

A1 21 93

**URTEIL VOM 7. SEPTEMBER 2021**

**Kantonsgericht Wallis  
Öffentlichrechtliche Abteilung**

Es wirken mit: Christophe Joris, Präsident, Jean-Bernard Fournier und Thomas Brunner, Richter, sowie Vanessa Brigger, Gerichtsschreiberin,

**in Sachen**

**FISCHEREISEKTION WKSFV-A** \_\_\_\_\_, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Fernando Willisch,

**gegen**

**STAATSRAT DES KANTONS WALLIS**, 1950 Sitten, Vorinstanz,

**BURGERGEMEINDE B** \_\_\_\_\_, Zuschlagsempfängerin, vertreten durch Rechtsanwalt Fabian Troger,

(Öffentliches Beschaffungswesen)

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid vom 22. April 2021.

## Sachverhalt

**A.** Auf der Parzelle Nr. xxx, Plan Nr. xxx (GBV Nr. xxx), mit insgesamt 53 783 m<sup>2</sup> in B \_\_\_\_\_, im Eigentum der Burgergemeinde B \_\_\_\_\_, befindet sich ein kleiner See, genannt «C \_\_\_\_\_». Die interaktive «Fischereikarte» des Kantons Wallis (verfügbar unter [https://sitonline.vs.ch/tourisme\\_loisir/peche/de/](https://sitonline.vs.ch/tourisme_loisir/peche/de/)) sowie die «Fischereikarte des Kantons Wallis 2019-2023» (verfügbar unter <https://www.vs.ch/web/scpf/cartes>) zeigen, dass dieses Gewässer als «See unter Pacht» eingetragen ist.

**B.** Der Staat Wallis, vertreten durch das Departement für Mobilität, Raumentwicklung und Umwelt (DMRU), schrieb in den Amtsblättern Nr. xxx vom xxx 2020 und Nr. xxx vom xxx 2020 die Angebotseinreichung betreffend die Verpachtung der fischereilichen Regalgewässer im offenen Verfahren aus. Gegenstand der Ausschreibung war unter anderem das Gewässer Nr. xxx D \_\_\_\_\_ (C \_\_\_\_\_) in B \_\_\_\_\_ mit einem Basispreis pro Jahr von Fr. 830.--. Die Angebote für die Pacht von 10 Jahren waren gemäss der Ausschreibung bis zum 13. November 2020 einzureichen und die Offertöffnung war am 24. und 25. November 2020 vorgesehen. Als Zuschlagsbedingung war in der Ausschreibung folgendes vorgesehen:

«Gemäss den Bestimmungen von Ar. 42 Abs. 2 kFG erfolgt die Verpachtung an den Meistbietenden; bei Preisgleichheit wird der bisherige Pächter bevorzugt. Vorbehalten bleiben die Sonderbestimmungen über die Verpachtung der Kanäle und Grundwasserflächen.»

Unter den besonderen Bestimmungen war festgehalten, dass Offerten unter dem in der Tabelle genannten Basispreis nicht berücksichtigt werden und falls keine Angebote eingehen, die höher oder gleich dem Basispreis sind, werden die Gewässer grundsätzlich nicht verpachtet. Schliesslich konnte eine Vertragsvorlage mit den Rechten und Pflichten des Pächters bei der Dienststelle für Jagd, Fischerei und Wildtiere (DJFW) bezogen werden.

**C.** Bei der Offertöffnung unter Ausschluss der Bieter am 25. November 2020 wurden für das Gewässer Nr. xxx zwei Eingänge registriert, nämlich das Angebot der Fischereisektion A \_\_\_\_\_ (FCVPA A \_\_\_\_\_) von Fr. 1 250.-- pro Jahr im ersten Rang und das Angebot der Burgergemeinde B \_\_\_\_\_ von Fr. 830.-- pro Jahr im zweiten Rang. Am 26. November 2020 übermittelte die DJFW den genannten Anbietern das Protokoll der Angebotsöffnung und setzte ihnen bis zum 14. Dezember 2020 eine «Rücktritts- bzw. Einsprachefrist gemäss Art. 42 und Art. 45» des kantonalen Fischereigesetzes vom 15. November 1996 (kFG; SGS/VS 923.1).

Am 10. Dezember 2020 bezog sich die Burgergemeinde B \_\_\_\_\_ (Burgergemeinde) auf Art. 45 Abs. 2 KFG und reichte als «bisheriger Pächter eine der höchsten Eingabe entsprechende Zusatzofferte» ein und offerierte ebenfalls Fr. 1 250.-- pro Jahr. Am 21. Januar 2021 erklärte die Burgergemeinde der DJFW, dass sie als Eigentümerin der Parzelle Nr. xxx, mit insgesamt 53 783 m<sup>2</sup>, nicht in der Lage sei, den Unterhalt und die Bewirtschaftung der Flächen und der Infrastruktur selber sicherzustellen, weshalb sie «diese Arbeiten schon seit Jahren einer privaten Interessengruppe übergeben [habe], welche auch die Vermietung der Parzelle für die genannten Anlässe koordinierte». Hierzu antwortete die DJFW am 9. Februar 2021, dass damit die Burgergemeinde als Pächterin die Verwaltung des Fischereirechts an einen Verein/Interessengemeinschaft delegiert habe. Die Burgergemeinde habe für den Pachtzins aufzukommen und der Verein dürfe aus der Verwaltung des Fischereirechts keine eigenständigen Einnahmen erzielen, ansonsten der Tatbestand der Unterverpachtung im Sinne von Art. 37 Abs. 3 KFG erfüllt wäre.

**D.** Mit Entscheid vom 22. April 2021 (zugestellt am 26. April 2021) erteilte das DMRU das Fischereirecht für das Gewässer «D \_\_\_\_\_» (Nr. xxx) an die Burgergemeinde für einen Betrag von Fr. 1 250.-- pro Jahr und eine Dauer von 10 Jahren. Gemäss Art. 45 KFG werde bei Grundwasserflächen bei gleichwertigen Angeboten der bisherige Pächter bevorzugt und bei ungleichen Angeboten könne der bisherige Pächter eine dem höchsten Angebot entsprechende Zusatzofferte einreichen. Die Burgergemeinde als bisherige Pächterin habe eine dem höchsten Angebot entsprechende Zusatzofferte eingereicht.

**E.** Gegen diesen Zuschlag erhob die Fischereisektion WKSFV-A \_\_\_\_\_ (fortan Beschwerdeführerin) am 7. Mai 2021 Verwaltungsgerichtsbeschwerde bei der öffentlich-rechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts und stellte folgende Rechtsbegehren:

- "1. Der vorliegenden Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid wird die aufschiebende Wirkung zuerkannt.  
Primär:
2. Es sei der Vergabeentscheid vom 22.4.2021 an die Burgergemeinde B \_\_\_\_\_ aufzuheben und festzustellen, dass das Fischereirecht für das Gewässer D \_\_\_\_\_ (xxx) B \_\_\_\_\_ der Fischereisektion WKSFV A \_\_\_\_\_ für eine Dauer von 10 Jahren ab 1.1.2021 zugesprochen wird.  
Subsidiär:
3. Der Vergabeentscheid sei aufzuheben und die Angelegenheit an den Walliser Staatsrat, Departement für Mobilität, Raumentwicklung und Umwelt, Dienststelle für Jagd, Fischerei und Wildtiere, zur Neuurteilung zurückzuweisen.  
In jedem Fall:
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. MwSt.) zu Lasten der unterliegenden Vergabebehörde."

Die Beschwerdeführerin machte geltend, sie sei aufgrund eines unzulässigen Zusatzangebots (Rabattrunde) im Zuschlag übergangen worden. Im Vergaberecht bestehe ein absolutes Verhandlungsverbot. Eine Nachbesserung der Offerte nach der Eingabe sei unzulässig. Das nachgereichte Angebot der Burgergemeinde sei damit für ungültig zu erklären. Zudem sei die Burgergemeinde nicht als Vorpächterin anzusehen. Sie trete nur als Scheinmieterin auf und das Gewässer sei untervermietet, was ausdrücklich untersagt sei (Art. 37 Abs. 3 kFG). In den letzten 10 Jahren sei die D \_\_\_\_\_ vom Fischerverein D \_\_\_\_\_ fischereirechtlich genutzt worden. Für die Benützung der «C \_\_\_\_\_» stelle dieser Verein eigene Rechnungen zu. Der Fischerverein D \_\_\_\_\_ hätte in der vorliegenden Ausschreibung ein eigenes Angebot einreichen können.

**F.** Die Beschwerde wurde am 10. Mai 2021 an den Staatsrat und die Burgergemeinde zur Vernehmlassung weitergeleitet.

Am 9. Juni 2021 beantragte die Burgergemeinde die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde, insofern darauf eingetreten werde. Die Burgergemeinde pachte seit Jahrzehnten das Gewässer «D \_\_\_\_\_». Im Sinne von Art. 45 Abs. 2 kFG habe die Burgergemeinde ihr Angebot dem Meistbietenden angeglichen und ein Angebot von Fr. 1 250.-- hinterlegt. In Anwendung von Art. 42 kFG habe die Vergabebehörde den Zuschlag an die bisherige Pächterin erteilt. Die Burgergemeinde habe weder den Pachtgegenstand weiterverpachtet noch habe die Verpächterin je einer Weiterverpachtung zugestimmt. Sie habe den Fischerverein D \_\_\_\_\_ mit dem Unterhalt der grossen Liegenschaft beauftragt. Dieser Verein unterhalte die Wege, schneide Bäume und Büsche, garantiere den Zugang zum Gewässer und vermiete im Auftrag der Grundeigentümerin die landwirtschaftlichen Flächen an Dritte. Mit der Fischerei habe dies überhaupt nichts zu tun. Der Verein diene lediglich als Anlaufstelle für die Vermietung der Flächen. Es liege keine unzulässige Unterpacht vor. Die Burgergemeinde habe 2019 ein gerichtliches Verbot publizieren lassen, wonach das Baden, Fischen, Eislaufen, Boot fahren, Grillieren, Campieren und Zelten, den Abfall hinterlassen und das Parkieren auf der Parzelle Nr. xxx untersagt sei.

Am 14. Juni 2021 beantragte das Departement für Sicherheit, Institutionen und Sport ebenfalls die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde. Art. 42 Abs. 1 kFG sehe lediglich die Ausschreibung der Verpachtung vor. Weitere formelle Vorschriften enthalte das Gesetz nicht, weshalb das Beschaffungsrecht analog angewendet werde. Beim Gewässer «D \_\_\_\_\_» handle es sich um eine Grundwasserfläche im Sinne von Art. 44 ff. kFG. Der bisherigen Pächterin, der Burgergemeinde, sei deshalb gemäss

Art. 45 Abs. 2 kFG die Möglichkeit eingeräumt worden, eine der höchsten Eingabe entsprechende Zusatzofferte einzureichen. Von dieser Möglichkeit habe sie denn auch Gebrauch gemacht. Die Offerte von Fr. 1 250.-- sei nicht unverhältnismässig. Das Fischereirecht der «D \_\_\_\_\_» sei bereits 2010 der Burgergemeinde zugesprochen worden und es sei der entsprechende Pachtvertrag abgeschlossen worden. Die Qualifikation der Burgergemeinde als bisherige Pächterin sei nicht zu beanstanden. Art. 37 Abs. 3 kFG verbiete es nicht, die reine Verwaltung des mit dem Pachtrecht zusammenhängenden Grundstücks Dritten anzuvertrauen, wie es vorliegend der Fall sei. Zudem sei die Rechtsfolge bei einem Verstoss gegen diese Bestimmung nicht ohne weiteres die Aufhebung des rechtskräftigen Pachtvertrages.

**G.** Am 14. Juli 2021 reichte die Beschwerdeführerin eine Replik ein und hielt ihre Rechtsbegehren aufrecht. Im vorliegenden Verfahren gehe es nur um das Fischereirecht und nicht um die Bewirtschaftung der Parzelle. Dies sei nicht Gegenstand der Ausschreibung. Mit dem einseitigen Nachbesserungsrecht und damit einer Bevorzugung des bisherigen Pächters widerspreche das Fischereigesetz aus dem Jahre 1996 in diesem Punkt dem seither in Kraft getretenen Beschaffungsrecht aus dem Jahre 2001. Aus den Unterlagen gehe hervor, dass der formell bestehende Pächter nicht derjenige sei, der das Fischereirecht ausgeübt habe. Die Burgerschaft sei weder am Besitz noch an der Bewirtschaftung der D \_\_\_\_\_ beteiligt. Die Bewirtschaftung des Bodens gebe ihr kein Vorrecht als Verpächterin.

Hierzu antwortete die Burgergemeinde mit Stellungnahme vom 18. August 2021 und hielt ihre Rechtsbegehren ebenfalls aufrecht.

Es wurden keine weiteren Rechtsschriften eingereicht.

## **Erwägungen**

1. Beim Zuschlag im Vergabeverfahren handelt es sich um eine selbstständig anfechtbare Verfügung (Art. 15 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. e der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 [IVöB; SGS/VS 726.1-1]) und damit eine Verfügung gemäss Art. 5 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; SGS/VS 172.6), gegen die innert 10 Tagen beim Kantonsgericht Beschwerde eingereicht werden

kann (Art. 15 und 16 des Gesetzes betreffend den Beitritt des Kantons Wallis zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 8. Mai 2003 [kGIVöB; SGS/VS 726.1]).

**1.1** Der Kanton ist ein Auftraggeber im Sinne von Art. 6 kGIVöB, und er hat das offene Verfahren nach Art. 9 kGIVöB gewählt. Das kGIVöB und die kantonale Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Juni 2003 (kVöB; SGS/VS 726.100) sind vorliegend anwendbar. Für eine öffentliche Beschaffung ist kennzeichnend, dass der Staat als Nachfrager Waren oder Dienstleistungen gegen eine Gegenleistung bestellt, um damit seine Aufgaben wahrzunehmen. Steht bei der Erteilung einer Sondernutzungskonzession nicht ein regulativer Zweck im Vordergrund, sondern die Übertragung eines geldwerten Rechts zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, liegt es nahe, das Gesamtgeschäft in Würdigung aller Umstände als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren (BGE 145 II 32 E. 4.1; 144 II 177 E. 1.3.2; Urteil des Bundesgerichts 2C\_697/2019 vom 21. August 2020 E. 3.2; Urteil des Kantonsgerichts A1 20 196 vom 25. Februar 2021 E. 1).

**1.2** Die anwendbaren Vorschriften des Submissionsrechts enthalten keine Regeln über die Legitimation zur Anfechtung von vergaberechtlichen Entscheiden. Gemäss Art. 15 f. kGIVöB sind die Bestimmungen des VVRG über die Legitimation ergänzend anzuwenden (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 1296). Demzufolge ist nach Art. 80 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 44 VVRG zur Beschwerde legitimiert, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Dies ist bei der Beschwerdeführerin gegeben (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_118/2020 vom 3. August 2020 E. 1.2).

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

**3.** Die Beschwerdeführerin macht vorab geltend, die ursprüngliche Offerte der Bürgergemeinde laute nur auf Fr. 830.--. Im Vergaberecht bestehe ein absolutes Verhandlungsverbot. Eine Nachbesserung der Offerte nach der Eingabe sei unzulässig. Das nachgereichte Angebot der Bürgergemeinde sei damit für ungültig zu erklären und der Zuschlag

für das fischereirechtliche Regalgewässer Nr. 58 sei ihr zu erteilen, da sie das höchste Angebot eingereicht habe.

**3.1** Der Kanton Wallis besitzt das Hoheitsrecht über die Fischerei, deren Ausübung er durch die Ausstellung von Patenten oder durch Verpachtung bewilligt (Art. 28 Abs. 1 kFG). Niemand ist berechtigt, in den dem Regal unterstellten Gewässern zu fischen, ohne im Besitze eines durch den Kanton ausgestellten Patentes zu sein (Art. 28 Abs. 2 kFG). Soweit den Kantonen Regalrechte zustehen, haben sie besonders umfassende Nutzungs- und Normsetzungsbefugnisse, d. h. eine praktisch uneingeschränkte Gesetzgebungsfreiheit (Arthur Meier-Hayoz, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV, Sachenrecht, 1. Abteilung, das Eigentum, 2. Teilband Grundeigentum I, Art. 655-679 ZGB, Bern 1974, Art. 664 Rz. 21; BGE 119 Ia 390 E. 11b). Während der Gewässerbegriff im Gewässerschutz bundesrechtlich umschrieben ist, gilt im Bereich der Gewässer- und Wassernutzung, dass kein einheitlicher bundesrechtlicher Gewässerbegriff besteht und das Gewässernutzungsrecht weitgehend kantonale Domäne ist (zum Ganzen Hans W. Stutz, Urteilsbesprechung B 2019/95 vom 22. August 2019 des VG SG, in: URP 2020 S. 657 ff., S. 669). In unserem kantonalen Fischereigesetz wird der Geltungsbereich des Regals umschrieben, wonach das Fischereiregal u. a. die Flüsse, die Bäche und Kanäle, die Grundwasserflächen, die Bergseen sowie die öffentlichen und privaten Gewässer nur umfasst, in welche Fische aus öffentlichen Gewässern auf natürliche Art gelangen können (Art. 27 Abs. 1 kFG).

**3.2** Ein wichtiger Bestandteil der Walliser Fischereinutzung ist die Verpachtung. Die Verpachtung erfolgt nach einer im kantonalen Amtsblatt erfolgten Ausschreibung (Art. 42 Abs. 1 kFG). Die Kanäle werden ohne Ausschreibung verpachtet. Gemäss Art. 42 Abs. 2 kFG erfolgt die Verpachtung an den Meistbietenden; bei Preisgleichheit wird der bisherige Pächter bevorzugt. Vorbehalten bleiben die Sonderbestimmungen über die Verpachtung der Kanäle und Grundwasserflächen. Die Art. 44 bis 46 kFG stellen eine lex specialis zu Artikel 42 kFG dar. So sieht Art. 44 kFG vor, dass mit Ausnahme der Grundwasserflächen (Teiche) die mittels Beschluss dem kantonalen Patent zugeteilt sind, jede Fischereibewirtschaftung eines Teiches der Verpachtung unterliegt. Gemäss Art. 45 Abs. 2 kFG kann bei ungleichen Offerten und unter Vorbehalt von unverhältnismässigen Offerten der bisherige Pächter eine der höchsten Eingabe entsprechende Zusatzofferte einreichen. Es ist somit klar zu unterscheiden zwischen den Teichen, bei denen die Verpachtung an den Meistbietenden erfolgt (Art. 42 Abs. 2 kFG), und den Grundwasserflächen, bei denen der bisherige Pächter eine Zusatzofferte einreichen kann

(Art. 45 Abs. 2 kFG; vgl. hierzu auch Botschaft des Staatsrats zum Entwurf des kantonalen Fischereigesetzes, in: Bulletin des séances du Grand Conseil, Session ordinaire de mars 1996, S. 170).

**3.3** Im vorliegenden Fall gewährte das DMRU der Burgergemeinde am 26. November 2020 eine «Rücktritts- bzw. Einsprachefrist gemäss Art. 42 und Art. 45» kFG, die sie am 10. Dezember 2020 nutzte und eine Zusatzofferte von ebenfalls Fr. 1 250.-- einreichte. Auch wenn dieses Verfahren fragwürdig ist, da dieses Recht weder in der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen noch im kFG im Falle von Verpachtungen von Teichen vorgesehen ist (Art. 42 kFG), bleibt die Tatsache bestehen, dass das neue Angebot der Burgergemeinde als Grundlage für die Ausarbeitung der angefochtenen Vergabe diene. Im Beschaffungsrecht gilt allgemein das Prinzip der Unveränderbarkeit einer Offerte nach deren Einreichung, was sich aus dem Verhandlungsverbot ergibt. Davon ausgenommen sind nur die Berichtigung und die Einholung von Erläuterungen. Die Offerte eines Anbieters darf nach Ablauf des Eingabetermins aufgrund des Gleichbehandlungsgebots auch nicht mit Zustimmung der Vergabebehörde abgeändert werden (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, 3. A., 2013, N 710 ff.).

Im Entscheid vom 22. April 2021 bezog sich das DMRU sodann auf Art. 45 kFG und ging bei der «C \_\_\_\_\_» von einer «Grundwasserfläche» aus, weshalb es die Burgergemeinde als bisherige Pächterin eine dem höchsten Angebot entsprechende Zusatzofferte einreichen liess und auf dieser Grundlage ihr den Zuschlag erteilte. In der Vernehmlassung vom 14. Juni 2021 bezog sich das DMRU auf eine Bestätigung des Gruppenchefs Grundwasser der Dienststelle für Umwelt vom 28. Mai 2021, wonach dieser Teich ein vom Grundwasserspiegel gespeistes Gewässer sei. Dabei wird verwiesen auf zwei Kartenausschnitte, welche die Tiefe des Grundwasserspiegels im Winter und im Sommer zeige. Der Grundwasserspiegel in der Region B \_\_\_\_\_ liege nahe an der Erdoberfläche. Dies sei typisch für das E \_\_\_\_\_. Die D \_\_\_\_\_ könne in Hochwasserperioden überlaufen.

**3.4** Dieser Begründung des Staatsrats kann das Gericht nicht zustimmen. Einerseits ist die C \_\_\_\_\_ nicht in Art. 5 des 5-Jahres-Beschlusses des Staatsrats vom 28. November 2018 über die Ausübung der Fischerei im Wallis für die Jahre 2019-2023 (SGA/VS 923. 170) als Teich aufgeführt, in dem es um das Recht geht, mit dem kantonalen Patent in den in dieser Bestimmung aufgeführten Teichen zu fischen. Andererseits ist das Gewässer Nr. xxx D \_\_\_\_\_ in der interaktiven «Fischereikarte» des Kantons sowie in der «Fischereikarte des Kantons Wallis 2019-2023» als «See unter Pacht» und

nicht als «Grundwasserfläche» eingetragen. Daraus folgt, dass der «Grundwasserflächen»-Status der C \_\_\_\_\_ nicht offensichtlich ist und vom DMRU nicht ausreichend begründet und belegt wurde. Aufgrund der Karten bestehen berechtigte Zweifel, ob das Wasser aus dem Grundwasser stammt. Es obliegt der Vorinstanz, die genaue Beschaffenheit dieses Gewässers zu bestimmen, bevor sie eine neue Entscheidung erlässt. Sollte das DMRU zum Schluss kommen, dass es sich bei der C \_\_\_\_\_ um eine «Grundwasserfläche» im Sinne von Art. 44 kFG handelt, könnte es das Gewässer auch nicht ohne weiteres der Burgergemeinde zuschlagen, was es getan hat, da noch die Problematik der Unterpacht im Raume steht.

**3.5** Hier rügte die Beschwerdeführerin, dass die Burgergemeinde nicht als Vorpächterin anzusehen sei. Sie habe zwar für die letzten 10 Jahren den Zuschlag für das Regalgewässer erhalten, sie trete aber nur als Scheinmieterin auf und das Gewässer sei dem Fischerverein D \_\_\_\_\_ untervermietet, was ausdrücklich untersagt sei (Art. 37 Abs. 3 kFG). Denn dieser Verein nutze die D \_\_\_\_\_ fischereirechtlich und für eine «tageweise Verpachtung» stelle der Verein eigene Rechnungen aus. Dem Fischerverein D \_\_\_\_\_ hätte es frei gestanden, in der vorliegenden Ausschreibung ein eigenes Angebot einzureichen.

**3.5.1** Dazu antwortete die Burgergemeinde, der Pächter könne nicht mehr Rechte weitergeben, als ihm selber aus dem Pachtvertrag zustehen würden. Sie habe weder den Pachtgegenstand weiterverpachtet noch habe sie je einer Weiterverpachtung zugestimmt. Das eigentliche Gewässer weise nicht einmal die Hälfte der gesamten Fläche der Parzelle auf. Sie habe als Eigentümerin den Fischerverein D \_\_\_\_\_ mit dem Unterhalt der grossen Liegenschaft beauftragt. Dieser Verein vermiete im Auftrag der Grundeigentümerin die landwirtschaftlichen Flächen an Dritte. Mit der Fischerei habe dies überhaupt nichts zu tun. Der Verein diene lediglich als Anlaufstelle für die Vermietung der Flächen. Es liege keine unzulässige Unterpacht vor. Der Verein habe zum Selbstkostenpreis Fische besorgt und ins Gewässer ausgesetzt, damit die Familienmitglieder der Beschwerdeführerin ihrem Hobby frönen könnten.

Das Departement machte am 14. Juni 2021 geltend, Art. 37 Abs. 3 kFG verbiete es den Pächtern nicht, die reine Verwaltung des mit dem Pachtrecht zusammenhängenden Grundstücks Dritten anzuvertrauen, wie es vorliegend der Fall sei. Zudem sei die Rechtsfolge bei einem Verstoss gegen diese Bestimmung nicht ohne weiteres die Aufhebung des rechtskräftigen Pachtvertrages. Wenn die Verwaltung durch den Fischerverein D \_\_\_\_\_ als gesetzeswidrige Unterverpachtung qualifiziert werde, würde dieser Vertrag gegen Art. 37 Abs. 3 kFG und somit gegen objektives Recht verstossen.

**3.5.2** Die Unterverpachtung resp. die untervertragliche Vermietung der Pachtsache (Art. 291 OR) und die Übertragung der Ausübung der Nutzniessung an einen Dritten (Art. 758 ZGB) ist mit ähnlichen rechtlichen Schwierigkeiten verbunden, wie sie sich bei der Untervermietung (Art. 262 OR) stellen. Bei der Unterpacht wird dem Dritten nebst dem Recht auf Gebrauch der Pachtsache ebenso das dem Pächter aus der Hauptpacht zustehende Recht auf Fruchtziehung an der Pachtsache eingeräumt (hierzu und nachfolgend Peter Higi, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung, 2000, N. 10 zu Art. 291). Die untervertragliche Vermietung bildet einen Sonderfall der teilweisen Gebrauchsüberlassung an der Pachtsache dar, wie sie der Art. 291 Abs. 1 OR generell zulässt. Der Unterpachtvertrag kann grundsätzlich ohne Zustimmung des Verpächters gültig abgeschlossen werden und entfaltet entsprechende Wirkungen im Verhältnis zwischen den Untervertragsparteien. Allein, die Erfüllung des Untervertrags durch den Pächter/Unterverpächter stellt im Rahmen des Hauptvertrags eine Pflichtwidrigkeit bzw. Vertragsverletzung dar, welche die Rechtsfolgen des Art. 283 bzw. Art. 285 nach sich zieht (vgl. dazu Peter Higi, a.a.O., N 23 f. zu Art. 283 OR, N 8 ff. zu Art. 285, N. 15 zu Art. 291). Die vom Unterverpächter insoweit nicht erbringbare vertragliche Hauptleistung begründet einen Anwendungsfall der sogenannten subjektiven Unmöglichkeit (Romeo Cerutti, Der Untervertrag, Diss. 1990, S. 70). Die Frage, ob und inwieweit eine Unterverpachtung zulässig sei, wird vom Art. 291 OR dem Belieben der Hauptpachtvertragsparteien überlassen. Zulässig ist aber auch die Vereinbarung eines gänzlichen Verbots der Unterverpachtung (vgl. Romeo Cerutti, a.a.O., S. 99), und zwar selbst im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen (der Ausschluss der Unterpacht ist im Lichte der Regel von Art. 291 OR kein ungewöhnlicher Fall, mit dem man nicht rechnen muss [vgl. auch Romeo Cerutti, a.a.O., S. 96]; Peter Higi, a.a.O., N 16 zu Art. 283 OR). Im unserem kantonalen Fischereigesetz wird nun die Unterverpachtung nicht dem Belieben der Parteien überlassen, sondern von Gesetzes wegen verboten (Art. 37 Abs. 3 kFG).

**3.5.3** Vorliegend ist der Pachtgegenstand die «D \_\_\_\_\_» und gemäss Art. 6 des Vertrages (Beleg 12 der Stellungnahme des Departements vom 14. Juni 2021) sorgt der Pächter «für einen sachgemässen Unterhalt des Gewässers und dessen Uferzonen und für eine der Nutzung und dem Habitat angepasste Wiederbevölkerung». Der Vertreter der Dienststelle hat in einem Schreiben vom 9. Februar 2021 an die Burgergemeinde (Beleg 9) dargelegt, dass die Verwaltung des Grundstücks und die damit verbundenen Unterhaltsprobleme nicht mit dem Fischereirecht, das gepachtet werde, vermischt werden könne. Und weiter: «Die Unterverpachtung des Gewässers hätte seitens des Kantons zur Folge, dass der mit dem Pächter abgeschlossene Pachtvertrag aufgehoben

werden könnte. Der Vertrag mit dem Unterpächter wäre in jedem Falle nichtig». Aus einem Schreiben müsse geschlossen werden, dass die Burgerschaft als Pächterin die Verwaltung des Fischereirechts an einen Verein/Interessengemeinschaft delegiert habe. Die Burgergemeinde müsse für den Pachtzins aufkommen und alle durch den Verein im Zusammenhang mit der Verleihung des Fischereirechts erzielten Einnahmen müssten mit der Burgergemeinde abgerechnet werden. Der Verein dürfe aus der Verwaltung des Fischereirechts keine eigenständigen Einnahmen erzielen, da ansonsten der Tatbestand der Unterverpachtung erfüllt wäre. Tatsächlich hinterlegte die Beschwerdeführerin zwei Rechnungen des Fischervereins D \_\_\_\_\_, mit denen sie belegen will, dass die Burgergemeinde das gepachtete Regalgewässer seit Jahren an den Fischerverein D \_\_\_\_\_ vermiete. Aus den beiden Rechnungen (Beleg 8 und 9 der Verwaltungsgerichtsbeschwerde) geht hervor, dass der Fischerverein D \_\_\_\_\_ für das Fischen von Forellen Rechnungen gestellt hat. Hier könnte der Schluss gezogen werden, dass der Fischerverein D \_\_\_\_\_ der Nutzniesser des Gewässers ist und ihm damit auch das Recht auf die Fischerei eingeräumt wurde, womit eine unerlaubte Unterverpachtung vorliegen würde. Es fehlen im Dossier aber nähere Angaben über die Vereinbarung zwischen der Burgergemeinde sowie dem Fischerverein D \_\_\_\_\_ und insbesondere über die Verwendung der Einnahmen aus der Fischerei.

**4.** In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen wird die Beschwerde gutgeheissen und der Entscheid des DMRU vom 22. April 2021 wird aufgehoben. Es bestehen erhebliche Lücken in diesem Dossier. Der Fall wird ans Departement zurückverwiesen, welches die Ermittlung des Sachverhalts wieder aufnimmt, indem es ein Dossier zusammenstellt, das alle zur Prüfung des Falles erforderlichen Unterlagen enthält, bevor es einen neuen begründeten Entscheid im Sinne der oben genannten Erwägungen erlässt (Art. 80 Abs. 1 lit. e und Art. 60 Abs. 1 VVRG).

**4.1** Im Beschwerdeverfahren hat in der Regel die unterliegende Partei die Kosten zu tragen (Art. 89 Abs. 1 VVRG). Ausnahmsweise können die Kosten ganz oder teilweise erlassen werden (Art. 89 Abs. 2 VVRG). Den Behörden des Bundes, des Kantons und den Gemeinden, die in ihrem amtlichen Wirkungskreis und ohne dass es sich um ihr Vermögensinteresse handelt, als Parteien oder Vorinstanzen in einem Verfahren auftreten, werden in der Regel keine Kosten auferlegt (Art. 89 Abs. 4 VVRG). Vorliegend wird daher keine Gerichtsgebühr erhoben.

**4.2** Die Beschwerdeinstanz gewährt der ganz oder teilweise obsiegenden Partei auf Begehren die Rückerstattung der notwendigen Kosten, die ihr entstanden sind (Art. 91 Abs. 1 VVRG). Die Entschädigung wird im Dispositiv beziffert und der Staats- oder Gemeindekasse auferlegt, soweit sie aus Billigkeitsgründen nicht der unterliegenden Partei auferlegt werden kann (Art. 91 Abs. 2 VVRG). Sie ist global festzusetzen und umfasst die Entschädigung an die berechtigte Partei sowie ihre Anwaltskosten (Art. 4 des Gesetzes betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden vom 11. Februar 2009 [GTar; SGS/VS 173.8]), die in Anwendung der Art.27 ff. GTar festzusetzen sind und im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren zwischen Fr. 1 100.-- und Fr. 11 000.-- betragen (Art. 39 GTar). Aufgrund des Umfangs, des geschätzten Aufwands, der Bedeutung und der Schwierigkeit des Falles wird der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Kantonsgericht eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1 800.-- zugesprochen (Auslagen und Mehrwertsteuer inklusive), die vom Kanton zu tragen ist.

**Demnach erkennt das Kantonsgericht:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Entscheid des DMRU vom 22. April 2021 wird aufgehoben und das Dossier wird zurückgewiesen ans Departement zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 1 800.-- zu Lasten des Kantons zugesprochen.
4. Das Urteil wird der Beschwerdeführerin, dem Staatsrat des Kantons Wallis und der Burgergemeinde B \_\_\_\_\_ schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 7. September 2021