



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3013 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 140/2020/14

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 26. Januar 2021

in der Beschwerdesache zwischen

C. _____
Beschwerdeführerin

vertreten durch Herrn Fürsprecher D. _____

und

Amt für Wasser und Abfall (AWA), Rechtsdienst, Reiterstrasse 11, 3013 Bern

betreffend die Verfügung des Amts für Wasser und Abfall (AWA) vom 19. August 2020
(Geschäfts-Nr.: 257589; Konzessionspflicht für Gebrauchswassernutzung; A. _____ bächlein,
Konzession Nr. 3 in Kandergrund)

I. Sachverhalt

1. Mit Konzessionsbeschluss vom 15. Juni 1979 erteilte die Direktion für Verkehr-, Energie- und Wasserwirtschaft des Kantons Bern der Beschwerdeführerin die Konzession, aus dem A. _____ bächlein unterhalb des G. _____ in der Gemeinde Kandergrund eine Wassermenge von höchstens 1'500 l/min (25 l/s) abzuleiten. Das Wasser soll gemäss Konzessionsbeschluss zur Speisung von zwei Forellenteichen verwendet und anschliessend wieder in das A. _____ bächlein zurückgeführt werden. Die Konzession wurde vom 1. Juli 1979 für die Dauer von 40 Jahren erteilt.

2. Mit Schreiben vom 29. November 2018 wies das Amt für Wasser und Abfall des Kantons Bern (AWA) die Beschwerdeführerin darauf hin, dass diese Gebrauchswasserkonzession am 30. Juni 2019 ablaufe. Gleichzeitig stellte das AWA der Beschwerdeführerin ein Gesuchsformular zur Erneuerung der Konzession zu.

Mit Begleitschreiben vom 12. Juni 2019 reichte die Beschwerdeführerin das Konzessionsgesuch zur "Erneuerung ohne Änderung" der bestehenden Konzession für die Dauer von 40 Jahren ein. Im Begleitschreiben wird gleichzeitig die Frage aufgeworfen, ob überhaupt eine Konzession benötigt werde, da eigenes Wasser genutzt werde und 100 % der Quellschüttung der G. _____ -Quellen in ein unbedeutendes Nebengewässer eingeleitet werde. Es werde die Erneuerung der Konzession ohne Auflagen erwartet.

Mit Schreiben vom 15. Juli 2019 an die Beschwerdeführerin erläuterte das AWA, weshalb es aus seiner Sicht für das Betreiben der Fischzuchtanlage eine Konzession brauche. Zudem machte es unter anderem auf die Möglichkeit von Art. 44 WNG¹ aufmerksam, wonach das AWA bei Streitigkeiten, ob Wasser öffentlich oder privat ist, eine Feststellungsverfügung erlassen kann. Mit Schreiben vom 1. Juli 2020 stellte das AWA der Beschwerdeführerin den Entwurf einer Feststellungsverfügung zur Konzessionspflicht zur Gewährung des rechtlichen Gehörs zu. Die Beschwerdeführerin hat sich innert Frist nicht vernehmen lassen. Daraufhin erliess das AWA am 19. August 2020 eine Verfügung, mit welcher in Ziff. 3.1 festgestellt wird, dass es sich hinsichtlich der Nutzung des A. _____ bächleins in der Fischzuchtanlage A. _____ gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. b WNG um öffentliches Wasser handelt und die Nutzung konzessionspflichtig ist (Art. 9 WNG). Zudem wird der Beschwerdeführerin die Möglichkeit eingeräumt, innerhalb von drei Monaten ein definitives Gesuch um Erneuerung der Konzession einzureichen (Ziff. 3.2). Schliesslich wird für die Verfügung eine Gebühr von Fr. 1'200.– erhoben (Ziff. 3.3).

3. Dagegen reichte die Beschwerdeführerin am 21. September 2020 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie beantragt die Aufhebung der Verfügung vom 19. August 2020. Es sei festzustellen, dass es sich bei der Wassernutzung der Beschwerdeführerin im Rahmen des Betriebs der Fischzuchtanlage A. _____ um die Nutzung privaten Wassers handle. Eventualiter sei festzustellen, dass die Wassernutzung der Beschwerdeführerin für die Fischzuchtanlage A. _____ nicht konzessionspflichtig sei. Sie macht geltend, die Quelle sei in ihrem Privateigentum, weshalb es sich nicht um öffentliches, sondern privates Wasser handle. Für den Fall, dass es sich heute doch um öffentliches Wasser handle, verfüge sie über ein ehehaftes Recht, weil sie die Quelle zum Erwerbszeitpunkt des Grundstücks als private Quelle zu Eigentum erworben habe. Schliesslich handle es sich ohnehin nicht um eine konzessionspflichtige Sondernutzung, sondern um einen schlichten Gemeingebrauch.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet (Art. 7 OrV BVD²), führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Das AWA beantragt in seiner Stellungnahme vom 20. Oktober 2020 die Abweisung der Beschwerde. Zu dieser Stellungnahme des AWA äusserte sich die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 14. Januar 2021.

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

II. Erwägungen

1. Feststellungsinteresse

a) Angefochten ist eine Verfügung des AWA, mit welcher dieses in Ziff. 3.1 einerseits festgestellt hat, dass es sich hinsichtlich der Nutzung des A. _____ bächleins in der Fischzuchtanlage A. _____ um öffentliches Wasser gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. b WNG handelt, und andererseits, dass diese Nutzung konzessionspflichtig (Art. 9 WNG) ist. Eine Feststellungsverfügung setzt ein ausgewiesenes Feststellungsinteresse voraus; Feststellungsverfügungen sind gegenüber rechtsgestaltenden Verfügungen grundsätzlich subsidiär. Der Grundsatz der Einheit des Verfahrens verlangt, den Begriff des schutzwürdigen

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

² Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191)

Interesses im gleichen Sinn zu verstehen wie bei der Beschwerdebefugnis nach Art. 65 bzw. Art. 79 VRPG³. Erforderlich ist demnach kein rechtlich geschütztes Interesse, ein rein tatsächliches, wirtschaftliches oder ideelles Interesse genügt. In der Regel muss es aber aktuell sein. Das Feststellungsinteresse darf nicht bloss abstrakte, theoretische Rechtsfragen, sondern muss konkrete Rechte oder Pflichten zum Gegenstand haben. Im Vordergrund steht das Interesse, dank der vorzeitigen Rechtsklärung das Risiko nachteiliger Dispositionen zu vermeiden. Mit Feststellungsbegehren können Privatpersonen auch das Ziel verfolgen, aus prozessökonomischen Gründen eine Grundsatzfrage klären zu lassen, wenn damit gewisse Fragen vorweg und ohne Durchführung eines aufwändigeren Verfahrens mit Rechtsbegehren auf Gestaltung oder Leistung entschieden werden können. Ausgeschlossen ist das Feststellungsbegehren hingegen, wenn das schutzwürdige Interesse ebenso gut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden kann.⁴

b) Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass es sich um eine bestehende Wassernutzung handelt, für die 1979 bereits eine Konzession erteilt wurde, die nun jedoch am 30. Juni 2019 abgelaufen ist. Das Nutzungsrecht erlischt mit dem Ablauf der Dauer (Art. 28 WNG). Endet das Nutzungsrecht, haben die Nutzungsberechtigten auf ihre Kosten alle Massnahmen zu treffen, die zur Stilllegung oder zum Abbruch des Werkes sowie zur Wiederherstellung des vorherigen Gewässerzustandes nötig sind. Die zuständige Stelle der BVD verfügt die erforderlichen Massnahmen. Sie setzt für deren Ausführung eine angemessene Frist unter Androhung der Ersatzvornahme (Art. 30 Abs. 1 und 2 WNG). Die zuständige Stelle der BVD ist das AWA (Art. 10 Abs. 1 Bst. h OrV BVD).

Allerdings hat die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall kurz vor Ablauf der Konzession ein Konzessionserneuerungsgesuch eingereicht. Aufgrund dieses hängigen Konzessionsgesuchs besteht zurzeit kein Anlass, die erforderlichen Massnahmen zur Stilllegung oder zum Abbruch des Werkes sowie zur Wiederherstellung des vorherigen Gewässerzustandes zu verfügen. Vielmehr muss zunächst dieses Konzessionsverfahren zu einem Abschluss gebracht werden, sei dies mit einem Entscheid in der Sache, einem Nichteintretensentscheid oder einer Abschreibungsverfügung. Der Weiterbetrieb der bereits existierenden Wassernutzung kann in der Zwischenzeit mit einer vorsorglichen Massnahme (Weiterbetriebsbewilligung) geregelt werden.⁵

c) Mit der Einreichung des Konzessionserneuerungsgesuchs hat die Beschwerdeführerin implizit die Konzessionspflicht anerkannt. Damit hat sie grundsätzlich auch anerkannt, dass es sich um öffentliches Wasser handelt. Dieses Konzessionsgesuch ist nach wie vor beim AWA hängig. Insofern ist fraglich, ob ein Interesse an einer Feststellungsverfügung bestand.

Allerdings ist hier weiter zu berücksichtigen, dass hinsichtlich des hängigen Konzessionsgesuchs noch offene Fragen zu klären sind. Die Beschwerdeführerin müsste zusätzliche Abklärungen treffen und weitere Unterlagen einreichen.⁶ Dieser Aufwand bliebe ihr erspart, würde festgestellt, dass keine Konzessionspflicht besteht. Zudem ist sowohl die Durchführung eines Konzessionsverfahrens als auch der Erlass einer Stilllegungsverfügung für das AWA mit erheblichem Aufwand verbunden. Insofern haben beide Parteien ein Interesse an der vorgängigen Klärung der Frage der Konzessionspflicht. Für eine Kassation der angefochtenen Verfügung des AWA gestützt auf Art. 40 Abs. 1 VRPG mangels schutzwürdigen Feststellungsinteresses besteht unter diesen Umständen kein Anlass.⁷

³ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

⁴ BVR 2016 S. 273 E. 2.2; siehe auch Markus Müller, in Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 49 N. 74

⁵ Vgl. dazu Riccardo Jagmetti, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band VII, Energierecht, 2005, Rz. 4218

⁶ Vgl. Seite 2 der Verfügung des AWA vom 19. August 2020

⁷ Vgl. BVR 2016 S. 273

2. Sachurteilsvoraussetzungen

a) Angefochten ist eine Feststellungsverfügung des AWA. Ob das AWA diese Feststellungsverfügung im Rahmen eines selbständigen Verfahrens gemäss Art. 44 Abs. 2 WNG oder im Rahmen eines hängigen Konzessionsverfahrens nach WNG erlassen hat, ist unklar. Im ersten Fall würde es sich um eine das Verfahren abschliessende Verfügung handeln, die ohne weiteres anfechtbar wäre. Im zweiten Fall würde es sich um eine Zwischenverfügung handeln, die lediglich unter den Voraussetzungen vom Art. 61 Abs. 3 VRPG anfechtbar wäre, wobei hier die Voraussetzungen von Art. 61 Abs. 3 Bst. b VRPG erfüllt wären. Gegen die zweite Variante spricht der Umstand, dass bei einem hängigen Konzessionsgesuch grundsätzlich kein Anlass besteht, die Konzessionspflicht festzustellen, da der Gesuchsteller diese mit seinem Gesuch anerkannt hat. Gegen die erste Variante spricht der Umstand, dass mit der angefochtenen Verfügung nicht nur festgestellt wurde, dass es sich um öffentliches Wasser handelt, sondern zusätzlich die Konzessionspflicht der Nutzung festgestellt wurde, was in Art. 44 Abs. 2 WNG nicht vorgesehen ist. Letztlich kann diese Frage jedoch offen bleiben. Jedenfalls handelt es sich um eine Verfügung, die das AWA gestützt auf das WNG erlassen hat. Gestützt auf das WNG erlassene Verfügungen können nach den Bestimmungen des Koordinationsgesetzes, der Baugesetzgebung und des Verwaltungsrechtspflegegesetzes angefochten werden (Art. 46 Abs. 1 WNG). Somit ist die BVD zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG).

b) Zur Beschwerde ist befugt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung hat (Art. 65 Abs. 1 VRPG). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der Verfügung formell und materiell beschwert und folglich zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde wird eingetreten.

3. Privates Wasser

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Kompetenz der Kantone, Gewässer öffentlich zu erklären, werde von Art. 704 Abs. 1 ZGB⁸ begrenzt. Danach seien Quellen Bestandteile der Grundstücke und könnten nur zugleich mit dem Boden, dem sie entspringen würden, zu Eigentum erworben werden. Dieser Grundsatz gelte nicht nur für Quellen, die keinen oberirdischen Abfluss hätten oder deren Wasser wie Regen- und Schneeschmelzwasser ohne feste Rinne auf die tiefer liegenden Grundstücke abflüsse, sondern auch für Quellen, deren Abfluss schon auf dem Ursprungsgrundstück eine Rinne mit festen Ufern gebildet habe, also einen Bach darstelle. Soweit Quellen gestützt auf kantonales Recht zu öffentlichen Gewässern erklärt würden, liege ein Verstoss gegen übergeordnetes Bundeszivilrecht vor. Daher sei auch Art. 2 Abs. 1 Bst. b WNG nicht anwendbar. Betreffend A. _____ quelle folge daraus, dass diese der Beschwerdeführerin als der Eigentümerin der Parzelle Kandergrund Grundbuchblatt Nr. F. _____ gehöre. Somit handle es sich um privates Wasser, das für die Fischzuchtanlage genutzt werden solle.

b) Quellen sind Bestandteile der Grundstücke und können nur zugleich mit dem Boden, dem sie entspringen, zu Eigentum erworben werden (Art. 704 Abs. 1 ZGB). Die Quellen, die auf einem privaten Grundstück entspringen und von Anfang an einen Wasserlauf bilden (Bachquellen), sind jedoch nicht Quellen im Sinne von Art. 704 Abs. 1 ZGB.⁹

Gilt eine Quelle als Teil des von ihr gebildeten Wasserlaufs, teilt sie dessen rechtliches Schicksal. Über das rechtliche Schicksal der Gewässer entscheidet das konkret anwendbare kantonale

⁸ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210)

⁹ BGE 97 II 333

Recht. Ein Kanton kann dabei bestimmen, ab welcher Grösse ein Wasserlauf als öffentliches Gewässer gilt. Erklärt zum Beispiel ein Kanton, dass Flüsse und Bäche im Eigentum der Gemeinden stehen, dann ist eine Bachquelle als Teil des Bachs grundsätzlich dem Privateigentum entzogen. Zur Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen diesfalls ein Wasseraustritt als Bachquelle zu qualifizieren ist, wird davon ausgegangen, dass der Wasseraufstoss von Anfang an einen Wasserlauf bildet. Dies trifft dann zu, wenn das Wasser eine derartige Mächtigkeit und Stetigkeit aufweist, dass es sich ein Bett mit festen Ufern zu schaffen vermag (oder dieses zu bilden vermöchte, falls eine künstlich geschaffene Uferanlage vorliegt). Die Mächtigkeit lässt sich durch die Schüttungsmenge (Anzahl Liter pro Minute), die Stetigkeit durch die Mindestschüttungsmenge innerhalb eines Jahres feststellen. Zahlreiche Kantone erklären in ihrer Gesetzgebung kraft der in ihrer Kompetenz fallenden Abgrenzung der öffentlichen Gewässer Bäche und Flüsse als öffentliche Gewässer. Weil die Quelle und deren Abfluss eine rechtliche Einheit bilden, sind deshalb in diesen Kantonen auch Bach- und Flussquellen öffentliche Gewässer, unter denen unter Vorbehalt anderweitigen Nachweises kein Privateigentum besteht. Andere Kantone stellen die Bach- und Flussquellen ausdrücklich den Bächen und Flüssen gleich.¹⁰

Zu letzteren gehört der Kanton Bern. Öffentliches Wasser hinsichtlich der Nutzung ist unter anderem das als (See- Fluss- oder Bach-) Quelle natürlich zutage tretende Grundwasser, wenn dieses ein Oberflächengewässer im Sinne von Buchstabe c bildet oder massgeblich speist. Die Speisung gilt als massgeblich, wenn diese selber ein Oberflächengewässer bilden würde (Art. 2 Abs. 1 Bst. b WNG). Oberflächengewässer im Sinne von Buchstabe c sind die stehenden und fliessenden Oberflächengewässer mit ständiger Wasserführung und einem festen Gerinne.

c) Gemäss angefochtener Verfügung erfolgt die Wasserentnahme für den Betrieb der Fischzuchtanlage A. _____ aus dem natürlichen Bachbett des A. _____ bächleins. Gemäss einem Bericht des Gewässer- und Bodenschutzlabors des AWA vom 24. September 2019 von einer Begehung am 18. September 2019 basiert die Wasserversorgung der Fischzuchtanlage auf dem Quellaufstoss des A. _____ bächleins. Das A. _____ bächlein werde ca. 10 m oberhalb der beiden oberen Becken der Fischzuchtanlage gefasst.¹¹ Gemäss Begleitschreiben der Beschwerdeführerin vom 12. Juni 2019 zum Konzessions(erneuerungs)gesuch beträgt die Quellschüttung in normalen Jahren durchschnittlich 75 bis 92 Liter pro Sekunde. Trotz enormer Trockenheit habe die Quellschüttung im Sommer/Herbst 2018 immer noch 65 Liter pro Sekunde betragen.¹² Der Quellaufstoss der A. _____ quelle ist demnach so mächtig, dass er ein festes Gerinne bildet und zudem ständig Wasser führt.¹³ Dies wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Folglich handelt es sich gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. b WNG beim fraglichen Wasser hinsichtlich der Nutzung um öffentliches Wasser. Diese Rüge ist somit unbegründet. Wo genau die Quelle entspringt und ob dies tatsächlich auf der Parzelle Nr. F. _____ der Fall ist, braucht unter diesen Umständen nicht geprüft zu werden.

4. Ehehaftes Recht

a) Die Beschwerdeführerin rügt, selbst wenn die A. _____ quelle heute als öffentliches Gewässer zu qualifizieren sei, bedürfe sie keiner Konzession, da sie ein ehehaftes Recht an der Wassernutzung habe. Ehehafte Rechte seien private Rechte, die ihren Ursprung in einer Rechtsordnung hätten, die nicht mehr bestehe. Ehehafte Rechte könnten nach neuem Recht nicht

¹⁰ BSK ZGB II – Heinz Rey/Lorenz Strebler, Art. 704 N 8 f.

¹¹ Vorakten pag. 56 ff.

¹² Vorakten pag. 1

¹³ Siehe dazu auch den Bericht mit Fotos des Gewässer- und Bodenschutzlabors des AWA vom 6. Oktober 2020 zur Begehung vom 11. September 2020, Vorakten pag. 69 ff.

mehr begründet werden, bestünden aber unter der neuen Rechtsordnung weiter und stünden unter dem Schutz der Eigentumsgarantie. Wassernutzungsrechte an privaten Gewässern würden zu ehehaften Rechten, wenn das Gewässer durch Gesetzeserlass in die Kategorie der öffentlichen Gewässer überführt werde. Die A. _____ quelle liege auf der Parzelle Kandergrund Grundbuchblatt Nr. F. _____. Daran habe sie am 23. April 1927 Eigentum erlangt. Gestützt auf Art. 704 Abs. 1 ZGB habe sie dabei auch Eigentum an der A. _____ quelle erworben. Das damals geltende kantonale Gesetz betreffend die Nutzbarmachung der Wasserkräfte habe nur Seen, Flüsse und Bäche als öffentliche Gewässer erklärt. Gelte die A. _____ quelle heute als öffentliches Gewässer, dann verfüge die Beschwerdeführerin daher über ein ehehaftes Recht, weil sie die Quelle zum Erwerbszeitpunkt des Grundstücks als private Quelle zu Eigentum erworben habe. Gemäss Art. 2 Abs. 2 WNG würden ehehafte Rechte anerkannt.

b) Altrechtliche (oder sog. ehehafte) Wasserrechte («droits immémoriaux») sind historische bzw. vorbestandene private Rechte an öffentlichen Gewässern. Sie haben ihren Ursprung in einer Rechtsordnung, die nicht mehr besteht, d. h. sie entspringen einer Zeit vor dem Beginn der wasserrechtlichen Gesetzgebung der Kantone, welche im Laufe des 19. Jahrhunderts einsetzte. Diese alten Wasserrechte wurden zu sog. ehehaften (im Sinne von rechtmässigen, gesetzmässigen, legitimen) Rechten, weil und soweit die Kantone die auf ihrem Territorium befindlichen Gewässer als öffentliche Sachen definierten. Die ehehaften Wasserrechte bestanden weiter, deren Begründung war und ist nach dem seit gut 100 Jahren geltenden «neuen» Recht jedoch nicht mehr zulässig.¹⁴

c) Ein ehehaftes Recht kann von vornherein nicht an der Quelle als solcher bestehen, sondern nur an einer konkreten Nutzung dieses Quellwassers. Aus einem Schreiben der Beschwerdeführerin vom 17. November 1978 ergibt sich, dass die hier betroffene Fischzuchtanlage A. _____ damals neu erstellt wurde.¹⁵ Das Wasser für die fragliche Fischzuchtanlage wurde somit nie ohne Konzession genutzt, die Fischzuchtanlage A. _____ wurde erst im Zusammenhang mit dem Konzessionsbeschluss vom 15. Juni 1979 in Betrieb genommen. Somit bestand für die Gebrauchswassernutzung der A. _____ quelle bzw. dem A. _____ bächlein für die Fischzuchtanlage A. _____ nie ein ehehaftes Recht, welches der Konzessionspflicht entgegenstehen könnte. Diese Rüge ist unbegründet. Auch hier braucht nicht geprüft zu werden, wo genau die Quelle entspringt und ob dies tatsächlich auf der Parzelle Nr. F. _____ der Fall ist.

d) Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die A. _____ quelle liege auf der Parzelle Kandergrund Grundbuchblatt Nr. F. _____, daran habe sie am 23. April 1927 Eigentum erlangt und gestützt auf Art. 704 Abs. 1 ZGB habe sie dabei auch Eigentum an der A. _____ quelle erworben, macht sie letztlich kein ehehaftes Wasserrecht, sondern Privateigentum an der A. _____ quelle geltend (vgl. Art. 664 Abs. 2 ZGB). Dies würde jedoch voraussetzen, dass die Beschwerdeführerin den Nachweis des Eigentums an der Quelle selber erbringen könnte (vgl. für Seen, Flüsse und Bäche Art. 77 Abs. 2 EG ZGB¹⁶), was nicht der Fall ist. Der Nachweis des Eigentums am Quellgrundstück reicht dazu nicht aus, zumal die Beschwerdeführerin die Parzelle nicht in unvordenklicher Zeit, sondern vor weniger als 100 Jahren unter der Geltung des heutigen ZGB erworben hat. Aus dem Akzessionsprinzip gemäss Art. 704 Abs. 1 ZGB kann die Beschwerdeführerin das Eigentum an der strittigen Quelle nicht ableiten.¹⁷

¹⁴ Michael Bütler, URP 2019-6 S. 540, S. 542; siehe auch BGE 145 II 140, E. 5

¹⁵ Vorakten pag. 229

¹⁶ Gesetz vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB; BSG 211.1)

¹⁷ Siehe dazu BGer 2C_118/2020 vom 3. August 2020, insbesondere E. 7.2

In ihrer Stellungnahme vom 14. Januar 2021 bekräftigt die Beschwerdeführerin, im vorliegenden Fall gehe es nicht um ein althergebrachtes Nutzungsrecht, sondern um ein Privatrecht bzw. althergebrachtes Eigentumsrecht. Den Nachweis, dass sie die A. _____ quelle als Privatquelle erworben hat, vermag sie jedoch auch mit dieser Stellungnahme nicht zu erbringen. Sie macht lediglich geltend, ohne die Privatquelle hätte sie die Parzelle Nr. 121 (recte: Nr. F. _____) damals nicht erworben. Dabei ist allerdings zweifelhaft, ob die Quelle überhaupt auf der Parzelle Nr. F. _____ entspringt. Gemäss der Karte «Gewässernetz des Kantons Bern» liegt die Quelle wohl nicht auf der Parzelle Nr. F. _____, sondern vermutlich auf der Parzelle Nr. B. _____ oder möglicherweise auf der Parzelle Nr. E. _____. Letztlich braucht dies aber auch hier nicht abschliessend geprüft zu werden. Bei der Aussage, ohne die Privatquelle hätte sie die Parzelle Nr. F. _____ damals nicht erworben, handelt es sich ohnehin bloss um eine Behauptung, ein Indiz geschweige denn einen Beweis für diesen Umstand vermag die Beschwerdeführerin nicht beizubringen. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf BGE 131 I 321 abstützt, ist darauf hinzuweisen, dass sich dieser Bundesgerichtsentscheid nicht mit einem althergebrachten Eigentumsrecht an einer Quelle befasst, sondern mit einem althergebrachten privaten Quellwasserbezugsrecht, also einem althergebrachten Nutzungsrecht an einer Quelle.

5. Gemeingebrauch

a) Die Beschwerdeführerin rügt, einer Konzession bedürften nur Sondernutzungen. Die Beschwerdeführerin nutze die A. _____ quelle als Trinkwasser für die Forellen der Fischzuchtanlage A. _____. Dass eine solche Nutzung bestimmungsgemäss sei, liege in der Natur der Sache. Die Nutzung als Trinkwasser für Forellen sei auch gemeinverträglich. Das Wasser fliesse von der Fischzuchtanlage ohne nennenswerte Belastung in das A. _____ bächlein. Schliesslich sei die Nutzung des Wassers als Trinkwasser für die Forellen auch nicht für andere Benutzer ausschliessend. Die Fischzuchtanlage verhindere oder beschränke keine denkbare Nutzung des A. _____ bächleins von anderen Personen. Einzig am Standort der Fischzuchtanlage selbst sei eine anderweitige Nutzung nicht möglich. Dies stelle aber ohnehin ein Privatgrundstück dar, weshalb dort ausschliesslich die Beschwerdeführerin Zugang habe. Im Übrigen bestehe der einzige Zweck des A. _____ bächleins darin, aufstossendes Quellwasser sowie anfallendes Regen- und Schmelzwasser in die Kander abzuleiten. Somit handle es sich bei der Nutzung des A. _____ quellwassers für die Fischzuchtanlage um einen schlichten Gemeingebrauch, der der Beschwerdeführerin gebührenfrei zur Verfügung stehen müsse. Indem das AWA die Wassernutzung der Beschwerdeführerin als konzessionspflichtig erkläre, liege eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit vor. Diese sei unverhältnismässig und könne nicht gerechtfertigt werden.

b) Die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch stehen der Allgemeinheit zur Benutzung offen. Der Gemeingebrauch kann sich aus der Natur der öffentlichen Sache ergeben. Dies ist z.B. bei Seen und Flüssen der Fall.¹⁸ Hinsichtlich der Gebrauchsrechte an öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch unterscheiden die Kantone in der Regel zwischen (schlichtem) Gemeingebrauch, gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzung. Gemeingebrauch ist die Benutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch, die bestimmungsgemäss und gemeinverträglich ist und grundsätzlich jedermann, d.h. einer unbestimmten Zahl von Benutzern gleichzeitig, ohne Erteilung einer Erlaubnis und in der Regel unentgeltlich offen steht. Gesteigerter Gemeingebrauch ist diejenige Benutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch, die nicht mehr bestimmungsgemäss oder gemeinverträglich ist und andere Benutzer wesentlich einschränkt, aber nicht ausschliesst. Sie ist normalerweise bewilligungspflichtig und kann mit der Erhebung einer Gebühr verbunden werden. Sondernutzung ist derjenige Gebrauch einer

¹⁸ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, 2016, RZ 2226 und 2226

öffentlichen Sache im Gemeingebrauch, der nicht bestimmungsgemäss ist, bei welchem die Berechtigten eine ausschliessliche Verfügung über einen Teil der Sache erhalten und der die Erteilung einer Konzession voraussetzt.¹⁹

Dementsprechend sieht das kantonale Recht Folgendes vor: Die Nutzung von öffentlichem Wasser ist im Rahmen des Gemeingebrauchs frei. Als Gemeingebrauch gilt die Wassernutzung in geringem Umfang, die nicht unter Artikel 8 oder 9 fällt (Art. 7 WNG). Als gesteigerter Gemeingebrauch gelten zeitweise Wasserentnahmen aus Oberflächenwasser ohne feste Einrichtungen. Diese Wasserentnahmen bedürfen einer Bewilligung durch die Gemeinde, in der die Entnahme erfolgt (Art. 8 WNG). Jede weitergehende Nutzung von öffentlichem Wasser gilt als Sondernutzung und ist konzessionspflichtig (Art. 9 WNG).

c) Im vorliegenden Fall erfolgt die Wasserentnahme für den Betrieb der Fischzuchtanlage A. _____ aus dem natürlichen Bachbett des A. _____ bächleins, das A. _____ bächlein wird ca. 10 m oberhalb der beiden oberen Becken der Fischzuchtanlage gefasst (vgl. oben Erwägung 3.c). Somit handelt es sich um eine dauernde Wasserentnahme mit einer festen Einrichtung aus einem Oberflächengewässer. Im Umkehrschluss aus Art. 8 WNG ergibt sich, dass es sich dabei um eine Sondernutzung handelt. Zum selben Ergebnis kommt man über die allgemeine Definition der Sondernutzung. Auch wenn sich in einem öffentlichen Gewässer Fische natürlich vermehren, dient ein solches nicht der kommerziellen Fischzucht von Privaten. Die Entnahme des öffentlichen Wassers für die Fischzuchtanlage ist daher nicht bestimmungsgemäss. Zudem ist sie auch nicht gemeinverträglich. Die Wasserentnahme aus dem Oberflächengewässer entzieht dieses Wasser von der Entnahme- bis zur Rückgabestelle dem Gemeingebrauch. Folglich bedarf die Wasserentnahme für eine Fischzuchtanlage einer Gebrauchswasserkonzession.²⁰ Art. 3 Abs. 1 Bst. b, Art. 11 Abs. 1 Bst. c und Art. 16 Abs. 1 Bst. f WAD²¹ nennt die Fischzuchtanlagen denn auch explizit als konzessionspflichtige Gebrauchswassernutzung. Inwiefern die Konzessionspflicht die Wirtschaftsfreiheit verletzen würde, ist nicht nachvollziehbar. Es handelt sich nicht um eine Monopolkonzession, sondern um eine Sondernutzungskonzession, die auf einem faktischen Monopol des Staates beruht.²² Die Wirtschaftsfreiheit räumt einem Privaten nicht das Recht ein, eine öffentliche Sache für seine kommerziellen Interessen zu nutzen. Will er dies tun, bedarf er dafür einer Sondernutzungskonzession. Auch diese Rüge ist unbegründet.

6. Kosten

a) Somit erweist sich die Beschwerde in allen Punkten als unbegründet. Sie ist daher abzuweisen und die angefochtene Verfügung wird bestätigt. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend und sie hat die oberinstanzlichen Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.– (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV²³).

b) Die unterliegende Beschwerdeführerin hat keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Ansonsten sind keine Parteikosten im Sinne des Gesetzes entstanden (Art. 104 Abs. 1 und 2 VRPG). Folglich werden keine Parteikosten gesprochen.

¹⁹ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, 2016, RZ 2252 ff.

²⁰ Peter M. Keller, in: Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl, 2013, S. 618

²¹ Dekret vom 11. November 1996 über die Wassernutzungsabgaben (WAD; BSG 752.461)

²² Vgl. dazu Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, 2016, RZ 2686 ff.

²³ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

III. Entscheid

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügung des AWA vom 19. August 2020 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.– werden der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher D. _____, eingeschrieben
- Amt für Wasser und Abfall (AWA), Rechtsdienst, per Mail

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in zwei Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.