

# **BGer 1C\_31/2022 vom 21. März 2023**

Bundesgericht, 2023-03-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_31\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_31_2022)

FR: TF 1C\_31/2022 du 21 mars 2023

IT: TF 1C\_31/2022 del 21 marzo 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gegen den kantonal letztinstanzlichen Endentscheid des Verwaltungsgerichts steht grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen (Art. 82 lit. a, 86 Abs. 1 lit. d und 90 BGG). Die Beschwerdeführerin ist eine gesamtschweizerisch tätige Organisation, die sowohl nach Art. 55 USG (SR 814.01) als auch nach Art. 12 NHG (SR 451) zur Verbandsbeschwerde berechtigt ist (vgl. Ziff. 25 des Anhangs zur Verordnung über die Bezeichnung der im Bereich des Umweltschutzes und des Natur- und Heimatschutzes beschwerdeberechtigten Organisationen [VBO; SR 914.076]). Die Beschwerde hat die Sicherung angemessener Restwassermengen und damit eine Bundesaufgabe im Sinne von Art. 2 NHG zum Gegenstand (in BGE 145 II 140 nicht publ. E. 1 mit Hinweis). Auf die rechtzeitig erhobene Beschwerde ist daher grundsätzlich einzutreten.

#### **E. 1.1**

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht - einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens - gerügt werden ( Art. 95 lit. a BGG ). Das Bundesgericht wendet das Bundesrecht grundsätzlich von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Die Verletzung von Grundrechten (einschliesslich die willkürliche Anwendung von kantonalem Recht) prüft es dagegen nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und genügend begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 133 II 249 E. 1.4.2 mit Hinweisen).

#### **E. 1.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat, sofern dieser nicht offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 und Art. 97 Abs. 1 BGG ). Neue Tatsachen und Beweismittel können nur insoweit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Neue Begehren sind unzulässig ( Art. 99 Abs. 2 BGG ).

#### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei zu den umfangreichen Dotierversuchen nie zugelassen worden. Augenscheine seien grundsätzlich in Anwesenheit der Parteien durchzuführen, die blosser Möglichkeit, zum Resultat des Augenscheins Stellung zu nehmen, genüge nicht. Damit sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden, weshalb das Urteil zu kassieren sei.

#### **E. 2.2**

Die Beschwerdegegnerin wendet dagegen ein, dass die Beschwerdeführerin diese Rüge zum ersten Mal im bundesgerichtlichen Verfahren erhoben habe. Die Regierung des Kantons Graubünden habe die Dotierversuche in Auftrag gegeben. Es handle sich dabei nicht um einen Augenschein, sondern um eine von der Regierung des Kantons Graubünden durchgeführte Grundlagenbeschaffung.

### **E. 2.3**

Wie die Beschwerdegegnerin und der Kanton zu Recht vorbringen, handelt es sich bei den streitigen Dotierversuchen um Datenerhebungen im Rahmen des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens und nicht um einen Augenschein. Es verletzt demnach nicht die Parteirechte der Beschwerdeführerin, wenn sie an den Dotierversuchen nicht teilnehmen konnte.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass für den Gewässerschutz gemäss Art. 31 GSchG die Restwassermengen zentral seien, welche in einem Gewässer mindestens zu belassen seien. Abhängig von der Mächtigkeit eines Gewässers sei ein degressiv festgelegter Prozentsatz der an 347 Tagen pro Jahr erreichten oder überschrittenen Wassermenge (Q347) im natürlichen Gerinne zu belassen. Damit sei klar, dass der gewässerschutzrechtliche Angelpunkt einer jeden Sanierung die Bestimmung des Q347 sei. Dieser sei aber von den Vorinstanzen ungenügend erhoben worden, womit die Vorinstanz ihre Pflicht zur Abnahme relevanter Beweise verletzt habe und ihr Entscheid willkürlich erscheine.

### **E. 3.2**

Art. 31 GSchG legt Mindestrestwassermengen für Wasserentnahmen aus Fliessgewässern mit ständiger Wasserführung fest. Diese werden im Einzelfall, aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung, erhöht ( Art. 33 GSchG ); eine Unterschreitung der Mindestrestwassermenge ist nur in Ausnahmefällen zulässig ( Art. 32 GSchG ). Der in den Übergangsbestimmungen enthaltene Art. 80 Abs. 1 GSchG präzisiert jedoch, dass durch bereits bestehende Wasserentnahmen wesentlich beeinträchtigte Fliessgewässer (nur) so weit saniert werden müssen, als dies ohne entschädigungsbegründende Eingriffe in bestehende Wassernutzungsrechte möglich ist (Abs. 1). Weitergehende Sanierungsmassnahmen können gegen Entschädigung aus überwiegenden Interessen, insbesondere zum Schutz von kantonalen oder nationalen Inventarobjekten, angeordnet werden (Abs. 2).

Diese Regelung wurde mit Rücksicht auf die grossen finanziellen Konsequenzen getroffen, welche die integrale Durchsetzung der Restwasservorschriften bei bestehenden Konzessionen gehabt hätte (Botschaft des Bundesrats vom 29. April 1987 zur Volksinitiative "zur Rettung unserer Gewässer" und zur Revision des GSchG, BBl 1987 II 1061 ff. [nachfolgend Botschaft], S. 1090 Ziff. 312.3). Die Konzessionen verschaffen dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohl erworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers; das einmal verliehene Nutzungsrecht kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles und gegen volle Entschädigung zurückgezogen oder geschmälert werden (so Art. 43 des Bundesgesetzes vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte [WRG; SR 721.80], der die vorbestehende Rechtsprechung kodifiziert hat). Die anzuordnenden Sanierungsmassnahmen finden deshalb (vorbehältlich Art. 80 Abs. 2 GSchG ) bei bestehenden Wasserrechten ihre Grenze dort, wo eine Entschädigungspflicht

des Gemeinwesens einsetzen würde (Botschaft, S. 1170 ad Art. 79; siehe zum Ganzen BGE 145 II 140 E. 2.1), d. h., soweit hierdurch in die Substanz bestehender wohlerworbener Rechte eingegriffen wird. Ob ein staatlicher Eingriff die Substanz respektiert, beurteilt sich nach der wirtschaftlichen Tragbarkeit des Eingriffs für den Träger des Rechts ( BGE 139 II 28 E. 2.7.2; ENRICO RIVA, in: Hettich und andere (Hrsg.), Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz, Zürich 2016, N. 38 zu Art. 80 GSchG ).

### **E. 3.3**

Zu beurteilen sind Sanierungsmassnahmen nach Art. 80 GSchG . Die Beschwerdeführerin legt nicht dar und es ist auch nicht ersichtlich, weshalb die Kenntnis des genauen Q347 für die Festlegung der Restwassermenge vorliegend notwendig sein soll. Art. 80 Abs. 1 GSchG sieht vor, dass nur so weit saniert werden muss, als dies ohne entschädigungs begründende Eingriffe in bestehende Wassernutzungsrechte möglich ist. Es ist bereits ohne vertiefte Prüfung leicht erkennbar, dass die wirtschaftlich tragbare Restwassermenge weit unterhalb der nach Art. 31 ff. GSchG bei einer neuen Konzessionserteilung zu fordernden liegt. Dass die nach Art. 31 ff. GSchG anzustrebenden Restwassermengen durch die festzulegende Restwassersanierung übertroffen werden könnten, ist nicht zu erwarten. Es ist daher nicht notwendig, den Q347 festzustellen, wie die Vorinstanz ausführlich dargelegt hat. Entsprechend dringt die Beschwerdeführerin auch mit ihren Sachverhaltsrügen nicht durch, die darauf abzielen, die massgebliche Grösse des Q347 zuverlässiger festzustellen. Da auch kein Anwendungsfall von Art. 80 Abs. 2 GSchG vorliegt (dazu hinten E. 4), dringt die Beschwerdeführerin mit ihrer diesbezüglichen Rüge nicht durch.

### **E. 3.4**

Auch mit den übrigen Sachverhaltsrügen dringt die Beschwerdeführerin, soweit sie diese überhaupt genügend substantiiert vorbringt (vgl. vorne E. 1.2), nicht durch, da alle für die rechtliche Beurteilung notwendigen Sachverhaltselemente erhoben wurden, wie im Folgenden zu zeigen ist. Daraus wird ersichtlich, dass die Vorinstanz entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin in antizipierter Beweiswürdigung (vgl. hierzu BGE 145 I 167 E. 4.1; 144 II 427 E. 3.1.3) davon absehen durfte, weitere Abklärungen zum rechtserheblichen Sachverhalt vorzunehmen.

### **E. 4**

Streitig ist, ob weitergehende Sanierungen im Sinne von Art. 80 Abs. 2 GSchG anzuordnen sind.

#### **E. 4.1**

Gemäss der Vorinstanz besteht ein Bezug des Flembachs zu lokalen, regionalen und nationalen Landschaftsschutzobjekten. In seinem Bericht vom 30. Mai 2011 habe das Amt für Natur und Umwelt Graubünden indes festgehalten, die Fassung des Flembachs am Auslauf des Stausees bilde keinen Fall der Kategorie A "erste Priorität für eine Sanierung". Deshalb könne diese Fassung und somit die Beschwerdegegnerin gemäss Beurteilung der kantonalen Fachstellen (das Amt für Natur und Umwelt und das Amt für Jagd und Fischerei) von der Pflicht zur Sanierung nach Art. 80 Abs. 2 GSchG befreit werden. Aufgrund dieser Beurteilung sei nicht ersichtlich, inwiefern die Restwasserstrecke für die von der Beschwerdeführerin genannten Schutzobjekte relevant sein soll. Die Beschwerdeführerin bringe im Übrigen nichts Relevantes vor, das die Beurteilung der beiden kantonalen Fachstellen ernsthaft infrage stelle. Auch sei zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin nicht darlege, inwiefern die Schutzobjekte eine weitergehende

Sanierung der Restwasserstrecke gemäss Art. 80 Abs. 2 GSchG erfordern bzw. inwiefern die Voraussetzungen für einen Eingriff in die wohlerworbenen Rechte der Beschwerdegegnerin vorliegen würden. Eine dringlich notwendige Verbesserung der Situation sei auch nicht ohne Weiteres ersichtlich. Es verhalte sich nämlich so, dass der Flembach unmittelbar unterhalb der Staumauer auf einem relativ kurzen Abschnitt von rund 70 Metern vollständig trockengelegt sei. Die Trockenlegung falle somit in den Bereich einer bereits bestehenden Landschaftsbeeinträchtigung. Die Situation am Flembach erfordere demnach keine weitergehenden Sanierungsmassnahmen gemäss Art. 80 Abs. 2 GSchG .

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, dass Waltensburg als "Dorf" mit der Objektnummer 2309 im Anhang 1 zur VISOS (SR 451.12) als "schützenswertes Ortsbild von nationaler Bedeutung" verzeichnet sei. Es unterliege integralem Schutz mit allen sich im Perimeter befindlichen Elementen, mithin auch des Flembachs, welcher in seinem Erscheinungsbild wesentlich durch die Wasserführung geprägt werde. Der Kirchenbezirk von Waltensburg sei im Inventar in der Schutzzone A aufgeführt, einschliesslich Flembach über die Dorfgrenze hinaus und entlang den Wiesen von Sur Punt und Curtgin Grond sowie Scuein. Das Erhaltungsziel erstrecke sich auf das gesamte Gebiet. Diese Rechtslage habe die Vorinstanz verkannt und damit Bundesrecht verletzt. Entsprechend sei auf die Sanierung des Flembachs auch die Vorschrift von Art. 80 Abs. 2 GSchG anzuwenden.

#### **E. 4.3**

Soweit sich die Beschwerdeführerin überhaupt rechtsgenügend mit den vorinstanzlichen Ausführungen auseinandersetzt, dringt sie mit ihren Einwendungen nicht durch. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass von Art. 80 Abs. 2 GSchG nur wenige Fälle betroffen sein werden und zudem Sanierungsmassnahmen nur so weit anzuordnen seien, als es zur dringend notwendigen Verbesserung der Situation gerade noch geboten ist (Botschaft, S. 1171 ad Art. 79). Eine weitergehende Sanierung nach Art. 80 Abs. 2 GSchG ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht allein deshalb anzuordnen, weil ein davon betroffenes Fliessgewässer anschliessend durch ein in einem nationalen oder kantonalen Inventar erfasstes Gebiet fliesst. Diese Bestimmung verlangt vielmehr, dass überwiegende öffentliche Interessen einen weitergehenden Schutz erfordern (vgl. ENRICO RIVA, Wohlerworbene Rechte - Eigentum - Vertrauen, 2007, S. 194), was u. a. dann der Fall ist, wenn es sich um Fliessgewässer in Landschaften oder Lebensräumen handelt, die in nationalen oder kantonalen Inventaren aufgeführt sind. Vor diesem Hintergrund geht die Fachbehörde des Bundes zu Recht davon aus, dass die Verpflichtung zu einer weitergehenden Sanierung nur unter der Voraussetzung gilt, dass dem Fliessgewässer für das Schutzobjekt eine eigenständige Bedeutung zukommt (BUWAL, Vorgehen nach Art. 80 Abs. 2 GSchG , 13, 42, 46 ff.; vgl. ENRICO RIVA, in: Hettich und andere (Hrsg.), Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz, Zürich 2016, N. 49 zu Art. 80 GSchG ). Eine eigenständige Bedeutung des Flembachs für die betreffenden Schutzobjekte wird weder rechtsgenügend geltend gemacht, noch ist eine solche ersichtlich.

Die zu beurteilende Restwassersanierung richtet sich daher nach Art. 80 Abs. 1 und nicht nach Abs. 2 GSchG, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat.

#### **E. 5**

Strittig ist, ob die Berechnung der Restwassermenge nach Art. 80 Abs. 1 GSchG gestützt auf das sog. "Axpo-Modell" den rechtlichen Anforderungen genügt.

### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Verwaltungsgericht hätte sich für die Beurteilung der zumutbaren Sanierung wesentlich auf ein von der Axpo (der Muttergesellschaft der Beschwerdegegnerin) selbst entwickeltes "Modell" abgestützt, was der Vorgabe des Bundesgerichts widerspreche, wonach die Sanierungspflichten aufgrund des konkreten Werks und seinen konkreten Verhältnissen zu beurteilen seien. Das "Axpo-Modell" stelle zudem massgeblich auf die Discounted-Cash-Flow-Methode (DCF-Methode) zur Beurteilung der wirtschaftlichen Lage von Werken ab. Die DCF-Methode basiere auf einer "subjektiv-wirtschaftlichen" Betrachtungsweise, d. h., ein Interessent an einer Gesellschaft versuche, deren Wert aufgrund seiner Erwartungen über den zukünftigen ausschüttbaren Gewinn zu ermitteln. Entsprechend habe z. B. die Schweizerische Steuerkonferenz bereits 2014 festgehalten, dass "sich dieses Bewertungsverfahren als für Steuerzwecke unbrauchbar" erweist und das ausdrücklich so festgehalten in ihrem Kreisschreiben Nr. 28, Wegleitung zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer vom 28. August 2008, Kommentar 2020, S. 4. Massgeblich für die Steuerkonferenz sei vielmehr eine "technisch-, bzw. rechtlich-objektive" Methode, welche sich letztlich eben, wie das Bundesgericht in den Fällen "Misox" ( BGE 139 II 28 ) und "Wigger" (Urteil des Bundesgerichts 1C\_119/2012 vom 20. September 2012, teilweise publ. als BGE 138 II 575 ), auf tatsächlich erzielte Zahlen in einer repräsentativen vergangenen Periode stütze. Von wissenschaftlicher Seite werde darauf hingewiesen, dass bei der DCF-Methode eine bloss geringe Variation der Eingangsdaten "beinahe jedes gewünschte Resultat liefern" könne (mit Verweis auf PATRICK HERGER, Die Firmenbewertung hat ihre Tücken, Neue Zürcher Zeitung, 31. Juli 2020, S. 21). Die Situation eines sanierungspflichtigen Werks sei insofern genau die gleiche wie die Situation von steuerpflichtigen Aktionären. Sanierungspflichten seien öffentliche Lasten, genau wie Steuern auch. Genauso wie man Steuern nicht durch die willkürliche subjektive Bewertung seiner Aktien (-gesellschaft) vermeiden könne, dürfe man auch Sanierungslasten nicht durch eine willkürliche subjektive Bewertung seiner Unternehmung umgehen. Ein auf der DCF-Methode basierendes Modell sei damit a priori nicht geeignet zu einer objektiven Beurteilung der Leistungsfähigkeit einer Unternehmung für die Zwecke von öffentlichen Lasten. Angesichts der bundesgerichtlichen Vorgaben sei ein derartiges Modell auch gar nicht nötig. Die Bestimmung der Mindestrendite gemäss bundesgerichtlicher Praxis benötige kein undurchsichtiges "Modell". Sie werde durch einfaches bürgerliches Rechnen mit den von der Beschwerdegegnerin selbst publizierten Zahlen der letzten 10 Betriebsjahre ermittelt. Die Mindestrendite gemäss bundesgerichtlicher Praxis sei so ohne weiteres nachvollziehbar, für jeden einsichtig und benötige zur Darstellung lediglich wenige Seiten zusätzlich zu den Jahresberichten des betroffenen Werks. Sie sei die "technisch-, bzw. rechtlich-objektive" Methode, welche gemäss der bundesgerichtlichen Praxis auch auf Axpo-Töchter wie die Beschwerdegegnerin angewendet werden müsse.

### **E. 5.2**

Die Regierung des Kantons Graubünden hält dem entgegen, dass sich das von der Axpo entwickelte Modell auf den bundesgerichtlichen Entscheid des Bündner Pilotfalls "Misoher Kraftwerke AG" vom 15. November 2012 ( BGE 139 II 28 ) stütze und den Kriterien des

Bundesgerichts zur Berechnung der Restwassermenge Rechnung trage sowie eine einzelfallweise Betrachtung der konkreten Verhältnisse erlaube. In einem späteren Entscheid habe das Bundesgericht dann ausgeführt, dass die wirtschaftliche Tragbarkeit in besagtem Fall "anhand eines von der Axpo entwickelten Berechnungsmodells, das sich auf die bundesgerichtlichen Kriterien stützt", beurteilt werde (mit Hinweis auf das Urteil 1C\_490/2017 vom 15. Mai 2018 E. 9.2). Insofern erachte das Bundesgericht das Axpo-Modell demnach als geeignet, die wirtschaftliche Tragbarkeit zu beurteilen. Zu diesem Schluss sei im Übrigen auch das Bundesamt für Energie gelangt. Gemäss der Beurteilung des kantonalen Amtes für Energie und Verkehr sei die Anwendung des Axpo-Modells im vorliegenden Fall nachvollziehbar und plausibel.

### **E. 5.3**

Die Beschwerdegegnerin weist zusätzlich darauf hin, dass das Axpo-Modell vom Amt für Energie und Verkehr des Kantons Graubünden geprüft und dem Bundesamt für Energie zur Überprüfung unterbreitet wurde. Das Bundesamt für Energie sei in seinem Bericht zum Schluss gekommen, dass DCF-Modelle zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit von Wasserkraftwerken im Zusammenhang mit der Restwassersanierung am geeignetsten seien und dem "Stand der Technik" entsprächen sowie dass das Axpo-Modell plausibel und nachvollziehbar sei. Aufgrund der Zuständigkeitsordnung für die Restwassersanierung könne das Bundesamt für Energie dem Kanton nicht vorschreiben, welches Modell er anzuwenden habe. Es seien die Kantone, die für die Restwassersanierung zu sorgen hätten und entsprechend frei seien in der Wahl der Methode zur Beurteilung der wirtschaftlichen Tragbarkeit von Restwassersanierungen. Der Kanton Graubünden habe entschieden, sich auf das Axpo-Modell abzustützen. Sogar das im Rahmen des Verwaltungsgerichtsverfahrens von der Beschwerdeführerin in Auftrag gegebene Parteigutachten komme zum Schluss, dass das angewendete Modell "sehr detailliert, gründlich und in der Berechnungsmethode nachvollziehbar" sei, und bestätige, dass sämtliche vom Bundesgericht im Entscheid Misox genannten Kriterien angemessen berücksichtigt würden.

### **E. 5.4**

Vorweg ist klarzustellen, dass das Bundesgericht im Urteil 1C\_490/2017 vom 15. Mai 2018 E. 9.2 entgegen der Ansicht der Regierung des Kantons Graubünden und der Beschwerdegegnerin nicht zum Axpo-Modell Stellung genommen hat. Es hat darin zwar festgehalten, dass sich das von der Axpo entwickelte Berechnungsmodell "auf die bundesgerichtlichen Kriterien stützt", nicht jedoch, dass dieses den vom Bundesgericht aufgestellten Kriterien genügt. Mangels Begründung der betreffenden Rüge hat sich das Bundesgericht in jenem Entscheid nicht mit diesem Berechnungsmodell auseinandergesetzt.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin sei nicht vertieft untersucht und die Mindestrendite nicht errechnet worden. Damit dringt sie nicht durch. Das Axpo-Modell wird als Instrument dazu genutzt, die Mindestrendite zu errechnen, und stützt sich dabei auf Zahlen, die vom kantonalen Amt für Energie verifiziert wurden. Die Beschwerdeführerin rügt auch nicht, dass die verwendeten Zahlen falsch seien, sondern, dass das Axpo-Modell als solches untauglich für die Berechnung der Restwassermenge sei. Dies wird im Wesentlichen damit begründet, dass diesem Modell die DCF-Methode zugrunde liegt. Gerade in dieser Hinsicht kommt

jedoch das Bundesamt für Energie als Fachbehörde des Bundes in seinem Bericht vom 9. Januar 2015 "zur Beurteilung des Axpo-Modells und der wirtschaftlichen Tragbarkeit bei der Restwassersanierung" zu einem anderen Schluss. DCF-Modelle seien aktuell anerkanntermassen die geeignetste Methode zur Bestimmung der Wirtschaftlichkeit komplexer Projekte und fänden in der Wirtschaft breite Anwendung. Das Axpo-Modell sei grundsätzlich geeignet, um die Ertragslage von Kraftwerksgesellschaften zu ermitteln. Zudem seien dessen Eingabeparameter im Grossen und Ganzen nachvollziehbar und ausgewogen. Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Grundsatzkritik erfährt damit von der Fachbehörde des Bundes klaren Widerspruch. Auch das von ihr im vorinstanzlichen Verfahren eingebrachte Parteigutachten stützt ihre Grundsatzkritik an diesem Berechnungsmodell nicht, sondern beanstandet bloss Einzelpunkte, welche die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde jedoch nicht aufgreift. Die Beurteilung der wirtschaftlichen Tragbarkeit einer Restwassersanierung ist immer mit grossen Unsicherheiten behaftet, da sie zum Teil zukunftsbezogen ist (anstelle vieler ENRICO RIVA, Wohlerworbene Rechte - Eigentum - Vertrauen, 2007, S. 168 ff.). Daher ist der von der Beschwerdeführerin wiederholt vorgebrachte Vorwurf, ein solches Modell sei mit grossen Unsicherheiten behaftet, nicht geeignet, dessen Untauglichkeit aufzuzeigen. Unzutreffend ist zudem, dass die vorliegende Berechnung nicht gestützt auf die konkreten Verhältnisse des betroffenen Kraftwerks erfolgt sei, wie dies die bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. BGE 139 II 28 E. 2.7.4) verlangt. Selbst das von der Beschwerdeführerin eingebrachte Parteigutachten kommt zum Schluss, dass das angewandte Modell "sehr detailliert, gründlich und in der Berechnungsmethode nachvollziehbar" sei, und bestätigt, dass die vom Bundesgericht in BGE 139 II 28 E. 2.7.4 genannten Kriterien berücksichtigt sind. Damit stützt es die grundsätzliche Einschätzung der zuständigen Fachbehörde des Bundes. Das Bundesgericht sieht vor diesem Hintergrund keinen Anlass, von dieser grundsätzlichen Einschätzung des angewandten Modells im vorliegenden Anwendungsfall abzuweichen.

#### **E. 5.5**

Die Beschwerdeführerin kritisiert die konkrete Berechnung der Restwassermenge insoweit, als sie vorbringt, die im Axpo-Modell eingefügten Zahlen seien nicht überprüfbar und reine Parteibehauptungen. Einzig die in den extern geprüften Geschäftsberichten verwendeten Zahlen hätten für die Berechnung der wirtschaftlichen Tragbarkeit berücksichtigt werden dürfen. Dieser Einwand geht fehl. Zwar wird der Geschäftsbericht von einer externen Revisionsstelle geprüft, doch auch die von der Beschwerdegegnerin im Axpo-Modell eingefügten Zahlen wurden geprüft, nämlich vom zuständigen kantonalen Amt. Inwieweit sich daraus für die Beschwerdeführerin eine unterschiedliche Ausgangslage in Bezug auf die Überprüfbarkeit der einzelnen Zahlen ergeben soll, ist nicht ersichtlich. Jedenfalls wurden entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin auch die verwendeten Zahlen von einer externen Stelle (vorliegend vom kantonalen Amt für Energie) geprüft. Damit trifft es nicht zu, dass es sich bei den verwendeten Werten um bloss (ungeprüfte) Parteibehauptungen handelt.

#### **E. 5.6**

Soweit die Beschwerdeführerin kritisiert, das "EBIT" (earnings before interest and taxes) eigne sich für die Beurteilung nicht, ob eine bestimmte Sanierung die Mindestrendite des betrachteten Werks verletze, ist mit der Beschwerdegegnerin und dem Kanton darauf hinzuweisen, dass vorliegend nicht darauf abgestützt wurde. Aufgrund des geringen EBIT

wurde nämlich nicht auf die EBIT-Einbusse, sondern auf die Produktionseinbusse abgestellt. Dieser Einwand geht deshalb fehl.

#### **E. 5.7**

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin wird die angebliche Untauglichkeit des konkret angewandten Berechnungsmodells weder dadurch bewiesen, dass die Kraftwerksbetreiberin bereit ist, höhere Restwassermengen als die durch das Modell errechneten zu akzeptieren, noch dadurch, dass das zuständige kantonale Amt eine höhere Restwassermenge - jedoch ohne Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen Tragbarkeit - für angemessen hielte. Die schlussendlich festgelegte Restwassermenge führt für das Kraftwerk mit relativ ungünstigen betrieblichen Verhältnissen vorliegend zu einer Produktionseinbusse von 2%. Das ist im Lichte der Rechtsprechung (vgl. BGE 139 II 28 E. 2.7.4) nicht zu beanstanden, wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat. Die Beschwerdeführerin dringt mit ihren dagegen vorgebrachten Einwendungen nicht durch.

#### **E. 6**

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Die Beschwerdeführerin hat der anwaltlich vertretenen privaten Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (vgl. Art. 68 BGG ).

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