Urteilskopf

97 II 390

54. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. Dezember 1971 i.S. Neumühle AG gegen Stadtgemeinde Chur.
Regeste (de):
Auflösung eines unter der Herrschaft des alten kantonalen Rechts begründeten Dauerschuldverhältnisses. Abgeurteilte Sache.

Zusammengesetzter Vertrag. Analoge Anwendung der für gegenseitige Verträge geltenden Grundsätze.

Art. 2 SchlT/ZGB. Um der Sittlichkeit willen aufgestellte Vorschriften sind auch auf Verträge anwendbar, welche unter der Herrschaft des alten kantonalen Rechts abgeschlossen worden sind (Erw. 3).

Abgeurteilte Sache. Identität gleichlautender individualisierter Rechtsbegehren? Frage offen gelassen. Keine res iudicata liegt vor, wenn die zu vergleichenden Rechtsbegehren inhaltlich verschieden oder seit dem Vorprozess neue erhebliche Tatsachen eingetreten sind (Erw. 4).

Art. 19 und 20 OR. Ein Energielieferungsvertrag, kraft welchem das Gemeinwesen einem Grossabnehmer Strom zu Vorzugspreisen überlässt, verstösst nicht gegen die öffentliche Ordnung (Erw. 5).

Art. 2 Abs. 2 ZGB. Clausula rebus sic stantibus. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des richterlichen Eingriffes (Erw. 6).

Regeste (fr):
Résiliation d'un contrat générateur d'obligations de longue durée fondé sous l'empire de l'ancien droit cantonal. Chose jugée.

Contrat mixte. Application analogique des principes valables pour des contrats synallagmatiques.

Art. 2 Tit. fin. CC. Des prescriptions établies dans l'intérêt des moeurs sont aussi applicables à des contrats conclus sous l'empire de l'ancien droit cantonal (consid. 3).

Chose jugée. Identité de conclusions individualisées ayant la même teneur? Question laissée ouverte. Il n'y a pas chose jugée lorsque les conclusions à comparer ont un contenu différent ou que des faits nouveaux importants sont survenus depuis le précédent procès (consid. 4).

Art. 19 et 20 CO. Un contrat de livraison d'énergie en vertu duquel la commune livre du courant à un gros consommateur à des prix de faveur n'est pas contraire à l'ordre public (consid. 5).

Art. 2 al. 2 CC. Clausula rebus sic stantibus. Conditions et conséquences juridiques de l'intervention du juge (consid. 6).

Regesto (it):
Scioglimento di un contratto generatore di obbligazioni di lunga durata, fondato sotto il dominio del vecchio diritto cantonale. Cosa giudicata.

Contratto misto. Applicazione analogetica dei principi validi per i contratti sinalagmatici.

Art. 2 tit. fin. CC. Prescrizioni poste nell'interesse dei buoni costumi si applicano pure a contratti conclusi

mentre vigeba il vecchio diritto cantonale (consid. 3).

Cosa giudicata. Identità di conclusioni individualizzate aventi lo stesso tenore? Quesito lasciato aperto. Non v,è cosa giudicata allorchè le conclusioni da confrontare hanno un contenuto diverso,oppure fatti nuovi importanti sono sopravvenuti dopo il precedente processo (consid. 4).

Art. 19 e 20 CO. Un contratto di fornitura di energia in virtù del quale il comune fornisce corrente a un grande consumatore a prezzi di favore non contrasta con l'ordine pubblico (consid. 5).

Art. 2 cpv. 2 CC. Clausola "rebus sic stantibus". Requisiti e conseguenze giuridiche dell'intervento del giudice (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 392

BGE 97 II 390 S. 392

A.- Im Jahre 1889 hatte die Firma Lendi & Parli in Chur von einem Julius Martin die Liegenschaft Meiersboden erworben. Dazu besass sie auch die von der Gemeinde Churwalden erteilte Konzession der Wasserrechte an der Rabiusa. Da die Stadt Chur als Inhaberin der Gebietshoheit auf der linken Seite der Rabiusa das Wasser dieses Baches zur Hälfte beanspruchte, kam es zum Prozess, der am 22. Juni 1891 durch einen Vergleich erledigt wurde. Der Vergleich lautet u.a.: "Art. 1: Die Handelsfirma Lendi & Parli verkauft und überlässt der Stadt Chur Alles und Jedes, was sie mittelst Kaufbrief vom 28. Januar 1889 von Herrn Jul. Martin erworben hat, und die von der Gemeinde Churwalden erworbenen Conzessionsrechte und Alles, was sie seither erworben oder neu erstellt hat;..." Der Kaufpreis wurde in Art. 2 festgesetzt auf Fr. 70'000.–. Ausserdem hatte die Käuferin alle Kosten für Ausbesserungen und andere Arbeiten, welche die Verkäuferin vorgenommen hatte, zu erstatten. Weiter heisst es dann in Art. 3 des Vergleichs: "Ausserdem überlässt die Stadt Chur der Handelsfirma Lendi & Parli für zu erstellende Etablissemente mit elektrischer Kraft betrieben in der Stadt Chur oder deren nächster Umgebung, immerhin auf Territorium der Stadt Chur, folgende elektr. Kräfte:" (es folgen die Bezeichnung dieser Kräfte in PS und die genaue Umschreibung, zu welchen Zeiten der Strom geliefert wird, ferner Bestimmungen über die Zuleitung, die Folgen von Betriebsstörungen und dergleichen). Im zweitletzten Absatz des Art. 3 heisst es u.a.:

BGE 97 II 390 S. 393

"Für diese Benützung der erwähnten elektr. Kräfte oder Teile derselben zahlt die Firma Lendi & Parli der Stadt Chur jährlich die Summe von Fr. 1000.– (tausend Franken)."

B.- Im Jahre 1901 berief sich die Stadt Chur auf Irrtum und reichte gegen die Firma Lendi & Parli Klage ein mit dem Hauptbegehren, "der Vergleich sei für die Stadt Chur unverbindlich, hauptsächlich soweit es sich um Überlassung von elektrischer Kraft (Wasserkraft) als Gegenleistung handelt". Das Bezirksgericht Unterlandquart und - auf Appellation der Klägerin hin - das Kantonsgericht von Graubünden wiesen die Klage am 29. April 1903 und 4. Mai 1904 ab. Das Bundesgericht trat am 16. September 1904 auf die Berufung der Klägerin mit dem etwas abgeänderten Rechtsbegehren, der Vergleich sei unverbindlich, soweit es sich um Überlassung von elektrischer Kraft als Gegenleistung handle, nicht ein, weil es sich bei der Verpflichtung der Stadt Chur zur Abgabe elektrischer Kraft lediglich um eine von mehreren "Ergänzungen des Fr. 70'000.– betragenden Kauf-

preises" zu handeln scheine. Die Klägerin fechte somit die Gültigkeit eines Liegenschaftenkaufs an, der jedoch dem kantonalen Recht gemäss Art. 231 (alt) OR unterstehe.

C.- Am 20. September 1967 reichte die Stadtgemeinde Chur gegen die Rechtsnachfolgerin der Firma Lendi & Parli, die Neumühle AG, beim Bezirksgericht Plessur eine Klage mit folgenden Rechtsbegehren ein: "1) Es sei gerichtlich festzustellen, dass Art. 3 des Vergleichs zwischen der Stadt Chur und der Handelsfirma Lendi & Parli (Rechtsvorgängerin der heutigen Beklagten) vom 22. Juni 1891 mindestens seit dem 1. Dezember 1963 ungültig ist. 2) Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 22'125.30 nebst 5 % Zins seit 25. Mai 1967 zu bezahlen." Die Klägerin führte zur Begründung aus, ihre Stromlieferungspflicht sei mit der geltenden Rechtsordnung nicht mehr vereinbar; sie verstosse gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten. Ausserdem bestehe ein unerträgliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, da dem Kaufpreis von Fr. 70'000.– eine Energielieferung im Werte von Fr. 1,4 Millionen gegenüberstehe. Eine Wasserrechtskonzession könne übrigens nach dem eidgenössischen Wasserrechtsgesetz (WRG) nur 80 Jahre dauern, so dass das Wassernutzungsrecht der Beklagten spätestens im Jahre 1971 erloschen wäre. Die Stromlieferungspflicht

könne daher nicht über diesen Zeitpunkt hinaus bestehen. Die Beklagte beantragte, auf die Klage nicht einzutreten, da über die gleiche Streitsache schon ein rechtskräftiges Urteil vorliege. Eventuell verlangte sie, die Klage abzuweisen.

D.- Das Bezirksgericht Plessur hiess die Klage am 5. Mai/13. Oktober 1970 gut und stellte fest, dass Art. 3 des Vergleichs zwischen der Stadt Chur und der Firma Lendi & Parli vom 22. Juni 1891 durch Kündigung auf den 31. Dezember 1966 hinfällig geworden sei. Ferner verpflichtete es die Beklagte, der Klägerin den für die Jahre 1964 bis 1966 ausstehenden Pauschalbetrag von insgesamt Fr. 3000.– und für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Mai 1967 für gelieferten Strom zu Tarifpreisen Fr. 4642.05, zusammen Fr. 7642.05 nebst Zins zu 5% seit 25. Mai 1967 zu bezahlen.
Das Kantonsgericht von Graubünden wies die Berufung der Beklagten gegen dieses Urteil am 19. März/27. April 1971 ab. Die Einrede der abgeurteilten Sache, an der die Beklagte festhielt, verwarf es mit dem Bezirksgericht. In der Sache selber liess es sich im wesentlichen von der Erwägung leiten, die Energielieferungspflicht der Klägerin sei obligatorischer Natur und habe nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung nicht auf ewige Zeiten begründet werden können. Der Klägerin, die ihre Pflicht während 75 Jahren erfüllt habe, müsse deshalb das Recht zugestanden werden, den Vertrag zu kündigen. Da nicht angenommen werden könnte, die Firma Lendi & Parli hätte den Vergleich vom 22. Juni 1891 nicht unterzeichnet, wenn sie damit hätte rechnen müssen, dass die Stromlieferung zu den vereinbarten Bedingungen nicht ewig, sondern nur bis Ende 1966 dauern werde, bleibe im übrigen der genannte Vergleich bestehen. Das Urteil der ersten Instanz sei auch hinsichtlich der Zahlungspflicht der Beklagten für die ausstehenden Pauschalbeträge und den zum üblichen Tarif gelieferten Strom zu bestätigen.

E.- Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht eingereicht mit den Anträgen, es aufzuheben und auf die Klage nicht einzutreten, eventuell sie abzuweisen. Die Klägerin beantragt die Abweisung der Berufung.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Soweit der Vergleich vom Jahre 1891 den Kauf der Liegenschaft Meiersboden betrifft, wäre er an sich nach altem Bündner Recht auszulegen, da Grundstückkäufe nach Art. 231

BGE 97 II 390 S. 395

des OR von 1881 dem kantonalen Recht unterstanden. Anders verhält es sich mit Art. 3 des Vergleichs. Obwohl die darin umschriebenen Vorteile für die Firma Lendi & Parli - wirtschaftlich gesehen - ein weiteres Entgelt für die verkaufte Liegenschaft und die abgetretene Wasserrechts-Verleihung bildeten, ist diese Bestimmung nicht als Klausel des Kaufvertrags, sondern als selbständiger Energielieferungsvertrag zu verstehen. Die gesamte, im Vergleich getroffene Vereinbarung stellt deshalb einen zusammengesetzten Vertrag dar, bestehend im wesentlichen aus einem Kauf- und einem Energielieferungsvertrag, die voneinander abhangen. Die für gegenseitige Verträge aufgestellten Grundsätze sind daher analog anwendbar (BGE 38 II 554,BGE 43 II 345; MEIER-HAYOZ, SJK Nr. 1135 N. 3). Es wäre somit in den Jahren 1901 bis 1904 zum vornherein nicht zulässig gewesen, den Energielieferungsvertrag wegen Irrtums unverbindlich zu erklären und den Grundstückkaufvertrag bestehen zu lassen (vgl.BGE 44 II 345). Die Klägerin anerkennt im neuen Prozess die Gültigkeit des Energielieferungsvertrages gemäss Art. 3 des Vergleichs bis 1. Dezember 1963. Streitig ist daher nur, ob der Vertrag wegen Zeitablaufes aufgehoben werden konnte. Diese Frage ist, da der Vertrag im Jahre 1891 also unter der Herrschaft des OR abgeschlossen wurde, nach Bundesrecht zu beurteilen. Dem steht die Verkoppelung mit dem Kaufvertrag nicht entgegen. Art. 1 der Schluss- und Übergangsbestimmungen des OR bestimmt, dass die Vorschriften des Schlusstitels des ZGB auch auf das OR anzuwenden sind. Gemäss Art. 2 SchlT zum ZGB finden die Bestimmungen des Gesetzes, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt sind, auf alle Tatsachen Anwendung, soweit das Gesetz nicht Ausnahmen vorsieht. Die Klägerin beruft sich zur Begründung ihres Anspruchs auf die öffentliche Ordnung, die guten Sitten und den Grundsatz von Treu und Glauben. Lehre und Rechtsprechung haben den aus Art. 2 und 27 ZGB abgeleiteten Grundsatz aufgestellt, dass in der Regel zeitlich unbefristete und unkündbare obligatorische Verpflichtungen durch Kündigung aufgelöst werden können (vgl. BGE 93 II 300 /301 E. 7 und 8 mit Hinweisen). Da die erwähnten Bestimmungen um der Sittlichkeit willen ins Gesetz aufgenommen wurden, sind sie auch auf Verträge anwendbar, die unter der Herrschaft des alten kantonalen Rechts abgeschlossen worden sind.

4. Die Beklagte hält an der Einrede der abgeurteilten Sache

BGE 97 II 390 S. 396

fest. Sie beruft sich auf KUMMER (Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft nach schweizerischem Recht, Bern 1954, S. 66 ff.) und GULDENER (Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 167 f.). Nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 95 II 639 ff.) kann mit der Berufung geltend gemacht werden, der kantonale Richter habe in einer Streitsache, die nach Bundesrecht zu beurteilen ist, die Einrede der abgeurteilten Sache zu Unrecht verworfen. Auf die Berufung ist somit in diesem Punkte einzutreten. Die erwähnten Autoren unterscheiden zwischen individualisierten und nicht individualisierten Rechtsbegehren und sind der Ansicht, gleichlautende individualisierte Rechtsbegehren (z.B. Feststellungsklagen) seien identisch (GULDENER, a.a.O. S. 167; KUMMER, a.a.O. S. 71). Das Bundesgericht hat sich mit dieser Auffassung, die nicht unbestritten geblieben ist (vgl. z.B. THORENS, L'objet du litige dans le procès civil, Mémoires publiés par la faculté de droit de Genève, Nr. 24, S. 33 ff.), bis jetzt nicht auseinandergesetzt. Nach seiner Rechtsprechung

ist der eingeklagte Anspruch mit einem früher beurteilten dann identisch, wenn die Parteien des Vorprozesses dem Richter den gleichen Anspruch aus gleichem Entstehungsgrund erneut zur Beurteilung unterbreiten. Der blosse Wortlaut der Rechtsbegehren ist nicht entscheidend. Massgebend ist vielmehr, ob auch dieselben Tatsachen und rechtlich erheblichen Umstände, mit denen der Kläger den Anspruch begründet, schon im Vorprozess zum Klagegrund gehörten (vgl.BGE 71 II 284). Dieser Ansicht ist auch LEUCH (Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3. Aufl., N. 11 lit. d zu Art. 192, S. 213/14), auf den sich die Beklagte zu Unrecht für ihre These beruft. LEUCH erwähnt an der angeführten Stelle auch die Patentnichtigkeitsklagen, deren Identität oder Nichtidentität nach den gleichen Grundsätzen zu beurteilen sei, während KUMMER (a.a.O. S. 85) eine Wiederholung solcher Klagen mit einem andern als dem früher angerufenen Nichtigkeitsgrund für unzulässig hält. Zu dieser Streitfrage braucht nicht abschliessend Stellung genommen zu werden. Die zu vergleichenden Rechtsbegehren stimmen nämlich inhaltlich nicht überein. Während die Klägerin im Vorprozess auf Feststellung der einseitigen Unverbindlichkeit (wegen Willensmängel) von Art. 3 des Vergleichs vom 22. Juni 1891 geklagt hat, will sie im neuen Prozess die Ungültigkeit jener Bestimmung feststellen lassen. Die Ungültigkeit

umfasst als Oberbegriff die unvollendeten, nichtigen und anfechtbaren Rechtsgeschäfte (VON TUHR/SIEGWART, OR I S. 13 f.). Aber in diesem juristisch-technischen Sinne ist das neue Rechtsbegehren der Klägerin nicht zu verstehen. Der Antrag, Art. 3 des Vergleichs sei "mindestens seit dem 1. Dezember 1963 ungültig" zu erklären, schliesst eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit oder einseitiger Unverbindlichkeit des Energielieferungsvertrages aus; denn die Nichtigkeit oder Unverbindlichkeit wirkt ex tunc, d.h. seit Vertragsschluss. Die Klägerin hat somit durch ein neues Rechtsbegehren die Identität der Klage verändert, nicht bloss, wie die Beklagte behauptet, das Klagebegehren des Vorprozesses durch eine "Zeitangabe" beschränkt. Die Identität einer Klage ist auch dann ausgeschlossen, wenn seit dem Vorprozess neue erhebliche Tatsachen eingetreten sind (vgl. BGE 95 II 640, BGE 85 II 59,BGE 78 II 403,BGE 71 II 285). Nach Auffassung der Beklagten hat sich der Sachverhalt seit dem Vorprozess nicht wesentlich verändert, weil einzig der Zeitablauf hinzugekommen sei. Wohl trifft zu, dass die Parteien den Energielieferungsvertrag zeitlich nicht befristet haben. Ob die Lieferpflicht der Klägerin auf unbegrenzte Dauer begründet oder nach einem gewissen Zeitablauf aufgehoben werden konnte, ist eine im Berufungsverfahren zu überprüfende Rechtsfrage. Die Klägerin hat sich in diesem Zusammenhang namentlich auf die lange Dauer der Lieferungen und auf das Missverhältnis zwischen den Leistungen der Beklagten und dem Gesamtwert dieser Lieferungen, also auf Tatsachen berufen, die nach dem Vorprozess eingetreten sind. Fehlt es somit an der Identität der Rechtsbegehren und der Klagegründe, so hat die Vorinstanz die Einrede der abgeurteilten Sache zu Recht verworfen.

5. Die Vorinstanz hat sich mit der Behauptung der Klägerin, der Energielieferungsvertrag verstosse gegen die öffentliche Ordnung, nicht auseinandergesetzt. Die Klägerin hat nicht dargetan, welche Normen des öffentlichen oder privaten Rechts der Vertrag verletze. Es ist denn auch in der Tat nicht erfindlich, wie ein Energielieferungsvertrag die öffentliche Ordnung, welche die Art. 19 und 20 OR im Auge haben, missachten könnte. Das ist jedenfalls nicht dadurch möglich, dass das Gemeinwesen einem Grossabnehmer elektrischer Energie Vergünstigungen gewährt, die im Zusammenhang mit einem

Kaufvertrag und der Abtretung einer Wasserrechtskonzession ausbedungen worden sind. Art. 7 des Reglements über die Abgabe von elektrischem Strom an die Abonnenten, erlassen am 26. November 1920 vom Grossen

Stadtrat von Chur, auf das sich die Klägerin beruft, stand dem nicht entgegen und gehört übrigens nicht zu den Vorschriften der öffentlichen Ordnung, die die erwähnten Bestimmungen betreffen.

6. Die Klägerin verlangt die Aufhebung des Energielieferungsvertrages auch unter Berufung auf die clausula rebus sic stantibus. Nach Art. 2 Abs. 2 ZGB hat der Richter einen Vertrag dann zu ändern oder aufzuheben, wenn durch nachträgliche, nicht voraussehbare Umstände ein derart offenbares Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung eingetreten ist, dass das Beharren einer Partei auf ihrem Anspruch als missbräuchlich erscheint (vgl. BGE 93 II 189 mit Hinweisen; VON TUHR/SIEGWART, OR II S. 614; VON BÜREN, OR S. 118, 404/05). a) Im vorliegenden Fall ist das Missverhältnis nicht auf veränderte Umstände zurückzuführen. Es bestand schon von Anfang an und zwar in grösserem Masse als heute. Die Beklagte (oder ihre Rechtsvorgängerin) hatte nach dem Vergleich Anspruch auf die Lieferung von 250'000 kWh im Jahr und musste dafür jährlich Fr. 1000.– bezahlen. Das Werk Rabiusa (Sand) erzeugte in den Jahren 1891 bis 1900 nur 325'000 kWh Energie im Jahr, so dass also damals rund 77% dieser Produktion der Firma Lendi & Parli zu liefern waren. In der Folge verbesserte sich dieses ungünstige Verhältnis. Von 1901 bis 1917 erzeugte das Werk Rabiusa 975'000 kWh und von 1918 bis 1945 2'225,000 kWh im Jahr. Die Elektrizitätsproduktion im Werk Rabiusa stieg in den Jahren 1948 bis 1968 auf rund 4 bis 5 Millionen kWh an. Die gesamte Erzeugung an elektrischer Energie der Industriellen Betriebe der Stadt Chur betrug in dieser Zeit zwischen rund 64 und rund 87 Millionen kWh. Die Strompreise sanken seit 1891 ständig. Während sie 1892-1920 durchschnittlich 14,6 Rappen je kWh betrugen (im Jahre 1895 sogar 25 Rappen), machten sie 1921-1963 durchschnittlich 4,9 Rappen aus. Entsprechend verbesserte sich auch das Verhältnis zwischen dem Wert der Stromlieferungen und der dafür entrichteten pauschalen Entschädigung. b) Aus dem "Abschied" des Stadtrates von Chur an die Einwohnergemeinde vom 20. Juni 1891 ergibt sich übrigens,

dass sich Volk und Behörden des Missverhältnisses zwischen den beiden Leistungen bewusst waren, heisst es doch dort: "Die Herren Lendi & Parli erhalten durch diesen (Vergleich) freilich ansehnliche elektrische Kraft zu einem verhältnismässig billigen jährlichen Betrag, allein bestimmend müssen für uns die bedeutenden Vorteile sein, welche der Stadt ... erwachsen ..." Diese Vorteile wurden den Stimmbürgern im gleichen Dokument auseinandergesetzt: Erwerb der Liegenschaft Meiersboden mit den Rabiusa-Wasserkräften um den gleichen Preis, den die Firma Lendi & Parli bezahlt hatte; Verfügung über alle Wasserkräfte im Gebiet der Plessur und der Rabiusa; rasche Verwirklichung der elektrischen Beleuchtung; günstige Zeiten für die Stromlieferung an die Firma Lendi & Parli; Niederlassung dieser Firma in Chur statt in der Gemeinde Churwalden usw. Ist somit das Missverhältnis nicht auf veränderte Umstände zurückzuführen, so ist die auf Art. 2 Abs. 2 ZGB beruhende clausula rebus sic stantibus schon aus diesem Grunde nicht verletzt.

7. Der in Art. 3 des Vergleiches abgeschlossene Energielieferungsvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis. Nach Lehre und Rechtsprechung können obligatorische Verträge nicht auf "ewige" Zeiten vereinbart werden; sie sind kündbar (BGE 93 II 300 Erw. 7 mit Hinweisen). Ob man freilich die Kündbarkeit des Vertrags wie im erwähnten Urteil des Bundesgerichts i.S. Gemeindeverband Wasserversorgung Saurenhorn gegen Aeberhard damit begründen kann, die gegenteilige Annahme führe zu einer mit Art. 27 ZGB unvereinbaren Beschränkung der persönlichen Freiheit, mag hier fraglich erscheinen, da die Klägerin eine Gemeinde ist, die durch die Energielieferungspflicht in ihren finanziellen Interessen nicht ernstlich beeinträchtigt wird. Man wird deshalb auch kaum sagen können, sie werde durch einen unkündbaren Energielieferungsvertrag im Gebrauche ihrer Freiheit in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränkt. Beim Gemeindeverband Wasserversorgung Saurenhorn lagen die Verhältnisse anders: Es bestand eine wirtschaftliche Notlage, weil die Einnahmen aus den seinerzeitigen Wasserverkäufen längstens für den laufenden Unterhalt der Anlagen verbraucht worden waren und weil sich die Wasserkäufer weigerten, an die grossen Kosten des Unterhalts, der Erneuerung und der Erschliessung neuer Wasservorkommen beizutragen, obwohl der Wasserverbrauch

im Vergleich zu früher viel grösser geworden war. Solche Umstände bestehen hier nicht. Die Leistungen der Klägerin, die in einem ausgesprochenen Missverhältnis zu den Gegenleistungen der Beklagten stehen, bilden in ihrer Betriebsrechnung einen untergeordneten Posten und verhindern nicht, dass ihr Elektrizitätswerk Jahr für Jahr ganz erhebliche Überschüsse erzielt. LIVER hat bei der Besprechung von BGE 93 II 290 f. (ZBJV 1969 S. 9 ff.) darauf hingewiesen, dass Art. 27 ZGB in solchen Fällen eine unzulängliche Grundlage bilde und dass besser auf den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben des Art. 2 ZGB zurückzugreifen sei. Dem ist beizupflichten. Das bedingt, dass man auf den Zweck abstellt, den die Parteien seinerzeit mit dem Abschluss des Stromlieferungsvertrages verfolgt haben. Die Vorinstanz hat zwar darüber keine Feststellungen getroffen, doch ergeben sie sich aus der Lage, in der sich die Parteien im Jahr 1891 befanden sowie aus dem Text des damals abgeschlossenen Vergleichs und des erwähnten "Abschieds" des Stadtrates von Chur vom 20. Juni 1891. Die Firma Lendi & Parli hatte von der Gemeinde Churwalden die Wasserrechte an der Rabiusa erworben, soweit sie dieser Gemeinde zustanden. Infolge des Verkaufs der Liegenschaft Meiersboden musste sie auf ihre Absicht, dort eine Mühle zu errichten und sie mit einem Wasserkraftwerk zu betreiben, verzichten. Als Entschädigung für die abgetretene Wasserrechtskonzession vereinbarten die Parteien neben dem Kaufpreis für die Liegenschaft Meiersboden und der Erstattung aller Aufwendungen die Lieferung von Strom zu einem Vorzugspreis durch die Stadt Chur. Es darf deshalb nach dem Grundsatz von Treu und Glauben angenommen werden, dass die Parteien stillschweigend davon ausgingen, die Stromlieferungen seien für die Dauer der Konzession vereinbart. Diese Annahme rechtfertigt sich umsomehr, als das Gesetz sogar dingliche Nutzungsrechte zeitlich begrenzt, obwohl sonst dingliche Beschränkungen des Eigentums auf unbegrenzte Zeit bestehen können. So endigt z.B. die Nutzniessung juristischer Personen gemäss Art. 749 Abs. 2 ZGB spätestens nach 100 Jahren, kann das Baurecht gemäss Art. 7791 ZGB höchstens auf hundert Jahre und das Wohnrecht nur auf Lebenszeit des Berechtigten begründet werden (Art. 776 Abs. 2 ZGB). Auch Grundlasten können nach dreissigjährigem Bestand gemäss Art. 788 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB abgelöst werden.

8. Die Beklagte räumt zwar ein, dass die Stromlieferungspflicht der Klägerin nicht Gegenstand einer Grundlast im Sinne der Art. 782 ff. ZGB sei. Sie macht aber geltend, die Parteien hätten obligatorisch genau das vereinbart, was Art. 788 Abs. 3 ZGB vorsieht, nämlich die Verkoppelung eines Wassernutzungsrechts mit einer Stromlieferungspflicht, die inhaltlich einer Dienstbarkeit und einer Grundlast entsprächen. Art. 788 Abs. 3 ZGB, der in solchen Fällen die Ablösung der Grundlast ausschliesse, müsse daher analog angewendet werden. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Freilich können Rechtsverhältnisse mit dienstbarkeits- und grundlastrechtlichem Inhalt auch obligatorisch vereinbart werden; und es kann nicht ausgeschlossen werden, dass dann auf sie Bestimmungen des Gesetzes über Dienstbarkeiten und Grundlasten wenigstens analog angewendet werden. Das ist jedoch hier hinsichtlich des Art. 788 Abs. 3 ZGB zum vornherein nicht möglich. Im Entscheid 93 II 76 ff. Erw. 3 hat das Bundesgericht erklärt, dass eine Grundlast nur dann im Sinne des Art. 788 Abs. 3 ZGB mit einer unablösbaren Grunddienstbarkeit verbunden sei, wenn beide das gleiche Grundstück belasten. Wenn die Pflicht zur Stromlieferung ihrem Inhalt nach überhaupt als grundlastähnlich gelten könnte, so fehlte es an einer damit verbundenen grunddienstbarkeitsähnlichen Verpflichtung der Klägerin; denn das ihr gemäss Konzession zustehende Wasserrecht stellt keine Belastung dar. Wollte man demzufolge auf dem Weg der Analogie vorgehen, so müsste man zum Schluss kommen, dass die Stromlieferungspflicht der Klägerin gemäss Art. 788 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB schon nach dreissigjährigem Bestand hätte abgelöst werden können.

9. Der nach Erwägung 7 hievor bestehenden Möglichkeit, den Stromlieferungsvertrag nach Ablauf einer angemessenen Zeitspanne durch Kündigung zu beenden, steht nicht entgegen, dass der Energielieferungsvertrag seinerzeit mit einem Kaufvertrag gekoppelt wurde. Nach der eigenen Darstellung der Beklagten bildete die Stromlieferungspflicht ein Äquivalent für die Abtretung der Wasserrechtsverleihung. Daher darf zwanglos angenommen werden, die Klägerin sei berechtigt, den Energielieferungsvertrag auf den Zeitpunkt zu künden, an welchem die Konzession abläuft.

10. Fraglich mag sein, wann die Konzession abläuft oder abgelaufen ist. Darüber finden sich weder Feststellungen im

angefochtenen Urteil noch Anhaltspunkte in den Akten. Die Beklagte beruft sich hilfsweise auf Art. 58 Abs. 1 WRG, wonach die Verleihung 80 Jahre von der Eröffnung des Betriebs an dauert. Zwar können nach Abs. 2 dieser Bestimmung Gemeinwesen die Erneuerung der Konzession verlangen. Eine Übertragung auf Private ist dagegen nicht möglich. Die Frist von 80 Jahren soll nach der Beklagten mit dem Jahre 1903 beginnen, weil damals die Gemeinde Churwalden der Klägerin die Konzession gegen eine einmalige Zahlung von Fr. 22'500.– erteilt habe. Letztere Behauptung findet weder im angefochtenen Urteil noch in den Akten eine Stütze. Sie steht zudem im Widerspruch zur Darstellung der Beklagten, ihre Rechtsvorgängerin habe die Konzession schon im Jahre 1891 besessen und damals der Klägerin abgetreten. Wie es sich damit verhält, kann dahingestellt bleiben. Die Beklagte übersieht - und das ist entscheidend -, dass gemäss Art. 74 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen des WRG Art. 58 dieses Gesetzes für Wasserrechte, die vor dem 25. Oktober 1908 (Tag der Volksabstimmung über Art. 24 bis BV) begründet worden waren, nicht gilt. Die Dauer der von der Gemeinde Churwalden erteilten Konzession ist deshalb nach dem Recht des Kantons Graubünden, das zu dieser Zeit galt, zu bemessen. Das Bundesgericht kann dieses Recht gemäss Art. 65 OG selber anwenden oder die Sache an die Vorinstanz zurückweisen. Nach Art. 10 des Bündner Gesetzes betreffend die Benutzung der öffentlichen Gewässer des Kantons Graubünden zur Errichtung von Wasserwerken vom 18. März 1906 (abgedruckt bei GEISER/ABBÜHL/BÜHLMANN, Einführung und Kommentar zum Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, 1921, S. 399 ff.) durfte eine Konzession auf höchstens 60 Jahre erteilt werden. Ausnahmsweise konnte der Kleine Rat längere Konzessionen bewilligen, wenn bei einer kürzern Dauer die Unternehmung nicht zustande kam. Übergangsbestimmungen, die schon bestehende, auf eine längere Dauer als 60 Jahre erteilte Konzessionen vorbehielten, finden sich in diesem Gesetz nicht, vielleicht weil die Gemeinden vor Inkrafttreten des Gesetzes Konzessionen im allgemeinen auf die Dauer von ca. 60 Jahren erteilt haben (O. WIELAND, Die Wasserrechtsverleihung im Kanton Graubünden, Diss. Zürich 1941, S. 124). Da der Kanton Graubünden erstmals auf diesem Gebiet legiferierte (WIELAND, a.a.O. S. 18 ff.), musste er auch nicht frühere Erlasse förmlich

aufheben. Es kann deshalb angenommen werden, die Höchstdauer von 60 Jahren seit Erteilung der Konzession (WIELAND, a.a.O. S. 125) habe auch für schon bestehende Wasserrechtsverleihungen gegolten. Die Klägerin hat daher den Stromlieferungsvertrag auf den 31. Dezember 1966 künden dürfen, da die Konzession über 60 Jahre gedauert hat, sei diese nun 1891 oder 1903 erteilt worden.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden vom 19. März/27. April 1971 bestätigt.