

BGE 41 II 146

Bundesgericht (BGE), 1915-01-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_41_II_146

FR: ATF 41 II 146

IT: DTF 41 II 146

Volltext

146 Prozessrecht. N° 18. V. PROZESSRECHT PROCEDURE 18. Urteil der staatsrechtlichen Abteilung vom 22. Januar 1915 i. S. Firma Fritz & Co. Kaspar Jenny, Klägerin, gegen Kanton St. Gallen, Beklagten. Begriff der « zivilrechtlichen Streitigkeit » im Sinne des Art. 48 OG. Klage gegen einen Kanton auf Anerkennung eines privaten Wasserrechts, aus dessen Existenz der Kläger seine Befreiung von Konzessionsgebühr und Wasserzins abzuleiten gedenkt. Nichtexistenz des im konkreten Fall beanspruchten Privatrechts, soweit der Beklagte es nicht anerkannt hatte. A. - Am 13./17. Juli 1860 erwarb der Fabrikant Jenny von Glarus, dessen zweite Rechtsnachfolgerin die Klägerin ist, von einem gewissen Eberle in Wallenstadt die sogenannte Nidberger Mühle oberhalb des Dorfes Mels auf dem rechten Ufer der Seez. Der Vertrag bezeichnete als zu den verkauften Realitäten gehörig: « das Bett und die Wasserleitung und Wasserrecht durch das Tobel aus dem Seezbache l). Es steht fest, dass dieses Wasserrecht sich auf ein Gefälle von zirka 10,86 m bezieht, das durch Fassung des Wassers der Seez etwa 300 m talaufwärts der Mühle gewonnen worden war. Die Mühle existiert heute nicht mehr. Dagegen wird der Klägerin das Recht auf die hievor beschriebene Wasserkraft von keiner Seite bestritten. Auch steht fest, dass es sich dabei um ein privates Wasserrecht im Sinne VO! Art. 1 des st. gallischen Gesetzes über Benutzung von Wasserkraften, vom 23. November 1893, handelt, und dass die Klägerin dem Staate für die Benutzung jener Wasserkraft weder eine Konzessionsgebühr noch einen Wasserzins, sondern bloss eine mässige Prozessrecht. 18. 14/ Katastergebühr zu entrichten hätte. Uebrigens ist die Nidberger Mühle - « mit allen den Rechten und Gerechtigkeiten, mit Stützen und Beschwerden, wie selbige Grundstücke die Verkäufer und ihre Vorfahren eingehabt haben l), - womit offenbar u. a. die Wasserkraft gemeint war, - bereits in einem bei den Akten befindlichen Kaufvertrag vom 30. August 1812 erwähnt. Im Jahre 1866 beabsichtigte die Firma Joh. Heer in Glarus, auf dem gleichen Ufer der Seez, jedoch (vertikal gemessen) etwa 30 m höher, eine Spinnerei und Weberei zu errichten. Um sich das hiefür in Aussicht genommene Gefälle von 160 bis 105 m zu verschaffen, wollte sie das Wasser der Seez etwa 1 km talaufwärts beim sogenannten Stulzrunsfass und mittels eines Stollens bis in die Nähe der zu errichtenden Fabrik leiten. Ueber dieses Projekt fanden zunächst Unterhandlungen mit der Ortsgemeinde Mels, sowie mit der Firma Enderlin & Jenny (d. h. der unmittelbaren Rechtsvorgängerin der Klägerin) statt. Um die Interessen der beiden Geschäftsfirmen in Einklang zu bringen, wurden folgende beiden Eventualitäten ins Auge gefasst: a) dass der Firma E. & J. das gesamte Abwasser der Heer'schen Fabrik in einer Höhe von zirka 20 m über der alten Mühlenwasserfassung zur Verfügung gestellt werde, wodurch das zur Disposition der genannten Firma stehende Gefälle auf zirka 30 m erhöht wurde; b) dass dieses Abwasser auf Kosten der Firma Joh. Heer all die alte Fassungssteile der Mühlenwasserleitung zurückgeführt werde. Gleichzeitig suchte die Firma Enderlin & Jenny für den Fall der Nichtausführung des Heer'schen Projektes eine Konzession zu

erhalten, wonaeh sie berechtigt ge- wesen wäre, behufs Erlangung eines Gefälles von eben- falls zirka 30 m das gesamte Wasser der Seez zirka 500 m talaufwärts (beim (i Vordem Sehlössli li) zu fassen. Ueber die damaligen Absichten der Firma Enderlin & Jenny äusserte sich in einer Sitzung des « Ortsver- 148 Prozessrecht. N° 18. waltungsrateS) } Mels vom 29. Dezember 1866 d~r Präsi- dent dieser Gemeindebehörde laut Protokoll wie folgt: {(Auch Herr Landrat C. Jenny an der Ziegelbrücke » bei Niederurnen als Chef der Firma Enderlin & Jenny, » welche bekanntlich schon vor Jahren die obere Mühle » im Dorf zu Mels als Eigentum erworben, habe an ihn)) das Gesuch gerichtet, dass ihm auf dem Gebiete der)) Ortsgemeinde Wasser- und Baurecht zur Erstellung » und zum Betrieb eines industriellen Etablissements » an der Stelle jener Mühle oder deren Umgebung er-)) teilt werden möchte. Es sei dieser von genannten » Herren freilich längst gehegten Entschluss dadurch » wesentlich gefördert worden, dass die Verwaltung sich » ihrer angenommen und im projektierten Vertrag der » Gemeinde mit der Firma Heer ihnen ein Recht auf » das vom Heer' sehen Wasserwerke abfallende Wasser » ausgewirkt habe, welches Recht denselben für ihr Bau- » projekt wohl zu statten kommen werde. :- Nach .dem » bereits skizzierten Konzessionsvertrag mIt der Firma » Enderlin & Jenny würde dieser folgende Punkte ent- » halten: «1. Die Gemeinde erteilt unter Vorbehalt hoheitrecht- » licher Genehmigung obgenannter Firma das Recht, das » Wasser des Seebaches insoweit und für solange als es » von der Firma Johannes Heer zufolge Vertrag nicht in » Anspruch genommen wird, ,in de: Umg~ge~d des so-)) genannten vorderen Schlössli an emer beltebigen Stelle » im Bachtobel, von wo aus ein Gefälle von 100 Fuss) erhältlich wird, aufzufangen und zu beziehen. » Am 18. Januar 1867 wurden auf Grund der gepflo- genen Unterhandlungen folgende zwei Verträge abge- schlossen: a) Vertrag zwischen der Orts?emeinde Me I s und der F i r m a J O h. H e e r, mIt folgenden hier in Betracht kommenden Bestimmungen: {II. Die Gemeinde erteilt unter Vorbehalt hoheitlicher » Genehmigung der Firma des Herrn Johannes Heer das Prozessrecht. N° 18. 149 » Recht, das sämtliche Wasser des Seebaches hinterhalb » des Sturzruns, ungefähr an der Stelle, wo Anton Meli' s)) Wald und der Gemeindewald zusammenstossen, zum » Zweck des Fabrikbetriebes, zu fassen und zu beziehen » und die dazu nötigen polizeilich zulässigen Vorrich- » tungen auf Gemeindeboden zu erstellen, worunter auch » die Errichtung eines Schwellwuhres zu verstehen ist. « 6. Dagegen versprechen die Herren Unternehmer: « a) Auf den bereits angekauften Liegenschaften im » Steigs ein Fabriketablissement zu errichten, in welchem)) wenigstens 150 bis 200 Arbeiter beschäftigt \werden » könnten; « b) Diese Fabrik innerhalb der nächstfolgenden vier » Jahre - bei sich ergebenden, besondern Hindernissen » aber innert acht Jahren - von dato an, zu erstellen » und in Betrieb zu setzen und zwar bei Verlust der- » jenigen Rechte, welche ihnen durch diesen Vertrag » eillgeräum t werden; . « 7. Endlich verpflichtet sich die Firma des Herrn » Johannes Heer, das von ihrer Turbine abfliessende » Wasser in der Richtung gegen Frallz Guggen Haus, » auf einen vom Verwaltungsrat zu bestimmenden Höhe- » punkt zu leiten, von wo aus für die Mühle der Herren » Enderlin & Jenny, oder ein anderes Gewerke, an dieser » Stelle ein Gefälle von 100 Fuss erzielt werden kann, » und zwar gerechnet auf die Sohle des jetzigen Mühlen- » wasser-Abflusses. « Die Wasserleitung wird bis zu dem oben bezeichneten » Punkt auf Kosten der Herren Unternehmer erstellt. » Die allfällig nötige Fortsetzung, nebst anzubringendem) Leerlauf fällt dagegen zu Lasten der Herren Enderlin » & Jenny, welchen dort das Wasser, natürlich in völlig » unnachteiliger Wei~e für Herrn Johannes Heer, zur » Fassung und weitem Benutzung überlassen wird. Sollten » aber die Herren Enderlin & Jenny von dem ihnen durch »diesen Artikel eingeräumten Recht auf das Abwasser 150

Prozessrecht. N° 18. »keinen Gebrauch machen wollen, worüber sie sich zu }) Händen der Herren Unternehmer auszusprechen pflich- }) tig sind, bevor diese die Arbeiten zur Ableitung des I) Wassers beginnen, so haben dieselben das Abwasser }) ins B acht ob el dahin abzuleiten, wo gegenwärtig die }) Wasserleitung für das erwähnte Mühlenwerk staU- I) findet . . .) b) Vertrag zvdschen der Ortsgemeinde Mels und der Firma Enderlin & Jenny, mit folgen- den für diesen Prozess wesentlichen Bestimmungen: « 1. Die Gemeinde erteilt hiemit unter Vorbehalt » hoheitlicher Genehmigung obgenannter Firma das I) Recht, das Wasser des Seezbaches insoweit, und so- l) lange es VOLL der Firma des Herrn J ohannes Heer in }) Glarus illfolge Vertrag. vom 18. Januar 1867 nicht in I) Anspruch genommen wird, in der Umgebung des so- » nannten vorderen Schlössli, a;} einer beliebigen Stelle » im Bachtobel, von wo aus ein Gefälle von 100 Fuss er- I) hältlich wird, aufzufassen und zu beziehen und die dazu » nötigen Vorrichtungen auf Gemeindeboden zu erstellen, }) wcrunter auch die Errichtung eines Schwellwuhres » verstanden ist ({ 3. Sollte den Herren EnderHn & Jenny bewilligt » werden, aus der WasserleitUIJg des Herrn Jo.hall 11eS » Heer das zu ihrem Fabrikbetrieb nötige Wasser be- » ziehen zu dürfen, oder wenn die genannten Unler- » nehmer von dem laut Vertrag zwischen der Firma » Heer und der Gemeinde vom 18. Januar 1867 ihnen » zustehende Recht auf das vom Triebwerk der Ersteren » abfliessende Wasser Gebrauch machen wollten, so sind » dieselben in gleicher Weise zur Fassung und Fortlei- » tung des Wassers auf Gemeindegoden berechtigt. « 8. Dagegen versprechen die Herren Enderlin & J enny: « a) Innerhalb der nächsten zehn Jahre, von dato an, I) an der Stelle ihrer Mühle, oder an einem beliebigen » andern Orte der Umgebung, ein Fabriketablissement » zu errichten, in welchem 150 bis 200 Personen be- Prozessrecht. N° 18. 151 » schäftigt werden können und zwar bei Verlust der- » jelligen Rechte, welche ihnen durch diesen Vertrag » eingeräumt werden . . I) Am 6. Februar 1867 übermittelte der Ortsverwaltungs- rat Mels diese beiden Verträge dem Regierungsrat des Kantons St. Gallen behufs Erteilung der « hoheitlichen Genehmigung I). Dabei bemerkte er u. a. : « Der Vertrag mit der Firma Enderlin & Jenny hat » hinsichtlich Fassung und Bezug von Wasser aus » dem Seezbach keine wesentliche Bedeutung, indem » ihnen diesfällige Rechte nur eventuelliter (sic!) einge- » räumt werden in Erweiterung derjenigen, welche sie als » Besitzer der am Ausgang des Seezbachtobels bestehen- I) den Mühle schon besitzen. . I) Der Regierungsrat erteilte darauf am 9. März 1867 den beiden Verträgen die « hoheitliche Genehmigung I), jedoch nur « insoweit sie die ökonomischen Interessen der Ortsgemeinde Mels beschlagen I). Im übrigen fasste er die beiden « Verträge» als ein Konzessionsgesuch auf und erledigte dieses zunächst (am 1. Mai 1867) durch folgenden Beschluss: « Es sei die für die Firma Samuel Heer von Glarus » und Enderlin & JenllY von Xiedcrurnen nachgesuchte » W. asserrechtskonzession für ihre in der Gemeinde Mels » am Seezbache zu errichtenden Etablissements unter I) folgenden Bedingungen erteilt: (.5. Der Staat behäll sich vor, in beliebiger Zeit von I) den Konzessionären oder ihren Rechtsnachfolgern ein I) für allemal oder periodisch eine Konzessionsgebühr zu » erheben, im letztem Falle rückwirkend bis zum Tage » der Konzessionserteilung. « 6. Die gegenwärtige Konzession erlischt, wenn innert » der Frist von zwei Jahren, von deren Erteilung an ge- I) rechnet, kein Gebrauch gemacht wird. » Dieser Beschluss wurde in dem Register (, Auszüge aus den regierungsrätlichen Protokollen über Wasserrechts- 152 Prozessrecht. N° 18. konzessionen 1859-1901) } folgendermassen zusammen- gefasst: . « Konzession um Errichtung eines Kanals zum BetrIebe }) industrieller Etablissements. «(Konzessionär: Heer Glarus und Enderlin & Jenny, » Niederurnen. « Datum der Konzession: 1. Mai 1867. «(Wasserzins, Ziff. 5 des Dispositivs : Der Staat behält }) sich vor, in beliebiger Zeit von den

Konzessionären » oder ihren Rechtsnachfolgern ein für allemal oder » periodisch eine Konzessionsgebühr zu erheben, im » letztem Falle rückwirkend bis zum Tage der Konzessionserteilung. . . » Der Ortsverwaltungsrat Mels suchte eine Abänderung der Konzessionsbedingungen zu Gunsten der Firma Enderlin & Jenny zu erwirken und schrieb dem Regierungsrat zu diesem Zwecke am 29. Mai 1867 : « Die Herren Enderlin & Jenny sind als Besitzer der » am Ausgang der Seezchlucht oben im Dorfe stehenden » Mühle bereits im Besitz einer bedeutenden Wasserkraft, » welche auch zum Betrieb eines anderen Gewerbes » benützt werden kann und wofür sie einen gehörigen » Rechtstitel besitzen. . . » Im weitem steht für die Herren Enderlin & Jenny in Aussicht, von der Firma Heer die Bewilligung zum » Bezug von Wasser aus dieser letzteren Wasserleitung • zu erhalten, für welchen Fall den genannten Herren » bereits im Vertrag mit der Gemeinde Baurechte einge- » räumt worden sind. » Endlich haben sie laut Vertrag der Gemeinde mit » der Firma Heer (Art. 7) das Recht auf den Bezug des » Abwassers vom Heer'schen Etablissement, welches » seitwärts der Mühle auf eine Anhöhe zu stehen kommt. » Es geht daraus hervor, dass die Herren Enderlin » & Jenny das zum Fabrikbetrieb erforderliche Wasser ! » auf verschiedene Weise sich verschaffen können ohne » eine Wasserrechtskonzession zu bedürfen, und es hat Prozessrecht. No 18. 153 » alle Wahrscheinlichkeit für sich, dass sie, wenn sie an » der Stelle ihrer alten, schadhaften Mühle ein indu- » strielles Gewerbe errichten, zum Zwecke dessen Betriebs » die oben genannten Wasserbezugsquellen benutzen » werden. . » Um aber auf alle mögliche Fälle des Bedürfnisses » fürzusorgen, suchen die Herren Enderlin & Jenny auch » um ein Recht nach, auf das dem Seebachtobel fließende Wasser, soweit es von Herrn Heer hinten im » Tobel nicht bezogen werden sollte; und dieses Wasser- » recht kann einzig Gegenstand der Konzessionierung » sein. » Der Regierungsrat änderte darauf die Art. 5 und 6 der von ihm am 1. Mai festgesetzten Konzessionsbedingungen folgendermassen ab: « Art. 5: Der Regierungsrat behält sich vor, von den » Konzessionären eine Konzessionsgebühr nach gesetzlichen Bestimmungen zu beziehen. Hiebei wird den » Konzessionären die Erklärung abgegeben, dass, falls 1) für die Konzessionsgebühr eine Skala aufgestellt werde, » von den Konzessionären nur das Minimum derselben » erhoben und daran keine den Geschäftsbetrieb hem- » mende Bedingung geknüpft werde. » Art. 6: Die gegenwärtige Konzession erlischt, wenn » innert der Zeitfrist von 2 Jahren, von der Erteilung » an gerechnet, die zur Benützung derselben erforderlichen » Arbeiten nicht begonnen haben werden. » Nachdem sich die Erstellung der Heer'schen Fabrik um mehrere Jahre verzögert hatte, verlangte die Firma Joh. Heer im Jahre 1873 von der Firma Enderlin & Jenny, dass sie nunmehr das ihr zustehende Wahlrecht betreffend Abnahme des Abwassers der Heer'schen Fabrik ausübe. Dies geschah darauf seitens der Firma Enderlin & Jenny in dem Sinne, dass sie sich für die Abnahme des Wassers unmittelbar bei dessen Ausfluss aus den Turbinen der Heer'schen Fabrik (zirka 18,73 m über der alten Mühlenwasserfassung) entschloss. 154 Prozessrecht. N° 18. Darauf wurde die Heer'sche Fabrik fertiggestellt. Von der Firma Enderlin & Jenny wurden dagegen keine An- » stalten zur Benutzung des Abwassers der Heer'schen Fabrik getroffen. Dieses Abwasser fällt auch heute noch unbenutzt in einem einzigen Wasserfall von der Ausfluss- » stelle in die Talsohle hinunter. B. - Am 1. September 1910 hat die Firma Fritz & Caspar Jenny als Rechtsnachfolgerin der Firma Enderlin & Jenny unter Berufung auf Art. 48 Ziff.4 OG folgendes Klagebegehren beim Bundesgericht eingereicht: « Ist gerichtlich zu erkennen, Klägerschaft besitze ein » unbedingtes und unbefristetes privates Nutzungsrecht » an der Seez, all' das Wasser abzunehmen, das von dem » Etablissement Heer (jetzt Schuler, Heer & Oe) nicht »

abgeleitet wird, und ab' das Wasser, das von letzterem » Etablissement als Abwasser kommt, und zwar letzteres)} oberhalb der Mühle mit einem Gefälle von zirka 100 >t Fuss, und sei nicht pflichtig, hiefür und für die Nut-)} zung dieser \Vasserkraft Konzessionsgebühren nnd einen)} \Vasserzins oder eines von beiden zu zahlen, unter • Kostenfolge ?» Die Klägerin tat dieses Begehren -damit begründet, dass die gegenwärtig vorhandene, bis jetzt unbenutzte Wasserkraft von zirka 29,59 m Gefälle bloss eine Modifikation ihres alten privaten Mühlen-\Vasserrechtes sei; die Erhöhung des Gefälles : 'Oll 10,86 auf 29,59 m sei weiter nichts als eine Kompensation für die der Firma Enderlin & Jenny aus der Errichtung der Heer'schen, nunmehr Schuler Heerschen Fabrik erwachsenen ~-Ich teile. Handle es sich aber danach bei der ganzen \Vasserkraft von zirka 29,59 m Gefälle um ein altes privates Wasserrecht, so sei die Klägerin nach Art. 1 des Gesetzes über die Benutzung von \Vasserkraften, vom 23. November 1893, von Konzessionsgebühren und \Vasserzins befreit. Demgegenüber hat der Kanton St. Gallen in seiner Prozessrecht. N° 18. 155 Klagbeantwortung unter Anerkennung der Kompetenz des Bundesgerichts beantragt: «Die Klage sei abzuweisen, soweit darin mehr ver- » langt wird, als die Anerkennung bzw. Feststellung des » privaten Rechts auf wasserzins- und konzessionsgebüh- » renfreie Ausnützung der Wasserkraft an der Seez von » der Höhe der 'Vehrkrone der alten Mühlewasserzulei- » tung bis zur Sohle des Mühlewasserabschlusskanals, » unter Kostenfolge für die Kläger? >t Dieses Begehren wird damit begründet, dass die Benutzung des Mehrgefälles von zirka 18,73 m nur auf Grund einer eigentlichen Konzession zulässig sei. Eine solche habe in dem Regierungsbeschluss vom 1. Mai 1867 gelegen, sei aber infolge Nichtbenutzung dahingefallen. Die Replik enthält um Schlusse die Bemerkung: « Nur eventuell wird der Standpunkt eingenommen, 1) dass im Art. 7 unter allen Umständen eine unbefristete 1) und unbedingte Konzession für das vermehrte Gefälle des Abwassers liegt. » C. - Anlässlich eines von der Instruktionskommission des Bundesgerichts am 14. Oktober 1911 abgehaltenen, mit Augenschein verbundenen Rechtstages haben die Parteien übereinstimmend erklärt, die Streitfrage « spitze sich darauf zu, ob das 18,73 m betragende Gefälle vom Punkt A bis zur Fassung des alten Mühlekanals, bzw. die Differenz zwischen dem Gefälle dieses alten Mühlekanals (10,86 m) und dem gegenwärtig zur Verfügung stehenden Gefälle (29,59 m), den Gegenstand einer vom Staat gegen Entgelt zu erteilenden Konzession bilde, für deren Ausnützung ein jährlicher Wasserzins zu entrichten wäre, oder ob es sich dabei lediglich um eine Abänderung des frühem \Vasserrechtes handle, dessen neue Gestaltung der Staat ohne weiteres anzuerkennen hätte, und für welches von der Klägerin bloss die gesetzliche Katasterggebühr zu entrichten wäre.» Diese 156 Prozessrecht. N° 18. Erklärung wurde von den Parteien in dem Sinne abgegeben, dass daraus « nicht auf eine Änderung der Rechtsfragen und der Rechtsstandpunkte gegenüber den Prozessschriften geschlossen werden» dürfe, und dass « die Massangaben keine definitiven)} seien. D. - Ein vom Kantonsgericht des Kantons St. Gallen am 23. März 1914 erstatteter Amtsbericht gibt über die Grundsätze des st. gallischen Wasserrechtes Auskunft. Die für den vorliegenden Fall in Betracht kommenden Bestimmungen der st. gallischen Wasserrechtsgesetzgebung lauten: Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes über Benutzung von Gewässern, vom 23. November 1893: . « Sämtliche im Gebiete des Kantons befindliche Flüsse, » Bäche und Seen unterstehen dem Hoheitsrechte des i} Staates. Ihre Benützung zu Wasserwerken und zu » anderen gewerblichen Zwecken (Art. 7) unterliegt, so- i) weit nicht gegenteilige. Privatrechte geltend gemacht » werden können, den Vorschriften dieses Gesetzes. ;) Art. 2 Abs. 1 desselben Gesetzes: «Zur Erstellung » einer neuen

Wasserwerksanlage ist die Bewilligung der » Staatsbehörde (Konzession) erforderlich. »
 Art. 6 Abs. 1 desselben Gesetzes: «Für jede Pferde- ; } stärke des aus Gefälle und mittlerem
 Niederwasser zu)) ermittelnden absoluten Effektes einer Wasserkraft wird » bei der
 Konzessionserteilung eine einmalige Gebühr » von fünf bis fünfzehn Franken und sodalln
 ein jähr- » licher "Vasserzins von zwei bis fünf Franken erhoben. » Art. 16 Abs. 1 und 2
 desselben Geselzes: « Zur Er-) } mittlung aller zur Zeit bestehenden Wasserrechte wird))
 sofort nach Inkrafttreten dieses Gesetzes ein nach 11 Flussgebieten geordneter
 Wasserrechtskataster aufge-)) nommen. In denselben müssen die Berechtigten innert ;) der
 Frist von 5 Jahren a dato einer zu erlassenden » öffentlichen Aufforderung ihre
 Wasserrechte eintragen » lassen. ; } Wird ein behauptetes Wasserrecht bestritten, so
 Prozessrecht. No 18. 157 » hat der Ansprecher innert Jahresfrist seinen Rechts- i) anspruch
 gerichtlich anhängig zu machen, sodann den » Rechtsstreit ohne erheblichen Unterbruch
 durchzu- i) führen und nach rechtskräftigem Urteilsspruch im i) Falle des Obsiegens die
 Eintragung zu bewirken.)) Art. 3 des R e g u I a t i v s für die F e s t s t e l l u n g der "V a s s e r
 z i n s e n u n d d e r W a s s e r r e c h t s - K o n z e s s i o n s g e b ü h r e n, vom 5. Oktober 1900 :
 « Vom \Vasserzinse befreit sind diejenigen \Vasser-) werke und Anlagen, für welche der
 Nachweis erbracht i) } wird, dass im Sinne von Art. 18 der Kantonsverfas-) sung und Art. 1
 des Gesetzes über die Benützung der » Gewässer ein Privatrecht auf zinsfreie Benützung
 des » betreffenden Gewässers besteht. I) Art. 1 Satz 1 des Nachtragsgesetzes betref- f e n d
 die W a s s e r z i n s e, die K o n z e s s i o n s - u n d die W a s s e r r e c h t s k a t a s t e r g e b ü h r e n,
 vom 24. November 190;) : « Für die vor dem Jahre 1860 errichteten 'Wasser-) werke
 werden weder Wasserzinse noch Konzessions- » gebühren erhoben I) Art. 5 desselben
 Gesetzes: « Die zinspflichtigen Wasser- » werksanlagen werden für die Berechnung des
 Wasser-)) zinses innert der Grenze von 2 bis 5 Fr. in sieben ; } Klassen eingeteilt, und es
 sind per Pferdestärke zu i) bezahlen : in der I. Klasse Fr. 5)) I) H. i) » i) III. I) » IV. »))
 » V. » » » VI. » » » VII. » » » der Wasserzins beträgt bei)) 4 Fr. » 4 50 i) 4 » 3 50 » 3 - » 2 50
 » 2 - jeder Anlage mindestens Art. 6 desselben Gesetzes: « Für die Berechnung der i)
 Konzessionsgebühren werden die Wasserwerksanlagen 158 Prozessrecht. N° 18.)) innert
 der Grenze von 5 bis 15 Fr. in fünf Klassen » eingeteilt, und es sind per Pferdestärke zu
 bezahlen: in der I. Klasse Fr. 15 -)) i) H. i) » 12- »)) III.)} I) 9 -)) I) IV.)} » 7- i) i) V.»))
 5- Art. 10 desselben Gesetzes: « Von den zinsfreien Was- » serwerksanlagen wird eine
 jährliche Wasserrechtskata- » stergebühr erhoben, sie beträgt 1 Fr. per Pferdestärke, » für
 eine Anlage jedoch wenigstens 2 Fr. und höchstens i) 200 Fr. » Art. 8 des R e g u I a t i v s
 für die F e s t s e t z u n g u n d d e n B e z u g d e r \V a s s e r z i n s e, K o n z e s s i o n s - u n d W a s
 s e T r e c h t s k a t a s t e r g e b ü h r e n, vom 8. September 1906 : (I Für die vor dem Jahre
 1860 errichteten \Vasser- » werke werden weder \Vasserzinse noch Konzessions-)
 gebühren erhoben. Soweit jedoch für einzelne V{ asser- » werksanlagen vor dem Jahre
 1860 eine Konzession » mit Zinsvorbehalt erteilt wurde, fallen solche An- I) lagen ebenfalls
 unter die nachstehenden Bestimmungen.) Für die in den Jahren 1860 bis 1894 erstellten
 Wasser- » werksanlagen, mag für sie eine Konzession mit Zins- » vorbehalt erteilt worden
 sein oder nicht, tritt eine » Herabsetzung des \Vasserzinses um drei Klassen, also) um 1 Fr.
 50 Cts. per Pferdestärke ein (Art. 5), immer-) hin unter Beibehaltung des Minimums VOll
 2 Fr. per » Pferdestärke. I) Die Konzessionsgebühren für die Anlagen aus den » Jahren 1860
 bis 189:1 sind auf das Minimum von 5 Fr. I) per Pferdestärke anzusetzen. I) Die vor dem
 Jahre 1894 erfolgten Erweiterungen » von \Vasserwerksanlagen sind hinsichtlich der
 Wasser-)) zinse und Konzessionsgebühren wie die Neuerrichtung » solcher Werke zu
 behandeln. Prozessrecht. N° 18. 159 » (Art. 1-4 des Nachtragsgesetzes vom 1. Januar) }

1906). i) E. - Nach einem bei den Akten liegenden Bericht des kantonalen Wasserrechtsingenieurs vom 27. Februar 1908 beträgt die streitige Wasserkraft 178,3 Brutto- pferdestärken oder, bei 75 % Nutzeffekt, 133,7 Netto- pferdestärken. Das Bundesgericht zieht in Erwägung: 1. - In erster Linie, und zwar von Amteswegen (trotz der Anerkennung der Kompetenz des Bundes- gerichts durch den Beklagten), ist festzustellen, ob und inwieweit eine zivilrechtliche Streitigkeit im Sinne des Art. 48 OG vorliegt. Hierbei ist nach konstanter Praxis nicht sowohl auf die Form des Klag- begehrens, als vielmehr auf die Natur des streitigen Anspruchs abzustellen. Streitig ist im vorliegenden Falle zunächst die Frage, inwieweit der Klägerin an dem (abgeleiteten oder nicht abgeleiteten) Wasser der Seez ein privates Nutzungsrecht zustehe. Ueber die weitere Frage, ob dieses private Nutzungsrecht, insoweit es vom Bundes- gericht anerkannt werden sollte, gebührenpflichtig sei, besteht zwischen den Parteien kein Streit; vielmehr sind sie darüber einig, dass dafür weder eine Konzessionsgebühr noch ein Wasserzins, sondern lediglich eine müssige Katastergebühr zu entrichten sein wird. Ebenso stimmen die Parteien darin überein, dass umgekehrt III dem Masse, wie die Existenz eines privaten Nutzungs- rechts vom Bundesgericht verneint werden sollte, die in Frage stehende Wasserkraft nur gegen Entrichtung einer Konzessionsgebühr und eines Wasserzins ausgebeutet werden können. Streift es dagegen wiederum die Höhe der in diesem Fall zu bezahlenden Gebühren, indem die Klägerin unter allen Umständen 160 Prozentsatz des Prozentsatzes N^o 18. die Anwendung der gesetzlichen Minimalsätze verlangt, während der Beklagte sich die Entscheidung über vorbehält. Und streitig ist endlich, ob die Klägerin (nach der Formulierung in der Replik, S. 9). (I eventuell » im Besitze einer « unbefristeten und unbedingten Konzession für das vermehrte Gefälle des Abwassers » sei, oder ob sie für dieses vermehrte Gefälle erst noch um eine Konzession nachsuchen müsse, für deren Erteilung oder Verweigerung Art. 2 des Wasserrechtsgesetzes vom 23. November 1893 massgebend wäre. Nun ist zunächst klar, dass die Meinungsverschiedenheit der Parteien über die beiden letztem Punkte (Konzessionsrecht und Höhe der Gebühren) sich auf die Streitigkeit rein öffentlichrechtlicher Natur quahfiziert. Ueber diese beiden Punkte liegen denn auch keine Rechtsbegehren vor. Insbesondere kommt der in der Replik enthaltenen Bemerkung betreffend das eventuell beanspruchte « unbefristete und unbedingte Konzessionsrecht) nicht die Eigenschaft eines förmlichen Rechtsbegehrens zu (dessen Anbringung in der Replik übrigens nach Art. 46 eidg. ZPO nicht mehr zulässig gewesen wäre). Zu Zweifeln kann dagegen die rechtliche Natur der streitigen Streitfrage Anlass geben, der Frage nämlich, ob und inwieweit der Klägerin an dem Wasser der Seez ein privates Nutzungsrecht zusteht? nach der Stellungnahme der Parteien deckt Sie sich mit der andern Frage, ob und inwieweit die Klägerin für die Benutzung der in Betracht kommenden Wasserkraft eine Konzessionsgebühr und einen Wasserzins zu entrichten habe. Diese letztere Frage ist zwar, wie bereits konstatiert, insoweit nicht streitig, als der Beklagte für denjenigen Teil der Wasserkraft, in Bezug auf welchen der Klägerin ein Privatrecht zuerkannt werden sollte, keinen Anspruch auf Gebühren erhebt. Nichtsdestoweniger hat aber einerseits die Klägerin in Bezug auf diesen Punkt ein förmliches Rechtsbegehren gestellt, andererseits der Prozessrecht N^o 18. 161 Beklagte, formell wenigstens, die Abweisung dieses Rechtsbegehrens verlangt, insoweit es sich auf eine andere Wasserkraft als diejenige bezieht, an welcher der Beklagte selbst der Klägerin ein privates Nutzungsrecht zuerkennt. Das Bundesgericht ist daher genötigt, auch in dieser Beziehung die Kompetenzfrage zu entscheiden. 2. - Wird von der bisherigen Praxis über den Begriff der zivilrechtlichen Streitigkeit im Sinne des Art. 48 OG ausgegangen, so ist

die Kompetenz des Bundesgerichts jedenfalls in Bezug auf den ersten Teil des klägerischen Rechtsbegehrens (Bestand des behaupteten privaten Nutzungsrechts) zu bejahen. Denn danach genügt es, wenn der Kläger die Feststellung der Existenz eines Privatrechts verlangt und der Beklagte die Existenz dieses Privatrechts bestreitet, und es tut der zivilrechtlichen Natur des Rechtsstreites der Umstand keinen Abbruch, dass die Parteien die Frage der Existenz eines Privatrechts dem Bundesgericht vielleicht nur deshalb unterbreiten, weil ihre Entscheidung für diejenige einer öffentlichrechtlichen, insbesondere einer steuerrechtlichen Streitigkeit präjudiziell zu sein scheint. (Vergl. BGE 27 II S. 687 Erw. 1, 39 II S. 451 Erw. 2.) An dieser Auffassung ist festzuhalten. Allerdings entspricht es sonst dem Standpunkte der schweizerischen, wie auch der deutschen (im Gegensatz zur französischen) Doktrin und Praxis, dass die Kompetenz zur Entscheidung einer Präjudizialfrage demjenigen Richter zuerkannt wird, der zur Entscheidung der Hauptfrage kompetent ist, und es liesse sich gerade in einem Falle wie dem vorliegenden das Verhältnis zwischen der Frage nach der Existenz eines Privatrechts einerseits und der davon abhängigen steuerrechtlichen Frage anderseits sehr wohl als dasjenige einer Vorfrage zur Hauptfrage qualifizieren; denn es unterliegt keinem Zweifel, dass hier die Anerkennung der Existenz eines Privatrechts wesentlich nur im Hinblick auf die dadurch präjudizierte Frage der Gebührenfreiheit verlangt wird. AS 41 II - 1915 11 132 Prozessrecht. N° 18. Indessen ist es doch auch denkbar, dass derjenige, der die Anerkennung eines privaten Nutzungsrechts an einer Wasserkraft verlangt, mit diesem seinem Rechtsbegehren noch andere praktische Zwecke verfolgt, als die Anerkennung der mit dem beanspruchten Privatrecht verbundenen Gebührenfreiheit. Da er aber überhaupt nicht verpflichtet ist, über die mit seiner Klage verfolgten praktischen Zwecke Auskunft zu geben, und der Richter seinerseits weder das Recht noch die Pflicht hat, in dieser Hinsicht Nachforschungen anzustellen, so lässt es sich sowohl vom praktischen als auch vom grundsätzlichen Standpunkte aus rechtfertigen, das Vorhandensein einer zivilrechtlichen Streitigkeit überall da zu bejahen, wo einerseits die Anerkennung eines Privatrechts verlangt, anderseits die Existenz dieses Privatrechts bestritten wird. Dies war denn auch zweifellos, entsprechend der damaligen Doktrin, der Standpunkt des Art. 110 BV und des Art. 27 OG 1874. Da nun Art. 48 OG 1893 in seinem Ingress - wesentlich gleich lautet wie Art. 27 OG 1874 und wie Art. 110 BV, der Nachsatz in Art. 48 Ziff. 4 OG 1893 aber eher auf die Absicht einer Ausdehnung als einer Einschränkung der Kompetenz des Bundesgerichts bei Streitigkeiten zwischen Kantonen und Privaten hindeutet, so ist anzunehmen, dass auch dem heutigen Art. 48 - im Gegensatz zu Art. 56; vergl. über diesen Gegensatz: BGE 10 11 S. 86; vielleicht auch im Gegensatz zu Art. 52 - jene etwas weite Auslegung des Begriffs der Zivilrechtsstreitigkeit zu Grunde liegt. Von dieser Auslegung abzugehen, besteht - trotz der Wandelung, die sich seither in den Anschauungen über die Ausscheidung zwischen Privat- und öffentlichem Recht vollzogen hat - hier, wie in andern Grenzfällen (vergl. z. B. betreffend Steuerprivilegien: BGE 14 II S. 642, 26 II S. 862 f. Erw. 1, 31 I S. 260, 31 11 S. 131, 38 II S. 737) jedenfalls solange kein genügender Anprozessrecht. N° 18. 163 lässt, als nicht im ganzen Gebiet der Eidgenossenschaft oder doch in der überwiegenden Mehrheit der Kantone für die Entscheidung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten eine unabhängige Instanz gegeben sein wird. Denn es ist unverkennbar, dass durch Art. 110 Ziff. 4 BV, bzw. 27 Ziff. 4 OG 1874 und 48 Ziff. 4 OG 1893, für Streitigkeiten zwischen Privaten oder Korporationen einerseits und Kantonen anderseits dieselbe Gewähr eines unparteiischen Richters geschaffen werden wollte, die heute durch die Institution der Verwaltungsgerichte oder durch die Zuweisung verwaltungsrechtlicher

Streitigkeiten an die Zivilgerichte erstrebt wird. Auf die vorliegende Klage ist daher, wenn der gesetzliche Streitwert von 3000 Fr. vorhanden ist, insoweit einzutreten, als darin die Anerkennung eines unbedingten und unbefristeten privaten Nutzungsrechtes an der Seez verlangt wird, wie dies im ersten Teil des klägerischen Rechtsbegehrens geschieht. Was dagegen den zweiten Teil dieses Rechtsbegehrens betrifft (die Klägerin sei nicht pflichtig, für die beanspruchte Wasserkraft eine Konzessionsgebühr und einen Wasserzins oder eines von beiden zu bezahlen), so kann darauf deshalb nicht eingetreten werden, weil es sich dabei lediglich um eine öffentlichrechtliche, speziell steuerrechtliche Konsequenz aus der Existenz des behaupteten Privatrechts handelt, welche zu ziehen das Bundesgericht als Zivilgerichtshof unter keinen Umständen kompetent ist. Uebrigens kommt dem zweiten Teil des klägerischen Rechtsbegehrens kaum eine wesentliche praktische Bedeutung zu; denn der Beklagte beabsichtigt einen Anspruch auf Konzessionsgebühr und Wasserzins nur hinsichtlich desjenigen Teils der streitigen Wasserkraft zu erheben, in Bezug auf welchen das Begehren um Anerkennung eines privaten Nutzungsrechtes abgewiesen werden sollte. Bei der Klägerin aber besteht umgekehrt offenbar nicht die Absicht, an ihrem Anspruch auf gebührenfreie Benutzung des Mehrgefälles auch nach einem ihr ungünstigen Entscheide des Bundesgerichts über die zivilrechtliche Vorfrage festzuhalten.

3. - Was den Streitwert betrifft, so würde sich aus den oben sub D angeführten Gesetzesbestimmungen in Verbindung mit der sub E erwähnten Schätzung der streitigen Wasserkraft, schon im Falle der Anwendung der gesetzlichen Minimaltaxen und bei Berücksichtigung bloss der Nettowasserkraft von 133,7 Pferdestärken, ein jährlicher Wasserzins von 267 Fr. 45 Cts. ergeben, der nach Art. 54 Abs. 2 OG mit 5349 Fr. zu kapitalisieren wäre und somit den nach Art. 48 Ziff. 4 OG erforderlichen Streitwert von 3000 Fr. bereits erheblich übersteigen würde, - ganz abgesehen von der Konzessionsgebühr, die sich auf 668 Fr. 60 Cts. belaufen würde. Entsprechend grössere Beträge würden sich ergeben, wenn mit höheren als den gesetzlichen Minimalansätzen für Wasserzins und Konzessionsgebühr, sowie mit der Brutto-, statt mit der Nettowasserkraft gerechnet würde.

4. - In der Sache selbst ist zunächst festzustellen, dass private Nutzungsrechte an öffentlichen Gewässern (zu welcher Kategorie von Gewässern die Seez unbestrittenermassen gehört) in der Tat möglich und speziell auch im Kanton St. Gallen anerkannt sind. Letzteres ergibt sich, abgesehen von der übereinstimmenden Auffassung beider Parteien, u. a. aus Art. 1 und 16 des kantonalen Gesetzes über Benutzung von Gewässern, vom 23. November 1893 (vergl. JIEGER Anm. 6 zu Art. 1 dieses Gesetzes), sowie aus einem Urteile des Kantonsgerichts vom Jahre 1897 (vergl. Entscheidungen des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen im Jahre 1897, S. 26 ff.); endlich aus dem bei den Akten liegenden, auf Veranlassung der Klägerin eingeholten Arntsbericht des Kantonsgerichts vom 23. März 1914.

5. - Das von der Klägerin beanspruchte Privatrecht wird vom Beklagten insoweit anerkannt, als es sich auf die «Wasserkraft an der Seez von der Höhe der Wehr-Prozessrecht. N0 18. 165 krone der alten Mühlenwasserzuleitung bis zur Sohle des Mühlenwasserabflusskanals» (ca. 10,86 m) bezieht. Nun ist aber zur Zeit «von der Höhe der Wehrkrone der alten Mühlenwasserzuleitung bis zur Sohle des Mühlenabwasserflusskanals») kein einheitliches Gefälle mehr vorhanden; sondern ein Teil des Wassers, durch welches das betreffende Gefälle gebildet wird, besteht in dem Abwasser der Schuler-Heer'schen Fabrik, der andere Teil dagegen in dem nicht abgeleiteten Wasser der Seez. Die Anerkennung des Beklagten ist somit dahin zu interpretieren, dass der Klägerin ein Recht zugestanden wird: a) auf ein Gefälle von ca. 10,86 m (genau = der Höhendifferenz zwischen der Wehrkrone der alten Mühlenwasserzuleitung und der Sohle des

Mühlenwasserabfluss-kanals) des durch das Abwasser der Schuler-Heer'schen Fabrik gebildeten Gesamtgefälles, b) auf das von Schuler-Heer & Oenichen abgeleitete Wasser der Seez, von der Wehrkrone der alten Mühlenwasserzuleitung bis zur Sohle des Mühlenwasserabfluss-kanals. Was speziell das sub a erwähnte Gefälle betrifft, so kann es sich dabei gegenwärtig in der Tat nur um einen ideellen Teil des durch das Abwasser der Schuler-Heer'schen Fabrik gebildeten Gesamtgefälles handeln. Denn jenes Abwasser fällt, wie anlässlich des 1. Augen scheins konstatiert wurde, in einem einzigen Wasserfall von der Ausfluss-Stelle bei der Schuler-Heer'schen Fabrik bis in die Tahlsohle hinunter, und es sind von keiner Seite technische Einrichtungen geplant, durch die eine (übrigens offenbar irrationelle) getrennte Ausnutzung der oberen ca. 18,73 m und der untern zirka 10,86 m ermöglicht würde. In diesem Sinne ist der Beklagte bei seiner in der Klagbeantwortungsschrift enthaltenen Anerkennung zu behaupten, sodass ein Entscheid des Bundesgerichts nur noch in Bezug auf denjenigen ideellen Teil des 166 Prozessrecht. N° 18. Gesamtgefälles von zirka 29,59 m nötig ist, welcher der Differenz zwischen diesem Gesamtgefälle und dem frühern Gefälle von ca. 10,86 m entspricht, d. h. in Bezug auf ca. 18,73 m jenes Gesamtgefälles.

6. - Die Klägerin gibt zu, dass ihr, bzw. ihren Rechtsvorfahren Enderlin & Jenny, ursprünglich ein Recht nur auf ein Gefälle von zirka 10,86 m zustand. Sie behauptet aber, die Vermehrung des Gefälles um ca. 18,73 m stelle sich lediglich als eine Modifikation ihres ursprünglichen Wasserrechtes dar, die infolge der Ableitung des Wassers durch die Schuler-Heer'sche Fabrik nötig geworden und ihr deshalb s. Zt. als Entgelt für die ihr aus der Ableitung des Wassers erwachsenden Nachteile bewilligt worden sei. Voraussetzung einer Gutheissung der Klage wäre demnach vor allem der Nachweis der behaupteten Bewilligung, und zwar müsste nachgewiesen sein, nicht nur dass die kompetente Behörde mit einer Vermehrung des Gefälles um ca. 18,73 m einverstanden war, sondern auch, dass sie der Firma Enderlin & Jenny diese Vermehrung des Gefälles im Sinne einer blossen Modifikation ihres ursprünglichen privaten Wasserrechtes und als Ersatz für die ans der Ableitung des Wassers erwachsenden Nachteile bewilligt habe.

7. - Bevor unter diesem Gesichtspunkte die Vorgänge im Jahre 1867 geprüft werden, ist festzustellen, dass die zur Bewilligung einer Modifikation, insbesondere einer Erweiterung des ursprünglichen Wasserrechtes kompetente Behörde einzig der Regierungsrat, als Vertreter des Staates war, während der Gemeindebehörde in Bezug auf das Wasserrecht als solches (im Gegensatz zu dem Recht auf Benutzung des Gemeindebodens) nur die Vorbereitung der Regierungsrätlichen Bewilligung zukam. Wenn also in dem «Vertrag», aus welchem die Klägerin das beanspruchte Recht auf das Mehrgefälle ableitet, d. h. in dem Vertrag zwischen der Ortsgemeinde Mels und der Firma Joh. Heer, gesagt wurde, die Ortsgemeinde «erteile» der Firma Joh. Heer «unter Vorbehalt hoheitlicher Genehmigung das Recht usw.», so war dies eine ungenaue Formulierung, die denn auch vom Regierungsrat in seinen Beschlüssen vom 9. März und vom 1. Mai 1867 dahin richtiggestellt worden ist, dass er «die für die Firmen Joh. Heer und Enderlin & Jenny nachgesuchte Wasserrechtskonzession» «erteilte» und die von der Ortsgemeinde Mels mit den Konzessionären abgeschlossenen «Verträge» nur insoweit «hoheitlich genehmigte», als dabei die «ökonomischen Interessen der Gemeinde» in Betracht kamen. Hiernach ist auch für den Inhalt der damals erteilten Bewilligung in erster Linie auf den Wortlaut der Regierungsbeschlüsse vom 1. Mai und vom 22. Juli 1867, und nur ergänzungsweise auf den am 18. Januar 1867 zwischen der Gemeinde Mels und der Firma Joh. Heer abgeschlossenen Vertrag, insbesondere dessen Art. 7, abzustellen. Aus dem Regierungsbeschluss vom 1.

Mai 1867 geht nun deutlich hervor, dass der Regierungsrat, im Gegensatz zum Ortsverwaltungsrat Mels, das der Firma Enderlin & Jenny eventuell zu bewilligende Mehrgefälle (im Sinne von Art. 7 des Vertrages Mels-Heer) nicht als eine blosser Modifikation des ursprünglichen Wasserrechts, sondern als eines der Objekte der den beiden Firmen Joh. Heer und Enderlin & Jenny durch ihn « erteilten », einheitlichen Konzession betrachtete. Schon aus diesem Grunde versagt also die Argumentation der Klägerin, dass es sich bei ihr, im Gegensatz zur Firma Joh. Heer, die einer eigentlichen Konzession bedürftig habe, lediglich um eine Modifikation ihres alten Wasserrechts gehandelt habe. Dazu kommt, dass der Regierungsrat sich in den von ihm am 1. Mai 1867 aufgestellten und am 22. Juli etwas abgeänderten (i. Konzessionsbedingungen) ausdrücklich das Recht vorbehalten hat, « eine Konzessionsgebühr 168 Proz. (Prozessrecht. N^o 18. nach gesetzlichen Bestimmungen zu beziehen). Dadurch hat er deutlich dokumentiert, dass er der Firma Enderlin & Jenny die Befugnis zur Benutzung des vermehrten Gefälles im Sinne eines neuen, gebührenpflichtigen Konzessionsrechts erteilt, also nicht als Entgelt für angeblich ihr erwachsende Nachteile und im Sinne einer blossen Modifikation ihres alten privaten Wasserrechts. 8. - Fehlt somit schon der regierungsrätliche Akt, auf Grund dessen allein die Annahme einer blossen Modifikation des ursprünglichen Wasserrechts gutgeheissen werden könnte, so mag immerhin noch konstatiert werden, dass es sich auch den Umständen nach nicht um eine solche blosser Modifikation des alten, privaten Wasserrechts handeln konnte. Einerseits nämlich hatte die Benutzung des Wassers der Seez durch die Firma Joh. Heer durchaus nicht notwendig eine Beeinträchtigung der Ausübung jenes alten Wasserrechts zur Folge, und es hatte also die Firma Enderlin & Jenny gar kein Opfer zu bringen, für welches sie ein Entgelt in Form der Vermehrung ihres ursprünglichen Gefälles hätte beanspruchen können; andererseits aber würde der unentgeltliche Erwerb eines Mehrgefälles von zirka 18,73 m einen ganz unverhältnismässig grossen Ersatz für allfällige, mit der Errichtung der Heer'schen Fabrik verbundene Inkonvenienzen dargestellt haben. Eine Beeinträchtigung der Firma Enderlin & Jenny ergab sich aus der Benutzung des Wassers der Seez durch die Firma Heer schon deshalb nicht, weil diese letztere Firma sich in ihrem Vertrag mit der Ortsgemeinde Mels ausdrücklich verpflichtet hatte, das Abwasser ihrer Fabrik nach Wahl der Firma Enderlin & Jenny entweder auf einen vom Verwaltungsrat der Ortsgemeinde zu bestimmenden Höhepunkt zu leiten, von wo aus für die Firma Enderlin & Jenny ein Gesamtgefälle von zirka 100 Fuss = 30 m erzielt werden könne, oder aber es auf ihre Kosten Prozessrecht. N^o 18. 169 an die alte Abnahmestelle der Firma Enderlin & Jenny zurückzuführen. Der letzteren Firma ist somit keine Abänderung ihres ursprünglichen Wasserrechts aufgenötigt worden, wofür sie eine Kompensation hätte beanspruchen können; sondern, wenn das von Schuler-Heer & Oe benutzte Wasser ihr gegenwärtig nicht mehr an ihrer alten Abnahmestelle zur Verfügung steht, so ist dies darauf zurückzuführen, dass sie selber auf die Rückleitung des Wassers an diese alte Abnahmestelle verzichtet hat, offenbar weil sie es vortheilhafter fand, das Abwasser der Schuler-Heer'schen Fabrik unmittelbar unter deren Turbinen abzunehmen, was ihr gestattet, ihrerseits ebenfalls eine moderne Druckleitung zu erstellen. Dass sie aber das hieraus sich ergebende Mehrgefälle von zirka 18,73 m, wodurch ihr früheres Gefälle nahezu verdrängt wurde, nicht einfach als einen aus den veränderten Einrichtungen sich ergebenden Nebenvorteil betrachtete, der ihr unentgeltlich zufallen müsse, erhellt deutlich aus dem Umstande, dass sie sich gleichzeitig, durch einen von ihr mit der Ortsgemeinde Mels abgeschlossenen Vertrag, für den Fall der Nichtausführung des Heer'schen Projektes

eine selbständige «(Konzession» zusichern liess, durch die ihr auf andere Weise dasselbe Gefälle von ca. 30 m (= 100 Fuss) verschaffL werden sollte, das sie im Falle der Ausführung des Heer'schen Projektes erhielt. Der Firma Enderlin & Jenny war somit unter allen Umständen daran gelegen, - nach den Akten (vergl. oben sub A) handelte es sich dabei sogar um einen « längst gehegten Entschluss) } - ein Gefälle von ca. 30 m zu erhalten. Um diesen Zweck zu erreichen, hä He sie im Falle der Nie h tau s f ü h run g des Heer'- schen Projektes nicht nur anstandslos die gesetzlichen Konzessions- und 'Vasserzinsgebühren bezahlt, sondern auch noch die beträchtlichen Kosten der Erstellung eines Stollens von zirka 500 m Länge übernommen. Umso weniger konnte sie unter diesen Umständen dar- 170 Prozessrecht. N° 18. auf Anspruch erheben, im Falle der Aus f ü h run g des Heer'schen Projektes - in welchem Falle sie nicht nur keinen Nachteil erlitt, sondern sogar die Kosten der Erstellung des Stollens ersparte - das Recht auf das erstreb te Mehrgefälle ge b ü h ren fr ei zu erwerben. Nicht nur hat also die Klägerin nicht nachgewiesen, dass der Regierungsrat ihr das Recht zur Benutzung des Mehrgefälles gebührenfrei erteilt, bezw. in eine Abände- rung des Inhalts des ursprünglichen privaten Wasser- rechts eingewilligt. habe, - nicht nur ist ferner akten- mässig erstellt, dass der Regierungsrat sich im Gegenteil die Erhebung der Gebühren auch ihr gegenüber (ebenso wie gegenüber der Firma Joh. Heer) ausdrücklich. vor- behalten, also die Auffassung von der biossen ModIfika- tion des frühem privaten \Vasserrechts im voraus abgelehnt hat, - sondern es geht ausserdem aus den Umständen hervor, dass zur Bewilligung einer gebühren- freien Benutzung des Mehrgefälles im Sinne einer biossen Modifikation jenes alten privaten Wasserrechts gar kein Anlass vorhanden war, m. a. W. dass der Firma En- derlin & Jenny damit auf Kosten des Staates eine durch nichts zu rechtfertigende und daher auch nicht zu prä- sumierende, unentgeltliche Zu wend ung gemacht worden wäre. Die vorliegende Klage erscheint somit von allen Ge- sichtspunkten aus - insoweit auf sie überhaupt einge- treten werden konnte (vergl. oben Erw. 1 und 2) und insoweit sie nicht anerkannt ist (vergl. oben Erw. 5), als unbegründet. Demnach hat das Bundesgericht erkannt: 1. - Bei der Anerkennung eines der Klägerin zu- stehenden Privatrechtes: a) auf ein Gefälle von 10,86 m (genau = der Höhen- differenz zwischen der Wehrkrone der alten Mühlen- wasserzuleitung und der Sohle des Mühlenwasserabfluss- 171 kanals) des durch das Abwasser der Schuler-Heer'schen Fabrik gebildeten Gesamtgefälles, b) auf das von Schul er-Heer & eIe nich t abgeleite- ten Wasser der Seez, von der Wehrkrone der alten Mühlenwasserzuleitung bis zur Sohle des Mühlenwasser- abflusskanals, wird der Beklagte behaftet. 2. - Im übrigen wird das Klagebegehren, soweit darauf eingetreten werden konnte, abgewiesen. 19. Urteil der I. Zivilabteilung vom 30. Ja.nua.r 19115 i. S. Obrist, Beklagter, gegen Untertrifaller und Genossen, Kläger. Zulässigkeit der Berücksichtigung einer erst in der Berufungs- instanz aufgestellten Behauptung bei der von Amteswegen vorzunehmenden Bestimmung des Streitwertes. Art. 53. 59 und 80 OG. A. - Jakob Zimmerli in Kriens hatte auf Grund eines am 2. Januar 1909 mit dem Beklagten Franz Josef Obrist und einem J osef Stofer abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages eine Einzahlung von 3000 Fr. gemacht. Er forderte diese Einzahlung mit Klage vom 27./28. April 1911 von den beiden Gesellschaftern zurück, worauf Stofer am 13. August 1912 den Prozessabstand erklärte. Das Amtsgericht Luzern-Land verurteilte den Beklagten Obrist durch Entscheid vom 23. Februar 1914, unter solidarischer Haftbarkeit mit J osef Stofer anzuer- kennen und an die Klägerschaft zu bezahlen: 3000 Fr. nebst Verzugszins zu 5% seit 21. Januar, 3. und 13. Feb- ruar 1909 von je 1000 Fr., abzüglich allfällig bereits ge- leisteter Zahlungen des Stofer. An die Stelle des Zimmerli, der während des Prozesses in Konkurs fiel, waren in- zwischen gemäss

Massarechtsabtretung vom 17. November 1913 eine Anzahl Konkursgläubiger getreten.
Obrist

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte
Originaltext. Quellen-URL siehe oben.