

Unter « Zivilsachen » sind aber hier nur zivilrechtliche Streitigkeiten, d. h. Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit verstanden. Es konnte nicht die Absicht des Gesetzgebers sein, die vielen im ZGB vorgesehenen Administrativentscheide, gegen die z. T. besondere Rechtsmittel an besondere Behörden gegeben sind (so z. B. in Grundbuchsachen), auch der Zivilbeschwerde zu unterstellen, sobald behauptet wird, dass kantonales statt eidgenössischen Rechts angewendet worden sei. Das in Art. 87 Ziff. 1 revid. OG gegebene Rechtsmittel ist (vergl. Gutachtl. Bericht des Bundesgerichts an den Bundesrat über den Burckhardt'schen Entwurf einer Novelle zum OG, vom 20. Dezember 1910, S. 17) nichts anderes als die Kassationsbeschwerde des frühern Art. 89, mit der einzigen wesentlichen Modifikation, dass die zivilrechtliche Beschwerde des revidierten OG nicht mehr nur gegen « Urteile », sondern auch gegen andere « Entscheide in Zivilsachen » zulässig ist, also insbesondere nicht das Vorliegen eines Haupturteils voraussetzt. In Bezug auf das Erfordernis der Zivilstreitigkeit (vergl. darüber, was die frühere Kassationsbeschwerde betrifft, BGE 24 II S. 934 f.) ist keine Aenderung eingetreten.

Die zivilrechtliche Beschwerde ist somit im vorliegenden Falle, weil nicht gegen einen Entscheid in einer Zivilstreitigkeit gerichtet, unzulässig.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

37. Urteil der Staatsrechtlichen Abteilung vom 5. März 1915

i. S. Aktiengesellschaft Kraftwerk Laufenburg, Klägerin,
gegen Staat Aargau, Beklagten.

Klage eines Wasserwerkinhabers gegen den Staat auf Bestellung des durch die Konzession für Konflikte über die dem Unternehmer in wirtschaftlicher Beziehung obliegenden Verpflichtungen vorgesehenen Schiedsgerichts. Zivilrechtliche Natur der Klage im Sinne von Art. 48 OG. Auslegung der Schiedsklausel hinsichtlich der Frage, ob darunter auch Streitigkeiten über den vom Unternehmer an den Staat zu entrichtenden Wasserzins fallen. Rechtliche Natur des letzteren. Unzulässigkeit, vertraglicher Vereinbarungen über öffentliche Abgaben, soweit sie nicht vom Gesetze besonders vorgesehen sind.

A. — Die Klägerin, Aktiengesellschaft Kraftwerk Laufenburg, ist Rechtsnachfolgerin derjenigen Gesellschaften, denen am 30. Juli 1906 vom Grossherzogtum Baden und vom Kanton Aargau die grundsätzliche Konzession zur Errichtung und zum Betriebe einer Wasserwerkanlage im Rhein bei Laufenburg erteilt worden ist. Die Erteilung der Konzession durch den Kanton Aargau geschah unter einer Reihe von Bedingungen, die in der Konzessionsurkunde in drei Abschnitten unter den Ueberschriften: « Gegenstand der Unternehmung und polizeiliche Bedingungen », « Administrative und wirtschaftliche Bedingungen » und « Schlussbestimmungen » aufgeführt sind. Der von den « administrativen und wirtschaftlichen Bedingungen » handelnde Abschnitt II, umfassend die §§ 21 bis 25, bestimmt in § 21 zunächst den Teil der nutzbar gemachten ständigen und nicht ständigen Wasserkräfte, der für Anlagen auf schweizerischem Staatsgebiete verwendet werden muss, und sieht im Anschluss daran vor, dass die Unternehmung über die Art der Verwendung der Wasserkräfte, die hienach auf schweizerischem und badischem Staats-

gebiet zu verwenden sind, der aargauischen Regierung Nachweise zu erstatten habe und gehalten sei, die Vornahme von Messungen der Wasserkräfte, so oft die aargauische Regierung oder deren Organen es für erforderlich erachten, zu gestatten. § 22 legt der Unternehmung die Pflicht auf, die Bedingungen für die Kraftabgabe in allgemeiner Weise festzusetzen und jeweilen vorgängig der aargauischen Regierung bekannt zu geben; ferner räumt er der letzteren mit Bezug auf die Festsetzung dieser Bedingungen eine Reihe von Befugnissen ein: so soll sie verlangen können, dass bei Ueberlassung der jeweilen noch verfügbaren Kraft in erster Linie die Nachfrage des Staates, der Gemeinden und öffentlichen Verbände berücksichtigt werde, dass die Wasserkräfte nicht ausschliesslich oder vorzugsweise an grössere Unternehmungen abgegeben, sondern ein bestimmter Prozentsatz derselben für kleinere Unternehmungen in Industrie, Hausindustrie und Handwerk nutzbar gemacht werde, dass den in der Nähe der Wasserwerkanlage befindlichen Kraftabnehmern herabgesetzte Preise gestellt werden, dass eine allgemeine Herabsetzung der Kraftpreise eintrete, wenn der Reingewinn der Unternehmung im Verlaufe der vorangegangenen drei Jahre durchschnittlich mehr als 10 % des einbezahlten Aktienkapitals betragen hat usw. Durch § 23 wird der Unternehmung die fernere Verpflichtung auferlegt, den auf schweizerischem Gebiet zu verwendenden Teil der Wasserkräfte auf Verlangen der aargauischen Regierung und unter gewissen Voraussetzungen in die aargauische Industriegebiete oder gewisse ausserkantonale Industriegebiete zu leiten und die dazu erforderlichen Anlagen zu erstellen, wobei für die Ausführung der Leitungen die vorgängige Genehmigung der zuständigen Verwaltungsbehörde eingeholt werden soll. § 24 erklärt, dass « für diejenige Kraft, auf welche nach § 21 der Kanton Aargau anspruchsberechtigt ist, dem Staate Aargau die jährlichen Wasserrechten und die einmalige Konzessions-

gebühr nach Massgabe der jeweiligen Gesetzgebung (z. Z. des Gesetzes vom 28. Hornung 1856 und der Verordnung vom 22. Mai 1902) zu entrichten seien, im übrigen aber die Steuern und Abgaben sich nach der jeweiligen aargauischen Staats- und Gemeindesteuergesetzgebung richten ». § 25 befasst sich mit der Organisation und Geschäftsführung der Unternehmung und schreibt vor, dass die zu gründende Aktiengesellschaft ihren Hauptsitz im Kanton Aargau (Laufenburg) haben und mindestens die Hälfte der Mitglieder der Verwaltung und Kontrollstelle aus Schweizern bestehen müsse, dass sie dem von der aargauischen Regierung ernannten Kommissär jederzeit Einblick in die gesamte Geschäftsführung und die Teilnahme an den Sitzungen des Verwaltungsrats und der Generalversammlung zu gestatten und der aargauischen Regierung über eine Reihe von Punkten (Statuten und Aenderungen derselben, Höhe des Grund- und Anlagekapitals, Jahresergebnis, tatsächlicher Zustand der Wasserwerkanlage und ihrer Zubehörten) jeweilen Mitteilung zu machen habe.

Die Frist für die Ausführung der Wasserwerkanlage ist durch den in den « Schlussbestimmungen » enthaltenen § 28 Abs. 1 Ziff. 3 auf sieben Jahre festgesetzt: sie soll jedoch nach Abs. 2 ebenda von der aargauischen Regierung dann verlängert werden, wenn dies durch « elementare Ereignisse oder Zustände veranlasst » ist oder wenn sonstige von der genannten Behörde als erheblich erachtete Gründe dafür vorliegen.

§ 32 endlich bestimmt: « Die Aufsicht über die der » Bewilligung entsprechende Ausführung der Anlagen, » sowie über die Beachtung der in polizeilicher Hinsicht » für die Ausführung und den Betrieb des Unternehmens » massgebenden Bedingungen und Vorschriften wird von » den zuständigen administrativen und technischen Be- » hörden des Kantons Aargau wahrgenommen. Die nach » den §§ 21 bis 25 dieser Bewilligung der aargauischen » Regierung in wirtschaftlicher Hinsicht vorbehaltenen

» Befugnisse werden von dem aargauischen Regierungsrat, bezw. in dessen Auftrag, durch die aargauische Baudirektion ausgeübt.

« Ergibt sich über die den Unternehmern in wirtschaftlicher Hinsicht obliegenden Verpflichtungen eine Streitigkeit, so entscheidet hierüber, falls sich die Unternehmer dem Beschlusse des aargauischen Regierungsrates nicht unterwerfen wollen, ein Schiedsgericht; den Vorsitzenden desselben bezeichnet der Präsident des schweizerischen Bundesgerichts bezw. bei dessen Verhinderung sein Stellvertreter; ausserdem gehören dem Schiedsgericht zwei Beisitzer an, von denen der eine vom aargauischen Regierungsrat, der andere von den Unternehmern bezeichnet wird. Wenn die Beteiligten binnen einer Frist von vier Wochen seit Anrufung des Schiedsgerichts den Beisitzer nicht bezeichnen, oder der von ihnen bestellte Beisitzer zur Annahme dieses Amtes nicht gewillt ist, oder von der Gegenpartei abgelehnt wird, so wird dieser Beisitzer vom Präsidenten des Bundesgerichts bezw. von seinem Stellvertreter bezeichnet.

« Das Verfahren des Schiedsgerichtes richtet sich nach der jeweiligen Zivilprozessgesetzgebung und es soll überhaupt das Schiedsgericht formell und materiell an die Vorschriften der aargauischen und eidgenössischen Gesetzgebung gebunden sein. »

Den nach dem Gesetze über die Benutzung der Gewässer zur Betreibung von Wasserwerken vom 28. Hornung 1856 von dem Inhaber jedes « bewilligten Wasserwerkes » zu entrichtenden jährlichen Wasserzins (Wasserrechtsgebühr) hat die in der Konzession erwähnte Verordnung des Grossen Rats betreffend die Erhebung von Wasserrechtsgebühren vom 22. Mai 1902 auf 6 Fr. per Bruttopferdekraft festgesetzt und dabei zugleich in § 2 Abs. 2 bestimmt: « Der durch die erste Baubewilligung näher zu regelnde Beginn des Bezuges der Wasserrechtsgebühr soll spätestens vier Jahre nach

Erteilung dieser Bewilligung erfolgen ». Durch Beschluss vom 24. November 1910 « betreffend Abänderung der Wasserzinsverordnung von 1902 » hat dann aber der Grosse Rat die letztere Bestimmung dahin ergänzt, dass da, wo « aus triftigen Gründen finanzieller oder baulicher Art einem Wasserwerk in der Konzession eine mehr als vierjährige Baufrist zugestanden worden ist, das Werk den Wasserzins für die effektiv ausgenützten Pferdekräfte zu bezahlen, mindestens aber folgende Leistungen zu übernehmen hat: a) die Hälfte der vollen Wasserrechtsgebühr vom Beginn des fünften Jahres an seit der Erteilung der grundsätzlichen Bewilligung bis zum Ablaufe der konzessionsgemässen zugestandenen Baufrist, b) die volle Wasserrechtsgebühr nach Ablauf der Baufrist ».

Auf ein vom Kraftwerk Laufenburg gestützt auf § 28 Abs. 2 der Konzession angebrachtes Gesuch hat der Regierungsrat des Kantons Aargau am 3. Oktober 1913 demselben die Baufrist, die konzessionsgemäss am 14. Dezember 1913 auslaufen sollte, bis 31. Dezember 1914 erstreckt, daran aber den Vorbehalt geknüpft, dass diese Verlängerung keine Verminderung der Einnahmen an Wasserzinsen für den Staat nach sich ziehen dürfe, vielmehr die volle Wasserrechtsgebühr wie ohne Fristverlängerung zu Martini 1913 für das Jahr 1914 zu entrichten sei. Das Kraftwerk Laufenburg akzeptierte die Fristverlängerung, lehnte dagegen den daran geknüpften Vorbehalt ab und ersuchte die Regierung, ihn fallen zu lassen, indem es den Standpunkt einnahm, dass der Ausdruck « konzessionsgemäss zugestandene Baufrist » in der Abänderungsverordnung vom 24. November 1910 nicht nur die ursprünglich durch die Konzession festgesetzte Baufrist, sondern auch die Fristverlängerungen umfasse, auf die die Unternehmung nach § 28 Abs. 2 der Konzession bei elementaren Ereignissen und Zuständen Anspruch habe; da sich die ihm gewährte Fristverlängerung auf sol-

che Gründe stütze, habe es daher, auch während der verlängerten Frist nur die halbe Wasserrechtsgebühr zu bezahlen und sei die entgegengesetzte Zumutung der Regierung konzessions- und verordnungswidrig. Der Regierungsrat hielt jedoch an dem Vorbehalte fest und lehnte das Begehren des Kraftwerks, zwecks Erledigung des Streitpunktes zur Bestellung des in § 32 der Konzession vorgesehenen Schiedsgerichtes mitzuwirken, mit der Begründung ab, dass der Streit um den Wasserzins nicht als ein solcher um eine « wirtschaftliche Verpflichtung » im Sinne der erwähnten Konzessionsbestimmung erscheine und deshalb nicht in die Zuständigkeit des Schiedsgerichts falle. Ebenso trat er auf den ihm daraufhin vom Kraftwerk gemachten Vorschlag, die Angelegenheit dem aargauischen Obergericht als Verwaltungsgericht zu unterbreiten, nicht ein, indem er erklärte, dass s. E. auch diese Instanz nicht kompetent wäre, weil keiner der in § 2 des kantonalen Gesetzes über den Administrativprozess erwähnten Zuständigkeitsfälle zutrefte. Dementsprechend forderte er das Kraftwerk Laufenburg neuerdings auf, den vollen Wasserzins für 1914 sofort zu bezahlen, eventuell stellte er ihm anheim, beim Grossen Rat um eine authentische Interpretation der Verordnung vom 24. November 1910 einzukommen.

B. — Mit Klage vom 28. April 1914 hat darauf die Aktiengesellschaft Kraftwerk Laufenburg beim Bundesgericht das Rechtsbegehren gestellt: « Der Regierungsrat von Aargau namens des Staates habe anzuerkennen, dass die Klägerin berechtigt sei, die Streitfrage, ob sie bis zum Auslaufe der Baufrist ihres Kraftwerkes (31. Dezember 1914), bezw. wenn sie schon früher das Werk vollenden sollte, bis zum Zeitpunkte der Vollendung, nur die Hälfte des staatlichen Wasserzinses zu bezahlen habe, dem in ihrer Konzession vorbehaltenen Schiedsgerichte zu unterbreiten, und es sei der Regierungsrat daher zu verhalten, das Schiedsgericht mit ihr zu bestellen. »

Zur Begründung der Zuständigkeit des Bundesgerichts als einziger Zivilgerichtsinstanz beruft sich die Klägerin auf Art. 48 Ziff. 4 OG. Sie führt aus, die Frage, ob der Kanton Aargau verpflichtet sei, zur Bestellung des Schiedsgerichts Hand zu bieten, sei nicht oder doch nicht vorwiegend publizistischer, sondern ganz oder doch vorwiegend zivilistischer Natur. Denn der Kompromiss sei ein ziviles Rechtsgeschäft. Der Begriff der zivilrechtlichen Streitigkeiten sei in der bundesgerichtlichen Praxis weiter gefasst worden als in der Doktrin und umfasse auch die gemischten Streitigkeiten. Materiell macht sie geltend, dass der Streit zwischen ihr und der Regierung ein solcher um eine wirtschaftliche Verpflichtung im Sinne von § 32 der Konzession sei und daher unter die hier aufgestellte Schiedsklausel falle. Denn es handle sich dabei um die Anwendung und Auslegung der in § 24 der Konzession für den Umfang der Gebührenpflicht massgebend erklärten Wasserzinsverordnung. Würde die Zuständigkeit des Schiedsgerichts verneint, so wäre die Klägerin rechtlos, da nach der eigenen Auffassung des Regierungsrats im Kanton Aargau kein Richter bestehe, der zwischen den Parteien Recht sprechen könnte. Die Schiedsgerichtsklausel sei aber gerade aufgestellt worden, um einen unparteiischen Richter für Fragen zu schaffen, für die er sonst gefehlt hätte.

C. — Der beklagte Kanton bestreitet in seiner Antwort in erster Linie die Zuständigkeit des Bundesgerichts mit der Begründung, die Klage sei nicht zivilrechtlicher Natur. Die Konzession sei ein einseitiger Hoheitsakt und das aus ihr entstehende Rechtsverhältnis zwischen Konzedenten und Konzessionär, also insbesondere auch die Verpflichtung zur Entrichtung eines Wasserzinses, in allen Teilen ein öffentlich-rechtliches. Zu den rechtlichen Beziehungen, die aus der Konzession entspringen, gehöre auch die Schiedsklausel. Auch diese sei daher öffentlich-rechtlicher Natur. Jedenfalls würde es sich, auch wenn man die Konzession als einen Vertrag ansehen wollte,

um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handeln. Von einem gemischten Rechtsverhältnisse könne nicht die Rede sein.

Eventuell wird die materielle Abweisung der Klage beantragt und ausgeführt: bei der Frage, ob die Klägerin den vollen oder halben Wasserzins zu entrichten habe, habe man es nicht mit einer wirtschaftlichen Verpflichtung im Sinne des § 32 der Konzession zu tun, weshalb die hier enthaltene Schiedsklausel darauf nicht zutreffe. § 24 der Konzession enthalte keine besonderen Bestimmungen über die Wasserzinspflicht, sondern verweise dafür lediglich auf die jeweilige Gesetzgebung, woraus folge, dass der Staat auch während der Konzessionsdauer in Bezug auf die Gestaltung der Gesetzgebung über die Wasserrechtsgebühren freie Hand habe. Die Uebertragung des Entscheides über den Umfang der Wasserzinspflicht des Konzessionärs an ein Schiedsgericht würde einen Verzicht des Staates auf das ihm zustehende hoheitliche Recht zur unbeschränkten Festsetzung der Wasserzinsen bedeuten, der rechtlich unzulässig und ausgeschlossen sei. Da nach der kantonalen Gesetzgebung (Art. 33 litt. e KV) der Grosse Rat zur Festsetzung der Wasserrechtsgebühren zuständig sei und da er die Wasserzinsverordnungen erlassen habe, so sei er auch befugt, die Abänderungsverordnung von 1910 authentisch zu interpretieren, was er denn auch inzwischen durch Beschluss vom 25. November 1914 und zwar im Sinne des von der Regierung vertretenen Standpunktes, wonach unter der konzessionsgemässen Baufrist nur die in der Konzession ausdrücklich erwähnte Frist zu verstehen sei, getan habe. Diese Interpretation decke sich übrigens mit dem eigenen, früheren Standpunkte der Klägerin, indem diese sich in den Verhandlungen mit dem Regierungsrat von 1910, die zum Erlass der Abänderungsverordnung geführt hätten, ausdrücklich damit einverstanden erklärt habe, von Beginn des Jahres 1914 an den vollen Wasserzins zu bezahlen.

Schliesslich bestreitet der Beklagte auch seine Passivlegitimation, weil er im gegenwärtigen Prozesse als Inhaber des staatlichen *imperium* ins Recht gefasst werde, während er mit einer Zivilklage nur als Fiskus belangt werden könnte.

D. — Gegenüber der Behauptung, dass sie im Jahre 1910 die volle Wasserzinspflicht für das Jahr 1914 anerkannt habe, macht die Klägerin *replicando* geltend, dass die Verständigung mit der Regierung erst nach der Verordnung vom 24. November 1910 und nicht vor deren Erlass erfolgt sei. Damals habe man angenommen, die Bauzeit werde noch drei Jahre, d. h. bis Ende 1913 dauern. Erst nachher seien dann die Schwierigkeiten aufgetreten, die die Verlängerung der Baufrist veranlasst hätten. Der Sinn der neuen Verordnung sei lediglich der gewesen, dass den noch im Bau begriffenen Werken, so lange die Baufrist dauere, wegen der Unmöglichkeit, vorher die Wasserkraft zu gebrauchen, nur der halbe Wasserzins abverlangt werden solle. Diese Erwägung treffe aber natürlich für die verlängerte Baufrist so gut zu wie für die ursprünglich erteilte.

Im übrigen enthalten Replik und Duplik keine wesentlichen neuen Vorbringen.

E. — An der heutigen Verhandlung haben die Parteivertreter die in Klage und Antwort gestellten Rechtsbegehren erneuert.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

1. — Da es sich um eine Klage einer privaten Korporation gegen einen Kanton handelt, deren Gegenstand einen Wert von mehr als 3000 Fr. hat, ist die Zuständigkeit des Bundesgerichts als einziger Zivilgerichtsinstanz nach Art. 48 Ziff. 4 OG gegeben, sofern die damit abhängig gemachte Streitigkeit sich als « zivilrechtliche » im Sinne der erwähnten Vorschrift darstellt. Massgebend hierfür ist die Natur des zwischen den Parteien streitigen

Rechtsverhältnisses. Nun verlangt die Klägerin vom Bundesgericht nicht etwa eine Entscheidung über den zwischen ihr und dem Staate hinsichtlich des Umfangs ihrer Wasserzinspflicht bestehenden Streit, sondern lediglich die Feststellung der Pflicht des Beklagten, sich für die Beurteilung dieses Streites dem konzessionsgemässen Schiedsgericht zu unterwerfen und bei dessen Bestellung mitzuwirken. Das Rechtsverhältnis, nach dem sich die Zuständigkeit des Bundesgerichts bestimmt, kann demnach nicht in den aus der Wasserzinspflicht der Klägerin entspringenden Beziehungen zwischen ihr und dem Staate, sondern nur in denjenigen rechtlichen Beziehungen bestehen, die sich aus der in § 32 der Konzession enthaltenen Schiedsklausel ergeben. Es fragt sich mithin, ob der Streit über die Verbindlichkeit und Auslegung dieser besonderen Klausel als zivilrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 48 OG angesehen werden könne.

Für die Beantwortung dieser Frage spielt es keine Rolle, ob man den Schiedsvertrag, wie dies das Bundesgericht bisher in ständiger Praxis (vergl. AS 39 II S. 52 Erw. 2 und die dort zitierten früheren Urteile) getan hat, als materiell-privatrechtlichen oder, wie dies zur Zeit in der deutschen Rechtswissenschaft im Anschluss an die Ausführungen KOHLERS (Prozessrechtliche Verträge und Kreationen in den gesammelten Beiträgen zum Zivilprozess S. 127 ff.) überwiegend der Fall zu sein scheint, als prozessrechtlichen Vertrag betrachtet. Ebensowenig, ob derselbe dem eidgenössischen oder kantonalen Rechte unterstehe. Beides wäre nur von Bedeutung, wenn es sich um eine Berufung nach Art. 56 ff. OG handelte, weil das Bundesgericht als Berufungsinstanz zur Nachprüfung der Anwendung des kantonalen Prozessrechts nicht befugt ist. Für die Prozesse, in denen es als einzige Zivilgerichtsinstanz zu entscheiden hat, kommt darauf nichts an, da es hier an die Stelle der kantonalen Gerichte tritt und sich daher seine Kognition, sofern nur das Streitverhältnis als solches

seiner Natur nach in seine Zuständigkeit fällt, auf die Anwendung aller für dessen Beurteilung erheblichen Rechtsnormen, gleichgiltig ob sie dem eidgenössischen oder kantonalen, dem materiellen oder Prozessrechte angehören, erstreckt. Nun herrscht aber überall, auch da, wo der Schiedsvertrag im Prozessrechte geordnet ist, darüber kein Streit, dass die Entscheidung über die Verbindlichkeit und Tragweite desselben dem ordentlichen Zivilrichter zukommt. Ebenso anerkennen auch die Autoren, die den Schiedsvertrag als prozessrechtlichen Vertrag auffassen, dass eine Klage auf Feststellung der Giltigkeit und des Inhalts desselben möglich sein und dass dieselbe vor den Zivilgerichten angebracht werden muss (vergl. KOHLER a. a. O. S. 220; FEHR, Das Schiedsgericht in der schweizerischen Zivilprozessgesetzgebung S. 39). Der zivilrechtliche Charakter einer solchen Klage darf demnach auch dann unbedenklich bejaht werden, wenn man in dem Schiedsvertrage entgegen der bisherigen Praxis nicht einen materiellrechtlichen, sondern einen prozessrechtlichen Vertrag erblickt. Dies scheint denn auch der Beklagte selbst anzunehmen. Denn er bestreitet die Kompetenz des Bundesgerichts nicht etwa wegen der prozessrechtlichen Natur des Schiedsvertrages. Vielmehr macht er geltend, dass überhaupt kein Schiedsvertrag im Streite liege, weil die in § 32 der Konzession enthaltene Schiedsklausel keine vertragliche Bindung enthalte, sondern als Bestandteil der Konzession deren einseitigen hoheitsrechtlichen Charakter teile. Dieser Auffassung kann indessen nicht beigetreten werden.

Freilich ist die Konzession an sich kein Vertrag, sondern ein einseitiger staatlicher Hoheitsakt und das aus ihr entspringende Rechtsverhältnis zwischen Konzedent und Konzessionär daher in allen Teilen ein öffentlichrechtliches. Dies schliesst indessen nicht aus, dass der Staat, der die Konzession erteilt, über den eigentlichen Konzessionsinhalt hinaus, mit dem er die Bewilligung zur Benützung einer öffentlichen Sache einseitig aus-

spricht, weitere Rechtsverhältnisse mit dem Konzessionär eingeht, in denen er nicht mehr einseitig diktiert, sondern sich mit dem letzteren vertragsweise verständigt. Dies wird er insbesondere immer da tun müssen, wo er sich Vorteile sichern will, die einseitig zu erzwingen er nicht die Macht hätte. Aber auch da, wo Verhältnisse in Frage stehen, die an sich der einseitigen Regelung fähig wären, wird er unter Umständen statt dessen den Weg des Vertrages beschreiten können, wenn schon hier die Möglichkeit der vertraglichen Regelung naturgemäss eine beschränktere ist, indem sie voraussetzt, dass sich die paktierende Behörde nach der Art des in Betracht kommenden Verhältnisses überhaupt der freien Verfügung über dasselbe begeben kann. Als eine solche neben dem eigentlichen Konzessionsinhalt hergehende vertragliche Abrede muss es insbesondere angesehen werden, wenn der konzedierende Staat sich für die Entscheidung von Streitigkeiten, die aus bestimmten Konzessionsbestimmungen entspringen, einem privaten Schiedsgerichte unterwirft. Denn indem er dies tut, begibt er sich auf den Boden der Gleichberechtigung mit dem Konzessionär und entkleidet damit das so geschaffene Rechtsverhältnis seines hoheitlichen Charakters. Einseitig bleibt daher die Konzession nur noch in Bezug auf denjenigen Konzessionsinhalt, den der Konzedent dem Konzessionär kraft seiner hoheitlichen Gewalt aufgenötigt hat. Gleichwie die mit einem privaten Kaufvertrage verbundene Vereinbarung eines Schiedsgerichts sich rechtlich nicht als Bestandteil des Kaufvertrages, sondern als eine von diesem unabhängige Abrede darstellt (vergl. dazu KOHLER a. a. O. S. 178 ff.), so entnimmt auch die in einer Konzession enthaltene Schiedsklausel ihre rechtliche Natur nicht der Konzession, sondern hat einen von letzterer verschiedenen, selbständigen Charakter. Auch kann für die rechtliche Natur der Klausel nichts darauf ankommen, ob die Streitigkeit, für die die schiedsgerichtliche Erledigung vorgesehen wird, eine privat- oder öffentlich- bzw.

verwaltungsrechtliche ist. In beiden Fällen ist der Inhalt der Klausel derselbe und erschöpft sich in dem Anspruche jeder Partei gegen die andere, dass sie sich dem Schiedsgerichte unterwerfe. Ob die staatliche Jurisdiktion, die dadurch ausgeschaltet wird, diejenige der Zivilgerichte oder der Verwaltungsbehörden bzw. Verwaltungsgerichte ist, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Auch im letzteren Falle hat der Richter, der über die Giltigkeit und den Inhalt der Klausel zu entscheiden hat, nicht Staats- oder Verwaltungsrecht anzuwenden, sondern lediglich zu untersuchen, ob eine übereinstimmende Willensäußerung der Parteien, des Inhalts, dass sie ein bestimmtes Streitverhältnis privater Entscheidung übergeben wollen, vorliegt und ob sie sich auf dasjenige Streitverhältnis bezieht, das die klagende Partei dem Schiedsgericht unterbreiten will, also Funktionen auszuüben, wie sie speziell dem Zivilrichter zustehen. Staats- und Verwaltungsrecht kommt dabei höchstens präjudiziell in Frage, insoweit es sich um die Befugnis der betreffenden Behörde zum Abschluss des Schiedsvertrages handelt. Die Kompetenz des Bundesgerichts zur Beurteilung der Klage ist daher zu bejahen.

2. — Damit erledigt sich ohne weiteres auch die Frage der Passivlegitimation. Denn wenn sich, wie ausgeführt, der Staat durch den Abschluss eines Schiedsvertrages auf den Boden der Gleichberechtigung mit dem Konzessionär begibt, so ist klar, dass er demselben auch vor dem Richter Recht zu geben hat. Ob man ihn dabei im Sinne der alten polizeistaatlichen Theorie als Fiskus oder als Rechtssubjekt des öffentlichen Rechts betrachtet, ist unerheblich. Auch in der letzteren Eigenschaft ist er an einen von ihm abgeschlossenen Vertrag grundsätzlich gebunden und hat vor demjenigen Richter Recht zu nehmen, in dessen Zuständigkeit die Beurteilung des Vertrages nach dessen Natur gehört.

3. — In der Sache selbst ist davon auszugehen, dass sich die in § 32 der Konzession aufgestellte Schieds-

klausel nur auf « Streitigkeiten über die den Unternehmern in wirtschaftlicher Hinsicht obliegenden Verpflichtungen » bezieht. Die Gutheissung der Klage hätte daher zur Voraussetzung, dass zu diesen « wirtschaftlichen Verpflichtungen » im Sinne der Klausel auch die in § 24 der Konzession erwähnte Pflicht zur Entrichtung eines jährlichen Wasserzinses (Wasserrechtsgebühr) gehöre, was nicht nur vom Willen der Parteien bei Eingehung der Schiedsklausel, sondern auch von der Kompetenz der Regierung zum Abschluss eines hierauf ausgedehnten Schiedsvertrages abhängt.

Dabei kann von vornherein darauf kein Gewicht gelegt werden, dass § 32 Abs. 1 Satz 2 der Konzession bei Erwähnung der der aargauischen Regierung in wirtschaftlicher Hinsicht vorbehaltenen Befugnisse auf die §§ 21 bis 25, unter denen sich auch die Bestimmung über den Wasserzins befindet, verweist. Denn diese Paragraphen enthalten, wie schon ihre Ueberschrift beweist, keineswegs bloss Bedingungen wirtschaftlichen Charakters, sondern auch solche, die — wie die Pflicht zur Duldung von Messungen der Wasserkräfte, zu Mitteilungen über die Art der Verwendung der letzteren und über die Kraftabgabebedingungen, zur Begründung eines Hauptsitzes im Kanton Aargau usw. — unzweifelhaft rein administrativer Natur sind. Wenn die Konzession von den « in den §§ 21 bis 25 der aargauischen Regierung in wirtschaftlicher Hinsicht vorbehaltenen Befugnissen » spricht, so können demnach damit nicht alle in den genannten Paragraphen enthaltenen Bestimmungen gemeint sein, sondern nur diejenigen, die ihrem Wesen nach wirtschaftlichen Charakter haben. Massgebend für den Entscheid darüber, ob eine bestimmte, dem Unternehmer nach der Konzession obliegende Verpflichtung eine wirtschaftliche im Sinne der Schiedsklausel sei, kann demnach nicht die Stelle der Konzession, an der sie behandelt ist, sondern nur der tatsächliche und rechtliche Inhalt der Verpflichtung selbst sein.

Nun enthält § 24 der Konzession, wie vom Beklagten mit Recht geltend gemacht wird, keine selbständigen Bestimmungen über die Gebühren-, Abgaben- und Steuerpflicht der Klägerin, sondern erklärt dafür einfach die « jeweilige Gesetzgebung » als massgebend. Er stellt sich somit, soweit die Pflicht zur Bezahlung eines Wasserzinses in Frage kommt, als einfache Reproduktion des Art. 4 des kantonalen Gesetzes vom 28. Februar 1856 über die Benützung der Gewässer zur Betreibung von Wasserwerken dar, wonach für jedes bewilligte Wasserwerk dem Staate alljährlich ein Wasserzins zu entrichten ist, und hätte ebensogut weggelassen werden können, weil auch ohne ihn klar war, dass die Klägerin dieser Pflicht unterworfen sein werde. Denn die Pflicht zur Entrichtung eines Wasserzinses ist weder eine Bedingung der Konzession im eigentlichen Sinne noch hat sie den Charakter einer Gegenleistung des Konzessionärs für die Konzessionserteilung. Vielmehr hat man es dabei mit einer öffentlichen Abgabe zu tun, die kraft Gesetzes auch ohne Konzessionsbestimmung auf jedem Unternehmer eines Wasserwerkes lastet und nach Umfang und Höhe durch Gesetz und Verordnung genau bestimmt ist. Es handelt sich also nicht wie bei den §§ 21 Ziff. 1 bis 5 und 22 der Konzession um Verpflichtungen von dehnbare Tragweite, deren Gestaltung wesentlich von der künftigen Entwicklung der tatsächlichen Verhältnisse abhängt und für deren Festsetzung im Streitfalle es weniger auf rechtliche Gesichtspunkte als auf eine fachmännische technische Würdigung der Umstände ankommt, sondern um eine Belastung, deren Umfang dem Unternehmer schon aus dem Gesetze genau bekannt sein muss. Technische Kenntnisse kommen dabei nur insoweit in Frage, als es sich um die Messung der für die Berechnung der Höhe der Gebühr massgebenden Wasserkraft handelt. In dieser Beziehung hat aber das Gesetz bereits selbst vorgesorgt, indem es in § 5 vorschreibt, dass « zur Bestimmung des Wasserrechtszinses

eine Untersuchung des Werkes durch vom Staat ernannte Sachverständige stattfinden, welche die mittlere Wasserkraft des beanspruchten Wasserrechts ausmitteln soll», und im Anschluss daran die Grundsätze einzeln regelt, nach denen diese Messung vor sich zu gehen hat. Bei dieser Sachlage erscheint es von vornherein als unwahrscheinlich, dass der Wille des aargauischen Regierungsrates dahin gegangen sei, die schiedsweise Erledigung auch auf die Wasserzinsfragen auszudehnen und sich damit der ihm nach dem Gesetze zustehenden Befugnis zur einseitigen Feststellung des Wasserzinses zu begeben.

Gesetzt aber auch, es wäre dies der Fall gewesen, so müsste die Klage gleichwohl abgewiesen werden, weil eine Ausdehnung der Schiedsklausel hierauf rechtlich unzulässig war. Es ist ein feststehender Satz des modernen öffentlichen Rechtes, dass im Bereiche der öffentlichen Verwaltung, wo es sich um die Anwendung staatshoheitlicher Macht handelt, die Behörde den Weg des Vertrages mit Privaten nicht beschreiten darf, sondern die Form für die Regelung der rechtlichen Beziehungen zwischen Staat und Bürger hier die einseitige Verfügung ist. « Von Vertrag kann nur dort die Rede sein, wo auf die Ausgestaltung eines Rechtsverhältnisses der Wille einer jeden Partei gleichen rechtlichen Einfluss besitzt. Das trifft aber bei den Verhältnissen des öffentlichen Rechts in der Regel nicht zu. Denn diese werden einseitig durch den Willen des Staates geordnet. Zum Vertrag darf die Behörde nur greifen in den Fällen, in denen das Gesetz die Vertragsform ausdrücklich zugelassen und dadurch auf die einseitige Regelung eines Rechtsverhältnisses verzichtet hat. Lässt sich die Behörde zur Abschliessung eines Vertrages ohne solche gesetzliche Ermächtigung herbei, so ist ihre ganze Anordnung nichtig » (FLEINER, Institutionen des Verwaltungsrechts 2. Aufl. S. 190 ff.). Da der Wasserzins unstreitig die Natur einer öffentlichen, vom Staate kraft seines Hoheitsrechts erhobenen Abgabe hat und da weder das aargauische allgemeine Steuer-

gesetz noch das Gesetz über die Benützung der Gewässer eine Bestimmung enthalten, welche vertragliche Vereinbarungen über solche Abgaben gestattete, war demnach die aargauische Regierung nicht befugt, mit der Klägerin über den Umfang und die Höhe der Wasserzinspflicht zu paktieren, sondern konnte die Konzession von vornherein nur innert den Schranken der hierüber bestehenden Gesetzgebung erteilen, wie sie dies denn auch in § 24 der Konzession unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat. Dann war aber auch eine Vereinbarung ausgeschlossen, die dahin ging, die Feststellung der grundsätzlichen Wasserzinspflicht und ihrer Höhe dem Entscheide von Privatpersonen zu überlassen. Denn wie überall (vergl. FEHR a. a. O. S. 30 ff.), so kann auch im Kanton Aargau nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 356 der ZPO ein Schiedsvertrag nur über solche Streitgegenstände abgeschlossen werden, über welche « die Parteien frei verfügen » können. Nachdem diese Voraussetzung hier, wie nachgewiesen, nicht zutrifft, muss daher die mit der Klage geltend gemachte Verpflichtung des Beklagten, die streitige Wasserzinsfrage dem Entscheide des konzessionsgemässen Schiedsgerichtes zu unterbreiten, auch dann verneint werden, wenn der Wille der Parteien bei Eingehung der Schiedsklausel ein anderer gewesen sein sollte.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Klage wird abgewiesen.
