

Als Einkaufsgenossenschaft ist die Rekurrentin eine Handelsunternehmung im Sinne dieser Bestimmung. Sie bedient sich zum Transport ihrer Waren maschineller Einrichtungen, nämlich eines elektrisch betriebenen Aufzuges. Sie ist demnach der Versicherungspflicht unterworfen, sofern sie schwere Waren in grossen Mengen lagert. Dies ist zu bejahen.

a) Ballen und Säcke im Gewichte bis zu 80 und 100 kg dürfen gewiss als schwere Waren im Sinne der Verordnung gelten, ebenso spezifisch leichte Waren, wie Torfmull und ähnliches, die wegen ihres geringen Gewichtes in grosse, unhandliche und daher schwer zu transportierende Ballen geformt sind. Die Annahme der Rekurrentin, die Verordnungsvorschrift beziehe sich nicht auf verpackte Waren, wird durch die Bestimmung selbst widerlegt, die neben gewissen Rohmaterialien, die allerdings meist unverpackt transportiert werden, auch Fabrikate erwähnt.

b) Ob eine Lagerung in grossen Mengen stattfindet, ist aus dem Lagerbestand an einem bestimmten Stichtag allein nicht ohne weiteres erkenntlich, besonders nicht aus dem Lagerbestand auf das meist in eine geschäftsstille Zeit verlegte Ende des Geschäftsjahres von Handelsunternehmungen. Bei einer landwirtschaftlichen Genossenschaft bringt es sodann die Natur des Betriebes mit sich, dass die Grösse und Zusammensetzung des Lagers erheblichen, saisonmässig bedingten Schwankungen unterworfen ist.

Die Verordnung beruht auf dem Gedanken, dass die Versicherungspflicht dort anzunehmen sei, wo die Art des Geschäftsbetriebes für die darin Beschäftigten eine Gefahrenquelle für Unfälle bedeuten kann. Der Wille des Gesetzgebers war, die in unselbständiger Stellung beschäftigten Personen vor den ökonomischen Nachteilen der mit der Arbeit verbundenen Gefahren zu schützen und sie deshalb in die Versicherung einzubeziehen, wenn solche Nachteile irgendwie zu gewärtigen sind.

Zieht man den starken Wechsel in Betracht, den das

Lager der Filiale Rothenburg der Rekurrentin nach den darin erzielten Umsätzen (1,5-2 000 000 kg) aufweist, so rechtfertigt sich die Annahme, dass solche versicherungsbedürftige Betriebsgefahren wirklich bestehen, was die Unterstellung unter die Versicherung rechtfertigt. Das Hauptgeschäft der Rekurrentin in Sempach unterliegt denn auch unbestrittenermassen der Versicherung.

2. — Zur Rechtfertigung der Unterstellung an sich genügt die Feststellung, dass in der Filiale Rothenburg während der massgebenden Zeit ein Arbeiter (der Magaziner) beschäftigt war. Für die Unterstellung unerheblich und deshalb nicht zu erörtern, ist die Stellung dieses Arbeiters im Geschäftsbetrieb. Ob er als versicherter Arbeiter zu gelten hat, ist nur für die Prämienberechnung von Bedeutung. Hierüber ist aber im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht, das sich einzig auf die Unterstellung bezieht, nicht zu befinden (Urteil vom 30. März 1932 in Sachen Grauwiler, Erw. 2, nicht publiziert).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Beschwerde wird abgewiesen.

IV. WASSERRECHT

FORCES HYDRAULIQUES

60. Auszug aus dem Urteil vom 21. November 1935
i. S. Gemeinde Klosters und Konsorten
gegen A.-G. Bündner Kraftwerke.

1. Art. 22 WZV über die Wasserzinsberechnung bei Akkumulierwerken ist eine Ausnahmebestimmung gegenüber Art. 51, Abs. 3 WRG. Sie hält sich im Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz (Art. 51, Abs. 4) erteilten Ermächtigung und ist deshalb anwendbar (Erw. b, d-f).

2. Danach wird bei Akkumulierwerken, deren Konzessionsgemässe Aufnahmefähigkeit die gewöhnliche Wassermenge übersteigt, der Mindestwasserzins, der ohne Rücksicht auf die Benutzung des zur Verfügung stehenden Wassers stets zu entrichten ist, auf Grund der gewöhnlichen Wassermenge, nicht der Aufnahmefähigkeit der (bewilligten) Anlage, berechnet. Eine Anrechnung über diese Grenze hinaus findet nur statt im Umfang der wirklichen Benutzung des zwischen gewöhnlicher Wassermenge und natürlich zufließenden Wassermengen liegenden Quantums (Erw. a).
3. Als Akkumulierwerke im Sinne von Art. 22 WZV haben nicht nur Anlagen mit Speicher- und Sammelbecken zu gelten, sondern auch Ausgleichsanlagen, deren Ausbaugrösse die gewöhnliche Wassermenge erheblich überschreitet (Erw. g).

(Aus dem Tatbestand.)

A. — Im Kanton Graubünden steht die Verfügung über die Wasserkräfte den Territorialgemeinden zu (kant. Gesetz betreffend öffentliche Gewässer vom 18. März 1906, Art. 1). Wasserrechtskonzessionen, sowie Änderungen und Erneuerungen von solchen, unterliegen der Genehmigung des Kleinen Rates, die zu erteilen ist, soweit keine grösseren öffentlichen Interessen gefährdet sind (Art. 5 und 7; s. nunmehr auch eidg. WRG Art. 4).

B. — In der vorliegenden Streitsache spielen drei von der Gemeinde Klosters, zum Teil in Verbindung mit anderen Gemeinden, erteilte und vom Kleinen Rat genehmigte Wasserrechtskonzessionen eine Rolle.

a) Der Konzessionsvertrag vom 4. April 1909 zwischen der Gemeinde Klosters und der Firma Gubler & Cie in Zürich betreffend den Schlappinbach, einen rechtsseitigen Zufluss der Landquart, der sich etwas unterhalb Klosters-Dörfli in diese ergiesst (Schlappin-Konzession). Die genannte Firma erhielt dadurch für 60 Jahre (Art. 2) das Recht, die Wasserkraft des Schlappinbaches für den Betrieb eines Elektrizitätswerkes zu verwenden. Die Einmündungsstelle des Wassers in die Landquart wurde freigestellt, « doch darf die Gemeindegrenze nicht überschritten werden » (Art. 1).

Das kleine Werk mit einer Leistung von 800 PS wurde

1910 ausgebaut. Es diente der Versorgung der Gemeinden des Prättigaus. Die Zentrale befand sich in Klosters-Dörfli.

Die Schlappin-Konzession ging in der Folge auf die Schweizerische Eisenbahnbank in Basel über, die sie dann an eine andere Gesellschaft übertrug, die Rhätische Elektrizitäts-Gesellschaft (REG) in Klosters, die sich zunächst allein auf den Betrieb dieses Werkes beschränkte.

b) Der Konzessionsvertrag vom 15. März 1918 und Nachtrag vom 15. März 1920 zwischen Klosters und den talabwärts gelegenen Gemeinden Saas, Conters i. P., Küblis, Luzein und Fideris, einerseits, und dem Ingenieur R. Moor und der Firma Gebrüder Caprez, andererseits, betreffend 1) die Landquart von der Landquart-Landstrassenbrücke in Klosters-Brücke bis Fiderisau nebst den linksseitigen Nebenflüssen, 2) den Schanielenbach und 3) den Arieschbach (sog. untere Konzession). Art. 16 regelt die an die Gemeinden zu leistenden Abgaben für die Benützung der Wasserkräfte. Die einmalige Konzessionsgebühr an die Gemeinden an der Landquart beträgt 60,000 Fr., der jährliche Wasserzins seit Betriebseröffnung pro Brutto-PS: 3 Fr. vom 1. bis 10. Jahre, 3 Fr. 50 Cts. vom 11. bis 15. Jahre, 4 Fr. vom 16. bis 80. Jahre.

« Die Bestimmung der Bruttoleistung zur Berechnung des Wasserzinses erfolgt nach Massgabe von Art. 49 und 51 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte und der bundesrätlichen Verordnung vom 12. Februar 1918. Immerhin darf der jährliche Wasserzins nie unter 60,000 Fr. für die Gemeinden an der Landquart sinken. »

Ein Nachtrag schliesst in die Konzession auch den Schlappinbach ein, « soweit er nicht bereits verliehen ist », also ab Gemeindegrenze Klosters-Saas.

Die untere Konzession ist an die Bündner Kraftwerke (BKW) übergegangen, welche die Strecke Klosters-Küblis ausgebaut haben. Die Leitung (Stollen) führt auf dem rechten Talhang zum Wasserschloss oberhalb Küblis.

Die Zentrale ist in Küblis. Die Betriebsaufnahme fand am 16. November 1922 statt. Die Strecke Küblis-Fiderisau ist unausgebaut geblieben.

c) Der Konzessionsvertrag zwischen der Gemeinde Klosters und Ingenieur R. Moor und Gebrüder Caprez, ebenfalls vom 15. März 1918, betrifft die Landquart oberhalb Klosters-Brücke und den Vereinabach bis zur Einmündung in die Landquart (sog. obere Konzession). Wasserzinsansätze wie in der untern Konzession (Art. 16).

Auch diese Konzession ist an die BKW übergegangen. Ein Ausbau hat noch nicht stattgefunden.

C. — Seit 1920 sind fast alle Aktien der REG in den Händen der BKW (765 von 800 Aktien à 500 Fr.) und besteht der Verwaltungsrat der erstern Gesellschaft aus Persönlichkeiten der BKW. Im Zusammenhang mit der Krisis, die 1923 über die BKW hereingebrochen war, hatten diese der REG die Engadinerwerke abgetreten, um sich auf diese Weise flüssige Mittel zu beschaffen. Am 27. März 1925 schlossen die beiden Gesellschaften einen Verwaltungs- und Betriebs-Vertrag ab, demzufolge die REG den BKW die gesamte Verwaltung und den Betrieb ihrer Werke überträgt (Art. 1). Die REG bleibt als selbständige Aktiengesellschaft im Sinne des OR bestehen. Sie bleibt auch Inhaberin aller Wasserrechtskonzessionen, Kraftwerke und Anlagen.

Die BKW haben das Schlappin-Werk ausgebaut auf eine Leistung, die auf ca. 6000, überlastbar bis 7500 PS angegeben wurde. Die neue Zentrale befindet sich unmittelbar oberhalb des Stollens des Werkes Klosters-Küblis, und das Unterwasser des Schlappin-Werkes geht (während der wasserarmen Zeit) in diesen Stollen. Die Betriebsöffnung des neuen Schlappin-Werkes fand am 15. Januar 1928 statt.

D. — Die BKW haben auch das Elektrizitätswerk Davos-Klosters erstellt, das seit 1925 in Betrieb ist. Die Zentrale liegt im Ronawald südöstlich von Klosters-Brücke. In einer Entfernung von wenigen 100 m davon (Doggiloch)

ist ein 97,000 m³ fassendes Ausgleichsbecken ausgehoben worden, in das das Unterwasser der genannten Zentrale und auch die Landquart (sog. sekundäre Landquart-Fassung) eingeleitet werden. Diese Anlage dient als Pufferbecken zwischen den beiden Kraftwerken, Klosters und Küblis, sowie zur Aufspeicherung von Landquartwasser und des in dem dortigen grossen Grundwasserbecken (Aeujabecken) vorhandenen Grundwassers.

E. — Zwischen der Gemeinde Klosters, teils für sich allein, teils in Verbindung mit den andern Konzessionsgemeinden an der Landquart, einerseits und den BKW andererseits ergab sich eine Reihe von Meinungsverschiedenheiten in bezug auf die Verleihungsverhältnisse und die Auslegung und Anwendung der Konzessionsverträge; u. a. war streitig die Berechnung der Wasserzinse aus den erwähnten Konzessionen.

Die Beteiligten haben vereinbart, ihre Streitpunkte dem Bundesgericht als einziger Instanz zur Beurteilung vorzulegen.

Zur Abklärung der technischen Fragen, insbesondere derjenigen der Berechnung des Wasserzinses, wurden als Experten beigezogen: Ingenieur Bosshardt, in Basel; Professor Meyer-Peter, in Zürich, und Ingenieur Schurter, Adjunkt auf dem eidgenössischen Oberbauinspektorat, in Bern.

Die Experten führen in ihrem Gutachten vom 23. Februar 1934 aus, dass die Werke Schlappin und Küblis nicht Laufwerke, sondern Akkumulierwerke sind, und sie wenden daher für die Berechnung der Wasserzinse den Art. 22 eidg. WZV an. Dazu nahm die Klägerschaft in einer Eingabe vom 3. Oktober 1934 Stellung. Es wurde dabei ein Rechtsgutachten von Professor Mutzner in Zürich eingelegt, das den Standpunkt vertritt, Art. 22 WZV sei gesetzwidrig und ungültig. Zur selben Frage hat sich die Beklagte in einer Eingabe vom 22. Dezember 1934 geäußert unter Einlegung eines Rechtsgutachtens von Rechtsanwalt Dr. Eugen Curti in Zürich.

Das Bundesgericht hat die Frage der Anwendbarkeit von Art. 22 WZV bejaht (Erwägung B 2 des Urteils) und wie folgt

begründet :

a) Die untere (wie auch die obere) Konzession bestimmt den Wasserzins für die Brutto-PS und fügt bei, dass die Bruttoleistung festgestellt werde nach Massgabe von Art. 49 und 51 des eidgenössischen WRG und der WZV.

Art. 49 WRG schreibt im ersten Absatz vor, dass der Wasserzins jährlich 6 Fr. für die Brutto-PS nicht übersteigen darf. Diese Schranke spielt hier keine Rolle. In Abs. 2 ist bestimmt, dass bei Unternehmungen, die mit verhältnismässig grossen Auslagen ein zur Ausgleichung der Wassermengen geeignetes Sammelbecken schaffen, der Wasserzins für diese Kraftvermehrung angemessen herabgesetzt werden soll, sofern die Umstände es rechtfertigen. Es handelt sich um eine Begünstigung gewisser Werke wohl in Form einer Herabsetzung des Normalansatzes pro Brutto-PS. Auch diese Vorschrift kommt im vorliegenden Prozess nicht in Betracht.

Art. 51 erläutert den Begriff der Bruttokraft im Sinn von Art. 49 Abs. 1. Es ist die aus den nutzbaren, nicht den wirklich benutzten, Gefällen und Wassermengen berechnete mittlere mechanische Bruttoleistung des Wassers (Abs. 1). In Abs. 2 wird das « nutzbare Gefälle » und in Abs. 3 werden die « nutzbaren Wassermengen » näher umschrieben; die « nutzbaren Wassermengen » sind die wirklich zufließenden Mengen, soweit sie nicht die Aufnahmefähigkeit der in der Verleihung bewilligten Anlagen überschreiten (d. h. nicht der wirklich ausgeführten Anlagen, sofern und solange diese hinter den bewilligten zurückbleiben). Innerhalb dieses Rahmens wird also wiederum abgestellt auf die nutzbare, nicht die benutzte Wassermenge. Im Schlussabsatz wird der Bundesrat beauftragt, « die nähern Vorschriften für die Berechnung aufzustellen ».

Der Bundesrat ist diesem Auftrag in der WZV vom 12. Februar 1918 nachgekommen, die in Art. 1 ff. das System des Art. 51 näher ausführt, in Art. 16 ff. Spezialregeln aufstellt für die Feststellung der nutzbaren Wassermengen und in Art. 22 bestimmt :

« Bei Akkumulierwerken werden, ohne Rücksicht auf die Akkumulation, die natürlich zufließenden nutzbaren Wassermengen in Anrechnung gebracht; übersteigt indessen die Aufnahmefähigkeit der einbezogenen Gewässer, so werden die natürlich zufließenden Wassermengen bis zum Betrage der gewöhnlichen Wassermenge angerechnet.

Darüber hinaus werden Wassermengen insoweit angerechnet, als sie tatsächlich benutzt werden.

Als gewöhnliche gilt diejenige mittlere Wassermenge, die im Laufe eines Jahres an ebensoviel Tagen überschritten als nicht erreicht wird.

Die Herabsetzung des Wasserzinses für die Kraftvermehrung gemäss Art. 49 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte bleibt vorbehalten. »

Diese Sonderbestimmung für Akkumulierwerke verwendet den Begriff der « gewöhnlichen » Wassermenge, worunter verstanden wird dasjenige mittlere tägliche Wasserquantum, das (im Durchschnitt der Jahre) während der Hälfte des Jahres, wenn auch nicht an aufeinanderfolgenden Tagen, vorhanden oder überschritten ist (« débit semi-annuel » im französischen Text der WZV) und das mehr oder weniger unter dem Mittel der natürlich zufließenden Wassermengen bleibt. Art. 22 setzt voraus, dass die Aufnahmefähigkeit der (bewilligten) Anlage die gewöhnliche Wassermenge übersteigt. Dann soll die letztere die obere Grenze sein, bis zu der die nutzbaren Wassermengen stets angerechnet werden. Eine Anrechnung über diese Grenze hinaus findet nur statt im Umfang der wirklichen Benutzung des zwischen gewöhnlicher Wassermenge

und natürlich zufließenden Wassermengen liegenden Quantums. In diesem Sinn und Ausmass sollen also beim Akkumulierwerk nicht die nutzbaren, sondern die wirklich benutzten Wassermengen für die Berechnung der zinspflichtigen PS in Betracht kommen. Darin liegt eine Abweichung von der Regel in Art. 51, die ganz allgemein, im Rahmen der Aufnahmefähigkeit der Anlage, die nutzbaren Wassermengen als massgebend erklärt.

b) Die Experten betrachten die Werke Schlappin und Küblis als Akkumulierwerke nicht als Laufwerke, und sie haben daher bei der Berechnung der zinspflichtigen PS den Art. 22 WZV zur Anwendung gebracht (beim Schlappin-Werk haben sie die Berechnung auch gemacht unter Ausschaltung von Art. 22; das Ergebnis ist 6424 gegen 4565 PS auf Grund von Art. 22 Abs. 1 und eine allfällig zusätzliche Leistung nach Abs. 2). Die Klägerschaft macht, gestützt auf das Rechtsgutachten Mutzner, geltend, Art. 22 WZV stehe in Hinsicht auf jene Abweichung mit Art. 51 des Gesetzes in Widerspruch, und dürfe daher als gesetzwidrig und unverbindlich hier nicht zur Anwendung kommen.

Da es sich um eine Verordnungsbestimmung handelt, ist das Bundesgericht befugt, ihre Rechtsbeständigkeit als Vorfrage zu prüfen (s. z. B. BGE 53 I 433, 51 I 450).

Man könnte sich freilich fragen, ob das Problem der Gesetzmässigkeit des Art. 22 WZV hier nicht deshalb ohne Bedeutung sei, weil die Verleihungsverträge auf die WZV ausdrücklich verweisen. Die Auffassung liesse sich vertreten, dass damit die materielle Regelung der Verordnung als massgebend erklärt werden sollte ohne Rücksicht darauf, ob die Verordnung in einem einzelnen Punkte vom Gesetz sich entfernt. Freilich wird auch auf das Wasserrechtsgesetz Art. 49 und 51 Bezug genommen; aber bei einer Divergenz von Verordnung und Gesetz würde dann wohl die erstere als die speziellere Regelung vorgehen. Der Standpunkt, dass dies die Meinung der Konzession sei, wird indessen von der Beklagten selber nicht eingenommen.

In der Tat kann der Hinweis auf WRG und WZV auch den Sinn haben, dass, was die Bestimmung der zinspflichtigen PS anlangt, einfach abgestellt wird auf die eidgenössische Formel, soweit sie in gültigen Vorschriften zum Ausdruck kommt. Die Sachlage wäre dann die nämliche, wie sie bestände, wenn das eidgenössische Recht über jenen Punkt hier nicht auf Grund der Konzession, sondern direkt anzuwenden wäre. Daher ist zur Frage der Rechtsbeständigkeit des Art. 22 WZV Stellung zu nehmen.

c) ...

d) Wie oben festgestellt wurde, weicht Art. 22 WZV von Art. 51 WRG, was die Bestimmung der zinspflichtigen PS anbetrifft, für die Akkumulierwerke in einem Punkte ab: der Überschuss der natürlich zufließenden Wassermengen über die gewöhnliche Wassermenge wird nur angerechnet, soweit er tatsächlich benützt wird. Art. 22 bildet daher der gesetzlichen Regel gegenüber eine Ausnahmebestimmung für eine gewisse Kategorie von Werken. Insofern kann man finden, dass Art. 22 über eine blosser Ausführungsvorschrift im engern Sinn hinausgeht; er enthält nicht nur Anweisungen darüber, wie die Regel des Art. 51 Abs. 3 im einzelnen zu verstehen und durchzuführen sei, sondern ergänzt sie durch eine abweichende Sondernorm für einen beschränkten Bereich. Und die Rechtsbeständigkeit des Art. 22 hängt dann davon ab, ob der Bundesrat in der Materie der Berechnung des Wasserzinses nur zu eigentlichen Ausführungsvorschriften zuständig ist oder eine etwas weitergehende Verordnungskompetenz hat, welche die genannte Bestimmung der Verordnung deckt.

Für eine weitergehende Zuständigkeit spricht von vornherein der Umstand, dass Art. 51 Schlussabsatz den Bundesrat noch besonders beauftragt, die nähern Vorschriften für die Berechnung des Wasserzinses aufzustellen. Da der Bundesrat nach Art. 72 allgemein mit der Vollziehung des Gesetzes und dem Erlass der erforderlichen Ausführungsbestimmungen beauftragt ist, hat die Ermächtigung in Art. 51 keinen Sinn, wenn sie nicht mehr einräumen sollte

als die allgemeine Vollziehungskompetenz. Dass eine solche freiere Verordnungsgewalt speziell in Hinsicht auf Akkumulierwerke besteht, dafür sprechen denn auch die folgenden auf Ziel und Zweck und die Entstehungsgeschichte des Art. 51 zurückgehenden Erwägungen.

e) Bei den Laufwerken ist die Aufnahmefähigkeit (Ausbaugrösse) in der Regel nicht höher, sondern kleiner als die gewöhnliche Wassermenge. Das trifft zu für alle bis 1914 erstellten Laufwerke (Tabelle in Mitteilung Nr. 32 des eidgenössischen Amtes für Wasserwirtschaft S. 29/30). Die Durchschnittsausbaugrösse dieser Werke liegt erheblich unter jener Grenze. Vor Erlass der Wasserzinsverordnung ist nur ein Werk entstanden mit einer die gewöhnliche Wassermenge überschreitenden Ausbaugrösse (1917 das Niederdruckwerk Gösgen; seine Aufnahmefähigkeit ist diejenige Wassermenge, die nur an 115 Tagen im Jahr vorhanden ist). Seither sind noch einige Werke mit ähnlicher Ausbaugrösse im Verhältnis zur gewöhnlichen Wassermenge erstellt worden. Die Durchschnittsausbaugrösse für die Werke seit 1917 ist indessen nicht wesentlich über der gewöhnlichen Wassermenge (die erwähnte Tabelle). Nach den Mitteilungen des Amtes für Wasserwirtschaft, S. 31, ist, ganz allgemein gesprochen und spezielle örtliche und energiewirtschaftliche Verhältnisse vorbehalten, die günstigste Ausbaugrösse für Laufwerke etwas unter oder etwas über der gewöhnlichen Wassermenge.

Da nun nach Art. 51 Abs. 3 die Ausbaugrösse einer Anlage die obere Grenze ist für die Anrechenbarkeit der zufließenden Wassermengen, so kann man mit Rücksicht auf die bei Laufwerken in der Regel vorhandene Ausbaugrösse sagen, dass bei diesen praktisch meistens die gewöhnliche Wassermenge das Maximum der anrechenbaren ist, das eher unter- als überschritten wird. Insbesondere traf das zu bei den Verhältnissen, wie sie zur Zeit des Erlasses der WZV vorlagen.

Bei den Akkumulierwerken, welche mit Hilfe ihrer

Speichervermögen das durch die natürlichen Zuflussmengen gegebene Wasserregime modifizieren, liegt die Ausbaugrösse dagegen meistens erheblich über der gewöhnlichen Wassermenge (Mitteilung S. 32). Sie sollen ja, vermöge der Akkumulation, in der Lage sein, mehr zu leisten als ein entsprechendes Laufwerk leisten könnte (beim Werk Küblis ist die Ausbauwassermenge das dreifache, und beim Schlappinwerk ist sie beinahe das doppelte der gewöhnlichen Wassermenge. Bei derartigen Anlagen würde die Anwendung von Art. 51 Abs. 3 zu einer Benachteiligung der Akkumulierwerke, verglichen mit dem Laufwerk (mit jener normalen Ausbaugrösse), führen: alle, unter Umständen sehr bedeutenden Wassermengen zwischen gewöhnlicher Wassermenge und Aufnahmefähigkeit würden, ob benützt oder nicht benützt, angerechnet, obgleich die (mit bedeutenden Kosten verbundene) hohe Ausbaugrösse gewählt ist behufs Ausnützung nicht sowohl der natürlich zufließenden, als der akkumulierten Wassermengen, also mit Rücksicht nicht auf das durch die Konzession zur Verfügung gestellte, sondern auf das durch den Unternehmer verbesserte Wasserregime. Die Anwendung der einheitlichen Regel ist daher geeignet, beim Akkumulierwerk mit erheblicher Ausbaugrösse zu einer tatsächlichen Schlechterstellung gegenüber dem Laufwerk (mit der erwähnten normalen Aufnahmefähigkeit) zu führen, die, weil sachlich nicht begründet, nicht in der Absicht des Gesetzgebers sein kann; sie würde denn auch die doch im Interesse der schweizerischen Wasser- und Energiewirtschaft liegende Erstellung von Akkumulierwerken erschweren. Der Gedanke liegt deshalb nahe, dass der Bundesrat nach Art. 51 Abs. 4 auch befugt sein sollte, einer solchen nicht gewollten Auswirkung einer generellen gesetzlichen Regel durch eine Sonderbestimmung zu begegnen, welche die allgemeine Regel der speziellen Natur der Akkumulationsanlagen anpasst, oder anders ausgedrückt, Art. 51 Abs. 3 hat wohl (im Hinblick auf Abs. 4) nicht die schlechthin absolute und starre Bedeutung, dass

er nicht vom Bundesrat gestützt auf Abs. 4 in seiner Wirkung auf Akkumulierwerke angemessen begrenzt werden könnte, so wie es die Verhältnisse bei diesen Werken verlangen.

f) Im Gutachten Mutzner wird aus der Entstehungsgeschichte des WRG der Beweis zu erbringen versucht, dass man es bei Art. 22 WZV mit einer Ausnahmebestimmung zu tun habe, die der Gesetzgeber gerade nicht wollte, die in Missachtung des Willens des Gesetzgebers in die Verordnung hineingekommen wäre. Nach den Angaben des Gutachtens ist bei Art. 42 des Entwurfes (jetzt 51 des Gesetzes) in den Kommissionen des Nationalrates und des Ständerates die Aufnahme einer Bestimmung geprüft und abgelehnt worden, die für die Akkumulierwerke oder gewisse Akkumulierwerke eine abweichende Ermittlung der anrechenbaren Wassermengen vorgesehen hätte. In den eidgenössischen Räten aber war hievon mit keinem Worte die Rede (Sten. Bull. 1913 Ständerat, 312; 1915 Nationalrat 335 f.; 1916 Ständerat 28). Den parlamentarischen Beratungen selber ist also keineswegs zu entnehmen, dass die fragliche Sondervorschrift, im Bewusstsein der Wirkung von Art. 51 Abs. 3 auf Akkumulierwerke, abgelehnt worden wäre. Was aber den Schlussabsatz von Art. 51 anlangt, der schon im Entwurf stand, so ist er im Nationalrat, der ihn zuerst gestrichen hatte, auf Grund folgender, auch im Gutachten Mutzner zitierten Bemerkung des Berichterstatters (1915 S. 336) wieder aufgenommen worden:

« Das vierte Alinea wollen wir aufnehmen, weil wir uns haben überzeugen müssen, dass trotz der detaillierten Vorschriften der drei ersten Absätze die Vollständigkeit fehlt. Es bedarf in Ausführung dieser allgemeinen Vorschriften noch besonderer Bestimmungen, namentlich für Spitzenwerke. Das kann aber der Bundesrat in einer besonderen Verordnung besser ordnen als wir in einem neuen Gesetzesartikel oder in einem andern Absatz dieses Artikels. »

Hier kommt der Gedanke einer über die blosser Ausführung des Gesetzes im engeren Sinn hinausgehenden Verordnungskompetenz des Bundesrates deutlich zum Ausdruck. Und der Hinweis auf die Spitzenwerke zeigt, dass die Vervollständigung der Vorschriften darin sollte liegen können, dass gewisse Einschränkungen angebracht werden, wenn sie durch besondere Verhältnisse gefordert sind.

Auch das Gutachten Mutzner versteht den Art. 51 Abs. 4 im Sinn einer solchen weitergehenden Vollmacht. Aber es lässt Art. 22 WZV nur gelten für Spitzenwerke, worunter es Werke begreift, die ausschliesslich oder doch in der Hauptsache dazu dienen, bei niedrigem Wasserstand die fehlenden Spitzen anderer Werke zu decken und deshalb oft in kurzer Zeit eine grosse Leistung zustande bringen müssen; in Bezug auf alle andern Akkumulierwerke soll Art. 22 unverbindlich sein. Eine solche Grenzziehung ist aber rechtlich nicht haltbar. Wenn der Bundesrat bei Art. 51 des Gesetzes eine etwas weitergehende Verordnungskompetenz haben sollte — und das darf nach dem Gesagten angenommen werden und zwar speziell in Hinsicht auf besondere Verhältnisse, wie sie bei Akkumulierwerken vorkommen —, so ist diese Kompetenz nach dem Gesetz nicht so scharf beschränkt, dass sie nur gerade für eine ganz bestimmte Gruppe von Akkumulierwerken gelten würde, nämlich die Spitzenwerke im gedachten Sinn, sondern sie schliesst notwendigerweise für den Bundesrat ein gewisses Ermessen der Abgrenzung in sich. Und der Richter, der die Verordnungsbestimmung auf ihre Rechtmässigkeit prüft, muss dieses Ermessen respektieren; er könnte der Bestimmung die Anerkennung nur dann versagen, wenn sie auf einer augenscheinlichen Überschreitung des dem Bundesrat gegebenen Ermessensfeldes beruhen würde. Sein eigenes Ermessen darf der Richter hier nicht walten lassen, da er nur die Recht-, nicht die Zweckmässigkeit der Verordnungsbestimmung zu untersuchen hat. Eine solche Ermessensüberschreitung kann aber nach dem

oben (unter *e*) Gesagten gewiss nicht darin gefunden werden, dass der Bundesrat in Art. 22 WZV die Sonderregel nicht nur für sogenannte Spitzenwerke, sondern für Akkumulierwerke aufgestellt hat. In der zitierten Bemerkung des Berichterstatters im Nationalrat sind denn ja auch die Spitzenwerke nur als Beispiel erwähnt von Werken, für die besondere Verordnungsbestimmungen angezeigt sein mögen (« namentlich für Spitzenwerke »).

Es mag sein, dass angesichts der neuern Entwicklung, was die Ausbaugrösse der Wasserkraftanlagen betrifft, die Sonderregelung des Art. 22 sich auch rechtfertigen würde für einzelne Flusswerke, nämlich für diejenigen, die eine die gewöhnliche Wassermenge erheblich übersteigende Aufnahmefähigkeit haben (nach der oben zitierten Mitteilung des Amtes für Wasserwirtschaft, S. 30, würde es sich um 5 von 12, seit 1917 erstellte Laufwerke handeln, nämlich die Werke Gösgen, Chancy-Pougny, Wettingen, Kaiserstuhl und Klingnau; die vorher gebauten 18 Laufwerke haben alle Ausbaugrössen unter der gewöhnlichen Wassermenge). Allein darin kann kein Grund liegen, die Rechtsbeständigkeit der Regelung für die Akkumulierwerke nicht anzuerkennen.

g) Muss danach Art. 22 WZV als verbindlich anerkannt werden, so fragt es sich dann, was die Verordnung darin unter Akkumulierwerken verstehe und ob die beiden Werke der Beklagten unter den Begriff fallen. Das Gesetz kennt den Ausdruck Akkumulierwerk nicht; die Verordnung verwendet ihn nur in Art. 22. Eine Definition wird nicht gegeben. Die mehrfach erwähnte Mitteilung Nr. 32 des eidgenössischen Amtes für Wasserwirtschaft (S. 12) bezeichnet als Akkumulieranlage zwei Gruppen von Anlagen, nämlich *a*) die Speicherbecken, die Wasser verschieben von einer Periode starker auf eine Periode geringer Wasserführung innerhalb einer Jahreszeit, eines Jahres oder mehrere Jahre, und *b*) die Ausgleichsbecken, die bei gleichmässiger Wasserführung dazu dienen, vorübergehend, in Zeiten grösseren Leistungsbedarfs, mehr Wasser abzu-

geben und in Zeiten geringern Leistungsbedarfs wieder entsprechend Wasser zurückhalten, welcher Ausgleich innerhalb einer Stunde, eines Tages oder einer Woche erfolgen kann. Auch bei den Werken der letztern Art findet also eine Akkumulation der natürlich zufließenden Wassermengen statt, und insofern erscheinen sie als Akkumulierwerke; daher die Bezeichnung in der erwähnten Mitteilung. Die oben unter *e*) erwähnte ratio des Art. 22 würde es nicht rechtfertigen, unter Akkumulierwerken im Sinne dieser Bestimmung nur Anlagen mit Speicher- oder Sammelbecken zu verstehen (wie sie wohl die Art. 49 Abs. 2 WRG, Art. 20 und 21 Abs. 2 WZV im Auge haben); denn auch bei Ausgleichsanlagen kann die Ausbaugrösse die gewöhnliche Wassermenge erheblich übersteigen. Das ist gerade der Fall bei den Werken Schlappin und Küblis. Beim letztern besteht zudem die starke Aufnahmefähigkeit nicht nur wegen des Wasserausgleichs durch das Aeuja-becken, sondern namentlich auch wegen der Wassersammlung, wie sie durch den Davosersee bewirkt wird. Bei beiden Werken hat man es mit Ausgleichsanlagen zu tun, die nach ihrer ganz erheblich über der gewöhnlichen Wassermenge liegenden Ausbaugrösse gerade denjenigen besonderen Charakter gegenüber einem Laufwerk (mit der für das Laufwerk normalen Ausbaugrösse) haben, der die Anwendung der Ausnahmenvorschrift rechtfertigt. Die Experten führen einleuchtend aus, dass die beiden Werke vom technischen Standpunkt aus ausgesprochene Akkumulierwerke sind, wobei sie gerade den Art. 22 WZV im Auge haben. Der Richter hat keinen Anlass, auch nicht für das Schlappinwerk, in der Frage der Unterstellung unter diese Bestimmung einen abweichenden Standpunkt einzunehmen.