

war immerhin der : Die Angabe des Beschwerdebeklagten, dass er durchschnittlich nur 50 Tage im Jahr genügend Wasser habe, mag übertrieben sein ; er ist zudem wohl geneigt, das Fehlen des Wassers auf Schikane oder mangelnden guten Willen seitens der Beschwerdeführer zurückzuführen, auch dann, wenn dem nicht so ist. Die unregelmässige Wasserkraft hat den Rekursbeklagten genötigt, 3 Elektromotoren aufzustellen, die stark in Anspruch genommen sind. Auf der andern Seite war bei den Beschwerdeführern, entsprechend ihrem Rechtsstandpunkt, durchaus nicht das Bewusstsein und das Bestreben vorhanden, dass sie auch die Interessen des Beschwerdebeklagten zu wahren haben, wobei auch zu beachten ist, dass die persönlichen Beziehungen der Parteien gespannt sind. So mag es häufig vorgekommen sein, dass der Beschwerdebeklagte kein Wasser hatte, wo er sehr wohl solches hätte haben können, namentlich dann, wenn die Mühle stillstand und die Beschwerdeführer daher kein eigenes Interesse daran haben, dass genügend Wasser aus der Lüssel in den Mühlekanal fliesst.

Wesentlich ist aber das, dass die Beschwerdeführer ein Recht des Beschwerdebeklagten auf Rücksichtnahme auf den Beschwerdebeklagten bisher bestritten haben und auch heute noch durchaus bestreiten : soweit sie Rücksicht genommen haben wollen, haben sie es freiwillig getan, ohne Rechtspflicht ; wenn es ihnen passt, können sie nach ihrer Auffassung morgen das Wasser des Mühlekanals in die Lüssel ableiten oder kein Wasser fliessen lassen und es so dem Beschwerdebeklagten entziehen. Nach diesem Rechtsstandpunkt der Beschwerdeführer ist die Stellung des Beschwerdebeklagten, was den Wasserzufluss anlangt, eine völlig prekäre, vom Belieben und der Willkür der Beschwerdeführer abhängige.

Der Regierungsrat hat mit Recht angenommen, dass die Beschwerdeführer bei dieser Stellungnahme keinen Anspruch darauf haben, dass der Beschwerdebeklagte an die Kosten der Wuhrreparatur beitrage. Er geht zutreffend

davon aus, dass die Beitragspflicht im Sinne des Art. 33 Abs. 1 ihr Korrelat hat in dem Recht auf Rücksichtnahme im Sinne von Art. 32 Abs. 1. Es braucht hier nicht untersucht zu werden, ob mit dem ehehaften Wasserrecht der Beschwerdeführer wirklich das wohlerworbene Recht verbunden war, über das Wasser in der gedachten Weise zu verfügen, und eventuell, ob dieses Recht noch angerufen werden konnte gegenüber der Regel des Art. 33 Abs. 1. Für die Abweisung des Begehrens auf Beitragsleistung genügt es, dass dieses Recht in Anspruch genommen wird, dass die bisherige Haltung der Beschwerdeführer mit dadurch bestimmt war und dass auch ihre künftige Haltung dadurch beeinflusst sein wird. Die Beitragspflicht des untern Wasserwerkbesitzers setzt voraus, dass der Inhaber der fraglichen Vorrichtung die Pflicht zur Rücksichtnahme auf ihn bei der Regelung des Wasserstandes und Wasserabflusses rechtlich anerkenne und tatsächlich übe ; man kann dem untern Berechtigten nicht zumuten, dass er sich mit einer bloss tatsächlichen, unsichern, mehr oder weniger weitgehenden Rücksichtnahme, die unter Bestreitung der Rechtspflicht erfolgt, begnüge, dass er den Beitrag zahle und das Recht auf Rücksichtnahme erst noch erstreite.

3. —

52. Urteil vom 12. November 1931 i. S. Elektrizitätswerk Olten-Aarburg A.-G. gegen Solothurn.

1. Streitigkeiten zwischen Verleihungsbehörden und Beliehenen über die Festsetzung des Wasserzinses fallen in die Zuständigkeit des Bundesgerichts.
2. Der Grundsatz, dass die Verleihungsbehörde dem Beliehenen gegenüber die Bestimmungen der Konzession einzuhalten hat, gilt auch für den Wasserzins. Wurde dessen Höchstbetrag in der Konzession festgelegt, so ist die Verleihungsbehörde

gebunden und darf bei periodischen Revisionen der Zinsberechnung nicht höher gehen, als in der Konzession vorgesehen wurde.

A. — Die A.-G. Elektrizitätswerk Olten-Aarburg in Olten ist Inhaberin einer Konzession des Regierungsrates des Kantons Solothurn zur Erstellung und zum Betriebe einer Wasserwerkanlage an der Aare bei Winznau und Obergösgen. Die Konzession wurde am 17. September 1909 erteilt und später erweitert und abgeändert (16. Februar 1912, 7. Dezember 1917, 4. März 1926).

Die Konzessionsgebühr wurde für die ersten 10 Jahre vom Tage der Konzessionserteilung an auf eine Pauschalsumme festgesetzt, die zunächst 24,000 Fr. betrug und bei den Konzessionserweiterungen 1912 und 1917 sukzessive auf 50,000 Fr. und 55,000 Fr. erhöht wurde (§ 34, Abs. 1 der Konzession, Ziffer XIII, Abs. 1 der Erweiterung von 1912 und Ziffer IV, Abs. 2 derjenigen von 1917). Für die spätere Zeit bestimmt die Konzession: « Nach Ablauf der ersten 10 Jahre (Abs. 1) und je nach Verfluss eines fernerer 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 » (§ 34, Abs. 2, bestätigt in Ziffer XIII, Abs. 4 der Erweiterung von 1912). Nach § 41 der Konzession bleiben die Bestimmungen der künftigen eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung vorbehalten (Abs. 1). « Wenn jedoch durch die künftige kantonale Gesetzgebung die materiellen Bedingungen der vorliegenden Konzession zum Nachteile des Konzessionsinhabers verändert werden sollten, so ist demselben für allen hiedurch entstehenden direkten und indirekten Schaden voller Schadenersatz zu leisten » (Abs. 2). § 2 des solothurnischen Gesetzes vom 3. April 1892 betreffend Taxation der staatlich konzessionierten Wasserfallrechte, auf das § 34, Abs. 2 der Konzession Bezug nimmt, lautet:

« Für jedes staatlich konzessionierte Wasserfallrecht an öffentlichen Gewässern ist zu Handen der Staatskasse eine jährliche Konzessionsgebühr zu bezahlen, die nach der örtlichen Lage und den Verhältnissen der Ausnützung per Effektivpferdekraft 3 bis 6 Fr. beträgt und jeweilen vom Regierungsrat festgesetzt wird. — Die Konzessionsgebühren unterliegen innerhalb dieser gegebenen Grenzen alle 10 Jahre einer Revision durch den Regierungsrat, wobei gegen allfällige Änderungen den Inhabern der Konzessionen der Rekurs an den Kantonsrat zusteht. » Das Gesetz ist bei Einführung des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG) aufgehoben worden (kantonales Gesetz vom 29. März 1925 betreffend Vollzug des WRG, § 2). Über die Berechnung der Konzessionsgebühren bestimmt nun die kantonale Verordnung zum WRG: « Der jährliche Wasserzins beträgt 6 Fr. pro Bruttopferdekraft. — Der Regierungsrat kann nach seinem Ermessen ausnahmsweise unter diesen Ansatz gehen, in keinem Falle jedoch unter 4 Fr. » (§ 13, Abs. 1 und 2 der Verordnung).

B. — Der Regierungsrat des Kantons Solothurn hat durch Entscheid vom 21. Dezember 1929 den Wasserzins für das Kraftwerk Gösgen für die Zeit vom 17. September 1929 bis 16. September 1939 auf jährlich 306,900 Fr. festgesetzt. Er beruft sich dabei auf § 13 der kantonalen Verordnung zum WRG und berechnet den Wasserzins auf 51,150 Bruttopferdekraften zum Ansatz von 6 Fr. pro Pferdekraft.

C. — Mit Eingabe vom 25. Januar 1930 klagt die A.-G. Elektrizitätswerk Olten-Aarburg auf Festsetzung des vom 17. September 1929 bis 16. September 1939 zu entrichtenden jährlichen Wasserzinses auf 224,037 Fr., eventuell 224,040 Fr., eventuell auf Schadenersatz insoweit der Staat Solothurn zu einem höheren Wasserzins berechtigt sein sollte, unter Kostenfolge. — Zur Begründung wird geltend gemacht, die jährliche Konzessionsgebühr (Wasserzins) dürfe für das Wasserwerk Olten-Gösgen nicht

auf den nach § 13 der kantonalen Verordnung zum WRG vorgesehenen Maximalansatz von 6 Fr. pro Bruttopferdekraft, sondern nur im Rahmen von § 34 der Konzession und § 2 des kantonalen Gesetzes von 1892 zu höchstens 6 Fr. pro Effektivpferdekraft oder 4 Fr. 38 Cts. pro Bruttopferdekraft festgesetzt werden, wobei 51,150 Bruttopferdekraften oder 37,340 Effektivpferdekraften zu Grunde zu legen seien. Der Anspruch der Klagpartei aus § 34 der Konzession sei weder durch die eidgenössische Wasserrechtsgesetzgebung noch durch die damit verbundenen Änderungen des kantonalen Rechts beseitigt worden. Eventuell wäre der Klägerin nach § 41 der Konzession eine allfällige, durch Änderung der kantonalen Gesetzgebung eintretende Mehrbelastung vom Kanton zu ersetzen.

Der Regierungsrat des Kantons Solothurn hat sich mit der direkten materiellen Erledigung des Streites durch das Bundesgericht einverstanden erklärt. Er beantragt Abweisung der Klage mit folgender Begründung: Der Staat habe sich in der Konzession das Recht ausdrücklich vorbehalten, die Konzessionsgebühr alle 10 Jahre neu festzusetzen. Diese sei demnach veränderlich. Das Gesetz von 1892, auf das § 34 der Konzession Bezug nimmt, sei bei Einführung der eidgenössischen Wasserrechtsgesetzgebung aufgehoben worden und deshalb nicht mehr anwendbar. Nach dem neuen Recht betrage der Wasserzins 6 Fr. pro Bruttopferdekraft. Ein niedrigerer Ansatz sei nur unter ausserordentlichen Verhältnissen zulässig, welche eine Ausnahme von der Regel besonders rechtfertigen, was hier nicht der Fall sei. Ein Anspruch auf Ersatz der Mehrbelastung komme nicht in Frage, da es sich um Änderungen eidgenössischen Rechtes handle. Auch sonst seien die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Schadenersatz nicht erfüllt.

Im Schriftenwechsel haben die Parteien ihre Anträge bestätigt. Weiterhin haben sich die Parteien im Laufe des Instruktionsverfahrens vor Bundesgericht auf Grund eines Expertengutachtens über die Berechnungsgrundlagen

geeignet, sodass nur die grundsätzliche Frage zu beurteilen ist.

Das Bundesgericht hat den Hauptantrag der Klagpartei geschützt

in Erwägung:

1. — Streitigkeiten zwischen Verleihungsbehörden und Beliehenen über die Festsetzung des Wasserzinses fallen nach Art. 71 WRG und Art. 18, lit. e VDG in die Zuständigkeit des Bundesgerichts (vgl. Botschaft des Bundesrates zum VDG, S. 59, Ziffer 5). Beide Parteien sind damit einverstanden, dass das Bundesgericht ihren Streit als einzige Instanz beurteilt, was nach bestehender Praxis zulässig ist (BGE 48 I S. 211).

2. — Die Klagpartei erhebt Anspruch darauf, dass der von ihr zu entrichtende jährliche Wasserzins für die zehnjährige Periode 1929/1939 auf 6 Fr. pro *Effektiv*-pferdekraft oder 4 Fr. 38 Cts. pro Bruttopferdekraft festgesetzt wird nach § 2 des soloturnischen Gesetzes betreffend die Taxation der staatlich konzidierten Wasserfallrechte vom 3. April 1892. Sie beruft sich dafür auf § 34 ihrer Konzession vom 17. September 1909. Der Regierungsrat des Kantons Solothurn erhebt Anspruch auf 6 Fr. pro *Bruttopferdekraft* gestützt auf § 13, Abs. 1 der kantonalen Verordnung vom 21. Juli 1925 zum WRG.

§ 34 der Konzession von 1909 sieht vor, dass die Konzessionsgebühr jeweilen nach Ablauf von 10 Jahren für eine weitere zehnjährige Periode festgesetzt wird « auf Grund des Gesetzes betreffend die Taxation der staatlich konzidierten Wasserfallrechte vom 3. April 1892 ». Dieses Gesetz bestimmt den Ansatz der Konzessionsgebühren auf 3 Fr. bis 6 Fr. pro Effektivpferdekraft. Die Klagpartei ist somit einverstanden damit, dass der hienach zulässige Höchstansatz auf sie angewendet werde. Sie wendet sich einzig gegen die höhere Belastung, die ihr unter Berufung auf die neue Ordnung auferlegt werden soll, weil das Gesetz von 1892 nicht mehr gelte.

Das letztere Moment vermag in der Tat die vom Regierungsrat des Kantons Solothurn für die Periode 1929/1939 vorgenommene Bestimmung des Wasserzinses nicht zu stützen. § 34, Abs. 2 der Konzession legt dem Regierungsrat die Pflicht auf, die periodischen Neufestsetzungen der Konzessionsgebühr auf Grund des Gesetzes von 1892 vorzunehmen und erklärt damit die materielle Regelung dieses Gesetzes zum Inhalt der Konzession. Die Ordnung des Gesetzes von 1892 ist in die Konzessionsbedingungen übernommen worden, um Höherbelastungen auszuschliessen. Sie ist Bestandteil der Konzession und bleibt es, auch wenn das Gesetz von 1892 als solches nicht mehr gilt. Wenn sich demnach die Klagpartei dagegen wehrt, dass der Wasserzins für die Periode 1929/1939 höher angesetzt wird, als es nach den Vorschriften des Gesetzes von 1892 zulässig gewesen wäre, so kann sie diesen Anspruch aus der Konzession ableiten.

Die Einwendung des Regierungsrates, durch diese Bindung werde sein Recht auf periodische Revision der Konzessionsgebühr illusorisch, da dadurch praktisch eine Änderung der Gebühr ausgeschlossen werde, ist unbegründet. Allerdings verbleibt die Gebühr, die die Klagpartei für die neue Periode zahlen will, mit 224,040 Fr. ungefähr auf dem Betrage, der für die abgelaufene Periode 1919/1929 auf Grund einer Verständigung der heutigen Parteien entrichtet wurde (224,000 Fr.). Die Klagpartei hatte eben bei dem Vergleich schon nahezu den Höchstbetrag zugestanden, der von ihr nach Massgabe der Konzession gefordert werden konnte. Aus der Vorschrift periodischer Neufestsetzungen kann ein Anspruch auf Erhöhungen des Wasserzinses über den konzessionsmässigen Höchstbetrag nicht abgeleitet werden. Sie will nur die Berücksichtigung veränderter Verhältnisse und eine neue Festsetzung der zinspflichtigen Wasserkräfte ermöglichen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes wird durch die Konzession ein Rechtsverhältnis mit gegen-

seitigen Rechten und Pflichten der Verleihungsbehörde und des Beliehenen begründet, einem durch Vertrag begründeten Rechtsverhältnis vergleichbar. Der Beliehene hat Anspruch darauf, dass die Verleihungsbehörde ihm gegenüber die Konzessionsbestimmungen einhält (BGE 48 I S. 206 f.). Der Staat kann nicht einseitig von der Konzession abgehen, während sich der Beliehene daran zu halten hat. Der sachliche Grund liegt darin, dass die konzessionierte Unternehmung, die auf Grund der Konzession ein Werk erstellt, von vorneherein Sicherheit haben muss über ihre Rechte und Pflichten aus der Konzession. Dies gilt vor allem für die finanziellen Lasten und insbesondere für den Wasserzins, soweit dessen Höchstbetrag wie hier in der Konzession selbst festgelegt worden ist. Die Klägerin erhebt demnach mit Recht Anspruch darauf, dass die Konzessionsgebühr nicht höher angesetzt wird, als es in der Konzession vorgesehen ist.

Demgegenüber beruft sich der Regierungsrat zu Unrecht auf die neuen Vorschriften über die Berechnung des Wasserzinses (§ 13 der kantonalen Verordnung vom 21. Juli 1925). Dies schon deshalb, weil die neue Regelung einen Rahmen von 4 Fr. bis 6 Fr. pro Bruttopferdekraft für den jährlichen Wasserzins vorsieht und somit der nach Auffassung beider Parteien gemäss Konzession zulässige Höchstansatz von 4 Fr. 38 Cts. pro Bruttopferdekraft noch über dem Mindestansatz der Verordnung bleibt. Allerdings ist nach der Meinung des Regierungsrates der Normalansatz neuer Ordnung 6 Fr., und es soll nur darunter gegangen werden, wenn besondere Voraussetzungen einen niedrigeren Ansatz ausnahmsweise rechtfertigen. Dies trifft aber unzweifelhaft dann zu, wenn wie hier ein wohlerworbenes Recht aus einer bestehenden Konzession einen solchen Anspruch begründet. Durch die Regelung der Konzession wird der Regierungsrat in dem Ermessen, das ihm nach der Verordnung zusteht, beschränkt. Er darf den Wasserzins nicht höher ansetzen, als es nach der Konzession zulässig ist.

Kann die Klägerin demnach ihr Begehren auf die Konzession und auf die bestehende Gesetzgebung gründen, so braucht nicht erörtert zu werden, wie es sich verhalten würde, wenn durch Änderungen der Gesetzgebung die in der Konzession vorgesehenen Ansätze ausgeschlossen würden. Darüber, dass die Konzessionsgebühr nach der Konzession auf 224.040 Fr. anzusetzen ist, sind die Parteien einig. Der Hauptantrag der Klägerin ist somit begründet, ihr Eventualbegehren wird gegenstandslos.

IV. VERFAHREN

PROCÉDURE

Vgl. Nr. 52. — Voir n° 52.
