

S. 375 / Nr. 56 Wasserrecht (d)

BGE 78 I 375

56. .Auszug aus dem Urteil vom 31. Oktober 1952 i. S. Aktiengesellschaft J. Durrer gegen Kanton Obwalden.

Regeste:

1. Zuständigkeit des Bundesgerichts als vereinbarter einziger Instanz
 - für Streitigkeiten zwischen dem Beliehenen und der Verleihungsbehörde über die aus dem (bestehenden) Verleihungsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten.
 - für Anstände betreffend die Begründung eines neuen Verleihungsverhältnisses?

Art. 71 WRG, Art. 112 OG. (Erw. 1, 1.3.)

2. Erteilung oder Erweiterung einer Konzession durch langjährige stillschweigende Duldung der Nutzung einer über das ausdrücklich bewilligte Quantum hinausgehenden Wassermenge? (Erw. II, 2.)

Seite: 376

3. Darf eine Fabrikunternehmung auf Grund einer Konzession, welche ihr unentgeltlich «für den Fabrikbetrieb» erteilt worden ist, in Ausnützung der seitherigen Entwicklung der Technik, mittels Parallelschaltung, einem Elektrizitätswerk überschüssigen Strom im Austausch gegen Aushilfsstrom abgeben? Auslegung der Konzession. (Erw. II, 3.)

1. Compétence du Tribunal fédéral lorsqu'il se prononce en instance unique, comme juge élu par les parties,

- Sur un litige entre le concessionnaire et l'autorité concédante, litige portant sur les droits et devoirs issus d'une concession préexistante

- Sur un litige relatif à l'établissement d'une nouvelle concession?

Art. 71 LUFH, art. 112 OJ (consid. 1, 1-3).

2. Création ou extension d'une concession du fait que le concédant a toléré taxitement pendant de nombreuses années l'utilisation d'une quantité d'eau dépassant la quantité expressément concédée? (consid. 11, 2).

3. Une entreprise industrielle est-elle autorisée, lorsqu'elle est au bénéfice d'une concession gratuite «pour l'exploitation de sa fabrique», à céder à une usine électrique, par le moyen d'un couplage parallèle, du courant superflu contre du courant d'appoint en utilisant des progrès techniques réalisés postérieurement à la concession? Interprétation de la concession (consid. 11, 3).

1. Competenza del Tribunale federale quando decide, dietro pattuizione, come istanza unica

- una contestazione tra il concessionario e l'autorità concedente relativa ai diritti e agli obblighi derivanti da una concessione già esistente

- una contestazione relativa ad una nuova concessione?

Art. 71 LUFH, art. 112 OG (consid. I, 1-3).

2. Nuova concessione o estensione di una concessione già esistente quando il concedente ha tollerato durante numerosi anni l'utilizzazione di una quantità d'acqua superiore a quella espressamente prevista? (consid. 11, 2).

3. Un'azienda industriale, al beneficio di una concessione gratuita «per l'esercizio della fabbrica», è autorizzata a cedere ad un'officina elettrica, mediante collegamento in circuiti paralleli, la corrente superflua in cambio di corrente ausiliaria, utilizzando a quest'uopo i progressi tecnici realizzati posteriormente alla concessione? Interpretazione della concessione (consid. 11, 3).

A. - Am 22. Februar 1868 erteilte der Landrat von Obwalden den Herren Bucher und Durrer in Kerns «für die Errichtung einer Parketteriefabrik auf der Gige» bei Sarnen eine Konzession zum Beszuge von Wasser aus der Sarneraa und Melchaa. Damals floss die Melchaa unterhalb Sarnen, oberhalb der Fassung für den Fabrikkanal, in die Sarneraa. Der vereinigte Flusslauf wird in der Konzessionsurkunde bald als Aa, bald als Melchaa und bald

Seite: 377

als Aa-Melchaa bezeichnet. Zur Zeit, als die Konzession erteilt wurde, war die Korrektion, durch welche die Melchaa oberhalb Samen in den Sarnersee geleitet und die aus diesem abfliessende Sarneraa kanalisiert werden sollte, bereits in Aussicht genommen. Aus der Konzessionsurkunde sind neben dem Umstand, dass sie weder eine Befristung noch eine Gebühr vorsieht, folgende Bestimmungen hervorzuheben:

V. Verpflichtung der Konzessionäre, bei der Ausführung der Flusskorrektion den Anschluss am neuen Kanal auf ihre eigenen Kosten zu suchen, gegen die Flussverlegung keinerlei Einsprache zu erheben

oder Entschädigung dafür zu fordern und sich an den Kosten der Korrektur verhältnismässig zu beteiligen.

VI. «Es dürfen bei Auffassung des Wassers im Melchaabett keinerlei Schwellenwerke irgend welcher Art eingelegt und dadurch Stauungen des Wassers verursacht oder überhaupt die Breite des Melchaabettes sonstwie verengt werden.»

VII. 1. «Das für den Fabrikbetrieb aus der Aa-Melchaa zu beziehende Wasserquantum darf 50 Kubikfuss (- 1,35 m) per Sekunde nicht übersteigen.»

Im Januar 1870 stellte auf Anzeige hin eine Delegation des Regierungsrates fest, dass Bucher und Durrer, um durch Stauung eine Erhöhung des Wasserzuflusses in den Fabrikkanal zu bewirken, eine Art Schwelle im Aabett angelegt hatten; die Vorrichtung wurde auf Verlangen der Behörde wieder entfernt. Im Jahre 1880 wurde die vorgesehene Korrektur der Melchaa und Sarneraa durchgeführt. Bucher und Durrer schlossen ihren Kanal an das neue Bett der Sarneraa an und brachten in diesem eine Schwelle an, wodurch der Wasserzufluss bis zum Doppelten der in der Konzession genannten Höchstmenge gesteigert wurde. In einem Prozesse betreffend ihren Anteil an den Kosten der Korrektur wurde diese Tatsache im Urteil der Rekursinstanz vom 7. April 1884 festgestellt, eine Berücksichtigung des dadurch bewirkten Mehrwertes der Wasserkraft aber abgelehnt, weil die urteilende Behörde an die Beschränkung der Bezugsberechtigung in der Konzession gebunden sei. In den Jahren 1885-1888 stellte der Regierungsrat wiederholt die Übernutzung fest, verbot sie zum Teil unter Strafandrohung und forderte Bucher und Durrer zur Beseitigung der Schwelle auf; im Juni

Seite: 378

1885 liess er durch den Kantonsingenieur den Wasserzufluss herabsetzen. Ein Gesuch der Konzessionäre um Erweiterung der Konzession auf die doppelte Wassermenge scheiterte an ihrem Anspruch auf Unentgeltlichkeit. Zweimal befasste sich der Kantonsrat mit der Sache; er billigte ausdrücklich die Haltung des Regierungsrates.

Die «Wasserrechtskonzession an der Sarneraa gemäss Akt vom 22. Februar 1868» wurde im Grundbuch beim Grundstück der Parkettierfabrik unter «Dienstbarkeiten und Grundlasten» als Recht eingetragen. Grundstück und Fabrik gingen im Jahre 1895 von Bucher und Durrer auf Josef Durrer und im Jahre 1908 von diesem auf die Aktiengesellschaft Parketterie und Baugeschäft J. Durrer (im folgenden: A. G. Durrer) über.

Im Jahre 1911 baute die Fabrik anstelle der bisherigen Wasserräder eine Francis-Turbine mit einem Schluckvermögen von 3 m³/sec. ein. Im Jahre 1939 elektrifizierte sie ihre Anlage durch Einbau eines Generators. Gleichzeitig trat sie in ein Vertragsverhältnis mit dem Gemeinde-Elektrizitätswerk Kerns, wonach sie ihm die überschüssige Energie lieferte und umgekehrt von ihm Aushilfs- und Spitzenenergie bezog. Im Jahre 1941 ersetzte sie die alte Turbine durch eine rasch laufende Kaplan-Turbine für eine Wassermenge von rund 3,5 m³/sec.

Die kantonalen Behörden unternahmen wiederholt Anläufe, um die Konzession von 1868 den bestehenden Verhältnissen anzupassen. So stellte die Standeskanzlei im Jahre 1933 der A. G. Durrer den Text für eine neue Konzession zu. Es folgten weitere Schritte in der gleichen Richtung, doch hatten sie so wenig wie jener Erfolg. Im Jahre 1941 erinnerte der Kantonsingenieur die A. G. Durrer daran, dass die Konzession von 1868 ein Wasserrecht nur für ihren eigenen Betrieb vorsehe. Mit Beschluss vom 10. September 1948 verlangte der Regierungsrat von der A. G. Durrer für die seit 1939 über das konzessionsgemässe Quantum hinaus genutzte Wassermenge die Nachzahlung von Wasserzinsen und forderte sie auf, um eine Nachtragskonzession einzukommen. Die A. G. Durrer

Seite: 379

stellte im Jahre 1949 ein Gesuch um Erteilung einer zusätzlichen Konzession, doch kam eine Einigung darüber nicht zustande.

B. - Am 15. Januar 1951 hat die A. G. Durrer gestützt auf Art. 42 OG gegen den Kanton Obwalden Klage eingereicht mit den Rechtsbegehren

«1. Es sei gerichtlich festzustellen, dass der Klägerin ein zeitlich unbeschränktes und unentgeltliches Recht zusteht, über die in der Wasserrechtskonzession vom 22. Februar 1868 zugebilligte Wassermenge von 50 Kubikfuss hinaus weitere 1,3 m³ Wasser der Sarneraa zu nutzen.

2.- Es sei gerichtlich festzustellen, dass die Klägerin berechtigt ist, elektrische Energie an Dritte abzugeben.

3.- Eventuell, es sei gerichtlich festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die obgenannten Rechte zu verleihen, unter den vom Bundesgericht auf Grund des eidgenössischen und kantonalen Wasserrechtsgesetzes festzusetzenden Bedingungen.»

C. - Der Kanton Obwalden beantragt, jedenfalls auf das Klagebegehren 3 mangels Zuständigkeit nicht einzutreten und im übrigen die Klage abzuweisen.

D. - Das Gericht hat ein Gutachten eingeholt über die Frage: «Bedeutet die Stromabgabe an das Elektrizitätswerk Kerns gemäss dem Verträge vom 7. Januar 1939/10. April 1941 und begrenzt auf

die aus der konzessionsgemässen Wassermenge von 1,35 m³/sec. gewonnene und nicht in der Fabrik selbst verwendete elektrische Energie für die Parketteriefabrik eine technische und wirtschaftliche Notwendigkeit?» Der beauftragte Sachverständige, Dr. ing. E. Steiner, Vizepräsident des Schweizerischen Energiekonsumentenverbandes, bejaht die Frage in seinem Bericht vom 25. April 1952. -

Das Bundesgericht ist auf das Klagebegehren 3 nicht eingetreten und hat die Klagebegehren 1 und 2 abgewiesen

in Erwägung:

I. Zuständigkeit.

Soweit die Parteien die Zuständigkeit des Bundesgerichts anerkennen, erklären sie die Streitigkeit als zivilrechtliche im Sinne des Art. 42 OG. Massgebend ist jedoch nicht

Seite: 380

die Form oder Bezeichnung, welche die Parteien den Rechtsbehörden geben, sondern die Natur der streitigen Ansprüche. Danach ist die einzelnen Klagebegehren Bundesgerichts für die einzelnen Klagebegehren zu prüfen, und zwar von Amtes wegen, auch in denjenigen Punkten, wo sie vom Beklagten anerkannt wird (BGE 41 II 159, 62 II 294; Art. 3 BZP in Verbindung mit Art. 40 OG).

1.- Das Klagebegehren 1 betrifft, wie die Klägerin selbst ausführt, Bestand und Umfang der Rechte, die ihr bezüglich der Nutzung der Wasserkraft an der Sarneraa zustehen. Die Parteien stimmen darin überein, dass nicht etwa ein privates, sondern ein auf Verleihung durch die zuständige kantonale Behörde beruhendes öffentlich-rechtliches Nutzungsrecht in Frage steht. Freilich stellt die Rechtsprechung bei der Auslegung des Begriffes der zivilrechtlichen Streitigkeit im Sinn des Art. 42 OG (Art. 48 aOG) auf die frühere Auffassung über die Abgrenzung des privaten vom öffentlichen Rechte ab, wie sie galt, als für einen bestimmten Kreis von Anständen, für den dies als besonders geboten erachtet wurde, die Zuständigkeit des Bundesgerichts als einer besondere Garantien der Unbefangenheit bietenden Instanz vorgesehen wurde (Art. 101 BV von 1848, Art. 110 BV von 1874); demnach fallen unter Art. 42 OG auch manche Anstände, die nach heutiger Lehre dem öffentlichen Rechte angehören, z. B.

solche über gewisse Ansprüche, namentlich auf Schadensersatz, gegen den Staat aus von ihm erteilten Konzessionen (BGE 49 II 414, 62 II 294, 63 II 49 E. 2, 78 II 26 E. 1). Aber Streitigkeiten zwischen dem Beliehenen und der Verleihungsbehörde über die aus einer Wasserrechtskonzession entspringenden Rechte und Pflichten können auf jeden Fall seit dem 1. Januar 1918, an welchem das Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG) in Kraft getreten ist, nicht mehr als zivilrechtliche im Sinne des Art. 42 OG gelten; denn nach Art. 71 WRG entscheidet über sie (in zweiter oder einziger Instanz) das Bundesgericht als Staatsgerichtshof bzw., seit

Seite: 381

Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde, als Verwaltungsgericht (BGE 65 I 297, 313; 77 I 170). Damit ist einerseits der öffentlich-rechtliche Charakter dieser Anstände eindeutig festgestellt und andererseits die von Art. 110 BV angestrebte Garantie gegeben. Die von der Klägerin zitierten Urteile des Bundesgerichts (BGE 39 II 451, 41 II 159, 43 II 721, 63 II 50; Entscheid vom 31. Januar 1941 i. S. Schuhfabrik A. G. Buochs, nicht veröffentlicht) betreffen zum Teil die Zeit vor dem Inkrafttreten des WRG; zum Teil haben sie private Nutzungsrechte oder einen Schadenersatzanspruch zum Gegenstand. Im zweiten dieser Urteile (S. 163) wird übrigens jene historische Auslegung nur für so lange als massgebend bezeichnet, als nicht im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft für die Entscheidung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten eine unabhängige Instanz bestehe; eine solche ist nun gerade für Streitigkeiten aus Wasserrechtskonzessionen durch Art. 71 WRG eingesetzt worden.

Hier behauptet die Klägerin und bestreitet der Beklagte, dass das jener durch die Konzession von 1868 verliehene Recht auf Nutzung von 50 Kubikfuss Wasser in der Sekunde durch (ausdrückliche oder stillschweigende) Zustimmung der Behörden auf eine wesentlich grössere Wassermenge erweitert worden sei. Dieser Streit, welcher Gegenstand des Klagebegehrens I ist, geht also um den Umfang des verliehenen Wasserrechts, betrifft die aus dem Verleihungsverhältnis entspringenden Rechte und fällt somit unter Art. 71 WRG. Wenn die Klägerin aus dem behaupteten Verhalten der Behörden nicht eine Erweiterung des ursprünglichen, sondern die Einräumung eines neuen, zusätzlichen Rechts ableiten will, so hängt die Frage nach dessen Bestehen mit derjenigen nach Inhalt und Umfang der Konzession untrennbar zusammen, muss als Vorfrage dazu entschieden werden, weshalb die Zuständigkeit gemäss Art. 71 WRG dafür ebenfalls gegeben ist (BGE 77 I 171 E. 2).

Aus dem Wortlaut von Art. 71 Abs. 1 WRG könnte

Seite: 382

geschlossen werden, dass über das Klagebegehren 1 in erster Instanz die zuständige kantonale Gerichtsbehörde und erst in zweiter Instanz das Bundesgericht zu entscheiden hätte, weil weder dieses Gesetz noch die Konzession etwas anderes bestimmt. Aber das Bundesgericht beurteilt Streitigkeiten, welche nach wörtlicher Auslegung jenes Absatzes bei Fehlen einer abweichenden Regelung in der Konzession zunächst vom kantonalen Richter zu entscheiden wäre, auch dann als einzige Instanz, wenn die beklagte Partei auf die bei ihm angehobene Klage sich seiner Gerichtsbarkeit (ausdrücklich oder stillschweigend) unterwirft, wie es, unter Hinweis auf Art. 52 Ziff. 1 aOG (vgl. nun Art. 112 OG), wiederholt entschieden hat (BGE 48 I 211 E. 7, 49 I 573, 57 I 333, vgl. auch 65 I 297). An dieser Rechtsprechung, welche dem Sinn der gesetzlichen Ordnung entspricht, ist festzuhalten.

Die Haltung, welche hier der Beklagte in der Zuständigkeitsfrage bezüglich des Klagebegehrens 1 einnimmt, kommt einer ausdrücklichen Anerkennung nahe, stellt mindestens eine Einlassung dar. Wäre ausserdem, wie aus Art. 112 OG abgeleitet werden könnte, ein Mindeststreitwert von Fr. 10000.- erforderlich, so wäre auch diese Voraussetzung erfüllt; denn nach den Vorbringen der Parteien steht ausser Zweifel, dass das im Klagebegehren 1 beanspruchte Recht auf Mehrnutzung mehr als diesen Betrag wert ist. Dieses Begehren ist daher zur Beurteilung im direkten verwaltungsrechtlichen Prozess nach Art. 110 ff. OG entgegenzunehmen.

2.- Das Klagebegehren 2 geht auf Feststellung, dass die Klägerin berechtigt sei, elektrische Energie an Dritte abzugeben. Gemeint ist offenbar die Energie, welche die Klägerin aus dem der Sarneraa entnommenen Wasser gewinnt, und zwar nicht nur im Umfang der streitigen Mehrnutzung, sondern auch der an sich anerkannten Nutzung gemäss der Konzession von 1868; denn der Beklagte bestreitet der Klägerin das Recht zur Abgabe der durch Nutzung der Sarneraa gewonnenen Energie an

Seite: 383

Dritte überhaupt. Auch dieser Streitpunkt betrifft Inhalt und Umfang des verliehenen Wasserrechts. Der Beklagte nimmt hier in der Zuständigkeitsfrage die gleiche Haltung ein wie bezüglich des Klagebegehrens 1. Käme es auf den Streitwert an, so wären nach einem allgemeinen Grundsatz, wie er in Art. 47 Abs. 1 OG für das Berufungsverfahren ausgesprochen ist, die in den beiden ersten Klagebegehren geltend gemachten Ansprüche zusammenzurechnen. Die Zuständigkeit des Bundesgerichts ist daher auch für das Klagebegehren 2 auf Grund von Art. 71 Abs. 1 WRG in Verbindung mit Art. 112 OG zu bejahen.

3.- Mit dem Begehren 3 verlangt die Klägerin für den Fall, dass das Bestehen der mit den Begehren 1 und 2 beanspruchten Rechte verneint wird, es sei festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet sei, ihr diese Rechte zu verleihen. Hier geht es nicht um eine bereits bestehende, sondern um eine erst noch zu erteilende Konzession. Meinungsverschiedenheiten darüber, ob Anspruch auf eine Wasserrechtsverleihung bestehe, sind aber, auch unter dem Gesichtspunkte von Art. 48 aOG und Art. 42 OG, stets als öffentlich-rechtliche Streitigkeiten behandelt worden (BGE 41 II 160, 63 II 50; nicht veröffentlichte Urteile vom 31. Januar 1941 i. S. Schuhfabrik A. G. Buochs, E. 12, und vom 25. Juni 1943 i. S. Steinindustrie Rozloch A. G., E. III 4 b). Auch Art. 71 WRG ist nicht anwendbar, da er sich nur auf Anstände über schon bestehende Verleihungsverhältnisse bezieht. In Betracht käme allenfalls Art. 112 OG, wenn anzunehmen wäre, man habe es mit einer «Streitigkeit verwaltungsrechtlicher Natur» zu tun, und wenn ausserdem das Bundesgericht von beiden Parteien angerufen wäre. Es fehlt jedoch auf jeden Fall die letztgenannte Voraussetzung; denn der Beklagte hat die Zuständigkeit des Bundesgerichts für die Beurteilung des Klagebegehrens 3 ausdrücklich bestritten und dazu nur unter diesem Vorbehalt Stellung genommen. Auf dieses Begehren kann deshalb mangels Zuständigkeit nicht eingetreten werden.

Seite: 384

II. Materielle Beurteilung

1.- Die A. G. Durrer ist zur Klage als Rechtsnachfolgerin der ursprünglichen Konzessionäre Bucher und Durrer legitimiert. Der Beklagte bestreitet nicht, dass das diesen verliehene Wasserrecht über Josef Durrer auf die Klägerin übergegangen ist; er hält ihr nur entgegen, jene hätten nicht mehr Rechte auf Josef Durrer und die A. G. übertragen können, als sie selbst besessen hätten. Gerade der Umfang des Wasserrechtes, das schon Bucher und Durrer besaßen, ist Gegenstand der Rechtsbegehren, für welche die Zuständigkeit des Bundesgerichts bejaht wird.

2.- Durch die Konzession von 1868 wurde den Rechtsvorgängern der Klägerin ein zeitlich unbeschränktes und unentgeltliches Recht zum Bezug von 1,35 m³ Wasser in der Sekunde aus der Sarneraa verliehen. Das Rechtsbegehren 1 der Klägerin geht auf Feststellung, dass sie berechtigt sei, weitere 1,3 m³ in der Sekunde in gleicher Weise zu nutzen. Sie macht geltend, die kantonale Regierung habe die Mehrnutzung in diesem Umfange bewilligt oder wenigstens widerspruchslos hingenommen und dadurch, ausdrücklich oder zum mindesten stillschweigend, die ursprüngliche Konzession erweitert.

Die in der Klageschrift aufgestellte Behauptung, die von Bucher und Durrer bei Anpassung ihrer Anlage an die Aa-Korrektion durch Erstellen einer Einlaufschleuse bewirkte Erhöhung des Wasserzuflusses sei mit Bewilligung der Regierung vorgenommen und die Mehrnutzung von dieser in den 70 Jahren seither nie beanstandet worden, ist widerlegt durch die vom Beklagten eingelegten Protokolle des Regierungsrates und des Kantonsrates. Für eine solche Bewilligung, die der ausdrücklichen Beschränkung des Wasserquantums in der wenige Jahre vorher erteilten Konzession widersprochen hätte, wäre die Klägerin beweispflichtig. Sie hat aber nicht nur keinen Beweis dafür erbracht; vielmehr ergibt sich aus den Akten, dass der

Seite: 385

Regierungsrat sowohl vor als auch nach 1880 wegen der Mehrnutzung gegen Bucher und Durrer eingeschritten ist. Schon 1870 hatten diese eine Schwelle, welche sie im Aabett zur Erhöhung des Wasserzuflusses trotz dem ausdrücklichen Verbot in Ziff. VI der Konzessionsurkunde angelegt hatten, auf Aufforderung einer Delegation des Regierungsrates wieder entfernen müssen. Ähnlich verhält es sich mit der bei der Anpassung ihrer Anlage an die Aa-Korrektion erneut vorgenommenen Erhöhung des Zuflusses: Nachdem diese in dem Prozesse über ihren Anteil an den Korrektionskosten durch Urteil vom 7. April 1884 festgestellt worden war, verbot der Regierungsrat in den Jahren 1885-1888 wiederholt die Mehrnutzung, forderte Bucher und Durrer zum Teil unter Strafandrohung zur Beseitigung der angebrachten Schwelle auf und liess im Juni 1885 sogar durch den Kantonsingenieur den Wasserzufluss herabsetzen.

Die von der Klägerin in der Replik geäusserte Vermutung, der Regierungsrat habe nach 1855 die Mehrnutzung ausdrücklich gewährt, entbehrt jeder Grundlage und widerspricht der früher und später von ihm eingenommenen Haltung. Wäre es übrigens geschehen, so wäre es zweifellos den Berechtigten mitgeteilt worden und wäre die Klägerin in der Lage, den urkundlichen Beweis dafür zu erbringen. Zudem hat die Staatskanzlei von Obwalden die seit 1888 geführten Protokolle des Regierungsrates, deren Beizug die Klägerin beantragt, durchgesehen und daraufhin bestätigt, dass darin keine Einträge enthalten sind, die auf eine Gewährung der Mehrnutzung schliessen lassen. Das Bundesgericht hat keinen Anlass, die Richtigkeit dieser Feststellung zu bezweifeln und jene Protokolle edieren oder der Klägerin oder einer von ihr bestimmten Vertrauensperson öffnen zu lassen. Auch vom weiter beantragten Beizug der Akten des Melchaa-Korrektions-Unternehmens ist abzusehen. Es ist ausgeschlossen, dass daraus ein Beschluss, wie er behauptet wird, ersichtlich sein könnte; denn es steht fest, dass der Regierungsrat

Seite: 386

in den Jahren unmittelbar vor und nach der Durchführung der Korrektion gegen die Mehrnutzung eingeschritten ist; hätte er sie später bewilligt, so hätte das die Korrektion nicht betroffen, und es ist undenkbar, dass die Bewilligung zwar dem Korrektionsunternehmen, nicht aber Bucher und Durrer mitgeteilt worden wäre.

In der Replik macht die Klägerin noch geltend, sie habe jedenfalls die streitige Wassermenge zum mindesten von 1888 bis 1948 unangefochten genutzt; wenn die Behörde die Mehrnutzung nicht ausdrücklich bewilligt habe, so habe sie ihr doch durch ihr langes Stillschweigen zugestimmt und so die ursprüngliche Konzession durch konkludentes Verhalten erweitert. Die Klägerin beruft sich hiefür auf das Urteil des Bundesgerichts vom 25. Juni 1943 i. S. Steinindustrie Rozloch A. G. e. Nidwalden. Dort wurde in E. II 1 e ausgeführt, dass die herrschende Lehre des Verwaltungsrechts unter bestimmten Umständen stillschweigende Verwaltungsakte zulasse im Verhalten der Nidwaldner Behörden, welche dem Gesuch um Erstellung eines Wasserwerks entsprochen hatten, ohne die einen Bestandteil der Projektes bildende Kraftleitung zu erwähnen, wurde unter Berufung auf Treu und Glauben eine Konzessionserteilung auch für diese Leitung erblickt, weil ihnen aus dem Gesuch erkennbar gewesen war, dass das Wasserwerk ohne die Erlaubnis zur Kraftübertragung nicht gebaut würde. In jenem Urteil wie in der darin angeführten herrschenden Lehre des Verwaltungsrechts (vgl. namentlich W. JELLINEK, Verwaltungsrecht, 3. Auflage, S. 271, und FLEINER, Institutionen, 8. Aufl., S. 190) wird aber der Grundsatz, dass die Verwaltung sich für ihre Verfügungen jeder dafür geeigneten Form bedienen könne und dass daher unter Umständen auch konkludentes Verhalten genüge, an den Vorbehalt geknüpft, dass das Gesetz nicht etwas anderes bestimmt. Der vorliegende Fall unterscheidet sich jedoch von jenem der Steinindustrie Rozloch A. G. wesentlich, sowohl im Tatbestand als nach den anwendbaren Gesetzesbestimmungen. Die

Seite: 387

Konzessionsurkunde von 1868 verbot ausdrücklich den Bezug von mehr als 50 Kubikfuss Wasser in der Sekunde und namentlich das Anbringen von Schwellen, und der Regierungsrat schritt wenigstens bis zum Jahre 1888 wiederholt gegen die Mehrnutzung ein und brachte damals wie auch wieder vom Jahre 1933 an seinen Standpunkt zum Ausdruck, dass es dafür einer neuen Konzession bedürfe.

Wenn er in der Zwischenzeit trotz des Scheiterns der hierauf gerichteten Verhandlungen die tatsächliche Mehrnutzung stillschweigend geduldet hat, so kann daraus unmöglich eine Konzessionserteilung abgeleitet werden, weil dem das Obwaldner Gesetz über Wasserbaupolizei, Wasserrechte und Gewässerkorrekturen entgegensteht. Art. 46 daselbst bestimmt in Abs. 2 der ursprünglichen Fassung vom 9. April 1877 und, im wesentlichen gleich, in Abs. 8 der revidierten Fassung vom 28. April 1907, dass für eine Vermehrung des Wasserquantums durch Änderung der Stauvorrichtung oder andere Mittel eine neue Konzession erforderlich ist, und die Art. 37-41 schreiben für die Konzessionserteilung ein bestimmtes Verfahren vor: Konzessionsgesuch mit genauer Beschreibung der beabsichtigten Einrichtung nebst Plänen, öffentliche Auflage und Mitteilung an die Beteiligten, Begutachtung durch Sachverständige, Einspracheverfahren und Entscheid des Regierungsrates. Seit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes kam eine Konzessionserteilung oder -erweiterung völlig ausserhalb des darin vorgeschriebenen Verfahrens, durch blosser stillschweigende Duldung eines entgegen dem Gesetz und den Vorstellungen der Behörden geschaffenen Zustandes, nicht in Frage. Wenn die Behörden gegen die streitige, auf das Jahr 1880 zurückgehende Mehrnutzung nach 1888 jahrzehntelang nicht eingeschritten sind, so kann deshalb darauf nichts ankommen.

Damit erweist sich das Klagebegehren 1 als unbegründet.

3.- Soweit das Klagebegehren 2 den Anspruch der Klägerin betrifft, von der elektrischen Energie, welche sie

Seite: 388

aus der über das konzessionsgemässe Quantum hinaus bezogenen Wassermenge gewinnt, an Dritte abgeben zu dürfen, teilt es ohne weiteres das Schicksal des Klagebegehrens 1. Indes ist weiter zu prüfen, ob die Klägerin wenigstens berechtigt sei, Dritten Energie zu liefern, die sie aus der ihr gemäss Konzession zustehenden Wasserkraft erzeugt; denn insoweit ist ihr Begehren 2, wie sich herausgestellt hat, durch die Abweisung des Begehrens 1 nicht gegenstandslos geworden.

Es steht ausser Zweifel und wird vom Beklagten auch nicht bestritten, dass die Klägerin das Wasser aus der Sameraa bis zu der in der Konzession festgesetzten Höchstmenge nicht nur zum Antrieb von Wasserrädern, wie sie ursprünglich in ihrer Fabrik verwendet worden sind, sondern ebenso für eine Turbine und für die Gewinnung elektrischer Energie für ihren Fabrikbetrieb nutzen darf. Andererseits ist klar, dass eine Benützung des Wassers, die nicht dem Fabrikbetrieb der Klägerin dient, der Konzession von 1868 widerspricht. In der Tat ist das Nutzungsrecht nicht zu beliebiger Verwendung verliehen worden, sondern, wie die Konzessionsurkunde ausdrücklich sagt, «für die Errichtung einer Parketteriefabrik» (Ingress), «für den Fabrikbetrieb» (Ziff. VII, 1 der Bedingungen). Die bestehende Konzession verwehrt also der Klägerin, jedenfalls grundsätzlich, die aus der verliehenen Wasserkraft gewonnene elektrische Energie an Dritte zu verkaufen. Es kann sich nur fragen, ob die Klägerin wenigstens die aus dieser Wasserkraft zu gewissen Zeiten erzeugte Überschussenergie an einen andern Energieproduzenten im Austausch gegen von diesem zu anderen Zeiten zu liefernde Aushilfsenergie abgeben dürfe, wie sie es seit 1939 auf Grund vertraglicher Vereinbarung mit dem Elektrizitätswerk Kerns tut; denn es liesse sich die Ansicht vertreten, im Rahmen eines solchen Austauschverhältnisses diene die Abgabe des überschüssigen Stromes indirekt der Deckung des eigenen Energiebedarfes der Klägerin und sei daher, in einem weiteren Sinne, auch noch

Seite: 389

Verwendung «für den Fabrikbetrieb», indem sie gewissermassen auf eine Aufspeicherung jenes Überschusses zum späteren Verbrauch in diesem Betriebe hinauskomme.

Die Lösung hängt von der Auslegung des Verleihungsaktes von 1868 ab. Da die Möglichkeit des Austausches von Überschuss- gegen Aushilfsenergie mittels Parallelschaltung zur Zeit der Erteilung der Konzession von der Verleihungsbehörde und den Beliehenen offenbar nicht vorausgesehen wurde, ist zu prüfen, wie sich die Beteiligten zur Frage, um die es noch geht, gestellt hätten, wenn jene Möglichkeit schon damals vorauszusehen gewesen wäre. Zu beachten ist dabei, dass man es mit öffentlichem Rechte zu tun hat, wo die Behörde in der Gestaltung der Rechtsverhältnisse nicht frei ist, sondern nach Grundsätzen zu verfahren hat, auch da, wo das Gesetz solche nicht ausdrücklich aufstellt. Ausserdem kommen, wie bei der Auslegung privater Verträge, die Regeln von Treu und Glauben und die Verkehrssitte in Betracht. Unter diesen Gesichtspunkten ist zu untersuchen, welche Auslegung einer angemessenen Interessenabwägung gerecht wird und insofern dem mutmasslichen Parteiwillen entspricht (vgl. BGE 61 I 74 ff.).

Die Konzession von 1865 wurde offenbar namentlich deshalb unentgeltlich erteilt, weil die Verleihungsbehörde das Vorhaben der Herren Bucher und Durrer, in ihrer Gegend eine neue Industrie einzuführen, fördern wollte. Daher kann angenommen werden, dass die Behörde die Abgabe der aus der verliehenen Wasserkraft gewonnenen Überschussenergie im Austausch gegen vom Abnehmer zu liefernde Aushilfsenergie als Verwendung «für den Fabrikbetrieb» im Sinne der Konzession hätte

gelten lassen, wenn und soweit dieser Austausch für den Betrieb der Klägerin technisch und wirtschaftlich notwendig wäre. Der Experte Steiner hält diese Voraussetzung für gegeben. Aber eine nähere Prüfung ergibt, dass man es nicht mit einer eigentlichen technischen Notwendigkeit zu tun hat. Wohl wird durch die Parallelschaltung der Generatoren

Seite: 390

der Klägerin und des Elektrizitätswerkes Kerns, welche den Austausch ermöglicht, eine Art technische Einheit hergestellt. Diese Verkoppelung ist jedoch nicht eine notwendige Folge der Technik der Erzeugung und Verwertung elektrischer Energie, sondern das technische Mittel, dessen sich die Klägerin und das Elektrizitätswerk bedient haben, um unter sich eine für beide Teile vorteilhafte Marktordnung zu treffen. Die Regelung erlaubt der Klägerin, das Entgelt für die Abgabe der von ihr zu gewissen Zeiten erzeugten Überschussenergie mit den Kosten der von ihr zu anderen Zeiten benötigten Aushilfsenergie zu verrechnen und so die ihr verliehene Wasserkraft voll auszunützen, und umgekehrt kann das Elektrizitätswerk den ihm von der Klägerin zu Preisen, die unter den landesüblichen Ansätzen liegen, gelieferten Strom mit Gewinn weiter verkaufen.

Die Stromabgabe auf Grund der Parallelschaltung ist für den Betrieb der Klägerin aber auch wirtschaftlich nicht eine unbedingte Notwendigkeit. Nichts lässt darauf schliessen, dass sie den Anshilfsstrom, welchen sie vom Elektrizitätswerk Kerns zu landesüblichen Preisen bezieht, ohne die vereinbarten Gegenlieferungen entweder überhaupt nicht oder, was auf dasselbe hinauslief, nur zu Bedingungen erhalten könnte, welche für sie nicht tragbar wären.

Wäre der Austausch auf dem Wege der Parallelschaltung für den Betrieb der Klägerin wirklich eine technische und wirtschaftliche Notwendigkeit, so müsste er überall anzutreffen sein, wo sich Betriebe in ähnlicher Lage befinden. Dass dies der Fall sei, ist aber nicht anzunehmen. Der Experte Steiner stellt in seinem Gutachten nichts dergleichen fest; er sagt am Schlusse bloss, dass manche andere Betriebe in der Schweiz ebenfalls im Rahmen eines Parallelschaltungs- und Austauschverhältnisses Überschussenergie an Elektrizitätswerke abgaben und dass diese Zusammenarbeit namentlich in der Kriegszeit von den Behörden gefördert worden sei.

Seite: 391

Allerdings ist nicht nur die Klägerin daran interessiert, dass die von ihr aus der verliehenen Wasserkraft produzierte Überschussenergie nicht verloren geht vielmehr muss an der Vermeidung solchen Verlustes auch der Allgemeinheit gelegen sein, deren Interessen die Verleihungsbehörde zu wahren hat. Andererseits hat aber die Allgemeinheit in der Regel ein Recht darauf, dass Wasserzinse verlangt und bezahlt werden. Die Verleihungsbehörde muss sich auf haltbare Gründe stützen können, wenn sie ausnahmsweise ein Entgelt nicht ausbedingt.

Im vorliegenden Falle hätte die Verleihungsbehörde nach dem Gesagten keinen zureichenden Grund gehabt, der Parketteriefabrik ohne Entgelt das Recht zuzugestehen, überschüssige Energie an Dritte zu verkaufen, sei es auch nur im Rahmen eines Austauschverhältnisses. Die Fabrikunternehmung hätte ihrerseits eine unentgeltliche Einräumung eines dahingehenden Rechts billigerweise nicht verlangen können. Die Wendung «für den Fabrikbetrieb» kann von der Klägerin nach Treu und Glauben nicht anders verstanden werden. Die Würdigung aller Gesichtspunkte ergibt, dass der Verkauf überschüssigen Stromes an Dritte nicht darunter fällt.

Es kann auch keine Rede davon sein, dass die kantonalen Behörden, wie behauptet wird, die von der Klägerin im Jahre 1939 begonnene Stromabgabe an Dritte lange ohne Widerspruch hingenommen haben; denn bereits im Jahre 1941 hat der Kantonsingenieur der Klägerin in Erinnerung gerufen, dass die Konzession von 1868 ihr ein Wasserrecht nur für den eigenen Betrieb gebe.

Das Klagebegehren 2 erweist sich daher im vollen Umfange als unbegründet. Es wird Sache der Parteien sein, in einer neuen Konzession eine Lösung zu treffen, welche den sich gegenüberstehenden Interessen in vernünftiger Weise Rechnung trägt