[AZA 3]
2A.517/1998/bol

II. OEFFENTLICHRECHTLICHE ABTEILUNG
****

13. April 2000

Es wirken mit: Bundesrichter Wurzburger, Präsident der

II. öffentlichrechtlichen Abteilung, Bundesrichter Hartmann, Bundesrichter Hungerbühler, Bundesrichterin Yersin, Ersatzrichter Zünd und Gerichtsschreiber Feller.

———

In Sachen

Kraftwerke Oberhasli AG (KWO), Innertkirchen, Beschwerdeführerin, vertreten durch Fürsprecher Dr. Fritz Kilchenmann, Gesellschaftsstrasse 27, Postfach 6858, Bern,

gegen

Kanton B_e r_n, handelnd durch die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion,
Verwaltungsgericht des Kantons B_e r_n, Verwaltungsrechtliche Abteilung,

betreffend
Wasserzins für das Jahr 1997,
hat sich ergeben:

A.-
Mit Beschluss des Regierungsrats des Kantons Bern vom 12. Januar 1962 erhielt die Kraftwerke Oberhasli AG (KWO) die Gesamtkonzession Nr. 16 G. 101 zur Nutzbarmachung der Wasserkräfte im Oberhasli (Konzessionsbeschluss). Gleichentags stellte der Regierungsrat eine Konzessionsurkunde aus, in welcher er den Inhalt und den Umfang der Nutzungsrechte, die Rechte und Pflichten der Konzessionärin und die weiteren Bedingungen näher umschrieb sowie allgemeine Konzessionsbestimmungen aufstellte. Die massgebliche wasserzinspflichtige Bruttoleistung beträgt heute 232'904 kW (gemäss unangefochtener Verfügung des Wasser- und Energiewirtschaftsdepartementes des Kantons Bern vom 12. Juni 1997).

Mit Verfügung vom 31. Juli 1997 erhob das Wasser- und Energiewirtschaftsamt des Kantons Bern für die Zeit vom 1. Januar bis 30. April 1997 einen Wasserzins von Fr. 54.– pro Kilowatt mittlere Bruttoleistung (kW) und ab 1. Mai 1997 von Fr. 80.– pro kW. Es begründete die Erhöhung mit der auf den 1. Mai 1997 in Kraft gesetzten Änderung vom 13. Dezember

1996 von Art. 49 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (Wasserrechtsgesetz, WRG; SR 721.80), womit das Wasserzinsmaximum auf 80 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung erhöht wurde. Mit dieser Erhöhung ergab sich ein Wasserzins von Fr. 17'351'047.90 für das Kalenderjahr 1997; auf der Basis von Fr. 54.– pro kW für das ganze Jahr hätte sich ein von der Kraftwerke Oberhasli AG grundsätzlich anerkannter Jahreszins von Fr. 13'314'049.10 ergeben. Das Wasser- und Energiewirtschaftsamt verlangte die Überweisung des restlichen Wasserzinses in der Höhe von Fr. 4'036'998.80.

B.-
Die Kraftwerke Oberhasli AG erhob gegen diese Verfügung namentlich deshalb Beschwerde, weil ihrer Auffassung nach ein ihr in der Gesamtkonzession eingeräumtes wohlerworbenes Recht der Erhöhung des Wasserzinses auf Fr. 80.– pro kW entgegenstehe. Die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern korrigierte einen geringfügigen Rechnungsfehler und setzte den noch geschuldeten Wasserzins von Fr. 4'036'998.80 auf Fr. 4'033'965.45 herab. Im Übrigen wies sie die Beschwerde aber ab.

Am 14. September 1998 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern die gegen diesen Direktionsentscheid erhobene Beschwerde ab.

C.-
Die Kraftwerke Oberhasli AG beantragt mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 16. Oktober 1998, das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 14. September 1998 aufzuheben, den Wasserzins für die Zeit vom 1. Mai bis 31. Dezember 1997 zum Ansatz von 54 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung zu veranlagen und die Vorinstanz anzuweisen, über die Rückerstattung des Betrags von Fr. 4'033'965.45 einschliesslich Vergütungszins zu entscheiden.

Die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion sowie das Verwaltungsgericht des Kantons Bern beantragen Abweisung der Beschwerde. Das Bundesamt für Wasserwirtschaft vertritt die Auffassung, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei als staatsrechtliche Beschwerde zu behandeln; in der Sache stellt es keinen bestimmten Antrag.

Im zweiten Schriftenwechsel halten die Kraftwerke Oberhasli AG und die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern an ihren Standpunkten fest. Das Verwaltungsgericht und das Bundesamt haben auf eine weitere Stellungnahme verzichtet.
Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.-
a) Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist gemäss

Art. 97 ff. OG zulässig gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG, die von einer der in Art. 98 OG genannten Vorinstanzen ausgehen, sofern kein Ausschliessungsgrund gemäss Art. 99 - 102 OG oder gemäss Spezialgesetzgebung vorliegt. Eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG liegt vor, wenn sich der Entscheid auf Bundesrecht stützt oder richtigerweise hätte stützen sollen. Dasselbe gilt, wenn er sich auf eine kantonale Ausführungsvorschrift zu Bundesrecht stützt, dieser kantonalen Norm aber keine selbständige Bedeutung zukommt, oder wenn die auf kantonalem Recht beruhenden Anordnungen einen hinreichend engen Sachzusammenhang mit einer Frage des Bundesverwaltungsrechts aufweisen (BGE 124 II 409 E. 1d/dd S. 414; 123 I 275 E. 2b S. 277; 122 II 274 E. 1a S. 277; 121 II 72 E. 1b S. 75).

b) Art. 71 Abs. 1 WRG bestimmt, dass Streitigkeiten zwischen dem Konzessionär und der Verleihungsbehörde über die Rechte und Pflichten aus dem Verleihungsverhältnis in erster Instanz von der zuständigen kantonalen Gerichtsbehörde, in zweiter Instanz vom Bundesgericht entschieden werden. Seit Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund wird diese Bestimmung als Verweisung auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aufgefasst (BGE 88 I 181 E. 2 S. 184; 78 I 375 E. I/1 S. 380 ff.; 77 I 164 E. 1 S. 170 f.; s. schon BGE 48 I 197 E. 5 S. 211; 65 I 290 E. 1 S. 297), unbesehen des Umstands, dass das Bundesgericht nach der früheren Fassung des Gesetzes noch "als Staatsgerichtshof" tätig wurde. Die Regelung erfasst alle Anstände, die sich aus den durch die Verleihung geschaffenen, das Wassernutzungsrecht beschlagenden Beziehungen zwischen dem Konzessionär und der Verleihungsbehörde ergeben (Urteil vom 27. April 1995 i.S. Bielersee Kraftwerke AG, in Pra 85/1996 Nr. 43 S. 118, dort nicht publizierte E. 2b/bb). Liegt eine derartige Streitigkeit vor und steht insofern die Verwaltungsgerichtsbeschwerde offen, beschränkt sich die Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts nicht auf die Beachtung des Bundesrechts, sondern erstreckt sich auch auf die Anwendung des kantonalen Rechts (BGE 88 I 181 E. 2 S. 184; 79 I 278 E. 1 S. 283 f., mit Hinweisen). Der in dieser Hinsicht erforderliche hinreichend enge Sachzusammenhang (vorne E. 1a) ist bei Streitigkeiten über das Wasserrechts-Verleihungsverhältnis regelmässig gegeben, sind doch die entsprechenden Rechte und Pflichten teils durch Bundesrecht, teils durch kantonales Recht beherrscht, wobei beide Rechte in enger "Verknüpfung" stehen, "die es schwer machen würde, die beiden Gebiete auseinanderzuhalten" (vgl. BGE 48 I 197 E. 5 S. 211). Die Anwendung kantonalen Rechts ist allerdings nur darauf hin zu überprüfen, ob sie gegen Bundesrecht (einschliesslich Bundesverfassungsrecht, BGE 123 II 88 E. 1a/bb S. 92, mit Hinweisen) verstösst (Art. 104 lit. a OG).

c) Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, die ihr erteilte Konzession aus dem Jahre 1962

stehe der Erhöhung des Wasserzinses auf Fr. 80.– pro kW entgegen. Dabei handelt es sich um eine Streitigkeit über die Rechte und Pflichten aus dem Verleihungsverhältnis, weshalb das Bundesgericht gestützt auf Art. 71 Abs. 1 WRG grundsätzlich im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu entscheiden hat. Dies schliesst nicht aus, dass, soweit bei der Anwendung kantonalen Rechts kein hinreichend enger Sachzusammenhang zum Bundesrecht besteht, einzelne Rügen gegen die Erhöhung des Wasserzinses allenfalls nur im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde beurteilt werden können.

2.-
a) Das Wasser- und Energiewirtschaftsamt des Kantons Bern hat den von der Beschwerdeführerin bestrittenen Wasserzins durch Verfügung festgesetzt. Die von der Beschwerdeführerin dagegen ergriffenen Rechtsmittel sind durch die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion und durch das Verwaltungsgericht des Kantons Bern abgewiesen worden.

b) Nach dem unmissverständlichen Wortlaut von Art. 71 Abs. 1 WRG entscheidet über die sich aus dem Konzessionsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten "in erster Instanz die zuständige kantonale Gerichtsbehörde"; einseitige hoheitliche Entscheidungen (Verfügungen) des Gemeinwesens sind nicht vorgesehen. Vorbehalten bleibt indessen eine anderslautende Bestimmung im Bundesgesetz selber oder in der Konzession. Im Konzessionsbeschluss vom 12. Januar 1962 (Ziff. 8 letzter Absatz) wie in der Konzessionsurkunde vom gleichen Tag (IV. "Besondere Bedingungen", Ziff. 18, letzter Absatz) behält sich der Regierungsrat vor, bei veränderten Nutzungsverhältnissen, Erweiterungen und Umbauten von Kraftwerken usw. jeweilen die Wasserzinse neu festzusetzen. Die einseitige Verfügungskompetenz des Kantons wurde gestützt darauf für sämtliche Anpassungen des Wasserzinses in Anspruch genommen, ohne dass diese Befugnis als solche von der Beschwerdeführerin bisher je in Frage gestellt worden wäre. Mit dem auch im vorliegenden Fall eingeschlagenen Verfügungsverfahren mit anschliessender Entscheidung durch das Verwaltungsgericht wird der Auflage des Gesetzgebers, über Konzessionsstreitigkeiten schon auf kantonaler Ebene ein Gericht mit weitgehender Kognition entscheiden zu lassen (vgl. Sten.Bull. 1915 N 295), weitgehend Rechnung getragen. Bezeichnenderweise macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, sie habe gerade dadurch einen massgeblichen Nachteil erlitten, dass das Verwaltungsgericht nur als Rechtsmittelbehörde entschieden habe. Angesichts des ausdrücklichen gesetzlichen Vorbehalts zu Gunsten einer abweichenden Bestimmung in der Konzession und bei Berücksichtigung der bisherigen Handhabung derselben bei Wasserzinserhöhungen ist das Verfügungsverfahren vorliegend - unter dem Gesichtspunkt von Art. 71 Abs. 1 WRG - nicht bundesrechtswidrig.
Eine andere Frage ist, ob anstelle des Wasser- und Energiewirtschaftsamts des Kantons Bern allein die Konzes-

sionsbehörde selber zuständig gewesen wäre, die Erhöhung, durch formelle Abänderung der Konzession, vorzunehmen (vgl. dazu hinten E. 5a).

3.-
a) Gemäss Art. 49 Abs. 1 WRG (in der Fassung vom 13. Dezember 1996, in Kraft seit 1. Mai 1997) darf der Wasserzins jährlich 80 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung nicht übersteigen. Es handelt sich dabei um ein Wasserzinsmaximum, um eine Leistungsgrenze des Konzessionärs, welche von den Kantonen und Gemeinden als den Inhabern der Gewässerhoheit nicht überschritten werden darf; die Festsetzung eines Maximums dient dem Bestreben, die Ausnützung der Wasserkraft nicht zu verhindern oder übermässig zu erschweren (vgl. BGE 109 Ia 134 E. 5 S. 142 f.; Karl Geiser/J.J. Abbühl/Fritz Bühlmann, Einführung und Kommentar zum Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, Zürich 1921, S. 182 ff.).
In der ursprünglichen Fassung des Gesetzes aus dem Jahr 1916, in Kraft seit 1. Januar 1918, war das Wasserzinsmaximum auf sechs Franken pro Bruttopferdekraft festgesetzt worden. Mit verschiedenen Teilrevisionen des Gesetzes wurde dieses Maximum zunächst auf zehn Franken (1952), auf 12.50 Franken (1967) und weiter auf 20 Franken (1976), jeweils pro Pferdekraft, erhöht. Bei einer weiteren Revision im Jahr 1985 unterbreitete der Bundesrat den Vorschlag einer Erhöhung auf 40 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung (entsprechend rund 30 Franken pro Bruttopferdekraft). Das Parlament beschloss demgegenüber am 21. Juni 1985 eine stufenweise Erhöhung ab 1986 auf 40 Franken, ab 1988 auf 47 Franken und schliesslich ab 1. Januar 1990 auf 54 Franken pro Kilowatt (vgl. zur Entwicklung des Wasserzinsmaximums: Fritz Kilchenmann, Bericht zum Wasserzinsmaximum, hrsg. vom Bundesamt für Wasserwirtschaft 1995, S. 35 ff.). Mit Wirkung ab 1. Mai 1997 beträgt das Maximum nunmehr 80 Franken pro Kilowatt.
Das bernische Gesetz vom 3. Dezember 1950 über die Nutzung des Wassers (Wassernutzungsgesetz, WNG) sah einen jährlichen Wasserzins von vier bis sechs Franken pro Bruttopferdekraft vor (Art. 83 Abs. 1 WNG). Mit dem Gesetz vom 29. September 1968 über den Finanzausgleich und die Abänderung von Beitrags- und Abgabevorschriften wurde das Wassernutzungsgesetz einer Teilrevision unterzogen; verschiedene Bestimmungen wurden aufgehoben, unter anderem Art. 83 Abs. 1 WNG; neu bestimmte Art. 72 Abs. 1 WNG, dass für den jährlichen Wasserzins die jeweils in Kraft stehenden Höchstansätze gemäss der Bundesgesetzgebung über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte Anwendung finden. Das Wassernutzungsgesetz vom 23. November 1997 (BSG 752.41), welches am 1. Januar 1998 in Kraft trat und auf den vorliegenden Fall noch nicht anwendbar ist, bestimmt demgegenüber in Art. 35 Abs. 2 lit. b, dass der Wasserzins bei einer Bruttoleistung über 1000 Kilowatt zwischen 80 und 100 Prozent des bundesrechtlichen Höchstansatzes beträgt.

In der Gesamtkonzession vom 12. Januar 1962 wurden die Wasserzinse auf Fr. 6.– pro PS brutto für diejenigen Werke der Beschwerdeführerin festgelegt, die im Jahresdurchschnitt nahezu ausgeglichen produzieren; für die so genannten Laufwerke (keine Speichermöglichkeit) wurde dagegen der Wasserzins entsprechend der Dauer der verfügbaren Leistung abgestuft, von Fr. 4.– bis Fr. 6.– pro PS brutto. Bei Umrechnung auf kW (1 kW = 1,36 PS) entsprechen die Ansätze Fr. 5.44 bzw. Fr. 8.16 pro kW. Seit der Teilrevision des bernischen Wassernutzungsgesetzes vom 29. September 1968 wurde das jeweilige bundesrechtliche Maximum erhoben, also zunächst Fr. 12.50 pro PS (= Fr. 17.– pro kW), alsdann Fr. 20.– pro PS (= Fr. 27.20 pro kW) und zuletzt Fr. 54.– pro kW. Diese Erhöhungen akzeptierte die Beschwerdeführerin jeweils. Hingegen wendet sie sich gegen die weitere Erhöhung von Fr. 54.– auf nunmehr Fr. 80.– pro kW, entsprechend dem neuen bundesrechtlichen Wasserzinsmaximum. Sie beruft sich darauf, dass mit der Erhöhung wohlerworbene Rechte aus der Konzession verletzt würden.

b) Gemäss Art. 43 Abs. 1 WRG verschafft die Konzession dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohlerworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers. Sodann bestimmt Art. 135 Abs. 1 WNG (Wassernutzungsgesetz von 1950), dass die bestehenden Konzessionen und Bewilligungen in ihrem Bestand und Umfang sowie in der Konzessionsdauer durch dieses Gesetz (Wassernutzungsgesetz) nicht berührt werden.

Die Festlegung des Wasserzinses, bei welchem es sich um eine jährlich wiederkehrende Leistung für die staatliche Einräumung des Sondernutzungsrechts an der Wasserkraft handelt (Werner Dubach, Die wohlerworbenen Rechte im Wasserrecht, Rechtsgutachten vom November 1979, hrsg. vom Bundesamt für Wasserwirtschaft 1980, S. 104), ist obligatorischer Bestandteil der Konzession (Art. 54 lit. f WRG). Der Wasserzins gehört nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung denn auch zu den durch die Konzession verschafften wohlerworbenen Rechten (BGE 88 I 181 E. 3 S. 185 und E. 5b S. 187; 57 I 329 E. 2 S. 335; vgl. BGE 65 I 290 E. 5 S. 302 f.; Kathrin Klett, Verfassungsrechtlicher Schutz ”wohlerworbener Rechte” bei Rechtsänderungen, Bern 1984, S. 54 f.; Dubach, a.a.O., S. 104 ff.), was sich auch aus dem nachträglich (8. Oktober 1976) eingefügten Art. 74 Abs. 3bis WRG ergibt, wonach Art. 49 Abs. 1 WRG über die Wasserzinsmaxima nur insoweit gilt, als keine wohlerworbenen Rechte verletzt werden.

In einem Urteil vom 12. November 1931 (BGE 57 I 329) erachtete es das Bundesgericht als unzulässig, einen höheren Wasserzins zu verlangen, als es der von der Konzession vorgesehenen Berechnungsweise entsprach. Diese sah vor, dass der Wasserzins periodisch aufgrund des kantonalen Gesetzes revidiert werde. Eine Erhöhung des Wasserzinses über das in der Konzession festgesetzte Maximum hinaus liess

das Bundesgericht nicht zu, auch wenn die neue Gesetzgebung höhere Wasserzinsen ermöglicht hätte. Freilich blieb der höchstzulässige Wasserzins nach der Konzession noch über dem Mindestansatz der neuen gesetzlichen Ordnung, so dass das Bundesgericht ausdrücklich offen liess, wie es sich verhielte, wenn durch Änderung der Gesetzgebung die in der Konzession vorgesehenen Ansätze ausgeschlossen würden (BGE 57 I 329 E. 2 S. 336). In einem Urteil aus dem Jahr 1962 (BGE 88 I 181) hielt das Bundesgericht zwar fest, dass der Wasserzins zu den durch die Verleihung begründeten wohlerworbenen Rechten gehöre, leitete daraus aber nicht einen Anspruch auf Fortbestand des in der Konzession festgelegten Wasserzinses ab, weil das bei der Konzessionierung massgebende Recht die periodische Anpassung des Wasserzinses vorsah. Das Bundesgericht hielt insbesondere fest, dass das wohlerworbene Recht dem Konzessionär nicht den Fortbestand des einmal bestimmten Ansatzes garantiere, sondern nur, dass sich seine Situation nicht verschlechtere (”ne sera pas aggravé”), was nicht zutreffe, wenn die Revision bezwecke, einen in Bezug auf die für die ursprüngliche Festsetzung massgeblichen Faktoren konstanten Wert der Leistung zu gewährleisten (BGE 88 I 181 E. 5b S. 187).

c) In jüngerer Zeit hat das Bundesgericht nicht mehr darüber befinden müssen, unter welchen Voraussetzungen in der Konzession festgelegte Wasserzinsen erhöht werden können. Hingegen hatte es sich mit neuen gewässerschutzrechtlichen Anforderungen bezüglich der Restwassermengen zu befassen. In dem die Kraftwerke Ilanz AG betreffenden Urteil vom 17. Juni 1981 (BGE 107 Ib 140) hat das Bundesgericht festgehalten, die Bestimmung der nutzbaren Wassermenge gehöre zu den wesentlichen Bestandteilen einer Konzession. Nur deren Festlegung erlaube es dem Konzessionär, Klarheit über die Wirtschaftlichkeit der Wasserkraftnutzung und der von ihm hiefür zu tätigenden Investitionen zu erlangen. Das eidgenössische Wasserrechtsgesetz sehe daher vor, dass die verliehenen Wassernutzungsrechte wohlerworbene Rechte seien, weshalb gemäss Art. 43 Abs. 2 WRG die Schmälerung des Nutzungsrechts ”nur aus Gründen des öffentlichen Wohles und gegen volle Entschädigung” möglich sei. Zu einem in der Konzession angebrachten Vorbehalt der künftigen Gesetze hielt es fest, dieser könne sich nur auf Normen beziehen, die keinen Eingriff in wohlerworbene Rechte zur Folge hätten, während Regeln, die diese Rechte in ihrer Substanz beeinträchtigten und zu einem entschädigungslos hinzunehmenden Eingriff führen würden, vom Vorbehalt nicht erfasst seien (BGE 107 Ib 140 E. 4 S. 146). In einem weiteren Urteil vom 16. September 1987 betreffend die Engadiner Kraftwerke AG (ZBl 89/1988 S. 273) hat das Bundesgericht festgestellt, dass auch im Fall eines nicht nur formelhaft, sondern gezielt dem Landschaftsschutz und der Hygiene dienenden Vorbehalts künftigen Rechts keine so weit gehenden Anordnungen getroffen werden dürfen, dass die Nutzung der Wasserkraft zu

wirtschaftlich tragbaren Bedingungen verunmöglicht würde (a.a.O., E. 5c S. 277). Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht auch neuerdings bestätigt und festgehalten, das verliehene Recht dürfe nicht ohne Entschädigung einseitig aufgehoben oder in so weit gehendem Masse geändert werden, dass in die Substanz oder den Wesensgehalt des Rechts eingegriffen werde (BGE 119 Ib 254 E. 5a S. 268; s. auch BGE 125 II 18 E. 5a S. 27 f.). Eine massvolle Erhöhung der Mindestabflussmenge erachtete das Bundesgericht auf dieser Grundlage noch nicht als Eingriff in die Substanz des Rechts (ZBl 89/1988 S. 273 E. 5e S. 279).

4.-
a) Der von der Beschwerdeführerin zu entrichtende Wasserzins ist 1962 im Konzessionsbeschluss (Ziff. 8) und in der Konzessionurkunde (Ziff. IV/18) entsprechend den damals nach kantonaler Gesetzgebung geltenden Maximalansätzen auf Fr. 4.– bis Fr. 6.– pro PS, abgestuft nach der verfügbaren Leistung, verfügt worden. Gesamthaft ergab sich ein Wasserzins von Fr. 1'661'465.–. Konzessionsbeschluss (Ziff. 8) und Konzessionsurkunde (Ziff. IV/18) enthalten eine Anpassungsklausel; der Regierungsrat behält sich vor, "bei veränderten Nutzungsverhältnissen, Erweiterungen und Umbauten von Kraftwerken usw." jeweilen die Wasserzinse neu festzusetzen. Seit 1962 wurden mehrere Änderungen vorgenommen, die zwangslos vom Wortlaut dieser Klausel gedeckt sind: Im Jahr 1973 wurde die für den Wasserzins massgebende Bruttoleistung um 884 PS höher veranschlagt. Eine kleine Reduktion um 175 kW ergab sich 1993 infolge einer erhöhten Dotierwassermenge im oberen Gental. Schliesslich wurde aufgrund einer Gesamtüberprüfung die abgabepflichtige Bruttoleistung auf den 1. Januar 1996 um 19'815 kW erhöht und auf 232'904 kW festgesetzt.

Wie auch das Verwaltungsgericht im angefochtenen Urteil festhält, kann hingegen der Vorbehalt im Konzessionsbeschluss (Ziff. 8) bzw. in der Konzessionsurkunde (Ziff. IV/18) nach dem Wortlaut nicht unmittelbare Grundlage für die vorliegend in Frage stehende Wasserzinserhöhung sein; weder haben sich die Nutzungsverhältnisse verändert, noch liegt eine Erweiterung oder eine Umbaute des Kraftwerks vor. Die Erhöhung des Wasserzinses beruht einzig darauf, dass der Bundesgesetzgeber den bundesrechtlichen Maximalansatz erhöht hat und das bernische Wassernutzungsgesetz seit der Gesetzesänderung vom 29. September 1968 bestimmt, dass die jeweils in Kraft stehenden Höchstsätze gemäss der Bundesgesetzgebung über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte Anwendung finden. Es stellt sich somit die Frage, ob eine Gesetzesänderung ausreicht, um die in der Konzession festgelegten Wasserzinse erhöhen zu können. Zu prüfen ist dabei die Bedeutung der in der Konzession unter dem Kapitel V. "Allgemeine Konzessionsbestimmungen" aufgeführten Ziff. 21 "Gesetzgebung", welche lautet: "Diese Konzession wird erteilt unter dem Vorbehalt der einschlägigen gegenwärtigen

und zukünftigen Gesetzgebung des Bundes und des Kantons."
b) Zunächst ist in Erinnerung zu rufen, dass das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung einem derartigen allgemeinen Vorbehalt der künftigen Gesetzgebung regelmässig nicht die Bedeutung beigemessen hat, dass gestützt darauf das mit der Konzession eingeräumte Nutzungsrecht in Frage gestellt oder rückgängig gemacht bzw. in seiner Substanz massgeblich beeinträchtigt werden könnte (vorne E. 3c). Das Verwaltungsgericht stützt sich auf die Rechtsprechung betreffend die Restwassermenge. Aus dem Umstand, dass eine massvolle Erhöhung der Mindestabflussmenge die Substanz des durch die Konzession eingeräumten wohlerworbenen Rechts nicht schmälere, hat es abgeleitet, auch eine "massvolle Erhöhung" des Wasserzinses über die in der Konzession vorgesehenen Maximalbeträge hinaus wahre die Substanz des durch die Konzession eingeräumten wohlerworbenen Rechts. Mit dieser Betrachtungsweise werden die Unterschiede zwischen neuen gewässerschutzrechtlichen Anforderungen an die Nutzung der Wasserkraft und einer Erhöhung der dem Konzessionär auferlegten finanziellen Leistungen übersehen. Geht es im ersten Fall um Gründe des öffentlichen Wohls, welche zwar auf die Konzession einwirken, aber auf neuer Erkenntnis beruhen und bei der Erteilung der Konzession noch nicht berücksichtigt werden konnten, steht im zweiten Fall unmittelbar das Leistungsverhältnis zwischen dem verleihenden Gemeinwesen und dem Konzessionär in Frage. Schon in einem wenige Jahre nach Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte gefällten Urteil hat das Bundesgericht die Kürzung der Konzessionsdauer durch Gesetzesänderung als Eingriff in die Substanz des wohlerworbenen Rechts qualifiziert, weil dadurch der Umfang des verliehenen Rechts betroffen ist (BGE 49 I 555 E. 3 S. 584 f.). Das Gleiche trifft grundsätzlich auf die Höhe des Wasserzinses zu. Durch die Konzession wird ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Rechten und Pflichten der Verleihungsbehörde und des Konzessionärs begründet, einem durch Vertrag begründeten Rechtsverhältnis vergleichbar. Die konzessionierte Unternehmung erstellt auf Grund der Konzession ein Werk mit regelmässig beträchtlichen Investitionen, deren Rentabilität über die ganze Konzessionsdauer sich nicht kalkulieren lässt, wenn nicht Sicherheit über die finanziellen Lasten aus der Konzession besteht. Daraus ergibt sich, dass das Gemeinwesen nicht einseitig von der Konzession abgehen und die den Konzessionär treffenden Lasten zu seinen Gunsten erhöhen kann (BGE 57 I 329 E. 2 S. 335; Klett, a.a.O., S. 55), abgesehen davon, dass Glaubwürdigkeit und Vertrauenswürdigkeit des Staates leiden würden, wenn der Staat sich über getroffene Vereinbarungen beliebig hinwegsetzen könnte.

c/aa) Wenn auch das Bundesrecht wohl gerade aus diesen Gründen vorschreibt, dass die Konzession "die dem Konzessionär auferlegten wirtschaftlichen Leistungen wie Wasserzins, Pumpwerkabgabe, Abgabe von Wasser oder elektri-

scher Energie und andere Leistungen" bestimmen soll (Art. 54 lit. f WRG), bedeutet dies nicht, dass sich das verleihende Gemeinwesen nicht die Freiheit wahren könnte, den Wasserzins zu erhöhen. Nach Dubach (a.a.O., S. 109 f.) reicht hiefür eine allgemeine Formel in der Konzession, wonach "die künftige Gesetzgebung" vorbehalten bleiben soll, nicht aus, weil sie nur dahin zu verstehen wäre, dass Änderungen des Konzessionsinhaltes, die nicht den Charakter von Eingriffen in "wohlerworbene Rechte" haben, möglich sein sollen. Ausreichend wäre demgegenüber eine Bestimmung, wonach "der Wasserzins nach Massgabe der jeweiligen Gesetzgebung" festzusetzen sei. Damit würde die Entstehung eines wohlerworbenen Rechts im Bereich des Wasserzinses ausgeschlossen, soweit die Änderung vom Gesetzgeber ausgeht (Dubach, a.a.O., S. 110).

bb) Aufgrund des vertragsähnlichen Charakters der Konzession ist allerdings eine allgemeingültige Betrachtungsweise nicht möglich. Entscheidend ist vielmehr auch bei der Auslegung von Konzessionen, wie im konkreten Fall der Vorbehalt der künftigen Gesetzgebung von den Beteiligten tatsächlich verstanden wurde (wirklicher Parteiwille) oder nach dem Vertrauensgrundsatz verstanden werden durfte und musste (BGE 121 II 81 E. 4a S. 85). Die Vertragsauslegung nach dem Vertrauensgrundsatz ist Rechtsfrage, welche das Bundesgericht auf zivilrechtliche Berufung hin frei überprüfen kann (BGE 125 III 435 E. 2a/aa S. 437; 118 II 365 E. 1 S. 366; 117 II 273 E. 5a S. 278 f.) und deren Überprüfung auch im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde keiner Einschränkung der Kognition unterliegt (Art. 104 lit. a in Verbindung mit Art. 114 Abs. 1 OG). Die Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz erübrigt sich, wenn sich der wirkliche Parteiwille empirisch ermitteln lässt (BGE 125 III 435 E. 2a/aa S. 436 f.). Was die Parteien beim Vertragsabschluss gewusst, gewollt oder tatsächlich verstanden haben, ist Tatfrage; dasselbe gilt für Rückschlüsse auf den inneren Willen, die das kantonale Gericht aus dem nachträglichen Verhalten einer Vertragspartei zieht. Die tatsächliche Ermittlung dieses subjektiven Parteiwillens (subjektive Vertragsauslegung) beruht auf Beweiswürdigung, die der bundesgerichtlichen Überprüfung im Berufungsverfahren entzogen ist (BGE 118 II 365 E. 1 S. 366; 107 II 417 E. 6 S. 418). Und im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist das Bundesgericht an die Feststellung des Sachverhalts gebunden, wenn eine richterliche Behörde als Vorinstanz den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt hat (Art. 105 Abs. 2 OG).

cc) Das Verwaltungsgericht hat zwar angenommen, eine "massvolle Erhöhung" des Wasserzinses wahre die Substanz des durch die Konzession eingeräumten wohlerworbenen Rechtes. Es hat seinen Entscheid aber nicht allein auf diese - fragwürdige - These gestützt, sondern sich darüber hinaus

mit der Frage befasst, wie die vereinbarte Vertragsklausel (Ziff. V/21 der Konzessionsurkunde) von den Beteiligten subjektiv verstanden wurde. Es zog aus dem Verhalten der Beschwerdeführerin nach der Konzessionserteilung den Schluss, dass sie eine Wasserzinserhöhung durch Änderung der Gesetzgebung als nach der Konzession zulässig erachtete. Dazu lässt sich Folgendes sagen:

Die Beschwerdeführerin hat die Erhöhungen des Wasserzinses in der Vergangenheit immer akzeptiert. Sie wendet hiegegen zwar ein, sie habe die bisherigen Erhöhungen hingenommen, weil sich diese im Rahmen der Teuerung bewegt hätten. Dies mag - höchstens - bis ins Jahr 1985 weitgehend zutreffen. Dass die Beschwerdeführerin die daraufhin beschlossene Erhöhung von 20 auf 40 Franken (ab 1986) und mit Wirkung ab 1990 auf 54 Franken unbeanstandet liess, kann keinesfalls mehr damit erklärt werden, dass sie Wasserzinserhöhungen im Rahmen der Teuerung akzeptieren wollte. Vielmehr kann dieses Verhalten letztlich nur so interpretiert werden, dass sie Ziff. V/21 der Konzessionsurkunde in dem Sinn verstand, dass der Wasserzins entsprechend der Änderungen der Gesetzgebung erhöht werden darf. Die Beschwerdeführerin versucht in ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht nicht einmal darzutun, weshalb sie diese massive Erhöhung ab 1986 akzeptiert hat, ohne dazu verpflichtet gewesen zu sein. Eine Rolle mag gespielt haben, dass bei der politischen Aushandlung des Bundesmaximums (von der Teuerungsentwicklung abgekoppelte) Werte bestimmt worden sind, die von den interessierten Kreisen insgesamt noch als tragbar und den Verhältnissen angepasst empfunden wurden, so dass auch Nutzniesser älterer Konzessionen eine Erhöhung des Wasserzinses über das in der Konzession selber Vorgesehene hinaus als angemessen und im Rahmen des Konzessionsverhältnisses insgesamt als gerechtfertigt erachteten. Vorstellbar ist auch, dass die Beschwerdeführerin die Erhöhungen aus anderen "unternehmerischen Überlegungen" nicht bestritt. Dann aber wäre zu erwarten gewesen, dass sie diese gegenüber der Verleihungsbehörde erläutert und klargestellt hätte, zwar bereit zu sein, erhöhte Wasserzinse zu bezahlen, aber dennoch daran festhalte, dass eine Rechtspflicht hiezu nicht bestehe. Derartiges ist aber für den Zeitraum vor 1997 weder geltend gemacht worden, geschweige denn aktenkundig belegt.

Das Verwaltungsgericht hat unter diesen Umständen den Sachverhalt nicht offensichtlich falsch festgestellt, wenn es aus dem Verhalten der Beschwerdeführerin den Schluss zog, ihr wirklicher Parteiwille gehe dahin, dass die Konzession Anpassungen des Wasserzinses entsprechend der Entwicklung des gesetzlichen Maximalzinses gestatte, d.h. im Ergebnis auch reale Wasserzinserhöhungen erlaube.

d) Weil wohlerworbene Rechte nur nach Massgabe der Konzession entstehen und die Konzession nach dem konkreten

Verständnis der Beteiligten die Erhöhung des Wasserzinses durch Gesetzgebung erlaubt, wird durch die vorliegend angefochtene Zinserhöhung kein wohlerworbenes Recht verletzt und damit Art. 43 Abs. 1 WRG nicht missachtet.

5.-
Die Beschwerdeführerin erhebt weitere Rügen, welche unbegründet sind:

a) Zunächst rügt sie, das Verwaltungsgericht habe mit seinem Entscheid bei der Anwendung des kantonalen Wassernutzungsgesetzes den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 2 der Übergangsbestimmungen [ÜbBest.] der alten Bundesverfassung [aBV]von 1874) verletzt. Dazu weist sie vorerst darauf hin, dass Art. 135 Abs. 1 WNG zwar nicht einen weitergehenden Schutz gewähre als Art. 43 Abs. 1 bzw. Art. 74 Abs. 3bis WRG, die Schutzfunktion dieser kantonalrechtlichen Norm aber auch nicht enger sei als diejenige der bundesrechtlichen Bestimmungen. Eine Missachtung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts rügt die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit Art. 135 Abs. 2 WNG, welcher festhält, dass die Konzessionen und Bewilligungen mit den Bestimmungen dieses Gesetzes (Wassernutzungsgesetz) in Übereinstimmung zu bringen sind, soweit öffentliche Interessen dies verlangen. Zwar sah das bernische Recht im Zeitpunkt der Konzessionserteilung noch nicht vor, dass der Wasserzins stets den jeweils in Kraft stehenden bundesrechtlichen Höchstsätzen zu entsprechen hat. Dies ist jedoch seit der Teilrevision des kantonalen Gesetzes vom 29. September 1968 der Fall. Da die Anpassung des Wasserzinses an die jeweils geltende gesetzliche Regelung gestützt auf Ziff. V/21 der Konzessionsurkunde zulässig ist, ist nicht ersichtlich, warum die Erhöhung - unter dem Gesichtspunkt von Art. 2 ÜbBest.aBV - in Form einer formellen Änderung der Konzession und durch die Konzessionsbehörde selber hätte angeordnet werden müssen.

b) Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Legalitätsprinzips, weil das Wassernutzungsgesetz lediglich auf den Höchstsatz nach der Bundesgesetzgebung verweise, ohne den Satz selber festzulegen. Es liesse sich fragen, ob diese Rüge im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde zu erheben wäre; doch besteht ein hinreichend enger Sachzusammenhang zum Bundesverwaltungsrecht, zumal sich die Höhe des Wasserzinses erst aus der Kombination der kantonalen und der bundesrechtlichen Bestimmungen ergibt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bedürfen öffentliche Abgaben der Grundlage in einem formellen Gesetz, wobei zumindest der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen vom Gesetz selber bestimmt werden müssen (BGE 125 I 182 E. 4a S. 193; 124 I 11 E. 6a S. 19, mit Hinweisen). Diesen Anforderungen genügt das bernische Wassernutzungsgesetz. Es bestimmt, dass der jeweilige bundesrecht-

liche Höchstsatz massgebend ist. Damit ist (nebst dem Kreis der Abgabepflichtigen sowie dem Gegenstand der Abgabe) die Höhe der Abgabe hinreichend bestimmt. Ob der zuständige kantonale Gesetzgeber sich für die Festlegung einer Abgabe in jedem Fall damit begnügen kann, vorbehaltlos auf - sich periodisch ändernde - Anordnungen des Gesetzgebers eines anderen Gemeinwesens zu verweisen, braucht nicht abschliessend geprüft zu werden. Vorliegend ist dieses Vorgehen zulässig, weil die massgebliche Anknüpfungsgrösse - der bundesrechtliche Höchstansatz für Wasserzinsen - sich unmittelbar und gerade ausschliesslich auf die fragliche kantonale Abgabe bezieht. Die Frage, wie es sich bei einer allfälligen Streichung des bundesrechtlichen Wasserzinsmaximums verhalten würde, wobei der kantonale Wasserzins nicht mehr bestimmbar wäre, stellt sich für die Beurteilung der vorliegenden Wasserzinserhöhung nicht und ist rein hypothetischer Natur.

c) Schliesslich erachtet die Beschwerdeführerin die Erhöhung des Wasserzinses von Fr. 54.– auf Fr. 80.– pro kW als unverhältnismässig und damit als Verstoss gegen die Eigentumsgarantie. Die Rüge ist schon deshalb unbegründet, weil der bundesrechtliche Höchstansatz für den Wasserzins die Belastungsgrenze darstellt, welche nach Auffassung des Bundesgesetzgebers den Kraftwerken zugemutet werden darf. An die Bundesgesetzgebung ist das Bundesgericht indessen gebunden (Art. 114bis Abs. 3 aBV; ebenso Art. 191 der neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]), und es bleibt für eine Überprüfung der per 1. Mai 1997 angeordneten Wasserzinserhöhung unter dem Aspekt der Zumutbarkeit kein Raum.

6.-
Da sich sämtliche Rügen gegen die Wasserzinserhöhung als unbegründet erweisen und der diese Erhöhung bestätigende Entscheid des Verwaltungsgerichts zu schützen ist, ist auch dem Antrag, das Verwaltungsgericht anzuweisen, über die Rückerstattung des Betrags von Fr. 4'033'965.45 zu entscheiden, die Grundlage entzogen. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist demnach vollumfänglich abzuweisen. Entsprechend diesem Verfahrensausgang sind die bundesgerichtlichen Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.
Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.-
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

2.-
Die Gerichtsgebühr von Fr. 30'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.-
Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion sowie dem Verwaltungs-

gericht des Kantons Bern und dem Bundesamt für Wasserwirtschaft schriftlich mitgeteilt.

_____

Lausanne, 13. April 2000

Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung

des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber: