

100.2013.103/104U  
DAM/BAE/RAP

## Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 22. Dezember 2015

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident  
Verwaltungsrichterin Steinmann  
Verwaltungsrichter Daum, Müller und Rolli  
Gerichtsschreiberin Barben

100.2013.103

### **Schweizerische Greina-Stiftung (SGS) zur Erhaltung der alpinen Fließgewässer**

handelnd durch ihre statutarischen Organe, Sonneggstrasse 29,  
8006 Zürich

vertreten durch Rechtsanwalt ...

Beschwerdeführerin

100.2013.104

1. **WWF Schweiz**, Hohlstrasse 110, Postfach, 8010 Zürich
  2. **Pro Natura – Schweizerischer Bund für Naturschutz**,  
Dornacherstrasse 192, Postfach, 4018 Basel
  3. **Pro Natura Bern**, Schwarzenburgstrasse 11, 3007 Bern
  4. **Stiftung Landschaftsschutz Schweiz**, Schwarzenburgstrasse 11,  
3007 Bern
  5. **Aqua Viva**, Weinsteig 192, Postfach 1157, 8201 Schaffhausen
  6. **Schweizerische Energie-Stiftung**, Sihlquai 67, 8005 Zürich
  7. **Greenpeace Schweiz**, Heinrichstrasse 147, Postfach, 8031 Zürich
  8. **Grimselverein**, Postfach 509, 3860 Meiringen
- alle handelnd durch ihre statutarischen Organe und vertreten durch  
Rechtsanwalt ...

Beschwerdeführende

gegen



**Kraftwerke Oberhasli AG**

handelnd durch ihre statutarischen Organe, Grimselstrasse 19,  
3862 Innertkirchen

vertreten durch Rechtsanwalt ... und Rechtsanwalt ...

Beschwerdegegnerin 1

und

**Kanton Bern**

handelnd durch den Grossen Rat, vertreten durch die Bau-, Verkehrs- und  
Energiedirektion, Amt für Wasser und Abfall, Reiterstrasse 11, 3011 Bern

Beschwerdegegner 2

sowie

1. **Einwohnergemeinde Innertkirchen**

handelnd durch den Gemeinderat, Grimselstrasse 1, 3862 Innertkirchen

2. **Einwohnergemeinde Guttannen**

handelnd durch den Gemeinderat, Plätzli 186, 3864 Guttannen

betreffend Wassernutzung; Vergrösserung Grimselsee; Anpassung und  
Ergänzung der Gesamtkonzession vom 12. Januar 1962 (Beschluss des  
Grossen Rates vom 5. September 2012)

**Sachverhalt:**

**A.**

Die Kraftwerke Oberhasli AG (nachfolgend: KWO) betreibt im Oberhasli  
zahlreiche miteinander verbundene Wasserkraftwerkanlagen. Die ihr seit  
Anfang des letzten Jahrhunderts erteilten Konzessionen und Bewilligungen  
fasste der Regierungsrat des Kantons Bern mit Beschluss vom 12. Januar  
1962 in der Gesamtkonzession Nr. 16 G 101 für die damals insgesamt sie-  
ben Kraftwerke zusammen. In den folgenden Jahren wurde diese Kon-  
zession für weitere Projekte erweitert.

**B.**

Am 14. Oktober 2005 reichte die KWO beim damaligen Wasser- und Energiewirtschaftsamt des Kantons Bern (WEA; zwischenzeitlich Wasserwirtschaftsamt [WWA], heute Amt für Wasser und Abfall [AWA]) ein Baugesuch zur Vergrösserung des Grimselsees sowie zur Sanierung und Erhöhung der Staumauern ein. Mit Gesamtentscheid vom 14. März 2007 erteilte das WWA für das Vorhaben unter zahlreichen Bedingungen und Auflagen die Baubewilligung. Auf Beschwerde verschiedener Verbände hob das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 3. April 2008 den Gesamtentscheid des WWA und das koordinierte Baubewilligungsverfahren von Amtes wegen auf. Es erwog, das Projekt erfordere eine Änderung der bestehenden (Gesamt-)Konzession und sei deshalb im Konzessionsverfahren zu beurteilen. Die Staumauererhöhung habe Auswirkungen vorab auf das Kraftwerk Grimsel 1 (Maschinengruppe Grimsel). Dieses müsse konzessionsrechtlich umfassend neu beurteilt werden. Zu klären sei ferner, in welchen weiteren Punkten die Konzession abgeändert werden müsse (Verfahren 22974-22977; BVR 2009 S. 341). Die dagegen erhobene Beschwerde der KWO wies das Bundesgericht am 20. Februar 2009 ab (Verfahren 1C\_207/2008).

**C.**

Am 17. September 2010 reichte die KWO ein Gesuch um Anpassung und Ergänzung der Gesamtkonzession vom 12. Januar 1962 ein. Sie beabsichtigt, den Stauspiegel des Grimselsees um 23 m anzuheben und dessen Speichervolumen um 75 Mio. m<sup>3</sup> zu vergrössern. Das Vorhaben umfasst im Wesentlichen die folgenden Massnahmen: Sanierung und Erhöhung der Spitallamm Sperre, Verstärkung und Erhöhung der Seeuferreggsperre, Anpassungen an den Triebwassersystemen der Kraftwerke Grimsel 1 und 2 sowie Massnahmen gegen die Verlandung des Sees. Gegen das Projekt erhoben zahlreiche Verbände und Organisationen sowie mehrere Privatpersonen Einsprache. Mit Beschluss vom 5. September 2012 genehmigte

der Grosse Rat des Kantons Bern die beantragte Anpassung und Ergänzung der Konzession unter Bedingungen und Auflagen und wies die Einsprachen ab, soweit er darauf eintrat. Gegen diesen Beschluss wurde kein Referendum ergriffen.

#### D.

Am 22. März 2013 hat die Schweizerische Greina-Stiftung (SGS) zur Erhaltung der alpinen Fliessgewässer (nachfolgend auch: Greina-Stiftung) gegen den Beschluss des Grossen Rates beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben mit folgenden Rechtsbegehren (Verfahren 100.2013.103):

- «1. Der angefochtene Beschluss sei aufzuheben, und dem Konzessionsgesuch «Vergrösserung Grimselsee» sei die Genehmigung zu verweigern.
2. Das Bundesinventar der Moorlandschaften (bundesrätliche Festlegung des Perimeters der Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel» vom 25. Februar 2004) sei akzessorisch auf seine Rechtmässigkeit hin zu überprüfen. Dabei sei gerichtlich festzustellen, dass der Perimeter der Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel» nicht den Vorgaben des Bundesgesetzes- und -verfassungsrechts entspricht und in der Weise erweitert werden muss, dass sich die Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel» bis hinunter zum heutigen Seeufer erstreckt.
3. Am Brienersee sei ein ökologisches 1-2 GW-Pumpspeicherkraftwerk zur Regelenergieerzeugung für stochastische Solar- und Windüberschüsse im Sinne des vom Bundesrat am 19. Mai 2010 genehmigten Postulats 10.3269 als verfassungskonforme Alternative zur Erhöhung der Staumauern zu prüfen und gegebenenfalls umzusetzen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegner.»

Gleichen Tags haben der WWF Schweiz, Pro Natura – Schweizerischer Bund für Naturschutz, Pro Natura Bern, die Stiftung Landschaftsschutz Schweiz, Aqua Viva – Rheinaubund (heute: Aqua Viva), die Schweizerische Energie-Stiftung, Greenpeace Schweiz und der Grimselverein ebenfalls Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben (Verfahren 100.2013.104). Ihre Rechtsbegehren entsprechen den Begehren 1, 2 und 4 im Verfahren 100.2013.103.

Die KWO und der Kanton Bern beantragen mit Beschwerdeantworten vom 21. Mai 2013, die Beschwerden seien abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Einwohnergemeinden (EG) Guttannen, Innertkirchen und Gadmen (seit 1.1.2014 Teil der EG Innertkirchen) befürworten mit Eingaben vom 22. bzw. 26. April 2013 das Konzessionsprojekt, ohne einen förmlichen Antrag zu stellen.

Mit Verfügung vom 11. Oktober 2013 hat der Instruktionsrichter die Verfahren vereinigt. Die Verfahrensbeteiligten haben von der Gelegenheit Gebrauch gemacht, sich zur Einhaltung der Beschwerdefrist zu äussern. Der Instruktionsrichter hat in der Folge weitere Unterlagen eingeholt.

Am 29. August 2014 hat eine Delegation des Verwaltungsgerichts eine Augenscheins- und Instruktionsverhandlung durchgeführt unter Mitwirkung von Vertreterinnen und Vertretern der beschwerdeführenden Organisationen, der KWO und des AWA, der EG Innertkirchen und Guttannen, des Bundesamts für Umwelt (BAFU), der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) sowie des Amtes für Umweltkoordination und Energie (AUE) und des Amtes für Landwirtschaft und Natur (LANAT), Abteilung Naturförderung (ANF), des Kantons Bern. Im Anschluss daran haben die Verfahrensbeteiligten und Fachstellen weitere Unterlagen eingereicht und sich zum Protokoll der Verhandlung geäussert. Die ANF hat am 31. Oktober 2014 zusätzliche Fragen des Instruktionsrichters beantwortet. Am 28. November bzw. 19. Dezember 2014 haben das AWA sowie die beschwerdeführenden Organisationen und die KWO Schlussbemerkungen eingereicht. Sie halten an ihren Anträgen fest. Die EG Innertkirchen und Guttannen haben sich nicht mehr vernehmen lassen.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1** Das Verwaltungsgericht beurteilt als letzte kantonale Instanz Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide, die sich auf öffentliches Recht stützen (Art. 74 Abs. 1 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]). Beim angefochtenen Konzessionsbeschluss des Grossen Rates handelt es sich um eine Verfügung nach Art. 14 Abs. 1 Bst. d und Art. 18 Abs. 1 des Wassernutzungsgesetzes vom 23. November 1997 (WNG; BSG 752.41) i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 und 2 sowie Art. 9 des Koordinationsgesetzes vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1). Gemäss Art. 76 Abs. 1 Bst. a VRPG ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig gegen Verfügungen und Entscheide des Grossen Rates und seiner Organe, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht. Art. 46 Abs. 2 WNG lässt die Verwaltungsgerichtsbeschwerde indessen zu gegen Verfügungen des Grossen Rates, die gestützt auf dieses Gesetz erlassen werden (vgl. auch Art. 11 Abs. 1 KoG). Dies entspricht ebenfalls den Anforderungen an die Rechtsweggarantie gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (Art. 29a der Bundesverfassung [BV; SR 101]; Art. 86 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110]; vgl. BGE 136 II 436 E. 1.3; BVR 2013 S. 443, nicht publ. E. 1.2 [VGE 2012/155 vom 22.4.2013]). Das Verwaltungsgericht ist daher zur Beurteilung der Beschwerden zuständig.

**1.2** Die Greina-Stiftung im Verfahren 100.2013.103 sowie die Beschwerdeführenden Ziff. 1-2 und 4-7 im Verfahren 100.2013.104 sind von Bundesrechts wegen zur Beschwerde befugt (Art. 79 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz [NHG; SR 451] und Art. 55 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz [Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01] sowie Art. 1 und Anhang Ziff. 1, 3, 6, 13, 14, 23 und 25 der Verordnung vom 27. Juni 1990 über die Bezeichnung der im Bereich des Umweltschutzes sowie des Natur- und Heimatschutzes beschwerdeberechtigten Organisationen [VBO; SR 814.076]). Die Legitimation der Be-

schwerdeführenden Ziff. 3 und 8 im Verfahren 100.2013.104 ergibt sich aus kantonalem Recht (Art. 46 Abs. 1 WNG i.V.m. Art. 40 Abs. 5 und 2 sowie Art. 35a Abs. 1 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]; vgl. auch Art. 10 KoG; BVR 2009 S. 341, nicht publ. E. 1.3.4 [VGE 22974-22977 vom 3.4.2008 zu aArt. 35 Abs. 2 Bst. b BauG in der Fassung vom 22. März 1993; BAG 94-76, in Kraft bis 31. August 2009]; VGE 2011/5 vom 14.6.2012, E. 1.2 [bestätigt durch BGer 1C\_371/2012 vom 30.5.2013, teilweise publ. in URP 2013 S. 721]).

### **1.3 Näher zu prüfen ist die Einhaltung der Beschwerdefrist.**

**1.3.1** Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist innert 30 Tagen seit Eröffnung des Entscheids oder der Verfügung schriftlich und unter Beachtung der Formvorschriften von Art. 32 VRPG zu erheben (Art. 81 Abs. 1 VRPG). Verfügungen und Entscheide werden grundsätzlich durch die Post zugestellt (Art. 44 Abs. 1 VRPG). Gemäss Art. 44 Abs. 5 VRPG kann die Behörde Verfügungen und Entscheide ohne Begründung im Amtsblatt eröffnen gegenüber einer Partei, die unbekanntes Aufenthaltsort ist oder sich im Ausland aufhält und in der Schweiz keine Zustelladresse bezeichnet hat (Bst. a) oder an eine Vielzahl von Beteiligten, die sich ohne unverhältnismässigen Aufwand nicht vollzählig bestimmen lassen (Bst. b). Vorbehaltlich abweichender Bestimmungen erfolgt die amtliche Veröffentlichung in den Amtsblättern; mit dem Tag der amtlichen Veröffentlichung gilt deren Inhalt als bekannt (Art. 14 Abs. 2 und Art. 15 des Publikationsgesetzes vom 18. Januar 1993 [PuG; BSG 103.1]).

**1.3.2** Der angefochtene Konzessionsbeschluss des Grossen Rates wurde im vollen Wortlaut im Amtsblatt des Kantons Bern vom 3. Oktober 2012 publiziert, unter Hinweis auf die Referendumsmöglichkeit gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. d der Kantonsverfassung vom 6. Juni 1993 (KV; BSG 101.1). Die Publikation der Feststellung, dass die Referendumsfrist ungenutzt abgelaufen war, erfolgte im Amtsblatt vom 13. Februar 2013 (Allg. Dossier, act. 2A). Am 20. Februar 2013 wurde dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden der Beschluss per Post zugestellt mit dem Hinweis, dass die Rechtsmittelfrist mit dieser individuellen Eröffnung zu laufen beginne (Posteingang am 21.2.2013; Dossier 100.2013.103 act. 1B und 1C23). Da grundsätzlich auch die amtliche Publikation als Eröffnung gilt,

fragt sich, welche der Eröffnungen im Sinn von Art. 81 Abs. 1 VRPG für den Beginn der Beschwerdefrist massgebend ist. Das Verwaltungsgericht hat sich entgegen der Meinung der Beschwerdeführenden zu dieser Frage soweit ersichtlich nie geäußert.

**1.3.3** Die Publikation des Beschlusses im Amtsblatt vom 3. Oktober 2012 verfolgte in erster Linie den Zweck, die Referendumsfrist im Sinn von Art. 62 Abs. 2 KV auszulösen. Sie kommt indessen im Sinn von Art. 44 Abs. 5 VRPG grundsätzlich auch als Eröffnung an beschwerdeberechtigte Personen und Organisationen in Betracht: Der Kreis der Beschwerdeberechtigten lässt sich im Verfügungszeitpunkt nicht vollzählig bestimmen, da dem vorgängigen wasserrechtlichen Auflage- und Einspracheverfahren keine Rechtsmittelfunktion zukommt und die Beteiligung daran für die spätere Beschwerdemöglichkeit nicht zwingend ist (BVR 2013 S. 443 E. 2.3, 2007 S. 468, nicht publ. E. 1.2.1 [VGE 22483 vom 13.3.2007]). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden ist eine Eröffnung des Beschlusses gemäss Art. 44 Abs. 5 VRPG nicht deshalb unzulässig, weil er eine Begründung enthält; die Bestimmung besagt nur, dass die Begründung nicht veröffentlicht werden muss.

**1.3.4** Indessen wird ein Beschluss, der dem fakultativen Referendum untersteht, erst verbindlich, wenn die Referendumsfrist ungenutzt abgelaufen oder der Beschluss in der Volksabstimmung angenommen worden ist. Dementsprechend beginnt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Beschwerdefrist erst mit der Publikation zu laufen, aus der sich ergibt, dass der Beschluss definitiv zustande gekommen ist (BGE 136 I 241 E. 1.2.1, 133 I 286 E. 1 betreffend kantonale Erlasse; BGer 1C\_483/2010 vom 2.11.2010, E. 1 betreffend Beschlüsse bzw. Verfügungen). Da der Beschluss des Grossen Rates im Zeitpunkt der ersten Publikation vom 3. Oktober 2012 mithin noch nicht definitiv war, begann die Beschwerdefrist mit dieser Publikation noch nicht zu laufen.

**1.3.5** Als fristauslösendes Ereignis kommt hingegen die Publikation vom 13. Februar 2013 in Betracht; aus dieser ergibt sich, dass der Beschluss definitiv zustande gekommen ist. Allerdings sieht der Beschluss zusätzlich zur Publikation die individuelle Eröffnung an die Einsprechenden vor (Bst. E Ziff. 1). Unter diesen Umständen ist für diese – im Unterschied zu bislang

nicht in das Verfahren einbezogenen Dritten – die *individuelle* Eröffnung massgebend, nicht die Publikation (vgl. auch Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 44 N. 7). Dieses Vorgehen entspricht gemäss den Ausführungen des AWA der Praxis des Kantons (Allg. Dossier, act. 5 S. 2). Demgegenüber betrifft die vorstehend erwähnte Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Beginn der Beschwerdefrist bei referendumspflichtigen bzw. -fähigen Beschlüssen Fälle, in denen keine (zusätzliche) individuelle Eröffnung erfolgt. – Den Beschwerdeführenden, die allesamt Einsprache erhoben hatten, ging der Beschluss am 21. Februar 2013 per Post zu. Ob der Kanton zu dieser Zustellung verpflichtet war, kann offenbleiben; da die individuelle Eröffnung erfolgt ist, ist sie nach dem Gesagten für den Fristenlauf massgebend. Mit den Beschwerden vom 22. März 2013 ist die 30-tägige Beschwerdefrist somit gewahrt.

**1.4** Unter Vorbehalt der nachfolgenden E. 1.5 und 1.6 ist auf die form- und fristgerecht eingereichten Beschwerden einzutreten.

**1.5** Der Entscheid in der Sache ist ebenso wie das Verfahren auf den Streitgegenstand begrenzt. Dieser bezeichnet im Beschwerdeverfahren den Umfang, in dem das mit der angefochtenen Verfügung geregelte Rechtsverhältnis umstritten ist. Zur Bestimmung des Streitgegenstands ist somit von der angefochtenen Verfügung bzw. vom angefochtenen Entscheid, dem sog. Anfechtungsobjekt, auszugehen. Dieses gibt den Rahmen des Streitgegenstands vor, der mithin nicht über das hinausgehen kann, was die Vorinstanz geregelt hat (vgl. BGE 136 II 457 E. 4.2, 133 II 35 E. 2, 131 II 200 E. 3.2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 72 N. 6). Innerhalb dieses Rahmens können die Parteien in ihren Rechtsmitteleingaben mit Beschwerdeanträgen und Beschwerdebegründung den Streitgegenstand bezeichnen (sog. Dispositionsmaxime). Soweit Begehren hingegen nicht das Anfechtungsobjekt betreffen, liegen sie ausserhalb des Streitgegenstands und fehlt es an einer Eintretens- bzw. Prozessvoraussetzung (vgl. BVR 2011 S. 391 E. 2.1, 2010 S. 337 E. 5.5, je mit Hinweisen). – Gegenstand der vorliegenden Verfahren bildet ausschliesslich die vom Grossen Rat erteilte Konzessionsänderung zur Erhöhung der Stau-mauern des Grimselsees. Über ein Alternativprojekt, das die Greina-Stiftung mit ihrem Rechtsbegehren 3 geprüft haben will (vorne Bst. D), hat

der Grosse Rat nicht entschieden. Es liegt somit ausserhalb des Anfechtungs- und Streitgegenstands, weshalb auf die Beschwerde im Verfahren 100.2013.103 insoweit nicht einzutreten ist.

**1.6** Die Beschwerdeführenden beantragen mit ihrem Rechtsbegehren 2, es sei gerichtlich festzustellen, dass der Perimeter der Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel» nicht den Vorgaben des Bundesrechts entspreche und erweitert werden müsse (vorne Bst. D). – Feststellungsbegehren bedürfen eines ausgewiesenen Feststellungsinteresses und sind gegenüber leistungsverpflichtenden und rechtsgestaltenden Begehren subsidiär (BVR 2011 S. 564 E. 3.3, 2010 S. 337 E. 3.2; BGE 141 II 113 E. 1.7; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 49 N. 20). Die Beschwerdeführenden bezwecken die Verhinderung des Vorhabens der KWO, was in ihrem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und Verweigerung der Konzessionsänderung zum Ausdruck kommt. Der Perimeter der Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel» ist im Rahmen des Streitgegenstands nur insofern von Bedeutung, als er sich auf das Vorhaben auswirken kann (vorfrageweise oder akzessorische Normenkontrolle; vgl. hinten E. 3.3). Dies trifft auf die südliche Grenze der Moorlandschaft zu. Insoweit stellt die beantragte Feststellung ein Begründungselement für den Aufhebungsantrag und das Begehren um Verweigerung der beantragten Anpassung und Ergänzung der Konzession dar. Ein weitergehendes selbständiges Feststellungsinteresse besteht nicht bzw. liegt ausserhalb des Streitgegenstands. Auf die Beschwerde ist, soweit das Feststellungsbegehren betreffend, daher nicht einzutreten (BVR 2005 S. 400 E. 1.3; vgl. auch BGE 123 IV 236 E. 9; BGer 2C\_99/2C\_100/2015 vom 2.6.2015, in StR 2015 S. 706 E. 2.2).

**1.7** Soweit auf die Beschwerden einzutreten ist, überprüft das Verwaltungsgericht die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG). Da die Streitigkeit von grundsätzlicher Bedeutung ist, urteilt es in Fünferbesetzung (Art. 56 Abs. 2 Bst. a des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

## 2.

**2.1** Die Verleihung von Wasserrechten steht der zuständigen Behörde desjenigen Kantons zu, in dessen Gebiet die in Anspruch genommene Gewässerstrecke liegt (Art. 38 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte [Wasserrechtsgesetz, WRG; SR 721.80]). Das Verfahren für die Verleihung durch die Kantonalbehörde wird unter Vorbehalt der Bestimmungen des WRG durch die Kantone geregelt (Art. 60 Abs. 1 WRG). Für Wasserkraftanlagen, die der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) unterliegen, ist ein zweistufiges Verfahren durchzuführen (Art. 5 Abs. 2 und Anhang Ziff. 21.3 der Verordnung vom 19. Oktober 1988 über die Umweltverträglichkeitsprüfung [UVPV; SR 814.011]). Im Kanton Bern entscheidet in der ersten Stufe die Konzessionsbehörde im Konzessionsbeschluss über die wesentlichen Elemente der Wassernutzung sowie die wesentlichen raum- und umweltrelevanten Aspekte; in der zweiten Stufe entscheidet das AWA als zuständige Stelle der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) im Baubewilligungsverfahren über das Bauprojekt, indem es über die übrigen notwendigen Elemente, Bedingungen und Auflagen verfügt (Art. 19 WNG; Art. 4 Abs. 1 und Anhang Ziff. 21.3 der kantonalen Verordnung vom 14. Oktober 2009 über die Umweltverträglichkeitsprüfung [KUVPV; BSG 820.111]; zum Ganzen BVR 2013 S. 443 E. 2.1). – Der angefochtene Konzessionsbeschluss bildet die erste Stufe dieses zweistufigen Verfahrens (vgl. zur Konzessionspflicht des Vorhabens vorne Bst. B). Er beinhaltet die Anpassung und Ergänzung der Gesamtkonzession vom 12. Januar 1962, Ausgleichs- und Ersatzmassnahmen sowie Anforderungen an die Bauprojekte und die UVP der 2. Stufe.

**2.2** Die beantragte Konzessionsänderung soll es der KWO hauptsächlich ermöglichen, die Staumauern Spitallamm und Seeuferegg zu sanieren und zu erhöhen, um damit den Stauspiegel des Grimselsees von 1'908,74 m.ü.M. um 23 m auf 1'931,74 m.ü.M. anzuheben. Dadurch würde das Volumen des Speichersees um 75 Mio. m<sup>3</sup> auf insgesamt 170 Mio. m<sup>3</sup> vergrössert mit dem Ziel einer bedarfsgerechteren Stromproduktion (vorne Bst. C; Gesuch vom 17.9.2010, Ziff. II/2.a [act. 9F pag. 3 f.]). Damit können zusätzliche Kapazitäten für die Stromproduktion im Umfang von 230 bzw.

240 GWh vorab im Winterhalbjahr geschaffen werden (Umlagerung von Sommer- in Winterenergie; vgl. BVR 2009 S. 341 E. 7.7; Stellungnahme des Bundesamts für Energie [BFE] vom 12.1.2004 [Akten BAFU act. 55]; Fachbericht AUE vom 10.12.2010 [act. 9F]). Der Grimselsee ist umgeben bzw. Teil von Schutzgebieten von nationaler, regionaler und lokaler Bedeutung. Namentlich liegt er im Perimeter des Objekts Nr. 1507 «Berner Hochalpen und Aletsch-Bietschhorn-Gebiet» des Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN) und des kantonalen Naturschutzgebiets Nr. 5 «Grimsel» (Art. 1 und Anhang der Verordnung vom 10. August 1977 über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler [VBLN; SR 451.11]; Schutzbeschluss des Regierungsrats des Kantons Bern vom 1.8.1958). Nördlich des Sees befinden sich mehrere Moorflächen und die Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel», die sich von Mederlouwenen bis zum Räterichsbodensee erstreckt und zu der auch ein Teil des Arvenwalds im Gebiet «Sunnig Aar» gehört (Art. 2 Abs. 1 und Anhang 2 der Verordnung vom 1. Mai 1996 über den Schutz der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung [Moorlandschaftsverordnung; SR 451.35]). Die südliche Perimetergrenze der Moorlandschaft verläuft entlang der Höhenkote von 1'936 m.ü.M., d.h. rund 27 m oberhalb des heutigen Stauspiegels des Grimselsees und rund 4 m oberhalb des geplanten neuen Stauziels (Verfügung des Amtes für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern [AGR] vom 18.2.2005 [Akten BAFU act. 58]).

**2.3** Die Beschwerdeführenden beanstanden die geplante Erhöhung des Stauspiegels in erster Linie aus Gründen des Natur- und Heimatschutzes. Sie machen geltend, durch die Überflutung des heutigen Uferbereichs des Grimselsees würden bedeutende Natur- und Landschaftswerte zerstört, namentlich Moorbiotope entlang des Nordufers, ein Teil des Arvenwalds im Gebiet «Sunnig Aar» sowie ein Teil des Gletschervorfelds des Unteraargletschers, das ebenfalls innerhalb des BLN-Objekts Nr. 1507 «Berner Hochalpen und Aletsch-Bietschhorn-Gebiet» liegt. Die Beschwerdeführenden bringen insbesondere vor, das Nordufer des Grimselsees gehöre von Verfassung und Gesetzes wegen zur geschützten Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel», weshalb dessen Überflutung nicht zulässig sei. Sie be-

streiten die Rechtmässigkeit der vom Bundesrat vorgenommenen Abgrenzung der Moorlandschaft. Darauf ist vorab näher einzugehen.

### **3.**

**3.1** Gemäss Art. 78 Abs. 5 BV sind Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung geschützt. Es dürfen darin weder Anlagen gebaut noch Bodenveränderungen vorgenommen werden. Ausgenommen sind Einrichtungen, die dem Schutz oder der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung dienen. Die Verfassung definiert jedoch nicht, was unter einer Moorlandschaft zu verstehen ist. Anders als bei den Mooren ergibt sich dies auch nicht (oder zumindest nicht allein) aus naturwissenschaftlichen Kriterien. Der Gesetzgeber hat in Art. 23b NHG Kriterien für die Umschreibung der Moorlandschaften aufgenommen und damit den Verfassungsauftrag näher ausgeführt: Danach ist eine Moorlandschaft eine in besonderem Mass durch Moore geprägte, naturnahe Landschaft, deren moorfreier Teil zu den Mooren in enger ökologischer, visueller, kultureller oder geschichtlicher Beziehung steht (Abs. 1). Um von besonderer Schönheit und nationaler Bedeutung zu sein, muss die Moorlandschaft zudem in ihrer Art einmalig sein oder in einer Gruppe von vergleichbaren Moorlandschaften zu den wertvollsten gehören (Abs. 2). Der Bundesrat bezeichnet die schützenswerten Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung unter Berücksichtigung der bestehenden Besiedlung und Nutzung und bestimmt ihre Lage. Er arbeitet dabei eng mit den Kantonen zusammen, welche ihrerseits die betroffenen Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer anhören (Abs. 3; zum Ganzen BGE 138 II 281 E. 5.3 [URP 2012 S. 525 mit Anmerkung von Nina Dajcar], 127 II 184 E. 3a und b).

**3.2** Gestützt auf Art. 23b Abs. 3 NHG hat der Bundesrat am 1. Mai 1996 die Moorlandschaftsverordnung erlassen. Dabei hat er den Entscheid über die definitive Aufnahme der Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel» in das Bundesinventar der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung (Moorlandschaftsinventar) bis zum Abschluss der Anhörung der betroffenen Grundeigentümerschaft durch den Kanton Bern

vorläufig ausgesetzt. Die Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel» wurde deshalb vorerst nur vorläufig in das Inventar aufgenommen; die südliche Grenze des provisorischen Perimeters verlief auf der Höhe des heutigen Stauziels des Grimselsees (aArt. 13 und aAnhang 3 der Moorlandschaftsverordnung in der Fassung vom 1. Mai 1996 [AS 1996 S. 1839]). Mit Änderung der Moorlandschaftsverordnung vom 25. Februar 2004, in Kraft seit 1. Mai 2004, nahm der Bundesrat die Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel» definitiv in das Moorlandschaftsinventar auf (AS 2004 S. 1833). Dabei hob er die südliche Grenze gegenüber der provisorisch festgelegten um 27 m an (Medienmitteilung [Akten BAFU act. 57]). Mit der Änderung der Moorlandschaftsverordnung vom 16. Mai 2007 (AS 2007 S. 2655) wurde das Schutzgebiet im Grenzbereich zwischen Grimsensee und Räterichsbodensee geringfügig angepasst, die seeseitige Grenze blieb davon aber unberührt (Akten BAFU act. 60).

**3.3** Als Verordnung des Bundesrats kann das Moorlandschaftsinventar von den Gerichten im Anwendungsfall akzessorisch auf seine Verfassungs- und Gesetzeskonformität überprüft werden (BGE 139 II 499 E. 4.1, 138 II 281 E. 5.4, 127 II 184 E. 5a mit Hinweisen; allgemein zur Überprüfung von Bundesratsverordnungen BGE 139 II 460 E. 2; BVR 2008 S. 284 E. 5.3). Allerdings verfügt der Bundesrat bei der Konkretisierung der unbestimmten Gesetzesbegriffe von Art. 23b NHG über einen gewissen Beurteilungsspielraum. Wohl hat sich der Bundesrat an die gesetzlichen Kriterien zu halten; diese sind jedoch nicht so präzise gefasst, dass sie in jedem Einzelfall zu klaren und eindeutigen Ergebnissen führen. Dies gilt vor allem für die Abgrenzung des Perimeters am Rand einer Moorlandschaft: Die Frage, ob ein bestimmter Landschaftsteil noch eine hinreichend enge Beziehung zu den Mooren hat, lässt sich oft nicht eindeutig beantworten, so dass es mehrere mit dem Gesetz vereinbare, vertretbare Lösungen geben kann. Hat sich der Bundesrat im Einvernehmen mit dem betroffenen Kanton für eine – mit dem Gesetz vereinbare – Grenzziehung entschieden, ist diese Abgrenzung von den kantonalen Behörden und Gerichten zu respektieren. Sie dürfen die Grenzziehung nur korrigieren, wenn der Bundesrat seinen Beurteilungsspielraum überschritten oder missbraucht hat. Der Beurteilungsspielraum darf aber nicht so weit gefasst werden, dass eine effektive gerichtliche Kontrolle nicht mehr möglich ist. Die Gerichte

müssen und dürfen prüfen, ob sich der Bundesrat an die gesetzlichen Vorgaben in Art. 23b NHG gehalten und seinen Beurteilungsspielraum dem Zweck des Gesetzes entsprechend, im Sinn des verfassungsrechtlichen Moorlandschaftsschutzes, ausgeübt hat. Sie dürfen auch einschreiten, wenn der Bundesrat von einem falschen Sachverhalt ausgegangen ist. Dagegen dürfen sie nicht eine vertretbare Abgrenzung der Moorlandschaft durch eine andere ersetzen (BGE 138 II 281 E. 5.4, 127 II 184 E. 5a/bb und cc).

#### **4.**

**4.1** Zum Moorlandschaftsschutz hat der Grosse Rat im angefochtenen Konzessionsbeschluss erwogen (E. 4.2), eine akzessorische Normenkontrolle von bundesrätlichen Verordnungen sei zurückhaltend und nur bei offensichtlicher Verfassungswidrigkeit auszuüben. Dem Bundesrat stehe bei der Verwirklichung von Art. 78 Abs. 5 BV und Art. 23b NHG ein weiter Beurteilungsspielraum zu. Wenn er den Perimeter aufgrund einer anderen Fragestellung festlege, als dies nach Auffassung der Einsprechenden geboten gewesen wäre, könne darin keine offensichtliche Rechtsverletzung liegen. Dies gelte umso mehr, als es nicht um die Festlegung des Kerns der Moorlandschaft gehe, sondern um deren Abgrenzung am Rand. Der Perimeter werde deshalb als verbindlich betrachtet. In den Beschwerdeantworten vom 21. Mai 2013 hat das AWA namens des Kantons Bern ergänzt, es sei zulässig und aufgrund der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie und des Verhältnismässigkeitsprinzips geboten, die Vorgabe von Art. 23b NHG weit auszulegen, wonach die Abgrenzung unter Berücksichtigung der bestehenden Besiedlung und Nutzung vorzunehmen sei. Der Bundesrat habe unter dem Aspekt «bestehende Nutzung» deshalb richtigerweise eine massvolle Weiterentwicklung der Wassernutzung mitberücksichtigt. Diese Praxis habe er auch bei anderen Moorlandschaften angewandt (u.a. Nr. 5 «Pfäffikersee», Nr. 37 «Hirzel» und Nr. 204 «Göscheneralp»).

**4.2** Die Beschwerdeführenden machen demgegenüber geltend, die Festlegung des Perimeters der Moorlandschaft sei weder verfassungs-

noch gesetzeskonform. Der Bundesrat hätte bei der Abgrenzung dem Ausbauprojekt der KWO nicht Rechnung tragen dürfen. Eine Interessenabwägung bei der Festlegung des Perimeters sei nicht zulässig; der Abgrenzung lägen damit sachfremde Motive zu Grunde. Moorlandschaften seien aufgrund von präzisen, einheitlichen und nachvollziehbaren Kriterien entlang von markanten Landschaftslinien abzugrenzen. Demgegenüber sei die Moorlandschaft entlang des Grimselsees willkürlich auf eine im Gelände nicht erkennbare Höhenlinie begrenzt worden. Die für die Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel» charakteristischen Merkmale, insbesondere die Moorflächen, die Granitrundhöcker und der Arvenwald, reichten bis hinunter zum Seeufer. Anders als im Fall «Pfäffikersee» (BGE 127 II 184) bestünden gerade nicht mehrere mit dem Gesetz vereinbare, vertretbare Lösungen. Der Perimeter, der für die Beurteilung des Konzessionsbeschlusses massgebend ist, müsse daher bis zum heutigen Ufer des Grimselsees erweitert werden.

**4.3** Die KWO bringt vor, die geringfügige Reduktion des Perimeters der Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel» sei gestützt auf eine umfassende Auseinandersetzung sowohl mit den rechtlichen als auch mit den tatsächlichen Aspekten und aus sachlichen Gründen erfolgt. Die Integrität der Moorlandschaft bleibe auch bei einem höheren Stauziel gewahrt. Die für den ursprünglichen Inventarentwurf entwickelte naturwissenschaftliche Methode zur Auswahl, Abgrenzung und Bewertung potenzieller Moorlandschaften sei nicht geeignet, den Beurteilungs- und Ermessensspielraum des Bundesrats bei der definitiven Inventaraufnahme einzuschränken. So sei der Bundesrat bei der Abgrenzung mehrerer Moorlandschaften vom Inventarentwurf abgewichen und habe in drei Fällen sogar ganz auf die Aufnahme verzichtet. Der Perimeter der Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel» schliesse keine wesentlichen Elemente aus, namentlich weder Flachmoore von nationaler noch solche von regionaler Bedeutung. Das Ufer des künstlich aufgestauten Sees stelle zum einen keine natürliche, zum anderen wegen der schwankenden Pegelstände keine eindeutige Grenze dar. Die auf einer Höhenkote festgelegte südliche Grenze der Moorlandschaft sei präziser und im Gelände kaum schlechter zu erkennen als die übrigen Grenzen. Der Perimeter sei damit verfassungs- und gesetzeskonform.

## 5.

**5.1** Die bundesrätliche Inventarisierung konkretisiert den örtlichen Geltungsbereich von Art. 78 Abs. 5 BV. Dieser beinhaltet ein absolutes Veränderungsverbot sowohl für Moore als auch für Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von gesamtschweizerischer Bedeutung und lässt Ausnahmen nur zu, wenn sie dem Schutz oder der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung dienen (vorne E. 3.1). Die Verfassungsbestimmung räumt dem Schutz von Mooren und Moorlandschaften absoluten Vorrang ein und belässt keinen Raum für eine Abwägung mit anderen Interessen im Einzelfall. Im Gegensatz zu Art. 78 Abs. 5 BV differenzieren das NHG und das darauf beruhende Ordnungsrecht zwischen Moorbiotopen und Moorlandschaften. Art. 23d Abs. 1 NHG lässt die Gestaltung und Nutzung von Moorlandschaften zu, soweit dies der Erhaltung der für diese Landschaften typischen Eigenheiten nicht widerspricht. Damit wird das Kriterium der Schutzzieldienlichkeit durch dasjenige der Schutzzielverträglichkeit ersetzt. Insofern gilt in Moorlandschaften kein absolutes Veränderungsverbot, sondern es ist jeweils zu prüfen, ob ein Vorhaben mit den Schutzzielen vereinbar ist. Eine Interessenabwägung ist aber auch hier nicht zulässig: Widerspricht ein Vorhaben den Schutzzielen, so ist es unzulässig, unabhängig vom Gewicht der übrigen auf dem Spiel stehenden Interessen (BGE 138 II 281 E. 6.2 mit zahlreichen Hinweisen, namentlich auf Peter M. Keller, in Kommentar NHG, 1997, Vorbem. zu Art. 23a-23d N. 9, sowie Bernhard Waldmann, Der Schutz von Mooren und Moorlandschaften, Diss. Freiburg 1996, S. 90, 251 ff.). Bei dieser rechtlichen Ausgangslage darf auch die Qualifikation als Moorlandschaft nicht von einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Nutzungsinteressen abhängen (BGE 127 II 184 E. 5b/aa; Nina Dajcar, Natur- und Heimatschutz-Inventare des Bundes, Diss. Zürich 2010, S. 77 und 103, je mit Hinweisen).

**5.2** Was die in Art. 23b Abs. 3 NHG erwähnten *bestehenden* Siedlungen und Nutzungen betrifft, werden in der Literatur unterschiedliche Auffassungen darüber vertreten, ob sie auch bei der Abgrenzung von Moorlandschaften, nicht nur bei deren Auswahl, zu berücksichtigen sind (bejahend: Nina Dajcar, a.a.O., S. 103 ff.; Peter M. Keller, a.a.O., Art. 23b N. 17; ver-

neinend: Bernhard Waldmann, Bemerkungen zu BGE 127 II 184, in AJP 2002 S. 71 ff., 75). Als Abgrenzungskriterium nicht berücksichtigt werden dürfen aber jedenfalls *künftige* Besiedlungen oder Nutzungen (Nina Dajcar, a.a.O., S. 105 mit Hinweisen; vgl. z.B. BGE 138 II 281 E. 5.6.5 betreffend Interessen des Strassenbaus; BGE 127 II 184 E. 5b/aa betreffend Bauzonenqualität). Dies lässt sich bereits aus der Verfassung ableiten: Der Schutz von Mooren und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung wurde mit der Annahme der Rothenthurm-Initiative am 6. Dezember 1987 verfassungsrechtlich verankert (Art. 24<sup>sexies</sup> Abs. 5 der alten Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 [aBV; BS 1 S. 3] in der Fassung vom 6. Dezember 1987 [AS 1988 S. 352]; seit 1.1.2000 Art. 78 Abs. 5 BV). Nach der Übergangsbestimmung zu Art. 24<sup>sexies</sup> Abs. 5 aBV mussten Anlagen, Bauten und Bodenveränderungen, die dem Zweck der Schutzgebiete widersprechen und nach dem 1. Juni 1983 erstellt worden waren, abgebrochen und rückgängig gemacht werden (vgl. auch Art. 25b Abs. 1 NHG). Bewertungszeitpunkt für die Bestandesaufnahme der Moorlandschaften ist somit grundsätzlich dieser Stichtag (vgl. Bernhard Waldmann, a.a.O., S. 141). Massgebend auch für die Abgrenzung der Moorlandschaft sind also die Verhältnisse im Zeitpunkt der Unterschutzstellung per 1. Juni 1983. Dies schliesst die Berücksichtigung künftiger Besiedlungen und Nutzungen aus.

**5.3** Aus den Akten des BAFU ist ersichtlich, dass das Ausbauvorhaben der KWO bei der Diskussion über den Schutz der Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel» eine wesentliche Rolle gespielt hat: Der Regierungsrat des Kantons Bern beantragte dem Bundesrat mit Schreiben vom 28. August 1996, auf die Inventarisierung zu verzichten, bis die entgegenstehenden Interessen – vor allem energiewirtschaftlicher und energiepolitischer Natur – umfassend abgeklärt und gewichtet seien (Akten BAFU act. 26). Dieser Antrag erfolgte vor dem Hintergrund des damaligen Ausbauprojekts «Grimsel West» der KWO mit einer neuen Staumauer im Grimselsee; damit wären bei einem Stauziel von rund 2'020 m.ü.M. Teile des provisorisch festgesetzten Perimeters überflutet worden (vgl. zum Ganzen Akten BAFU, insb. Antrag des Eidgenössischen Departements des Innern [EDI] an den Bundesrat vom 4.12.1996 [act. 33]; Stellungnahmen des Regierungsrats des Kantons Bern vom 22.11.1995 [act. 17], der KWO vom

9.8.1996 [act. 24] und der Kantonalen Fachkommission Moorlandschaften vom 29.7.1996 [act. 28]). Nachdem die KWO auf das Projekt «Grimsel West» verzichtet hatte und stattdessen das Vorhaben «KWO plus» an die Hand nahm, zu dem die hier zu beurteilende Anpassung und Ergänzung der Gesamtkonzession gehört, beantragte der Regierungsrat dem Bundesrat am 27. August 2003 die definitive Aufnahme des Objekts Nr. 268 «Grimsel» mit einer seeseitigen Grenze auf der Höhe von 1'936 m.ü.M; die Verkleinerung der provisorisch unter Schutz gestellten Moorlandschaft sollte den maximal vertretbaren Handlungsspielraum für den Ausbau der Wasserkraftnutzung an der Grimsel eröffnen (Akten BAFU act. 50, insb. S. 3). Mit dieser Perimetergrenze wurde die Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel» definitiv in das Inventar aufgenommen (Akten BAFU act. 51 ff.; vorne E. 3.2). Dabei betonte der Bundesrat, dass für die Festlegung des Perimeters durchaus auch politische Erwägungen relevant seien (vgl. auch Nina Dajcar, a.a.O., S. 109 mit Hinweis auf Amtl. Bull. SR 1992 S. 607, Votum Bundesrat Cotti).

**5.4** Wie dargelegt ist eine Interessenabwägung unter Einbezug von (künftigen) Nutzungsinteressen bei der Abgrenzung einer Moorlandschaft nicht zulässig. Dass mit dem Bundesrat ein politisches Organ mit der Inventarisierung und Festlegung der Grenzen betraut ist, ändert daran nichts; die Grenzziehung muss mit dem Gesetz vereinbar sein (vgl. BGE 127 II 184 E. 5a/bb). Entgegen der Auffassung des Kantons Bern bildet deshalb auch die «massvolle Weiterentwicklung einer bestehenden Nutzung» kein Kriterium für die Abgrenzung. Dass der Bundesrat bei der definitiven Inventarisierung unbestrittenermassen Nutzungsinteressen (mit)berücksichtigt hat, bedeutet jedoch noch nicht, dass der Entscheid über die Grenzziehung von vornherein gesetzwidrig wäre. Massgebend ist vielmehr, ob das streitbetroffene Gebiet nach den Kriterien von Art. 23b NHG zwingend zur Moorlandschaft gehört (BGE 127 II 184 E. 5b/dd). Dies ist nachfolgend zu prüfen.

## 6.

**6.1** Eine Moorlandschaft stellt zusammen mit den darin liegenden Mooren einen Erdoberflächenausschnitt einheitlichen Charakters dar, der sich so von der weiteren Umgebung abgrenzen lässt. Die Einheitlichkeit lässt sich vorab durch visuelle, aber auch durch ökologische oder biologische, schliesslich auch durch kulturelle oder geschichtliche Zusammenhänge begründen (BGE 123 II 248 E. 2b/bb mit Hinweisen u.a. auf Bernhard Waldmann, a.a.O., S. 28 f.). Im Moorlandschaftsinventar ist die Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel» beschrieben als typische Rundhöcker-Moorlandschaft, in welcher die Moore in einem engen Mosaik mit den Felsen abwechseln und aufs engste mit dem Relief und der Geologie verbunden sind. Neben grösseren Mooren existiert eine Unmenge von kleinen und kleinsten Moorflächen, oft weniger als eine Are gross, die in ununterbrochener Reihe den Hang überziehen. Die Moore liegen in den Verebnungen und Hohlformen (Senken und Terrassen) zwischen den von eiszeitlichen Gletschern geschliffenen Rundhöckern (vgl. auch Urs Hintermann, Inventar der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung, BUWAL [Hrsg.], Schriftenreihe Umwelt Nr. 168, 1992 [nachfolgend: Inventar], S. 124; Alfred Kölz, Rechtsfragen des Moorschutzes – am Beispiel des Stauseeprojekts «Grimsel-West», in URP 1996 S. 171 ff., insb. S. 178).

**6.2** Art. 23b NHG nennt neben der Berücksichtigung der bestehenden Besiedlung und Nutzung keine weiteren Abgrenzungskriterien. Nach der Literatur erscheint die Begrenzung einer Moorlandschaft am ehesten nachvollziehbar, wenn sie sich an natürliche Grenzen hält. Dafür kommen der Sichthorizont, Waldränder, Flüsse, Seen oder Felswände in Frage. In zweiter Linie sind künstlich geschaffene, aber immerhin deutlich sichtbare Grenzen wie Siedlungen, Strassen, Wege oder der Übergang zwischen dem extensiv und dem intensiv genutzten Landwirtschaftsgebiet in Betracht zu ziehen. Erst in letzter Linie sind Höhenkurven, Gemeinde- oder Kantonsgrenzen zu berücksichtigen (Peter M. Keller, a.a.O., Art. 23b N. 19; Nina Dajcar, a.a.O., S. 105). Das Bundesgericht hat sich nicht allgemein zu den Abgrenzungskriterien geäussert, im Fall der Moorlandschaft «Pfäffikersee» aber den Vorrang natürlicher oder deutlich erkennbarer künstlicher

Grenzen bestätigt (BGE 127 II 184 E. 5b/bb und cc; in diesem Sinn auch RR SG 27.2.2001, in GVP 2001 Nr. 97 E. 4c, und RR SZ 16.12.2014, in EGV-SZ 2014 S. 221 E. 6.2). Dieser Vorrang ist auch in den Abgrenzungsregeln enthalten, die für die Inventarisierung der Moorlandschaften aufgestellt wurden. Allgemein wird darin festgehalten, dass sich die Abgrenzung nach den Schutzziele richten muss: Die Grenze muss so festgelegt werden, dass alle Schutzziele erreicht werden. Wenn eine Landschaft enger abgegrenzt werden muss, so werden die subsidiären Abgrenzungskriterien in einer bestimmten hierarchischen Reihenfolge gewählt. Grundsätzlich haben natürliche Abgrenzungslinien, d.h. Abgrenzungen entlang natürlicher Landschaftselemente, Priorität vor künstlichen Abgrenzungselementen, und markante Geländemerkmale werden unauffälligen vorgezogen. Die Abgrenzungsregeln äussern sich namentlich zum Einbezug von Siedlungen und überbauten Flächen, Flächen unterschiedlicher Nutzungsintensität, Wald oder Felswänden, zur Abgrenzung entlang des Sichthorizonts und entlang von Seen, Flüssen und Bächen sowie entlang politischer Grenzen bzw. Zonengrenzen oder BLN-Objekten. Auch danach gilt somit der Grundsatz, dass die Abgrenzung in erster Linie aus der Landschaft heraus verständlich sein sollte. Hoch- und Flachmoorobjekte werden möglichst ganz in eine Moorlandschaft ein- oder davon ausgeschlossen. Sind Seeufer ein wichtiger Teil der Moorlandschaft, so werden sie in den Perimeter mit einbezogen (Urs Hintermann, Inventar, S. 54 und 56 ff., insb. 57 und 61).

**6.3** Für die Bewertung der Moorlandschaften wurden ebenfalls Kriterien definiert (sog. Summen- bzw. Punktbewertungsverfahren). Wie auch in Art. 4 Abs. 1 Bst. b der Moorlandschaftsverordnung zum Ausdruck kommt, sind dabei Moorbiotop, geomorphologische Elemente, Biotopenelemente, typische Kulturelemente, Besiedlung und Beeinträchtigungen wesentlich. Ebenso von Bedeutung sind die Fläche der Moorlandschaft, der Anteil moortypischer Fläche sowie die Erschliessung (Urs Hintermann, Inventar, S. 69). Diese Kriterien dienen jedoch nicht der Abgrenzung, sondern der Bewertung der bereits abgegrenzten Moorlandschaft (vgl. Urs Hintermann, Inventar, S. 68; Urs Hintermann, Wie lassen sich Moorlandschaften bewerten?, in Schweizer Ingenieur und Architekt 1993 S. 342 ff., 344 [Akten BAFU act. 3]). Die quantitative und qualitative Bewertung der

charakteristischen Elemente der Moorlandschaft ist insbesondere Voraussetzung, um die übergeordneten Schutzziele in operable Schutzbestimmungen umzusetzen (vgl. VGE 22474 vom 28.3.2007, in URP 2007 S. 844 E. 2.7.2 mit Hinweisen). Wie auch der Vertreter von Pro Natura am Augenschein erklärt hat, ist das Punktebewertungsverfahren nach der Abgrenzung der Moorlandschaften durchgeführt worden und für die Perimeterabgrenzung irrelevant. Die Abgrenzung sei gestützt auf die Kriterien von Hintermann & Weber erfolgt (vgl. Urs Hintermann, Inventar); wesentlich sei dabei die Sichtbarkeit der Grenze im Gelände. Als Grenze komme beispielsweise eine Krette in Frage oder eine künstliche Grenze dort, wo keine natürliche Grenze bestehe. Alle späteren Zuweisungskriterien spielten keine Rolle. Massgebend sei, dass bei allen Moorlandschaften dieselben Abgrenzungskriterien verwendet würden (Protokoll der Augenscheins- und Instruktionsverhandlung vom 29.8.2014 [act. 24; nachfolgend: Protokoll] S. 5). Der Vertreter des BAFU hat diese Auffassung bestätigt und festgehalten, das Punktebewertungsverfahren sage etwas darüber aus, ob die Moorlandschaft schutzwürdig sei, nicht jedoch über deren Abgrenzung. Wenn die Moorlandschaft verkleinert würde, müsste man die Punktebewertung nochmals vornehmen. Für die Abgrenzung von Moorlandschaften würden eigens dafür entwickelte Kriterien verwendet, diese seien für alle Moorlandschaften gleich (Protokoll S. 6 f.).

**6.4** Entgegen der Auffassung der KWO sind die Summenbewertungskriterien für die Perimeterabgrenzung der Moorlandschaft folglich nicht relevant. Der Einwand, wonach der Mooranteil steige, wenn die Moorlandschaft enger abgegrenzt werde, vermag daran nichts zu ändern (Protokoll S. 6). Wie der Vertreter des BAFU nachvollziehbar ausgeführt hat, ist es methodisch nicht zielführend, die Moorlandschaft zu verkleinern, um den prozentualen Mooranteil zu erhöhen (Protokoll S. 7). Vielmehr sind die erwähnten, vorab an der Landschaft orientierten Abgrenzungskriterien anzuwenden (vorne E. 6.2). Bei diesen Abgrenzungsregeln handelt es sich zwar nicht um Rechtsnormen, wie die KWO zutreffend ausgeführt hat. Sie stellen Arbeitshilfen dar, um die Moorlandschaften nach fachlichen Kriterien soweit möglich einheitlich zu erfassen. Als solche konkretisieren sie indessen sachgerecht die Bestimmungen von Verfassung und Gesetz, die den Schutz der Moorlandschaften unabhängig von entgegenstehenden Interes-

sen bezwecken und eine Interessenabwägung bei der Aufnahme der Gebiete in das Moorlandschaftsinventar ausschliessen (vorne E. 5.1). Sie dienen ebenso dem Rechtsgleichheitsgebot wie dem Willkürverbot, indem die Kriterien bei allen Moorlandschaften gleich angewendet werden sollten (Nina Dajcar, a.a.O., S. 108 f. mit Hinweis auf gutachterliche Stellungnahmen). Die Bedeutung dieses Aspekts hat auch der Vertreter des BAFU am Augenschein hervorgehoben (Protokoll S. 27).

**6.5** Wie sich am Augenschein gezeigt hat, ist die Perimetergrenze entlang der Höhenkote von 1'936 m.ü.M. in der Landschaft nicht wahrnehmbar. Die Landschaft zwischen dem heutigen Stauziel und der 27 m höher verlaufenden Perimetergrenze unterscheidet sich nicht sichtbar von derjenigen, die innerhalb des Perimeters der Moorlandschaft liegt (vgl. Fotodossier des Augenscheins vom 29.8.2014 [act. 24a], insb. Fotos Nrn. 4, 31, 46, 52). Wie der Präsident der ENHK am Augenschein ausgeführt hat, erkennt man gut die mosaikartige Struktur der Landschaft, die abwechselnd aus vom Gletscher geschliffenen, kurzen Felsabsätzen und kleinen, teilweise vermoorten Plateaus besteht und bis zum Ufer hinunter reicht. An einigen Stellen sind Lawinenschuttkegel zu sehen, dazwischen ist überall das gleiche Mosaik erkennbar. Dabei gibt es keinen Unterschied zwischen dem tiefer und dem höher gelegenen Bereich. Nach der Darstellung des Präsidenten der ENHK würde sich die Landschaft erst im Talboden verändern, wenn der See nicht vorhanden wäre. Erst dort habe es im Bereich des natürlichen Hangfusses und auf der Talsohle weitere Ablagerungen. Der Landschaftstyp am Hang habe sich früher weiter hinunter fortgesetzt (Protokoll S. 11 und 18, sowie Eingabe der ENHK vom 14.10.2014 [act. 30]). Der Vertreter des BAFU hat bestätigt, dass sich geomorphologische Elemente, die Voraussetzung für die Moorbildung an einem bestimmten Standort seien, überall in der Landschaft am Nordufer des Sees fänden. Das Mosaik sei im ganzen Bereich vorhanden (Protokoll S. 13). Im Zeitpunkt des Augenscheins war der Grimselsee relativ stark gefüllt, aber nicht ganz voll (Protokoll S. 15 f.; Fotos Nrn. 33 und 34). Auch bei nicht vollständig gefülltem See bildet der Stauspiegel einen – den einzigen – von weitem sichtbaren Einschnitt in der Landschaft. Der Bereich zwischen dem Stauziel und dem tatsächlichen Wasserstand, das Einstauband, ist vegetationsarm und hebt sich deutlich von der umgebenden Landschaft

ab (vgl. insb. Fotos Nrn. 4, 31, 46, 52). Im Gelände ebenfalls wahrnehmbar sind die übrigen Grenzen der Moorlandschaft. Die nördliche Grenze verläuft über weite Strecken entlang eines Grabens in der Landschaft; vom Wanderweg am Nordufer des Grimselsees aus gesehen entspricht sie teilweise dem Sichthorizont, teilweise verläuft sie oberhalb einer Krete (Protokoll S. 10, 17 f., 22; Fotos Nrn. 19 f.) Im Entwurf für das Moorlandschaftsinventar von 1991 wurde die Grenze der Moorlandschaft detailliert beschrieben: Sie verläuft von Westen ausgehend zunächst in einem Couloir, dann entlang des Sichthorizonts, folgt dem Fuss der abgeschliffenen Felsen und einem Grasstreifen bis zur südöstlichen Krete des Juchlistocks und führt von dort entlang eines Couloirs bis zum Räterichsbodensee, dessen Ufer entlang bis zu einer Brücke am Südende des Sees und von dort über eine Granitschulter Richtung Grimsensee. In jenem Entwurf wurde festgehalten, das Ufer des Grimselsees bilde «auf sinnvolle Art die Südgrenze der Landschaft», da die Moore sich bis hinunter zur Wasserfläche des Sees ausdehnten (Akten BAFU act. 5 S. 5).

**6.6** Beim Stauspiegel handelt es sich nicht um eine natürliche, sondern um eine durch den Stausee geschaffene künstliche Grenze. Im Bericht der Hintermann & Weber AG vom 22. Mai 2003 wird in diesem Zusammenhang Folgendes ausgeführt: «Aus fachlicher Sicht von Bedeutung erscheint allerdings die Tatsache, dass ein Höherstau und eine damit verbundene Perimeterverkleinerung [des damals erst provisorisch festgelegten Perimeters; vorne E. 3.2] keinen Widerspruch zu den Abgrenzungsregeln darstellen würde. Es würde eine in der Landschaft visuell eindeutige neue Grenze resultieren. [...] Zum heutigen Zeitpunkt [2003] muss aber nach den Regeln die Südgrenze der Moorlandschaft so gezogen werden, wie sie im Moorlandschaftsinventar [provisorisch] dargestellt ist. Massgebend ist der Seespiegel des voll gefüllten Sees im aktuellen Zustand» (Akten BAFU act. 49 S. 3). Der Vertreter des BAFU hat am Augenschein erklärt, aus fachlicher Sicht teile er die Beurteilung der Hintermann & Weber AG. Er hat bestätigt, dass – befolgt man diese Abgrenzungsregel – die Moorlandschaft bis zur heutigen maximalen Staukote reichen müsste. Wäre der Seespiegel 27 m höher, müsste man akzeptieren, dass die Grenze der Moorlandschaft neu dort verlief (Protokoll S. 16 f.).

**6.7** Daraus lässt sich entgegen der Auffassung der KWO nicht ableiten, dass das Ufer des Grimselsees keine eindeutige Grenze darstellt. Denn massgebend für die Abgrenzung der Moorlandschaft sind zum einen die Verhältnisse im Zeitpunkt der Unterschutzstellung per 1. Juni 1983 (vorne E. 5.2). Das ist gerade bei künstlich geschaffenen Grenzen von wesentlicher Bedeutung, könnte doch der Perimeter andernfalls nach Belieben verkleinert werden. Diese Verhältnisse entsprechen im Wesentlichen dem heutigen Zustand (vgl. Protokoll S. 8); namentlich ist die Staukote des Grimselsees unverändert. Zum anderen hebt sich auch das Einstauband von der umgebenden Landschaft klar ab (vorne E. 6.5), weshalb das heutige Stauziel nicht nur bei voll gefülltem See eine Grenze bildet. Sie ist im Unterschied zu den übrigen Grenzen des Schutzobjekts zwar nicht natürlich entstanden, ist aber in der Landschaft ebenfalls deutlich sichtbar. Damit hat diese künstliche Grenze Vorrang vor einer optisch nicht wahrnehmbaren Grenze entlang einer Höhenkurve (vorne E. 6.2).

## 7.

**7.1** Neben den visuellen Gesichtspunkten, die in den Abgrenzungsregeln konkretisiert werden, können für die Abgrenzung einer Moorlandschaft weitere Kriterien in Betracht gezogen werden. Denn die Einheitlichkeit einer Moorlandschaft bzw. der Zusammenhang zwischen moorfreen Teilen und Moorbiotopen lässt sich wie erwähnt auch durch ökologische oder biologische Zusammenhänge begründen (vorne E. 3.1 und 6.1). Wie der Augenschein ergeben hat, befinden sich Moorbiotope nicht nur innerhalb der heute geschützten Moorlandschaft, sondern ebenso südlich der grimselseeseitigen Perimetergrenze. Der Arvenwald im Gebiet «Sunnig Aar» reicht ebenfalls über den Perimeter hinaus bis zum aktuellen Stauziel des Grimselsees (Fotos Nrn. 60 ff., insb. Nr. 61; Protokoll S. 14 und 23). Der Rechtsvertreter der KWO hat am Augenschein allerdings auf die Studie ... vom 27. März 2003 (act. 9B4) verwiesen. Aus dieser ergebe sich, dass der Streifen von 27 m entlang des Nordufers des Grimselsees nicht völlig identisch sei mit dem geschützten Gebiet; beispielsweise sei der Anteil an Moorflächen noch geringer, als er in der Moorlandschaft Grimsel ohnehin schon sei (Protokoll S. 6). Die Studie ... bezieht sich auf den damals

provisorisch bis zum heutigen Stauziel festgelegten Perimeter der Moorlandschaft und kommt zum Schluss, dass auch bei Realisierung des Ausbaupotenzials des Grimselsees (d.h. Verkleinerung des provisorisch festgelegten Perimeters) die Integrität der Moorlandschaft sowie deren besondere Schönheit und nationale Bedeutung erhalten bleiben, namentlich auch mit Bezug auf die Biotopelemente. Das spricht nach der Studie für die unveränderte Beibehaltung der Bewertung. So blieben die 20 kartierten Vegetationstypen und Elemente in der Moorlandschaft vollumfänglich erhalten und deren Prozentanteil an der Moorlandschaft veränderte sich kaum. Der Arvenwald – der am stärksten betroffene Vegetationstyp – bliebe zu 80 % der Fläche erhalten. Es verblieben 95 % der Fläche der Moorlandschaft; die moortypische Fläche würde sich anteilmässig um 1 ‰ erhöhen, da vom Höherstau mehr Nichtmoorfläche als Moorfläche betroffen wäre (act. 9B4 S. 3 ff.). Der Rechtsvertreter der KWO hat weiter darauf hingewiesen, dass keine Elemente eingestaut würden, die im höher gelegenen Gebiet nicht mehr vorkämen (Protokoll S. 11).

**7.2** Ausmass und Anzahl der Biotope im Uferstreifen ausserhalb des Perimeters der Moorlandschaft sind insoweit nicht relevant, als sich die Perimeterabgrenzung nicht in erster Linie nach dem Summenbewertungsverfahren richtet, sondern nach den anerkannten Abgrenzungsregeln (vorne E. 6.2 f.). Es ist daher entgegen der Auffassung der KWO nicht von Bedeutung, inwiefern sich die Bewertung der Moorlandschaft mit dem oder ohne den ausserhalb des Perimeters liegenden Uferstreifen verändert und ob alle Vegetationstypen im enger gefassten Perimeter ebenfalls vorkommen. Hingegen fragt sich, in welchem ökologischen und biologischen Zusammenhang der Uferbereich des Grimselsees mit der Moorlandschaft steht. Die Abgrenzung des Objekts ergibt sich dabei wesentlich aus den Schutzzielen (Nina Dajcar, a.a.O., S. 101 und 103; vorne E. 6.2).

**7.3** Wie aus den Karten und den Angaben der ANF hervorgeht, sind die südlich der Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel» gelegenen Moorflächen aufgrund ihrer geringen Grösse höchstens von lokaler Bedeutung (act. 22 und Eingabe der ANF vom 31.10.2014 [act. 36]). Dieser Umstand ist jedoch nicht entscheidend: Als charakteristische Elemente des allgemeinen

Schutzziele für schützenswerte Moorlandschaften von Art. 23c Abs. 1 NHG anzusehen sind sowohl die uneingeschränkte Erhaltung der Gesamtheit der Moorbiotope und der entsprechenden Pufferzonen als auch die Erhaltung der weiteren Biotope und der entsprechenden Pufferzonen, die zur besonderen Schönheit und zur nationalen Bedeutung der betreffenden Moorlandschaft beitragen; das gilt unabhängig davon, ob die einzelnen Moorbiotope und die weiteren Biotope von nationaler, regionaler oder lokaler Bedeutung sind (VGE 22474 vom 28.3.2007, in URP 2007 S. 844 E. 2.7.1 mit Hinweisen; Peter M. Keller, a.a.O., Art. 23b N. 6 und Art. 23c N. 5; Nina Dajcar, a.a.O., S. 80).

**7.4** Wie die Beschreibung im Moorlandschaftsinventar zeigt, sind gerade die kleinen und kleinsten Moorflächen charakteristisch für die Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel» als Rundhöcker-Moorlandschaft (vorne E. 6.1). Gemäss Moorlandschaftsinventar besonders erwähnenswert ist zudem der lockere Wald aus Arven, Föhren, Lärchen und Birken am Ufer des Grimselsees, der als Urwald bezeichnet werden kann. Der Arvenwald gilt als der schönste des Berner Oberlands und prägt zusammen mit den Rundhöckern und den Mooren ein besonders malerisches Gebiet. – Dieser Beschrieb zeigt, dass sowohl die kleinen Moorflächen als auch der Arvenwald für die Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel» charakteristisch und wesentlich sind; ihre teilweise Überflutung ist nicht vernachlässigbar, wie die KWO geltend macht. Beide Elemente kommen zudem sowohl innerhalb wie ausserhalb des Perimeters der Moorlandschaft vor, was ebenfalls zeigt, dass sich die Landschaft bis zur aktuellen maximalen Staukote des Grimselsees nicht so verändert, dass sie den Charakter einer Moorlandschaft von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung verlöre.

**7.5** Die Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel» hat also nicht nur aus visuellen, sondern auch aus ökologischen und biologischen Gründen bis zum heutigen Stauziel des Grimselsees zu reichen. Im Gegensatz zur Moorlandschaft «Pfäffikersee» (BGE 127 II 184 E. 5), wo mehrere vertretbare Abgrenzungsmöglichkeiten bestanden, bildet hier das heutige Stauziel des Grimselsees die *einzig*e sichtbare Grenze, die den Landschaftsteil mit den für die Moorlandschaft charakteristischen Vegetationstypen gegen Süden abschliesst. Gegen Norden, Westen und Osten wurde

die Moorlandschaft im Übrigen ebenfalls so abgegrenzt, dass die Grenze im Gelände erkennbar ist (vorne E. 6.5). Die vom Bundesrat vorgenommene südliche Grenzziehung auf der Höhenkote von 1'936 m.ü.M. berücksichtigt demgegenüber lediglich Nutzungsinteressen, aber nicht landschaftliche Gesichtspunkte. Da die (ausschliessliche) Berücksichtigung von künftigen Nutzungsinteressen nicht zulässig ist, hat der Bundesrat mit dieser Grenzziehung seinen Beurteilungsspielraum überschritten. Daran ändert nichts, dass es sich bei den Abgrenzungsregeln nicht um Rechtsnormen handelt (vorne E. 6.4). Die Grenzziehung nach sachfremden Gesichtspunkten verletzt Art. 78 Abs. 5 BV sowie Art. 23b NHG; nach diesen gehört das betroffene Gebiet *zwingend* zur Moorlandschaft (vorne E. 5.4). Ob und gegebenenfalls aus welchen Gründen der Bundesrat bei der Inventarisierung anderer Moorlandschaften von den Abgrenzungsregeln abgewichen ist, hat auf diese Beurteilung keinen Einfluss, zumal diese Perimeterfestsetzungen soweit ersichtlich nicht gerichtlich beurteilt worden sind.

**7.6** Die südliche Perimetergrenze der Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel» ist folglich rechtswidrig festgelegt worden. Sie hat entlang des heutigen Stauziels des Grimselsees zu verlaufen. Die beantragte Konzessionsänderung mit dem vorgesehenen Höherstau des Sees bewirkt daher einen Eingriff in diese Moorlandschaft.

## **8.**

**8.1** Zu prüfen bleibt, ob der vorgesehene Eingriff in die Moorlandschaft vor Verfassung und Gesetz standhält. – Art. 23d NHG erklärt unter der Voraussetzung der Schutzzielverträglichkeit (Abs. 1; vorne E. 5.1) in einer Moorlandschaft insbesondere folgende Nutzungen für zulässig (Abs. 2): a) die land- und forstwirtschaftliche Nutzung; b) den Unterhalt und die Erneuerung rechtmässig erstellter Bauten und Anlagen; c) Massnahmen zum Schutz von Menschen vor Naturereignissen; d) die für die Anwendung der Buchstaben a-c notwendigen Infrastrukturanlagen. Art. 23d NHG ist für die rechtsanwendenden Behörden massgebend (Art. 190 BV). Dabei ist eine Auslegung zu wählen, die sich vom Wortlaut und Sinn der Verfassungsbestimmung von Art. 78 Abs. 5 BV möglichst wenig entfernt. Für weitere als

die in Art. 23d Abs. 2 NHG umschriebenen Nutzungen bleibt daher nur ein sehr enger Raum (BGE 138 II 281 E. 6.3 mit zahlreichen Hinweisen). Wie das Bundesgericht festgehalten hat, lässt Art. 23d Abs. 2 Bst. b NHG bei rechtmässig erstellten Bauten und Anlagen nur den Unterhalt und die Erneuerung, nicht aber eine Erweiterung zu, was den Bau neuer Gebäude ausschliesst (BGE 138 II 23 E. 3.3 mit Hinweis auch auf die Materialien). Dies gilt analog für Infrastrukturanlagen: Fällt eine solche Anlage nicht unter Art. 23d Abs. 2 Bst. d NHG, weil sie nicht für die in Bst. a-c aufgezählten Nutzungen notwendig ist, so ist sie innerhalb der Moorlandschaft unzulässig (BGE 138 II 281 E. 6.3).

**8.2** Die Überflutung eines Teils der Moorlandschaft ist klarerweise und unbestrittenermassen nicht schutzzielverträglich. Da Art. 23d Abs. 2 NHG zudem auch die Erweiterung einer bestehenden Anlage nicht zulässt, ist der Höherstau des Grimselsees mit dem Moorlandschaftsschutz nicht zu vereinbaren. Daran vermag nichts zu ändern, dass eine vergleichsweise bescheidene Fläche am Rand der Moorlandschaft vom Höherstau betroffen wäre und sich die KWO und der Kanton Bern auf erhebliche öffentliche Interessen am Vorhaben berufen. Verfassung und Gesetz verbieten eine Interessenabwägung; insofern gilt der Moorlandschaftsschutz damit absolut (vgl. BVR 2002 S. 110 E. 2c; Arnold Marti, in St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl. 2014, Art. 78 N. 22; Rausch/Marti/Griffel, Umweltrecht, 2004, S. 191 Rz. 575). Ein Eingriff in eine Moorlandschaft ist auch dann nicht gerechtfertigt, wenn er geringfügig ist und bedeutende öffentliche Interessen zur Diskussion stehen. Dies mag im Einzelfall unbefriedigend erscheinen, steht der absolute Schutz doch einer ganzheitlichen Beurteilung der auf dem Spiel stehenden Interessen entgegen; der Ausschluss einer sachgerechten Interessenabwägung kann auch die öffentliche Akzeptanz der Schutzgebiete gefährden (vgl. Arnold Marti, Hat das Schutzkonzept des Natur- und Heimatschutzgesetzes versagt?, in URP 2007 S. 757 ff., 765 f.). Es entspricht jedoch einem politischen Wertungsentscheid des Verfassungsgebers, den Moor- und Moorlandschaftsschutz in jedem Fall höher zu gewichten als entgegenstehende Interessen. Diesen Wertungsentscheid haben die rechtsanwendenden Behörden zu respektieren; ihnen kommt in diesem Punkt kein Entscheidungsspielraum zu. Ein nicht schutzzielverträg-

liches Vorhaben innerhalb einer Moorlandschaft könnte somit nur nach einer Verfassungsänderung verwirklicht werden.

**8.3** Ein Höherstau des Grimselsees ist daher schon aus Gründen des Moorlandschaftsschutzes unzulässig, ohne dass die weiteren geltend gemachten Eingriffe in Schutzgebiete – insbesondere das BLN-Objekt Nr. 1507 «Berner Hochalpen und Aletsch-Bietschhorn-Gebiet» – näher zu prüfen wären. Die beantragte Anpassung und Ergänzung der Gesamtkonzession vom 12. Januar 1962 muss daher verweigert werden. Die Beschwerden sind gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist, und der angefochtene Konzessionsbeschluss des Grossen Rates vom 5. September 2012 ist aufzuheben.

## **9.**

**9.1** Bei vereinigten Verfahren sind die Kosten so zu verlegen, wie wenn die verschiedenen Eingaben getrennt behandelt worden wären (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 17 N. 4 und Art. 106 N. 3). Die Beschwerdeführenden obsiegen insoweit, als die beantragte Konzessionsänderung verweigert wird. Für das Nichteintreten auf die Feststellungsbegehren (vorne E. 1.6) sind keine Kosten auszuscheiden. Dem Kanton Bern und den nicht in ihren Vermögensinteressen betroffenen Standortgemeinden sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen, zumal Letztere keinen Antrag gestellt haben (Art. 108 Abs. 2 VRPG). Im Verfahren 100.2013.104 hat die unterliegende KWO daher die gesamten Verfahrenskosten (einschliesslich der Augenscheinskosten) zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG; Praxisfestlegung der erweiterten Abteilungskonferenz vom 24.3.2015). Im Verfahren 100.2013.103 unterliegt die Greina-Stiftung, soweit auf ihr Begehren um Prüfung eines Alternativprojekts nicht einzutreten ist (vorne E. 1.5). Die Kosten des Verfahrens 100.2013.103 (einschliesslich der Augenscheinskosten) sind deshalb zu vier Fünfteln der KWO und zu einem Fünftel der Greina-Stiftung aufzuerlegen. Bei der Bemessung der Verfahrenskosten ist zu berücksichtigen, dass sich der Bearbeitungsaufwand durch die gemeinsame Behandlung der Beschwerden verringert hat (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 17 N. 7, Art. 103 N. 4).

**9.2** Nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens sind auch die Parteikosten zu verlegen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Dabei rechtfertigt es sich, dem teilweisen Unterliegen der Greina-Stiftung bzw. dem entsprechenden Obsiegen der KWO im Verfahren 100.2013.103 je mit einem Pauschalbetrag Rechnung zu tragen (Anwaltshonorar und Auslagen).

**9.3** Gemäss Art. 41 Abs. 1 des kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) beträgt das Honorar in Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis 11'800.-- pro Instanz. Innerhalb dieses Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG). Ein Zuschlag von bis zu 100 % auf das Honorar wird gewährt bei Verfahren, die besonders viel Zeit und Arbeit beanspruchen, wie namentlich bei schwieriger und zeitraubender Sammlung oder Zusammenstellung des Beweismaterials, bei grossem Aktenmaterial oder umfangreichem Briefwechsel oder bei besonders komplexen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen (Art. 16 i.V.m. Art. 9 PKV). Sind bedeutende vermögensrechtliche Interessen zu wahren, wird auf dem Honorar ein Zuschlag von bis zu 200 % gewährt (Art. 11 Abs. 2 PKV). In Konzessionsverfahren ist dieser letztere Zuschlag nur anwendbar, wenn die Verleihung einer Konzession an sich umstritten ist; anders verhält es sich in Beschwerdefällen, in denen – wie hier – die mit einer Konzession verbundenen wasserbau- und umweltrechtlichen Pflichten der Konzessionärin oder des Konzessionärs im Vordergrund stehen (BVR 2013 S. 443 E. 6.2).

**9.4** Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden macht für beide Verfahren vor Verwaltungsgericht ein Honorar von insgesamt Fr. 21'700.-- (zuzüglich Fr. 2'285.-- Auslagen sowie MWSt) geltend. Dieses Honorar ist mit Blick auf die gesetzlichen Bemessungskriterien und den zu gewährenden Zuschlag für aufwändige Verfahren angemessen, zumal die Verfahren aufgrund umfangreicher Akten und der Mitwirkung an Instruktionmassnahmen einen grossen Zeitaufwand verursachten, die Bedeutung der Streitsache erheblich ist und die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse

komplex sind. Was die geltend gemachte Mehrwertsteuer angeht, sind WWF Schweiz und Pro Natura – Schweizerischer Bund für Naturschutz selber mehrwertsteuerpflichtig (vgl. Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, einsehbar unter: <<https://www.uid.admin.ch>>) und können die von ihrem Rechtsvertreter auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. In solchen Fällen ist der Partei kein Aufwand für Mehrwertsteuer angefallen und deren Abgeltung käme einer Überentschädigung gleich. Deshalb ist bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes insoweit die Mehrwertsteuer nicht zu berücksichtigen (BVR 2014 S. 484 E. 6). Nach Angaben ihres Rechtsvertreters übernehmen WWF Schweiz sowie Pro Natura – Schweizerischer Bund für Naturschutz (gemeinsam mit Pro Natura Bern) jeweils einen Drittel der Anwaltskosten; der verbleibende Drittel entfällt zu gleichen Teilen auf die übrigen – nicht mehrwertsteuerpflichtigen – Beschwerdeführenden. Die Mehrwertsteuer ist daher nur auf einem Drittel der geltend gemachten Parteikosten zu entschädigen (vgl. VGE 2015/63/65 vom 28.10.2015, E. 10.2 [noch nicht rechtskräftig]). Dass die Mehrwertsteuerpflicht des Rechtsvertreters gemäss Unternehmens-Identifikationsnummer-Register per 31. März 2015 endete, ist nicht von Belang, da sein Aufwand vor diesem Zeitpunkt angefallen ist.

**9.5** Die KWO und der Kanton Bern haben den Beschwerdeführenden für die Verfahren vor dem Verwaltungsgericht damit Parteikostenersatz von Fr. 21'544.60 zu leisten (Fr. 21'700.-- Honorar und Fr. 2'285.-- Auslagen, abzüglich Pauschale von Fr. 3'000.-- und zuzüglich Fr. 559.60 MWSt [8 % von Fr. 20'985.--, davon ein Drittel]). Die Greina-Stiftung hat der KWO einen Anteil Parteikostenersatz von pauschal Fr. 3'000.-- zu bezahlen. Dieser Betrag umfasst einen Anteil Auslagen, jedoch keine Mehrwertsteuer, da die KWO selber mehrwertsteuerpflichtig ist.

**9.6** Keiner Änderung bedarf der Kostenschluss des Grossen Rates: Die Verwaltungsgebühr von Fr. 26'775.-- hat die KWO als Gesuchstellerin zu tragen. Die Beschwerdeführenden haben für das Verfahren vor dem Grossen Rat keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 107 Abs. 3 VRPG).

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerden werden gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird, und der Beschluss des Grossen Rates des Kantons Bern vom 5. September 2012 wird aufgehoben. Das Gesuch der Kraftwerke Oberhasli AG vom 17. September 2010 um Anpassung und Ergänzung der Gesamtkonzession vom 12. Januar 1962 wird abgewiesen.
2. a) Die Kosten des Verfahrens 100.2013.103, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 4'000.--, werden den Parteien wie folgt auferlegt:
  - der Beschwerdeführerin: Fr. 800.--
  - der Beschwerdegegnerin 1: Fr. 3'200.--.
- b) Die Kosten des Verfahrens 100.2013.104, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 4'000.--, werden der Beschwerdegegnerin 1 auferlegt.
3. a) Die Beschwerdegegnerin 1 und der Kanton Bern haben den Beschwerdeführenden für die Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Parteikosten von Fr. 21'544.60 (inkl. Auslagen und anteilmässige MWSt) je hälftig, ausmachend Fr. 10'772.30, zu ersetzen.
- b) Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin 1 für das Verfahren 100.2013.103 Parteikosten von pauschal Fr. 3'000.-- (inkl. Anteil Auslagen) zu ersetzen.
4. Die Verwaltungsgebühr für das Konzessionsverfahren vor dem Grossen Rat von Fr. 26'775.-- wird der Beschwerdegegnerin 1 auferlegt. Für das Verfahren vor dem Grossen Rat werden keine Parteikosten gesprochen.

5. Zu eröffnen:

- der Beschwerdeführerin im Verfahren 100.2013.103 und  
den Beschwerdeführenden im Verfahren 100.2013.104
- der Beschwerdegegnerin 1
- dem Beschwerdegegner 2
- der Einwohnergemeinde Innertkirchen
- der Einwohnergemeinde Guttannen
- dem Bundesamt für Umwelt

und mitzuteilen:

- dem Amt für Landwirtschaft und Natur des Kantons Bern, Abteilung  
Naturförderung
- dem Amt für Umweltkoordination und Energie des Kantons Bern
- der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.