Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}

2C 828/2013

Urteil vom 24. März 2014

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichter Seiler,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Donzallaz, Kneubühler,
Gerichtsschreiber Errass.

Verfahrensbeteiligte
AG Kraftwerk Wägital,
vertreten durch Rechtsanwalt Hanspeter Kümin,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bezirk March,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Franz Xaver Muheim.

Gegenstand
Forderung aus Konzessionsvertrag,

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz, Kammer III, vom 25. Juni 2013.

Sachverhalt:

A.
Mit Wasserrechtsverleihung vom 7. Mai 1961 verlieh die Bezirksgemeinde March der AG Kraftwerk Wägital in Siebnen-Schübelbach (AKW) das Recht, die Wasserkräfte der Wägitaleraa und des Trepsenbachs in einer zweistufigen Kraftwerkanlage mit Zentralen in Rempen und Siebnen zum Zwecke der Erzeugung elektrischer Energie zu nutzen. Die Dauer der Verleihung wurde bis 31. Dezember 2040 terminiert. Mit der Wasserrechtsverleihung wurde die Beliehene verpflichtet "während der Dauer der Verleihung die Wiederverkäufer im Bezirk March zu den Bedingungen des Wiederverkäufertarifs der Elektrizitätswerke des Kantons Zürich mit elektrischer Energie zu beliefern" (§ 7 Abs. 1 Satz 1 der Wasserrechtsverleihung [SRSZ 452.810.1]).

B.
Am 3. Mai 2010 machte der Bezirksrat March gegenüber der AKW Unstimmigkeiten bei der Preisgestaltung für die Energiebelieferung bei zehn Wiederverkäufern in der March geltend. Am 23. April 2012 erhob der Bezirk March beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Klage gegen die AKW mit dem Antrag, die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger Fr. 9'902'876.–, eventuell einen richterlich festzulegenden Betrag, zuzüglich 5 % Zins seit Einreichung der Klage zu bezahlen.
Das Verwaltungsgericht wies mit Zwischenbescheid vom 18. Oktober 2012 die von der AKW beantragte Bei-

ladung der Axpo AG, Baden, ab und führte einen mehrfachen Schriftenwechsel durch. Mit Urteil vom 25. Juni 2013 hiess es die Klage gut und verpflichtete die AKW, dem Bezirk March gestützt auf § 7 Abs. 1 der Wasserrechtsverleihung vom 7. Mai 1961 Fr. 9'902'876.– zuzüglich 5 % Zins seit dem 23. April 2012 zu bezahlen.

C.
Die AKW erhebt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag, das Urteil des Verwaltungsgerichts aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen. Der Bezirk March beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen und die Klage im berichtigten Umfang der Hauptforderung von Fr. 10'394'651.50 gutzuheissen. Das Verwaltungsgericht schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Die AKW repliziert.

Erwägungen:

1.

1.1. Gegen den kantonal letztinstanzlichen Endentscheid in einer Streitsache über die Rechte und Pflichten aus einem kantonalen Wasserkraftkonzessionsverhältnis (vgl. Art. 71 Abs. 1 WRG [SR 721.80]) ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Art. 90 BGG) und die Beschwerdeführerin ist dazu legitimiert (Art. 89 Abs. 1 BGG). Auf das Rechtsmittel ist einzutreten.

1.2. Die Beschwerdeführerin stellt unter "Rechtsbegehren" den Antrag, die Klage sei vollumfänglich abzuweisen. Ein Eventualbegehren auf teilweise Abweisung ist im Rechtsbegehren nicht ausdrücklich enthalten, wird aber in der Beschwerde (S. 17 ff.) begründet. Da das Bundesgericht ein Begehren ohne weiteres auch bloss teilweise gutheissen kann, ist mit dem Antrag auf vollumfängliche Abweisung einer Klage immer auch die Möglichkeit einer teilweisen Abweisung verbunden. Daher ist auch die Eventualbegründung, die auf eine Gutheissung der Klage im Umfang von bloss Fr. 7'557'338.– (zuzüglich Zins) hinausläuft, zulässig.

1.3. Der Beschwerdegegner beantragt die Gutheissung der Klage "im berichtigten Umfang der Hauptforderung von CHF 10'394'651.50". Er begründet dies damit, in der Klage sei ihm ein Rechnungsfehler unterlaufen, indem die in der Klageschrift substantiierten Forderungsbeträge nicht richtig in das Hauptrechtsbegehren überführt worden seien; er erblickt darin einen Rechnungsfehler, der berichtigt werden könne. Indessen geht es hier nicht darum, ob ein Rechnungsfehler in einer Klage berichtigt werden kann, sondern um eine Änderung des angefochtenen Urteils: Das Bundesgericht kann nicht über die fristgerecht (Art. 100 BGG) gestellten Rechtsbegehren der Parteien hinausgehen (Art. 107 Abs. 1 BGG). Eine Anschlussbeschwerde ist vor Bundesgericht nicht zulässig (BGE 134 III 332 E. 2.5 S. 335; 138 V 106 E. 2.1 S. 110). Die Vorinstanz hat die Klage im Umfang von Fr. 9'902'876.– gutgeheissen. Selbst wenn diesem Urteil ein Rechnungsfehler in der Klage zugrunde liegen sollte, könnte es nur mit einer eigenen Beschwerde des Beschwerdegegners zum Nachteil der Beschwerdeführerin geändert werden. Der Beschwerdegegner hat aber keine Beschwerde erhoben. Er kann in seiner Beschwerdeantwort höchstens die Abweisung der Beschwerde beantragen, aber nicht die Zusprechung eines höheren als des vorinstanzlich zugesprochenen Betrags.

1.4. Das Bundesgericht prüft die Anwendung des Bundesrechts frei und von Amtes wegen (Art. 95 lit. a und Art. 106 Abs. 1 BGG). Die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem Recht prüft es nur auf entsprechende Rüge hin (Art. 106 Abs. 2 BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz auf genügend begründete Rüge hin (Art. 106 Abs. 2 BGG) oder von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Artikel 95 beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG).

2.
Strittig ist die Auslegung und Anwendung von § 7 Abs. 1 Satz 1 der Wasserrechtsverleihung vom 7. Mai 1961.

2.1. Konzessionen, insbesondere solche über die Verleihung von Wassernutzungen, weisen sowohl vertragli-

che als auch hoheitliche Elemente auf (BGE 109 II 76 E. 2 S. 77; 126 II 171 E. 4c/bb S. 182; 130 II 18 E. 3.1 S. 21; vgl. auch BGE 127 II 69E. 5 S. 75 f.). In Bezug auf die vertraglichen Elemente, so namentlich diejenigen Fragen, die von Gesetzes wegen unterschiedlich geregelt werden können, ist die Konzession wie ein öffentlich-rechtlicher Vertrag auszulegen (BGE 126 II 171 E. 4c/bb S. 182; Urteil 2C 258/2011 vom 30. August 2012 E. 4.1). Die vorliegend streitige Pflicht zur Anwendung eines bestimmten Tarifs für die Wiederverkäufer gehört nicht zu den gesetzlich zwingenden Konzessionsbestandteilen und hat daher vertraglichen Charakter (vgl. auch Art. 55 lit. d WRG).

2.2. Für die Auslegung verwaltungsrechtlicher Verträge ist wie bei einem privatrechtlichen Vertrag in erster Linie auf den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien abzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR; empirische oder subjektive Vertragsauslegung). Die subjektive Vertragsauslegung bezieht sich auf den Willen der Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten kann berücksichtigt werden, wenn es Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen der Parteien zulässt (BGE 132 III 626 E. 3.1 S. 632; 129 III 675 E. 2.3 S. 680). Lässt sich ein übereinstimmender Parteiwille nicht feststellen, ist der Vertrag so auszulegen, wie er nach dem Vertrauensgrundsatz verstanden werden durfte und musste (normative oder objektive Vertragsauslegung; BGE 137 III 145 E. 3.2.1 S. 148; 136 III 186E. 3.2.1 S. 188; 135 V 237 E. 3.6 S. 241; 133 III 406 E. 2.2 S. 409; 121 II 81 E. 4a S. 85). Die objektive Vertragsauslegung ergibt sich nicht allein aus dem Wortlaut, sondern kann sich auch aus anderen Elementen ergeben wie aus dem verfolgten Ziel, der Interessenlage der Parteien oder aus den Gesamtumständen; von einem klaren Vertragswortlaut ist jedoch nur abzuweichen, wenn sich ernsthafte Anhaltspunkte dafür ergeben, dass
dieser nicht dem Willen der Parteien entspricht (BGE 137 III 444 E. 4.2.4 S. 451; 136 III 186 E. 3.2.1 S. 188; 135 III 295 E. 5.2 S. 301; 133 III 406E. 2.2 S. 409; 131 III 606 E. 4.2 S. 611). Im Zweifel und zur Füllung von Lücken in einem Vertrag sind die dispositiven Bestimmungen der einschlägigen Gesetze heranzuziehen, soweit sich nicht genügend klar aus dem Vertrag ergibt, dass davon abgewichen werden sollte (BGE 133 III 607 E. 2.2 S. 610). Bei der Auslegung öffentlich-rechtlicher Verträge ist 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 (BGE 135 V 237E. 3.6 S. 242; 122 I 328 E. 4e S. 335; 121 II 81 E. 4a S. 85; Urteil 2C 258/2011 vom 30. August 2012 E. 4.1; August Mächler, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, 2005, S. 124, 309 m.w.H.). Indessen wäre es 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 (BGE 122 I 328 E. 4e S. 335 f.; 103 Ia 505 E. 2b S. 510; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A. 2010, S. 250 Rz. 1104).

2.3. Was die Parteien beim Vertragsabschluss gewusst, gewollt oder tatsächlich verstanden haben, ist Tatfrage (BGE 133 III 675 E. 3.3 S. 681; 131 III 606 E. 4.1 S. 610); die tatsächliche Ermittlung dieses subjektiven Parteiwillens (subjektive Vertragsauslegung) beruht auf Beweiswürdigung, die der bundesgerichtlichen Überprüfung nur in den Schranken von Art. 105 BGG zugänglich ist (BGE 133 III 675 E. 3.3 S. 681; 132 III 626E. 3.1 S. 632; 126 II 171 E. 4c/bb S. 182; 118 II 365 E. 1 S. 366). Die Vertragsauslegung nach dem Vertrauensgrundsatz ist demgegenüber Rechtsfrage (BGE 136 III 186 E. 3.2.1 S. 188; 133 III 675E. 3.3 S. 181; 132 III 626 E. 3.1 S. 632; 131 III 606 E. 4.1 S. 610). Entsprechend Art. 95 BGG werden öffentlich-bundesrechtliche Verträge frei (vgl. BGE 126 II 171 E. 4c/bb S. 182), öffentlich-kantonalrechtliche (zur Zulässigkeit vgl. Art. 6 Abs. 1 ZGB) dagegen grundsätzlich nur auf Willkür hin überprüft. Die Auslegung von kantonalen Wasserkraftkonzessionen nach Vertrauensprinzip prüft das Bundesgericht frei, weil diese nicht nur eine kantonale, sondern mit dem WRG auch eine bundesrechtliche Grundlage haben, welche die Grundsätze der Wasserkraftnutzung festlegt (vgl. BGE 126 II 171 E. 4c/bb S. 182; Urteile 2C 258/2011
vom 30. August 2012 E. 4.2; 1C 207/2008 vom 20. Februar 2009 E. 4.2).

3.

3.1. Es ist unstreitig, dass die Beschwerdeführerin (bzw. für sie die NOK bzw. Axpo) ihrer Pflicht zur Ener-

gielieferung an die Wiederverkäufer in der March nachgekommen ist. Umstritten ist der Tarif, zu dem diese Lieferung zu erfolgen hat, wobei nur der Zeitraum von Oktober 2004 bis Dezember 2009 zur Diskussion steht. Sodann ist letztinstanzlich nicht mehr bestritten, dass die Beschwerdeführerin vor der Vorinstanz passivlegitimiert war. Hingegen stellt sich diese auf den Standpunkt, sie habe ihre Verpflichtung gehörig erfüllt, indem die Energie zu dem vertraglich massgebenden Tarif geliefert worden sei.

3.2. Sachverhaltlich steht aufgrund der vorinstanzlichen Feststellungen fest und ist unbestritten: Die Beschwerdeführerin, die zu je 50 % von der ehemaligen NOK bzw. heutigen Axpo und der Stadt Zürich gehalten wird, hat am 22. Januar/19. Februar 1986 mit der NOK und der Stadt Zürich einen Vertrag über die Lieferung elektrischer Energie im Bezirk March geschlossen und darin die NOK mit der Ausführung der Verpflichtungen aus dem Konzessionsvertrag beauftragt. 1995 schloss die NOK mit den zehn Wiederverkäufern im Bezirk March im Wesentlichen identische Energielieferungsverträge ab, in denen auf die Energielieferungspflicht gemäss Konzessionsvertrag Bezug genommen wurde; diesen Verträgen war der Wiederverkäufertarif W der EKZ beigeheftet. Ab 1. Oktober 2002 wurde der Wiederverkäufertarif W der EKZ aufgehoben und durch den "Spezialtarif für Wiederverkäufer WS-N (für March) " der Axpo ersetzt. Auf den Preisen gemäss diesem Tarif wurde ab 1. Oktober 2002 ein auf ein Jahr befristeter Spezialrabatt von 0,1 Rp./kWh gewährt, ab 1. Oktober 2003 ein Axpo-Rabatt von 1,2 Rp./kWh sowie ein Spezialrabatt der EKZ von 0,2 Rp./kWh. Ab 1. Oktober 2004 betrug der EKZ-Rabatt 0,4 Rp./kWh, befristet auf ein Jahr. Per 1. Oktober 2004 schloss die Axpo mit
den Wiederverkäufern der March eine Zusatzvereinbarung 1 zum Energielieferungsvertrag von 1995 ab. Gemäss dieser Zusatzvereinbarung liefert die Axpo den Endverteilern die Energie zum Axpo-Tarif MS 04; zusätzlich wurde den Endverteilern eine pauschale Entschädigung von 0,8 Rp/kWh vergütet, womit "der Preisbasis gemäss Energielieferungsvertrag vollumfänglich Rechnung getragen" wurde.

3.3. Die EKZ gewährte ihren Wiederverkäufern einen Rabatt von 15 % auf den Energielieferungen und Netzdienstleistungen. Streitig ist, ob auch die Beschwerdeführerin den Wiederverkäufern der March bzw. dem Beschwerdegegner diesen Rabatt (zusätzlich zu der Entschädigung von 0,8 Rp./kWh) gewähren muss.

3.4. Die Vorinstanz hat zusammengefasst erwogen, gemäss Konzession sei den Wiederverkäufern derjenige Tarif zu gewähren, der den anderen Abnehmern der EKZ mit einer vergleichbaren Funktion und Stellung in Rechnung gestellt werde. Die Zusatzvereinbarung von 2004 zwischen den Wiederverkäufern und der Axpo könne keine Auswirkungen auf das Rechtsverhältnis zwischen Beschwerdeführerin und Beschwerdegegner haben. Die EKZ habe allen ihren Abnehmern von Oktober 2004 bis Ende 2009 einen Rabatt von 15 % gewährt. Dieser Rabatt sei Bestandteil des Wiederverkäufertarifs im Sinne der Konzession und stehe daher auch den Wiederverkäufern der March zu, und zwar anstelle des EKZ-Rabatts von 0,4 Rp., aber zusätzlich zur Entschädigung von 0,8 Rp.

3.5. Die Beschwerdeführerin kritisiert in erster Linie die Auslegung von § 7 Abs. 1 der Konzession (hinten E. 4). Sodann ist sie der Ansicht, dass diese Konzession durch die Zusatzvereinbarung von 2004 zum Energielieferungsvertrag von 1995 abgeändert worden ist (hinten E. 5).

4.
Umstritten ist in erster Linie die Auslegung des Begriffs "zu den Bedingungen des Wiederverkäufertarifs der Elektrizitätswerke des Kantons Zürich" in § 7 Abs. 1 der Konzession von 1961.

4.1. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, der Verweis in § 7 Abs. 1 der Wasserrechtsverleihung auf den Wiederverkäufertarif umfasse nicht die von der EKZ seit 2002 gewährten Rabatte und Boni. Sie rügt, die Vorinstanz habe in rechtswidriger Weise auf eine Auslegung von § 7 Abs. 1 der Konzession verzichtet. Sie - die Beschwerdeführerin - habe vor der Vorinstanz den Beweis dafür offeriert, dass die von der EKZ seit 2002 gewährten Rabatte und Boni, namentlich auch der streitige Rabatt von 15 %, nicht mit dem Stromgeschäft erwirtschaftet, sondern aus den Beteiligungs- und Finanzerträgen der EKZ finanziert worden seien. Sie rügt, die Vorinstanz verhalte sich widersprüchlich und gehörsverletzend, indem sie einerseits den offerierten Beweis nicht abgenommen, andererseits aber ausgeführt habe, der Beschwerdeführerin gelinge der Beweis nicht, dass die Rabatte und Boni der EKZ eine Beteiligung der Kunden am Geschäftserfolg der EKZ seien. Die Vorinstanz

habe damit einen rechtserheblichen Sachverhalt nicht abgeklärt. Für die Auslegung der Konzession nach Vertrauensprinzip sei erheblich, dass die Wiederverkäufer im Bezirk March nicht von der EKZ, sondern von der NOK/Axpo beliefert würden; die Tarifblätter der EKZ gelangten daher nicht
direkt, sondern nur analog zur Anwendung. Die EKZ werde wiederum von der NOK/Axpo beliefert. Es stelle sich die Frage, weshalb die Parteien 1961 vereinbart hätten, dass die Belieferung zu den Bedingungen des EKZ-Wiederverkäufertarifs zu erfolgen habe. In diesem Rahmen spiele es eine Rolle, wie sich der EKZ-Wiederverkäufertarif zusammensetze. Dieser setze sich aus dem Tarif zusammen, den die EKZ ihrer Lieferantin (NOK/Axpo) bezahlen müsse plus einem angemessenen Zuschlag für die eigenen Aufwendungen der EKZ für Vertrieb und Transport. Der Begriff "Wiederverkäufertarif" in der Konzession von 1961 könne nur einen Tarif meinen, der nach diesen Grundsätzen korrekt und kostendeckend ermittelt wurde, und sich nicht auf Rabatte und Boni beziehen, die aus Finanz- und Beteiligungserträgen der EKZ finanziert wurden. Auch aus den Materialien zum Vertragsschluss ergebe sich, dass die vom Bezirk ursprünglich geforderte umfassende Gleichbehandlung der Wiederverkäufer im Bezirk March mit denjenigen im Kanton Zürich abgelehnt worden sei. Zudem gehe der Energiebedarf der Wiederverkäufer über die im Kraftwerk Wägital produzierte Energie hinaus. Es sei den Vertragsparteien klar gewesen, dass die nach oben unlimitierte Energielieferungspflicht nur eingegangen werden konnte, wenn dafür ein kostendeckender Tarif vereinbart wurde. Werde aber ein Rabatt zugrunde gelegt, den die EKZ aus ihren Finanz- und Beteiligungserträgen erwirtschafte, so resultiere für die Beschwerdeführerin ein nicht einmal kostendeckender Tarif.

4.2. Die Vorinstanz stellt sachverhaltlich keinen empirischen Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses fest, abgesehen von der Überlegung, dass die Parteien im Wissen darum, dass die Lieferungen bereits 1961 durch die NOK erfolgten, den EKZ-Tarif (und nicht denjenigen der NOK) festgesetzt hätten, weshalb kein Grund bestehe, in der Lieferung durch NOK/Axpo eine nachträgliche Änderung zu erblicken. Diese Überlegung überzeugt. Sie lässt allerdings noch nicht auf einen empirischen Parteiwillen hinsichtlich der hier streitigen Frage schliessen. Auch die Beschwerdeführerin behauptet einen solchen nicht, abgesehen davon, dass sie vorbringt, im Vorfeld der Vertragsgestaltung sei zwar eine Gleichbegünstigung in Bezug auf alle wirtschaftlichen und technischen Vorteile diskutiert, aber abgelehnt worden. Das lässt indes nicht auf einen empirischen Parteiwillen hinsichtlich der hier interessierenden Frage schliessen: Die Ablehnung der vorgeschlagenen Formulierung kann sich auch bloss auf die technische Seite bezogen haben.

4.3. Steht somit ein empirischer Parteiwillen nicht fest, ist der Vertrag objektiv, nach Vertrauensprinzip auszulegen (E. 2.2).

4.3.1. Der dafür primär massgebliche Wortlaut spricht für die vorinstanzliche Auslegung: Wenn der Vertrag von den Bedingungen des Wiederverkäufertarifs des EKZ spricht, dann ist darunter nach dem normalen Wortverständnis derjenige Tarif zu verstehen, welchen die EKZ für ihre Wiederverkäufer anwenden. Ob die EKZ diesen Tarif formell als Wiederverkäufertarif bezeichnen oder ob sie Teile davon als Rabatte, Boni etc. bezeichnen, kann dafür nicht ausschlaggebend sein. Es mag zwar als aussergewöhnlich erscheinen, dass ein Vertrag für einen wesentlichen Vertragsbestandteil auf Tarife eines am Vertrag nicht beteiligten Dritten verweist. Das erklärt sich aber aus der konzernmässigen Verbindung zwischen der Beschwerdeführerin und der EKZ und aus der aktenkundigen Tatsache, dass die Vorgänger-Konzession ursprünglich der EKZ erteilt worden war, so dass es nahe lag, Parallelen zu den Verhältnissen im EKZ-Versorgungsgebiet zu ziehen.

4.3.2. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, es sei widersprüchlich, einen angebotenen Beweis nicht abzunehmen, aber dann zu Lasten des Beweisofferenten von Beweislosigkeit auszugehen, ist ihr grundsätzlich zuzustimmen. Indessen sind nur rechtserhebliche Tatsachen beweisbedürftig. Die beanstandete Aussage der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe den Beweis nicht erbracht, dass die Boni oder Rabatte nichts mit dem Tarif zu tun hätten, sondern eine Beteiligung am Geschäftserfolg seien oder aus Beteiligungserträgen finanziert würden, steht im Zusammenhang mit der vorinstanzlichen Überlegung, die Wiederverkäufer in der March seien gleich zu behandeln wie diejenigen der EKZ; diesbezüglich kommt die Vorinstanz beweiswürdigend zum Ergebnis, die EKZ hätten jedem ihrer Kunden den Rabatt gewährt und auch eine allfällige Finanzierung aus Beteiligungserträgen würde nicht rechtfertigen, die Wiederverkäufer in der March anders zu behandeln. Die Vorinstanz hat somit aufgrund ihrer Vertragsauslegung die von der Beschwerdeführerin zum Beweis offerierte

Tatsache nicht als rechtserheblich betrachtet. Ob dies zutrifft, ist eine Frage der Vertragsauslegung.

4.3.3. In diesem Zusammenhang leuchtet die Überlegung der Beschwerdeführerin, dass den Parteien vermutlich ein kostendeckender Tarif vorgeschwebt habe, grundsätzlich ein: Kein Unternehmen kann sich verpflichten, über längere Zeit zu nicht kostendeckenden Preisen zu liefern, zumindest solange es nicht eine andere Finanzierungsquelle hat; eine solche Pflicht kann daher bei der Vertragsauslegung nach Vertrauensprinzip nicht leichthin angenommen werden. Umgekehrt ist es aber auch durchaus üblich, dass in Wasserkraftkonzessionen der Konzessionär verpflichtet wird, dem konzedieren-den Gemeinwesen Energie zu Sonderkonditionen abzugeben (Urteil 2C 815/2012 vom 24. Juni 2013 E. 3.1, m.H.). Zudem kann auch die EKZ selber nicht über längere Zeit Preise anbieten, die nicht kostendeckend sind; dass sie die Rabatte aus Finanz- und Beteilungserträgen finanziert, wie die Beschwerdeführerin vor der Vorinstanz vorgebracht und wofür sie Beweis offeriert hat, mag zwar durchaus zutreffen; das belegt aber nicht, dass die resultierenden Tarife für die Beschwerdeführerin längerfristig nicht kostendeckend wären. Die Vorinstanz durfte daher auf den beantragten Beweis verzichten.

4.3.4. Die Auslegung des Vertrags nach Vertrauensprinzip ergibt somit, dass der streitige Rabatt von 15 % grundsätzlich Teil des Wiederverkäufertarifs der EKZ im Sinne von § 7 Abs. 1 der Konzession ist.

5.
In zweiter Linie ist die Beschwerdeführerin der Auffassung, mit der Zusatzvereinbarung von 2004 hätten die Wiederverkäufer rechtsverbindlich auf einen zusätzlichen Rabatt zu der Reduktion um 0,8 Rp./kWh verzichtet.

5.1. Die Vorinstanz hat dazu erwogen, die zwischen NOK/Axpo und den Wiederverkäufern abgeschlossene Zusatzvereinbarung sei keine Novation der Wasserrechtskonvention und habe keine Konsequenzen auf das Rechtsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner. Durch diesen privatrechtlichen Vertrag seien die aus der Konzession fliessenden Rechte des Beschwerdegegners gegenüber der Beschwerdeführerin nicht aufgehoben worden. Der Beschwerdegegner könne weiterhin diese Rechte geltend machen, sei es aus eigenem Recht, sei es als Zessionar der Wiederverkäufer.

5.2. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die in § 7 Abs. 1 der Konzession enthaltene Verpflichtung, zu den Bedingungen des EKZ-Wiederverkäufertarifs zu liefern, sei ein echter Vertrag zu Gunsten Dritter (der Wiederverkäufer in der March). Diese Dritten könnten die Forderung selber für sich geltend machen oder auch den Promittenten von seiner Leistungspflicht entbinden. Mit der Zusatzvereinbarung von 2004 hätten die Wiederverkäufer verbindlich einen neuen Tarif vereinbart und damit die Beschwerdeführerin von ihrer Leistungspflicht teilweise entbunden. Dies müsse sich auch der Beschwerdegegner entgegenhalten lassen.

5.3. Dass es sich bei § 7 Abs. 1 Satz 1 der Konzession um einen echten Vertrag zu Gunsten der Wiederverkäufer handelt, ist zwischen den Parteien unbestritten und war auch offensichtlich die Willensmeinung der Parteien (vgl. Art. 112 Abs. 2 OR), haben doch seit je die Wiederverkäufer (und nicht der Beschwerdegegner) die vereinbarten Energielieferungen in Anspruch genommen.

5.3.1. Beim echten Vertrag zu Gunsten Dritter (Art. 112 Abs. 2 OR) wird der begünstigte Dritte Gläubiger des Promittenten, aber nicht dessen Vertragspartner; Lehre und Rechtsprechung nehmen daher an, dass der Dritte nicht in den Vertrag zwischen Promittent und Promissar eingreifen kann (BGE 25 II 352 E. 2 S. 356; ROLF WEBER, Berner Kommentar OR, 2002, Rz. 125 zu Art. 112; Alfred Koller, OR AT, 3. A. 2009, S. 1181 f., m.w.H.). Hingegen kann der Dritte grundsätzlich über sein Forderungsrecht verfügen, dieses abtreten oder auch den Promittenten von seiner Leistungspflicht entbinden (Patrick Krauskopf, Der Vertrag zu Gunsten Dritter, 2000, S. 276 f.; Weber, a.a.O., Rz. 107 zu Art. 112), wodurch auch die entsprechende Forderung des Promissars erlischt (Krauskopf, a.a.O., S. 278 Rz. 1090, S. 364 Rz. 1483 f.). Verzichtet deshalb der Dritte auf die Erfüllung, gibt es nichts, was der Promissar noch verlangen könnte. Das gilt zumindest in denjenigen Fällen, in denen der Dritte dem Schuldner erklärt hat, von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen, weil in diesem Fall der Promissar über die Forderung nicht mehr verfügen kann (Art. 112 Abs. 3 OR).

5.3.2. Mit dem Konzessionsvertrag hat der Bezirk zugunsten der Wiederverkäufer einen (vorteilhaften) Tarif

vereinbart und diese damit begünstigt. Es steht fest, dass von Anfang an nicht der Bezirk, sondern die Wiederverkäufer die Energie bezogen und dafür den Preis gemäss Tarif bezahlt haben. Die Wiederverkäufer haben somit ihr Recht nicht nur geltend gemacht (Art. 112 Abs. 3 OR), sondern auch ausgeübt. Sie konnten daher grundsätzlich rechtsverbindlich gegenüber der Beschwerdeführerin au f den günstigeren Tarif verzichten, was nicht nur weitergehende eigene Forderungen der Wiederverkäufer, sondern auch eine entsprechende Forderung des Bezirks ausschliessen würde.

5.4. Die Wiederverkäufer haben indes die Zusatzvereinbarungen von 2004 - Zusatzvereinbarungen zum Energieliefervertrag vom 3. Mai 1995 - nicht mit der Beschwerdeführerin geschlossen, sondern der Axpo als Rechtsnachfolgerin der NOK.
Es steht jedoch fest und ist unbestritten, dass seit Beginn der Konzession die der Beschwerdeführerin obliegende Energie-Lieferungspflicht durch die NOK wahrgenommen wurde. Mit Vertrag von 1986 hat die Beschwerdeführerin darauf Bezug genommen und die NOK ausdrücklich beauftragt, die ihr aufgrund der Wasserrechtsverleihung von 1961 auferlegten Lieferverpflichtungen auszuführen (Art. 7 Abs. 1). In Art. 7 Abs. 2 wurde sodann festgehalten, dass die Energierechnung durch die NOK direkt an die Wiederverkäufer erfolge, was auch so erfolgt ist. Mit Abs. 3 dieses Artikels wurde die NOK verpflichtet, die Energielieferungsverträge zwischen dieser und den Wiederverkäufern der Beschwerdeführerin zur Kenntnis zu bringen.
Im Jahre 1995 haben die Wiederverkäufer mit der NOK je einen Vertrag betreffend Lieferung und Bezug elektrischer Energie geschlossen; darin wird in der Einleitung auf die Konzession von 1961 zwischen dem Beschwerdegegner und der Beschwerdeführerin Bezug genommen und ausgeführt, die Beschwerdeführerin habe die Versorgung der Wiederverkäufer des Bezirks March der NOK übertragen, da sie über kein eigenes Verteilnetz verfüge; auf Grund dieser Verhältnisse werde der Energielieferungsvertrag geschlossen.
Auch wenn die Beschwerdeführerin ihrer Verpflichtung, Energie zu liefern, nicht selbst nachkommen kann, kann sie die Erfüllung der in der Konzession übernommenen Verpflichtung ohne weiteres auf einen Erfüllungsgehilfen übertragen (vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 2008, Rz. 3025 f.). Die NOK übernahm - wie ausgeführt - diese Erfüllung. Da § 7 Abs. 1 der Konzession lediglich von der Energielieferungspflicht zu Bedingungen des Wiederverkäufertarifs der EKZ sprach, mussten Einzelheiten dazu in den Energielieferungsverträgen zwischen NOK/ Axpo und den Wiederverkäufern geregelt werden. Es ist daher entgegen der Auffassung der Vorinstanz grundsätzlich möglich, dass die Wiederverkäufer mit den Zusatzvereinbarungen von 2004 rechtsgültig auf den in der Konzession enthaltenen günstigeren Tarif verzichtet haben. Ob dies auch dem Ausdruck der übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung der Parteien entspricht (Art. 1 OR), ist zu prüfen.

5.5.

5.5.1. Zunächst ist indes noch der Frage nachzugehen, ob - wie die Vorinstanz anzunehmen scheint - ein gültiger Forderungsverzicht schon deshalb nicht angenommen werden kann, weil die Konzession öffentlich-rechtlich, der Energielieferungsvertrag und die Zusatzvereinbarung jedoch privatrechtlich sind. Kann nämlich diese Frage bejaht werden, erübrigt sich die Beantwortung der Frage, ob überhaupt ein solcher Verzicht vereinbart worden ist.

5.5.2. Zunächst ist festzuhalten, dass hier mit dem privatrechtlichen Vertrag nicht die öffentlich-rechtlichen Vertragsbestandteile der Konzession abgeändert werden können, sind doch die Parteien des privatrechtlichen Vertrags und der Konzession nicht identisch. Dies entspricht der bereits oben aufgeführten Lehre und Rechtsprechung, dass der Dritte nicht in den Vertrag zwischen Promittent und Promissar eingreifen kann (oben E. 5.3.1); keine Rolle spielt deshalb, ob es sich zum einen um einen privatrechtlichen und zum anderen um eine Konzession handelt. Selbst bei Parteienidentität bedürfte es zudem aufgrund des Grundsatzes der Parallelität der Formen einer Konzessionsänderung (mit allen Problemen), um die ursprüngliche Konzession zu ändern.

5.5.3. Hier geht es indessen um den allfälligen Verzicht eines aufgrund des echten Vertrags zugunsten Dritter (§ 7 Abs. 1 der Konzession) eingeräumten selbständigen Forderungsrechts (Verzicht auf günstige Tarife). Beim Verzicht handelt es sich um eine Verfügung über eine Forderung. Der Verzicht erfolgt in einem Verfügungsvertrag (Art. 115 OR; vgl. Urteil 4C.84/2004 vom 9. Juni 2004 E. 2.2; Gauch/Schluep/ Schmid/Emmenegger,

a.a.O., Rz. 3405, 3407 ff.). Dementsprechend ist festzuhalten, dass für den Forderungsverzicht nicht der ursprüngliche Vertrag (§ 7 Abs. 1 Konzession) geändert oder gar aufgehoben, sondern ein Verfügungsvertrag über lediglich einen Forderungsverzicht verhandelt werden muss. Insofern werden hier der ursprüngliche Vertrag als solcher und insbesondere die Energielieferungspflicht zu Bedingungen des Wiederverkäufertarifs der EKZ (§ 7 Abs. 1 der Konzession) überhaupt nicht berührt. Aus diesem Grund wäre auch eine Abtretung einer Forderung ohne Änderung des ursprünglichen Vertrags zulässig. Bei echten Verträgen zugunsten Dritter kommt hinzu, dass, nachdem der Dritte von seinem Rechte Gebrauch gemacht hat (Art. 112 Abs. 3 OR), die Parteien des Forderungsverzichts (des Verfügungsvertrags) in jedem Fall nicht mit den
Parteien des ursprünglichen Vertrags (§ 7 Abs. 1 der Konzession) identisch sind.
Auch wenn der Verzicht den ursprünglichen Vertrag nicht berührt, kann er allerdings Auswirkungen auf die weitere Abwicklung des ursprünglichen Vertrags (im Valuta- bzw. im Deckungsverhältnis) haben, wobei dies hier nicht interessiert; eine Berücksichtigung kann sich hingegen bei der Auslegung oder bei der Frage, ob überhaupt übereinstimmende Willensäusserungen vorliegen, aufdrängen.

5.5.4. Einem Forderungsverzicht könnte das Gesetz, die Natur des Rechtsverhältnisses oder die Vereinbarung (d.h. § 7 Abs. 1 der Konzession) entgegenstehen (Krauskopf, a.a.O., Rz. 1083; vgl. auch Art. 164 Abs. 1 OR). Indes ergibt sich weder aus dem WRG, aus dem OR, aus § 7 Abs. 1 der Konzession noch aus dem Konzessionsverhältnis als solchen eine Vorschrift, wonach der Dritte auf seine durch den Vertrag zu Gunsten Dritter erhaltene Forderung privatrechtlich nicht rechtsgültig verzichten kann. Im Übrigen wird auch keine solche geltend gemacht. Insofern spricht nichts dagegen, dass die Wiederverkäufer auf ihre günstigeren Tarife verzichten können. Zu prüfen ist nunmehr, ob der Zusatzvertrag einen rechtsgültigen (Art. 1 OR) Forderungsverzicht enthält.

5.6.

5.6.1. Im Energielieferungsvertrag von 1995war in Art. 8 unter dem Titel "Energietarif" festgelegt, dass die Energie von den NOK zu den Preisen und Bedingungen des jeweils gültigen (und in der Beilage 2 wiedergegebenen) Wiederverkäufertarifs W der EKZ geliefert werde. Diese Bestimmung stand im Einklang mit § 7 Abs. 1 der Konzession von 1961. Art. 11 Ziff. 3 lautete: "Wenn die EKZ die Tarifansätze und/ oder die Tarifstruktur und/oder die Bestimmungen des Wiederverkäufertarifs (Art. 8 Ziff. 1 und 2 sowie Beilage 2) ändern, so gelten die neuen Bedingungen für den Wiederverkäufer ab dem Zeitpunkt der Inkraftsetzung durch die EKZ."

5.6.2. Nach der Zusatzvereinbarung von 2004 soll der Axpo-Tarif MS 04 abzüglich der Entschädigung von 0,8 Rp./kWh an die Stelle des bisher (gemäss Konzession von 1961 und Energielieferungsvertrag von 1995) massgebenden Wiederverkäufertarifs der EKZ treten. Nachdem dieser als solcher gestrichen worden war, konnte die Formulierung der Konzession nicht mehr wörtlich erfüllt werden, so dass die Parteien ersatzweise einen anderen Tarif festlegen mussten.

5.6.3. Wie diese Zusatzvereinbarung zu verstehen ist, ist eine Frage der Auslegung. Die Vorinstanz hat indes - aufgrund ihres Ergebnisses - diese nicht näher analysiert. Insofern fehlen Ausführungen zum subjektiven Parteiwillen und zur Frage, ob den Wiederverkäufern bewusst war, dass die EKZ ihren Wiederverkäufern einen Rabatt gewährten, auf den die Wiederverkäufer im Bezirk March mit der Zusatzvereinbarung verzichteten. Diese Fragen sind sachverhaltliche Fragestellungen, deren Abklärung nicht dem Bundesgericht obliegt (vgl. Art. 105 Abs. 1 und 2 e contrario, Art. 110 BGG). Die Sache ist deshalb zur empirischen, allenfalls auch normativen Auslegung der Zusatzvereinbarung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5.7. Zudem versteht sich von selbst, dass je nach Auslegung des Vertrags auch die noch fehlenden Sachverhaltsfeststellungen in Bezug auf die vom Beschwerdeführer eventualiter bestrittene Höhe der Forderung, wonach vom 1. Oktober 2004 bis 30. September 2007 der Rabatt der EKZ nicht 15 %, sondern nur 0,4 Rp./kWh betragen habe, nachzuholen sind.

6.
Die Rückweisung mit (teilweise) offenem Ausgang gilt praxisgemäss als Obsiegen der Beschwerdeführerin

(Urteil 2C 60/2011 vom 12. Mai 2011 E. 2.4, m.H.). Der unterliegende Beschwerdegegner, um dessen Vermögensinteresse es geht, trägt die Gerichtskosten (A rt. 66 Abs. 1 und 4 BGG) und hat der obsiegenden Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, als das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz vom 25. Juni 2013 aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an das Verwaltungsgericht zurückgewiesen wird.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 50'000.– werden dem Beschwerdegegner auferlegt.

3.
Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 50'000.– zu bezahlen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz, Kammer III, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 24. März 2014

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Zünd

Der Gerichtsschreiber: Errass