

S. 305 / Nr. 50 Wasserrecht (d)

BGE 65 I 305

50. Urteil vom 30. November 1939 i. S. Gemeinden Tiefencastel, Mons, Salux, Reams und Conters i. O. gegen Rhätische Werke für Elektrizität und Kantonsgericht von Graubünden.

Seite: 305

Regeste:

1. Verzicht des Konzessionärs. Das Recht des Konzessionärs auf die Wasserrechtskonzession zu verzichten (Art. 64, lit. b WRG), ist zwingender Natur und kann in der Konzession nicht wegbedungen werden.

2. Art. 64, lit. b, findet rückwirkend Anwendung auf die nach dem 25. Oktober 1908 bis zum Inkrafttreten des Wasserrechtsgesetzes erteilten Konzessionen.

1. Renonciation du concessionnaire. L'art. 64 lit. b LUFH, selon lequel le concessionnaire d'un droit d'eau peut y renoncer, est une disposition impérative. Il donne au concessionnaire un droit qui ne peut être supprimé par une clause contraire de l'acte de concession

2. L'art. 64 lit. b s'applique rétroactivement aux concessions accordées entre le 25 octobre 1908 et l'entrée en vigueur de la LUFH.

1. Rinuncia del concessionario. L'art. 64 lett. b LUFH, secondo cui il concessionario di un diritto d'acqua può rinunciarvi è un disposto imperativo. Esso conferisce al concessionario un diritto che non può essere soppresso mediante una clausola in senso contrario contenuta nell'atto di concessione

2. L'art. 64 lett. b è applicabile retroattivamente alle concessioni accordate tra il 25 ottobre 1908 e l'entrata in vigore della LUFH.

A. Nach dem WRG von Graubünden von 1906 ist zur Erstellung einer Wasserwerkanlage die Konzession der Territorialgemeinde erforderlich. «Die Konzession bedarf zu ihrer Gültigkeit der kleinrätlichen Genehmigung» (Art. 4). In Art. 5 wird das Prüfungsrecht des Kleinen Rates inbezug auf die Konzession näher umschrieben. Art 6 lautet

«Die erteilte Konzession wird vom Kleinen Rat als erloschen erklärt:

1. Wenn während fünf Jahren, von ihrer Erteilung an gerechnet, das mit derselben in Verbindung stehende oder projektierte Werk nicht in Betrieb gesetzt worden ist;

2. Wenn ein bestehendes Werk fünf Jahre lang ausser Betrieb ist;

3. Wenn der Konzessionär die gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtungen in gröblicher Weise verletzt.

Die konzedierenden Gemeinden können jedoch, mit Genehmigung des Kleinen Rates, angemessene Fristverlängerungen bewilligen.

Seite: 306

Wenn der Kleine Rat eine Konzession als erloschen erklärt, so wird er alle im öffentlichen Interesse gebotenen Anordnungen über die allfällig vorhandenen Wasserbauten treffen.»

B. 1) Am 15. Juni 1909 haben die Gemeinden Tiefencastel, Mons, Salux, Reams und Conters i. O. der Firma Gubler & Cie in Zürich eine Konzession zur Ausnützung der Julia und ihrer Zu- und Nebenflüsse erteilt für die Strecke von der rechten Seite des Adontbaches bis zur Staugrenze des Albulawerkes der Stadt Zürich (Art. 1 der Konzession). Die Konzessionsdauer beträgt 60 Jahre (Art. 3). Die Konzessionärin ist verpflichtet, den konzessionierenden Gemeinden jährlich 175 PS Gratisenergie zu Beleuchtungs- und Kraftzwecken abzugeben (Art. 5), sowie einen jährlichen Wasserzins zu bezahlen von Fr. 5000. für das erste Betriebsjahr, Fr. 10000. für das zweite, Fr. 15000. für das dritte, Fr. 20000. für das vierte und Fr. 20000. für das fünfte und die folgenden Jahre (Art. 8). In der Konzession wird «die bestehende und künftige Staatsgesetzgebung in allen Teilen vorbehalten» (Art. 15). Sodann war vorgesehen, dass die Konzession erlöschen sollte, wenn die Arbeit nicht binnen drei Jahren vom Datum der kleinrätlichen Genehmigung an gerechnet in Angriff genommen würde. Eine Einsprache, die im Genehmigungsverfahren vor dem Kleinen Rat erhoben wurde, führte zu neuen Verhandlungen und zu einem Nachtrag zur Konzession vom 14. November 1909, worin erklärt wird:

«Herren Gubler & Cie verzichten auf die Bestimmung in Alinea zwei des Art. 9 im ursprünglichen Vertrag betr. eventuelles Erlöschen der Konzession, d. h. sie übernehmen die Konzession fest und bedingungslos. Genannte Fa. verpflichtet sich daher, den vertraglichen Wasserzins und die vereinbarten 175 Pferdekkräfte an die Gemeinden ab Inbetriebsetzung des Werkes zu bezahlen, resp. abzugeben, jedenfalls aber spätestens 6 Jahre nach der Konzessionserteilung.»

Die Entschädigung für den Ausfall der Stromlieferung bis zur Betriebseröffnung sollte durch Vereinbarung oder eventuell durch Schiedsspruch festgesetzt werden.

Seite: 307

Am 5. Juli 1910 genehmigte der Kleine Rat von Graubünden die Konzession und den Nachtrag dazu; er machte dabei einen Vorbehalt inbezug auf die künftige eidgenössische Wasserrechtsgesetzgebung gemäss Art. 24 bis, Abs. 8 BV.

2) Im Jahre 1911 wurde die Konzession mit Zustimmung des Kleinen Rates auf die Schweizerische Eisenbahnbank in Basel übertragen.

Am 31. Januar 1913 genehmigte der Kleine Rat eine Vereinbarung, wodurch die Konzessionsgemeinden der neuen Konzessionärin während 20 Jahren Steuerfreiheit bewilligten. Aus dem Genehmigungsbeschluss werden folgende Stellen hervorgehoben:

«Mit Eingabe vom 9. August 1912 legte die Schweiz. Eisenbahnbank eine Vereinbarung zwischen den Konzessionsgemeinden und der Konzessionärin datiert 4. Juni 1910, durch welche letzterer für die Dauer von 20 Jahren ab Konzessionsgenehmigung kommunale Steuerfreiheit bewilligt wird, zur Genehmigung vor. Gleichzeitig wirft die Konzessionärin die Frage auf, ob der kleinrätlich genehmigte Nachtrag zum Konzessionsvertrag vom 15. Juni bzw. 14. November 1909 nicht dahin zu verstehen sei, dass durch denselben Artikel 6 des kantonalen Wasserrechtsgesetzes ein für allemal auf vorliegenden Fall keine Anwendung finde. Für den Fall jedoch, dass der Kleine Rat diesen Standpunkt nicht teilen sollte, stellt sie das Gesuch, der Kleine Rat wolle seinerseits die Zustimmung dazu geben, dass der Termin für das Erlöschen der Konzession auf 20 Jahre, vom Zeitpunkt der Übernahme der Konzession an gerechnet, im Sinne des vorletzten Absatzes von Artikel 6 des kantonalen Wasserrechtsgesetzes verlängert werde...

«3. Die behördliche Genehmigung von Statuten und Akten, wie der vorliegende, erfolgt jedoch nach dieser Richtung hin immer in für die Behörde unverbindlicher Weise, sodass, wenn die Behörde von aussen veranlasst werden sollte, auf die Sache eingehender zurückzukommen, sie sich ihre weitere Entscheidungsbefugnis stets vorbehält. Es ist daher unzulässig, dem Genehmigungsbeschluss des Kleinen Rates im vorliegenden Fall und in vorliegender Form die Auslegung zu geben, dass durch denselben Artikel 6, Ziffer 1 des WRG ausser Wirksamkeit gesetzt werden wollte und gesetzt worden sei, denn dies konnte die Behörde nicht, und zwar konnte sie es deshalb nicht, weil jene privatrechtliche Abmachung inter partes nicht massgebend sein konnte für die Gültigkeit und Anwendbarkeit des objektiven öffentlichen Rechtes auf den Spezialfall und weil ein nachfolgender Kleiner

Seite: 308

Rat sich nach Ablauf von 5 oder mehr Jahren für verpflichtet oder doch für berechtigt halten könnte, die Konzession als erloschen zu erklären, wenn bis dahin das projektierte Werk nicht in Betrieb gesetzt sein sollte. In dieser Hinsicht muss die objektive Anwendung des öffentlichen Rechtes jederzeit unbehindert gewahrt werden und ist auch nur in dieser selbstverständlichen Voraussetzung die frühere Genehmigung erfolgt.»

Dispositif II dieses Beschlusses lautet:

a Auf Grund von Artikel 6, vorletzter Absatz des kantonalen Wasserrechtsgesetzes wird bewilligt, dass die Frist für das Erlöschen der Konzession für den in Artikel 6, Ziffer 1, WRG genannten Fall auf 20 Jahre im Sinne der vorstehenden Ausführungen verlängert wird.»

Gegen diesen Beschluss des Kleinen Rates rekurierten die Konzessionsgemeinden an den Grossen Rat und an das Bundesgericht, zogen aber ihren Rekurs zurück, nachdem die Konzessionärin am 21. Oktober 1913 folgende Erklärung abgegeben hatte:

«Die hiezu kompetenten Organe der Schweiz. Eisenbahnbank in Basel geben hiemit mit Bezug auf die seinerzeit von der Fa. Gubler & Cie erworbene, auf den Namen der Schweiz. Eisenbahnbank übertragene Julia-Konzession die vorbehaltlose Erklärung ab, dass sich die Schweiz. Eisenbahnbank als Konzessionärin verpflichtet, den vertraglichen Wasserzins und die vereinbarten 176 PS, event. für den Ausfall der letztern eine noch zu vereinbarende oder kompromissgerichtlich festzusetzende Entschädigung, spätestens 5 Jahre nach der Konzessionserteilung für die ganze Dauer zu leisten, während welcher die Konzession nicht erlöschen kann, d. h. spätestens vom Jahre 1935 an bis 1940...»

Der Kleine Rat änderte das Dispositiv II des Beschlusses vom 31. Januar 1913 ab und bewilligte «die Ausdehnung der Frist für das Erlöschen der Konzession für den in Art. 6, Ziffer 1 des Wasserrechtsgesetzes genannten Fall auf 30 Jahre, d. h. mit Dauer bis 1940» (Beschluss vom 28. November 1913).

3) Im Jahre 1921 wurde die Konzession auf die Rhätischen Werke für Elektrizität A.-G. in Thusis übertragen. Dabei wurde die Ersatzleistung für nicht gelieferten Gratisstrom auf Fr. 10000. im Jahr festgesetzt. Die neue Konzessionärin zahlte als Wasserzins und Stromersatz

Seite: 309

jährlich Fr. 35000. - bis 1935. Am 29. Juni 1935 erklärte die Konzessionärin den Verzicht auf die Konzession und leistete vom zweiten Halbjahr 1935 an keine Zahlungen mehr.

C. - Das Kantonsgericht von Graubünden hat durch Urteil vom 11./12. Dezember 1938 eine Klage der Konzessionsgemeinden gegen die Rhätischen Werke für Elektrizität A.-G. auf Bezahlung der Wasserzinsen und Stromausfallentschädigungen für die Zeit vom 1. Juli 1935 bis 31. Dezember 1939 abgewiesen.

Die Gemeinden Tiefencastel, Mons, Salux, Reams und Conters i. O. haben die Beschwerde im Sinne des Art. 71 WRG an das Bundesgericht ergriffen. Sie beantragen Gutheissung der Beschwerde und Verurteilung der Rhätischen Werke für Elektrizität zur Bezahlung von Fr. 162500. nebst 5% vom jeweiligen Verfall der einzelnen Teilbeträge an, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Zur Begründung wird ausgeführt:

Es handle sich um eine Frage des öffentlichen Rechts; aber nicht alles öffentliche Recht sei zwingendes Recht. Wenn auch die Konzession ein Verwaltungsakt sei, so beruhe er doch auf gegenseitigen Verhandlungen und einer Verständigung, und er erzeuge gegenseitige Rechte und Pflichten ähnlich wie ein Vertrag. Das sei die Auffassung des Bundesgerichts (BGE 48 I 206, 57 I 334 /5). Die Auslegung der Konzession habe nach den Grundsätzen zu erfolgen, die auch bei privatrechtlichen Verträgen angewendet werden; jedenfalls seien die Regeln von Treu und Glauben zu beachten.

Bei der vorliegenden Konzession handle es sich um einen Sonderfall, dem die getroffene Sonderregelung entspreche: Verzicht der Konzessionsbehörde bzw. der Aufsichtsbehörde auf das Widerrufsrecht bei Nichteinhaltung der fünfjährigen Baufrist, kant. WRG Art. 6 Ziff. 1, für eine sehr lange Periode, 1913-1940; dagegen die Pflicht des Konzessionärs für diese ganze Frist Wasserzins und Gratiskraft bzw. Geldersatz dafür. ohne Rücksicht

Seite: 310

auf die Ausführung des Werkes, zu leisten. Der Konzessionär habe eine grosszügige und einheitliche Verwertung der zusammenhängenden Wasserkräfte des Albula-, Julia- und Landwassergebietes angestrebt, und dieser grosse Plan sei ihm ein entsprechendes Opfer wert gewesen. Damit habe er sich sichern wollen gegen den vorzeitigen Entzug der Konzession nach Art. 6 Ziff. 1. Es sei gleichgültig, dass nach damaligem Recht der Konzessionär nicht auf die Konzession habe verzichten können. Der Konzessionär habe jene Verpflichtung in damals zulässiger Weise übernommen. Der jetzige Konzessionär habe die Konzession erst nach dem Inkrafttreten des eidg. WRG übernommen, und zwar auf der Basis des Verzichts auf das gesetzliche Verzichtsrecht, und Neuregelungen von Einzelheiten getroffen. Ob im Gebiete der Julia Stauwerke gebaut werden konnten, spiele keine Rolle. Nicht nur der Konzessionär, auch das Gemeinwesen habe ein wohlverworbenes Recht aus der Konzession, in das die neue Gesetzgebung nicht eingreifen könne (BGE 49 I 584). So hätte hier die Konzessionsbehörde nicht nachträglich unter Berufung auf Art. 65a eine Baufrist ansetzen dürfen. Mit dem gleichen Rechte bleibe der Konzessionär zur Zahlung des Wasserzinses für die vorgesehene feste Dauer verpflichtet. Es wird darauf verwiesen, dass Art. 50 auf die zwischen dem 25. Oktober 1908 und dem 1. Januar 1918 erteilte Konzession nicht anwendbar sei nach Art. 74 IV. Auch der Vorbehalt der künftigen Gesetzgebung ändere nichts daran, dass bei jeder einzelnen Bestimmung des neuen Rechts zu prüfen sei, wie weit sie im einzelnen Fall zurückwirke (BGE 49 I 583 /4, 60 I 310).

Aber auch unter dem eidg. WRG sei eine Abrede zulässig, wodurch die Behörde auf Baufristen verzichte, obgleich diese nach Art. 54e einen Bestandteil der Konzession zu bilden hätten; hiebei könne dem Konzessionär eine besondere Gegenleistung überbunden werden. Auch das Bundesgericht erkläre es als statthaft, dass in einer

Seite: 311

Konzession keine Baufrist gesetzt werde (BGE 49 I 179, 60 I 311). Die Auflage des Wasserzinses sei dann von Anfang an zulässig. Hierin liege eine Anpassung von Bestimmungen des öffentlichen Rechts an die besondern Bedürfnisse. Dann sei aber auch Art. 64 b unter Verhältnissen, wie sie hier vorliegen, nicht zwingend, wenn der Konzessionär selber mit Rücksicht auf ein besonderes, im WRG nicht vorgesehenes Entgegenkommen der Behörde für eine bestimmte Zahl von Jahren auf den Schutz der Bestimmung verzichtet habe. Art. 64 b habe nur grundsätzliche Bedeutung, er lasse Raum für abweichende Vereinbarungen. Der Verzichtsvorbehalt sei möglich, wenn ihm eine entsprechende Zusage des Gemeinwesens gegenüberstehe.

Der zwingende Charakter des öffentlichen Rechts sei kein absoluter. Aus der besondern Natur der durch Konzession begründeten Rechtsverhältnisse könne sich die Notwendigkeit einer Anpassung an besondere Bedürfnisse ergeben, damit nicht eine an sich durchaus erwünschte Entwicklung gehemmt sei. Es habe vielmehr eine vernünftige Abwägung darüber zu erfolgen, wie weit die dem

privatrechtlichen Vertrag sich nähernde Natur der gegenseitigen Beziehungen Abweichungen von einzelnen Bestimmungen erfordere.

D. Die Beschwerdebeklagte hat die Abweisung der Beschwerde beantragt. Es wird betont, dass die «feste und bedingungslose» Übernahme der Konzession im Sinne des Nachtrages vom 14. November 1909 und die vorbehaltlose Erklärung der Eisenbahnbank von 1913 wohl den Willen zum Ausdruck bringen, die Konzession fest zu übernehmen, dass sie aber nicht als Verzicht auf ein gesetzliches Recht, das damals nicht bestanden habe, aufgefasst werden könne und auch nicht als Verzicht auf ein späteres gesetzliches Recht. Die genannte Erklärung des Konzessionärs sei auch nach dem Genehmigungsbeschluss des Kleinen Rates vom 21. Oktober 1913 unverbindlich.

Seite: 312

Bei der dem Konzessionär eingeräumten Frist bis 1940 handle es sich um eine Baufrist; das ergebe sich klar aus dem Genehmigungsbeschluss, der sich ausdrücklich auf Art. 61 des kantonalen Gesetzes betr. die Baufrist und deren Verlängerung beziehe. Man habe es also nicht mit einem Fall zu tun, wo eine Konzession keine Baufrist aufstelle, für welchen Fall das Gutachten Mutzner zu Unrecht den Verzicht auf den Verzicht zulassen wolle. Beim Vorliegen einer Baufrist sei ein solcher Verzicht unter allen Umständen nicht möglich. Entweder sei Art. 64 b eidg. WRG zwingend oder er sei es nicht; ein Drittes gebe es nicht.

E. - In der Replik nehmen die Beschwerdeführer den Standpunkt ein, dass die Regeln des eidg. WRG weitgehend privatrechtlicher Natur seien. Nur im Privatrecht könne von einem wohlerworbenen Recht (Art. 43) die Rede sein. Auch die Vermögensrechte des Gemeinwesens aus der Konzession müssten als wohlerworbene anerkannt werden. Was das Bundesgericht (BGE 49 I 584 /5) ausgesprochen habe für Art. 58 I, müsse sinngemäss auch für Art. 64 b gelten.

Der Vorbehalt des Kleinen Rates im Beschluss vom 31. Januar 1913 könne nur die Bedeutung haben, dass die Konzession ihn nicht hindern könne aus zwingenden Gründen des öffentlichen Wohls in das Rechtsverhältnis zwischen Konzessionär und Gemeinwesen einzugreifen. Jeden Zweifel beseitige in dieser Beziehung der Beschluss vom 28. November 1913 Ziff. 1.

Art. 64 b sei dispositiven Charakters, ob eine Baufrist gesetzt sei oder nicht. Es werde aber bestritten, dass man es hier mit einer Baufrist zu tun habe.

F. In der Duplik bestreitet die Beschwerdebeklagte, dass der Vorbehalt des Kleinen Rates im Beschluss vom 31. Januar 1913 im Beschluss vom 28. November 1913 aufgegeben worden sei. Im übrigen enthält die Duplik Ausführungen, die sich wesentlich decken mit der Begründung des Urteils und mit der Antwort.

Seite: 313

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kompetenz des Bundesgerichts, die vorliegende Streitigkeit (in zweiter Instanz) zu beurteilen, folgt aus Art. 71 des eidg. WRG. Das Verfahren ist dasjenige des verwaltungsgerichtlichen Prozesses nach Art. 17 ff VDG.

2. Streitig ist, ob der von der Beschwerdebeklagten im Jahre 1935 erklärte Verzicht auf die Konzession betreffend die Julia und Nebengewässer gültig sei. Von der Beantwortung dieser Frage hängt es ab, ob die Beschwerdebeklagte den klägerischen Gemeinden, welche die Konzession erteilt haben, die geforderten Wasserzinsen und Vergütungen für Stromlieferung in den Jahren 1935 bis 1939 schuldet.

Vorausgeschickt sei, dass die Wasserrechtskonzession, auch wenn sie sich Vertrag nennt, doch kein Rechtsgeschäft des Zivilrechts, sondern ein hoheitlicher Akt der Verleihungsbehörde ist, dessen Wirksamwerden freilich die Annahme durch den Beliehenen voraussetzt (BGE 47 I 226 f, 49 I 183, 50 I 403 2, 57 I 334 /5; 43 II 448 2 über die bündnerische Wasserrechtskonzession). Die Konzession gewährt dem Unternehmer die Nutzung der Wasserkraft an einem öffentlichen Gewässer; sie bestimmt die Modalitäten dieser Verleihung und die Auflagen, unter denen sie erfolgt. Die Behörde setzt den Inhalt der Konzession im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen nach freiem pflichtgemässen Ermessen fest. Tatsächlich beruht dieser Inhalt weitgehend auf Verhandlungen und einer Verständigung zwischen Behörde und Bewerber, weshalb man von einem vertragsähnlichen Element in der Konzession sprechen kann. Grundsätzlich fliesst aber die verbindliche Kraft der Konzession nicht aus einer vorgängigen Willenseinigung der Beteiligten, sondern aus der Verfügungsgewalt der Behörde in Verbindung mit der Unterwerfung durch den Konzessionär.

3. Die Konzession der Beschwerdebeklagten ist

Seite: 314

erteilt, abgeändert und von der kantonalen Behörde genehmigt worden in den Jahren 1909 bis 1913, also vor dem Inkrafttreten des eidg. WRG (1. Januar 1918). Massgebend war daher, zunächst jedenfalls, das kantonale Wasserrecht.

Art. 6 des kantonalen Gesetzes betr. die Benutzung der öffentlichen Gewässer vom 18. März 1906 gibt dem Beliehenen eine fünfjährige Frist für die Vorbereitung und Ausführung der Bauarbeiten, welche Frist von den konzessionierenden Gemeinden mit Genehmigung des Kleinen Rates angemessen erstreckt werden kann, gemeint ist wohl, wenn sie sich aus irgendwelchen Gründen als zu kurz erweist. Bei nicht rechtzeitiger Betriebseröffnung des Werkes erklärt der Kleine Rat die Konzession als erloschen. Nach Art. 6 hat somit der Konzessionär die Pflicht, innert einer fünfjährigen oder angemessen verlängerten Baufrist, von der Erteilung der Konzession an gerechnet, die Anlage zur Ausnützung der Wasserkraft zu erstellen.

Die Julia-Konzession schrieb ursprünglich vor, dass die Konzession erloschen sei, wenn nicht innert drei Jahren seit der kleinrätlichen Genehmigung die Bauarbeiten in Angriff genommen sind. In der Folge ist die Frist, auf deren Ablauf die Anlage ausgeführt sein sollte, auf 20 und dann auf 30 Jahre erstreckt worden mit der Verpflichtung für den Konzessionär, den Wasserzins und die Gratislieferung von Strom an die Gemeinden, oder die Entschädigung hierfür, von der Inbetriebsetzung des Werkes an, spätestens aber nach fünf Jahren seit der Konzessionserteilung zu leisten. Jene Frist ist nicht mehr die für den Bau erforderliche, wenn auch reichlich bemessene, Zeit. Der Zweck der Fristerstreckung war nicht, die Baufrist mit Rücksicht auf besondere Verhältnisse und Schwierigkeiten erheblich zu verlängern, sondern dem Konzessionär während einer längern Periode die Wasserkraft zu sichern, ohne dass er bauen musste; er sollte nicht zu gewärtigen haben, dass die Konzession

Seite: 315

nach Ablauf der gesetzlichen oder angemessen verlängerten Baufrist als erloschen erklärt werde. Es ist insofern eine Art Wartefrist, während der die Wasserkraft dem Konzessionär zur Verfügung steht, und wofür von ihm, als Entgelt, nach den ersten fünf Jahren, an die Gemeinden bereits diejenigen jährlichen Leistungen Wasserzins und Gratisstrom, bzw. Ersatz hierfür zu machen sind, die normalerweise erst von der Betriebseröffnung an laufen und auf Betriebskonto des Werkes erfolgen sollten (BGE 49 I 178).

Die 30-jährige Frist ist indessen doch nicht ausschliesslich Wartefrist im angegebenen Sinn, sondern es ist in ihr auch die Baufrist enthalten. Das ergibt sich aus der Konzession und namentlich daraus, dass der Kleine Rat die Fristverlängerung nur genehmigt hat auf Grand von Art. 6 des kantonalen Gesetzes, d. h. als die dort als zulässig erklärte Erstreckung der fünfjährigen Baufrist. Der Konzessionär ist nicht etwa, während der ganzen Dauer der Konzession (60 Jahre seit der kleinrätlichen Genehmigung), von der Baupflicht überhaupt befreit, sondern es liegt ihm ob, die Anlage so rechtzeitig zu erstellen, dass auf den Ablauf der 30-jährigen Frist das Werk in Betrieb gesetzt wird, ansonst der Kleine Rat die Konzession als erloschen zu erklären hat. Die Frist von 30 Jahren ist also zunächst Wartefrist, wird dann aber in ihrem letzten Teil Baufrist.

Nach dem Gesagten hat man es hier auch nicht mit einer blossen Abmachung zu tun, die dahin gehen würde, dass während der 30 Jahre dem Unternehmer ein Optionsrecht eingeräumt ist, demzufolge er in dem ihm passenden Zeitpunkt die Verleihung verlangen könnte oder jederzeit vor einem andern Bewerber den Vorrang hätte. Es liegt vielmehr eine eigentliche Wasserrechtskonzession bereits vor mit den Modalitäten und Auflagen einer solchen. Jene Wartefrist ist nur eine Besonderheit des Verleihungsverhältnisses im Rahmen der Konzession. Der Unternehmer ist bereits definitiv mit der Wasserkraft beliehen.

Seite: 316

Auch solange noch keine Baupflicht besteht, hat er doch das Recht, jederzeit zu bauen und das Gewässer auszunützen. Ob eine Option auf Wasserkräfte im gedachten Sinn im Hinblick auf die gesetzlichen Vorschriften über die Verleihung rechtlich verbindlich und möglich wäre, braucht hier nicht untersucht zu werden.

Man kann die Frage aufwerfen, ob eine Konzession mit so langer Hinausschiebung der Baupflicht, wie sie hier vorgesehen ist, vereinbar sei mit Art. 6 des kantonalen Gesetzes, der doch wohl auf eine möglichst rasche Ausnützung der verliehenen Wasserkräfte abzielt. Auch der Kleine Rat hatte hierüber Bedenken, wie aus den Vorbehalten des Beschlusses vom 31. Januar 1913 hervorgeht, wo er sich grundsätzlich die Befugnis zu wahren scheint, trotz der genehmigten Verlängerung der Frist die Konzession schon vorher als erloschen zu erklären, falls das Werk nicht erstellt sein sollte (was freilich mit dem Beschluss selber in einem gewissen Widerspruch steht). Doch hat die Beschwerdebeklagte keine Einwendungen in diesem Punkte kantonalen Rechtes erhoben, wie auch das Urteil des Kantonsgerichtes die Konzession als kantonalrechtlich gültig behandelt.

Das kantonale Recht kennt den Verzicht des Konzessionärs als gesetzlichen Erlöschungsgrund der Konzession nicht. Auch das Kantonsgericht stellt das fest. Das Gesetz erwähnt nur das vom Kleinen Rat auszusprechende Erlöschen der Konzession bei Nichteinhaltung der Baufrist und andern Pflichtverletzungen des Beliehenen (Art. 6). Für diesen bestand danach im Kanton von Gesetzes wegen keine Möglichkeit, durch Verzicht auf die Konzession sich den Obliegenheiten aus ihr einseitig

zu entziehen (es sei denn, die Konzession sehe ausdrücklich diesen Erlösungsgrund vor, was hier nicht der Fall war). Auf der Grundlage des kantonalen Rechts wäre daher anzunehmen, dass die Beschwerdebeklagte durch die Verzichtserklärung vom Jahre 1935 sich von der

Seite: 317

Auflage, bis 1939 den Wasserzins und die Entschädigung für die Stromabgabe zu bezahlen, nicht befreien konnte, ganz abgesehen von der Frage einer besonders rechtsgeschäftlichen Gebundenheit der Beschwerdebeklagten an diese Verpflichtung.

4 Die Beschwerdebeklagte hat denn auch jene Erklärung nicht auf das kantonale Recht gestützt, sondern auf Art. 64 b des eidg. WRG, nach welcher Bestimmung die Verleihung durch ausdrücklichen Verzicht ohne weiteres erlischt. Es handelt sich darum, ob diese Bestimmung auf die vorliegende Konzession Anwendung finde. Es könnte nur im Wege der Rückwirkung der Fall sein. Bevor aber die Frage der Rückwirkung von Art. 64 b im allgemeinen und auf die vorliegende Konzession im besondern geprüft werden kann, muss man sich über Sinn und Tragweite der Bestimmung Rechenschaft geben.

5. Nach Art. 64 b kann der Beliehene durch einseitige ausdrückliche Verzichtserklärung bewirken, dass die ganze Konzession erlöscht (wobei für die Folgen inbezug auf bestehende Anlagen auf Art. 69 zu verweisen ist). Nicht nur die durch die Konzession begründeten Rechte auf die Nutzung des Wassers fallen also infolge des Verzichts dahin, sondern für die Zukunft auch die Leistungen die dem Konzessionär als Entgelt für das Nutzungsrecht auferlegt wurden, insbesondere der Wasserzins. Die Behörde kann dagegen die Konzession nur zurücknehmen, wenn ein Verwirkungsgrund nach Art. 65 vorliegt. Im übrigen ist sie an die Konzession gebunden. Man darf das Nutzungsrecht des Beliehenen und das Recht des Gemeinwesens auf die konzessionsmässigen Leistungen nicht auf eine Stufe stellen, wie etwa die gegenseitigen Rechte der Parteien aus einem zweiseitigen Vertrag. Das erstere ist ein Recht des Einzelnen, das als «wohlerworbenes» (Art. 43) gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt in ähnlicher Weise geschützt ist wie Privatrechte. Die Leistungen des Beliehenen aus der Konzession sind die mit dem Nutzungsrecht verbundenen Auflagen, die

Seite: 318

den Charakter von Abgaben des öffentlichen Rechts haben, für deren Bestand und Inhalt Gesetz und Konzession massgebend sind und bei denen Sicherungen gegenüber der öffentlichen Gewalt, wie sie das wohlerworbene Recht charakterisieren, nicht in Frage kommen können.

Ist Art. 64 b eine Vorschrift zwingender Art?

Das WRG will die «zur Wahrung der öffentlichen Interessen und zur Sicherung der zweckmässigen Nutzbarmachung der Wasserkräfte erforderlichen allgemeinen Vorschriften» aufstellen (BV Art. 24 bis II). Diese Vorschriften sollen im Interesse der schweizerischen Volkswirtschaft die rationelle Ausnützung der Wasserkräfte und die angemessene Versorgung des Landes mit elektrischer Energie fördern. Auch die Bestimmungen über die Verleihung verfolgen diesen Zweck, wennschon bei ihnen eine gewisse Abwägung der allgemeinen Interessen und der Einzelinteressen der Unternehmer stattfinden musste. Unter jenem Gesichtspunkte stehen auch solche Regeln, die in besonderer Weise dem Konzessionär zum Nutzen gereichen. So soll durch die Beschränkung des Wasserzinses auf ein Maximum (Art. 49 I), durch die Nichterhebung desselben während der Bauperiode und die Ermässigung während der ersten sechs Jahre nach Ablauf der Baufrist (Art. 50) verhindert werden, dass eine zu starke fiskalische Belastung die Ausnützung der Wasserkräfte erschwert und die elektrische Energie zu sehr verteuert. Deshalb sind auch diese Vorschriften, die zunächst dem Beliehenen zugute kommen, als zwingend aufzufassen (BGE 49 I 177 3, 54 I 436, 65 I 175 f).

Art. 64 b hat ein ähnliches Ziel wie Art. 65. Nach der letztern Bestimmung kann, wenn der Beliehene wichtigen Pflichten aus der Konzession nicht nachkommt, die Behörde die Verleihung als verwirkt erklären; die verliehene Wasserkraft soll hier für das Gemeinwesen wieder frei und so einer anderweitigen Ausnützung zugänglich werden. Dem Konzessionär, der die Kraft nicht

Seite: 319

ausbeuten kann oder will, ist nach Art. 64 b die Befugnis eingeräumt, die Verleihung durch Verzicht zum Erlöschen zu bringen, nicht nur weil es für ihn BO vorteilhaft ist, sondern - damit eine sonstige angemessene Verwendung der Wasserkraft möglich sei, also mit in Verfolgung des allgemeinen Zweckes des Gesetzes, der Förderung der Nutzbarmachung der Wasserkräfte.

Das Gesetz ordnet das Erlöschen der Konzession an, wenn der Beliehene den Verzicht erklärt, und zwar soll diese Wirkung «ohne weiteres» eintreten. Es stellt somit in betont bestimmter Form einen Erlösungsgrund auf, wofür die wirtschaftlichen Interessen des Beliehenen allein nicht Anlass bieten könnten. Sind aber die Interessen der Allgemeinheit der Gesichtspunkt, der dafür, wenn nicht ausschliesslich, so doch jedenfalls in erster Linie und weitaus überwiegend massgebend war, so muss die Ordnung in Art. 64 b der Disposition der Konzessionsbehörde und des Beliehenen entzogen

sein, als eine gesetzliche Modalität des Konzessionsverhältnisses. Deshalb rechtfertigt sich die Annahme, dass das Recht des Konzessionärs, auf die Konzession zu verzichten, in der Konzession nicht wegbedungen werden und dass der Konzessionär auch nicht etwa in einem separaten Akt darauf verzichten kann (während es ihm natürlich freisteht, insofern zu «verzichten», als er von dem Rechte keinen Gebrauch macht).

Gewiss ist der Inhalt der Verleihung nach dem WRG (und im Rahmen des kantonalen Rechts) in weitem Umfang dem Ermessen der Behörde und damit mittelbar und sachlich der Verständigung zwischen Behörde und Bewerber anheim gestellt. Einzelne Bestimmungen des Gesetzes behalten eine abweichende Regelung in der Verleihung ausdrücklich vor (Art. 56, 66, 67, 69). Wo aber das Gesetz selber Pflichten und Rechte in bestimmter Weise aufstellt, liegt von vornherein der Gedanke nahe, dass jener vom Gesetz erstrebte Gesamterfolg mit wegleitend war und dass sie daher unabdingbar sein sollen.

Seite: 320

Das trifft nach dem Gesagten speziell auch zu für Art. 64 b .

6.- Ist danach die Bestimmung in diesem Sinne zwingend, so hat sie diesen Charakter allgemein und für alle Konzessionen. Die Auffassung ist abzulehnen, dass bei Verleihungen, die keine Baufrist oder, wie hier, eine der Baufrist vorangehende Wartefrist aufstellen und nach denen der Beliehene schon vor dem Bau den Wasserzins oder einen jährlichen Entgelt zu leisten hat, Art. 64 b wegbedungen werden könnte (für die Zeit, da keine Baufrist läuft), und noch mehr ist abzulehnen die Meinung, dass bei solchen Konzessionen die gesetzliche Verzichtsbefugnis schon stillschweigend als ausgeschaltet zu gelten habe. Jene Gestaltung des Verleihungsverhältnisses ist jedenfalls nicht die normale auf dem Boden des WRG, das in Art. 54e die Ansetzung der Baufrist als wesentlichen Bestandteil der Konzession erklärt. Das Bundesgericht hat freilich in einigen Urteilen bemerkt, dass Art. 50 I auf Konzessionen ohne Baufrist nicht zur Anwendung komme (BGE 49 I 179, 54 I 437, 60 I 311), ohne aber weiter zur Frage Stellung zu nehmen, ob eine solche Verleihung mit dem WRG vereinbar sei. Im Urteil Obwalden c/ Centralschweizerische Kraftwerke vom 7. Juli 1939, S. 53 (diese Erwägung ist nicht publiziert), wurde eine Konzession, die für ein einzelnes Gewässer keine Baufrist, aber auch keine Zinspflicht oder andere Leistungen vorsah, als unvollständig erklärt (auch in Auslegung der Konzession) und im Wege der Lückenausfüllung ergänzt durch Aufstellung einer Baufrist. Auch wenn man davon ausgeht, das WRG schliesse Konzessionen mit dem erwähnten Inhalt, was Baupflicht und Baufrist angeht, nicht unbedingt aus, so sind sie doch dem allgemeinen Ziel des Gesetzes, die Wasserkräfte der Nutzung zuzuführen, weniger konform als Verleihungen, die der Anforderung von Art. 54e Genüge tun. Darum kann auch keine Veranlassung vorliegen, sie im Gegensatz zu andern, normalen, Konzessionen durch eine abweichende Auslegung

Seite: 321

des Gesetzes in ihrem Fortbestand zu erleichtern. In Würdigung des Wertes solcher Konzessionen vom Standpunkt des WRG und seiner Gesamtziele aus möchte man im Gegenteil sagen, dass hier die unabdingbare Befugnis des Konzessionärs auf die Konzession zu verzichten, ebensowenig, wenn nicht noch mehr, am Platze ist als bei den andern Verleihungen. Gelangt die Konzession in dieser Weise durch den einseitigen Willen des Konzessionärs zum Erlöschen, so hört damit allerdings die Leistung an das Gemeinwesen für das zur Verfügunghalten der Wasserkraft auf; aber das Gemeinwesen kann dafür über die Wasserkraft selber wieder verfügen.

7. Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass, wenn die vorliegende Konzession nach dem 1. Januar 1918 erteilt worden wäre, die ausdrückliche Verzichtserklärung, welche die Beschwerdebeklagte im Jahre 1935 abgegeben hat, sie zum Erlöschen gebracht hätte und zwar gleichgültig, ob diese Befugnis in der Konzession ausgeschlossen oder darauf verzichtet worden sei. Da die Konzession aber älter ist, fragt es sich, ob Art. 64 b rückwirkend auf sie anwendbar sei.

Nach Art. 74 II und IV WRG sind diejenigen Vorschriften des dritten Abschnittes, die nicht als für alle Konzessionen massgebend bezeichnet sind, massgebend für die nach dem 26. Oktober 1908 bis zum Inkrafttreten des Gesetzes erteilten Konzessionen (BGE 60 I 310 2 a). Nach dieser Regelung wäre Art. 64 b auch auf die Konzession der Beschwerdebeklagten wirksam geworden; denn ihre Entstehung fällt in die genannte Periode. In der Konzession und im Genehmigungsbeschluss des Kleinen Rates vom 8. Juli 1910 ist zudem die künftige eidgenössische Gesetzgebung vorbehalten (entsprechend dem Gebote von Art. 24 bis VIII BV).

Das Bundesgericht hat jedoch, in einschränkender Auslegung des Art. 74, eine Ausnahme gemacht für den Art. 58 I, der die Höchstdauer der Verleihung auf 80 Jahre von der Betriebseröffnung an festsetzt (BGE 49 I

Seite: 322

583 3). Diese Vorschrift wurde als nicht rückwirkend erklärt auf Konzessionen, die für eine längere

Zeit erteilt sind, weil hier durch ihre Anwendung die innere Ökonomie der Verleihung, das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, zu Ungunsten des Beliehenen gestört und in sein wohlverworbenes Recht auf die verliehene Nutzung eingegriffen würde, was nach allgemeinen Grundsätzen nicht ohne Entschädigung, die das Gesetz nicht vorsieht, geschehen könnte. Die Beschwerdeführer machen geltend, dass ähnliche Gründe auch der Rückwirkung des Art. 64 b entgegenstehen, wenigstens bei einer Konzession von der Art der vorliegenden oder doch bei den Verhältnissen, wie sie gerade bei der Verleihung der Beschwerdebeklagten sich vorfinden.

Die Sachlage ist aber beim Verzicht doch wesentlich anders als bei der nachträglichen Herabsetzung der Konzessionsdauer. Schon deshalb, weil Art. 58 I eine ganz verschiedene Wirkung hat, je nachdem es sich um eine alte Konzession (mit längerer Konzessionsdauer) oder die Erteilung einer neuen Konzession handelt, während die Folge des Art. 64 b für alte und neue Konzessionen die gleiche ist: die Konzession erlischt und damit auch das Recht des Gemeinwesens auf den Wasserzins und die andern Leistungen des Konzessionärs, und die Wasserkraft ist wieder zur Verfügung des Gemeinwesens. Und namentlich ist von Bedeutung, dass jenes Recht des Gemeinwesens, wie bereits bemerkt, seiner Art nach kein wohlverworbenes ist, also nicht zu den Rechten gehört, die einem gesetzgeberischen Eingriff im Wege der Rückwirkung entzogen sein sollten.

Es liegt auch kein Grund vor, in dieser Hinsicht Konzessionen ohne oder mit hinausgeschobener Baufrist und bei denen dem Konzessionär für die Wartezeit eine jährliche Entschädigung auferlegt ist, anders zu behandeln. Was oben über den zwingenden Charakter von Art. 64 b auch beim Vorliegen dieses Tatbestandes gesagt wurde, hat entsprechende Bedeutung für die Frage der Rückwirkung.

Seite: 323

Es ist nicht einzusehen, weshalb das Recht des Gemeinwesens auf die Leistungen aus der Konzession gegenüber Art. 64 b stärker sein sollte, wenn der Konzessionär keine Baupflicht hat, als wenn er gehalten ist, die Anlage zu erstellen und die Wasserkraft vielleicht bereits nutzt.

8. Die Beschwerdeführer halten die rückwirkende Anwendung von Art. 64 b hier vor allem deshalb als ausgeschlossen, weil der Konzessionär sich ausdrücklich verpflichtet habe, den Wasserzins und den Betrag für Kraftlieferung während der Frist, da die Konzession nicht erlöschen kann, zu bezahlen. In der Tat hat der ursprüngliche Konzessionär im Nachtrag zur Konzession eine Erklärung in diesem Sinne abgegeben, und auch sein Nachfolger hat sich vorbehaltlos hiezu verpflichtet erklärt.

Es ist keine Frage, dass durch die Konzession der Anspruch der Gemeinden auf den Wasserzins und die andere Leistung bis 1939 begründet werden sollte und zwar ohne die Möglichkeit für den Konzessionär, auf die Konzession zu verzichten. Eine solche Gebundenheit des Konzessionärs ergab sich aber schon aus der Ordnung des kantonalen Rechts, da ja diesem, wie bereits bemerkt wurde, eine gesetzliche Verzichtsbefugnis, wie sie Art. 64 b WRG nunmehr vorsieht, unbekannt war. Der Konzessionär hat also durch jene Erklärung sachlich keine Verpflichtung ausgesprochen, die auf Grund der Konzession nicht ohnehin entstanden wäre. Der Umstand, dass der Erlösungsgrund des Art. 64 b für den Kanton neu ist, kann der Rückwirkung nicht im Wege stehen; denn es ist ja das Wesen der Rückwirkung einer gesetzlichen Bestimmung, dass unter der Herrschaft des bisherigen Rechts begründete Rechtsverhältnisse durch sie geändert werden. Da jene Bindung des Konzessionärs an die Verleihung schon eine gesetzliche Folge war, ist es fraglich, ob man in seinen Erklärungen einen Verzicht erblicken könnte auf eine allfällige durch die künftige Bundesgesetzgebung

Seite: 324

zu schaffende Befugnis des Beliehenen, die Konzession durch Verzicht zum Erlöschen zu bringen. Wollte man aber der Erklärung auch eine solche Meinung unterstellen, so könnte das die Rückwirkung wiederum nicht hindern, weil ja Art. 64 b nicht verzichtbar (s. oben unter Ziff. 5) und, wenn überhaupt rückwirkend, es in diesem Sinne ist. Die zwingende Natur der Bestimmung müsste sich auch gegenüber einem solchen im Hinblick auf sie zum voraus erklärten Verzicht äussern. Der gedachte Verzicht auf die Verzichtsbefugnis des künftigen Gesetzes könnte dem neuen Rechte gegenüber keine grössere Widerstandskraft haben als ein unter dessen Herrschaft erklärter Verzicht und auch als die Ordnung des kantonalen Rechts, das den Verzicht als Erlösungsgrund der Konzession nicht vorsieht.

Zu einer andern Lösung der Rückwirkungsfrage könnte man nur gelangen, wenn die Annahme sich vertreten liesse, die Gemeinden seien nicht nur aus der Konzession berechtigt, den Wasserzins und die andere Leistung von der Beschwerdebeklagten zu fordern, sondern zugleich auch noch rechtsgeschäftlich zufolge Vereinbarung mit dem Konzessionär. Neben der Kompetenz der Gemeinden, die durch die Konzession begründeten Abgaben zu erheben, bestände dann noch ein rechtsgeschäftlicher Anspruch auf dieselben Leistungen, der nicht nach den Regeln über die Verleihung zu beurteilen wäre. Es muss indessen einleuchten, dass man mit einer solchen rechtlichen Konstruktion nicht Teile einer Konzession dem Wirkungsbereich des Gesetzes entziehen

kann. Der Wasserzins und die andern Leistungen des Konzessionärs gehören zum Inhalt des Konzessionsverhältnisses, und wenn inbezug darauf, im Hinblick auf die Begründung und Gestaltung dieses Verhältnisses, Erklärungen vom Bewerber abgegeben und von der Behörde entgegengenommen werden, so sind das rechtlich Vorbereitungen für die Verfügung der Behörde; sie mögen für die Auslegung der Konzession von Bedeutung sein; aber eine selbständige

Seite: 325

Tragweite neben dieser im angegebenen Sinn kann ihnen nicht zukommen. Es besteht nur eine Pflicht der Beschwerdebeklagten, die fraglichen Leistungen zu machen, die konzessionsmässige, und wenn die Konzession aus irgend einem Grund Verwirkung, Verzicht dahinfällt, so hört eben diese Pflicht auf.

Demnach erkennt das Bundesgericht. Die Beschwerde wird abgewiesen