

VIII. WASSERRECHTSKONZESSIONEN

CONCESSIONS DE DROITS D'EAU

23. Urteil vom 10. März 1923

i. S. Elektrizitätswerk Lonza A.-G. gegen Kanton Wallis.

WRG Art. 71 Abs. 1 und 50 Abs. 1.: Umfang der Kognition des BG bei Streitigkeiten im Sinne der ersteren Bestimmung. Zulässigkeit blosser Feststellungsbegehren in diesem Verfahren. Bestandteile, die der als Konzession in Anspruch genommene Akt enthalten muss, um als wirkliche Verleihung gelten zu können. Abgrenzung gegenüber lediglich die künftige Konzessionserteilung vorbereitenden Akten. Zu der « für den Bau bewilligten Frist » im Sinne von Art. 50 Abs. 1 des Gesetzes gehört auch eine in der Wasserrechtsverleihung eingeräumte, dem Baubeginn vorangehende Vorfrist. Die Befreiung vom Wasserzins während jener Frist hat zwingenden Charakter; der Beliehene kann darauf wirksam nur für das einzelne Jahr durch Bezahlung, nicht aber allgemein zum voraus verzichten. Die im Verfahren nach Art. 71 ausgesprochene Ungültigkeit der Konzessionsbestimmung, welche den Wasserzins während der Baufrist auflegt, ergreift nicht die ganze Verleihung.

A. — Nach dem Gesetz des Kantons Wallis vom 27. Mai 1898 betreffend die Wasserrechtskonzessionen werden solche Konzessionen für höchstens 99 Jahre erteilt (Art. 2). Das Gesuch muss u. a. enthalten die Angabe der Ortschaft und der Grundstücke, wo die projektierten Anlagen errichtet werden sollen und, je nach Umständen, die Art der Industrie, die notwendige mittlere Wassermenge, das für die Wasserfassung zu verwendende System u. s. w.; ferner sind anzugeben die hygienischen Bedingungen des Unternehmens und seine Wirkung auf das Gewässer (Art. 3). Die Konzessionsgesuche werden im Amtsblatt veröffentlicht mit der Einladung, allfällige Einsprachen

dem Staatsrat innert 30 Tagen einzureichen (Art. 5). Die erteilten Konzessionen werden im Amtsblatt bekannt gemacht (Art. 6). Der Wasserzins beträgt bei den vom Staat erteilten Konzessionen 1 bis 5 Fr. für die effektiv verwendete HP und 2 bis 8 Fr., wenn die Kraft aus dem Kanton ausgeführt wird; alle 10 Jahre findet eine Revision des Wasserzinses statt. Der Zins wird nicht geschuldet während der Bauperiode, sofern sie nicht die Dauer von 5 Jahren seit der Erteilung der Konzession überschreitet (Art. 10). Ausserdem ist eine einmalige Gebühr für die Konzession vorgesehen, die 100 Fr. bis 1000 Fr. beträgt (Art. 11). Jede Konzession erlischt, wenn die Arbeiten nicht innert 5 Jahren seit der Erteilung begonnen sind; doch kann eine Verlängerung der Frist bewilligt werden (Art. 14). Gegen die Entscheide des Staatsrates betreffend Verweigerung von Konzessionen, ihrer Erneuerung oder Übertragung steht der Rekurs an den Grossen Rat offen (Art. 19).

B. — Um die Konzession der Wasserkräfte der Rhone im Oberwallis von Oberwald bis Fiesch und von der Massa bis zum Mundbach bewarben sich im Jahre 1917 Advokat Evéquoz in Sitten einerseits und die Rekurrentin, das Elektrizitätswerk Lonza A.-G. in Gampel, andererseits. Die Bewerber wurden aufgefordert bis 25. Dezember ihre äussersten finanziellen Angebote zu machen. Evéquoz offerierte hierauf eine Pauschalgebühr von 200,000 Fr. zahlbar in 4 Jahresraten von je 50,000 Fr., die erste Ende 1917, ferner einen Wasserzins von 25,000 Fr. für 1919-1922, und von 53,000 Fr. von 1923 an. Es wurde beigefügt, die Konzession werde verlangt « au nom d'un groupe que je représente, dans le but de créer une industrie en Valais. Nous avons en vue, avant tout, la création d'une industrie avec la coopération des forces financières et intellectuelles du Valais..... ». Die Rekurrentin offerierte dieselbe Pauschalzahlung wie Evéquoz

und als Wasserzins erstmals für 1920 10,000, Fr. für die folgenden Jahre je 10,000 Fr. mehr bis zum Maximum von 50,000. Fr. Am 29. Dezember 1917 fasste der Staatsrat folgenden Beschluss: « Le Conseil d'Etat accorde la concession des forces hydrauliques du Rhône d'Oberwald à Fiesch à MM. R. Evéquo et consorts, au prix et aux conditions à fixer dans l'acte de concession ». Der Beschluss wurde am 8. März 1918 im kantonalen Amtsblatt bekannt gemacht mit der Bemerkung, dass allfällige Einsprachen « bezüglich dieser Konzession » innert Frist von 30 Tagen dem Staatsrat einzureichen seien. Die Rekurrentin richtete eine solche Einsprache an den Staatsrat, worin sie geltend machte, es seien die Bestimmungen des kantonalen Gesetzes betreffend die Wasserrechtskonzessionen nicht befolgt worden — das Konzessionsgesuch habe den Anforderungen des Art. 3 nicht entsprochen, es sei vom Staatsrat nicht publiziert worden u. s. w. — und verlangte, die an Evéquo erteilte Konzession sei zu annullieren und die Konzession sei der Rekurrentin zu erteilen, die allen gesetzlichen Bestimmungen nachgekommen sei und die allein für einen rationellen Ausbau der fraglichen Wasserkräfte Gewähr biete. Gleichzeitig richtete die Rekurrentin eine Beschwerde an den Grossen Rat im Sinne von Art. 19 des Gesetzes, worin sie ebenfalls die Aufhebung der an Evéquo erteilten Konzession beantragte. Die Einsprache an den Staatsrat und die Beschwerde an den Grossen Rat wurden von der Rekurrentin in der Folge zurückgezogen, nachdem eine Verständigung mit Evéquo stattgefunden hatte. Am 8. Juni 1918 wurde dann zwischen dem Staatsrat und den Beteiligten eine « Convention » betreffend die fraglichen Wasserkräfte abgeschlossen, deren Art. 1 lautet: « En exécution de sa décision du 29 décembre 1917, le Conseil d'Etat du canton du Valais concède à MM. R. Evéquo et consorts, soit M. Raymond Evéquo, avocat à Sion, et M. Jules Tissières, avocat à Martigny-Ville, pour le

consortium des forces motrices du Haut-Rhône, et à la Société des usines électriques de la Lonza S. A., représentée par M. Alexandre Seiler, conseiller national, à Brigue, et à M. A. Vogt à Berne, toutes les forces motrices du Rhône dès la sortie du village d'Oberwald au confluent du Fiescherbach, et de la Massa au Mundbach. » Art. 3 bestimmt, dass die « gegenwärtige Konzession » für 99 Jahre erteilt wird gegen eine Pauschalgebühr von 200,000 Fr., zahlbar in 4 Jahresraten von je 50,000 Fr., die erste bei Unterzeichnung der Konzession, die 3 andern auf Ende 1918, 1919 und 1920 und gegen einen jährlichen Wasserzins, zahlbar Ende 1919, Ende 1920 u. s. w. der für 1919 bis 1922 25,000 Fr. und von 1923 an 53,000 Fr. beträgt und 1928 zum ersten Mal einer Revision unterliegt. Nach Art. 5 haben die Arbeiten spätestens am 1. Januar 1925 zu beginnen. Art. 9 lautet: « La présente concession est soumise aux dispositions légales tant fédérales que cantonales concernant les concessions des forces hydrauliques ». Durch Vertrag vom 15. Januar 1920 traten die übrigen Konzessionäre ihre Rechte aus der Konzession an die Rekurrentin ab. Dieser Vertrag wurde vom Staatsrat am 19. Juni 1920 genehmigt mit der Bemerkung, dass die Rekurrentin alle Bedingungen der Verleihung gemäss der Konzession vom 8. Juni 1918 ohne irgend welche Abänderung zu übernehmen habe.

Die Rekurrentin bezahlte anstandslos 3 Raten der Pauschalgebühr und den Ende 1919 fälligen Wasserzins. Ende 1920 stellte sie beim Staatsrat das Gesuch, sie sei für die nächsten 3 Jahre unter Aufrechterhaltung der Konzession von der Bezahlung der fälligen Beträge zu entbinden. Sie verwies auf die grossen für die Konzession bereits gebrachten Opfer und die gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnisse, bei denen nicht daran gedacht werden könne, Wasserkräfte für elektrochemische Betriebe auszubauen; eine rationelle Ausnützung

der Rhonewasserkraften sei aber nur durch Angliederung elektrochemischer Betriebe denkbar. Das Gesuch wurde abgewiesen. Für die Ende 1920 fälligen Beträge — 50,000 Fr. Pauschalgebührrate und 25,000 Fr. Wasserzins — wurde die Rekurrentin betrieben, und der Kanton erhielt dafür am 6. Mai 1912 die definitive Rechtsöffnung (ein staatsrechtlicher Rekurs gegen den Rechtsöffnungsentscheid wurde vom Bundesgericht am 15. Juli 1921, BGE 47 I Nr. 33, abgewiesen). Infolge dessen bezahlte die Rekurrentin den Ende 1920 fälligen Wasserzins am 28. November und 27. Dezember 1921 « unter Protest und unter dem Vorbehalt der späteren definitiven Erledigung der Angelegenheit ». Zwei weitere Wasserzinse wurden bezahlt am 17. Januar 1922 und 15. Januar 1923. Die erstere Zahlung erfolgte wiederum « unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der späteren definitiven Regelung der Angelegenheit », die letztere « unter ausdrücklichem Vorbehalt und schärfstem Protest ».

Mit Klage vom 10. Mai 1921 hatte die Rekurrentin inzwischen beim Kantonsgericht Wallis das Rechtsbegehren gestellt: Es sei festzustellen, dass der Kanton Wallis während der für den Ausbau der erworbenen Wasserkraften bewilligten Frist kein Recht habe, von ihr einen Wasserzins zu erheben. Die Klage stützte sich auf Art. 50 eidg. WRG; die Konzession falle in dieser Beziehung, so wurde geltend gemacht, zeitlich unter die Herrschaft des eidgenössischen Gesetzes nach dessen Art. 74 Abs. 4; eventuell wäre der Wasserzins auch nach Art. 10 des kantonalen Gesetzes während der für den Bau bewilligten Periode nicht geschuldet.

Der Kanton Wallis beantragte die Abweisung der Klage. Er vertrat den Standpunkt, dass als massgebende Konzessionserteilung der Beschluss des Staatsrates vom 29. Dezember 1917 zu betrachten sei, sodass das eidg. WRG nicht zur Anwendung komme. « Le Conseil d'Etat tenait à boucler cette concession pendant la

période où sa liberté n'était point entravée par la loi fédérale du 29 décembre 1916, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1918.» Übrigens enthalte Art. 50 WRG keine absolute Regel, die einer abweichenden Vereinbarung der Beteiligten, wie sie hier vorliege, im Wege stehen würde. Auch wäre er auf die der Rekurrentin für die Jahre 1920 bis 1924 aufgelegten Wasserzinse deshalb nicht anwendbar, weil nach der Konzession die Baufrist erst 1925 beginne und die vorangehende Zeit sich als ein dem Bundesgesetz unbekannter délai de grâce darstelle. Die momentane missliche ökonomische Lage der Rekurrentin, die zum Teil auf zu reichlichen Ausschüttungen von Dividenden und Tantiemen beruhe, habe mit der Wasserzinsfrage nichts zu tun. Das kantonale Gesetz enthalte kein zwingendes Verbot Wasserzins während der Bauperiode oder gar einer ihr vorhergehenden Periode zu erheben.

Durch Urteil vom 19. September 1922 wies das Kantonsgericht die Klage ab. In der Urteilsbegründung wird zunächst festgestellt, dass das Kantonsgericht in der Sache kompetent sei nach Art. 71 des eidgen. WRG in Verbindung mit Art. 5 der kant. VV, der als zuständige kantonale Gerichtsbehörde für solche Streitigkeiten das Kantonsgericht bezeichne. Zur Sache wird die Auffassung vertreten, dass die Konzession der Rekurrentin am 29. Dezember 1917, also vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes, erteilt worden sei, weshalb Art. 50 des letztern nicht zur Anwendung komme. Der Text des staatsrechtlichen Entscheides vom 29. Dezember 1917 sei in dieser Beziehung klar — « le Conseil d'Etat accorde la concession » — und es stehe auch fest, dass der Staatsrat den Willen gehabt habe, die Konzession vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes unter Dach und Fach zu bringen. Die Konvention vom 8. Juni 1918 stelle sich nur als Ausführung des Konzessionsaktes vom 29. Dezember 1917 dar. Dem Einwand, dass eine Konzession eine Einigung über alle Bedingungen

voraussetze, sei entgegenzuhalten, dass die Konzession kein Vertrag, sondern ein Souveränitätsakt sei, der zur Existenz gelange, sobald der Wille der Behörde, die Konzession zu erteilen, in unzweideutiger Weise zum Ausdruck gekommen sei. Eine vorherige Einigung mit dem Konzessionär über die Bedingungen sei zwar die Regel, aber nicht Voraussetzung der Gültigkeit der Konzession. Allerdings habe die Konzession vom 29. Dezember erst 1917 Wirksamkeit erhalten mit der Konvention vom 8. Juni 1918 und der darin liegenden Annahme der Konzessionsbedingungen durch die Konzessionäre. Eine Nichtannahme der Bedingungen, die übrigens selten vorkomme, hätte die Konzession nachträglich wieder hinfällig gemacht. Es ergebe sich übrigens aus den Verhältnissen, dass der Staatsrat mit seinem Beschluss vom 29. Dezember 1917 die von Evéquoz gestellten Offerten habe annehmen wollen, wie denn auch die Konvention vom 8. Juni 1918 diesen Offerten entspreche. Dass nicht das Konzessionsgesuch Evéquoz, sondern erst die erteilte Konzession publiziert worden sei, sei nach Art. 5 des kantonalen Gesetzes freilich gesetzwidrig gewesen, auch wenn dieses Vorgehen auf einer Praxis beruhen sollte. Doch habe dieser Mangel nicht die Ungültigkeit der Konzession zur Folge, um so weniger, als keine Rechte Dritter verletzt worden seien und als die Rekurrentin ihre Beschwerde an den Grossen Rat zurückgezogen habe. Nach Art. 10 des kantonalen Gesetzes sei das Begehren der Rekurrentin nicht begründet. Es sei zwar zweifelhaft, ob man bei dieser Bestimmung zwischen *délai de grâce* und Bauperiode unterscheiden könne (nach WRG Art. 50 wäre diese Unterscheidung jedenfalls nicht zu machen), aber die Vorschrift, wonach während der Bauperiode der Wasserzins nicht geschuldet sei, habe keinen zwingenden Charakter. Die Rekurrentin habe in aller Form auf eine solche Befreiung verzichtet und es verstosse wider Treu und Glauben, wenn sie diesen Verzicht nachträglich nicht gelten lassen wolle.

C. — Das Elektrizitätswerk Lonza A.-G. hat am 7. November 1922 das Urteil des Kantonsgerichts an das Bundesgericht als zweite Instanz im Sinne des Art. 71 Abs. 1 WRG weitergezogen und gleichzeitig dagegen den staatsrechtlichen Rekurs ergriffen. Mit beiden Rechtsmitteln wird übereinstimmend beantragt: Es sei das Urteil aufzuheben und festzustellen, dass der Kanton Wallis während der für den Bau bestimmten Frist keinen Wasserzins erheben dürfe.

Zur Begründung des Rekurses nach Art. 71 WRG wird ausgeführt: Der massgebende Konzessionsakt sei die Konvention vom 8. Juni 1918, nicht der Beschluss des Staatsrates vom 29. Dezember 1917. Dem letztern fehlten die kantonalrechtlichen Erfordernisse einer Wasserrechtskonzession, insbesondere auch, was die vorgeschriebene Publikation des Konzessionsgesuches anlange. Ein Beweis, dass die Publikation der Konzession statt des Konzessionsgesuchs einer Praxis entspreche, sei nicht erbracht worden. Die erfolgte Publikation des Beschlusses könne nur als diejenige im Sinne des Art. 5 des kantonalen Gesetzes angesehen werden, woraus sich ergebe, dass der Beschluss vom 29. Dezember 1917 nicht definitiv verbindlich sein könne. Es sei auch von Bedeutung, dass in der Konvention vom 8. Juni 1918 die Konzession zum Teil andern Personen erteilt werde als im Beschluss vom 29. Dezember 1917 und eventuell wäre die Übertragung der Konzession an die Rekurrentin gemäss Staatsratsbeschluss vom 19. Juni 1920 als neue Konzession zu betrachten. Art. 50 Abs. 1 des WRG sei daher anwendbar. Er sei zwingendes Recht. Das ergebe sich aus dem Zweck des Gesetzes: Förderung der Ausnützung der Wasserkräfte im allgemeinen Interesse der schweizerischen Volkswirtschaft; Schutz der Industrie vor zu grosser Belastung durch die Kantone. Ferner folge es aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, sowie aus der Erwägung, dass andernfalls die kantonale Regierung die Bestimmung in den Konzessionen stets wegbedingen könnte. Allerdings habe sich

die Rekurrentin der Konzessionsbestimmung, wonach der Wasserzins sofort geschuldet werde, seinerzeit freiwillig unterworfen und sie habe sie auch noch weiterhin durch Bezahlung der Gebühr anerkannt. Aber deshalb liege in der nachträglichen Anrufung des Art. 50 WRG kein Handeln wider Treu und Glauben. Es sei aner kennenswert, dass die Rekurrentin in guten Zeiten ungeschuldete Leistungen habe machen wollen; aber eine moralische Pflicht, solche Leistungen auch in Krisenzeiten zu machen, folge hieraus nicht. Dass man nach Art. 50 Abs. 1 keinen Unterschied zwischen Baufrist und *délai de grâce* machen könne, sei klar.

Für den Fall, dass das Bundesgericht nicht das eidgenössische, sondern das kantonale Recht für anwendbar erklären sollte, wird mit dem **s t a a t s r e c h t l i c h e n R e k u r s** geltend gemacht, dass das Kantonsgericht den Art. 19 Abs. 5 des kantonalen Gesetzes willkürlich verletzt habe. Nach Wortlaut und Sinn sei diese Bestimmung zwingend. Es kämen dabei ähnliche Erwägungen in Betracht wie bei Art. 50 WRG. Auch die Annahme eines angeblichen Handelns der Rekurrentin wider Treu und Glauben sei willkürlich. Mit solcher Argumentation könnte man alle zwingenden Rechtsätze umgehen.

D. — Der Kanton Wallis hat die Abweisung beider Rekurse beantragt. Es wird die Frage gestellt, ob die Rekurrentin die Rückgabe *dér* für die Jahre 1919 bis 1922 bereits bezahlten Wasserzinse oder lediglich die Befreiung von künftigen Zahlungen verlange und ob sie, wenn der Bau 5 oder 7 Jahre dauern würde, beanspruche, während 12 oder 15 Jahren von jedem Wasserzins befreit zu sein. Wenn sodann auch die Kompetenz des Bundesgerichts nach Art. 71 Abs. 1 anerkannt werde, so gehe doch das Begehren der Rekurrentin über die richterliche Zuständigkeit hinaus. Eine Konzession sei eine Einheit und die einzelnen Bestimmungen bildeten ein unzerreissbares Ganzes. Es sei z. B. nicht wahr-

scheinlich, dass der Staatsrat eine Vorfrist von 7 Jahren bewilligt und keine eigentliche Baufrist fixiert hätte ohne die Pflicht der Rekurrentin, den Wasserzins von Anfang an zu bezahlen. Daher wäre es ungerecht, die Lasten des Konzessionärs zu mindern, ohne zugleich seine Rechte einer Modifikation zu unterziehen. Das letztere könne aber der Richter nicht. Man betrete damit vielmehr das Anwendungsfeld von Art. 48 WRG. Schon aus diesem Grunde sei das Begehren der Rekurrentin ohne weiteres abzuweisen. Im übrigen stimmt die Begründung der Antwort im allgemeinen überein mit derjenigen des kantonsgerichtlichen Urteils. Zur Frage, ob die vorliegende Konzession vor oder nach Inkrafttreten des eidgen. WRG erteilt worden sei, wird bemerkt, dass die Würdigung des Beschlusses vom 29. Dezember 1917 als eines Aktes des kantonalen Rechts der Kognition des Bundesgerichts entzogen sei. Für eine Wasserrechtskonzession sei keinerlei Form vorgeschrieben. Das kantonale Gesetz enthalte auch keine Bestimmung über den Inhalt der Konzession. Die Bedingungen, unter denen die Konzession erteilt werde, könnten im Konzessionsakt selber erwähnt werden, oder es könne auf frühere oder künftige Akte, Korrespondenz der Beteiligten usw., abgestellt werden. Entscheidend sei der deutlich manifestierte Wille der Behörde, über das Recht zu verfügen, wie er im Beschluss des Staatsrates vom 29. Dezember 1917 klar zum Ausdruck komme. Durch diesen auf Grund der festen Offerte Evéquois gefassten Beschluss sei der Staat gebunden gewesen und es sei zweifelhaft, ob er berechtigt gewesen wäre, in der Folge andere, als die vorausgesetzten Bedingungen aufzulegen. Wenn das Konzessionsbegehren den Anforderungen des kantonalen Gesetzes nicht entsprochen habe, so sei deshalb die Konzession nicht ungültig. Der Mangel einer Publikation des Konzessionsgesuchs bedeute keine *eo ipso* vorhandene und von Amteswegen zu berücksichtigende Nichtigkeit der

am 29. Dezember 1917 erteilten Konzession. Höchstens hätte der Mangel mit einer Beschwerde an den Grossen Rat nach Art. 19 des kantonalen Gesetzes gerügt werden können; aber die Rekurrentin habe ihre Beschwerde zurückgezogen. Auch bei der einen oder andern der 19 Wasserrechtskonzessionen, welche die Rekurrentin im Kanton Wallis erhalten habe, sei eine Publikation des Konzessionsgesuches unterblieben. Die Erwähnung der Rekurrentin unter den Konzessionären in der Konvention vom 8. Juni 1918 und die spätere Übertragung der Konzession an die Rekurrentin allein bedeute nicht die Erteilung einer neuen Konzession. Eventuell, so wird weiter ausgeführt, sei Art. 50 Abs. 1 des WRG eine Vorschrift dispositiver Natur, im Gegensatz zu andern Bestimmungen des Gesetzes z. B. Art. 8, 9, 11 usw., bei denen der zwingende Charakter klar zu Tage liege. Es sei eine Schlussbestimmung, auf die sich der Bewerber bei den Verhandlungen über die zu erteilende Konzession berufen könne oder nicht. Nehme er die Konzession, welche die Leistung des Wasserzinses während der Bauperiode vorsehe, an, so habe er damit auch auf die Vergünstigung verzichtet. Mancher Konzessionär zahle lieber einen geringern Wasserzins, in den ersten Jahren, um eine spätere stärkere Belastung zu vermeiden; es sei auch möglich, dass der Verleiher andere Vorteile für einen solchen Verzicht gewähre. Gegen eine allzu starke Belastung schütze schliesslich Art. 48. Es sei auch auf die Formulierung von Art. 50 Abs. 1 als blosser Soll - Vorschrift im Gegensatz zu Art. 49 Abs. 1 — « der Wasserzins darf. . . » — zu verweisen. Die Rekurrentin spekuliere auf einen Wiederverkauf der Konzession; zu diesem Behufe wolle sie die Leistungen des Konzessionärs vermindern.

In der Antwort auf den staatsrechtlichen Rekurs wird die Frage aufgeworfen, ob nicht der ganze Streit in die Kompetenz des Bundesgerichts nach Art. 71 Abs. 1 WRG falle. Es wird bestritten, dass das Kantonsgericht bei der Anwendung des kantonalen Gesetzes

sich einer Willkür schuldig gemacht habe. Art. 10 Abs. 5 gelte von vorneherein nur für die eigentliche Bauperiode und nicht für eine Vorfrist, wie sie der Rekurrentin bis 1925 gewährt sei. Ob nach dem kantonalen Gesetz für die Bauzeit von 1925 an der Wasserzins geschuldet werde, sei zur Zeit nicht praktisch, weil es noch gar nicht sicher sei, dass die Rekurrentin bauen werde. Die kantonale Bestimmung habe denselben Zweck wie die eidgenössische: die Konzession zugänglich zu machen; die Konzessionäre vor übermässigen Lasten zu schützen. Die Rekurrentin habe aber nicht behauptet, dass die Lasten ihrer Konzession übermässige seien im Verhältnis zur Wichtigkeit des ihr verliehenen Rechts. Sie mache nur geltend, dass die Lasten ihrer gegenwärtigen finanziellen Lage nicht entsprächen.

E. — In der Replik hat die Rekurrentin erklärt, dass während des ganzen Prozesses nicht davon die Rede gewesen sei, in diesem Verfahren die bereits bezahlten Wasserzinse zurückzufordern. Im übrigen werde Befreiung vom Wasserzins für die Zeit bis 1925 verlangt und sodann für die nachherige Baufrist, die nach Art. 10 des kantonalen Gesetzes 5 Jahre betrage. Die Kompetenz der richterlichen Behörden sei bis jetzt nicht bestritten worden. Der Kanton Wallis habe sich vorbehalten auf den Fall eingelassen. Es handle sich auch zweifellos um eine Streitigkeit aus einem bestehenden Verleihungsverhältnis im Sinne des Art. 71 WRG. Eine Wasserrechtskonzession sei nur in bedingter Weise ein Ganzes. Die Frage, ob während der für den Bau bewilligten Frist ein Wasserzins erhoben werden dürfe, sei in Art. 50 Abs. 1 direkt geregelt. Es sei daher nicht richtig, dass die Anpassung der Konzession an das Gesetz in diesem Punkte, wenn sie durch Richterspruch erfolge, eine Revision der ganzen Konzession bedinge und die Frage, wie der Kanton Wallis die Konzession erteilt hätte, wenn er sich an Art. 50 gehalten hätte, stelle sich nicht.

F. — Die Duplik des Kantons Wallis nimmt davon

Akt, dass von einer Rückforderung der bereits bezahlten Wasserzinse nicht die Rede sei und dass die Rekurrentin eine Baufrist von 5 Jahren ab 1925 anerkenne. Streitig sei daher der Wasserzins für die Jahre 1923 bis 1929 à 53,000 Fr. total 371,000 Fr. Was die Kompetenzfrage anlangt, so nimmt der Kanton Bezug auf das Urteil des Bundesgerichts vom 15. Juli 1922 in Sachen Elektrizitätswerk Olten-Aarburg c. Solothurn (BGE 48 I Nr. 27), und erhebt gestützt darauf in aller Form die Einrede der Inkompetenz des Bundesgerichts.

G. — Auf Anfrage des Instruktionsrichters hat die Rekurrentin in einer weiteren Eingabe ihre Erklärung in der Replik betreffend die Rückforderung bezahlter Wasserzinse dahin präzisiert, dass darin kein Verzicht auf eine allfällige Rückforderung liege.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Streitigkeit, über welche das Kantonsgericht Wallis im angefochtenen Urteil entschieden hat und die den Gegenstand der vorliegenden beiden Rekurse bildet, betrifft die Rechte und Pflichten der Parteien aus einer Wasserrechtskonzession. Nach dem Rechtsbegehren der Rekurrentin soll festgestellt werden, dass sie während der für den Bau bestimmten Frist keinen Wasserzins schulde, während umgekehrt der Kanton Wallis den Standpunkt vertritt, dass die Rekurrentin auch während der Baufrist den Wasserzins zu bezahlen verpflichtet sei. Beide Parteien stützen sich auf den Inhalt des Verleihungsverhältnisses, so wie es nach ihrer Auffassung zu Recht besteht, wobei der Kanton auf die Konzession, die Rekurrentin aber auf die Konzession in Verbindung mit gesetzlichen Bestimmungen abstellt, aus denen die Konzession in dem fraglichen Punkte eine Korrektur erfahren müsse. Es handelt sich also darum, festzustellen, was auf Grund der Konzession und eventuell des Gesetzes hinsichtlich des Wasserzinses während der Baufrist der verbindliche In-

halt des zwischen den Parteien bestehenden Verleihungsverhältnisses ist. Das ist aber ohne Frage eine Streitigkeit aus dem Verleihungsverhältnis im Sinne des Art. 71 Abs. 1 WRG, die in zweiter Instanz vom Bundesgericht als Staatsgerichtshof zu entscheiden ist. Dabei ist die Nachprüfungsbefugnis des Bundesgerichts nicht auf die Beobachtung des eidgenössischen Rechts beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf die richtige Anwendung des kantonalen Rechts (BGE 48 I. S. 207). Die eventuelle Rüge der Rekurrentin, die sich auf die Handhabung des kantonalen Rechts bezieht, ist daher zu Unrecht in die Form eines staatsrechtlichen Rekurses gekleidet worden und es ist auf dieses Rechtsmittel nicht einzutreten, da dem Bundesgericht als zweite Instanz nach Art. 71 l. c. auch darüber eine freie Kognition zusteht.

Die Frage, welche den Kanton veranlasst hat, die Kompetenz des Bundesgerichts aus Art. 71 l. c. in der Antwort zu bezweifeln und in der Duplik zu bestreiten, nämlich ob die Verpflichtung der Rekurrentin, den Wasserzins während der Baufrist zu entrichten, entsprechend ihrem Rechtsbegehren aus der Konzession unter Aufrechterhaltung des übrigen Inhalts derselben beseitigt werden könnte, betrifft nicht die Zuständigkeit, sondern die materielle Begründetheit der Klage. Sollte das Bundesgericht dazu gelangen, die Frage zu verneinen, so wäre das Rechtsbegehren, so wie es angebracht ist, abzuweisen.

Der Form nach ist die Klage eine negative Feststellungsklage: es soll das Nichtbestehen eines Anspruchs des Kantons und einer entsprechenden Schuldpflicht der Rekurrentin festgestellt werden. Eine Feststellungsklage ist auch im Verfahren des Art. 71 WRG als zulässig zu betrachten, insofern der Kläger ein gegenwärtiges Interesse an der verlangten Feststellung hat. Das ist bei der Rekurrentin ohne weiteres anzunehmen, soweit die Wasserzinse noch nicht bezahlt sind....

2. — Art. 50 WRG, auf den die Rekurrentin ihren Anspruch stützt, findet in zeitlicher Hinsicht nach Art. 74 Abs. 4 Anwendung auf die seit dem Inkrafttreten des Gesetzes — 1. Januar 1918 — verliehenen Wasserrechte. Die Anwendung auf die Konzession der Rekurrentin hängt daher von der Frage ab, ob diese Konzession vor dem 1. Januar 1918 erteilt worden ist.

Zu einer Wasserrechtskonzession, durch die einem Unternehmer ein besonderes Nutzungsrecht an einer Wasserkraft eingeräumt wird, gehören gewisse notwendige Bestandteile, die geregelt sein müssen, wenn das Vorhandensein einer wirklichen Verleihung soll angenommen werden können. Die Regelung erfolgt im Konzessionsakt, soweit es sich nicht um Punkte handelt, die schon gesetzlich festgelegt sind. Zu diesen wesentlichen Bestandteilen zählen jedenfalls neben der Person des Beliehenen und der Angabe des verliehenen Wasserrechts die Dauer der Verleihung und die dem Beliehenen auferlegten wirtschaftlichen Gegenleistungen. Das ist im WRG, Art. 54, ausdrücklich ausgesprochen, muss aber nach der Natur der Sache auch für das kantonale Recht gelten; denn ohne die Kenntnis der Verleihungsdauer und jener Auflagen kann sich der Bewerber über die Annahme der Verleihung, die doch eine notwendige Voraussetzung für deren Wirksamwerden ist, überhaupt gar nicht schlüssig machen. Im Beschluss des Staatsrates vom 29. Dezember 1917, der vom Kanton als massgebende Verleihung in Anspruch genommen und vom Kantonsgericht als solche betrachtet wird, sind zwar die Person des Beliehenen und das verliehene Wasserrecht angegeben, die Dauer der Verleihung und die wirtschaftlichen Leistungen des Beliehenen aber nicht bestimmt. Und man kann in dieser Beziehung den Beschluss auch nicht etwa aus dem kantonalen Gesetz vom 27. Mai 1898 ergänzen; denn dieses setzt nur die *M a x i m a l* dauer der Verleihung fest und zwar auf 99 Jahre (Art. 2) und bestimmt

nur die Grenzen, innert denen sich der Wasserzins und die einmalige Abgabe bewegen sollen (Art. 10 und 11). Es geht auch nicht an, was speziell die Auflagen anbetrifft, etwa die Offerte des Bewerbers Evéquoaz als Bestandteil des Beschlusses anzusehen, da dieser keinerlei Bezug auf die Offerte nimmt, sondern im Gegenteil sagt, dass Preis und Bedingungen im künftigen Konzessionsakt zu regeln seien. Der Beschluss vom 29. Dezember 1917 ist daher, wenn schon er auf Erteilung der Konzession Evéquoaz lautet, doch seinem Inhalt nach in Wahrheit keine Verleihung, weil ihm notwendige Erfordernisse einer solchen fehlen, sondern nur ein vorläufiger Beschluss darüber, dass die Konzession in einem spätern Akt an Evéquoaz zu erteilen sei, wie er ja auch diesen künftigen Akt geradezu als « acte de concession » bezeichnet. Damals lagen denn auch die formellen Voraussetzungen für eine Konzessionserteilung nach kantonalem Recht noch gar nicht vor. Ein Konzessionsgesuch Evéquoaz, das den Erfordernissen des Art. 3 des Gesetzes — Angabe darüber, wie die Anlagen errichtet werden sollen, hygienische Bedingungen des Unternehmens und seine Wirkung auf das Gewässer usw. — entsprochen hätte, war unbestrittenermassen nicht vorhanden (es scheint, dass dem Konzessionsgesuch Evéquoaz überhaupt noch kein irgendwie konkretes Projekt zu Grunde lag). Und die vom Gesetze in allen Fällen vorgeschriebene Publikation des Gesuches mit der Einladung, allfällige Einsprachen gegen die Erteilung der Konzession innert 30 Tagen beim Staatsrat anzubringen, ist nicht erfolgt. Statt dessen hat der Staatsrat den Beschluss vom 29. Dezember 1917 mit einer solchen Einladung veröffentlicht und damit deutlich kundgegeben, dass durch diesen Beschluss entsprechend seinem Inhalt in Wirklichkeit nicht eine Konzession erteilt, sondern nur die Erteilung einer solchen vorbereitet worden ist. Schliesslich ist auch nicht ersichtlich, dass der

Beschluss vom 29. Dezember 1917 dem Bewerber Evéquoz je offiziell mitgeteilt worden sei und dass dieser trotz der inhaltlichen Mängel ihm als einer verbindlichen Konzession zugestimmt habe. Als Konzessionsakt kann erst die Konvention vom 8. Juni 1918 betrachtet werden, die alle notwendigen Bestandteile einer Verleihung und sonstige Bestimmungen enthält, die sich selber wiederholt als Konzession — « la présente concession » — bezeichnet und sich in Akt 9 ausdrücklich als solche auch den damals geltenden eidgenössischen Vorschriften unterstellt. Wenn es in Art. 1 heisst, die Konvention erfolge « in Ausführung des Beschlusses vom 29. Dezember 1917 », so ist das nach dem Gesagten nur insofern richtig, als jener Beschluss die Konvention vorgesehen hat, aber nicht in dem Sinne, dass der Beschluss schon die Konzession erteilt und die Konvention lediglich die Bedingungen einer bereits erteilten Konzession festgesetzt hätte. Dass dem nicht so ist, zeigt sich auch darin, dass die Konzessionäre nunmehr andere sind als im Beschluss vom 29. Dezember 1917 vorgesehen war: Evéquoz und Konsorten handeln nicht mehr in eigenem Namen, sondern für ein Konsortium und an dessen Seite ist noch die Rekurrentin getreten, wobei nicht behauptet und den Akten auch nicht zu entnehmen ist, dass eine formelle Abtretung von Rechten, die Evéquoz und Konsorten durch den Beschluss erworben hatten, ganz oder zum Teil stattgefunden haben würde. Die irrtümliche Auffassung des Kantonsgerichts, dass massgebende Konzession der Beschluss vom 29. Dezember 1917 sei trotz aller materiellen und formellen Mängel, die er, als solche betrachtet, aufweisen würde, stützt sich im Grunde ausschliesslich auf den Wortlaut des Beschlusses und darauf, dass entscheidend für die Frage, ob ein Akt Konzessionsakt sei oder nicht, der Wille der Behörde sei, wie er im Akte zum Ausdruck gelange. Dabei wird aber übersehen, dass bei der Würdigung

einer administrativen Verfügung, so gut wie bei derjenigen eines Rechtsgeschäfts, wenn Inhalt und Bezeichnung nicht übereinstimmen, ausschlaggebend nicht die letztere, sondern der Inhalt ist, und dass auch der Wille des Staatsrates nicht die Macht hat, einen Akt, der nach seinem Inhalt und auch nach den formellen Voraussetzungen keine Wasserrechtsverleihung ist, durch die falsche Bezeichnung als Konzession zu einer solchen zu machen. Das darf hier um so weniger zugelassen werden, als der Staatsrat, wie feststeht, durch den Beschluss vom 29. Dezember 1917 nichts anderes bezweckte als eine Konzession, die damals zur Erteilung noch gar nicht reif war und die tatsächlich auch erst 5 Monate später erteilt worden ist, der Wirksamkeit derjenigen Bestimmungen des eidgenössischen WRG zu entziehen, die erst auf die seit dessen Inkrafttreten am 1. Januar 1918 erfolgten Verleihungen anwendbar sind. Vorschriften über die zeitliche Herrschaft von Bundesrecht können aber nicht in solcher Weise umgangen werden. Ist nach diesen Ausführungen die Konzession der Rekurrentin erst nach dem Inkrafttreten des eidgenössischen WRG erteilt worden, so bedarf die Frage keiner Erörterung, ob die Übertragung der Konzession seitens der Mitkonzessionäre an die Rekurrentin und die am 19. Juni 1920 erfolgte Genehmigung der Abtretung durch den Staatsrat rechtlich sich als eine neue Konzession darstellt (vgl. WRG Art. 42) und ob auch aus diesem Grunde nur eine nach dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes geschehene Verleihung in Betracht kommen könnte.

3. — Art. 50 Abs. 1 WRG, der nach dem Gesagten auf die der Rekurrentin erteilte Wasserrechtskonzession anwendbar war, bestimmt: « Während der für den Bau bewilligten Frist soll kein Wasserzins erhoben werden ». Und Abs. 2 sieht eine Herabsetzung des Wasserzinses während der ersten Betriebsjahre vor. Diese Vorschriften haben nicht sowohl das Ziel, dem einzelnen

Unternehmer in einem privaten Interesse eine finanzielle Vergünstigung zu verschaffen, sondern sie verfolgen, wie das ganze Gesetz (vgl. auch BV Art. 24 bis) einen öffentlichen Zweck: durch die dem Unternehmer zu gewährenden Erleichterungen sollen der Ausbau und die Ausnützung der Wasserkräfte im allgemeinen Interesse der schweizer. Volkswirtschaft gefördert werden. Art. 50 hat daher ohne Frage öffentlich-rechtlichen Charakter. Der Wasserzins richtet sich zwar, soweit ihn das Bundesgesetz regelt, grundsätzlich nach der nutzbaren und nicht der wirklich benutzten Wasserkraft (Art. 49 Abs. 1, Vg. des Bundesrates über die Berechnung des Wasserzinses vom 12. Februar 1918); allein es soll doch berücksichtigt werden, dass der Wasserzins eine Abgabe auf dem Betriebe ist, dass er normalerweise aus dem Ertrag, den der Betrieb liefert, bestritten werden muss und nicht den Anlagekonto belasten soll, dass während der Baufrist ein solcher Ertrag noch nicht vorhanden ist, und ferner, dass während der ersten Jahre des Betriebs in der Regel eine volle Ausnutzung der nutzbaren Wasserkräfte noch nicht möglich ist. Unter « der für den Bau bewilligten Frist », während welcher kein Wasserzins erhoben werden soll, ist — dies ist auch die Auffassung des Kantonsgerichts und auch der Kanton Wallis hat vor Bundesgericht keinen gegenteiligen Standpunkt eingenommen — nicht nur die eigentliche Bauperiode, sondern die Frist überhaupt zu verstehen, innerhalb welcher der Unternehmer das Werk erstellen muss, selbst wenn nicht ein sofortiger, sondern erst ein späterer Baubeginn vorgeschrieben ist. Eine Vorschrift, die der eigentlichen Bauperiode vorangeht, fällt daher unter die für den Bau bewilligte Frist nach Art. 50; sie gehört mit zu dem Zeitraum, der dem Unternehmer für die Herstellung der Anlagen eingeräumt ist. Ein sofortiger Baubeginn wird in der Konzession selten vorgeschrieben werden. In der Regel wird für den Unternehmer eine

Vorfrist unentbehrlich sein für die Herstellung der Detailpläne, die Finanzierung, die Vergabung der Arbeiten usw. Es würde durchaus jenem Gedanken, auf dem Art. 50 beruht, widerstreiten, wenn die Befreiung vom Wasserzins nicht auch auf eine solche Vorfrist bezogen würde. Dabei kann gewiss auch kein Unterschied gemacht werden, je nachdem die Vorfrist etwas länger oder kürzer bemessen ist, je nachdem sie nur die absolut notwendige Vorbereitungszeit umfasst oder, wie im vorliegenden Fall, dem Konzessionär mit Rücksicht auf die allgemeinen und besondern wirtschaftlichen Verhältnisse, die Grösse des Unternehmens, die finanziellen und technischen Schwierigkeiten, die es bietet u. s. w., einen etwas längeren Zeitraum vor dem Baubeginn zubilligt, um das Werk in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht vorzubereiten. Auch hier trifft Art. 50 Abs. 1 dem Wortlaut und der *ratio* nach zu: Vorfrist und Baufrist sind zusammen die Periode, die für die Herstellung der Anlagen bewilligt ist und der Wasserzins während der Vorfrist werde den Anlagekonto schwer belasten und damit die im allgemeinen Interesse liegende Wirtschaftlichkeit des Unternehmens beeinträchtigen. Das Interesse des Gemeinwesens an einer raschen Ausnützung der verliehenen Wasserkräfte und die Konkurrenz verschiedener Bewerber wird denn auch verhindern, dass eine derartige etwas reichlicher bemessene Vorfrist, wie sie gerade in der Konzession der Rekurrentin vorgesehen ist, über das durch die gesamten Umstände gebotene Mindestmass hinaus erstreckt wird. Dagegen wird Art. 50 Abs. 1 freilich dann keine Anwendung finden können, wenn sich der Beliehene überhaupt keine Pflicht, ein bestimmtes Werk zu erstellen und daher auch keine Baufrist hat auflagen lassen (Kommentar GEISER zum WRG S. 185; Beratung des Gesetzes im Ständerat, Stenogr. Bull. 1913 S. 312). Da der Rekurrentin in ihrer Konzession eine Vorfrist bis 1925 und sodann eine Baufrist

im engern Sinne gewährt worden ist, die nach den Erklärungen der Parteien in Replik und Duplik entsprechend dem kantonalen Gesetz (Art. 14) 5 Jahre beträgt, geht die für den Bau bewilligte Frist im Sinne des Art. 50 Abs. 1 WRG bis Ende 1929, und die Rekurrentin hatte nach dem Gesetze Anspruch darauf, dass ihr während dieser Frist (sofern der Bau nicht schon vor deren Ablauf vollendet ist) kein Wasserzins auferlegt werde.

4. — Die Rekurrentin hat sich aber die Auflage des Wasserzinses auch während der für den Bau bewilligten Frist gefallen lassen. Sie hat selber seinerzeit einen von Anfang an zahlbaren Wasserzins angeboten, sich mit andern Bewerbern die Konzession am 8. Juni 1918 mit einem jährlichen Wasserzins von 25,000 Fr. von 1919 bis 1922 und einem solchen von 53,000 Fr. von 1923 an erteilen lassen, in der Folge diese Konzession allein übernommen und auch den Wasserzins schon anstandslos bezahlt. Es fragt sich, welche rechtlichen Wirkungen dieses Verhalten hat.

Während im Privatrecht, namentlich im Obligationenrecht, die Vertragsfreiheit durchaus die Regel ist und die grosse Mehrzahl der Rechtssätze den Charakter von nachgiebigem, ergänzendem Recht hat, sind im öffentlichen Recht dem Willen der Beteiligten viel engere Schranken gezogen. Hier ist umgekehrt der verbindliche Charakter der Rechtssätze Regel und die Zustimmung des Einzelnen kann die Behörde nicht davon entbinden, bei ihrer Verfügung das Gesetz zu beachten, es sei denn, dass die bloss dispositive Bedeutung eines Rechtssatzes sich aus dessen Wortlaut oder der Natur der Sache ergebe. Mit diesem Charakter des öffentlichen Rechts als regelmässig unverbrüchlicher, der Parteiwillkür entzogener Normen hängt es auch zusammen, dass ein Verzicht auf öffentliche Rechte und zwar auch auf publizistische Ansprüche des Einzelnen gegen das Gemeinwesen nur in beschränktem

Umfange und nur ausnahmsweise wirksam ist. Da solche Rechte nicht sowohl um des Einzelnen willen, als im Interesse der Gesamtheit gegeben sind, kann im allgemeinen, d. h. wenn das Gesetz es nicht besonders gestattet oder es nicht aus der Natur des Anspruchs ohne weiteres folgt, auf das Recht als solches nicht verzichtet werden, während freilich der Berechtigte gewöhnlich und zumal bei Vermögensrechten die Möglichkeit hat, von der Ausübung seines Rechts im einzelnen Falle abzusehen und dadurch auf den einzelnen aktuellen Anspruch zu verzichten (so FLEINER, Verwaltungsrecht, 3. Auflage, 169 f, JELLINEK, Subjektive öffentliche Rechte, 2. Auflage, 340 ff., SCHÖNBORN, Verzicht im öffentlichen Recht, 63, 71, 75).

Was Art. 50 Abs. 1 WRG anbetrifft, so ist kein Zweifel möglich, dass man es mit einer zwingenden Vorschrift zu tun hat und dass der Unternehmer auf das ihm hier gewährte Recht auch nicht verzichten kann. Schon aus dem Wortlaut der Bestimmung folgt ihre schlechthin verbindliche Natur: es « soll » während der Baufrist kein Wasserzins erhoben werden. Abs. 1 von Art. 50 steht in dieser Beziehung in deutlichem Gegensatz zu Abs. 2, nach dessen Formulierung die Ermässigung des Wasserzinses davon abhängt, dass der Beliehene sie verlangt (« ... kann der Beliehene verlangen... »). Die Vorschrift des Abs. 1 richtet sich an die Verleihungsbehörde; sie macht es ihr zur Pflicht, dem Unternehmer den fraglichen Wasserzins nicht aufzulegen; sie enthält geradezu ein Verbot dieses Inhalts. Bei der rein öffentlichrechtlichen Natur der Bestimmung und angesichts der öffentlichen und allgemeinen Interessen, denen sie dient, könnte ihre Nachgiebigkeit und die Verzichtbarkeit des Rechts nur angenommen werden, wenn dies in der Fassung des Gesetzes, wie es in Abs. 2 der Fall ist, unzweideutig zum Ausdruck gekommen wäre. Gerade der Text von Abs. 1 weist aber, wie gesagt, in klarer Weise auf den gegenteiligen Sinn. Das

Einverständnis oder der Verzicht des Bewerbers können daher die Verleihungsbehörde nicht berechtigen, sich in der Konzession über Art. 50 Abs. 1 hinwegzusetzen. Andernfalls wäre ja auch in weitem Umfange das Verbot illusorisch und sein Zweck vereitelt, welche Folge wiederum für den verbindlichen und unverzichtbaren Charakter der Vorschrift im angegebenen Sinn sprechen würde, wenn der Wortlaut überhaupt noch Zweifeln Raum liesse. Die kantonale Verleihungsbehörde hätte es in der Hand, nur solche Bewerber zu berücksichtigen, die bereit sind, sich die Auflage des Wasserzinses auch während der Baufrist gefallen zu lassen. Die Unverzichtbarkeit wird hier freilich nur für das Recht des Unternehmers aus Art. 50 Abs. 1 an sich gelten, nicht aber für die Ausübung des Rechts im einzelnen laufenden Jahr. In letzterer Beziehung wird er wirksam verzichten können, indem er z. B. den Wasserzins vorbehaltslos bezahlt.

5. — Die Bestimmung in der Konzession der Rekurrentin, nach der diese schon von 1919 an den Wasserzins zu leisten hat, verstösst darnach gegen eine gesetzliche Vorschrift, die nicht bloss beim Mangel einer abweichenden Vereinbarung zwischen Behörde und Unternehmer oder eines Verzichts des letzteren gilt, sondern schlechthin verbindlich ist, und die Konzession enthält insofern ein rechtswidriges Element; sie leidet in diesem Punkt an einem materiellen Mangel, der durch die Zustimmung des Beliehenen nicht geheilt werden konnte. Daraus folgt aber noch nicht ohne weiteres, dass der nunmehrige Anspruch der Rekurrentin auf Befreiung vom Wasserzins während der Baufrist begründet sei. Zwar erscheint er nicht etwa deshalb als unzulässig, weil die Berufung der Rekurrentin auf Art. 50 Abs. 1 WRG mit Rücksicht auf ihr Verhalten gegen Treu und Glauben gehen würde. Man mag es als einigermassen stossend empfinden, dass die Rekurrentin nachträglich sich von einer Auflage lossagen

will, die sie in aller Form anerkannt hat. Allein aus der Feststellung, dass ein wirksamer genereller Verzicht auf ein Recht, wie dasjenige des Unternehmers aus Art. 50 Abs. 1 rechtlich nicht möglich ist, ergibt sich eben mit Notwendigkeit, dass das Recht trotz des Verzichts noch besteht und in Anspruch genommen werden kann. Und zudem würde auch vom reinen Billigkeitsstandpunkt aus jener Berufung auf Treu und Glauben die Erwägung entgegenstehen, dass in erster Linie die Verleihungsbehörde die Pflicht hatte, von sich aus das Gesetz zu beobachten. Die Bedenken dagegen, dass die Rekurrentin den Art. 50 Abs. 1 der Konzession entgegenhalten kann, liegen in einer andern Richtung. Die Konzession vom 8. Juni 1918 ist zwar der äussern Form nach ein zweiseitiger Vertrag; sie ist indessen kein privatrechtliches Rechtsgeschäft, wobei die inhaltliche Nichtübereinstimmung mit einem unabänderlichen Rechtssatz Nichtigkeit zur Folge hätte, welche Nichtigkeit jederzeit geltend gemacht werden kann (OR Art. 20), sondern, wie das Bundesgericht schon in dem sub A angeführten Urteil (BGE 47 I. S. 226 f.) ausgesprochen hat, eine Verfügung der administrativen Behörde. Dem Verwaltungsakt wohnt aber seiner Natur nach verbindliche Gewalt inne; er bestimmt, ähnlich einem richterlichen Urteil, mit obrigkeitlicher Autorität feststellend oder gestaltend die Rechte und Pflichten des Einzelnen im besondern Falle. Auch ein Verwaltungsakt kann freilich wegen Mängeln, die ihm anhaften, schlechthin nichtig sein, wobei jedermann ohne weiteres befugt ist, ihn als nicht vorhanden zu betrachten. Allein eine solche absolute Nichtigkeit kann nur bei den allergrössten Verstössen angenommen werden und zu diesen ist, ähnlich wiederum wie beim richterlichen Urteil und anders als beim Vertrag, ein blosser inhaltlicher Widerspruch des Aktes zum Gesetz noch nicht zu rechnen. Sonst wäre ja jeder materiell unrichtige Verwaltungsakt nichtig. Mängel

der letztern Art sind vielmehr durch Anfechtung geltend zu machen und der Mangel kann nur durch Aufhebung oder Änderung des Aktes seitens der zuständigen Behörden beseitigt werden. Fehlt es an der Möglichkeit einer Anfechtung oder findet eine solche nicht statt und wird der Verwaltungsakt auch nicht etwa durch eine hiezu zuständige Behörde von Amteswegen aufgehoben, so verbleibt er trotz des Mangels in Kraft und äussert die seinem Inhalt entsprechenden rechtlichen Wirkungen (vgl. BGE 44 I. S. 59 f). Der Umstand, dass der Rekurrentin in der Konzession entgegen Art. 50 Abs. 1 WRG der Wasserzins auch während der Baufrist auferlegt wurde, bedeutet daher keine Nichtigkeit der Konzession oder der fraglichen Konzessionsbestimmung, sondern begründet höchstens ein Recht der Rekurrentin auf Anfechtung der Konzession. Eine solche Anfechtung ist, vom vorliegenden Verfahren abgesehen, nicht erfolgt. Nach kantonalem Recht war sie auch nicht möglich; die Beschwerde an den Grossen Rat ist nach Art. 19 des kantonalen Gesetzes nur gegeben, wenn der Staatsrat eine Konzession oder ihre Erneuerung oder Übertragung verweigert hat. Dies kann indessen nicht zur Folge haben, dass der Richter, der eine Streitigkeit nach Art. 71 WRG zu beurteilen hat, an den materiell fehlerhaften Verwaltungsakt der Konzession, an deren gesetzwidrigen Inhalt, gebunden wäre. Vielmehr erscheint die Auffassung als begründet, dass das in Art. 71 vorgesehene Verfahren gerade auch die Möglichkeit bieten soll, im Zusammenhang mit einer Streitigkeit aus dem Verleihungsverhältnis auch Widersprüche einer Konzession mit dem kantonalen oder eidgenössischen Wasserrecht geltend zu machen, dass dieses Verfahren insofern also mit die Funktion hat, einer Anfechtung mangelhafter Verleihungen zu dienen. Es handelt sich bei der Beurteilung der Streitigkeiten des Art. 71 um Verwaltungsgerichtsbarkeit, und die Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit

keit ist es gerade auch dem Einzelnen gegenüber rechtswidrigen Akten der Verwaltung Rechtsschutz zu gewähren. Und die Kognition des Richters nach Art. 71 und insbesondere des Bundesgerichts kann schon deshalb unmöglich bei der Konzession als einem verbindlichen Verwaltungsakt Halt machen, weil der Zweck dieses Verfahrens in ganz besonderem Masse auch die Wahrung des objektiven Wasserrechts, des kantonalen und namentlich des eidgenössischen, gegenüber den Verleihungsbehörden ist (BGE 48 I. 206 ff.), wobei eine Konzession notwendigerweise auch auf ihre Übereinstimmung mit dem massgebenden Recht muss geprüft werden können. Der Kanton Wallis hat eine solche Befugnis des Richters auch nicht bestritten.

6. — Es erhebt sich die weitere Frage, ob mit der Unverbindlichkeit der Konzessionsbestimmung, wodurch der Rekurrentin der Wasserzins auch während der für den Bau bewilligten Frist auferlegt wird, nur diese Auflage dahinfällt, oder ob ihre Ungültigkeit die ganze Verleihung ergreift. Wollte man die Frage nach Analogie des Art. 20 Abs. 2 OR lösen, so käme es darauf an, ob auch ohne die Auflage die Konzession mit ihren übrigen Bestimmungen erteilt worden oder ob sonst die Verleihung überhaupt nicht oder dann nur mit verändertem Inhalt erfolgt wäre. Doch beruht die erwähnte Bestimmung auf dem das Privatrecht beherrschenden Gedanken, dass dem Privatwillen möglichst wenig Zwang angetan werden soll. Im öffentlichen Recht spielt indessen, wie schon oben ausgeführt, der Parteiwille bei weitem nicht die Rolle, wie im Privatrecht; hier ist grundsätzlich der Gesetzeswille überragend. Es ist deshalb bei Verwaltungsakten eine bloss teilweise Ungültigkeit in weiterem Umfang anzunehmen, als es bei den Verträgen des Zivilrechts möglich ist. In der Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts wird denn auch überwiegend die Auffassung vertreten, dass die Unwirksamkeit einer Nebenbestimmung in einem Ver-

waltungsakt, speziell auch einer Auflage, auf diese allein zu beziehen ist (s. KORMANN, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 160 ff. mit zahlreichen Nachweisen aus der Literatur und namentlich der Praxis, TEZNER, Archiv für öffentliches Recht, 9, 354 f., der die selbständige Anfechtung u. a. da zulassen will, wo es sich um eine gesetzwidrige Belastung eines Einzelnen handelt und die Rücksicht auf die Rechtssicherheit des Einzelnen die Aufrechterhaltung des Aktes erfordert, welche Voraussetzung im vorliegenden Fall wohl zutreffen würde; etwas abweichend W. JELLINEK, Der fehlerhafte Staatsakt, 92 f., der ohne nähere Begründung und Belege und immerhin mit Ausnahmen die Regeln für die privatrechtlichen Verträge heranziehen möchte). Zu jener allgemeinen Erwägung kommt für den vorliegenden Fall entscheidend hinzu, dass die Auflage des Wasserzinses während der Baufrist eine Nebenbestimmung mit mehr selbständigem Charakter ist, die man sich sehr wohl vom übrigen Inhalt der Konzession losgelöst denken kann, wie denn dieser Punkt sowohl im kantonalen als auch im eidgenössischen Gesetz eine besondere Regelung erfahren hat. Die Befreiung vom Wasserzins während der Baufrist soll dem Unternehmen eine Erleichterung verschaffen und dadurch den Ausbau der Wasserkräfte fördern. Mit diesem Zwecke würde es sich schlecht vertragen, wenn als Gegenstück der Erleichterung dem Unternehmer Mehrverpflichtungen anderer Art auferlegt werden sollten. Schon aus diesem Grund kann der Einwand nicht gehört werden, dass ohne Übernahme der Verpflichtung zur Zahlung des Wasserzinses während der Baufrist dem Unternehmer in der Konzession andere Lasten zugemutet oder gewisse Vergünstigungen nicht gewährt worden wären. Es ist übrigens auch nicht ersichtlich, dass in der Konzession der Rekurrentin die Auflage des Wasserzinses während der Baufrist in innerer Abhängigkeit zu anderen Bestimmungen stände. Der Kanton hat eine solche Abhängigkeit im Verfahren

vor dem Kantonsgericht nicht behauptet. Erst vor Bundesgericht ist betont worden, dass die Konzession mit allen ihren Vorschriften ein einheitliches Ganzes bilde. Als Bestimmung, die durch die streitige Auflage bedingt sein könnte, ist aber speziell nur diejenige über die Frist, innert der gebaut werden muss, angeführt worden. Insbesondere wurde nicht geltend gemacht, dass der Staatsrat, wenn er den Wasserzins während der Baufrist nicht auflegen konnte, dann eine grössere Pauschalgebühr als die 200,000 Fr. welche die Rekurrentin bereits bezahlt hat, gefordert hätte (nach Art. 11 des kantonalen Gesetzes beträgt die einmalige Gebühr nur 100 bis 1000 Fr.). Was aber die Baufrist anlangt, so spricht doch alle Vermutung dafür, dass deshalb und nur deshalb eine längere Periode eingeräumt wurde, weil nach den allgemeinen und besonders Verhältnissen ein früherer Bau nicht als möglich erschien. Im umgekehrten Fall hätte der Staatsrat mit Rücksicht auf das Interesse des Kantons an einer raschen Ausführung des Werkes gewiss einen früheren Baubeginn vorgeschrieben, mochte nun der Wasserzins während der Baufrist erhoben werden können oder nicht. Auch wird nicht behauptet und ist auch gewiss nicht wahrscheinlich, dass für die bedeutenden Wasserkräfte, um die es sich hier handelt, ein anderer Konzessionär zu finden gewesen wäre, der die Verpflichtung eines rascheren Baues auf sich genommen hätte. Selbst bei analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR müsste man daher zur Annahme einer Unverbindlichkeit der Konzession nur, was die Auflage des Wasserzinses während der Baufrist anbetrifft, gelangen.

7. — (Folgen Ausführungen darüber, dass die Klage in zeitlicher Hinsicht nur für die Jahre ab 1921 geschützt werden könne.)

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Klage wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen und in Aufhebung des Urteils des Kantons-

gerichts Wallis vom 19. September 1922 festgestellt, dass der Kanton Wallis von der Rekurrentin ab 1921 während der für den Bau bewilligten Frist den Wasserzins nicht erheben darf.

Im übrigen wird auf die Klage nicht eingetreten.

Auf den staatsrechtlichen Rekurs wird nicht eingetreten.

IX. STAATSVERTRÄGE

TRAITÉS INTERNATIONAUX

24. Urteil vom 2. Februar 1923

i. S. Lepeschkin gegen Zürich Obergericht.

Zivilprozesskonvention vom 17. Juli 1905. Frage der Anwendbarkeit im Verhältniss zu Russland bezw. russischen Staatsbürgern. Stellung des Richters in dieser Frage. Pflicht desselben zur Anwendung der Konvention ohne Rücksicht auf ihre Erfüllung durch den betr. anderen Vertragsstaat, solange nicht eine Rücktrittserklärung oder Retorsionsanordnung der hiezu zuständigen politischen Bundesbehörde gegenüber diesem ergangen ist.

A. — Die Rekursbeklagte Firma Gossweiler & C^{ie} in Tiflis wirkte am 24. Dezember 1920 gegen den Rekurrenten Lepeschkin, der russischer Staatsangehöriger (aus dem Staate Moskau) ist, in Zürich für eine Forderung von 6000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem gleichen Tage Arrest auf gewisse dort liegende Aktiven aus und leitete auf den vom Generalbevollmächtigten des Rekurrenten gegen die anschliessende Betreibung erhobenen Rechtsvorschlag Klage auf Anerkennung der Forderung samt Arrest- und Betreibungskosten ein, wobei der Rekurrent als « unbekannt wo in Polen sich aufhaltend »

bezeichnet wurde. Durch Urteil vom 18. Juli 1922 hiess das Bezirksgericht Zürich die Klage in vollem Umfange gut. Der Rekurrent erklärte dagegen die Berufung ans Obergericht. In Anwendung von § 59 der zürcherischen ZPO, wonach der Kläger oder derjenige, welcher gegen einen erstinstanzlichen Entscheid ein Rechtsmittel ergreift, für Prozesskosten und Prozessentschädigung angemessene Sicherheit zu leisten hat, falls er in der Schweiz keinen Wohnsitz hat, verlangte das Bezirksgericht am 8. August vom Rekurrenten die Leistung einer Kautions von 1200 Fr. in bar oder durch Hinterlegung solider Wertschriften oder durch Bürgschaft eines habhaften Kantonseinwohners, unter der Androhung, dass sonst der Berufungserklärung keine Folge gegeben werde.

Lepeschkin focht die Verfügung durch Rekurs beim Obergericht an. Er trug den Beweis dafür an, dass er seit mehr als einem Jahre fest in Paris domiziliert sei, und machte geltend, dass die Kautionsauflage unter diesen Umständen gegen Art. 17 der Haager Übereinkunft betr. Zivilprozessrecht vom 17. Juli 1905 verstosse. Dem Rekurs war eine Auskunft des Chefs der Justizabteilung des eidgen. Justiz- und Polizeidepartements an den Anwalt des Rekurrenten vom 25. August 1922 beigelegt, worin zwar bestätigt wurde, dass weder Frankreich noch Russland die erwähnte Übereinkunft gekündigt hätten, inbezug auf den letzteren Staat dann aber beigelegt wurde: « Tatsächlich ist die Durchführung der Konvention in Russland zur Zeit unmöglich. Insbesondere ist es gegenwärtig ausgeschlossen, in Russland die Vollstreckbarerklärung von Kostenentscheiden gemäss Art. 18 und 19 der Übereinkunft zu erwirken. Unseres Erachtens fällt daher Russland zur Zeit als Konventionsstaat nicht in Betracht. »

Das Obergericht ermässigte mit Beschluss vom 25. Oktober 1922 die Kautions auf 800 Fr. und setzte dem Rekurrenten zu deren Beibringung eine Nachfrist