

V. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

18. Urteil der staatsrechtlichen Abteilung
vom 22. Januar 1915 i. S. Firma Fritz & Kaspar Jenny,
Klägerin, gegen Kanton St. Gallen, Beklagten.

Begriff der « zivilrechtlichen Streitigkeit » im Sinne des Art. 48 OG. Klage gegen einen Kanton auf Anerkennung eines privaten Wasserrechts, aus dessen Existenz der Kläger seine Befreiung von Konzessionsgebühr und Wasserzins abzuleiten gedenkt. Nichtexistenz des im konkreten Fall beanspruchten Privatrechts, soweit der Beklagte es nicht anerkannt hatte.

A. — Am 13./17. Juli 1860 erwarb der Fabrikant Jenny, von Glarus, dessen zweite Rechtsnachfolgerin die Klägerin ist, von einem gewissen Eberle in Wallenstadt die sogenannte Nidberger Mühle oberhalb des Dorfes Mels auf dem rechten Ufer der Seez. Der Vertrag bezeichnete als zu den verkauften « Realitäten » gehörig: « das Bett und die Wasserleitung und Wasserrecht durch das Tobel aus dem Seezbache ». Es steht fest, dass dieses Wasserrecht sich auf ein Gefälle von zirka 10,86 m bezieht, das durch Fassung des Wassers der Seez etwa 300 m talaufwärts der Mühle gewonnen worden war.

Die Mühle existiert heute nicht mehr. Dagegen wird der Klägerin das Recht auf die hievor beschriebene Wasserkraft von keiner Seite bestritten. Auch steht fest, dass es sich dabei um ein privates Wasserrecht im Sinne von Art. 1 des st. gallischen Gesetzes über Benutzung von Wasserkraften, vom 23. November 1893, handelt, und dass die Klägerin dem Staate für die Benutzung jener Wasserkraft weder eine Konzessionsgebühr noch einen Wasserzins, sondern bloss eine mässige

Katastergebühr zu entrichten hätte. Uebrigens ist die Nidberger Mühle — « mit allen den Rechten und Gerechtigkeiten, mit Stützen und Beschwerden, wie selbige Grundstücke die Verkäufer und ihre Vorfahren eingehabt haben », — womit offenbar u. a. die Wasserkraft gemeint war, — bereits in einem bei den Akten befindlichen Kaufvertrag vom 30. August 1812 erwähnt.

Im Jahre 1866 beabsichtigte die Firma Joh. Heer in Glarus, auf dem gleichen Ufer der Seez, jedoch (vertikal gemessen) etwa 30 m höher, eine Spinnerei und Weberei zu errichten. Um sich das hiefür in Aussicht genommene Gefälle von 160 bis 165 m zu verschaffen, wollte sie das Wasser der Seez etwa 1 ½ km talaufwärts beim sogenannten Stutzrun fassen und mittels eines Stollens bis in die Nähe der zu errichtenden Fabrik leiten.

Ueber dieses Projekt fanden zunächst Unterhandlungen mit der Ortsgemeinde Mels, sowie mit der Firma Enderlin & Jenny (d. h. der unmittelbaren Rechtsvorgängerin der Klägerin) statt. Um die Interessen der beiden Geschäftsfirmen in Einklang zu bringen, wurden folgende beiden Eventualitäten ins Auge gefasst:

a) dass der Firma E. & J. das gesamte Abwasser der Heer'schen Fabrik in einer Höhe von zirka 20 m über der alten Mühlenwasserfassung zur Verfügung gestellt werde, wodurch das zur Disposition der genannten Firma stehende Gefälle auf zirka 30 m erhöht wurde;

b) dass dieses Abwasser auf Kosten der Firma Joh. Heer an die alte Fassungsstelle der Mühlenwasserleitung zurückgeführt werde.

Gleichzeitig suchte die Firma Enderlin & Jenny für den Fall der Nichtausführung des Heer'schen Projektes eine Konzession zu erhalten, wonach sie berechtigt gewesen wäre, behufs Erlangung eines Gefälles von ebenfalls zirka 30 m das gesamte Wasser der Seez zirka 500 m talaufwärts (beim « Vordern Schössli ») zu fassen.

Ueber die damaligen Absichten der Firma Enderlin & Jenny äusserte sich in einer Sitzung des « Ortsver-

waltungsrates » Mels vom 29. Dezember 1866 der Präsident dieser Gemeindebehörde laut Protokoll wie folgt :

« Auch Herr Landrat C. Jenny an der Ziegelbrücke » bei Niederurnen als Chef der Firma Enderlin & Jenny, » welche bekanntlich schon vor Jahren die obere Mühle » im Dorf zu Mels als Eigentum erworben, habe an ihn » das Gesuch gerichtet, dass ihm auf dem Gebiete der » Ortsgemeinde Wasser- und Baurecht zur Erstellung » und zum Betrieb eines industriellen Etablissements » an der Stelle jener Mühle oder deren Umgebung erteilt werden möchte. Es sei dieser von genannten » Herren freilich längst gehegten Entschluss dadurch » wesentlich gefördert worden, dass die Verwaltung sich » ihrer angenommen und im projektierten Vertrag der » Gemeinde mit der Firma Heer ihnen ein Recht auf » das vom Heer'schen Wasserwerke abfallende Wasser » ausgewirkt habe, welches Recht denselben für ihr Bau- » projekt wohl zu statten kommen werde. — Nach dem » bereits skizzierten Konzessionsvertrag mit der Firma » Enderlin & Jenny würde dieser folgende Punkte enthalten :

« 1. Die Gemeinde erteilt unter Vorbehalt hoheitrechtlicher Genehmigung obgenannter Firma das Recht, das Wasser des Seezbaches insoweit und für solange als es von der Firma Johannes Heer zufolge Vertrag nicht in Anspruch genommen wird, in der Umgegend des sogenannten vorderen Schössli an einer beliebigen Stelle im Bachtobel, von wo aus ein Gefälle von 100 Fuss erhältlich wird, aufzufangen und zu beziehen. »

Am 18. Januar 1867 wurden auf Grund der gepflogenen Unterhandlungen folgende zwei Verträge abgeschlossen :

a) Vertrag zwischen der Ortsgemeinde Mels und der Firma Joh. Heer, mit folgenden hier in Betracht kommenden Bestimmungen :

« 1. Die Gemeinde erteilt unter Vorbehalt hoheitlicher Genehmigung der Firma des Herrn Johannes Heer das

» Recht, das sämtliche Wasser des Seezbaches hinterhalb » des Sturzrums, ungefähr an der Stelle, wo Anton Meli's » Wald und der Gemeindewald zusammenstossen, zum » Zweck des Fabrikbetriebes, zu fassen und zu beziehen » und die dazu nötigen polizeilich zulässigen Vorrichtungen auf Gemeindeboden zu erstellen, worunter auch » die Errichtung eines Schwellwuhres zu verstehen ist.

« 6. Dagegen versprechen die Herren Unternehmer :
« a) Auf den bereits angekauften Liegenschaften im Steigs ein Fabriketablissement zu errichten, in welchem wenigstens 150 bis 200 Arbeiter beschäftigt werden könnten ;

« b) Diese Fabrik innerhalb der nächstfolgenden vier Jahre — bei sich ergebenden, besondern Hindernissen aber innert acht Jahren — von dato an, zu erstellen und in Betrieb zu setzen und zwar bei Verlust derjenigen Rechte, welche ihnen durch diesen Vertrag eingeräumt werden ;

« 7. Endlich verpflichtet sich die Firma des Herrn Johannes Heer, das von ihrer Turbine abfließende Wasser in der Richtung gegen Franz Guggen Haus, auf einen vom Verwaltungsrat zu bestimmenden Höhepunkt zu leiten, von wo aus für die Mühle der Herren Enderlin & Jenny, oder ein anderes Gewerke, an dieser Stelle ein Gefälle von 100 Fuss erzielt werden kann, und zwar gerechnet auf die Sohle des jetzigen Mühlenwasser-Abflusses.

« Die Wasserleitung wird bis zu dem oben bezeichneten Punkt auf Kosten der Herren Unternehmer erstellt. Die allfällig nötige Fortsetzung, nebst anzubringendem Leerlauf fällt dagegen zu Lasten der Herren Enderlin & Jenny, welchen dort das Wasser, natürlich in völlig unnachteiliger Weise für Herrn Johannes Heer, zur Fassung und weitem Benutzung überlassen wird. Sollten aber die Herren Enderlin & Jenny von dem ihnen durch diesen Artikel eingeräumten Recht auf das Abwasser

» keinen Gebrauch machen wollen, worüber sie sich zu
 » Händen der Herren Unternehmer auszusprechen pflich-
 » tig sind, bevor diese die Arbeiten zur Ableitung des
 » Wassers beginnen, so haben dieselben das Abwasser
 » ins Bachtobel dahin abzuleiten, wo gegenwärtig die
 » Wasserleitung für das erwähnte Mühlenwerk statt-
 » findet.»

b) Vertrag zwischen der Ortsgemeinde Mels und der Firma Enderlin & Jenny, mit folgenden für diesen Prozess wesentlichen Bestimmungen :

« 1. Die Gemeinde erteilt hiemit unter Vorbehalt
 » hoheitlicher Genehmigung obgenannter Firma das
 » Recht, das Wasser des Seezbaches insoweit, und so-
 » lange es von der Firma des Herrn Johannes Heer in
 » Glarus infolge Vertrag vom 18. Januar 1867 nicht in
 » Anspruch genommen wird, in der Umgebung des so-
 » genannten vorderen Schlössli, an einer beliebigen Stelle
 » im Bachtobel, von wo aus ein Gefälle von 100 Fuss er-
 » hältlich wird, aufzufassen und zu beziehen und die dazu
 » nötigen Vorrichtungen auf Gemeindeboden zu erstellen.
 » werunter auch die Errichtung eines Schwellwuhres
 » verstanden ist»

« 3. Sollte den Herren Enderlin & Jenny bewilligt
 » werden, aus der Wasserleitung des Herrn Johannes
 » Heer das zu ihrem Fabrikbetrieb nötige Wasser be-
 » ziehen zu dürfen, oder wenn die genannten Unter-
 » nehmer von dem laut Vertrag zwischen der Firma
 » Heer und der Gemeinde vom 18. Januar 1867 ihnen
 » zustehende Recht auf das vom Triebwerk der Ersteren
 » abfließende Wasser Gebrauch machen wollten, so sind
 » dieselben in gleicher Weise zur Fassung und Fortlei-
 » tung des Wassers auf Gemeindegarten berechtigt.

« 8. Dagegen versprechen die Herren Enderlin & Jenny:

« a) Innerhalb der nächsten zehn Jahre, von dato an,
 » an der Stelle ihrer Mühle, oder an einem beliebigen
 » andern Orte der Umgebung, ein Fabriketablisement
 » zu errichten, in welchem 150 bis 200 Personen be-

» schäftigt werden können und zwar bei Verlust der-
 » jenigen Rechte, welche ihnen durch diesen Vertrag
 » eingeräumt werden»

Am 6. Februar 1867 übermittelte der Ortsverwaltungs-
 rat Mels diese beiden Verträge dem Regierungsrat des
 Kantons St. Gallen behufs Erteilung der « hoheitlichen
 Genehmigung ». Dabei bemerkte er u. a. :

« Der Vertrag mit der Firma Enderlin & Jenny hat
 » hinsichtlich Fassung und Bezug von Wasser aus
 » dem Seezbach keine wesentliche Bedeutung, indem
 » ihnen diesfällige Rechte nur eventuelliter (sic!) einge-
 » räumt werden in Erweiterung derjenigen, welche sie als
 » Besitzer der am Ausgang des Seezbachtobels bestehen-
 » den Mühle schon besitzen.»

Der Regierungsrat erteilte darauf am 9. März 1867
 den beiden Verträgen die « hoheitliche Genehmigung », jedoch nur « insoweit sie die ökonomischen Interessen der Ortsgemeinde Mels beschlagen ». Im übrigen fasste er die beiden « Verträge » als ein Konzessionsgesuch auf und erledigte dieses zunächst (am 1. Mai 1867) durch folgenden Beschluss :

« Es sei die für die Firma Samuel Heer von Glarus
 » und Enderlin & Jenny von Niederurnen nachgesuchte
 » Wasserrechtskonzession für ihre in der Gemeinde Mels
 » am Seebache zu errichtenden Etablissements unter
 » folgenden Bedingungen erteilt :

« 5. Der Staat behält sich vor, in beliebiger Zeit von
 » den Konzessionären oder ihren Rechtsnachfolgern ein
 » für allemal oder periodisch eine Konzessionsgebühr zu
 » erheben, im letztern Falle rückwirkend bis zum Tage
 » der Konzessionserteilung.

« 6. Die gegenwärtige Konzession erlischt, wenn innert
 » der Frist von zwei Jahren, von deren Erteilung an ge-
 » rechnet, kein Gebrauch gemacht wird. »

Dieser Beschluss wurde in dem Register « Auszüge aus
 den regierungsrätlichen Protokollen über Wasserrechts-

konzessionen 1859-1901 » folgendermassen zusammengefasst :

« Konzession um Errichtung eines Kanals zum Betriebe » industrieller Etablissements.

« Konzessionär : Heer Glarus und Enderlin & Jenny, » Niederurnen.

« Datum der Konzession : 1. Mai 1867.

« Wasserzins, Ziff. 5 des Dispositivs : Der Staat behält » sich vor, in beliebiger Zeit von den Konzessionären » oder ihren Rechtsnachfolgern ein für allemal oder » periodisch eine Konzessionsgebühr zu erheben, im » letztern Falle rückwirkend bis zum Tage der Konzessionserteilung. . . . »

Der Ortsverwaltungsrat Mels suchte eine Abänderung der Konzessionsbedingungen zu Gunsten der Firma Enderlin & Jenny zu erwirken und schrieb dem Regierungsrat zu diesem Zwecke am 29. Mai 1867 :

« Die Herren Enderlin & Jenny sind als Besitzer der » am Ausgang der Seeschlucht oben im Dorfe stehenden » Mühle bereits im Besitz einer bedeutenden Wasserkraft, » welche auch zum Betrieb eines anderen Gewerbes » benützt werden kann und wofür sie einen gehörigen » Rechtstitel besitzen.

» Im weitern steht für die Herren Enderlin & Jenny » in Aussicht, von der Firma Heer die Bewilligung zum » Bezug von Wasser aus dieser letzteren Wasserleitung » zu erhalten, für welchen Fall den genannten Herren » bereits im Vertrag mit der Gemeinde Baurechte eingeräumt worden sind.

» Endlich haben sie laut Vertrag der Gemeinde mit » der Firma Heer (Art. 7) das Recht auf den Bezug des » Abwassers vom Heer'schen Etablissement, welches » seitwärts der Mühle auf eine Anhöhe zu stehen kommt.

» Es geht daraus hervor, dass die Herren Enderlin » & Jenny das zum Fabrikbetrieb erforderliche Wasser » auf verschiedene Weise sich verschaffen können ohne » eine Wasserrechtskonzession zu bedürfen, und es hat

» alle Wahrscheinlichkeit für sich, dass sie, wenn sie an » der Stelle ihrer alten, schadhaften Mühle ein industrielles Gewerbe errichten, zum Zwecke dessen Betriebs » die oben genannten Wasserbezugsquellen benutzen » werden.

» Um aber auf alle mögliche Fälle des Bedürfnisses » fürzusorgen, suchen die Herren Enderlin & Jenny auch » um ein Recht nach, auf das dem Seebachtobel fließende Wasser, soweit es von Herrn Heer hinten im » Tobel nicht bezogen werden sollte ; und dieses Wasser » recht kann einzig Gegenstand der Konzessionierung » sein. »

Der Regierungsrat änderte darauf die Art. 5 und 6 der von ihm am 1. Mai festgesetzten Konzessionsbedingungen folgendermassen ab :

« Art. 5: Der Regierungsrat behält sich vor, von den » Konzessionären eine Konzessionsgebühr nach gesetzlichen Bestimmungen zu beziehen. Hierbei wird den » Konzessionären die Erklärung abgegeben, dass, falls » für die Konzessionsgebühr eine Skala aufgestellt werde, » von den Konzessionären nur das Minimum derselben » erhoben und daran keine den Geschäftsbetrieb hemmende Bedingung geknüpft werde.

» Art. 6: Die gegenwärtige Konzession erlischt, wenn » innert der Zeitfrist von 2 Jahren, von der Erteilung » an gerechnet, die zur Benützung derselben erforderlichen » Arbeiten nicht begonnen haben werden. »

Nachdem sich die Erstellung der Heer'schen Fabrik um mehrere Jahre verzögert hatte, verlangte die Firma Joh. Heer im Jahre 1873 von der Firma Enderlin & Jenny, dass sie nunmehr das ihr zustehende Wahlrecht betreffend Abnahme des Abwassers der Heer'schen Fabrik ausübe. Dies geschah darauf seitens der Firma Enderlin & Jenny in dem Sinne, dass sie sich für die Abnahme des Wassers unmittelbar bei dessen Ausfluss aus den Turbinen der Heer'schen Fabrik (zirka 18,73 m über der alten Mühlenwasserfassung) entschloss.

Darauf wurde die Heer'sche Fabrik fertiggestellt. Von der Firma Enderlin & Jenny wurden dagegen keine Anstalten zur Benutzung des Abwassers der Heer'schen Fabrik getroffen. Dieses Abwasser fällt auch heute noch unbenutzt in einem einzigen Wasserfall von der Ausflusstelle in die Talsohle hinunter.

B. — Am 1. September 1910 hat die Firma Fritz & Caspar Jenny als Rechtsnachfolgerin der Firma Enderlin & Jenny unter Berufung auf Art. 48 Ziff. 4 OG folgendes Klagebegehren beim Bundesgericht eingereicht:

« Ist gerichtlich zu erkennen, Klägerschaft besitze ein » unbedingtes und unbefristetes privates Nutzungsrecht » an der Seez, all' das Wasser abzunehmen, das von dem » Etablissement Heer (jetzt Schuler, Heer & C^{ie}) nicht » abgeleitet wird, und all' das Wasser, das von letzterem » Etablissement als Abwasser kommt, und zwar letzteres » oberhalb der Mühle mit einem Gefälle von zirka 100 » Fuss, und sei nicht pflichtig, hiefür und für die Nutzung dieser Wasserkraft Konzessionsgebühren und einen » Wasserzins oder eines von beiden zu zahlen, unter » Kostenfolge? »

Die Klägerin hat dieses Begehren damit begründet, dass die gegenwärtig vorhandene, bis jetzt unbenutzte Wasserkraft von zirka 29,59 m Gefälle bloss eine Modifikation ihres alten privaten Mühlen-Wasserrechtes sei; die Erhöhung des Gefälles von 10,86 auf 29,59 m sei weiter nichts als eine Kompensation für die der Firma Enderlin & Jenny aus der Errichtung der Heer'schen, nunmehr Schuler Heer'schen Fabrik erwachsenen Nachteile. Handle es sich aber danach bei der ganzen Wasserkraft von zirka 29,59 m Gefälle um ein altes privates Wasserrecht, so sei die Klägerin nach Art. 1 des Gesetzes über die Benutzung von Wasserkraften, vom 23. November 1893, von Konzessionsgebühren und Wasserzins befreit.

Demgegenüber hat der Kanton St. Gallen in seiner

Klagbeantwortung unter Anerkennung der Kompetenz des Bundesgerichts beantragt:

« Die Klage sei abzuweisen, soweit darin mehr verlangt wird, als die Anerkennung bezw. Feststellung des » privaten Rechts auf wasserzins- und konzessionsgebührenfreie Ausnützung der Wasserkraft an der Seez von » der Höhe der Wehrkrone der alten Mühlewasserzuleitung bis zur Sohle des Mühlewasserabschlusskanals, » unter Kostenfolge für die Kläger? »

Dieses Begehren wird damit begründet, dass die Benutzung des Mehrgefälles von zirka 18,73 m nur auf Grund einer eigentlichen Konzession zulässig sei. Eine solche habe in dem Regierungsbeschluss vom 1. Mai 1867 gelegen, sei aber infolge Nichtbenutzung dahingefallen.

Die Replik enthält am Schlusse die Bemerkung:

« Nur eventuell wird der Standpunkt eingenommen, » dass im Art. 7 unter allen Umständen eine unbefristete » und unbedingte Konzession für das vermehrte Gefälle des Abwassers liegt. »

C. — Anlässlich eines von der Instruktionskommission des Bundesgerichts am 14. Oktober 1911 abgehaltenen, mit Augenschein verbundenen Rechtstages haben die Parteien übereinstimmend erklärt, die Streitfrage « spitze sich darauf zu, ob das 18,73 m betragende Gefälle vom Punkt A bis zur Fassung des alten Mühlekanals, bezw. die Differenz zwischen dem Gefälle dieses alten Mühlekanals (10,86 m) und dem gegenwärtig zur Verfügung stehenden Gefälle (29,59 m), den Gegenstand einer vom Staat gegen Entgelt zu erteilenden Konzession bilde, für deren Ausnützung ein jährlicher Wasserzins zu entrichten wäre, oder ob es sich dabei lediglich um eine Abänderung des frühern Wasserrechtes handle, dessen neue Gestaltung der Staat ohne weiteres anzuerkennen hätte, und für welches von der Klägerin bloss die gesetzliche Katastergelb zu entrichten wäre. » Diese

Erklärung wurde von den Parteien in dem Sinne abgegeben, dass daraus « nicht auf eine Änderung der Rechtsfragen und der Rechtsstandpunkte gegenüber den Prozessschriften geschlossen werden » dürfe, und dass « die Massangaben keine definitiven » seien.

D. — Ein vom Kantonsgericht des Kantons St. Gallen am 23. März 1914 erstatteter Amtsbericht gibt über die Grundsätze des st. gallischen Wasserrechtes Auskunft.

Die für den vorliegenden Fall in Betracht kommenden Bestimmungen der st. gallischen Wasserrechtsgesetzgebung lauten :

Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes über Benützung von Gewässern, vom 23. November 1893 :

« Sämtliche im Gebiete des Kantons befindliche Flüsse, » Bäche und Seen unterstehen dem Hoheitsrechte des » Staates. Ihre Benützung zu Wasserwerken und zu » anderen gewerblichen Zwecken (Art. 7) unterliegt, so » weit nicht gegenteilige, Privatrechte geltend gemacht » werden können, den Vorschriften dieses Gesetzes. »

Art. 2 Abs. 1 desselben Gesetzes : « Zur Erstellung » einer neuen Wasserwerksanlage ist die Bewilligung der » Staatsbehörde (Konzession) erforderlich. »

Art. 6 Abs. 1 desselben Gesetzes : « Für jede Pferde- » stärke des aus Gefälle und mittlerem Niederwasser zu » ermittelnden absoluten Effektes einer Wasserkraft wird » bei der Konzessionserteilung eine einmalige Gebühr » von fünf bis fünfzehn Franken und sodann ein jähr- » licher Wasserzins von zwei bis fünf Franken erhoben. »

Art. 16 Abs. 1 und 2 desselben Gesetzes : « Zur Er- » mittlung aller zur Zeit bestehenden Wasserrechte wird » sofort nach Inkrafttreten dieses Gesetzes ein nach » Flussgebieten geordneter Wasserrechtskataster aufge- » nommen. In denselben müssen die Berechtigten innert » der Frist von 5 Jahren *a dato* einer zu erlassenden » öffentlichen Aufforderung ihre Wasserrechte eintragen » lassen.

» Wird ein behauptetes Wasserrecht bestritten, so

» hat der Ansprecher innert Jahresfrist seinen Rechts- » anspruch gerichtlich anhängig zu machen, sodann den » Rechtsstreit ohne erheblichen Unterbruch durchzu- » führen und nach rechtskräftigem Urteilsspruch im » Falle des Obsiegens die Eintragung zu bewirken. »

Art. 3 des Regulativs für die Feststellung der Wasserzinsen und der Wasserrechtskonzessionsgebühren, vom 5. Oktober 1900 :

« Vom Wasserzinse befreit sind diejenigen Wasser- » werke und Anlagen, für welche der Nachweis erbracht » wird, dass im Sinne von Art. 18 der Kantonsverfas- » sung und Art. 1 des Gesetzes über die Benützung der » Gewässer ein Privatrecht auf zinsfreie Benützung des » betreffenden Gewässers besteht. »

Art. 1 Satz 1 des Nachtragsgesetzes betreffend die Wasserzinse, die Konzessions- und die Wasserrechtskatastergebühren, vom 24. November 1905 :

« Für die vor dem Jahre 1860 errichteten Wasser- » werke werden weder Wasserzinse noch Konzessions- » gebühren erhoben. »

Art. 5 desselben Gesetzes : « Die zinspflichtigen Wasser- » werksanlagen werden für die Berechnung des Wasser- » zinses innert der Grenze von 2 bis 5 Fr. in sieben » Klassen eingeteilt, und es sind per Pferdestärke zu » bezahlen :

in der	I.	Klasse	Fr.	5	—
»	»	II.	»	4	50
»	»	III.	»	4	—
»	»	IV.	»	3	50
»	»	V.	»	3	—
»	»	VI.	»	2	50
»	»	VII.	»	2	—

» der Wasserzins beträgt bei jeder Anlage mindestens » 4 Fr.

Art. 6 desselben Gesetzes : « Für die Berechnung der » Konzessionsgebühren werden die Wasserwerksanlagen

- » innert der Grenze von 5 bis 15 Fr. in fünf Klassen
 » eingeteilt, und es sind per Pferdestärke zu bezahlen :
- | | | |
|------------------|-----|------|
| in der I. Klasse | Fr. | 15 — |
| » » II. » | » | 12 — |
| » » III. » | » | 9 — |
| » » IV. » | » | 7 — |
| » » V. » | » | 5 — |

Art. 10 desselben Gesetzes: « Von den zinsfreien Wasserwerksanlagen wird eine jährliche Wasserrechtskategoriegebühr erhoben, sie beträgt 1 Fr. per Pferdestärke, für eine Anlage jedoch wenigstens 2 Fr. und höchstens 200 Fr. »

Art. 8 des Regulativs für die Festsetzung und den Bezug der Wasserzinse, Konzessions- und Wasserrechtskatastergebühren, vom 8. September 1906 :

« Für die vor dem Jahre 1860 errichteten Wasserwerke werden weder Wasserzinse noch Konzessionsgebühren erhoben. Soweit jedoch für einzelne Wasserwerksanlagen vor dem Jahre 1860 eine Konzession mit Zinsvorbehalt erteilt wurde, fallen solche Anlagen ebenfalls unter die nachstehenden Bestimmungen.

» Für die in den Jahren 1860 bis 1894 erstellten Wasserwerksanlagen, mag für sie eine Konzession mit Zinsvorbehalt erteilt worden sein oder nicht, tritt eine Herabsetzung des Wasserzinses um drei Klassen, also um 1 Fr. 50 Cts. per Pferdestärke ein (Art. 5), immerhin unter Beibehaltung des Minimums von 2 Fr. per Pferdestärke.

» Die Konzessionsgebühren für die Anlagen aus den Jahren 1860 bis 1894 sind auf das Minimum von 5 Fr. per Pferdestärke anzusetzen.

» Die vor dem Jahre 1894 erfolgten Erweiterungen von Wasserwerksanlagen sind hinsichtlich der Wasserzinse und Konzessionsgebühren wie die Neuerrichtung solcher Werke zu behandeln.

» (Art. 1—4 des Nachtragsgesetzes vom 1. Januar 1906). »

E. — Nach einem bei den Akten liegenden Bericht des kantonalen Wasserrechtsingenieurs vom 27. Februar 1908 beträgt die streitige Wasserkraft 178,3 Bruttoperdestärken oder, bei 75 % Nutzeffekt, 133,7 Nettopferdestärken.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung :

1. — In erster Linie, und zwar von Amteswegen (trotz der Anerkennung der Kompetenz des Bundesgerichts durch den Beklagten), ist festzustellen, ob und inwieweit eine zivilrechtliche Streitigkeit im Sinne des Art. 48 OG vorliegt. Hiebei ist nach konstanter Praxis nicht sowohl auf die Form des Klagebehrens, als vielmehr auf die Natur des streitigen Anspruchs abzustellen.

Streitig ist im vorliegenden Falle zunächst die Frage, inwieweit der Klägerin an dem (abgeleiteten oder nicht abgeleiteten) Wasser der Seez ein privates Nutzungsrecht zustehe. Ueber die weitere Frage, ob dieses private Nutzungsrecht, insoweit es vom Bundesgericht anerkannt werden sollte, gebührenpflichtig sei, besteht zwischen den Parteien kein Streit; vielmehr sind sie darüber einig, dass dafür weder eine Konzessionsgebühr noch ein Wasserzins, sondern lediglich eine mässige Katastergebühr zu entrichten sein wird. Ebenso stimmen die Parteien darin überein, dass umgekehrt in dem Masse, wie die Existenz eines privaten Nutzungsrechts vom Bundesgericht verneint werden sollte, die in Frage stehende Wasserkraft nur gegen Entrichtung einer Konzessionsgebühr und eines Wasserzinses wird ausgebeutet werden können. Streitig ist dagegen wiederum die Höhe der in diesem Fall zu bezahlenden Gebühren, indem die Klägerin unter allen Umständen

die Anwendung der gesetzlichen Minimalansätze verlangt, während der Beklagte sich die Entscheidung hierüber vorbehält. Und streitig ist endlich, ob die Klägerin (nach der Formulierung in der Replik, S. 9) «eventuell» im Besitze einer «unbefristeten und unbedingten Konzession für das vermehrte Gefälle des Abwassers» sei, oder ob sie für dieses vermehrte Gefälle erst noch um eine Konzession nachsuchen müsse, für deren Erteilung oder Verweigerung Art. 2 des Wasserrechtsgesetzes vom 23. November 1893 massgebend wäre.

Nun ist zunächst klar, dass die Meinungsverschiedenheit der Parteien über die beiden letztern Punkte (Konzessionsrecht und Höhe der Gebühren) sich als eine Streitigkeit rein öffentlichrechtlicher Natur qualifiziert. Ueber diese beiden Punkte liegen denn auch keine Rechtsbegehren vor. Insbesondere kommt der in der Replik enthaltenen Bemerkung betreffend das eventuell beanspruchte «unbefristete und unbedingte Konzessionsrecht» nicht die Eigenschaft eines förmlichen Rechtsbegehrens zu (dessen Anbringung in der Replik übrigens nach Art. 46 eidg. ZPO nicht mehr zulässig gewesen wäre).

Zu Zweifeln kann dagegen die rechtliche Natur der ersten Streitfrage Anlass geben, der Frage nämlich, ob und inwieweit der Klägerin an dem Wasser der Seez ein privates Nutzungsrecht zustehe; denn nach der Stellungnahme der Parteien deckt sie sich mit der andern Frage, ob und inwieweit die Klägerin für die Benutzung der in Betracht kommenden Wasserkraft eine Konzessionsgebühr und einen Wasserzins zu entrichten habe. Diese letztere Frage ist zwar, wie bereits konstatiert, insofern nicht streitig, als der Beklagte für denjenigen Teil der Wasserkraft, in Bezug auf welchen der Klägerin ein Privatrecht zuerkannt werden sollte, keinen Anspruch auf Gebühren erhebt. Nichtsdestoweniger hat aber einerseits die Klägerin in Bezug auf diesen Punkt ein förmliches Rechtsbegehren gestellt, anderseits der

Beklagte, formell wenigstens, die Abweisung dieses Rechtsbegehrens verlangt, insoweit es sich auf eine andere Wasserkraft als diejenige bezieht, an welcher der Beklagte selbst der Klägerin ein privates Nutzungsrecht zuerkennt. Das Bundesgericht ist daher genötigt, auch in dieser Beziehung die Kompetenzfrage zu entscheiden.

2. — Wird von der bisherigen Praxis über den Begriff der zivilrechtlichen Streitigkeit im Sinne des Art. 48 OG ausgegangen, so ist die Kompetenz des Bundesgerichts jedenfalls in Bezug auf den ersten Teil des klägerischen Rechtsbegehrens (Bestand des behaupteten privaten Nutzungsrechts) zu bejahen. Denn danach genügt es, wenn der Kläger die Feststellung der Existenz eines Privatrechts verlangt und der Beklagte die Existenz dieses Privatrechts bestreitet, und es tut der zivilrechtlichen Natur des Rechtsstreites der Umstand keinen Abbruch, dass die Parteien die Frage der Existenz eines Privatrechts dem Bundesgericht vielleicht nur deshalb unterbreiten, weil ihre Entscheidung für diejenige einer öffentlichrechtlichen, insbesondere einer steuerrechtlichen Streitigkeit präjudiziell zu sein scheint. (Vergl. BGE 27 II S. 687 Erw. 1, 39 II S. 451 Erw. 2.)

An dieser Auffassung ist festzuhalten. Allerdings entspricht es sonst dem Standpunkte der schweizerischen, wie auch der deutschen (im Gegensatz zur französischen) Doktrin und Praxis, dass die Kompetenz zur Entscheidung einer Präjudizialfrage demjenigen Richter zuerkannt wird, der zur Entscheidung der Hauptfrage kompetent ist, und es liesse sich gerade in einem Falle wie dem vorliegenden das Verhältnis zwischen der Frage nach der Existenz eines Privatrechts einerseits und der davon abhängigen steuerrechtlichen Frage anderseits sehr wohl als dasjenige einer Vorfrage zur Hauptfrage qualifizieren; denn es unterliegt keinem Zweifel, dass hier die Anerkennung der Existenz eines Privatrechts wesentlich nur im Hinblick auf die dadurch präjudizierte Frage der Gebührenfreiheit verlangt wird.

Indessen ist es doch auch denkbar, dass derjenige, der die Anerkennung eines privaten Nutzungsrechts an einer Wasserkraft verlangt, mit diesem seinem Rechtsbegehren noch andere praktische Zwecke verfolgt, als die Anerkennung der mit dem beanspruchten Privatrecht verbundenen Gebührenfreiheit. Da er aber überhaupt nicht verpflichtet ist, über die mit seiner Klage verfolgten praktischen Zwecke Auskunft zu geben, und der Richter seinerseits weder das Recht noch die Pflicht hat, in dieser Hinsicht Nachforschungen anzustellen, so lässt es sich sowohl vom praktischen als auch vom grundsätzlichen Standpunkte aus rechtfertigen, das Vorhandensein einer zivilrechtlichen Streitigkeit überall da zu bejahen, wo einerseits die Anerkennung eines Privatrechts verlangt, andererseits die Existenz dieses Privatrechts bestritten wird.

Dies war denn auch zweifellos, entsprechend der damaligen Doktrin, der Standpunkt des Art. 110 BV und des Art. 27 OG 1874. Da nun Art. 48 OG 1893 in seinem Ingress wesentlich gleich lautet wie Art. 27 OG 1874 und wie Art. 110 BV, der Nachsatz in Art. 48 Ziff. 4 OG 1893 aber eher auf die Absicht einer Ausdehnung als einer Einschränkung der Kompetenz des Bundesgerichts bei Streitigkeiten zwischen Kantonen und Privaten hindeutet, so ist anzunehmen, dass auch dem heutigen Art. 48 — im Gegensatz zu Art. 56; vergl. über diesen Gegensatz: BGE 40 II S. 86; vielleicht auch im Gegensatz zu Art. 52 — jene etwas weite Auslegung des Begriffs der Zivilrechtsstreitigkeit zu Grunde liegt.

Von dieser Auslegung abzugehen, besteht — trotz der Wandelung, die sich seither in den Anschauungen über die Ausscheidung zwischen Privat- und öffentlichem Recht vollzogen hat — hier, wie in andern Grenzfällen (vergl. z. B. betreffend Steuerprivilegien: BGE 21 II S. 642, 26 II S. 862 f. Erw. 1, 31 I S. 260, 34 II S. 131, 38 II S. 737) jedenfalls solange kein genügender An-

lass, als nicht im ganzen Gebiet der Eidgenossenschaft oder doch in der überwiegenden Mehrheit der Kantone für die Entscheidung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten eine unabhängige Instanz gegeben sein wird. Denn es ist unverkennbar, dass durch Art. 110 Ziff. 4 BV, bzw. 27 Ziff. 4 OG 1874 und 48 Ziff. 4 OG 1893, für Streitigkeiten zwischen Privaten oder Korporationen einerseits und Kantonen andererseits dieselbe Gewähr eines unparteiischen Richters geschaffen werden wollte, die heute durch die Institution der Verwaltungsgerichte oder durch die Zuweisung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten an die Zivilgerichte erstrebt wird.

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

nutzung des Mehrgefälles auch nach einem ihr ungünstigen Entscheide des Bundesgerichts über die zivilrechtliche Vorfrage festzuhalten.

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

Entsprechend grössere Beträge würden sich ergeben, wenn mit höheren als den gesetzlichen Minimalansätzen für Wasserzins und Konzessionsgebühr, sowie mit der Brutto-, statt mit der Nettowasserkraft gerechnet würde.

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

5. — Das von der Klägerin beanspruchte Privatrecht wird vom Beklagten insoweit anerkannt, als es sich auf die « Wasserkraft an der Seez von der Höhe der Wehr-

krone der alten Mühlenwasserzuleitung bis zur Sohle des Mühlenwasserabflusskanals » (ca. 10,86 m) bezieht. Nun ist aber zur Zeit « von der Höhe der Wehrkrone der alten Mühlenwasserzuleitung bis zur Sohle des Mühlenabwasserflusskanals » kein einheitliches Gefälle mehr vorhanden; sondern ein Teil des Wassers, durch welches das betreffende Gefälle gebildet wird, besteht in dem Abwasser der Schuler-Heer'schen Fabrik, der andere Teil dagegen in dem nicht abgeleiteten Wasser der Seez. Die Anerkennung des Beklagten ist somit dahin zu interpretieren, dass der Klägerin ein Recht zugestanden wird:

a) auf ein Gefälle von ca. 10,86 m (genau = der Höhendifferenz zwischen der Wehrkrone der alten Mühlenwasserzuleitung und der Sohle des Mühlenwasserabflusskanals) des durch das Abwasser der Schuler-Heer'schen Fabrik gebildeten Gesamtgefälles,

b) auf das von Schuler-Heer & C^{te} nicht abgeleitete Wasser der Seez, von der Wehrkrone der alten Mühlenwasserzuleitung bis zur Sohle des Mühlenwasserabflusskanals.

Was speziell das sub *a* erwähnte Gefälle betrifft, so kann es sich dabei gegenwärtig in der Tat nur um einen ideellen Teil des durch das Abwasser der Schuler-Heer'schen Fabrik gebildeten Gesamtgefälles handeln. Denn jenes Abwasser fällt, wie anlässlich des Augenscheins konstatiert wurde, in einem einzigen Wasserfall von der Ausfluss-Stelle bei der Schuler-Heer'schen Fabrik bis in die Tahlsohle hinunter, und es sind von keiner Seite technische Einrichtungen geplant, durch die eine (übrigens offenbar irrationelle) getrennte Ausnutzung der obern ca. 18,73 m und der untern zirka 10,86 m ermöglicht würde.

In diesem Sinne ist der Beklagte bei seiner in der Klagbeantwortungsschrift enthaltenen Anerkennung zu behaften, sodass ein Entscheid des Bundesgerichts nur noch in Bezug auf denjenigen ideellen Teil des

Gesamtgefälles von zirka 29,59 m nötig ist, welcher der Differenz zwischen diesem Gesamtgefälle und dem frühern Gefälle von ca. 10,86 m entspricht, d. h. in Bezug auf ca. 18,73 m jenes Gesamtgefälles.

6. — Die Klägerin gibt zu, dass ihr, bezw. ihren Rechtsvorfahren Enderlin & Jenny, ursprünglich ein Recht nur auf ein Gefälle von zirka 10,86 m zustand. Sie behauptet aber, die Vermehrung des Gefälles um ca. 18,73 m stelle sich lediglich als eine Modifikation ihres ursprünglichen Wasserrechtes dar, die infolge der Ableitung des Wassers durch die Schuler-Heer'sche Fabrik nötig geworden und ihr deshalb s. Zt. als Entgelt für die ihr aus der Ableitung des Wassers erwachsenden Nachteile bewilligt worden sei.

Voraussetzung einer Gutheissung der Klage wäre demnach vor allem der Nachweis der behaupteten Bewilligung, und zwar müsste nachgewiesen sein, nicht nur dass die kompetente Behörde mit einer Vermehrung des Gefälles um ca. 18,73 m einverstanden war, sondern auch, dass sie der Firma Enderlin & Jenny diese Vermehrung des Gefälles im Sinne einer blossen Modifikation ihres ursprünglichen privaten Wasserrechtes und als Ersatz für die aus der Ableitung des Wassers erwachsenden Nachteile bewilligt habe.

7. — Bevor unter diesem Gesichtspunkte die Vorgänge im Jahre 1867 geprüft werden, ist festzustellen, dass die zur Bewilligung einer Modifikation, insbesondere einer Erweiterung des ursprünglichen Wasserrechtes kompetente Behörde einzig der Regierungsrat, als Vertreter des Staates war, während der Gemeindebehörde in Bezug auf das Wasserrecht als solches (im Gegensatz zu dem Recht auf Benutzung des Gemeindebodens) nur die Vorbereitung der regierungsrätlichen Bewilligung zukam. Wenn also in dem « Vertrag », aus welchem die Klägerin das beanspruchte Recht auf das Mehrgefälle ableitet, d. h. in dem Vertrag zwischen der Ortsgemeinde Mels und der Firma Joh.

Heer, gesagt wurde, die Ortsgemeinde « erteile » der Firma Joh. Heer « unter Vorbehalt hoheitlicher Genehmigung das Recht usw. », so war dies eine ungenaue Formulierung, die denn auch vom Regierungsrat in seinen Beschlüssen vom 9. März und vom 1. Mai 1867 dahin richtiggestellt worden ist, dass er « die für die Firmen Joh. Heer und Enderlin & Jenny nachgesuchte Wasserrechtskonzession » « erteilte » und die von der Ortsgemeinde Mels mit den Konzessionären abgeschlossenen « Verträge » nur insoweit « hoheitlich genehmigte », als dabei die « ökonomischen Interessen der Gemeinde » in Betracht kamen.

Hienach ist auch für den Inhalt der damals erteilten Bewilligung in erster Linie auf den Wortlaut der Regierungsbeschlüsse vom 1. Mai und vom 22. Juli 1867, und nur ergänzungsweise auf den am 18. Januar 1867 zwischen der Gemeinde Mels und der Firma Joh. Heer abgeschlossenen Vertrag, insbesondere dessen Art. 7, abzustellen.

Aus dem Regierungsbeschluss vom 1. Mai 1867 geht nun deutlich hervor, dass der Regierungsrat, im Gegensatz zum Ortsverwaltungsrat Mels, das der Firma Enderlin & Jenny eventuell zu bewilligende Mehrgefälle (im Sinne von Art. 7 des Vertrages Mels-Heer) nicht als eine blosser Modifikation des ursprünglichen Wasserrechtes, sondern als eines der Objekte der den beiden Firmen Joh. Heer und Enderlin & Jenny durch ihn « erteilten », einheitlichen Konzession betrachtete. Schon aus diesem Grunde versagt also die Argumentation der Klägerin, dass es sich bei ihr, im Gegensatz zur Firma Joh. Heer, die einer eigentlichen Konzession bedurft habe, lediglich um eine Modifikation ihres alten Wasserrechtes gehandelt habe.

Dazu kommt, dass der Regierungsrat sich in den von ihm am 1. Mai 1867 aufgestellten und am 22. Juli etwas abgeänderten « Konzessionsbedingungen » ausdrücklich das Recht vorbehalten hat, « eine Konzessionsgebühr

nach gesetzlichen Bestimmungen zu beziehen». Dadurch hat er deutlich dokumentiert, dass er der Firma Enderlin & Jenny die Befugnis zur Benutzung des vermehrten Gefälles im Sinne eines neuen, gebührenpflichtigen, konzessionsmässigen Rechts erteile, also nicht als Entgelt für angeblich ihr erwachsende Nachteile und im Sinne einer blossen Modifikation ihres alten privaten Wasserrechts.

8. — Fehlt somit schon der regierungsrätliche Akt, auf Grund dessen allein die Annahme einer blossen Modifikation des ursprünglichen Wasserrechts gutgeheissen werden könnte, so mag immerhin noch konstatiert werden, dass es sich auch den Umständen nach nicht um eine solche blosser Modifikation des alten, privaten Wasserrechts handeln konnte. Einerseits nämlich hatte die Benutzung des Wassers der Seez durch die Firma Joh. Heer durchaus nicht notwendig eine Beeinträchtigung der Ausübung jenes alten Wasserrechts zur Folge, und es hatte also die Firma Enderlin & Jenny gar kein Opfer zu bringen, für welches sie ein Entgelt in Form der Vermehrung ihres ursprünglichen Gefälles hätte beanspruchen können; andererseits aber würde der unentgeltliche Erwerb eines Mehrgefälles von zirka 18,73 m einen ganz unverhältnismässig grossen Ersatz für allfällige, mit der Errichtung der Heer'schen Fabrik verbundene Inkonvenienzen dargestellt haben.

Eine Beeinträchtigung der Firma Enderlin & Jenny ergab sich aus der Benutzung des Wassers der Seez durch die Firma Heer schon deshalb nicht, weil diese letztere Firma sich in ihrem Vertrag mit der Ortsgemeinde Mels ausdrücklich verpflichtet hatte, das Abwasser ihrer Fabrik nach Wahl der Firma Enderlin & Jenny entweder auf einen vom Verwaltungsrat der Ortsgemeinde zu bestimmenden Höhepunkt zu leiten, von wo aus für die Firma Enderlin & Jenny ein Gesamtgefälle von zirka 100 Fuss = 30 m erzielt werden könne, oder aber es auf ihre Kosten

an die alte Abnahmestelle der Firma Enderlin & Jenny zurückzuleiten. Der letztern Firma ist somit keine Abänderung ihres ursprünglichen Wasserrechts aufgenötigt worden, wofür sie eine Kompensation hätte beanspruchen können; sondern, wenn das von Schuler-Heer & C^{te} benutzte Wasser ihr gegenwärtig nicht mehr an ihrer alten Abnahmestelle zur Verfügung steht, so ist dies darauf zurückzuführen, dass sie selber auf die Rückleitung des Wassers an diese alte Abnahmestelle verzichtet hat, offenbar weil sie es vorteilhafter fand, das Abwasser der Schuler-Heer'schen Fabrik unmittelbar unter deren Turbinen abzunehmen, was ihr gestattete, ihrerseits ebenfalls eine moderne Druckleitung zu erstellen. Dass sie aber das hieraus sich ergebende Mehrgefälle von zirka 18,73 m, wodurch ihr früheres Gefälle nahezu verdreifacht wurde, nicht einfach als einen aus den veränderten Einrichtungen sich ergebenden Nebenvorteil betrachtete, der ihr unentgeltlich zufallen müsse, erhellt deutlich aus dem Umstande, dass sie sich gleichzeitig, durch einen von ihr mit der Ortsgemeinde Mels abgeschlossenen Vertrag, für den Fall der Nichtausführung des Heer'schen Projektes eine selbständige «Konzession» zusichern liess, durch die ihr auf andere Weise dasselbe Gefälle von ca. 30 m (= 100 Fuss) verschafft werden sollte, das sie im Falle der Ausführung des Heer'schen Projektes erhielt. Der Firma Enderlin & Jenny war somit unter allen Umständen daran gelegen, — nach den Akten (vergl. oben sub A) handelte es sich dabei sogar um einen «längst gehegten Entschluss» — ein Gefälle von ca. 30 m zu erhalten. Um diesen Zweck zu erreichen, hätte sie im Falle der Nichtausführung des Heer'schen Projektes nicht nur anstandslos die gesetzlichen Konzessions- und Wasserzinsgebühren bezahlt, sondern auch noch die beträchtlichen Kosten der Erstellung eines Stollens von zirka 500 m Länge übernommen. Umso weniger konnte sie unter diesen Umständen dar-

auf Anspruch erheben, im Falle der Ausführung des Heer'schen Projektes — in welchem Falle sie nicht nur keinen Nachteil erlitt, sondern sogar die Kosten der Erstellung des Stollens ersparte — das Recht auf das erstrebte Mehrgefälle gebührenfrei zu erwerben.

Nicht nur hat also die Klägerin nicht nachgewiesen, dass der Regierungsrat ihr das Recht zur Benutzung des Mehrgefälles gebührenfrei erteilt, bezw. in eine Abänderung des Inhalts des ursprünglichen privaten Wasserrechts eingewilligt habe, — nicht nur ist ferner aktenmässig erstellt, dass der Regierungsrat sich im Gegenteil die Erhebung der Gebühren auch ihr gegenüber (ebenso wie gegenüber der Firma Joh. Heer) ausdrücklich vorbehalten, also die Auffassung von der blossen Modifikation des frühern privaten Wasserrechts im voraus abgelehnt hat, — sondern es geht ausserdem aus den Umständen hervor, dass zur Bewilligung einer gebührenfreien Benutzung des Mehrgefälles im Sinne einer blossen Modifikation jenes alten privaten Wasserrechts gar kein Anlass vorhanden war, m. a. W. dass der Firma Enderlin & Jenny damit auf Kosten des Staates eine durch nichts zu rechtfertigende und daher auch nicht zu präsumierende, unentgeltliche Zuwendung gemacht worden wäre.

Die vorliegende Klage erscheint somit von allen Gesichtspunkten aus — insoweit auf sie überhaupt eingetreten werden konnte (vergl. oben Erw. 1 und 2) und insoweit sie nicht anerkannt ist (vergl. oben Erw. 5), — als unbegründet.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

1. — Bei der Anerkennung eines der Klägerin zustehenden Privatrechtes :

a) auf ein Gefälle von 10,86 m (genau = der Höhendifferenz zwischen der Wehrkrone der alten Mühlenwasserzuleitung und der Sohle des Mühlenwasserabfluss-

kanals) des durch das Abwasser der Schuler-Heer'schen Fabrik gebildeten Gesamtgefälles,

b) auf das von Schuler-Heer & C^{ie} nicht abgeleiteten Wasser der Seez, von der Wehrkrone der alten Mühlenwasserzuleitung bis zur Sohle des Mühlenwasserabflusskanals,

wird der Beklagte behaftet.

2. — Im übrigen wird das Klagebegehren, soweit darauf eingetreten werden konnte, abgewiesen.

19. Urteil der I. Zivilabteilung vom 30. Januar 1915

i. S. Obrist, Beklagter,

gegen Untertrifaller und Genossen, Kläger.

Zulässigkeit der Berücksichtigung einer erst in der Berufungsinstanz aufgestellten Behauptung bei der von Amteswegen vorzunehmenden Bestimmung des Streitwertes, Art. 53, 59 und 80 OG.

A. — Jakob Zimmerli in Kriens hatte auf Grund eines am 2. Januar 1909 mit dem Beklagten Franz Josef Obrist und einem Josef Stofer abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages eine Einzahlung von 3000 Fr. gemacht. Er forderte diese Einzahlung mit Klage vom 27./28. April 1911 von den beiden Gesellschaftern zurück, worauf Stofer am 13. August 1912 den Prozessabstand erklärte. Das Amtsgericht Luzern-Land verurteilte den Beklagten Obrist durch Entscheid vom 23. Februar 1914, unter solidarischer Haftbarkeit mit Josef Stofer anzuerkennen und an die Klägerschaft zu bezahlen: 3000 Fr. nebst Verzugszins zu 5^o/_o seit 21. Januar, 3. und 13. Februar 1909 von je 1000 Fr., abzüglich allfällig bereits geleisteter Zahlungen des Stofer. An die Stelle des Zimmerli, der während des Prozesses in Konkurs fiel, waren inzwischen gemäss Massarechtsabtretung vom 17. November 1913 eine Anzahl Konkursgläubiger getreten. Obrist