



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3011 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 140/2020/2

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 18. November 2020

in der Beschwerdesache zwischen

A. _____
Beschwerdeführerin

und

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

Einwohnergemeinde Reutigen, Gemeindeverwaltung, Dorfplatz 1, Postfach 7, 3647 Reutigen

Einwohnergemeinde Spiez, Gemeindeverwaltung, Sonnenfelsstrasse 4, 3700 Spiez

Einwohnergemeinde Thun, Stadtverwaltung, Postfach 145, 3602 Thun

Einwohnergemeinde Zwieselberg, Gemeindeverwaltung, Hubel 46 D, 3645 Zwieselberg

**Schwellenkorporation Wimmis, per Adresse Einwohnergemeinde Wimmis,
Bahnhofstrasse 7, 3752 Wimmis**

betreffend die Verfügung des Amts für Wasser und Abfall vom 24. Januar 2020
(Wasserkraftrecht Nr. 23038; Änderung Wasserkraftkonzession)

I. Sachverhalt

1. Gemäss Konzessionsurkunde des Regierungsrats des Kantons Bern vom 13. Oktober 1971¹ für das Kraftwerk Spiez der B. _____ (heute: A. _____, Beschwerdeführerin) wurden durch Regierungsratsbeschluss Nr. 5652 vom 13. September 1956 die abgelaufenen Konzessionen für die Ausnützung der Kander und der Simme für die Dauer von 50 Jahren bis 16. Juni 2006 erneuert (Wasserkraftrecht Nr. 23 G 38). In Ziffer 2 der Konzessionsurkunde wurde der Unterhalt der Gewässer geregelt und die Schwellenpflicht der Konzessionärin für die Kander und die Simme festgelegt.

Im Zusammenhang mit einer geplanten Erweiterung und Erneuerung des Kraftwerks Spiez reichte die B. _____ am 27. August 1980 ein Konzessionsgesuch um vorzeitige Erneuerung und

¹ Vorakten pag. 25

Erweiterung des bestehenden Wasserkraftrechts ein. Mit Grossratsbeschluss vom 4. Februar 1982² wurde der B. _____ die Konzession zur Nutzung der Wasserkraft der Kander und Simme in den Gemeinden Spiez, Wimmis, Reutigen, Zwieselberg und Thun für die Dauer von 80 Jahren erteilt (Wasserkraftrecht Nr. 23038 für das Kraftwerk Spiez). Im Grossratsbeschluss ist vorgesehen, dass für das Wasserkraftrecht gemäss Art. 17 aWNG³ durch den Regierungsrat zu gegebener Zeit eine neue Konzessionsurkunde ausgestellt werde. Darin seien der Umfang sowie die Rechte und Pflichten der Konzessionärin entsprechend den tatsächlichen Verhältnissen und den geltenden Gesetzesbestimmungen festzulegen. Die Konzessionärin habe die dazu notwendigen Unterlagen zu liefern (Ziff. G.1). Zu den Unterhaltspflichten wird im Grossratsbeschluss festgehalten, diese würden nach Inbetriebnahme des neuen Kraftwerks mit den Wasserpolizeiorganen überprüft und in die neue Konzessionsurkunde aufgenommen (Ziff. G.9).

Im Kollaurationsprotokoll vom 11. August 1987⁴ wird zur neuen Konzessionsurkunde ausgeführt, für das Wasserkraftrecht sei eine neue solche Urkunde auszustellen, in welcher der Umfang sowie die Rechte und Pflichten der Konzessionärin entsprechend den tatsächlichen Verhältnissen und den geltenden Gesetzesbestimmungen neu festzulegen seien. Die Konzessionärin habe die dazu notwendigen Unterlagen zu liefern. Allfällige neue Bedingungen gemäss Art. 26 aWNG würden in der neuen Konzessionsurkunde festgelegt. Der Regierungsrat werde die Konzessionsurkunde zu gegebener Zeit ausstellen. Zu den Unterhaltspflichten wird im Kollaurationsprotokoll festgehalten, diese würden zu gegebener Zeit mit den Wasserbaupolizeiorganen festgelegt und in die neue Konzessionsurkunde aufgenommen.

2. Nachdem diese Pendenz betreffend Ausstellung einer Konzessionsurkunde und Festlegung der Unterhaltspflicht noch nicht erledigt war, beantragte die Beschwerdeführerin mit Gesuch vom 30. März 2016⁵ beim Amt für Wasser und Abfall des Kantons Bern (AWA) die Regelung der Wasserbaupflicht in der Konzession. In ihrem Gesuch stellte sie konkrete Anträge für die Festlegung der Pflichtstrecken bei der Wasserfassung Simme (Simmenporte), bei der Wasserfassung Kander und beim Aquädukt über die Kander. Erläutert werden diese Anträge zusätzlich im "Technischen Kurzbericht" vom 6. Dezember 2017⁶. Im Rahmen der Anhörung der betroffenen Behörden und Gemeinden nahm unter anderem das Tiefbauamt des Kantons Bern (TBA), Oberingenieurkreis I (OIK I) mit Schreiben vom 27. April 2018⁷ zum Gesuch der Beschwerdeführerin Stellung. Nachdem zwischen dem AWA und dem OIK I Bereinigungsgespräche stattgefunden hatten, reichte der OIK I einen Amtsbericht Wasserbaupolizei vom 27. Juni 2019⁸ ein. Mit Verfügung vom 24. Januar 2020 nahm das AWA folgende unwesentliche Konzessionsänderung betreffend das Wasserkraftrecht Nr. 23038 vor:

4 Änderung des Konzessionsbeschlusses vom 4. Februar 1982

Buchstabe G Ziffer 9 der Konzession zur Nutzung der Wasserkraft der Kander und der Simme im Kraftwerk Spiez (Wasserkraftrecht Nr. 23038) vom 4. Februar 1982 wird wie folgt ersetzt:

G. 9. Unterhaltspflichten

Der Konzessionärin wird die Pflicht zum Gewässerunterhalt und zum aktiven Hochwasserschutz für die folgenden Strecken übertragen:

² Vorakten pag. 23

³ Gesetz vom 3. Dezember 1950 über die Nutzung des Wassers

⁴ Vorakten pag. 23A

⁵ Vorakten pag. 38

⁶ Vorakten pag. 36

⁷ Vorakten pag. 77

⁸ Vorakten pag. 80

- a. Bei der Kanderfassung beidseitig (Gemeinden Spiez und Wimmis) zu 100 % (rechtes und linkes Ufer inkl. Schutzbauwerke, Flusssohle und Querbauwerke) von 292 m oberhalb des Stauwehrs (inkl. Schwelle Nr. 14) bis 100 m unterhalb des Stauwehrs auf einer Länge von 392 m.
- b. Eine spätere Anpassung aufgrund der Festlegung und Abstimmung von Pflichtstrecken des geplanten Kraftwerks Hondrich (Konzessionsbeschluss vom 13. März 2019) bleibt vorbehalten. Im Bereich der Wasserrückgabe überlagern sich die festgelegten Wasserbaupflichtstrecken (Pflicht zum aktiven Hochwasserschutz und Pflicht zum Gewässerunterhalt) des bestehenden Wasserkraftwerks Spiez (Konzessionärin A. _____) und des geplanten Wasserkraftwerks Hondrich. Die beiden Konzessionäre haben sich bei anstehenden Arbeiten auf dieser Strecke zu koordinieren und sich über die Kostenbeteiligung zu einigen. Bei der zuständigen Behörde ist ein Gesuch einzureichen.
- c. Beim Kanderkanal einseitig (Gemeinde Spiez) zu 100 % (rechtes Ufer inkl. Schutzbauwerke, Flusssohle und Querbauwerke bis Gewässerachse) von 100 m unterhalb des Stauwehrs bis 50 m unterhalb der Entlastung Kanderkanal auf einer Länge von 590 m. Sollten auf demselben Abschnitt Massnahmen am linken Ufer, an der linksseitigen Flusssohle und den linksseitigen Querbauwerken im überwiegenden Interesse der Konzessionärin liegen und/oder durch diese veranlasst werden, hat die Konzessionärin für die Kosten dieser Massnahmen aufzukommen.
- d. Beim Aquädukt beidseitig (Gemeinden Spiez und Wimmis) zu 100 % (rechtes und linkes Ufer inkl. Schutzbauwerke, Flusssohle und Querbauwerke) von 100 m oberhalb bis 250 m unterhalb des Aquädukts auf einer Länge von 350 m.
- e. Bei der Simmefassung beidseitig (Gemeinde Wimmis) zu 100 % (rechtes und linkes Ufer inkl. Schutzbauwerke, Flusssohle und Querbauwerke) von 1000 m oberhalb des Stauwehrs bis 150 m unterhalb des Stauwehrs auf einer Länge von 1150 m. Objektschutzpflichten Dritter (beispielsweise Pfeiler A6) bleiben von der Wasserbaupflicht der Konzessionärin grundsätzlich ausgenommen.
- f. Unterhalb der Simmefassung beidseitig (Gemeinde Wimmis) eine Kostentragungspflicht zu 20 % (rechtes und linkes Ufer inkl. Schutzbauwerke, Flusssohle und Querbauwerke) von 150 m unterhalb des Stauwehrs bis zur Einmündung in die Kander auf einer Länge von 1'950 m.
- g. Die Konzessionärin erhält für Hochwasserschutz- und Gewässerunterhaltsmassnahmen keine Beträge. Es gelten die Bruttokosten (vor Abzug von Subventionen).
- h. Die Konzessionärin hat bis spätestens sechs Monate nachdem dieser Beschluss in Rechtskraft erwachsen ist, beim AWA einen Geometerplan mit den Pflichtstrecken einzureichen (in sechsfacher Ausführung).
- i. Mit Geschiebezugaben in die Kander und in die Simme ist weiterhin zu rechnen; sie sind entschädigungslos zu dulden.
- j. Im Stauroaum oberhalb der Wehre Kander und Simme sind mindestens drei geeignete Standorte, unterhalb davon je zwei geeignete Standort permanent zu markieren, bei denen jährlich bei Niederwasser Querprofilaufnahmen durch die Konzessionärin vorgenommen werden, um allfällige Verlandungs- respektive Erosionstendenzen frühzeitig erkennen zu können. Die Resultate der Aufnahmen sind dem Oberingenieurkreis I und dem AWA jeweils unaufgefordert und zeitnah zuzustellen. Sollten sich Auflandungen im Staubereich oder Erosionen auf der Restwasserstrecke einstellen, so hat die Konzessionärin geeignete Gegenmassnahmen zu ergreifen.
- k. Der Kanton behält sich bei wesentlichen neuen Erkenntnissen (Geschiebestudie, Betriebserfahrungen etc.) vor, die erforderlichen Anpassungen der Wasserbaupflicht in der Konzession zu Lasten der Konzessionärin vorzunehmen.
- l. Der Zugang zum Gewässer muss für Wasserbau- und Gewässerunterhaltsarbeiten jederzeit gewährleistet sein.

Im Übrigen bleiben die Bestimmungen der Konzession vom 4. Februar 1982 gültig.

3. Gegen die Verfügung vom 24. Januar 2020 reichte die Beschwerdeführerin am 21. Februar 2020 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

Hauptbegehren

Ziffer 4 der Verfügung des AWA vom 24. Januar 2020 bzw. die damit neu gefasste Ziffer G.9 der Konzession zur Nutzung der Wasserkraft an der Kander und Simme im Kraftwerk Spiez (Wasserkraftrecht Nr. 23038) vom 4. Februar 1982 sei wie folgt zu ändern:

1. Die Pflicht der A. _____ zum Gewässerunterhalt und zum aktiven Hochwasserschutz im Bereich der Kanderfassung sei durch entsprechende Umformulierung von Buchstabe a der neuen Ziffer G.9 auf die folgende Strecke zu beschränken: beidseits von 150m oberhalb der Wasserfassung bis 100m unterhalb der Wasserfassung, d.h. auf eine Länge von insgesamt 250m.
2. Die Pflicht der A. _____ zum Gewässerunterhalt und zum aktiven Hochwasserschutz im Bereich des (Kander-)Aquädukts sei durch entsprechende Umformulierung von Buchstabe d der neuen Ziffer G.9 auf die folgende Strecke zu beschränken: beidseits von 50m oberhalb bis 250m unterhalb des Aquädukts, d.h. auf eine Länge von insgesamt 300m.
3. Buchstabe f der neuen Ziffer G.9 sei ersatzlos aufzuheben.
4. Buchstabe g der neuen Ziffer G.9 sei aufzuheben und wie folgt zu ändern: Die Beiträge der Konzessionärin an die Kosten von Hochwasserschutz- oder Gewässerunterhaltsmassnahmen werden auf der Grundlage der Nettokosten (nach Abzug allfälliger Subventionen) festgelegt.

Eventualbegehren

1. Die Pflicht der Konzessionärin sei auf den Gewässerunterhalt zu beschränken (Änderung des Einleitungssatzes der neuen Ziffer G.9).
2. Buchstabe g der neuen Ziffer G.9 sei aufzuheben und wie folgt zu ändern: Die Beiträge der Konzessionärin an die Kosten der Gewässerunterhaltsmassnahmen werden auf der Grundlage der Nettokosten (nach Abzug allfälliger Subventionen) festgelegt.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet⁹, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Neben den Verfahrensbeteiligten gab das Rechtsamt auch dem OIK I Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Gemeinde Spiez beantragt in ihrer Stellungnahme vom 23. April 2020, die Ziffern 1, 2 und 4 der Hauptbegehren sowie die Eventualbegehren seien abzuweisen; hinsichtlich Ziffer 3 der Hauptbegehren stellt die Gemeinde Spiez keinen Antrag. Das AWA beantragt in seiner Beschwerdevernehmlassung vom 4. Mai 2020 die Abweisung der Beschwerde. Der OIK I nahm mit Eingabe vom 30. April 2020 zur Beschwerde und den einzelnen Rechtsbegehren Stellung, ohne Anträge zu stellen. Mit Verfügung vom 18. August 2020 stellte das Rechtsamt dem AWA zusätzliche Fragen und gab auch den übrigen Verfahrensbeteiligten und dem OIK I Gelegenheit, sich zu diesen Fragen zu äussern. Das AWA beantwortete die Fragen mit Schreiben vom 9. September 2020. Daneben äusserte sich auch die Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom 9. September 2020. Schliesslich erhielten die Verfahrensbeteiligten und der OIK I die Gelegenheit, Schlussbemerkungen einzureichen. Davon machte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 23. Oktober 2020 Gebrauch.

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

⁹ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191)

II. Erwägungen

1. Eintreten

a) Angefochten ist eine Verfügung des AWA, mit welcher dieses eine unwesentliche Änderung einer Konzession zur Nutzung der Wasserkraft vornimmt (vgl. Art. 14 Abs. 2 WNG¹⁰). Gestützt auf das WNG erlassene Verfügungen können nach den Bestimmungen des Koordinationsgesetzes, der Baugesetzgebung und des Verwaltungsrechtspflegegesetzes angefochten werden (Art. 46 Abs. 1 WNG). Die in der Sache zuständige Direktion beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen von ihr untergeordneten Verwaltungseinheiten (Ämtern, Abteilungen, Dienststellen), sofern nicht die Gesetzgebung ein Rechtsmittel unmittelbar an eine andere Rechtsmittelinstanz vorsieht (Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG¹¹). Die BVD ist somit zur Beurteilung der Beschwerde gegen die Konzessionsänderungsverfügung des AWA zuständig.

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, mit welcher ihr Unterhaltspflichten an Gewässerstrecken auferlegt werden, formell und materiell beschwert und folglich zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde wird eingetreten.

2. Kriterien für Pflichtstrecken

a) Im Grossratsbeschluss vom 4. Februar 1982 und im Kollaudationsprotokoll vom 11. August 1987 ist vorgesehen, dass für das Wasserkraftrecht Nr. 23038 durch den Regierungsrat zu gegebener Zeit eine neue Konzessionsurkunde ausgestellt werde. Darin seien der Umfang sowie die Rechte und Pflichten der Konzessionärin entsprechend den tatsächlichen Verhältnissen und den geltenden Gesetzesbestimmungen festzulegen. Zu den Unterhaltspflichten wird im Grossratsbeschluss und im Kollaudationsprotokoll festgehalten, diese würden nach Inbetriebnahme des neuen Kraftwerks beziehungsweise zu gegebener Zeit mit den Wasser(bau)polizeiorganen überprüft beziehungsweise festgelegt und in die neue Konzessionsurkunde aufgenommen.

Nachdem für das Wasserkraftrecht Nr. 23038 noch keine neue Konzessionsurkunde ausgestellt und dementsprechend auch die Unterhaltspflicht noch nicht festgelegt worden war, kam es am 30. August 2006 zu einer Besprechung zwischen der Beschwerdeführerin, dem Wasserwirtschaftsamt (WWA, heute AWA) und dem TBA. Gemäss der entsprechenden Aktennotiz vom 31. August 2006¹² schlugen die Vertreter des WWA und des TBA folgende Regelung der Wasserbaupflicht in Konzessionen vor: Die Wasserbaupflicht besteht auf den direkt von der Wasserkraftnutzung betroffenen Gewässerstrecken (Stau- und Kolkbereich, Einleitbereich), wobei die Pflicht den gesamten Wasserbau ohne Beiträge von Kanton und Bund umfasst; für Flusskraftwerke sind die Staubereiche neu zu überprüfen; auf den Einbezug der Konzessionäre in weitere Strecken (Restwasserstrecke, Seitengewässer) ist zu verzichten. Die Vertreter der Beschwerdeführerin zeigten sich mit diesem Vorschlag grundsätzlich einverstanden. Wichtig seien vor allem die genaue Festlegung der wasserbaupflichtigen Strecken sowie der Einbezug spezieller Regelungen in den einzelnen Konzessionen. Weiter wurde unter anderem festgehalten, dass diese Regelung für alle neuen Konzessionen bereits angewendet werde, dass

¹⁰ Wassernutzungsgesetz vom 23. November 1997 (WNG; BSG 752.41)

¹¹ Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

¹² Beschwerdebeilage 4

bestehende Konzessionen der Beschwerdeführerin ab Anfang 2007 nach der gemeinsamen Absprache behandelt würden und dass alle anderen bestehenden Konzessionen nach Dringlichkeit ebenfalls neu angepasst würden. Die Beschwerdeführerin sieht sich an diese Vereinbarung nach wie vor gebunden. Sie moniert in ihrer Beschwerde, in Missachtung der getroffenen Abmachung werde ihr mit der angefochtenen Verfügung die Wasserbaupflicht auf wesentlich weitergehenden Strecken als den direkt betroffenen Abschnitten ganz oder teilweise übertragen.

b) Nach heutigem Recht kann die Konzessionsbehörde dem Konzessionär bei der Erteilung eines Wasserkraftrechtes die Wasserbaupflicht ganz oder teilweise übertragen. Das Verfahren richtet sich nach dem Wassernutzungsgesetz. Die Konzessionsbehörde hört die Gemeinde an und holt den Fachbericht der zuständigen Stelle der Bau- und Verkehrsdirektion ein (Art. 9 Abs. 4 WBG¹³). Die Wasserbaupflicht umfasst die Pflicht zum Gewässerunterhalt, zum aktiven Hochwasserschutz und zur Revitalisierung (Art. 9 Abs. 1 WBG). Auf welchen Gewässerstrecken die Wasserbaupflicht übertragen werden kann, ergibt sich nicht aus dem Gesetz. Auch im Bundesrecht gibt es dazu keine Vorgaben. Dieses besagt nur, dass die Beteiligung des Konzessionärs am Unterhalt und an der Korrektur des Gewässers zum obligatorischen Inhalt der Konzession gehört (Art. 54 Bst. g WRG¹⁴).

Gemäss den Ausführungen des AWA in der angefochtenen Verfügung sieht die heutige Praxis vor, dass die Wasserbaupflicht bei Kraftwerken für Gewässerstrecken übertragen wird, an denen der Konzessionär regelmässig das hauptsächliche Interesse am Gewässer hat beziehungsweise an denen die Wassernutzung den Wasserbau tatsächlich beeinflusst. Gemäss der aktuellen Praxis des Kantons umfasse dies in der Regel die Bereiche des Stauraums, der Fassungs-, Entlastungs- und Rückgabebauwerke, jedoch nicht die Restwasserstrecken. Ob das hauptsächliche Interesse am Gewässer beim Konzessionär liege oder nicht, werde im Einzelfall geprüft.

c) Somit werden konkret folgende Bereiche genannt, in denen der Beschwerdeführerin die Wasserbaupflicht übertragen werden kann: Die Wasserbaupflicht umfasst die Bereiche des Stauraums, der Fassungs-, Entlastungs- und Rückgabebauwerke bzw. die Stau-, Kolk- und Einleitbereiche, jedoch nicht die Restwasserstrecken und Seitengewässer. Abstrakt formuliert stehen für dieselbe Frage folgende drei Leitlinien zur Diskussion: Die Wasserbaupflicht besteht auf den direkt von der Wasserkraftnutzung betroffenen Gewässerstrecken; die Wasserbaupflicht wird bei Kraftwerken für Gewässerstrecken übertragen, an denen der Konzessionär regelmässig das hauptsächliche Interesse am Gewässer hat; die Wasserbaupflicht wird bei Kraftwerken für Gewässerstrecken übertragen, an denen die Wassernutzung den Wasserbau tatsächlich beeinflusst.

Diese drei Leitlinien sind wie folgt zu beurteilen:

- Die Wasserbaupflicht besteht auf den direkt von der Wasserkraftnutzung betroffenen Gewässerstrecken: In den direkt von der Wasserkraftnutzung betroffenen Gewässerstrecken präsentiert und verhält sich das Gewässer anders, als dies ohne Wasserkraftnutzung der Fall wäre. Dies stellt einen mehr oder weniger eindeutigen und auch überzeugenden Anknüpfungspunkt für die Übertragung der Wasserbaupflicht dar. Allerdings geht die Leitlinie mit Blick auf die Restwasserstrecken zu weit, diese sind ebenfalls direkt von der Wasserkraftnutzung betroffen. An diesen Strecken wird die Wasserbaupflicht aber regelmässig nicht auf die Konzessionäre überbunden, was unter den Verfahrensbeteiligten unbestritten ist.

¹³ Gesetz vom 14. Februar 1989 über Gewässerunterhalt und Wasserbau (Wasserbaugesetz, WBG; BSG 751.11)

¹⁴ Bundesgesetz vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (Wasserrechtsgesetz, WRG; SR 721.80)

- Die Wasserbaupflicht wird bei Kraftwerken für Gewässerstrecken übertragen, an denen der Konzessionär regelmässig das hauptsächliche Interesse am Gewässer hat: Der Begriff "hauptsächliche Interesse am Gewässer" stammt aus Art. 9 Abs. 5 WBG, wo er als Anknüpfungspunkt dafür dient, die Wasserbaupflicht ausnahmsweise auch bei Kleinkraftwerken dem Konzessionär zu übertragen. Zu denken ist dabei beispielsweise an einen Gewerbekanal, wo der Begriff "hauptsächliche Interesse am Gewässer" Sinn macht. Im Rahmen von Art. 9 Abs. 4 WBG passt der Begriff jedoch nicht. So lässt sich im vorliegenden Fall kaum sagen, die Beschwerdeführerin habe an der Kander und an der Simme auf bestimmten Abschnitten das hauptsächliche Interesse. Daran ändert auch nichts, dass die Übertragung der Wasserbaupflicht letztlich immer im Einzelfall zu prüfen ist. Die Voraussetzung, dass der Konzessionär ein Interesse am Gewässer haben muss, könnte allenfalls mit Blick auf die Restwasserstrecken hilfreich sein. An den Restwasserstrecken haben die Konzessionäre regelmässig kein Interesse, was eine Erklärung dafür sein könnte, weshalb ihnen die Wasserbaupflicht an diesen Strecken nicht übertragen wird.

- Die Wasserbaupflicht wird bei Kraftwerken für Gewässerstrecken übertragen, an denen die Wassernutzung den Wasserbau tatsächlich beeinflusst: Diese Leitlinie erscheint wenig präzise und auch zu weit gefasst. Zunächst dürfte es schwierig sein, für die Zukunft abzuschätzen, auf welchen Gewässerstrecken die Wassernutzung den Wasserbau tatsächlich beeinflusst. Zudem dürfte die Wasserkraftnutzung den Wasserbau unter Umständen auf einer relativ weiten Strecke (insbesondere oberhalb der Wasserentnahme) tatsächlich beeinflussen. Dementsprechend stimmt diese Leitlinie wohl regelmässig auch nicht mit den konkret genannten Bereichen überein. So dürfte zum Beispiel der Staubereich je nach dem deutlich weniger weit reichen, als die Wassernutzung den Wasserbau tatsächlich beeinflusst. Zudem dürfte die Wassernutzung den Wasserbau auch auf den Restwasserstrecken erheblich beeinflussen, ohne dass die Wasserbaupflicht an diesen Strecken den Konzessionären überbunden werden soll. Im Übrigen deutet auch Art. 15 Abs. 2 Bst. g WBG darauf hin, dass die Wasserbaupflicht nicht auf der gesamten Strecke zu übertragen ist, an der die Wassernutzung den Wasserbau tatsächlich beeinflusst: Demnach ist im Umgang mit dem Gewässer und seiner Umgebung darauf zu achten, dass nach Möglichkeit unter anderem auf die Interessen der Wassernutzung Rücksicht genommen wird. Noch deutlicher ergibt sich dies aus Art. 40 WBG: Zieht eine Wassernutzungsanlage Mehrkosten von Gewässerunterhalt oder Wasserbau nach sich, kommt der Konzessionär dafür auf; die zuständige Stelle der Bau- und Verkehrsdirektion setzt den Betrag durch Verfügung fest. Die tatsächliche Beeinflussung des Wasserbaus durch die Wassernutzung reicht somit für die Übertragung der Wasserbaupflicht nicht aus. Muss bei Wasserbaumassnahmen auf eine Wassernutzung Rücksicht genommen werden, ist dem durch die Auferlegung der entsprechenden Mehrkosten auf den Konzessionär Rechnung zu tragen (so auch Erwägung 3.4.1, letzter Absatz, des Grossratsbeschlusses vom 6. September 2017 betreffend Erneuerung der Wasserkraftkonzession für das Kraftwerk Mühleberg¹⁵).

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass grundsätzlich folgende Leitlinie sachgerecht erscheint: Die Wasserbaupflicht kann auf den Konzessionär an den direkt von der Wasserkraftnutzung betroffenen Gewässerstrecken übertragen werden. In diesen Bereichen präsentiert und verhält sich das Gewässer anders, als dies ohne Wasserkraftnutzung der Fall wäre, was eine Übertragung der Wasserbaupflicht rechtfertigt. Keine Übertragung erfolgt auf den Restwasserstrecken, obschon dies gemäss Definition auch möglich wäre. Eine weitergehende Übertragung der Wasserbaupflicht an Gewässerstrecken, an denen sich das Gewässer gleich präsentiert, wie es ohne Wasserkraftnutzung der Fall wäre, und an denen die Wassernutzung lediglich den Wasserbau tatsächlich beeinflusst, ist weder sachgerecht noch notwendig. Aufgrund von Art. 40 WBG hat der Konzessionär für die Mehrkosten aufzukommen, wenn eine Wassernutzungsanlage Mehrkosten von Gewässerunterhalt oder Wasserbau nach sich zieht.

¹⁵ Beilage zum Schreiben des AWA vom 9. September 2020

Folglich umfasst die Wasserbaupflicht in der Regel konkret die Bereiche des Stauraums, der Fassungs-, Entlastungs- und Rückgabebauwerke bzw. die Stau-, Kolk- und Einleitbereiche, jedoch nicht die Restwasserstrecken und Seitengewässer. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Übertragung der Wasserbaupflicht letztlich immer im Einzelfall zu prüfen ist. Dabei kann eine Leitlinie für die Übertragung der Pflichtstrecken kein exaktes Resultat liefern, die konkrete Übertragung von Pflichtstrecken kann sich an der Leitlinie lediglich orientieren.

d) Im Rahmen der Instruktion des Beschwerdeverfahrens hat das Rechtsamt beim AWA weitere Auskünfte zur heutigen Praxis für die Übertragung der Wasserbaupflicht auf Wasserkraftkonzessionärinnen eingeholt. Gemäss Schreiben des AWA vom 9. September 2020 gibt es aus der heutigen Praxis nur zwei Beispiele, bei denen die Wasserbaupflicht teilweise über den Bereich der direkt von der Wasserkraftnutzung betroffenen Gewässerstrecken hinaus auf die Konzessionärin übertragen wurde.

Einerseits erstreckte sich die Wasserbaupflicht beim Wasserkraftwerk Mühleberg unterhalb des Wehrs über den Kolkbereich hinaus bis zur Saanemündung. Diese Ausweitung der Wasserbaupflicht begründet das AWA einerseits mit der Ersatzmassnahme Brättelen, die sich auf diesem Aareabschnitt befindet. Zudem bestehe auf der Strecke unterhalb des Wehrs bis zur Saanemündung ein Geschiebedefizit. Eine allfällige Erhöhung der Sohlenlage zwecks Behebung des Geschiebedefizits könne die Ausnützung der konzidierten Fallhöhe negativ beeinflussen. Auch die Beschwerdeführerin 1 betont in ihren Schlussbemerkungen vom 23. Oktober 2020 die besonderen Umstände, die beim Wasserkraftwerk Mühleberg zu einer Ausweitung der Pflichtstrecke unterhalb des Wehrs geführt hätten. Bei Mühleberg handle es sich um ein Durchlaufkraftwerk, bei welchem die Fallhöhe zwischen Ober- und Unterwasser entscheidend für den Umfang des Wasserkraftrechts sei. Daher sei es sinnvoll, wenn die Konzessionärin die Wasserbaupflicht trage, da sie es dann selber zu verantworten habe, wenn durch einen allfälligen künstlichen Geschiebeeintrag zur Behebung eines Geschiebedefizits die Sohlenlage unterhalb des Wehrs angehoben und dadurch die Ausnutzung der konzidierten Fallhöhe vermindert werde. Damit sei das Wasserkraftwerk Spiez nicht zu vergleichen, da es sich dabei um ein Ausleitkraftwerk handle.

Das zweite Beispiel ist gemäss AWA das Wasserkraftwerk Zilfuri. Bei der Wasserrfassung Öschlibach gehe die Pflichtstrecke oberhalb der Wasserrfassung über den unmittelbaren Fassungsbereich hinaus, weil die Konzessionärin in diesem Abschnitt zur Gewährleistung günstiger Anströmbedingungen dem Gewässer regelmässig Geschiebe entnehme und zu einem Schutz- und Leitdamm aufschichte. Diese erweiterte Wasserbaupflicht entspreche dem Gesuch der Konzessionärin.

Daraus lässt sich ableiten, dass die heutige Praxis für die Übertragung der Wasserbaupflicht auf Wasserkraftkonzessionärinnen den Ausführungen in Buchstabe c entspricht. Demnach wird die Wasserbaupflicht auf den Konzessionär grundsätzlich nur an den direkt von der Wasserkraftnutzung betroffenen Gewässerstrecken übertragen. Dass die Wassernutzung den Wasserbau auf einer Gewässerstrecke tatsächlich beeinflusst, reicht für eine Übertragung der Wasserbaupflicht an dieser Gewässerstrecke nicht aus. Die beiden vom AWA genannten Abweichungen von diesem Grundsatz vermögen daran nichts zu ändern. Beide Beispiele sind den Besonderheiten des Einzelfalls geschuldet. Beim ersten Beispiel wird im Grossratsbeschluss vom 6. September 2017 in Erwägung 3.4.1 denn auch explizit festgehalten, dass den Konzessionären gemäss heutiger und bewährter Praxis nur noch für diejenigen Gewässerabschnitte, welche durch die Wasserkraftnutzung beeinflusst werden, die Wasserbaupflicht übertragen wird. Beim zweiten Beispiel ist fraglich, ob es sich überhaupt um eine Abweichung handelt, da sich ein Gewässer durch das Aufschichten eines Schutz- und Leitdamms anders präsentiert und verhält. Kommt

hinzu, dass die Konzessionärin die ausgeweitete Konzessionspflicht im zweiten Beispiel selber so beantragt hat.

Im Übrigen bestätigen Ausnahmen die Regel. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im vorliegenden Fall ein ausnahmsweises Abweichen von der Regel besonders heikel ist, da hier eine nachträgliche Definition der Wasserbaupflichtstrecken zur Diskussion steht. In dieser Konstellation ist eine Abweichung von der üblichen Praxis problematischer, als bei einer Definition der Wasserbaupflichtstrecke im Zeitpunkt der Konzessionserteilung. Geht einer Konzessionärin die Definition der Wasserbaupflichtstrecken zu weit, kann sie im Zeitpunkt der Konzessionserteilung im äussersten Fall auf die Erteilung der Konzession verzichten. Diese Möglichkeit besteht bei einer nachträglichen Definition nicht mehr, die Konzession wurde bereits erteilt (hier vor rund 30 Jahren) und die Konzessionärin hat die entsprechenden Investitionen bereits getätigt. Abschliessend lässt sich daher festhalten, dass sich die Übertragung der Wasserbaupflicht im vorliegenden Fall an den in Buchstabe c gemachten Ausführungen zu orientieren hat.

e) Unbestritten ist, dass die Pflicht zur Revitalisierung, die gemäss Art. 9 Abs. 1 WBG ebenfalls zur Wasserbaupflicht gehört, im vorliegenden Fall der Beschwerdeführerin nicht übertragen werden soll. Ob eine solche Übertragung im Rahmen von Art. 9 Abs. 4 WBG ebenfalls möglich wäre, braucht daher nicht geprüft zu werden.

3. Kanderfassung (Hauptbegehren 1)

a) Die angefochtene Verfügung sieht in Ziff. G.9.a vor, dass der Konzessionärin die Pflicht zum Gewässerunterhalt und zum aktiven Hochwasserschutz bei der Kanderfassung beidseitig (Gemeinden Spiez und Wimmis) zu 100 % (rechtes und linkes Ufer inkl. Schutzbauwerke, Flusssohle und Querbauwerke) von 292 m oberhalb des Stauwehrs (inkl. Schwelle Nr. 14) bis 100 m unterhalb des Stauwehrs auf einer Länge von 392 m übertragen wird. Demgegenüber fordert die Beschwerdeführerin, ihr sei die Pflicht zum Gewässerunterhalt und zum aktiven Hochwasserschutz im Bereich der Kanderfassung beidseits von 150 m oberhalb der Wasserfassung bis 100 m unterhalb der Wasserfassung, d.h. auf eine Länge von insgesamt 250 m zu übertragen. Umstritten ist somit die Übertragung der Pflicht zum Gewässerunterhalt und zum aktiven Hochwasserschutz bei der Kanderfassung auf einer Strecke von 142 m im Bereich von 150 bis 292 m oberhalb des Stauwehrs beziehungsweise der Wasserfassung. Relevant ist diese Differenz insbesondere hinsichtlich der Schwelle Nr. 14. Je nach dem fällt diese Schwelle in die Pflichtstrecke der Beschwerdeführerin oder nicht.

b) Der OIK I hatte in seiner Stellungnahme vom 27. April 2018 und in seinem Amtsbericht Wasserbaupolizei vom 27. Juni 2019 festgehalten, massgeblich seien nicht die Interessen des Konzessionärs, sondern die tatsächlichen durch die Kraftwerkanlage (nachteilig) beeinflussten Verhältnisse. In den vergangenen Jahren seien im Interesse der Beschwerdeführerin wasserbauliche Eingriffe und Sicherungsmassnahmen über den von ihr angegebenen Bereich hinaus getätigt worden. Daraus sei zu schliessen, dass die räumliche Wirkung deutlich über den von der Gesuchstellerin beantragten Abschnitt von 150 m hinausgehe. Daher sei die Pflichtstrecke bis und mit der Schwelle Nr. 14 festzulegen.

Das AWA hat seine Verfügung zunächst mit einer Sanierungsverfügung vom 18. April 2016 begründet. Darin sei die Beschwerdeführerin verpflichtet worden, beim Kanderwehr und bei der Schwelle Nr. 14 geeignete Massnahmen zur Sicherstellung der freien Fischwanderung zu treffen. Dies deshalb, weil die Schwelle Nr. 14 ein kraftwerkbedingtes Wanderhindernis für Fische sei. Folglich beeinflusse das Kraftwerk die Kander bis und mit der Schwelle Nr. 14. Zudem habe die

Beschwerdeführerin im Jahr 2017 eine Unterhaltsmassnahme für die Umlagerung der grossflächigen Geschiebeablagerung am rechten Kanderufer oberhalb der Lenkbuhnen bis ungefähr 50 m unterhalb der Schwelle Nr. 14 eingereicht. Die Geschiebeablagerung habe zu einer Veränderung der Wasserführung geführt, die eine verstärkte Erosion des linken Steilufers verursacht habe. Dies sei ebenfalls ein Beleg dafür, dass das Kraftwerk die Kander oberhalb des Kanderwehrs bis und mit der Schwelle Nr. 14 beeinflusse. Deshalb werde die Pflichtstrecke dem Antrag des OIK I entsprechend festgelegt.

c) Die Beschwerdeführerin macht geltend, ein Abschnitt von 150 m oberstrom, wie er im Gesuch beantragt werde, erfasse die ganze Stauwurzel, also der Übergang des freien Abflussregimes in die staubeeinflusste Strecke, als Referenzpunkt zur Bestimmung der Gewässerbeeinflussung durch das Wehr. Es bestünden keine durch die Kraftwerksanlage nachteilig beeinflussten Verhältnisse über den beantragten Umfang von 150 m oberstrom hinaus. Das Gefälle im Oberwasser sei hoch. Deshalb bedürfe es der beiden Schwellen Nr. 14 und 16. Die Kraftwerksanlage stelle lediglich einen weiteren Sohlsicherungspunkt dar. Ohne diese müsste am Kraftwerksstandort auch eine Schwelle errichtet und unterhalten werden, um die Eintiefung der Kander zu verhindern. Der Sohlenfixpunkt beim Wehr der Kanderfassung sei denn auch nicht erst im Rahmen des Kraftwerksbaus errichtet worden. Bereits vorher habe sich an derselben Stelle eine Schwelle zur Sohlpunktfixierung befunden. Die beiden Schwellen oberhalb der Fassung seien deshalb nicht durch die Kraftwerksanlagen oder deren Betrieb bedingt und beeinflusst. Die Schwellen seien für den Kraftwerksbetrieb nicht notwendig. Ohne die Schwelle würde jedoch eine Eintiefung der Kander mit entsprechend erhöhtem Uferunterhalt entstehen. Es würde eine Verstärkung der Ufersicherung erforderlich, die aber mit dem Kraftwerksbetrieb keinen Zusammenhang hätte. Daher sei es sachlich nicht zu rechtfertigen, die Schwelle Nr. 14 in die Wasserbaupflicht der Konzessionärin einzuschliessen.

Die Vorinstanz begründe ihre Auffassung denn auch nicht mit hydromorphologischen oder anderen relevanten Grundlagen oder Erkenntnissen. Daran ändere auch der (unzutreffende) Verweis der Vorinstanz zu Geschiebeablagerungen nichts: Diese Ablagerungen unterstrom der Schwelle Nr. 14 gingen nicht auf den Betrieb der Kanderfassung zurück. Eine Ursache der Geschiebeablagerungen liege im rechtsseitigen Kronenausschnitt auf der Schwelle Nr. 14. Mit dem lokal konzentrierten Abfluss bildete sich zunächst ein Kolk auf der rechten Seite. Auf der linken Seite und hinter dem Kolk erfolgte mit der Zeit eine Auflandung. Der ursprünglich auf die ganze Breite verteilte Abfluss konzentrierte sich deshalb in einer Rinne und kippte nach und nach auf die linke Seite. Damit sei erstellt, dass die Geschiebeablagerungen und übrigen sohlmorphologischen Veränderungen unterhalb der Schwelle nicht auf die Kraftwerksfassung zurückzuführen seien. Der Betrieb der Anlage aber auch die Modelluntersuchungen zum Umbau der Anlage hätten aufgezeigt, dass eine Beeinflussung der Kandersohle zum Beispiel durch Spülungen nur im unmittelbaren Nahbereich der Fassung möglich sei. In den noch weiter oben liegenden Bereichen könnten die Spülungen keinen Einfluss mehr haben.

Richtig sei, dass die Beschwerdeführerin im Mai 2017 das anstehende Geschiebematerial auf die linke Seite umgelagert habe. Dies zum Schutz des angerissenen Ufers und ohne dass dabei Geschiebe entfernt worden sei. Zudem gewährleiste die vorgenommene Geschiebeumlagerung einen minimalen temporären Schutz der beiden heute noch bestehenden Lenkbuhnen, die bis ca. 120 m in den Staubereich des Kanderwehrs reichten. Vermehrter Geschiebeeintrag in die Fassung sei nicht festgestellt worden und ein solcher sei auch nicht der Grund für die Massnahme gewesen. Die Massnahme könne deshalb nicht als Beweis für die Beeinflussung des Kanderwehrs bis zur Schwelle Nr. 14 angeführt werden.

Soweit die Vorinstanz versuche, aus der Sanierungsverfügung zur Sicherstellung der freien Fischwanderung vom 18. April 2016 einen Zusammenhang mit der Festlegung der Pflichtstrecken

zur Konzession von 1982 herzustellen, sei zunächst zu beachten, dass die Festlegung des Umfanges der Wasserbaupflicht eine Pendenz aus den 1980-er Jahren sei, während die Schwelle Nr. 14 erst in den späten 1990er-Jahren unabhängig vom Kraftwerkbetrieb erstellt worden sei. Die Sanierung der Fischgängigkeit sei erst mit der 2011 in Kraft getretenen Revision des Gewässerschutzgesetzes aktuell geworden. Sodann habe sich die Beschwerdeführerin freiwillig und ohne Anerkennung einer Wasserbaupflicht zu den Sanierungsmassnahmen bei der Schwelle Nr. 14 bereit erklärt. Dies weil die Massnahmen zur Sicherstellung der freien Fischwanderung bei der Schwelle Nr. 14 aus planerischen, organisatorischen, terminlichen und finanziellen Gründen sinnvollerweise mit den Massnahmen beim Kanderwehr zu koordinieren seien. Im Vertrauen darauf, dass die Wasserbaupflicht gemäss der Abmachung aus dem Jahr 2006 zu bestimmen sei, habe die Beschwerdeführerin auf eine Anfechtung der Sanierungsverfügung verzichtet. Gemäss der Abmachung werde der Beschwerdeführerin die Wasserbaupflicht nur für die von der Wasserkraftnutzung direkt betroffenen Gewässerstrecken überbunden (Stau- und Kolkbereich sowie Einleitbereich). Die Schwelle Nr. 14 liege nicht in dieser durch die Wasserfassung (direkt) beeinflussten Gewässerstrecke. Es sei deshalb mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben und dem Willkürverbot unvereinbar, aus der unpräjudiziell übernommenen Sanierung der Fischgängigkeit bei der Schwelle Nr. 14 zu schliessen, dass die Wasserbaupflicht der Beschwerdeführerin bis zu dieser Schwelle reiche.

Schliesslich sei nicht nachvollziehbar, dass sich die Vorinstanz ungenügend mit dem "Technischen Kurzbericht; Grundlagen Wasserbaupflicht, SPI01011 Wasserkraftwerk Spiez" vom 6. Dezember 2017 und den darin dargestellten Sachverhaltsfeststellungen auseinandergesetzt habe. Damit habe die Vorinstanz ihre Prüfungs- und Begründungspflicht und damit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt.

d) In seiner Stellungnahme vom 30. April 2020 zur Beschwerde verweist der OIK I beispielhaft noch einmal auf die durch die Beschwerdeführerin 2017 selbst veranlassten wasserbaulichen Massnahmen unterhalb der Schwelle Nr. 14 zwecks Schutzes des linken Ufers und der obersten linksufrigen Lenkbuhne, welche der Anströmung der rechtsufrigen Wasserfassung diene. Diese im alleinigen Interesse der Beschwerdeführerin und von ihr ausgeführten und finanzierten Massnahmen würden belegen, dass der Einflussbereich der Kanderfassung weiter reiche als 150 m. Eine Gewährleistung der für den Kraftwerkbetrieb optimalen Anströmverhältnisse werde dauerhaft aber nur mittels festen wasserbaulichen Massnahmen gewährleistet werden können. Aus dem oben erläuterten Sachverhalt leite sich ab, dass auch solche baulichen Massnahmen über den von der Beschwerdeführerin beantragten Bereich hinausgehen würden und bis und mit Schwelle Nr. 14 reichen könnten. So zeigten die laufenden Wasserbauprojektierungen zum zeitgemässen Ersatz der Schwelle Nr. 14, dass die wasserbaulichen Massnahmen auf die bestehenden Kraftwerksanlagen und den Kraftwerksbetrieb ausgerichtet werden müssten.

Die Gemeinde Spiez macht in ihrer Stellungnahme vom 23. April 2020 zur Beschwerde geltend, ohne die Anlageteile und den Betrieb des Kraftwerks Spiez würde der Perimeter Flussaufweitungen der Kander die ganze Talebene einnehmen. Die Kander könnte also seitlich erodieren und neue Fliessverläufe einnehmen, ohne dass eingegriffen werden müsste. Die Stauwurzeldiskussion spiele für die Festlegung der Wasserbaupflicht im vorliegenden Fall eine untergeordnete Rolle, da die überwiegenden wasserbaulichen Interessen der Beschwerdeführerin über die Stauwurzel bis zum Sohlenfixpunkt hinausragten. Die Beschwerdeführerin habe im Oberwasser der Fassung bis zur Sperre Nr. 14 als einzige überwiegende wasserbauliche Interessen (Uferverbau in Stand halten zur Wasserentnahme auf der Kurvenaussenseite; Abflusslenkende Massnahmen zur optimalen Anströmung der Wasserfassung; Sperre/Blockrampe für stabile Sohlenlage und konstante Fliessverhältnisse zur optimalen Wasserentnahme; Uferschutzbauten zum Schutz der Anlageteile und Erschliessungsanlagen vor Hochwasser). Dementsprechend müssten wasserbauliche Massnahmen bis zur Sperre Nr. 14 auf

den Kraftwerksbetrieb abgestimmt sein. Wohl aus diesem Grund habe sich die Beschwerdeführerin bereit gezeigt, die Federführung im Projekt der Sanierung der Fischgängigkeit der Schwellen Nrn. 14 und 16 zu übernehmen. Die überwiegenden Interessen der Beschwerdeführerin in diesem Abschnitt seien bereits in der Konzessionsurkunde von 1971 gleich interpretiert worden, weshalb die Beschwerdeführerin „schon immer“ die Pflichtstrecke bis und mit Schwelle Nr. 14 inne gehabt habe. Im Konzessionsbeschluss von 1982 sei lediglich von einer „Überprüfung“ der Pflichtstrecken die Rede. Dass sich die Beschwerdeführerin nun gegen die Wasserbaupflichtstrecke bis und mit Schwelle 14 wehre könne unter Berücksichtigung aller Umstände in keiner Weise nachvollzogen werden.

e) Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass unbestritten ist, dass die Ausgestaltung der Schwelle Nr. 14 Einfluss auf die Kanderfassung hat und die Wassernutzung der Kanderfassung den Wasserbau damit bis und mit der Schwelle Nr. 14 tatsächlich beeinflusst. So räumt auch die Beschwerdeführerin ein, dass je nachdem, wie die Schwelle Nr. 14 konzipiert wird, dies zu unterschiedlichen Geschiebeablagerungen unterhalb der Schwelle führt; die Geschiebeablagerungen wiederum haben Einfluss auf den Schutz der Lenkbuhnen, welche der Anströmung der rechtsufrigen Wasserfassung dienen.

Gemäss den nachvollziehbaren und überzeugenden Ausführungen der Beschwerdeführerin inklusive ihrem technischen Kurzbericht vom 6. Dezember 2017 reicht die direkt vom Kanderwehr betroffenen Gewässerstrecke jedoch nur bis ca. 150 m oberhalb dieses Wehrs und damit nicht bis zur Schwelle Nr. 14. Diese Strecke umfasst die ganze Stauwurzel, also der Übergang des freien Abflussregimes in die staubeeinflusste Strecke. Darüber hinaus bestehen keine durch das Kanderwehr nachteilig beeinflussten Verhältnisse. So haben die Geschiebeablagerungen im Bereich zwischen 150 m oberhalb des Wehrs und der Schwelle Nr. 14 zwar Einfluss auf die Wasserfassung der Beschwerdeführerin, sie werden jedoch nicht durch diese verursacht.

Die von der Vorinstanz, dem OIK I und der Gemeinde Spiez dagegen vorgebrachten Argumente vermögen nicht zu überzeugen. Dass in den vergangenen Jahren wasserbauliche Eingriffe im Interesse der Beschwerdeführerin über die 150 m oberhalb des Wehrs hinaus getätigt sind, belegt nur, dass die Wassernutzung der Kanderfassung den Wasserbau über diesen Bereich hinaus tatsächlich beeinflusst. Gleiches gilt, soweit die laufenden Wasserbauprojektierungen zum zeitgemässen Ersatz der Schwelle Nr. 14 zeigen, dass die wasserbaulichen Massnahmen auf die bestehenden Kraftwerksanlagen und den Kraftwerksbetrieb ausgerichtet werden müssen. Dies belegt nur, dass die wasserbaulichen Interessen der Beschwerdeführerin über die Stauwurzel bis zur Schwelle Nr. 14 hinausragen. Unerheblich sind schliesslich sowohl die Regelung der Wasserbaupflicht in der Konzessionsurkunde von 1971 als auch die Sanierungsverfügung vom 18. April 2016. Im Grossratsbeschluss vom 4. Februar 1982 und im Kollaudationsprotokoll vom 11. August 1987 ist ausdrücklich vorgesehen, dass die Pflichten der Konzessionärin entsprechend den tatsächlichen Verhältnissen und den geltenden Gesetzesbestimmungen festzulegen sind und somit nicht die alte Regelung aus der Konzessionsurkunde von 1971 weitergelten soll. Und dass die Beschwerdeführerin die Sanierungsverfügung akzeptiert hat, hat keine präjudizielle Wirkung auf die Festlegung der Wasserbaupflicht, dabei handelt es sich um unterschiedliche Fragen in unterschiedlichen Verfahren.

Dass die direkt vom Kanderwehr betroffenen Gewässerstrecken nicht bis zur Schwelle Nr. 14 reicht, ergibt sich auch aus den Ausführungen in "Kander Schwellen 14 + 16 – Sanierung Fischgängigkeit, Stand nach Auswertung der neuen Flussvermessung Winter 2018/2019"¹⁶. In Ziffer 3.1 ist zwar von "negative Beeinflussung der Kanderfassung KW Spiez" die Rede, woraus geschlossen werden kann, dass die Gestaltung der Schwelle Nr. 14 Einfluss auf das bestehende

¹⁶ Beilage zur Stellungnahme des OIK I vom 30. April 2020

Kanderwehr hat. Andererseits wird in der gleichen Ziffer aber Folgendes ausgeführt: "Beide Methoden würden einen baulichen Eingriff bis weit ins Unterwasser und damit in den Einflussbereich der bestehenden Kanderfassung WKW Spiez bedeuten." Daraus kann geschlossen werden, dass der Einflussbereich der Kanderfassung nicht bis zur Schwelle Nr. 14 reicht.

f) Mit Blick auf die in Erwägung 2 dargelegten Kriterien ergibt sich somit, dass der Umstand, dass die Wasserkraftnutzung beim Kanderwehr den Wasserbau bis und mit der Schwelle Nr. 14 tatsächlich beeinflusst, nicht ausreicht, um der Beschwerdeführerin die Wasserbaupflicht auf dieser Strecke zu übertragen. Entscheidend dafür ist vielmehr die Frage, welche Strecke direkt von der Wasserkraftnutzung betroffene ist. Oberhalb des Kanderwehrs trifft dies auf eine Strecke von 150 m zu. Dementsprechend ist die Beschwerde in diesem Punkt gutzuheissen und Ziff. G.9.a der angefochtenen Verfügung entsprechend anzupassen.

4. Aquädukt (Hauptbegehren 2)

a) Die angefochtene Verfügung sieht in Ziff. G.9.d vor, dass der Konzessionärin die Pflicht zum Gewässerunterhalt und zum aktiven Hochwasserschutz beim Aquädukt beidseitig (Gemeinden Spiez und Wimmis) zu 100 % (rechtes und linkes Ufer inkl. Schutzbauwerke, Flusssohle und Querbauwerke) von 100 m oberhalb bis 250 m unterhalb des Aquädukts auf einer Länge von 350 m übertragen wird. Demgegenüber fordert die Beschwerdeführerin, ihr sei die Pflicht zum Gewässerunterhalt und zum aktiven Hochwasserschutz im Bereich des (Kander-)Aquädukts beidseits von 50 m oberhalb bis 250 m unterhalb des Aquädukts, d.h. auf eine Länge von insgesamt 300 m zu übertragen. Umstritten ist somit die Übertragung der Pflicht zum Gewässerunterhalt und zum aktiven Hochwasserschutz beim Aquädukt auf einer Strecke von 50 m im Bereich von 50 bis 100 m oberhalb des Aquädukts.

b) Der OIK I hatte in seiner Stellungnahme vom 27. April 2018 festgehalten, die Herleitung des Beginns der Pflichtstrecke durch die Beschwerdeführerin (Länge der künftig nötigen Ufersicherung für das Aquädukt) sei plausibel. Gestützt auf das Vorprojekt Kander, Abschnitt Simme-Suld, sei jedoch mit Ufersicherungsmassnahmen von rund doppelter Länge der beantragten 50 m, also rund 100 m zu rechnen.

Dementsprechend beantragte der OIK I in seinem Amtsbericht Wasserbaupolizei vom 27. Juni 2019, die Pflichtstrecke sei bis und mit 100 m oberhalb des Aquädukts festzulegen. Er begründete dies mit bisher getätigten Unterhaltsmassnahmen zur Sicherung des Aquädukts. Konkret seien Massnahmen auf Antrag und im Auftrag der Beschwerdeführerin bis rund 135 m oberhalb des Aquädukts ausgeführt worden. Damit sei das weitere Interesse der Beschwerdeführerin über die von ihr beantragte Wasserbaupflichtstrecke von 50 m hinaus belegt. Im Rahmen der Bereinigungsgespräche mit dem AWA habe man eine Pflichtstrecke von 100 m ermittelt.

Das AWA hat seine Verfügung mit Unterhaltsmassnahmen für die Sicherung des Aquädukts begründet, welche die Beschwerdeführerin im Jahr 2007 vorgenommen habe. Die Sicherungsmassnahmen am linken Kanderufer hätten bis 135 m oberhalb des Aquädukts geführt. Dies belege, dass das Kraftwerk die Kander oberhalb des Aquädukts auf einer Länge von 135 m beeinflusse. Deshalb werde die Pflichtstrecke dem Antrag des OIK I entsprechend festgelegt.

c) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz und der OIK I könnten die Verdoppelung der Pflichtstrecke von 50 auf 100 m nicht nachvollziehbar begründen. Die von ihr vorgenommene Unterhaltsmassnahme von 2007 stelle kein Präjudiz für eine Gewässerbeeinflussung durch das Kraftwerk und für den Bestand einer Wasserbaupflicht bis

weiter als 50 m oberhalb des Aquädukts dar. Die Unterhaltsmassnahme habe sie freiwillig und als Entgegenkommen gegenüber der wasserbaupflichtigen Schwellenkorporation vorgenommen. Es sei mit dem Vertrauensprinzip und dem Willkürverbot unvereinbar, aus diesem Entgegenkommen eine Wasserbaupflicht abzuleiten. Noch weniger könne der Verweis des OIK I auf allfällige künftige Uferschutzmassnahmen ein Beweis für die umstrittene Schwellenpflicht darstellen. Allfällige zusätzliche Ufersicherungsmassnahmen würden nicht durch die Beschwerdeführerin verursacht und seien demnach nicht durch sie zu tragen. Dabei sei weder erstellt, ob überhaupt und wenn ja, welche zusätzlichen Ufersicherungsmassnahmen über die beantragte Pflichtstrecke von 50 m hinaus erforderlich seien, noch weshalb diese Massnahmen der Beschwerdeführerin anzulasten seien.

Die Vorinstanz und der OIK I verfolgten anscheinend die Absicht, die Pflichtstrecke so weit auszudehnen, dass allfällige Massnahmen aus dem Vorprojekt Kander unter die Wasserbaupflicht der Beschwerdeführerin fielen. Dies sei schlicht nicht haltbar. Das Vorprojekt Kander stelle eine Richtplanung dar, die mit der vor 25 Jahren erteilten Konzession für das Kraftwerk Spiez keinerlei Zusammenhang habe. Es könne nicht angehen, die seit 1987 bestehende Pendenz zum Anlass zu nehmen, die Pflichtstrecke vorsorglich so weit auszudehnen, dass auch künftige Ufersicherungen, die nicht wegen des Aquädukts erforderlich würden, davon erfasst würden.

d) In seiner Stellungnahme vom 30. April 2020 zur Beschwerde stellt der OIK I klar, die gestützt auf das Vorprojekt Kander, Abschnitt Simme-Suld, zu erwartenden Ufersicherungsmassnahmen bis 100 m im Oberwasser des Aquädukts müssten zu Gunsten eben dieses Aquädukts ergriffen werden. Das hauptsächliche Interesse der Beschwerdeführerin über eine längere Strecke als beantragten 50 m sei daher mit sämtlichen verfügbaren Fakten belegt.

Die Gemeinde Spiez macht in ihrer Stellungnahme vom 23. April 2020 zur Beschwerde geltend, im Oberwasser des Aquädukts sei schon auf den ersten Blick des Situationsplans offensichtlich, dass die von der Beschwerdeführerin geforderte 50 m-Pflichtstrecke nicht ausreiche, um eine aufgeweitete Kander in einer wasserbaulich vernünftigen Verengung zwischen den Aquädukt Pfeilern durchzuleiten. Dabei werde der Aufweitungssperimeter im Interesse der Beschwerdeführerin in der Planung für die Kander aufweitung bereits auf möglichst kurzer Strecke verengt. Ohne diese Rücksichtnahme könnte die Sicherung weiterer Aquädukt Pfeiler massiv höhere Kosten für die Beschwerdeführerin verursachen. Die 100 m-Pflichtstrecke stelle aus wasserbaulicher Sicht somit schon ein Minimum der Aquädukt-Objektschutzstrecke dar, zumal sich die Beschwerdeführerin auch schon weiter oben an Sicherungsmassnahmen beteiligt habe. Oberhalb des Aquädukts würden mittelfristig keine neuen Uferverbauungen erstellt, so dass sich die Kander zukünftig verändern und verbreitern könne. Das einzige und damit überwiegende Interesse an wasserbaulichen Massnahmen bis 100 m oberhalb des Aquädukts könne somit nur die Beschwerdeführerin haben.

e) Mit dem Aquädukt wird das bei der Fassung Simmewehr gefasste Wasser der Simme über die Kander geleitet. Insofern handelt es sich um eine spezielle Situation, so dass auch die Übertragung der Wasserbaupflicht in diesem Bereich eine Besonderheit darstellt. Allerdings ist die Übertragung der Wasserbaupflicht im Grundsatz unbestritten, umstritten ist lediglich die Länge der Pflichtstrecke.

Einen eigentlichen Stauraum dürfte es im Oberwasser des Aquädukts kaum geben. Gemäss dem technischen Kurzbericht der Beschwerdeführerin vom 6. Dezember 2017 wird jedoch das Abflussregime im Gewässer bis 50 m oberstrom der Schwellen massgebend beeinflusst. Auf dieser Strecke ist das Verhalten der Kander durch das Aquädukt somit beeinflusst und die Kander damit auf dieser Strecke durch die Wasserkraftnutzung direkt betroffen.

Die von der Vorinstanz, dem OIK I und der Gemeinde Spiez vorgebrachten Argumente, weshalb die Pflichtstrecke darüber hinaus bis 100 m oberhalb des Aquädukts reichen soll, zielen alle auf den Umstand, dass das Aquädukt den Wasserbau über den Bereich von 50 m hinaus tatsächlich beeinflusst. Dies gilt zunächst für Ufersicherungsmassnahmen, mit denen gemäss Vorprojekt Kander, Abschnitt Simme-Suld, zukünftig angeblich auf einer Länge von 100 m zu rechnen ist. Soweit diese Massnahmen dem Schutz des Aquädukts dienen, ist dem nicht mit einer Übertragung der Wasserbaupflicht, sondern mit einer Übertragung der Mehrkosten für diese Massnahmen auf die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 40 WBG Rechnung zu tragen. Analoges gilt weiter für zukünftige Massnahmen, die dazu dienen, um eine aufgeweitete Kander in einer wasserbaulich vernünftigen Verengung zwischen den Aquädukt Pfeilern durchzuleiten. Auch diese Mehrkosten können unter den Voraussetzungen von Art. 40 WBG auf die Beschwerdeführerin übertragen werden. Schliesslich belegen auch Unterhaltsmassnahmen zur Sicherung des Aquädukts bis rund 135 m oberhalb des Aquädukts, die in der Vergangenheit auf Antrag und im Auftrag der Beschwerdeführerin ausgeführt wurden, lediglich, dass das Aquädukt den Wasserbau in diesem Bereich tatsächlich beeinflusst. Ein Beleg dafür, dass das Aquädukt das Gewässer in diesem Bereich massgebend beeinflusst, ist dies nicht.

f) Mit Blick auf die in Erwägung 2 dargelegten Kriterien ergibt sich somit, dass der Umstand, dass das Aquädukt den Wasserbau bis 100 m oberhalb des Aquädukts tatsächlich beeinflusst, nicht ausreicht, um der Beschwerdeführerin die Wasserbaupflicht auf dieser Strecke zu übertragen. Entscheidend dafür ist vielmehr die Frage, welche Strecke direkt von der Wasserkraftnutzung betroffene ist. Oberhalb des Aquädukts trifft dies auf eine Strecke von 50 m zu. Dementsprechend ist die Beschwerde in diesem Punkt gutzuheissen und Ziff. G.9.d der angefochtenen Verfügung entsprechend anzupassen.

5. Simmefassung (Hauptbegehren 3)

a) Die angefochtene Verfügung sieht in Ziff. G.9.f vor, der Konzessionärin eine Kostentragungspflicht betreffend Gewässerunterhalt und aktivem Hochwasserschutz unterhalb der Simmefassung beidseitig (Gemeinde Wimmis) zu 20 % (rechtes und linkes Ufer inkl. Schutzbauwerke, Flusssohle und Querbauwerke) von 150 m unterhalb des Stauwehrs bis zur Einmündung in die Kander auf einer Länge von 1'950 m zu übertragen. Die Beschwerdeführerin beantragt die ersatzlose Aufhebung dieser Ziffer.

Demgegenüber akzeptiert die Beschwerdeführerin die Auferlegung der Pflicht zum Gewässerunterhalt und zum aktiven Hochwasserschutz bei der Simmefassung beidseitig (Gemeinde Wimmis) zu 100 % (rechtes und linkes Ufer inkl. Schutzbauwerke, Flusssohle und Querbauwerke) bis 150 m unterhalb des Stauwehrs. Dies obschon ihr Antrag im Gesuch vom 30. März 2016 ein Ende der Pflichtstrecke bereits 100 m unterhalb des Simmewehrs vorgesehen hat.

b) Der OIK I hatte in seiner Stellungnahme vom 27. April 2018 und seinem Amtsbericht Wasserbaupolizei vom 27. Juni 2019 festgehalten, das Ende der Pflichtstrecke müsse derzeit aufgrund der durch den Kraftwerksbetrieb bedingten Beeinträchtigung des Geschiebehauhalts und daraus resultierenden Negativfolgen bis zu einem Bereich zu liegen kommen, der unbeeinflusst sei. In der Geschiebehauhaltsstudie Simme, Abschnitt Chirel-Kander, vom Oktober 2009 seien die Auswirkungen der Wasserkraftnutzung und der Kiesentnahme im Staubereich des Wehrs untersucht worden. Aus den Erkenntnissen in Kapitel 4 des technischen Berichts gehe hervor, dass die Schäden an den Rampen unterhalb Wehr Port durch das Hochwasser August 2005 zu einem beachtlichen Teil auf die (negative) Wirkung des Simmewehrs zurückzuführen seien. Diese Untersuchung werde als aktuelles "Fachgutachten" erachtet, weshalb ihm bei der

Festlegung der Wasserbaupflicht zum jetzigen Zeitpunkt ein hoher Stellenwert beizumessen sei. Seit Erstellung dieser Studie seien zwar Massnahmen zur Förderung des Geschiebedurchsatzes des Wehrs Simme Port diskutiert worden. Diese Massnahmen seien jedoch noch nicht umgesetzt und würden somit die angestrebte Wirkung im Unterwasser des Wehrs noch nicht entfalten. Deshalb sei die heutige Situation auf diesem Gewässerabschnitt noch vergleichbar mit der Situation gemäss Geschiebehaushaltsstudie von 2009. Abgeleitet aus den vorhandenen Grundlagen und Erkenntnissen sei der Beschwerdeführerin die Wasserbaupflicht im Sinne einer Kostentragungspflicht auf dem Abschnitt von 150 m unterhalb des Simmewehrs bis zur Einmündung der Simme in die Kander zu 20 % zu übertragen. Erst mit der Umsetzung der erforderlichen Massnahmen zur Geschiebesanierung und mit der Anwendung des neuen Spülreglements könne beurteilt werden, ob sich das Geschieberegime wie vorgesehen einstelle. Eine Verkürzung der Pflichtstrecke könne somit erst zu einem späteren Zeitpunkt nach Vorliegen einer entsprechenden Erfolgskontrolle (Monitoring) geprüft werden.

Das AWA hat in seiner Verfügung ausgeführt, beim Vorschlag der Beschwerdeführerin mit einem Ende der Pflichtstrecke 100 m unterhalb des Simmewehrs würden die heutigen tatsächlichen Verhältnisse und negativen Einflüsse durch den Kraftwerkbetrieb, insbesondere die Geschiebetransportprozesse, gänzlich ausgeblendet. Abklärungen hätten ergeben, dass der Geschiebehaushalt durch das Simmewehr beeinträchtigt werde. Mit der Sanierungsverfügung vom 18. April 2018 sei die Beschwerdeführerin verpflichtet worden, bis zum 31. Dezember 2020 beim Simmewehr geeignete Massnahmen zur Sanierung des Geschiebehaushalts zu treffen. Die Beschwerdeführerin habe für die Sanierung des Geschiebehaushalts beim Simmewehr mittels Simulation nachgewiesen, dass mit einer längeren Spüldauer und einem tieferen Absenken des Pegels beim Spülen die notwendigen Geschiebefrachten erreicht werden könnten. Seit dem Jahr 2013 würden die Spülungen jährlich durchgeführt. Bis zum heutigen Zeitpunkt sei die obligatorische Wirkungskontrolle der ausgeführten Sanierungsmassnahmen pendent. Sollte sich aus der Wirkungskontrolle zeigen, dass die umgesetzten Massnahmen das Sanierungsziel nicht erreichten, könnten vom Kanton zusätzliche Massnahmen verfügt werden. Da die Wasserkraftnutzung den Wasserbau tatsächlich beeinflusse und die Wirkung der ausgeführten Sanierungsmassnahmen noch nicht nachgewiesen sei, werde die Pflichtstrecke dem Antrag des OIK I entsprechend festgelegt. Dies bedeute, dass der Beschwerdeführerin die Wasserbaupflicht im Sinne einer Kostentragungspflicht auf dem Abschnitt von 150 m unterhalb des Simmewehrs bis zur Einmündung der Simme in die Kander zu 20 % übertragen werde. Eine verkürzte Pflichtstrecke könne erst zu einem späteren Zeitpunkt, nach Vorliegen einer entsprechenden Wirkungskontrolle geprüft werden.

c) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Massnahmen zur Förderung des Geschiebedurchsatzes am Simmewehr seien vollständig umgesetzt, insbesondere würden jährlich Spülungen seit 2013 durchgeführt, mit denen die erforderlichen Geschiebefrachten erreicht würden. Seit 2018 bestehe dazu auch ein genehmigtes Spülreglement. Daraus und aus der Tatsache, dass seit Vornahme dieser Spülungen keine Baggerungen im Oberwasser mehr erforderlich gewesen seien, ergebe sich, dass der geforderte Geschiebetrieb vollumfänglich funktioniere. Dementsprechend seien die Rückmeldungen der Schwellengemeinde Wimmis positiv und auf die im Hochwasserschutzprojekt im Jahr 2010 geplante Geschiebeeinbringrutsche unterhalb der Simmenporte habe verzichtet werden können.

Das im Geschiebesanierungsprojekt geplante Monitoring diene dem detaillierten Nachweis des Geschiebedurchsatzes und der Ermittlung des ökologischen Einflusses. Aus den Ergebnissen des Monitorings solle abgeleitet werden, ob eine Anpassung der Spüldauer für eine optimale Geschiebefracht erforderlich sei. Das Monitoring sei jedoch entgegen der Behauptung der Vorinstanz nicht zum Nachweis der Wirksamkeit der Spülungen erforderlich. Dieser Nachweis sei bereits erbracht. Die Auferlegung einer Kostentragungspflicht von 20% an die Konzessionärin

unterhalb der Simmefassung beidseitig von 150 m unterhalb des Stauwehrs bis zur Einmündung der Kander auf einer Länge von 1'950 m sei deshalb weder sachlich noch rechtlich gerechtfertigt, sondern stellt eine willkürliche und unverhältnismässige Anordnung dar. Dies gelte umso mehr für den Anteil von 20%, zu dessen Herleitung oder Berechnung die Vorinstanz keinerlei Angaben mache.

d) In seiner Stellungnahme vom 30. April 2020 zur Beschwerde macht der OIK I geltend, die der Beschwerdeführerin obliegende Geschiebesanierung sei noch nicht vollständig abgeschlossen. Die vorgesehenen Sanierungsmassnahmen hätten Einfluss auf die Gerinnesohle der Simme. Damit das Geschiebe durch den Stauraum des Wasserkraftwerks durchtransportiert werden könne, müsse sich eine neue Gleichgewichtssohle auf höherem Niveau einstellen. Bisher habe die Beschwerdeführerin noch nicht aufgezeigt, wie sich dieser angestrebte Auflandungsprozess entwickelt habe. Folglich könne zum jetzigen Zeitpunkt nicht festgestellt werden, wie weit die Geschiebedurchgängigkeit bereits gewährleistet werden könne. Ein gegenüber dem Ausgangszustand höheres Sohlenniveau bewirke höhere Wasserspiegellagen in der Simme. Dies führe zu einer Mehrgefährdung von umliegenden Infrastrukturanlagen. Um einer Erhöhung der Hochwasserrisiken entgegenzuwirken, seien gemäss dem technischen Bericht vom August 2013 flankierende Hochwasserschutzmassnahmen erforderlich. Dem OIK I sei nicht bekannt, dass solche flankierenden Massnahmen bereits realisiert worden wären. Das Fachgutachten Geschiebehaushaltsstudie Simme, Abschnitt Chirel-Kander vom Oktober 2009 komme im technischen Bericht zum Schluss, beim Hochwasser 2005 seien drei Rampenbauwerke zwischen dem Wehr Port und Mündung in die Kander wegen des Geschieberückhalts oberhalb der Wehranlage wesentlich stärker von Erosionsschäden betroffen gewesen seien, als sie dies ohne Wehranlage gewesen wären. Das Wehr Simme Port sei demzufolge verantwortlich für 20 bis 70 % der Erosion bzw. der erosionsbedingten Schäden auf diesem Gewässerabschnitt. Somit sei klar belegt, dass das Wehr Simme Port einen signifikant negativen Einfluss auf den Gewässerunterhalt und auf den Wasserbau unterhalb des Wehrs Simme Port habe. Die Begrenzung der Wasserbaupflicht der Beschwerdeführerin in diesem Abschnitt auf lediglich 20 % erscheine somit für die Beschwerdeführerin sehr vorteilhaft. Auf eine Erhöhung der Wasserbaupflicht sei verzichtet worden, weil sich die Beschwerdeführerin bereit erklärt habe, Massnahmen zur Förderung des Geschiebedurchsatzes beim Wehr Simme Port zu prüfen und soweit möglich umzusetzen.

e) Angefochten ist eine Verfügung des AWA, mit welcher dieses eine unwesentliche Änderung einer Konzession zur Nutzung der Wasserkraft vornimmt. Inhaltlich geht es dabei um die nachträgliche Festlegung derjenigen Strecken, bei denen die Wasserbaupflicht der Beschwerdeführerin als Konzessionärin gestützt auf Art. 9 Abs. 4 WBG übertragen wird. Zwar kann die Wasserbaupflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 WBG ganz oder teilweise auf den Konzessionär übertragen werden. Damit ist insbesondere die Möglichkeit angesprochen, dem Konzessionär nicht alle drei Elemente der Wasserbaupflicht (Pflicht zum Gewässerunterhalt, zum aktiven Hochwasserschutz und zur Revitalisierung) zu übertragen. Die Auferlegung einer Kostentragungspflicht für Wasserbaumassnahmen ist jedoch keine teilweise Auferlegung der Wasserbaupflicht. Mit der Zuweisung der Wasserbaupflicht ist noch nicht gesagt, wer in finanzieller Hinsicht für die Erfüllung dieser Pflicht aufzukommen hat.¹⁷ Die Kostentragungspflicht eines Konzessionärs für Mehrkosten von Gewässerunterhalt oder Wasserbau infolge einer Wassernutzung richtet sich nach Art. 40 WBG. Der Betrag für solche Mehrkosten ist im Einzelfall durch die zuständige Stelle der BVD durch Verfügung festzusetzen.

Auch das AWA bestätigt in seinem Schreiben vom 9. September 2020, aus der heutigen Praxis gebe es keine Beispiele, bei denen im Rahmen der ganzen oder teilweisen Übertragung der

¹⁷ Erläuterungen zum Gesetz über Gewässerunterhalt und Wasserbau vom 14. Februar 1989, Bern 1989, S. 38

Wasserbaupflicht eine Kostentragungspflicht übertragen worden sei. Bei der Übertragung der anteiligen Kostentragungspflicht im vorliegenden Fall handle es sich um eine Einzelfallbetrachtung für das Kraftwerk Spiez. Da es sich wie dargelegt bei der Auferlegung einer Kostentragungspflicht für Wasserbaumassnahmen nicht um eine teilweise Auferlegung der Wasserbaupflicht handelt, besteht für eine solche Einzelfallbetrachtung für das Kraftwerk Spiez jedoch kein Raum.

Mit Ziff. G.9.f der angefochtenen Verfügung wird der Beschwerdeführerin somit keine Wasserbaupflicht auferlegt, weder ganz noch teilweise. Ziff. G.9.f kann daher nicht zum Gegenstand der angefochtenen Verfügung betreffend nachträglicher Festlegung der Wasserbaupflichtstrecken gemacht werden. Somit ist diese Ziffer in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben.

6. Bruttokosten (Hauptbegehren 4 und Eventualbegehren 2)

a) Die angefochtene Verfügung sieht in Ziff. G.9.g vor, dass die Konzessionärin für Hochwasserschutz- und Gewässerunterhaltsmassnahmen keine Beträge erhält. Es würden die Bruttokosten (vor Abzug von Subventionen) gelten. Die Beschwerdeführerin ist damit nicht einverstanden und beantragt, die Beiträge der Konzessionärin an die Kosten von Hochwasserschutz- oder Gewässerunterhaltsmassnahmen seien auf der Grundlage der Nettokosten (nach Abzug allfälliger Subventionen) festzulegen.

b) Das AWA hat in seiner Verfügung ausgeführt, seit der Inkraftsetzung des WBG 1989 erhielten Konzessionäre für Hochwasserschutz- und Gewässerunterhaltsmassnahmen keine Beiträge mehr. Weder die Konzessionsurkunde von 1971 noch die Konzession von 1982 noch das Kollaudationsprotokoll von 1987 äusserten sich darüber, ob sich die Beteiligung der Beschwerdeführerin nach Abzug allfälliger Subventionen (netto) oder vor Abzug allfälliger Subventionen (brutto) richte. Das Organisations- und Verwaltungsreglement der Schwellenkorporation Wimmis berücksichtige die gesetzliche Bestimmung, indem die Beteiligung der Beschwerdeführerin vor Abzug allfälliger Subventionen (netto) festgelegt worden sei.

c) Die Beschwerdeführerin macht geltend, gemäss Art. 36 Abs. 2 WBG erhielten Konzessionäre für Hochwasserschutz- und Unterhaltsmassnahmen keine Beiträge. Diese Bestimmung, die erst mit dem Wasserbaugesetz von 1989 eingeführt worden sei, sei für das Wasserkraftwerk Spiez, dessen Wasserbaupflicht sich bei richtiger Betrachtungsweise nach dem alten Wassernutzungsgesetz von 1950 richte, nicht relevant.

Selbst, wenn man auf das Wasserbaugesetz von 1989 abstelle, könne dessen Art. 36 Abs. 2 im vorliegenden Fall nicht unesehen angewendet werden. Diese Bestimmung gelte ausschliesslich für Wasserbaupflichtige selber. Dies ergebe sich einerseits aus dem Wortlaut, andererseits aus der systematischen Stellung dieser Bestimmung in Art. 36 WBG. So sei in Abs. 1 von Art. 36 WBG der Grundsatz "wer wasserbaupflichtig ist, trägt die Kosten ..." vorangestellt. Somit sei ein Konzessionär von Beiträgen für Hochwasserschutz- oder Gewässerunterhaltsmassnahmen nur dann ausgeschlossen, wenn er selber der Wasserbaupflichtige sei. Zudem würden mehrere Abrechnungen über einen Zeitraum von 1994 bis 2007 belegen, dass der Anteil der Beschwerdeführerin jeweils nach Abzug von Subventionen, d.h. auf den verbleibenden Nettokosten erhoben und ihr in Rechnung gestellt worden sei. Somit sei die Beschwerdeführerin von Subventionen für Hochwasserschutz- oder Gewässerunterhaltsmassnahmen nur dann ausgeschlossen, wenn sie selber Trägerin der Wasserbaupflicht in dem Gewässerabschnitt sei, in welchem die Hochwasserschutz- oder Gewässerunterhaltsmassnahmen vorgenommen würden.

Der Buchstabe g der neu festgelegten Ziffer G.9 des Konzessionsbeschlusses vom 4. Februar 1982 sei auch deshalb zu streichen, weil er in keiner Weise erforderlich sei. Die Regelung in Art. 36 Abs. 2 WBG werde von der Beschwerdeführerin dem Grundsatz nach nicht bestritten und brauche im zu ändernden Konzessionsbeschluss vom 4. Februar 1982 auch nicht festgehalten zu werden. Mit dem Zusatz, wonach die Bruttokosten vor Abzug von Subventionen gelten würden, beabsichtige die Vorinstanz jedoch eine zusätzliche und rechtswidrige finanzielle Belastung, soweit es um die Berechnung des Anteils der Beschwerdeführerin an der Kostentragung gehe. Die Vorinstanz führe dies in Ziffer 3.6.5 der Erwägungen zum angefochtenen Entscheid aus. Wollte man der Auffassung der Vorinstanz in diesem Punkt folgen, so würde die Konzessionärin faktisch einen Teil der von Bund und Kanton an den Wasserbaupflichtigen auszurichtenden Beiträge übernehmen. Die Art. 37 und 37a WBG regelten den prozentualen Anteil an den Kosten von Unterhalts-, Schutz- oder Revitalisierungsmassnahmen. Werden von den anrechenbaren (Brutto-) Kosten als erstes der Kostenanteil der Konzessionärin abgezogen, so entsprächen die Subventionsbeträge nicht mehr den gemäss den rechtlichen Vorgaben zu tragenden Prozentsätzen. Dies verstosse gegen die in Art. 37 und 37a WBG getroffene Regelung.

Ein solch gesetzwidriges Ergebnis werde verhindert, indem allfällige Beiträge der Konzessionsnehmerin an die Kosten von Hochwasserschutz- und Gewässerunterhaltsmassnahmen auf der Grundlage der Nettokosten, d.h. nach Abzug der von Bund und Kanton in Anwendung von Art. 37 oder 37a WBG gesprochenen Beiträge, ermittelt würden.

d) In seiner Stellungnahme vom 30. April 2020 zur Beschwerde macht der OIK I geltend, aus früheren und allenfalls unrichtigen Berechnungen aus den Jahren 1994 bis 2007 könne die Beschwerdeführerin kein Recht für die Bestimmung der neuen Konzession ableiten. Im Zuge von späteren Wasserbauprojekten sei die Beitragspflicht der Beschwerdeführerin vom TBA und vom AWA mit "20 % an die Bruttokosten" festgelegt worden. Dem Anliegen der Beschwerdeführerin auf Beiträge nach Subventionen sei somit in späteren Wasserbauprojekten nicht entsprochen worden.

Die Gemeinde Spiez macht in ihrer Stellungnahme vom 23. April 2020 zur Beschwerde geltend, für sie spiele es finanziell keine Rolle, ob der Anteil der Beschwerdeführerin vor oder nach Subventionen erhoben werde. Dennoch sei die rechtliche Ausgangslage klar, Konzessionäre bekämen keine Subventionen, weshalb der Antrag der Beschwerdeführerin abzuweisen sei. Die von der Beschwerdeführerin angeführten alten Rechnungen seien weder relevant noch aussagekräftig.

e) Zu unterscheiden ist, ob sich die Ziff. G.9.g auf die Auferlegung der Kostentragungspflicht in Ziff. G.9.f oder auf die Auferlegung der Wasserbaupflicht in Ziff. G.9.a, c, d und e beziehen soll. Soweit sie sich auf die Auferlegung der Wasserbaupflicht beziehen würde, wäre sie aufgrund von Art. 36 Abs. 2 WBG unnötig, da sich bereits daraus ergibt, dass wasserbaupflichtige Konzessionäre für Hochwasserschutz- und Gewässerunterhaltsarbeiten keine Beiträge erhalten. Dies räumt auch die Beschwerdeführerin ein, wenn sie ausführt, sie sei von Subventionen für Hochwasserschutz- oder Gewässerunterhaltsmassnahmen dann ausgeschlossen, wenn sie selber Trägerin der Wasserbaupflicht im betroffenen Gewässerabschnitt sei. Der zweite Satz von Ziff. G.9.g "Es gelten die Bruttokosten (vor Abzug von Subventionen)" macht jedoch nur Sinn in Bezug auf die Auferlegung der Kostentragungspflicht in Ziff. G.9.f, nur in Bezug auf diese Ziffer muss definiert werden, von welchen Kosten der 20 %-Anteil der Beschwerdeführerin zu berechnen ist. Ziff. G.9.g bezieht sich somit auf die Auferlegung der Kostentragungspflicht in Ziff. G.9.f. In Erwägung 5 hat sich gezeigt, dass die Auferlegung einer Kostentragungspflicht nicht zum Gegenstand der angefochtenen Verfügung gemacht werden kann und die Ziff. G.9.f daher

aufzuheben ist. Da Ziff. G.9.g an Ziff. G.9.f anknüpft, ist folglich auch Ziff. G.9.g in teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufzuheben.

f) Nicht entsprochen werden kann jedoch dem Antrag der Beschwerdeführerin, Ziff. G.9.g sei so umzuformulieren, dass die Beiträge auf der Grundlage der Nettokosten festgelegt würden. Da die Kostentragungspflicht nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung ist, besteht im Rahmen der angefochtenen Verfügung kein Anlass, sich dazu zu äussern, ob Beiträge der Beschwerdeführerin an die Kosten von Hochwasserschutz- oder Gewässerunterhaltmassnahmen auf der Grundlage der Netto- oder der Bruttokosten festzulegen sind. Insofern ist die Beschwerde teilweise abzuweisen.

g) Die beiden Eventualbegehren hat die Beschwerdeführerin nur für den Fall gestellt, dass die Beschwerdeinstanz den vier Hauptanträgen nicht folgen sollte. Die Beschwerde wird mit Ausnahme des soeben in Buchstabe f angesprochenen Antrags gutgeheissen und den vier Hauptanträgen grundsätzlich entsprochen. Folglich müssen die beiden Eventualbegehren nicht geprüft werden.

7. Kosten

a) Die oberinstanzlichen Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Für Entscheide in einer Verwaltungsjustizsache wird eine Pauschalgebühr von Fr. 200.-- bis Fr. 4'000.-- erhoben (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 GebV¹⁸). In Anwendung dieser Bestimmung wird die Pauschale auf Fr. 2'000.-- festgelegt.

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). Behörden im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 Buchstabe a werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Anderen Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Behörden werden Verfahrenskosten nur auferlegt, wenn sie in ihren Vermögensinteressen betroffen sind (Art. 108 Abs. 2 VRPG).

Die Beschwerde wird grundsätzlich gutgeheissen und lediglich in einem untergeordneten Punkt abgewiesen, wobei die Beschwerdeführerin selbst in diesem Punkt in der Sache nicht unterliegt. Somit ist sie für die Kostenverlegung als vollständig obsiegend zu betrachten. Der unterliegenden Gemeinde Spiez können keine Verfahrenskosten auferlegt werden, da sie nicht in ihren Vermögensinteressen im Sinne des Gesetzes betroffen ist. Dem AWA können ohnehin keine Verfahrenskosten auferlegt werden. Die übrigen Verfahrensbeteiligten haben keine Anträge gestellt und können folglich auch nicht unterliegen. Die Verfahrenskosten trägt daher der Kanton.

b) Keine der Verfahrensbeteiligten war anwaltlich vertreten. Somit sind keine Parteikosten im Sinne des Gesetzes entstanden (Art. 104 Abs. 1 und 2 VRPG). Folglich werden keine Parteikosten gesprochen.

III. Entscheid

¹⁸ Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21)

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die Buchstaben a, d, f und g in Ziffer 4 der Verfügung des AWA vom 24. Januar 2020 werden wie folgt geändert:

- a. Bei der Kanderfassung beidseitig (Gemeinden Spiez und Wimmis) zu 100 % (rechtes und linkes Ufer inkl. Schutzbauwerke, Flusssohle und Querbauwerke) von 150 m oberhalb des Stauwehrs bis 100 m unterhalb des Stauwehrs auf einer Länge von 250 m.
- d. Beim Aquädukt beidseitig (Gemeinden Spiez und Wimmis) zu 100 % (rechtes und linkes Ufer inkl. Schutzbauwerke, Flusssohle und Querbauwerke) von 50 m oberhalb bis 250 m unterhalb des Aquädukts auf einer Länge von 300 m.
- f. Aufgehoben.
- g. Aufgehoben.

Im Übrigen wird die Verfügung des AWA vom 24. Januar 2020 bestätigt und die Beschwerde abgewiesen.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- A. _____, eingeschrieben
- Amt für Wasser und Abfall (AWA), Rechtsdienst, per Mail
- Einwohnergemeinde Reutigen, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Einwohnergemeinde Spiez, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Einwohnergemeinde Thun, Stadtverwaltung, eingeschrieben
- Einwohnergemeinde Zwieselberg, Gemeindeverwaltung, eingeschrieben
- Schwellenkorporation Wimmis, eingeschrieben
- Tiefbauamt des Kantons Bern (TBA), Oberingenieurkreis I (OIK I), per Mail, zur Kenntnis
- Einwohnergemeinde Wimmis, per Mail, zur Kenntnis

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 drei 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.