

ENTSCHEID
DER
BAU-, VERKEHRS- UND ENERGIEDIREKTION

RA Nr. 140/2017/27

Bern, 1. November 2017

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn **A.** _____
Beschwerdeführer

und

Herrn **B.** _____
Beschwerdegegner 1



Herrn **C.** _____
Beschwerdegegner 2

Frau **D.** _____
Beschwerdegegnerin 3

sowie

Amt für Wasser und Abfall (AWA), Rechtsdienst, Reiterstrasse 11, 3011 Bern

Einwohnergemeinde Trachselwald, Gemeindehaus 55a, 3453 Heimisbach

Tiefbauamt des Kantons Bern, Obergeringenieurkreis IV (TBA OIK IV), Dunantstrasse 13,
3400 Burgdorf

betreffend die Verfügung des Amts für Wasser und Abfall des Kantons Bern (AWA) vom
6. Juli 2017 (Nr. 41057; Wesentliche Konzessionsänderung F. _____)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdeführer ist im Besitz einer Wasserkraftkonzession vom 29. Juli 1999. Diese berechtigt ihn zur Nutzung der Wasserkraft des F._____ zur Erzeugung von elektrischer Energie für den Eigenbedarf auf einer Gewässerstrecke von ca. 200 m Länge. Die nutzbare Bruttofallhöhe beträgt 10 m, die maximal nutzbare Wassermenge 40 l/s und die durchschnittliche mittlere Bruttoleistung 3.5 kW. Bis zu einer Wassermenge von 50 l/s darf dem F._____ kein Wasser entnommen werden (Restwasser). Die Konzession wurde auf eine Dauer von 40 Jahren bis zum 12. Januar 2029 erteilt.

Mit Gesuch vom 9. Juni 2016 beantragt der Beschwerdeführer, die konzedierte Ausbauwassermenge von 40 l/s auf 200 l/s zu erhöhen. Die maximal mögliche Leistung ab Generator soll neu 7.5 kW betragen. Die Bruttofallhöhe von 10 m und die beeinflusste Gewässerstrecke (Restwasserstrecke) von rund 200 m sollen unverändert bleiben. Die Nutzung der Wasserkraft soll weiterhin der Erzeugung von elektrischer Energie dienen. Das Amt für Wasser und Abfall (AWA) nahm dieses Gesuch als Konzessionsänderungsgesuch betreffend die Wasserkraftkonzession vom 29. Juli 1999 entgegen. Gegen das Konzessionsänderungsgesuch erhoben die Beschwerdegegner Einsprache. Mit Gesamtentscheid vom 6. Juli 2017 bewilligte das AWA die Konzessionsänderung, wobei an der Restwassermenge von 50 l/s unverändert festgehalten wird. Zudem enthält der Gesamtentscheid unter anderem folgende Auflagen:

- 5.1 Wasserbaupolizei inkl. Naturgefahren - Gewässerprozesse
 - 5.1.1 Das Durchflussprofil des F._____ darf durch das Wasserentnahmebauwerk nicht verkleinert werden. Hierzu sind folgende Massnahmen notwendig:
 - (...)
 - Der Querbalken des Stauschützes ist so weit zu erhöhen, dass die Unterkante des untersten Bretts bzw. hängenden Teils mindestens 1.0 m über der Oberkante der rechten Seitenmauer liegt.
 - (...)
- 5.2 Fischerei
 - 5.2.1 Den Ausführungen des Merkblatts "Fischschutz auf Baustellen" ist vor Baubeginn und während der Bauphase Folge zu leisten.
 - 5.2.2 Die Dotierwassermenge ist gemäss Variante 3 (einzelne sohlennahe Bohrung mit genügend grossem Querschnitt) abzugeben.
 - 5.2.3 die Dotierwassermenge muss jederzeit gewährleistet und überprüfbar sei. Sie ist vor Manipulationen durch Dritte zu schützen.
 - 5.2.4 Eine Dotierung kann durch Geschwemmsel und Geschiebe verstopft werden. Es liegt in der Verantwortung des Gesuchstellers, dass die Öffnung regelmässig kontrolliert und gereinigt wird.
- 5.3 Massnahmen gegen Geruchsimmissionen
 - 5.3.1 Zwischen dem 15. April und dem 30. November ist das angespülte und auf der Oberfläche treibende biogene (organische) Material im Staubereich jeweils wöchentlich mit einem Rechen zu entfernen. Der zu reinigende Staubereich

erstreckt sich zwischen der unmittelbar oberhalb liegenden Brücke und dem Staubrett (auf einer Gerinnelänge von ca. 20 m).

- 5.3.2 Mindestens monatlich ist der Staubereich vollständig zu entleeren und die Bachsohle und Wände von biogenem (organischem) Material zu säubern. Der zu reinigende Staubereich erstreckt sich zwischen der unmittelbar oberhalb liegenden Brücke und dem Staubrett (auf einer Gerinnelänge von ca. 20 m).

2. Gegen die Auflage in Ziff. 5.1.1, zweites Lemma, sowie die Auflagen in den Ziff. 5.2 und 5.3 reichte der Beschwerdeführer am 3. August 2017 (Postaufgabe: 4. August 2017) Beschwerde bei der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) ein. Er beantragt sinngemäss die Aufhebung der Auflage in Ziff. 5.1.1, zweites Lemma, sowie die Änderung der Auflagen in den Ziff. 5.2. und 5.3 gemäss seinem Lösungsvorschlag in einem Schreiben vom 11. Mai 2017.

3. Das Rechtsamt, welches die Beschwerdeverfahren für die BVE leitet¹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Dabei gab es auch den Einsprechenden die Gelegenheit, sich als Partei am Beschwerdeverfahren zu beteiligen. Das Tiefbauamt des Kantons Bern (TBA), Oberingenieurkreis IV (OIK IV), beantragt in seiner Stellungnahme vom 23. August 2017 die Abweisung der Beschwerde gegen die Auflage in Ziff. 5.1.1, zweites Lemma. Hinsichtlich der Beschwerde gegen die Auflagen in den Ziff. 5.2. und 5.3 äussert sich der OIK IV nicht. Der Beschwerdegegner 1 beantragt in seiner Stellungnahme vom 28. August 2017 sinngemäss die Abweisung der Beschwerde. Die Einwohnergemeinde Trachselwald stellt in ihrer Vernehmlassung vom 29. August 2017 hinsichtlich der Beschwerde gegen die Auflage in Ziff. 5.1.1, zweites Lemma, keinen Antrag. Hinsichtlich der Beschwerde gegen die Auflagen in den Ziff. 5.2 und 5.3 beantragt sie sinngemäss deren Abweisung. Das AWA in seiner Vernehmlassung vom 31. August 2017 und die Beschwerdegegner 2 und 3 in ihrer Stellungnahme vom 1. September 2017 beantragen die Abweisung der Beschwerde.

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

¹ 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)

II. Erwägungen

1. Eintreten

a) Angefochten ist ein Gesamtentscheid nach Art. 9 KoG². Laut Art. 11 Abs. 1 KoG kann er – unabhängig von den geltend gemachten Einwänden – nur mit dem Rechtsmittel angefochten werden, das für das Leitverfahren massgeblich ist. Das Leitverfahren ist im vorliegenden Fall das Konzessions(änderungs)verfahren (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KoG). Konzessionsentscheide des AWA können nach Art. 46 Abs. 1 WNG³ i.V.m. Art. 62 Abs. 1 Bst. a und Art. 67 VRPG⁴ innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVE angefochten werden. Die BVE ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen den Gesamtentscheid zuständig.

b) Zur Beschwerde ist befugt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung des Entscheids hat (Art. 10 KoG i.V.m. Art. 65 Abs. 1 VRPG). Der Beschwerdeführer, dessen Konzessionsänderungsgesuch unter Auflagen bewilligt wurde, ist betreffend diese Auflagen durch den vorinstanzlichen Gesamtentscheid beschwert und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde wird eingetreten.

2. Auflage in Ziff. 5.1.1, zweites Lemma

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, die Auflage in Ziff. 5.1.1, zweite Lemma, sei in der bestehenden Konzession vom 29. Juli 1999, welche bis 12. Januar 2029 gültig sei, nicht vorhanden. Damit beantragt er sinngemäss eine Streichung dieser Auflage.

b) Der Beschwerdeführer beantragt mit seinem Gesuch vom 9. Juni 2016, die in der laufenden Konzession vom 29. Juli 1999 konzedierte Ausbauwassermenge von 40 l/s auf 200 l/s zu erhöhen. Gemäss Art. 12 Abs. 1 WNG gelten für die wesentliche Änderung einer Konzession die Bestimmungen über die erstmalige Erteilung des Rechts. Als wesentliche

² Koordinationsgesetz vom 21. März 1994 (KoG; BSG 724.1)

³ Wassernutzungsgesetz vom 23. November 1997 (WNG; BSG 752.41)

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

Änderung bei der Wasserkraftnutzung gilt in der Regel die Erhöhung der konzessionierten Wassermenge aus dem bereits genutzten Gewässer um mehr als zehn Prozent (Art. 12 Abs. 2 Bst. b WNG). Vorliegend wird diese Schwelle mit einer Erhöhung um 400 Prozent bei weitem überschritten. Somit ist bei der Erteilung der Konzession für die beantragte Erhöhung der Ausbauwassermenge auf 200 l/s eine umfassende Prüfung wie bei einer Neukonzessionierung vorzunehmen.

c) In Bezug auf die Auflagen bedeutet dies, dass diese umfassend neu festzulegen sind und keine Bindung an die Auflagen aus der bestehenden Konzession besteht. Der Beschwerdeführer hat somit keinen Anspruch darauf, dass mit der Konzessionsänderung keine neuen Auflagen verfügt werden. Sofern solche neuen Auflagen verfügt werden, muss auch nicht begründet werden, weshalb diese in der alten Konzession noch nicht vorhanden waren. Entscheidend ist nur, dass die neuen Auflagen bei der Neukonzessionierung im Rahmen der wesentlichen Konzessionsänderung zu Recht verfügt werden.

Aus dem Umstand, dass die gerügte Auflage in der bestehenden Konzession vom 29. Juli 1999 nicht vorhanden ist, vermag der Beschwerdeführer somit nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Daran ändert auch nichts, dass die bestehende Konzession noch bis 12. Januar 2029 gültig wäre. Durch die wesentliche Konzessionsänderung wird die bestehende Konzession durch die geänderte Konzession abgelöst, soweit letztere neue Bestimmungen enthält (vgl. Ziff. F.2 des angefochtenen Gesamtentscheids).

d) Die gerügte Auflage in Ziff. 5.1.1, zweite Lemma, stammt aus dem Amtsbericht des OIK IV vom 21. Juli 2016. In seiner Stellungnahme vom 13. Februar 2017 hält der OIK IV unverändert an seinen Auflagen und damit auch an der Auflage in Ziff. 5.1.1, zweite Lemma, fest. Diese Auflage sieht vor, dass der Querbalken des Stauschützes so weit zu erhöhen ist, dass die Unterkante des untersten Bretts bzw. hängenden Teils mindestens 1.0 m über der Oberkante der rechten Seitenmauer liegt. Der OIK IV hat die Auflage damit begründet, dass aus Gründen des Hochwasserschutzes das Durchflussprofil des F. _____ grabens durch das Wasserentnahmebauwerk nicht verkleinert werden dürfe. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, inwiefern diese Auflage für den Hochwasserschutz nicht nötig oder aus anderen Gründen unzulässig wäre. Für die BVE besteht daher kein Anlass, von der Einschätzung des OIK IV als kantonaler Fachbehörde für Hochwasserschutz abzuweichen. Diese Rüge erweist sich demzufolge als unbegründet und die fragliche Auflage wird bestätigt.

3. Auflagen in den Ziff. 5.2 und 5.3

a) Der Beschwerdeführer verweist im Zusammenhang mit den Auflagen in den Ziff. 5.2 und 5.3 auf sein Schreiben vom 11. Mai 2017. Darin habe er eine machbare, ausführliche Lösung vorgeschlagen. Diese sei von der Fachstelle bis heute nie vor Ort im Detail geprüft worden. Damit beantragt der Beschwerdeführer sinngemäss die Änderung der Auflagen in den Ziff. 5.2 und 5.3 gemäss seinem Lösungsvorschlag im Schreiben vom 11. Mai 2017.

b) Die Auflagen in Ziff. 5.2 stehen im Zusammenhang mit der Fischerei. Umstritten dürfte dabei primär die Auflage in Ziff. 5.2.2 sein, wonach die Dotierwassermenge gemäss Variante 3 (einzelne sohlennahe Bohrung mit genügend grossem Querschnitt) abzugeben ist. Diese Auflage stammt aus dem Fachbericht Fischerei des Fischereiinspektorats vom 21. Juli 2016. An der Auflage hält das Fischereiinspektorat in seinem zweiten Fachbericht vom 9. Februar 2017 und in seiner Stellungnahme vom 18. Mai 2017 unverändert fest.

Ihren Ursprung hat die Auflage in Ziff. 5.2.2 im Restwasserbericht der H. _____ AG vom Juni 2016⁵. Auf Seite 8 f. werden in diesem Bericht drei Varianten der Restwasserdotierung vorgeschlagen. Die erste Variante sieht eine Restwasserdotierung über einen Ausschnitt im Stauwehr oben rechts über die Wehrkante vor. Bei den beiden anderen Varianten wird das Restwasser durch drei kleine Bohrungen (zweite Variante) bzw. eine grosse Bohrung (dritte Variante) im unteren Bereich des Stauwehrs (15 cm über der Bachsohle) sichergestellt. Aus den Ausführungen des Beschwerdeführers in seinem Schreiben vom 11. Mai 2017 ist zu schliessen, dass er der Meinung ist, die zweite und dritte Variante seien schwierig sicherzustellen, und er daher die erste Variante fordert.

c) Diese erste Variante hat zunächst den Nachteil, dass bei einem Wiederaufstau nach einer Öffnung des Wehrs während einer grossen Zeitspanne kein Restwasser fliesst. Dies wird vom Beschwerdeführer anerkannt, weshalb er in seinem Schreiben vom 11. Mai 2017 vorschlägt, die Restwasserdotierung während dieser problematischen Zeitspanne des Wiederaufstauens mit einer grossen sohlennnahen Bohrung entsprechend der dritten Variante sicherzustellen. Sobald der Wiederaufstau abgeschlossen ist, möchte der Beschwerdeführer die sohlennahe Bohrung über einen Schieber schliessen und das

⁵ Vorakten, pag. 36

Restwasser wieder über einen Ausschnitt im obersten Wehrladen (erste Variante) sicherstellen.

Die erste Variante der Restwasserdotierung hat jedoch auch im Normalbetrieb ihre Nachteile. Zunächst ist bei dieser Variante die korrekte Dotierung abhängig von der Steuerung der Turbine. Nur wenn diese Steuerung den Wasserstand konstant auf der Höhe oberkant Staubrett hält, kann die vorgeschriebene Restwassermenge eingehalten werden. Gemäss der Stellungnahme des Fischereiinspektorats vom 18. Mai 2017 haben Erfahrungen mit anderen Anlagen gezeigt, dass solche Steuerungen in der Praxis anfällig auf Störungen und Fehlfunktionen sind. Demgegenüber funktioniert eine Restwasserdotierung gemäss der dritten Variante unabhängig von technischen Einrichtungen. Weiter hat die erste Variante den Nachteil, dass sie leicht manipuliert werden kann. Anders die dritte Variante mit einem definierten und nicht verstellbaren Querschnitt der sohlennahen Bohrung, was auch eine jederzeitige Kontrolle der Dotierwassermenge erlaubt. Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, bei der zweiten und dritten Variante bestehe die Gefahr, dass die Bohrungen durch Äste, Geschwemmsel und Geschiebe verstopft würden. Zwar besteht diese Gefahr tatsächlich. Sie ist jedoch bei der ersten Variante mit einer Öffnung des Stauwehrs an der Wasseroberfläche deutlich grösser. Zudem wurde genau aus diesem Grund die dritte der zweiten Variante vorgezogen, da bei kleineren Bohrungen die Gefahr für Verklausungen grösser ist als bei einer einzigen und dafür grösseren Bohrung. Verkleinert wird die Gefahr der Verklausung zusätzlich dadurch, dass die Bohrung nicht direkt über der Sohle, sondern etwas erhöht angebracht wird.

Somit erweist sich die dritte Variante als deutlich geeigneter und es ist nicht erkennbar, welche Nachteile der Beschwerdeführer durch diese Variante erleiden würde. Auch der Beschwerdeführer vermag keine solchen Nachteile zu benennen. Demzufolge werden die Auflage in Ziff. 5.2.2 und damit auch die übrigen Auflagen in Ziff. 5.2 bestätigt.

d) Die Auflagen in Ziff. 5.3 dienen der Vermeidung von Geruchsimmissionen. Gemäss Ziff. 5.3.1 ist zwischen dem 15. April und dem 30. November das angespülte und auf der Oberfläche treibende biogene (organische) Material im Staubereich jeweils wöchentlich mit einem Rechen zu entfernen. Gemäss Ziff. 5.3.2 ist mindestens monatlich der Staubereich vollständig zu entleeren und die Bachsohle und Wände von biogenem (organischem) Material zu säubern. Der zu reinigende Staubereich erstreckt sich zwischen der unmittelbar oberhalb liegenden Brücke und dem Staubrett (auf einer Gerinnelänge von ca. 20 m).

Diese Auflagen hat das AWA aufgrund von Einsprachen verfügt, die eine starke Geruchsbelästigung infolge des eingestauten Wassers geltend machen.

e) Hinsichtlich dieser Auflagen in Ziff. 5.3 lässt sich weder der Beschwerde noch dem Schreiben vom 11. Mai 2017 entnehmen, womit der Beschwerdeführer nicht einverstanden ist. Hinsichtlich der Verpflichtung in Ziff. 5.3.1, das an der Oberfläche des Staubereichs treibende Material zwischen dem 15. April und dem 30. November wöchentlich mit einem Rechen zu entfernen, äussert sich der Beschwerdeführer gar nicht. Aus den Umständen kann allenfalls geschlossen werden, dass er der Ansicht ist, dass das an der Oberfläche treibende Material bei der von ihm favorisierten ersten Variante zur Sicherstellung des Restwassers automatisch durch den Ausschnitt oben im Stauwehr abgeschwemmt würde. Ob dem so ist, kann offen bleiben. Der Beschwerdeführer hat jederzeit die Möglichkeit, zusätzlich zur Restwasserabgabe über die sohlennahe Bohrung (dritte Variante zur Sicherstellung des Restwassers) weiteres Wasser über die Wehrkante abzugeben und auf diese Weise das auf der Wasseroberfläche treibende Material über das Stauwehr abzuführen. Sofern er damit sämtliches Material entfernen kann, erübrigt sich das wöchentliche Entfernen des Materials mit einem Rechen – diese Verpflichtung setzt selbstverständlich voraus, dass es überhaupt Material gibt, das auf der Oberfläche treibt. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die alternative Reinigung mit Wasserabgabe über die Wehrkante für den Beschwerdeführer den Nachteil des Wasserverlusts für die Turbinierung mit sich bringt. Daher wurde von der Vorinstanz zu Recht die mildere Massnahme des Abrechnens des Materials verfügt.

Hinsichtlich der Verpflichtung in Ziff. 5.3.2, den Staubereich mindestens monatlich vollständig zu entleeren und zu säubern, spricht der Beschwerdeführer in seinem Lösungsvorschlag im Schreiben vom 11. Mai 2017 selber von einem monatlichen Ablassen zur Reinigung. Daraus ist zu schliessen, dass er damit einverstanden ist. Zudem wäre sein Vorschlag, das auf der Oberfläche treibende Material über die Wehrkante abzuführen, nicht geeignet, den Boden und die Wände des Staubeckens zu reinigen. Selbst beim Lösungsvorschlag des Beschwerdeführers wäre diese Massnahme daher unverzichtbar. Demzufolge werden auch die Auflagen in Ziff. 5.3 bestätigt.

f) Der Vorwurf des Beschwerdeführers, sein Vorschlag sei nie vor Ort von der Fachstelle geprüft worden, ist unbegründet. Aus der Ziff. 3.2 der Vernehmlassung des AWA vom 31. August 2017 ergibt sich, dass sowohl das Fischereiinspektorat (mehrmals)

als auch das AWA vor Ort waren und dabei festgestellt haben, dass der Vorschlag des Beschwerdeführers nicht oder nur ungenügend funktioniert.

Inwiefern die Annahme des Beschwerdeführers, wonach "der aktuelle Stauschutz" nach wie vor auch von der Einwohnergemeinde Trachselwald als Löschschutz benutzt werde, für die vorliegend zur Diskussion stehenden Punkte bedeutsam wäre, ist nicht erkennbar. Im Übrigen wird von der Einwohnergemeinde in ihrer Vernehmlassung vom 29. August 2017 bestritten, dass die Bachstauung für den Löschschutz der Regiofeuerwehr noch relevant ist.

Die Beschwerde erweist sich somit insgesamt als unbegründet und wird daher abgewiesen. Die umstrittenen Auflagen im Gesamtentscheid des AWA vom 6. Juli 2017 werden bestätigt.

4. Kosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdeführer. Er hat daher die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 800.-- (Art. 103 Abs. 1 VRPG und Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GebV⁶). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 104 Abs. 1 und Art. 108 Abs. 3 VRPG).

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der Gesamtentscheid des AWA vom 6. Juli 2017 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 800.-- werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

⁶ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn A. _____, eingeschrieben
- Herrn B. _____, eingeschrieben
- Frau D. _____ und Herrn C. _____, eingeschrieben
- Amt für Wasser und Abfall (AWA), im Haus
- Einwohnergemeinde Trachselwald, eingeschrieben
- Tiefbauamt des Kantons Bern, Obergeringenieurkreis IV (TBA OIK IV)

BAU-, VERKEHRS- UND
ENERGIEDIREKTION
Die Direktorin

Barbara Egger-Jenzer
Regierungsrätin