

AR_GERICHTE OG O4V-07-1 vom 25. April 2019

AR Gerichte, 2019-04-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar_gerichte OG_O4V-07-1

FR: AR_GERICHTE OG O4V-07-1 du 25 avril 2019

IT: AR_GERICHTE OG O4V-07-1 del 25 aprile 2019

Regeste

Obergericht Appenzell Ausserrhoden 4. Abteilung Urteil vom 25. April 2019 Mitwirkende Obergerichtspräsident E. Zingg Oberrichterinnen D. Cadosch Autolitano, M. Gasser Aebischer Oberrichter E. Graf, Dr. P. Louis a.o. Obergerichtsschreiber

Erwägungen

E. 1

Nach Art. 26 Abs. 3 des Gesetzes über den Wasserbau und die Gewässernutzung (Wasserbaugesetz, WBauG, bGS 741.1) bedarf das Recht zur Ausnutzung von Wasserkräften einer Konzession des Regierungsrates. Inhalt, Dauer, Erneuerung, Verwirkung sowie die Folgen des Erlöschens einer Konzession richten sich gemäss Art. 26 Abs. 4 WBauG in Verbindung mit Art. 9 der Wasserbauverordnung (WBauV, bGS 741.11) nach den eidgenössischen Bestimmungen (insbesondere nach dem Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, WRG, SR 721.80). Wasserentnahmen aus Fliessgewässern mit ständiger Wasserführung bedürfen zur Sicherung angemessener Restwassermengen nach Art. 29 des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer (GschG, SR 814.20) einer Bewilligung sowie einer Kontrolle der Dotierwassermenge (Art. 36 GschG). Ferner bedürfen kurzfristige künstliche Änderungen des Wasserabflusses in einem Gewässer geeigneter baulicher oder betrieblicher Massnahmen zur Verhinderung von Beeinträchtigungen durch Schwall und Sunk (Art. 39a GschG). Für die Anordnung dieser Vollzugsmassnahmen an Fliessgewässern ist nach Art. 63 des Gesetzes über die Einführung der Bundesgesetze über den Umweltschutz und über den Schutz der Gewässer (Umwelt- und Gewässerschutzgesetz; UGsG, bGS 814.0) erstinstanzlich das kantonale Tiefbauamt und auf Rekurs hin das Departement zuständig. Für den Erlass der Schutz- und Nutzungsplanung, welche ausnahmsweise eine tiefere Ansetzung der Restwassermenge erlauben soll (Art. 32 lit. c GschG in Verbindung mit Art. 17 RPG, SR 700) ist indessen nach Art. 88 Abs. 1 des Gesetzes über die Raumplanung und das Baurecht (Baugesetz, BauG, bGS 721.1) in Verbindung mit Art. 25a RPG (Koordination) der Regierungsrat Genehmigungs- und Rekursinstanz. Auch für Streitigkeiten unter Nutzungsberechtigten am gleichen Wasserlauf liegt die Zuständigkeit bei (der vorliegend so gegebenen) direkten Beteiligung von Konzessions- oder Bewilligungsnehmenden gemäss Art. 26 WBauG beim Regierungsrat (Art. 28 Abs. 2 WBauG). Da gemäss Art. 10 Abs. 3 der WBauV das Konzessionierungs- und das Baubewilligungsverfahren inhaltlich zu koordinieren sind, fällt auch die demnach dafür vorgesehene gleichzeitige Eröffnung der Bau- und Konzessionsentscheide in die Zuständigkeit des Regierungsrates und das Obergericht ist für diese Verfahren demnach als einheitliche Rechtsmittelinstanz eingesetzt. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der prozessualen Voraussetzungen ergibt somit, dass das Obergericht im Seite 30 speziellen nach Art. 10 Abs. 3 WBauV und im Übrigen nach Art.

54 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, bGS 143.1, in der Fassung gemäss Art. 100 Abs. 1 Justizgesetz, JG, bGS 145.31) in Verbindung mit Art. 82 UGsG zur Behandlung der Beschwerde gegen den Konzessionsentscheid des Regierungsrates und die damit inhaltlich zu koordinierenden, im Verlauf des Verfahrens eröffneten Bauentscheide zuständig. Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht. Als Adressat des angefochtenen Konzessionsentscheides, mit dem insbesondere sein Begehren um Abweisung des Konzessionsgesuches der B._____ gemäss Ziff. C/4 vollumfänglich abgewiesen wurde, ist A._____ formell beschwert und als ein eigenes Kraftwerk betreibender Unterlieger auch offenkundig in eigenen schutzwürdigen Interessen berührt. Auf seine Beschwerde ist einzutreten, jedoch in zeitlicher und formeller Hinsicht mit nachfolgender Einschränkung:

E. 1.1

Es ist davon Vormerk zu nehmen, dass die mit Eingabe vom 28. Februar 2007 gestellten Rechtsbegehren vom Beschwerdeführer mit seiner Eingabe vom 3. August 2007 (act. 14) reduziert worden sind. Dieses Verfahren (damals Nr. II 07 8, später vom Obergericht unter O4V 07 1 fortgesetzt) sowie die Rechtsverweigerungsbeschwerde der S._____ (Verfahren Nr. II 06 22) sind beide mit Entscheid des Einzelrichters vom 5. Dezember 2008 hinsichtlich der Erteilung der Wasserrechtskonzession und der Festlegung der Restwassermenge (unter Vorbehalt eines Interessenausgleichs) bzw. hinsichtlich der Rechtsverweigerung als erledigt am Gerichtsprotokoll abgeschrieben worden. Inzwischen wurde die vorliegend angefochtene Wasserrechtskonzession mit der auf Einsprache der B._____ hin in Wiedererwägung gezogenen, aber inzwischen in Rechtskraft erwachsenen Sanierungsverfügung vom 3. August 2018 (act. 164) vom Amt für Umwelt formell und materiell insofern abgeändert, als das zulässige Schwall/Sunk- Verhältnis spätestens für die Zeit ab dem 31. Dezember 2025 von 8:1 auf maximal 1.5:1 reduziert wurde (diese Anpassung der Konzession erfolgte gestützt auf den unter O.3 erwähnten Vorbehalt in Ziff. C/7.3.c des angefochtenen Konzessionsentscheides). Auf Anträge und Rügen, welche ausdrücklich oder sinngemäss noch die ursprünglich vorgesehene Modulation im Verhältnis 8:1 anstatt nun nur noch von 1.5:1 ab Ende 2025 betreffen, ist deshalb nachfolgend infolge Gegenstandslosigkeit nicht mehr einzutreten.

E. 1.2

Hinsichtlich des im Entscheid des Einzelrichters vom 5. Dezember 2008 im Verfahren II 07 8 bzw. O4V 07 1 noch als unerledigt vorbehaltenen Streitgegenstandes (Notwendigkeit und gegebenenfalls Bemessung eines finanziellen Interessenausgleiches) sind die Rechtsbegehren vom Beschwerdeführer auch mit seiner Eingabe vom 30. November 2018 reduziert worden, nämlich auf den Zeitraum ab (der bislang noch nicht erfolgten) Inbetriebnahme der neu konzessionierten Anlage. Die Streitsache Nr. II 07 8 bzw. Seite 31 vorliegend nun O4V 07 1 ist deshalb für den Zeitraum ab 2007 bis zur Inbetriebnahme der strittigen Anlage auch zufolge Rückzuges als erledigt am Gerichtsprotokoll abzuschreiben. Nachfolgend ist somit auf die Beschwerde nur noch insofern einzutreten, als die mit Eingabe vom 30. November 2018 reduzierten Rechtsbegehren den Zeitraum ab Inbetriebnahme der strittigen Anlage L._____ der B._____ betreffen.

E. 1.3

Soweit die Beschwerdeführerin beantragt, sofern nach Abwägung der Interessen eine Beeinträchtigung ihres Kraftwerkes verbleibe, sei ihr zulasten der B._____ eine

Entschädigung im Umfang ihres jährlichen Ertragsausfalles zuzusprechen, liess die B._____ in ihrer Duplik (act. 20; sinngemäss ebenso in act. 34 und 157) beantragen, es sei jedenfalls nun auf das in der Replik (act. 14, in den Ziff. 2.1-2.3) konkretisierte Entschädigungsbegehren nicht einzutreten. Im heutigen Verfahren gehe es einzig darum, ob die angebehrte Konzession erteilt werden könne. Dabei seien zwar im Rahmen von Art. 32 WRG auch die Nutzungsrechte anderer Beteiligter zu berücksichtigen. Aber komme man zum Ergebnis, dass dem eingereichten Gesuch keine gewichtigen, anderen Interessen entgegenstehen, sei die Konzession zu erteilen. Auf konkrete Entschädigungs- forderungen sei bei der Erteilung der Konzession nicht einzugehen, sondern dafür müsse gemäss den Grundsätzen des Haftungsrechts ein Schaden bewiesen und bemessen sowie Widerrechtlichkeit, Verschulden und ein adäquater Kausalzusammenhang festgestellt werden. Dafür sei der Zivilrichter zuständig, eventuell im Sinne von Art. 70 WRG das Verwaltungsgericht gestützt auf Art. 57 Abs. 1 VRPG. Dieser Auffassung kann aus den von der Gerichtsleitung mit Verfügung vom 15. Januar 2008 im Wesentlichen bereits dargelegten Gründen erneut nicht gefolgt werden:

E. 1.3.1

Das WRG sieht in Art. 32 Abs. 3 vor, dass die Einschränkung eines schon erteilten Nutzungsrechts auf Antrag durch die Behörde verfügt werden kann, wenn sich sonst ein zweckmässiger Ausgleich unter den Nutzungsberechtigten nicht erzielen lässt. Der Betroffene hat in einem solchen Fall Anspruch auf eine Entschädigung, die von der kantonalen Behörde festgesetzt wird, welche in letzter Instanz bei einem kantonalen Gericht angefochten werden kann (vgl. Riccardo Jagmetti, Energierecht, in: SBVR VII, N 4524). Sowohl die aus der primären Pflicht zur Rücksichtnahme sich ergebenden Verpflichtungen als auch der dazu subsidiäre Anspruch auf eine Entschädigung (wenn sich kein zweckmässiger Ausgleich erzielen lässt), werden in den Konzessionen näher umschrieben, namentlich wenn sich der finanzielle Ausgleich nicht durch eine gegenseitige Beteiligung an den Werken einvernehmlich bewerkstelligen lässt (vgl. Jagmetti, a.a.O., N 4523 Fn 772, und N 4524 Fn 775). Dies muss auch vorliegend gelten, denn die zwischen den Parteien geführten Vergleichsverhandlungen haben weder zu einer gegenseitigen Beteiligung noch sonst einvernehmlich zu einem konkreten Seite 32 finanziellen Ausgleich geführt; die Vergleichsverhandlungen sind anerkanntermassen gescheitert (vgl. act. 65/66). Weil die Notwendigkeit einer Entschädigung nach Art. 32 Abs. 3 WRG sich aus der bei der Konzessionserteilung erforderlichen Interessenab- wägung ergeben muss und gegebenenfalls die Entschädigung auch entsprechend zu bemessen ist, kann die Entschädigungsfrage schon von Bundesrechts wegen nicht in ein nachträgliches Klageverfahren verwiesen werden. In diesem Sinne hat der kantonale Gesetzgeber bundesrechtskonform bestimmt, dass für Streitigkeiten unter Nutzungs- berechtigten am gleichen Wasserlauf die Zuständigkeit bei einer direkten Beteiligung von Konzessions- oder Bewilligungsnehmenden gemäss Art. 26 WBauG (vorliegend gemäss Art. 26 Abs. 3 lit. a) beim Regierungsrat und nicht beim Kantonsgericht liegt (Art. 28 Abs. 2 Satz 2 WBauG). Weil sowohl der Beschwerdeführer als auch die B._____ sich als Konzessions- bzw. Bewilligungsnehmer am gleichen Wasserlauf (Bach) gegenüber stehen, liess der Beschwerdeführer mit seiner Einsprache (vom 13. Mai bzw. 11. September 2006) zuständigkeitskonform auch sein Entschädigungsbegehren beim dafür erstinstanzlich sachlich zuständigen Regierungsrat stellen. Dessen Konzessions- und Einspracheentscheid (vgl. Art. 6 und 7 WBauV) kann folgerichtig nun auch bezüglich des damit abgewiesenen Entschädigungsbegehrens gestützt auf Art. 54 Abs. 1 VRPG mit Beschwerde beim

Obergericht angefochten werden; darauf ist nachfolgend einzutreten. Unter diesen Umständen ist damit der nur subsidiär zulässige Klageweg ans Obergericht ausgeschlossen (Art. 57 Abs. 2 VRPG).

E. 1.4

Dass der Regierungsrat von Appenzell A.Rh. sowohl für die Erteilung der strittigen Konzession (für das im Kanton gelegene B._____) als auch für die Zusprache und Bemessung der sich aus Art. 32 Abs. 3 WRG allenfalls ergebenden Ausgleichentschädigung an den am Bach auf St. Galler Kantonsgebiet Nutzungsberechtigten A._____, örtlich zuständig ist, blieb sowohl bei der Vorinstanz als erneut auch vor Obergericht unbestritten. Weil das seit jeher und auch vor Obergericht für den Kanton St. Gallen am Verfahren beteiligte Baudepartement (vertr. durch dessen Amt für Umweltschutz) insofern keinerlei Einwände erhob, ist unverändert davon auszugehen, dass die beiden beteiligten Kantone (AR und SG) sich im Sinne der nachgenannten Bestimmung einig waren und sind. Deshalb konnte und kann nach Art. 6 Abs. 1 WBG e contrario vorliegend eine Überweisung an das Departement (UVEK) nicht in Frage kommen. Damit steht fest, dass zunächst der hiesige Regierungsrat und nunmehr das Obergericht örtlich und sachlich zuständig sind, über die auch ein Begehren um Ausgleichentschädigung umfassende Beschwerde zu befinden. Auf die Beschwerde ist somit auch insofern einzutreten.

Seite 33

E. 2

Vorab ist ferner noch festzuhalten, dass es sich bei der Konzession unbestritten um eine Konzessionserneuerung handelt (Art. 58a WRG). Weil die alte, auf 50 Jahre befristete Konzession von 1951 auslief, erteilte der Regierungsrat der B._____ mit Beschluss vom 24. April 2001 zunächst lediglich eine befristete Bewilligung für die vorläufige Weiternutzung der Wasserkraft des Baches gemäss den Bestimmungen der Konzession von 1951. Weil nach Art. 58a Abs. 3 WRG einzig für die Restwassermengen eine Übergangszeit von höchstens fünf Jahren ab dem Auslaufen der (alten) Konzession eingeräumt werden konnte, steht fest, dass auf die Konzessionserneuerung vorliegend nun durchwegs das neu geltende Recht anzuwenden ist. Dies gilt auch für das Verfahren der Konzessionserteilung (vgl. dazu R. Jagmetti, a.a.O., N 4215, und die vorstehende Erw. 1).

E. 3

Der Regierungsrat wies die Einsprache A._____ im Wesentlichen gestützt auf Art. 32 in Verbindung mit Art. 43 WRG ab. Dabei erkannte die Vorinstanz zu Recht, dass der Beschwerdeführer gestützt auf sein aktenkundiges, sog. ehehaftes Wasserrecht (act. 14.1, Erw. 2.b) berechtigt ist, bis zu 290 l/s aus dem Bach in seinen Weiher einzuleiten und davon anschliessend in seinem Durchlaufkraftwerk bis zu 280 l/s turbinieren darf. Dass zwischenzeitlich im Rahmen einer höchstrichterlich vorbehaltenen Übergangsfrist eine Ablösung dieses ehehaften Wasserrechts durch die dafür zuständige ausserkantonale Behörde (in St. Gallen) erfolgt wäre, ist weder behauptet noch dargetan. Daher kann sich der Beschwerdeführer nach Treu und Glauben unverändert und weiterhin auf sein ehehaftes Wassernutzungsrecht berufen (vgl. Urteil BGer von 29.3.2019, 1C_631/2017, E. 6.5 und nun auch M. Bütler, in: URP2019/6, S. 548).

Mit der Vorinstanz ist auch erneut davon auszugehen, dass Nutzungsberechtigte (also insbesondere Inhaber ehehafter Wasserrechte oder Konzessionsinhaber) nach Art. 32 Abs. 1

WRG Anspruch darauf haben, dass bei der Regelung des Wasserstandes und Wasserabflusses sowie bei der Ausübung der Nutzungsrechte auf alle Beteiligten nach Möglichkeit Rücksicht zu nehmen ist. Art. 32 WRG gibt dem unterliegenden Nutzungsberechtigten somit einen Anspruch auf Berücksichtigung seiner Interessen bei der Erteilung (oder Erneuerung) einer Konzession an einen Oberlieger. Wenn sich dabei ein zweckmässiger Ausgleich unter den Nutzungsberechtigten nicht erzielen lässt, kann die zuständige Behörde einen einzelnen Nutzungsberechtigten auf Antrag in der Ausübung seiner Rechte einschränken, jedoch nur gegen eine vom dadurch Begünstigten zu zahlende Entschädigung (Art. 32 Abs. 3 WRG). Das Bundesgericht präzisiert, dass Art. 32 WRG dem unterliegenden Konzessionsinhaber nicht einen Rechtsanspruch eröffnet, jede Wasserentnahme durch einen oberliegenden Nutzungsberechtigten verbieten zu lassen, sondern nur einen Anspruch auf Berücksichtigung seiner Interessen und auf einen zweckmässigen Ausgleich unter den Nutzungsberechtigungen. Dazu bedarf es einer Interessenabwägung, wobei es neben dem Interesse des unterliegenden Nutzungsberechtigten auch das entgegenstehende Interesse des Oberliegenden abzuwägen gilt (vgl. Urteil BGer vom 1.5.2000, 1A.234/1999, Erw. 5.e/aa und 5e/cc, m.w.H.). Demnach hat das Bundesgericht im Rahmen von Art. 43 WRG wiederholt entschieden, dass eine Minderung der zulässigen Wassernutzung zulässig sein kann, sofern damit nicht in erheblichem Masse ein wohlerworbenes Recht beeinträchtigt und in dessen Substanz eingegriffen wird. Dabei wurde eine Minderproduktion von 3.5% bzw. ein Mindererlös von 3.7% höchststrichterlich noch als tragbar beurteilt und festgehalten, dass auch die Lehre Eingriffe in wohlerworbene Rechte dann als zulässig betrachtet, wenn sie quantitativ dermassen gering sind, dass die Wirtschaftlichkeit der Anlagen nicht nennenswert betroffen ist. Wie im genannten Entscheid geht es indessen auch vorliegend nicht um einen Eingriff in das wohlerworbene Recht des Unterliegers im Sinne von Art. 43 WRG, sondern um eine Interessenabwägung im Rahmen von Art. 32 WRG. Für diesen Fall hat das Bundesgericht erkannt, dass die Rechtsstellung des bisherigen Wassernutzers - also vorliegend des Beschwerdeführers A._____ als Unterlieger - jedenfalls nicht stärker sein kann, als im Rahmen von Art. 43 WRG (Urteil BGer a.a.O., E. 5.e/bb). Das heisst, auch im Anwendungsbereich von Art. 32 WRG ist analog zu Art. 43 WRG zunächst zu prüfen, ob es sich bei der im EW des unterliegenden Beschwerdeführers A._____ geltend gemachten Minderproduktion (bzw. Mindererlös) nicht allenfalls um eine noch tragbare Beeinträchtigung handelt, welche analog auch im Anwendungsbereich von Art. 32 Abs. 3 WRG rechtlich und tatsächlich hinzunehmen ist und gegebenenfalls keine Entschädigungspflicht zu begründen vermag (eine solche wird fortan als Bagatell-beeinträchtigung bezeichnet). Weil in der Interessenabwägung auch die entgegenstehenden Interessen des um Konzessionserneuerung nachsuchenden Oberliegers (B._____) mit abzuwägen sind, ist sodann für den Fall, dass die Beeinträchtigung beim Unterlieger prima vista die Bagatellgrenze übersteigt, in einem zweiten Schritt aber noch zu prüfen, ob sich die Beeinträchtigungen im Werk des Unterliegers durch geeignete, notwendige und verhältnismässige Auflagen beim Oberlieger ganz abwenden oder zumindest unter der genannten Bagatellgrenze halten lassen, und sich gegebenenfalls so doch noch ein zweckmässiger Ausgleich unter den Nutzungsberechtigten sicherstellen lässt. Dieses Vorgehen ergibt sich aus Art. 32 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 54 lit. c und d WRG, ferner aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der sinngemässen Vorgabe in Art. 32 Abs. 3 WRG, dass primär ein zweckmässiger Ausgleich unter den Nutzungsberechtigten erzielt werden soll, und eine Entschädigungslösung erst subsidiär in Frage kommen kann.

Erst wenn die Bagatellgrenze sich im konkreten Einzelfall auch nicht mittels geeigneten und verhältnismässigen Auflagen und Bedingungen wahren lässt, und mithin kein zweckmässiger Ausgleich unter den Nutzungsberechtigten im Sinne von Art. 32 Abs. 3 Seite 35 erster Halbsatz WRG erzielt werden kann, ist die Behörde auf Antrag in einem dritten Schritt im Sinne von Abs. 3 zweiter Halbsatz befugt, einerseits den Unterlieger in der Ausübung seiner Rechte einzuschränken bzw. diesen zur Duldung der Beeinträchtigung zu verpflichten. Andererseits hat die kantonale Behörde den Oberlieger - als über eine blosser Bagatellbeeinträchtigung hinaus Begünstigten - zur Zahlung einer Entschädigung zu verpflichten; der kantonalen Behörde obliegt zugleich auch die Bemessung dieser Entschädigung. Die gegebenenfalls vom Regierungsrat bemessene Entschädigung kann dann gemäss kantonalem Recht beim Obergericht angefochten werden (Art. 33 Abs. 3 letzter Satz WRG und oben E. 1.3.1).

E. 3.1

Die vom Gericht eingeholte Expertise von F._____ vom August 2016 (act. 126) hat in einem ersten Schritt im Wesentlichen ergeben, dass die durchschnittliche Jahresproduktion im KW A._____ ca. 68'000 kWh beträgt (a.a.O., S. 5); diese hat gemäss den aktuellen Tarifen (sog. MKF) einen Ertragswert von Fr. 10'200.-- pro Jahr (S. 5/17). Wird im KW der B._____ "forciert" moduliert, kann gemäss Experte im KW A._____ ein Produktionsverlust von jährlich ca. 28'000 kWh bzw. ein Minderertrag von bis zu Fr. 4'200.-- pro Jahr resultieren (S. 17). Dies entspricht je einem Verlust von rund 40% der durchschnittlichen Jahresproduktion bzw. des durchschnittlichen Jahresertrages (S. 17). Mit einer derart forcierten Betriebsweise wäre die von der Rechtsprechung als massgebend erkannte Bagatellgrenze von knapp 4% Mindererlös bzw. Minderproduktion jedenfalls deutlich überschritten.

Die B._____ hat in ihrem Konzessionsgesuch (act. 6/I/d, Restwasserbericht, S. 4) seit jeher in Aussicht gestellt, dass sie (nebst der im Sommerhalbjahr an Werktagen zwischen 8-20 Uhr üblichen, an der werktäglichen Stromnachfrage ausgerichteten Produktion) im Winterhalbjahr "an etwa 50 bis rund 100 Stunden mit zwei Maschinen Spitzenleistung erzeugen wird", also einen forcierten Betrieb möglichst unter Vollast mit 450 l/s und im Hochtarifbereich fahren wird. Im Restwasserbericht ist an der angegebenen Stelle ausdrücklich noch Folgendes festgehalten: "Die Turbinierung hat auf die Bedürfnisse der beiden unterliegenden Firmen X._____ und A._____ Rücksicht zu nehmen, welche selber Wasser aus dem Bach nutzen und ihrerseits auf eine möglichst kontinuierliche Produktion angewiesen sind." Wie diese Rücksichtnahme namentlich während des winterlichen Vollastbetriebes konkret zu bewerkstelligen ist, wird indessen nicht ausgeführt. Die Vorinstanz hat die Beschränkung dieses forcierten Vollastbetriebes auf maximal 100 Stunden im Winterhalbjahr ohne weiteres als gegeben angenommen und darauf verzichtet, den Gesuchsteller mittels Auflagen auf diesen oder sonst einen, die Rücksichtnahme auf die Unterlieger sichernden zeitlich beschränkten forcierten Betrieb zu verpflichten. Der Beschwerdeführer liess in der Folge wiederholt bestreiten (act. 130, 132), dass es bei diesem zeitlich eingeschränkten Maximalbetrieb bleiben werde, da die Seite 36 B._____ nicht nur als KEV-berechtigte Produzentin, sondern auch als Netzbetreiberin am Markt auftrete. Als solche habe sie ein Interesse an einem forcierten Vollastbetrieb (Modulation), und man könne deshalb nicht davon ausgehen, dass sie immer nach den gleichbleibenden KEV-Ansätzen entschädigen lasse, sondern sie werde bei Bedarf als Netzbetreiber auch forciert modulieren. Auf die Frage, ob unter diesen Umständen ein auf 100 Stunden

eingeschränkter Maximalbetrieb im Winterhalbjahr ohne weiteres erwartet werden könne, hat der Experte wie folgt verneint: ohne sichernde Vorgaben an die Adresse der Konzessionärin könne für die Zukunft nicht von einer derart eingeschränkten Betriebsweise ausgegangen werden (act. 126, S. 17). Zwar sei das Modulieren nur interessant, wenn Leistung gefragt ist und eine Verschiebung vom Niedertarif in den Hochtarif tariflich möglich sei. Beim dem nun auch V._____ zustehenden KEV-Tarif gehe die gesamte Leistung an Dritte unter der Bilanzgruppe "Erneuerbare Energie" und stehe der B._____ dann nicht mehr zur Verfügung. Dieser Dritte bezahle dann für jede produzierte kWh sowohl im Sommer als auch im Winter sowie am Tag genauso wie in der Nacht den gleichen KEV-Tarif. Dank der KEV-Erschädigung könne es für V._____ aus technischen und wirtschaftlichen Gründen interessant sein, praktisch immer mit vollem Weiher zu fahren, da dann das grösste Gefälle bestehe und am meisten Energie erzeugt werde (S. 16). Einzig bei sehr wenig Wasser könne es interessant sein, das Wasser zu sammeln (und die Maschine abzustellen), um mit einem besseren Wirkungsgrad mit 50 bis 60% der Maschinenleistung zu fahren. Falls V._____ diese mache und so dem KW A._____ nicht mehr als 255 l/s zuflüsse, gebe es dort praktisch keinen Nachteil und keine Einbusse. Falls sich die Parteien nicht von sich aus auf diese Betriebsweise einigen, seien stattdessen zum Schutze des KW A._____ gewisse Vorgaben bzw. Auflagen an die Adresse der B._____ angebracht.

Wenn V._____ jedoch nicht für den gleichbleibenden KEV-Tarif produziert und abrechnet (und deshalb nicht nach dem einzig für den KEV-Tarif optimalen Regime eines Laufwerkes mit vollem Weiher fährt), sondern als Netzbetreiberin oder aus anderen Gründen ein Regime mit forcierter Modulation fahre, wie dies gemäss neuer Konzession im Speicherbetrieb auch unter Einhaltung des neuen Restwasserregimes zulässig und möglich bleibe, so hat dies laut dem Experten im KW A._____ folgendes zur Folge: für das KW A._____ gilt als Kleinproduzent der immer gleich hohe sog. MFK-Tarif (vgl. act 126, S. 16 unten). Fährt nun V._____ mit forcierter Modulation und produziert so Spitzenenergie (es stellt sein KW in der NT-Zeit ab und fährt in der HT-Zeit mit 450 l/s oder mit mehr als 255 l/s), so resultiert im KW A._____ ein Ertragsverlust gemäss aktuellem MFK-Tarif von bis zu maximal Fr. 4'200.-- pro Jahr (S. 16 oben und Mitte). Diesfalls wäre die mittlere jährliche Nutzwasserbilanz für das KW A._____ gesamthaft negativ, da in der NT-Zeit alles Wasser (ausser dem neu vorgeschriebenen Restwasser und Dotierwasser) im Weiher gesammelt wird (obschon im KW A._____ in dieser Zeit Seite 37 dann bis zu 255 l/s verwertet werden könnten), um dann in der HT-Zeit im B._____ mit 450 l/s turbinieren zu werden. In dieser HT-Zeit kommt dann im KW A._____ 195 l/s zu viel (act. 126, S. 16 unten) bzw. kann dort nicht verwertet werden. Anders als die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin annehmen, kann im KW A._____ dieser Verlust per Saldo nicht durch die Verschiebung in den Hochtarif-Bereich kompensiert werden, da das KW A._____ nach dem sog. MFK-Tarif entschädigt wird, das heisst, jede kWh (nachts ebenso wie tagsüber, im Sommer genauso wie im Winter) wird immer nach demselben Tarif von 15 Rp. pro kWh entschädigt (act. 126/Expertise S. 16 unten).

Ohne sichernde Auflagen und angesichts des einer Kompensation entgegenstehenden einheitlichen MFK-Tarifs im KW A._____ kann weder im KW L._____ mit einem zeitlich auf bloss 100 Stunden im Winterhalbjahr beschränkten forcierten Volllastbetrieb gerechnet werden, noch kann von einer Kompensation des aus dem Volllastbetrieb resultierenden Produktionseinschränkung beim unterliegenden KW A._____ ausgegangen

werden. Das heisst, entgegen den Annahmen der Vorinstanz ist nicht sichergestellt, dass es in Rücksichtnahme auf den Unterlieger dort bei einer blossen Bagatellbeeinträchtigung im Sinne der oben erwähnten Rechtsprechung zu Art. 32 WRG bleiben wird: Wird forciert eine Betriebsweise mit Modulation gefahren, so kann laut Experte während der nächsten 20 Jahre im KW A._____ eine Minderproduktion von bis max. Fr. 84'000.-- resultieren. Die durchschnittliche Jahresproduktion im KW A._____ beziffert der Experte auf Fr. 10'200.--, so dass im Extremfall (das heisst ohne die Modulation einschränkende Auflagen) im KW A._____ eine Einbusse von bis maximal rund 40% des durchschnittlichen Ertrages resultieren (act. 126, S. 19 Mitte). Der angefochtene Entscheid bietet somit keine Gewähr dafür, dass im KW A._____ nicht doch mit mehr als einer Bagatellbeeinträchtigung zu rechnen ist.

E. 3.2

Damit steht aber noch nicht fest, dass sich kein zweckmässiger Ausgleich unter den Nutzungsberechtigten im Sinne von Art. 32 Abs. 3 erster Halbsatz WRG erzielen lässt. Es bleibt zu prüfen, ob und wie sich mittels Auflagen ein zweckmässiger Ausgleich unter den beiden Nutzungsberechtigten erzielen und sicherstellen lässt; das heisst, es ist festzustellen, ob und wie sich die Beeinträchtigungen im KW A._____ unterhalb der Bagatellgrenze halten lassen. Erst wenn sich ergeben sollte, dass unter den beiden Nutzungsberechtigten sich kein zweckmässiger Ausgleich der Interessen erzielen lässt, wird nach Art. 32 Abs. 3 zweiter Halbsatz WRG subsidiär die beantragte Entschädigungslösung zu prüfen sein.

E. 4

Zu diesen beiden Fragestellungen wurde der Experte namentlich durch den zweiten Beweisbeschluss vom 30. März 2017 zur Stellungnahme aufgefordert. Er nahm zur ersten Frage, ob und wie sich die Beeinträchtigungen im KW A._____ unterhalb der Seite 38 Bagatellgrenze halten und kontrollieren lassen, in der Gerichts-Expertise zu den Zusatzfragen (act. 151/152, vom 17. April 2018, fortan als Ergänzungs-Gutachten bezeichnet) im Wesentlichen wie folgt Stellung (vgl. a.a.O. die Ziff. A.2.4.1, B.2.4.2 sowie 5; soweit der Experte dort auch zur Frage einer allfälligen Entschädigung und deren Bemessung Stellung nimmt, werden seine Ergebnisse, soweit erforderlich [vgl. oben 3.2], nachfolgend in Erw. 5 gewürdigt):

E. 4.1

Die Bagatellgrenze kann gemäss Ergänzungsgutachten erstens dann eingehalten werden, wenn der Weiher immer voll belassen wird (mit Ausnahme von Unterhalt, Spülung, Revisionsarbeiten) und der Bach dem KW A._____ ohne künstliche Modulation zufliesst. Dies könne mit einer Wasserstandsmessung am Weiher relativ einfach kontrolliert werden, nämlich für maximal einmalig Fr. 10'000.--; eine solche Messeinrichtung sei mit grosser Wahrscheinlichkeit schon vorhanden (Antwort zu A.2.4.1). Werde zweitens der B._____ eine massvolle Modulation unter Einhaltung der Bagatellgrenze im KW A._____ zugestanden (das heisst, dem KW A._____ fliesst in der Regel nicht mehr als 255 l/s zu, ausser es fliesst dem Weiher natürlicherweise mehr als 255 l/s zu; für die Zufluss-Phasen im Einzelnen, siehe Antwort zu B.2.4.2, S. 5-7), so bedarf es zur Einhaltung und Kontrolle dieser Betriebsweise einer Zufluss-Bachmessung (a.a.O., S. 8). Dazu müsste demnach die derzeit defekte, ausser Betrieb stehende Messung im M._____ reaktiviert werden; dies würde dort Instandstellungskosten von Fr. 50'000.-- und einmalig (wie bei Variante A.2.4.1) Zusatzkosten von Fr. 10'000.-- für die Sonde verursachen (Gesamtkosten für die

Variante B.2.4.2 = Fr. 60'000.--).

Nach der auf Einsprache der B._____ hin modifizierten, aber mittlerweile rechtskräftigen Sanierungsverfügung (act. 164, Erw. 14 und Dispositiv-Ziff. 1, mit Rechtskraftbescheinigung vom 15.10.2018 auf S. 1) ist die B._____ seither verpflichtet, das M._____wehr in das integrale Sanierungsprojekt einzubeziehen. Falls dies im Ergebnis den Rückbau des M._____weihers zur Folge haben sollte, so müsste für die Variante B.2.4.2 eigens eine neue Bachmessung erstellt werden und dafür wäre mit Kosten von insgesamt Fr. 60'000.-- bis 80'000.-- zu rechnen (Antwort des Experten zu B.2.4.2 a.E.).

Die durch die Einsprache der B._____ modifizierte, inzwischen rechtskräftige Sanierungsverfügung (act. 164) hat indessen nichts mehr daran geändert, dass gestützt auf den vom I._____, der S._____ und den beiden Gemeinden C._____ und X._____ rechtskräftig erwirkten Vorbehalt in Ziff. C.7.3.c des Konzessionsentscheides (act. 1.1, S. 26 und 16) die Schwall/Sunk-Sanierung am Bach nun jedenfalls auf ein Verhältnis von 1.5:1 auszurichten ist (so ausdrücklich act. 164, Ziff. C/3). Der Experte kam in Ziff. 5 (S. 11) anhand einer Simulationsrechnung in antizipierender Würdigung dieser nun feststehenden Sachlage zum Schluss, dass aufgrund dieser für die B._____ Seite 39 schwerwiegenden Einschränkung der Weiher fortan nur noch in einem sehr geringen Umfang zur Modulation genutzt werden kann: Bei einem Zufluss von 245 l/s können demnach dann zwar noch rund 16 Stunden lang 40 l/s im Weiher gespeichert werden (15 l/s sind Restwasser und 190 l/s können kontinuierlich turbinert werden). Danach kann dann für rund 8 Stunden mit 310 l/s Strom produziert werden. Dann ist das Verhältnis Schwall/Sunk rund 1.5:1 (also sanierungskonform) und der Verlust im KW A._____ beträgt dann gemäss Experte (bloss) noch 43 kWh/Tag. Falls aber beispielsweise 50 l/s Zufluss im Weiher während 16 Stunden gespeichert wird, und dann während 8 Stunden 330 l/s turbinert werden, steigt das Schwall/Sunk-Verhältnis bereits auf 1.7:1, was über dem rechtskräftig maximal noch erlaubten Verhältnis von 1.5:1 liegt; die letztgenannte Betriebsweise ist somit spätestens ab Ende 2025 untersagt.

Abgesehen von den erst nachfolgend (Erw. 5) zu würdigenden Entschädigungslösungen kommt der Experte zusammenfassend in Ziff. 6 (S. 12f.) zu folgenden drei Lösungsalternativen (a-c), mit denen die Beeinträchtigungen im KW A._____ unterhalb der Bagatellgrenze gehalten werden kann:

- a) Die B._____ wird verpflichtet, nicht mehr zu modulieren. Dabei bleibe der Weiher (mit Ausnahme der Spülungen) immer gefüllt. Dies könne relativ einfach sichergestellt werden und die Einhaltung dieser Auflage sei stets am vollen Weiher sichtbar. Eine Wasserstands-Messung sei mit grosser Wahrscheinlichkeit schon vorhanden (...). Diese Lösungsvariante ergebe sich schon aus der (mittlerweile rechtskräftigen) Sanierungsverfügung und könne während der Übergangsphase, d.h. bis zur Umsetzung der Sanierung (per Ende 2025) durch das Gericht vorgeschrieben werden.
- b) Die B._____ darf weiterhin modulieren, jedoch ohne im KW A._____ einen untragbaren Produktionsausfall (recte: mehr als eine Bagatellbeeinträchtigung) zu provozieren. Dies sei mit Betriebseinschränkungen möglich, jedoch sei deren Überwachung ziemlich aufwändig und mit einmalig hohen Kosten verbunden.
- c) Die B._____ darf im Rahmen der (mittlerweile rechtskräftigen) Gewässer-sanierung modulieren, hat aber nachzuweisen, dass die Beeinflussung (im KW A._____) bei einem

Schwall/Sunk-Verhältnis von 1.5:1 gering bleibe. Dass es bei Einhaltung dieses Verhältnisses im KW A._____ voraussichtlich bei einer geringen Beeinträchtigung bleibe, ergebe sich aus der (vom Experten) vorgenommenen Grobschätzung gestützt auf die vorhandenen Unterlagen. Die Überwachung dieser Vorgaben sei durch das Amt für Umwelt zu prüfen und bei einem Fehlverhalten seien Massnahmen einzuleiten.

E. 4.2

Das Ergänzungsgutachten wurde den Parteien zur Stellungnahme überwiesen (act. 154). Mit Stellungnahme vom 16. November 2018 (act. 166) liess der Beschwerdeführer im Wesentlichen anerkennen, dass die bis Ende 2025 zu realisierende Sanierung auf ein Schwall/Sunk-Verhältnis von 1.5:1 die vom Experten mit einer Simulationsrechnung Seite 40 festgestellte Konsequenz haben werde, dass bei einem Zufluss von 245 l/s in seinem KW noch ein Verlust von 43 kWh/Tag resultieren werde. Der Beschwerdeführer bezeichnet diesen nach durchgeführter Sanierung noch verbleibenden Verlust selber ausdrücklich als Bagatelbeeinträchtigung, denn die Zuflussverhältnisse würden ja täglich variieren und an vielen Tagen entstehe in seinem unterliegenden KW dann überhaupt kein Verlust mehr (a.a.O., S. 1). Auf seine Zugabe, dass er spätestens ab 2025 über ein volles Betriebsjahr gerechnet dann höchstens noch eine Beeinträchtigung mit Bagatelcharakter erleiden wird (a.a.O., S. 2), darauf darf der Beschwerdeführer behaftet werden, zumal die Simulationsrechnung des Experten nachvollziehbar und schlüssig das gleiche Ergebnis zeitigt. Daran ändert nichts, dass der Beschwerdeführer sich für den Fall, dass die Sanierung nicht mit dem Verhältnis 1.5:1 umgesetzt werde, sich erneut eine Intervention vorbehält (S. 3).

Die B._____ liess sich in ihrer Stellungnahme (act. 157) vorab zum Hauptgutachten (act. 126) vernehmen, und erneut festhalten (in Ergänzung zu act. 129), dass sich der Gutachter die Grundlagen seriös erarbeitet habe und sie sauber dokumentiere. Das Gutachten sei vollständig, in den Annahmen und Berechnungen nachvollziehbar und im Ergebnis schlüssig. Es seien keine Widersprüchlichkeiten oder offensichtlichen Sachverhaltsirrtümer zu erkennen, weshalb auf die Ergebnisse des Hauptgutachtens abgestellt werden könne. Dass das Gericht mit den Ergänzungsfragen den Ausführungen des Experten folge, wonach dem Beschwerdeführer kein Schaden entstehe, wenn die Beschwerdegegnerin eine Betriebsweise ohne Modulation oder alternativ, mit eingeschränkter Modulation unter Einhaltung der Bagatellgrenze fahre, wird anerkannt. Die Beschwerdegegnerin rügt hingegen, dass mit den Ergänzungsfragen in Erfahrung gebracht werden soll, mit welchen Massnahmen sie gezwungen werden könne, eine bestimmte Betriebsweise einzuhalten, damit künftig beim Beschwerdeführer ein finanzieller Schaden abgewendet werden könne. Solche Massnahmen seien unnötig, weil beide Parteien im Betrieb ihrer Anlagen gleichgerichtete Interessen hätten. Zudem sei die Beschwerdegegnerin schon aufgrund ihrer Konzessionsauflagen verpflichtet, auf Unterlieger Rücksicht zu nehmen; eine Verpflichtung, die sich im Übrigen auch aus Art. 32 WRG ergebe (für die der Einholung eines Ergänzungsgutachtens auch entgegen gehaltenen prozessualen Einwände kann auf die Erw. 1.3/1.31 oben verwiesen werden). Mit der Begründung, sie halte die Einholung des Ergänzungsgutachtens für falsch, verzichtete die Beschwerdegegnerin auf dessen Würdigung (a.a.O., Ziff. 10). Die Beschwerdegegnerin lässt indessen mehrfach geltend machen, dass der vom Gutachter prognostizierte Schaden im KW A._____ lediglich einen Betrag von Null bis max. Fr. 4'200.-- ausmache (vgl. Ziff. 6 und 7, S. 3); somit scheint sie immerhin diesen Betrag nicht in Frage stellen zu wollen.

E. 4.3

Würdigt man das Haupt- und Ergänzungsgutachten im Lichte auch dieser Parteivorbringen, so kommt man zum Schluss, dass beide vollständig, nachvollziehbar und schlüssig die in den Beweisbeschlüssen gestellten Haupt- und Ergänzungsfragen beantworten; deshalb kann im Folgenden auf diese Expertise abgestellt werden. Aus dem Haupt- (act. 126, S. 19) und Ergänzungsgutachten (act. 151, S. 13) ergibt sich übereinstimmend, dass bei einer forcierten Modulation im KW L._____, das heisst, bei einer Nutzung der neuen Turbinen unter Volllast (mit 450 l/s), dem Unterlieger A._____ tatsächlich mehr als eine blosse Bagatellbeeinträchtigung im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 32 WRG (oben Erw. 3) entstehen kann (zum Quantitativen einer forcierten Betriebsweise oben Erw. 3.1). Dies gilt selbst dann, wenn die im Konzessionsentscheid (act. 1) vorgeschriebene Rest- und Dotierwassermengen (von 60 bzw. 15 l/s) eingehalten werden (vgl. Hauptgutachten S. 15 Mitte). Die Beschwerdegegnerin geht somit fälschlicherweise davon aus, mehr als eine Bagatellbeeinträchtigung sei im KW A._____ schon durch die Konzessionsauflagen (betreffend Rest- und Dotierwassermengen) ausgeschlossen. Dazu bedarf es ergänzender Auflagen im angefochtenen Konzessions- entscheid: Der Experte kam schon im Hauptgutachten (act. 126, S. 17, zu Frage 4.2.5) zum Schluss, ohne entsprechende Vorgaben an die Adresse der Betreiberin des KW L._____ dürfe nicht erwartet werden, der Maximalbetrieb (turbिनieren möglichst unter Volllast mit 450 l/s) werde im Winterhalbjahr nur während rund 100 Stunden gefahren. Davon ging die Vorinstanz somit fälschlicherweise aus und leitete daraus unzutreffend ab, es werde deshalb im KW A._____ bei einer blossen Bagatellbeeinträchtigung bleiben. In diesem Punkt erweist sich die Beschwerde als begründet und ist insofern gutzuheissen. Im Folgenden ist aber noch zu prüfen, mit welchen Auflagen erwirkt werden kann, dass es im KW A._____ tatsächlich bei einer Bagatellbeeinträchtigung bleibt.

Vorab ist aber noch festzuhalten, dass die Einhaltung der Bagatellgrenze ohne ergänzende Auflagen sich auch keinesfalls aus einer angeblichen Interessenidentität zwischen Oberlieger und Unterlieger einstellen wird, wie dies die Beschwerdegegnerin beliebt machen möchte. Denn zwischen dem vorwiegend als Laufwerk konzipierten KW A._____ (mit nur kleinem Stauweiher) und dem weitergehend auf Modulation ausgerichteten KW L._____ (mit grossem Stauweiher und entsprechend grösser dimensionierten Turbinen) besteht bei der Produktion offenkundig ein Interessengegensatz. Dass sich die Interessenlagen lediglich, aber immerhin bei einer auf den KEV-Tarif ausgerichteten Produktion (im KW L._____) annähern könnten, hat der Experte überzeugend dargetan (act. 126, S. 15): Würde sich die B._____ nämlich darauf beschränken, fortan ausschliesslich mit vollem Weiher für den ihr rechtskräftig zugesicherten gleichbleibenden KEV-Tarif zu produzieren, so könnte sie demnach aus wirtschaftlichen Gründen auf eine Modulation verzichten. Das hiesse allerdings, dass sie durchwegs auf eine Modulation auf einen Hochtarif oder auf Verbrauchsspitzen im Seite 42 eigenen Verteilnetz hin verzichten müsste (vgl. Hauptgutachten zu Frage 4.2.3 und 4.2.5), denn nur dann resultiert im vorwiegend als Laufwerk konzipierten KW A._____ keine Beeinträchtigung. Da sich die Parteien in ihren vom Experten angeregten Vergleichsverhandlungen nicht einvernehmlich auf eine solche Lösung einigen konnten, bleibt es dabei, dass ein Überschreiten der Bagatellgrenze vorliegend mit ergänzenden Auflagen sichergestellt werden muss, sofern sich die vom Experten vorgeschlagenen als geeignet und zweckmässig erweisen.

E. 4.4

Die erwähnten, vom Experten zur Wahrung einer blossen Bagatellbeeinträchtigung mittels Auflagen vorgeschlagenen drei Lösungsvarianten (a-c) sind wie folgt zu würdigen (Ergänzungsgutachten S. 12f., 6.a-c):

a) Die B. _____ wird mittels Auflage dazu verpflichtet, nicht mehr zu modulieren: Der Weiher bleibt (mit Ausnahme von Spülungen) immer gefüllt. Für die Zweck-mässigkeit dieser Lösung spricht, dass eine Wasserstands-Messung mit grosser Wahrscheinlichkeit schon vorhanden ist, und dass eine pflichtwidrige Modulation am nicht mehr vollen Weiher für jedermann stets sicht- und kontrollierbar ist. Mit dieser Lösung liesse sich ein im Sinne von Art. 32 Abs. 3 erster Halbsatz WRG zweckmässiger Ausgleich der Interessen erzielen, zumal in Betracht zu ziehen ist, dass der B. _____ für die nächsten 20 Jahre eine wirtschaftliche Produktion im Rahmen des zugesicherten KEV-Tarifs ihr nun auch ohne Modulation möglich ist. Im ebenfalls auf einen gleichbleibenden Tarif hin produzierenden KW A. _____ entstände so gar keine Beeinträchtigung, so dass damit insgesamt ein zweckmässiger Ausgleich unter den am Bach Nutzungsberechtigten resultieren würde.

b) Der B. _____ wird eine gewisse Modulation erlaubt, jedoch darf im KW A. _____ maximal eine Bagatellbeeinträchtigung resultieren, welche nach der Rechtsprechung dort eine Minderproduktion von 3.5% bzw. einen Mindererlös von 3.7% nicht überschreiten darf (vgl. oben E. 3. und 3.1): Eine solche massvolle Modulation könnte gemäss Experte mittels Betriebseinschränkungen erwirkt werden. Die Kontrolle einer entsprechenden Betriebsauflage sei allerdings aufwändig und verursache der Beschwerdegegnerin hohe einmalige Kosten von bis zu Fr. 60'000.-- (wenn der M. _____-weiher dafür reaktiviert werden kann) oder sogar bis zu Fr. 80'000.-- (wenn der M. _____-weiher dafür nicht mehr zur Verfügung steht (vgl. Ergänzungsgutachten S. 7/8). Weil das M. _____-Wehr Teil der bis Ende 2025 abzuschliessenden baulichen Sanierung ist (vgl. act. 164), erscheint diese Lösungsvariante dem Gericht aus kosten- und baulichen Gründen als weniger geeignet, namentlich weil für die relativ kurze Übergangszeit (ab Inbetriebnahme der neuen Seite 43 Turbinen bis zum Abschluss der Sanierung Ende 2025) allenfalls danach nicht mehr benötigte Messeinrichtungen zu erstellen wären.

c) Die B. _____ darf ab Inbetriebnahme der neu bewilligten Turbinen im Rahmen der (mittlerweile) rechtskräftigen Sanierungsverfügung modulieren und weist nach, dass die Beeinflussung bei einem Schwall/Sunk-Verhältnis von 1.5:1 im KW A. _____ gering bleibt (Ergänzungsgutachten S. 13 lit. c): Dass das nach der Sanierung maximal noch zulässige Verhältnis von 1.5:1 im KW A. _____ höchstens noch eine Bagatellbeeinträchtigung zur Folge haben kann, ist nach der Simulationsrechnung des Experten anzunehmen. Dieser Sachverhalt wird mittlerweile vom Beschwerdeführer als unterliegender Anlagebetreiber aufgrund eigener Sachkunde anerkannt (act. 166, S. 2). Darauf ist der Beschwerdeführer zu behaften und es kann deshalb insofern auf einen weiteren Nachweis seitens der B. _____ verzichtet werden. Hingegen muss die B. _____ bei dieser Variante verpflichtet werden, dass sie die Einhaltung des für den Unterlieger entscheidenden Schwall/Sunk- Verhältnisses von 1.5 zu 1 jährlich nachweist. Darauf ist zurückzukommen.

Dass das Schwall/Sunk-Verhältnis von 1.5:1 durch die Beschwerdegegnerin spätestens mit dem Abschluss der baulichen Sanierung der Kraftwerkanlage per Ende 2025 einzuhalten ist, steht kraft der Sanierungsverfügung des Amtes für Umwelt rechtskräftig fest. Auch die Überwachung dieser verbindlichen Sanierungsauflage obliegt derzeit dem Amt für Umwelt im Rahmen der Begleitung und Genehmigung der angeordneten Sanierung (vgl. act. 164,

Ziff. C/3 und 6). Da die bauliche Sanierung bis Ende 2025 abzuschliessen ist, stellt sich auch bei der Variante c die Frage, mit welchen Auflagen die Einhaltung der Bagatellgrenze für die kurze Zeit ab Inbetriebnahme der neu zu installierenden Turbinen bis Ende 2025 sichergestellt werden kann. In Anlehnung an die rechtskräftig verfügte Sanierung erscheint als zweckmässig, die Beschwerdegegnerin ab Inbetriebnahme der Turbinen analog auf eine Betriebsweise mit einem Schwall/Sunk- Verhältnis von maximal 1.5:1 zu verpflichten. Damit kann die Einhaltung der Bagatellgrenze ab Inbetriebnahme und bis zum Auslaufen der Konzession durch eine einheitliche Betriebsweise gewährleistet werden, welche jedoch im Interesse des Unterliegers (Beschwerdeführers) wie folgt der Kontrolle bedarf:

Die Beschwerdegegnerin ist mittels Auflage ab Inbetriebnahme zu verpflichten, dem Amt für Umwelt jährlich den Nachweis zu erbringen, dass sie das Schwall/Sunk-Verhältnis von 1.5:1 stets eingehalten hat. Die Beschwerdegegnerin hat damit zu gewährleisten, dass durch eine allfällige Modulation im Kraftwerk L. _____ im Kraftwerk des Beschwerdeführers fortan tatsächlich keine über der vorinstanzlich im Rahmen von Art. 32 WRG zu Recht als massgebend erkannten Bagatellgrenze liegende Beeinträchtigung entsteht. Soweit dieser Nachweis in einem Betriebsjahr nicht allein anhand der vom Kanton St. Gallen betriebenen Hydrometriestation Freibach (mittels den Tagesgang Seite 44 dokumentierenden Aufzeichnungen) erbracht werden kann (vgl. Hauptgutachten/act. 126, S. 14 und Beilage 4/Q 15ff.), ist das Amt für Umwelt zu ermächtigen, vom Konzessionär (Beschwerdegegner) jeweils andere geeignete technische Daten wie namentlich auch Leistungsdaten der Anlage L. _____ einzufordern. Vorzubehalten sind genauere Messeinrichtungen und -prozedere, welche das Amt für Umwelt im Rahmen der rechtskräftig verfügten, bis spätestens Ende 2025 zu realisierenden baulichen Sanierung anordnet.

E. 4.5

Die Variante c hat für sich den entscheidenden Vorteil, dass sie sich an die ohnehin per Ende 2025 an die Adresse des Oberliegers rechtskräftig verfügte Sanierung anlehnt. Sie erscheint auch für die Zeit vorher - ab Inbetriebnahme der neu bewilligten Turbinen geeignet und zweckmässig, um im KW des Unterliegers tatsächlich mehr als eine Bagatellbeeinträchtigung zu verhindern. Mit der oben formulierten Betriebsauflage kann sichergestellt werden, dass durch die Erteilung der angefochtenen Konzession tatsächlich nicht mehr als zulässig in die ehehaften Rechte des Beschwerdeführers eingegriffen wird. Weil die Beschwerdegegnerin auch für die kurze Übergangszeit durch die Variante c) betrieblich nicht zu mehr oder anderem verpflichtet wird, als sie ab Ende 2025 kraft der Sanierungsverfügung ohnehin erfüllen muss, erweist sich die Variante c) sowohl als zweck- als auch verhältnismässig. Dabei darf auch in Betracht gezogen werden, dass es der Beschwerdegegnerin auch im Rahmen der Variante c) ohne weiteres unbenommen bleibt, namentlich in der Übergangszeit (bis Ende 2025) ganz auf ein Modulieren zu verzichten, um damit im Rahmen des ihr zugesicherten KEV-Tarifs zu produzieren. Weil dieser KEV-Tarif ihr für die nächsten 20 Jahre erlaubt, ihr KW ohne Modulation wirtschaftlich zu betreiben und entsprechend zu amortisieren (vgl. oben K.1, S.19, Zitat aus Handbuch, a.a.O., zur Amortisation bei Kleinwasserkraftwerken) steht fest, dass sich mit der mittels obgenannter Auflage zu sichernden Variante c zwischen den beiden am Bach Nutzungsberechtigten so oder anders ein zweckmässiger Ausgleich der Interessen im Sinne von Art. 32 Abs. 3 erster Halbsatz WRG erzielen lässt.

E. 4.6

Zusammenfassend ergibt sich folgendes: Die Beschwerde ist im Umfang der mit Eingabe vom 30. November 2018 reduzierten Rechtsbegehren für den derzeit noch strittigen Zeitraum ab Inbetriebnahme der strittigen Anlage L._____ teilweise gutzuheissen. In teilweiser Aufhebung und Ergänzung der angefochtenen Wasserrechtskonzession ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die neu konzessionierte Kraftwerkanlage bereits ab Inbetriebnahme der neu zu installierenden Turbinen und bis zum Auslaufen der Konzession so zu betreiben, dass das mit der Sanierungsverfügung vom 3. August 2018 rechtskräftig erst auf Ende 2025 von 8:1 auf maximal 1.5:1 reduzierte Schwall/Sunk- Verhältnis ab dem Inbetriebnahmedatum auf Dauer eingehalten wird. Im Interesse des Seite 45 Unterliegers bzw. eines insgesamt zweckmässigen Interessenausgleichs ist dieser Entscheid mit der oben zu Variante c) formulierten Kontrollauflage zu verbinden. Der für die bauliche Sanierung vom Amt für Umwelt in Ziff. 6 erst per 31. Dezember 2025 festgesetzte Abschlussstermin (vgl. act. 164) wird durch die Variante c) und der dafür als notwendig erkannten betrieblichen Auflage nicht verändert.

E. 5

Steht damit fest, dass sich unter den Nutzungsberechtigten ein zweckmässiger Ausgleich der Interessen erzielen lässt, so entfällt damit die Notwendigkeit dem Beschwerdeführer die beantragte Entschädigung im Sinne von Art. 32 Abs. 3 WRG zuzusprechen. In diesem Punkt ist die Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, wie die vom Experten dazu gemachten Vorschläge zu würdigen wären.

E. 6

Nach Art. 19 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 53 Abs. 1 VRPG ist im Beschwerdeverfahren vor Obergericht gebühren- und kostenpflichtig, wer ganz oder teilweise unterliegt oder auf dessen Rechtsmittel nicht eingetreten wird. Die Beschwerde gegen den vorinstanzlichen Konzessionsentscheid wird teilweise gutgeheissen, im Übrigen aber abgewiesen. Weil der vorinstanzliche Entscheid in einem entscheidenden Punkt aufgehoben und ergänzt werden muss, rechtfertigt sich unter diesen Umständen die Kosten je zu einem Drittel dem Beschwerdeführer, der Vorinstanz sowie der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Damit wird auch dem Umstand angemessen Rechnung getragen, dass die Beschwerde ursprünglich weitergehend als begründet taxiert werden muss, und erst durch die während des Verfahrens vor Obergericht eröffnete, mittlerweile rechtskräftige Sanierungsverfügung des Amtes für Umwelt nachträglich in geringerem Umfang als begründet erscheint. In Anwendung von Art. 4a des Gesetzes über die Gebühren in Verwaltungssachen (GGV, bGS 233.2) ist für das mit mehrfachen Schriftenwechseln, einem Augenschein und zwei Beweisbeschlüssen besonders aufwendige Verfahren die Entscheidgebühr auf Fr. 10'000.-- festzusetzen. Ferner ist nach Art. 19 Abs. 1 VRPG der vom Gutachter für die aufwendigen Haupt- und Ergänzungsgutachten angemessen in Rechnung gestellte Gesamtbetrag von Fr. 37'314.-- als Auslagenersatz zu vergüten. Diese Verfahrenskosten belaufen sich auf insgesamt Fr. 47'314.80 und sind somit zu je Fr. 15'771.60 dem Beschwerdeführer, der Vorinstanz sowie der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Dem Beschwerdeführer wird sein Anteil unter Anrechnung der beiden Kostenvorschüsse von insgesamt Fr. 20'300.-- auferlegt. Die Gerichtskasse wird angewiesen, ihm den Differenzbetrag von Fr. 4'528.40 zurückzuerstatten. Bei der Vorinstanz wird in Anwendung von Art. 22 Abs. 1 VRPG auf die Erhebung ihres Verfahrenskostenanteils verzichtet.

E. 7

Rechtsmittel:

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 82 ff. Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110). Die Beschwerde ist beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enC. _____ ten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).

E. 8

Zustellung an den Beschwerdeführer und die Beschwerdegegnerin je über deren Anwalt, an die Vorinstanz, an das Amt für Umwelt in Herisau sowie das Amt für Umweltschutz des Kantons St. Gallen.

Im Namen der 4. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtspräsident:

lic. iur. Ernst Zingg Der a.o. Gerichtsschreiber:

lic. iur. Toni Bienz

versandt am:30. Januar 2020

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.