

En effet, aux termes de l'art. 5 précité, les personnes qui exercent une profession libérale et qui ont obtenu un *certificat de capacité d'un canton* peuvent exercer cette profession sur tout le territoire de la Confédération.

Il suit de là qu'un avocat, pour pouvoir exercer sa profession ou des actes de sa profession (tels que la signature d'un exploit) dans un canton autre que celui où il s'est établi, doit justifier qu'il remplit la condition prévue par le dit art. 5, savoir qu'il a obtenu un certificat de capacité d'un autre canton; si cette justification est faite, le canton requis est tenu de laisser l'avocat requérant exercer librement sa profession sur son territoire.

6. — Or il n'est point établi, et il n'a pas même été allégué que l'avocat E. D., à Romont, ait communiqué aux autorités judiciaires vaudoises un certificat de capacité à lui délivré par un autre canton, certificat nécessaire aux termes de l'art. 5 transitoire, pour autoriser ce praticien à exercer sa profession dans le canton de Vaud. Cette justification du droit de l'avocat D. à l'exercice de sa profession dans le canton de Vaud en vertu du dit art. 5, n'a pas été fait non plus au moment où la validité de l'exploit signé par cet avocat a été contestée, c'est-à-dire devant le Tribunal cantonal vaudois, lors de l'instruction de l'exception basée sur le fait que l'exploit du 9 mai n'était pas régulier, parce qu'il n'était pas signé par un *avocat* ayant droit d'exercer dans le canton de Vaud. Cette justification de la qualité de l'avocat D. n'ayant jamais été offerte aux tribunaux vaudois, le juge vaudois n'était pas censé savoir, ni tenu de supposer que le dit avocat remplissait la condition exigée par l'art. 5, et dès lors il était loisible au dit juge, sans commettre par là une violation de la CF, de déclarer irrégulier l'exploit signé par une personne dont le droit à exercer les actes de la profession d'avocat dans le canton de Vaud n'était pas établi.

7. — Dans ces conditions, et bien que le motif retenu par l'instance cantonale, que « l'assignation n'a pas été donnée à la réquisition d'un avocat *vaudois* », soit en lui-même et sous cette forme erroné, le recours n'en doit pas moins être

rejeté, parce que l'instance cantonale n'a pas été mise en demeure, ni en situation de décider si l'acte de procédure dont il s'agit était valable au point de vue de l'art. 5 transitoire de la CF.

Cette considération devant entraîner à elle seule le rejet du recours dans son ensemble, il n'est point nécessaire d'examiner les autres griefs articulés à l'appui du pourvoi.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté.

### 87. Urteil vom 18. September 1907

in Sachen **Müller** gegen **Regierungsrat Bern**.

*Staatsrechtlicher Rekurs wegen Verweigerung einer Wasserrechtskonzession. — Willkürliche Auslegung des kantonalen (bernischen) Gesetzes? (Satz. 335 ZGB. § 1 des Ges. über d. Unterhalt etc. der Gewässer, vom 3. April 1857). — Verbindliche Zusicherung der Erteilung der Konzession? — Eingriff in das Gebiet der gesetzgebenden Gewalt? (Art. 10 bern. KV.)*

A. Am 12. Oktober 1899 stellte J. R. Müller-Landsmann in Zürich, der Vater des Rekurrenten Dr. phil. G. R. Müller, Maschineningenieur, 3. Zt. in Bern, beim Regierungsrat des Kantons Bern das Gesuch, der Regierungsrat möchte ihm oder einer von ihm zu bildenden Gesellschaft die „Konzession“ erteilen, „die Wasserkräfte der Aare von Guttannen bis Innertkirchen und ihrer Zuflüsse, d. h. der Gadmenaar, des Gentalwassers und des Urbachthalwassers, rationell nutzbar zu machen.“ Dabei nahm er Bezug auf ein von ihm schon am 28. April 1899 eingereichtes Gesuch um Erteilung der Bergwerkskonzession zur Ausbeutung von Eisenerz und Eisenstein im Amtsbezirk Oberhasli und führte des näheren aus, daß er zur Eisengewinnung ein bereits praktisch erprobtes elektrisches Schmelzverfahren anzuwenden beabsich-

tige, für welches, in Verbindung mit den zum Betriebe des Eisenwerks erforderlichen Transporteinrichtungen, eine erhebliche Menge elektrischer Kraft nötig sei.

Hierauf faßte der Regierungsrat am 10. Januar 1900 folgenden Beschluß:

„Die von Rob. Müller-Landsmann in Zürich unterm 12. Oktober 1899 eingereichte Konzessionsvorlage betreffend Nutzbarmachung der Wasserkräfte der Aare von Guttannen bis Innertkirchen und ihrer Zuflüsse, d. h. der Gadmenaare, des Gentalwassers und des Urbachtalwassers bedarf noch besserer Abklärung, sowie eingehender Prüfung und Begutachtung der kompetenten Behörden, weshalb die Konzessionserteilung in ganz nächster Zeit nicht möglich ist.

„Immerhin erklärt sich der Regierungsrat grundsätzlich damit einverstanden, dem Rob. Müller-Landsmann in Zürich eine Wasserwerkskonzession in größerem Maßstabe zum Zwecke der Ausbeutung der Eisenerzlager und Verhüttung des gewonnenen Erzes im Oberhasli nach Erfüllung dieser Präliminarien erteilen zu wollen.

„Sollte der Regierungsrat in den Fall kommen, vor Erstellung des größeren Werkes, in diesem Gebiet Konzessionen für kleinere Wasserwerksanlagen zu erteilen, so wird er für letztere Vorbehalte zum Zwecke der spätern Einbeziehung derselben in eine größere Anlage machen.“

Und mit Beschluß vom 11. Januar 1900 erteilte der Regierungsrat an Rob. Müller-Landsmann die Konzession zur Ausbeutung der dem Staat Bern gehörenden Eisenerzlagere im Gebiete des Amtsbezirks Oberhasli unter näher festgesetzten Bedingungen für die Dauer von 25 Jahren mit Zusicherung der Erneuerung bei ordnungsgemäßer Ausnutzung. In der Folge setzte Müller-Landsmann seine technischen Versuche und Studien fort und traf Vorbereitungen für die Finanzierung und die planmäßige Verwirklichung seines Unternehmens. Insbesondere suchte er im Interesse desselben nach und erwirkte, laut Bundesbeschluß vom 24. April 1902, die Konzession für Bau und Betrieb einer Eisenbahn von Meiringen nach Innertkirchen. Ferner betraute er, im März 1901, den Oberbaurat Schmieß in Darmstadt mit der

Ausarbeitung der definitiven Pläne für die Ausnutzung der beanspruchten Wasserläufe, mit der Verpflichtung, die Pläne sechs Monate nach Erteilung der Konzession fertig zu stellen, und trat in Unterhandlungen mit auswärtigen Finanzleuten. Über diese Schritte hielt er die kompetenten Staatsbehörden (Direktion der Finanzen und Domänen und Baudirektion des Kantons Bern) jeweilen auf dem Laufenden und drängte wiederholt auf endgültige Erteilung der Konzession. Am 17. Juni 1902 faßte deshalb der Regierungsrat des Kantons Bern folgenden Beschluß: „Seit dem Regierungsratsbeschluß vom 10. Januar 1900, in welchem dem R. Müller-Landsmann in Zürich grundsätzlich die Erteilung einer Wasserwerkskonzession zur Erz-Ausbeutung und Verarbeitung im Oberhasli nach Erfüllung gewisser Präliminarien in Aussicht gestellt wurde, hat die Baudirektion die Angelegenheit in technischer und wasserpolizeilicher Hinsicht geprüft und bezügliche Konzessionsentwürfe aufgestellt. Seinerseits hat Müller-Landsmann zu wiederholten Malen mündlich und schriftlich über die von ihm bisher für die Realisierung seiner Pläne getanen Schritte Bericht gegeben und zur Förderung des Unternehmens um Erteilung der definitiven Konzession nachgesucht.

„Diesem Begehren kann einstweilen noch nicht entsprochen werden, indem

„1. Die Staatswirtschaftskommission verschiedentlich sich dahin ausgesprochen hat, es sei im allgemeinen mit der Erteilung derartiger Konzessionen zurückzuhalten und dann in erster Linie für die öffentlichen Interessen des Staates zu sorgen;

„2. Konzessionen nur auf Grund vollständiger Projekte, Eigentumsausweise und genauer Zweckbestimmung erteilt werden sollen;

„3. Die Projekte des Petenten hinsichtlich definitiver Gestaltung, Durchführung und Zweck gemäß Beschluß vom 10. Januar 1900 noch besonderer Abklärung bedürfen.

„Von diesem Beschluß ist dem R. Müller-Landsmann von der Baudirektion Kenntnis zu geben.“

Diese Kenntnisgabe an Müller-Landsmann erfolgte jedoch „aus Versehen“ erst am 17. April 1903. Inzwischen, durch Beschlüsse vom 11. März 1903, hatte der Regierungsrat auf Ge-

sich Müller-Landsmann die diesem erteilte Bergwerkskonzession auf seinen Sohn, den heutigen Rekurrenten, Ingenieur Dr. C. R. Müller ausgedehnt und dasselbe bezüglich der „am 10. Januar 1900 grundsätzlich in Aussicht gestellten Wasserwerkskonzession“ zugesichert. In ihrem die Zustellung des Beschlusses vom 17. Juni 1902 begleitenden Schreiben an Müller-Landsmann vom 17. April 1903 bemerkte die Baudirektion nach Angabe ihres Verfehrens noch: „Derjelbe (sc. der Beschluß) ändert überhaupt an der „Stellung, die der Regierungsrat von jeher eingenommen hat, „nichts. Er wurde veranlaßt durch das stete Drängen Ihrerseits „um Erteilung der Konzession, ohne daß eine Garantie dafür „vorlag, daß die Kraft wirklich zu dem in Aussicht genommenen „Zwecke verwendet werden kann. Der Staat wird nach wie vor „Ihre Bestrebungen unterstützen, kann sich jedoch der großen „Wasserkräfte nicht entäußern, bevor dafür eine sichere Verwendung „vorhanden ist.“

Daraufhin traf Müller-Landsmann weitere Vorkehrungen zur Verwirklichung des geplanten Unternehmens. So pachtete er, nach Mitteilung an die Baudirektion des Kantons Bern vom 30. November 1903, die durch geologisches Gutachten ausgewiesener Eisenerzlager im angrenzenden Kanton Obwalden für die Dauer von 50 Jahren. Ferner ließ er den Talgrund von Innerkirchen zum Zwecke des erforderlichen Landerwerbs vermessen und realisierte, wie er der kantonalen Baudirektion ebenfalls zur Kenntnis brachte, eine Anzahl Landankäufe (bis September 1905 angeblich im Wertbetrage von über 100,000 Fr.). Endlich konnte er der kantonalen Baudirektion in den Jahren 1904 und 1905 sukzessive die von Oberbaurat Schmick ausgearbeiteten definitiven Ausführungspläne für vier Wasserwerksanlagen (an der Aare, der Gädmenaare, dem unteren Gentalwasser und dem Urbachtalwasser) mit einer auf insgesamt rund 78,000 HP berechneten Mittelkraft einreichen und brachte im Sommer 1905 auch einen Finanzierungsvertrag für das ganze Unternehmen mit einem belgischen Finanzmann, Armand Fraiteur in Brüssel, zum Abschluß. Damit nun glaubte Müller-Landsmann seinerseits die Bedingungen des Regierungsratsbeschlusses vom 17. Juni 1902 erfüllt zu haben und erneuerte daher mit auch vom Rekurrenten unterzeich-

neter Zuschrift vom 29. September 1905 an den Regierungsrat des Kantons Bern unter einläßlicher Darlegung des derzeitigen Standes der Angelegenheit (mit Ausweis des Landerwerbes und Vorlage des Finanzierungsvertrages) das Gesuch um definitive Erteilung der in Aussicht gestellten Konzession. In der Folge kam es zwischen den beiden Konzessionsbewerbern bezw., nachdem Müller-Landsmann am 5. November 1905 verstorben war, mit dem Rekurrenten, der als Erbe an Stelle seines Vaters trat, allein, nebst den für das Unternehmen gewonnenen Finanzkreisen einerseits, und den Vorstehern der bernischen Bau- und Finanzdirektionen andererseits zu wiederholten Verhandlungen. An diesen nahm im Dezember 1905 auch der Direktor der A.-G. Vereinigte Kander- und Hagneckwerke teil, welche Gesellschaft sich ebenfalls für die Wasserkräfte im Oberhasli interessierte und mit Zuschrift vom 20. Mai 1905 wegen einer bezüglichen Konzession an den bernischen Regierungsrat gelangt war. Schließlich faßte der Regierungsrat am 7. März 1906 folgenden Beschluß:

„1. Das von Ingenieur Dr. Eugen Robert Müller gestellte „Gesuch um Erteilung einer Wasserwerkskonzession für die Aare „von Guttannen bis Innerkirchen und deren Zuflüsse wird ab- „gewiesen.

„2. Den Vereinigten Kander- und Hagneckwerken A.-G. in „Bern wird die Wasserwerkskonzession für die Aare von der Grimsel „bis Innerkirchen und deren Zuflüssen zu den später im Kon- „zessionsakt festzusetzenden Bedingungen erteilt. Dieselben haben die „definitiven Ausführungspläne und vorschriftsgemäßen Ausweise „spätestens innerhalb eines Jahres dem Regierungsrat zur Ge- „nehmigung einzureichen.

„3. Den Vereinigten Kander- und Hagneckwerken wird die „Verpflichtung auferlegt, dem Dr. Müller, bezw. einer von ihm „zu gründenden Industrie-gesellschaft zum Zwecke der Ausbeutung „der Eisenerzlager im Oberhasli und der Verhüttung des dort „gewonnenen Erzes die Kraft vom

- „a) Obern Gentalwasser
- „b) Untern Gentalwasser
- „c) Urbachwasser

„während einem Zeitraum von 40 Jahren zur Verfügung zu stellen.

„Über die bisherigen Anordnungen, Ausführungen der Bauten etc., hat die Industrie-Gesellschaft mit den Kander- und Hagneckwerken ein vom Regierungsrat zu genehmigendes Übereinkommen zu treffen. Sofern ein solches nicht erzielt werden kann, wird der Regierungsrat ein Regulativ aufstellen.

„Die Industrie-Gesellschaft hat an die Kander- und Hagneckwerke die zu Händen des Staates zu entrichtende Konzessionsgebühr von 5 Fr. zu vergüten.

„4. Dem Dr. Müller wird eine dreimonatliche Frist, vom Datum des vorliegenden Beschlusses an gerechnet, eingeräumt, innerhalb welcher er der Direktion der öffentlichen Bauten schriftlich zu erklären hat, ob er von der ihm eingeräumten Vergünstigung Gebrauch zu machen gedenkt oder nicht. Vom Tage dieser Erklärung an ist der obgenannte Zeitraum von 40 Jahren zu berechnen. Sollte Dr. Müller die verlangte Erklärung innerhalb der gesetzten Frist nicht abgeben, so fällt die ihm durch den vorliegenden Beschluß gewährte Vergünstigung ohne weiteres dahin.“

In dem diesen Beschlussesdispositiven vorangestellten Tatbestande konstatierte der Regierungsrat, daß die A.-G. Vereinigte Kander- und Hagneckwerke am 20. Mai 1905 ein Konzessionsgesuch für die Wasserkräfte der Aare von der Grimsel bis Innertkirchen und deren Zuflüsse eingereicht habe und daß ein gleiches Gesuch auch vom eidgenössischen Departement des Innern in Aussicht gestellt worden sei, wobei das Departement die Erklärung abgegeben habe, daß der Bund auf einen Teil der Wasserkräfte im Oberhasli zum Betriebe der Bundesbahnen reflektieren müsse und daß er bei seiner Bewerbung mit den Vereinigten Kander- und Hagneckwerken Hand in Hand zu gehen gedenke. Die Begründung des Beschlusses sodann geht wesentlich dahin: Es sei Pflicht der Konzessionsbehörde, dafür zu sorgen, daß die im Kanton Bern vorhandenen Wasserkräfte möglichst im Interesse der Allgemeinheit ausgenützt würden. Ein Konzessionsgesuch, welches eine derartige Verwendung der zu gewinnenden Kräfte garantiere, verdiene deshalb in jedem Falle den Vorzug vor jedem andern. Umgekehrt sei ein Gesuch überhaupt abzulehnen, wenn und insoweit die Möglichkeit vorhanden sei, daß die Konzession ganz oder teilweise zu Speku-

lationszwecken erworben werden solle. Nach diesen Grundsätzen aber verdiene vorliegend das Konzessionsgesuch der Vereinigten Kander- und Hagneckwerke, welches auch die Interessen des Bundes vertritt, a priori den Vorzug. Das Gesuch Dr. Müllers hätte eventuell so weit berücksichtigt werden können, als der Nachweis erbracht wäre, daß die zu erteilende Konzession für die Einführung der projektierten Industrie im Oberhasli durch den Gesuchsteller in ihrem vollen Umfange notwendig und daß jede spekulative Nebenabsicht ausgeschlossen sei. Hiefür werde jedoch der Konzessionsbehörde keinerlei Garantie geboten. Das Konzessionsgesuch Dr. Müllers müsse daher abgewiesen werden; immerhin solle diesem, ohne Anerkennung eines Rechtsanspruches seinerseits, die Ausführung seines industriellen Planes dadurch ermöglicht werden, daß die Vereinigten Kander- und Hagneckwerke dazu verhalten würden, ihm die Nutzbarmachung des Gental- und des Urbachwassers zu überlassen.

B. Gegen den letztgenannten Beschluß des Regierungsrates hat Dr. E. R. Müller rechtzeitig den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht ergriffen und unter Berufung auf Verletzung der Art. 4 BB und Art. 10 bern. StGB (Grundsatz der Trennung der Gewalten) beantragt:

1. Das Bundesgericht möge in seiner Eigenschaft als Staatsgerichtshof den fraglichen Beschluß des Regierungsrates des Kantons Bern vom 7. März 1906 in seinem ganzen Umfange aufheben.

2. Das Bundesgericht möge dem Regierungsrat des Kantons Bern eine angemessene, aber tunlichst kurze, Frist ansetzen, innert welcher derselbe dem Herrn Dr. E. R. Müller die verlangten Baubewilligungen beziehungsweise Wasserwerkonzessionen zur Nutzbarmachung der Wasserläufe im Oberhasli zwecks Kraftgewinnung erteilen soll.

Diese Bewilligungen haben zu umfassen folgende Wasserläufe:

a) Die Aare (eigentlich sog. Hasli-Aare) vom südlichen Eingang der „Aarechlucht“ bis zu ihren Quellen samt allen ihren Zuflüssen bis zu deren respektiven Quellen.

b) Die Gadmenaare (d. h. das Gadmenwasser und das Triftwasser sowohl einzeln als auch gemeinsam; auch „Talwasser“

und „Unterwasser“ genannt) von ihren respektiven Quellen bis zu ihrer Einmündung in die Aare beim Dorfe Innertkirchen samt ihren Zuflüssen bis zu deren respektiven Quellen.

c) Das Gentalwasser (einschließlich Engstlensee, Engstlenbach und Gentibach) von seiner Einmündung in die Gadmenaare im „Mühlental“ bis zu den respektiven Quellen, samt seinen Zuflüssen bis zu deren respektiven Quellen.

d) Das Urbachtalwasser (auch etwa „Urbach“ oder „Urbachwasser“ genannt) von seiner Einmündung in die Aare beim Dorfe Innertkirchen bis zu seinen Quellen samt seinen Zuflüssen bis zu deren respektiven Quellen.

Die rechtliche Begründung des Rekurses, welcher eine einläßliche Darstellung des vorstehend in den Hauptpunkten berührten Tatbestandes vorausgeht, läßt sich wie folgt zusammenfassen: Der Rekurrent bemerkt vorab, die angebliche „Bergünstigung“, welche ihm der Regierungsrat in Dispositiv 3 des angefochtenen Beschlusses gewähre, könne ihm die nachgesuchte Bewilligung eigener Kraftbeschaffung nicht ersetzen und ermögliche die Erreichung seiner Zwecke schlechterdings nicht. Denn einmal sei die ihm zugestandene Stellung als Kraftmieter — und zwar einer privaten, jedenfalls indirekt als Konkurrenzinstitut des geplanten Unternehmens sich darstellenden Gesellschaft — gegenüber der Stellung als Krafteigentümer wirtschaftlich und technisch derart verschieden, daß dies an sich schon seinen Finanzierungsvertrag, welcher die letztere Stellung voraussetze, illusorisch mache. Und ferner sei die fragliche Kraftabgabe sowohl zeitlich als auch ihrem Umfange nach in einer Weise beschränkt, daß damit, wie dem Regierungsrat aus dem ihm unterbreiteten Aktenmaterial habe bekannt sein müssen, der Betrieb eines Eisenwerks mit Aussicht auf Erfolg überhaupt nicht denkbar sei. — Sodann wird wesentlich ausgeführt: Der Kanton Bern kenne ein Wasserregal nicht. Seine öffentlichen Gewässer, nämlich die Gewässer, „welche zur Schifffahrt oder Flößerei benützt werden“, seien gemäß § 1 des Gesetzes über den Unterhalt und die Korrektur der Gewässer und die Austrocknung von Märsen und andern Ländereien, vom 3. April 1857, öffentliche Sachen im Sinne der Sitzung 335 des kantonalen Zivilgesetzbuches. Diese bestimme: „Die dem Staate ange-

„hörenden Sachen nennt man freistehende, wenn ihre Zueignung, „und öffentliche, wenn ihr Gebrauch jedermann erlaubt ist. „Das Staatsvermögen besteht aus Sachen, die zu der Bestreitung „der öffentlichen Bedürfnisse, oder zu dem ausschließenden Gebrauch der Regierung bestimmt sind.“ Folglich ständen die öffentlichen Gewässer dem allgemeinen Gebrauche offen, und da der Umfang dieses Gebrauchs gesetzlich nicht beschränkt sei, so könne der Staat demselben aus Gründen der Regalität in keiner Weise entgegenreten, also insbesondere auch die Erstellung von Anlagen zum Zwecke der Gewässerbenutzung nicht verwehren. Dagegen sei für solche Anlagen allerdings aus einem andern Gesichtspunkte eine obrigkeitliche Bewilligung erforderlich. Nach § 14 des kantonalen Gesetzes über das Gewerbewesen vom 7. November 1849 bedürften nämlich einer besonderen „Bau- oder Einrichtungsabewilligung“ u. a. . . .

„4. Vorzugsweise aus wasserpolizeilichen Gründen:

„a) alle Wasserwerke,

„b) alle Gewerke, durch welche ein fließendes Wasser verunreinigt oder die Benutzung desselben zu andern Zwecken mehr „oder wenig anhaltend unterbrochen oder beschränkt wird.“

Dabei handle es sich jedoch um eine Bewilligung lediglich polizeilichen Charakters, deren Ausstellung, wie § 15 desselben Gesetzes ausdrücklich vorschreibe, nicht verweigert werden dürfe, sobald allen polizeilichen Vorschriften ein Genüge geleistet werde. Diese wasserbaupolizeiliche Norm des Gewerbegesetzes sei dann im Gesetz über den Unterhalt und die Korrektur der Gewässer u. vom 3. April 1857 bestätigt worden, indem § 9 Abs. 1 und 2 desselben bezüglich der öffentlichen Gewässer bestimme:

„Bauten und Anlagen, welche auf die Höhe des Wasserstandes, „den Lauf des Wassers oder die Sicherheit des Bettes oder der „Ufer Einfluß haben, oder die bestehenden Uferlinien verändern, „dürfen nur mit Bewilligung des Regierungsrates gemacht werden.“

„Gewerbliche Bauten und Anlagen (Wasser- und Radwerke „und Gewerbskanäle), sowie die Anlage von Brücken, Stegen „und Fähren bedürfen in jedem Falle die Bewilligung des Regierungsrates.“

Es habe also mit dieser Bestimmung des Wasserbaugesetzes, wie an Hand der Entstehungsgeschichte desselben näher erörtert wird, nicht etwa ein neuer Rechtszustand im Sinne einer Erweiterung der Hoheitsrechte des Staates geschaffen werden wollen. Vielmehr handle es sich dabei wiederum nur um eine polizeiliche Bau- und Einrichtungsbewilligung, welche nach Maßgabe des Gewerbegesetzes bei Erfüllung der polizeilichen Vorschriften nicht verweigert werden dürfe. Demnach aber habe der Rekurrent einen gesetzlichen Anspruch auf Bewilligung der von ihm projektierten Wasserwerksanlagen: denn er habe gewissenhaft alle verlangten polizeilichen Requisite erfüllt, und der Regierungsrat mache in seinem Beschlusse vom 7. März 1906 in dieser Hinsicht auch tatsächlich keine Aussetzungen. Die Verweigerung der nachgesuchten Konzession, welche nach dem gesagten eben nur die Bedeutung der mehrerwähnten Bewilligung haben könne und, entsprechend der bisherigen Praxis des Regierungsrates (gedrucktes Bewilligungsschema), auch nur in diesem Sinne verlangt worden sei, erscheine daher grundsätzlich als eine gegen Art. 4 BV verstoßende Willkür und Rechtsverweigerung.

Wenn man nun aber auch annehmen wollte, der Regierungsrat des Kantons Bern habe das Recht der Konzessionserteilung im Sinne gutfindender Verfügung über die Benutzung der öffentlichen Gewässer, so würde der angefochtene Beschluß gleichwohl eine Willkür und Verletzung der Rechtsgleichheit gegenüber dem Rekurrenten bedeuten, weil diesem die nachgesuchte Konzession bereits rechtsverbindlich zugesichert gewesen sei. Eine solche Zusicherung könne, da der Kanton Bern über die Konzessionserteilung (im Gegensatz zur gewerberechtlichen Baubewilligung) keine gesetzlichen Vorschriften habe, „in formlosester Weise“ erteilt werden, es gelten hiefür lediglich die für den menschlichen Verkehr allgemein maßgebenden Grundsätze über Treu und Glauben. Danach nun erscheine der Regierungsrat schon zufolge seines Beschlusses vom 10. Januar 1900 als gebunden; hierin liege eine unzweideutige Zusicherung, eine bloß befristete Erteilung der Konzession, und zwar in dem von jeher verlangten Umfange. Ferner habe der Regierungsrat auch durch die Erteilung der Bergwerkskonzession vom 11. Januar 1900, bei seiner Kenntnis der Sachlage,

daß nämlich die Nutzbarmachung jener von der Benutzung der Wasserkräfte abhängen und Müller-Landsmann darum nur unter der Bedingung eingekommen sei, daß ihm auch diese letztere eingeräumt werde, — implicite die Benutzung der Wasserkräfte in verbindlicher Weise zugesichert. Gleiche Bedeutung komme sodann auch dem weiteren Verhalten des Regierungsrates zu: seiner Empfehlung und Begünstigung der von Müller-Landsmann nachgesuchten Konzession einer Eisenbahn Meiringen-Innertkirchen; der bemerkungslosen Entgegennahme der Rapporte Müller-Landsmanns über den Stand seiner technischen Vorarbeiten, insbesondere der Mitteilungen von der Erwerbung eines Patentes auf einen Schmelzofen für die Verhüttung des Eisenerzes im Oberhasli und von der Auftragerteilung für die Ausarbeitung der definitiven Wasserwerkspläne, welcher der Baudirektor sogar ausdrücklich zugestimmt habe; dem Umstande ferner, daß der Baudirektor Morgenthaler, Regierungsrat, am 16. September 1901 Müller-Landsmann ausdrücklich erklärt habe, er könne sich bei den Finanzierungsverhandlungen für das geplante Unternehmen so betragen, wie wenn er bereits im Besitze sämtlicher definitiven Wasserwerkskonzessionen wäre, und ebenso noch am 19. Mai 1905 dem Bankier Decauville in Paris auf Anfrage versichert habe, daß die Konzession erteilt werde; endlich dem Regierungsratsbeschlusse vom 11. März 1903 betr. die Beteiligung auch des Rekurrenten an der in Aussicht gestellten Konzession, sowie der späteren widerspruchslosen Entgegennahme der definitiven Ausführungspläne, mit den Unterschriften des Rekurrenten und seines Vaters als „Konzessionäre“. Wenn übrigens der Regierungsrat nachträglich auch noch berechtigt gewesen sein sollte, die Konzession von Bedingungen im Sinne des Beschlusses vom 17. Juni 1902 abhängig zu machen, so werde die Erfüllung dieser Bedingungen behauptet und hiefür Beweis durch Expertise angetragen. Die Verweigerung der Konzession bzw. der nachgesuchten Bau- und Einrichtungsbewilligungen sei tatsächlich nicht aus polizeilichen, speziell wasserpolizeilichen, sondern aus Gründen ganz anderer Art erfolgt. Der Baudirektor, Regierungsrat Morgenthaler, habe am 19. November 1901 im Großen Räte des Kantons Bern anläßlich der Berichterstattung über die Staatsverwaltung pro

1900 ausdrücklich erklärt, daß die Regierungsbehörden mit der Erledigung des Konzessionsgesuches Müller absichtlich zugewartet hätten. Schon damals hätten sich also der Rekurrent und sein Vater über Rechtsverweigerung und Willkür beschweren können, um so begründeter sei diese Beschwerde jetzt, nachdem der definitive Entscheid bis 1906 hinausgezögert worden sei. Auch die Motivierung dieses Entscheides selbst trage den Stempel der Willkür. Willkürlich sei die Annahme, daß die Vereinigten Kander- und Hagneckwerke die öffentlichen Interessen vertreten; denn diese Gesellschaft sei ein privates Unternehmen mit dem ausgesprochenen Charakter einer industriellen Erwerbsgesellschaft, und hieran ändere der Umstand nichts, daß der Kanton Bern durch seine Kantonalbank einen Teil ihrer Aktien besitze. Willkürlich sei ferner die Vorgabe, der Nachweis dafür, daß die verlangte Kraft für die Einführung der projektierten Industrien im vollen Umfange notwendig sei, sei nicht erbracht; denn der Regierungsrat habe diesen Nachweis gar nie gefordert und hätte auch kein Recht gehabt ihn zu fordern. Das gleiche gelte endlich auch vom Einwande der spekulativen Nebenabsicht. Der wahre Grund, warum die Konzession dem Rekurrenten verweigert worden sei, liege einfach darin, daß man dieselbe unter allen Umständen der A.-G. der Vereinigten Kander- und Hagneckwerke, bei welcher der Kanton Bern in mehrfacher Hinsicht interessiert sei, habe erteilen wollen. Die rein willkürliche Begünstigung dieser Gesellschaft ergebe sich ohne weiteres aus der Tatsache, daß die Vereinigten Kander- und Hagneckwerke den gesetzlichen Vorschriften über das Verfahren zur Bewilligung einer Wasserwerksanlage (Gesuch an das Regierungsstatthalteramt des betr. Amtsbezirkes, amtliche Publikation desselben mit der Aufforderung zur Anmeldung von Einsprachen, und öffentliche Auflage nebst Plänen und Baubeschreibung) gar nicht nachgekommen sei, wie seinerzeit Müller-Landsmann, sondern sich direkt an den Regierungsrat gewandt habe, und daß überdies die von Müller-Landsmann geforderten Ausweise über Landerwerb zc. von ihr nicht verlangt worden seien. Übrigens hätte auch ein gesetzlich einwandfreies Konzessionsgesuch der Vereinigten Kander- und Hagneckwerke zu Gunsten des Müllerschen abgewiesen werden müssen, da ohne Willkür in Ermangelung entgegenstehender ge-

setzlicher Gründe diesem letzteren als dem älteren — selbst abgesehen von den besonderen Umständen des gegebenen Falles: den Zusicherungen des Regierungsrates und den mit seiner Kenntnis und Billigung gemachten Aufwendungen Müllers — prinzipiell der Vorrang gebührt hätte.

Der angefochtene Beschluß verlege auch noch das Prinzip der Gewaltentrennung (Art. 10 bern. StB, welcher lautet: „Die administrative und die richterliche Gewalt ist in allen Stufen der Staatsverwaltung getrennt“). Der Regierungsrat habe sich bei seinem Verhalten lediglich von wirtschaftspolitischen Motiven leiten lassen; er sei über den gegebenen, vielleicht allerdings zur Wahrung der in neuester Zeit erkannten Staatsinteressen nicht mehr hinreichenden gesetzlichen Zustand hinausgegangen und habe bereits die Grundsätze eines tatsächlich geplanten neuen Wasserrechtsgesetzes — das inzwischen, in der Volksabstimmung vom 26. Mai 1907, angenommen worden ist — zur Anwendung gebracht. Er habe sich somit als Verwaltungsbehörde die Funktionen des Gesetzgebers angemahnt, was nach dem Prinzip des zitierten, allerdings nur die administrative und die richterliche Gewalt ausdrücklich erwähnenden Verfassungsartikels ebenfalls unstatthaft sei (zu vergl. Burckhardt, Komm. zur BB S. 862).

C. Gleichzeitig mit der Erhebung des vorstehenden Rekurses beim Bundesgericht hat Dr. Müller auch beim Bundesrat einen staatsrechtlichen Rekurs wegen Verletzung der Art. 31 (Handels- und Gewerbefreiheit) und Art. 4 BB eingereicht.

In dem nach Maßgabe des Art. 194 OG zwischen Bundesrat und Bundesgericht gepflogenen Meinungsaustrausch wurde dem Bundesrate die Priorität der Behandlung der Rekursache und die Kompetenz bezüglich der Beschwerde aus Art. 31 BB und in Verbindung damit auch derjenigen aus Art. 4 BB zuerkannt, wobei jedoch dem Rekurrenten für den Fall, daß Art. 31 BB als nicht anwendbar befunden werden sollte, das Recht gewährt wurde, die Beschwerde aus Art. 4 BB selbständig vom Bundesgericht beurteilen zu lassen.

D. (Gesuch um vorsorgliche Sistierung der Wirksamkeit des angefochtenen Beschlusses.)

E. Durch Entscheid vom 9. November 1906 hat der Bundes-

rat den Refers Dr. Müllers mit wesentlich folgender Argumentation als unbegründet abgewiesen: Die in Betracht fallende bernische Gesetzgebung (Gesetz vom 7. November 1849 über das Gewerwesen, und Gesetz vom 3. April 1857 über den Unterhalt und die Korrektur der Gewässer) erwähne allerdings keine anderen Bewilligungen von Wasserwerken, als gewerbe- und wasserbaupolizeiliche. Allein durch die Praxis sei ein weitergehendes Konzessionshoheitsrecht des Staates zur Geltung gebracht worden durch Aufstellung von Bedingungen, die mit der Gewerbe- und Wasserbaupolizei in keinem Zusammenhang ständen (Konzessionsformular von 1891 und seither erteilte Konzessionen). Und diese Praxis könne, entgegen der Auffassung des Rekurrenten, nicht als ungesetzlich erklärt werden. Das Recht des Staates, eigentliche Konzessionen an öffentlichen Gewässern zu erteilen, ergebe sich aus seinem Eigentum an den öffentlichen Sachen. Der Gebrauch an diesen Sachen, welcher nach Satzung 335 ZGB jedermann zustehe, könne nicht jede Art der Benutzung und Verwertung der öffentlichen Gewässer in sich schließen, da sonst das Eigentum des Staates keinen praktischen Wert mehr hätte. Das Gesetz verstehe vielmehr unter dem Gebrauch, der jedermann zustehen solle, nicht jeden denkbaren Gebrauch, sondern nur die beschränkten Gebrauchsarten, welche das gemeine Zivilrecht Gemeingebrauch nenne, wie Waschen, Tränken, Baden, Schifffahrt und dgl., d. h. nur diejenige Benutzung, bei welcher einer den andern nicht ausschliesse und die erfahrungsgemäß von allen nach Bedürfnis geübt werde. Die gewerbliche Ausnutzung des Wassergefälles aber könne nicht von vielen zugleich benutzt werden; der erste schliesse alle andern aus. Diese Benutzungsart dem Gemeingebrauch überlassen, hieße dieses wichtige Wertobjekt dem Zufall der Aneignung preisgeben und ohne rechtliche Regelung lassen. Daß der bernische Regierungsrat eine Gesetzesbestimmung, bei deren Aufstellung die heutige Technik der Wasserkraftverwertung noch nicht habe vorausgesehen werden können, nicht in diesem Sinne ausgelegt habe, könne ihm gewiß nicht zum Vorwurf gemacht werden. Die formelle Gestalt des zivilrechtlichen Eigentums, welche der Gesetzgeber dem staatlichen Rechte an öffentlichen Sachen unter dem Einflusse damaliger Theorie gegeben habe, habe den Regierungsrat nicht abhalten

können, den gesetzgeberischen Gedanken selbst den heutigen Umständen entsprechend zur Geltung zu bringen. Aus der Zulässigkeit der Annahme einer eigentlichen Konzessionshoheit des Staates, wie der Regierungsrat sie vertrete, folge aber, daß die Benutzung der Wasserkräfte öffentlicher Gewässer nicht dem Gebiete freier Privatthätigkeit angehöre und auch nicht unter dem Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit stehe. Folglich habe der Bundesrat die Frage der Verletzung der Rechtsgleichheit nicht zu untersuchen.

F. In seiner Vernehmlassung an das Bundesgericht hat der Regierungsrat des Kantons Bern, wie auch beim Bundesrat, auf Abweisung des Refers Dr. Müller angetragen. Er bestreitet zunächst die prozessuale Zulässigkeit des positiven Rekursantrages Nr. 2 im staatsrechtlichen Rekursverfahren und macht sodann in der Sache selbst wesentlich geltend: Wie auch der Bundesrat in seinem Rekursentscheide festgestellt habe, könne der Rekurrent aus den von ihm angerufenen Bestimmungen des Gewerbe- und Wasserbaugesetzes nicht das freie Recht jedermanns ableiten, die Wasserkräfte eines öffentlichen Gewässers zur Anlage von Wasserwerken zu benutzen. Denn durch § 1 des Wasserbaugesetzes in Verbindung mit Satzung 335 ZGB werde in der Form des Staatseigentums dem Staate die Verfügungsgewalt über die öffentlichen Gewässer zuerkannt. Wenn nun auch die wissenschaftliche Auffassung über dieses „öffentliche Eigentum“ im Laufe der Zeit gewechselt habe, so habe doch darüber stets Einigkeit geherrscht, daß der dasselbe einschränkende Gemeingebrauch der öffentlichen Sache, der jedermann zustehe, nur diejenigen Benutzungsarten umfasse, welche durch die Bedürfnisse des täglichen Lebens geboten seien. Gewerbliche Wasserrechte könnten auch nach bernischem Rechte nicht einfach aus diesem Gemeingebrauch abgeleitet werden, wie schon daraus hervorgehe, daß für deren Inanspruchnahme gemäß § 9 des Gesetzes vom 3. April 1857 eine besondere Bewilligung erforderlich sei, welche den Gemeingebrauch gerade ausschliesse oder doch beschränke. Bei der genannten Bestimmung handle es sich aber nicht nur um eine gewerbepolizeiliche Bewilligung im Sinne des § 14 des Gewerbegesetzes, die nach § 15 daselbst bei Erfüllung aller polizeilichen Vorschriften nicht verweigert werden dürfe. Jedenfalls gehe die Vorschrift in Art. 1 des § 9 über den

Rahmen des Gewerbegesetzes hinaus; durch die darin vorgesehene Bewilligung werde ein neues, gegen außen wirkendes Recht zur Benutzung der Wasserkräfte, eine Wasserrechtskonzession, verliehen, während die gewerbepolizeiliche Bau- und Einrichtungsbewilligung nur den Zweck und die Bedeutung habe, die Ausübung eines dem Bewerber bereits zustehenden Rechtes in bestimmtem Sinne zu gestatten. Und über die Erteilung solcher Wasserrechtskonzessionen stehe dem Staate, d. h. dem Regierungsrat als dem zuständigen Staatsorgane, auf Grund des staatlichen Eigentumsrechts in Ermangelung anderweitiger Vorschriften, die freie Entscheidung zu. Eine Verpflichtung des Staates, jedem Bewerber unter gewissen Bedingungen eine Konzession zu erteilen, würde zum Kampf aller gegen alle führen und wäre praktisch gar nicht durchführbar. Der Regierungsrat habe sich denn auch von jeher die Freiheit vorbehalten, ein Konzessionsgesuch abzuweisen, wenn dessen Bewilligung seiner Ansicht nach nicht im öffentlichen Interesse liege. Der Rekurrent habe somit kein gesetzliches Recht auf Erteilung der streitigen Konzession. Diese sei ihm aber auch nicht rechtsverbindlich zugesichert worden. Eine solche Zusage könne weder in der Erteilung der Bergwerkskonzession an den Vater des Rekurrenten, noch in der Unterstützung der Eisenbahnbestrebungen desselben erblickt werden. Denn die Gewährung solcher Vergünstigungen gebe natürlich keinen Anspruch auf eine zur gewinnbringenden Ausnützung jener erforderliche weitere Vergünstigung. Ebenso sei un- erheblich, daß der Regierungsrat eine Reihe von Eingaben, Plänen zc. stillschweigend entgegengenommen habe; daraus sei gegenteils ersichtlich gewesen, daß der Regierungsrat sich durchaus abwartend verhalte. Äußerungen eines einzelnen Mitgliedes des Regierungsrates sodann seien für die Gesamtbehörde nicht verbindlich; übrigens könne es sich bei den fraglichen Erklärungen der Baudirektion augenscheinlich nicht um verbindliche Zusagen im Namen der zur Konzessionserteilung einzig zuständigen Gesamtbehörde, sondern lediglich um ein Versprechen der Baudirektion handeln, das Konzessionsgesuch dem Regierungsrate zu empfehlen. Endlich liege eine verbindliche Zusage auch nicht im Regierungsratsbeschlusse vom 10. Januar 1900. Denn darin werde zunächst ausdrücklich gesagt, daß die Konzessionserteilung in ganz

nächster Zeit nicht möglich sei, weil die Konzessionsvorlage noch besserer Abklärung und eingehender Prüfung bedürfe, und sodann werde auch das grundsätzliche Einverständnis des Regierungsrates, die Konzession zu erteilen, an die Erfüllung der erwähnten Präliminarien geknüpft; es sei also jedenfalls die Möglichkeit späterer Abweisung des Konzessionsgesuches gewahrt und der Beschluß unter allen Umständen nur sub clausula rebus sic stantibus gefaßt worden. Auch die späteren, auf diesen Beschluß bezüglichen Äußerungen der Behörde, insbesondere der Beschluß vom 11. März 1903 über die Einbeziehung des Rekurrenten in die zu erteilende Konzession, seien nicht anders aufzufassen als jener Beschluß selbst. Und der Beschluß vom 11. Juni 1902 bilde eine Erläuterung dazu, mit dem Hinweis darauf, daß nicht nur die technische und wirtschaftliche Durchführbarkeit des Projektes eine Vorbedingung der Konzessionserteilung darstelle, sondern daß hiebei vor allem auch die öffentlichen Interessen gewahrt werden müßten. — Allein wenn auch aus dem Beschlusse vom 10. Januar 1900/11. März 1903 eine Verbindlichkeit des Regierungsrates zur Konzessionserteilung abzuleiten wäre, so könnte es sich keinesfalls um eine Konzession in dem vom Rekurrenten verlangten Umfange handeln; denn hierüber hätten sich die Behörden nie geäußert und daher völlig freie Hand behalten. Es müßte für diesen Fall in der Kraftzuweisung des angefochtenen Beschlusses an den Rekurrenten die Erfüllung jener Verbindlichkeit erblickt werden. Auch die weiteren Beschwerden des Rekurrenten über willkürliche Behandlung seien unbegründet. Der Vorwurf der Rechtsverzögerung könne heute, nach der Entscheidung der Angelegenheit durch den angefochtenen Beschluß, überhaupt nicht mehr vorgebracht werden; immerhin werde dagegen ausdrücklich Verwahrung eingelegt. Das absichtliche Zuwarten mit der Konzessionserteilung sei im öffentlichen Interesse durchaus berechtigt gewesen. In der Zwischenzeit habe sich tatsächlich die Bedeutung der Ausnützung der Wasserkräfte allgemein, und speziell für den Staat Bern, erheblich gesteigert und der Regierungsrat habe auch Gelegenheit gehabt, praktische Erfahrungen zu sammeln über die Art und Weise, wie erteilte Konzessionen verwertet würden, Erfahrungen, die ihn dazu gebracht hätten, mit dem wertvollen Gut der einheimischen Wasser-

Kräfte möglichst sparsam umzugehen. Und gegenüber dem Vorwurfe willkürlicher Begünstigung der A.-G. Vereinigte Kander- und Hagneckwerke zum Nachteil des Rekurrenten sei vorab zu betonen, daß die Konzessionsbehörde über die Wahrung der öffentlichen Interessen nach freiem Ermessen zu entscheiden habe und deshalb insbesondere auch nicht verpflichtet sei, der Priorität eines Konzessionsgesuches ausschlaggebende Bedeutung beizumessen. Der Regierungsrat hätte also den Vereinigten Kander- und Hagneckwerken schon mit Rücksicht auf die finanzielle Beteiligung des Staates an dieser Gesellschaft den Vorzug geben dürfen, ohne sich dadurch der Willkür schuldig zu machen. Tatsächlich aber habe er bei seinem Entschiede hauptsächlich die Eisenbahninteressen des Kantons und des Bundes im Auge gehabt. Diese seien mit der Konzessionserteilung an die unter staatlichem Einfluß stehende Gesellschaft gewahrt, während andererseits der Rekurrent den Nachweis vollständiger Inanspruchnahme der verlangten Wasserkräfte für die projektierte industrielle Unternehmung nicht habe erbringen können und somit keine sichere Garantie dafür geboten habe, daß mit der ihm erteilten Vergünstigung kein Mißbrauch getrieben würde. Die Direktoren der öffentlichen Bauten und der Finanzen hätten vielmehr aus ihren Verhandlungen mit dem Rekurrenten und namentlich mit seinen Finanzmännern den ganz bestimmten Eindruck erhalten, daß die Erteilung der Konzession an den Rekurrenten die Gefahr einer Verschleuderung großer Wasserkräfte oder wenigstens ihrer Verwendung zu spekulativen Zwecken in sich schließen würde. Daß bezüglich des Konzessionsgesuches der Vereinigten Kander- und Hagneckwerke eine Publikation und Planaufgabe nicht stattgefunden habe, sei richtig; allein das fragliche Verfahren sei eben gesetzlich vorgeschrieben nicht für die Konzessionserteilung, sondern nur für die Bau- und Einrichtungsbewilligung der Bauten. Erst wenn die Gesellschaft zur Ausföhrung ihrer Konzession schreiten wolle, habe sie jenen Vorschriften nachzukommen. Zur Erteilung der Konzession habe es dem Regierungsrat genügt, über den Umfang derselben und über die Art und Weise der beabsichtigten Verwendung der zu gewinnenden Kraft orientiert zu sein. Daß der Rekurrent und sein Rechtsvorfahr für Vorbereitungsarbeiten zu ihrem geplanten Unter-

nehmen viel Geld aufgewendet hätten, falle rechtlich nicht in Betracht, aus Billigkeitsrücksichten aber sei diesem Umstande durch die dem Rekurrenten im angefochtenen Beschlusse gewährte Vergünstigung Rechnung getragen worden. Die Berufung des Rekurrenten auf Verletzung des Verfassungsgrundsatzes der Gewaltentrennung sei nicht recht verständlich. Die bezügliche Argumentation scheine dahin zu zielen, der Regierungsrat habe sich die Prärogativen des Gesetzgebers angemahnt, indem er bei der Beschluffassung über das streitige Wasserrechtsgesuch von andern als rein gewerbepolizeilichen Gesichtspunkten ausgegangen sei. Allein diese Prämisse, daß eine Wasserrechtskonzession unter den gleichen Bedingungen erteilt werden müsse, wie die Bau- und Einrichtungsbewilligung für eine gewerbliche Anlage, sei, wie bereits ausgeführt, rechtsirrtümlich, und es falle damit die ganze Konstruktion in sich zusammen.

G. In Replik und Duplik haben Rekurrent und Regierungsrat an ihren Rechtsstandpunkten festgehalten. Der Rekurrent verweist zur Unterstützung seiner Rechtsauffassung noch auf eine inzwischen erschienene Abhandlung: Das subjektive Nutzungsrecht an bernischen Gewässern von Fürsprecher Dr. H. Kistler in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 42 (1906), S. 633 ff., und macht eventuell geltend, wenn die Wasserrechtsverleihung durch Konzessionsakt notwendig sein sollte, so wäre hiezu nicht der Regierungsrat, sondern der Große Rat kompetent. Dem gegenüber wendet der Regierungsrat ein, daß die Konzessionserteilung als reiner Verwaltungsakt mangels einer Spezialbestimmung hierüber in die Kompetenz des Regierungsrates, als oberster kantonaler Verwaltungsbehörde, falle, daß sie denn auch in Art. 26 StzB, welcher die Kompetenzen des Großen Rates erschöpfend aufzähle, nicht aufgeführt sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bundesgericht hat nach der durch die Verständigung mit dem Bundesrate über die Kompetenzfrage, in Verbindung mit dem bundesrätlichen Rekursentschelde vom 9. November 1906 geschaffenen Situation (Fakt. C und E oben) den vorliegenden Rekurs im vollen Umfange, d. h. hinsichtlich seiner beiden Rechtsstandpunkte: angeblicher Verletzung der Verfassungsgrundsätze der

Rechtsgleichheit (Art. 4 BV) und der Gewaltentrennung (Art. 10 bern. StGB), zu beurteilen. Dabei fällt in erster Linie in Betracht das Rekursbegehren um Aufhebung des angefochtenen Regierungsratsbeschlusses vom 7. März 1906, nach welchem der Regierungsrat dem Rekurrenten an Stelle der von ihm verlangten Konzession bzw. Bewilligung zur Ausnützung der Wasserkräfte der Aare samt ihren Zuflüssen im Oberhasli, in Form der Verpflichtung der gleichzeitig mit einer jene Wasserkräfte umfassenden Konzession bekleideten A.-G. Vereinigte Kander- und Hagnedwerke, ihm die Kraft einzelner der fraglichen Aarezuflüsse auf bestimmte Zeit zu überlassen, lediglich eine dem Umfange sowohl, als auch dem rechtlichen Inhalte nach wesentlich geringere Berechtigung eingeräumt hat — ein Tatbestand, aus dem das erforderliche, übrigen nicht streitige Interesse des Rekurrenten an der Beschwerdeführung ohne weiteres erhellt.

2. Der Rekurrent begründet seine Beschwerde wegen Rechtsverweigerung als Verletzung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit in erster Linie mit der Behauptung, daß er überhaupt nach der bernischen Gesetzgebung einen Rechtsanspruch auf Erteilung der ihm verweigerten Konzession bzw. Bewilligung habe. Seine Argumentation beschlägt somit die Auslegung und Anwendung kantonalen Gesetzesrechts. Diese aber ist vom Bundesgericht aus dem Gesichtspunkte des Art. 4 BV bekanntlich nicht auf ihre sachliche Richtigkeit, sondern nur daraufhin zu überprüfen, ob die Rechtsauffassung der beteiligten kantonalen Behörde, welche derjenigen des Rekurrenten entgegensteht, als offensichtlich unhaltbar, einer sachlich ernst zu nehmenden Begründung ermangelnd und daher als rein willkürlich zu erachten sei. Hierbei ist nun davon auszugehen, daß das bernische Recht (Satzung 335 ZGB in Verbindung mit § 1 des Gesetzes über den Unterhalt und die Korrektur der Gewässer v. vom 3. April 1857) die öffentlichen Gewässer, zu denen die hier in Betracht fallenden Wasserläufe unbestrittenermaßen gehören, als „öffentliche Sachen“ bezeichnet, welche im Eigentum des Staates stehen und deren Gebrauch jedermann erlaubt ist. Aus dieser letztern Bestimmung folgert der Rekurrent, daß jede nur mögliche Benutzung der öffentlichen Gewässer, also insbesondere auch die Ausnützung der Kraft ihres fließenden

Wassers zur Anlage von Wasserwerken jedermann freistehende und daß für diese Benutzung des Wassergefälles — in Ermangelung anderweitiger gesetzlicher Vorschriften — nur die Einholung einer in den kantonalen Gesetzen über das Gewerbewesen, vom Jahre 1849 (Art. 14), und über den Unterhalt und die Korrektur der Gewässer, vom Jahre 1857 (Art. 9), vorgesehenen regierungsrätlichen „Bau- und Einrichtungsbewilligung“ erforderlich sei, deren Erteilung ausschließlich von wasserbaupolizeilichen Bedingungen abhängig gemacht und bei Erfüllung derselben nicht verweigert werden dürfe. Der Regierungsrat dagegen vertritt die Auffassung, daß der jedermann erlaubte Gebrauch nur die den Bedürfnissen des täglichen Lebens dienenden, d. h. jedermann tatsächlich ohne weiteres zu Gebote stehenden Gebrauchsarten umfasse, während jede weitergehende, insbesondere jede mit, jenen Gebrauch mindestens beschränkenden, Einrichtungen verbundene Benutzung der Gewässer, wie gerade die Ausnützung des Wassergefälles durch Anlage von Wasserwerken, vom staatlichen Eigentumsrecht erfaßt werde und deshalb von Privaten nur auf Grund besonderer Verleihung, die übrigens das mehrerwähnte Wasserbaugesetz vom Jahre 1857 in Art. 9 Abs. 1 vorsehe, ausgeübt werden dürfe. Diese Rechtsauffassung des Regierungsrates nun ist bereits durch die oben wiedergegebenen Motive des bundesrätlichen Rekursentscheides als wenigstens in ihrer Schlußfolgerung sachlich gerechtfertigt und sehr wohl vertretbar anerkannt worden. In der Tat umschreibt das bernische ZGB mit seiner Bezeichnung des Gebrauchs, der „jedermann erlaubt“ ist, ganz unzweifelhaft den überlieferten römisch-rechtlichen Begriff des „Gemeingebrauchs“ oder „öffentlichen Gebrauchs“ (usus publicus). Und die regierungsrätliche Auslegung jenes entspricht der allgemeinen Interpretation dieses letzteren als desjenigen Gebrauchs, welcher als Gebrauch aller in grundsätzlich gleicher Stellung überhaupt denkbar ist und daher die dauernde, mehr oder weniger ausschließliche Inanspruchnahme des Wasserlaufs durch einen Einzelnen, wie die Anlage eines Wasserwerks sie notwendig bedingt, nicht in sich schließen kann (vergl. z. B. Regelsberger, Pandekten I S. 421; Huber, Die Gestaltung des Wasserrechtes im künftigen Schweiz. Rechte, abgedr. i. d. Zeitsch. f. Schweiz. Recht, 19 n. F. [1900], S. 548).

Darnach aber liegt es gewiß nahe, die Verfügung über solche Spezial-Nutzungen als enthalten zu erachten im Eigentumsrecht des Staates an den öffentlichen Gewässern, als dessen Beschränkung der öffentliche Gebrauch jener sich darstellt und auch vom Rekurrenten aufgefaßt wird. Dies erscheint als zulässig, mag man das staatliche Eigentumsrecht, wie z. B. Gierke, Deutsches Privatrecht 2 S. 23/24, und Huber, Schweiz. Privatrecht 3 S. 12, als an sich dem gewöhnlichen Privateigentum gleichstehend, oder aber, im Sinne der namentlich von Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 2 S. 68 ff., vertretenen Theorie, als besonderes Institut des öffentlichen Rechtes ansehen. Denn jedenfalls umfaßt es die rechtliche Befugnis, über die Benutzung seines Objektes — gesetzliche Beschränkungen, wie gerade diejenige des erörterten Gemeingebrauchs vorbehalten — zu verfügen und deckt sich daher inhaltlich mit dem staatlichen Hoheitsrecht des Wasserregals. Insofern ist das Argument des Rekurrenten, daß das bernische Recht ein Wasserregal nicht kenne, wenn auch an sich richtig, ohne Bedeutung für den Entscheid des Rekurses; Regalrecht und Eigentumsrecht des Staates am öffentlichen Gewässer sind nur zwei verschiedene Rechtsformen, von denen jede die Verfügung über dasselbe ermöglicht (vergl. hiezu Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts 1 S. 372, wo das Eigentumsrecht des Staates an den öffentlichen Gewässern als Steigerung der frühern Regalität erklärt wird). Jene Verfügung muß der Natur der Sache nach grundsätzlich, soweit hierüber keine abweichenden positiven Vorschriften bestehen, dem freien Ermessen der zuständigen Staatsbehörde anheimgegeben sein. Es kann sich somit weiter nur fragen, ob nicht die streitige Ausnutzung der Wasserkräfte durch die vom Rekurrenten angerufenen Gesetzesbestimmungen in unzweideutiger Weise an die Einholung einer Bewilligung lediglich wasserbaupolizeilicher Natur geknüpft sei. Nun läßt sich allerdings wohl kaum mit dem Regierungsrate annehmen, daß jene Bestimmungen, auch diejenige des Wasserbaugesetzes vom Jahre 1857, die Erstellung von Wasserwerken an die Erfüllung anderer, als gewerbepolizeilicher bzw. wasserbaupolizeilicher Bedingungen haben knüpfen wollen. Allein jene Gesetzgebung hat naturgemäß nur die damals einzig bekannte direkte

Verwendung der Wasserkräfte als solcher im Auge. Die mit der seitherigen Entwicklung der Wasserkraftverwertung vermöge der Umwandlung dieser Kraft in elektrische Energie ermöglichten modernen Wasserwerksanlagen aber, wie sie hier in Frage stehen, stellen eine, jedenfalls praktisch und volkswirtschaftlich betrachtet, wesentlich andere Ausnutzung des Wasserlaufes dar. Wenn daher der Regierungsrat diese neue Erscheinung des Wirtschaftslebens nicht schlechthin der ihr nicht angepaßten Spezialgesetzgebung unterstellt, sondern ihr gegenüber auch die grundsätzliche Rechtsstellung des Staates, das staatliche Eigentumsrecht an den öffentlichen Gewässern, zur Geltung gebracht hat, so ist darin keine willkürliche Mißachtung jener besonderen Gesetzesbestimmungen, sondern, mit dem Bundesrate, eine jedenfalls ihrem Sinn und Geist, den Intentionen des Gesetzgebers, nicht widersprechende Auslegung derselben zu erblicken. Die Rechtsauffassung des Regierungsrates ist um so weniger zu beanstanden, als sie einem Entscheide der obersten kantonalen Gerichtsbehörde, des bernischen Appellations- und Kassationshofes entspricht, mit welchem sich die vom Rekurrenten in seiner Replik zitierte Abhandlung Dr. Kistlers (a. a. O. S. 643 ff.) auseinandersetzt. Somit geht die Beschwerde des Rekurrenten wegen Rechtsverweigerung in diesem Punkte fehl, wenn schon zuzugeben ist, daß sich auch seine Interpretation der fraglichen Gesetzesbestimmungen, welche durch die schon erwähnte Abhandlung Dr. Kistlers unterstützt wird, sachlich sehr wohl vertreten läßt. Von Verletzung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit dem Rekurrenten gegenüber kann auch deswegen die Rede nicht sein, weil die regierungsrätliche Rechtsauffassung, wie der Bundesrat hervorhebt, bereits schon in längerer Praxis zum Ausdruck gebracht und tatsächlich auch vom Rekurrenten und seinem Rechtsvorgänger selbst in ihrem Verkehr mit den Staatsbehörden unzweifelhaft stillschweigend anerkannt worden ist.

3. In zweiter Linie macht der Rekurrent geltend, daß ihm die Erteilung der verlangten Konzession bzw. Bewilligung vom Regierungsrate in verbindlicher Form zugesichert worden sei, daß er also jedenfalls kraft dieser Zusicherung einen Rechtsanspruch auf ihre Erteilung habe und die schließliche Verweigerung derselben auch in dieser Hinsicht eine Rechtsverweigerung involviere. Nun

Könnte aber eine solche Zusicherung als Willensakt einer Staatsbehörde selbstverständlich nur in einer einschlägigen Erklärung dieser Behörde, des Regierungsrates selbst, erblickt werden, wobei allerdings, zufolge des Mangels näherer gesetzlicher Regelung der Materie, die Verbindlichkeit der Erklärung von keinen besondern Formalien abhängig wäre. Danach ist von selbständiger Bedeutung für die Frage lediglich der Beschluß des Regierungsrates vom 10. Januar 1900, in Verbindung mit den darauf bezüglichen späteren Beschlüssen vom 17. Juni 1902 und vom 11. März 1903, während den anderweitigen, vom Rekurrenten relevierten Tatumständen nur die Bedeutung von Indizien für die Auslegung des rechtlichen Inhalts jener Beschlüsse beigemessen werden kann. Der Beschluß vom 10. Januar 1900 aber enthält unzweifelhaft eine vorläufige Abweisung des streitigen Konzessionsgesuches, die dem endgültigen Entscheide über dasselbe in keiner Weise verbindlich vorgreift. Denn er stellt ausdrücklich fest, daß das Gesuch zunächst noch „besserer Abklärung, sowie eingehender Prüfung „und Begutachtung der kompetenten Behörden“ bedürfe, und knüpft auch die weitere Erklärung, der Regierungsrat sei immerhin grundsätzlich einverstanden, dem Gesuchsteller eine Wasserwerkskonzession „in größerem Maßstabe“ zu den von ihm angegebenen Zwecken zu erteilen, an die Voraussetzung der „Erfüllung dieser Präliminarien“. Der Regierungsrat behält sich also mit diesem Beschlusse ganz allgemein eine weitere Prüfung des Gesuches vor und formuliert nicht etwa bestimmte Bedingungen, um von deren Erfüllung die Erteilung der nachgesuchten oder überhaupt einer näher umschriebenen Konzession abhängig zu machen. Folglich kann seine Erklärung grundsätzlich Einverständnisses mit der Erteilung einer Konzession an den Gesuchsteller schon mangels näherer Substanziierung der Konzession nicht die Bedeutung einer bereits verbindlichen (lediglich bedingten) Konzessionszusage haben, da eine solche doch naturgemäß schon irgendwelche Bestimmung des Konzessionsobjektes enthalten müßte. Es kann darin lediglich die Zusicherung grundsätzlich wohlwollender Stellungnahme des Regierungsrates gegenüber dem Konzessionsgesuche erblickt werden. Aus dieser Stellungnahme schon läßt sich denn auch das weitere Verhalten des Regierungsrates und seiner beteiligten Direktionen

erklären. Der Regierungsrat interessierte sich für die Vorarbeiten des Rekurrenten bzw. seines Vaters zur Realisierung ihrer Projekte und begünstigte dieselben direkt durch die Erteilung der nachgesuchten Bergwerkskonzession und die Unterstützung ihrer Eisenbahnbestrebungen, allerdings zweifellos in der Annahme, daß er später auch dazu gelangen werde, ihnen die erforderliche Wasserrechtskonzession zu erteilen, und sie durften gewiß in guten Treuen hierauf rechnen. Allein einen Rechtsanspruch auf die Erfüllung ihrer Erwartung hatten sie angesichts des festgestellten Inhalts des grundlegenden Regierungsratsbeschlusses nicht. Einen solchen konnte ihnen insbesondere auch der an sich freilich verhängliche Rat des Baudirektors, sich bei den Finanzierungsunterhandlungen so zu betragen, wie wenn sie bereits im Besitze der Konzessionen wären, schon deswegen nicht gewähren, weil aus einer Erklärung der Baudirektion als solcher natürlich eine Verpflichtung des Regierungsrates schlechterdings nicht abgeleitet werden kann. Fragen kann es sich vielmehr nur, ob die bisherige, auf dem Beschluß des Regierungsrates vom 10. Januar 1900 beruhende rechtliche Situation durch den weiteren Beschluß jenes vom 17. Juni 1902 eine Änderung erfahren habe. Das ist jedoch zu verneinen; denn auch noch in diesem Beschlusse behält sich der Regierungsrat eine weitere Prüfung der Angelegenheit, namentlich noch in Bezug auf die von der Staatswirtschaftskommission verlangte Wahrung der öffentlichen Interessen des Staates, ausdrücklich vor, wenn er auch den Gesuchsteller durch die gleichzeitige Präzisierung der weiteren Erfordernisse vollständiger Projekte und Eigentumsausweise zur Fortsetzung seiner Vorarbeiten veranlaßt haben mag. Dem Beschlusse vom 11. März 1903 endlich kommt keine weitere Bedeutung zu, da darin lediglich die dem Vater des Rekurrenten gewährte Zusicherung auch auf den Rekurrenten übertragen wird. Somit kann sich der Rekurrent auch auf einen besonderen rechtsgeschäftlichen Rechtsanspruch, den der angefochtene Beschluß willkürlich mißachte würde, nicht berufen, wie er bzw. sein Rechtsvorgänger sich denn auch vor Erlaß jenes Beschlusses niemals in unzweideutiger Weise auf diesen Rechtsstandpunkt gestellt haben.

4. Von den weiteren Argumenten des Rekurrenten zum Beschwerdebegrund willkürlicher, rechtswidriger Behandlung ist vorab

der erst in der Replik erhobene eventuelle Einwand, daß zur Erteilung einer wirklichen Wasserrechtskonzession nach bernischem Recht jedenfalls nicht der Regierungsrat, sondern der Große Rat kompetent wäre, wohl kaum ernst zu nehmen; denn wie der Regierungsrat zutreffend einwendet, fällt der Akt der Konzessionserteilung seiner rechtlichen Natur nach in die Kompetenz der Staatsverwaltung und ist daher, in Ermangelung einer einschlägigen Kompetenzbestimmung, der Kompetenz des Regierungsrates als oberster Verwaltungsbehörde zuzuerkennen. Mit der Beschwerde wegen willkürlicher Verschleppung der ganzen Angelegenheit seitens des Regierungsrates sodann kann der Rekurrent heute, nachdem der Regierungsrat nun einen Entscheid gefällt hat, naturgemäß nicht mehr gehört werden. Die Behauptung endlich, daß der angefochtene Beschluß die A.-G. Vereinigte Kander- und Hagneckwerke in willkürlicher Weise zum Nachteil des Rekurrenten begünstige, hält nicht Stich. Wenn der Regierungsrat, gemäß der vorstehenden Erwägung 2, über die Gewährung der Wasserrechtskonzessionen nach freiem Ermessen zu entscheiden berechtigt ist, so wird sein Entscheid, welcher zu Gunsten des einen von zwei konkurrierenden Konzessionsbewerbern lautet, der Verfassungsvorschrift der Gleichbehandlung aller Bürger vor dem Gesetze jedenfalls gerecht, wenn er nur die Bevorzugung des einen Bewerbers vor dem andern irgendwie in sachlich ernst zu nehmender Weise zu begründen vermag. Diesem Erfordernis aber entspricht der Regierungsratsbeschluß vom 7. März 1906. Denn dessen Erwägung, daß die öffentlichen Interessen bei Konzessionierung der A.-G. Vereinigte Kander- und Hagneckwerke, auf deren Verwaltung der Staat Bern unbestrittenermaßen einen entscheidenden Einfluß auszuüben in der Lage ist, besser gewahrt seien, als bei Überlieferung der in Frage stehenden bedeutenden Wasserkräfte an die vom Rekurrenten zu gründende, vom Staate völlig unabhängige Gesellschaft, — kann gewiß der Charakter sachlicher Argumentation nicht abgesprochen werden. Und wenn der Regierungsrat nun auch für die vorliegende grundsätzliche Konzessionserteilung an jene Aktien-Gesellschaft tatsächlich nicht die gleichen Anforderungen bezüglich Ausweisen zc. gestellt hat, wie an den Rekurrenten und dessen Rechtsvorgänger bzw. an die von ihnen zu gründende

Gesellschaft, so kann darin wiederum mit Rücksicht auf die erwähnte Verschiedenheit der beiderseitigen Verhältnisse eine Willkür nicht erblickt werden. Mag auch der im Laufe der Zeit, unter dem Einflusse der wandelnden allgemeinen Auffassung über die Stellung des Staates gegenüber der privaten Ausnützung der Wasserkräfte, unbestreitbar eingetretene Umschwung in der Stimmung des Regierungsrates gegenüber dem Gesuche des Rekurrenten faktisch begründete Erwartungen dieses letztern getäuscht und ihm durch Vereitelung hierauf angelegter und bereits vorbereiteter Projekte ökonomischen Schaden zugefügt haben, so kann doch nach dem gesagten von einer Mißachtung ihm an sich zustehender oder verliehener Rechte, gegen die allein Art. 4 BB Schutz gewähren könnte, in keiner Hinsicht die Rede sein.

5. Mit den vorstehenden Ausführungen erledigt sich ohne weiteres auch die Beschwerde wegen Verletzung des in Art. 10 bern. StsB niedergelegten Grundsatzes der Gewaltentrennung; denn da der Regierungsrat, wie festgestellt, in verfassungsmäßig nicht zu beanstandender Auslegung und Anwendung der geltenden Gesetzgebung vorgegangen ist, so kann ihm ein Übergriff in das Gebiet der gesetzgebenden Gewalt nicht zur Last fallen.

6. Erweist sich somit das primäre Rekursbegehren um Aufhebung des angefochtenen Beschlusses als unbegründet, so fällt das fernere Begehren des Rekurrenten um Erlass einer Weisung an den Regierungsrat, die streitige Konzession zu erteilen, überhaupt außer Betracht und bedarf daher die formelle Einrede des Regierungsrates, daß dasselbe den Rahmen der Urteilskompetenz des Staatsgerichtshofs überschreite, keiner Erörterung.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.