

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 140/2005/35

Bern, 18. Januar 2008

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Fürsprecher B. _____



und

C. _____
von Amtes wegen am Verfahren Beteiligte

sowie

Wasserwirtschaftsamt des Kantons Bern (WWA), Reiterstrasse 11, 3011 Bern

betreffend die Verfügung des Wasser- und Energiewirtschaftsamtes (WEA) vom
19. August 2005 (Wasserkraftrecht Nr. E. _____; Nutzungsbewilligung,
Lyssachteilbach)

I. Sachverhalt

1. Die Beschwerdeführerin ist Inhaberin eines Kleinwasserkraftwerkes, das in ihrer
Liegenschaft auf Parzelle Burgdorf Gbbl. D. _____ eingebaut ist. Betrieben wird das
Kleinwasserkraftwerk durch den Lyssachteilbach. Die Rechte dazu begründen sich im

Wasserkraftrecht Nr. E._____, das seit dem 21. Oktober 1837 existiert. Das Wasserkraftrecht ist am 1. September 1953 auf die Beschwerdeführerin übergegangen.

Am 19. August 2005 hat das Wasser- und Energiewirtschaftsamt des Kantons Bern (WEA; heute: Wasserwirtschaftsamt des Kantons Bern, WWA) eine Nutzungsbewilligung für das Wasserkraftrecht Nr. E._____ verfügt. Diese ist auf 40 Jahre, bis auf den 31. August 2045, befristet. Nutzungsberechtigt ist die Beschwerdeführerin.

2. Gegen die Verfügung des WEA hat die Beschwerdeführerin am 14. September 2005 bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) Verwaltungsbeschwerde erhoben. Sie beantragt die Aufhebung der Verfügung. Die Beschwerdeführerin macht geltend, es bestehe kein Regelungsbedarf betreffend ihres Kleinwasserkraftwerkes, da sie mit dem Wasserkraftrecht Nr. E._____ bereits einen gültigen Wassernutzungstitel besitze. Es fehle an einer gesetzlichen Grundlage, um hier von Amtes wegen ein Verfahren einzuleiten, weshalb die Behörde die Dispositionsmaxime verletzt habe. Weiter macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 47 WNG¹ geltend.

3. Die Baudirektion der Stadt Burgdorf unterstützt in ihrer Vernehmlassung vom 21. September 2005 die Bemühungen des WEA, alle Konzessionäre am Kanalsystem Burgdorf gleich zu behandeln. Sie hält fest, dass die Bestimmungen für die Neuregelung der Wasserbaupflichten vom 19. April 1995 unverändert in die Nutzungsbewilligung übernommen worden sind.

4. Die Vorinstanz beantragt in ihrer Stellungnahme vom 17. Oktober 2005, die Beschwerde sei vollständig abzuweisen und die Verfügung des WEA sei zu bestätigen. Sie begründet dies damit, dass in Anerkennung eines ehehaften Rechtes gestützt auf Art. 5 WNG von Amtes wegen eine Nutzungsbewilligung erteilt worden sei, welche gemäss Art. 10 Abs. 2 WNG zu befristen war. Da die Nutzungsbewilligung im Kontext der formellen wie materiellen Neuorganisation der Konzessionen und Nutzungsrechte aller mit vom Emmeeinlass „versorgten“ Wasserrechte ergangen sei, die sich ihrerseits wegen der

¹ Wassernutzungsgesetz vom 23. November 1997 (WNG; BSG 752.41)

Sanierung der Restwassermenge in der Emme gemäss Art. 80 GschG² aufgedrängt habe, sei das Vorgehen des WEA gestützt auf Art. 47 Abs. 2 WNG begründet.

5. Das Rechtsamt der BVE, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet³, führte den Schriftenwechsel durch und edierte die Vorakten. Aufgrund einer vor dem Verwaltungsgericht hängigen Beschwerde (Verfahren Nr. 22483) betreffend eine Konzession für das Burgdorfer Kanalsystem sistierte das Rechtsamt gestützt auf Art. 38 VRPG⁴ das vorliegende Beschwerdeverfahren am 9. Dezember 2005. Das Verwaltungsgericht hat am 13. März 2007 im Verfahren Nr. 22483 entschieden. Das Beschwerdeverfahren RA-Nr. 140/2005/35 ist am 12. Oktober 2007 wieder aufgenommen worden.

Auf die Rechtsschriften und Akten wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Sachurteilsvoraussetzungen

Die BVE ist für den Entscheid über die Verwaltungsbeschwerde zuständig (Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG). Die Beschwerdeführerin als Verfügungsadressatin hat ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Nutzungsbewilligung, weshalb sie beschwerdebefugt ist (Art. 65 Bst. a VRPG). Die Beschwerde ist innert der Rechtsmittelfrist eingereicht worden (Art. 67 Abs. 1 VRPG). Sie enthält einen Antrag und eine Begründung (Art. 32 Abs. 2 VRPG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

² Bundesgesetz vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG; SR 814.20)

³ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau-, Verkehrs-, und Energiedirektion (OrV BVE; BSG 152.221.191)

⁴ Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern vom 23. Mai 1989 (VRPG; BSG 155.21)

2. Rechtsnatur des Wasserrechtes

a) Anfechtungsobjekt ist die am 19. August 2005 vom WEA verfügte Nutzungsbewilligung. Eine Nutzungsbewilligung kann gestützt auf das WNG - falls überhaupt, was vorliegend noch zu prüfen sein wird – nur verfügt werden, wenn sich die Wassernutzung der Beschwerdeführerin auf ein ehehaftes Wasserrecht begründet⁵. Besteht das Wassernutzungsrecht aufgrund einer Konzession, ist die umstrittene Nutzungsbewilligung ohne gesetzliche Grundlage und somit rechtsungültig erlassen worden. Vorab ist daher zu klären, ob sich das Nutzungsrecht der Beschwerdeführerin auf ein ehehaftes Wasserrecht oder eine Konzession begründet.

b) Es ist zu überprüfen, ob die Rechtsnatur der Wassernutzung aus den Vorakten ersichtlich ist. Dazu sind vorab die Titel/Überschriften der Akten näher zu betrachten.

Mit Regierungsratsbeschluss vom 19. Dezember 1908 wurde das vorliegende, aufgrund des Gesetzes vom 26. Mai 1907 betreffend die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG 1907) angemeldete⁶, Wasserrecht bestätigt. In der Bestätigung ist von „Dauer der Konzession“⁷ die Rede. Aufgrund der Verwendung des Begriffs „Konzession“ kann jedoch gemäss bernischer Rechtsprechung nicht auf die Rechtsnatur einer Konzession geschlossen werden; offenbar hatte der Regierungsrat in seinen Beschlüssen zur Bestätigung von Wasserrechten im Jahre 1908 nicht zwischen ehehaften und konzessionierten Rechten unterschieden⁸. Es ist daher auch aus späteren Regierungsratsbeschlüssen⁹ nicht ersichtlich, ob mit der Verwendung des Begriffs „Konzession“ tatsächlich die Rechtsnatur des Wasserrechtes angesprochen wurde, oder ob bloss der Begriff aus der Bestätigung des Wasserrechtes von 1908 übernommen worden ist. Die Verwendung des Wortes „Konzession“ lässt wegen der materiellen Undifferenziertheiten im Jahre 1908 auch für spätere Jahre keine eindeutigen Schlüsse auf die Rechtsnatur der Wassernutzung zu. So kann auch aus der „Genehmigung der Konzessionsübertragung“ vom 1. September 1953

⁵ Vgl. Art. 5 WNG

⁶ Art. 38 WRG 1907 i.V.m. der Vollziehungsverordnung zum WRG 1907 vom 26. Juni 1907

⁷ Vorakten WWA, pag.5

⁸ VGE 21667 vom 10.11.2003 i.S. E., E. 5.2

⁹ Vorakten WWA, pag. 8, pag. 9, pag. 11

durch die kantonale Baudirektion¹⁰ nicht aufgrund des Wortlauts auf die Rechtsnatur einer Konzession geschlossen werden; dies wegen materiellen Widersprüchen zur Konzession, wie unten in Erwägung 2.d) dargelegt wird. Es bleibt zu klären, ob ein ehehaftes oder ein konzedierte Nutzungsrecht vorliegt.

c) Vorliegend besteht das Wassernutzungsrecht der Beschwerdeführerin resp. ihrer Rechtsvorgänger seit dem Jahre 1837. Aus der Anmeldung für Wasserrechte vom 28. April 1908¹¹ ist ersichtlich, dass das Wasserrecht durch privatrechtliche Verträge an einem Privatgewässer begründet worden ist. In Verbindung damit ist am 21. Oktober 1837 die Konzession für die Errichtung einer Bleiche durch den Schultheiss und den Regierungsrat erteilt worden. Die nutzbare Wasserkraft belief sich gemäss Anmeldung wie auch gemäss der Bestätigung¹² des Wasserrechtes auf 11 PS. Das Wasserrecht ist am 19. Dezember 1908 auf unbeschränkte Zeit bestätigt worden¹³.

In der Anmeldung machten die Wasserrechtsinhaber geltend, sie hätten bisher keine Gebühr für die Wassernutzung bezahlt, hingegen eine Abgabe für das Gewerbe (Bleiche) entrichtet. In der Bestätigung des Wasserrechtes blieb die bisherige Abgabe für die Gewerbekonzession gestützt auf Art. 37 WRG 1907 im gleichen Rahmen aufrechterhalten; eine zusätzliche Abgabe für die Wassernutzung wurde nicht festgesetzt¹⁴. Die Abgabe entfiel mit dem Niedergang der Bleiche (Regierungsratsbeschluss vom 12. März 1920)¹⁵, da die Konzession aus dem Jahre 1837 ausdrücklich für die Bleiche und nicht für das Wasserwerk erteilt worden war. Die Wasserkraftnutzung war somit seit jeher unentgeltlich.

Zu den Privilegien der ehehaften Rechte – und somit auch zu deren Kriterien – gehören die Unentgeltlichkeit der Ausübung (d.h. weder Konzessionsgebühr noch Wasserzins) sowie die unbeschränkte Dauer¹⁶. Beide Kriterien sind vorliegend erfüllt. Dies ist ein Hinweis auf ein ehehaftes Recht, obwohl kein eindeutiger Schluss bezüglich der Rechtsnatur des Wasserrechtes daraus gezogen werden kann.

¹⁰ Vorakten WWA, pag. 12

¹¹ Vorakten WWA, pag. 3

¹² Vorakten WWA, pag. 5

¹³ Vorakten WWA, pag. 5

¹⁴ Vorakten WWA, pag. 5

¹⁵ Vorakten WWA, pag. 9

¹⁶ VGE 21667 vom 10.11.2003 i.S. E., E. 5.1, mit Hinweisen

d) Einen weiteren Hinweis auf das Vorliegen eines ehehaften Rechts findet sich im Eintrag im kantonalen Wasserbuch vom 1. September 1953¹⁷. Aus Anlass einer Rechtsübertragung ist die Unentgeltlichkeit der vorliegenden Wassernutzung von der Baudirektion 1953 bestätigt worden. Zu diesem Zeitpunkt war das Gesetz vom 3. Dezember 1950 über die Nutzung des Wassers (WNG 1950) schon in Kraft. Nach diesem Gesetz war gemäss Art. 81 ff für jede Konzession ein Wasserzins an den Staat geschuldet¹⁸. In den Übergangsbestimmungen des Gesetzes wurden bestehende Wasserrechte nicht von der Zinsleistungspflicht ausgenommen; der Wasserzins konnte einzig über eine Dauer von fünf Jahren dem bisherigen Zins angemessen angepasst werden, wenn der neue Zins den alten erheblich überstieg¹⁹. Die Baudirektion hat im Jahre 1953 das vorliegende Wasserrecht somit nicht wie ein konzedierte Recht behandelt; als Umkehrschluss liegt darin ein Hinweis auf ein ehehaftes Recht.

e) Ehehafte Rechte sind private Rechte. Sie haben ihren Ursprung in einer Rechtsordnung die nicht mehr besteht. Sie können nach neuem Recht nicht mehr begründet werden, bestehen aber unter der neuen Rechtsordnung weiter. Insbesondere im Zusammenhang mit der Wassernutzung erlangten die ehehaften Rechte an Bedeutung.²⁰ Die alten Berechtigungen an der Wassernutzung wurden mit Beginn der wasserrechtlichen Gesetzgebung der Kantone im 19. Jahrhundert zu ehehaften Wasserrechten, als sich ein öffentlichrechtliches Verständnis in Bezug auf die Gewässerhoheit durchsetzte und das Recht der Verfügung über das Wasser und die Wasserkraft auf das Gemeinwesen übertragen wurde²¹. Ehehafte Wasserrechte sind also private Rechte an (heute) öffentlichen Gewässern. Die entscheidende Stunde für das Schicksal dieser (Wasser-) Rechte war in jedem Kanton der Moment des Inkrafttretens der gesetzlichen Bestimmungen, welche das Verfügungsrecht des Gemeinwesens über die Wasserkräfte begründeten und dessen Ausübung nur mehr durch Verleihungsakt zuließen²². Es handelt sich dabei nach der Rechtsprechung um so genannte vorbestandene oder wohlervorbene

¹⁷ Vorakten WWA, pag. 13

¹⁸ Ausnahme: von der Abgabe befreit waren nach Art. 83 Abs. 2 WNG 1950 Wasserkraftkonzessionen, deren nutzbare Kraft weniger als 10 PS betrug

¹⁹ Art. 133 WNG 1950

²⁰ BGer 2P.256/2002 vom 24.3.2003, E. 1.2, mit Hinweisen

²¹ VGE 21667 vom 10.11.2003 i.S. E., E. 2.2, mit Hinweisen

²² Peter Liver, Privatrechtliche Abhandlungen, Festgabe zum 70. Geburtstag des Verfassers, 1972, S. 472

Rechte²³. Wohlerworbene Rechte sind vermögenswerte Ansprüche gegenüber dem Staat, die sich durch ihre besondere Rechtsbeständigkeit auszeichnen. Sie stehen unter dem Schutz der Eigentumsgarantie und des Vertrauensschutzes und sind grundsätzlich auch durch Gesetz nicht änderbar.²⁴ Geschützt ist indessen nur die Substanz des wohlerworbenen Rechtes, nicht aber die Ausübung des Rechts, die durch die jeweils geltende Rechtsordnung bestimmt wird²⁵.

f) Massgebendes Kriterium zur Abgrenzung ehehafter Wasserrechte von den übrigen Wasserrechten ist das Alter²⁶. Vorliegend ist das umstrittene Wasserrecht zeitlich in die Wasserrechtsgesetzgebung einzuordnen.

Betrachtet man die Entwicklung der Wasserbau- und Wasserrechtsgesetzgebung im Kanton Bern, stösst man auf das Gesetz vom 3. April 1857 über den Unterhalt und die Korrektur der Gewässer und die Austrocknung von Mösern und andern Ländereien als das erste Gesetz, das griffige Bestimmungen betreffend die Wassernutzung enthielt. In diesem Gesetz wurden die Gewässer in öffentliche und private unterteilt, und es enthielt erste Bestimmungen betreffend die Aufsicht über die Gewässer. Das erste Gesetz in der kantonalen Wasserbau- und Wasserrechtsgesetzgebung überhaupt, das Wasserbaupolizeigesetz vom 21. März 1834, regelte im Wesentlichen nur den Unterhalt und die Arbeiten an den Gewässern, ohne die Wassernutzung auch nur mit einer Silbe zu erwähnen. Es äusserte sich zwar bereits hinsichtlich des Eigentums an Gewässern, jedoch nicht betreffend die Verfügungsgewalt oder Aufsicht über diese. Offenbar wurde die Nutzung weiterhin den Eigentümern überlassen, im Sinne der später erlassenen Gewerbegesetzgebung von 1849. Im Gesetz vom 26. Mai 1907 betreffend die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG 1907) wurde das Hoheitsrecht des Gemeinwesens zur Nutzung von öffentlichen Gewässern klarer festgehalten.²⁷ Die Nutzbarmachung des Wassers – auch aus Privatgewässern²⁸ – wurde der staatlichen

²³ BGE 88 II 498 vom 29.11.1962, E. 6; BGer 2P.256/2002 vom 24.3.2003, E. 3; BGE 131 I 321 vom 6.6.2005, E. 5; VGE 21667 vom 10.11.2003 i.S. E., E. 2.2; übereinstimmend: Peter Liver, a.a.O., S. 472; anderer Meinung: Werner Dubach, Die wohlerworbenen Rechte im Wasserrecht, in Enrico Riva, Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen, 2007, S. 8; Jsabelle Blunschy Scheidegger, Kommentar zum bernischen WNG vom 23. November 1997, 2003, S. 52

²⁴ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 2006, Rz. 1008

²⁵ BGer 2P.256/2002 vom 24.3.2003, E. 3

²⁶ VGE 21667 vom 10.11.2003 i.S. E., E. 5.1

²⁷ Jsabelle Blunschy Scheidegger, a.a.O., S. 13ff

²⁸ Art. 21 WRG 1907

Aufsicht unterstellt. Der Staat trat erstmals als Eigentümer des Wassers auf und erhob Abgaben und Gebühren für die Nutzung.

Vorliegend besteht das Wassernutzungsrecht der Beschwerdeführerin resp. ihrer Rechtsvorgänger seit dem Jahre 1837. Aus den Vorakten ist ersichtlich, dass es durch privatrechtliche Verträge an einem Privatgewässer begründet worden ist. Heute ist der Lyssachteilbach ein öffentliches Gewässer. Nach obigen Erläuterungen zur Entstehung der kantonalen Wasserrechtsgesetzgebung kann festgestellt werden, dass die (massgebende) Wasserrechtsgesetzgebung erst nach dem Jahre 1837 eingesetzt hat. Zwar ist das Wasserbaupolizeigesetz von 1834 vor der Entstehung des vorliegenden Wasserrechtes in Kraft getreten; dessen Regelungsinhalt berührte jedoch weder die Wassernutzung noch die Verfügungsgewalt über die Gewässer. Das vorliegende Wassernutzungsrecht ist daher als ein altrechtliches zu klassieren; es ist vor der wasserrechtlichen Gesetzgebung im Kanton Bern entstanden und hat dementsprechend seinen Ursprung in einer Rechtsordnung die nicht mehr besteht. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin über ein ehehaftes Wasserrecht verfügt.

3. Nutzungsbewilligung

a) Die Beschwerdeführerin rügt, es liege kein Grund für ein Verfahren auf Erlass einer Verfügung von Amtes wegen vor, weshalb das WEA die Dispositionsmaxime verletzt habe.

Gemäss Art. 50 VRPG leitet die Verwaltungsbehörde ein Verfahren auf Erlass einer Verfügung von Amtes wegen ein, wenn Vorschriften sie dazu verhalten oder wenn ein hinreichender Anlass zur autoritativen Regelung eines Rechtsverhältnisses besteht²⁹. Vorliegend ist zu prüfen, ob eine dieser Voraussetzungen erfüllt ist.

b) Gemäss Art. 5 Abs. 2 WNG bedarf die Wasserkraftnutzung aufgrund eines ehehaften Rechtes einer Nutzungsbewilligung, auf die ein Rechtsanspruch besteht. Für die rechtskonforme Ausübung des hier unbestrittenen Wasserrechtes braucht es also eine Nutzungsbewilligung. Diese Vorschrift ist nicht neu: Bereits Art. 3 Abs. 2 WNG 1950 hat für die Wassernutzung aufgrund von Privatrechten eine staatliche Bewilligung verlangt. Ehehafte Rechte gehören unbestrittenermassen zu privaten Rechten, weshalb die

²⁹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 16 N. 3

Wassernutzung aufgrund von ehehaften Rechten seit dem Inkrafttreten des WNG 1950 einer staatlichen Nutzungsbewilligung bedurfte. Das WRG 1907 hatte die Wassernutzung zwar gänzlich unter die Aufsicht des Staates gestellt, jedoch nicht ausdrücklich eine staatliche Nutzungsbewilligung für private Wasserrechte statuiert.

c) Vorliegend ist nicht aktenkundig, ob je eine Nutzungsbewilligung gemäss WNG 1950 erteilt worden ist. Diese Frage kann denn auch offen gelassen werden, da sich im Ergebnis nichts ändert. Massgebend ist, ob eine Nutzungsbewilligung nach geltendem Recht vorliegt.

Dies ist hier nicht der Fall. Die Nutzungsbewilligung ist neu gemäss Art. 10 Abs. 2 WNG zu befristen. Auch wenn man davon ausginge, dass aufgrund der Bewilligungspflicht im WNG 1950 die Behörde im Jahre 1953 mit dem Eintrag im Wasserbuch unter dem Titel „Wasserkraftnutzungen“³⁰ einen Nutzungstitel für das Wasserrecht statuieren wollte, entspräche dieser nicht dem geltenden Recht, da auf unbeschränkte Dauer erteilt. Die rechtlichen Voraussetzungen für eine Wasserkraftnutzung aufgrund von ehehaften Rechten sind vorliegend nach Art. 5 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 2 WNG so oder anders nicht erfüllt. In besagten Artikeln findet sich die gesetzliche Grundlage für ein Tätigwerden von Amtes wegen auf Erlass einer Verfügung. Dass diese Verfügung erst Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes ergangen ist, ist unerheblich. Im Gesetz finden sich keine Regeln zur Umsetzung des WNG, daher hatte diese auch nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erfolgen. Die Behörden haben dementsprechend die gesetzlich vorgesehenen Anpassungen und Sanierungen nach Kenntnisnahme vom betroffenen Sachverhalt vorzunehmen. Dies ist hier geschehen.

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin Inhaberin eines (unbestrittenen) Wasserrechtes ist, jedoch keinen gesetzeskonformen Titel zur Ausübung dieses Rechtes besitzt. Gemäss Art. 5 WNG hat sie einen Rechtsanspruch auf Erteilung der nach Art. 10 Abs. 2 WNG zu befristenden Nutzungsbewilligung. Das Verfahren war gemäss dem Officialgrundsatz einzuleiten, weshalb die Dispositionsmaxime diesem weichen musste und somit nicht verletzt ist³¹.

³⁰ Vorakten WWA, pag. 13

³¹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 16 N. 3

4. Befristung

a) Die Beschwerdeführerin rügt, die auf unbestimmte Zeit erteilte Konzession könne nicht zeitlich befristet werden. Dies verletze Art. 47 WNG. Sie verfüge über ein Nutzungsrecht, das ihre Rechte und Pflichten abschliessend regle, weshalb keine Möglichkeit für eine zeitliche Befristung bestehe.

Die Übergangsbestimmung Art. 47 Abs. 1 WNG regelt, dass bestehende Konzessionen, Bewilligungen und Privatrechte in Bestand und Umfang nicht berührt werden. Fraglich ist, ob die in Art. 10 Abs. 2 WNG vorgesehene Befristung der Nutzungsbewilligung in Widerspruch zur Bestandesgarantie steht.

b) Vorab ist festzuhalten, dass es vorliegend unerheblich ist, ob die Wohlerworbenheit von ehehaften Rechten bejaht oder verneint wird. Auch wenn man, wie ein Teil der Lehre, davon ausgeht, dass es sich bei den ehehaften Wasserrechten nicht um wohlerworbene Rechte handelt, sind diese Rechte als Privatrechte durch die Eigentumsgarantie geschützt³². Fraglich ist demnach einzig, ob mit einer Befristung in den Bestand des ehehaften Rechtes eingegriffen und so Art. 47 WNG verletzt wird.

c) Diese Frage ist vom Bundesgericht in Entscheid 2P.256/2002 vom 24. März 2003 eindeutig beantwortet worden. In diesem Entscheid ging das Bundesgericht von einem wohlerworbenen Recht aus, was bedeutet, dass auch per Gesetz nicht in den Bestand des Rechtes eingegriffen werden darf³³. Geschützt ist indessen nur die Substanz des wohlerworbenen Rechts und nicht dessen Ausübung, die durch die jeweils geltende Rechtsordnung bestimmt wird³⁴.

Die geltende Rechtsordnung schreibt im Kanton Bern eine Befristung der Nutzungsbewilligung vor. Zweck dieser Regel ist, die zuständigen Behörden nach einem bestimmten Zeitraum anzuhalten, die erteilten Bewilligungen wieder auf die gesetzeskonforme Ausübung der Wasserrechte zu überprüfen. Art. 10 Abs. 2 WNG geht weiter als das Bundesrecht, das keine Befristung vorsieht. Da die Kantone aber in der weiteren Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse frei sind, ist diese Beschränkung – unter

³² Werner Dubach, a.a.O., S. 8

³³ Im Gegensatz zu nur durch die Eigentumsgarantie geschützten Rechten

³⁴ BGer 2P.256/2002 vom 24.3.2003, E. 3, mit Hinweisen

Vorbehalt des grundsätzlichen Rechtsanspruchs auf Verlängerung im bisherigen Umfang – nicht zu beanstanden.³⁵ Vom grundsätzlichen Rechtsanspruch auf Verlängerung der Bewilligung ausgehend besteht denn auch kein Widerspruch zu Art. 47 WNG. Die Norm findet auch Anwendung auf bereits bestehende Bewilligungen, die im Rahmen einer Überprüfung beschränkt werden müssen³⁶.

d) Zusammengefasst ist festzuhalten, dass auf Verlängerung der befristeten Nutzungsbewilligung grundsätzlich ein Rechtsanspruch besteht. Insofern verletzt die Befristung Art. 47 WNG nicht; diese Norm schützt die Substanz, nicht aber die Ausübung eines bestehenden Rechtes. Die vorgebrachte Rüge ist unbegründet.

5. Kostenbeteiligung an der Längsvernetzung Emme Km 18.5

In der Verfügung des WEA vom 19. August 2005 ist unter Ziffer 4.3.1 die einmalige Kostenbeteiligung an der Längsvernetzung Emme Km 18.5 von 1'500 Franken von Seiten der Beschwerdeführerin an die Bauherrschaft C. _____ angeordnet worden. In ihrer Beschwerde vom 14. September 2005 rügt die Beschwerdeführerin diese Kostenbeteiligung nicht. Mit der beantragten Aufhebung der Nutzungsbewilligung verlangt die Beschwerdeführerin jedoch implizit auch die Aufhebung dieser Kostenbeteiligung. Daher sei hier der Vollständigkeit halber festgehalten, dass eine Kostenbeteiligung der Beschwerdeführerin an die fischereiliche Massnahme (Längsvernetzung Emme Km. 18.5) grundsätzlich nicht zu beanstanden ist. Die gemäss Art. 9 Abs. 1 BGF³⁷ sicherzustellende freie Fischwanderung verlangt nach Art. 10 BGF auch bei schon bestehenden Anlagen die nötigen Massnahmen. In Erwägung 4.1.1 der Verfügung vom 19. August 2005 hat das WEA als zuständige kantonale Behörde verständlich dargelegt, weshalb sich die Nutzenden des Kanalsystems Burgdorf, des Grützbachs und des Lyssachteilsbachs an den Kosten der Längsvernetzung anteilmässig zu beteiligen haben.

³⁵ Jsabelle Blunschy Scheidegger, a.a.O., S. 52f

³⁶ Jsabelle Blunschy Scheidegger, a.a.O., S. 52

³⁷ Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über die Fischerei (BGF; SR 923.0)

6. Zusammenfassung

Die Beschwerdeführerin ist unbestrittene Inhaberin eines Wassernutzungsrechtes aus dem Jahre 1837. Bei diesem Wasserrecht handelt es sich um ein altrechtliches, auf unbestimmte Zeit und unentgeltlich eingeräumtes Privatrecht an einem (heute) öffentlichen Gewässer; es liegt ein ehehaftes Wasserrecht vor. Gestützt auf Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 WNG ist zur rechtmässigen Nutzung dieses Wasserrechtes eine befristete Nutzungsbewilligung nötig. Das WEA hatte von Amtes wegen eine solche zu erlassen.

Geschützt ist gemäss Bundesgericht nur die Substanz eines ehehaften Rechtes. Die Ausübung des Rechts wird durch die jeweils geltende Rechtsordnung geregelt. Auf die Nutzungsbewilligung besteht ein Rechtsanspruch. Daher ist von einem grundsätzlichen Rechtsanspruch auf Verlängerung dieser Bewilligung auszugehen. Art. 47 WNG wird somit durch eine Befristung nicht verletzt.

Die Beschwerde gegen die Nutzungsbewilligung ist abzuweisen. Die Verfügung des WEA vom 29. August 2005 ist zu bestätigen. An der Kostenbeteiligung an den Sanierungsmassnahmen „Längsvernetzung Emme“ ändert sich somit nichts.

7. Kosten

a) Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr. Für Entscheide in einer Verwaltungsjustizsache wird eine Pauschalgebühr von 200 bis 4'000 Franken erhoben (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GebV³⁸). Die Behörde setzt die Gebühr nach pflichtgemäsem Ermessen fest (Art. 103 Abs. 1 und 2 VRPG). Die Pauschale wird auf 1'000 Franken festgelegt.

b) Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Die Beschwerdeführerin gilt in diesem Verfahren als unterliegende Partei. Ihr werden die Verfahrenskosten von 1'000 Franken zur Bezahlung auferlegt.

³⁸ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

c) Da die Beschwerdeführerin unterliegt, hat sie keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 3 VRPG). Verwaltungsbehörden haben gemäss Art. 140 Abs. 3 VRPG keinen Anspruch auf Parteikostenersatz. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügung des WEA vom 19. August 2005 wird bestätigt.
2. Die oberinstanzlichen Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt.
Eine Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Parteikosten werden keine gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher B._____, per Gerichtsurkunde
- C._____, per Gerichtsurkunde
- Wasserwirtschaftsamt (WWA), per Gerichtsurkunde
- Baudirektion Gemeinde Burgdorf, zur Kenntnis

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

B. Egger-Jenzer, Regierungsrätin

