

VS_GERICHTE A1 20 196 vom 25. Februar 2020

VS Kantonsgericht, 2020-02-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1 20 196](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_20_196)

FR: VS_GERICHTE A1 20 196 du 25 février 2020

IT: VS_GERICHTE A1 20 196 del 25 febbraio 2020

Erwägungen

E. 1

Die Ausschreibung eines Auftrags ist eine selbstständig anfechtbare Verfügung (Art. 15 Abs. 1 bis lit. a der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 [IVöB; SGS/VS 726.1-1]) und damit eine Verfügung gemäss Art. 5 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; SGS/VS 172.6), gegen die innert 10 Tagen beim Kantonsgericht Beschwerde eingereicht werden kann (Art. 15 und 16 des Gesetzes betreffend den Beitritt des Kantons Wallis zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 8. Mai 2003 [kGIVöB; SGS/VS 726.1]). Das Bundesgericht betrachtet die Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich als integrierenden Bestandteil der Ausschreibung. Allfällige Mängel der Ausschreibungsunterlagen sind deshalb wie bei einer Beschwerde gegen die Ausschreibung zu rügen (ZWR 2012 S. 59 E. 3.1). Der Kanton ist ein Auftraggeber im Sinne von Art. 6 kGIVöB, und er hat das offene Verfahren nach Art. 9 kGIVöB gewählt. Das kGIVöB und die kantonale Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2003 (kVöB; SGS/VS 726.100) sind vorliegend anwendbar. Für eine öffentliche Beschaffung ist kennzeichnend, dass der Staat als Nachfrager Waren oder Dienstleistungen gegen eine Gegenleistung bestellt, um damit seine Aufgaben wahrzunehmen. Steht bei der Erteilung einer Sondernutzungskonzession nicht ein regulativer Zweck im Vordergrund, sondern die Übertragung eines geldwerten Rechts zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, liegt es nahe, das Gesamtgeschäft in Würdigung aller Umstände als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren (Urteil des Bundesgerichts 2C_994/2016 vom 9. März 2018 E. 1.3.2).

- 6 -

E. 1.1

Die anwendbaren Vorschriften des Submissionsrechts enthalten keine Regeln über die Legitimation zur Anfechtung von vergaberechtlichen Entscheidungen. Gemäss Art. 15 f. kGIVöB sind die Bestimmungen des VVRG über die Legitimation ergänzend anzuwenden (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 1296). Demzufolge ist nach Art. 80 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 44 VVRG zur Beschwerde legitimiert, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Dies ist bei der Beschwerdeführerin gegeben (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_118/2020 vom 3. August 2020 E. 1.2).

E. 1.2

Die Vorinstanz bringt in Bezug auf die Eintretensvoraussetzungen vor, die Beschwerde vom 29. Oktober 2020 habe sich gegen die Ausschreibung vom 16. Oktober 2020 gerichtet

und sei zu spät erfolgt. Gegen die neue Ausschreibung vom 23. Oktober 2020 habe die Beschwerdeführerin keine Beschwerde eingereicht. Sie habe nur per Mail mitgeteilt, die ursprüngliche Beschwerde gelte tel quel für die neue Verfügung. Sie habe es aber unterlassen, gegen die neue Ausschreibung eine neue Beschwerde einzureichen. Die E-Mail vom 10. November 2020 erfülle die formellen Anforderungen an eine Beschwerdeschrift nicht. Die Frist zur Einreichung einer Beschwerde gegen die neue Ausschreibung vom 23. Oktober 2020 habe am 2. November 2020 geendet, so dass die Mitteilung der Gemeinde vom 10. November 2020 wiederum verspätet erfolgt sei. Die Eingabe in einfacher elektronischer Form genüge den Formvorschriften nicht und sei somit formungültig. Zudem sei die E-Mail von der Gemeinde und nicht von der Bürgergemeinde versandt worden. Es sei nicht ersichtlich, dass eine gesetzliche oder vertragliche Vertretungsbefugnis der Gemeinde bestehe.

E. 1.2.1

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, sie habe bereits am 23. Oktober 2020 eine Beschwerde bei der Dienststelle für Jagd, Fischerei und Wildtiere gegen die Amtsblattpublikation vom 16. Oktober 2020 eingereicht. Der Chef der Dienststelle für Jagd, Fischerei und Wildtiere habe dann dem Gemeindepräsidenten telefonisch mitgeteilt, dass die Beschwerde direkt beim Kantonsgericht erhoben werden müsse und der Brief vom 23. Oktober 2020 ans Kantonsgericht weitergeleitet werden könne, wobei jedoch am 23. Oktober 2020 eine erneute Publikation erfolge und auf diese angesprochen werden könne. Aufgrund dessen habe die Gemeinde am 29. Oktober 2020 wiederum angesprochen, was die Gemeindeschreiberin per Mail am 10. November 2020 so kommuniziert habe. Die Beschwerdefrist von 10 Tagen sei demnach eingehalten. Die Bürgergemeinde werde von der Einwohnergemeinde verwaltet, da kein getrennter Burgerrat bestehe.

- 7 -

E. 1.2.2

Abgesehen von Art 16 Abs. 4 GIVöB, wonach gesetzlich oder richterlich bestimmte Fristen gemäss Art. 79a VVRG im öffentlichen Beschaffungsrecht keine Anwendung finden, enthält das GIVöB keine Regeln zum Beginn der 10-tägigen Beschwerdefrist und zum Fristenlauf. Die Bestimmungen des VVRG sind ergänzend anzuwenden (siehe oben E. 1). Gemäss Art. 15 Abs. 1 VVRG wird bei der Berechnung der Frist der Tag, an dem sie zu laufen beginnt, nicht mitgezählt. Die Frist endet um Mitternacht des letzten Tages. Art. 15 Abs. 2 VVRG verweist auf die geltenden gesetzlichen Feiertage. Eingaben, die den Poststempel des letzten Tages der Frist tragen, gelten als fristgerecht eingereicht (Art. 15 Abs. 3 VVRG).

E. 1.2.3

Vorliegend hat bei der Ausschreibung vom 16. Oktober 2020 die 10-tägige Frist zur Einreichung einer Beschwerde am Tag nach der Publikation, d. h. am 17. Oktober 2020, zu laufen begonnen und am Montag, 26. Oktober 2020 geendet. Das Schreiben der Bürgergemeinde A _____ vom 23. Oktober 2020 (Beleg 1 der Replik vom 19. Januar 2021), welches als Einsprache gegen die Ausschreibung bezeichnet und fälschlicherweise bei der Dienststelle für Jagd, Fischerei und Wildtiere eingereicht wurde, hätte gemäss Art. 7 Abs. 3 VVRG von der Dienststelle von Amtes wegen ans Kantonsgericht weitergeleitet werden und von diesem als Verwaltungsgerichtsbeschwerde entgegengenommen werden müssen. Damit ergibt sich, dass die erneute Einsprache (recte: Beschwerde) vom 29.

Oktober 2020 gegen die zweite Ausschreibung vom 23. Oktober 2020 innert offener Frist erfolgte.

E. 1.2.4

Wird in einer Burgergemeinde kein Burgerrat gewählt, übt der Gemeinderat dessen Funktion aus (Art. 79 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Wallis vom 8. März 1907 [KV; SGS/VS 101.1]). Der Gemeinderat ist folglich die ausführende und verwaltende Behörde der Burgerschaft (Art. 51 Abs. 1 des Gemeindegesetzes vom 5. Februar 2004 [GemG; SGS/VS 175.1]). In den meisten Gemeinden wird das Ressort Burgergemeinde einem oder mehreren Ratsmitgliedern übertragen. Dabei übernimmt der Gemeindepräsident die Funktion des Bürgerpräsidenten (zum Ganzen Franziska Ruff, Die Burgergemeinden des Kantons Wallis, Diss 2018, S. 62). Die Burgergemeinde A _____ ist somit vorliegend durch den Gemeinde- und Bürgerpräsidenten sowie die Schreiberin ordnungsgemäss vertreten. Der Protokollauszug über den Burgerratsbeschluss vom 17. November 2020 betreffend die Anfechtung der Ausschreibung liegt bei den Akten (act. 15). Nach dem Gesagten ist auf die eingereichte Beschwerde somit einzutreten.

- 8 -

E. 2

Das Gericht hat die Angelegenheit nicht unter allen Gesichtspunkten zu überprüfen, sondern kann sich im Wesentlichen auf die gerügten Punkte beschränken (Art. 48 Abs. 2 i.V.m. Art. 80 Abs. 1 lit. c VVRG). Es können zudem nur Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitungen oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geltend gemacht werden. Die Unzweckmässigkeit der Verfügung kann jedoch nur in Fällen, die hier nicht zutreffen (Art. 78 VVRG), überprüft werden.

E. 3

Die Beschwerdeführerin beantragt als Beweismittel die Edition der amtlichen Akten nebst ihren eingereichten Urkunden gemäss Aktenverzeichnis.

E. 3.1

Das Kantonsgericht hat die von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen zu den Akten genommen. Die Vorinstanz reichte am 10. Dezember 2020 die amtlichen Akten ein.

E. 3.2

Das urteilende Gericht kann im Sinne einer vorweggenommenen (antizipierten) Beweiswürdigung von weiteren Beweisabnahmen absehen, wenn aufgrund der bereits abgenommenen Beweise der rechtlich erhebliche Sachverhalt für genügend geklärt erachtet wird und ohne Willkür vorweg die Annahme getroffen werden kann, die rechtliche Überzeugung würde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (vgl. Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. A., 2013, N.153, Urteil des Kantonsgerichts A1 19 147 vom 20. März 2020, E. 3.1, BGE 144 V 361 E. 6.5). Auf die Abnahme von weiteren Beweismitteln kann vorliegend verzichtet werden, da die vorhandenen Akten bzw. die entscheiderelevanten Belege und Sachverhaltselemente zur Beurteilung der Sach- und Rechtslage genügen, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen.

E. 4

In der Verwaltungsrechtslehre wird zwischen Finanzvermögen, Verwaltungsvermögen und öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch unterschieden (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., 2020, Rz. 2201). Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch stehen der Allgemeinheit zur Benutzung offen, dienen unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und sind nicht realisierbar (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, a.a.O., Rz. 2226). Das Verwaltungsvermögen erfasst demgegenüber jene Sachen (Werte), die den Behörden oder einem beschränkten Kreis von privaten Benutzern unmittelbar durch ihren Gebrauchswert für die Besorgung der öffentlichen Aufgaben dienen. Im Gegensatz dazu dient das Finanzvermögen der Erfüllung staatlicher Aufgaben nur mittelbar durch seinen Vermögenswert oder seine Erträge (BGE 138 I 284 E. 2.3.2; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, a.a.O., Rz. - 9 - 2203). Das Finanzvermögen untersteht im Aussenverhältnis (Verhältnis Staat - Private) grundsätzlich dem Privatrecht (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, a.a.O., Rz. 2240). Für den Erwerb, die Veräusserung, den Schutz und die Regelung der Nutzung des Finanzvermögens bedient sich der Staat der zivilrechtlichen Mittel (Kauf, Miete, Pacht, Dienstbarkeiten etc.). Handlungen, welche das Finanzvermögen betreffen, erfolgen gegenüber Privaten oder anderen Gemeinwesen in den Formen des Privatrechts (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, a.a.O., Rz. 1386). Die Gemeinden können sich gegen kantonale Hoheitsakte, die in ihr Finanzvermögen eingreifen, wie Private mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zur Wehr setzen (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, a.a.O., Rz. 2243 mit Hinweisen).

E. 4.1

Zu klären ist, ob die Parzelle Nr. xxx, Plan Nr. xxx (GBV Nr. xxx, Plan Nr. xx) der Beschwerdeführerin deren Finanzvermögen zuzuordnen ist und die Beschwerdeführerin vorliegend als Privatrechtssubjekt in Erscheinung getreten ist.

E. 4.1.1

Vorliegend ist unbestritten, dass die Parzelle Nr. xxx, welche nicht vermessen und im Kataster nicht eingetragen war, mit dem Baurechtsvertrag vom 30. September 1978 damals als Parzelle Nr. xxx im Grundbuch aufgenommen und im Eigentum der Burger-schaft B _____ eingetragen worden war (Grundbuchbeleg Nr. xxx vom xxx 1980; Beleg 02 der Burgergemeinde A _____ vom 19. Januar 2021). Mit diesem Bau-rechtsvertrag hat die Burgergemeinde dem Fischerverein A _____ das Baurecht zur Erstellung einer Fischaufzuchtanlage erteilt. Gemäss Art. 4 des Vertrages betrug der Baurechtszins jährlich Fr. 500.--. Demnach warf dieses Baurecht einen jährlichen Zins-ertrag ab, welcher der Burgergemeinde nur mittelbar der Erfüllung staatlicher Aufgaben diente. Die Parzelle ist damit dem Finanzvermögen der Beschwerdeführerin zuzuwei-sen.

E. 4.1.2

Der Baurechtsvertrag ist wegen Ablaufs am 30. September 2008 erloschen und ist im Grundbuch unter der Nr. xxx-2014 am 13. März 2014 gelöscht worden (Beleg 03). In der Folge wurde am 3. Dezember 2013 hinsichtlich der Benutzung des Aufzuchtkanals für Jungfische und der zwei östlichen Fischbecken ein privatrechtlicher Mietvertrag zwi-schen der Burgergemeinde und dem Fischerverein abgeschlossen. Damit steht fest, dass die Burgergemeinde vorliegend als Privatrechtssubjekt in Erscheinung getreten ist.

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin machte geltend, das Fischereiregal umfasse nur öffentliche und private Gewässer, in welche Fische aus öffentlichen Gewässern auf natürliche Art und Weise gelangen könnten. Dies sei in der Fischzucht B _____ nicht der Fall, da

- 10 - der kleine See nur durch eine kleine Quelle gespeisen werde, in die keine Fische gelangen könnten. Es stellt sich somit vorab die Frage, ob vorliegend der See mit der Fischzuchtanlage als öffentliches Gewässer zu qualifizieren ist.

E. 4.2.1

Öffentliche Gewässer gehören zu den herrenlosen und öffentlichen Sachen, die der kantonalen Hoheit unterstehen und an denen unter Vorbehalt anderweitigen Nachweises kein Privateigentum besteht (Art. 664 Abs. 1 und 2 ZGB). Das kantonale Recht stellt die erforderlichen Bestimmungen auf, namentlich über den Gemeingebrauch der öffentlichen Sachen, wie der Strassen und Plätze, Gewässer und Flussbetten (Abs. 3). Unter «Hoheit» gemäss Art. 664 Abs. 1 ZGB ist die Rechtszuständigkeit zu verstehen, welche die Gesetzgebungskompetenz miterfasst (vgl. Heinz Rey/Lorenz Strebel in: Geiser/Wolf [Hrsg.], Basler Kommentar ZGB II, 6. A., 2019, Art. 664 Rz. 23). Es handelt sich hierbei um einen unechten Vorbehalt zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechts (Heinz Rey/Lorenz Strebel a.a.O., Art. 664 Rz. 2; auch Art. 6 ZGB). Die Kantone können namentlich bestimmen, welche Objekte als herrenlos oder öffentlich zu gelten haben, welche Rechtspositionen an ihnen bestehen bzw. begründet werden können und welchem Gemeinwesen sie unterstehen. Somit können die Kantone auch bestimmen, nach welchen Kriterien Gewässer als öffentlich zu betrachten sind, wobei auch die Festlegung der Grösse, ab welcher ein Gewässer als öffentlich gelten soll, in deren Zuständigkeit fällt (vgl. hierzu und nachfolgend Urteil des Bundesgerichts 2C_118/2020 vom 3. August 2020 E. 4.1; BGE 122 III 49 E. 2a; vgl. auch Heinz Rey/Lorenz Strebel, a.a.O., Art. 664 Rz. 2 und 23). Nach der Rechtsprechung wird die Hoheit der Kantone über die öffentlichen Sachen gemäss Art. 664 Abs. 1 ZGB durch das öffentliche Recht des Bundes, durch vorbestehende Rechte, die unter dem Schutz der Eigentumsgarantie stehen (vgl. BGE 133 I 149 E. 3.2; 123 III 454 E. 5b), sowie durch Eigentumsrechte, wie sie sich aus der Bundeszivilgesetzgebung ergeben (vgl. BGE 119 Ia 390 E. 5c; 113 II 236 E. 5), begrenzt. Ob ein Wasserlauf und ein Teil desselben als öffentliche Gewässer zu betrachten sind, ergibt sich demnach nicht aus dem Bundeszivilrecht, sondern aus der in die Kompetenz der Kantone fallenden Abgrenzung der öffentlichen Gewässer (BGE 122 III 49 E. 2a). Folglich entscheidet das konkret anwendbare kantonale öffentliche Recht über das rechtliche Schicksal der Gewässer.

E. 4.2.2

Die Öffentlichkeit eines Gewässers wird demnach nicht durch Widmung, sondern durch einen Akt des Gesetzgebers begründet (vgl. Heinz Rey/Lorenz Strebel, a.a.O., Art. 664, Rz. 28). Das bisher als Bestandteil des umgebenden Erdbodens im Privateigentum stehende Gewässer wird damit als öffentlich konstituiert. Von dem kulturunfähigen herrenlosen Land unterscheiden sich die als öffentlich erklärten Gewässer insofern,

- 11 - als sie grundsätzlich im Privateigentum stehen können, ohne dadurch den Charakter der Öffentlichkeit zu verlieren (vgl. Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, Sachenrecht, 1. Abteilung, das Eigentum, 2. Teilband Grundeigentum I, Art. 655-679 ZGB, Bern 1974, Art. 664, Rz. 108; Heinz Rey/Lorenz Strebel, a.a.O., Art. 664, Rz. 28). Ist ein Wasserlauf gemäss kantonalem Recht

ein öffentliches Gewässer, so handelt es sich dabei um eine herrenlose Sache i.S.v. Art. 664 ZGB, für welche die widerlegbare Vermutung gilt, dass an ihr grundsätzlich kein Privateigentum bestehen kann (siehe Art. 664 Abs. 2 ZGB; Heinz Rey/Lorenz Strebel, a.a.O., Art. 664, Rz. 3, Rz. 5 und Rz. 28; vgl. Arthur Meier-Hayoz, a.a.O., Art. 664 Rz. 4).

E. 4.2.3

Gestützt auf den unechten Vorbehalt in Art. 664 ZGB erliess der Kanton Wallis Art. 163 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 24. März 1998 (EGZGB; SGS/VS 211.1), wonach mit Ausnahme des Rottens und des xxxsees die Seen und alle Wasserläufe ab dem Punkt, wo sie entspringen, als öffentliches Eigentum der Gemeinden zu qualifizieren sind (Abs. 1 und 3; vgl. Peter Münch, Wässer- wasserrechte in Bauzonen, ZWR 2001 S. 30). Damit steht Art. 163 EGZGB in Einklang mit Art. 664 Abs. 2 ZGB, wonach an öffentlichen Gewässern unter Vorbehalt anderwei- tigen Nachweises kein Privateigentum bestehen kann. Der Nachweis, dass - entgegen der gesetzlichen Vermutung - eigentumsähnliche Privatrechte bestehen, kann sich dabei durch Rechtserwerb unter der Herrschaft des ZGB, wobei insbesondere an den originä- ren Eigentumserwerb durch Aneignung zu denken ist, mittels Rechtserwerb unter der Herrschaft kantonalen Rechts und insbesondere aus der unvordenklichen Ausübung von vermögenswerten Nutzungsrechten an einem öffentlichen Gewässer ergeben (Peter Münch, a.a.O.; Arthur Meier-Hayoz, a.a.O., Art. 664 Rz. 137 ff.).

E. 4.2.4

Zum Beweis der Eigentümerschaft und der Nutzungsrechte hat die Beschwerde- führerin den Baurechtsvertrag vom 30. September 1978 ins Recht gelegt, durch welchen die Parzelle Nr. xxx (heute GBV Nr. xxx) ins Grundbuch aufgenommen und im Eigentum der Burgerschaft B _____ eingetragen wurde. Dadurch ergibt sich der Erwerb des Grundeigentums mitsamt allen dazugehörigen Nutzungen und Rechten. Wie konkret Pri- vateigentum an öffentlichen Gewässern bewiesen wird, ist Sache des kantonalen Rechts (vgl. BGE 123 III 454 E. 3). Wenn der Nachweis des Privateigentums gelingt, müssen die wohlerworbenen und von der Eigentumsgarantie geschützten Rechte beachtet wer- den. Nach Auffassung des Gerichts gelingt der Beschwerdeführerin mit den Urkunden der Nachweis des Privateigentums an der strittigen Parzelle mit dem See. Es dürfte un- bestritten sein, dass der See und die Fischzucht einen wirtschaftlichen Nutzen darstel- len. Dass die Beschwerdeführerin rechtmässige Eigentümerin des Grundstücks ist, wird

- 12 - von der Vorinstanz zu Recht nicht bestritten. Mit dem Nachweis des Privateigentums muss somit vorliegend nicht auf die Rechtsfiguren der Ersitzung und der Unvordenklich- keit der Ausübung dieser Rechte zurückgegriffen werden. Es ergibt sich somit, dass die Beschwerdeführerin einen Erwerbstitel vorweist, welcher das Eigentum inklusive die un- eingeschränkte Nutzungsbefugnis belegt. Damit liegt der Schluss nahe, dass die Be- schwerdeführerin rechtmässige Eigentümerin der strittigen Gewässer ist.

E. 5

Die Beschwerdeführerin machte weiter geltend, dass der kleine See nur durch einen kleinen Bergbach gespiesen werde, in den keine Fische gelangen könnten. Weder in diesen Bach noch in den See der Fischzucht könnten Wasser oder Fische aus dem Rotten gelangen. Ein direkter Anschluss an das öffentliche Gewässer bestehe nicht. Der Abfluss des Sees sei durch ein Gitter gesichert, so dass keine Fische auf «natürliche Art» vom See in den Rotten gelangen könnten und umgekehrt. Der See Nr. xxx mit der Fischzucht sei daher aus den

kantonalen fischereilichen Regalgewässern zu streichen.

E. 5.1

Die Vorinstanz hält dem entgegen, dass der See selbst bei einer Qualifikation als privates Gewässer dem Fischereiregal unterstehen würde. Der See sei über ein als Reservat ausgeschiedenes Fliessgewässer mit dem Rotten verbunden. Sowohl der Rotten als auch das Verbindungsgewässer seien dabei öffentliche Gewässer in Sinne des Gesetzes.

«Fischgängigkeit» meine die freie Fischwanderung innerhalb eines Gewässers und Art. 27 Abs. 1 kFG verlange dabei, dass die Fischwanderung «auf natürliche Art» erfolgen könne. Die Fischwanderung zwischen dem See und dem Rotten könne auf natürliche Art durchaus stattfinden; sie werde einzig durch bauliche Massnahmen der Beschwerdeführerin unterbunden, damit die im See eingesetzten Fische nicht entweichen könnten und den Gästen des Restaurationsbetriebs zur Verfügung stehen würden.

E. 5.2

Ein Regal liegt vor, wenn der Staat das Recht hat, eine wirtschaftliche Tätigkeit unter Ausschluss aller anderen Personen auszuüben oder ausüben zu lassen (Tobias Jaag, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 3. A., Zürich 2005, Rz. 3907). Regale sind «historische» Monopole der Kantone. Zu ihnen gehören namentlich die sogenannten Grund- und Bodenregale, wie das Fischereiregal. Solche Regale dürfen - im Unterschied zu polizeilichen oder sozialpolitischen Monopolen - vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 94 Abs. 1 BV abweichen und von den Kantonen auch zu fiskalischen Zwecken, das heisst zur Erzielung von Gewinn, genutzt werden (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, a.a.O., Rz. 2708 f.). Soweit den Kantonen solche Regalrechte zustehen, haben sie besonders umfassende Nutzungs- und Normsetzungsbefugnisse, d.h. eine praktisch uneingeschränkte Gesetzgebungsfreiheit (Arthur Meier - 13 - Hayoz, a.a.O., Art. 664 Rz. 21; BGE 119 Ia 390 E. 11b). Der Kanton Wallis besitzt das Hoheitsrecht über die Fischerei, deren Ausübung er durch die Ausstellung von Patenten oder durch Verpachtung bewilligt (Art. 28 Abs. 1 kFG). Niemand ist berechtigt, in den dem Regal unterstellten Gewässern zu fischen, ohne im Besitze eines durch den Kanton ausgestellten Patentes zu sein (Art. 28 Abs. 2 kFG).

E. 5.3

Während der Gewässerbegriff im Bereich des Gewässerschutzes bundesrechtlich umschrieben ist, gilt im Bereich der Gewässer- und Wassernutzung, dass kein einheitlicher bundesrechtlicher Gewässerbegriff besteht und das Gewässernutzungsrecht weitgehend kantonale Domäne ist (zum Ganzen Hans W. Stutz, Urteilsbesprechung B 2019/95 vom 22. August 2019 des VG SG, in: URP 2020 S. 657 ff., S. 669). Das Bundesgericht hat ein Kriterium herausgearbeitet, wann von einem Gewässer im Sinne der Bundesgesetzgebung über den Gewässerschutz auszugehen ist. Nach seiner Rechtsprechung ist von entscheidender Bedeutung, ob das fließende oder stehende Wasser Teil des natürlichen Wasserkreislaufs bleibt (BGE 107 IV 63 E. 2, bestätigt in BGE 120 IV 300 E. 3a). Beispielsweise ist Wasser, das in ein Wasserversorgungsnetz eingespeist wird, vom natürlichen Wasserkreislauf abgesondert. Das in den Anlagen der Wasserversorgung vorhandene Wasser bildet somit kein Gewässer aus. Abgetrennt vom natürlichen Wasserkreislauf und damit keine Gewässer im Rechtssinne sind auch Kanalisationen, künstliche Speicherbecken oder künstlich abgedichtete Teiche, die nicht von einem Fliessgewässer oder von Grundwasser gespeist werden (Hans W. Stutz, a.a.O., S. 673). In

diesem Sinne wurde im kantonalen Fischereigesetz der Geltungsbe- reich des Regals umschrieben, wonach das Fischereiregal u. a. die öffentlichen und pri- vaten Gewässer nur umfasst, in welche Fische aus öffentlichen Gewässern auf natürli- che Art gelangen können (Art. 27 Abs. 1 kFG).

E. 5.4

Der Interpretation des Staatsrats, dass das Fischereiregal vorliegend gelte, weil die Fischwanderung zwischen dem See und dem Rotten auf natürliche Art stattfinden könne und einzig durch bauliche Massnahmen unterbunden seien, kann das Gericht nicht zu- stimmen. Vom Wortlaut her ergibt sich aus Art. 27 Abs. 1 kFG, dass vorliegend keine Fische auf natürliche Art in den See gelangen können. Es ist unbestritten, dass vorlie- gend keine öffentlichen Gewässer in die Anlage gelangen können und der Abfluss in den Rotten durch ein Hindernis abgesperrt ist. Eine natürliche Fischwanderung kann daher nicht stattfinden. Die Voraussetzungen von Art. 27 Abs. 1 kFG sind somit nicht erfüllt. Dass die teleologische Auslegung dieser Bestimmung zu einem anderen Ergebnis füh- ren würde, ist nicht ersichtlich. Der künstlich abgedichtete See mit dem stehenden oder fliessenden Wasser ist nicht Teil eines ursprünglichen Wasserkreislaufs. Der See ist von

- 14 - Menschen geschaffen und hat kein echtes Einzugsgebiet. Damit rechtfertigt sich nicht, das Recht der Fischerei als Regal dem Kanton in der vorliegenden Anlage zuzugeste- hen. Das Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin wird somit gutgeheissen, wonach die Fischzucht B _____ aus dem Inventar der fischereilichen Regalgewässer ausge- schieden wird.

E. 6

Nach dem Gesagten wird die Beschwerde gutgeheissen.

E. 6.1

Im Beschwerdeverfahren hat in der Regel die unterliegende Partei die Kosten zu tragen (Art. 89 Abs. 1 VVRG). Ausnahmsweise können die Kosten ganz oder teilweise erlassen werden (Art. 89 Abs. 2 VVRG). Den Behörden des Bundes, des Kantons und der Gemeinden, die in ihrem amtlichen Wirkungskreis und ohne dass es sich um ihr Vermögensinteresse handelt, als Parteien oder Vorinstanzen in einem Verfahren auftre- ten, werden in der Regel keine Kosten auferlegt (Art. 89 Abs. 4 VVRG). Vorliegend be- stehen keine Gründe, von dieser Regel abzuweichen, weshalb keine Gerichtskosten er- hoben werden.

E. 6.2

Gemäss Art. 91 Abs. 3 VVRG darf der obsiegenden Behörde in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen werden. In vorliegendem Fall ist kein Grund ersicht- lich, von dieser Regelung abzuweichen, weshalb der Gemeinde keine Parteientschädi- gung zuzusprechen ist.

- 15 - Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Fischzucht B _____ (Nr. xxx) wird aus dem Inventar der fischereilichen Regalgewässer ausgeschieden. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben und keine Parteientschädigung zugespro- chen. 3. Das Urteil wird der Beschwerdeführerin und dem Staatsrat des Kantons Wallis schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 25. Februar 2020

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