

verhältnisses, woraus unzweideutig hervorgeht, daß der Kanton, wie er seinerseits sich der Nordostbahngesellschaft gegenüber unbedingte verpflichten mußte, ebenso auch Seitens der subventionirenden Gemeinden und Privatbetheiligten die Eingehung einer unbedingten Verpflichtung beanspruchte und daß auch Seitens der Letztern ihr Rechtsverhältniß zum Kanton von ihren Beziehungen unter einander durchaus unterschieden wurde. Nur aus letzterem Momente nämlich läßt sich die Ausstellung eines doppelten Verpflichtungsscheines Seitens der Privatbetheiligten erklären; denn, wenn dabei, wie Klägerin behauptet, lediglich die Absicht der Sicherstellung des Kantons für den Fall der Insolvenz des einen oder andern Betheiligten, d. h. die Absicht wechselseitiger Verbürgung obgewaltet hätte, so wäre dies jedenfalls erkennbar ausgesprochen und nicht dem Kanton gegenüber eine selbstständige unbedingte Gesamtverpflichtung eingegangen worden. Hieran vermag denn auch der Umstand nichts zu ändern, daß auch die Einzelverpflichtungsscheine der kantonalen Behörde eingehändigt wurden, denn dies erscheint lediglich als die Folge des Umstandes, daß die kantonale Behörde, auf den besondern Wunsch des die Vertragsunterhandlungen führenden Bahnkomitès, es übernahm, die auf die einzelnen Firmen nach ihrem Betheilungsverhältniße an der gemeinsamen Obligation entfallenden Beträge ihrerseits direkt einzuhoben und spricht daher keineswegs dafür, daß die Einzelverpflichtungsscheine auch für das Rechtsverhältniß zum Kanton von Bedeutung seien.

b. Demgemäß ist aber klar, daß die Klage dem gegenwärtigen Beklagten gegenüber als unbegründet abgewiesen werden muß, und zwar um so mehr, als, wie sich aus den oben Fakt. I hervorgehobenen Thatfachen ergibt, das Forderungsrecht des Beklagten an die Klägerin, dessen Bestand durch die Klage angefochten wird, jedenfalls durch Zahlung Seitens der Mitverpflichteten der Klägerin untergegangen ist. Die weitere, allerdings keineswegs unzweifelhafte, Frage dagegen, inwiefern die Klägerin den übrigen Mitunterzeichnern des Kollektivverpflichtungsscheines vom November 1873 gegenüber, nach Mitgabe des für ihr Verhältniß unter einander maßgebenden Spezialverpflichtungsscheines vom 17. November 1873, haften, ist vom Bundes-

gerichte nicht zu prüfen; dieselbe ist vielmehr durch die hiesür einzig zuständigen kantonalen Gerichte zu entscheiden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Klage ist abgewiesen.

70. Urtheil vom 23. September 1881 in Sachen
der Spinnerei Murkart gegen Thurgau.

A. Die Baumwollspinnereigesellschaft Murkart schloß im Jahre 1862 als Käuferin, mit der Bürgergemeinde Frauenfeld, als Verkäuferin, einen Kaufvertrag über einen am rechten Ufer der Murg bei Wängi gelegenen Landkomplex und „die damit verbundene Wasserkraft in der Murg“ ab. Nachdem indeß der Regierungsrath des Kantons Thurgau am 25. Oktober 1862 beschlossen hatte, diesem Vertrage die Genehmigung nicht zu ertheilen, da in demselben über die Wasserkraft der Murg als eines öffentlichen Gewässers Verfügungen getroffen werden, welche der Bürgergemeinde als solcher nicht zustehen, wurde zwischen den Kontrahenten ein neuer abgeänderter Kaufvertrag vereinbart, welchem am 15. November 1862 vom Regierungsrathe des Kantons Thurgau die regiminelle Genehmigung ertheilt wurde, immerhin, wie ausdrücklich beigelegt ist, in der selbstverständlichen Voraussetzung, daß dabei die Hoheitsrechte des Staates betreffend den Murgfluß gewahrt bleiben und daß insbesondere die Käuferin vor dem Beginn einer allfälligen Wasserbaute der durch Regierungsbeschluß vom 12. Juli l. J. § 129 b an die Stadtgemeindevverwaltung erlassenen Weisung nachkomme.

B. Am 18. November 1862 richtete nun der Vertreter der Baumwollspinnereigesellschaft Murkart an den Regierungsrath des Kantons Thurgau eine Eingabe, in welcher er auseinandersetzte: Er beabsichtige, das Gesamtgefäll der Murg von der Grenze der Gemeinden Mazingen und Frauenfeld bis hinab an die Grenze der H. Egg zur Mummühle für ein zu errichtendes industrielles

Ettablissement auszubenten und zu diesem Zwecke in fraglicher Ausdehnung einen Fabrikkanal, dessen Richtung aus dem beigelegten Plane ersichtlich und auf der Lokalität durch aufgesteckte Pfähle bezeichnet sei, anzulegen; die Fassung des Wassers solle in thunlichster Nähe der Mazingergrenze und in einer Höhe erfolgen, wie sie nach dem zwischen der Stadtgemeinde Frauensfeld und den Fabrikanten Lüthy & Comp. in Jakobsthal am 14. Mai l. J. vereinbarten Verbalprozesse als zulässig erscheine, nämlich 12' 0" 5''' unter der zu diesem Zwecke gesetzten Wassermarke mit dem entsprechenden Gefäll bis zum Punkte der Auffassung. Da nun nach dem Gesetze vom 2. Oktober 1832 zu Anlage des fraglichen Fabrikkanals die regierungsräthliche Bewilligung erforderlich sei, so suche er im Sinne des erwähnten Gesetzes um Ertheilung der Wasserrechtskonzession nach. Auf dieses Gesuch hin beschloß der Regierungsrath des Kantons Thurgau am 29. November 1862, die nachgesuchte Bewilligung zu ertheilen, wobei indeß verschiedene Bedingungen aufgestellt, insbesondere sub Ziffer 1 litt. f des Beschlusses bestimmt wurde: „Die Gesellschaft übernimmt für alle Zeiten die Pflicht des Uferschutzes am rechten Murgufer, soweit derselbe bis anhin zur Sicherstellung der Landstraße vom Staate war besorgt worden.“

C. Nachdem hierauf die Baumwollspinnereigesellschaft Murkart sich noch mit den übrigen theilhaftigen Wasserrechtsbesitzern auseinandergesetzt hatte, schritt sie zum Baue ihres Fabriketablissemens und des zu demselben gehörigen Fabrikkanals und es wurde sodann die Fabrik in Betrieb gesetzt. Bei der WassergröÙe des Sommers 1876 nun aber richtete die Murg bedeutende Verheerungen, insbesondere auch an dem Fabriketablissemens der Klägerin und an der das Murgthal durchschneidenden Staatsstraße an. In Folge dessen wurde die Eindämmung und Korrektioñ der Murg seitens der staatlichen Behörden projektirt und wurden darüber Pläne aufgenommen. Speziell in der Gegend des Fabriketablissemens von Murkart wurde vom Regierungsrathe des Kantons Thurgau die Korrektioñ auf der Strecke von Profil 79—70 und 70—54 des aufgestellten Planes in Aussicht genommen. Davon wurde die Strecke von Profil 79—70 durch die Gemeinde Frauensfeld und die Spinneret

Murkart unter staatlicher Leitung und mit einem Staatsbeitrag im Winter 1877/1878 ausgeführt und ebenso gelangte auch die Korrektioñ auf der Strecke Profil 70—61 zur Ausführung, nachdem insbesondere die Baumwollspinnereigesellschaft Murkart in zwei Schreiben an das Straßen- und Baudepartement des Kantons Thurgau (s. dieselben Akt. 29 und 30) auf sofortige Ausführung der Korrektioñ auf dieser Strecke gedrängt hatte. Dagegen wurde die Korrektioñ auf der Strecke von Profil 61—54 nicht ausgeführt, sondern es blieben die Korrektionsarbeiten bei Profil 61 stehen, da der Große Rath des Kantons Thurgau die Mittel zur Fortführung der Korrektioñ verweigerte. Auf ein diesbezügliches Gesuch der Klägerin, es möchte die Korrektioñ bis Profil 54 oder wenigstens bis Profil 57⁵ fortgesetzt werden, trat der Große Rath des Kantons Thurgau gemäß Beschluß vom 16. Februar 1880 nicht ein.

D. Mit Klageschrift vom 1. Mai 1880 trat nun die Baumwollspinnereigesellschaft Murkart beim Bundesgerichte gegen den Fiskus des Kantons Thurgau mit dem Rechtsbegehren auf, daß der Kanton Thurgau pflichtig zu erklären sei, die begonnene Murgkorrektioñ derart auszuführen, daß die Stauung des Auslaufkanals des Etablissemens in Murkart in Folge benannter Flußkorrektioñ vermieden werde, bezw. daß Beklagter angehalten werde, für Beseitigung benannter Stauung des Auslaufkanals die geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, unter Wahrung aller Rechte auf geltend zu machende Entschädigung. Zur Begründung wurde in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung im Wesentlichen folgendes ausgeführt: Auf der Korrektionsstrecke Profil 70—61 sei ein neues Flußbett hergestellt und seien neben dem bisherigen Murgbett zwei Durchflüsse gemacht worden, um die bisherige allzustrake Kurve abzuschwächen. Unmittelbar unter dem Endpunkte der ausgeführten Korrektioñ der Murg (circa 5 bis 6 Meter unterhalb Profil 61) münde der Fabrikauslaufkanal der Klägerin in die Murg ein. Während nun bis zu dieser Stelle, der Einmündung des Auslaufkanals in die Murg, das korrigirte Flußbett die Normalbreite von 40 Meter im Niederwasserprofil habe, erweitere sich hier das alte Murgbett plötzlich bis auf eine Breite von circa 60 Meter bis zu dem (gegenüber

Profil 58 gelegenen) Numühlwehrr. Die natürliche Folge der ausgeführten partiellen Korrektioſen ſei nun die, daß am Endpunkte der Korrektioſen das Geſchiebe in großen Maſſen abgelagert, die Flußſohle erhöht und dadurch eine Rückſtaung in die Korrektioſenlinie hinein verurſacht werde. In der That ſei denn auch die Stauung des Auslauſſkanals der Klägerin ſo groß, daß der untere Theil deſſelben einem ſtillſtehenden Gewäſſer gleiche und die untere Hälfte dem Niveau der Ufer nahe komme. Die Stauung betrage über $1\frac{1}{2}$ Meter von circa 15% des arbeitenden Geſamtgefälles der Klägerin und es ſtehe die bei Anlage der Fabrik in gleicher Höhe mit der Murgſohle erſtellte Auslauſſbrücke tief unter Waſſer. Dies ſei thatsächlich auch von den kantonalen Baubehörden wiederholt anerkannt worden. Nun ſei aber der Kanton Thurgau rechtlich verpflichtet, Abhülfe für dieſe Uebelſtände zu ſchaffen. Nach dem Geſetze über Unterhalt und Korrektioſen der öffentlichen Gewäſſer vom 29. Mai 1866 nämlich ſtehen alle größeren Gewäſſer des Kantons rückſichtlich ihres Unterhaltes und ihrer Benutzung unter Aufſicht des Staates, dürfen Bauten und Korrektioſen nur mit ſtaatlicher Bewilligung ausgeführt werden und übernehme der Staat bei allen Verſicherungsbauten an öffentlichen Gewäſſern die techniſche Oberleitung und können die Staatsbehörden Korrektioſen öffentlicher Gewäſſer, durch welche das biſherige Bett ganz oder theilweiſe verlaſſen oder verändert werde, beſchließen. Demgemäß habe denn auch im konkreten Falle der Regierungsrath des Kantons Thurgau die Ausführung der fraglichen Korrektioſen bis Profil 61 von ſich aus im öffentlichen Intereſſe ausgeführt und es ſei alſo der Staat paſſiv zur Sache legitimirt. Durch die ſtaatliche Konzefſion ſei nun für die Klägerin ein wohlervornenes Privatrecht auf das Gefälle ihrer Waſſerkraft begründet worden, welches weder durch Vorkehrungen öffentlicher Natur, wie die ausgeführte Korrektioſen, noch durch Handlungen, Bauten u. von Privatperſonen geſchmälert oder beeinträchtigt werden dürfe. Nur im Wege der Expropriation gegen vollſtändige Entſchädigung könnte im öffentlichen Intereſſe ein Eingriff in das fragliche wohlervornene Recht der Klägerin ſtattfinden. Jeder andere Eingriff ſei unzuläſſig und es ſei daher

der Staat zu Beſeitigung der in Folge der ausgeführten theilweiſen Murgkorrektioſen eingetretenen Stauung des klägeriſchen Fabrikkanals verpflichtet.

E. In ſeiner Klagebeantwortung trägt der Fiſkus des Kantons Thurgau darauf an, es ſei das klägeriſche Rechtsbegehren als unzuläſſig und unbegründet abzuweiſen, indem er im Weſentlichen bemerkt: Das Bundesgericht ſei zu Beurtheilung des klägeriſchen Rechtsbegehrens gar nicht kompetent, da es ſich nicht um eine Civilſtreitigkeit, ſondern um eine ſowohl nach thurgauiſchem als nach allgemeinem Rechte in das Gebiet der Adminiſtrativjuſtiz fallende Streitigkeit handle. Nach § 1 lit. c des thurgauiſchen Geſetzes über Adminiſtrativſtreitigkeiten nämlich entſcheide der Regierungsrath alle Anſtände über die Leitung der Flüſſe zum Zwecke der Handhabung der Waſſerpolizei und zwar in dem Sinne, daß weder die Vollziehung von Entſcheidungen des Regierungsrathes gehindert noch die getroffenen Anordnungen auf gerichtlichem Wege aufgehoben werden können und nach § 1, 20, 25, 26 und 27 des Geſetzes über Unterhalt und Korrektioſen der öffentlichen Gewäſſer vom 29. Mai 1866 ſeien Streitigkeiten über Laſten und Beſchwerden, die auf dieſem Geſetze beruhen, als Streitigkeiten über öffentliche Laſten von den Adminiſtrativbehörden zu beurtheilen, was ſpeziell auch für Streitigkeiten über die Pflichtigkeit zu Ausführung von Flußkorrektioſen und deren Umfang, ſowie über die Erfüllung ſolcher Pflichten gelte. Die gleiche Regel gelte auch nach gemeinem Rechte, woſür auf die Präjudizien in Seufferts Archiv Band 14 Nr. 247 und Band 16 Nr. 142 Bezug genommen werde. Materiell ſodann ſei durchaus unrichtig, daß der Staat die Korrektioſen von Profil 70—61 von ſich aus und auf eigene Rechnung ausgeführt habe: allerdings habe er die Leitung und Oberaufſicht betreffs der Korrektioſenarbeiten übernommen, was angeſichts der ſtarken Staatsſubvention und des an dem Unternehmen haftenden öffentlichen Intereſſes nach den geltenden geſetzlichen Beſtimmungen durchaus gerechtfertigt geweſen ſei; aber er habe die Korrektioſen lediglich auf Rechnung der geſetzlich Wuhrpflichtigen, denen er bloß einen freiwilligen Koſtenbeitrag gewährt habe, ausführen laſſen und es ſei übrigens die Klä-

gerin mit der Ausführung der fraglichen Korrektur vollständig einverstanden gewesen, ohne ihre Einwilligung etwa davon abhängig zu machen, daß die Korrektur flufabwärts über Profil 61 hinaus fortgesetzt werde. Es sei im Fernern durch die staatliche Konzession für Erstellung der Fabrik mit Kanal ein Privatrecht auf die Wasserkraft mit bestimmtem Gefäll gar nicht begründet worden; denn einmal seien bei der Konzessionsertheilung dem Regierungsrathe die Gefällsverhältnisse völlig unbekannt gewesen und sodann sei die Konstituierung eines Privatrechtes gar nicht der Zweck solcher Konzessionsertheilungen weder überhaupt noch speziell nach dem Inhalte des § 19 des thurgauischen Gesetzes vom 2. Oktober 1832, auf Grund dessen die fragliche Konzession ertheilt worden sei. Nach diesem Gesetze stehe das Recht der Benutzung eines öffentlichen Gewässers, vorbehaltlich der öffentlichen Interessen und bestehender Privatrechte, Jedermann zu. Die obrigkeitliche Bewilligung habe lediglich die Bedeutung einer formellen Anerkennung, daß der Anlage eines Wasserwerkes weder öffentliche Interessen noch erworbene Privatrechte entgegenstehen; keineswegs dagegen begründe sie ein Privatrecht gegenüber dem Staate, wodurch letzterer in seiner Disposition über das öffentliche Gewässer behindert würde. Niemals könnte jedenfalls der Konzessionär den Staat als Konzedenten zur Vornahme von Flußkorrekturen zwingen, sondern es könnte sich höchstens etwa um eine Schadenersatzklage für den aus Durchführung einer Flußkorrektur dem Konzessionär erwachsenen Schaden handeln. Hierauf sei aber vorliegend gar nicht geklagt, sondern es liege einfach in Frage, ob die Klägerin vom Beklagten Fortsetzung der Korrektur bis Profil 58 oder gar bis Profil 55 verlangen könne, was einen Kostenaufwand von 22 640 Fr. bzw. 33 000 Fr. verursachen würde. Uebrigens sei auch in thatsächlicher Beziehung zu bemerken, daß gegenwärtig allerdings im Auslaufskanale der Klägerin eine Stauung statfinde, welche kanalaufwärts eine Strecke weit, aber keineswegs bis zur Turbine, ihre Wirkung äußere, daß aber diese Stauung keineswegs ausschließlich durch die Murgkorrektur verursacht worden sei, sondern theilweise auch eine Folge der fehlerhaften Anlage des Kanals (nämlich der zu tiefen Kanalsohle und der

mangelhaften Beschaffenheit, namentlich einer Verengerung, der Kanalmündung sei. Sollte eventuell das klägerische Rechtsbegehren als zulässig und begründet erklärt werden können, so dürfte dies jedenfalls nur in dem Sinne und mit dem Vorbehalte geschehen, daß alsdann noch der kantonale Administrativrichter bzw. der Große Rath nach Vorschrift des Korrektionsgesetzes über Tragung und Vertheilung der Korrektionskosten zu entscheiden habe.

F. In ihrer Replik bestreitet die Klägerin zunächst in thatsächlicher Beziehung, daß die Stauung ihres Fabrikkanales, welche zwischen 6 und 7 Fuß betrage und bis zur Turbine wirke, theilweise eine Folge mangelhafter Anlage des Kanals sei und führt sodann in rechtlicher Beziehung insbesondere aus: § 1 des Gesetzes vom 14. März 1866 bestimme ausdrücklich, daß es „den Betheiligten unbenommen bleibe, in Fällen, wo erworbene Rechte und civilrechtliche Entschädigungsansprüche geltend gemacht werden, die streitigen Ansprüche durch den richterlichen Entscheid austragen zu lassen.“ Demzufolge könne davon, daß die vorliegende Rechtsstreitigkeit, welche sich eben auf ein erworbenes Recht beziehe, sich als Administrativsache qualifizire, keine Rede sein und es sei daher die Kompetenzeinrede des Beklagten Fiskus unbegründet. Letzterer sei sodann auch zur Sache passiv legitimirt, da der Staat die hier einzig in Frage liegende Korrektur von Profil 70—61 ausschließlich selbst ausgeführt habe, woran der Umstand, daß er nachträglich beabsichtige, einzelne Betheiligte zur Kostentragung mit heranzuziehen, nichts ändern könne. Die Klage sei im Fernern keineswegs dahin gerichtet, daß der Staat als Inhaber der Hoheitsrechte über öffentliche Gewässer eine Flußkorrektur schlechthin anordne, in welchem Falle es sich allerdings um eine Administrativsache handeln würde, sondern vielmehr dahin, daß Beklagter verhalten werde, der in Folge der bisherigen Murgkorrektur entstandenen Stauung des klägerischen Auslaufskanals abzuhefen, gleichviel ob durch Fortsetzung der begonnenen Murgkorrektur, oder, sofern dies faktisch thunlich sei, in anderer Weise. Im Weiteren wird gegenüber den Ausführungen der Klagebeantwortung in eingehender Erörterung und unter Berufung auf mehrere Prä-

zedenzfälle daran festgehalten, daß durch die staatliche Konzession für die Klägerin ein wohlervorbenes Privatrecht auf Benutzung der Wasserkraft der Murg begründet worden sei, welches ihr nur im Expropriationswege geschmälert oder entzogen werden dürfe.

Duplicando hält der beklagte Fiskus in allen Punkten an den Aufstellungen der Klagebeantwortung fest, indem er dieselben gegenüber den Einwendungen der Klägerin von Neuem ausführlich begründet.

G. Die gerichtlichen Experten, welche ihr Gutachten auf Grund des erhobenen Zeugenbeweises und des Augenscheines erstatteten (die Ingenieure von Grafenried in Bern und Zürcher in Thun), sprechen sich im Wesentlichen dahin aus: Die Stauung im Auslaufe des Kanals betrage gegenüber der ursprünglichen Anlage 1 Meter 9 Centimeter und habe eine nachtheilige Verschlammung des Fabrikkanals, welche in der untersten Strecke am größten sei, sich aber bis gegen das Fabrikgebäude hinaufziehe, veranlaßt; die Gefahr der Verschlammung werde bei Hochwasser größer. In Folge der Stauung liege die Kanalsohle bei der Fabrik um 42 Centimeter tiefer als beim Auslauf. Es gehen schon 42 Centimeter am Gefäll durch Rückstau verloren, wobei der Wasserspiegel erst im Niveau wäre. Um die nöthige Abzugsgeschwindigkeit des Betriebwassers wieder zu gewinnen, müsse daher der Unterwasserspiegel bei der Fabrik auf Unkosten des nützlichen Gefälls steigen, wodurch dem Motor Eintrag gethan werde. Dagegen sei die Stauung des Auslaufkanales der Fabrik nicht einzig und allein durch die von der Regierung von Thurgau angeordnete Murgkorrektur verursacht worden, sondern dieselbe habe ihren Grund theilweise auch in einem Verschulden der Fabrik Murkart, insbesondere in der, mit Rücksicht auf den unregelmäßigen, Geschiebe führenden Fluß, zu tiefen Anlage des Kanalauslaufes. Eine Erhöhung der Murgsohle bei Nr. 61 hätte auch ohne Ausführung der partiellen Korrektur kommen müssen und die angeordnete Korrektur habe dieselbe daher nicht einzig und allein verursacht, sondern höchstens zur Beschleunigung und theilweisen Vergrößerung beigetragen. Die Verengung der Kanalöffnung und die Beschaffenheit des Kanals

selbst seien dem ungehinderten Abflusse zwar auch nicht günstig, doch für die Stauung nur von untergeordneter Bedeutung. Das Verhältniß des Einflusses auf die Stauung in Prozenten ausgedrückt, ergäbe zu Lasten der Fabrik 87 Centimeter oder circa 80 Prozent, zu Lasten der Korrektur 22 Centimeter oder circa 20 Prozent. Eine wesentliche Vergrößerung der Schädigung des Kanals werde durch das Fortbestehenlassen des gegenwärtigen Zustandes nicht verursacht werden. Der Gang der Turbine der Fabrik, welche nach Fouval'schem System eingerichtet sei, werde durch die Stauung an und für sich nicht gehindert, wohl aber trete dadurch ein dem verlorenen Gefälle entsprechender Arbeitsverlust ein; bei einer Stauung von 92 Centimeter sei der Verlust an Nutzeffekt auf höchstens 10 Prozent zu berechnen, derselbe lasse sich durch keine veränderte Turbinenkonstruktion beseitigen. Um die vorhandene Stauung des Auslaufkanals zu beseitigen, müßte entweder die Murgsohle bei Profil 61 vertieft werden, was nur durch Fortsetzung der Korrektur von Nr. 61 abwärts, sei es bis zur Mühle, sei es nur theilweise bis Profil 58 geschehen könnte, oder aber es müßte der Auslauf des Kanals weiter flußabwärts verlegt werden, wofür letztere Arbeit nach ungefährender Schätzung einen Kostenaufwand von höchstens 6000 Fr. erfordern würde.

H. Nachdem die Klägerin, gestützt auf ein von ihr eingeholtes Privatgutachten des Ingenieurs Wey in Rheineck, in welchem die Ausführungen der gerichtlichen Experten in wesentlichen Beziehungen bekämpft werden, eine Ergänzung der Expertise durch die gerichtlichen Experten beantragt hatte, hielten die letztern in einem eingehenden Nachtragsgutachten, gegenüber den Einwendungen des Ingenieurs Wey, in allen wesentlichen Punkten an den Aufstellungen ihres ersten Gutachtens fest, indem sie indeß bemerkten: Es sei ihnen irrigerweise von der Klägerin nicht der richtige Plan der Turbinenkonstruktion mitgetheilt worden und erst nach Abgabe ihres Berichtes seien sie darauf aufmerksam gemacht worden, daß im Jahre 1870 die Fouvalturbinen durch eine Girard'sche ersetzt worden seien. Dadurch nun, daß diese Turbine im Wasser stehe, gehe an Nutzeffekt verloren; es variire dieser Verlust mit dem Wasserstande der Murg und könne, wenn

die Turbine 1 Fuß im Wasser stehe, auf circa 13 Prozent geschätzt werden. Im Weiteren fügen die Experten bei, es müsse, um irrthümliche Meinungen zu beseitigen, ausdrücklich bemerkt werden, daß die von ihnen angegebenen Verhältniszahlen bezüglich des Einflusses auf die Stauung (80 und 20 Prozent), was übrigens selbstverständlich, nicht absolut richtig seien, sondern nur ein annäherndes Verhältniß darstellen und daß sie, wenn sie sich dahin ausgesprochen haben, daß bei Fortbestehenlassen des jetzigen Zustandes eine wesentliche Vergrößerung der Stauung des Kanals nicht eintreten werde, von der Voraussetzung ausgegangen seien, daß das Flußbett von Profil 61 bis zum Nummühlwehrr eingedämmt werde, was übrigens auch zum Schutze des Landes unterhalb des Kanalauslaufes absolut erforderlich sei.

I. Nachdem der Instruktionsrichter, nach Mittheilung des Nachtragsgutachtens der gerichtlichen Experten an die Parteien, durch Verfügung vom 14. Juli 1881 das Ververfahren als geschlossen erklärt hatte, sandte die Klägerin nachträglich ein neues Privatgutachten des Ingenieurs Wey sammt Beilagen ein, welche Aktenstücke indeß vom Instruktionsrichter mit Rücksicht auf seine Schlußverfügung zurückgewiesen wurden. Die Klägerin stellte hierauf an den Präsidenten des Bundesgerichtes am 25. Juli 1881 im Sinne des § 174 der eidg. C.-P.-O. das Gesuch, er möchte fragliches Gutachten nebst Aktenstücken dem Prozeßmaterial beifügen. Der beklagte Fiskus, welchem dieses Gesuche zur Vernehmung mitgetheilt wurde, trug auf Abweisung desselben, eventuell darauf an, daß das eingereichte zweite private Gegengutachten wiederum den gerichtlichen Experten zur Vernehmung mitgetheilt und nur mit letzterer, nicht ohne eine solche, den Prozeßakten beigefügt werde. Das Präsidium des Bundesgerichtes verfügte hierauf am 9. August 1881 Abweisung des fraglichen Gesuches der Klägerin, indem dem Gerichtshofe selbst vorbehalten bleiben müsse, bei der Hauptverhandlung darüber zu entscheiden, ob eine Vervollständigung der Prozeßinstruktion stattzufinden habe.

K. Bei der mündlichen Verhandlung hält der Vertreter der Klägerin in der Hauptsache den in der Klage gestellten Antrag

unter eingehender Begründung aufrecht, beantragt im Fernern, das zweite Privatgutachten des Ingenieurs Wey sei dem Gesamtgerichte vorzulegen, und führt im Weiteren aus, jedenfalls müsse die Repartition der Verschuldung an der eingetretenen Stauung des Fabrikkanals anders als dies von den gerichtlichen Experten geschehen sei, festgesetzt werden, und ganz eventuell endlich wäre bei der Entscheidung über die Kosten dem Umstande Rechnung zu tragen, daß die im gegenwärtigen Prozesse aufgenommenen Expertisen auch dem beklagten Fiskus von Nutzen seien.

Dagegen trägt der Vertreter des beklagten Fiskus auf Abweisung der sämtlichen Begehren der Klägerin unter Kostenfolge an, indem er die in den Rechtschriften geltend gemachten Gesichtspunkte des Nähern entwickelt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Wenn der beklagte Fiskus in erster Linie die Kompetenz des Bundesgerichtes bestreitet, da es sich hier nicht um eine Civil-, sondern um eine Administrativstreitigkeit handle, so erscheint diese Einwendung als unbegründet; denn die Klägerin stützt ihren Anspruch darauf, daß durch die Ausführung der vom Staate angeordneten Murgkorrektur ein ihr zustehendes Privatrecht auf Benutzung der Wasserkraft der Murg für ihr Fabriketablissemment verlehrt worden sei; sie macht sonach zweifellos einen privatrechtlichen Anspruch geltend, zu dessen Beurtheilung das Bundesgericht nach Art. 27 des Bundesgesetzes betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege kompetent ist. Wenn dem gegenüber der Beklagte ausführt, daß nach der kantonalen Gesetzgebung die vorliegende Rechtsstreitigkeit sich als Administrativsache qualifizire, so kann dem keineswegs beigetreten werden; denn Art. 1 lit. c des thurgauischen Gesetzes über die Administrativstreitigkeiten vom 14. März 1866, welcher Anstände betreffend „die Einrichtung und den Unterhalt von Brücken, Wuhrunge, sowie über die Leitung der Flüsse zum Zwecke der Handhabung der Wasserpolizei“ den Administrativbehörden zur Entscheidung zuweist, behält ja den Theilnehmenden ausdrücklich vor, in Fällen, wo „erworbene Rechte und privatrechtliche Entschädigungsansprüche“ geltend gemacht werden, den richterlichen

Entscheid anzurufen, ohne dabei, wie der Beklagte auszuführen versucht hat, irgendwie zu unterscheiden, ob es sich um privatrechtliche Anstände mehrerer Wassernutzungsberechtigten unter einander oder um Ansprüche gegen den Staat handle. Wenn im Fernern der Beklagte seine Kompetenzeinwendung auch mit der Behauptung zu begründen versucht, es stehe der Klägerin ein Privatrecht auf Benutzung der Wasserkraft der Murg überhaupt nicht zu, so ist diese Einwendung offenbar nicht bei Entscheidung der Kompetenzfrage, sondern bei Beurtheilung der Hauptsache selbst zu würdigen.

2. Was sodann das Begehren der Klägerin anbelangt, es solle das von ihr nachträglich eingereichte Privatgutachten des Ingenieurs Wey sammt Beilagen zu den Prozeßakten genommen werden, so ist dasselbe offenbar unbegründet und unzulässig, denn es ist evident, daß hier keiner derjenigen Fälle vorliegt, in welchem nach Art. 173 der eidgenössischen Zivilprozeßordnung eine Partei berechtigt ist, bei der Hauptverhandlung Ergänzung oder Berichtigung der Akten zu verlangen. Es könnte auch unter allen Umständen dem erwähnten Privatgutachten lediglich die Bedeutung einer Parteäußerung, nicht diejenige eines Sachverständigengutachtens beigegeben werden.

3. In der Sache selbst sodann ist zu bemerken: Fragt sich in erster Linie, ob für die Klägerin überhaupt ein Privatrecht auf Benutzung der Wasserkraft der Murg für das Triebwerk ihrer Fabrik begründet sei, so ist richtig, daß in der Gesetzgebung sowohl als in Doktrin und Praxis die Frage, ob durch die staatliche Verleihung besonderer, d. h. nicht in dem Jedermann zustehenden Gemeingebrauche enthaltener Nutzungsrechte an einem öffentlichen Gewässer ein Privatrecht des Konzessionärs begründet werde, oder ob eine derartige staatliche Verleihung als ein auf dem Boden des öffentlichen Rechtes sich bewegender Akt der Staatsgewalt lediglich eine öffentlich-rechtliche Befugniß bzw. ein öffentlich-rechtliches Vermögensrecht begründe, verschieden beantwortet wird (vergl. z. B. Randa, Beiträge zum österreichischen Wasserrechte S. 6; König, Bernische Zivil- und Zivilprozeßgesetze II, S. 12 u. ff. und dagegen Sarwey, das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege S. 346 u. ff.).

Allein im vorliegenden Falle kann nicht zweifelhaft sein, daß ein Privatrecht der Klägerin nach Mitgabe der thurgauischen Gesetzgebung allerdings begründet ist; denn: Als Entscheidungsnorm ist das kantonale Gesetz über die Ausübung der Arbeits-, Erwerbs- und Handelsfreiheit vom 2. Oktober 1832, unter dessen Herrschaft das Wasserwerk der Klägerin angelegt wurde, zu Grunde zu legen. Nun bestimmt aber dieses Gesetz (§ 17 u. ff.), daß auf eigenem Grund und Boden Jeder, ohne daß er einer besondern amtlichen Bewilligung bedürfe, Wasserwerke zum Behufe von Mühlen, Fabriken oder Gewerben irgend einer Art errichten dürfe, sofern von keiner Seite privatrechtliche Einreden dawider erhoben werden, und bezeichnet als solche, d. h. privatrechtliche Einwendung insbesondere diejenige, daß „durch die neue Wasserbaute einem schon bestehenden Wasserwerke in Beziehung auf ungehinderten Zu- oder Abfluß des Wassers Abbruch geschehe.“ Demgemäß verweist denn auch das Gesetz die Entscheidung über solche Einwendungen an den Zivilrichter (vergl. § 22 desselben) und bestimmt im Weiteren, daß Veränderungen an bereits bestehenden Wasserwerken in Beziehung auf den Wasserzufluß ebenfalls nicht anders als gegen Klagslosstellung der Mitbenutzer desselben Wassers und der beteiligten Grundbesitzer erfolgen dürfe, sowie daß ein Wasserwerk, wenn es 20 Jahre lang nicht gebraucht oder seit 10 Jahren abgebrochen worden sei, als eingegangen betrachtet werden solle und andere Personen berechtigt seien, ohne Rücksicht auf dessen bisherigen Bestand, ihre neuen Werke anzulegen (§ 20, 23 leg. cit.). Angesichts dieser gesetzlichen Bestimmungen ist nun zwar gewiß dem beklagten Fiskus darin beizutreten, daß die unter der Herrschaft des erwähnten Gesetzes vom 2. Oktober 1832 der Klägerin ertheilte regierungsräthliche Bewilligung zu Anlage der von ihr projektierten Wasserbaute nicht die Bedeutung einer staatlichen Verleihung eines privaten Wassernutzungsrechtes hat, sondern daß derselben lediglich deklarative Bedeutung d. h. die Bedeutung einer Erklärung, daß der Ausführung der projektierten Anlage Gründe des öffentlichen Interesses, bzw. der Wasserpolizei, nicht entgegenstehen, beizumessen ist. Dagegen ergibt sich aus den angeführten gesetzlichen Bestimmungen ebenso

unzweifelhaft, daß in Gemäßheit derselben bei befugter Anlage eines Wasserwerkes an einem öffentlichen Gewässer unmittelbar durch die Erstellung des Werkes selbst ein Privatrecht auf die der Anlage entsprechende Wasserbenutzung begründet wurde, welches durch spätere Wasserbauten nicht geschmälert werden durfte und lediglich durch 20- bzw. 10jährigen Nichtgebrauch unterging. Wenn der beklagte Fiskus nämlich dem gegenüber ausgeführt hat, daß nach den erwähnten Gesetzesbestimmungen einem Wasserwerkbesitzer Rechte nur gegenüber von Privaten, nicht aber gegenüber dem Staate, welchem kraft seines Hoheitsrechtes die freie Disposition über das öffentliche Gewässer stets zustehen müsse, verliehen seien, so ist darauf zu erwidern, daß, wenn das Gesetz, wie dies unzweifelhaft der Fall ist, überhaupt ein Privatrecht des Wasserwerkbesitzers an dem öffentlichen Gewässer anerkannt, dieses Recht als ein dingliches Jedermann, also auch dem Staate gegenüber, wirksam sein muß, sofern nicht etwa gesetzlich besondere Beschränkungen der Wassernutzungsrechte im öffentlichen Interesse, mit Rücksicht auf die Ausführung staatlich angeordneter Flußkorrekturen und dergleichen, statuiert sind. Das Hoheitsrecht des Staates über die öffentlichen Gewässer sodann wird durch das Bestehen privater Nutzungsrechte an denselben offenbar in keiner Weise in Frage gestellt, da ja selbstverständlich durch den Bestand solcher Rechte der Staat niemals an Ausübung seiner Hoheitsrechte gehindert werden kann, vielmehr bei hoheitlichen Dispositionen, wodurch in die bestehenden Privatrechte eingegriffen wird, lediglich die Entschädigungspflicht des Staates in Frage kommen kann.

4. Wenn aber auch demgemäß ein Privatrecht der Klägerin auf Benutzung der Wasserkraft der Murg nach Maßgabe der ursprünglichen Anlage ihres Wasserwerkes anzuerkennen ist, so kann doch der Klageantrag nicht als begründet erachtet werden. Es kann nämlich zunächst davon, daß der Beklagte zu Fortführung der begonnenen Flußkorrektur verurtheilt werden könnte, worauf der Klageantrag in erster Linie gerichtet ist, offenbar keine Rede sein; denn irgend welche privatrechtliche Verpflichtung des beklagten Fiskus, das begonnene öffentliche Werk weiter zu führen, besteht offensichtlich nicht. Vielmehr könnte sich blos

fragen, ob nicht gemäß dem zweiten Theile des Klageantrages der Beklagte zu verurtheilen sei, die „geeigneten Maßnahmen“ für Beseitigung der durch die partielle Flußkorrektur herbeigeführten Stauung des Auslaufskanals des klägerischen Stabliffementes zu ergreifen. Allein auch in dieser Richtung erscheint der Klageantrag als unbegründet; denn vorerst ist grundsätzlich festzuhalten, daß, wenn durch die Ausführung eines öffentlichen Werkes in ein bestehendes Privatrecht eingegriffen resp. ein diesem widersprechender Zustand herbeigeführt wird, der Beschädigte keineswegs schlechthin Beseitigung dieses Zustandes zu verlangen berechtigt ist, sondern vielmehr jedenfalls dem Beklagten vorbehalten werden müßte, eventuell Schadensersatz zu leisten, d. h. den Beschädigten zu enteignen. Sodann aber ist in concreto durch das Gutachten der zweifellos sachkundigen gerichtlichen Experten, welches der Richter, da es klar und eingehend begründet ist und demselben gegenüber das von der Klägerin einseitig eingeholte Privatgutachten offenbar nicht in Betracht kommen kann, seinem Urtheile zu Grunde legen muß, dargethan, daß die vorhandene Stauung des Fabrikkanals der Klägerin nur zum kleinern Theile durch die Ausführung der partiellen Flußkorrektur herbeigeführt wurde, zum weitaus größern Theile dagegen eine nothwendige Folge der fehlerhaften (zu tiefen) Anlage des Kanals selbst ist, so daß schon aus diesem Grunde von einer Gutheilung des Klageantrages nicht die Rede sein kann; denn es ist klar, daß der Beklagte keinesfalls verpflichtet werden kann, die aus der mangelhaften Anlage des Kanals, also aus der eigenen Handlung der Klägerin, entstandenen Nachteile zu beseitigen, und eine blos theilweise Beseitigung der eingetretenen Nachteile ist der Natur der Sache nach unmöglich.

5. Demnach könnte es sich höchstens fragen, ob nicht der beklagte Fiskus der Klägerin für denjenigen Schaden, welcher ihr durch die in Folge der partiellen Flußkorrektur eingetretene Vergrößerung und Beschleunigung der Stauung ihres Auslaufskanals erwachsen ist, ersatzpflichtig sei. Allein hierauf ist vorliegend gar nicht geklagt, und es sind daher die Fragen, ob eine solche Schadenersatzpflicht prinzipiell bestehe, ob dieselbe etwa dadurch, daß Klägerin in die Ausführung der in Frage

stehenden Korrektur ausdrücklich einwilligte, ausgeschlossen sei u. s. w., vom Gerichte nicht weiter zu prüfen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Klage ist abgewiesen.

V. Civilstreitigkeiten zu deren Beurtheilung das Bundesgericht von beiden Parteien angerufen worden war.

Différends de droit civil portés devant le Tribunal fédéral par conventions des parties.

71. Urtheil vom 10. September 1881 in Sachen der Gotthardbahn-Gesellschaft gegen die Bauunternehmung des großen Gotthardtunnels L. Fabre und Comp.

A. Im Anfange des Jahres 1878 hatte sich die Ausmauerung des großen Gotthardtunnels, ungefähr zwischen Kilometer 2785 und 2811 der Nordseite, als schadhast gezeigt. Nachdem durch ein, von Ingenieur Bollinger Namens der Gotthardbahngesellschaft und von Ingenieur Stockalper Namens der Tunnelunternehmung Fabre & Comp. unterzeichnetes Protokoll vom 25./26. Mai 1878 der Zustand der Mauerung in der Tunnelstrecke „Profil 2780 bis Profil 2812“ konstatiert worden war, wurde am 21. Juni 1877 zwischen der Gotthardbahngesellschaft und der Tunnelunternehmung Fabre folgendes Kompromiß abgeschlossen: „Nachdem sich auf der Nordseite des großen Gotthardtunnels ungefähr zwischen 2785 und 2811 die Tunnelausmauerung als schadhast gezeigt hat, ist zwischen den Parteien die Frage streitig geworden, ob der jetzige gefährdende Zustand des bezeichneten Mauerwerkes der Gotthardbahn-

gesellschaft oder dem Unternehmer Fabre als Verschulden anzurechnen sei und ob demgemäß die Gotthardbahngesellschaft oder Herr Fabre die Folgen dieses Zustandes, insbesondere auch die Kosten einer Rekonstruktion des Mauerwerkes, auf sich zu nehmen habe. Die Parteien sind übereingekommen, diese Streitfragen schiedsrichterlich beurtheilen zu lassen, unter folgenden näheren Bestimmungen: 1. u. s. w. 2. Das Schiedsgericht hat über die im Eingange bezeichneten Streitfragen, sowie über die Kostenfolgen endgültig zu urtheilen. 3. u. s. w. 6. Das Schiedsgericht hat sein Urtheil nach den zwischen den Parteien bestehenden Verträgen auszufällen. 7. u. s. w.“ Das gestützt auf diesen Schiedsvertrag eingesetzte Schiedsgericht gab sein Urtheil am 26. Juni 1878 dahin ab:

1° La compagnie payera à l'entreprise la moitié du prix des maçonneries à démolir.

2° L'entrepreneur en exécutera la démolition à ses frais, risques et périls: il demeurera propriétaire des matériaux de démolition; les dépenses provenant de l'étaillage des maçonneries déformées, ainsi que tous les frais en résultant, sont à la charge de l'entreprise.

3° La compagnie prescrira le type des nouvelles maçonneries, après s'être entendue avec l'entreprise.

4° S'en rapportant sur ce point au désir exprimé par les parties, d'avoir sur la nature et les dimensions des nouvelles maçonneries des conseils et non un jugement, les arbitres, après examen approfondi,

a) Pensent qu'il y aurait lieu de renforcer le type de 1^m au moyen d'anneaux contre-forts de 2^m50 à 3^m de largeur, espacés de 10^m d'axe en axe. — Ces anneaux auraient une épaisseur de voûte d'au moins 1^m50.

b) Estiment que toute l'épaisseur de la maçonnerie à traiter et à payer comme voûte, devrait être exécutée en pierres ébauchées suivant le beiveau de la voûte, sans que la partie en parement soit traitée d'une autre manière que le reste, sauf pour le smillage du parement. — Les pierres devraient se découper convenablement dans chaque sens; elles devraient n'avoir pas moins de 0^m20 d'épaisseur; dans un des sens