Urteilskopf

126 II 283

31. Auszug aus dem Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 28. April 2000 i.S. WWF Schweiz gegen Regierungsrat des Kantons Obwalen (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 29 ff. GSchG, Art. 33 Abs. 1 GSchV und Art. 9 Abs. 7 USG; Wassernutzungskonzession des Lungererseе-Kraftwerkes, Umweltverträglichkeitsprüfung und Sicherung angemessener Restwassermengen.

Bei komplexen Vorhaben sollte das Fachwissen der spezialisierten Bundesinstanz bereits in die UVP einbezogen werden (E. 2b).

Fliessgewässer, die Abschnitte mit ständiger und solche ohne ständige Wasserführung aufweisen; Gesetzmässigkeit von Art. 33 Abs. 1 GSchV (E. 3).

Nötige Abklärungen für eine Wasserentnahme aus einem Fliessgewässer, wenn die zeitweise austrocknende Restwasserstrecke in einer Aue von nationaler Bedeutung liegt (E. 4).

Restwasserstrecke teilweise ohne Restwasser (E. 5).

Regeste (fr):
Art. 29 ss LEaux, art. 33 al. 1 OEaux et art. 9 al. 7 LPE; concession d'utilisation d'eau de l'usine électrique du lac de Lungern, étude d'impact sur l'environnement et maintien de débits résiduels convenables.

Dans des projets complexes, les connaissances spéciales de l'instance fédérale spécialisée doivent être recueillies déjà au stade de l'EIE (consid. 2b).

Cours d'eau présentant des tronçons à débit permanent et des tronçons sans débit permanent; légalité de l'art. 33 al. 1 OEaux (consid. 3).

Études nécessaires pour un prélèvement à opérer dans un cours d'eau lorsque le tronçon d'aval, temporairement asséché, se trouve dans une zone alluviale d'importance nationale (consid. 4).

Tronçon d'aval partiellement sans débit résiduel (consid. 5).

Regesto (it):
Art. 29 segg. LPAc, art. 33 cpv. 1 OPAc e art. 9 cpv. 7 LPAmb; concessione per l'utilizzazione d'acqua della centrale elettrica del lago di Lungern; esame di impatto ambientale e mantenimento di adeguati deflussi residuali.

Nell'ambito di progetti complessi, le conoscenze tecniche dell'istanza federale speciale devono essere raccolte già allo stadio dell'EIA (consid. 2b).

Corsi d'acqua che presentano tratti con deflusso permanente e tratti senza deflusso permanente; legalità dell'art. 33 cpv. 1 OPAc (consid. 3).

Studi necessari per un prelievo da un corso d'acqua quando il tratto del deflusso residuale temporaneamente prosciugato si trova in una zona golenale d'importanza nazionale (consid. 4).

Tratto del deflusso a valle parzialmente senza deflusso residuale (consid. 5).

Sachverhalt ab Seite 284

BGE 126 II 283 S. 284

A.- Die Centralschweizerischen Kraftwerke AG (CKW) betrieben aufgrund einer 1919 erteilten Konzession seit 1921 das Lungerersee-Kraftwerk bei Giswil. 1980 entschied sich der Kantonsrat Obwalden für den Rückkauf des Kraftwerkes und die Bewirtschaftung im Eigenbetrieb. Am 12. Juli 1983 verlieh der Regierungsrat dem Elektrizitätswerk Obwalden (EWO), an dessen Dotationskapital der Kanton mit 8/15 und die sieben Einwohnergemeinden mit je 1/15 beteiligt sind, das Recht zur Nutzung der Höhenstufe zwischen dem Lungerersee und dem Sarnersee, unter zusätzlicher Nutzung der Oberflächenwasservorkommen des Kleinen und Grossen Melchtals von deren Fassung bis zum Sarnersee. Noch im selben Jahr stellte das EWO ein Gesuch für den Ausbau des Lungerersee-Kraftwerks. Das EWO sah im Wesentlichen vor, im Grossen und im Kleinen Melchtal die Wasserfassungen höher zu legen sowie zusätzlich den Tumlibach, die Giswiler Laui, den Mülibach, Wissibach und Altibach zu fassen. Im Verlauf des anschliessenden Auflage- und Einspracheverfahrens wurde ein zunächst im Kleinen Melchtal vorgesehenes Ausgleichsbecken an den Standort Tobelplätz auf der linken Talseite verlegt, was ein neues Auflageverfahren nach sich zog. Noch später wurden die geplanten Fassungen des Tumlibachs, des Wissibächlis und der Nebenbäche des Mülibachs aufgegeben. Mit dem redimensionierten Projekt soll die Energieproduktion von 98 Mio. kWh auf 135,5 Mio. kWh erhöht werden.

BGE 126 II 283 S. 285

Für die Beurteilung des Gesuchs gab der Regierungsrat bei Prof. Dr. F. Klötzli und lic. phil. nat. H. Marrer ein ökologisches und beim Büro Dr. von Moos AG ein hydrogeologisches Gutachten in Auftrag. Das hydrogeologische Gutachten wurde im Oktober 1985, das Ökologiegutachten im November 1987 abgegeben. In der Folge wurde das EWO eingeladen, einen Bericht über die Umweltverträglichkeit (UVB) einzureichen. Mit Beschluss vom 13. Dezember 1988 stellte der Regierungsrat zudem fest, dass das Ausbauvorhaben des EWO formell und materiell einer neuen Konzession bedürfe. Im März 1989 wies der Regierungsrat eine erste Fassung des UVB zur Überarbeitung und Ergänzung zurück. Im April 1990 reichte das EWO einen überarbeiteten UVB ein. Dieser wurde öffentlich aufgelegt und einem umfangreichen Mitberichtsverfahren unterzogen. Gestützt auf dessen Ergebnisse und eigene Abklärungen erstattete das kantonale Amt für Umweltschutz (AfU) am 16. August 1994 einen Beurteilungsbericht über die Umweltverträglichkeit. Darin wird die Umweltverträglichkeit des Vorhabens unter Auflagen und Bedingungen bejaht.

B.- Bereits 1989 hatte sich das EWO entschlossen, den Ausbau in Etappen zu realisieren. In der ersten Etappe wurden das bestehende Maschinenhaus durch eine Kavernenzentrale ersetzt und die Druckleitungen verlegt bzw. erneuert. Die erste Etappe konnte auf der Grundlage der Konzession von 1983 verwirklicht werden. Die entsprechende Bewilligung wurde 1991 erteilt. Der WWF Schweiz zog eine dagegen eingereichte Beschwerde nach Verhandlungen zurück. Die sanierte Anlage konnte im Mai 1994 in Betrieb genommen werden.
Die zweite Etappe enthält die neuen Fassungen in den beiden Melchtälern, das Ausgleichsbecken Tobelplätz und den teilweisen Bau neuer Druckstollen, die dritte Etappe die Fassung der Giswiler Laui sowie weiterer Giswiler Bäche samt dem dafür erforderlichen Zuleitungsstollen zum Ausgleichsbecken.

C.- Der Regierungsrat des Kantons Obwalden erteilte dem EWO am 24. Januar 1995 die für die zweite und dritte Etappe erforderliche Konzession zur Ausnützung der Wasserkräfte des Lungerersees, der Kleinen und

Grossen Melchaa, der Giswiler Laui, des Mülibachs, des Altibachs und des Tobelgrabens, unter zahlreichen Bedingungen und Auflagen. Diese betreffen u.a. die Staukoten im Lungerersee sowie die in den gefassten Bächen erforderlichen Restwassermengen. Für die Giswiler Laui wird keine Restwassermenge festgelegt. Die für die Verwirklichung des Ausbauprojektes nach

BGE 126 II 283 S. 286

eidgenössischem und kantonalem Recht erforderlichen Bewilligungen werden ausdrücklich vorbehalten, insbesondere die gewässerschutzrechtliche, die fischereirechtliche und die forstpolizeiliche Bewilligung. Den Erwägungen zum Konzessionsentscheid ist indessen zu entnehmen, dass der Regierungsrat die Voraussetzungen für die Erteilung dieser Bewilligungen geprüft hat und für grundsätzlich erfüllt ansieht. Ferner steht die Konzessionserteilung unter dem Vorbehalt, dass der Bundesrat die Schutz- und Nutzungsplanung betreffend die untere Wasserfassung an der Grossen Melchaa genehmigt. Für das Ausgleichsbecken Tobelplätz, die Druckleitung vom Becken zum Unteraaboden sowie für die Zuleitung Laui samt den zugehörigen Fassungen schreibt der Konzessionsbeschluss eine UVP 2. Stufe vor. Bereits mit Verfügungen vom 7. März 1989 hatte der Regierungsrat über einen Teil der Einsprachen entschieden. Namentlich war er auf zwei Einsprachen des Unterwaldner Bundes für Naturschutz nicht eingetreten, weil diese nicht von der gesamtschweizerischen Organisation, sondern nur von deren regionaler Sektion eingereicht worden waren. Der Regierungsrat fügte jedoch bei, dass die in den Einsprachen geltend gemachten Anliegen von Amtes wegen geprüft und die Einsprachen daher als Stellungnahmen entgegengenommen würden (RRB Nr. 1233/1989). Die 1995 noch pendenten Einsprachen wurden im Konzessionsbeschluss vom 24. Januar 1995 im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen und im Übrigen abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde.

D.- Gegen die Konzessionserteilung erhoben der WWF Schweiz und der Schweiz. Bund für Naturschutz (SBN; heute Pro Natura) am 8. März 1995 mit gemeinsamer Eingabe Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Sie beantragen die Aufhebung des Konzessionsbeschlusses vom 24. Januar 1995 und die Rückweisung zur Neubeurteilung durch den Regierungsrat, eventuell die Genehmigung der Konzession unter zusätzlichen restriktiven Bedingungen. Mit im Wesentlichen gleichlautender Beschwerde vom 8. März 1995 beantragt auch die Schweizerische Stiftung für Landschaftsschutz und Landschaftspflege (SL), der angefochtene Konzessionsbeschluss sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an den Regierungsrat zurückzuweisen. Der Regierungsrat und das EWO beantragen, auf die Beschwerden des SBN und der SL nicht einzutreten und jene des WWF abzuweisen.

E.- Auf Antrag des Eidgenössischen Departementes des Innern und der Vorinstanz sowie im Einverständnis mit dem EWO wurden

BGE 126 II 283 S. 287

die Beschwerdeverfahren mit Präsidialverfügung vom 1. September 1995 bis zum Entscheid des Bundesrates über die in der Konzession vorbehaltene Schutz- und Nutzungsplanung "Grosses Melchtal" ausgesetzt. Nachdem der Bundesrat die erwähnte Schutz- und Nutzungsplanung am 21. Oktober 1998 genehmigt hatte, nahm das Bundesgericht die Verfahren am 8. Dezember 1998 wieder auf.

F.- Das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) hat sich am 1. März 1999 zur Sache vernehmen lassen. Es enthält sich eines ausdrücklichen Antrages, weist jedoch auf verschiedene Mängel des angefochtenen Entscheides hin. Namentlich hält es den Verzicht auf Restwasserbe-

stimmungen für die Giswiler Laui für rechtswidrig und bemängelt, dass die Abklärungen über die Umweltverträglichkeit des Vorhabens teilweise ungenügend seien. Das Bundesgericht heisst die Beschwerden gut und weist die Sache zur Vornahme der erforderlichen Ergänzungen im Sinne der Erwägungen an den Regierungsrat zurück.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. b) Gemäss Art. 6 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG; SR 814.01) beraten die Umweltschutzfachstellen (Art. 42 USG) Behörden und Private. Wasserkraftwerke gemäss Ziff. 21.3 des Anhangs der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung vom 19. Oktober 1988 (UVPV; SR 814.011) gehören zu jenen Anlagen, für die im Rahmen der UVP nicht nur eine Beurteilung durch die kantonale Umweltschutzfachstelle, sondern auch eine Anhörung durch das Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL) erforderlich ist (Art. 9 Abs. 7 USG; Art. 12 Abs. 3 UVPV in der bis zur Änderung vom 5. September 1995 gültigen Fassung, heute Art. 13a UVPV). Nach Vorliegen der ersten Fassung des UVB (vom 1. Juli 1988) ersuchte das kantonale Amt für Umweltschutz (AfU) das BUWAL um Stellungnahme. Das BUWAL (damals noch Bundesamt für Umweltschutz) äusserte sich mit Schreiben vom 2. Dezember 1988 und vom 1. Februar 1989. Das BUWAL erklärte, der UVB gestatte es nicht, zum Projekt abschliessend Stellung zu nehmen, und beantragte ergänzende Untersuchungen hinsichtlich Gewässerschutz, Natur- und Landschaftsschutz sowie Forstwesen. Nach Vorliegen des überarbeiteten UVB (vom April 1990) wurde das BUWAL nicht

mehr formell um Stellungnahme zum UVB ersucht. Hingegen wurde es entsprechend Art. 21 UVPV eingeladen, sich zur Rodung von insgesamt 76'635 m2 Waldareal zu äussern. Diese Stellungnahme erfolgte durch das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) am 9. März 1992. Darin nahm das Departement auf die früheren Stellungnahmen des BUWAL Bezug und erklärte, aufgrund des nun vorliegenden modifizierten Projektes und der darauf basierenden Grundlagen könne auf eine zweite eigentliche Anhörung zum UVB verzichtet werden. Das Departement äussere sich im Rahmen der Stellungnahme betreffend das Rodungsgesuch zum gesamten Projekt und damit zu den damals beanstandeten Sachbereichen. Aus der Stellungnahme gehen Vorbehalte des Departements zu verschiedenen Fragen hervor, die in der UVP 2. Stufe näher zu behandeln seien, die indessen weder das Genügen der vorhandenen Unterlagen noch die grundsätzliche Zulässigkeit des Vorhabens betreffen. Das Departement stellte konsequenterweise die Erteilung der Rodungsbewilligung grundsätzlich in Aussicht. Einen gewichtigen Vorbehalt brachte das Departement immerhin ausdrücklich an: Es erachtete es nicht als nachgewiesen, dass der Bodenwasserhaushalt im Auengebiet von nationaler Bedeutung "Laui" durch das Vorhaben nicht gefährdet werde. Es sei zu untersuchen, ob die Auenvegetation durch die neuen Infiltrationsverhältnisse nicht beeinträchtigt würden; allenfalls seien die Restwassermengen zu erhöhen. Weiter sei abzuklären, ob das Grundwasser langfristig für die Versorgung benötigt werde; gegebenenfalls seien die erforderlichen Massnahmen zu treffen. Das UVEK kritisiert in seiner Stellungnahme vom 1. März 1999 an das Bundesgericht das Vorhaben bzw. die Untersuchungen zur Umweltverträglichkeit in weit grundsätzlicherer Art und Weise. Teilweise beruht diese Kritik auf Erkenntnissen, die erst im späteren Verlauf des Verfahrens gewonnen oder zumindest erhärtet wurden. Das UVEK macht aber auch geltend, der im Projekt von Anfang an vorgesehene Verzicht auf eine Restwasserdotation in der Gross Laui sei unzulässig, weil es sich dabei um ein Fliessgewässer mit ständiger Wasserführung im Sinne von Art. 31 GSchG handle. Im Weiteren bemängelt das Departement sinngemäss, dass der Verzicht auf eine Restwasserdotation in der Grossen Laui eine übermässige Beeinträchtigung der Aue von nationaler Bedeutung "Laui" (Objekt Nr. 101) zur Folge habe. Dieses Vorgehen

der Bundesbehörden erscheint als wenig zweckmässig und entspricht nicht dem mit Art. 9 Abs. 7 USG angestrebten

BGE 126 II 283 S. 289

Ziel, bei besonders komplexen Vorhaben das Fachwissen der spezialisierten Bundesinstanz bereits in die UVP einzubeziehen (HERIBERT RAUSCH, Kommentar USG, Zürich 1989, N. 126 zu Art. 9). Die UVP ist eine in den Entscheid der ersten Instanz integrierte Prüfung. Es ist unbefriedigend, wenn die Fachbehörde des Bundes, obwohl sie in diesem Verfahren beteiligt war, ohne Not wesentliche Einwände und Bedenken erst im letztinstanzlichen Kontrollverfahren, d.h. vor Bundesgericht, vorbringt. Das revidierte Gewässerschutzgesetz ist am 24. Januar 1991 verabschiedet worden. Dass es im März 1992 noch nicht in Kraft stand, hätte das EDI nicht daran hindern brauchen, seine Auffassung hinsichtlich des Begriffs des Fliessgewässers mit ständiger Wasserführung schon damals bekannt zu geben. Ebenso war es schon längere Zeit zuvor bekannt, dass die Aue der "Laui" unter Schutz gestellt werden sollte, auch wenn der Bundesrat die Verordnung über den Schutz der Auengebiete von nationaler Bedeutung (Auenverordnung, SR 451.31) erst am 28. Oktober 1992 erlassen hat. Insofern wäre es wünschbar und möglich gewesen, dass sich das EDI im März 1992 nicht auf die Aspekte des Grundwasserschutzes bzw. Bodenwasserhaushaltes und die damit verknüpften Folgen für die Auenvegetation und die Grundwassernutzung beschränkt, sondern sich umfassend geäussert hätte.

3. a) Wer einem Fliessgewässer mit ständiger Wasserführung über den Gemeingebrauch hinaus Wasser entnehmen will, benötigt dazu gemäss Art. 29 lit. a des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991 (GSchG; SR 814.20) eine Bewilligung. Die Voraussetzungen für die Bewilligung werden in den Art. 30 ff. GSchG geregelt. Als ständige Wasserführung bezeichnet Art. 4 lit. i GSchG eine Abflussmenge Q347, die grösser als Null ist. Die Abflussmenge Q347 ist die Abflussmenge, die, gemittelt über zehn Jahre, durchschnittlich während 347 Tagen des Jahres erreicht oder überschritten wird und die durch Stauung, Entnahme oder Zuleitung von Wasser nicht wesentlich beeinflusst ist (Art. 4 lit. h GSchG). Die Giswiler Laui weist zwar im Bereich der vorgesehenen Wasserfassung eine Abflussmenge Q347 auf, die grösser als Null ist. Hingegen versickert sie bachabwärts, im Bereich der durch ihren Schotterkegel gebildeten Aue, während rund 200 Tagen pro Jahr zumindest auf einer kurzen Strecke vollständig. Vollversickerung in diesem Sinn tritt ein, wenn die Laui weniger als ca. 1 m3/s führt. Damit stellt sich die Frage, ob ein Fliessgewässer mit ständiger Wasserführung im Sinne von Art. 29 GSchG nur vorliegt, wenn das

BGE 126 II 283 S. 290

Gewässer auf seiner ganzen Restwasserstrecke eine Abflussmenge Q347 aufweist, die grösser als Null ist, oder ob es genügt, dass das Gewässer an der für die Wasserentnahme vorgesehenen Stelle ständig Wasser führt. Gemäss Art. 33 Abs. 1 der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV; SR 814.201) trifft die zweitgenannte Alternative zu. Danach ist für Wasserentnahmen aus Fliessgewässern, die Abschnitte mit ständiger und solche ohne ständige Wasserführung aufweisen, eine Bewilligung erforderlich, wenn das Fliessgewässer am Ort der Wasserentnahme eine ständige Wasserführung aufweist. Die Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung nach Art. 30 ff. GSchG müssen allerdings nur in den Gewässerabschnitten mit ständiger Wasserführung erfüllt sein.
Die Beschwerdeführer und das UVEK vertreten entsprechend der Regelung in der Gewässerschutzverordnung die Auffassung, die Gross Laui sei ein Fliessgewässer mit ständiger Wasserführung. Regierungsrat und Beschwerdegegner sind der gegenteiligen Ansicht; insbesondere wenden sie ein, Art. 33 Abs. 1 GSchV sei ge-

setzwidrig bzw. entbehre einer gesetzlichen Grundlage. b) Das Bundesgericht kann auf Verwaltungsgerichtsbeschwerde hin Verordnungen des Bundesrats vorfrageweise auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit prüfen. Bei einer unselbständigen Verordnung - um eine solche handelt es sich bei der auf das Gewässerschutzgesetz gestützten Gewässerschutzverordnung - kann geprüft werden, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz den Bundesrat nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, befindet das Gericht auch über die Verfassungsmässigkeit der unselbständigen Verordnung. Räumt die gesetzliche Delegation dem Bundesrat einen weiten Ermessensspielraum für die Regelung auf Verordnungsstufe ein, ist dieser jedoch für das Bundesgericht nach Art. 191 BV (Art. 113 Abs. 3 und Art. 114bis Abs. 3 aBV) verbindlich. In diesem Fall darf das Gericht nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle jenes des Bundesrats setzen, sondern kann lediglich prüfen, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder sich aus anderen Gründen als gesetz- oder verfassungswidrig erweist (BGE 124 II 581 E. 2a mit Hinweisen; BGE 120 Ib 97 E. 3a). Das Gewässerschutzgesetz ermächtigt den Bundesrat im Kapitel über die Sicherung angemessener Restwassermengen (Art. 29 ff.) nicht zum Erlass ergänzender (gesetzesvertretender) Vorschriften.

Damit steht dem Bundesrat nur das Recht zu, Ausführungsvorschriften zu erlassen (Art. 47 GSchG). Ausführungs- bzw. Vollzugsverordnungen kommt die Funktion zu, die gesetzlichen Bestimmungen zu konkretisieren und gegebenenfalls untergeordnete Lücken zu füllen, soweit dies für den Vollzug des Gesetzes erforderlich ist. Die Ausführungsbestimmungen müssen sich jedoch an den gesetzlichen Rahmen halten und dürfen insbesondere keine neuen Vorschriften aufstellen, welche die Rechte der Bürger beschränken oder ihnen neue Pflichten auferlegen, selbst wenn diese Regeln mit dem Zweck des Gesetzes vereinbar wären. Vollzugsbestimmungen sind zudem nur in dem Umfang zulässig, als das Gesetz dafür Raum lässt und nicht bewusst auf eine präzisere Regelung der betreffenden Frage verzichtet (BGE 124 I 127 E. 3b/c mit Hinweisen). c/aa) Art. 33 Abs. 1 GSchV begründet hinsichtlich der Wasserentnahme aus Fliessgewässern keine neuen Rechte und Pflichten. Er bezeichnet lediglich den Ort, der für die Beurteilung massgeblich ist, ob ein Gewässer ständig Wasser führt, und beantwortet damit eine für den Vollzug von Art. 29 GSchG bedeutsame, im Gesetz offen gelassene Detailfrage. Damit handelt es sich bei Art. 33 Abs. 1 GSchV um eine typische Vollzugsbestimmung. Hinweise darauf, dass das Gesetz bewusst auf eine präzisere Umschreibung des Begriffs der ständigen Wasserführung verzichtet, bestehen nicht. Namentlich liegt nicht der Fall vor, dass der Gesetzgeber durch eine unbestimmte Normierung den rechtsanwendenden Organen im Einzelfall eine den konkreten Umständen gerecht werdende Entscheidung ermöglichen wollte (vgl. GEORG MÜLLER, Möglichkeiten und Grenzen der Verteilung der Rechtssetzungsbefugnisse im demokratischen Rechtsstaat, ZBl 99/1998 S. 1 ff., 15). bb) Der Wortlaut der Art. 29, 31 und 4 lit. i GSchG gibt keine zuverlässigen Hinweise darauf, wie das betrachtete Gewässer räumlich abzugrenzen und wo die Abflussmenge Q347 zu bestimmen ist. Die Behauptung des Beschwerdegegners, der Wortlaut des Gesetzes mache unmissverständlich klar, dass Gewässer den Restwasserbestimmungen nicht unterstellt seien, wenn sie irgendwo in ihrem Verlauf an mehr als 18 Tagen im Jahr kein Wasser führen, trifft daher nicht zu. Im Gegenteil liegt bei unbefangener Gesetzeslektüre die Annahme näher, dass die ständige Wasserführung am Ort der Wasserentnahme, an welche Art. 29 lit. a GSchG ausdrücklich anknüpft, gegeben sein muss.

cc) In der Botschaft vom 29. April 1987 zur Volksinitiative "zur Rettung unserer Gewässer" und zur Revision des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer (BBl 1987 II 1061) führte der Bundesrat aus, die Abflussmenge Q347 gewährleiste, dass auch Gewässer, die in niederschlagsarmen Jahren kaum Wasser führten, noch unter die Restwasserbestimmungen des Gesetzes fielen (S. 1107). Aus folgenden Gründen rechtfertige es sich,

Gewässer mit einer geringeren Wasserführung von Restwasserbestimmungen auszunehmen: Vor allem im Gebirge gebe es viele Bäche, die lediglich in der Zeit der Schneeschmelze Wasser führten und in der übrigen Zeit gefroren seien. Dies deute darauf hin, dass es sich hier in der Regel nicht um Fischgewässer handle. Im Einzugsgebiet von höher gelegenen und insbesondere von grossen Stauseen werde zudem das Wasser dieser Bäche hauptsächlich dazu verwendet, die Stauseen aufzufüllen, und zu diesem Zweck oft über weite Distanzen abgeleitet. Da andere vernünftige Möglichkeiten zur Auffüllung der Stauseen kaum zu finden seien, sei es praktisch unumgänglich, Fliessgewässer ohne ständige Wasserführung aus dem Geltungsbereich der Restwasserbestimmungen auszunehmen, obwohl auch diese als Lebensraum für Tiere und Pflanzen nicht ohne Bedeutung seien. Wenn in tiefer liegenden Regionen Fliessgewässer nicht ständig Wasser führten, sei dies darauf zurückzuführen, dass die in ihren Einzugsgebieten anfallenden Niederschläge kaum zurückgehalten würden und deshalb ziemlich rasch abflössen. Aufgrund der üblichen Niederschlagsmengen sei anzunehmen, dass die nicht ständig Wasser führenden Gewässer solcher Gebiete meistens weit länger als 18 Tage im Jahr kein Wasser führten. Solche Gewässer lägen überdies kaum im Einzugsgebiet von Stauseen und seien deshalb für eine entsprechende Nutzung wenig interessant. Daher dürften auch die Schutzaspekte von geringerer Bedeutung sein. Zudem sei die im Gesetz vorgesehene Restwasserregelung auf Gewässer mit ständiger Wasserführung zugeschnitten und basiere auf der Abflussmenge Q347. Sie sei deshalb auf Gewässer ohne ständige Wasserführung gar nicht anwendbar (Botschaft S. 1126 f.). Die Botschaft enthält zur hier interessierenden Fragestellung keine direkten Aussagen. Immerhin führt sie ausschliesslich Beispiele an, in denen das Gewässer wegen der Gegebenheiten im Einzugsgebiet nur unregelmässig Wasser abführt. Im ersten Beispiel liegt das daran, dass die Bäche im Winter vereisen, im zweiten daran, dass das Einzugsgebiet ein geringes Speichervermögen aufweist und Niederschläge relativ schnell abfliessen, weshalb das Gewässer

öfters austrocknet. Aus der Botschaft kann damit entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners und des Regierungsrates nicht gefolgert werden, Gewässer mit Versickerungsabschnitten seien nach der Absicht des Gesetzesentwurfes von vornherein von den Restwasserbestimmungen auszunehmen. Daran ändert auch der Hinweis in der Botschaft nichts, die Restwasserregelung sei auf Gewässer ohne ständige Wasserführung gar nicht anwendbar. Diese Aussage betrifft jene Abschnitte, in denen das Gewässer nicht ständig Wasser führt. Hier liesse sich vor allem die Restwasserregelung von Art. 31 GSchG in der Tat nicht sinnvoll anwenden, was in Art. 33 Abs. 1 GSchV berücksichtigt wird. Die Beratungen im Parlament unterstützen die Auffassung des Beschwerdegegners und des Regierungsrates ebenso wenig. Anders als der Ständerat, der in diesem Punkt dem Bundesrat gefolgt war, beschloss der Nationalrat zunächst, die Restwasserbestimmungen seien auf alle Fliessgewässer, nicht nur auf diejenigen mit ständiger Wasserführung, anzuwenden (AB 1989 N 1020). Die dadurch entstehende Differenz zum Ständerat wurde erst im zweiten Durchgang durch Nachgeben des Nationalrates beseitigt (AB 1990 N 591 und 1672). In diesem Zusammenhang wurde mehrfach ausgeführt, dass Gewässer, die an mehr als 347 Tagen im Jahr Wasser führten, als Gewässer mit ständiger Wasserführung gälten (so z.B. Votum Bührer, AB 1990 S 328). Eine vertiefte Erörterung des Begriffs der ständigen Wasserführung fand jedoch nicht statt. Die wiedergegebene Umschreibung entspricht der Legaldefinition in Art. 4 GSchG und kann sowohl dahingehend verstanden werden, dass die ständige Wasserführung an jeder Stelle des Gewässers vorliegen muss, als auch, dass sie nur am Ort der Wasserentnahme gegeben sein muss. Erhellend sind hingegen die Voten des Kommissionsberichterstatters im Nationalrat, der wiederholt darlegte, welche Gewässer unter Fliessgewässern ohne ständige Wasserführung zu verstehen seien. So erläuterte er bereits anlässlich der ersten Beratung, dass sich die nicht ständig wasserführenden Gewässer in der Höhe befänden, oberhalb der Vegetation (Votum Rüttimann, AB 1989 N 1019). Im Differenzbereinigungsverfahren führte er wörtlich aus: "Die nichtständigen Wasserläufe, die der Ständerat mit dem Bundesrat ausnehmen will, befinden sich naturgemäss in höheren Regionen ohne Vegetation und ohne Fischbestände. Die Begründung der ökologischen und landschaftlichen Bedeutung dieser Bäche für dauernde Restwasserhaltung ist mindestens stark zu relativieren. Es handelt sich um Abflüsse während der Schneeschmelze, und wir haben daher

wirtschaftlich und energiepolitisch alles Interesse daran, unsere Stauseen im Hochgebirge während des Sommers füllen zu können, ohne dass auf diesen vegetationslosen Höhenlagen eine bestimmte Restwassermenge um den Stausee herum ungenutzt abläuft" (AB 1990 N 590, sinngemäss gleich auch noch einmal in AB 1990 N 1671, wo Nationalrat Rüttimann ausserdem ausdrücklich auf die Höhengrenze von 1700 m ü.M. hinwies). Aus diesen Voten lässt sich folgern, dass der Gesetzgeber bei Gewässern ohne ständige Wasserführung in erster Linie an Gewässer dachte, die im Einzugsgebiet bis hin zur Wasserfassung oder bis zu ihrem Zufluss zu einem Speichersee an mehr als 18 Tagen im Jahr kein Wasser führen. Von Gewicht erscheint auch der Hinweis, dass es sich um Gewässer handle, deren ökologische und landschaftliche Bedeutung aufgrund ihrer Lage im höheren Berggebiet von vornherein eher gering zu veranschlagen sei. Diese Voraussetzungen sind, wie gerade der vorliegende Fall zeigt, bei Gewässern, die in tieferen Lagen vorübergehend in ihrem Schotterbett versickern, nicht ohne weiteres erfüllt. Auch die Beratungen im Parlament führen daher nicht zum Ergebnis, dass Gewässer mit Versickerungsstrecken von den Restwasserbestimmungen ausgenommen werden sollten.
dd) Schliesslich ist zu beachten, dass Art. 33 Abs. 1 GSchV dem Zweck der Restwasserregelung dient, der darin besteht, bei Fliessgewässern angemessene Restwassermengen zu sichern (Art. 76 Abs. 3 BV), in Berücksichtigung der verschiedenen, in Art. 1 lit. c bis e und 31 ff. GSchG erwähnten Gesichtspunkte (vgl. BGE 120 Ib 233 E. 5a). Die Vollzugsvorschrift führt dazu, dass bei Fliessgewässern wie dem vorliegenden nicht ungeprüft jede Pflicht zur Belassung eines angemessenen Restwassers entfällt, sondern dass die Anforderungen der Art. 31-35 GSchG zu erfüllen sind. Hingegen hat sie entgegen der Auffassung des Regierungsrates nicht zur Folge, dass einem Gewässer, welches Abschnitte ohne ständige Wasserführung aufweist, niemals Wasser entnommen werden darf. Insgesamt erweist sich Art. 33 Abs. 1 GSchV als eine sachgerechte Regelung, die auf einer überzeugenden Auslegung des Gesetzes beruht. Das Bundesgericht hat daher keinen Anlass, sie für gesetzwidrig anzusehen (vgl. BGE 101 Ib 178 E. 3a S. 182). d) Der Umstand, dass die Gewässerschutzverordnung erst nach dem Erlass der angefochtenen Konzession erlassen und in Kraft gesetzt wurde, steht ihrer sofortigen Anwendung im noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren nicht entgegen (BGE 125 II 591 E. 5e/aa S. 598 mit Hinweisen; BGE 120 Ib 233 E. 3a).

4. a) Nach dem soeben Ausgeführten ist die Giswiler Laui als Fliessgewässer mit ständiger Wasserführung im Sinne von Art. 29 GSchG anzusehen, weil sie an der vorgesehenen Entnahmestelle an mehr als 347 Tagen im Jahr Wasser führt. Die Bewilligung für eine Wasserentnahme darf daher nur erteilt werden, wenn die Voraussetzungen nach den Artikeln 31-35 GSchG erfüllt sind (Art. 30 lit. a GSchG). Ob dies der Fall ist, hat nicht das Bundesgericht in erster Instanz zu entscheiden. Die Angelegenheit ist daher zur Ergänzung bzw. Neubeurteilung an den Regierungsrat zurückzuweisen. Dabei wird er den Einfluss der Wasserentnahmen auf die gesamte Restwasserstrecke, namentlich auch in der Aue, einzubeziehen haben. b) Gemäss Art. 33 Abs. 1 Satz 2 GSchV müssen zwar die Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung nach Art. 30 GSchG nur in den Abschnitten mit ständiger Wasserführung erfüllt sein. Dazu ist jedoch einerseits festzustellen, dass die Abflussmenge Q347 jedenfalls auf einem Teil der Versickerungsstrecke grösser als Null ist; hier sind die Restwasservorschriften ohnehin grundsätzlich anzuwenden. Die Ausdehnung des betreffenden Abschnitts wurde bisher nicht abschliessend bestimmt. Die ergänzende Stellungnahme des Hydrogeologen vom 12. Mai 1999 bestätigt mittelbar diesen Befund, führt sie doch aus, die natürlicherweise trockenfallende Strecke der Gross Laui variiere zwischen wenigen Metern und mehr als zwei Kilometern. Ungeklärt ist insbesondere, wie sich die unterschiedlichen natürlichen Abflussmengen auf die Ausdehnung des Abschnittes mit Vollversickerung, auf

die Verteilung des Wassers im Bachbett, benetzte Breiten etc. auswirken. Überdies stellt sich die Frage, ob bei Versickerungsabschnitten mit einem Q347 von Null tatsächlich regelmässig nicht nur auf die Anwendung von Art. 31, sondern auch von Art. 33 GSchG verzichtet werden kann, wie dies Art. 33 Abs. 1 Satz 2 GSchV vorsieht. Dieser Schluss scheint nicht ohne weiteres zulässig. Die Tatsache, dass in einem Gewässerabschnitt Q347 wegen Versickerung gleich Null ist, hat zwingend bloss zur Folge, dass in diesem Abschnitt die quantitativen Vorgaben von Art. 31 GSchG nicht erfüllt sein müssen. Es wäre nämlich unhaltbar, wenn die Restwassermenge nach Entnahme höher als die natürlicherweise im Restwasserabschnitt vorhandene Wassermenge festgelegt werden müsste (vgl. auch Art. 36 Abs. 2 GSchG, der die Dotierwassermenge nach Massgabe des zufliessenden Wassers begrenzt). Hingegen ist nicht einzusehen, weshalb für zeitweise trockenfallende Restwasserabschnitte eine Interessenabwägung anhand der Kriterien von Art. 33 GSchG entbehrlich sein

sollte. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass auch Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (WRG; SR 721.80) die Schonung von Naturschönheiten und, wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt, ihre ungeschmälerte Erhaltung vorschreibt. Die gründliche Erfassung der natürlichen Gegebenheiten und die Abwägung der betroffenen Interessen nach Massgabe von Art. 33 GSchG dient damit auch der Anwendung von Art. 22 WRG. Das UVEK weist zu Recht darauf hin, dass kein Bericht über die Auswirkungen unterschiedlich grosser Wasserentnahmen auf die Interessen an der Wasserentnahme, insbesondere auf die Herstellung von elektrischer Energie und deren Kosten vorliegt. Der Beschwerdegegner hat dem Bundesgericht im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels einen Bericht zur Wirtschaftlichkeit verschiedener Restwasserszenarien in der Gross-Laui (vom Mai 1999) eingereicht. Es erübrigt sich unter den gegebenen Umständen, hierzu Stellung zu nehmen. Es erscheint aber fraglich, dass der Bericht die relevante Fragestellung abdeckt, müsste doch zunächst bestimmt werden, welche Restwassermengen unter ökologischen und landschaftsschützerischen Gesichtspunkten erforderlich wären, und welchen Einfluss auf die Schutzinteressen tiefer angesetzte Restwassermengen hätten. Ausgehend von diesen Restwassermengen kann erst der Bericht über die Folgen für die Nutzungsinteressen erstellt und eine Abwägung vorgenommen werden. Schliesslich liegt die zeitweise austrocknende Restwasserstrecke in einer Aue von nationaler Bedeutung. Gemäss Art. 4 Abs. 1 Auenverordnung sollen die in der Verordnung verzeichneten Objekte ungeschmälert erhalten werden. Zum Schutzziel gehören insbesondere die Erhaltung und Förderung der auentypischen einheimischen Pflanzen- und Tierwelt und ihrer ökologischen Voraussetzungen sowie die Erhaltung und, soweit es sinnvoll und machbar ist, die Wiederherstellung der natürlichen Dynamik des Gewässer- und Geschiebehaushaltes. Abweichungen vom Schutzziel sind nur unter den in Abs. 2 erwähnten Voraussetzungen möglich. Das konkrete Schutzziel der Aue "Laui" ergibt sich aus dem Inventarblatt, welches unter dem Titel "Bedeutung" u.a. darauf hinweist, das breite Bachbett werde "bei Niedrigwasser durch einen stark verästelten Wasserlauf beherrscht." Damit stellt sich die Frage, ob die geplante Wasserentnahme einen Eingriff in das Schutzziel der Aue "Laui" darstellt, und wenn ja, wie sie im Lichte von Art. 4 Auenverordnung zu rechtfertigen und zu minimieren ist, wenn sie sich überhaupt als

zulässig erweist. Auch insofern erscheint eine Ergänzung der Untersuchungen zur Umweltverträglichkeit als unerlässlich. Gegenstand der Untersuchungen muss der Einfluss der Wasserentnahme, d.h. verschiedener Restwasser- bzw. Dotationsmengen bei der Wasserfassung, auf die Gewässerdynamik und die damit verbundenen Folgen für die Vegetation, die Fauna und die Landschaft samt deren Erlebniswert sein. In der Interessenabwägung

kann diesen Einflüssen, soweit sie nicht von vornherein als unzulässig erscheinen, das hinreichend substanzierte Interesse an der Wasserentnahme gegenübergestellt werden. c) Nicht gefolgt werden kann dem UVEK insofern, als es zusätzliche Untersuchungen über den Einfluss der Wasserentnahmen auf das Grundwasser und die Grundwassernutzung verlangt. Wie die bisherigen Untersuchungen hinreichend darlegen, würde die vorgesehene Ableitung der Giswiler Bäche die Grundwasserbildung um 20-30% reduzieren. Der Flurabstand des Grundwassers würde sich aufgrund der berechneten Wassermengen und der geologischen Gegebenheiten im oberen Teil des Schuttkegels der Laui um etwa 6 m, im mittleren Teil um rund 3 m und im untersten Teil praktisch gar nicht verringern. Im oberen und mittleren Teil des Schuttkegels bzw. der Aue ist aber der Flurabstand des Grundwassers schon heute mit bis zu 60 m so gross, dass ein Einfluss auf die Vegetation von vornherein ausgeschlossen werden kann. Im untersten Abschnitt exfiltriert das Grundwasser in die Laui bzw. deren Seitengewässer. In diesem Bereich (ungefähr unterhalb der Höhenkote 500 m und auf einer Länge von 100-200 m) ist ein Einfluss des Grundwassers auf die Vegetation grundsätzlich möglich. Da hier der Grundwasserspiegel kaum verändert wird, können gemäss den überzeugenden Feststellungen der Experten nachteilige Einwirkungen auf die Vegetation aber ausgeschlossen werden. Was die Grundwassernutzung angeht, so steht nach den Angaben des Kantons für Giswil die Nutzung im Gebiet Grossmatt (Diechtersmatt) im Vordergrund, wo ein entsprechendes Grundwasserschutzareal ausgeschieden werden soll. Dieses Grundwasser wird aus dem Kleinen Melchtal gespiesen und erfüllt quantitativ und qualitativ alle Anforderungen. Das Grundwasser der Laui weist demgegenüber einen relativ hohen Sulfatgehalt auf, weshalb es sich technisch für die Gewinnung von Grundwasser weniger eignet. Im Übrigen würden die nach der Realisierung des Konzessionsprojektes verbleibenden Grundwassermengen im Gebiet der Laui gemäss den Ausführungen des Hydrogeologen nach wie vor grosse Grundwasserfassungen zulassen.

BGE 126 II 283 S. 298

5. a) Beim Mülibach wurde die Restwassermenge auf 50 l/s im Winter und 75 l/s im Sommer festgesetzt. Beim Altibach lauten die entsprechenden Mengen 50 und 120 l/s. Diese Restwassermengen entsprechen dem Antrag des AfU und werden von den Beschwerdeführern nicht substanziert in Frage gestellt. Die Beschwerdeführer weisen allerdings darauf hin, dass die Auswirkungen der Wasserentnahme auch in diesen Bächen auf die Aue Nr. 101 ungenügend geklärt ist. Das UVEK schliesst sich dieser Kritik an. Was in Erwägung 4b und 4c zu den noch vorzunehmenden Abklärungen über den Einfluss der Wasserentnahme in der Laui auf die Aue Nr. 101 ausgeführt wurde, gilt sinngemäss auch für den Müli- und den Altibach. Bei den erforderlichen Zusatzabklärungen im Sinne von Erw. 4b ist daher auch zu prüfen, welchen Einfluss die Wasserentnahmen in diesen Seitengewässern hat. Insofern sind die Einwände der Beschwerdeführer und des UVEK berechtigt. b) Das UVEK bemängelt die beim Mülibach vorgesehene Restwasserregelung noch aus einem anderen Grund. Im Konzessionsentscheid wird ausgeführt, der Mülibach sei mit seinen Nebenbächen als Einheit zu beurteilen. Vorgesehen sei nur die Fassung des Hauptbaches; die Nebenbäche würden in ihrem natürlichen Zustand belassen. Konsequenterweise sei die Restwasserauflage unterhalb der Mündung der Nebenbäche sicherzustellen. Das UVEK macht darauf aufmerksam, dass mit dieser Lösung der Mülibach selbst auf einer Strecke von rund 300 m (zwischen Entnahmestelle und Zusammenfluss mit den Nebenbächen) während schätzungsweise 200 Tagen im Jahr trocken gelegt würde, was mit den gesetzlichen Vorschriften nicht vereinbar sei. Vorinstanz und Beschwerdegegner widersprechen dieser Kritik in tatsächlicher Hinsicht nicht. Sie machen geltend, die getroffene Lösung sei ökologisch und vor allem aus fischereilicher Sicht sinnvoller als die Fassung auch der Seitenbäche des Mülibachs, unter Belassung von Restwasser in allen gefassten Gewässern. Restwasser ist die an beliebigen Stellen eines Fliessgewässers unterhalb der Wasserfassung gemessene Abflussmenge (Botschaft, BBl 1987 II 1108). Die Restwassermenge ist diejenige Abflussmenge, die nach einer oder mehreren Entnahmen verbleibt (Art. 4 lit. k GSchG). Dabei variiert die Restwassermenge auf der Restwasserstrecke nach Massgabe der Wassermenge, die bei der Entnahmestelle im Gewässer belassen wird (Dotierwassermenge, Art. 4 lit. 1 GSchG), sowie der Zuflüsse und der Versickerungen bzw.

unterirdischen Abflüsse (Botschaft S. 1107). Das Gebiet zwischen der Wasserentnahme und einem beliebigen Punkt an der Restwasserstrecke stellt für alle Zuflüsse in diesem Abschnitt das Zwischeneinzugsgebiet dar. In BGE 120 Ib 233 E. 7a wird ausgeführt, Bezugspunkt für die Bestimmung der Abflussmenge Q347 bzw. der Mindestrestwassermenge sei im Regelfall derjenige Punkt eines Fliessgewässers, wo das Zwischeneinzugsgebiet ende. Der Begriff des Zwischeneinzugsgebietes kommt im Gewässerschutzgesetz nicht vor. BGE 120 Ib 233 E. 7a ist daher nicht so zu verstehen, dass es in der Regel unterhalb der Wasserentnahme einen Gewässerabschnitt gibt, in welchem die gemäss Art. 31 GSchG berechnete Restwassermenge nicht eingehalten werden muss. Hingegen kann bei der Beurteilung gemäss Art. 33 GSchG, ob und um wieviel die Mindestrestwassermenge zu erhöhen ist, zufliessendes Wasser des Zwischeneinzugsgebietes berücksichtigt werden. Im konkreten Fall würde der Mülibach wegen der vorgesehenen Fassung an etwa 200 Tagen pro Jahr auf ca. 300 m kein Wasser führen. Dafür verzichtet der Beschwerdegegner darauf, die Nebengewässer des Mülibachs zu fassen. Eine solche Lösung erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen, stellt indes, nachdem auf 300 m eine Restwasserstrecke ohne Restwasser verbleibt, eine Ausnahmeregelung im Sinne von Art. 32 lit. c GSchG dar. Diese ist nur im Rahmen einer Schutz- und Nutzungsplanung zulässig, welche der Genehmigung des Bundesrates bedarf. Die angefochtene Konzession erweist sich, da sie keine solche Planung vorsieht, hinsichtlich des Mülibachs als rechtswidrig.