



Abteilung I  
A-484/2022

## Urteil vom 25. Oktober 2023

Besetzung

Richter Maurizio Greppi (Vorsitz),  
Richter Jérôme Candrian, Richter Jürg Marcel Tiefenthal,  
Gerichtsschreiber Joel Günthardt.

Parteien

**Rhonerwerke AG,**  
Feldgasse 16, 3995 Ernen,  
c/o FMV SA, Rue de la Dixence 9, 1951 Sion,  
vertreten durch  
Dr. Simon Jenni, Rechtsanwalt,  
JSM Advokatur,  
Gesellschaftsstrasse 27, Postfach, 3001 Bern,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Umwelt BAFU,**  
3003 Bern,  
Vorinstanz.

Gegenstand

Energie (Übriges); Zusicherung der Entschädigung der  
voraussichtlichen Kosten von Sanierungsmassnahmen.

**Sachverhalt:****A.**

Die Rhonewerke AG betreibt das Kraftwerk Mörel. Mit der Wasserfassung in Fiesch wird das Wasser der Rhone in ein rund 9 km langes Triebwassersystem der Zentrale von Mörel zugeführt und dort turbinert. Gemäss strategischer Planung des Kantons Wallis wird durch die Wasserfassung Fiesch an der Rhone eine wesentliche Beeinträchtigung der Fischwanderung verursacht. Entsprechend wurde die Rhonewerke AG mit Beschluss vom 16. September 2015 des Departementes für Volkswirtschaft, Energie und Raumentwicklung des Kanton Wallis (DVER) zur Planung einer geeigneten Sanierungsmassnahme verpflichtet. Gleichentags wurde mit Entscheid des Staatsrates des Kanton Wallis eine Restwassermenge von 400 l/s angeordnet (Sanierungsmassnahme gemäss Art. 80 des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991 [Gewässerschutzgesetz, GSchG, SR 814.20]).

**B.**

Das ausgearbeitete Sanierungsprojekt für die Fischwanderung bei der Wasserfassung Fiesch sieht im Wesentlichen die Realisierung der folgenden Arbeiten vor:

- Der Fischaufstieg besteht aus einem Fischlift gekoppelt mit einem Fischpass am linken Ufer. Dieses System funktioniert in Synergie mit dem Fischabstieg-System (Lockströmung).
- Der Fischabstieg wird während der Sommersaison durch die mittlere Wehrschütze (Unterlauf) gewährleistet. Während den Übergangszeiten garantiert eine zusätzliche Fischabstiegsleitung kontinuierlich die Migration. Diese wird vor dem Feinrechen installiert und ist mit den beiden Entsanderbecken verbunden. Das Abstiegssystem liefert gleichzeitig eine Dotation im Einstiegsbereich für den Fischaufstieg (Lockströmung).

**C.**

Das zuständige Departement Finanzen und Energie (DFE) des Kantons Wallis erteilte am 20. September 2017 nach Anhörung des Bundesamts für Umwelt (BAFU) eine Plangenehmigung für das Projekt.

**D.**

Frau Bundesrätin Leuthard sowie Frau Bundesrätin Sommaruga bezogen mit Schreiben vom 2. August 2018 bzw. vom 18. April 2019 an die Regierungskonferenz der Bergkantone einerseits zur Frage der Anrechenbarkeit von Unterhalts- und Betriebskosten Stellung, andererseits auch zur Frage, ob die Kantone gegenüber den Sanierungsverpflichteten wegen

Nichtzuerkennung von beantragten Entschädigungen für die Kosten von Unterhalt und Betrieb ihrerseits entschädigungspflichtig sind.

**E.**

Am 8. Mai 2020 reichte die Rhonewerke AG beim Kanton Wallis das Gesuch um Erstattung der anrechenbaren Kosten ein. Am 12. Mai 2020 leitete der Kanton Wallis das Gesuch mit seiner Stellungnahme dem BAFU weiter.

**F.**

Mit Verfügung vom 14. Dezember 2021 ordnete das BAFU nach Anhörung des Kantons Wallis die Entschädigung der Rhonewerke AG für die anrechenbaren Kosten der Fischwanderhilfen (Fischaufstieg und Fischabstieg) an der Wasserfassung Fiesch des Kraftwerks Mörel in der voraussichtlichen Höhe von Fr. 1'869'740.– (inkl. MwSt.) an.

Das BAFU führte in der Verfügung im Wesentlichen aus, der Kanton Wallis habe seine Position dahingehend zum Ausdruck gebracht, dass die "Entschädigung der vollständigen Kosten" (Art. 34 EnG) die Planung und die Umsetzung der Sanierungsmassnahmen umfasse (inkl. Betriebs- und Unterhaltskosten). Im Gegensatz zur Auffassung des Kantons Wallis bestehe keine Diskrepanz zwischen Art. 34 EnG (Entschädigung der vollständigen Kosten) und Anhang 3 Ziff. 3.2 Bst. b der Energieverordnung vom 1. November 2017 (EnV, SR 730.01; Entschädigung der anrechenbaren Kosten). Die gemäss EnV nicht anrechenbaren Kosten (Betriebs- und Unterhaltskosten [inkl. Energie für den Fischlift]) würden nicht zu den nach Art. 34 EnG zu entschädigenden Kosten gehören, da sie nicht vom Sinn und Zweck von Art. 34 EnG umfasst seien.

**G.**

Die Rhonewerke AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) erhebt am 31. Januar 2022 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung des BAFU (nachfolgend: Vorinstanz) vom 14. Dezember 2021. Sie beantragt, Ziff. 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung vom 14. Dezember 2021 sei aufzuheben und durch eine Entschädigungszusicherung zu ersetzen, welche sowohl die einmaligen Kosten der Sanierungsmassnahme "Fischwanderhilfe an der Wasserfassung Fiesch des Kraftwerks Mörel" in der voraussichtlichen Höhe von Fr. 1'745'000.– exkl. MwSt. bzw. Fr. 1'869'740.– inkl. MwSt. als auch die wiederkehrenden Kosten für den Unterhalt und den Betrieb der geplanten Fischwanderhilfe in der voraussichtlichen Höhe von Fr. 20'000.– exkl. MwSt. pro Jahr umfasse. Eventualiter begehrt sie einen kassatorischen Entscheid.

**H.**

Mit Vernehmlassung vom 14. April 2022 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

**I.**

Am 9. Juni 2022 reicht die Beschwerdeführerin ihre Schlussbemerkungen ein.

**J.**

Auf die weiteren Vorbringen und die sich in den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit für den Entscheid relevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1** Verfügungen der Vorinstanz, die sich auf das Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG, SR 730.0) stützen, können nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 66 Abs. 2 EnG). Da es sich beim angefochtenen Entscheid um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG handelt, diese von einer Vorinstanz gemäss Art. 33 Bst. d VGG erlassen wurde und keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (Art. 31 VGG).

**1.2** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

**1.3** Die Beschwerdeführerin hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

**1.4** Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist einzutreten.

**2.**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Das Bundesverwaltungsgericht prüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – und auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

**3.**

Eingangs gilt es zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Gesuch eingetreten ist.

**3.1** Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass sich die beanstandete Abweisung der beantragten Miterstattung der wiederkehrenden Kosten für den Unterhalt und den Betrieb der geplanten Fischwanderhilfe auch unter formellen Gesichtspunkten als rechtswidrig erweise. Art. 62 Abs. 2 EnG schreibe – anders als der ursprüngliche Vorschlag der ständerätlichen Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie (UREK-S), welcher lediglich eine vorgängige "Anhörung des betroffenen Kantons" vorgesehen hätte – explizit vor, dass das BAFU "im Einvernehmen mit dem betroffenen Kanton" über Entschädigungen gemäss Art. 34 EnG zu entscheiden habe. Dieses Einvernehmen fehle vorliegend. Wie aus den Erwägungen der Vorinstanz hervorgehe, habe der Kanton Wallis gegenüber der Vorinstanz klar kommuniziert, dass sie auch bezüglich der wiederkehrenden Kosten für den Unterhalt und den Betrieb der geplanten Fischwanderhilfe einen Kostenerstattungsanspruch habe.

**3.2** Die Vorinstanz entgegnet, dass der aktuell geltende Art. 34 EnG auf die von der Minderheit (der UREK-S) beantragte Fassung des Art. 15a<sup>bis</sup> EnG zurückgehe. Hinsichtlich der Klärung der Frage, zu welchem Zweck das "Einvernehmen" des BAFU mit dem betroffenen Kanton vor Erlass der Verfügung dienen solle, würden sich ebenfalls die Gesetzesmaterialien als hilfreich erweisen. Aus dem Bericht der UREK-S gehe dazu hervor, dass das Einvernehmen "einerseits der Rechtsgleichheit in der ganzen Schweiz" dienen solle, "andererseits wird dadurch das Einverständnis der Bundesfachbehörde für Gewässerschutz sowie die Koordination mit dem betroffenen Kanton sichergestellt". Mit anderen Worten würden diese verfahrensrechtlichen Vorschriften dem Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung sowie der Wahrung des rechtlichen Gehörs der Betroffenen dienen. Diese Grund- und Verfahrensrechte seien im konkreten Vorverfahren genügend berücksichtigt worden. Vorliegend habe das BAFU seit Inkrafttreten des

Art. 34 EnG am 1. Januar 2011 – und damit seit mehr als zehn Jahren – eine einheitliche Praxis etabliert, welche allen Kantonen im mehrfachen Austausch von Anbeginn an kommuniziert worden sei, um eine rechtsgleiche Behandlung aller Inhaberinnen und Inhaber zu gewährleisten. Nicht geregelt sei hingegen der vorliegende Fall einer möglichen Meinungsverschiedenheit zwischen BAFU und dem betroffenen Kanton, in welchem es trotz diverser Bemühungen zwischen den Behörden zu keinem Einvernehmen komme. Es könne nicht im Interesse der Beschwerdeführerin liegen, dass das BAFU in einem solchen Fall überhaupt keine anfechtbare Verfügung erlasse. Auch der Wortlaut ("verfügt die Entschädigung") sowie der Sinn und Zweck der Rechtsgrundlagen würden auf eine Verfügungspflicht hinweisen, auch wenn kein Einvernehmen zwischen den Behörden erzielt werden können. Die Tatsache, dass sie sich vorliegend betreffend die Entschädigung der Betriebs- und Unterhaltskosten nicht einvernehmlich nach Art. 62 Abs. 2 EnG mit dem betroffenen Kanton habe abstimmen können, könne jedenfalls nicht ihr angelastet werden. Sei es doch der Kanton Wallis, welcher nach 10-jähriger einheitlicher Praxis gegenüber den Kantonen, stets eindeutiger Kommunikation seitens der Bundesbehörden und rechtsgleicher Behandlung aller kantonalen Inhaber von Wasserkraftanlagen nun plötzlich eine "Unvereinbarkeit mit dem übergeordneten Gesetzesrecht" geltend mache. Dabei zeige sich, dass der Kanton Wallis vorliegend nicht nur Vollzugsbehörde sei, sondern auch eigene finanzielle Interessen verfolge. Im September 2023 würden die Konzessionen der Beschwerdeführerin auslaufen und anschliessend der Heimfall durch die Konzessionsgemeinden und den Kanton Wallis ausgeübt werden. Mit anderen Worten würde der Kanton Wallis zukünftig selbst von der beantragten Entschädigung der Kosten von Unterhalt und Betrieb profitieren. Die Beschwerdeführerin und der Kanton Wallis würden ausser Acht lassen, dass sie nicht die einzigen Betroffenen wären und dass eine Gutheissung der Beschwerde bedeuten würde, dass sie auch allen anderen rund 1'000 Inhabern von Wasserkraftanlagen die Entschädigung der Betriebs- und Unterhaltskosten ausbezahlen müsste.

**3.3** In ihren Schlussbemerkungen macht die Beschwerdeführerin geltend, dass sich der Gesetzgeber bewusst nicht nur für eine Anhörung des jeweiligen Standortkantons, sondern für eine Festlegung der Kostenerstattung im Einvernehmen mit eben diesem Kanton entschieden habe. Aus dem Bericht der UREK-S vom 12. August 2008 lasse sich nichts Gegenteiliges ableiten. Die Passagen würden illustrieren, aus welchen Überlegungen der Gesetzgeber darauf verzichtet habe, die entsprechende Vollzugskompetenz alleine den Kantonen zu überlassen und einen Einbezug des BAFU

für geboten erachtete. Ein Indiz dafür, dass der Gesetzgeber die Entscheidungskompetenz entgegen dem gewählten Wortlaut ganz dem BAFU zuweisen und den Kantonen lediglich noch einen Anspruch auf Anhörung habe zugestehen wollen, lasse sich in die fraglichen Erläuterungen nicht hineininterpretieren. Verfehlt seien zugleich auch die Vorwürfe der Vorinstanz an die Adresse des Kantons Wallis. Die Behauptung, der Kanton Wallis habe "nach 10-jähriger einheitlicher Praxis gegenüber den Kantonen" im vorliegend interessierenden Fall nun "plötzlich" eine Unvereinbarkeit mit dem übergeordneten Gesetzesrecht geltend gemacht, mute in verschiedener Hinsicht gar merkwürdig an. Tatsächlich dürfte die vorliegend interessierende "Fischwanderhilfe an der Wasserfassung Fiesch des Kraftwerks Mörel" zu den ersten Sanierungsprojekten zählen, für welche ein Kostenerstattungsgesuch gemäss Art. 34 EnG eingereicht worden sei. Wie das Privatgutachten vom 11. Januar 2019 sowie die beiden in den Vorakten befindlichen Schreiben der jeweiligen Vorsteherin des Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) an die Regierungskonferenz der Gebirgskantone vom 2. August 2018 und vom 18. April 2019 illustrieren würden, moniere nicht nur der Kanton Wallis, sondern der gesamte Verbund der Gebirgskantone seit mehreren Jahren, dass die Ausklammerung der Kosten des Betriebs und Unterhalts von baulichen Anlagen aus dem Kostenerstattungsanspruch gemäss Art. 34 EnG gesetzeswidrig sei.

**3.4** Nach ständiger Rechtsprechung hat das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen bei der Vorinstanz gegeben waren. Hat die Vorinstanz trotz Fehlens einer Prozessvoraussetzung materiell entschieden, ist der angefochtene Entscheid aufzuheben (vgl. BGE 132 V 93 E. 2; Urteile des BVGer A-3788/2021 vom 19. Dezember 2022 E. 3.2.1 und A-6065/2020 vom 24. Juni 2022 E. 4.1 m.H).

**3.5** Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Texten kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine

andere Lösung weniger nahe legen. Das Gericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten zu lassen und nur dann allein auf das grammatikalische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergibt (BGE 146 II 265 E. 5.1 m.H.; BGE 131 II 697 E. 4.1 m.w.H.).

**3.6** Der Wortlaut von Art. 62 Abs. 2 EnG ist insofern nicht eindeutig, als er zur Konstellation einer Uneinigkeit zwischen Kanton und Bund keine Aussage macht. Klar aus dem Wortlaut geht dagegen hervor, dass das BAFU in der Regel innert sechs Monaten nach Gesuchseingang zu verfügen hat.

**3.7** In historischer Hinsicht ist zu beachten, dass Art. 34 EnG im Parlament unbestritten und wie vom Bundesrat vorgeschlagen, von beiden Räten angenommen wurde (vgl. den Entwurf des EnG, BBI 2013 7757, S. 7770; AB 2014 N 2092 [Nationalrat] sowie AB 2015 S 971 f. [Ständerat]). Die heute in Art. 34 EnG enthaltene Regelung bestand allerdings bereits im alten Energiegesetz vom 26. Juni 1998 (aEnG; AS 1999 197; in Kraft bis zum 31. Dezember 2017) und trat als Art. 15a<sup>bis</sup> Abs. 1 aEnG am 1. Januar 2011 in Kraft (vgl. AS 2010 4285, S. 4290). Demnach kann auf die Materialien der Vorgängerbestimmung in Art. 15a<sup>bis</sup> Abs. 1 aEnG abgestellt werden, da sich die beiden Bestimmungen, soweit relevant, nicht unterscheiden. Nach dem Bericht der UREK-S zu Art. 15a<sup>bis</sup> aEnG erfolgt die Erstattung der Kosten "im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Umwelt und dem betroffenen Kanton". Sie dient dazu, die Rechtsgleichheit in der ganzen Schweiz zu gewährleisten sowie die Koordination mit dem betroffenen Kanton sicherzustellen (Bericht der UREK-S vom 12. August 2008, BBI 2008 8043, S. 8066 [nachfolgend: Bericht der UREK-S]). Es finden sich in den Materialien jedoch keine Hinweise darauf, wie bei Uneinigkeit zwischen Bund und dem betroffenen Kanton vorzugehen wäre.

**3.8** Unter systematischen Gesichtspunkten kann gesagt werden, dass Art. 34 EnG auf Art. 83a GSchG verweist, der seinerseits auf die Art. 39a und Art. 43a GSchG verweist, sowie auf Art. 10 Bundesgesetz über die Fischerei vom 21. Juni 1991 (BGF, SR 923.0) verweist. Letzterer verweist weiter auf Art. 9 Abs. 1 BGF. Während der Vollzug nach Art. 34 EnG beim BAFU "im Einvernehmen mit dem betroffenen Kanton" liegt (Art. 62 Abs. 2 EnG), ist die Rechtslage beim GSchG und BGF eine andere. Die Kantone vollziehen das GschG und erlassen die erforderlichen Vorschriften, soweit nicht Art. 48 GschG den Vollzug dem Bund überträgt (Art. 45 GschG). Gleiches gilt für das BGF. Auch danach vollziehen die Kantone dieses Gesetz, soweit nicht der Bund zuständig ist und auch hier erlassen die Kantone die



erforderlichen Vorschriften (Art. 22 Abs. 1 und Abs. 2 BGF). Die Zuständigkeitsordnung wird somit durch den Umstand relativiert, dass die Kantone im Bereich des GSchG und des BGF in (weiten) Teilen Bundesrecht vollziehen. Damit einhergeht insbesondere auch eine Vollzugsaufsicht des Bundes gemäss Art. 46 Abs. 1 GSchG bzw. Art. 21 Abs. 2 BGF (vgl. ALEXANDER RUCH, in: Hettich/Jansen/Norer [Hrsg.], Kommentar zum Gewässerschutzgesetz und zum Wasserbaugesetz, 2016, Art. 46, Rz. 8 f.). Zusammenfassend ergibt die systematische Auslegung keine Antwort auf die Auslegungsfrage.

**3.9** In teleologischer Hinsicht ist fraglich, welcher Sinn dem unbestimmten Rechtsbegriff "im Einvernehmen" zuzumessen ist. Würde der Auffassung der Beschwerdeführerin gefolgt, dass das BAFU ohne Zustimmung des betroffenen Kantons nicht verfügen könnte, so würde die Einhaltung der durch Art. 62 Abs. 2 EnG statuierten Ordnungsfrist von sechs Monaten wohl regelmässig vereitelt. Es widerspräche dem in der Ordnungsfrist verankerten Beschleunigungsgrundsatz, wenn der betroffene Kanton die Gesuchsverfahren für Erstattungen von Inhabern einer Wasserkraftanlage jederzeit blockieren könnten. Darüber hinaus beschlägt das vorliegende Verfahren einzig eine Auseinandersetzung der Beschwerdeführerin mit dem Bund. Das "Einvernehmen" ist daher dahingehend zu verstehen, dass es einzig das (Rechts-)Verhältnis zwischen Bund und Kanton berührt. Damit ist die Verfügungskompetenz des BAFU im Falle, dass keine Einigung zwischen Bund und betroffenem Kanton besteht, nicht eingeschränkt. Vielmehr bleibt es dem Kanton Wallis unbenommen, allfällige Streitigkeiten zwischen ihm und dem Bund auf dem Weg der Verhandlung und Vermittlung (Art. 44 Abs. 3 BV) oder gegebenenfalls durch eine Klage vor Bundesgericht, sofern deren Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 120 Abs. 1 und Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110]), beizulegen. Dazu passt, dass es den Inhabern einer Wasserkraftanlage namentlich mit Blick auf das Verbot der Rechtsverzögerung (vgl. Art. 29 Abs. 1 BV) nicht zugemutet werden kann, dass ihr Gesuchsverfahren sistiert wird, bis sich ein betroffener Kanton und der Bund allenfalls geeinigt oder womöglich das Bundesgericht angerufen haben.

**3.10** Soweit der (nicht am Verfahren beteiligte) Kanton Wallis in seinem Schreiben vom 12. Mai 2020 bei Streitigkeiten zwischen dem Bund und Kantonen auf die Verhandlung und Vermittlung gemäss Art. 44 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verweist (vgl. Vorakte 7), ist nach Rechtsprechung und

Lehre darin keine Prozessvoraussetzung zu erblicken (vgl. PATRICIA EGLI, St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 4. Aufl., 2023, Rz. 36 zu Art. 44 BV m.H.; vgl. ferner Urteil des BVGer A-5625/2016 vom 20. Dezember 2017 E. 1.1). Im Übrigen handelt es sich beim vorliegenden Verfahren nicht um eine Streitigkeit zwischen dem Kanton Wallis und dem Bund, womit Art. 44 Abs. 3 BV ohnehin nicht einschlägig ist.

**3.11** Zusammenfassend ergibt sich als Auslegungsergebnis, dass es sich beim Begriff des "Einvernehmens" gemäss Art. 62 Abs. 2 EnG nicht um eine spezialgesetzliche Eintretens- bzw. Prozessvoraussetzung handelt. Ebensowenig ist eine solche in Art. 44 Abs. 3 BV zu erblicken. Damit steht der Verfügungskompetenz des BAFU nichts entgegen. Somit ist die Vorinstanz zu Recht auf das Gesuch eingetreten.

#### **4.**

Nicht strittig sind – soweit ersichtlich – die einmaligen Kosten der Sanierungsmassnahmen. Strittig sind dagegen vorliegend die anrechenbaren Kosten für die Fischgängigkeit des Kraftwerks Mörel nach Art. 34 EnG i.V.m. Anhang 3 Ziff. 3.2 Bst. b EnV.

**4.1** In einem ersten Schritt ist darauf einzugehen, ob sich Anhang 3 Ziff. 3.2 Bst. b EnV als gesetzeskonform erweist.

**4.1.1** Die Vorinstanz führte in der angefochtenen Verfügung aus, Anhang 3 Ziff. 3.2 Bst. b EnV lege fest, dass die Kosten für den *Unterhalt* von Anlagen nicht anrechenbar seien. In der Vollzugshilfe des BAFU werde präzisiert, dass *Betriebs-* und *Unterhaltskosten* von Anlagen nicht anrechenbar seien. Gemäss Art. 34 EnG würden Massnahmen nach Art. 83a GSchG finanziert. Art. 83a GSchG verpflichte die Inhaber von Anlagen, Sanierungsmassnahmen bis 20 Jahre nach Inkrafttreten zu treffen, stelle also auf die Erstellung (Projektierung und Realisierung) der nötigen Anlage ab. Deren Betrieb und Unterhalt obliege den Kraftwerks- bzw. Anlageneigentümern. Schliesslich sei es entscheidend, welche Massnahmen das Parlament im Rahmen von Art. 34 EnG im Auge gehabt habe. Aus dem Bericht der UREK-S zur parlamentarischen Initiative "Schutz und Nutzung der Gewässer" lasse sich ableiten, dass der Gesetzgeber bei seinen Überlegungen alleine zu den Kostenfolgen von den Planungs- und Errichtungskosten ausgegangen sei. Von allfälligen Betriebs- und Unterhaltskosten, die der Errichtungsphase nachgelagert seien, sei im Bericht nicht die Rede.

**4.1.2** Die Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, dass die betreffenden Verordnungs- und Vollzugshilfebestimmungen in offenkundigem Widerspruch zum übergeordneten Art. 34 EnG stünden, welcher explizit einen Anspruch auf Erstattung der vollständigen Kosten für die Massnahmen nach Art. 83a GschG oder nach Art. 10 BGF statuiere. Aus Art. 83a GSchG lasse sich nicht ableiten, dass der Gesetzgeber den Kostenerstattungsanspruch auf die innerhalb dieser Sanierungsfrist anfallenden einmaligen Kosten für die Planung und Realisierung der Massnahmen habe beschränken wollen. Andernfalls müsste dies in Bezug auf alle Kategorien von Sanierungsmassnahmen gelten und die Erstattung von wiederkehrenden Kosten generell ausgeschlossen sein. Das entspreche indes nicht der Praxis. Inwiefern aus der in Art. 83a GSchG statuierten Sanierungsfrist bezüglich der wiederkehrenden Kosten für den Unterhalt und Betrieb von "baulichen Massnahmen" etwas anderes ableitbar sein solle, sei nicht nachvollziehbar; umso weniger, wenn es sich bei der interessierenden baulichen Massnahme – wie im vorliegenden Fall – gar nicht um eine Sanierungsmassnahme nach Art. 83a GSchG, sondern um eine Sanierungsmassnahme nach Art. 10 BGF handle. Der Bericht der UREK-S enthalte keine Aussagen, aus welchen sich ableiten liesse, der Gesetzgeber habe die Kostenerstattung auf die Kosten der Planung und Errichtung der Sanierungsmassnahmen beschränken wollen. Hinzu komme, dass der fragliche Bericht der UREK-S als Hilfsmittel für die Auslegung von Art. 34 EnG ohnehin ungeeignet sei. Der UREK-S habe zum Zeitpunkt der Entstehung dieses Berichts noch eine Regelung vorgeschwebt, welche den Inhabern sanierungspflichtiger Wasserkraftanlagen lediglich einen "Beitrag" an die Sanierungskosten zugestanden hätte. Die letztlich beschlossene Lösung mit dem Anspruch auf Erstattung der "vollständigen Kosten" sei erst später entstanden. Die Entstehungsgeschichte der interessierenden Kostenerstattungsregelung belege eine klare Intention des Gesetzgebers, die Inhaber von Wasserkraftanlagen vor jeglichen finanziellen Belastungen durch Sanierungsmassnahmen nach Art. 83a GSchG und Art. 10 BGF zu bewahren. Die ursprünglich angedachte Lösung, die Inhaber bestehender Wasserkraftanlagen einen Teil der betreffenden Kosten selber tragen zu lassen, sei bewusst verworfen worden.

**4.1.3** Die Vorinstanz entgegnet, dass sich die Vollständigkeit der Übernahme der Kosten gemäss dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut ausschliesslich auf die Massnahmen beziehe. Die Beschwerdeführerin verwechsle dabei die betrieblichen Massnahmen, welche entschädigt werden könnten, mit den nicht entschädigungsfähigen anschliessend anfallenden Betriebs- und Unterhaltskosten der baulichen Massnahmen. Diese beiden

Begriffe seien auseinanderzuhalten: Nach der Realisierung einer baulichen Massnahme folge die Phase der Bewirtschaftung, welche in die Teilphasen Betrieb und Unterhalt untergliedert werde. Mit der geltenden gesetzlichen Regelung in Art. 34 EnG würden bei baulichen Massnahmen alle Kosten bis und mit der Inbetriebnahme entschädigt. Darüber hinaus seien die einmaligen baulichen Massnahmen begrifflich von den wiederkehrenden Massnahmen zu differenzieren. Schliesslich sei festzuhalten, dass der Aufwand für den Unterhalt anlässlich der baulichen Massnahmen gemäss Art. 10 BGF in der Praxis nicht klar abgrenzbar sei vom Aufwand, der für den Unterhalt der übrigen Anlagenteile anfalle. Da die Unterhaltskosten direkt beim Kraftwerksbetreiber und nicht bei Dritten entstünden, erfolge keine Rechnungsstellung, was eine Überprüfung durch die Behörden verunmögliche. Darüber hinaus sei der Argumentation der Beschwerdeführerin zu entgegnen, dass das Subventionsrecht in keinem einzigen Bereich eine lückenlose Entschädigung jeglicher anfallenden Kosten kenne. Die Grundfragen, ob und wie eine Leistung auszurichten sei (z.B. nach Art, Höhe, Dauer ihrer Ausrichtung) müsse in einem besonderen Subventionserlass (Gesetz, Verordnung, Bundesbeschluss) präzise und verbindlich geregelt sein. Das Legalitätsprinzip gelte nicht nur im Bereich der Eingriffsverwaltung, sondern auch in der Leistungsverwaltung. Demnach dürfe die Verwaltung Leistungen nur ausrichten, wenn eine entsprechende Ermächtigung des Gesetzgebers vorliege. Folgte man der Argumentation der Beschwerdeführerin, müssten jegliche anfallenden Kosten – und damit auch die Betriebs- und Unterhaltskosten – ohne irgendeine zeitliche Befristung oder eine sachliche Eingrenzung entschädigt werden, sobald sie einen Zusammenhang mit Massnahmen nach Art. 83a GSchG oder Art. 10 BGF aufweisen würden.

Die historische Interpretation spreche ebenfalls gegen die von der Beschwerdeführerin vertretene Auslegung des Art. 34 EnG: Wollte das Parlament auch die Unterhalts- und Betriebskosten von baulichen Massnahmen entschädigen, dann hätte es dies entweder im Gesetz selbst geregelt oder zumindest – wie bei den wiederkehrenden Massnahmen – im Bericht der UREK-S einen Hinweis gegeben, dass solche Entschädigungen geleistet werden sollten und für welchen Zeitraum. Demgegenüber finde sich weder im Gesetz noch in den Materialien oder in den Ratsdebatten irgendein Hinweis in dieser Hinsicht. Im Gegenteil würden sämtliche Ausführungen im Bericht der UREK-S darauf hindeuten, dass solche Unterhalts- und Betriebskosten gerade nicht entschädigt werden sollten. Die angegebenen Stellen wären völlig ungenügend, wenn die Kantone und das BAFU

während 40 Jahren für gut 1'000 Projekte jährlich zusätzlich die Entschädigung von Betriebs- und Unterhaltskosten prüfen und ausbezahlen müssten.

Unzutreffend sei zudem die Annahme der Beschwerdeführerin, wonach die Ausführungen in den Gesetzesmaterialien hinsichtlich der 20-jährigen Sanierungsfrist Indizien dafür seien, das Parlament habe die Betriebs- und Unterhaltskosten damit gemeint. Tatsächlich könnten Kosten 20 Jahre lang anfallen, da es neben den einmaligen baulichen Sanierungsmassnahmen auch wiederkehrende Massnahmen gebe (Kiesschüttungen, Dotierwasserabgaben für die Fischwanderhilfen, Staupegelabsenkungen etc.). Der Wortlaut "Planung und Umsetzung der Massnahmen" in den Materialien lege nahe, dass auch in diesem Zusammenhang ausschliesslich Sanierungsmassnahmen und nicht Betriebs- und Unterhaltskosten gemeint seien. Die Beschwerdeführerin leite aus der Textstelle "über die 20 Jahre hinaus" ab, dass nach Ablauf der 20-jährigen Sanierungsfrist bei baulichen Massnahmen nur noch Betriebs- und Unterhaltskosten gemeint sein könnten. Diese Annahme entspreche nicht der Realität: Die 20-jährige Sanierungsfrist bedeute, dass mit der Umsetzung der Massnahmen bis Ende des Jahres 2030 begonnen werden müsse. Grosse Sanierungsprojekte könnten aber in der Umsetzung mehrere Jahre dauern. Es sei also bei grossen Projekten und teuren Massnahmen möglich, dass der Abschluss der Massnahmenumsetzung erst nach Ablauf des Jahres 2030 erfolgen werde. Anschliessend brauche es nochmals Zeit für die Abrechnung und Zusammenstellung der Schlussrechnung, die Gesuchstellung und schliesslich die Prüfung durch die Behörden. Mit anderen Worten sei es in einigen Fällen gut möglich, dass die effektive Auszahlung der Entschädigung mit wenigen Jahren Verzögerung erst nach dem Jahr 2030 erfolgen werde. In keiner Weise sei aber von allfälligen Betriebs- und Unterhaltskosten die Rede. Widersprüchlich erweise sich, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde zwar seitenweise auf den Bericht der UREK-S verweise, aber dann doch festhalte, dass der fragliche Bericht als Hilfsmittel für die Auslegung von Art. 34 EnG ohnehin ungeeignet sei.

**4.1.4** Die Beschwerdeführerin repliziert dahingehend, dass der Betrieb und Unterhalt baulicher Anlagen zur Reduktion von Schwall und Sunk, Wiederherstellung der freien Fischwanderung oder dergleichen ebenso zur im konkreten Einzelfall umzusetzenden Gewässersanierung wie der Bau der betreffenden Anlagen gehören würden. Alleine die Erstellung einer solchen Anlage führe nicht zum Sanierungsziel. Wollte man dem Gedanken der Vorinstanz folgend den Betrieb und den Unterhalt baulicher Anlagen nicht

mehr als Teil der Sanierungsmassnahmen begreifen, würde dies bedeuten, dass die betreffenden Arbeiten auch nicht Teil der Sanierungspflichten gemäss Art. 83a GSchG und Art. 10 BGF bilden würden und die Inhaber der sanierungspflichtigen Wasserkraftanlagen sich darum fütieren könnten. Ebenfalls kein stichhaltiger Grund sei zudem die Tatsache, dass die betreffenden Arbeiten in der Regel von den entschädigungsberechtigten Anlagenbetreibern selbst ausgeführt würden, und dass dementsprechend meist keine leicht überprüfbaren Rechnungen für den betreffenden Aufwand vorhanden sein dürften. Dem Problem werde in diesen Bereichen vielmehr schlicht durch eine (entsprechende) Vorgabe in der einschlägigen Vollzugshilfe begegnet. Eine konkretisierende Norm auf Verordnungsstufe, welche noch ausdrücklich festhalte, dass auch Betriebs- und Unterhaltskosten zu den erstattungsfähigen Kosten gehören würden, sei nicht erforderlich. Die Tatsache, dass der Kostenerstattungsanspruch gemäss Art. 34 EnG auch Betriebs- und Unterhaltskosten miteinschliesse, gebe den Inhabern selbstverständlich keinen Freipass, sich beliebige Aufwände erstatten zu lassen. Spätestens die ergänzend anwendbare allgemeine Subventionsgesetzgebung setze klare Grenzen. Die Behauptung der Vorinstanz, der von der UREK-S auf lediglich zwei bis drei zusätzliche Stellen veranschlagte Personalbedarf für die Beurteilung der Beitragsgesuche, die Beratung der Kantone und die Gutachtertätigkeit bei allfälligen Gerichtsfällen, würden um ein Vielfaches gesprengt, erschliesse sich ihr nicht. Ebenso wenig lasse sich aus dem Hinweis, dass für die Planung und Umsetzung der Massnahmen mit einer Sanierungsfrist von 20 Jahren gerechnet werden müsse, ableiten, dass der Gesetzgeber die Kosten des Betriebs und Unterhalts von baulichen Anlagen aus dem Kostenerstattungsanspruch habe ausnehmen wollen. Angesprochen sei damit letztlich nur die Frist, in- nert welcher die Sanierungsmassnahmen zu etablieren seien.

**4.1.5** Die Beschwerdeführerin stützt sich in ihren Ausführungen u.a. auf ein Rechtsgutachten eines Assistenzprofessors im Auftrag der Regierungskonferenz der Gebirgskantone (nachfolgend: Privatgutachter). Zwar ist diesem Gutachten eine gewisse Bedeutung zuzuerkennen, doch kommt diesem lediglich die Stellung eines Parteigutachtens zu. Solchen Gutachten ist nach der Rechtsprechung nicht die Qualität von Beweismitteln, sondern von blossen Parteibehauptungen beizumessen (vgl. statt vieler Urteil des BGer 2C\_750/2020 vom 25. März 2021 E. 9.3.2 m.w.H.).

**4.1.6** Der Privatgutachter führt im Wesentlichen aus, dass die Pflicht zur vollständigen Entschädigung der Kosten nach Art. 34 EnG wörtlich bzw. umfassend zu verstehen und weit auszulegen sei. Sofern die Ergreifung

einer Massnahme gestützt auf Art. 39a GSchG, Art. 43a GSchG oder Art. 10 bzw. Art. 9 BGF erforderlich gewesen und in der Umsetzung wirtschaftlich und zweckmässig ausgeführt worden sei, seien die darauf zurückzuführenden Kosten vollumfänglich zu erstatten. Dies umfasse auch damit zusammenhängende wiederkehrende Kosten, miteinschliessend Kosten für den Betrieb und Unterhalt einer Fischmigrationsanlage wie bspw. eines Fischlifts. Nicht entschädigungspflichtig seien dementsprechend Kosten für Massnahmen, die ohnehin entstanden wären. Die Ausführungsbestimmungen in der EnV und in der Verordnung des UVEK über die Berechnung der anrechenbaren Kosten von betrieblichen Sanierungsmassnahmen bei Wasserkraftwerken vom 11. März 2016 (VKSWk, SR 730.014.1) seien weitestgehend gesetzeskonform, ebenso die Differenzierung zwischen anrechenbaren und nicht anrechenbaren Kosten und die Ausführungen in der BAFU-Vollzugshilfe). Vereinzelt gebe es allerdings Vorgaben, die mit Art. 34 EnG als nicht vereinbar erscheinen würden. Dies betreffe insbesondere die (pauschale) Nicht-Anrechenbarkeit von Unterhalts- oder Betriebskosten für Anlagen gemäss Anhang 3, Ziff. 3, 3.2 Bst. b EnV bzw. gemäss den Ausführungen in der Vollzugshilfe des BAFU.

Als Begründung führt er u.a. aus, dass eine Beteiligung der Kraftwerksinhaber an den Kosten der Massnahmen nach Art. 83a GSchG und Art. 10 BGF ausdrücklich diskutiert und verworfen worden sei. Nicht ausdrücklich diskutiert worden sei in diesem Kontext aber die Frage der wiederkehrenden Kosten. Es scheine, als hätte die UREK-S in erster Linie einmalige Investitionen im Auge gehabt – klar ersichtlich sei dies indessen nicht. Daraus schliesst der Privatgutachter, dass gemäss Art. 34 EnG dem Inhaber einer Wasserkraftanlage sämtliche Kosten zu erstatten seien, die kausal auf gerechtfertigte Massnahmen gemäss Art. 83a GSchG oder Art. 10 BGF zurückzuführen seien. Mit Blick auf die Erkenntnisse aus der Entstehungsgeschichte der Norm, sei der Begriff der "vollständigen Kosten" wörtlich zu nehmen und weit auszulegen.

## 4.2

**4.2.1** Nach dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit bedarf jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage (Art. 5 Abs. 1 BV). Inhaltlich gebietet das Legalitätsprinzip, dass staatliches Handeln insbesondere auf einem generell-abstrakten Rechtssatz von genügender Normstufe und genügender Bestimmtheit zu beruhen hat sowie alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in einem Bundesgesetz enthalten sein müssen (statt vieler Urteil des BVGer A-1211/2018 vom 11. März 2019 E. 2.4.1 f. m.w.H.).

**4.2.2** Werden Rechtsetzungskompetenzen des Gesetzgebers auf den Verordnungsgeber übertragen, spricht man von Gesetzesdelegation. Der Gesetzgeber ermächtigt dabei im Gesetz die Exekutive zum Erlass von sog. unselbstständigen Verordnungen. Die Gesetzesdelegation gilt grundsätzlich als zulässig (Art. 164 Abs. 2 BV; BGE 137 II 409 E. 6.3 und BGE 128 I 113 E. 3c; Urteil des BVGer A-2852/2018 vom 7. Februar 2019 E. 3.2 m.H.). Bei unselbstständigen Verordnungen werden zwei Kategorien unterschieden: Die gesetzesvertretenden Verordnungen ergänzen oder ändern die gesetzliche Regelung und übernehmen damit Gesetzesfunktion. Solche Verordnungen darf der Bundesrat gemäss Art. 164 Abs. 2 BV nur gestützt auf eine besondere Ermächtigung des Gesetzgebers erlassen, d.h. es braucht eine genügende Delegationsnorm im Gesetz. Vollziehungsverordnungen hingegen sollen Gesetzesbestimmungen verdeutlichen und soweit nötig das Verfahren regeln. Sie dürfen – im Vergleich zum Gesetz – nicht zusätzliche Pflichten auferlegen, selbst wenn diese mit dem Gesetzeszweck im Einklang stehen. Ebenso wenig dürfen sie Ansprüche, die aus dem Gesetz hervorgehen, beseitigen. Zum Erlass von Vollziehungsverordnungen ist der Bundesrat grundsätzlich aufgrund von Art. 182 Abs. 2 BV auch ohne gesetzliche Ermächtigung befugt (BGE 125 V 266 E. 6b; Urteil des BVGer A-637/2020 vom 5. Februar 2021 E. 5.3.2 m.H.).

**4.2.3** Das Bundesverwaltungsgericht kann eine Verordnungsbestimmung des Bundesrates auf Beschwerde hin vorfrageweise auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit prüfen (sog. konkrete Normenkontrolle). Bei unselbstständigen Verordnungen prüft das Bundesverwaltungsgericht, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnis gehalten hat (vgl. BGE 143 II 87 E. 4.4 m.w.H.; BVGE 2010/33 E. 3.1.1). Erweist sich die Verordnung als gesetzmässig und ermächtigt das Gesetz den Bundesrat nicht, von der Verfassung abzuweichen, ist auch die Verfassungsmässigkeit zu prüfen (BGE 143 II 87 E. 4.4 und BGE 141 II 169 E. 3.4; Urteil des BVGer A-882/2016 vom 6. April 2017 E. 2.3). Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Bereich des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich. Es darf in diesem Fall bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern hat seine Prüfung darauf zu beschränken, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenz offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetzes- oder verfassungswidrig ist (statt vieler: BGE 131 II 562 E. 3.2; BVGE 2010/33 E. 3.1.1).



**4.3** Der Bundesrat vollzieht das EnG (Art. 60 Abs. 1 EnG) und erlässt die Ausführungsbestimmungen hierzu (Art. 60 Abs. 3 EnG; Art. 182 Abs. 2 BV). Dabei handelt es sich um die Kompetenz, eine Vollziehungsverordnung zu erlassen. Die Verordnungskompetenz hat der Bundesrat mit der EnV wahrgenommen. In *formeller* Hinsicht ist die staatsrechtliche Zuständigkeitsordnung beim Erlass der EnV gewahrt.

#### **4.4**

**4.4.1** In *materieller* Hinsicht beanstandet die Beschwerdeführerin eine Kompetenzüberschreitung des Bundesrats. Sie macht sie geltend, dass Anhang 3 Ziff. 3.2 Bst. b EnV sowie die Vollzugshilfe des BAFU bundesrechtswidrig und im Rahmen einer akzessorischen Normenkontrolle die Anwendung zu versagen seien.

**4.4.2** Zur Beantwortung der Frage der Gesetzmässigkeit von Art. 32 Abs. 2 EnV i.V.m. Anhang 3 Ziff. 3.2 Bst. b EnV ist nachfolgend Art. 34 EnG auszulegen. In systematischer Hinsicht ist zudem auf die einschlägigen Bestimmungen des GschG und des BGF einzugehen.

#### **4.5**

**4.5.1** Ziel der Auslegung ist die Ermittlung des wahren Sinngehalts einer Gesetzesbestimmung. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut der Norm. Ist der Wortlaut nicht klar oder bestehen Zweifel, ob ein scheinbar eindeutiger Wortlaut den wahren Sinn der Norm wiedergibt, so ist auf die übrigen Auslegungselemente zurückzugreifen. Abzustellen ist auf die Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm (historische Auslegung), ihren Sinn und Zweck (teleologische Auslegung) sowie die Bedeutung, die ihr im Kontext mit anderen Normen zukommt (systematische Auslegung). Dabei befolgt die Rechtsprechung einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen (vgl. BGE 145 III 63 E. 2.1, BGE 144 V 333 E. 10.1 und BGE 143 II 268 E. 4.3.1, jeweils m.H.; vgl. ferner Urteil des BVGer A-1972/2021 vom 18. Januar 2023 E. 7.2.7).

Die Gesetzesmaterialien sind nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Materialien eine besondere Bedeutung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger rasch nahelegen. Bleiben letztlich mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten

entspricht (sog. verfassungskonforme bzw. verfassungsbezogene Auslegung; vgl. zum Ganzen BGE 144 V 333 E. 10.1 und BGE 135 I 161 E. 2.3; Urteil des BVGer A-322/2018 vom 28. Januar 2019 E. 3.5; ERNST KRAMER, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 117 f.; je m.H.).

**4.6** Für die Auslegung von Art. 34 EnG kann im Wesentlichen auf die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zu dieser Bestimmung verwiesen werden (Urteil des BGer 2C\_116/2022 vom 3. Mai 2023 E. 6). Der Verständlichkeit halber werden die Erwägungen des Bundesgerichts zur Auslegung von Art. 34 EnG nachfolgend in gekürzter Form jeweils wiedergegeben, soweit sie für die vorliegende Auslegungsfrage relevant sind.

**4.7** Gemäss dem in allen Sprachen übereinstimmenden Gesetzestext sind die vollständigen Kosten für die Massnahmen zur Sanierung gestützt auf Art. 83a GschG sowie Art. 10 BGF zu entschädigen. Der Wortlaut von Art. 34 EnG sieht den Grundsatz der vollständigen Kostenerstattung jedenfalls nur mit Bezug auf die "Kosten für die Massnahmen nach" Art. 83a GSchG und Art. 10 BGF klar vor (vgl. Urteil des BGer 2C\_116/2022 vom 3. Mai 2023 E. 6.2). Der Normtext verweist auf die *Massnahmen* nach Art. 83a GschG und Art. 10 BGF und lässt somit verschiedene Interpretationen über die *anrechenbaren* Kosten zu, namentlich ob darunter Kosten für *einmalige* bauliche Sanierungsmassnahmen, *wiederkehrende Kosten* oder aber auch *Betriebs- und Unterhaltskosten* zu verstehen sind.

## 4.8

**4.8.1** Für die Auslegung von Art. 34 EnG ("vollständige Kosten für die Massnahmen") ist auf die Entstehungsgeschichte von Art. 15a<sup>bis</sup> Abs. 1 aEnG abzustellen (vgl. ausführlich E. 3.7 hiervor). Diese Bestimmung geht auf die parlamentarische Initiative 07.492 "Schutz und Nutzung der Gewässer" zurück, mit der die UREK-S (als indirekter Gegenvorschlag zur Volksinitiative "Lebendiges Wasser") insbesondere den Zustand der Gewässer in der Schweiz verbessern und die Finanzierung entsprechender Massnahmen regeln wollte (vgl. Bericht der UREK-S, S. 8044 f.). Eine Mehrheit der ständerätlichen Kommission befürwortete die Regelung, wonach die Höhe der Beiträge an die Kosten der Sanierungsmassnahmen 80 % betragen sollte, soweit nicht ein höherer Beitragssatz zur Wahrung der wohlerworbenen Rechte der Konzessionsinhaber notwendig sei. Damit sollten alle bestehenden Anlagen, bei denen Sanierungsmassnahmen getroffen würden, angemessene Kostenbeiträge erhalten und zwar unabhängig davon, ob sie eine laufende Konzession besässen oder ob die Anordnung der

Massnahmen mit einer Konzessionserneuerung zusammenfalle (vgl. Bericht der UREK-S, S. 8065 f.; vgl. Urteil des BGer 2C\_116/2022 vom 3. Mai 2023 E. 6.3.1).

**4.8.2** Eine Minderheit der ständerätlichen Kommission wollte indes sicherstellen, dass die Inhaber von Konzessionen zur Nutzung der Wasserkraft, die Sanierungsmassnahmen im Bereich Schwall und Sunk, Geschiebehaushalt und Fischgängigkeit durchführen, von der nationalen Netzgesellschaft die vollständigen Kosten für den Entzug ihrer wohl erworbenen Rechte zurückerstattet erhalten (vgl. Bericht UREK-S, S. 8066). Der Bundesrat schloss sich in seiner Stellungnahme vom 19. September 2008 der Ansicht an, dass bezüglich Finanzierung der Sanierungsmassnahmen in den Bereichen Schwall/Sunk, Geschiebe und Fischgängigkeit "den Inhabern von Wasserkraftanlagen zur Wahrung ihrer wohl erworbenen Rechte die vollständigen Kosten der Massnahmen von der nationalen Netzgesellschaft erstattet werden sollten" (Stellungnahme des Bundesrates vom 19. September 2008 zum Bericht der UREK-S, BBI 2008 8079 ff. [nachfolgend: Stellungnahme Bundesrat], S. 8082; Urteil des BGer 2C\_116/2022 vom 3. Mai 2023 E. 6.3.2).

**4.8.3** Im Parlament setzte sich – nach einer Debatte über die wohl erworbenen Rechte – letztlich der Vorschlag durch, die vollständigen Kosten für die Sanierungsmassnahmen zu erstatten (vgl. AB 2008 S 792 f. [Elfte Sitzung des Ständerats in der Herbstsession 2008 am 1. Oktober 2008]; AB 2009 N 662 [Zweite Sitzung des Nationalrats in der Sondersession April 2009 am 28. April 2009]; vgl. Urteil des BGer 2C\_116/2022 vom 3. Mai 2023 E. 6.3.3; vgl. ferner ausführlich das Privatgutachten, Vorakte 7, Rz. 18 ff.). Die Überlegungen des Gesetzgebers zu den Massnahmen nach Art. 83a GschG und Art. 10 BGF bleiben trotz dem neu eingefügten Passus "vollständige Kosten" dieselben, weshalb – entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin – vorliegend auf den Bericht der UREK-S samt deren Überlegungen abgestellt werden kann.

**4.8.4** Bezüglich der Auslegungsfrage kann dem Bericht der UREK-S zur parlamentarischen Initiative "Schutz und Nutzung der Gewässer" entnommen werden, dass der Gesetzgeber bei seinen Überlegungen in erster Linie von einmaligen Planungs- und Errichtungskosten, aber auch von bestimmten wiederkehrenden Kosten, ausgegangen ist ("Planung und Umsetzung der Massnahmen" auf S. 8064 und 8068). Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, die "über die 20 Jahre hinaus" anfallenden Kosten sprächen für einen Kostenerstattungsanspruch für *Betriebs- und*

*Unterhaltskosten*, kann ihr nicht gefolgt werden. Gemäss den Ausführungen der UREK-S zu Art. 83a GschG ist mit einer Sanierungsphase von 20 Jahren zu rechnen (Bericht der UREK-S, S. 8055 und 8064). Die 20-jährige Sanierungsfrist gemäss Art. 83a GschG begann mit dem Inkrafttreten am 1. Januar 2011 zu laufen (vgl. AS 2010 4285). Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, können Sanierungen mehrere Jahre dauern (vgl. z.B. zu den Phasen des Leistungsmodells der SIA-Ordnung 112 in Vorakte 5, S. 201). Werden diese erst am Ende der Sanierungsfrist in Angriff genommen, kann die Abrechnung auch ohne weiteres nach Ablauf der Sanierungsfrist erfolgen. Im Übrigen gibt es auch wiederkehrende Massnahmen, mit deren Umsetzung bis Ende 2030 begonnen werden muss und deren Kosten nach Ablauf anfallen (z.B. periodische Stauabsenkungen bei Wasserkraftwerken, Kiesentnahmen bzw. Kiesschüttungen, Bewirtschaftung von Geschiebesammlern, Bericht der UREK-S, S. 8064 zu Art. 83a GschG). Dasselbe hat auch für die Massnahmen nach Art. 10 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 BGF zu gelten. Allfällige Betriebs- und Unterhaltskosten, die der Errichtungsphase nachgelagert sind, werden dagegen im Bericht nicht erwähnt. Hinzu kommt schliesslich, dass auch der Privatgutachter zumindest einräumt, es scheine ihm, als hätte die UREK-S in erster Linie einmalige Investitionen im Auge gehabt (Privatgutachten, Vorakte 7, Rz. 34).

Nach dem Gesagten ist aus den Materialien einzig ersichtlich, dass der Gesetzgeber Planungs- und Umsetzungsmassnahmen bzw. bestimmte wiederkehrende Massnahmen im Sinn hatte. Daran vermag auch die Diskussion im Parlament über die wohlerworbenen Rechte, welche durch den Passus der vollständigen Kosten ersetzt wurden, nichts ändern. Aus der Entstehungsgeschichte geht diesbezüglich einzig hervor, dass die Inhaber von Wasserkraftwerken nicht auch einen Teil der Sanierungsmassnahmen nach Art. 83a GschG und Art. 10 BGF zu tragen haben. Dagegen ist von den Betriebs- und Unterhaltskosten nicht die Rede.

**4.8.5** Zu den finanziellen Überlegungen lässt sich dem Bericht der UREK-S Folgendes entnehmen (Bericht der UREK-S, S. 8067 f.):

#### **"4.1.2 Sanierung der Wasserkraftnutzung**

Es entstehen für den Bund Kosten von insgesamt rund 5 Millionen Franken für die Mitfinanzierung der kantonalen Planungen.

Die personellen Auswirkungen werden auf zwei bis drei zusätzliche Stellen geschätzt, insbesondere wegen der Beurteilung der Beitragsgesuche, der Beratung der Kantone und der Gutachtertätigkeit bei allfälligen Gerichtsfällen."

#### **"4.2.2 Sanierung der Wasserkraftnutzung**

Es entstehen für die Kantone Planungskosten von insgesamt ca. 10 Millionen Franken.

Die personellen Auswirkungen werden in den hauptbetroffenen Gebirgskantonen vor allem während 4–5 Jahren nach dem Inkrafttreten der Vorlage auf je zwei bis drei zusätzliche Stellen für die Planung und Festlegung der Massnahmen geschätzt."

**4.8.6** Diesbezüglich macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Betriebs- und Unterhaltskosten über einen Zeitraum von 60 Jahren 70% der einmaligen Projektierungs- und Realisierungskosten entsprechen würden. Fraglich ist, ob die projektierten Stellen unter dieser Annahme genügend bemessen wären. Wie es sich damit verhält, kann letztlich jedoch offen bleiben. Festzuhalten ist, dass der Bericht der UREK-S auch an dieser Stelle ausdrücklich von Planungskosten spricht. Dies deutet auch daraufhin, dass die Betriebs- und Unterhaltskosten nicht mitgemeint sind.

**4.8.7** Zusammenfassend lässt sich im Rahmen der historischen Auslegung festhalten, dass der Gesetzgeber die Inhaber aller bestehenden Wasserkraftwerke für die Sanierungsmassnahmen in den Bereichen Schwall und Sunk, Geschiebehaushalt und Fischgängigkeit voll entschädigen wollte. Die historische Auslegung deutet jedoch daraufhin, dass der Gesetzgeber die Subventionierung von Betriebs- und Unterhaltskosten nicht beabsichtigte.

**4.9** Bei einer teleologischen Auslegung ist festzuhalten, dass ein finanzieller Anreiz geschaffen werden sollte, um die Sanierungsmassnahmen möglichst zeitnah durchzuführen, um namentlich dem zu beobachtenden Fischrückgang entgegenzuwirken. Die Wiederherstellung der Fischgängigkeit bei bestehenden Anlagen war bereits in Art. 10 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 BGF vorgesehen gewesen, allerdings nur soweit wirtschaftlich tragbar (AS 1991 1478, S. 1481; vgl. auch Bericht UREK-S, S. 8055). Folglich wird mit der vollständigen finanziellen Entschädigung auch die Förderung einer möglichst unmittelbaren Durchführung der erforderlichen Sanierungsmassnahmen bezweckt. Selbst der Bundesrat, der einen zu hohen Subventionsanteil monierte, anerkannte, es sei unbestritten, dass vorliegend ein hoher

Subventionssatz zielführend sei, weil der Druck, Revitalisierungen durchzuführen, im Vergleich zu anderen Aufgaben eher klein sei (vgl. Stellungnahme Bundesrat, S. 8082). Die vollständige Kostenerstattung gemäss Art. 34 EnG ist daher auch vor dem Hintergrund der finanziellen Förderung einer zeitnahen Durchführung der Sanierungsmassnahmen zu lesen (vgl. Urteil des BGer 2C\_116/2022 vom 3. Mai 2023 E. 6.4). Erstellt ist somit zwar, dass der Gesetzgeber eine zeitnahe Förderung der Sanierungsmassnahmen bzw. einen Subventionsdruck bezweckte. Daraus lässt sich jedoch nicht ableiten, dass auch die Betriebs- und Unterhaltskosten dadurch abgedeckt wären. In teleologischer Hinsicht lässt sich somit nichts für die Auslegungsfrage ableiten.

#### **4.10**

**4.10.1** Unter systematischen Gesichtspunkten ist festzuhalten, dass Art. 34 EnG auf die *Massnahmen* nach Art. 83a GSchG und Art. 10 BGF verweist (und damit auch auf Art. 39a und Art. 43a GSchG sowie auf Art. 9 Abs. 1 BGF). Nach dem bereits Gesagten geht Art. 34 EnG weiter als Art. 10 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 BGF, der auf die "wirtschaftliche Tragbarkeit" abstellt (vgl. E. 4.9 hiervor).

**4.10.2** Weiter ist auf das Verhältnis zum Subventionsgesetz einzugehen. Das Subventionsgesetz gilt für alle im Bundesrecht vorgesehenen Finanzhilfen und Abgeltungen (Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 [Subventionsgesetz, SR 616.1]). Die Entschädigung gemäss Art. 34 EnG ist eine Abgeltung nach Art. 3 Abs. 2 Bst. b SuG. Es sind nur Aufwendungen anrechenbar, die tatsächlich entstanden und für die zweckmässige Erfüllung der Aufgabe unbedingt erforderlich sind (Art. 14 Abs. 1 SuG). Gemäss Art. 14 Abs. 2 SuG sind Kapitalkosten bei Bauwerken nicht anrechenbar, ebenso wenig Abschreibungen, soweit die betreffende Investition über die Abgeltung mitfinanziert wurde (Art. 14 Abs. 3 SuG). Art. 14 SuG befindet sich im dritten Kapitel des SuG. Das dritte Kapitel ("Allgemeine Bestimmungen für Finanzhilfen und Abgeltungen") – und damit auch Art. 14 SuG – ist gemäss Art. 2 Abs. 2 SuG nur anwendbar, soweit andere Bundesgesetze oder allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse nichts anderes vorschreiben (vgl. zum Ganzen Vollzugshilfe des BAFU, S. 11). Zu den Betriebs- und Unterhaltskosten finden sich dagegen keine Hinweise. Die systematische Auslegung gibt somit ebenfalls keine Antwort auf die Auslegungsfrage.

**4.10.3** Anzumerken bleibt, dass u.a. Anhang 3 Ziff. 3.2 Bst. d EnV zu den betrieblichen und wiederkehrenden Kosten auf Verordnungsstufe für die Auslegung des EnG nicht einschlägig ist. Das vollziehende Verordnungsrecht kann die Gesetzesauslegung nicht entscheidend beeinflussen, da es seinerseits gesetzeskonform sein muss (vgl. BGE 139 II 460 E. 2.2 und 136 I 29 E. 3.3; Urteil des BGer 2C\_116/2022 vom 3. Mai 2023 E. 6.5; Urteil des BVerfG A-1972/2021 vom 18. Januar 2023 E. 6.5).

**4.11** Als Fazit der Auslegung kann festgehalten werden, dass der Wortlaut von Art. 34 EnG die vollständige Erstattung der Kosten für die Massnahmen nach Art. 83a GSchG und Art. 10 BGF vorsieht. Allerdings lässt der Wortlaut offen, ob auch *Betriebs-* und *Unterhaltskosten* mitgemeint sind. Aus der systematischen und teleologischen Auslegung lassen sich keine Schlüsse für die Auslegungsfrage ziehen. Die Materialien deuten darauf hin, dass Gesetzgeber bei den "vollständigen Kosten" von Massnahmen nach Art. 83a GschG bzw. Art. 10 BGF nicht von Betriebs- und Unterhaltskosten, sondern von Planungs- und Errichtungskosten sowie von wiederkehrenden Kosten ausgegangen ist. Eine Gesamtbetrachtung der Auslegungselemente ergibt daher, dass *Betriebs-* und *Unterhaltskosten* nicht durch Art. 34 EnG abgedeckt sind. Damit erweist sich Anhang 3 Ziff. 3.2 Bst. b EnV als gesetzeskonform, der die Betriebs- und Unterhaltskosten nicht zu den anrechenbaren Kosten zählt.

## **5.**

Als nächstes ist darauf einzugehen, ob sich Anhang 3 Ziff. 3.2 Bst. b EnV sowie die Vollzugshilfe des BAFU als verfassungskonform erweisen.

**5.1** Diesbezüglich trägt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, dass die Ungleichbehandlung von zu rein betrieblichen oder anderen wiederkehrenden Sanierungsmassnahmen verpflichteten Inhabern von Wasserkraftanlagen einerseits und von zu baulichen Sanierungsmassnahmen verpflichteten Inhabern von Wasserkraftanlagen andererseits das Rechtsgleichheitsgebot, das Gebot der Gleichbehandlung von Konkurrenten sowie das Willkürverbot verletze.

**5.2** Die Vorinstanz widerspricht der Beschwerdeführerin dahingehend, dass gerade die Einführung der Entschädigungsdauer von 40 Jahren bei wiederkehrenden Massnahmen die Gleichbehandlung mit den baulichen Massnahmen bezwecke. Wiederkehrende Kosten von Sanierungsmassnahmen könnten bei Massnahmen entstehen, die Auswirkungen auf den Betrieb eines Wasserkraftwerks hätten (z.B. Anhebung des Sunkabflusses

oder Verlangsamung der Schwallrückgangrate). Auch die anderen wiederkehrenden Massnahmen, wie beispielsweise Kiesschüttungen (z.B. Kieseinträge in periodischen Abständen zur Wiederherstellung und Verbesserung der Laichgründe für Fische), würden regelmässig anfallen. Demgegenüber werde bei baulichen Massnahmen mit einer Lebensdauer von durchschnittlich etwa 40 Jahren ausgegangen. Mit der Einführung der Entschädigungsdauer von 40 Jahren bei wiederkehrenden Massnahmen sollte gerade die rechtsgleiche Behandlung der verschiedenen Massnahmen hergestellt werden, welche zuvor nicht gewährleistet gewesen sei. Dies belege auch der erläuternde Bericht zur Änderung der EnV vom November 2015. In diesem Zusammenhang gelte es darauf hinzuweisen, dass auch bei den wiederkehrenden Massnahmen keine unbefristete und "grenzenlose" Entschädigung erfolge, sondern die Dauer der Entschädigung aus den genannten Gründen auf 40 Jahre beschränkt sei. Nach Ablauf der 40 Jahre hätten sämtliche Inhaber von Wasserkraftanlagen, welche wiederkehrende Massnahmen vorzunehmen hätten, keinen Anspruch mehr auf eine Abgeltung nach Art. 34 EnG.

**5.3** In ihren Schlussbemerkungen hält die Beschwerdeführerin an ihren Ausführungen fest.

#### **5.4**

**5.4.1** Nach Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür behandelt zu werden. Willkürlich ist ein Entscheid nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst dann, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (vgl. BGE 146 II 111 E. 5.1.1 und BGE 142 V 513 E. 4.2).

**5.4.2** Das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung wird namentlich verletzt, wenn hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen (BGE 141 I 153



E. 5.1; Urteile des BVGer A-957/2016 vom 14. Dezember 2016 E. 12.2.1 und A-258/2016 vom 8. November 2016 E. 4.2; je m.w.H.).

**5.4.3** Art. 94 BV statuiert das System einer Wirtschaftsordnung des freien Wettbewerbs. Dieser institutionelle Grundsatz wird in Art. 27 BV im Rahmen seiner individualrechtlichen Funktion konkretisiert. Demnach schützt die Wirtschaftsfreiheit vor allem das Recht des Einzelnen, uneingeschränkt von staatlichen Massnahmen jede privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit frei auszuüben (HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage 2020, Rz. 628 ff.). Die Wirtschaftsfreiheit gilt nicht absolut, sondern sie kann, sofern es sich um Massnahmen handelt, die sich nicht gegen den Wettbewerb richten (Art. 94 Abs. 4 BV), gestützt auf Art. 36 BV eingeschränkt werden. Andernfalls wäre zusätzlich eine Bundesverfassungsnorm oder ein kantonales Regalrecht notwendig (BGE 136 I 1 E. 5.1 und BGE 128 I 3 E. 3a). Zu beachten ist zudem der Anspruch der direkten Konkurrenten auf Gleichbehandlung. Er kommt zwischen Angehörigen der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen, zum Tragen (BGE 125 I 431 E. 4b). Massnahmen, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen, sind verboten. Darin liegt ein grundsatzwidriges und damit unzulässiges Regelungsmotiv. Eine absolute Gleichbehandlung der Konkurrenten ist nicht möglich (BGE 136 I 1 E. 5.5.2 und BGE 130 I 26 E. 6.3.3). Dieser spezifische Gleichbehandlungsgrundsatz schützt folglich vor staatlichen Ungleichbehandlungen, die zwar auf ernsthaften sachlichen Gründen beruhen mögen und damit nach Art. 8 Abs. 1 BV möglicherweise zulässig wären, gleichzeitig aber einzelne Konkurrenten namentlich durch unterschiedliche Belastungen oder staatlich geregelten Marktzugang bzw. -ausschluss begünstigen oder benachteiligen (BGE 121 I 129 E. 3d; KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH, Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Auflage 2023, Rz. 28 zu Art. 27 BV m.H.).

**5.4.4** Verwaltungsverordnungen richten sich an die mit dem Vollzug einer bestimmten öffentlichen Aufgabe betrauten Organe, insbesondere also an die Verwaltungsbehörden. Sie statuieren keine neuen Rechte und Pflichten für Private, sondern bezwecken, Gewähr für eine einheitliche und rechtsgleiche Auslegung und Anwendung der Gesetze und Verordnungen durch die Verwaltung zu bieten. In Nachachtung dieses Zwecks berücksichtigen

auch die Gerichte Verwaltungsverordnungen bei der Auslegung des inländischen Rechts, obschon Verwaltungsverordnungen für die Gerichte an sich nicht verbindlich sind. Vorausgesetzt wird dabei immerhin, dass die betroffene Verwaltungsverordnung eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulässt. Mit anderen Worten weichen die Gerichte nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen (vgl. BGE 146 I 105 E. 4.1.2 m.H.).

**5.5** Zu prüfen ist, ob die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) sowie das Gebot der Gleichbehandlung von Konkurrenten (Art. 27 BV) und das Willkürverbot (Art. 9 BV) durch Anhang 3 Ziff. 3.2 Bst. b EnV oder die Vollzugshilfe des BAFU verletzt sind.

**5.5.1** Art. 32 Abs. 2 EnV i.V.m. Anhang 3 Ziff. 3.2 Bst. b EnV deklariert Unterhaltskosten von Anlagen explizit als nicht anrechenbar. Inhabern von Wasserkraftanlagen wird dagegen ein Erstattungsanspruch für die wiederkehrenden Kosten zugestanden, welche in den ersten 40 Jahren nach Umsetzung der betreffenden Massnahme entstehen (Anhang 3 Ziff. 3.2 Bst. d *e contrario* EnV).

**5.5.2** Der erläuternde Bericht zur Änderung der EnV vom November 2015 (S. 12) führt aus:

"Für die Dauer der Vergütung wurden verschiedene Szenarien geprüft. Gründe, welche die in Ziffer 3.2 Buchstabe d EnV vorgesehene Auszahlungsdauer von 40 Jahren rechtfertigen, sind:

- Die Lebensdauer von baulichen Massnahmen beträgt im Durchschnitt ebenfalls etwa 40 Jahre, damit werden die beiden Arten von Massnahmen gleich behandelt.
- Die Vergütungsdauer ist unabhängig von der Konzessionsdauer. Dies entspricht dem gesetzgeberischen Willen, die Sanierungsmassnahmen bei allen bestehenden Kraftwerken unabhängig von der Konzession (Konzessionserneuerung, kurze oder lange Restdauer der Konzession) zu entschädigen und führt insbesondere bei ehehaften Rechten zu keinen Problemen."

**5.5.3** Die Vollzugshilfe des BAFU unterscheidet drei Kategorien von Sanierungsmassnahmen gemäss Art. 83a GSchG und Art. 10 BGF: bauliche, betriebliche oder andere wiederkehrende Massnahmen. Zu den anrechenbaren Kosten für betriebliche Massnahmen führt die Vollzugshilfe aus (S. 25, Ziff. 3.3.1):

"Im Bereich der betrieblichen Massnahmen werden primär Erlöseinbussen vergütet. Ziel ist es sicherzustellen, dass für Kraftwerksinhaber keine finanziellen Einbussen gegenüber dem Betrieb vor der Umsetzung der Sanierungsmassnahme entstehen. Es sind Erlöseinbussen anrechenbar, die sich unmittelbar und ursächlich aus der zweckmässigen Ausführung der betrieblichen Massnahmen ergeben (z. B. Erlöseinbussen aufgrund Mehrdotation einer Fischaufstiegshilfe, Wasserabgabe für künstliche Hochwasser oder zeitlicher Verschiebung der Stromproduktion). Ebenfalls anrechenbar sind Erlöseinbussen, die durch Auswirkungen von baulichen und anderen als betrieblichen wiederkehrenden Massnahmen auf betrieblicher Ebene entstehen (z. B. Erlöseinbussen wegen verringerter Fallhöhe infolge Einbaus eines "ökologischen" Rechens oder wegen Kiesschüttungen).

Ebenfalls finanziert werden bei den betrieblichen und anderen wiederkehrenden Massnahmen die Kosten für Planung und Projektierung sowie Kosten für allfällig notwendige bauliche Massnahmen als Voraussetzung zur Umsetzung der Massnahmen. (...)"

**5.5.4** Zu den baulichen Massnahmen gehören konstruktive Massnahmen (inkl. notwendiger Voraussetzungen wie z. B. Landerwerb und Massnahmen zur Gewährleistung ihrer Funktionsweise wie z. B. Steuerungsanlagen). Dazu zählen einmalige direkte Kosten. Indirekt können bauliche Massnahmen auch betriebliche Folgen haben und damit zu wiederkehrenden Erlöseinbussen führen. Beispiele für bauliche Massnahmen sind bauliche Optimierungen für Fischaufstiegs- bzw. abstiegshilfen oder ein Rechen beim Turbineneinlauf (Fischabstieg; Vollzugshilfe des BAFU, S. 18).

**5.5.5** Betriebliche Massnahmen sind solche, die direkt die Betriebsweise der Wasserkraftanlage berühren und zu Energieminderproduktion und/oder zu zeitlichen Verschiebungen der Energieproduktion führen. Sie können bauliche Massnahmen als Voraussetzung haben. Dazu zählen (wiederkehrende) Erlöseinbussen. Die damit einhergehenden Kosten (Erlöseinbussen) können nicht durch Belege nachgewiesen werden, sondern müssen aus der Differenz zwischen Produktion ohne und mit Sanierungsmassnahme und den Strompreisen ermittelt werden (z.B. Mehrdotation für Fischaufstiegshilfen; Vollzugshilfe des BAFU, S. 18).

**5.5.6** Als andere wiederkehrende Massnahmen gelten schliesslich alle anderen nicht-betrieblichen wiederkehrenden Massnahmen (z. B. regelmässiger Kieseintrag). Sie können unter Umständen auch bauliche Massnahmen bedingen (z. B. Bau von Zufahrtsrampen für Kiesschüttungen) und

können indirekt Auswirkungen auf betrieblicher Ebene und damit als Kostenfolge Erlöseinbussen aufweisen (Vollzugshilfe des BAFU, S. 19).

**5.5.7** Weiter erläutert die Vollzugshilfe des BAFU, dass aufgrund der fehlenden Anrechenbarkeit von Betriebs- und Unterhaltskosten allfällige kostenmindernde Erlöse (z. B. Mehreinnahmen durch Vermarktung des ökologischen Mehrwerts, Erlöse aus der zusätzlichen Pumpspeicherung) seitens der Kraftwerksinhaber auch nicht von den anrechenbaren Kosten in Abzug zu bringen sind (Vollzugshilfe des BAFU, S. 21).

**5.5.8** Nach dem Gesagten hatte der Ordnungsgeber ausdrücklich zum Ziel, bauliche, betriebliche oder andere wiederkehrende Massnahmen gleich zu behandeln, indem er die Erstattung von betrieblichen oder anderen wiederkehrenden Massnahmen auf 40 Jahre begrenzte. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass bauliche Massnahmen nach den Annahmen des Ordnungsgebers in der Regel einmal erfolgen und in der Regel eine Lebensdauer von 40 Jahren aufweisen (vgl. E. 5.5.2 hiavor). Inwiefern diese Regelung Konkurrentinnen, die zu baulichen Massnahmen verpflichtet werden und solche, die zu betrieblichen und anderen Massnahmen verpflichtet werden, ungleich behandeln sollte, ist nicht ersichtlich. Nach den schlüssigen Ausführungen der Vorinstanz können *wiederkehrende* Kosten von Sanierungsmassnahmen bei Massnahmen entstehen, die Auswirkungen auf den *Betrieb* eines Wasserkraftwerks haben (z.B. Anhebung des Sunkabflusses oder Verlangsamung der Schwallrückgangsrate). Auch die anderen wiederkehrenden Massnahmen, wie beispielsweise Kiesschüttungen (z.B. Kieseinträge in periodischen Abständen zur Wiederherstellung und Verbesserung der Laichgründe für Fische), fallen regelmässig an (vgl. zu den wiederkehrenden Kosten auch den Bericht der UREK-S, S. 8064). Dagegen fallen bauliche Massnahmen nur einmal an und haben nach den Überlegungen des Ordnungsgeber eine Lebensdauer von 40 Jahren. Dazu passt, dass allfällige kostenmindernde Erlöse auch nicht von den anrechenbaren Kosten in Abzug zu bringen sind, sondern der Beschwerdeführerin zugutekommen (z.B. Mehreinnahmen durch Vermarktung des ökologischen Mehrwerts oder Erlöse aus der zusätzlichen Pumpspeicherung). Die Vorinstanz hat hierfür die ausführlich wiedergegebene Vollzugshilfe des BAFU u.a. zur Anwendung von Anhang 3 Ziff. 3.2 Bst. b EnV erlassen. Die darin enthaltene Unterscheidung in betriebliche, sachliche und wiederkehrende Massnahmen beruht auf einem sachlichen und nachvollziehbaren Kriterium. Die Vollzugshilfe des BAFU bietet durch ihre systematische Abgrenzung Gewähr für eine einheitliche und rechtsgleiche Auslegung und Anwendung von Anhang 3 Ziff. 3.2 Bst. b

EnV und liegt in ihrem Ermessen. Die Beschwerdeführerin stellt vielmehr zu Unrecht die *betrieblichen* Massnahmen, welche entschädigt werden, mit den nicht entschädigungsfähigen anschliessend anfallenden *Betriebs-* und *Unterhaltskosten* der baulichen Massnahmen, gleich. Diese Gleichstellung verbietet sich jedoch bereits aus der Auslegung von Art. 34 EnG (vgl. E. 4.11 hiervor). Vorliegend hat die Vorinstanz daher zu Recht eine Kostenerstattung für den Betrieb und Unterhalt bei baulichen Massnahmen bezüglich der Fischgängigkeit abgelehnt. Eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 BV), die Verletzung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV; Gleichbehandlung der Konkurrenten) oder aber geradezu Willkür (Art. 9 BV) liegen nicht vor.

**5.5.9** Zusammenfassend sind Anhang 3 Ziff. 3.2 Bst. b EnV sowie die Vollzugshilfe des BAFU verfassungskonform.

## 6.

Im Ergebnis erweist sich die angefochtene Verfügung als bundesrechtskonform und die Beschwerde ist somit abzuweisen.

## 7.

**7.1** Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend, weshalb sie in Anwendung von Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten zu tragen hat. Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Der Streitwert bestimmt sich nach den Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben sind (vgl. Art. 51 Abs. 1 Bst. a BGG analog; vgl. Urteile des BVGer B-4324/2015 vom 23. Januar 2019 E. 7.1 und B-7200/2015 vom 19. November 2018 E. 6.1 m.H.). Da die Beschwerdeführerin den Streitwert der Betriebs- und Unterhaltskosten (inkl. Energie Fischlift) mit Fr. 800'000.– beziffert (Fr. 20'000.– wiederkehrend für 40 Jahre), führt dies zu einer Gerichtsgebühr zwischen Fr. 5'000.– und Fr. 20'000.–. Aufgrund des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache sind die Verfahrenskosten somit auf Fr. 7'600.– festzusetzen (Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Betrag ist

dem einbezahlten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 7'600.– zu entnehmen.

**7.2** Der unterliegenden Beschwerdeführerin steht keine Parteienschädigung zu (Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE). Die Vorinstanz hat ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteienschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

*(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite).*

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 7'600.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt. Der von der Beschwerdeführerin einbezahlte Kostenvorschuss in derselben Höhe wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

**4.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, an die Vorinstanz und an das Generalsekretariat UVEK.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Maurizio Greppi

Joel Günthardt

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: