

**Beschluss Nr. 958/2018**

Schwyz, 18. Dezember 2018 / ju

**Wildwuchs bei Konzessionen und Abgaben**

Beantwortung der Interpellation I 15/18

**1. Wortlaut der Interpellation**

Am 6. Juni 2018 hat Kantonsrat Dr. Michael Spirig folgende Interpellation eingereicht:

*„Im April legte die Gemeinde Lachen überraschend ein Reglement zur Benützung des kommunalen Untergrunds vor. Das Amt für Raumentwicklung (ARE) im Volkswirtschaftsdepartement, respektive der Rechts- und Beschwerdedienst haben eine Vorprüfung vorgenommen. Die Ergebnisse wurden der Gemeinde mit Schreiben vom 12. April 2018 mitgeteilt. Es zeigte sich, dass diese gewisse Anpassungen vorzunehmen hatte. Daher wurden an der Gemeindeversammlung dann drei entsprechende Ergänzungsanträge gestellt. Über die weiteren Inhalte der Vorprüfung und Empfehlungen seitens des Kantons wurde aber nicht informiert, auch auf Nachfrage hin nicht. Somit sind für den abstimmenden Bürger und auch für die betroffenen Unternehmen die Rechtslage sowie die Haltung des Kantons zu den neuen Konzessionen und Abgaben nach wie vor unklar.*

*Mit dem Vorgehen und Reglement tritt die Gemeinde Lachen allenfalls eine Lawine los. Denn wenn nun jede Gemeinde auf die Schnelle ihre eigenen Ideen und Möglichkeiten in diesem Bereich umsetzt, besteht die grosse Gefahr eines kommunalen Reglemente- und Konzessions-Wirrwarrs im Kanton. Es ist darüber hinaus auch zu befürchten, dass künftig nicht nur für die Benützung des kommunalen Untergrunds Abgaben gefordert werden, sondern auch Private eine entsprechende Abgeltung einzufordern versuchen.*

*Ich bitte in diesem Zusammenhang den Regierungsrat um die Beantwortung folgender Fragen:*

- 1. Wildwuchs: Gedenkt der Kanton dem drohenden Konzessionen und Abgaben Wildwuchs z.B. mittels einer geeigneten Verordnung oder Gesetzesanpassung Einhalt zu gewähren? In welchem Zeithorizont?*
- 2. Konzessionen für bestehende Netze: Wie ist die Handhabung besonders bei noch mittel- bis langfristig laufenden Konzessionen z.B. für ein bestehendes Gasnetz? Müsstens diese nicht*

*auch umgehend angepasst werden, um nicht rückständige Anreize zu schaffen? Denn z.B. Gas aus fossilen Quellen geliefert durch alte Leitungen, hätte einen ungewollten Marktvorteil gegenüber Energieträgern, die über ein neues Netz verteilt werden müssen, so zum Beispiel Fernwärme erzeugt mittels Biomasse.*

3. *Energie aus erneuerbaren Quellen: Wie stellt sich daher der Regierungsrat zu einer befristeten Konzessionsabgabenbefreiung für Energieträger, die zu mehr als 80% aus erneuerbaren Quellen stammen, beispielsweise Strom aus Wasserkraft und/oder Wind, Bio-Gas usw.?*

*Besten Dank für Ihre Antworten.“*

## **2. Antwort des Regierungsrates**

### 2.1 Einleitende Bemerkungen

Bevor die vom Interpellant gestellten Fragen beantwortet können, sind einleitend für das Verständnis die verschiedenen Arten von Gebrauchsrechten an öffentlichen Sachen im Gemeindegebrauch zu klären. Weiter stellt der Interpellant in seiner Anfrage einen konkreten Bezug zum Reglement zur Benutzung des kommunalen Untergrunds der Gemeinde Lachen her, weshalb in den einleitenden Ausführungen ebenfalls noch darauf einzugehen ist.

### 2.2 Gebrauchsrechte an öffentlichen Sachen im Gemeindegebrauch

#### 2.2.1 Schlichter Gemeindegebrauch

Die Nutzung öffentlicher Sachen im Gemeindegebrauch kennt verschiedene Ausprägungen. Gemeindegebrauch ist die Benutzung einer öffentlichen Sache, die bestimmungsgemäss und gemeinverträglich ist und grundsätzlich jedermann, d.h. einer unbestimmten Zahl von Benutzern gleichzeitig, ohne Erteilung einer Erlaubnis und in der Regel unentgeltlich offen steht (z.B. Gehen oder Fahren auf einer öffentlichen Strasse). Das Gemeinwesen darf für den schlichten Gemeindegebrauch einer öffentlichen Sache grundsätzlich keine öffentlichen Abgaben erheben (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, Rz. 2253 ff.).

#### 2.2.2 Gesteigerter Gemeindegebrauch

Gesteigerter Gemeindegebrauch ist diejenige Benutzung einer öffentlichen Sache im Gemeindegebrauch, die nicht mehr bestimmungsgemäss oder gemeinverträglich ist und andere Benutzer wesentlich einschränkt, aber nicht ausschliesst. Sie ist normalerweise bewilligungspflichtig und kann mit der Erhebung einer Gebühr verbunden werden. Für die Bewilligung des gesteigerten Gemeindegebrauchs einer öffentlichen Sache kann das Gemeinwesen ein Entgelt in der Form einer Benützungsgebühr erheben (z.B. Entnahme von Kies und Sand aus öffentlichen Gewässern; vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2274 ff.).

#### 2.2.3 Sondernutzung

Sondernutzung ist derjenige Gebrauch einer öffentlichen Sache im Gemeindegebrauch, der nicht bestimmungsgemäss ist, bei welchem die Berechtigten eine ausschliessliche Verfügung über einen Teil der Sache erhalten und der die Erteilung einer Konzession voraussetzt (z.B. Verlegen von Leitungen in oder über öffentlichem Grund). Andere Berechtigte werden von der Nutzung der öffentlichen Sache gänzlich ausgeschlossen. Die Abgrenzung zwischen gesteigertem Gemein-

brauch und Sondernutzung fällt oft schwer. Für die Sondernutzung einer öffentlichen Sache erhebt das Gemeinwesen regelmässig eine Gebühr. Die Gebührenerhebung muss in einem Gesetz oder in einem Gemeindeerlass ausdrücklich vorgesehen sein (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2308 ff.).

Die Konzession ist die Verleihung des Rechts zur Ausübung einer monopolistischen Tätigkeit oder zur Sondernutzung einer öffentlichen Sache. Durch die Erteilung einer Monopol- oder Sondernutzungskonzession wird ein wohl erworbenes Recht begründet, dessen wesentlicher Gehalt aus Gründen des Vertrauensschutzes unwiderruflich und gesetzesbeständig ist und unter dem Schutz der Eigentumsgarantie steht, sofern von diesem Recht Gebrauch gemacht worden ist (vgl. BGE 123 III 454, 459 f.). Das bedeutet, dass die Substanz des Rechts nur auf dem Weg der formellen Enteignung und gegen Entschädigung entzogen oder beschränkt werden kann (vgl. BGE 119 Ia, 154, 161 f.).

### 2.3 Regelungen für die Benützung von öffentlichen Sachen

Es ist unbestritten, dass die Gemeinden für ihren Aufwand und ihre Kosten im Zusammenhang mit der Verlegung von Versorgungsleitungen entschädigt werden können. Der Regierungsrat geht zudem davon aus, dass die Gemeinden nicht mit überhöhten Konzessionsgebühren das Leistungsangebot für die eigenen Einwohnerinnen und Einwohner verteuern wollen.

Schwyzer Gemeinden erheben für die Benützung ihres Eigentums bereits heute Konzessionsgebühren (z.B. Konzessionsabgabe von Elektrizitätswerk an Gemeinden für die Benützung des öffentlichen Bodens zur Verlegung und zum Betrieb von elektrischen Leitungen).

### 2.4 Reglement zur Benützung des kommunalen Untergrundes der Gemeinde Lachen

Die Gemeinde Lachen hat die Benützung des gemeindeeigenen Untergrundes (samt Entschädigung) in einem Reglement verbindlich geregelt. Das erwähnte Reglement wurde dem Kanton am 23. Februar 2018 zur Vorprüfung eingereicht. Daraus gingen fünf Vorbehalte sowie verschiedene Empfehlungen und Hinweise hervor. Die Gemeinde nahm die Vorbehalte, Empfehlungen und Hinweise zu einem Teil auf und passte das Reglement entsprechend an. Daraufhin wurde es an der Gemeindeversammlung vom 19. April 2018 erläutert und an die Urnenabstimmung überwiesen.

#### 2.4.1 Zustimmung der Stimmberechtigten von Lachen

Die Stimmberechtigten der Gemeinde Lachen haben das Reglement an der Urnenabstimmung vom 10. Juni 2018 mit 848 Ja- gegen 750 Nein-Stimmen angenommen. Weder gegen den Ausgang der Gemeindeversammlung noch gegen die Urnenabstimmung wurden Beschwerden beim kantonalen Verwaltungsgericht erhoben.

#### 2.4.2 Genehmigung des Reglements unter Vorbehalten

Der Gemeinderat hat dem Regierungsrat am 12. Juni 2018 das Reglement zur Benützung des kommunalen Untergrundes vom 19. April 2018 zur Genehmigung eingereicht. Der Regierungsrat hat das Reglement genehmigt, unter dem Vorbehalt, dass die einzelnen Bestimmungen in Übereinstimmung mit dem übergeordneten Recht von Bund und Kanton angewendet werden. Eigentliche Konzessionsabgaben für Fernmeldeleitungen und Unterbauten in Strassen wurden ausdrücklich für nicht zulässig erklärt, wobei auch in diesen Fällen kostendeckende Verwaltungsgebühren (für den Aufwand des Gemeinwesens) erhoben werden dürften. Weiter gelangt betreffend Stromversorgung das Einführungsgesetz zum Stromversorgungsgesetz vom 23. November 2011

(EGzStromVG, SRSZ 420.410) zur Anwendung. Die Gemeinde hat für die Stromversorgung ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren zu gewährleisten.

Für Grundstücke im Finanzvermögen gelten – im Gegensatz zu Grundstücken im Verwaltungsvermögen oder den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch – die Regeln des Privatrechts. Regelungsbefugnisse kommen in diesen Belangen dem Kanton und den Gemeinden keine zu. Will eine Gemeinde auf einem Grundstück im Finanzvermögen ein Durchleitungsrecht einräumen, so bedient sie sich der dafür im Privatrecht vorgesehenen Rechtsformen (z.B. Einräumung einer Dienstbarkeit mit Eintrag im Grundbuch). Eigenständige Regelungen darf die Gemeinde dazu keine erlassen. Insbesondere darf sie auch die Preise für solche Dienstbarkeiten nicht rechtsatzmässig festlegen. Zulässig sind allein Erwerbspreise für Durchleitungsrechte auf privatrechtlicher Basis, nicht aber eigentliche Konzessionsabgaben.

## 2.5 Fazit

Zusammenfassend sind die vorgelegten Regelungen der Gemeinde Lachen für die Benützung des kommunalen Untergrundes samt deren Entschädigung rechtlich grundsätzlich zulässig, auch wenn deren Anwendung im Einzelfall zu Schwierigkeiten und möglicherweise zu Rechtsmittelverfahren führen kann. Sollten weitere Gemeinden beabsichtigen, solche Reglemente zu erlassen, wird der Kanton gegebenenfalls wiederum auf rechtlich problematische Bestimmungen hinweisen.

## 2.6 Beantwortung der gestellten Fragen

*2.6.1 Frage 1: Wildwuchs: Gedenkt der Kanton dem drohenden Konzessionen und Abgaben Wildwuchs z.B. mittels einer geeigneten Verordnung oder Gesetzesanpassung Einhalt zu gewähren? In welchem Zeithorizont?*

Aus Sicht des Regierungsrates besteht kein Bedürfnis nach neuen Regelungen. Der Kanton sieht sich im vorliegenden Zusammenhang derzeit auch nicht veranlasst, aufsichtsrechtlich in die Gemeindeautonomie einzugreifen. Namentlich ist das Gesetz über das Bergregal und die Nutzung des Untergrundes vom 10. Februar 1999 (GBNU, SRSZ 215.110) für die vorliegende Regelung nicht einschlägig, da es erst in grösserer Tiefe (für Bodenschätze) zur Anwendung gelangt.

Die Grundversorgung ist Sache der Gemeinden. Es obliegt ebenfalls den Gemeinden, ob sie für Grundstücke, die sich in ihrem Eigentum befinden, Konzessionen und Abgaben für Leitungsverlegungen erheben oder nicht. Die Gemeinden sind namentlich Träger von Gemeindestrassen (§ 7 Abs. 2 Strassengesetz vom 15. September 1999, StraG, SRSZ 442.110; § 38 Planungs- und Baugesetz vom 14. Mai 1987, PBG, SRSZ 400.100), verfügen damit über diese und sind dafür – soweit das Bundesrecht und das kantonale Recht Raum lassen – auch zur Rechtsetzung befugt. Dementsprechend dürfen die Gemeinden auch die Nutzung öffentlicher Plätze im Gemeindegebiet regeln. Im Übrigen bestehen bereits heute ausreichende Regelungen für einen diskriminierungsfreien Zugang zum öffentlichen Grund.

*2.6.2 Frage 2: Konzessionen für bestehende Netze: Wie ist die Handhabung besonders bei noch mittel- bis langfristig laufenden Konzessionen z.B. für ein bestehendes Gasnetz? Müssen diese nicht auch umgehend angepasst werden, um nicht rückständige Anreize zu schaffen? Denn z.B. Gas aus fossilen Quellen geliefert durch alte Leitungen, hätte einen ungewollten Marktvorteil gegenüber Energieträgern, die über ein neues Netz verteilt werden müssen, so zum Beispiel Fernwärme erzeugt mittels Biomasse.*

Eine umgehende Anpassung der bestehenden Konzessionsverträge und Bewilligungen ist nicht erforderlich. Vor Ablauf der Konzessionsdauer kann das Gemeinwesen das verliehene Recht gegen Entgelt zurückkaufen, wenn das Gesetz oder die Konzession dies vorsehen. Das zuständige Gemeinwesen kann das dem Konzessionär verliehene, wohlerworbene Recht auch auf dem Weg der formellen Enteignung und gegen volle Entschädigung entziehen. Bei Uneinigkeit über die Anpassung von langfristig laufenden Konzessionen oder der Höhe von allfälligen Enteignungsentschädigungen zeichnen sich langwierige Rechtsmittelverfahren ab.

Die Gemeinden sind dafür verantwortlich, dass die Rechtsgleichheit der Marktteilnehmer gewahrt wird und für die Vergabe der neuen Konzessionen ein transparentes Verfahren gewählt wird.

*2.6.3 Frage 3: Energie aus erneuerbaren Quellen: Wie stellt sich daher der Regierungsrat zu einer befristeten Konzessionsabgabenbefreiung für Energieträger, die zu mehr als 80% aus erneuerbaren Quellen stammen, beispielsweise Strom aus Wasserkraft und/oder Wind, Bio-Gas usw.?*

Es obliegt nicht dem Regierungsrat, sich zu einer befristeten Konzessionsabgabenbefreiung für erneuerbare Energie zu äussern. Die einmaligen und wiederkehrenden Konzessionsabgaben und Bewilligungsgebühren werden von den Gemeinden und Eingemeindebezirken gestützt auf kommunales Recht erhoben und schliesslich vom Endverbraucher bezahlt. Der Kanton ist an der kommunalen Gebührenerhebung nicht beteiligt. Anregungen dieser Art müssten über die beratenden Gemeindeversammlungen, allenfalls über Einzel- oder Pluralinitiativen in die kommunalen Reglemente (zur Benutzung des öffentlichen Grund und Bodens) oder unmittelbar in die Konzessionsverträge eingebracht werden. Das letzte Wort darüber hat das Stimmvolk der Gemeinde mittels Urnenabstimmung.

### **Beschluss des Regierungsrates**

1. Der Vorsteher des Volkswirtschaftsdepartements wird beauftragt, die Antwort im Kantonsrat zu vertreten.
2. Zustellung: Mitglieder des Kantonsrates.
3. Zustellung elektronisch: Mitglieder des Regierungsrates; Staatsschreiber; Sekretariat des Kantonsrates; Volkswirtschaftsdepartement; Amt für Raumentwicklung.

Im Namen des Regierungsrates:

Dr. Mathias E. Brun, Staatsschreiber

