

# STAATSRECHT — DROIT PUBLIC

## I. WASSERRECHTSKONZESSIONEN.

### CONCESSIONS DE DROITS D'EAU

**66. Urteil vom 15. Dezember 1923**

**i. S. Kanton Unterwalden ob dem Wald  
gegen Elektrizitätswerk Luzern-Engelberg A.-G.**

Art. 2 Abs. 1, 3 und 17 WRG. Abgrenzung zwischen Verleihung im Sinne der beiden ersten und blosser Polizeierlaubnis im Sinne der letzten Bestimmung. Die im Kanton Obwalden für Stauvorrichtungen und andere Anlagen zur Benützung der Wasserkraft einzuholende « Konzession » hat auch bei den sogenannten Privatgewässern im Hinblick auf Art. 1 Abs. 2 WRG und die Bedingungen und Auflagen, die der Regierungsrat nach dem kantonalen Wassergesetz mit der Bewilligung verbinden darf, Verleihungscharakter. Begriff der Streitigkeiten über « Rechte und Pflichten aus dem Verleihungsverhältnis » nach Art. 71 WRG. Bedingte Prorogation auf das Bundesgericht als einzige Instanz erblickt darin, dass der Beliehene auf die vom Verleiher beim Bundesgericht angehobene Klage dessen Zuständigkeit nur mangels Vorliegens einer Verleihung und einer Streitigkeit über Rechte und Pflichten aus dem Verleihungsverhältnis bestreitet, dagegen nicht verlangt, dass beim Zutreffen beider Voraussetzungen der Kläger zunächst an den kantonalen Richter gewiesen werde. — Keine Rückwirkung von Art. 58 Abs. 1 WRG auf zwischen dem 25. Oktober 1908 und dem 31. Dezember 1917 erteilte Verleihungen, die eine längere Verleihungsdauer vorsehen. Bedeutung von Art. 51 ebenda für solche ältere Verleihungen. Er kann nur zur Folge haben, dass vom Beliehenen ein höherer Wasserzins, als der bei dieser Berechnungsweise nach Art. 49 sich ergebende nicht mehr gefordert werden darf, lässt dagegen eine im Verleihungsakte vorgesehene abweichende Berechnungsweise, bei der sich keine höhere oder eine niedrigere Zinsleistung ergibt, unberührt. Begehren, dass der Beliehene, der ge-

wisse Anlagen innert der konzessionsmässigen Baufrist nicht erstellt hat, den Vermögenswert, den sie dargestellt hätten, zu versteuern, eventuell die durch die Nichterstellung dem Gemeinwesen entgehende Steuerleistung als Schadenersatz zu entrichten habe. Abweisung.

A. — Am 19. Juni 1901 hat der Regierungsrat des Kantons Obwalden dem Verwaltungsrat der Elektrischen Bahn Stansstad-Engelberg und dem Kantonsrat Hess-Waser in Engelberg zu Händen einer zu bildenden Aktiengesellschaft die Konzession erteilt, das Wasser des Erlenbaches zwischen Engelberg und Obermatt für Erriehung einer Wasserwerkanlage und für die Erzeugung elektrischen Stroms nach den eingereichten Plänen und Berichten auszunützen. Die Dauer der Konzession betrug 60 Jahre. Die Konzessionäre wurden verpflichtet für die sechs alten Gemeinden von Obwalden den notwendigen elektrischen Strom abzugeben. Die in Obwalden verwendete Kraft sollte taxfrei sein. Für die ausser den Kanton geleistete Kraft waren jährliche Pauschaltaxen festgesetzt. Am 31. Mai 1905 wurde die Konzession mit Bezug auf die Stromlieferungspflicht dahin abgeändert, dass der Strom für die sechs alten Gemeinden an das Elektrizitätswerk Kerns zu liefern war, zu bestimmten Bedingungen und bis zur Erstellung eines Elektrizitätswerkes am Lungernsee. Rechte und Pflichten aus der Konzession sind an das Elektrizitätswerk Luzern-Engelberg A.-G. (eine Gründung der Stadt Luzern) übertragen worden, das mit Kaufvertrag vom 31. Dezember 1907 von Eugen Hess-Waser die ihm gehörenden, dem Werk dienenden Grundstücke und privaten Wasserrechte erwarb. Seither hat die genannte Gesellschaft (im Folgenden als « Elektrizitätswerk » bezeichnet) von der Alpgenossenschaft Trübsee in Stans den auf Nidwaldner Gebiet gelegenen Trübsee mit Umgelände erworben und am 22. Dezember 1913 vom Regierungsrat von Nidwalden die Konzession zur Ausnützung des Sees nebst Zu- und Abflüssen für die Gewinnung elektrischer Energie, insbesondere auch zur Stauung und Senkung des Seespiegels

und zur Zuleitung nach einer bei Engelberg zu erstellenden Zentrale erhalten; die Dauer dieser Konzession wurde auf 100 Jahre festgesetzt und es waren dafür jährliche nach der Stauung des Sees zu berechnende Gebühren zu entrichten. In Obwalden wurde zuerst zwischen der Regierung und dem Verwaltungsrat des Elektrizitätswerkes über die Erteilung einer besonderen Konzession zur Ableitung des Trübenbaches, dem Abfluss des Trübsees, der in seinem untern Teil die Grenze zwischen Obwalden und Nidwalden bildet, und zur Ausnützung desselben in einer Kraftzentrale in Engelberg verhandelt. Auf Anregung des Elektrizitätswerkes fasste man dann aber eine Verschmelzung der früheren Konzession von 1901 mit der neu zu erteilenden ins Auge. Bei den Verhandlungen darüber bestanden namentlich Meinungsverschiedenheiten über die Dauer der einheitlichen Konzession und über die Bestimmung des Wasserrechtszinses. Auf Grund der Verhandlungen wurde vom Regierungsrat am 6. Juni 1914, in Abänderung des Konzessionsaktes vom 19. Juni 1901, die Konzession erteilt, und am 15. Juni vom Elektrizitätswerk angenommen, das Wasser der Engelberger Aa, des Erlenbaches und dasjenige des Grenzbaches Trübenbach (Stauung und Ableitung des Trübsees) auf der Gefällstufe Trübsee bis zur Zentrale Obermatt, soweit « das herwärtige Kantonsgebiet beschlagend » in beliebiger Weise zur Erzeugung von elektrischem Strom auszunützen, unter den in der Konzessionsurkunde enthaltenen Bedingungen. Die Dauer der Konzession beträgt 100 Jahre, Erneuerungsbegehren des Konzessionärs und Rückkaufsbegehren des Konzedenten sind fünf Jahre vor Ablauf anzumelden. Art. 4 Abs. 2 bestimmt: « Streitigkeiten, die aus dieser Konzession entstehen sollten, entscheidet als einzige Instanz endgültig das schweizerische Bundesgericht. » Nach Art. 5 hat die Konzessionärin für den gesamten Wert der auf Obwaldner Gebiet gelegenen Anlage die gesetzlichen Staats- u. Gemeindesteuern zu entrichten. Art. 9 lautet:

« Spätestens zwei Jahre nach Genehmigung der Baupläne muss mit dem Bau der Trübenbachausnützung begonnen werden. Binnen fünf Jahren, von untenstehendem Datum an gerechnet, muss die Anlage der Trübenbachausnützung, ausgenommen die Zentrale in Engelberg und eine höhere Stauung des Trübsees als 4,5 m im Betriebe sein. » In den folgenden Bestimmungen ist die Verpflichtung der Konzessionärin zur Lieferung von Kraft an das Elektrizitätswerk Kerns neu geordnet und die Pflicht zur Abgabe einer bestimmten Strommenge nach Engelberg vorgesehen. Art. 17 setzt den zu entrichtenden Wasserzins für verschiedene Zeitabschnitte fest. Er lautet: « Für jede installierte, an der Turbine gemessene Pferdekraft ist ein jährlicher Wasserrechtszins von 3 Fr. an den Staat Obwalden zu entrichten. Die Zentrale Engelberg ist so lange, als sie nur als Kraftreserve bei Wassermangel und Störungen für das Obermatterwerk angesehen werden muss, zinsfrei. Der Bahngenerator wird zu  $\frac{1}{3}$ , gleich 200 Pferdekraften berechnet. — Bis zum Einbau einer weiteren Maschinengruppe sind 25 % und von da weg 20 % der normalen Leistung der Motoren zinsfrei. — Beim gegenwärtigen Stand der Installationen von 4 Generatoren zu 2000 Pferdekraften sind also 6000 Pferdekraft plus 200 Pferdekraften wegen dem Bahngenerator, somit total 6200 Pferdekraften zinspflichtig. — Die nach Engelberg abgegebenen Jahrespferde sind zinsfrei, und es wird deren Höhe alle zehn Jahre jeweils für die folgende Periode von zehn Jahren ermittelt. — Spätestens vom Jahre 1925 an sind im Minimum 8000 Pferdekraften zinspflichtig, d. h. der Wasserrechtszins beträgt im Minimum 16,000 Fr. Vom Jahre 1955 an beträgt der Wasserrechtszins pro Pferdekraft 3 Fr. « Nach Art. 22 erlischt die Konzession: a) Nach Ablauf der Konzessionsdauer, falls nicht innert der vorgeschriebenen Frist ein bezügliches Verlängerungsgesuch gestellt wird; b) wenn die Konzessionsinhaberin darauf verzichtet; c) wenn die Anlage während 6 Jahren un-

unterbrochen nicht betrieben wird; d) wenn die Wasserrechtszinsen während zwei Jahren nicht bezahlt werden; e) wenn den Bestimmungen dieser Konzession gröblich zuwidergehandelt wird. » Art. 23 lässt die Konzessionsperiode mit dem Tage der Inbetriebsetzung der Druckleitung Trübsee-Engelberg, spätestens aber zwei Jahre nach der Konzessionserteilung, beginnen. « Verzichtet das Elektrizitätswerk Luzern-Engelberg auf die Erwerbung der Trübseewasserkraft, so fällt die Konzession dahin und verbleiben sodann die Akte vom 19. Juni 1901 und 31. Mai 1905 allseitig weiter in Kraft. »

Am 30. November 1915 stellte das Elektrizitätswerk Luzern-Engelberg an den Regierungsrat von Obwalden das Gesuch, es möchte das Inkrafttreten der Konzession vom 6. Juni 1914 auf den Tag der Inbetriebsetzung des neuen Kraftwerkes bzw. der Druckleitung Trübsee-Engelberg verschoben und demnach möchten auch die übrigen in der Konzession vorgesehenen Termine entsprechend hinausgeschoben werden. Das Begehren wurde damit begründet, dass äussere Umstände die Erstellung der Anlage verzögert hätten. Der Regierungsrat entsprach in dem Sinne, dass die Konzession spätestens auf den 6. Juni 1918 in Kraft zu treten habe; dahin werde der erste Absatz von Art. 23 abgeändert. Dagegen lehnte er die Abänderung aller übrigen Termine der Konzession ab. Mit Zuschrift vom 1. März 1916 teilte der Verwaltungsrat des Elektrizitätswerkes dem Regierungsrat mit, dass er davon absehe zu dem vorausgegangenen Beschluss vorläufig Stellung zu nehmen; die Möglichkeit der Verwendung des Trübsees zu Stauzwecken stehe noch zu sehr in Frage, als dass es heute von grossem Wert wäre Termine zu vereinbaren; ausserdem sei es ungewiss, ob nach Beendigung des Krieges das Bedürfnis zum Bau des Trübseewerkes noch vorhanden sein und die Mittel dafür sich finden lassen werden. Am 30. Juli 1917 schrieb der Verwaltungsrat des Elektrizitätswerkes dem Regierungsrat, die gegenwärtige Zeitlage habe es

verunmöglicht, den Trübsee derzeit für die projektierte Ausnützung auszubauen, da die Druckleitung nicht oder nur zu unerschwinglichen Preisen beschafft werden könnte und der herrschende Arbeitermangel zu den grössten Schwierigkeiten führen würde; da aber für den kommenden Winter unbedingt mehr Wasser zugeleitet werden müsse, habe man eine provisorische Lösung vorgesehen in dem Sinne, dass der Trübsee gestaut, das Wasser aber im Bette des Trübenbaches zu Tale geleitet, auf bestimmter Höhe gefasst und mittelst einer Gravitationsleitung in den Weiher in Engelberg geführt werde; ferner sei beabsichtigt das Winterwasser der Engelberger Aa dem Weiher zuzuleiten. Zugleich wurden die Pläne für diese provisorische Lösung vorgelegt. Am 14. August 1917 erteilte der Regierungsrat die Bewilligung zur provisorischen Wasserzuführung in die Zentrale Obermatt aus dem Trübsee und aus der Engelberger Aa gemäss dem vorgelegten Projekte, unter gewissen Bedingungen, darunter litt. c: «Das Elektrizitätswerk Luzern-Engelberg hat dafür zu sorgen, dass seitens der Stadt Luzern bis zur Inbetriebsetzung der fraglichen Zuleitungen die Annahme der Konzession vom 6. Juni 1914 erklärt wird. Auf den Tag der Inbetriebsetzung tritt genannte Konzession in Kraft und es wird damit auch die in Art. 21 festgesetzte Konzessionsgebühr von 10,000 Fr. fällig.» In einer Eingabe an den Regierungsrat vom 21. September 1917 setzte der Verwaltungsrat des Elektrizitätswerkes neuerdings auseinander, dass wegen äusserer Umstände die Erstellung der Druckleitung Trübsee-Engelberg noch nicht unternommen werden könne und schlug vor, es solle der Beginn der Konzession auf den Zeitpunkt der Inbetriebsetzung dieser Leitung festgesetzt und die in Art. 9 Abs. 2 vorgesehene Baufrist gestrichen werden. Nach konferenziellen Verhandlungen beschloss der Regierungsrat am 10. April 1918, dem Gesuche des Elektrizitätswerkes um Erstreckung des Zeitpunktes für das Inkrafttreten der Konzession werde

nicht entsprochen; dagegen werde die in Art. 9 Abs. 2 der Konzession vorgesehene Frist betreffend Inbetriebsetzung der Anlage um zwei Jahre, d. h. bis 10. April 1920 hinausgeschoben, im übrigen bleibe der Wortlaut der Konzession vom 6. Juni 1914 bestehen. Der Verwaltungsrat des Elektrizitätswerkes antwortete mit Zuschrift vom 3. Juni 1918, er werde sich dem Entscheide vom 10. April fügen müssen, bemerkte aber, dass die um zwei Jahre hinausgeschobene Baufrist nicht genügen werde, wie schon jetzt vorauszusehen sei. Es möchte daher diese Frist wenigstens bis zum 6. Juni 1922 erstreckt werden. Gleichzeitig wurde die Konzessionsgebühr bezahlt. Der Regierungsrat beschloss am 20. Juli, auf das erneute Gesuch des Elektrizitätswerkes dermalen nicht einzutreten und die bezügliche Eingabe unbeantwortet zu lassen.

In einer Zuschrift an das Elektrizitätswerk Luzern-Engelberg vom 25. September 1922 stellte die Baukommission des Kantons Obwalden das Begehren, dass die Dauer der Konzession vom 6. Juni 1914 von 100 auf 80 Jahre herabgesetzt werde, unter Verweisung auf Art. 58 Abs. 1 des inzwischen erlassenen Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916, der nach Art. 24 bis BV und Art. 74 des Bundesgesetzes rückwirkend für die seit dem 25. Oktober 1908 erteilten Konzessionen gelte. Ferner wurde in dieser Zuschrift festgestellt, dass das Elektrizitätswerk mit der Ausnützung des Trübenbaches seit 10. April 1920 im Verzug sei, was u. a. folgende Nachteile mit sich bringe: Vom Datum des Verzuges an bestehe die Steuerpflicht bzw. die Schadenersatzpflicht für entgangene und entgehende Steuern; durch die Trübseeanlage werde zudem die Höhe des Obwalden zu zahlenden Wasserzinses beeinflusst. Die Nichtausführung wesentlicher Teile des Wasserwerks verstosse auch gegen Art. 22 der Konzession, dessen Anwendung im Falle des Scheiterns einer Einigung vorbehalten werde. Ferner stimme Art. 17

der Konzession betreffend Berechnung des Wasserzinses mit Art. 51 des Bundesgesetzes nicht überein. Auch diese Bestimmung habe rückwirkende Kraft, wie sich aus Art. 74 und der eidgenössischen Verordnung über die Berechnung des Wasserzinses vom 12. Februar 1918 ergebe. Die Berechnung müsse daher den neuen gesetzlichen Bestimmungen gemäss geregelt werden und zwar so, wie wenn die Trübseeausnützung bereits erfolgt wäre. Zum Schluss wurde eine konferenzielle Behandlung zur Regelung der genannten Punkte vorgeschlagen. Das Elektrizitätswerk verhielt sich den Begehren von Obwalden gegenüber laut Zuschrift vom 19. Oktober ablehnend, worauf die Baukommission in einer Erwiderung vom 5. Januar 1923 daran festhielt und neuerdings anfragte, ob das Werk grundsätzlich bereit sei, auf dem Konferenzwege die Revision bzw. die Vollziehung des Konzessionsvertrages in dem oben angedeuteten Sinne in Erwägung zu ziehen, da ein weiterer Schriftenwechsel zu keinem Ziele führen könne. « Sollten Sie sich hiezu ablehnend verhalten, d. h. weder zu einer teilweisen Revision des Konzessionsvertrages, soweit er mit eidgenössischem Recht in Widerspruch steht, Hand bieten, noch den Verzug hinsichtlich der Erfüllung von Art. 9 Abs. 2 anerkennen, so müssten wir uns vorbehalten, den Rechtsweg zu betreten. » Das Elektrizitätswerk ging hierauf nicht ein.

B. — Mit Klageschrift vom 4. Juni 1923 hat sodann der Regierungsrat des Kantons Obwalden als Vertreter des Kantons gegen das Elektrizitätswerk Luzern-Engelberg beim Bundesgericht die Begehren gestellt :

« 1. Es sei in Abänderung von Art. 1 des Konzessionsvertrages vom 6./15. Juni 1914 die Konzessionsdauer von hundert auf achtzig Jahre ohne Gegenleistung herabzusetzen, eventuell sei letztere in einem von diesem Prozesse getrennten Verfahren festzusetzen.

2. Es sei die in Art. 17 des Konzessionsvertrages vorgesehene Art der Berechnung des Wasserzinses seit

1. Januar 1918, eventuell von einem vom Richter festzusetzenden Zeitpunkt an, als ungesetzlich zu erklären.

3. Es sei der Wasserzins nach den jetzt geltenden eidg. Vorschriften, rückwirkend auf 1. Januar 1918, eventuell auf einen vom Richter zu bestimmenden Zeitpunkt, neu festzusetzen durch den Regierungsrat, eventuell durch den zuständigen Richter in einem besonderen von diesem Prozesse getrennten Verfahren.

4. Es sei die Beklagte mit den in Art. 9 Abs. 2 des Konzessionsvertrages vorgesehenen Bauten, die Zentrale in Engelberg und die Höherstauung des Trübsees über 4,5 m hinaus ausgenommen, namentlich hinsichtlich der Zuleitung des Wassers durch einen Stollen durch den Bitzistock nach dem Stauweiher in Engelberg, eventuell in welchem Umfange, seit 10. April 1920, eventuell seit einem vom Richter zu bestimmenden Zeitpunkt an, in Verzug zu erklären.

5. Es sei die Beklagte grundsätzlich pflichtig zu erklären :

a) die in Art. 9 Abs. 2 des Konzessionsvertrages vorgesehenen Bauten vom Tage der Erstellung an gemäss Art. 5 des Konzessionsvertrages zu versteuern ;

b) seit 10. April 1920, eventuell von einem vom Richter festzusetzenden Zeitpunkt an, bis zur Fertigstellung und normalen Steuereinschätzung derselben nach Art. 5 des Konzessionsvertrages hierfür ein steuerpflichtiges Steuerkapital von 1 ½ Millionen Franken, eventuell nach richterlichem Ermessen, anzuerkennen, subeventuell sei der der jährlichen Steuerleistung entsprechende und vom Richter festzusetzende Betrag als Schadenersatz zu leisten, allereventuellst bleibe den kantonalen Behörden das Recht gewährt, von sich aus das kantonale Steuergesetz zur Anwendung zu bringen. »

Hinsichtlich der Dauer der Konzession und der Berechnung des Wasserzinses geht die Klagebegründung dahin: In Art. 24 bis Abs. 8 der BV sei die Bundesgesetzgebung für alle seit dem 25. Oktober 1908 erteilten

Wasserrechtskonzessionen vorbehalten; darunter falle die Konzession vom 6. Juni 1914 in ihrer Gesamtheit; da die Konzessionsbestimmungen betreffend die Konzessionsdauer und die Berechnung des Wasserzinses zwingenden Vorschriften des Bundesgesetzes, Art. 58 und Art. 51 in Verbindung mit Art. 23 der Verordnung des Bundesrates über die Berechnung des Wasserzinses widersprechen, seien sie damit in Einklang zu bringen. Für die Verkürzung der Dauer der Konzession sei eine Entschädigung nicht vorgesehen; von einem wohlverworbenen Rechte könne nicht gesprochen werden, weil die Konzessionärin beim Konzessionsabschluss den Vorbehalt von Art. 24 bis Abs. 8 BV gekannt habe. Was die Art der Berechnung des Wasserzinses betrifft, so sei, nachdem feststehe, dass die bundesrechtliche Berechnungsweise angewendet werden müsse, das beklagte Werk zu verhalten, mit dem Kläger über die Neuberechnung zu verhandeln; sollte eine Einigung nicht zustandekommen oder das Werk sich mit dem vom Regierungsrat festgesetzten neuen Wasserzins nicht einverstanden erklären, so werde in einem späteren Verfahren zu untersuchen sein, ob und wie Art. 51 BG anwendbar sein werde; der Kläger habe ein Interesse an der begehrten Feststellung, da das Werk statt geforderter 24,400 Fr. nur 22,600 Fr. anerkenne. Der Verzug in der Ausführung der konzidierten Anlage bewirke, dass für die nicht ausgeführten Bauten die Steuerpflicht nach Art. 5 der Konzession bestehe oder doch wenigstens eine der Steuerleistung entsprechende Schadenersatzpflicht, nach Analogie von Art. 97 OR; die Nichtausführung sei nicht auf höhere Gewalt zurückzuführen.

C. — Das beklagte Elektrizitätswerk hat in der Antwort beantragt, auf die Klagebegehren 1 bis 3 sei wegen Unzuständigkeit des Bundesgerichts nicht einzutreten, eventuell seien diese Begehren wie auch die Rechtsbegehren 4 und 5 der Klage abzuweisen. Es wird zunächst in tatsächlicher Beziehung behauptet: der Verlängerung

der Konzessionsdauer von 60 auf 100 Jahre stünden höhere Leistungen des beklagten Werkes gegenüber, nämlich die einmalige Konzessionsgebühr von 10,000 Fr. Art. 21, die zeitliche Verlängerung der Stromlieferungspflicht nach Kerns und die eventuelle Festsetzung einer Loskaufsumme von 35,000 Fr., Art. 10, die unbeschränkte Fortdauer der Stromlieferungspflicht nach Engelberg zu den bisherigen, für die Beklagte ungünstigen Bedingungen, Art. 16, die Erhöhung des Wasserzinses auf 12,400 Fr. für sofort und später, Art. 17 der Konzession; der Kläger habe seit dem Inkrafttreten der neuen Konzession an Wasserzinsen bezogen:

1919	Fr. 12,458.35	statt Fr. 8000	} nach der Konzession von 1901.
1920	„ 17,500.—	„ „ 8000	
1921	„ 23,000.—	„ „ 8000	
1922	„ 23,000.—	„ „ 10000	

Allerdings seien in der neuen Konzession einige neue Befugnisse hinzugekommen, so betreffend den Obwaldner Anteil am Trübenbach und die Zuleitung der Engelberger Aa, die aber im Winter fast vollständig eingehe und nur zur Erzeugung beschränkt verkäuflicher Sommer-Energie verwendet werden könne. Diese neuen Berechtigungen vermöchten jedoch nur zu einem geringen Teile die Erhöhung des Wasserzinses zu rechtfertigen. Bei der Berechnung des letzteren handle es sich um unbedeutende Differenzen.

Der Nichteintretensschluss wird damit begründet, dass es sich bei den betreffenden Begehren (1 bis 3), weil sie auf eine Aufhebung oder Schwämmerung konzessionsmässiger Rechte der Beklagten gingen, nicht um einen Streit im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Konzession und Art. 71 WRG handle und hiefür nach Art. 43 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte der Bundesrat zuständig wäre, falls überhaupt eine Verleihung im Sinne des Bundesgesetzes vorläge. Aus den rechtlichen Ausführungen zur Sache selbst ist hervorzuheben: Die Konzession von 1914 beziehe sich auf Gewässer, die im Eigen-

tum der Beklagten stünden, mit Ausnahme der Engelberger Aa, die ein öffentliches Gewässer sei. Bei jenen Gewässern könne es sich nach Art. 27 und 33 des Wasserbaupolizeigesetzes von Obwalden nicht um eine Verleihung handeln, sondern nur um eine polizeiliche Erlaubnis. Die Verleihung im Sinne des dritten Abschnittes des eidg. Wasserrechtsgesetzes setze aber die volle Dispositionsbefugnis der verleihenden Behörde über eine Wasserkraft voraus, Art. 43 und 17 ff. *l. c.*, Urteil des Bundesgerichts i. S. Meyenberg gegen Zug vom 23. Dez. 1922. Auf die Wasserkräfte des Erlenbaches und des Trübsees fänden daher die Bestimmungen der Art. 58 und 51 des Bundesgesetzes keine Anwendung. Und die Engelberger Aa sei nicht geeignet, selbständig Gegenstand einer Wasserrechtsverleihung zu werden. Die Konzession sei ein vertragsähnliches Verhältnis, wie der Kläger denn auch selber von einem Konzessionsvertrage rede. Es gehe nicht an, einzelne Bestimmungen als ungültig zu erklären, unbekümmert um die Vertragstreue und die auf Grund der Konzession dem Konzessionär obliegenden Leistungen. Etwas derartiges könne nicht im Willen des eidgenössischen Gesetzes liegen. In der Tat sei eine Rückwirkung im Sinne der Klage ausgeschlossen: Art. 24 bis Abs. 8 BV, der die Grundlage des Wasserrechtsgesetzes bilde, schreibe nur vor, dass in den Wasserrechtskonzessionen die künftige Bundesgesetzgebung vorzubehalten sei. Diesen Vorbehalt enthalte die Konzession von 1914 nicht. Wäre er aufgenommen worden, so hätte das Werk die Konzession auch nur mit entsprechenden Vorbehalten angenommen. Die vorbehaltlos erteilte Konzession könne nicht einer mit Vorbehalt erteilten gleichgestellt werden. Sie habe der Beklagten wohlervorbene Rechte verschafft, die nur auf dem in Art. 43 des Bundesgesetzes vorgesehenen Wege beseitigt werden könnten. Überdies habe der Regierungsrat von Obwalden auch noch nach Inkrafttreten des Bundesgesetzes die Konzessionsdauer von 100 Jahren bestätigt,

insbesondere im Beschluss vom 10. April 1918. Sollte dem Kläger das Recht zugestanden werden, die Dauer zu verkürzen, so müssten gleichzeitig die konzessionsmässigen Gegenleistungen entsprechend herabgesetzt werden, was in einem besonderen Verfahren zu geschehen hätte. Was den Wasserzins betrifft, so enthielten die eidgenössischen Bestimmungen nur Maximalsätze, und gäben den Kantonsregierungen keineswegs das Recht, die konzessionsgemäss vereinbarten Wasserzinse hierauf zu erhöhen. Eventuell wären die betreffenden Bestimmungen nur auf die neu hinzugekommenen Wasserkräfte anwendbar. Durch die Bewilligung des Provisoriums vom 14. August 1917 habe der Kläger auf die Erstellung einer Druckleitung verzichtet, die nur für die in Aussicht genommene Zentrale in Engelberg hätte dienen können; für die Erstellung der letzteren aber sei in der Konzession keine Frist gesetzt, das Provisorium dauere daher so lange, bis diese erstellt sei. Hätte aber auch eine solche Frist bestanden und wäre sie von der Beklagten nicht innegehalten worden, so habe man es dabei nicht mit einer Verpflichtung der Konzessionärin, sondern mit einer Bedingung zu tun. Die Konzessionsbehörde könnte höchstens die Konzession für verwirkt erklären, wenn letztere dies vorsehe.

*D.* — In der Replik wird bestritten, dass die Erhöhung des Wasserzinses in der Konzession von 1914 mit der Verlängerung der Dauer zusammenhänge; die beiden Berechnungen könnten überhaupt nicht mit einander verglichen werden; da neue Kraft hinzugekommen sei, ergebe wahrscheinlich die Konzession von 1914 gegenüber derjenigen von 1901 objektiv einen niedrigeren Einheitspreis für die ausnützbare Wasserkraft. Auch sei nicht richtig, dass die Engelberger Aa nur beschränkt verkäufliche Sommer-Energie liefere. Bezüglich der Dauer der Konzession frage es sich gerade, ob wohlervorbene Rechte vorliegen. Das habe das Bundesgericht zu entscheiden, und Art. 43 WRG treffe nicht zu. Das gleiche

gelte für die Berechnung des Wasserzinses. Hier frage es sich, ob nicht auch der Bundesrat einschreiten könne gemäss Art. 12 BG. Immer aber sei es Sache des Richters festzustellen, wie die alten Konzessionsbestimmungen dem neuen Rechte anzupassen seien. Materiell wird vorgebracht: darauf, dass der Erlenbach und der Trübenbach Privatgewässer seien, letzterer übrigens ein durch Kantonsratsbeschluss vom 27. Januar 1913 unter öffentliche Aufsicht gestelltes Gewässer, komme nichts an. Denn beide flössen in die Engelberger Aa oberhalb der Stelle, wo sich die Kraftzentrale befinde; da wo sie ausgenützt werden, seien sie deshalb Bestandteil eines öffentlichen Gewässers. Für diese Ausnützung bedürfe es einer eigentlichen Verleihung. Art. 24 bis Abs. 8 BV sei zwingendes Recht und gelte unabhängig davon, ob der Vorbehalt der Bundesgesetzgebung in eine Konzession aufgenommen worden sei oder nicht. Auf der kantonalen Wasserhoheit habe eben seit 1918 eine Art Bundesgesetzgebungshypothek gelastet, und die kantonalen Behörden hätten daher nicht vorbehaltlos über ihre Gewässer verfügen können. Bei den späteren Beschlüssen, aus denen die Beklagte eine Anerkennung der Konzessionsdauer von 100 Jahren und einen Verzicht auf das Recht, deren Herabsetzung zu verlangen, herleite, sei die Frage der Konzessionsdauer nicht untersucht worden. Übrigens handle es sich eben um zwingende, nicht verzichtbare Vorschriften. Auf eine Reduktion des Wasserzinses sei in diesem Verfahren nicht einzutreten, wie denn auch die Beklagte kein bezügliches Begehren stelle. Die Umrechnung des Wasserzinses komme der Verleihungsbehörde zu. Die Beklagte möge dann den Beschluss beim zuständigen Richter anfechten. Die Zuleitung des Trübeewassers nach Engelberg bilde nicht ein Teilstück der dortigen Zentrale, und die Bewilligung des Provisoriums habe an der Verpflichtung zur Erstellung der Druckleitung nichts geändert. In Frage stehe eine wirkliche Verleihung, die eine Einheit bilde. Die Verpflichtung in Art. 9 Abs. 2

sei ein Bestandteil derselben und müsse nach Annahme der Konzession erfüllt werden. Es könne auch nicht auf einen Teil der Konzession verzichtet werden.

E. — Die Duplik verweist zum Beweise für den beschränkten Nutzungswert der Engelberger Aa auf das Expertengutachten, das im erledigten Prozess der gleichen Parteien über die Benutzung des Grundwassers vom Bundesgericht erhoben wurde. Zur Unzuständigkeitsrede wird daran festgehalten, dass weder Art. 4 Abs. 2 der Konzession noch Art. 71 WRG zutreffe. Das Bundesgericht habe auf Grund dieser Bestimmungen nur über Rechte und Pflichten aus der Konzession zu entscheiden, wie sie erteilt wurde. Wollte man sich mit Bezug auf die Frage, ob öffentliches oder Privatgewässer, auf den Standpunkt des Klägers stellen, so ergebe sich aus Art. 1 des kantonalen Wasserbaupolizeigesetzes, wonach die Aa von zu hinterst in den Eyen bis zum Schwibbogen bei der Wegmatt öffentliches Gewässer sei, dass sie, da wo das Gefälle beginne, nicht mehr diese Eigenschaft habe. Der Erlenbach sei im Jahre 1901 nicht als öffentliches Gewässer angesehen worden, als er noch ein Nebenfluss der Aa war. Umsoweniger könne ihm jener Charakter heute zugebilligt werden, nachdem er zu einer wasserrechtlichen Sonderexistenz gelangt sei. Ähnlich verhalte es sich mit dem Trübenbach. Über diese Gewässer habe der Kanton Obwalden im Jahre 1914 nicht das Verfügungsrecht besessen; deshalb liege in dieser Beziehung keine Verleihung im Sinne des Bundesgesetzes vor. Die Zuleitung der Aa aber sei nebensächlich gewesen. Höchstens inbezug auf sie könnte eventuell eine Anpassung an das eidgenössische Recht in Frage kommen, wenn ihr nicht der mangelnde Vorbehalt in der Konzession entgegenstände. Und auch hier könnte es sich nur um die Anwendung von Art. 58, nicht der Art. 49 ff. WRG handeln, weil es nicht möglich sei, aus dem Betrage des konzessionsmässigen Wasserzinses den Anteil der Aa-Zuleitung auszuschneiden, und weil Art. 49 zu Gunsten der Elektri-



zitätswerke ein Maximum des Wasserzinses festsetzte und die folgenden Artikel vorschrieben, wie zu rechnen sei, um zu bestimmen, ob es überschritten sei, während vorliegend das Maximum und dessen Berechnung keine Rolle spielten. Endlich wird dem Kläger neuerdings die Befugnis bestritten, die Erstellung der Druckleitung zu verlangen. Aus einer baupolizeilichen Bewilligung könne eine solche Verpflichtung nicht hergeleitet werden. Bestünde sie, so wäre die Geltendmachung im vorliegenden Falle ein offenkundiger Rechtsmissbrauch.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

I. Inbezug auf die Klagebegehren 4 u. 5:

1. — Die Zuständigkeit des Bundesgerichts zur Beurteilung dieser Begehren wird von der Beklagten nicht bestritten. Sie ergibt sich, weil dabei zweifellos ein Streit über Rechte und Pflichten der Parteien aus dem Konzessionsakte vom 6./15. Juni 1914 in Frage steht, ohne dass dafür Art. 71 WRG herangezogen zu werden brauchte, schon aus Art. 4 Abs. 2 jener Konzession, der eine im Hinblick auf Art. 52 Ziff. 1 OG zulässige Proportionsabrede enthält.

2. — Dagegen ist auf das Begehren 4 aus einem anderen Grunde nicht einzutreten. Soweit damit festgestellt werden soll, dass die Beklagte die ihr nach Art. 9 Abs. 2 der Konzession obliegende Pflicht nicht erfüllt habe, ist es zwecklos und gar nicht bestritten, da klar zu Tage liegt, dass die Vollendungsfrist für die fraglichen Bauten, die bis zum 10. April 1920 erstreckt wurde, nicht eingehalten worden ist. Einen sogenannten Verzug der Beklagten festzustellen aber hätte nur Sinn im Hinblick auf die Folgen, die sich aus der Nichterfüllung der Verpflichtung ergeben sollen. Würde der Kläger daraus das Erlöschen der Konzession oder die Befugnis der Konzessionsbehörde herleiten, sie zu widerrufen oder als verwirkt zu erklären, so wäre auf Grund der allgemeinen Regeln des Konzessionsrechts und des Art. 22

litt. e der Konzession im besonderen zu prüfen, ob solche Folgen an die Nichterfüllung geknüpft werden können. Das verlangt aber der Kläger nicht, sondern er will den Verzug festgestellt wissen, um darauf Schadenersatzansprüche an die Beklagte zu stützen, wie sich aus dem Rechtsbegehren 5 der Klage ergibt : insofern kommt das Begehren 4 nur als Motiv für das folgende Begehren in Betracht und bedarf einer selbständigen Betrachtung und Beurteilung nicht, womit auch die Fragen, ob die Nichterfüllung auf höhere Gewalt zurückzuführen sei, und welchen Einfluss auf die Verpflichtung aus Art. 9 Abs. 2 der Konzession die Bewilligung der provisorischen oberirdischen Zuleitung des Trübenbaches in den Sammelweiher in Engelberg hatte, als blosse Präjudizialpunkte für die geltend gemachten Folgen des sogenannten Verzuges aus der Erörterung ausscheiden.

3. — Ähnlich verhält es sich mit dem Begehren 5 a, die Beklagte sei grundsätzlich pflichtig zu erklären, die in Art. 9 Abs. 2 der Konzession vorgesehenen Bauten vom Tage der Erstellung an gemäss Art. 5 der Konzession zu versteuern. Es ist nicht ersichtlich, welchen Sinn und Zweck es haben soll, schon heute die Steuerpflicht noch nicht erstellter Bauten festzustellen, zumal über diese Pflicht **g r u n d s ä t z l i c h** — und nur darüber wird ein Ausspruch verlangt — nach Art. 5 der Konzession kaum ein Streit entstehen kann.

4. — Das Klagebegehren 5 b ist materiell abzuweisen. Mit dem Antrage, die Beklagte sei für die nicht erstellten Bauten vom 10. April 1920 an mit einem Steuerkapital von 1 ½ Millionen Franken, eventuell einem nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Kapital steuerpflichtig zu erklären, wird etwas steuerrechtlich Unmögliches verlangt, da die Besteuerung von nicht vorhandenen Vermögenswerten, deshalb weil der Pflichtige unterlassen habe sie zu schaffen, schlechterdings ausgeschlossen ist. Aus der Konzession lässt sich etwas derartiges nicht herleiten und zudem wäre ein solcher Anspruch

auch nicht in diesem Verfahren geltend zu machen. In diesem kann vielmehr nur eine Schadenersatzpflicht in der Höhe des Steuerbetrages in Frage kommen, daraus hergeleitet, dass die Steuerleistung dem Kanton Obwalden wegen der Nichterstellung der Bauten entgehe. Allein im öffentlichen Recht löst sich die Verpflichtung zu einem Tun bei Nichterfüllung nicht ohne weiteres in eine solche zu Schadenersatz auf, sondern jedenfalls nur da, wo dies vorgesehen ist oder sich aus der besonderen Natur des betreffenden Verhältnisses ergibt. Bei Wasserrechtskonzessionen ist es nicht undenkbar, dass an die Nichterfüllung von Verpflichtungen des Konzessionärs eine Schadenersatzpflicht gegenüber dem Konzedenten geknüpft werde. Es müsste dies aber jedenfalls besonders vorgesehen sein, was hier nicht zutrifft. Wo eine solche Bestimmung fehlt, bleibt es bei der natürlichen Folge der Nichtbeachtung der Konzessionsbestimmungen, dem Erlöschen oder Widerruf der Konzession. Ob und welche dieser Folgen hier allenfalls aus der Nichterfüllung von Art. 9 Abs. 2 der Konzession hergeleitet werden können, ist nicht zu untersuchen, weil sich der Kläger nicht auf diesen Boden stellt. Es braucht deshalb auch nicht erörtert zu werden, ob man es bei jener Bestimmung mit einer Bedingung der Konzession oder einer Auflage an den Konzessionär zu tun habe. Diejenige Folge aber, die die Klage an die Nichterfüllung knüpfen will, der Schadenersatzanspruch für entgangene Steuern, ist als völlig unbegründet abzulehnen. Es besteht auch kein Anlass, dem Regierungsrat von Obwalden « die Anwendung des kantonalen Steuergesetzes » auf die nicht erstellten Bauten vorzubehalten. Dem Regierungsrat steht es auch sonst frei, den Versuch einer solchen Besteuerung zu unternehmen.

## II. Inbezug auf die Klagebegehren 1 bis 3:

1. — Ob die Zuständigkeit des Bundesgerichts auch für diesen Teil der Klage schon aus Art. 4 Abs. 2 der Konzession vom 6./15. Juni 1914 folgen würde, kann

dahingestellt bleiben, weil sie sich jedenfalls aus einem anderen Grunde aus Art. 52 Ziff. 1 OG in Verbindung mit Art. 71 Abs. 1 WRG ergibt. Freilich weist die letztere Vorschrift die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Beliehenen und Verleihungsbehörde über die aus dem Verleihungsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten, wenn nicht eine von mehreren Kantonen oder vom Bundesrat erteilte Verleihung in Frage steht, « in erster Instanz der zuständigen kantonalen Gerichtsbehörde » zu, deren Entscheid dann an das Bundesgericht als Staatsgerichtshof weitergezogen werden kann. Doch ist diese Ordnung, wie schon im Urteil i. S. Elektrizitätswerk Olten-Aarburg gegen Solothurn vom 15. Juli 1922 (AS 48 I S. 211 Erw. 7) ausgesprochen wurde, keine zwingende in dem Sinne, dass die Parteien nicht auf Grund von Art. 52 Ziff. 1 OG das Bundesgericht als erste und einzige Instanz anrufen könnten, was nicht nur durch eine vorhergehende ausdrückliche Gerichtsstandsvereinbarung, sondern auch dadurch geschehen kann, dass der Beklagte auf die beim Bundesgericht angehobene Klage sich dessen Gerichtsbarkeit unterwirft. Im vorliegenden Falle hat nun die Beklagte die Zuständigkeit des Bundesgerichts, soweit dafür Art. 71 WRG in Betracht kommt, ausschliesslich deshalb bestritten, weil keine Verleihung und kein Streit über die aus dem Verleihungsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten im Sinne dieser Vorschrift vorliege. Dagegen hat sie nicht etwa verlangt, dass falls diese beiden Erfordernisse als erfüllt betrachtet werden sollten, der Kläger mit den betreffenden Begehren zunächst an den kantonalen Richter gewiesen werde. Es darf daraus geschlossen werden, dass sie unter jener Voraussetzung mit der Beurteilung durch das Bundesgericht als einzige Instanz einverstanden ist, worin eine zwar bedingte, von der vorhergehenden Feststellung gewisser prozessualer Erfordernisse abhängig gemachte, aber deshalb nicht minder giltige und hinreichende Prorogationserklärung liegt.

Als Streit zwischen Beliehenen und Verleihungsbehörde über die aus dem Verleihungsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten nach Art. 71 WRG erscheinen nun aber entgegen der Auffassung der Beklagten nicht nur Meinungsverschiedenheiten über die Anwendung und Auslegung einer Konzessionsbestimmung. Es fallen darunter alle Anstände, die sich aus den durch die Verleihung geschaffenen, das Wassernutzungsrecht beschlagenden Beziehungen zwischen dem Beliehenen und der Verleihungsbehörde ergeben. Denn das « Verleihungsverhältnis » wird nicht allein durch die Bestimmungen des Verleihungsaktes, sondern auch durch die darauf bezüglichen Normen der allgemeinen Rechtsordnung des Bundes und der Kantone beherrscht. Es würde dem Wortlaut und Zweck des Art. 71 widersprechen, von der darin enthaltenen Gewährleistung einer unabhängigen Entscheidungsbehörde Streitigkeiten auszunehmen, die sich über die Anwendung und Auslegung derartiger das Verhältnis mitbeherrschender allgemeiner Normen des Konzessionsrechts oder über die Frage erheben, ob eine Verleihung damit im Einklang stehe und ob die allgemeine oder die besondere Norm vorgehe. In jenem weiteren Sinne ist die Vorschrift denn auch schon in zwei früheren Fällen aufgefasst worden (AS 48 I S. 197 ff.; 49 I S. 160 ff.; wo es sich um die Auslegung ergänzender kantonalesetzlicher Vorschriften über die periodische Neubestimmung des Wasserzinses, bzw. um die Anfechtung einer konzessionsmässigen Wasserzinsauflage für eine bestimmte Periode wegen Widerspruchs zu Art. 50 Abs. 1 WRG handelte). Die Beklagte verweist demgegenüber zu Unrecht auf Art. 43 Abs. 3 WRG, wonach über die Berechtigung zur Zurückziehung oder Schmälerung des verliehenen Wasserrechts aus Gründen des öffentlichen Wohls im Sinne von Abs. 2 desselben Artikels gegen die hier vorgesehene volle Entschädigung der Bundesrat entscheidet. Denn im vorliegenden Fall beansprucht der Konzedent nicht, dem Konzessionär seine konzessionsmässigen Rechte aus Gründen des öffentlichen Wohles,

die ausserhalb des Konzessionsverhältnisses selbst liegen, ganz oder teilweise zu entziehen — welchen Fall Art. 43 Abs. 2 und 3 allein im Auge hat — sondern er stützt das Verlangen um Abänderung des Konzessionsaktes auf inzwischen in Kraft getretene Vorschriften des eidg. Konzessionsrechts, die das Verhältnis zwischen den Parteien zwingend und mit rückwirkender Kraft anders ordneten, als es von ihnen ursprünglich bestimmt worden war, und nur über diesen Anspruch ist zu entscheiden. Danach hat man es aber, sofern überhaupt eine Verleihung im Sinne von Art. 71 WRG vorliegt, unzweifelhaft mit einem Streite über die daraus entspringenden Rechte und Pflichten in der oben umschriebenen Bedeutung, über den Umfang der konzessionsmässigen Rechte zu tun, der deshalb jedenfalls soweit in die Zuständigkeit des Bundesgerichts fällt, als es sich um die Entscheidung der grundsätzlichen Frage handelt, ob die Beklagte an sich verpflichtet sei, zu der verlangten Abänderung der betreffenden Konzessionsbestimmungen und ihrer Anpassung an das eidg. Recht — ohne oder gegen eine Gegenleistung — Hand zu bieten. Wie es sich verhielte, wenn die materielle Prüfung der darauf gerichteten Begehren zu dem Schlusse führen sollte, dass eine solche Abänderung wenigstens hinsichtlich der Konzessionsdauer der Beklagten nicht unabhängig vom übrigen Konzessionsinhalte, sondern nur gegen entsprechende Erleichterungen in ihren konzessionsmässigen Pflichten zugemutet werden könnte, d. h. ob auch diese weitergehende Anpassung nach Art. 71 vom Richter vorzunehmen wäre oder ob nicht insoweit, weil darin im Grunde die Erteilung einer neuen Konzession liegen würde, mangels einer Verständigung die Administrativbehörde, der Bundesrat als zuständig zu erachten wäre, kann offen gelassen werden, weil die Frage bei der materiellen Lösung, welche nach den nachstehenden Erwägungen dem Streite gegeben werden muss, nicht praktisch wird.

Der Charakter des Konzessionsaktes vom 6./15. Juni

1914 als Verleihung im Sinne des Bundesrechts aber kann von vorneherein insoweit nicht bestritten werden, als er sich auf die Benutzung der Engelberger Aa bezieht. Sie gehört für die Strecke « von zu hinterst in der Eyen bis zum Schwibbogen an der Wegmatt » zu den in Art. 1 des kantonalen Gesetzes betr. Wasserpolizei, Wasserrechte, Gewässerkorrekturen und Enteignungswesen vom 9. April 1877 namentlich aufgezählten öffentlichen Gewässern, womit nicht nur ein wasserpolizeiliches Aufsichtsrecht, sondern auch das Recht des Staates zur Verfügung über die Benutzung verbunden ist, wie aus der zitierten Vorschrift und aus Art. 2 Abs. 3 ebenda unzweideutig hervorgeht. Die Beklagte weist zwar in der Duplik darauf hin, dass die Aufnahme unter die öffentlichen Gewässer sich auf die in Art. 1 des kantonalen Gesetzes besonders bezeichnete Strecke beschränke, sodass nach der klägerischen Begriffsbestimmung auch die Aa mit Bezug auf die erteilte Konzession nicht als solches anzusehen wäre. Da aber in der Antwort ausdrücklich zugegeben wird, dass die Engelberger Aa ein öffentliches Gewässer sei, so ist jener Bemerkung nur die Bedeutung eines Arguments gegen die vom Kläger hinsichtlich der Verhältnisse am Erlenbach und Trübenbach vertretene Auffassung beizumessen, wonach es für die Abgrenzung zwischen eigentlicher Verleihung und blosser Polizeierlaubnis (im Sinne von Art. 17 WRG) nicht sowohl auf den Ort der Wasserentnahme, als darauf ankäme, wo das Gefälle des entnommenen Wassers ausgenutzt wird. Die Beklagte hat denn auch beigefügt, sie wolle den Kläger bei den bezüglichen Ausführungen nicht behaften, und wiederholt erklärt, die Aa habe da, wo ihr das Wasser entnommen werden soll, den Charakter eines öffentlichen Gewässers. Der Trübenbach sodann ist nach der nicht bestrittenen Behauptung der Replik durch Kantonsratsbeschluss vom 27. Januar 1913 (Landbuch Bd. 5 S. 158) im Sinne von Art. 1 Abs. 2 und 47 des kantonalen Wassergesetzes « unter öffentliche Aufsicht »

gestellt worden, was im Hinblick auf Abs. 2 des letzteren Artikels (« für die unter öffentliche Aufsicht gestellten Privatgewässer gelten soweit immer tunlich die Bestimmungen, wie solche in vorwürfiges Gesetz bezüglich der öffentlichen Gewässer sich eingeschrieben finden ») wohl auch die Gleichstellung mit den letzteren hinsichtlich der Benutzung nach sich zieht. Auf alle Fälle aber ist das Vorliegen einer Verleihung im Sinne von Art. 71 WRG auch für dieses Gewässer und den Erlenbach aus einem anderen Grunde anzunehmen. Nach Art. 1 Abs. 2 eidg. WRG gelten als öffentliche Gewässer im Sinne dieses Gesetzes, bei denen es für die Benutzung der Wasserkraft nach Art. 3 ebenda einer Verleihung durch das verfügungsberechtigte Gemeinwesen im Gegensatz zu der blossen polizeilichen Erlaubnis des Art. 17 bedarf, auch solche Gewässer, die zwar im Privateigentum stehen, die aber von den Kantonen hinsichtlich der durch die Vorschriften des WRG betroffenen Nutzungsart, nämlich der Nutzbarmachung der mechanischen (Trieb-) Kraft des Wassers den öffentlichen Gewässern gleichgestellt werden. Nun erklärt allerdings Art. 27 des obwaldnischen Wassergesetzes « Privatflüsse und Bäche mit Inbegriff des vorhandenen Gefälles, als Zubehör der Grundstücke, zwischen welchen oder durch welche sie hindurchfliessen, nach Massgabe der Uferlänge eines Grundstückes », unter der Beschränkung, dass « der Ufereigentümer das Wasser nur mit Rücksicht auf die Rechte der übrigen Ufereigentümer und der sonstigen Wasserberechtigten benutzen darf. » Allein andererseits stellen die Art. 37 ff. des Gesetzes für Stauvorrichtungen und andere Wasserwerkanlagen, die auf den Verbrauch des Wassers oder auf die Höhe des Oberwassers Einfluss haben, bei öffentlichen und privaten Gewässern in gleicher Weise den Konzessionszwang auf und machen auch in bezug auf die Erteilung der Konzession für solche Anlagen zwischen beiden Arten von Gewässern keinen Unterschied, mit der einzigen Ausnahme, dass die Er-

hebung eines Wasserzinses in Art. 46 nur für Ableitungen aus öffentlichen oder unter öffentliche Aufsicht gestelltem Wasser vorgesehen wurde. Auch diese Ausnahme ist seit her durch das Ergänzungsgesetz vom 28. April 1907 (Landbuch 4 S. 249) in der Hauptsache beseitigt worden, indem die Wasserzinspflicht auch für die Wasserwerkanlagen an Privatgewässern vorgesehen wurde, soweit deren Kraft nicht im Kanton Verwendung findet. Art. 42 des Gesetzes von 1877 aber weist den Regierungsrat ausdrücklich an, bei dem Entscheide über die Erteilung der Konzession darauf zu achten, dass eine allfällige weitere Benutzung des Gewässers möglichst wenig erschwert werde, woraus das Bundesgericht schon im Urteil i. S. Läubli vom 20. März 1907 (AS 33 I S. 153 ff.) die Befugnis des Regierungsrates hergeleitet hat, die Konzession auch für Wasserwerkanlagen an einem Privatgewässer zu verweigern, wenn die Bewilligung mit jener Rücksicht unvereinbar wäre, wie es im Hinblick darauf und auf die einheitliche Ordnung der Konzessionierung für Privat- und öffentliche Gewässer im allgemeinen damals ferner für zulässig erachtet hat, auch bei den ersteren nicht nur zu Wahrung der wasserbaupolizeilichen, sondern auch solcher allgemein wasserwirtschaftlicher Interessen an die Konzession gewisse Beschränkungen, wie die Befristung auf bestimmte Zeit und den Vorbehalt des Widerrufs bei gröblicher Verletzung der Konzessionsbestimmungen oder Nichtausübung während längerer Zeit zu knüpfen. Selbst wenn die Gleichstellung der privaten mit den öffentlichen Gewässern hinsichtlich der Nutzbarmachung der Wasserkraft nach obwaldnischem Recht keine absolute, überall durchgreifende sein sollte, so steht danach doch fest, dass die konzessionierende Behörde die Konzession von Auflagen und Bedingungen abhängig machen kann, die über eine blosser Polizeierlaubnis nach Art. 17 des eidg. WRG erheblich hinausgehen, m. a. W. dass mit dem Eigentum am Gewässer oder dem Erwerbe einer Nutzungsbefugnis daran vom

Eigentümer das Recht zur Ausnutzung der Wasserkraft auch selbst bei Erfüllung der hier vorbehaltenen Voraussetzungen noch nicht ohne weiteres gegeben ist, vielmehr es dazu noch eines ergänzenden, nicht bloss feststellenden, sondern konstitutiven, rechtsbegründenden Verwaltungsaktes bedarf. Von dieser Möglichkeit hat denn auch der Regierungsrat von Obwalden gerade im heute streitigen Konzessionsakte vom 6./15. Juni 1914 weitgehenden und reichlichen Gebrauch gemacht, ohne dass die Beklagte den Standpunkt eingenommen und rechtlich verfochten hätte, dass darin ein die Kompetenzen des Staates überschreitender unzulässiger Eingriff in die ihr auf Grund von Art. 27 des kant. Wassergesetzes zustehenden privaten Wasserrechte liege. Danach muss aber auch der Streit über die durch eine solche « Konzession » begründeten Rechte und Pflichten als ein solcher aus einem « Verleihungsverhältnis » im Sinne von Art. 71 WRG und die Zuständigkeit des Bundesgerichts dafür in dem oben umschriebenen Rahmen als gegeben angesehen werden, selbst wenn sie beim Vorliegen einer blossen (Polizei-) Erlaubnis im Sinne von Art. 17 ebenda nicht begründet wäre. Es kann deshalb unerörtert bleiben, ob nicht die fragliche Kompetenznorm trotz des engeren Wortlauts nach dem Zweckgedanken richtigerweise auch auf Streitigkeiten über Ansinnen zu beziehen wäre, die an den Wasserwerkinhaber auf Grund des Erlaubniszwangs des Art. 17 nachträglich gestellt werden, wenigstens soweit es den grundsätzlichen Einwand betrifft, dass es sich um Auflagen handle, die nicht schon auf Grund dieses Erlaubniszwangs, sondern nur beim Vorliegen einer eigentlichen Verleihung im Sinne von Art. 3, 38 ff. WRG zulässig wären.

2. — Materiell erweisen sich zunächst die Klagebegehren 2 und 3 ohne weiteres als unbegründet. Nach Art. 24 bis Abs. 5 und 6 BV gehören die Gebühren und Abgaben für die Benutzung der Wasserkräfte den Kantonen oder den nach der kantonalen Gesetzgebung Be-

rechtigten und werden, soweit nicht ausnahmsweise die Erteilung der Konzession auf Grund des Abs. 4 vom Bunde ausgeht, von den Kantonen innert den durch die Bundesgesetzgebung zu bestimmenden Schranken festgesetzt. Dementsprechend bestimmt denn auch Art. 48 Abs. 1 WRG, dass « die Verleihungsbehörde nach Massgabe des kantonalen Rechts die Leistungen und Bedingungen festsetze, gegen die dem Beliehenen das Nutzungsrecht erteilt wird, wie Gebühren, Wasserzins, Abgabe von Wasser oder Kraft, Verleihungsdauer, Bestimmungen über Strompreise, Beteiligung des Gemeinwesens am Gewinn, Heimfall der Verleihung und Rückkauf ». Das kantonale Recht ist es demnach grundsätzlich ausschliesslich, nach dem sich die Zulässigkeit solcher Auflagen überhaupt und ihres Umfangs bestimmt. Das WRG greift darein entsprechend der Umschreibung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes in Art. 24 bis BV und ihrem Zwecke — die Nutzbarmachung der Wasserkräfte zu fördern — nur durch die Aufstellung von Höchstschränken ein, indem es einerseits in Art. 48 Abs. 2 und 3 vorschreibt, dass « diese Leistungen in ihrer Gesamtheit die Ausnutzung der Wasserkräfte nicht wesentlich erschweren dürfen » und den Bundesrat ermächtigt, wo dies der Fall sein würde, « die Leistungen zu bestimmen, die dem Bewerber über den Wasserzins und die Gebühren hinaus höchstens auferlegt werden dürfen », andererseits in Art. 49 verfügt, dass der Wasserzins zusammen mit einer eventuellen besonderen Wasserwerk- oder Wasserkraftsteuer « jährlich 6 Fr. für die Bruttoperferdekraft (75 Meterkilogramm in der Sekunde) nicht übersteigen dürfe ». Dazu tritt als weitere Beschränkung das Verbot der Erhebung von Wasserzinsen während der für den Bau bewilligten Frist und das Recht des Beliehenen für die ersten sechs Jahre nach Ablauf der Baufrist eine Herabsetzung des Zinses « im jeweiligen Verhältnis der wirklich ausgenutzten zu verliehenen Wasserkraft » zu verlangen (Art. 50). In diesem Zusam-

menhang ist auch der vom Kläger angerufene Art. 51 auszulegen, « wonach die für die Berechnung des Wasserzinses massgebende Bruttokraft die aus den nutzbaren Gefällen und Wassermengen (beide Begriffe in dem in Abs. 2 und 3 des Artikels umschriebenen Sinne verstanden) berechnete mittlere mechanische Bruttoleistung des Wassers ist ». Es liegt darin nichts weiteres als eine nähere Definition des in Art. 49 für die Bestimmung des zulässigen Höchstsatzes des Wasserzinses verwendeten Begriffes der Bruttoperferdekraft. Selbst wenn und insofern die Vorschrift rückwirkende Geltung auch für das vorliegende Konzessionsverhältnis beizumessen wäre, obwohl der Konzessionsakt einen Vorbehalt der künftigen Bundesgesetzgebung nicht enthält, so würde daraus demnach lediglich folgen, dass von der Beklagten ein höherer Wasserzins als der nach Art. 49, 51 WRG berechnete nicht gefordert werden dürfte. Keinesfalls könnte der Kanton als Verleiher daraus die Befugnis herleiten, unter Anwendung der « bundesrechtlichen Berechnungsgrundsätze » der Beklagten eine grössere Wasserzinsleistung als die auf Grund des kantonalen Rechts durch den Konzessionsakt festgesetzte aufzulegen. Einen anderen Sinn hat auch Art. 23 der vom Bundesrat auf Grund der Ermächtigung von Art. 51 Abs. 3 WRG am 12. Februar 1918 erlassenen Verordnung über die Berechnung des Wasserzinses nicht. Wenn es hier heisst, dass vom 1. Januar 1918 an die Berechnung des Wasserzinses für alle seit dem 25. Oktober 1908 neu begründeten Wasserrechte nach den Bestimmungen dieser Verordnung zu geschehen habe, so will dies wiederum nur besagen, dass die durch Art. 49, 51 WRG festgesetzte und durch die Verordnung näher erläuterte Maximalgrenze auch für die Wasserrechte gelte, die zwar noch vor dem Inkrafttreten des Gesetzes (1. Januar 1918), aber nach Annahme des Art. 24 bis BV in der Volksabstimmung (25. Oktober 1908) verliehen worden sind, wie aus dem Zusammenhang mit dem einleitenden Art. 1 der Verordnung un-

zweideutig hervorgeht (« Der Berechnung des Wasserzinses ist die Bruttoperferdekraft (Art. 49 des BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte) zu Grunde zu legen ; die Zahl der Bruttoperferdekräfte ist jeweilen nach der mittleren Bruttoleistung des Jahres zu bemessen. Der Wasserzins darf jährlich sechs Franken für die so bemessene Bruttoperferdekraft nicht übersteigen »). Im vorliegenden Falle steht aber ausser Streit, dass der Wasserzins, den die Beklagte auf Grund des Konzessionsaktes vom 6. /15. Juni 1914 zu entrichten hat, unter dem bundesrechtlich zulässigen Höchstansatz bleibt. Es kann deshalb nicht die Rede davon sein, die betreffenden Konzessionsbestimmungen, weil im Widerspruch zu bundesrechtlichen Grundsätzen stehend, als « ungesetzlich zu erklären » oder den Regierungsrat als berechtigt zu erklären, den Zins nach diesen Grundsätzen auf einen anderen Betrag festzusetzen, als er sich aus der konzessionsmässigen Bestimmung ergibt. Die Berechnung der nach Art. 49, 51 WRG sich ergebenden Zinsleistung könnte vielmehr höchstens Vergleichszwecken dienen und es sich daher nur fragen, ob die Beklagte verpflichtet sei, für solche die dazu notwendigen Unterlagen zu schaffen oder in die dafür notwendigen Erhebungen einzuwilligen, selbst wenn damit ein Eingriff in ihren Geschäftsbetrieb oder sonstige Lasten für sie verbunden wären. Ein derartiges Begehren ist aber nicht gestellt, sodass nicht untersucht zu werden braucht, ob es aus dem Verleihungsverhältnis zu begründen wäre. Nur nebenbei mag bemerkt werden, dass Art. 74 Abs. 2 Satz 2 WRG die Rückwirkung der Vorschriften des dritten Abschnittes des Gesetzes über die dem Beliehenen obliegenden wiederkehrenden Leistungen im Falle, wo dem Inhaber eines älteren, d. h. vor dem 25. Oktober 1908 begründeten Wasserrechts nach diesem Zeitpunkt neue Wasserkräfte verliehen worden sind, unter allen Umständen auf die für diese neuen Kräfte zu entrichtenden Leistungen beschränkt, sodass eine solche Rück-

wirkung, auch soweit sich daraus für den Kläger finanzielle Vorteile ergeben hätten, von vorneherein insofern nicht in Frage hätte kommen können, als der Konzessionsakt von 1914 Wassernutzungen mitumfasst, die der Beklagten schon auf Grund der ersten Konzession von 1901 zustanden.

3. — Auch bei Beurteilung des danach noch verbleibenden Klagebegehrens 1 braucht zu der zwischen den Parteien streitigen Frage nicht Stellung genommen zu werden, ob die Rückwirkung von Vorschriften des dritten Abschnittes des WRG « über die Verleihung von Wasserrechten » auf zwischen dem 25. Oktober 1908 und dem 1. Januar 1918 erteilte Verleihungen den « Vorbehalt der künftigen Bundesgesetzgebung » (Art. 24 bis Abs. 8 BV) im Konzessionsakte selbst voraussetzt oder ob sie, sofern die Vorschrift an sich zu den durch Art. 74 WRG als rückwirkend erklärten gehört, schlechthin, unabhängig von einem solchen Vorbehalte eintritt. Denn selbst wenn die Frage im letzteren Sinn zu lösen sein sollte und wenn man im weiteren davon ausgeht, dass die Rückwirkung nach Art. 74 im übrigen grundsätzlich sich auf alle Vorschriften des dritten Abschnittes bezieht, die nicht durch diesen Artikel selbst davon ausgeschlossen sind oder bei denen eine Rückwirkung von vorneherein schon nach der Natur der Sache, nach ihrem Inhalte nicht in Betracht kommen kann, so muss doch davon jedenfalls die Bestimmung des Art. 58 Abs. 1, die die Dauer der Verleihung auf höchstens achtzig Jahre von der Eröffnung des Betriebes an begrenzt, ausgenommen werden.

Mit der Konzessionsdauer werden regelmässig auch die Verpflichtungen, so namentlich die Konzessionsgebühr und die jährlich wiederkehrenden Leistungen zusammenhängen, die der Konzessionär als Entgelt für die Verleihung übernimmt und übernehmen kann, weil es wesentlich von der Dauer des verliehenen Nutzungsrechts abhängt, ob sie dem Konzessionär die Möglichkeit

lassen, daneben ein Kapital aus den Betriebsergebnissen anzusammeln, das ihm beim Erlöschen der Verleihung Ersatz für das verlorene Nutzungsrecht bietet. So verhält es sich denn nach den Akten auch hier.... (folgen zum Nachweise dafür Ausführungen über die dem Konzessionsakte vorangegangenen Verhandlungen). Gleichwie danach im vorliegenden Falle die längere Dauer der Konzession nach deren Entstehungsgeschichte mit anderen von der Beklagten schliesslich angenommenen, sie belastenden wichtigen Konzessionsbestimmungen, wie der Stromlieferungspflicht nach Kerns und Engelberg, der Höhe des Wasserzinses und der Festsetzung des Zeitpunktes seiner Erhöhung in unlöslicher Verbindung steht, so wird dies auch bei anderen Verleihungen der Natur der Sache nach in analoger Weise der Fall sein. Muss es schon deshalb als ausgeschlossen betrachtet werden, dass das Gesetz eine einseitige Herabsetzung der zugestandenen Verleihungsdauer, wie sie die Klage bezweckt, auf die in Art. 58 Abs. 1 vorgesehene Zeitspanne auch für früher, vor dem 1. Januar 1918 erteilte Konzessionen hätte anordnen wollen, ohne dafür gleichzeitig einen Ausgleich durch den Anspruch auf eine entsprechende Minderung der dem Konzessionär auferlegten Leistungen zu gewähren, so führt eine andere rechtliche Betrachtung zu dem gleichen Schlusse. Nach schon früher anerkannter Auffassung, die nunmehr in Art. 43 WRG ihre ausdrückliche Sanktion gefunden hat, begründet die Verleihung im Umfange des Verleihungsaktes ein wohlverworbenes Recht des Beliehenen auf die verliehene Nutzung. Es ist aber ein allgemeines Postulat der Gerechtigkeit, dass ein Eingriff in die Substanz solcher Rechte im Gegensatz zu der blossen Neuregelung ihres Inhalts, der damit gesetzlich verbundenen Befugnisse auch auf dem Wege der Gesetzgebung nicht anders als gegen Entschädigung erfolge. Mit einem solchen Eingriffe hätte man es hier zu tun, wenn die Rückwirkungsklausel des Art. 74 WRG auch auf die in Art. 58 Abs. 1

ebenda enthaltene Bestimmung über die zulässige Höchstdauer der Verleihung zu beziehen wäre. Denn bei den Bestimmungen des Konzessionsaktes über die Konzessionsdauer handelt es sich nicht um eine blosser Nebenabrede oder um eine mit der Verleihung verbundene Auflage bzw. Bedingung, sondern um die Umschreibung des Umfanges des verliehenen Nutzungsrechts selbst, das dadurch zeitlich begrenzt und in seinem Bestande für diese Zeitspanne gewährleistet wird. Die Herabsetzung der konzessionsmässigen Dauer auf eine kürzere Zeit auf Grund einer als rückwirkend erklärten späteren Gesetzesbestimmung würde demnach in die Substanz des durch die Verleihung begründeten Nutzungsrechts selbst eingreifen, einem teilweisen Entzuge desselben gleichkommen, nicht nur seinen Inhalt neu umschreiben. Eine solche Ausdehnung der Rückwirkung müsste aber besonders ausgesprochen sein, um als gewollt gelten zu können; aus einer blossen allgemeinen und zudem noch so unbestimmt gehaltenen und zum Teil widerspruchsvollen Rückwirkungsbestimmung wie derjenigen des Art. 74 WRG darf sie nicht hergeleitet werden. Hätte der Gesetzgeber sie beabsichtigt, so würde er nicht unterlassen haben, auch die Entschädigung dafür, d. h. die Pflicht der Verleihungsbehörde, dem Beliehenen dafür entsprechende Erleichterungen in seinen konzessionsmässigen Pflichten zu gewähren, vorzusehen und das für diese Anpassung einzuschlagende Verfahren sowie die dafür massgebenden Grundsätze näher zu ordnen. Aus dem Fehlen irgendwelcher derartiger Bestimmungen darf geschlossen werden, dass das Gesetz eine Ausdehnung der Rückwirkung, auch wenn man ihr im übrigen einen noch so weiten Rahmen zieht, auf diese Vorschrift nicht ins Auge gefasst und beabsichtigt, ihren Ausschluss davon als selbstverständlich betrachtet hat. Es ist dies um so eher zulässig, als irgendwelche dringenden öffentlichen Interessen, die der Bund auf Grund von Art. 24 bis BV zu wahren hätte und die der Aufrechterhaltung



längerer als achtzigjähriger älterer Konzessionen entgegenstünden, nicht ersichtlich sind und dem Gemeinwesen, wo allgemeine Gründe des öffentlichen Wohls dafür vorliegen, das Wasserrecht vor Ablauf seiner konzessionsmässigen Dauer an sich zu ziehen, immer der Weg der Expropriation nach Art. 43 WRG offen bleibt. Dieser Auffassung ist denn auch das eidgenössische Wasserwirtschaftsamt, indem es sich in einer dem Gerichte darüber erstatteten Meinungsäusserung dahin ausspricht, dass die Rückwirkung auch des Art. 58 Abs. 1 WRG auf vor dem 1. Januar 1918 erteilte Konzessionen, wenn rechtlich immer möglich, wegen der damit verbundenen weittragenden und unerwünschten Folgen vermieden werden sollte und, soweit dafür öffentliche Interessen sollten geltend gemacht werden können, sie keinesfalls gewichtig genug wären, um das stärkere des Konzessionärs, beim Erwerbe der Konzession auf eine sichere Rechtsgrundlage rechnen zu können — dessen Schutz zugleich im wohlverstandenen Interesse der Förderung des Ausbaus der Wasserkräfte selbst liege — zu überwinden.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Auf Klagebegehren 4 und 5 a wird nicht eingetreten.  
Die übrigen Klagebegehren werden abgewiesen.

---

## II. ORGANISATION DER BUNDESRECHTSPFLEGE

### ORGANISATION JUDICIAIRE FÉDÉRALE

Vgl. Nr. 66. — Voir n° 66.

---