

kursbeklagte Joder haben die Abweisung der Beschwerde beantragt.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

Art. 59 BV schützt nach feststehender Praxis (AS 10 S. 38 Erw. 2 und zahlreiche spätere Urteile) den Schuldner nur beim Richter seines Wohnortes zur Zeit der Anhängigmachung der Klage bzw. der Einleitung des Rechtsstreites: ein erst nach diesem Zeitpunkt eintretender Wohnsitzwechsel hat demnach auf die Zuständigkeit in dem eingeleiteten Prozesse keinen Einfluss. Durch welche Handlungen ein Prozess einzuleiten ist und mit welchem Augenblicke also der Gerichtsstand für denselben festgelegt wird, beurteilt sich, wie ebenfalls stets erklärt wurde, nach dem Prozessrecht des Kantons, in welchem der Prozess geführt wird, das demnach speziell auch darüber entscheidet, ob hiefür schon die Einreichung der Klage (des Ladungsgesuches) beim Richter oder erst deren Mitteilung (die Zustellung der Ladung) an den Beklagten genügt. Für das bernische Recht wird die Frage hinsichtlich der erst- und letztinstanzlich vom Amtsgerichtspräsidenten zu beurteilenden Streitigkeiten gelöst durch § 294 der neuen Zivilprozessordnung von 1918, wonach in solchen « die Rechtshängigkeit mit der Anbringung des Gesuches um Ladung des Beklagten beim Richter eintritt ». Dieses Ladungsgesuch, welches nach gesetzlicher Vorschrift auch das Rechtsbegehren enthielt, war aber im vorliegenden Falle schon am 6. April 1921 beim Richteramt III von Bern eingereicht worden, in einem Zeitpunkte, als der Rekurrent seinen Wohnsitz noch im Kanton Bern, in Rain bei Gasel, hatte (auch nach dem von ihm selbst vorgelegten Zeugnis des Gemeinderats von Waltenschwil ist er erst im Mai 1921 an letzteren Ort umgezogen und hat hier einen neuen Wohnsitz begründet). War demnach in jenem Zeitpunkte der bernische Richter in der Sache

unzweifelhaft noch zuständig, so kommt aber nichts darauf an, dass die Zustellung der Ladung an den Rekurrenten erst erheblich später, als er schon in Waltenschwil domiziliert war, erfolgte und wodurch diese Verzögerung in der Behandlung der Sache verursacht wurde (nach der Auskunft des Gerichtspräsidenten wäre sie darauf zurückzuführen, dass im ersten Halbjahre 1921 die Stelle des III. Gerichtspräsidenten während einiger Zeit nicht besetzt war).

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**27. Urteil vom 15. Juli 1922**

**i. S. Elektrizitätswerk Olten-Aarburg A.-G.  
gegen Solothurn Regierungsrat und Obergericht.**

Neufestsetzung des vom Inhaber einer Wasserrechtskonzession zu entrichtenden Wasserzinses gestützt auf einen dessen periodische Revision durch die Verleihungsbehörde vorsehenden Vorbehalt der Konzession. Anfechtung des Masses der Erhöhung wegen Missachtung von Vorschriften des kantonalen und eidgenössischen Wasserrechtsgesetzes. Der Streit darüber fällt als solcher zwischen Beliehenem und Verleihungsbehörde über die aus dem Verleihungsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten unter Art. 71 des letzteren Gesetzes. Zulässigkeit einer Parteivereinbarung, wonach er unter Ausschluss der kantonalen Gerichtsbehörde (Art. 71 Abs. 1) erst- und letztinstanzlich vom Bundesgericht beurteilt werden soll.

A. — Die A.-G. Elektrizitätswerk Olten-Aarburg mit Sitz in Olten ist Inhaberin einer Konzession des Regierungsrates des Kantons Solothurn vom 17. September 1909 für Erstellung und Betrieb eines Wasserwerkes an der Aare bei Winznau und Obergösgen. Durch Beschluss des Regierungsrates vom 16. Februar 1912 wurde

die Konzession auf den Aare-Flusslauf von Obergösgen bis Niedergösgen ausgedehnt. Am 7. Dezember 1917 erfolgte eine neue Konzessionserweiterung, die sich auf die Stauhöhe bezog. Da mit der letzteren Erweiterung auf das Gebiet des Kantons Aargau übergegriffen wurde, war auch die Bewilligung des aargauischen Regierungsrates nötig; sie wurde am 26. Dezember 1917 erteilt.

Nach § 34 Abs. 1 der Konzession vom 17. September 1909 war die dem Kanton Solothurn zu bezahlende Konzessionsgebühr (Wasserzins) für die ersten zehn Jahre, vom Tage der Konzessionserteilung an gerechnet, auf jährlich pauschal 24,000 Fr. festgesetzt; bei den Konzessionserweiterungen wurde diese Summe auf 50,000 Fr. und 55,000 Fr. erhöht. § 34 Abs. 2 der Konzession bestimmt: « Nach Ablauf der ersten zehn Jahre (Abs. 1) und je nach Verfluss eines ferneren Jahrzehntes wird der Regierungsrat auf Grund des Gesetzes betreffend die Taxation der staatlich konzessionierten Wasserfallrechte vom 3. April 1892 die Wasserkraft der Anlage, den Einheitspreis per Pferdekraft und die demgemäss zu entrichtende jährliche Konzessionsgebühr für eine weitere zehnjährige Periode festsetzen. » Demgemäss hat der Regierungsrat des Kantons Solothurn am 9. Januar 1920 folgenden Beschluss gefasst:

1. Die Konzessionsgebühr für das Kraftwerk Olten-Gösgen wird für die Zeit vom 17. September 1919 bis 17. September 1929 auf 6 Fr. per Pferdekraft festgesetzt.

2. Die jährliche Konzessionsgebühr für 43,468 Pferdekraften à 6 Fr. beträgt 260,808 Fr.

3. Nach § 3 des Gesetzes ist die Gebühr jeweils zum Voraus auf 1. Juli zu bezahlen. Für die Zeit vom 17. September 1919 bis 1. Juli 1920 beträgt

dieselbe  $\frac{260,808 \times 286}{365} = \dots \dots \dots$  Fr. 204,359.—

Für die nämliche Zeit sind bereits

bezahlt worden  $\frac{55,000 \times 286}{365} = \dots \dots \dots$  » 43,096.—

somit Nachzahlung =  $\dots \dots \dots$  Fr. 161,263.—

4. Aenderungen in der bestehenden eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung bleiben vorbehalten.

Das Elektrizitätswerk Olten-Aarburg erhob am 23. Januar 1920 gegen diesen Beschluss Einsprache, worin es sich gegen die Festsetzung der zinspflichtigen Pferdekraften und gegen die Höhe des Wasserzinses (Konzessionsgebühr) wendete. Am 16. Juli 1920 trat jedoch der Regierungsrat auf die Einsprache, die er als Wiedererwägungsgesuch bezeichnete, nicht ein.

B. — Mit Eingabe vom 22./23. September 1920 hat darauf Fürsprecher Dr. Hugo Meyer in Olten namens des Elektrizitätswerkes Olten-Aarburg-A.-G. gegen den Regierungsrat des Kantons Solothurn beim Bundesgericht folgende Begehren gestellt: « Es sei gerichtlich festzustellen und zu erkennen:

1. dass die von der Elektrizitätswerk Olten-Aarburg-A.-G. für ihr Kraftwerk Olten-Gösgen dem Staate Solothurn für die Periode vom 17. September 1919 an auf zehn Jahre zu vergütende Wasserkraft 47,306 Brutto-Pferdekraften, eventuell 33,114,2 solothurnische Effektiv-Pferdekraften betrage;

2. dass die für diese Kraftmenge von der Elektrizitätswerk Olten-Aarburg-A.-G. für die erwähnte zehnjährige Periode dem Staate Solothurn zu bezahlende Konzessionsgebühr (Wasserzins) nach Massgabe eines Preisansatzes von 3 Fr. 15 Cts. pro Brutto-Pferdekraft, eventuell von 4 Fr. 50 Cts. pro solothurnische Effektiv-Pferdekraft zu berechnen sei;

3. dass demgemäss die während der erwähnten zehnjährigen Periode von der Elektrizitätswerk Olten-Aarburg-A.-G. an den Staat Solothurn jährlich zu entrichtende Konzessionsgebühr (Wasserzins), total 149,014 Fr. betrage;

4. dass das nach Massgabe dieser Konzessionsgebühr (Wasserzins) von der Elektrizitätswerk Olten-Aarburg-A.-G. für die Zeit vom 17. September 1919 bis und mit 30. Juni 1920, d. h. für 288 Tage dem Staate

Solothurn zu zahlende Betreffnis 117,256 Fr. 92 Cts. betrage, an welche Summe das dieser Zeit entsprechende Betreffnis der früheren Konzessionsgebühr von 43,278 Fr. 69 Cts. anzurechnen sei ;

5. dass die Elektrizitätswerk Olten-Aarburg-A.-G. für dieses Mehrbetreffnis per 73,978 Fr. 23 Cts. pro 17. September 1919 bis 30. Juni 1920 und für die Konzessionsgebühr per 149,014 Fr. pro 1. Juli 1920 bis 30. Juni 1921 keinen Zins, eventuell Zins erst ab 24. August 1920 und nur zu 5 % zu bezahlen habe, u. K. u. E. F. »

Zur Begründung wird geltend gemacht, dass die Festsetzung der Konzessionsgebühr durch die Beschlüsse vom 9. Januar/16. Juli 1920 gegen Bundes- und kantonales Recht verstosse. Sie verletze folgende Bestimmungen des solothurnischen Gesetzes betreffend Taxation der staatlich konzessionierten Wasserfallkräfte vom 3. April 1892 : 1. § 1 Abs. 1 durch unrichtige Deutung und Berechnung der « nutzbaren mittleren sekundlichen Wassermenge » ; 2. § 1 Abs. 2 durch unrichtige Auslegung des Begriffes der « nutzbaren Fallhöhe » ; 3. § 2 Abs. 1 durch Ausserachtlassung der bei Festsetzung der Konzessionsgebühr zu berücksichtigenden « Verhältnisse der Ausnützung » und durch Anwendung des maximalen Gebührenansatzes. Überdies liege auch eine Missachtung von Art. 4 der Bundesverfassung vor, weil der Regierungsrat in andern ähnlichen Fällen das Gesetz anders ausgelegt und angewendet habe. Das Bundesrecht werde durch die Regierungsratsbeschlüsse verletzt, weil sie die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, vom 22. Dezember 1916, betreffend die Berechnung des Wasserzinses nicht beachteten und gegen Art. 4 BV verstiessen.

Hinsichtlich der Zuständigkeit beruft sich die Klägerin auf Art. 71 Abs. 2 des genannten Bundesgesetzes, fügt aber bei, da es zweifelhaft sei, ob nicht Art. 71 Abs. 1 hier zutrefte, habe sie die gleiche Klage auch beim solothurnischen Obergericht hängig gemacht. Der an-

geführte Artikel lautet : « Entsteht Streit zwischen dem Beliehenen und der Verleihungsbehörde über die aus dem Verleihungsverhältnisse entspringenden Rechte und Pflichten, so entscheidet, wo dieses Gesetz oder die Verleihung nichts anderes bestimmt, in erster Instanz die zuständige kantonale Gerichtsbehörde und in zweiter Instanz das Bundesgericht als Staatsgerichtshof. Ist die Verleihung von mehreren Kantonen oder vom Bundesrat erteilt worden, so entscheidet das Bundesgericht erst- und letztinstanzlich als Staatsgerichtshof.

C. — Der Regierungsrat des Kantons Solothurn, eingeladen sich über die Frage der Zuständigkeit zu äussern, hat beantragt, es sei auf die Beschwerde wegen Inkompetenz nicht einzutreten : Es handle sich nicht um eine von mehreren Kantonen erteilte Konzession und nicht um einen Streit zwischen dem Beliehenen und der Verleihungsbehörde über die aus dem Verleihungsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten, sondern um einen solchen über die Anwendung des kantonalen Taxationsgesetzes, zu dessen Beurteilung der Regierungsrat, unter Vorbehalt der Weiterziehung an den Kantonsrat zuständig sei.

D. — Das Bundesgericht hat mit Beschluss vom 5. November 1920 die Behandlung der Sache eingestellt, bis das solothurnische Obergericht über seine Zuständigkeit zur Beurteilung der bei ihm eingereichten Klage entschieden haben werde. Vor dem Obergericht war vom Regierungsrat Solothurn ebenfalls die Einrede der Unzuständigkeit erhoben worden, weil keine Streitigkeit nach Art. 71 des Bundesgesetzes vorliege. Nachdem darüber gemäss den Vorschriften des kantonalen Zivilprozesses schriftlich und mündlich verhandelt worden war, hat das Obergericht am 22. Juni 1921 erkannt :

« 1. Die Einrede des Beklagten ist als begründet erklärt und das Obergericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache nicht zuständig.

2. Die Klägerin und Einredebeklagte hat dem

Beklagten und Einredekläger die gesetzlichen Parteikosten mit einer Einleitungsgebühr von 150 Fr., einer Vortragsgebühr von 60 Fr. und einer Vorstandsgebühr von 10 Fr. im Gesamtbetrag von 276 Fr. 70 Cts. zu bezahlen.

3. Die Klägerin und Einredebeklagte hat die Gerichtskosten mit einer Gerichtsgebühr von 150 Fr. zu bezahlen. »

Die Erwägungen führen aus, es handle sich zwar um einen Anstand zwischen Beliehenem und Verleihungsbehörde über die aus dem Verleihungsverhältnis entstehenden Rechte und Pflichten im Sinne von Art. 71 des Bundesgesetzes (§§ 2 und 34 der Konzession vom 17. September 1909). Allein zur Beurteilung solcher Streitigkeiten wären die in diesen Bestimmungen genannten Behörden nur dann zuständig, wenn das Bundesgesetz oder die Verleihung nichts anderes bestimmte, und das sei mit Bezug auf Anstände über den Wasserzins der Fall. In der Festsetzung desselben seien die Kantone nur durch die Vorschriften von Art. 48 Abs. 3, 49 bis 51 des Bundesgesetzes beschränkt, im übrigen gelten dafür das kantonale Recht und das kantonale Verfahren weiter; über die Einhaltung der bundesrechtlichen Schranken habe der Bundesrat zu wachen (Art. 48 Abs. 3 und Kommentar GEISER und ABBÜHL S. 87 und 88, 179).

E. — Gegen dieses den Parteien am 29. März 1922 schriftlich mitgeteilte Urteil hat die Klägerin innert 20 Tagen beim Obergericht die Weiterziehung an das Bundesgericht erklärt, und unter eingehender Begründung beantragt, es sei dasselbe aufzuheben, die Unzuständigkeitseinrede des Regierungsrates von Solothurn abzuweisen und dieser zu verpflichten, sich auf die beim solothurnischen Obergericht eingereichte Klage einzulassen. Die gleichen Begehren mit der nämlichen Begründung hat die Klägerin in einer direkt an das Bundesgericht gerichteten Eingabe vom 17./18. April

1922 gestellt. Es wird daran festgehalten, dass der Streit unter Art. 71 des Bundesgesetzes falle, und zwar unter Abs. 1 dieser Bestimmung. Die Eingabe an das Obergericht ist mit den Akten dem Bundesgericht übermittelt worden, das die Behandlung ins staatsrechtliche Verfahren verwies und eine Antwort des Regierungsrates von Solothurn einholte. Dieser beantragte Nichteintreten eventuell Abweisung, ersteres deshalb, weil es sich um eine staatsrechtliche Beschwerde handle, die Frist zur Erhebung einer solchen aber mit der mündlichen Eröffnung des kantonalen Urteils zu laufen begonnen habe, letzteres unter Wiederaufnahme der Begründung der vor Obergericht und Bundesgericht erhobenen Unzuständigkeitseinrede.

F. — In einer von der Instruktionskommission des Bundesgerichts angeordneten Vorverhandlung einigten sich die Parteien nach Darlegung der Prozesslage durch den Instruktionsrichter darüber, dass das Bundesgericht unter Vorbehalt der Prüfung der Frage, ob überhaupt ein Streit nach Art. 71 WRG vorliege, als einzige Instanz über den Streit zu entscheiden habe.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Nachdem das solothurnische Obergericht über die Frage des Eintretens auf die bei ihm erhobene Klage geurteilt hat, ist es nun am Bundesgericht über seine Zuständigkeit zur Beurteilung der bei ihm eingereichten Klage selbständig Beschluss zu fassen.

2. — Mit den Klagebegehren wird der Beschluss des solothurnischen Regierungsrates vom 9. Januar 1920 betreffend Festsetzung des von der Klägerin für die Zeit vom 17. September 1919 an auf zehn Jahre zu entrichtenden Wasserzinses angefochten und die Herabsetzung des jährlichen Wasserzinses auf 149,014 Fr. statt der verlangten 260,808 Fr., und eine entsprechende Berichtigung der auf den 30. Juni 1920 bestimmten Zahlungs- und Zinspflicht verlangt. Die Begehren

werden damit begründet, dass die regierungsrätliche Festsetzung in verschiedenen Beziehungen mit dem kantonalen Gesetz betreffend Taxation der staatlichen konzessionierten Wasserrechte und auch mit den Vorschriften des Bundesrechtes über die Berechnung des Wasserzinses nicht übereinstimme.

3. — Ob das Bundesgericht zur Beurteilung dieser Begehren zuständig sei, hängt in erster Linie davon ab, ob man es mit einer Streitigkeit zwischen dem Beliehenen und der Verleihungsbehörde über die aus dem Verleihungsverhältnisse entspringenden Rechte und Pflichten im Sinne von Art. 71 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte zu tun habe. Die Frage ist zu bejahen: der Wasserzins ist ein Entgelt, eine Gegenleistung des Beliehenen für die Einräumung des staatlichen Rechts zur Ausnutzung der Wasserkraft. Die Pflicht dazu wird durch die Verleihung begründet und bleibt eine solche aus dem Verleihungsverhältnis auch dann, wenn für die Festsetzung gesetzliche Regeln materieller und formeller Art bestehen, wie dies für Solothurn zutrifft. Daran ändert der Umstand nichts, dass kantonales Gesetz eine periodische Revision des Wasserzinses stattzufinden hat: Auch eine so revidierte Auflage bleibt eine Verpflichtung des Beliehenen aus dem Verleihungsverhältnis; und auch da bleibt der Regierungsrat Verleihungsbehörde, nicht nur deshalb, weil er die Revisionen vorzunehmen hat, sondern auch deshalb, weil er im Verleihungsverhältnis den Staat in seinen Rechten und Pflichten dem Beliehenen gegenüber vertritt. Nach dem Wortlaute des Entwurfes zum Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte könnten allerdings über die Frage Zweifel entstehen, weil dort die entsprechende Bestimmung in Art. 50 dahin lautete, dass Streitigkeiten zwischen dem Beliehenen und der verleihenden Behörde über den Inhalt der Verleihung oder über ihre durch gegenwärtiges Gesetz bestimmten gegenseitigen Rechte und Pflichten durch die

dieselbst bezeichneten Behörden zu entscheiden seien. Allein einmal waren im Entwurf über die Höhe und die Berechnung des Wasserzinses weitergehende Vorschriften enthalten, als im Gesetz, welche unter die « durch das gegenwärtige Gesetz bestimmten » Pflichten des Beliehenen fielen, und sodann wäre wohl auch nach jener Fassung ein Streit über die Höhe des Wasserzinses als ein solcher über den Inhalt der Verleihung anzusehen gewesen, zumal da nach dem Entwurf der Wasserzins während der Dauer der Verleihung nicht erhöht werden durfte (Art. 39 Abs. 3). Keinenfalls aber können Zweifel darüber, ob die Fassung des Entwurfes die vorliegende Streitigkeit erfasst hätte, zu einer einschränkenden Auslegung des nach dem Wortlaut auf dieselbe unzweifelhaft zutreffenden Art. 71 des Gesetzes führen.

4. — Der Regierungsrat von Solothurn stützt sich für seine abweichende Auffassung darauf, dass nach der verfassungsmässigen Ausscheidung der Bundes- und der kantonalen Hoheit auf diesem Gebiete und nach Art. 48 des Gesetzes die Festsetzung des Wasserzinses den kantonalen Behörden zustehe und diese hier nur durch die Vorschriften der Art. 49 bis 51 des BG beschränkt seien. Es ist richtig, dass Verfassung und Gesetz nicht nur den Wasserzins den Kantonen gesichert, sondern auch seine Festsetzung den kantonalen Behörden überlassen haben, wie sich nicht nur aus den Art. 24 bis Abs. 5 und 6 BV und aus Art. 48 des BG, sondern auch aus den Beratungen der Bundesversammlung über den bundesrätlichen Gesetzesentwurf ergibt. Nach dem Wortlaut von Art. 48 Abs. 3 wäre auch der Bundesrat, der im übrigen darüber zu wachen hat, dass die Ausnützung der Wasserkräfte nicht durch die dem Beliehenen auferlegten Bedingungen und Leistungen wesentlich erschwert wird, hiebei an die kantonale Festsetzung von Wasserzins und Gebühren gebunden. Das schliesst aber nicht aus, dass die kantonalen Behörden bei dieser Festsetzung einmal die dafür bestehenden kantonalen Vorschriften und so-

dann die bundesrechtlich aufgestellten Schranken, insbesondere die Art. 49 bis 51 des Bundesgesetzes zu beobachten haben. Die letztern Bestimmungen treten neben die einschlägigen kantonalen Vorschriften, die dadurch, wo sie nicht übereinstimmen, ergänzt oder abgeändert werden. Es ist klar, dass die Beobachtung solcher, den kantonalen Behörden gezogenen bundesrechtlichen Schranken der Kontrolle einer Bundesbehörde unterstehen muss, und es wäre dafür die Beschwerde an den Bundesrat gegeben, sofern das Gesetz nicht auf andere Weise für jene Kontrolle sorgt. Dies ist nun aber eben durch die Vorschrift von Art. 71 des Bundesgesetzes geschehen, wonach Streitigkeiten zwischen dem Beliehenen und der Verleihungsbehörde über die aus dem Verleihungsverhältnisse entspringenden Rechte und Pflichten ober- oder letztinstanzlich vom Bundesgericht zu entscheiden sind. Das Verleihungsverhältnis mit den daraus für den Beliehenen entstehenden Rechten und Pflichten wird so unter einen besonderen Rechtsschutz gestellt, in letzter Linie unter den Schutz des Bundesgerichts. Es liegt darin eine weitere, nicht das materielle Verleihungsrecht, sondern die Zuständigkeiten und das Verfahren betreffende bundesrechtliche Einschränkung des in erster Linie massgebenden kantonalen Rechts, die für das Bundesgericht massgebend ist, selbst wenn dabei die Bundesgesetzgebung über die Verfassung hinausgegangen sein sollte (Art. 113 Abs. 3<sup>r</sup> der BV), was übrigens wohl verneint werden müsste, da die Einführung eines solchen Rechtsschutzes als eine zur Sicherung der zweckmässigen Nutzbarmachung der Wasserkräfte erforderliche Anordnung (Art. 24 bis Abs. 2 BV) angesehen werden kann. Die Bestimmung beruht auf dem Gedanken, dass zwischen der Verleihungsbehörde und dem Beliehenen durch die Verleihung ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Rechten und Pflichten entsteht, einem durch Vertrag begründeten Verhältnis vergleichbar, und der Beliehene deshalb einen rechtlich geschützten Anspruch darauf

hat, dass die Verleihungsbehörde ihm gegenüber die Verleihungsbestimmungen einhalte, wobei die allgemeinen, das Verhältnis betreffenden Vorschriften des kantonalen und eidgenössischen Rechts ergänzend in Betracht fallen. Dabei hat sich das Gesetz nicht begnügt, eine Rechtskontrolle über die Einhaltung der bundesrechtlichen Schranken durch das Bundesgericht einzuführen, wie dies nach dem bundesrätlichen Entwurfe beabsichtigt gewesen zu sein scheint. Sondern es greift einerseits auch in die kantonale Zuständigkeitsordnung ein, indem es solche Streitigkeiten, soweit sie nicht direkt an das Bundesgericht gehen, an die kantonalen Gerichte verweist, und andererseits beschränkt es die Nachprüfungsbefugnis auch des Bundesgerichtes nicht auf die Beobachtung des Bundesrechtes, sondern dehnt sie allgemein auf die Frage aus, ob ein von der einen Partei an die andere erhobener, von dieser bestrittener Anspruch nach der Verleihung und dem sonst anwendbaren Recht begründet sei. Es mag zweifelhaft sein, ob von solchen Ansprüchen schon im Stadium des Verleihungsverfahrens gesprochen werden kann, da das Verleihungsverhältnis erst durch die Verleihung begründet und erst jetzt der Bewerber zum Beliehenen wird, und es kann die Auffassung vertreten werden (so der vom Beklagten und vom solothurnischen Obergericht angeführte Kommentar GEISER und ABBÜHL), dass die dem Bewerber bei der Verleihung auferlegten Verpflichtungen nach Art. 48 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom Bundesrat auf ihre Übereinstimmung mit den Schranken des Bundesrechts nachzuprüfen seien. Jedenfalls aber fallen die nach Erteilung der Verleihung von der Verleihungsbehörde erhobenen, auf die Verleihung sich gründenden Ansprüche unter Art. 71. Auf die Form der Geltendmachung kommt es dabei nicht an. Ein Anstand im Sinne jener Bestimmung liegt immer dann vor, wenn die eine Partei von der andern auf Grund der Verleihung etwas verlangt, wozu die letztere nicht verpflichtet zu sein behauptet. Dazu

gehört nach seiner oben erörterten Natur als Gegenleistung für die Einräumung des Wassernutzungsrechtes auch der Anspruch auf den Wasserzins. Wenn und soweit er in der Verleihung genau und endgültig bestimmt ist, mag nach dem Gesagten eine Nachprüfung auf dem Wege des Art. 71 ausgeschlossen sein. Wird er aber nach der Verleihung von der Verleihungsbehörde anders festgesetzt und bestreitet der Beliehene den Anspruch, so hat man es mit einem Streit zu tun, der unter Art. 71 fällt. Dies wäre ohne weiteres klar, wenn die Zulässigkeit einer solchen Abänderung grundsätzlich bestritten würde. Es verhält sich aber auch nicht anders, wenn, wie hier, die Erhöhung nur dem Masse nach angefochten wird, da es gerade der Sinn und Zweck des Art. 71 ist, den Beliehenen gegen einseitige Belastungen seitens der Verleihungsbehörde zu schützen. Das Recht der Verleihungsbehörde, den Wasserzins festzusetzen, wird dadurch nicht angetastet, sondern es wird nur ihre Festsetzung einer Rechtskontrolle durch die in Art. 71 genannten Gerichtsbehörden unterstellt, wobei dahingestellt bleiben kann, ob daneben der im solothurnischen Taxationsgesetz vorgesehene Rekurs an den Kantonsrat weiterbestehe. Ebenso ist unerheblich, ob es sich um eine in der Verleihung selbst und in der kantonalen Gesetzgebung, auf die darin verwiesen ist, vorgesehene periodische Revision handle. Denn auch eine solche bedeutet im Lichte des Bundesrechtes nichts anderes, als die Festsetzung einer dem Beliehenen gemäss der Verleihung obliegenden Leistung, stellt sich daher als ein aus jener fliessender Anspruch an den Beliehenen dar, über den, wenn er als unzulässig oder als zu hoch angefochten wird, im Verfahren nach Art. 71 zu entscheiden ist. Gerade in Fällen, wie dem vorliegenden, wo in der Verleihung als Wasserzins nur eine Pauschalsumme festgesetzt wurde und dann bei der Revision die zinspflichtigen Wasserkräfte und ein Einheitssatz dafür bestimmt werden, kann nach dem Sinn und Zweck des

Bundesgesetzes unmöglich einfach das kantonale Taxationsverfahren massgebend sein; sonst wäre der Beliehene in Bezug auf die Höhe seiner Leistungen den kantonalen Verleihungs- und ihren Aufsichtsbehörden ausgeliefert.

5. — Zum nämlichen Ergebnis führen übrigens nachfolgende Überlegungen mehr allgemeiner Natur: Da grundsätzlich den Kantonen die Verfügung über ihre Wasserkräfte zusteht und dem Bunde, wo nicht interkantonale oder internationale Gewässerstrecken in Frage kommen (Art. 6 und 7 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte) nur ein Oberaufsichtsrecht eingeräumt ist (Art. 1 bis 5 ebenda), so enthält die Verleihung von Wassernutzungsrechten an einem kantonalen Gewässer einen kantonalhoheitlichen Akt. Für die Bedingungen unter denen eine solche Verleihung erteilt wird, ist aber nicht allein das kantonale Recht massgebend, sondern es stellt auch das Bundesgesetz darüber verschiedene Vorschriften und Schranken auf, die von den kantonalen Behörden zu beobachten sind, und zwar nicht nur solche über die Anlage der Wasserwerke (Art. 21 ff. des Gesetzes), sondern auch über den Inhalt der Verleihung (Art. 38 ff. des Gesetzes). So enthält das Bundesgesetz insbesondere auch bestimmte Vorschriften über die zulässige Höhe und die Art der Berechnung des Wasserzinses (Art. 49 bis 51). Sie beruhen darauf, dass es in Art. 24 *bis* der Verfassung als Bundes Sache erklärt ist, auf diesem Gebiete die allgemeinen öffentlichen Interessen zu wahren und für eine zweckmässige Ausnutzung der Wasserkräfte zu sorgen. Die kantonale Verleihung muss danach auch einer Bundeskontrolle daraufhin unterstehen, ob die eidgenössischen Vorschriften beobachtet und die aufgestellten Schranken eingehalten seien. Kontrollinstanz dafür ist naturgemäss der Bundesrat. Er wird daher angerufen werden können, wenn bei der Verleihung dem Bewerber Bedingungen und Leistungen zugemutet werden, die mit den bundes-

rechtlichen Vorschriften nicht im Einklang stehen. Der Gesichtspunkt, aus dem dabei der Bundesrat den Verleihungsakt nachzuprüfen hat, ist derjenige der allgemeinen öffentlichen Interessen der Eidgenossenschaft und der Sorge für die zweckmässige Ausnutzung der Wasserkräfte im Rahmen und nach Massgabe der bundesrechtlichen Ordnung. Die Kontrolle wird in der Regel nur das Stadium der Verleihung erfassen, nicht mehr das spätere Stadium, in dem die Verleihung erteilt oder ausgeführt ist. Es mag sein, dass der Bundesrat ausnahmsweise auch in diesem letzteren Stadium wegen Missachtung der bundesrechtlichen Vorschriften über den Inhalt der Verleihung angerufen werden kann, etwa in den Fällen von Art. 48 Abs. 3 Schlusssatz, oder von Art. 49 Abs. 3 des Bundesgesetzes; auch dann aber sind es nur die vorerwähnten Gesichtspunkte, aus denen ihm eine Nachprüfung kantonaler Ansprüche zusteht. Im vorliegenden Falle steht etwas ganz anderes in Frage. Es handelt sich nicht darum, ob durch die neue Festsetzung des Wasserzinses allgemeine Landesinteressen oder die zweckmässige Ausnutzung der Wasserkräfte gefährdet werden, sondern nur um die Interessen des Beliehenen und darum, ob von ihm nicht eine ungerechtfertigte Leistung verlangt werde. Wenn solche Interessen bei der Verleihung missachtet werden, so werden sie vom Bundesrat berücksichtigt werden, soweit sie sich mit den von ihm zu wahren öffentlichen Interessen decken. Im übrigen steht es dem Bewerber frei, auf die Verleihung zu verzichten, falls er die Belastung für zu stark erachtet. Werden dagegen nach der Erteilung der Verleihung und während des Bestehens des Verleihungsverhältnisses Ansprüche an den Beliehenen erhoben, die ihn übermässig belasten, so ist für ein Nachprüfungsrecht des Bundesrates kein Raum mehr. Nun verschafft aber nach Art. 43 des Gesetzes die Verleihung dem Beliehenen ein wohl erworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers nach Massgabe des Verleihungsaktes.

Und diesem Gedanken entspricht es, dass in Art. 71 des Gesetzes Streitigkeiten zwischen dem Beliehenen und der Verleihungsbehörde über den Inhalt des Verleihungsverhältnisses und die gegenseitigen Rechte und Pflichten einer Gerichtsinstanz zur Erledigung zugewiesen werden. Die Zulassung der Weiterziehung an das Bundesgericht ist darin begründet, dass die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem Verleihungsverhältnis vielfach durch Bundesrecht beherrscht werden, und zwar oft in einer Verknüpfung mit dem kantonalen Recht, die es schwer machen würde, die beiden Gebiete auseinanderzuhalten. Ein solcher Streit ist gemäss den früheren Ausführungen auch derjenige über die Höhe des geschuldeten Wasserzinses.

6. — Demnach ist denn die Neufestsetzung des Wasserzinses, wie sie durch den Beschluss des solothurnischen Regierungsrates vom 6. Januar 1920 vorgenommen wurde, nicht eine endgültige und für den Beliehenen verbindliche, sondern sie bedeutet lediglich die Erhebung des Anspruches auf eine verleihungsmässige Leistung. Wollte der Beliehene den Anspruch nicht anerkennen, so war auf dem Wege des Art. 71 des BG vorzugehen, was in der Weise geschehen konnte, dass der Beliehene mittelst einer Feststellungsklage die kantonale Festsetzung anfocht. Das schliesst nicht aus, dass in gewissem Umfange die Behörden des Art. 71 an die kantonale Festsetzung gebunden sind. Es hängt dies davon ab, wieweit die Überprüfungsbefugnis derselben sich erstreckt, worüber aber nicht in diesem Verfahren, sondern einlässlich zu befinden ist.

7. — Da sich die Parteien für den Fall, dass das Bundesgericht das Vorliegen eines Anstandes nach Art. 71 BG bejahen sollte, dahin geeinigt haben, dass es als einzige Instanz urteilen solle, so braucht zu der Frage, ob Art. 71 Abs. 1 oder 2 zutreffe, nicht Stellung genommen zu werden. Eine solche Vereinbarung ist jedenfalls im Hinblick auf Art. 52 Abs. 1 OG zulässig.

8. — Die in doppelter Form ergriffene Weiterziehung gegen das in der Sache ergangene Urteil des solothurnischen Obergerichtes wird durch die Anhandnahme der Klage seitens des Bundesgerichtes gegenstandslos. Eine Rückweisung an das solothurnische Obergericht kommt nicht mehr in Frage, und die Kostenaufgabe an die Klägerin begründet kein genügendes Interesse an der Beurteilung der Weiterziehung, da die Klägerin durch gleichzeitige Anrufung des Bundesgerichtes und des Obergerichtes die Gefahr widersprechender Entscheidungen auf sich genommen hat.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

1. Die Unzuständigkeitseinrede des Beklagten gegenüber der direkt beim Bundesgericht erhobenen Klage wird abgewiesen und es wird die Klage an die Hand genommen.

2. Die Weiterziehung gegenüber dem Urteile des solothurnischen Obergerichtes vom 22. Juni 1921 wird als dadurch gegenstandslos geworden abgeschrieben.

VII. DEROGATORISCHE KRAFT  
DES BUNDESRECHTS

FORCE DÉROGATOIRE DU DROIT FÉDÉRAL

28. Sentenza 9 guigno 1922

nella causa Odoni contro Stato del Cantone Ticino.

Esecutività di una decisione de Consiglio Stato del Cantone Ticino colla quale vien fissato l'importo di una tassa di successione (legge cantonale 6 dicembre 1917, art. 25). Questa tassazione costituisce titolo esecutivo a sensi dell'art. 80 LEF. L'azione in contestazione della tassazione governativa prevista dell'art. 26 di detta legge è un rimedio di diritto straordinario e non ha quindi effetto sospensivo.

A. — La legge ticinese 6 dicembre 1917 sulle tasse di successione, dopo aver stabilito (art. 25) che esse sono fissate dal Consiglio di stato, dispone all'art. 26 : « Quando il contribuente si trovi aggravato dalla tassazione governativa, deve spiegare la sua azione contro lo Stato entro un mese dall'intimazione della tassazione stessa, davanti l'autorità giudiziaria competente colla procedura ordinaria stabilita dal codice di procedura civile, ritenuto come valore della causa l'importo della tassa imposta. » Art. 27 : « La tassazione diventa esecutiva colla decisione governativa e dovrà essere pagata nel termine di un mese, a meno che non venga accordata proroga dal Consiglio di Stato. »

B. — Con decreto 12 luglio 1921 il Consiglio di Stato del Cantone Ticino stabiliva in 10,082 fchi. 10 la tassa sulla successione della fu Bontadelli Paolina ved. fu Celestino. L'erede, Giovanni Odoni in Bellinzona, ritenendosi aggravato, introduceva azione contro lo Stato in conformità dell'art. 26 precitato ma, pendente causa, versava il 28 ottobre 1921 nelle mani dell'Ufficiale