

**Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes. Beendigung einer Konzession durch das Gemeinwesen.** Zulässigkeit des Vorgehens (Kasuistik).

§ 231 PBG; Art. 654 ZGB

BRGE II Nr. 0210/2011 vom 6. September 2011 in BEZ 2011 Nr. 63

---

3. Aus den Akten ergibt sich folgender Sachverhalt: Am 25. September 1979 stellte der Gemeinderat mit Schreiben an die Rekurrentin fest, dass ein Teil der Strasse S durch die Rekurrentin umzäunt worden war. Im gleichen Schreiben wurde ausgeführt, gegen die Inanspruchnahme des Gemeindelandes auf Zusehen hin werde nichts eingewendet. Mit Schreiben vom 26. November 2010 teilte die Tiefbauabteilung der Rekurrentin mit, dass die von der Rekurrentin beanspruchte Teilfläche der Strasse aufgrund des Neubaus eines Fachmarktzentrums, Erstellung einer neuen Kanalisationsleitung und Instandstellung der Strasse freizugeben sei. Alsdann erging der angefochtene Beschluss.

4. Die Rekurrentin macht geltend, dass die Räumung nicht notwendig sei. Sie habe gleichzeitig gegen die am 10. Januar 2011 erteilte baurechtliche Bewilligung für den Neubau eines Fachmarktzentrums rekuriert. Mit jenem Rekurs sei dargelegt worden, dass die Erschliessung grundlegend überarbeitet werden müsse und die Baubewilligung aufzuheben sei. Werde die Baubewilligung aufgehoben, so sei die Räumung von keinerlei privatem, geschweige denn öffentlichem Interesse. Die Räumung sei eine für die Rekurrentin einschneidende Massnahme. Sie dürfe erst dann verlangt werden, wenn das Strassenteilstück tatsächlich benötigt würde. Die Räumung sei unverhältnismässig.

5. Gemäss Art. 664 ZGB stehen öffentliche Sachen unter der Hoheit des Staates, in dessen Gebiet sie sich befinden. Das kantonale Recht stellt die erforderlichen Bestimmungen über den Gemeingebrauch der öffentlichen Sachen auf. Dabei wird zwischen (schlichtem) Gemeingebrauch, gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzung unterschieden. Besteht eine dauernde und feste Verbindung zwischen einem privaten Bauteil und der öffentlichen Sache, so liegt regelmässig eine Sondernutzung vor. Sondernutzungen bedürfen der Erteilung einer Sondernutzungskonzession, die mit der Erhebung einer Gebühr verbunden werden kann (vgl. zum Ganzen: U. Häfelin/G. Müller/F. Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., 2010, Rz. 2371 ff.). Das kantonale Planungs- und Baugesetz (PBG) befasst sich in § 231 mit der Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes. Entsprechend Abs. 1 dieser Bestimmung bedarf es für die Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes mit Einschluss des Erdreiches und der Luftsäule zu privaten Zwecken einer Bewilligung oder einer Konzession.

Offensichtlich handelt es sich bei der streitbetroffenen Fläche um öffentlichen Grund. Unbestritten ist, dass die Inanspruchnahme einer Teilfläche der Strasse S am 25. September 1979 erlaubt wurde. Es handelt sich dabei um eine Sondernutzungskonzession, wurde doch der betroffene Grund eingezäunt und wurden damit andere Benutzer ausgeschlossen. Die Rechtsnatur der Konzessionserteilung ist umstritten. Das Bundesgericht bezeichnet die Konzession als einen gemischten Akt und unterscheidet zwischen einem ver-

fügungsmässig und einem vertraglich begründeten Teil der Konzession. Vertraglich sind diejenigen Teile der Konzession, bei welchen die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage gering und damit der Spielraum für die Ausgestaltung des Konzessionsverhältnisses im einzelnen Fall gross ist, z.B. die Dauer der Konzession (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2593).

Die Aufforderung der Vorinstanz, den Zaun sowie die Baute auf dem streitbetroffenen Teilstück der Strasse S zu entfernen, ist als Beendigung der Konzession anzusehen. Die Modalitäten einer solchen Beendigung sind gesetzlich nicht geregelt, weshalb dieser Teil als vertraglich geregelt anzusehen ist. Nicht streitig ist vorliegend, dass die Konzession befristet erteilt worden war. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die konkrete Beendigung zulässig war.

6. Verwaltungsrechtliche Verträge sind wie privatrechtliche grundsätzlich nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Eine Willensäusserung ist daher derjenige Sinn zu geben, den ihr der Empfänger aufgrund der Umstände, die ihm im Zeitpunkt des Empfangs bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, in guten Treuen beilegen durfte oder musste. Bei der Auslegung von verwaltungsrechtlichen Verträgen ist zusätzlich zu beachten, dass die Verwaltungsbehörde beim Abschluss von Verträgen dem öffentlichen Interesse Rechnung zu tragen hat (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 1103). Das primäre Auslegungsmittel eines Vertrages ist der Wortlaut (P. Gauch/W. Schluemp/J. Schmid/H. Rey, OR Allgemeiner Teil, Band I, 9. A., 2008, Rz. 1206). Da die Beendigung der Inanspruchnahme der Teilfläche der Strasse vorliegend als vertraglich geregelt anzusehen ist, ist zur Beantwortung der Frage, ob die Beendigung zulässig war, das Schreiben vom 25. September 1979 nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.

Nach dem Wortlaut der Konzession vom 25. September 1979 wurde die Inanspruchnahme «auf Zusehen hin» bewilligt. Die Auslegung dieses Wortlautes nach dem Vertrauensprinzip kann nichts anderes ergeben, als dass die Inanspruchnahme lediglich bis auf einseitigen Widerruf durch die Vorinstanz erlaubt war. Ergänzend wurde festgehalten: «Sobald der betreffende Grund [...] von uns benötigt wird, sind der Zaun und allenfalls auf dem Land gelagerte Gegenstände auf erstes Verlangen zu entfernen». Sodann wurde auf die Entrichtung einer Gebühr verzichtet. Damit wird zwar der Widerruf davon abhängig gemacht, dass eine sachliche Notwendigkeit besteht. Aufgrund der Unentgeltlichkeit und der Bewilligung nur «auf Zusehen hin» können an die Bejahung einer Notwendigkeit keine allzu hohen Voraussetzungen geknüpft werden.

Die Rekurrentin geht nun davon aus, dass eine nicht rechtskräftige, baurechtliche Bewilligung nicht als Grund zur Beendigung der bisher erlaubten Inanspruchnahme der Teilfläche der Strasse S ausreiche. Damit übersieht sie jedoch, dass dies nicht der einzige von der Vorinstanz angebrachte Grund darstellt. Im Schreiben vom 26. November 2010 wird ausgeführt, es werde in der Strasse eine neue Kanalisationsleitung (Hochwasserentlastung) erstellt und die bestehende Kanalisationsleitung verlegt. Gleichzeitig erfolge auch eine Instandstellung der Strasse. Die Vorinstanz hat demnach neben dem Neubau des Fachmarktzentrums eigene Gründe angebracht, weshalb die Teilfläche benötigt werde. Der blosse Umstand, dass der Beginn der Bauarbeiten der

Gemeinde und diejenige des Fachmarktneubaus aufeinander abgestimmt wurden, ändert nichts daran, dass die Gemeinde einen objektiven, eigenständigen Grund vorbringt, weshalb sie die Teilfläche für sich benötigt.

Sodann genügt es aufgrund der oben ausgeführten Auslegung, dass die Strasse der Erschliessung eines geplanten Drittvorhabens dienen soll, das noch nicht rechtskräftig bewilligt ist. Wäre die Inanspruchnahme erst mit der rechtskräftigen baurechtlichen Bewilligung dieses Drittvorhabens zu beenden, bildete dies eine zu hohe Hürde, die nicht mehr unter den Wortlaut der Konzession vom 25. September 1979 fallen würde.

7. Bezüglich der Verhältnismässigkeit der Aufforderung ist festzuhalten, dass eine Sondernutzungskonzession immer befristet ist, ansonsten das Gemeinwesen sich der Hoheit über die öffentlichen Sachen entäussern würde (Häfelin/Haller/Uhlmann, Rz. 2423), was dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung von öffentlichen Strassen für die Allgemeinheit widersprechen würde. Der Rekurrentin musste seit knapp 32 Jahren – nämlich seit Erhalt des Schreibens vom 25. September 1979 – klar sein, dass die bewilligte Inanspruchnahme nicht auf unbefristete Zeit galt und jederzeit ein einseitiger Widerruf hätte erfolgen können. Die Rekurrentin hat es sich daher selbst zuzuschreiben, wenn sie durch die Räumung der Fläche die Speditionsrampe nur noch sehr eingeschränkt nutzen kann. Das private Interesse an der Benutzung der Teilfläche hat folglich von Anfang an zum öffentlichen Interesse der Hoheit über öffentliche Sachen zurückzutreten.

Die Aufforderung zur Räumung der durch die Rekurrentin beanspruchten Teilfläche der Strasse S und damit der Beendigung der durch Schreiben vom 25. September 1979 eingeräumten Sondernutzungskonzession erweist sich somit als gerechtfertigt.