen Regelungen widersprechen oder nicht.¹⁰

- ²⁵ Der Bund hat den Kantonen möglichst grosse Gestaltungsfreiheit zu belassen und den kantonalen Besonderheiten Rechnung zu tragen¹¹. Wird der Bund durch eine Verfassungsbestimmung mit der Festlegung von Grundsätzen beauftragt, hat er den Sachbereich in der Breite, nicht aber in der Tiefe zu regeln. Der Bund ist gehalten, eine generelle Ordnung zu schaffen, die sich auf die massgebenden Gesichtspunkte bezieht und einen hohen Abstrahierungsgrad aufweist. Dies schliesst allerdings nicht aus, dass einzelne Bestimmungen einen Detaillierungsgrad aufweisen, der es erlaubt, sie ohne nähere Ausgestaltung durch den kantonalen Gesetzgeber direkt auf den Einzelfall anzuwenden. Für welche auserwählten Fragen dies zutrifft, muss der Bundesgesetzgeber entscheiden¹².
- ²⁶ Das Wasserrechtsgesetz des Bundes kennt eine umfassende Regelung der Restwertenschädigung. Entsprechend der allgemeinen Kompetenzregelung im Schweizerischen Bundesstaat haben kantonale Bestimmungen im Regelungsbereich von Art. 67 Abs. 4 WRG damit keine selbständige Bedeutung. Deshalb beschränkt sich die nachfolgende Beurteilung auf die bundesrechtliche Regelung in Art. 67 Abs. 4 WRG. Allfällige konzessionsvertragliche Spezialbestimmungen gehen allerdings auch der bundesrechtlichen Regelung vor.

2. Rechtsanspruch

- ²⁷ Nach Art. 67 Abs. 4 WRG wird eine Restwertentschädigung geleistet, sofern Modernisierungs- und Erweiterungsinvestitionen in Absprache mit dem heimfallberechtigten Gemeinwesen vorgenommen werden.

⁹ Art. 190 BV, Art. 49 Abs. 1 BV.

¹⁰ JAAG, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich/St. Gallen 2011, § 12 N. 29.

¹¹ Art. 46 Abs. 3 BV.

¹² JAGMETTI, SBVR VII, Energierecht, Basel 2005, Rz. 1322.

Die Umfrage hat gezeigt, dass oft Uneinigkeit darüber besteht, was Gegenstand der Absprache sein kann. Zuweilen wird sogar die Auffassung vertreten, dem Gemeinwesen stehe es frei, darüber zu entscheiden, ob überhaupt Gespräche über eine Restwertentschädigung aufgenommen würden.

- ²⁸ Art. 67 Abs. 4 WRG verlangt eine *Absprache* zwischen dem Konzessionär und dem heimfallberechtigten Gemeinwesen. Aus dem Wortlaut von Art. 67 Abs. 4 WRG lässt sich nicht abschliessend entnehmen, ob das Gemeinwesen frei darüber entscheiden kann, ob es überhaupt eine Absprache treffen will oder nicht. Beachtenswert ist jedoch, dass in Art. 67 Abs. 4 WRG von ‚Absprache‘ und nicht von ‚Vereinbarung‘ die Rede ist, wie dies sonst üblich ist, wenn eine rein konsensuale Lösung zur Diskussion steht.
- ²⁹ Bei einer unklaren Gesetzeslage wie dieser, stellen die Dokumente, die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens erstellt wurden, eine wichtige Auslegungshilfe dar. Neben der Botschaft, die der Bundesrat als Erläuterung zusammen mit dem Gesetzesentwurf zuhanden des Parlaments verabschiedet, sind vor allem die Wortprotokolle der parlamentarischen Beratungen ein wichtiges Hilfsmittel bei der Auslegung der tatsächlichen Tragweite einer Bestimmung. So auch im vorliegenden Fall. Zwar äusserte sich weder der Nationalrat noch der Ständerat ausdrücklich zu der Absprache. In der Diskussion über die Definition der Vergütungshöhe, welche in Art. 67 Abs. 4 Satz 2 WRG geregelt ist, gingen aber sowohl die Befürworter als auch die Gegner davon aus, mit Art. 67 Abs. 4 WRG werde dem Konzessionär ein Anspruch auf eine Entschädigung eingeräumt. So führte Ständerat Maissen (welcher die Streichung von Art. 67 Abs. 4 Satz 2 WRG beantragte) aus:

„Es geht darum, das Instrument einzuführen, den Anspruch des Konzessionärs auf Entschädigung und Anrechnung bei Investitionen für Modernisierung und Erweiterung zu regeln, immer in Absprache mit dem heimfallberechtigten Gemeinwesen.“¹³

- ³⁰ Ähnlich hielt Ständerat Plattner (welcher sich für die gesetzliche Definition der Vergütungshöhe aussprach) zu Abs. 4 fest:

„Er garantiert dem Konzessionär heute, dass er das Investierte pro rata temporis – nach Abschreibung berechnet – per Ablauf

¹³ Amtliches Bulletin, Wortprotokoll des Ständerats, 1996, S. 107, Votum Maissen.

*der Konzession zurückbekommen soll, wenn er vor Ablauf der Konzession noch investiert, aber mit Abschreibenzeiten, die über den Ablauf der Konzession hinaus dauern würden.*¹⁴

- ³¹ Ständerat Plattner führte zudem aus, Art. 67 Abs. 4 Satz 2 WRG mit der Definition der maximalen Vergütungshöhe sei deshalb ein Schutz des konzessionsgebenden Gemeinwesens vor überrissenen Ansprüchen des Konzessionärs. In aller Deutlichkeit ergänzte schliesslich Bundesrat Leuenberger:

*„Man will die Modernisierung und die Erweiterung bestehender Werke fördern. Das schafft einen Rechtsanspruch auf Ersatz der getätigten Investitionen für diese Modernisierung und für diese Erweiterung.“*¹⁵

- ³² Die Mehrheit des Ständerates folgte schliesslich dem Votum von Plattner, wonach die gesetzliche Definition der maximalen Vergütungshöhe in Art. 67 Abs. 4 Satz 2 WRG dem Schutz des konzessionsgebenden Gemeinwesens vor überrissenen Ansprüchen eines Konzessionärs diene.¹⁶
- ³³ Art. 67 Abs. 4 WRG begründet damit einen Rechtsanspruch auf Entschädigung des Investitionsrestwerts, sofern sämtliche Tatbestandselemente erfüllt sind. Das heimfallsberechtigte Gemeinwesen verfügt insofern über kein Ermessen bei der Frage, ob es überhaupt in Verhandlungen über eine Entschädigung treten will. Das Bundesrecht räumt dem Konzessionär ein entsprechendes Recht ein.

3. Tatbestandselemente

a. Investitionen in Werkanlagen

- ³⁴ Eine Entschädigung wird geleistet für Investitionen, die sich bis zum Zeitpunkt des Heimfalls nicht amortisieren lassen. Art. 67 Abs. 4 WRG beschränkt die Restwertentschädigung nicht auf Investitionen in die nassen Anlagenteile, die dem unentgeltlichen Heimfall unterliegen (vgl. Art. 67 Abs. 1 lit. a WRG). Bei Investitionen in elektrische Anlagen im Sinne von Art. 67 Abs. 1 lit. b WRG, bei denen im Heimfallzeitpunkt ei-

¹⁴ Amtliches Bulletin, Wortprotokoll des Ständerats, 1996, S. 107, Votum Plattner.

¹⁵ Amtliches Bulletin, Wortprotokoll des Ständerats, 1996, S. 108, Votum Bundesrat Leuenberger.

¹⁶ Amtliches Bulletin, Wortprotokoll des Ständerats, 1996 S. 108, Abstimmungsergebnis.

ne billige Entschädigung zu leisten ist, dürfte sich aber in aller Regel die Frage der Restwertentschädigung nicht stellen, weil der Restwert bei der Berechnung der Heimfallsentschädigung ohnehin berücksichtigt wird und die ‚billige Entschädigung‘ für diese elektrischen Anlagen den Restwert der Anlagen in aller Regel überschreiten, zumindest jedoch nicht unterschreiten dürfte.

b. Modernisierungs- und Erneuerungsinvestitionen

- ³⁵ Eine Restwertentschädigung wird nur für Investitionen geleistet, die der Modernisierung und Erneuerung einer Werkanlage dienen. Investitionen, die für den ordentlichen Unterhalt einer Anlage erforderlich sind, werden nicht entschädigt, sondern sind vom Konzessionär zu finanzieren. Die Begriffe des Unterhalts, der Modernisierung und der Erweiterung werden im Gesetz nicht definiert, sodass eine Abgrenzung schwierig ist. Nachfolgend sollen deshalb die Begriffe näher erläutert werden.
- ³⁶ Der Konzessionär ist zum *Unterhalt* seiner Anlagen verpflichtet. Diese Pflicht ist Teil der Sorgfaltspflicht, die den Inhaber der Anlage verpflichtet, die Sicherheit zu gewährleisten.¹⁷ Art. 67 Abs. 3 WRG gibt den Massstab für die Unterhaltspflicht vor: der Konzessionär ist verpflichtet, Anlagen und Einrichtungen, die dem Heimfallrecht unterliegen, in betriebsfähigem Zustand zu halten. Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber verhindern, dass der Konzessionär seine Anlagen gegen Ende der Konzessionsdauer ungenügend unterhält und verlottern lässt.¹⁸ Aus dem Gesetz ergibt sich weder was als Unterhalt gilt, noch was unter einem betriebsfähigen Zustand zu verstehen ist. Massgebend wird damit der übliche Sprachgebrauch. Als Unterhalt von Bauwerken wird im Allgemeinen die laufende, dauernde Instandhaltung verstanden, die von der Reinigung bis zur Reparatur beschädigter Teile reicht. Unterhaltsarbeiten bezwecken damit in erster Linie den laufenden Substanz- und Werterhalt und sind insofern konservierender Natur.¹⁹ Die Unter-

¹⁷ JAGMETTI (Anm. 12), Rz. 4509.

¹⁸ Vgl. GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar zum Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, Zürich 1921, Art. 67, S. 204.

¹⁹ RIVA, Kostentragung für den Unterhalt und die Erneuerung von Kreuzungsbauwerken Schiene – Strassen, ZBl 1993 S. 333 ff., S. 340 betreffend die Unterhaltspflicht bei Eisenbahnanlagen, wobei der Begriff des Unterhalts mangels gesetzlicher Definition nach Massgabe des üblichen Sprachgebrauchs ausgelegt wurde. Ebenso TSCHANNEN/LOCHER, Massnahmenzuständigkeit und Kostentra-

haltsinvestitionen bei Kraftwerksanlagen müssen dabei nach Art. 67 Abs. 3 WRG in einer Weise erfolgen, dass der betriebsfähige Zustand erhalten bleibt, und zwar bis zum Zeitpunkt des Heimfalls. Darüber hinaus trägt der Konzessionär grundsätzlich keine Verpflichtung. Demnach fallen unter die Unterhaltungspflicht des Konzessionärs alle Vorkehrungen, die dazu bestimmt sind, die Gebrauchstauglichkeit der Anlage bis zum Ende der Konzession zu sichern. Anlageteile, deren Lebensdauer vor Ablauf der Konzession endet, müssen ersetzt werden, beschädigte Anlageteile sind zu reparieren oder zu ersetzen, zudem ist die ganze Anlage zu warten und zu reinigen.

- ³⁷ Investitionen, die über diesen notwendigen Unterhalt hinausgehen, sind prinzipiell freiwillig, das bedeutet, der Konzessionär ist zu solchen Massnahmen nicht verpflichtet. Dabei handelt es sich um Investitionen, die für den Betrieb und Unterhalt von Kraftwerksanlagen, das heisst für das gute Funktionieren bzw. die Funktionsfähigkeit der Anlage im Sinne der gesetzlichen und konzessionsvertraglichen Vorgaben nicht notwendig sind. In der Regel werden solche Investitionen aus energiewirtschaftlichen Überlegungen getätigt und konzentrieren sich deshalb auf eine Anpassung an den Stand der Technik oder einen Ersatz zur Produktionssteigerung. Der Gesetzgeber unterscheidet dabei zwischen Modernisierungs- und Erweiterungsinvestitionen. Losgelöst von diesen Begriffen geht allerdings bereits aus der Systematik von Art. 67 WRG hervor, dass es sich bei den Investitionen im Sinne von Art. 67 Abs. 4 WRG um jene Arbeiten handelt, zu denen der Konzessionär nicht bereits nach Art. 67 Abs. 3 WRG verpflichtet ist. In der Botschaft zum WRG wird generell von „Umbauarbeiten“ gesprochen bzw. von „Arbeiten, die über den einfachen Unterhalt hinausgehen“. Hierbei werden die Modernisierung und der Ausbau des Werkes zur Veranschaulichung solcher Arbeiten angegeben.²⁰ Die Auslegung der Begriffe „Modernisierungs- und Erweiterungsinvestitionen“ im Sinne von Art. 67 Abs. 4 WRG hat somit im Lichte dieser systematischen Betrachtung zu erfolgen.²¹

gungspflicht bei Kreuzungen zwischen Strassen und Gewässer, SVVOR Jahrbuch 2011, Bern 2012, S. 57 ff., S. 61, betreffend die Unterhaltungspflicht bei Strassenanlagen.

²⁰ Botschaft WRG 1995, S. 1003.

²¹ Vgl. auch Art. 69a WRG, der in der Marginalie generell von „Umbaumassnahmen“ spricht. Diese Umbaumassnahmen werden im Gesetzestext umschrieben als „insbesondere solche zur Modernisierung und Erweiterung der Anlage“. Der Botschaft zum WRG 1995 ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber in Art. 67 Abs. 4 WRG und Art. 69a WRG die selben Arbeiten erfassen und fördern wollte (s. S. 1003, Ziff. 143).

³⁸ Unter *Modernisierungsinvestitionen* werden Investitionen in den Umbau, die Erneuerung bzw. die Anpassung an die herrschende Technik des Wasserwerks, von baulichen und hydraulischen Anlageteilen oder von elektrischen und mechanischen Einrichtungen verstanden.²² Sie beschränken sich nicht auf einen blossen Ersatz eines Anlageteils, dessen Lebensdauer abgelaufen ist. Modernisierungsinvestitionen dienen in erster Linie der Anpassung an den aktuellen Stand der Technik und können sich deshalb auch auf Anlageteile beziehen, deren Lebensdauer noch nicht erreicht ist. Werden Anlageteile ersetzt, zeichnen sich Modernisierungsinvestitionen üblicherweise betriebswirtschaftlich in einem höheren Kapitaleinsatz als beim seinerzeitigen ersten Bau aus. Soweit sich also eine Erneuerung nicht im blossen Ersatz erschöpft, handelt es sich dabei um eine Modernisierungsinvestition im Sinne von Art. 67 Abs. 4 WRG.

³⁹ *Erweiterungsinvestitionen* gehen darüber hinaus und umfassen Investitionen, welche eine Erhöhung der Leistung oder der mittleren Produktionserwartung durch den Ausbau von hydraulischen oder elektromechanischen Anlageteilen bewirken.²³ Als Erweiterungsinvestitionen gelten demnach jene Investitionen, welche die ursprüngliche Substanz des Werkes verändern und damit auch seinen Gebrauchswert vermehren.²⁴ Bereits eine einfache konstruktive Verbesserung könnte als Erweiterung qualifiziert werden. Eine genaue Unterscheidung zwischen Modernisierungs- und Erweiterungsinvestitionen ist jedoch nicht erforderlich, weil sie in Bezug auf die Restwertentschädigung ohne Rechtsfolgen bleibt. Bei Erweiterungsinvestitionen ist allerdings zu beachten, dass sich diese innerhalb der konzessionierten Leistung bewegen müssen, andernfalls eine Neukonzessionierung erforderlich würde. Der Anwendungsbereich solcher Erweiterungen beschränkt sich deshalb auf jene Fällen, in denen die ursprünglich konzedierte Wassermenge bzw. das Bruttogefälle nicht ausgebaut und genutzt worden ist und zudem die erteilten Nutzungsrechte erhalten geblieben sind.²⁵

⁴⁰ In der Praxis wird es nicht selten vorkommen, dass gleichzeitig Unterhalts- sowie Modernisierungs- oder Erweiterungsinvestitionen getätigt

²² WYER, Rechtsfragen der Wasserkraftnutzung, Diss., Visp 2000, S. 92.

²³ WYER (Anm. 20), S. 93.

²⁴ Vgl. TSCHANNEN/LOCHER (Anm. 19), S. 62 betreffend die Erneuerung von Strassenanlagen.

²⁵ WYER (Anm. 20), S. 93 f.

werden. In einem solchen Fall müssen für die Berechnung einer allfälligen Restwertentschädigung, die jeweiligen Anteile beider Komponenten an den Gesamtkosten ermittelt und ausgeschieden werden. Unklarheiten über die Zuteilung sind im Rahmen der Absprache mit dem Gemeinwesen zu bereinigen.

c. Im Rahmen der laufenden Konzession

- ⁴¹ Einer Restwertentschädigung sind nur solche Investitionen zugänglich, die im Rahmen eines bestehenden Konzessionsverhältnisses getätigt werden. Vor allem bei sehr grossen Investitionen dürfte indes nicht selten ein erhebliches Interesse an einer Konzessionsverlängerung bestehen, die allenfalls gegen Entschädigung oder bei einem vorgezogenen Heimfall gewährt wird. Die Umfrage hat ergeben, dass im Zusammenhang mit Modernisierungs- und Erweiterungsinvestitionen tatsächlich gelegentlich ein vorgezogener Heimfall realisiert wird. Bei einer Zusatzkonzessionierung oder einer Neukonzessionierung stellt sich die Frage der Restwertentschädigung allerdings nicht, weshalb nachfolgend nicht weiter darauf einzugehen ist. Immerhin ist der Umstand, dass Modernisierungs- und Erweiterungsinvestitionen einen vorgezogenen Heimfall begründen, aber ein Indiz dafür, dass die heutige Praxis betreffend Restwertentschädigung nicht jedem Fall genügend gerecht wird.

d. Nicht abschreibbare Investitionen

- ⁴² Eine Entschädigung wird für jene Modernisierungs- und Erweiterungsinvestitionen geleistet, die im Zeitpunkt des Heimfalls noch nicht vollständig abgeschrieben werden konnten. Ist eine Abschreibung von Modernisierungs- und Erweiterungsinvestitionen in der verbleibenden Konzessionsdauer möglich, besteht kein Anspruch auf eine Restwertentschädigung. Die Höhe der Entschädigung entspricht dem verbleibenden Restwert der Investitionen im Zeitpunkt des Heimfalls. Nach Art. 67 Abs. 4 Satz 2 WRG entspricht der Restwert höchstens dem nach branchenüblicher Abschreibung unter Berücksichtigung der Veränderung des Geldwertes verbleibenden Investitionswert.

e. In Absprache mit dem heimfallberechtigten Gemeinwesen

- ⁴³ Eine Restwertentschädigung ist nach Art. 67 Abs. 4 WRG zu leisten, sofern der Konzessionär „die Modernisierung oder Erweiterung in Absprache mit dem heimfallberechtigten Gemeinwesen vorgenommen hat“. Dem Konzessionär steht ein Rechtsanspruch auf eine Restwertentschädigung zu. Gegenstand der Absprache bilden damit lediglich die Tatbestandsmerkmale von Art. 67 Abs. 4 WRG. Sind die Voraussetzungen für eine Restwertentschädigung erfüllt, hat das heimfallsberechtigte Gemeinwesen eine solche zu gewähren.
- ⁴⁴ Auch wenn ein Anspruch auf eine Restwertentschädigung besteht, ist es sinnvoll und auch erforderlich, dass der Gesetzgeber eine vorgängige Absprache verlangt, weil ihr in mehrfacher Hinsicht Bedeutung zukommt. Zunächst dient sie der Information des heimfallberechtigten Gemeinwesens. Dieses soll laufend über die relevanten Investitionen informiert werden, damit es nicht erst im Zeitpunkt des Heimfalls mit Entschädigungsforderungen überrascht wird. In diesem Sinne dient eine vorgängige Absprache auch der Beweissicherung im Hinblick auf den Heimfallszeitpunkt, soweit sich die Parteien darüber einigen, welche Investitionen der Restwertentschädigung unterliegen. Sodann versetzt die vorgängige Absprache das Gemeinwesen in die Lage, den Anspruch im Einzelfall zu bestreiten. Eine vorgängige Absprache bietet des Weiteren die Möglichkeit, auf die Besonderheiten des Einzelfalls einzugehen sowie Vergütungshöhen abweichend von Art. 67 Abs. 4 Satz 2 WRG zu vereinbaren.²⁶ Eine vorgängige Absprache ist nicht zuletzt auch deshalb sinnvoll, weil es um Investitionen geht, die aufgrund von energiepolitischen und energiewirtschaftlichen Überlegungen getätigt werden und ein Austausch zwischen Behörden und dem Konzessionär für die Erzielung einer optimalen Lösung förderlich sein kann.
- ⁴⁵ Zuständig für die „Absprache“ mit dem Konzessionär ist grundsätzlich die Exekutive des Gemeinwesens. Welche Behörde letztlich entscheidet, bestimmt sich nach den jeweiligen organisationsrechtlichen Bestimmungen. Seitens der Gemeinwesen dürfte sich in diesem Zusammenhang regelmässig die Frage nach den Finanzkompetenzen stellen. Die Entrichtung einer Restwertentschädigung durch das Gemeinwesen stellt aus Sicht des öffentlichen Finanzhaushaltes eine Ausgabe dar.²⁷ Zwar kommt es im Heimfallzeitpunkt nicht in jeder Fallkonstellation

²⁶ Vgl. nachstehend Rz. 48.

²⁷ Vgl. bspw. die Begriffsdefinition in Art. 3 Abs. 1 des Finanzhaushaltsgesetzes des Bundes (FHG; SR 611.0) oder Art. 3 Abs. 2 des Finanzhaushaltsgesetzes des Kantons Graubünden (FHG; BR 710.100).

zwingend zu einem Zahlungsvorgang vom Gemeinwesen an den Konzessionär²⁸, allerdings resultiert aus der Anwendung von Art. 67 Abs. 4 WRG stets eine finanzielle Entschädigung des Konzessionärs zu Lasten des Gemeinwesens im Umfang des nicht amortisierbaren Restwertes der Investition. Für die Qualifizierung als Ausgabe ist dabei unbeachtlich, dass der Restwertentschädigung immer eine Wertsteigerung der Kraftwerksanlagen gegenübersteht.

- ⁴⁶ Im vorliegenden Zusammenhang ist von Bedeutung, ob die Restwertentschädigung als frei bestimmbare oder als gebundene Ausgabe zu qualifizieren ist, letztere untersteht nämlich keinem Finanzreferendum. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine gebundene Ausgabe vor, wenn sie durch einen Grunderlass so stark vorherbestimmt ist, dass für ihre Vornahme in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht kein erheblicher Handlungsspielraum besteht, namentlich wenn sie durch einen Rechtssatz prinzipiell und dem Umfang nach vorgeschrieben oder zur Erfüllung einer gesetzlich geordneten Verwaltungsaufgabe unbedingt erforderlich ist.²⁹ Nach dem Gesagten ist dies bei der Restwertentschädigung der Fall. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 67 Abs. 4 WRG erfüllt, ist die Restwertentschädigung als gebundene Ausgabe zu budgetieren. Dem Finanzreferendum ist sie damit entzogen.
- ⁴⁷ Gelangt das Gemeinwesen zum Ergebnis, dass die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 67 Abs. 4 WRG nicht erfüllt sind, hat es den abschlägigen Entscheid zu begründen und dem Konzessionär als Verfügung zu eröffnen. Unzulässig wäre, dem Konzessionär sowohl die „Ab-sprache“ als auch den Erlass einer negativen Verfügung oder gar die Aufnahme von Gesprächen über eine allfällige Entschädigung geplanter Investitionen zu verweigern. Gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer anfechtbaren Verfügung kann Beschwerde geführt werden.³⁰ Können sich mehrere Gemeinwesen nicht auf eine Restwertentschädigung einigen, müssen die ablehnenden Gemeinwesen dem Konzessionär ihren negativen Entscheid mittels Verfügung eröffnen. Der Konzessionär kann diesen Entscheid anfechten.

²⁸ Beispielsweise Verrechnung der Restwertentschädigung mit der Heimfallverzichtsentschädigung oder Entrichtung der Restwertentschädigung an den alten Konzessionär durch den neuen Konzessionär; vgl. dazu auch nachstehend Rz. 49.

²⁹ WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band II, Bern 2014, Rz. 119 f. mit entsprechenden Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

³⁰ Vgl. Art. 46a Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG; SR 172.021).

f. Vergütung des Restwertes

- ⁴⁸ Nach Art. 67 Abs. 4 Satz 2 WRG errechnet sich der maximal zu entschädigende Restwert ausgehend von den getätigten Investitionen bei branchenüblicher Abschreibung und unter Berücksichtigung der Veränderung des Geldwertes. In den ständerätlichen Diskussionen gab diese Bestimmung Anlass zu Diskussionen. Eine unterliegende Ratsminderheit verlangte dessen ersatzlose Streichung zu Gunsten der Vertragsfreiheit. Es sei nicht Sache des Bundesgesetzgebers vorzuschreiben wie und innerhalb welcher Schranken die Investitionsrestwerte zu berücksichtigen seien.³¹ Die Ratsmehrheit folgte jedoch dem Antrag der Kommission, die Art. 67 Abs. 4 Satz 2 WRG deshalb beibehalten wollte, weil die Regelung eine Schutzbestimmung darstelle, welche das konzessionsgebende Gemeinwesen vor überrissenen Ansprüchen des Konzessionärs schütze.³² Die gesetzliche Definition der Vergütungshöhe unterbindet aber eine abweichende Vereinbarung nicht. Der Grundsatz der Berechnungsmethode gilt nur für den Fall, dass keine andere Abmachung getroffen worden ist oder getroffen werden konnte. Dies ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut und aus den Wortprotokollen des Ständerates. Bundesrat Leuenberger hielt in der ständerätlichen Debatte ausdrücklich fest, dass es nicht so sei „dass sich die beiden Vertragspartner nicht trotzdem in einem Vertrag in einer Art und Weise festlegen könnten, die diesem Grundsatz widerspricht.“³³
- ⁴⁹ In welcher Form eine Restwertentschädigung zu erfolgen hat, ergibt sich nicht aus dem Gesetz. Sie beschränkt sich aber nicht auf Geldzahlungen. Zu einer Auszahlung der Restwertentschädigung dürfte es ohnehin nur in jenen Fällen kommen, in denen das Heimfallsrecht vom Gemeinwesen tatsächlich ausgeübt wird. In den übrigen Fällen dürfte sich eine Verrechnung mit dem Heimfallssubstrat aufdrängen. Die Möglichkeiten, wie der Konzessionär für die nicht abgeschriebenen Investitionen entschädigt wird, werden gesetzlich nicht beschränkt und sind im Rahmen der Absprache einer individuellen Lösung zugänglich.
- ⁵⁰ Nach Art. 67 Abs. 4 WRG wird der Restwert „beim Heimfall“ vergütet. Die Restwertentschädigung muss damit spätestens im Zeitpunkt des

³¹ Amtliches Bulletin, Wortprotokoll des Ständerats, 1996, S. 107, Votum Maissen.

³² Amtliches Bulletin, Wortprotokoll des Ständerats, 1996, S. 107, Votum Plattner.

³³ Amtliches Bulletin, Wortprotokoll des Ständerats, 1996, S. 108, Votum Bundesrat Leuenberger.

Heimfalls erfolgen. Ob die Entschädigung allenfalls bereits im Zeitpunkt der Investitionen geleistet werden kann, ist fraglich. Eine solche Auslegung von Art. 67 Abs. 4 WRG scheint jedoch zumindest denkbar und eine entsprechende Absprache zwischen den Parteien zulässig. Bei einer früheren Auszahlung wäre der Restwert der Investitionen im Zeitpunkt des Heimfalls zu antizipieren.

V. FAZIT

- ⁵¹ Gestützt auf die Antworten aus der Umfrage bei Kraftwerksgesellschaften sowie auf das Ergebnis der obenstehenden rechtlichen Beurteilung sind folgende zwei Schlussfolgerungen zu ziehen:

Aus rechtlicher Sicht stellt Art. 67 Abs. 4 WRG eine gute und ausgewogene Rechtsgrundlage für Restwertentschädigungen bei Modernisierungs- und Erweiterungsinvestitionen dar. Den Gesetzesmaterialien sind in Bezug auf die Frage des Rechtsanspruchs auf Restwertentschädigungen unerwartet deutliche Aussagen zu entnehmen.

Defizite sind demgegenüber klar im Vollzug von Art. 67 Abs. 4 WRG auszumachen. Die äusserst restriktive und auf Eigeninteressen ausgerichtete Anwendung der bundesrechtlichen Bestimmung durch die Gemeinwesen verhindert, dass das Instrument der Restwertentschädigung die Wirkung entfaltet, die ihr vom Gesetzgeber zgedacht war.

Zur Beantwortung allfälliger, weitergehender Frage stehen wir Ihnen selbstverständlich zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



lic. iur. Michelangelo Giovannini



MLaw Corina Caluori