

A2 23 8

URTEIL VOM 13. JUNI 2024

**Kantonsgericht Wallis
Öffentlichrechtliche Abteilung**

Es wirken mit: Christophe Joris, Präsident, Dr. Thierry Schnyder und Frédéric Fellay, Richter, sowie Vanessa Brigger, Gerichtsschreiberin,

in Sachen

SCHWEIZERISCHE BUNDESBAHNEN SBB AG, Klägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Roman Friedli und Rechtsanwältin Ellen Guggisberg, 8048 Zürich, diese wiederum vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Brigitta Kratz, Badertscher Rechtsanwälte AG, Mühlebachstrasse 32, Postfach 769, 8024 Zürich,

gegen

KANTON WALLIS, vertreten durch das Departement für Finanzen und Energie, Dienststelle für Energie und Wasserkraft, Avenue du Midi 7, 1950 Sitten, Beklagter,

(Verwaltungsrechtliche Klage zu Konzession)

Verfahren

Die Akten werden nachfolgend wie folgt zitiert:

Gerichtsdossier paginiert: S. XX

Ordner Grau mit Belegen: G Register (Farbe) Nr. (Belegnummer)

Ordner Blau mit Register: B Nr. (Registernummer). Dieser enthält ab Nr. 18 die Beilagen des Schreibens vom 10. Januar 2024

Die Version der Gesetze ergibt sich, indem die jeweilige Jahreszahl dem Gesetz beigefügt ist. Die kantonalen Gesetze haben ein «k» vorangefügt.

Nachfolgende wörtliche Zitierungen können kursive Hervorhebungen enthalten. Diese sind vom Gericht eingefügt worden.

A. Die Schweizerischen Bundesbahnen SBB AG (nachfolgend: SBB) deponierte am 30. Januar 2023 ein Feststellungsgesuch bei der Öffentlichrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts und stellte folgende Rechtsbegehren (S. 3):

- " Es sei festzustellen, dass an den Anlagen des Bahnstromkraftwerks Massaboden der Schweizerischen Bundesbahnen SBB AG, nasser und elektrischer Teil sowie an dem zum Betrieb des Kraftwerks dienenden Boden, für welches Kraftwerk den Schweizerischen Bundesbahnen SBB AG
- mit dem kantonalen Gesetz vom 19. November 1897 betreffend die der Jura-Simplon-Bahngesellschaft für den Simplon-Durchstich gewährten Vergünstigungen, Art. 3 lit. c, eine Konzession für die Nutzung der Wasserkräfte der Rhone erteilt wurde,
 - mit Zusatzkonzessionen des Staatsrats des Kantons VS vom 16. März 1948 sowie vom 20. Mai 1958,
- kein Heimfallsrecht besteht;
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer zulasten des Kantons VS."

B. Der Staatsrat antwortete am 26. April 2023 und beantragte (S. 143):

1. Sofern nach Ansicht des Kantonsgerichts das aufgezeigte kontradiktorische Verhalten der Gesuchstellerin Rechtsschutz verdient (vgl. insb. unsere Ausführungen zu Punkt B, zu RZ 17 sowie AV / 35 und 36) und das Gericht auf das Feststellungsgesuch eintritt, sei dieses als unbegründet abzuweisen, im Übrigen als unzulässig zurückzuweisen.
2. Sofern das Gericht der Auffassung ist, Art. 11 der Wasserrechtskonzession 1958 habe eine umfassende, sämtliche vorgängige Konzessionsordnungen ersetzende Wirkung, möge es feststellen, dass das Heimfallsrecht des Kantons bei Konzessionsablauf (mit 27. Mai 2030) mit der in Art. 54 KWRG 1957 geschaffenen Heimfallordnung für die gesamte, heute bestehende Wasserkraftanlage besteht.
3. Im Übrigen sei das Bestehen des Heimfallsrechts des Kantons festzustellen, dies gemäss den Heimfallbestimmungen des kantonalen Gesetze KWRG 1898 (Art. 15) und des kantonalen Gesetzes KWRG 1957 (Art. 54) und im Sinne der diese Bestimmungen für das vorliegende Konzessionsverhältnis für anwendbar erklärenden Wasserrechtskonzessionen 1948 und 1958, erteilt für die Nutzbarmachung der kantonalen Wasserkräfte der Rhone im Werk «Massaboden» der SBB.
4. Die Kosten des Verfahrens gehen zu Lasten der Gesuchstellerin.

C. Die SBB bestätigte am 12. Juli 2023 ihre Rechtsbegehren (S. 191).

D. Das Kantonsgericht hinterfragte am 26. Juli 2023 seine Zuständigkeit zur erstinstanzlichen Beurteilung von Feststellungsgesuchen (S. 274). Die Beteiligten bezogen darauf am 13. September 2023 (S. 281 ff. und S. 292 ff.) und am 28. September 2023 (S. 296 f.) Stellung. Das Kantonsgericht zeigte sich am 29. September 2023 einverstanden, den Prozess als öffentlichrechtliches Klageverfahren fortzusetzen. Es behielt sich aber auch in dem Fall vor, das Feststellungsinteresse im Endurteil zu prüfen (S. 299).

E. Der Staatsrat reichte die Duplik am 18. Oktober 2023 ein und hielt seine Anträge vom 26. April 2023 aufrecht (S. 310).

F. Die SBB deponierte am 18. November 2023 spontan eine Triplik (S. 311 ff.).

G. Das Kantonsgericht forderte die Beteiligten am 22. November 2023 auf, innert 10 Tagen noch allfällige Beweisanträge zu stellen (S. 315). Diese folgten nach Fristerstreckungen am 6. Dezember 2023 (S. 321 f.). Die Beklagtenpartei deponierte weitere Unterlagen und forderte die Edition eines Rechtsgutachtens bei der Klägerin (S. 321). Diese stellte keine Beweisanträge (S. 357).

H. Das Kantonsgericht gewährte den Parteien am 13. Dezember 2023 eine Frist zum Depot abschliessender Vernehmlassungen (S. 366). Letztere trafen am 10. Januar 2024 (S. 370 ff.) und am 29. Januar 2024 (S. 377 ff.) ein. Die Parteien wurden dazu am 31. Januar 2024 in Kenntnis gesetzt (S. 385).

I. Das Kantonsgericht forderte schliesslich von der Klägerin am 3. Mai 2024 Angaben zur Streitwertbemessung ein (S. 390), welche am 14. Mai 2024 eintrafen (S. 392).

J. Weitere Sachverhaltsdarstellungen, Parteibehauptungen sowie Begründungen sind, soweit rechtlich von Bedeutung, in den nachfolgenden Erwägungen aufgeführt.

Erwägungen

1. Formelles

1.1 Das Kantonsgericht hat die Prozessvoraussetzungen wie die Partei- und Prozessfähigkeit, die Zulässigkeit des Rechtsweges, die Zuständigkeit der angerufenen Instanz, das Rechtsschutzinteresse sowie die formrichtige und rechtzeitige Rechtsvorkehr von Amtes wegen zu prüfen (BGE 126 V 30, 125 V 184 E. 1 mit weiteren Hinweisen).

1.1.1 Die Öffentlichrechtliche Abteilung des Kantonsgerichts Wallis ist gemäss WYER, Rechtsfragen der Wasserkraftnutzung, 2000, S. 197 zur Behandlung der vorliegenden Auseinandersetzung funktional zuständig. Das Bundesgericht hat dem Kantonsgericht

im Entscheid 2C_1007 / 2018 vom 16. Oktober 2019 E. 3 auferlegt, bei Streitigkeiten gemäss Art. 71 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (WRG; SR 721.80) ein verwaltungsrechtliches Klageverfahren durchzuführen. Das Kantonsgericht kann ferner zum Zustandekommen des vorliegenden Klageverfahrens auf die Verfügung vom 29. September 2023 und auf Art. 83 Abs. 1 lit. b des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; SGS/VS 172.6) sowie Art. 97 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 28. März 1990 (kWRG; SGS/VS 721.8) verweisen (S. 299).

1.1.2 Beide Parteien beantragen «Feststellungen». Es ist folglich zu prüfen, ob ein hinreichendes Klageinteresse vorliegt, zumal sich das Kantonsgericht diese Kontrolle am 29. September 2023 ausdrücklich vorbehalten hat (S. 299).

1.1.2.1 Die Feststellungsklage erfordert ein rechtliches Interesse an der Feststellung. Der Begriff «rechtliches Interesse» ist weit auszulegen. Die Feststellungsklage muss namentlich zulässig sein, um eine Ungewissheit zu beseitigen, durch welche die klagende Partei in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit behindert ist. Ein rechtliches Feststellungsinteresse fehlt regelmässig, wenn ein Leistungsbegehren gestellt werden kann. Letzteres ermöglicht grundsätzlich nur die Geltendmachung fälliger Ansprüche. Das Gericht bejaht ein rechtliches Feststellungsinteresse trotz der Möglichkeit einer späteren Leistungsklage, wenn es der klagenden Partei darum geht, nicht nur die fällige Leistung zu erhalten, sondern die Gültigkeit des dieser zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses auch für dessen künftige Abwicklung feststellen zu lassen. Die klagende Partei kann auch das Bestehen einer Verpflichtung prüfen lassen, deren Erfüllung auf blosser Feststellung hin zweifelsfrei gesichert ist (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VK.2009.00002 vom 25. Februar 2010 E. 2; WIEDERKEHR / PLÜSS, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, 2020, S. 1019).

Art. 58a WRG sieht vor Ablauf einer Konzession mehrjährige Fristen für Erneuerungsverhandlungen vor. 15 Jahre vor Ablauf der Konzession muss das Gesuch um Erneuerung eingereicht werden. 10 Jahre vor dem Ende hat die zuständige Behörde zu entscheiden, ob sie grundsätzlich zu einer Erneuerung bereit ist (Art. 58a WRG). Diese Bestimmung bezweckt folglich, Unsicherheiten des Konzessionärs betreffend die Zukunft zu vermindern (MERKER / CONRADIN-TRIACA, in: KRATZ / MERKER / TAMI / RECHSTEINER / FÖHSE [Hrsg.], Kommentar zum Energierecht, N. 3 zu Art. 58a WRG).

1.1.2.2 Die dem Streit zugrundeliegende Konzession endet 2030. Die oben zitierten 15 und 10-Jahresfristen laufen bereits. Die Parteien haben begonnen, über eine Erneuerung zu verhandeln. Sie sind sich uneinig, ob ein Heimfallsrecht besteht. Die Klärung der entsprechenden Frage blockiert komplexe Vertragsverhandlungen (TB 91). Der Wert der Anlagen beträgt mehr als eine Million Franken (S. 392). Es ist den Parteien nicht zuzumuten, bis zum Ablauf der Konzession zu warten, um die Frage, ob überhaupt ein Heimfallsrecht besteht, mit Hilfe einer Leistungsklage gerichtlich klären zu lassen. Das hinreichende Feststellungsinteresse an einer vorzeitigen Klärung dieser wichtigen Uneinigkeit liegt demnach vor (vgl. dazu die analogen Überlegungen zum Feststellungsinteresse im ersten Etzelwerkentscheid vom 11. Juli 1988, publiziert in ZBI 90 [1989] E 1.e).

1.2 Das Klageverfahren ist kontradiktorisch ausgestaltet (WIEDERKEHR / PLÜSS, a.a.O., S. 1014). Der Streitgegenstand durch die Rechtsbegehren der Parteien bestimmt und das Gericht an die Parteianträge gebunden ist. Es darf einer Partei nicht mehr und nichts Anderes zugesprochen werden, als diese verlangt, aber auch nicht weniger, als die Gegenpartei zugesteht (vgl. Art. 85 VVRG i.V.m. Art. 79 VVRG). Die Rechtsbegehren sind so abzufassen, dass sie unverändert zum Urteil erhoben werden könnten (WIEDERKEHR / PLÜSS, a.a.O., S. 1014 f.).

Es gilt ferner der Grundsatz der Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen (Untersuchungsgrundsatz; Art. 85 VVRG i.V.m. Art. 56 Abs. 1 VVRG i.V.m. Art. 17 VVRG). Das Gericht hat demnach von sich aus für die Beschaffung der notwendigen Entscheidungsgrundlagen zu sorgen.

Der in diesem Fall erfolgte Wechsel von üblichem Verwaltungsverfahren zu Klageverfahren hat keinen Nachteil für die Parteien zur Folge, da auch im Klageverfahren keine Verhandlungsmaxime gilt und beide Beteiligten damit einverstanden gewesen sind.

2. Sachverhalt

2.1 Der Grosse Rat des Kantons Wallis verlieh der Jura / Simplon Bahngesellschaft in Form eines Gesetzes am 19. November 1897 Vergünstigungen für den Simplon Durchstich (S. 58). Die für den Tunnelbau benötigten Wasserkräfte der Rhone würden entschädigungslos zugesprochen. Die Unentgeltlichkeit betreffe nur noch die Energie für die Lüfterneuerung und elektrische Beleuchtung des Tunnels, sobald Letzterer dem Betrieb übergeben worden sei. Die Gesellschaft müsse für jede von ihr zu anderen Zwecken verwendete Pferdekraft (PS) einen alljährlich gesetzlichen Wasserzins entrichten. Die nicht verwendete Wasserkraft falle samt dem Miteigentumsrecht an den Stauwehren und Zufuhrkanälen gratis an den Staatsrat zurück (S. 61).

2.2 Die Konzessionärin erstellte in den darauffolgenden Jahren auf Boden der Gemeinde Bitsch das Elektrizitätswerk Massaboden (G Grau Nr. 4).

2.3 Die Konzession ging «wenige Jahre später», nach dem Bau der Tunnels (G Grau Nr. 4), auf die SBB über (unbestrittene TB 41).

2.4 Der Staatsrat präziserte ab dem 26. November 1907, 600 PS nicht zu besteuern, da diese für die Belüftung und Beleuchtung des Tunnels erfordert würden (B Nr. 1 ff.).

2.5 Die SBB verkaufte einen Teil des produzierten Stroms an die Lonza (B Nr. 4 ff.). Der Kanton beanstandete dies am 31. Mai 1918, weil die Konzessionärin diesen Strom an den Kanton hätte zurückgeben müssen (B N. 10). Die SBB schlug dem Staatsrat am 4. November 1918 vor, Bestimmungen des Gesetzes vom 19. November 1897 in einer Konzession («acte de concession») zu präzisieren. Diese Anregung bewirkte weiteren Schriftenwechsel (B 12 ff.), in deren Zuge die SBB am 18. August 1921 Folgendes mitteilte (B Nr. 15):

«A cet égard, nous nous permettons de vous faire observer qu'aucune des concessions que nous avons acquises jusqu'à ce jour ne contient le droit de retour à la communauté concédant, prévu aux art. 65 et 67 de la loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques »).

2.6 Die SBB schrieb dem Kanton im Zuge einer Streitigkeit zum Steueranspruch am 27. Juli 1925 (G Nr. 4):

«Der Bund kann die zur Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben nötige Wasserkraft aus eigener Machtbefugnis gemäss Art. 12 des genannten WRG kurzer Hand für sich in Anspruch nehmen. In diesem Fall hat er gemäss Art. 14 des Gesetzes den Steuerfranken zu bezahlen. Diese Auslegung ergibt sich ohne weiteres aus dem Gesetz, in welchem die Art. 12, 13 und 14 ein zusammengehöriges Ganzes bilden. Der Bund kann das nötige Wasserrecht sich aber auch, wie jedermann, auf dem Wege der Konzession seitens des Kantons oder Gemeinde erteilen lassen. In solchem Falle gelten die Art. 38 ff. des genannten Gesetzes; der Steuerfranken ist nicht zu bezahlen, d.h. der Art. 14 ist nicht anwendbar.»

Die SBB führte eine Vielzahl von Materialien an, um ihren Standpunkt zu bestärken und schloss (S. 4 unten des zitierten Briefs):

«Ein rechtlicher Anspruch auf einen Steuerfranken besteht nicht. Es handelt sich hier nicht um eine Inanspruchnahme einer Wasserkraft durch den Bund kraft eigenen Rechts im Sinne des Art. 12 des eidg. WRG. Die Ausnutzung der Wasserkraft der Rhone beruht vielmehr auf einer kantonalen Konzession. Dies ist ein Bestandteil der Subvention, die der

Kanton Wallis der ehemaligen Jura-Simplon-Bahngesellschaft durch das Subventionsgesetz vom 19. November 1897 gewährt hat. Wir verweisen auf Art. 3 lit. c letzteren Gesetzes. Durch den Rückkauf der Jura-Simplon-Bahn ist das Recht zur Ausnutzung der Wasserkraft auf den Bund übergegangen. Für Wasserrechte, die auf solchem Umwege in den Besitz des Bundes gelangen, ist der Steuerfranken im Sinne des Art. 14 des WRG nicht vorgesehen.»

2.7 Die SBB bekräftigte diese Überlegung in einer Mitteilung vom 12. Juni 1936 (G Gelb Nr. 4) :

« Les motifs de ce refus ont été exposés à votre Département dans la correspondance échangée en 1925, notamment d'une manière très détaillée dans notre lettre No. 4225 10 / II du 27 juillet 1925 à laquelle nous vous prions de bien vouloir vous reporter et que nous ne pouvons que confirmer purement et simplement ».

2.8 Eine Untersuchung der Abteilung für Bahnbau und Kraftwerk über die rechtlichen Grundlagen einer Erweiterung des Kraftwerks vom 7. Oktober 1941 zitiert in den Erwägungen ein Schreiben vom 11. August 1921, die SBB werde den Betrieb nicht vollständig auf- und die Anlagen nicht an den Kanton zurückgeben, weil sie für ihre Aufgabenerfüllung auf derlei angewiesen sei (S. 77). Die nicht verwendeten Wasserkräfte vielen unentgeltlich an den Staat zurück, der aber praktisch nichts damit anfangen könne, weil es sich um Sommerstrom handle. Der Kanton hätte ein Interesse am höheren Ausbau, weil er den gesetzlichen Wasserzins erhalte. Er sei um seine Zustimmung anzufragen (S. 78).

2.9 Die SBB beantragte dem Staatsrat am 6. Juni 1947 die Ausdehnung des Wassernutzungsrechts von 7.00 m³ / Sek. auf 20.00 m³ / Sek. Für die Ventilation des Tunnels sei bis Ende 1921 600 PS, seit 1922 jährlich 400 PS als wasserzinsfrei abgezogen worden (S. 79; G Gelb Nr. 1).

2.10 Es folgte ein Briefwechsel zwischen dem Kanton und der SBB (G Gelb Nr. 2-15). Letztere wies am 31. Juli 1947 auf die oben zitierten Schreiben vom 27. Juli 1925 und 12. Juni 1936 (S. 84).

2.11 Die Akten bestätigen einen Rechtsstreit zwischen der SBB und der Rhonemassa (G Grün.). Ein an dieser Stelle enthaltenes Schreiben vom 2. Dezember 1947 enthält den Antrag an den Staatsrat, zukünftig 120 PS für die Beleuchtung und Lüftung steuerfrei in Abzug zu bringen. Die SBB erklärte, der Leistungsaufwand für die Lüftung habe sich «merklich» verringert.

2.12 Weitere Mitteilungen belegen die fortgesetzten Verhandlungen zwischen SBB und Kanton. Die Konzessionärin schrieb im Zuge der Auseinandersetzungen am 13. März 1948 (G Gelb Nr. 15):

Wenn der Bund die zu erwerbenden Wasserkräfte im Sinne des Art. 12 ff. WRG in Anspruch nähme, so müssten wir höchstens mit einer jährlichen Belastung von Fr. 21'000.00 rechnen.

2.13 Der Staatsrat erteilte der SBB am 16. März 1948 eine 80 Jahre dauernde Konzession der Wasserkräfte der Rhone zwischen Mörel und Massaboden, indem sie auf die bisher maximal genutzte Wassermenge von 7 m³ / Sek auf 11.5 m³ / Sek erhöhte. Die Konzession verwies auf das eidgenössische und kantonale Gesetz sowie das Gesetz vom 19. November 1987 (S. 63).

2.14 Die SBB ersuchte am 6. August 1952 um eine Mehrwassernutzung von 11.5 m³ / Sek. auf 20 m³ / Sek (S. 95 ff.).

2.15 Der Kanton erklärte sich mit dem Vorgehen am 8. Oktober 1952 mehrheitlich einverstanden (S. 98), wobei es zu weiteren Verhandlungen kam (G Gelb Nr. 22 - 23).

2.16 Die SBB bestritt am 7. März 1958, die vorgesehene Nichtbezahlung der Steuerausfallentschädigung beruhe auf ein Versehen. Es liege u.a. keine zwangsweise Inanspruchnahme von Wasserkräften durch den Bund gemäss Art. 12-14 WRG vor (S. 103). Die Konzessionärin verneinte jegliche gesetzliche oder vertragliche Pflicht zur Zahlung der Steuerausfallentschädigung. Die SBB würde angesichts dessen, dass sie anderswo dem Konzedenten freiwillig entgegengekommen sei, eine Steuerausfallentschädigung leisten (S. 104):

«Wir müssen im vorliegenden Falle jede gesetzliche oder vertragliche Pflicht zur Zahlung der Steuerausfallentschädigung ablehnen, insbesondere hinsichtlich der von uns bereits erworbenen Wasserkräfte. Im Hinblick jedoch darauf, dass wir in jüngster Zeit auf besonderes Begehren hin in diesem Punkt auch anderswo freiwillig entgegengekommen sind, wären wir grundsätzlich nicht abgeneigt, im Interesse der Erhaltung unserer guten Beziehungen mit dem Kanton Wallis die Steuerausfallentschädigung auch für Massaboden künftig im Sinne des nachstehenden Vorschlags zu bezahlen.»

2.17 Der Staatsrat bestätigte am 17. März 1958 den Empfang der Mitteilung und lobte die guten Beziehungen zwischen den Vertragspartnern (G Gelb Nr. 28).

2.18 Eine interne Aktennotiz der SBB Rechtsabteilung vom 25. April 1958 fasste das Verhandlungsergebnis zusammen und erwog, das vorliegende Wasserkraftwerk sei das einzige, bei welchem noch kein Steuerausgleich bezahlt worden sei (S. 106).

2.19 Der Staatsrat erteilte der SBB am 20. Mai 1958 eine weitere Konzession und ermöglichte, die maximal genutzte Wassermenge auf 20 m³ / Sek zu erhöhen (S. 67). Er forderte «in sinngemässer Anwendung von Art. 14 WRG» eine Steuerausfallentschädigung von Fr. 20'000.00 und verwies im Übrigen auf das eidgenössische und das Kantonale Gesetz sowie das Gesetz vom 19. November 1897 (S. 68).

2.20 Das Bundesamt für Verkehr erteilte am 4. Juli 2005 eine Plangenehmigung für das Wasserkraftwerk. Das Bauvorhaben betraf den Ersatz eines Ausgleichsbeckens und den Umbau des Triebwassersystems (G Blau Nr. 36). Das Bundesamt verwies auf Stellungnahmen des Kantons vom 8. April 2004 und 11. Mai 2004 (G Blau Nr. 36 S. 2, welche dieser Urkunde im Register Blau beigefügt sind; vgl. ebenso den Rapport vom 16. März 2004 oder G Blau Nr. 35). Die Mitteilung vom 8. April 2004 enthält u.a. folgenden Passus:

Die SBB muss die Eigentumsfrage, die aus dem Rückfallrecht ergibt, mit der Kantonsverwaltung, Dienststelle für Wasserkraft [...] regeln.

Die SBB habe dazu erklärt, ein Antrag zum Heimfallsrecht solle mit dem Kanton und der Gemeinde geklärt werden. Auch das Bundesamt vertrat den Standpunkt, jenes werde nicht im Plangenehmigungsverfahren behandelt (G Blau Nr. 36 S. 5, 6). Das Bundesamt hielt abschliessend fest, bezüglich der Regelung der Eigentumsfrage (Rückfall) werden die SBB ebenfalls auf ihrer Zusicherung der Regelung mit dem Kanton und der Gemeinde behaftet, so dass unter den gegebenen Umständen im vorliegenden Verfahren bzw. in der Plangenehmigungsverfügung auf diesen Gegenstand nicht weiter einzugehen sei und die Aufnahme einer entsprechenden Auflage in die vorliegende Verfügung entfallen könne (G Blau Nr. 36 S. 13).

2.21 Die SBB gelangte am 7. Mai 2015 mit dem Anliegen an den Staatsrat, das Wasserkraftwerk auch nach Ablauf der Konzession vom 27. Mai 2030 weiterzubetreiben. Sie forderte unter Verweis auf Art. 58a WRG eine Klärung der Voraussetzungen für die Erneuerung der bestehenden Konzession (S. 70).

2.22 Der Kanton bestätigte am 12. Mai 2015 den Eingang des Schreibens und verwies darauf, eine Erneuerung vor Ablauf einer Konzession könne erfolgen und ein zustimmender Entscheid, ob die Konzession grundsätzlich erneuert werde, erfolge mindestens

10 Jahre vor deren Ablauf. Der Staatsrat betonte in diesem Brief mit kursiver Schreibweise seine Handlungsoptionen (S. 71).

2.23 Der Kanton nahm am 28. März 2017 auf die Mitteilung vom 12. Mai 2015 Bezug und verwies auf das Heimfallsrecht und auf eine kürzlich in Kraft getretene Revision des kWRG. Er fragte die SBB auch an, ob diese eine Inanspruchnahme nach Art. 12 WRG planen werde (S. 72).

2.24 Die SBB bestätigte am 11. April 2017 den Eingang dieser Mitteilung und kündigte die notwendigen Abklärungen an (G Blau Nr. 40).

2.25 Die SBB bat den Kanton am 5. Juli 2018 zu einem zeitnahen Treffen, um die Fortführung der Konzession abschätzen zu können (G Blau Nr. 41).

2.26 Der Staatsrat fällte am 20. Dezember 2019 einen Sanierungsentscheid, in welchem er auch die wirtschaftlichen Konsequenzen bis zum Ende der Konzession im Jahr 2030 mitbeachtete (G Grau Nr. 5).

2.27 Der Kanton bestätigt am 16. Dezember 2019 eine Sitzung mit der SBB und lud diese zu einer Gemeinsamen Sitzung vom 28. Januar 2020 ein (S. 75).

3. Rechtliches

3.1 Vorbemerkungen

3.1.1 Die oben zitierten Urkunden zum weiterveräusserten Strom, zum Steuerausgleich, zur Reduktion der Quantität an unentgeltlichem Strom (von 600 PS auf 120 PS) sowie die Vertragsverhandlungen inkl. interne Notizen belegen, dass die SBB ihre Standpunkte im Laufe der Jahre mit einer ausreichenden Intensität darlegen und vertreten konnte. Sie hat dabei auch ihre ökonomischen Interessen vertreten.

3.1.2 Das Heimfallsrecht ist bei den Verhandlungen in den 40er Jahren wiederholt thematisiert worden (vgl. E. 2.9 ff.). Der Kanton hat sich dieses ausserdem im Rahmen des Plangenehmigungsverfahrens im Jahr 2005 ausdrücklich vorbehalten (vgl. E. 2.20). Gerade bei der Planung solcher Umbauarbeiten, rund 25 Jahre vor Ende der Konzession, dürfte es für die Parteien erheblich sein, ob ein Heimfallsrecht besteht oder nicht. Die Behauptung der Klägerin in der ersten Rechtsschrift, «beide Parteien seien bis 2017 über[ein]stimmend davon» ausgegangen «dass dem Kanton aufgrund des Verhandlungsergebnisses von 1948 (Verzicht des Kantons auf ein Heimfallsrecht [...]) kein Heimfallsrecht zusteht (TB 39)» widerspricht, obigen Urkunden diametral.

Das Kantonsgericht vermag ferner nicht nachzuvollziehen, was sich die Klägerpartei aus dem angeblich treuwidrigen Verhalten des Kantons zu ihren Gunsten ableiten könnte.

3.1.3 Der Kanton beantragt wiederholt die Edition eines Rechtsgutachtes bei der Klägerpartei, weil ihm nur eine Abschrift vorliege (S. 321). Die SBB behauptet im Verlauf des Prozesses, nicht darüber zu verfügen. Sie ignoriert, dass sie einzig einer Hinterlegung durch den Kanton zustimmen müsste (S. 130), was sie jedoch ausdrücklich verweigert (S. 221 und S. 381). Das Kantonsgericht vermag ohne Kenntnis dieser Urkunde nicht nachzuvollziehen, warum deren Depot unzulässig sein soll. Das Gutachten scheint nur rechtliche Fragen zu beantworten und bildet somit kein Beweismittel. Es wäre, zumindest nach jetzigem Kenntnisstand, nicht illegal. Das Gericht verzichtet darauf, die Urkunde selbst einzuholen oder die ungenügende Mitwirkung der Konzessionärin bei der nachfolgenden Beweiswürdigung zu beachten.

3.1.4 Altstaatsrat DR. HANS WYER zitiert in seiner Dissertation einen «Etzelwerk-Entscheid» (WYER, a.a.O., S. 28). Es handelt sich dabei um das erste Urteil des Bundesgerichts (publiziert im ZBI 89 [1989] S. 82 ff.; vgl. auch den Verweis im ZBI 114 [2013] S. 409) und nicht um das in den Rechtsschriften wiederholt thematisierte Urteil des Bundesgerichts 2C_258 / 2011 vom 30. August 2012. Der 2012 verstorbene Doktorand hatte von letzterem Urteil beim Verfassen seiner Dissertation im Jahr 2000 und seiner weiteren Werke keine Kenntnis.

3.1.5 Das Kantonsgericht zitiert nachfolgend Auszüge aus der Dissertation von GADI-ENT, Der Heimfall im Wasserrecht des Bundes und der Kantone aus dem Jahr 1958. Der Doktorand erwähnt darin einen Entwurf des Walliser Gesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 27. September 1955. Es existiert kein Gesetz mit diesem Datum. GADI-ENT erklärt dazu jedoch der Einleitung seines Werks, das Walliser Stimmvolk habe den Entwurf am 2. Juni 1957 angenommen. Die Regelung des Heimfalls entspreche im Wesentlichen demjenigen des in dieser Arbeit verwendeten ergänzten Entwurfs vom September 1955 (GADI-ENT, a.a.O., S. 13).

3.2 Inanspruchnahme für Bundeszwecke nach Art. 12 WRG

3.2.1 Der Bund ist berechtigt, für seine Verkehrsbetriebe die Benutzung eines Gewässers in Anspruch zu nehmen (Art. 12 Abs. 1 WRG; noch offener: Art. 12 Abs. 1 WRG-1916). Er hat, sofern er eine noch unbenutzte Gewässerstrecke in Anspruch nimmt, das verfügungsberechtigte Gemeinwesen für den Ausfall der Konzessionsgebühr und des Wasserzinses schadlos zu halten (Art. 13 Abs. 1 WRG; vgl. Art. 13 Abs. 1 WRG-1916).

Der Bund hat ferner als Ausgleich des Ausfalles an kantonalen, kommunalen und weiteren Steuern eine Entschädigung von 11 Franken im Jahr pro Kilowatt ausgebaute Bruttoleistung zu bezahlen. Der Anspruch des Kantons auf Steuerausgleich nach Art. 14 WRG besteht im Rahmen der Inanspruchnahme und gilt seit einer Revision von 1967 auch, wenn die Wasserkräfte im Rahmen einer Konzessionierung oder eines anderen Rechtstitels in Anspruch genommen und genutzt werden (Art. 14 Abs. 1 und 1bis WRG). Der Bund oder seine Verkehrsbetriebe können mit dem verfügungsberechtigten Gemeinwesen die Inanspruchnahme auch per konzessionsmässiger Vereinbarung regeln (HETTICH / RECHSTEINER / DRITTENBASS / GRAEFEN, Heimfall im Wasserrecht: Dogmatik und ausgewählte Rechtsfragen, Gutachten zu Handen des Schweizerischen Wasserwirtschaftsverbandes, S. 62). Dies sei in der Praxis auch so, namentlich für die meisten Kraftwerke der SBB (KRATZ, in: KRATZ / MERKER / TAMI / RECHSTEINER / FÖHSE, a.a.O., N. 16 zu Art. 12 WRG). Die Inanspruchnahme durch den Bund für seine Verkehrsbetriebe setzt einen formellen Entscheid des Bundes voraus (KRATZ, a.a.O., N. 31 zu Art. 12 WRG).

3.2.2 Die obigen Ausführungen belegen, dass der Kanton der Klägerin zunächst per Gesetz eine Konzession zur Verfügung gestellt hat (vgl. E. 2.1 und E. 2.5). Das Recht wurde in den 40er und 50er Jahren zwei Mal ausgeweitet (vgl. E. 2.9 ff. und 2.14 ff.). Ein formeller Entscheid des Bundes im Sinne von Art. 12 WRG einer Bundesbehörde liegt in keinem dieser Fälle vor. Die SBB hat ausserdem, soweit sie dadurch einen Steuerausgleich verhindern konnte, ausdrücklich auf das Vorliegen einer Konzession verwiesen (vgl. E. 2.6) und zwar in einer ausführlich begründeten, unzweideutigen Art und Weise. Die Klägerin hat diesen Standpunkt ferner in späteren Jahren bekräftigt (vgl. E. 2.7, 2.18, 3.5.5.6). Das Unternehmen hat schliesslich einem Steuerausgleich zugestimmt, dies aber «in *sinngemässer Anwendung* von Art. 14 WRG» (vgl. E. 2.19).

Das an die Konzessionärin erteilte Recht stützt sich folglich nicht an eine Inanspruchnahme für Bundeszwecke gemäss Art. 12 WRG, sondern auf eine Konzession.

3.3 Anwendbares Recht

3.3.1 Das Kantonsgericht prüft primär, ob das hier anwendbare Recht überhaupt eine Vertragsauslegung erforderlich macht. Es zitiert nachfolgend die wichtigsten Gesetzesbestimmungen und legt diese aus:

Die Erstinstanz wird anschliessend auch eine subjektive Vertragsauslegung durchführen (vgl. E. 3.4). Sie hat dabei davon auszugehen, die Parteien hätten die Entwicklung von

Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre nicht voraussehen können. Vertragsverhandlungen in den 40er und 50er Jahren können somit keine aktuellen Normen, Übergangsbestimmungen aus den 80er Jahren oder neuere Lehrmeinungen beachtet haben.

3.3.2 Das Kantonsgericht hat vorab zu prüfen, welches Gesetz aufgrund übergangsrechtlicher Bestimmungen anzuwenden ist:

3.3.2.1 Art. 74 ff. WRG regeln das Übergangsrecht auf Bundesebene. Die Artikel 7a, 8, 9 und 12–16 sowie der zweite Abschnitt (Art. 21–37) gelten für alle bestehenden Wasserrechte (Art. 74 Abs. 1 WRG). Derlei gilt e contrario nicht für die nachfolgend erwähnten Bestimmungen. Ein gesetzliches kantonales Heimfallsrecht kann je nach Konstellation aus intertemporalrechtlichen Gründen nicht zur Anwendung gelangen, wenn es zur Zeit der Verleihung bzw. des Abschlusses der entsprechenden Vereinbarung noch nicht bestanden hat (KRATZ, a.a.O., N. 16 zu Art. 67 WRG).

3.3.2.2 Die vor dem Inkrafttreten des kWRG-1990 erteilten Wasserrechtskonzessionen sind dem kWRG unter Vorbehalt von Art. 102 Abs. 3 kWRG-1990 unterstellt. Letzterer Absatz unterscheidet drei Kategorien von Konzessionsbestimmungen, (u.a. den Bestand und Umfang des Heimfallsrechts), die nach bei der Konzessionserteilung geltenden Gesetzgebung festgelegt werden, sofern die Geltung des neuen Rechts nicht ausdrücklich vorbehalten worden sei (WYER, a.a.O., S. 149 f.; FOURNIER, *Vers un nouveau droit des concessions hydroélectriques*, S. 233).

Der Umfang des Heimfallsrechts wird für Wasserrechtskonzessionen, die vor dem Inkrafttreten des kantonalen Gesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 5. Februar 1957, aber nach der Inkraftsetzung des WRG-1916 erteilt worden sind, nach bundesrechtlichen Bestimmungen definiert (Art. 102 Abs. 4 kWRG-1990).

3.3.2.3 Es kann zusammengefasst werden, dass die übergangsrechtlichen Bestimmungen keinen vertraglich vereinbarten Heimfall ausschliessen und dass dasjenige Gesetz, welches bei der Konzessionserteilung massgeblich war, zu beachten ist (so auch HETTICH / RECHTSTEINER / DRITTENBASS / GRAEFEN, *Heimfall im Wasserrecht, Dogmatik und ausgewählte Rechtsfragen*, 2023, S. 55), sofern die Parteien keinen dynamischen, sondern einen statischen Verweis (zu den Begriffen vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_833 / 2009 vom 19. Juli 2010 E. 2.4.1) auf Gesetze vorgenommen hat.

3.3.3 Folgende Bestimmungen gelten laut WYER als für den Heimfall massgebendes Recht, wobei die Heimfallordnung nach Art. 67 WRG subsidiär (vgl. die Kritik bei HETTICH / RECHTSTEINER / DRITTENBASS / GRAEFEN, *Heimfall im Wasserrecht: Dogmatik und*

ausgewählte Rechtsfragen, Gutachten zu Händen des Schweizerischen Wasserwirtschaftsverbandes, 2023, S. 11) gegenüber der in der Konzession oder im kantonalen Gesetz vorgesehenen Regelung sein soll (WYER, Rechtsfragen der Wasserkraftnutzung, Unterhalt und Modernisierung, Heimfall und Selbstnutzung von Wasserkraftanlagen – unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Wallis, Visp 2000, S. 152 f.):

- Konzessionen vor 1898: Lücken seien nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen zu füllen. Späteres Wasserrecht könne als Richtlinie dienen, wobei wohlverworbene Rechte vorbehalten blieben.
- Zwischen dem 1. Januar 1918 und dem 31. Dezember 1957 erteilte Konzessionen: Art. 67 WRG trete nach Art. 102 Abs. 4 kWRG-1990 als kantonales Ersatzrecht anstelle von Art. 15 kWRG-1898. Art. 102 Abs. 4 kWRG-1990 ist jedoch in den 40er und 50er Jahren, als die zwei «neuen» Konzessionen vereinbart worden sind, noch nicht in Kraft getreten.
- Zwischen dem 1. Januar 1958 und dem 31. Dezember 1990 erteilte Konzessionen: Art. 54 kWRG-1957 nach Art. 102 Abs. 3 kWRG-1990. WYER postuliert in diesem Zusammenhang:

«Art. 54 WNG [= kWRG-1957] übernimmt wörtlich Art. 67 WRG, was faktisch auch für diese Zeitperiode zur Anwendung von Art. 67 WRG führt.»

Die wörtlich zitierte Ausführung (auf S. 130 der gleichen Dissertation wird Gleiches dargelegt; gleicher Meinung: FOURNIER, a.a.O., S. 233), der nachfolgend sowohl auf Deutsch wie auf Französisch zitierte Art. 54 kWRG-1957 übernehme den ebenso wörtlich zitierten Art. 67 WRG wörtlich, ist falsch. WYER relativiert 2002 in seinem zweiten Werk, Die Nutzung der Wasserkraft im Alpenraum, 2002, S. 59, das kWRG-1957 habe «materiell Art. 67 über den Heimfall» übernommen. Diese Auffassung wird in der Erwägung 3.4 geprüft.

3.3.4 Folgende wörtlich wiedergegebenen Gesetzesbestimmungen sind nachfolgend relevant:

Die aktuelle Fassung von Art. 54 WRG lautet wie folgt:

Alle Konzessionen sollen bestimmen:

[...]

- i) die allfälligen Rechte auf Beanspruchung des Heimfalls und auf Rückkauf des Werkes;

[...].

Ältere Versionen von Art. 54 WRG sind – soweit vorliegend relevant – vergleichbar.

Art. 67 WRG-1916 statuiert:

Beim Heimfall der Werke ist, sofern die Verleihung nichts Anderes bestimmt, das verleihungsberechtigte Gemeinwesen befugt:

- a) Die auf öffentlichem oder privatem Boden errichteten Anlagen zum Stauen oder Fassen, Zu- oder Ableiten des Wassers, die Wassermotoren mit den Gebäuden, in denen sie sich befinden, und den zum Betriebe des Wasserwerks dienenden Boden unentgeltlich an sich zu ziehen;
- b) Anlagen zum Erzeugen und Fortleiten elektrischer Kraft gegen eine billige Entschädigung zu übernehmen.

Die aktuelle Fassung von Art. 67 WRG lautet wie folgt:

¹ Beim Heimfall der Werke ist, sofern die Konzession nichts Anderes bestimmt, das verleihungsberechtigte Gemeinwesen befugt:

- a) die auf öffentlichem oder privatem Boden errichteten Anlagen zum Stauen oder Fassen, Zu- oder Ableiten des Wassers, die Wassermotoren mit den Gebäuden, in denen sie sich befinden, und den zum Betriebe des Wasserwerks dienenden Boden unentgeltlich an sich zu ziehen;
- b) Anlagen zum Erzeugen und Fortleiten elektrischer Energie gegen eine billige Entschädigung zu übernehmen.

Art. 15 KWRG-1898 statuiert:

Bei Ablauf der bewilligten Frist können die Konzessionen vom Staate oder den interessierten Gemeinden erneuert werden. Wird ein Gesuch um Erneuerung der Konzession nicht gestellt oder nicht bewilligt, so gehen die für die Wasserleitung und Kraftgewinnung ausgeführten Arbeiten ohne Entgelt an den Staat oder die betreffenden Gemeinden über.

Wenn die Konzession nicht erneuert wird, sind der Staat und die beteiligten Gemeinden überdies berechtigt, die Hüttenwerke und alle anderen zum Zwecke der Nutzbarmachung der Wasserkräfte erstellten Bauten zu dem von Fachmännern ermittelten Preise zurückzukaufen.

Art. 26 KWRG-1957 (zitiert aus Sammlung der Gesetze, Dekrete und Beschlüsse des Kantons Wallis Jahrgang 1957a.a.O.) **statuiert:**

Jede Konzession soll bestimmen:

[...]

Die Konzessionen über mehr als fünfzig Pferdekräfte sollen ausserdem Bestimmungen enthalten über:

[...]

- f) das Recht des Heimfalls oder des Rückkaufs des Werkes zugunsten des verleihenden Gemeinwesens.

Art. 54 kWRG-1957 (zitiert aus Sammlung der Gesetze, Dekrete und Beschlüsse des Kantons Wallis Jahrgang 1957a.a.O.) **statuiert:**

Wird eine abgelaufene Konzession nicht erneuert, so fällt das Werk, sofern die Konzession nichts Anderes bestimmt, ohne weiteres an das Gemeinwesen zurück, so dass dieses, Kanton oder Gemeinde, befugt ist:

- a) die auf öffentlichem oder privatem Boden errichteten Anlagen zum Stauen oder Fassen, Zu- oder Ableiten des Wassers, die Wassermotoren mit den Gebäuden, in denen sie sich befinden, und den zum Betrieb des Wasserwerkes dienenden Boden unentgeltlich an sich zu ziehen.
- b) die Anlagen zum Erzeugen und Fortleiten elektrischer Kraft gegen eine billige Entschädigung zu übernehmen.

[...]

Art. 54 kWRG-1957 (französische Fassung):

Sauf dispositions contraires, si la concession est échue sans qu'un renouvellement ne soit intervenu, l'usine fait sans autre retour à la communauté de telle sorte que celle-ci, canton ou commune, a le droit de reprendre :

- a) gratuitement les installations de retenue et de prise d'eau, les canaux d'aménée ou de fuite, les moteurs hydrauliques et les bâtiments qui les abritent, que ces ouvrages soient établis sur le domaine public ou sur le domaine privé, ainsi que le sol servant à l'exploitation de ces installations;

Art. 67 WRG und Art. 54 kWRG-1957 stimmen nicht wörtlich überein. Auch Art. 54 WRG unterscheidet sich von Art. 26 kWRG-1957.

3.4 Bestand des Heimfallsrechts aufgrund von Gesetz

Das Kantonsgericht differenziert bei der nachfolgenden Gesetzesauslegung wiederholt zwischen Existenz und Wirkung des Heimfalls.

3.4.1 Das Gemeinwesen erlangt beim Ende von Sondernutzungskonzessionen mit deren Erlöschen wieder die vollständige Hoheit über die öffentliche Sache. Dies gilt für das

Gewässer oder den öffentlichen Grund und Boden. Es stellt sich somit bei der Beendigung der Konzession die Frage, was mit bestehenden Infrastrukturanlagen und Betrieben geschehen soll (WALDMANN, Die Konzession, in: HÄNER / WALDMANN [Hrsg.], 2011, S. 94 f.). Das Heimfallsrecht ist das Recht des konzedierenden Gemeinwesens, bei Ablauf der Konzessionsdauer die vom Konzessionär erstellten Anlagen samt den damit verbundenen dinglichen Rechten unentgeltlich zu erwerben (Art. 67 Abs. 1 lit. a WRG).

Die wohl herrschende Meinung postuliert, der Heimfall könne sich nicht bloss aus der Konzession, sondern auch aus einer kantonalrechtlichen Grundlage ergeben (SCHREIBER, in: HESELHAUS / SCHREIBER / ZUMBERHAUS, Handbuch zum schweizerischen Energierecht, S. 96 mit Hinweisen; KRATZ, a.a.O., N. 31 zu Art. 54 WRG mit Hinweisen). Dies wird im Etzelwerkfall ebenso höchstrichterlich bestätigt (Urteil des Bundesgerichts 2C_258 / 2011 vom 30. August 2012 E. 3).

Das kWRG-1898 begründet, laut WYER, a.a.O., S. 146, mit Hinweisen, ein gesetzliches Heimfallsrecht. Dies steht gemäss Wortlaut des oben aufgeführten Art. 15 kWRG-1898 ausser Frage. Übergangsrechtliche Bestimmungen aus den 90er Jahren spielen für die Konzession aus den 40er Jahren keinesfalls eine Rolle, weil es im Jahr 1958 zu einer weiteren, wesentlichen Erneuerung der Konzession (vgl. dazu ZWR 2018 S. 41) gekommen ist.

Das WRG, das kWRG-1957 («Art. 54 VS-WRG [Heimfallsrecht] und Art. 25 lit. g VS-WRG [obligatorischer Inhalt der Konzession]») und das kWRG-1990 statuieren, laut WYER (a.a.O., S. 146 f.), kein Heimfallsrecht. KRATZ (a.a.O., N. 16 zu Art. 67 WRG) und JAGMETTI, Energierecht, S. 521 bestätigen letztere Meinung in Bezug auf Art. 67 WRG. Sie begründen ihre Ansicht mit Verweis auf Art. 54 lit. i WRG, wonach «allfällige» Rechte auf Beanspruchung des Heimfalls und Rückkauf des Werkes zwingend Konzessionsinhalt bilden müssen. WYER, S. 147 bestätigt den gleichen Gedankengang für das kWRG-1990 («Dasselbe ist nach Art. 54 VS-WRG [=kWRG-1990] [Heimfallsrecht] und Art. 25 lit. g VS-WRG [obligatorischer Inhalt der Konzession] für das VS-WRG der Fall»).

Der oben zitierte Art. 26 Abs. 2 lit. f kWRG-1957 enthält eine vergleichbare, aber nicht wörtlich übereinstimmende Norm zum zwingenden Inhalt der Konzession wie Art. 54 lit. i WRG. Die gemäss KRATZ, JAGMETTI und WYER zu Art. 54 WRG postulierte Auffassung (wenn der Heimfall nicht ausdrücklich in der Konzession erwähnt werde, liege er nicht vor) könnte somit einerseits mutatis mutandis auf das kWRG-1957 übernommen werden. Ein Heimfall bedürfte, wäre die Bestimmung wortgleich, gemäss kWRG-1957 einer Nennung in der Konzession. Der Unterschied zwischen Art. 54 kWRG-1957 und Art. 67

WRG ist aber bedeutend. Art. 54 kWRG-1957 umschreibt nämlich ausdrücklich die Folge, wenn der Konzessionsvertrag nichts Gegenteiliges zum Heimfall bestimmt («so fällt das Werk, sofern die Konzession nichts Anderes bestimmt, ohne weiteres an das Gemeinwesen zurück»). Art. 67 WRG nennt hingegen das Vorliegen eines Heimfalls («beim Heimfall») als Tatbestandsvoraussetzung, um dessen Wirkungen zu klären (so auch AUGUSTIN, Das Ende der Wasserrechtskonzessionen, S. 73). Der oben zitierte Art. 54 kWRG-1957 regelt sowohl in der deutschen wie in der französischen Fassung die Existenz des Heimfalls.

Auch die eidgenössischen und die kantonalen Bestimmungen über den Konzessionsinhalt unterscheiden sich: Art. 54 WRG «Alle Konzessionen *sollen bestimmen*: [...] i) die *allfälligen* Rechte auf Beanspruchung des Heimfalls und auf Rückkauf des Werkes» und Art. 26 kWRG-1957 «[...] die Konzessionen über mehr als fünfzig Pferdekräfte *sollen ausserdem Bestimmungen enthalten über*: [...] das Recht des Heimfalls oder des Rückkaufs des Werkes zugunsten des verleihenden Gemeinwesens / de plus de cinquante chevaux contiendront en outre les prescriptions relatives: [...] f) au droit de retour [...] par la communauté concédante.» Das im eidgenössischen Gesetz enthaltene Wort «allfällige» lässt offen, ob überhaupt ein Heimfall vereinbart wird. Dieser Terminus fehlt in der damaligen kantonalen Gesetzgebung. Art. 26 kWRG-1957 könnte auch so interpretiert werden, dass der Gesetzgeber darin einzig Regeln zu den Wirkungen des Heimfalls gefordert hat, während er in dieser Norm nicht die Existenz des Heimfalls thematisieren wollte. Diesfalls ergänzen sich die zwei kantonalen Bestimmungen (Art. 26 kWRG-1957 [Wirkung Heimfall] und Art. 54 kWRG-1957 [Existenz und Wirkung Heimfall] und passen zueinander.

Art. 54 WRG beeinflusst laut oben zitierter Doktrin auch die Existenz des Heimfallsrechts, sofern dieses nicht genannt ist. Dies trifft für Art. 26 kWRG-1957 nicht zu. Art. 67 WRG klärt hingegen, anders als Art. 54 kWRG-1957, nur die Wirkungen des Heimfalls. Dessen kantonales Pendant umfasst neben den Wirkungen auch die Existenz des Heimfalls.

Es bestehen somit zwei erhebliche Unterschiede in den beiden Gesetzen. Der eidgenössische und der kantonale Gesetzgeber haben verschiedene Konzeptionen zum Heimfall gewählt. Der Gedankengang gemäss WYER, KRATZ und JAGMETTI, ein Heimfall müsse in der Konzession genannt werden, mag für das eidgenössische Recht zutreffen. Dies kann aber nicht analog auf das kantonale Recht übertragen werden.

Art. 54 kWRG-1957, wonach das Werk, sofern die Konzession nichts Anderes bestimmt, ohne weiteres an das Gemeinwesen zurückfällt, reglementiert durchaus ein kantonales Heimfallsrecht (grammatikalische Auslegung) und widerspricht Art. 26 kWRG-1957 (systematische Auslegung) gerade nicht.

3.4.2 Das gleiche Auslegungsergebnis lässt sich mit Blick auf die Lehre herleiten:

3.4.2.1 Die Dissertation von GADIENT, a.a.O., S. 87 f. ist erheblich, weil seine Schrift aus den 50er Jahren stammt und somit das Denken der damaligen Parteien widerspiegelt. Er hat die Revision des kWRG-1957 verfolgt. Der Doktorand gliedert zunächst die Wasserrechtsgesetze des Bundes und der Kantone in drei Gruppen:

- Einige Kantone hätten den Heimfallsgrund gesetzlich verankert und dessen Wirkungen vorbehältlich gegenteiliger Vereinbarung gleichzeitig mit diesem als gesetzliche Folge eintreten lassen.
- Eine zweite Kategorie habe den Heimfallsgrund zwar gesetzlich fixiert, aber den Eintritt der Wirkungen von der Ausübungserklärung des Berechtigten abhängig gemacht.
- Die letzte Einheit habe den Heimfallsgrund nicht gesetzlich statuiert, aber die Wirkungen für den Fall des Eintritts, der sich dann aufgrund einer Konzessionsbestimmung ergeben könne, umschrieben.

GADIENT (a.a.O., S. 88) postuliert:

«Durch Gesetzesvorschrift, also als gesetzliches Recht, haben dagegen das Heimfallsrecht begründet die *Kantone* [...], während es [...] der abgeänderte und ergänzte Entwurf des *Walliser Gesetzes* über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte 1955 unterlassen haben, den Heimfall zur gesetzlichen *Wirkung* des Ablaufes der Konzessionsdauer zu machen. Mit Ausnahme der erwähnten *Kantone* hat der Heimfall demnach in den kantonalen Gesetzen und im EWRG den Charakter eines Gestaltungsrechts, vergleichbar etwa dem Vorkaufsrecht. Enthalten die Konzessionen der zweiten Gruppe von Kantonen den ausdrücklichen Verzicht auf den Heimfall, treten die Bestimmungen über das Ende der Verlehnung durch Ablauf ohne Heimfall in Kraft, nach denen das Akzessionsprinzip zur Auswirkung kommt und es dabei sein Bewenden hat.»

Diese teils unklaren Ausführungen in Bezug auf die Walliser Gesetzgebung, welche WYER seiner Argumentation zugrunde legt (FN 405), könnten Letzteren dazu bewegen haben, nicht zwischen oben erwähnter zweiter Kategorie (Heimfallsexistenz freilich im

Gesetz fixiert, aber dessen Wirkungen erfordern Ausübungserklärung) und letzter Einheit (kein gesetzlicher statuerter Heimfall) zu differenzieren. GADIENT beschäftigt sich in seinem Werk kurz darauf aber fundierter mit der damals vorbereiteten Walliser Bestimmung (S. 91):

Der Art. 54 des Walliser Entwurfes eines Gesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 2. September 1955 scheint auf den ersten Blick eine Unstimmigkeit zu enthalten. Der abgeänderte Ingress dieses Artikels lautet: 'Wird eine abgelaufene Konzession nicht erneuert, so fällt das Werk, sofern die Konzession nichts Anderes bestimmt, ohne weiteres an das Gemeinwesen zurück, so dass dieses befugt ist, ...' (dann gleich wie Art. 67 lit. a und b EWRG). Demnach könnte man annehmen, das Werk falle mit dem Erlöschen der Verleihung ipso iure an den Konzedenten zurück. Dieser Übergang vollziehe sich automatisch und unabhängig von einer allfälligen Ausübungserklärung des berechtigten Gemeinwesens, die Art. 54 des Entwurfes in Widerspruch dazu mittelbar voraussetze. Der Entwurf will aber wohl nur dem Gemeinwesen das Heimfallrecht gemäss Art. 67 EWRG geben, ohne dass es in den Konzessionen erwähnt werden muss.

GADIENT, der die Revision von Art. 54 kWRG-1957 verfolgt hat, vertritt somit die Meinung, die Gesetzesbestimmung fixiere den Heimfall gesetzlich, mache die Wirkungen jedoch von der Ausübungserklärung des Berechtigten abhängig. Er schliesst sogar nicht aus, das Werk falle mit dem Erlöschen der Verleihung ipso iure an den Konzedenten zurück, auch wenn er diesen Standpunkt ablehnt. Diese Doktrin aus dem Jahr 1958 geht ausserdem, interessanterweise, davon aus, auch Art. 67 WRG falle unter die zweite Kategorie, statuiere also einen Heimfall, sofern die Gemeinde von ihrem Gestaltungsrecht Gebrauch macht. Letzteres wird, wie oben ausgeführt (vgl. E. 3.4.1), in der neueren Doktrin und Rechtsprechung anders beurteilt.

3.4.2.2 Eine 25 Jahre später verfasste und ebenso von WYER in der Fussnote 405 zitierte Dissertation von AUGUSTIN, a.a.O., S. 68 f vertritt mit Hinweis auf die Gesetzesmaterialien den Standpunkt, Art. 67 WRG begründe kein Heimfallsrecht zugunsten des berechtigten Gemeinwesens. Dies müsse durch konzessionsmässige Vereinbarung oder durch die entsprechende kantonale Gesetzgebung geschehen. Diese Arbeit bezieht sich aber nicht auf das Walliser Gesetz.

3.4.2.3 VON WERRA geht in seinem Aufsatz, Fragen zum Ablauf von Wasserrechtskonzessionen mit Heimfall unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Wallis, SJZ 1980 S. 179 auf Art. 54 kWRG-1957 ein:

Der *ominöse Zwischensatz*, demzufolge das Werk ohne weiteres zurückfällt und der nach seiner Stellung im Rahmen der genannten Norm für den Heimfall sowohl des hydraulischen wie des elektrischen Werkteils Geltung hat, geht allerdings über den Wortlaut des Art. 67 Abs. I EWRG hinaus, schliesst aber nicht einen Verzicht auf das Erfordernis der Erklärung des Heimfalls durch das Gemeinwesen in sich. Sein Sinn kann vernünftigerweise nur der sein, dass der Erwerb der in Art. 54 Abs. I lit. a wie der in lit. b VS / WRG erwähnten Anlagen gleicherweise unmittelbar mit der Geltendmachung des Heimfallsrechtes eintreten soll. [...] Insbesondere dürfte der Auffassung, wonach mit Art. 54 Abs. I VSWRG dem Gemeinwesen das Heimfallsrecht auch habe gewährt werden wollen, wenn dieses in der Verleihung selber nicht vorgesehen worden ist, jedenfalls für Konzessionen über mehr als 50 PS *der zwingende Charakter von Art. 54 lit. f WRG und Art. 26 lit. f VS / WRG* entgegenstehen.

VON WERRA realisiert richtigerweise, dass Art. 54 kWRG-1957 einen «Zwischensatz» enthält und sich dadurch von Art. 67 WRG abhebt. Er bezeichnet den Einschub als «ominös». Ein gesetzgeberisches Versehen ist allerdings schwer zu rechtfertigen, enthält doch auch die französischsprachige Fassung eine vergleichbare Ergänzung in Art. 54 kWRG-1957. Der Legislator hat eine Norm geschaffen, die sich vom bundesrechtlichen Pendant unterscheidet. Der Autor bestreitet, durch diese Ergänzung könnte ein Heimfall gesetzlich statuiert worden sein. Dies lasse sich nämlich nicht mit dem zwingenden Charakter von Art. 54 kWRG und Art. 26 kWRG-1957 vereinbaren. VON WERRA differenziert bei dieser Argumentation allerdings nicht zwischen dem Wortlaut von Art. 54 WRG und demjenigen von Art. 26 kWRG-1957. Der von ihm beanstandete Zwischensatz ergibt sehr wohl einen Sinn, wenn, wie oben angeführt (vgl. E. 3.4.1) davon ausgegangen wird, dass sich Art. 26 kWRG-1957, anders als Art. 54 WRG, nur auf die Wirkungen des Heimfalls beschränkt. Diesfalls statuiert der Einschub ein gesetzliches Heimfallsrecht, sofern in der Konzession nichts Gegenteiliges erwähnt ist. Es liegt somit kein Widerspruch zwischen den zwei kantonalen Bestimmungen vor. Die zusätzliche Argumentation von VON WERRA, ein Heimfallsrecht müsse wegen der bundesrechtlichen Bestimmung (Art. 54 lit. f WRG) zwingend in der Konzession vorgesehen sein, widerspricht der Lehre und Rechtsprechung, wonach sich ein Heimfallsrecht nicht nur aus der Konzession, sondern auch aus dem kantonalen Gesetz ergeben kann (E. 3.4.1). Art. 54 lit. f WRG ist folglich nicht zwingend.

3.4.2.4 Das Kantonsgericht kann der Auffassung von WYER, Art. 54 kWRG-1957 statuiere kein Heimfallsrecht, bereits deswegen nicht folgen, weil der gleiche Autor in diesem Zusammenhang behauptet, Art. 54 kWRG-1957 entspreche wörtlich Art. 67 WRG. Dies stimmt auch gemäss GADIENT (vgl. E. 3.4.2.1) und VON WERRA (vgl. 3.4.2.3) nicht (vgl. dazu E. 3.3).

3.4.3 Das Kantonsgericht hat schliesslich bei der Gesetzesauslegung die Materialien zu beachten. Die Botschaft zur Revision des kWRG-1957 erläutert zum Heimfall (Protokoll der Maisession 1956 S. 56):

Heute befasst man sich vor allem mit der Erteilung der Konzession. Was beim Ablauf derselben eintreten wird, scheint recht fern und ohne jegliches Interesse zu sein. Und doch geht es dabei um eine grundlegende Frage. Beim Verfall der erteilten Konzessionen werden sich sehr wichtige Probleme stellen, namentlich in den Fällen, wo die Konzession von mehreren Gemeinwesen erteilt wurde. Es ist darum angebracht, deren Lösung zu erleichtern, indem für die Wahrung der Interessen des Kantons und der Gemeinden gesorgt wird. Hierher gehören die Bestimmungen der Artikel 55, 56 und 57. Wenn eine Gemeinde von ihrem Heimfallrecht nicht Gebrauch macht, kann der Kanton an ihre Stelle treten. Verzichtet er darauf, so können die übrigen verleihenden Gemeinden dieses Recht ausüben.

Die Botschaft will für die Wahrung der Interessen des Kantons und der Gemeinden sorgen. Sie stellt das Vorliegen eines Heimfallsrechts nicht in Frage. Das Gesetz soll aber das Vorgehen regeln, wenn die Gemeinde das Recht nicht ausübt.

Der deutschsprachige Berichterstatter Leo Guntern hat zu Beginn der Beratungen zur Revision des kWRG-1957 Folgendes unter dem Titel «Heimfallrecht» geäussert (Protokoll der Maisession 1956, S. 67):

Vorab sei hervorgehoben, dass die Höchstkonzessionsdauer nunmehr 80 statt 99 Jahre beträgt. Nach Ablauf der Konzessionsdauer steht dem konzessionsberechtigten Gemeinwesen, gemäss Artikel 67 des Bundesgesetzes das Recht zu, die Werkanlagen an sich zu ziehen.

Der Berichtsfasser hat 1956 den Art. 67 WRG und den Art. 54 kWRG-1957 dahingehend interpretiert, dass sie einen gesetzlichen Heimfallsgrund statuieren. Dies entspricht auch der damaligen Auffassung von GADIENT (VGL. E. 3.4.2.1). Letzteres dürfte heute aus oben erwähnten Gründen zumindest für das Bundesgesetz nicht mehr zutreffen (vgl. E. 3.4.1). Der kantonale Gesetzgeber hat die neuere Doktrin aber in jener Zeit nicht gekannt. Der Grosse Rat hat während der artikelweisen Beratung, abgesehen von stilistischen Änderungen, keine bemerkenswerten Anpassungen mehr zu den Art. 54 kWRG-1957 (Protokoll der Julisession 1956 S. 42) vorgenommen. Eine dermassen gewichtige Rücknahme des gesetzlichen Heimfallsrechts hätte aber Opposition verursachen müs-

sen, weil in der kantonalen Legislative traditionell zahlreiche Gemeindevertreter einsitzen und im Kanton Wallis die Besonderheit herrscht, dass die Gemeinden über die meisten Wasserläufe verfügen können (VON WERRA, a.a.O., S. 2).

Auch die Materialien weisen somit darauf hin, dass der kantonale Gesetzgeber das bereits bestehende gesetzliche Heimfallsrecht beibehalten wollte.

Ein gegenteiliges Vorgehen, also ein Verzicht auf den bisherigen kantonalrechtlichen Heimfall, wäre im Übrigen nicht nachvollziehbar gewesen.

3.4.4 Die spätere Auffassung von SBB, WYER und VON WERRA, das kWRG-1957 habe kein Heimfallsrecht begründet, ist unter Beachtung des Gesetzeswortlauts, der damaligen Dissertation von GADIANT und der Materialien unzutreffend. Art. 54 kWRG-1957 ist wegen der Konzessionserweiterung aus dem Jahr 1958 anzuwenden. Es liegt folglich ein gesetzlich statuiertes Heimfallsrecht vor.

3.5 Bestand des Heimfallsrechts aufgrund Vertrag

Das Kantonsgericht prüft nachfolgend, ob sich der Heimfall auch vertraglich herleiten liesse, sofern Art. 54 kWRG-1957 diesen nicht ausdrücklich statuiert.

3.5.1 Das Bundesverwaltungsgericht hat 2011 erwogen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-160 / 2010 vom 11. Februar 2011 E. 7.4 [Etelwerkkonzession]):

Auf das Konzessionsende hin wurde kein Heimfallsrecht vereinbart. Deshalb ist aber nicht automatisch davon auszugehen, es liege eine Vertragslücke vor. Art. 54 WRG sieht vor, dass ein allfälliges Heimfallsrecht in der Konzession enthalten sein muss. Ist dies nicht der Fall, wurde auch kein Heimfallsrecht vereinbart. Die Vorinstanz hat somit kein Bundesrecht verletzt, indem sie das Vorliegen einer Vertragslücke nicht geprüft hat, bzw. davon ausgegangen ist, eine Vertragslücke liege nicht vor.

Gemäss KRATZ (a.a.O., N. 6 zu Art. 54 WRG mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 1C_207 / 2008 vom 20. Februar 2009 E. 4.8) verlangt Art. 54 WRG nämlich keine ausdrückliche Regelung der dort aufgezählten Inhalte. Es sei vielmehr im Einzelfall mittels Auslegung zu ermitteln, ob die Konzession den obligatorischen Inhalt regle oder nicht. Wie nachfolgend ersichtlich, geht es im vorliegenden Fall nicht um die Frage, ob eine «echte Lücke» in einer Konzessionsvereinbarung vorliegt oder ein «qualifiziertes Schweigen». Das Gericht hat vielmehr, sofern der Heimfall nicht gemäss Art. 54 kWRG-

1957 zwingend geregelt sein sollte, die in diesem Zusammenhang vertraglich vereinbarten Gesetzesverweise auszulegen und zu prüfen, ob die Parteien dabei nicht implizit einen Heimfall abgemacht haben.

3.5.2 Diejenigen Fragen, die von Gesetzes wegen unterschiedlich geregelt werden können, sind wie ein öffentlichrechtlicher Vertrag auszulegen. Das Heimfallsrecht fällt darunter. Das Gericht hat wie bei einem privatrechtlichen Vertrag in erster Linie auf den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien abzustellen. Er wenn sich dieser nicht feststellen lässt, ist der Kontrakt so auszulegen, wie er nach dem Vertrauensgrundsatz verstanden werden durfte und musste (normative oder objektive Vertragsauslegung). Der wahre Sinn des Vertrags ergibt sich nicht allein aus dem Wortlaut, sondern kann auch aus anderen Elementen abgeleitet werden. Das verfolgte Ziel, die Interessenlage der Parteien oder die Gesamtumstände fallen darunter. Das Gericht hat hingegen nicht von einem klaren Vertragswortlaut abzuweichen, wenn sich keine ernsthaften Anhaltspunkte dafür ergeben, dass dieser nicht dem Willen der Parteien entspricht. Die dispositiven Bestimmungen können im Zweifel und zur Füllung von Lücken in einem Kontrakt herangezogen werden, soweit sich nicht genügend klar aus dem Vertrag ergibt, dass davon abgewichen werden sollte. Die Richter haben bei der Auslegung öffentlichrechtlicher Verträge zudem in Zweifelsfällen zu vermuten, dass die Verwaltung nicht bereit ist, etwas anzuordnen oder zu vereinbaren, was mit den von ihr zu wahrenden öffentlichen Interessen und der einschlägigen Gesetzgebung im Widerspruch steht. Es wäre indessen verfehlt, in allen Fällen der dem öffentlichen Interesse besser dienenden Auslegung den Vorzug zu geben. Die Wahrung des öffentlichen Interesses findet ihre Schranke vielmehr gerade im Vertrauensprinzip, d.h. sie darf nicht dazu führen, dass dem Vertragspartner des Gemeinwesens bei der Vertragsauslegung Auflagen gemacht werden, die er beim Vertragsschluss vernünftigerweise nicht voraussehen konnte (Urteil des Bundesgerichts 2C_258 / 2011 vom 30. August 2012 E. 4.1 f. vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4148 / 2020 vom 8. Oktober 2021 E. 7.4.4; bestätigt im BGE 149 II 320 E. 5.4; zur Vertragsauslegung auch EPINEY, *Les droits de retour des concessions hydroélectriques en Anniviers*, 2023, S. 109 mit Hinweisen).

3.5.3 Der Heimfall ist im Gesetz vom 19. November 1897 nicht ausdrücklich geregelt worden. Der Kanton verweist freilich auf den Schlusssatz von Art. 3 lit. c wonach die nicht verwendete Wasserkraft samt dem Miteigentumsrecht an den Stauwehren und Zufuhrkanälen unentgeltlich an den Staat zurückfallen (S. 61). Dies stellt jedoch keinen Heimfall nach Ablauf der Konzession dar.

3.5.4 Die Akten enthalten keine Hinweise, dass sich die Parteien in den darauffolgenden Jahren über einen Heimfall geeinigt hätten. Es ist folglich zu prüfen, ob das Heimfallsrecht in den Verhandlungen aus den 40er Jahren thematisiert und vereinbart worden ist:

3.5.4.1 Das Gesuch der SBB vom 6. Juni 1947 schlug vor, entweder eine Ergänzung des Gesetzes vom 1897 oder eine kantonale Verleihung durchzuführen. Eine einheitliche Gesamtkonzession für das Kraftwerk empfehle sich. Die Klägerin dürfe aber nicht schlechter gestellt werden als nach der bisherigen Regelung. Das Bahnunternehmen beantrage eine 80 Jahre dauernde Konzession inkl. anschliessender Erneuerung, was in der Konzessionsurkunde vorzusehen sei. Die SBB ersuchte um rasche Behandlung des Geschäfts, da der Bau möglichst schnell in Angriff genommen werden solle. Die Wasserführungsanlagen seien nach 50-jährigem Bestand baufällig. Die neuen, stufenweise angepassten Anlagen würden eine bessere Ausnützung der vorhandenen Wassermengen ermöglichen (S. 80). Die Konzession solle auf 80 Jahre festgesetzt und eine Erneuerung nach Art. 50 Abs. 2 WRG in der Konzessionsurkunde statuiert werden (S. 81).

Die SBB verfolgte gemäss diesem Schreiben zwei Zielsetzungen: Sie plante beachtliche Umbauarbeiten, welche vom Kanton zu bewilligen sind und wollte mehr Wasser zur Stromerzeugung nutzen. Der Ablauf der Konzession war ihr in diesem Moment bewusst und sie versuchte diesen in ihrem Sinne zu regeln.

3.5.4.2 Der Kanton antwortete am 13. Juni 1947 und kündigte eine eingehende Prüfung an. Er forderte ausserdem am 16. Juni 1947 von der SBB das Gesetz vom 19. November 1897, welches die Konzessionärin am 21. Juni 1947 übermittelte. Derlei Mängel an Information durch eine kantonale Behörde erstaunen aus heutiger Hinsicht. Der Kanton signalisiert in diesem Brief ausserdem, er wolle den Antrag in Ruhe prüfen.

Der Kanton versandte am 9. Juli 1947 kantonale Richtlinien für die Erneuerung und Erweiterung der Konzession bis zu 20 m³. Er schlug eine Verlängerung um 80 Jahre vor und umschrieb die zu leistende Gebühr. Die damaligen Gesetzesgrundlagen waren fundierter als diejenigen von 1897, was einerseits den Handlungsspielraum des Kantons eingrenzte und andererseits seine Verhandlungsposition gegenüber der Konzessionärin bestärkte.

3.5.4.3 Die SBB bezog am 31. Juli 1947 Stellung. Sie argumentierte, die bisherige Nutzung sei nicht durch Konzession erteilt, sondern durch ein Gesetz von 1897 eingeräumt worden. Sie enthalte keine Beschränkung der Nutzungsberechtigung und derlei sei auch

nicht durch das eidgenössische WRG eingetreten. Es gehe somit nicht an, die Geltungsdauer nachträglich durch Verwaltungsakt einzuschränken. Die wasserzinsfreie Nutzung für die Lüfterneuerung und Beleuchtung bilde ein wohl erworbenes Recht und könne vom Kanton nicht einseitig aufgehoben werden. Ein Steuerfranken dürfe gemäss Mitteilungen vom 27. Juli 1925 und 12. Juni 1936 nicht erhoben werden. (S. 82). Die neue Konzession dürfe die bisherigen Rechte nicht beeinträchtigen (S. 83).

3.5.4.4 Es folgen weitere Briefe, in welchen der Kanton und die SBB hauptsächlich die Berechnung der Abgaben thematisieren. Die schriftlichen Botschaften bestätigen auch mündliche Verhandlungen, wobei Protokolle fehlen.

3.5.4.5 Die Konzessionärin übermittelte dem Kanton am 1. März 1948 einen Entwurf zur Erweiterung der Konzession. Sie bestätigte, den Steuerfranken für die erzeugte Leistung stets abgelehnt zu haben. Der neue Vorschlag solle die Regelung bei der Erneuerung oder Erweiterung anderer Wasserrechte nicht präjudizieren (S. 8). Der Entwurf sah eine Erhöhung der Ausnützung der Wasserkraft auf 11.5 m³ vor.

3.5.4.6 Der Entwurf enthielt handschriftliche Durchstreichungen und Präzisierungen, welche vom Kanton stammen (G Gelb Nr. 14).

Art. 2 Abs. 1 des Entwurfs der Konzessionärin statuierte, die Dauer der durch Gesetz verliehenen Nutzung von 7 m³ sei unbegrenzt. Dies wurde handschriftlich durchgestrichen und der Folgeabsatz enthielt die eigenhändige Notiz, das Recht zur Nutzung für die 11.5 m³ werde auf 80 Jahre eingeräumt.

Art. 2 Abs. 3 enthielt im Entwurf der SBB die Ausführung (G Gelb Nr. 14),

«Der Kanton verzichtet auf Heimfall oder Rückkauf der Anlagen nebst Zubehör».

Dieser Satz belegt, dass die Klägerin sich damals der entsprechenden Heimfallproblematik bewusst war und versuchte, die Begebenheit in ihrem Sinne zu lösen. Die entsprechende Klausel wurde jedoch auf dem aktenkundigen Entwurf handschriftlich durchgestrichen und daneben steht (soweit lesbar):

Falls der Vorschlag nicht angenommen wird, kommt Art. 67 B zur Anwendung.

3.5.4.7 Der Kanton forderte am 9. März 1948 Abänderungen im Konzessionsentwurf, «um die Konzession mit den bestehenden eidgenössischen und kantonalen Gesetzen in Einklang zu bringen» (G Gelb Nr. 14). Er verlangte eine Anpassung von Art. 2, wobei das Recht zur Nutzung der 11.5 m³ auf 80 Jahre befristet werde. «Falls die Konzession

nicht erneuert wird, kommt Art. 67 des BG zur Anwendung.». Dort war ferner handschriftlich «Art. 58» ergänzt.

Der Kanton wies sowohl auf die eidgenössische wie auch die kantonale Gesetzgebung. Letztere sah zum damaligen Zeitpunkt den Heimfall vor. Der Konzedent durchstrich ausserdem die Klausel, wonach er darauf verzichte. Der Kanton wollte folglich keinen Heimfall aufheben, er hätte den Satz sonst stehen lassen.

3.5.4.8 Die SBB bestätigte am 11. März 1948, von den Bemerkungen zu ihrer Konzession Kenntnis erhalten zu haben. Sie erklärte sich einverstanden, das Nutzungsrecht einheitlich auf 80 Jahre fixieren zu lassen. Sie bat jedoch mit folgendem Wortlaut, die in Art. 58 Abs. 2 WRG vorgesehene Erneuerung in der Konzession vorzumerken (G. Gelb Nr. 14).

Sollten Sie unserem Gesuche nicht entsprechen können, so beantragen wir Ihnen, weder über die Erneuerung noch über den Heimfall (Art. 67 WRG) Bestimmungen in die Konzession aufzunehmen. Es kommen dann die gesetzlichen Vorschriften, auf welche in Art. 8 der Konzession verwiesen wird, zur Anwendung.

Art. 58 Abs. 2 WRG-1916 statuierte:

Gemeinwesen können nach Ablauf der Dauer verlangen, dass ihnen die Verleihung erneuert werde, wenn nicht Gründe des öffentlichen Wohls entgegenstehen. Die erneuerte Verleihung kann nicht an Private übertragen werden.

Die Konzessionärin arbeitete folglich darauf hin, sich das Recht an der Nutzung auch nach Ablauf der Konzession zu sichern, akzeptierte aber in Bezug auf den Heimfall die gesetzlichen Vorgaben.

3.5.4.9 Die SBB schrieb am 13. März 1948, nach einer gleichentags durchgeführten telefonischen Unterredung mit dem Kantonsingenieur, sie habe eine vereinbarte Fassung von Art. 2 in den Entwurf aufgenommen (G Gelb Nr. 15).

3.5.4.10 Der Staatsrat erteilte der Klägerin am 16. März 1948 eine Konzession der Wasserkräfte der Rhone zwischen Mörel und Massaboden, indem er die bisher maximal genutzte Wassermenge von 7 m³ / Sek auf 11.5 m³ / Sek erhöhte. Das Recht wurde für 80 Jahre eingeräumt. Art. 6 enthielt folgenden Wortlaut (S. 63):

«Im Übrigen sind auf diese Konzession das eidgenössische und das kantonale Gesetz, sowie das Gesetz vom 19. November 1987 anwendbar, was die Beleuchtung und die Ventilation des Tunnels betrifft.»

3.5.4.11 Weitere Unterlagen beziehen sich auf den Abschluss der Konzession und die Baubewilligung (G Gelb Nrn. 16 - 19).

3.5.4.12 Das Kantonsgericht kann in Bezug auf die Verhandlungen aus den 40er Jahren zusammenfassend festhalten, dass diese neue Konzessionserteilung verschiedene Bereiche betrifft und der Berechnung von Abgaben, was für die vorliegende Fragestellung weniger relevant ist, viel Platz eingeräumt wird. Die Konzessionärin vertritt gegenüber dem Kanton in Bezug auf die Laufzeit oder die Erneuerung vorab Maximalforderungen, die der Konzedent mit Verweis auf das ihn verpflichtende Gesetz nicht akzeptiert und die in der Konzession angepasst werden. Die SBB muss dem Kanton bei den Verhandlungen wiederholt entgegenkommen, obwohl sie vorab fordert, nicht schlechter gestellt zu werden als nach der ersten Konzession. Die Konzessionärin versucht letzten Endes, ihre wirtschaftlichen Interessen weitestmöglich wahrzunehmen. Der Kanton verweist hingegen auf das für ihn gültige Recht und rechtfertigt so seine Standpunkte.

Die Konzessionärin fordert in Bezug auf den Heimfall im von ihr vorbereiteten Entwurf, festzustellen, dass derlei nicht besteht. Der Kanton lehnt dies ab und verweist auf eidgenössisches und kantonales Recht. Die SBB schlägt daraufhin vor, die Frage des Heimfalls nicht ausdrücklich zu regeln. Diesfalls gelte der Verweis auf das Gesetz. Der Kanton erklärt sich damit, zumindest konkludent, einverstanden. Der Heimfall wird folglich weder ausdrücklich wegbedungen noch bestätigt. Die Parteien sind sich aber einig, dass in Bezug darauf das damals gültige Recht gelte, d.h. soweit dispositives Recht vorläge, wäre dieses mit dem Verweis zusätzlich zum Konzessionsinhalt gemacht worden. Die Beteiligten haben sich gerade nicht darauf geeinigt, diese Frage im Sinne eines «qualifizierten Schweigens» unbeantwortet zu lassen.

Der Vertrag benennt drei Regelungsbereiche, nämlich das kantonale Gesetz aus dem Jahr 1887, das eidgenössische (WRG-1916) und das kantonale Gesetz (kWRG-1898). Der Hinweis auf das älteste kantonale Gesetz vom 19. November 1887 bezieht sich, wie die oben wörtlich zitierte Norm präzisiert, auf die damals gewährten Vergünstigungen («was die Beleuchtung und die Ventilation des Tunnels betrifft»). Die SBB und der Kanton dürften beim Verweis auf das WRG-1916 die mittlerweile von der Lehre und Rechtsprechung zu Art. 67 WRG postulierte Ansicht verkannt oder ignoriert haben, der Artikel statuiere für sich alleine keinen Heimfall (vgl. E. 3.4.3). Letzterer müsse vielmehr in der Konzession oder im kantonalen Gesetz statuiert sein. Es ist nämlich davon auszugehen, dass der zum damaligen Zeitpunkt ebenso beachtliche Art. 15 kWRG-1898 den Heimfall vorgesehen hat und zwar, ohne dass derlei in der Konzession ausdrücklich erwähnt werden musste. Der Kanton wird dies gewusst haben, sonst hätte er nicht ausdrücklich die

Streichung von Art. 2 Abs. 3 des Entwurfs («Der Kanton verzichtet auf Heimfall oder Rückkauf der Anlagen nebst Zubehör») verlangt und sich in der gleichen Verhandlung mit einem Verweis auf die Gesetze einverstanden erklärt.

Die SBB, welche den Vorschlag vorgängig redigiert hatte, ist sich der Problematik des Heimfalls ebenso bewusst gewesen, sie hätte derlei sonst nicht im Entwurf thematisiert. Es ist weiter davon auszugehen, dass die Konzessionärin das entsprechende kantonale Gesetz in dieser wirtschaftlich erheblichen Frage auch konsultiert hatte, bevor sie von sich aus in dieser bedeutenden Frage vorgeschlagen hat, das Gesetz auch in Bezug auf den Heimfall als anwendbar zu erklären.

Das Gericht gelangt folglich zur Überzeugung, die Vertragsparteien hätten 1948 gemeinsam und übereinstimmend einen Heimfall vereinbart und zwar, indem sie auf das kWRG-1898 und dessen Art. 15 verwiesen haben. Eine objektive Vertragsauslegung ist für diese Feststellung nicht mehr erforderlich, würde aber zum gleichen Ergebnis führen.

3.5.5 Es stellt sich folglich die Frage, ob dieser gesetzliche oder zumindest vertraglich vereinbarte Heimfall aus dem Jahr 1948 später wieder wegbedungen worden ist.

3.5.5.1 Die SBB ersuchte am 6. August 1952 um Ausdehnung des Nutzungsrechts von 11.5 m³ / Sek. auf 20 m³ / Sek (S. 95). Es handle sich um eine Mehrwassernutzung, die keiner Baubewilligung oder Enteignungsrechte bedürfe. Die Verleihungsdauer sei auf den Konzessionsbeginn 1. Januar 1953 und das Konzessionsende 26. Mai 2030 festzusetzen. Dieser Endtermin entspreche demjenigen der Konzession vom Jahr 1948 (S. 96 f.).

3.5.5.2 Der Kanton hat in dieser Situation keinen Anlass gehabt, neu auf den kürzlich vereinbarten Heimfall zurückzukommen.

Der Konzedent zeigte sich mit dem Vorgehen am 8. Oktober 1952 mehrheitlich einverstanden (S. 98). Weitere Akten enthalten Ausführungen zu den damaligen Verhandlungen (G Gelb Nr. 22 - 23). Eine Aktennotiz der SBB vom 30. November 1955 beschreibt den Ausbau des Nutzungsrechts und erklärt die Notwendigkeit, dieses noch zu vergrössern (G Gelb Nr. 24).

3.5.5.3 Die SBB übermittelte am 23. Dezember 1955 den Konzessionsentwurf (S. 99 ff.), der u.a. in Art. 5 den oben zitierten Verweis auf die Gesetze enthielt (S. 101; G Register Gelb Nr. 25). Der Begleitbrief umfasste die Bemerkung (S. 99):

«Bei der Aufstellung des Konzessionsentwurfes haben wir uns vereinbarungsgemäss eng an die bisherige Verleihung vom 16. März 1948 angelehnt ...»

3.5.5.4 Es folgten Gesuche der SBB um Stellungnahme (G Gelb Nr. 25). Der Kanton kam am 16. Dezember 1957 auf ein Schreiben der Klägerin vom 9. Oktober 1957 zurück und forderte eine Korrektur, da im Vorschlag die Steuerausfallentschädigung gemäss Art. 14 WRG verhindert würde. Dies sei wohl ein Irrtum (S. 102).

3.5.5.5 Das kWRG-1957 trat auf den 1. Januar 1958 in Kraft.

3.5.5.6 Die SBB bestritt am 7. März 1958 jegliche gesetzliche oder vertragliche Pflicht zur Zahlung der Steuerausfallentschädigung. Sie würde angesichts dessen, dass sie anderswo dem Konzedenten freiwillig entgegengekommen sei, eine Steuerausfallentschädigung leisten (S. 104).

3.5.5.7 Der Staatsrat bestätigte am 17. März 1958 den Empfang der Mitteilung und lobte die guten Beziehungen zwischen den Vertragspartnern. Er übermittelte einen Konzessionsentwurf (G Gelb Nr. 28).

3.5.5.8 Eine interne Aktennotiz der SBB Rechtsabteilung vom 25. April 1958 an das «II. Departement» bestätigte, der Kanton habe in voraussehbarer Weise eine Erhöhung des Wasserzinses und die Leistung eines Steuerausgleichs verlangt. Das vorliegende Wasserkraftwerk sei das einzige, bei welchem noch kein Steuerausgleich bezahlt worden sei. Es sei der Konzessionärin gelungen, die bisherige sehr günstige PS-Berechnungsart beizubehalten und die zusätzlich zu erwerbenden Wasserkräfte wie auch auf den Steuerausgleich für alte und neue Wasserkräfte anzuwenden (S. 106).

«Die übrigen Bestimmungen entsprechen sachlich der bisherigen Konzession, insbesondere die Konzessionsdauer.

[...]

Wir beantragen Ihnen, diese Angelegenheit der GD vorzulegen zur Beschlussfassung wie folgt: Das vom II. Departement vorgelegte Schreiben an das Baudepartement des Kantons Wallis, worin dem Entwurf zu einer neuen Konzession für die Ausnutzung der Wasserkräfte der Rhone im KW Massaboden – vorbehältlich der Genehmigung des VR – zugestimmt wird, wird genehmigt.»

3.5.5.9 Der Staatsrat erteilte der SBB am 20. Mai 1958 eine weitere Konzession und ermöglichte, die maximal genutzte Wassermenge auf 20 m³ / Sek zu erhöhen (S. 67). Die Wasserzinsen waren so berechnet, dass sich diese ab 1955 erhöhen und ab 1953

auch eine höhere Nutzung möglich war. Der Staatsrat forderte «in sinngemässer Anwendung von Art. 14 WRG» eine Steuerausfallentschädigung von Fr. 20'000.00 und verwies im Übrigen auf das eidgenössische und das Kantonale Gesetz sowie das Gesetz vom 19. November 1897, was die Beleuchtung und die Ventilation des Tunnels betreffe (S. 68).

3.5.5.10 Das kWRG-1957 trat auf den 1. Januar 1958 in Kraft. Die Konzession erfolgt auf den 20. Mai 1958. Die Parteien haben aus folgenden Gründen den zehn Jahre im Voraus vereinbarten Heimfall nicht wiederum ausgeschlossen:

- Art. 54 kWRG-1957 statuiert ein Heimfallsrecht, sofern nichts Anderes in der Konzession bestimmt ist. Diese Bestimmung ist gemäss obigen Ausführungen in diesem Fall anwendbar.

Aber selbst wenn dies nicht der Fall wäre, müsste um die damalige Sichtweise der Parteien zu verstehen, Folgendes beachtet werden:

- Die Vertragsparteien sind gemäss damals aktueller Lehre (vgl. 3.4.2.1) und Gesetzgebung (3.4.3) davon ausgegangen, zumindest Art. 54 kWRG-1957 (wohl auch Art. 67 WRG) definiere einen Heimfall.
- Es gibt in den 50er Jahren keinerlei Grund für den Kanton, auf den kurz zuvor vereinbarten Heimfall zu verzichten.
- Die Verhandlungen für die zusätzliche Nutzung von Wasserkraft haben am 6. August 1952, verhältnismässig kurz nach der obigen Konzession aus dem Jahr 1948 und deutlich vor der Revision begonnen.
- Die Konzession ist freilich erst am 20. Mai 1958 vom Staatsrat beschlossen worden, die Erhöhung der genutzten Wassermenge ist bereits ab 1953 erfolgt, was in der Konzession im Bereich der Wasserzinse (G Rot Nr. 29) so festgehalten wird. Die Konzession wirkt mithin rückwirkend und zwar auf Zeitpunkte, als das kWRG-1957 noch nicht revidiert war.
- Die SBB hat bei der Hinterlage des Entwurfs betont, sich an die bisherige Verleihung vom 16. März 1948 anzulehnen. Dies sei, so die oben zitierte Mitteilung, so vereinbart worden.
- Auch das Ende der neuen Konzession entspricht demjenigen der Belehnung aus dem Jahr 1948. Die Parteien wollten demnach wichtige Rechte der Konzession beibehalten.

- Die Rechtsabteilung der Klägerin hat sich am 25. April 1958 gegenüber der Generaldirektion für den neuen Konzessionsentwurf rechtfertigen müssen (vgl. auch den Vorbehalt vom 2. Mai 1958 in G Rot Nr. 29). Sie führt die Vor- und Nachteile an und erklärt namentlich, warum höhere Abgaben zu leisten sind. Die Rechtsabteilung hätte der Generaldirektion mit Sicherheit verkündet, wenn es ihr gelungen wäre, für sie vorteilhafte Anpassungen zum Heimfall zu erzielen. Die Rechtsabteilung bringt aber vielmehr vor, die übrigen Bestimmungen entsprächen der bisherigen Konzession. Die SBB ist folglich, gleich wie der Kanton davon ausgegangen, der Heimfall liege weiterhin vor.

Es ist zusammengefasst davon auszugehen, die Parteien hätten bei der neuen Konzession im Jahr 1958 mit dem Hinweis auf das Gesetz die Heimfallregelung gemäss kWRG-1957 (inkl. Heimfallsrecht) als anwendbar erachtet oder zumindest den Heimfall so belassen wollen, wie er gemäss Konzession 1948 bereits bestanden hat.

3.5.6 Die Akten enthalten keinen Hinweis, dass der Kanton zu einem noch späteren Zeitpunkt auf den 1948 vereinbarten und 1958 erneuerten Heimfall verzichtet hätte.

3.6 Zusammenfassung

Es besteht ein Heimfallsrecht gemäss Art. 54 kWRG-1957. Die Feststellungsklage ist demnach abzuweisen.

4.

4.1 Die Bestimmungen über die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vor dem Kantonsgericht sind auch in Bezug auf das Klageverfahren analog anwendbar (Art. 85 Abs. 1 VVRG). Die unterliegende Person hat folglich die Kosten zu tragen (Art. 89 Abs. 1 VVRG). Die kantonale Gesetzgebung statuiert eine grundsätzliche Kostenbefreiung für Behörden des Bundes, die in ihrem amtlichen Wirkungskreis handeln. Es darf sich dabei aber nicht um deren Vermögensinteresse handeln (Art. 89 Abs. 4 VVRG).

Die Klägerpartei argumentiert im vorliegenden Fall mit Vermögensinteressen («die Frage des Nichtbestands oder Bestands eines Heimfallsrechts hat gleichzeitig eine ökonomische Seite»; S. 11; vgl. auch die TB 84) um ihre Legitimation zur Feststellungsklage zu rechtfertigen. Das finanzielle Interesse liegt auf der Hand und das Kantonsgericht kann diesbezüglich auf die am 3. Mai 2024 (vgl. S. 390) zitierten «Etzelwerkentscheide» des Bundes- und des Bundesverwaltungsgerichts verweisen.

Die unterliegende Klägerpartei hat im Klageverfahren ihre Vermögensinteressen durchzusetzen versucht. Sie hat folglich die Gerichtskosten zu erstatten.

4.2 Die Kosten setzen sich gemäss Art. 3 des Gesetzes betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden vom 11. Februar 2009 (GTar; SGS / VS 173.8) aus den Auslagen der Entscheidbehörde sowie der Gerichtsgebühr zusammen. Die Gerichtsgebühr kalkuliert sich bei direkten Klagen vor dem Kantonsgericht bei geldwerten Fällen in Übereinstimmung mit Art. 16 GTar. Der Umfang und die Schwierigkeit des Falls, die Art der Prozessführung der Parteien sowie ihre finanzielle Situation sind zusätzlich zu beachten (Art. 13 Abs. 1 GTar). Der Streitwert beträgt mehr als eine Million Franken (S. 392), weshalb sich die Gebühr zwischen Fr. 27'000.00 und Fr. 120'000.00 festsetzt.

Die Angelegenheit ist für die weiteren Verhandlungen zwischen dem Konzedenten und der Konzessionärin erheblich und könnte auch Einfluss auf weitere Fälle haben. Das Dossier inkl. Beilagen ist mittelgross. Das Gericht hat eine Mehrzahl von Sachverhalts-, formellen sowie materiellen Rechtsfragen prüfen müssen. Der Schwierigkeitsgrad ist insgesamt als mittel zu bezeichnen. Auch der Dossierumfang bewegt sich in einem üblichen Rahmen. Es rechtfertigt sich, die Gerichtsgebühr auf Fr. 39'800.00 zu fixieren. Die Auslagen betragen pauschal (Art. 11 GTar) Fr. 200.00. Die Gerichtskosten sind auf insgesamt Fr. 40'000.00 zu fixieren.

4.3 Eine Parteientschädigung ist vom Kanton nicht beantragt worden und würde ihm auch nicht zugesprochen (vgl. Art. 91 Abs. 3 VVRG).

Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. Die Klage wird abgewiesen. Es existiert im vorliegenden Fall ein Heimfallsrecht im Sinne obiger Erwägungen.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 40'000.00 werden der SBB auferlegt. Der Kostenvorschuss von Fr. 2'000.00 wird mit den Gerichtskosten verrechnet, womit der SBB Fr. 38'000.00 in Rechnung gestellt werden.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Das Urteil wird der SBB und dem Kanton Wallis, vertreten durch das Departement für Finanzen und Energie schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 13. Juni 2024