

sung nur, dass der Rückkauf erst nach Ablauf des zweiten Drittels der Konzessionsdauer erfolgen dürfe. Ein Stichtag für den Beginn des Fristenlaufes wird nicht mehr genannt. Diese Unklarheit lässt grundsätzlich drei Interpretationen zu: Der Gesetzgeber wollte nur die Frist verlängern und ging davon aus, dass für den Beginn der Frist alles beim Alten blieb. Dafür spricht der Text der Botschaft, wo nur davon die Rede ist, dass der Rückkauffermin «nicht vor Ablauf des zweiten Drittels der Konzessionsdauer (bisher eines Drittels) angesetzt werden» darf. Denkbar ist aber auch, dass der Fristbeginn der Disposition der Parteien überlassen werden wollte. Drittens könnte man sich auch auf den Standpunkt stellen, dass die Frist mit dem Beginn der Konzession, also der Inbetriebnahme des Werkes, zu laufen anfangen solle. Stellte man auf die erste Variante ab, stünde auch die neurechtliche – ausgehend von den Genehmigungsbeschlüssen von 1946 bzw. 1949 – Sperrfrist einer Gutheissung der Klage nicht entgegen. Ob dem so ist, kann aber offenbleiben.

U 02 24

Urteil vom 1. Oktober 2002

Dagegen an das Bundesgericht erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde noch hängig.

44

Sondernutzungskonzession. Dauer. Beendigung.

- Für die Kündigung einer Sondernutzungskonzession ist – im Gegensatz zu ihrer Begründung oder Änderung – nicht die Gemeindeversammlung, sondern der Gemeindevorstand zuständig (E.1).
- Eine Sondernutzungskonzession kann nicht auf unbefristete («ewige») Dauer erteilt werden; es gibt diesbezüglich keine wohlverwobenen Rechte; nennt die Konzessionsurkunde keine zeitliche Beschränkung, ist sie nachträglich zu befristen, was bei Uneinigkeit der Parteien durch richterliche Lückenfüllung geschehen kann (E.2a, b).
- Mit Blick auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung erscheint die einseitige Auflösung einer Konzession nach 130 Jahren nicht als unzulässig (E.2c).
- Bei Kündigung einer Konzession ist eine angemessene Kündigungsfrist zu wahren (E.2d).

Concessione per un diritto speciale di godimento. Durata. Conclusione.

- **Contrariamente a quanto avviene per la sua costituzione o modifica, per la revoca di una concessione per un diritto speciale di godimento non è competente l'assemblea comunale, ma il municipio (cons. 1).**
- **Una concessione per un diritto speciale di godimento non può essere conclusa per una durata illimitata (eternamente); non vi sono in questo contesto dei diritti acquisiti; se l'atto di concessione non indica alcuna limitazione temporale, la durata deve essere stabilita a posteriori, cosa che in caso di divergenza tra le parti può fare il giudice colmando la lacuna (cons. 2a, b).**
- **In considerazione del rapporto tra prestazione e controprestazione, lo scioglimento unilaterale di una concessione dopo 130 anni non appare inammissibile (cons. 2c).**
- **In caso di disdetta di una concessione occorre osservare un congruo termine (cons. 2d).**

Erwägungen:

1. a) Die Rekurrentin bringt vor, ein Konzessionsvertrag könne – sofern nicht das Enteignungsverfahren zu beschreiten sei – nur von dem für den Abschluss zuständigen Organ wieder aufgelöst werden. Nach Art. 6 GG bildeten die Stimmberechtigten in ihrer Gesamtheit das oberste Gemeindeorgan. Durch die Gemeindeverfassung könnten bestimmte Entscheidungsbefugnisse auf einen Gemeinderat übertragen werden. Zu den von Gesetzes wegen unübertragbaren Befugnissen, welche zwingend der Gemeindeversammlung oder der Urnenabstimmung unterbreitet werden müssten, gehörten nach Art. 9 lit. f und Art. 10 Abs. 1 lit. d GG die Erteilung und die wesentliche Änderung von Konzessionen über die Wassernutzung sowie die Einräumung anderer Sondernutzungsrechte. Die Kündigung des Konzessionsvertrages vom 22. März 1873 mit der gleichzeitig geäusserten Absicht, Neuverhandlungen über das Konzessionsverhältnis zu führen, stelle eine wesentliche Änderung der bisherigen Konzession dar. Der Gemeindevorstand sei daher nicht befugt gewesen, ohne Einwilligung der Stimmberechtigten die angefochtene Änderungskündigung auszusprechen.

b) Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Gemäss Art. 14 Abs. 2 GG sowie auch nach Art. 43 GdeV stehen dem Gemeindevorstand alle Befugnisse zu, welche nicht durch eidgenössisches oder kantonales Recht, durch Gemeindeverfas-

sung oder Gemeindegesetz einem anderen Organ übertragen sind. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 9 lit. f und 10 Abs. 1 lit. d GG ist die Gemeindeversammlung bei Wassernutzungskonzessionen nach Wasserrechtsgesetz nur für deren Verleihung und wesentliche Änderung, bei den übrigen Sondernutzungsrechten gar nur für deren Einräumung zuständig. Bei letzteren – und darum geht es vorliegend – ist im Gesetz nicht nur von der Beendigung keine Rede, sondern es wird nicht einmal die wesentliche Änderung wie bei den Wassernutzungskonzessionen erwähnt. Allein schon nach grammatikalischer Auslegung der massgebenden Bestimmungen bedarf daher die Kündigung einer Konzession nicht eines Beschlusses der Stimmbürgerschaft, sondern genügt eine Verfügung des Gemeindevorstandes als oberster kommunaler Verwaltungs- und Polizeibehörde (Art. 14 Abs. 1 GG). Aber auch die Interpretation nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung führt zu keinem anderen Ergebnis. Dieser liegt darin, dass der Volksabstimmung jene Verwaltungsgeschäfte zu unterbreiten sind, die zufolge ihrer Wichtigkeit, namentlich mit Blick auf die finanziellen Auswirkungen und Risiken für die Gemeinde, nicht von einem Verwaltungsorgan, sondern von der Gesamtheit der Stimmberechtigten entschieden werden sollen (vgl. das in ZBI 1994 S. 77 ff. publizierte Urteil des Bundesgerichtes i.S. R. u. L. c. Gde. Poschiavo vom 7. April 1993 E.3). Während nun das Gemeinwesen bei der Verleihung einer Konzession für unter Umständen sehr lange Zeit und mit bedeutsamen finanziellen Risiken und Auswirkungen die Berechtigung zur Sondernutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch vergibt und sie so ihrer eigentlichen Zweckbestimmung entfremdet, holt es sie mit einer Kündigung wieder in den Bereich der öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft zurück und wird daher frei, die Sache wieder dem Gemeingebrauch zuzuführen oder allenfalls eine neue Konzession zu erteilen. Der Beendigung einer Konzession kommt daher bei weitem nicht dieselbe Wichtigkeit zu wie deren Verleihung. Die gesetzliche Regelung, wie sie nach ihrem Wortlaut zu verstehen ist, erscheint daher durchaus als sachgerecht, weshalb kein Anlass dafür besteht, etwas anderes in sie hinein zu interpretieren. Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass der Gemeindevorstand die Kündigung offenbar in der Absicht ausgesprochen hat, mit der Rekurrentin über eine neue Konzession zu verhandeln. Es ist klar und wird auch von der Rekursgegnerin nicht bestritten, dass eine erneute Konzessionsverleihung der Volksabstimmung bedürfte. Durch die Kündigung wird indessen nur das bestehende Konzessionsverhältnis beendet, nicht aber ein neues begründet

oder das bestehende abgeändert. Die Kündigung dient vielmehr nur der Vorbereitung einer allfälligen erneuten Einräumung der Konzession durch den Souverän. Gemäss Art. 16 GG hat nun aber der Vorstand alle Geschäfte, welche der Gemeindeversammlung oder der Urnenabstimmung vorzulegen sind, vorzubereiten und Antrag zu stellen. Durch die Kündigung der zur Diskussion stehenden Konzession hat der Gemeindevorstand somit nichts anderes getan, als seinen Aufgaben nach Art. 16 GG nachzukommen, was nicht zu beanstanden ist. Die Kündigung durch das Exekutivorgan der Gemeinde erweist sich demnach als rechtmässig.

2. a) Die Rekurrentin macht weiter geltend, sie habe ein vertraglich zugesichertes und damit wohl erworbenes Recht auf die Nutzung der M.-Quelle erhalten. Diese Sondernutzungskonzession stehe unter dem Schutz der Eigentumsgarantie und könne daher nur auf dem Weg des Enteignungsverfahrens und gegen volle Entschädigung entzogen werden. Eine blossige Kündigung sei somit nicht zulässig. Die Rekurrentin ist damit der Auffassung, dass ihr die Verleihung gerade auch hinsichtlich der Konzessionsdauer ein wohl erworbenes Recht verschafft habe, obwohl im Vertrag keine bestimmte Dauer festgeschrieben wurde. Dies würde bedeuten, dass die Konzession auf ewig erteilt wurde.

b) Nach heutiger Rechtsanschauung kann das Gemeinwesen Sondernutzungsrechte nicht auf unbefristete Dauer erteilen (Pierre Moor, *Droit administratif*, Bd. III, Bern 1992, S. 136, 308; André Grisel, *Traité de droit administratif*, Bd. I, Neuenburg 1984, S. 293; Tomas Poledna, *Staatliche Bewilligungen und Konzessionen*, Bern 1994, S. 242, 250). Die öffentlichen Gewässer sind öffentliche Sachen im Gemeingebrauch. Dieser Zweckbestimmung werden sie durch ein Sondernutzungsrecht an einem bestimmten Wasserlauf entfremdet (Vinzens Augustin, *Das Ende der Wasserrechtskonzessionen*, Freiburg 1983, S. 29). Das Gemeinwesen muss deshalb von Zeit zu Zeit Gelegenheit erhalten, sich darüber zu vergewissern, ob die Sondernutzung mit dem öffentlichen Interesse noch in Einklang steht. Wäre das durch Konzession dem Privaten eingeräumte Recht ein ewiges, liefe dies darauf hinaus, dass das Gemeinwesen sich seiner Rechte und seiner Hoheit entäusserte, was nicht zulässig ist (Grundsatz der Unveräusserlichkeit der öffentlichen Gewalt; s. Augustin, a.a.O., S. 29, 34; Moor, a.a.O., S. 308; Poledna, a.a.O., S. 242, 250). Für die Anerkennung eines wohl erworbenen Rechts – auch im Zusammenhang mit Konzessionen – ist massgeblich, dass die Konzessionserteilung vertragsähnlicher Natur ist: Innerhalb einer Konzession sind gerade

diejenigen Rechte als wohlerworben einzustufen, welche nicht durch einen Rechtssatz, sondern aufgrund freier Vereinbarung der Parteien entstanden sind (BGE 113 I a 357 E. 6a/cc S. 361, mit Hinweis). Insofern fliessen zivilrechtliche Überlegungen ein. Darum kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass es heute auch zivilrechtlich ausgeschlossen ist, obligatorische Verträge auf «ewige» Zeiten abzuschliessen und aufrechtzuerhalten (BGE 127 II 69 E. 5b S. 77; 114 II 159 E. 2a S. 161; 113 II 209 E. 4 S. 210 f.; 93 II 290 E. 7 S. 300, je mit Hinweisen); unzulässig ist dies selbst dann, wenn sie noch unter der Herrschaft des alten kantonalen Rechts abgeschlossen worden sind, was unter Hinweis auf Art. 2 SchIT ZGB damit begründet wird, dass es sich um einen Grundsatz handelt, der um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit Willen Geltung hat (BGE 97 II 390 E. 3 S. 395). Art. 2 SchIT ZGB aber wird auch im öffentlichen Recht für massgeblich erachtet (BGE 127 II 69 E. 5b S. 77; 112 Ib 39 E. 1c S. 43, mit Hinweisen). Die einheitliche Wertung in der gesamten Rechtsordnung macht deutlich, dass es ein wohlerworbenes Recht auf dauerhafte Sondernutzung nicht geben kann. Dies wäre mit dem erwähnten Grundsatz der Unveräusserlichkeit öffentlicher Gewalt und insofern mit der öffentlichen Ordnung nicht mehr vereinbar (127 II 69 E. 5b S. 77). Das Verwaltungsgericht hat daraus gefolgert, dass eine auf unbefristete Zeit begründete Sondernutzungskonzession nachträglich befristet und vom Verleiher nach Ablauf einer angemessenen Konzessionsdauer einseitig und entschädigungslos aufgehoben werden kann (PVG 1986 Nr. 37). Auch in der Literatur wird angenommen, dass altrechtliche Konzessionen, welche unbefristet erteilt wurden, nachträglich zeitlich beschränkt werden können (Augustin, a.a.O., S. 34; Poledna, a.a.O., S. 250; René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 122, B IV, S. 367). Nennt die Konzessionsurkunde keine zeitliche Beschränkung, ist somit die Dauer der Konzession zu beschränken und bei Uneinigkeit der Parteien durch richterliche Lückenfüllung zu bestimmen (vgl. BGE 127 II 69 E. 5b S. 78; 97 II 390 E. 10 S. 402; Augustin, a.a.O., S. 34 f.).

c) Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die der Rekurrentin erteilte Konzession, deren Dauer nicht bestimmt ist, von der Rekursgegnerin grundsätzlich nachträglich befristet bzw. einseitig aufgelöst werden durfte, ohne dass dadurch ein wohlerworbenes Recht verletzt worden wäre. Was die konkrete Befristung betrifft, kann nach einer Konzessionsdauer von nunmehr fast 130 Jahren offensichtlich nicht mehr gesagt werden, dass nach derart

langer Zeit noch von einem Weiterbestand der Nutzungsrechte ausgegangen werden darf. So wurde selbst bei Wasserrechtskonzessionen für die Elektrizitätserzeugung nie von einer längeren Konzessionsdauer als 100 Jahren ausgegangen (PVG 1986 Nr. 37). Auch mit Blick auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung der Konzession erscheint die einseitige Auflösung durch die Rekursgegnerin nach beinahe 130 Jahren nicht als unzulässig. Die Rekurrentin hat der Rekursgegnerin damals für die – abgesehen vom Bezug von Lösch- und Brunnenwasser für die dörflichen Bedürfnisse – ausschliessliche Nutzung der Quelle einen Betrag von Fr. 10 000.– bezahlt. Dafür hat sie während weit über 100 Jahren riesige Mengen an Trinkwasser bezogen, welche nach ihren eigenen Angaben noch heute fast 60% des städtischen Bedarfs decken. Dass ihre im Laufe der Zeit für den Wasserbezug erstellten Leitungen und anderen Anlagen noch nicht amortisiert seien, hat sie nicht behauptet. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung längst zu Ungunsten der Verleiherin ausgeschlagen ist, weshalb sie grundsätzlich im Jahre 2001 ohne weiteres berechtigt war, die Konzession einseitig aufzulösen. Auch wenn sie dies mit Blick darauf getan haben mag, sich für Neuverhandlungen eine bessere Position zu verschaffen, kann darin entgegen der Ansicht der Rekurrentin kein Verstoß gegen Treu und Glauben erblickt werden. Vielmehr erscheint die Kündigung als Akt legitimer Interessenwahrung, zumal die Rekurrentin schon seit 1997 wusste, dass die Rekursgegnerin die Konzession zwecks Abschlusses eines ein ausgewogenes Verhältnis von Leistung und Gegenleistung wiederherstellenden Verleihungsvertrages einseitig auflösen wollte. Bedeutung kommt dem Vertrauensprinzip in diesem Zusammenhang dagegen bei der durch die Vertragsauflösung anzusetzenden Übergangsfrist zu, worauf im Folgenden noch einzugehen ist.

d) Es ist in Lehre und Rechtsprechung unbestritten, dass dem Konzessionär bei einseitiger Konzessionsauflösung durch den Konzedenten eine angemessene Übergangsfrist zu gewähren ist, deren Länge sich nach Treu und Glauben und der gegenseitigen Interessenlage bemisst (Augustin, a.a.O., S. 34 f.; BGE 127 II 69 E. 6 S. 78). Im Allgemeinen gilt dabei eine Frist von fünf bis zehn Jahren als gerechtfertigt (Augustin, a.a.O., S. 35). Der konkrete Zeitraum ist jedoch anhand der Umstände des jeweiligen Falles zu bestimmen. Vorliegend hat die Konzedentin den Vertrag am 12. Juni 2001 per 31. Dezember 2002 aufgelöst. Diese Frist von knapp 1½ Jahren erscheint selbst mit Blick auf die Tatsache, dass die Re-

kurrentin schon seit 1997 mit einer Kündigung rechnen musste, und in Würdigung der gegenseitigen Interessenlage als zu kurz. Umgekehrt erfordern es die erwähnten Umstände auch nicht, das Konzessionsende auf den 31. Dezember 2008 festzulegen, wie es die Rekurrentin mit ihrem Eventualbegehren beantragt hat. Das Gericht erachtet in Anbetracht der konkreten Gegebenheiten des Falles eine Frist bis zum 31. Dezember 2005 als angemessen. In diesem Sinn ist das Eventualbegehren der Rekurrentin teilweise gutzuheissen.

U 01 80

Urteil vom 2. Juli 2002