

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% 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

appellierte, indem er in erster Linie gänzliche Abweisung der Klage beantragte. Das Obergericht des Kantons Luzern bestätigte jedoch den erstinstanzlichen Entscheid.

Das obergerichtliche Urteil bezeichnet die von ihm zu lösende Rechtsfrage folgendermassen :

« Hat der Beklagte unter solidarischer Haftbarkeit mit » Josef Stoser anzuerkennen und zu bezahlen an Kläger » eine Forderung von 3000 Fr. nebst Verzugszins zu » 5 % seit 21. Januar, 3. und 13. Februar 1909 von je » 1000 Fr. ?

» oder : Ist das Klagebegehren gänzlich abzuweisen ?

» oder : allfällig inwieweit ? »

Das Dispositiv lautet dagegen genau gleich wie dasjenige der ersten Instanz.

B. — Gegen das Urteil vom 2. Juli 1914 hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit den Anträgen :

1. Es sei das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

2. Eventuell sei die Solidarhaft des Berufungsklägers mit J. Stofer für die gutgesprochene Forderung aufzuheben und sein Haftungsteil auf einen Drittel dieser Forderung zu beschränken.

3. Oder es sei die Sache zur weiteren Instruktion an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Kläger stellen in ihrer Antwort in erster Linie den Antrag, auf die Berufung nicht einzutreten, indem sie geltend machen : Nach dem Prozessabstand Stofers sei erst- und zweitinstanzlich eine Verurteilung des Obrist nur insoweit erfolgt, als nicht vom Mitbeklagten Stofer bereits Zahlung geleistet worden sei. Stofer habe aber laut Quittung des Zimmerli vom 6. September 1912 (von der sie Kopie beilegen) die Hälfte der Forderung mit 1500 Fr. plus Zinsen bezahlt. Es sei daher in der letzten kantonalen Instanz nur noch ein Rest im Betrag von 1500 Fr. nebst Zinsen und Kosten streitig gewesen.

Der Beklagte hat gegen diesen Antrag Widerspruch

erhoben. Er protestiert gegen die Berücksichtigung der gedachten Quittung als eines unzulässigen *novum*, hebt das Auffällige hervor, dass eine angeblich von Stofer erfolgte Zahlung vor der kantonalen Instanz gänzlich verschwiegen worden sei und bezeichnet das Vorgehen der Gegenpartei als ein verwerfliches Prozessmanöver zum Zweck, die Anrufung des Bundesgerichts zu vereiteln. Noch am 17. September 1913 habe das Konkursamt Kriens-Malters gegenüber Stofer Rechtsöffnung verlangt und zwar für 3000 Fr., indem es sich auf dessen Prozessabstand berufen habe. Die Quittung verweise auf den Prozessvergleich vom 26. August 1912. Das stimme nun offenbar wieder nicht zusammen und bestätige die Vermutung eines Prozessmanövers. Das Rechtsöffnungsgesuch sei dann mit Entscheid vom 11. Oktober 1913 abgewiesen worden, da Stofer eine Quittung, vermutlich die heute in Kopie produzierte, aufgelegt habe. Das Konkursamt und die Gläubiger, welche Abtretung der Massrechte verlangten, d. h. die Berufungsbeklagten, haben also schon zur Zeit, als der Streit vor erster Instanz anhängig war, Kenntnis von einer Quittung gehabt, und sie liessen den Berufungskläger dennoch zu 3000 Fr. verurteilen. Die Gegenpartei produziere also mit der Quittung nicht nur ein unzulässiges *novum*, sondern sie wolle auch wider Treu und Glauben handeln.

Das Bundesgericht zieht

in Erwägung :

1. — Da eine Rechtsstreitigkeit über vermögensrechtliche Ansprüche vorliegt, ist die Berufung nur dann zulässig, wenn der Streitwert nach Massgabe der Rechtsbegehren, wie sie vor der letzten kantonalen Instanz noch streitig waren, wenigstens 2000 Fr. beträgt. Vor der letzten kantonalen Instanz war das Klagebegehren nur noch in dem Umfange aufrecht erhalten, in dem es im erstinstanzlichen Urteil gutgeheissen worden war; denn die Kläger haben dieses Urteil hingenommen. Demnach

konnte der Streitwert vor zweiter kantonaler Instanz nicht mehr betragen als 3000 Fr. plus Zinsen, abzüglich allfällig durch Stofer geleisteter Zahlungen, und da weder das Urteil noch die Akten über solche Zahlungen Auskunft geben, muss der massgebende Streitwert somit erst noch bestimmt werden. Dies hat von Amteswegen zu geschehen, und darum geht der Widerspruch des Berufungsklägers gegen eine Berücksichtigung der von den Berufungsbeklagten erst in der Berufungsinstanz aufgestellten Behauptung über die Zahlung Stofers, als eines gemäss Art. 80 OG unzulässigen *novum*, fehl. Es handelt sich eben bei der Behauptung, dass eine solche Zahlung erfolgt sei, nicht bloss um eine Ergänzung des der richterlichen Beurteilung unterstellten Tatbestandes (vgl. WEISS, Berufung, S. 156 f.), sondern gleichzeitig um ein Element, das für die Feststellung einer Prozessvoraussetzung für die bundesgerichtliche Instanz wesentlich in Betracht fällt. Selbst wenn die Berufungsbeklagten geschwiegen hätten, würde das Bundesgericht sich mit der Frage, wie es sich mit den von der ersten Instanz vorbehaltenen allfälligen Zahlungen Stofers verhalte, noch zu befassen gehabt haben, indem erst durch eine Feststellung hierüber der nach Art. 59 OG für die Berufung erforderliche Streitwert überhaupt bestimmt werden kann.

2. — Bei dieser von Amteswegen vorzunehmenden Feststellung ist nach Analogie des Art. 53 OG zu verfahren. Nun ergibt sich, dass Stofer, als er kurz nach seinem Prozessabstand von der Verwaltung des Konkurses Zimmerli auf Zahlung der vollen Klagesumme betrieben wurde, eine Quittung vorlegte, gestützt auf welche das Rechtsöffnungsgesuch des Konkursamtes abgewiesen wurde, und der Berufungskläger führt selber an, jene Quittung sei vermutlich identisch mit der von den Berufungsbeklagten produzierten Kopie. Es ist denn auch nicht ersichtlich, welche andere Quittung, als eine solche, die sich auf die in Betreibung gesetzte Forderung, d. h. eben auf die von Zimmerli gegenüber den Beklagten

Obrist und Stofer eingeklagte Forderung bezog, zur Abweisung des Rechtsöffnungsgesuches geführt haben könnte. Darnach muss aber angenommen werden, Stofer habe schon vor Erlass des erstinstanzlichen Urteils an die eingeklagte Forderung eine Zahlung, und zwar im Betrag von 1500 Fr. nebst Zinsen geleistet gehabt, und auf Grund dieser Zahlung blieben dann vor der letzten kantonalen Instanz nicht mehr 2000 Fr. im Streit.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

20. Urteil der staatsrechtlichen Abteilung
vom 18. Februar 1915

i. S. Schönmann, Kläger, gegen Kanton Bern, Beklagten.

Art. 48, Ziff. 4 und 52 OG. Beschränkung der im letzteren vorgesehenen Prorogationsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts auf zivilrechtliche Streitigkeiten. — Verneinung der zivilrechtlichen Natur der Klage eines entlassenen bernischen Beamten (Landjägers) auf Zahlung der Besoldung, wenn dieselbe ausschliesslich darauf gestützt wird, dass das tatsächlich aufgelöste Dienstverhältniss zwischen ihm und dem Staat rechtlich fortbestehe, weil die Behörde, die die Entlassung verfügt hat, dazu nach kantonalem Recht nicht kompetent gewesen sei.

A. — Ernst Schönmann von Niederbipp stand vom 15. April 1900 bis 30. November 1913 als Landjäger im Dienste des Kantons Bern. Am 28. November 1913 wurde er wegen Verletzung seiner Dienstpflichten mittelst einer Verfügung der kantonalen Polizeidirektion seines Dienstes entsetzt. Nachdem er durch seinen Vertreter, Fürsprech Jahn in Bern, am 6. März 1914 der Regierung des Kantons Bern mitgeteilt hatte, dass er die Gesetzmässigkeit und die Verbindlichkeit der Entlassungsverfügung der Poli-