

BGer 1C_490/2017 vom 15. Mai 2018

Bundesgericht, 2018-05-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_490_2017

FR: TF 1C_490/2017 du 15 mai 2018

IT: TF 1C_490/2017 del 15 maggio 2018

Erwägungen

E. 1

Gegen den kantonal letztinstanzlichen Endentscheid des Verwaltungsgerichts steht grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht offen (Art. 82 lit. a, 86 Abs. 1 lit. d und 90 BGG). Die Gemeinde Ergisch ist als Beschwerdeführerin im kantonalen Verfahren befugt, den Nichteintretensentscheid des Kantonsgerichts anzufechten (Art. 89 Abs. 1 BGG). Auf die rechtzeitig erhobene Beschwerde (Art. 100 Abs. 1 BGG) ist daher einzutreten.

E. 1.1

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Dieses wendet das Bundesgericht 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; hierfür gelten qualifizierte Begründungsanforderungen (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254 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 so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG). Echte Noven, d.h. Tatsachen und Unterlagen, die erst nach dem Ergehen des angefochtenen Entscheids aufgetreten bzw. entstanden sind, sind grundsätzlich unzulässig (BGE 139 III 120 E. 3.1.2 S. 123; 133 IV 342 E. 2.1 S. 343 f.; je mit Hinweisen).

E. 1.3

In ihrer Replik beantragt die Beschwerdeführerin die Edition des - vom BAFU erwähnten - Sanierungsberichts für die Turtmänna, der ihr nicht bekannt sei. Es handelt sich jedoch offensichtlich um den von der Beschwerdeführerin selbst zitierten und ihrer Beschwerde beigelegten "Sanierungsbericht Einzugsgebiet Turtmänna" der CEVAP vom Februar 2006, weshalb das Gesuch gegenstandslos ist. Ein anderer Sanierungsbericht für die Turtmänna ist nicht aktenkundig und wurde auch vom BAFU nicht eingereicht.

E. 2

Zur Beschwerde ist nicht berechtigt, wer von der Möglichkeit, vor der untern Instanz zu handeln, keinen Gebrauch gemacht hat.

E. 2.1

Das Kantonsgericht ging davon aus, die Beschwerdeführerin habe sich nicht genügend am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt, weil sie weder im Schreiben vom 12. Februar noch vom 18. April 2016 ein Rechtsbegehren gestellt habe. Der Gesetzgeber habe mit der Obliegenheit zur Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren nach Art. 44 Abs. 2 i.V.m. Art. 80 Abs. 1 lit. a VVRG erreichen wollen, dass schon der Vorinstanz dieselbe Rechtsfrage unterbreitet werde wie der nachfolgenden Beschwerdeinstanz; neue Rechtsbegehren vor Kantonsgericht seien unzulässig (Art. 79 Abs. 4 und Art. 47 Abs. 4 i.V.m. Art. 80 VVRG e contrario).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin hält diese Begründung für krass falsch und für willkürlich; zudem werde dadurch ihr Beschwerderecht nach Art. 89 BGG, Art. 57 USG und Art. 12 ff. NHG in unzulässiger Weise beschnitten, was Bundesrecht verletze. Sie macht in erster Linie geltend, der Kanton Wallis kenne im Verfahren vor dem Staatsrat kein formelles Einspracheverfahren; hierfür verweist sie auf ein Urteil des Kantonsgerichts vom 22. Februar 2013. Der Verfügungsentwurf sei denn auch unter dem Titel "öffentliche Anhörung", gestützt auf Art. 19 VVRG, im Amtsblatt publiziert worden. Die öffentliche Anhörung diene lediglich der Gewährung des rechtlichen Gehörs, wobei jedermann berechtigt sei, formlos Einwendungen gegen den Verfügungsentwurf zu erheben und keine Verpflichtung bestehe, Rechtsbegehren zu formulieren. Im Übrigen habe sie in ihrem Schreiben zuhanden des Staatsrats klar ausgeführt, mit dem Entwurf der Sanierungsverfügung in Bezug auf die fehlende Dotierung der Turtmänner nicht einverstanden zu sein.

E. 2.3

Art. 44 VVRG findet sich im Teil 4 "Das Beschwerdeverfahren vor den Verwaltungsbehörden" und lautet:

Art. 44 Legitimation der Betroffenen

1 Zur Beschwerde ist berechtigt:

a) wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat;

b) (...)

E. 2.4

Der Beschwerdeführerin ist zuzustimmen, dass Art. 19 Abs. 2 VVRG von Wortlaut und Systematik her nur das rechtliche Gehör im erstinstanzlichen Verfahren (hier: Sanierungsverfahren vor dem Staatsrat bzw. der DVER) betrifft, weshalb es naheliegt, auch die dort vorgesehene Verwirklichungsfolge auf das Recht zur Akteneinsicht und zur Stellungnahme vor Erlass der erstinstanzlichen Verfügung zu beschränken.

Dagegen regelt Art. 44 VVRG generell die Beschwerdelegitimation. Diese wird in Abs. 2 ausgeschlossen, wenn Personen, die in erster Instanz handeln können, von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht haben. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung gilt sie für alle Verfahrensarten (und nicht nur für formelle Einspracheverfahren). Wie es sich damit verhält und welche Anforderungen an die Verfahrensteilnahme zu stellen sind, kann jedoch offenbleiben:

E. 2.5

Das kantonale Verfahrensrecht und damit auch Art. 44 Abs. 2 VVRG kommt nicht zur Anwendung, soweit sich die Gemeinde auf ein speziell geregeltes bundesrechtliches Beschwerderecht berufen kann. Vorliegend fällt Art. 12 Abs. 1 lit. a NHG in Betracht. Der Gewässerschutz und die Sicherung angemessener Restwassermengen gehören zu den Bundesaufgaben (Art. 76 Abs. 3 BV), weshalb gegen Sanierungsverfügungen nach Art. 80 ff. GSchG grundsätzlich die Verbands- und die Gemeindebeschwerde offensteht (in BGE 139 II 28, nicht publizierte E. 1.1). Gemeinden sind nach ständiger Rechtsprechung befugt, im Interesse des Natur- und Heimatschutzes und zur Wahrung des heimatlichen Landschafts- und Ortsbilds Beschwerde zu führen, sofern die Verfügung ein Vorhaben betrifft, das auf ihrem kommunalen Hoheitsgebiet ausgeführt werden soll oder sich jedenfalls auf dieses auswirkt (grundlegend BGE 109 Ib 341 E. 2b S. 342 f.; bestätigt in BGE 118 Ib 614 E. 1c S. 616 f.; vgl. dazu PETER M. KELLER, in: Keller/Zufferey/Fahrländer, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 12 N. 6).

Dies ist vorliegend der Fall: Zwar geht es der Gemeinde Ergisch - wie sie selbst einräumt - in erster Linie um ihre vermögensrechtlichen Interessen als Konzessionsgeberin und Aktionärin der unterliegenden Kraftwerksbetreiberin Argessa AG. Sie beruft sich aber auch auf die Interessen von Landschaft und Gewässer; ihr Antrag, eine Mindestwasserdotations von 100 l/s ab Stausee für die Turtmänner vorzusehen, erscheint objektiv geeignet, diesen öffentlichen Interessen zu dienen.

E. 2.6

Grundsätzlich steht den Gemeinden - wie den ideellen Verbänden - das Beschwerderecht gegen "Verfügungen" zu, d.h. sie sind berechtigt, (erst) gegen ordnungsgemäss eröffnete Verfügungen (Art. 12b Abs. 1 NHG) die entsprechenden kantonalen oder bundesrechtlichen Rechtsmittel zu ergreifen. Nach Art. 12c Abs. 2 NHG ist die Beschwerde indes ausgeschlossen, wenn eine Gemeinde oder eine Organisation sich an einem Einspracheverfahren nach Bundesrecht oder kantonalem Recht nicht beteiligt hat.

Diese Regelung geht auf die Teilrevision des NHG vom 24. März 1995 zurück (damals aArt. 12a Abs. 2 NHG; AS 1996 214; vgl. dazu PETER M. KELLER, Das Beschwerderecht der Umweltorganisationen - Was gilt nach der Teilrevision des Natur- und Heimatschutzgesetzes? AJP 1995, 1125-1132; DERSELBE, NHG-Kommentar, Art. 12a N. 1 ff.). Der Bundesrat hatte damals vorgeschlagen, die Gemeinden und die Organisationen generell zu verpflichten, sich bereits am erstinstanzlichen Verfahren zu beteiligen (Botschaft des Bundesrats über die Änderung des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 26. Juni 1991, BBl 1991 III 1121 ff., insbes. S. 1140 zu Art. 12a). Dieser Vorschlag war im Parlament umstritten; auf Grund eines Vorschlags der Einigungskonferenz wurde die Verpflichtung auf Verfahren beschränkt, in denen "das Bundesrecht oder das kantonale Recht vor (sieht), dass vor dem Erlass der Verfügung ein Einspracheverfahren durchgeführt wird" (aArt. 12a Abs. 2 Satz 1). In der Diskussion wurde betont, das Einspracheverfahren müsse im kantonalen Recht oder in einem Spezialgesetz des Bundes vorgesehen sein; jedenfalls auf Bundesebene genüge eine Verordnung nicht (Votum Berichterstatter Schüle AB 1995 N 288 f.; Voten Baumberger und Jeanprêtre, AB 1995 N 708). In der Literatur wird eine ausdrückliche Anordnung des Einspracheverfahrens verlangt (LUKAS BÜHLMANN, Was bringt das teilrevidierte Natur- und Heimatschutzgesetz des Bundes? Raum und Umwelt 1995 S. 28 ff., insbes. S. 30). KELLER (NHG-Kommentar Rz. 10 zu Art. 12a) betont, es sei Sache des Gesetzgebers, die

Verfahren zu bestimmen, in denen es aus verfahrensökonomischer Sicht vorzuziehen sei, bereits vor erster Instanz alle Parteien zu beteiligen. Dies sei zweckmässig in Verfahren, in denen regelmässig über konflikt- und damit beschwerdeträchtige Projekte zu entscheiden sei, um möglichst gute und beschwerdebeständige Verfügungen zu erreichen. Dagegen würde eine generelle Einführung von Einspracheverfahren mit Ausschlusswirkung für Gemeinden und Organisationen nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen: Angesichts der in der Regel korrekten Arbeit der Verwaltung sei es in vielen Verfahren angezeigt, die Subsidiarität des Beschwerderechts der Gemeinden und Organisationen zu betonen und damit auf die gesetzliche Festlegung eines Einspracheverfahrens zu verzichten.

E. 2.7

Vorliegend erfolgte die Publikation und öffentliche Auflage des Sanierungsprojekts im Amtsblatt vom 15. Januar 2016 gestützt auf die Art. 80 ff. GSchG, Art. 47 des kantonalen Gewässerschutzgesetzes vom 16. Mai 2013 (kGSchG; SGS/VS 814.3) und Art. 19 VVRG. Die Beschwerdeführerin macht zu Recht geltend, dass diese Bestimmungen kein formelles Einspracheverfahren vorsehen: Art. 45 GSchG überträgt den Vollzug des Gewässerschutzgesetzes grundsätzlich den Kantonen, welche die erforderlichen Vorschriften erlassen. Art. 47 kGSchG verweist auf das VVRG, ohne ein Einspracheverfahren vorzuschreiben. Art. 19 VVRG sieht lediglich eine "öffentliche Anhörung" vor und kein formelles Einspracheverfahren (so schon Entscheid des Kantonsgerichts Wallis vom 22. Februar 2013 E. 1.3). Eine andere Rechtsgrundlage für die Durchführung eines Einspracheverfahrens wurde auch vom Kantonsgericht nicht genannt.

Mangels gesetzlich vorgesehenem förmlichem Einspracheverfahren war die Gemeinde Ergisch somit bundesrechtlich befugt, die Sanierungsverfügung des Staatsrats mit Beschwerde beim Kantonsgericht gemäss Art. 12 NHG anzufechten. Dies gilt unabhängig davon, ob und wie sie sich am vorinstanzlichen Verfahren vor Staatsrat beteiligt hatte. Unter diesen Umständen verletzt der Nichteintretensentscheid des Kantonsgerichts Bundesrecht.

E. 3

Allerdings hat sich das Kantonsgericht nicht auf das Nichteintreten beschränkt, sondern in einer ausführlichen Hilfsbegründung dargelegt, weshalb die Beschwerde auch in der Sache abzuweisen wäre. Auch wenn dies im Entscheiddispositiv (Nichteintreten) nicht zum Ausdruck kommt, beruht der angefochtene Entscheid somit auf zwei selbstständigen Begründungen. In einem solchen Fall kann die Beschwerde nur gutgeheissen und der Entscheid aufgehoben werden, wenn beide Begründungen Bundesrecht verletzen (BGE 133 IV 119 E. 6.3 S. 120 f. mit Hinweisen; LAURENT MERZ, in: Basler Kommentar zum BGG, 2. Aufl., Art. 42 N. 73).

E. 3.1

Im Folgenden sind daher noch die formellen (E. 4-6) und materiellen Rügen (E. 7-10) der Beschwerdeführerin gegen den angefochtenen Entscheid zu prüfen.

E. 3.2

Nicht einzutreten ist allerdings auf diejenigen Rügen, die eine Verletzung der Konzession der Argessa AG und damit allfällig verbundene vermögensrechtliche Konsequenzen für die Gemeinde betreffen. Die Gemeinde ist insoweit nur indirekt, als Mitaktionärin der Argessa AG, betroffen, was praxismässig nicht genügt, um die Beschwerdebefugnis nach Art. 89

Abs. 1 BGG zu begründen (vgl. Urteil 2C_872/2015 vom 1. August 2016 E. 3.3.3). Art. 12 NHG berechtigt die Gemeinde nur zur Beschwerdeführung im Interesse von Natur- und Heimatschutz. Die Beschwerdeführerin kann sich insoweit auch nicht auf eine Verletzung ihrer Autonomie berufen, da der Vollzug der Sanierungsvorschriften nach Art. 80 ff. GSchG ausschliesslich kantonalen Behörden obliegt (vgl. Art. 38 kGSchG für die Restwassersanierung und Art. 43 f. kGSchG für die Sanierung von Schwall/Sunk und des Geschiebehaushalts).

E. 4

Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, sie sei vom erstinstanzlichen Verfahren im Vorfeld der Publikation vom 15. Januar 2016 ausgeschlossen worden; insbesondere habe sie nicht an den Einigungsverhandlungen teilnehmen können, die unter Führung des DVER zwischen der FMG, den Naturschutzverbänden und den kantonalen Dienststellen geführt worden seien und zum neuen Entwurf einer Sanierungsverfügung geführt hätten. Aufgrund des grossen Ermessensspielraums der Behörden könnten nachträgliche Einwendungen nicht mehr den gleichen Einfluss auf den Sanierungsentscheid haben, wie wenn die Gemeinde gleichzeitig mit den anderen Verfahrensbeteiligten angehört worden wäre.

Personen, Organisationen und Behörden, denen ein gesetzliches Beschwerderecht zusteht, muss vor Erlass der Sanierungsverfügung das rechtliche Gehör gewährt werden (ENRICO RIVA, in: Hettich/Jansen/Norer, Kommentar GSchG und WBG, N. 73 f. zu Art. 80 GSchG), d.h. ihnen muss zumindest die Möglichkeit gegeben werden, sich am Sanierungsverfahren zu beteiligen. Vorliegend geschah dies durch die erste Publikation im Amtsblatt vom Oktober 2011, mit öffentlicher Auflage des Dossiers, u.a. im Büro der Munizipalgemeinde Ergisch. Diese hätte schon damals die Beteiligung am Verfahren verlangen können (zumal schon damals für die Turtmänner nur die Erstellung eines künstlichen Hochwassers und keine Dotierungsmassnahmen angekündigt wurden). Wenn sie darauf verzichtete, kann sie nicht nachträglich eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs in diesem Verfahrensabschnitt rügen (vgl. Art. 19 Abs. 2 VVRG).

E. 5

Die Beschwerdeführerin wirft dem Staatsrat vor, den Verzicht auf eine Dotation der Turtmänner nicht begründet zu haben, was das rechtliche Gehör verletze.

Die Sanierungsverfügung des Staatsrats enthält kurze Erwägungen (im "dass... dass..." Stil), mit Verweis auf bestimmte Unterlagen für die Detailbegründung. Der Verzicht auf eine Dotation der Turtmänner wird damit begründet, dass eine konstante Minimalrestwassermenge, die sich Art. 31 GSchG annähere, keine substanzielle ökologische Verbesserung des Gewässers bewirken würde; hierfür wird auf den Kurzbericht der BINA Engineering SA vom September 2013 betreffend eine Dotation der Turtmänner verwiesen. Der Kantonale Gewässersanierungsplan (KGSP) ordne der Turtmänner zwar ein Aufwertungspotenzial B zu, sehe aber nur die Durchführung eines künstlichen Hochwassers ohne Zufuhr von Geschiebe vor. Der Staatsrat bestätigte, dass die im Val d'Anniviers vorgesehenen Dotationen keine Auswirkungen auf die finanzielle Situation der Gemeinden im Turtmanntal hätten. Zur wirtschaftlichen Zumutbarkeit der Sanierung führte er aus, aufgrund von Rentabilitätsberechnungen anhand des AXPO-Modells sei die Rentabilität der Wasserkraftanlage "Gougra" der FMG im Sinne der Kriterien von BGE 139 II 28 ("Misoixer") als "ungünstig" einzustufen. Die angeordneten

Dotationen im Val d'Anniviers führten zu einer Produktionseinbusse von 1.72 %, was einen beträchtlichen wirtschaftlichen Verlust für eine Gesellschaft darstelle, die aktuell und mittelfristig relativ ungünstigen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen ausgesetzt sei.

Damit hat der Staatsrat - wenn auch kurz - die Gründe dargelegt, die aus seiner Sicht den Verzicht auf eine Restwassersanierung der Turtmäna rechtfertigen. Eine Verletzung der Begründungspflicht liegt nicht vor.

E. 6

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihres Akteneinsichtsrechts, weil ihr im Beschwerdeverfahren vor Kantonsgericht nicht sämtliche Unterlagen des Sanierungsverfahrens zugänglich gemacht worden seien; ihr Editionsersuch sei vom Kantonsgericht in unzulässiger antizipierter Beweiswürdigung abgewiesen worden. Damit seien ihr Akten vorenthalten worden, auf welche sie zur Substanziierung ihrer Beschwerde gegen den Staatsratsentscheid angewiesen gewesen sei.

Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, ist rechtlich zwischen dem Akteneinsichts- und dem Editionsersuch zu unterscheiden:

E. 6.1

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör; dieses umfasst insbesondere das Recht, Einsicht in die Verfahrensakten zu nehmen. Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich auf sämtliche verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden, unabhängig davon, ob die Ausübung des Akteneinsichtsrechts den Entscheid in der Sache zu beeinflussen vermag. Die Einsicht in die Akten, die für ein bestimmtes Verfahren erstellt oder beigezogen wurden, kann daher nicht mit der Begründung verneint werden, die fraglichen Akten seien für den Verfahrensausgang belanglos (BGE 132 V 387 E. 3.2 S. 389 mit Hinweisen).

E. 6.1.1

Im erstinstanzlichen Verfahren (vor Staatsrat bzw. DVER) wurde das Sanierungsprojekt im Amtsblatt publiziert, mit nachfolgender öffentlicher Auflage der Unterlagen, u.a. in den Büros der Gemeinde Ergisch. Die Gemeinde konnte daher die Auflageakten konsultieren und hätte die Möglichkeit gehabt, Einsicht in weitere Unterlagen des Sanierungsverfahrens zu verlangen. Von dieser Möglichkeit machte die Gemeinde jedoch keinen Gebrauch. Auch im Anschluss an den Erlass der Sanierungsverfügung stellte die Gemeinde kein Gesuch um Akteneinsicht beim Staatsrat (zur Vorbereitung der Beschwerde).

E. 6.1.2

Vielmehr beantragte sie erst im Beschwerdeverfahren vor Kantonsgericht "umfassende Akteneinsicht". In diesem Verfahrensabschnitt bezieht sich das Akteneinsichtsrecht grundsätzlich auf die für das gerichtliche Verfahren erstellten oder beigezogenen Akten. Dem Akteneinsichtersuch wurde mit Verfügung vom 21. Februar 2017 vollumfänglich stattgegeben: Der Beschwerdeführerin bzw. ihren Rechtsvertretern wurden die Akten zur Einsichtnahme zugestellt (einschliesslich den Vernehmlassungsbeilagen der FMG und den vom Staatsrat eingereichten Vorakten) und die Frist zur Einreichung einer Replik bis 24. März 2017 verlängert.

E. 6.2

Davon zu unterscheiden ist das Editions-gesuch, mit dem der Beizug zusätzlicher, noch nicht bei den Gerichtsakten liegender Unterlagen verlangt wird. Es handelt sich um einen Beweisantrag, der - anders als das Akteneinsichtsgesuch - abgewiesen werden darf, wenn die begehrten Unterlagen für den Verfahrensausgang nicht relevant erscheinen, insbesondere weil die Tatsachen, welche sie belegen sollen, nicht rechtserheblich sind (BGE 131 I 153 E. 3 S. 157 mit Hinweisen). Ein Beweisantrag zu rechtserheblichen Sachverhaltselementen kann sodann in antizipierter Beweiswürdigung abgewiesen werden, wenn das Gericht auf Grund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236 mit Hinweisen).

Die Beschwerdeführerin hatte in ihrer Beschwerdeschrift vor Kantonsgericht (S. 15, "Beweismittel") die Edition verschiedener Unterlagen beantragt, von denen in der Folge nur ein Teil vom Staatsrat und der FMG eingereicht wurden. Das Kantonsgericht ging davon aus, die vorhandenen Akten enthielten die entscheidrelevanten Sachverhaltselemente und diese genügten zur Beurteilung der rechtserheblichen Fragen; weitere Beweismittel, insbesondere die von der Beschwerdeführerin zur Edition beantragten Unterlagen, würden an der zu beurteilenden Sach- und Rechtslage nichts ändern, weshalb auf ihre Einholung verzichtet werden könne.

Die Beschwerdeführerin hält dies für unzulässig, legt aber nicht substantiiert dar, inwiefern welche Unterlage für den Ausgang des Verfahrens relevant gewesen wäre. Dies ist auch nicht offensichtlich: Die Sanierungsmassnahmen im Val d'Anniviers wurden von der Beschwerdeführerin nicht bestritten, sondern diese beanstandete einzig die Nulldotierung der Turtmänna. Die hierfür relevanten Unterlagen (vgl. unten E. 8) wurden vom Staatsrat und der FMG vor Kantonsgericht eingereicht und der Beschwerdeführerin zugänglich gemacht, wie auch die für die Beurteilung des Sanierungsumfanges relevanten Berechnungen nach dem AXPO-Modell (vgl. unten E. 9.2).

E. 7

Materiell rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 80 ff. GSchG . Die Turtmänna sei ein Fliessgewässer mit ständiger Wasserführung und ein Fischgewässer, das von den Fassungen der FMG im Turtmanntal wesentlich beeinflusst werde. Die Restwasserstrecke unterhalb der Staumauer Gouggra sei während des grössten Teils des Jahres auf mehreren hundert Metern ausgetrocknet, was sich auf Flora und Fauna, aber auch auf das Landschaftsbild (Landschaftsschutzgebiet von kantonaler Bedeutung) negativ auswirke. Die Fassungen im Turtmanntal seien daher sanierungsbedürftig. Die Beschwerdeführerin verweist auf den Sanierungsbericht der CEVAP betreffend das Einzugsgebiet der Turtmänna vom Februar 2006, der eine Restwassermenge von 50 l/s als "prioritäre Sanierungsmassnahme" qualifiziert habe. Dieser Bericht sei Bestandteil des kantonalen Gewässersanierungsplans vom 18. Februar 2008 (KGSP). Das Ausführungsprojekt verletze damit auch Art. 38 kGSchG, wonach der Staatsrat die Sanierung auf der Grundlage des kantonalen Gewässersanierungsplans anordne.

E. 7.1

Der Staatsrat hielt in seiner Vernehmlassung vor Kantonsgericht fest, der wegleitende Entscheid des Bundesgerichts zur Sanierung nach Art. 80 GSchG (BGE 139 II 28) habe dazu geführt, dass der KGSP aus dem Jahr 2008 neu beurteilt und die auf seiner Grundlage eingeleiteten Sanierungsverfahren sistiert werden mussten. Zur Wahrung der

wirtschaftlichen Tragbarkeit der Sanierung für die FMG sei es notwendig gewesen, die Sanierungsmassnahmen auf diejenigen Wasserfassungen zu konzentrieren, die das grösste ökologische Potenzial hätten, unter Ausschluss anderer Fassungen, wie derjenigen der Turtmäna.

Dieser Argumentation schloss sich das Kantonsgericht an. Es erwog, im Bericht des Büros BINA Engineering SA vom September 2013 sei aufgezeigt worden sei, weshalb eine Dotation der Turtmäna, die sich der Mindestrestwassermenge gemäss Art. 31 GSchG annähere, keine substantielle ökologische Verbesserung des Gewässers bewirken könne. Es verwies auf die Stellungnahme des WWF vom 17. Januar 2017, wonach in den Verhandlungen die Interessen des Naturschutzes angemessen berücksichtigt worden seien und eine ökologische Priorisierung der betroffenen Fassungen habe erreicht werden können

E. 7.2

Das Bundesgericht hat sich in BGE 139 II 28 grundsätzlich mit Sanierungen nach Art. 80 Abs. 1 GSchG auseinandergesetzt. Diese sind nur zulässig, wenn hierdurch nicht in die Substanz eines wohlverworbenen Rechts eingegriffen wird, d.h. sie müssen wirtschaftlich tragbar sein (E. 2.7.2 S. 34 f.). Zur Ausschöpfung des zulässigen Sanierungsumfangs ist ein sinnvolles Massnahmenpaket zusammenzustellen, wobei diejenige Variante zu wählen ist, welche unter Berücksichtigung der Grenze der wirtschaftlichen Tragbarkeit das optimalste ökologische Nutzen-Verhältnis bzw. ökologische Potenzial aufweist (E. 2.7.3 S. 35 mit Hinweis und E. 2.8.1 S. 37). Das Bundesgericht erachtete es daher als sinnvoll, die Sanierung bei mehreren Fassungen auf diejenigen zu beschränken, die ein hohes ökologisches Potenzial aufweisen (Vermeidung des "Giesskannenprinzips", E. 2.8.1 S. 37). Dabei verfügen die kantonalen Behörden über einen Ermessens- und Beurteilungsspielraum.

Im Folgenden ist zunächst das ökologische Potenzial der von der Beschwerdeführerin verlangten Sanierungsmassnahme zu überprüfen (E. 8), um anschliessend auf die Einwände der Beschwerdeführerin zum Sanierungsumfang (E. 9) und zur Koordination mit der Sanierung des Geschiebehaushalts (E. 10) einzugehen.

E. 8

Zur ökologischen Wirkung einer Dotierung der Turtmäna unterhalb der Staumauer finden sich drei Unterlagen in den Akten: Der Sanierungsbericht der CEVAP vom Februar 2006, eine Präsentation der FMG vom August 2013 und der Kurzbericht der BINA Engineering AG vom September 2013.

E. 8.1

Der Sanierungsbericht 2006 für das Einzugsgebiet Turtmäna, der im Rahmen der kantonalen Sanierungsplanung erstellt wurde, überprüft die ökologische Wirkung verschiedene Sanierungsmassnahmen, darunter auch einer Mindestrestwassermenge von 50 l/s in den obersten Abschnitten TUR 30-29 (Inner und Vorder Senntum), um die Fischwanderung und das Fischereipotenzial in diesem Bereich zu verbessern. Hauptwirkung sei eine zusätzliche Wassertiefe von 4-5 cm in TUR 30 und 3-4 cm in TUR 29. Insgesamt wurde die Wirkung als "gering" qualifiziert (vgl. Bemerkung S. 51 und Ziff. 8.6 S. 54); die damit verbundene Produktionseinbusse betrage 3.23 % der Jahresproduktion auf Seite Turtmanntal. Dennoch wurde die Massnahme (gerade) noch zu den "prioritären Massnahmen" gezählt (neben anderen Massnahmen mit grösserer Wirkung, darunter die

Erstellung eines künstlichen Hochwassers ohne Transport von Grobgeschiebe). Insofern handelt es sich um eine Massnahme, die im Sanierungsverfahren in Betracht fiel und geprüft werden musste.

E. 8.2

Am 20. August 2013 reichte die FMG eine Präsentation ein, in der sie verschiedene Argumente gegen eine Dotierung der Turtmäna ab Stausee aufführte. Diese wurden in einem Kurzbericht der BINA Engineering SA vom September 2013 ("Note concernant l'étude d'une dotation sur la Turtmäna") bestätigt. Darin kam das Ingenieurbüro zum Ergebnis, eine Dotierung (mit 50 l/s oder 20 l/s) würde keinen substantziellen ökologischen Nutzen für den Bachabschnitt zwischen der Staumauer und Vorder Senntum, insbesondere für die Fischerei, bringen: Die Schluchtstrecken unterhalb der Staumauer seien sehr steil, grobblockig und für Fische unpassierbar; die dazwischenliegende Flachstrecke bei Inner Sentum betrage nur 660 m und würde selbst bei einer Dotierung mit 50 l/s eine für Fische ungenügende Wasserhöhe von weniger als 20 cm aufweisen. Aufgrund der Höhenlage (über 1'900 m.ü.M.), der geringen Wasserhöhe sowie Lawinen sei die Gefahr eines Zufrierens im Winter gross. Der Abschnitt der Turtmäna, der regelmässig trockenfalle, sei sehr kurz; schon 200 - 300 m unterhalb der Staumauer gebe es Quellzuflüsse; ab Holustein/Inner Senntum betrage der Abfluss (gemessen am 24. September 2013) über 60 l/s und entspreche damit praktisch der Mindestrestwassermenge gemäss Art. 31 GSchG . Ab Vorder Senntum werde die Turtmäna durch verschiedene Seitengewässer alimentiert.

E. 8.3

Die Beschwerdeführerin hält den Kurzbericht BINA für offensichtlich unzureichend: Es handle sich um ein Parteigutachten, das von falschen Ausgangswerten ausgehe (Abflussmenge Q347 von 80 l/s statt von 100 l/s), und die untersuchten Dotationsmengen von 50 resp. 20 l/s seien viel zu tief. Zudem seien lediglich fünf Messungen während drei Monaten (Juli-September) eines einzigen Jahres durchgeführt worden, wobei unklar sei, ob es sich um eine Trocken- oder eine Niederschlagsperiode gehandelt habe. Die Abflussregime, der erwartete Mehrwert im Winter und die Auswirkung der Nulldotierung auf das gesamte Gewässersystem im Turtmanntal seien nicht untersucht worden.

E. 8.4

Der Staatsrat stützte sich in der Sanierungsverfügung ausdrücklich auf den Kurzbericht BINA; insofern zählt dieser Bericht zu den offiziellen Projektunterlagen, auch wenn er im Auftrag der FMG erstellt wurde.

Der darin zugrundegelegte Q347 stützt sich auf die Wegleitung des BAFU "Angemessene Restwassermengen - wie können sie besser berechnet werden" (2000), wonach der Q347 zwischen 1954 und 1957 im Bereich Inner Sentum 80 l/s betrug. Die Beschwerdeführerin verweist ihrerseits auf die Berechnungen im Konzessionsverfahren für die Argessa AG 2004-2007, wo von einem Q347 von "ungefähr 100 l/s" auf Höhe des Turtmanntausees ausgegangen wurde. Das BAFU hält in seiner Vernehmlassung ein Q347 in der Grössenordnung von 80 - 100 l/s für plausibel. Insofern kann die Annahme im Kurzbericht BINA jedenfalls nicht als offensichtlich unrichtig bezeichnet werden.

Die im Kurzbericht BINA geprüfte Dotation von max. 50 l/s entspricht im Wesentlichen der im Sanierungsbericht 2006 vorgeschlagenen Massnahme. Weshalb eine wesentlich höhere Dotation von bis zu 100 l/s hätte geprüft werden müssen, wird von der Beschwerdeführerin

nicht dargelegt und ist auch nicht offensichtlich: Im Sanierungsverfahren kann maximal eine Mindestrestwassermenge gemäss den Art. 31-33 GSchG erreicht werden (RIVA, Kommentar GSchG/WBG, N. 25 zu Art. 80 GSchG). Ein Q347 von 80 l/s ergäbe eine minimale Restwassermenge gem. Art. 31 Abs. 1 GSchG von 66 l/s; Erhöhungsgründe nach Abs. 2 sind nicht dargetan.

Zwar ist der Beschwerdeführerin einzuräumen, dass sich der Kurzbericht BINA auf wenige Messungen über eine kurze Zeitperiode stützt. Die Beobachtungen zur Unpassierbarkeit der Schluchtstrecke für Fische und zur Gefahr des Einfrierens sind jedoch unabhängig von diesen Messungen und werden von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten.

Die Schlussfolgerungen des Kurzberichts BINA decken sich denn auch weitgehend mit denjenigen im Sanierungsbericht 2006, der ebenfalls von einer geringen Wirkung der Dotation ausging. Auch das BAFU kommt in seiner Vernehmlassung zum Ergebnis, die vom Staatsrat angeordnete Restwassersanierung sei nicht grundsätzlich zu beanstanden: Aus dem Sanierungsbericht für die Turtmänner resultiere, dass eine Restwasserdotation beim Turtmannstausee nur einen geringen Nutzen aufweisen würde. Diese Beurteilung sei nachvollziehbar und demzufolge auch der Entscheid, in der Turtmänner auf eine Restwasserdotation zu verzichten und lediglich ein künstliches Hochwasser für die Sanierung des Geschiebehaushalts anzuordnen.

Das BAFU hält auch die Einschätzung des Staatsrats für nachvollziehbar, dass die im Val d'Anniviers angeordneten Dotationen im Quervergleich einen besseren ökologischen Nutzen aufwiesen. Dies wird von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert bestritten.

E. 8.5

Insgesamt durfte daher das Kantonsgericht davon ausgehen, dass es im Ermessens- und Beurteilungsspielraum des Staatsrats lag, den Dotationen im Val d'Anniviers ein höheres ökologisches Potenzial zuzuschreiben und die Sanierungsmassnahmen deshalb auf die dortigen Fassungen der FMG zu konzentrieren.

E. 9

Unter diesen Umständen wäre der Verzicht auf die Dotation der Turtmänner unterhalb des Stausees nur dann zu beanstanden, wenn der nach Art. 80 Abs. 1 GSchG zulässige Sanierungsumfang nicht ausgeschöpft worden wäre, oder eine weitergehende Sanierung (mit Enteignungswirkung) nach Art. 80 Abs. 2 GSchG in Betracht fiele.

E. 9.1

Im Urteil BGE 139 II 28 E. 2.7.2 S. 34 f. hielt das Bundesgericht fest, das Kriterium der wirtschaftlichen Tragbarkeit des Eingriffs sei darauf gerichtet, den Wert rechtmässig getätigter Investitionen zu bewahren. Dabei sei von der durchschnittlichen Produktion der Werkanlagen über einen genügend langen, repräsentativen Zeitraum auszugehen, wobei auf die konkreten betrieblichen Verhältnisse des konzessionierten Werks abzustellen sei. Zu berücksichtigen seien insbesondere der Gewinn, die Konzessionsdauer und der Umfang der bereits erfolgten Abschreibungen. Bei guter bis sehr guter Ertragslage und entsprechend abgeschriebenen Anlagen könnten sich Sanierungsmassnahmen rechtfertigen, die Produktions- bzw. Erlösminderungen von über 5 % zur Folge haben. Bei durchschnittlichen Verhältnissen seien Massnahmen mit Produktions- bzw. Erlöseinbussen bis zu 5 % zu erwägen. Selbst bei relativ ungünstigen betrieblichen Verhältnissen dürften Produktions- bzw. Erlöseinbussen im Umfang von 1-2 % bei Ausschöpfung des Optimierungspotenzials

in der Regel noch zumutbar sein (E. 2.7.4 S. 36 f. mit Hinweis auf ENRICO RIVA, Wohlerworbene Rechte - Eigentum - Vertrauen, 2007, S. 179 ff., insb. S. 191 f.; Mitteilung Nr. 25 des BAFU zum Gewässerschutz, Sanierungsbericht Wasserentnahmen, Sanierung nach Art. 80 Abs. 1 GSchG, S. 26).

E. 9.2

Die Vorinstanzen beurteilten die wirtschaftliche Tragbarkeit von verschiedenen Sanierungsszenarien (DVER, WWF und FMG) anhand eines von der AXPO entwickelten Berechnungsmodells, das sich auf die bundesgerichtlichen Kriterien stützt ("FMG - Assainissement des cours d'eau - résultat du modèle AXPO"). Danach ist die Rentabilität der Anlage "Gougra" als "ungünstig" einzustufen. Die vom Staatsrat beschlossenen Dotationen im Val d'Anniviers führen zu einer Produktionseinbusse von 1.72 %, zuzüglich einer Beteiligung der FMG an den Kosten der Renaturierung der Alluvialzone La Lée in Höhe von Fr. 250'000.--. Der Staatsrat ging davon aus, damit sei der Rahmen der nach Art. 80 Abs. 1 GSchG möglichen Sanierung ausgeschöpft.

Die Beschwerdeführerin bestreitet dies und behauptet, es sei von "durchschnittlichen" Verhältnissen auszugehen, weshalb Produktionseinbussen von bis zu 5 % zulässig seien. Sie begründet dies jedoch nicht und legt nicht dar, inwiefern die Berechnung auf offensichtlich unrichtigen Annahmen über die betrieblichen Verhältnisse der FMG beruht oder die Bewertung im Ergebnis an einem offensichtlichen Mangel leide.

Das BAFU führt in seiner Vernehmlassung dazu aus, es lägen keine Anhaltspunkte vor, die Anlass zu einer anderen Beurteilung gäben; die wirtschaftliche Einstufung als "ungünstig" erscheine auch deswegen plausibel, weil die FMG verschiedene Investitionsentscheide (Ersatzbauten, Umbauten, neue Projekte) in die Zukunft verschoben habe.

Unter diesen Umständen durften die Vorinstanzen davon ausgehen, dass die von der Beschwerdeführerin verlangte Dotierung der Turtmänner ab Stausee, die zu einer beträchtlichen zusätzlichen Produktionseinbusse führen würde, den nach Art. 80 Abs. 1 GSchG zulässigen Sanierungsumfang sprengen würde.

E. 9.3

Gemäss Art. 80 Abs. 2 GSchG ordnet die Behörde weitergehende Sanierungsmassnahmen an, wenn es sich um Fliessgewässer in Landschaften oder Lebensräumen handelt, die in nationalen oder kantonalen Inventaren aufgeführt sind, oder wenn dies andere überwiegende öffentliche Interessen fordern; diese sind gemäss dem Enteignungsgesetz des Bundes zu entschädigen.

Die Beschwerdeführerin rügt, es habe keine Interessenabwägung nach Art. 80 Abs. 2 GSchG stattgefunden. Sie legt aber nicht dar, inwiefern die Voraussetzung für einen Eingriff in die wohlerworbenen Rechte der FMG vorliegt. Wie das BAFU in seiner Vernehmlassung ausführt, liegt im massgebenden Perimeter weder eine Aue noch ein anderes gewässerbezogenes Schutzgebiet. Die Beschwerdeführerin weist zwar auf die Zugehörigkeit des Turtmantals zu Landschaftsschutzobjekten hin (vgl. oben E. 7: kantonales Landschaftsschutzobjekt Nr. 50 und Regionaler Naturpark Pfyn-Finges Nr. 25); sie legt aber nicht genügend dar, inwiefern die Schutzziele dieser Objekte eine weitergehende Sanierung der Restwasserstrecke erfordern (vgl. BUWAL, Mitteilung Nr. 39 zum Gewässerschutz, Wasserentnahmen - Vorgehen nach Art. 80 Abs. 2 GSchG, Bern 2000, S. 46 ff.). Dies ist auch nicht ohne Weiteres einsichtig, beschränkt sich doch das

Trockenfallen der Turtmänner auf einen relativ kurzen Abschnitt unmittelbar unterhalb der Staumauer, d.h. im Bereich einer bereits bestehenden Landschaftsbeeinträchtigung.

E. 9.4

Zusammenfassend durfte das Kantonsgericht deshalb davon ausgehen, dass der nach Art. 80 GSchG zulässige und gebotene Sanierungsumfang durch die angeordneten Sanierungsmassnahmen im Val d'Anniviers ausgeschöpft wurde. Unter diesen Umständen war der Verzicht auf eine Dotierung der Turtmänner bundesrechtskonform, und zwar selbst dann, wenn der KGSP diese Massnahme vorgesehen hätte.

E. 10

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin eine ungenügende materielle und formelle Koordination der vorliegend streitigen Restwassersanierung mit der Verfügung des DVER (1. Teilentscheid) zur Sanierung des Geschiebehalt von Gougira und Turtmänner. In ihrer Replik macht sie überdies geltend, auch die zwischenzeitlich angekündigte Sanierung der Fischwanderung müsse mit der Restwassersanierung koordiniert werden.

E. 10.1

Das Kantonsgericht führte aus, Sanierungsmassnahmen nach Art. 80 GSchG und solche nach Art. 39a bzw. 43a GSchG (betreffend Schwall/Sunk bzw. Geschiebehalt) müssten nicht zwingend zusammen angeordnet werden, was sich bereits aus den unterschiedlichen Sanierungsfristen ergebe (Art. 81 bzw. Art. 83a GSchG); sie könnten jedoch koordiniert und gemeinsam verfügt werden, wo dies sinnvoll erscheine oder zur Vermeidung entschädigungspflichtiger Eingriffe nötig sei. Dies entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 138 II 28 E. 2.7.3 S. 36) und der Literatur (ANNE-CHRISTINE FAVRE, in: Kommentar GSchG/WBG, N. 23 zu Art. 83a GSchG). Unter diesem Blickwinkel ist die kantonale Regelung mit unterschiedlichen Zuständigkeiten für die Restwassersanierung und die übrigen Sanierungen (vgl. Art. 38 und Abs. 1 von Art. 43 und 44 kGSchG) und einer Koordination durch den Staatsrat auf Stufe Sanierungsplanung (Abs. 2 von Art. 43 und 44 kGSchG) nicht grundsätzlich zu beanstanden.

E. 10.2

Wie das Kantonsgericht zutreffend dargelegt hat, wurde zumindest eine materielle Koordination der Verfügungen des Staatsrats und des DVER sichergestellt (gemeinsame Prüfung der Massnahmen im Sanierungsbericht 2006; gemeinsame Ankündigung im kantonalen Amtsblatt mit gemeinsamer öffentlicher Auflage der Projektunterlagen; parallele Führung der Verfahren durch das DVER; vgl. dazu Bericht des Departements zuhanden des Staatsrats vom 13. Oktober 2016). Beide Verfügungen ergingen denn auch praktisch zeitgleich und nehmen aufeinander Bezug. Dadurch wurde sichergestellt, dass gleichzeitig mit dem Verzicht auf Dotationen für die Turtmänner zumindest die Erstellung künstlicher Hochwassermassnahmen zur Sanierung des Geschiebehalt angeordnet wurde.

E. 10.3

Die Verletzung der Koordinationspflicht im Zusammenhang mit der Sanierung der Fischmigration wurde erstmals vor Bundesgericht geltend gemacht, wobei sich die Beschwerdeführerin auf eine Publikation im kantonalen Amtsblatt vom 22. Dezember 2017 und damit auf ein echtes Novum stützt. Dies ist unzulässig (vgl. oben E. 1.2).

E. 11

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Kantonsgericht zwar zu Unrecht auf die Beschwerde nicht eingetreten ist, diese aber in ihrer materiell-rechtlichen Hilfsbegründung zu Recht abgewiesen hat. Zwar kommt dies im Entscheid-Dispositiv nicht zum Ausdruck, der auf Nichteintreten lautet. Es ist aber nicht ersichtlich, inwiefern dies der Beschwerdeführerin zum Nachteil gereicht; ein Interesse an der Abänderung des Dispositivs (Abweisung statt Nichteintreten) wird auch nicht geltend gemacht. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist.

Da die Gemeinde mit ihrer Beschwerde ausschliesslich öffentliche Interessen wahrnehmen darf (vgl. oben E. 3.2), sind ihr keine Kosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG). Die obsiegende Beschwerdegegnerin (FMG) hat Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 68 BGG).

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