Werk

Titel: Die Gasröhrenkonzession und die Rechtslage des Röhrennetzes nach Ablauf der Konze...

Autor: Thoma, Richard

Ort: Tübingen

Jahr: 1918

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574893_0038|log27

Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

info@digizeitschriften.de

Die Gasröhrenkonzession und die Rechtslage des Röhrennetzes nach Ablauf der Konzessionsdauer.

Von

RICHARD THOMA.

Das Recht der Sondernutzungen an öffentlichen Wegen ist trotz des gesteigerten Interesses, das OTTO MAYERs grundlegende Darstellung diesem Rechtsgebiete zugewendet hat, noch so wenig aufgeklärt, daß es wohl statthaft und erwünscht ist, den nachfolgenden Beitrag dazu zu veröffentlichen, obwohl er nicht die Art einer wissenschaftlichen Abhandlung hat, sondern einem auf einen Einzelfall zugeschnittenen Rechtsgutachten entnommen ist und sich von den allgemeinen Erörterungen verhältnismäßig bald ab- und einem Partikularrecht zuwendet.

Die Gasröhrenkonzession — wie ich nach dem Vorbild des Wortes Straßenbahnkonzession sage —, um die es sich hier handelt, beruht auf einem „Vertrag", den eine Gasgesellschaft mit der Stadt K. im Jahre 1905 abgeschlossen hat.

Im Art. 1 dieses Vertrages räumt die Stadt K. „der Gesellschaft und deren Rechtsnachfolgern vom 1. April 1907 bis zum 31. Dezember 1932 das alleinige Recht ein, die unter den bestehenden Straßen und Plätzen von Stadt K. liegenden Gasrohrleitungen anzukaufen und zu unterhalten, oder neue Rohrleitungen

in bestehenden oder zukünftigen privaten und öffentlichen Straßen zur Lieferung des für die öffentlichen und privaten Bedürfnisse erforderlichen Gases zu verlegen". Ueber die Rechte an den Rohrleitungen und Laternen bestimmt der Vertrag ausdrücklich:

Art. 12.

„Die Stadt K. erkennt das Eigentumsrecht der Gesellschaft für sämtliche Rohrleitungen und Laternen mit allem Zubehör an. Diese Gegenstände verbleiben auch nach Ablauf der Konzession Eigentum der Gesellschaft."

Im übrigen hat die Stadt der Gesellschaft die Befreiung von örtlichen Verbrauchsabgaben während der ganzen Dauer des Vertrages garantiert (Art. 10), hat ihr gewisse Grundstücke zu billigem Preise verkauft (Art. 14—15), und ihr den kostenlosen Anschluß an die Entwässerungskanalisation eingeräumt (Art. 16). Auch ist der Gesellschaft in Art. 14 die Befugnis eingeräumt, „das Gas auch nach Orten außerhalb seiner (gemeint ist: ihrer, nämlich der Stadt K.) Gemarkung zu liefern".

Die Verpflichtungen, welche demgegenüber der Vertrag der Gasgesellschaft auferlegt, sind die in solchen Abmachungen üblichen. Die Gesellschaft muß alle Straßen der Stadt K., in denen für öffentliche und Privatbeleuchtung auf eine sichere Jahreseinnahme von 50 Mark pro 100 Meter laufende Kanalisation gerechnet werden kann, auf ihre Kosten mit einem Rohrnetz versehen. Sie muß auf Anfordern der Stadt in allen Straßen, die bereits mit einem Rohrnetz versehen sind, Laternen bestimmter Art aufstellen und sie für die Zwecke der öffentlichen Beleuchtung allnächtlich eine bestimmte Zahl von Stunden hindurch brennen lassen. Die Gaspreise sind in bestimmter Weise festgesetzt; die Gesellschaft muß der städtischen Wasserleitung zu den allgemeinen Bedingungen eine Mindestmenge von Wasser entnehmen und die Umlage aus dem Gaswerk K. an die Stadt K. bezahlen.

Von erheblicher Wichtigkeit ist endlich

Art. 13.

„Die Gesellschaft verpflichtet sich, in allen Fällen das für die Stadt K. nötige Gas entweder im Gaswerk K. oder auf dem vor dem alten Gaswerk K. liegenden Terrain zu erzeugen."

Um die durch diesen Vertrag geschaffenen Rechtsverhältnisse zwischen der Stadt und der Gasgesellschaft allseitig beleuchten zu können, ist es notwendig, zunächst (a) die rechtliche Natur und die Tragweite des „Vertrags" zu erörtern. In erster Linie steht dabei in Frage, ob durch dieses Rechtsgeschäft privatrechtliche Ansprüche hinsichtlich der öffentlichen Straßen begründet worden sind, oder ob man es hier mit einer Konzession von rein öffentlich-rechtlicher Wirkung zu tun hat (1.). Im übrigen bedürfen die in Art. 1 enthaltene Zusicherung einer Monopolstellung der Gasgesellschaft und die Befristung des Vertrags einer genaueren Beleuchtung (2. und 3.). Von diesem Boden aus kann dann die vorwiegend bürgerlichrechtliche Frage nach der Rechtslage des Röhrennetzes erörtert werden (b).

a.

Die rechtliche Natur und Tragweite des „Vertrags" von 1905.

1. (Der „Vertrag" von 1905 ist eine Konzessionsurkunde, durch welche keine privatrechtlichen Ansprüche hinsichtlich der öffentlichen Straßen und Plätze begründet worden sind.) Abmachungen von der Art, wie sie der „Vertrag" von 1905 enthält, wären an und für sich möglich als rein privatrechtliche Vereinbarungen zwischen zwei privaten Unternehmungen. Man denke etwa daß das Gaswerk unmittelbar an ein großes Industriewerk anstoße, auf dessen Grundstück es auch „Wege" und „Plätze" — nämlich Privatwege — gibt, unter welche die Röhren zu liegen kommen, die der Beleuchtung bedürfen und an denen die mit Gas

zu versorgenden Gebäude — etwa auch Arbeiterwohnhäuser u. dgl. — liegen.

In einem solchen Falle hätte man es mit einem rein bürgerlichrechtlichen obligatorischen Vertrage zu tun, der den Regeln des BGB. unterliegt und dessen Auslegung im Streitfall vor die ordentlichen Gerichte gehört.

Tatsächlich handelt es sich aber hier um die Gasversorgung einer Stadtgemeinde und die Wege und Plätze, unter welche die Röhren zu liegen kommen und deren Beleuchtung die Gasgesellschaft übernommen hat, sind öffentliche Wege und Plätze.

Sie sind dem Gemeingebrauch gewidmet. Die Gemeinde als solche kann keine Verfügungen über sie treffen, durch welche der Gemeingebrauch — wenn auch nur vorübergehend[1] — beeinträchtigt wird. Die Polizeibehörde und die Wegeaufsichtsbehörde wachen darüber, daß die öffentliche Sache ihrem Zwecke nicht entfremdet werde. Wenn ein Dritter besondere, über den Gemeingebrauch hinausgehende Nutzungen geltend machen will — z. B. Aufstellung von Verkaufsbuden, Einlegung und Benutzung von Straßenbahngleisen, Einlegung und Reparatur von Gas- oder Wasserleitungsröhren mit den damit verbundenen oft sehr erheblichen Störungen des Straßenverkehrs — so kann er das nur, wenn die über die Straßenbaupflicht und den Gemeingebrauch wachende öffentliche Behörde, sei es nun die Wegepolizeibehörde oder eine andere öffentliche Behörde, diese Sondernutzung gutgeheißen oder geradezu verliehen hat. Denn der Gemeingebrauch duldet auf alle Fälle nur obrigkeitliche, nicht privatrechtliche Beschränkungen und die Verleihung einer über den Gemeingebrauch hinausgehenden Nutzungsbefugnis ist insoweit auf alle Fälle publizistischer Natur, mag auch im übrigen vielleicht überdies eine privatrechtliche Verstattung des Straßeneigentümers oder Straßenunterhaltspflichtigen zu den Voraussetzungen ihrer rechtsgültigen Begrün-

[1] Vgl. Thoma, Der Polizeibefehl im bad. Recht I 1906 S. 371/72.

dung gehören[2]. Dabei kann es auf ein bloßes Precarium (Gebrauchserlaubnis) des Dritten abgesehen sein, oder, was im vorliegenden Falle allein in Betracht kommt, auf die Einräumung eines subjektiven Rechtes gegenüber der öffentlichen Verwaltung (Nutzungsverleihung)[3].

Ueber alle diese Grundsätze besteht kein Streit. Sobald es sich nun aber darum handelt, diese Grundsätze in scharfkantige Rechtsbegriffe und Rechtssätze umzuprägen und aus ihnen juristische Schlußfolgerungen zu ziehen, eröffnet sich ein Feld der Schwierigkeiten und Kontroversen. Es erheben sich Zweifel darüber, als was für eine Art von Rechtsgeschäft ein „Vertrag" wie der von 1905 aufzufassen, wie überhaupt das Sachenrecht an den öffentlichen, dem Gemeingebrauch gewidmeten Sachen juristisch zu konstruieren ist.

Diese Zweifel sind im vorliegenden Fall aufzulösen auf Grund des im Großherzogtum Baden geltenden Reichs- und Landesrechts; zu dessen überzeugender Auslegung bedarf es indes auch der Heranziehung außerbadischen Rechtes und der daran erwachsenen Judikatur und Literatur.

In der Wissenschaft des gemeinen Rechtes[4] wurde früher allgemein gelehrt, daß die im Gemeingebrauch stehenden Sachen, also insbesondere die öffentlichen Wege, im Privateigentum des

---

[2] Vgl. THOMA a. a. O. S. 366. — GIERKE, Sachenrecht (1905) S. 660 f. — OTTO MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht 2. Aufl. II (1917) S. 149 ff.

[3] Der gehaltvolle Aufsatz von SCHMIDT, Die Grundbegriffe des Wegerechts, in FISCHERS Zeitschr. f. Praxis u. Gesetzgebg. d. VwG. Bd. 47 (1917) S. 1 ff., der im übrigen für die vorliegende Abhandlung nicht mehr benutzt werden konnte, wendet sich auf S. 65 ff. gegen die Behandlung der auf Gebrauchserlaubnis beruhenden Betätigungen als Sondernutzungen; es handle sich dabei um (erweiterten) Gemeingebrauch.

[4] Vgl. zu folgendem: REGELSBERGER, Pandekten I (1893) S 423 ff. und besonders das sorgfältig begründete Urteil des sächs. Oberverw.Ger. vom 9. II. 1910, in dessen Jahrbüchern Bd. XV S. 175 ff. Ferner ROSENFELD: Das Wesen des Rechts auf Gemeingebrauch an öff. Flüssen und Wegen. Rostocker Diss. 1899, S. 8 ff.

Staates, der Gemeinden und anderer öffentlicher Verbände ständen, dessen Ausnützung allerdings durch die Widmung für den öffentlichen Gebrauch auf das stärkste beschränkt sei. Nachdem seit der Mitte des 19. Jahrhunderts im Anschluß an den Streit um die Baseler Festungswerke von mehreren Autoritäten die Ansicht vertreten worden war, die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch seien res nullius oder seien Gegenstand eines besonderen publizistischen Eigentums, ist späterhin die Lehre vom Privateigentum an den öffentlichen Wegen wieder siegreich durchgedrungen. Eine Meinungsverschiedenheit blieb nur bestehen über die Frage, ob nicht vielleicht die öffentlichen Flüsse nach römisch-gemeinem Recht als res nullius aufzufassen seien.

Nicht minder wird in der Lehre vom gemeinen deutschen Privatrecht gewöhnliches Privateigentum an den öffentlichen Wegen anerkannt[5].

Die durchaus vorherrschende Auffassung geht dabei dahin, daß die öffentlichen Sachen nicht verkehrsunfähig sind. Der Eigentümer kann sie veräußern, verpfänden, mit Grunddienstbarkeiten belasten, vermieten usw. Nur die Ausübung eines jeden Privatrechts hinsichtlich der öffentlichen Sachen muß insoweit zurücktreten, als sie mit dem kraft öffentlichen Rechts auf der Sache liegenden Gemeingebrauch unvereinbar wäre.

Vom Boden dieser Auffassung aus pflegt dann die Verstattung besonderer über den Gemeingebrauch hinausgehender Befugnisse zur Benutzung eines öffentlichen Weges oder Platzes als Doppelgebilde betrachtet zu werden. Man verkennt nicht, daß es einer im Bereiche des öffentlichen Rechts verbleibenden Zulassung zu der besonderen Nutzung bedürfe, erteilt von der den Gemeingebrauch regelnden Wegepolizeibehörde, nimmt aber an, daß auch der Privateigentümer des Weges dabei mitzureden habe. Er brauche einerseits die den Gemeingebrauch überschreitende Benutzung seines Eigentums nicht zu dulden und könne andererseits

[5] Vgl. Gierke, Das Sachenrecht (1905) S. 19 ff.

das Recht auf eine solche Benutzung durch Privatrechtsgeschäft, z. B. Einräumung einer Grunddienstbarkeit oder Abschluß eines entgeltlichen Mietvertrags[6] oder auch bloß prekaristische Duldung nach seinem Belieben gestatten. Streitigkeiten über diesen der öffentlich-rechtlichen Verleihung substruierten Privatvertrag werden dann durchaus als bürgerlich-rechtlich behandelt.

Diese Auffassung der Sache spielt auch eine bedeutende Rolle in der Jurisprudenz des im Geltungsbereich des Allgemeinen Landrechts erwachsenen preußischen Rechts. Es gibt jedenfalls eine Grundtendenz der preußischen Jurisprudenz wieder, wenn ERICH KAUFMANN neuerdings ganz allgemein ausspricht „hinter der Grenze des Gemeingebrauchs beginnt die auf die privatrechtlichen Formen angewiesene Betätigung des Eigentümers, indem alle Sondernutzungen bürgerlich-rechtliche Verträge voraussetzen[7]. So lehrt auch GERMERSHAUSEN, daß die Polizeibehörde zur Erteilung der Genehmigung einer über den Gemeingebrauch hinausgehenden Benutzung der Wege — z. B. auch zur Anlage von Gas- und Wasserleitungsröhren — der Zustimmung des Eigentümers bedürfe und daß ihre Genehmigung ohne diese Zustimmung „privatrechtlich unzulässig" bleibe. Diese Zustimmung könne der Eigentümer „vertragsweise" einräumen und an Bedingungen knüpfen. Dadurch würden zwischen ihm und dem Dritten „Privatrechte begründet" und zwar sei der fragliche Vertrag in der Regel als Mietsvertrag anzusehen[8]. Bei vereinzelten gesetzlichen Regelungen des Gegen-

[6] Z. B. REGELSBERGER S. 424.

[7] Im Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrechts III (1914) S. 707 rechts, mit zahlreichen Belegen. — Selbstverständlich beruht jedes Sondernutzungsrecht in jedem Falle (auch oder ausschließlich) auf einer öffentlich-rechtlichen Zulassung. Wie sollte jemand Veranstaltungen, die über den Gemeingebrauch hinausgehen, der obrigkeitlichen Straßenbehörde gegenüber durchsetzen können, wenn ihm nicht eine Befugnis öffentlich-rechtlicher Natur zur Seite steht? Dies verkennt SCHÖN in der Enzyklopädie d. RW. (HOLTZENDORFF-KOHLER) Bd. IV (1914) S. 287.

[8] GERMERSHAUSEN, Das Wegerecht und die Wegeverwaltung in Preußen, 3. Aufl. I. Bd. (1907) S. 130 ff. mit Belegen aus Literatur und Rechtsprechung.

standes hat sich der preußische Gesetzgeber dann aber doch nicht vollständig auf diesen Standpunkt gestellt. Die „Wegeordnung für die Provinz Sachsen", ein Gesetz vom 11. Juli 1891, redet in ihrem § 6 Abs. 4 von einer erforderlichen Zustimmung des „Wegebaupflichtigen" (der allerdings in der Regel mit dem Eigentümer des Straßengeländes identisch ist) und sieht — ohne des Eigentümers zu gedenken — vor, daß diese Zustimmung bei unbegründeter Weigerung des Wegebaupflichtigen in einem „Ergänzungsverfahren" durch Beschluß des Kreisausschusses oder Bezirksausschusses ersetzt werden kann[9]. Diese Rechtsgestaltung hat dann auch das Gesetz über Kleinbahnen und Privatanschlußbahnen vom 28. Juli 1892 übernommen. Danach bedarf der Unternehmer einer Straßenbahn der obrigkeitlichen Genehmigung. § 6 Abs. 1 fügt indes hinzu:

„Soweit ein öffentlicher Weg benutzt werden soll, hat der Unternehmer die Zustimmung der aus Gründen des öffentlichen Rechts zur Unterhaltung des Weges Verpflichteten beizubringen."

§ 7 statuiert dann wieder die Möglichkeit einer „Ergänzung" der Zustimmung.

Auch hier ist also vom Eigentümer nur insofern die Rede, als der Unterhaltungspflichtige regelmäßig Eigentümer ist.

Die Rechtsnatur der „Zustimmungsvereinbarung" bei der Straßenbahnkonzession ist viel erörtert worden[10].

— Ein Urteil des preuß. OVG. v. 13. III. 1886 (Pr. Verw.Bl. VII S. 238 ff.) führt aus, daß die polizeiliche Genehmigung der Aufstellung einer Verkaufsbude auf der öffentlichen Straße die Frage der privatrechtlichen Zulässigkeit gar nicht berühre und die Entscheidung darüber, ob der Gesuchsteller überdies der privatrechtlichen Zustimmung der Gemeinde als Straßeneigentümerin bedürfe oder die Duldung von polizeilich genehmigten Verkaufsbuden in der Pflicht zur Duldung des Gemeingebrauchs inbegriffen sei, den ordentlichen Gerichten zustehe.

[9] Ebenso die Wegeordnung für Westpreußen vom 27. September 1905. Beide Gesetze bei GERMERSHAUSEN II S. 117, 193, vgl. I S. 138.

[10] Vgl. die Ueberblicke bei OTTO MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht 2. Aufl. II (1917) S. 186 N. 11 S. 179 N. 17; 202 N. 51; vgl. S. 448.

Das Reichsgericht hat solche Zustimmungsvereinbarungen schon immer als privatrechtliche Mietverträge behandelt und dementsprechend für stempelpflichtig erklärt. Es hat diese Auslegung gegenüber dem § 6 des Kleinbahngesetzes in dem ausführlichen Urteil vom 13. Dezember 1897[11] festgehalten und seitdem wiederholt bekräftigt[12].

Dieser Auffassung haben sich in der Literatur u. a. STOERK und FLEINER angeschlossen[13].

Demgegenüber hat schon das preußische Oberverwaltungsgericht in einem Urteil vom 31. Mai 1906[14] zweifelhaft gelassen, ob man es hier nicht mit einem rein öffentlich-rechtlichen Geschäfte zu tun habe. Und das Reichsgericht selbst hat in einem Urteil vom 12. Mai 1908[15] ausgeführt: „Der Senat erachtet die durch diese Verträge geschaffenen Rechtsverhältnisse, mögen die Verträge auch hinsichtlich der Stempelpflicht als privatrechtliche, als Mietverträge, zu beurteilen sein, als im wesentlichen öffentlich-rechtliche."

Damit hat sich das Reichsgericht einer Ansicht angeschlossen, die EGER in seinem Kommentar zum Kleinbahngesetz[16] schon

---

[11] E. in Zivils. Bd. 40 S. 280 ff.

[12] Vgl. EGER, Kommentar zum Kleinbahngesetz, 3. Aufl. (1913) S. 141 und O. MAYER a. a. O.

[13] STOERK, Die rechtliche Natur und Funktion des Zustimmungsvertrags usw. in Eisenbahnrechtl. Entscheidungen XXIII (1907) S. 208 unten. — FLEINER, Institutionen des d. Verwaltungsrechts, 3. Aufl. (1913) S. 357. FLEINER redet vom „Eigentümer und Wegeunterhaltungspflichtigen". GIERKE, Sachenrecht S. 31 N. 46 redet nur vom Eigentümer. Beide lassen unerörtert, daß das Kleinbahngesetz nur vom Wegeunterhaltungspflichtigen handelt. Vgl. dagegen ULLMANN (unten N. 16) S. 262.

[14] Eisenbahnr. Entsch. XXIII S. 177.

[15] E. Bd. 68 S. 370 ff.; Eisenbahnr. Entsch. XXV S. 259 f.

[16] N. 26 lit. e zu § 6, in der 3. Aufl. S. 141 ff. — Aus den Motiven: „Da die in § 6 vorgesehenen Abmachungen . . . nicht kraft Privatrechtes erfolgen, sondern auf dem Boden des öffentlichen Rechts stehen, wird über dieselben der Rechtsweg nicht zugelassen und dies ausdrücklich im Gesetze auszusprechen sein." — Gegen Annahme eines Mietvertrags ferner ULL-

immer vertreten hat, gestützt auf eine Bemerkung in den Motiven, und die auch OTTO MAYER (vgl. oben N. 9) vertritt.

Die preußischrechtliche Jurisprudenz stellt also sozusagen zwei Konstruktionen zur Verfügung. Die eine rechnet damit, daß neben der öffentlich-rechtlichen Konzession noch ein privatrechtlicher Vertrag vorhanden sei. Die andere wird man etwa dahin formulieren können:

Die Straßenbahnkonzession ist ein Verwaltungsakt, dem regelmäßig eine gleichfalls rein öffentlich-rechtliche Zustimmungsvereinbarung zwischen dem Unternehmer und dem Wegeunterhaltungspflichtigen inkorporiert ist.

Die erstere Konstruktion läßt dann wiederum eine doppelte Deutung zu, indem entweder die Abmachungen des Zustimmungsvertrags als rein privatrechtlich aufgefaßt werden, oder als einerseits privatrechtlich, andererseits, weil und insoweit die Konzessionsurkunde sich auf sie bezieht oder sie in sich aufnimmt, zugleich als öffentlich-rechtliche „Bedingungen" der Konzession, erzwingbar auch mit den Mitteln des öffentlichen Rechts[17]. Bei letzterer Auffassung kann dann eine Verletzung der „Bedingungen" sowohl zu einer öffentlich-rechtlichen Reaktion führen (polizeiliches Zwangsverfahren oder Verwirkungserklärung, an beides anknüpfend ev. Beschwerde oder Verwaltungsstreitverfahren), als auch zu einer privatrechtlichen Reaktion (Erfüllungsklage, Rücktritt, Vertragsstrafe, Schadensersatz), wobei dann die Gefahr besteht, daß ein und dieselbe „Bedingung" von den Instanzen des öffentlichen Rechts anders ausgelegt wird als von den Gerichten.

Streitig ist, ob in den seltenen Fällen, in denen der Wegeunterhaltungspflichtige nicht zugleich der Eigentümer des Weges ist, auch die Zustimmung des Eigentümers eingeholt werden muß,

MANN, Straßenbenutzungsverträge zwischen Kleinbahnunternehmern und Wegeunterhaltungspflichtigen, in GRUCHOTS Beiträgen zur Erl. d. d. Rechts 56 (1912) S. 250 ff. und neuestens ganz wie EGER: FLEISCHMANN, Tarifabreden in Straßenbenutzungsverträgen (1917) S. 37 ff.

[17] Vgl. EGER N. 27 S. 151 ff.

wobei dann wieder zu fragen wäre, ob diese Zustimmung privat- oder öffentlich-rechtlichen oder Doppelcharakter hat. EGER[18], weicht der Frage dadurch aus, daß er zeigt, daß das Legen und Benutzen von Straßenbahnschienen, gestattet lediglich für die Dauer der Indiensthaltung des Geländes als öffentliche Straße, weder in die Interessen noch in die Rechte des Eigentümers eingreift, sondern nur den Unterhaltspflichtigen angeht. Das ist für die Straßenbahnkonzession richtig, nicht aber für eine Konzession der Art, wie die hier zu beurteilende des Röhrenlegens, die mit dem Verkehrszwecke der Straße nur noch in losem Zusammenhang steht.

Bei unbefangener Beurteilung wird man doch wohl nur zu folgender Auslegung gelangen können, die sich nicht nur auf das Kleinbahngesetz, sondern auch auf die erwähnten beiden Wegeordnungen bezieht:

Der Wortlaut und Sinn dieser Gesetze zeigen, daß es zur rechtsgültigen Nutzungsverleihung der Mitwirkung des Eigentümers überhaupt nicht bedarf. M. a. W. erweitern[19] diese Gesetze die auf dem Straßengelände liegende öffentlich-rechtliche Last der Duldung des Gemeingebrauchs und der öffentlichen Verwaltung dahin, daß der Eigentümer auch alle diejenigen Eingriffe und Anstalten dulden muß, die zwar über den Gemeingebrauch

[18] S. 148 ff. — Für Einholung der Zustimmung des Eigentümers: GERMERSHAUSEN I, S. 174. Vgl. zu der Frage auch sächs. OVG. Jahrb. XV S. 203 f. und das U. des preuß. OVG. v. 29. XII. 1883, E. Bd. X S. 198 ff. — Gegen Einholung der Zustimmung der, im wesentlichen sächs. Recht behandelnde, Aufsatz von THEISSIG (über ihn unten N. 31) „Das Recht der Straßenbahngesellschaften zur Benutzung öffentl. Gemeindewege und die „Straßenbenutzungsverträge", FISCHERS Zeitschrift f. Praxis u. Ges. d. Vwg. 37 (1910) S. 1 ff. auf S. 28 ff.

[19] Diese Erweiterung bedeutet natürlich eine weitere gesetzliche Einschränkung des Eigentums. Wenn aber dagegen eingewendet wird, das könne nach Art. 9 d. pr. Verf.Urk. nur unter vorgängiger Entschädigung geschehen (vgl. EGER S. 149), so beruht dieser Einwand auf einem Mißverständnis des Art. 9. Eine Schranke für den Gesetzgeber enthält Art. 9 nicht. S. ANSCHÜTZ, Kommentar zur pr. Verf.Urk. zu Art. 9.

hinausgehen, aber auf einer gesetzmäßigen Nutzungsverleihung beruhen[20]. Solche Nutzungen verleiht die Wegepolizeibehörde nach freiem Ermessen unter der Voraussetzung, daß zuvor der Wegeunterhaltungspflichtige zugestimmt hat oder — im Ergänzungsverfahren — als zustimmend behandelt wird. Diese Zustimmung wird zwar in der Regel in die Gestalt einer Vereinbarung gekleidet, in der sich der Wegebaupflichtige regelmäßig ein Entgelt und andere Leistungen ausbedingt, um die Verteuerung seiner Unterhaltungslast, welche die Sondernutzung mit sich bringt, auf den Nutzungsberechtigten abzuwälzen. Daraus folgt aber nicht, daß hier ein Privatrechtsvertrag vorläge[21]. Wie wäre das auch möglich? Der Wegeunterhaltungspflichtige als solcher hat ja über die Straße gar keine privatrechtliche Verfügungsmacht. Er hat zu ihr keine andere Beziehung, als die aus seiner öffentlich-rechtlichen Bau- und Unterhaltungspflicht entspringt. Er ist gar nicht imstande — als Wegeunterhaltungspflichtiger — Teile der Straße zu vermieten, oder mit Dienstbarkeiten zu belasten. Das könnte nur der Eigentümer. Ueber ihn aber geht das Gesetz hinweg und kann ohne Härte über ihn hinweggehen, da ja sein Eigentum, solange die Zweckgebundenheit der öffentlichen Sache dauert, ohnehin nicht viel mehr als ein nudum jus ist[22].

Wenn danach also die Behandlung des Zustimmungsvertrags als publizistische Vereinbarung allein juristisch klar und richtig

---

[20] Vgl. THEISSIG a. a. O. SCHELCHER in FISCHERS Zeitschr. 31 (1906) S. 65. — Ob daneben Raum bliebe für die Möglichkeit, daß der Eigentümer als solcher einem Unternehmer einen Teil des öffentlichen Platzes zur Aufstellung einer Verkaufsbude vermietet und die beiden dann die Wegepolizeibehörde und den Wegeunterhaltungspflichtigen bitten, die Sache zu dulden, ist eine hier nicht zu erörternde, mit Rücksicht darauf, daß dem Wegeunterhaltspflichtigen, der alle Lasten trägt, auch alle Vorteile gebühren, wohl zu verneinende Frage.

[21] Auch die Leichtigkeit des Ergänzungsverfahrens zeigt, daß hier dem Gesetzgeber keineswegs eine privatrechtliche Dispositionsfreiheit vorschwebt.

[22] Vgl. dazu GUBA, Die öff.-rechtl. Formen des Wegerechts, Leipziger Diss. 1917, S. 74.

ist[23], so gebietet es doch die Vorsicht, anzuerkennen, daß diese Ansicht nicht zwingend bewiesen werden kann und daß auch die privatrechtliche Konstruktion der Zustimmungsvereinbarung gewisse Vorzüge aufweist, besonders dann, wenn, wie es die Regel ist, und auch in dem hier zu beurteilenden Falle zutrifft, der Unterhaltungspflichtige zugleich der Eigentümer ist.

Auch davon muß noch mit einigen Worten die Rede sein, um die juristische Natur der „Konzessionsverträge" allseitig zu beleuchten, ehe auf ihre Regelung im badischen Recht eingegangen wird.

Ein Vorzug der privatrechtlichen Substruktion ist, daß sie im Streitfall beiden Teilen einen Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten öffnet, für den das andernfalls zuständige Verwaltungsverfahren nicht immer einen vollwertigen Ersatz bietet.

Ein anderer Vorzug der privatrechtlichen Substruktion besteht darin, daß sie einem gewissen, niemals ganz ausscheidbaren privatrechtlichen Elemente seinen geordneten Platz anweist. Man beachte nämlich, daß man auch dann, wenn man die Zustimmung als rein öffentlich-rechtlich — als Etappe im publizistischen

[23] Selbstverständlich ändert die Einsicht, daß der Beliehene sowohl der Straßenpolizeibehörde wie dem Wegeunterhaltungspflichtigen gegenüber lediglich öffentlich-rechtliche subjektive Rechte erwirbt, nichts an der Tatsache, daß dadurch seine private Vermögenssphäre erweitert wird. Wenn ihn ein Dritter in der Ausübung des verliehenen Nutzungsrechtes oder in Gebrauch der auf Grund des Nutzungsrechts errichteten, in seinem Privateigentum stehenden, Anlagen beeinträchtigt, so wird er dadurch in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt und kann Abwehr- und Entschädigungsklagen gegen diesen Dritten bei den ordentlichen Gerichten anstrengen. In dieser Richtung (von der aber in diesem Gutachten nicht die Rede zu sein braucht) begründet jede Verleihung „Privatrechte", ähnlich wie die rein öffentlich-rechtliche Enteignungsverfügung ein Eigentumsrecht begründet. — Vgl. OSSWALD, Die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen, Heidelb. Dissert. 1909 S. 47; O. MAYER II[2] S. 193. — Die ungestörte Ausübung der in der Verleihung begründeten öffentlich-rechtlichen Befugnisse bildet einen Teil des im Gewerbebetrieb des Unternehmens gegenständlich verkörperten Betätigungswillens. Vgl. die, allerdings sehr vorsichtigen, Bemerkungen bei VON THUR, Allg. Teil des bürgerl. Rechts I (1910) S. 153 ff.

Konzessionsverfahren — auffaßt, unmöglich verhindern oder verbieten kann, daß die Stadtgemeinde etwa ihre Zustimmung solange verweigert, bis der Unternehmer außerhalb des Konzessionsverfahrens gewisse vertragliche Verpflichtungen übernommen hat. Ebensowenig läßt sich verhindern, daß in die Zustimmungserweiterung Abmachungen hineinkommen, deren Bewilligung durch den Unternehmer für die Stadtgemeinde, oder umgekehrt deren Bewilligung durch die Stadtgemeinde für den Unternehmer ein Motiv des Abschlusses waren, die aber mit der Nutzungsverleihung in keinem juristischen Zusammenhang stehen und deshalb nur privatrechtlich gewertet werden können. Die Folge ist dann, daß die Zustimmungsvereinbarung privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Abmachungen in gegenseitiger Bedingtheit enthält, deren zweifelsfreie juristische Scheidung ganz unmöglich ist, während die rein privatrechtliche Substruktion hier keine Schwierigkeiten findet[24].

Nach diesen an die preußische Gesetzgebung angeknüpften allgemeinen Betrachtungen der Rechtsfragen, die bei der Beurteilung derartiger „Verträge" auftauchen, kann sich nunmehr die Erörterung dem in Baden geltenden Rechte zuwenden[25].

Im Großherzogtum Baden hat bis zum 1. Januar 1900 als „Badisches Landrecht" eine Uebersetzung des Code Civil in Kraft gestanden und auch sonst zeigen sich Einwirkungen französischen Rechts auf die badische Gesetzgebung. Deshalb ist von vornherein eine Klarstellung darüber nötig, ob die der französischen Jurisprudenz geläufigen Vorstellungen über die Eigentumsverhält-

---

[24] Vgl. O. Mayer II² S. 202 N. 51 Abs. 3 u. 4 und im Text, Abschn. a 2); andere Beispiele bei Eger S. 145 f., 152, 158.

[25] Mit Rücksicht darauf, daß das einschlagende badische Recht bisher in Rechtsprechung und Wissenschaft nur sehr dürftig behandelt worden ist, erstrebt das Gutachten im folgenden eine gewisse Ausführlichkeit auch dann, wenn sie durch den unmittelbaren Zweck der Klärung des vorliegenden Rechtsverhältnisses nicht unbedingt geboten ist.

nisse an den öffentlichen Sachen im geltenden badischen Rechte eine Stätte haben.

Die französische Jurisprudenz neigt überwiegend dazu, eigentliches Privateigentum an den öffentlichen Sachen zu verneinen und das sog. domaine public als ein besonderes Institut des öffentlichen Rechtes aufzufassen[26]. Diese Lehre hat in die auf deutschem Boden erwachsene Literatur des französischen (rheinischen) Privatrechts nie in voller Schärfe Eingang gefunden, insbesondere nicht in die badische[27]. Im badischen Wasserrecht sind allerdings die Bedenken gegen die Annahme eines echten Privateigentums an den Wasserläufen erst von der neueren Gesetzgebung zurückgestellt worden[28]. Im Wegerecht dagegen war die Entwicklung eine andere. Schon das Ortsstraßengesetz von 1868 rechnet mit echtem Privateigentum der Gemeinde an dem Straßengelände, dessen Erwerbung das Gesetz den Gemeinden zur Pflicht macht. Auch das Straßengesetz von 1884 rechnet damit (§ 29 Abs. 2), daß Gemeinden und Kreise „Eigentümer" öffentlicher Wege schlechthin sein können, wiewohl das natürlich nicht „freies Privateigentum" (§ 36 Abs. 4), sondern gebundenes Eigentum ist. Endlich hat das Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch in Art. 12 ausgesprochen, daß öffentliche Wege im Zweifel im „Eigentum" der unterhaltungspflichtigen Korporation stehen, und meint damit das Eigentum des BGB.[29].

[26] Vgl. CROME, Allgemeiner Teil der modernen franz. Privatrechtswissenschaft (1892) S. 204 N. 21. — O. MAYER, Theorie des franz. Verwaltungsrechts (1886) S. 227. — E. KAUFMANN im angef. Wörterbuch III S. 703 ff. — GERMERSHAUSEN I S. 125 f.

[27] Vgl. CROME a. a. O. S. 204, 206; ZACHARIÄ u. CROME, Handbuch d. franz. Civilrechts, 8. Aufl. (1894) I S. 301. — BEHAGHEL, Das badische bürgerliche Recht, 3. Aufl. (1891) I S. 267 ff. — Ebenso in Rheinhessen. S. BIERMANN, Die öffentlichen Sachen (1905) S. 21 f.

[28] SCKENKEL, Das badische Wasserrecht, 2. Aufl. (1902) S. 103 ff.

[29] So ausführlich DORNER und SENG, Badisches Landesprivatrecht (1906) S. 120 f. mit dem Nachweis (N. 7), daß auch das Eigentum an öffentlichen Gewässern „Privateigentum im Sinne des BGB." sei. — DORNER, Das bad. Ausf.Ges. z. BGB. (1902) S. 130 ff.

Infolgedessen ist die von OTTO MAYER vertretene Theorie, daß nach allgemeinem deutschen Privat- und Verwaltungsrecht an den öffentlichen Sachen kein Privateigentum, sondern eine aus dem Begriff des domaine public entwickelte rein öffentlich-rechtliche Sachherrschaft bestehe, die er „öffentliches Eigentum" nennt[30], für das badische Recht jedenfalls nicht zutreffend. Eine Kritik der Theorie O. MAYERs ist deshalb hier nicht erforderlich[31]. Es muß aber betont werden, daß die grundlegenden Darlegungen O. MAYERs über das Recht der Nutzungsverleihung nur in wenigen Punkten mit der Theorie vom „öffentlichen Eigentum" unlöslich verknüpft sind und in der Hauptsache auch dann ihr Gewicht behalten, wenn man diese Theorie ablehnt[32].

Wenn demnach die öffentlichen Wege nach badischem Recht im Privateigentum stehen und zwar grundsätzlich im Privateigentum des Bau- und Unterhaltungspflichtigen, so hat doch die Neigung der französischen Jurisprudenz, öffentliche Sachen extra commercium juris civilis zu stellen (die ja auch in der gemeinrechtlichen Theorie ihre Rolle spielt) ihre Spuren in der badischen Gesetzgebung hinterlassen.

Während die Theorie des gemeinen Rechts, des deutschen Privatrechts und des preußischen Rechts überwiegend annimmt, daß am Gelände öffentlicher Wege alle Arten privater Rechte bestehen und erworben werden können und nur die Ausübung für die Dauer der objektiven publizistischen Zweckgebundenheit

---

[30] Deutsches Verwaltungsrecht II [2] S. 71—135, wo allerdings S. 86 in N. 21 auch für Baden „öff. Eigentum" behauptet wird.

[31] Zur Kritik vgl. GIERKE, Sachenrecht S. 21 N. 5, FLEINER, Institutionen S. 332, OSSWALD, Die Rechtsverhältnisse an öff. Sachen, Heidelb. Diss. 1909, S. 22 ff. und besonders das oben N. 3 erwähnte U. d. sächs. OVG. Jahrb. XV S. 175 ff. — Auf dem Boden der O. MAYERschen Theorie steht u. a. der Aufsatz von THEISSIG, Die rechtliche Stellung des Straßenbahnunternehmers, in Eisenbahnr. Entsch. XXV (1906) S. 191 ff., 327 ff., sowie sein oben N. 17 zit. Aufs.

[32] So auch das oben erwähnte sächsische Urteil S. 198.

gehemmt wird, befolgt das badische Recht eine strengere Auffassung.

Es wird nämlich in gewissem Umfang dem Eigentümer ausdrücklich die Fähigkeit entzogen, Privatrechtsansprüche hinsichtlich der öffentlichen Sache einzuräumen, deren Ausübung dem Gemeingebrauch hinderlich werden könnte.

Es ist das schon geschehen durch eine, weiter unten ausführlich zu erörternde Bestimmung des badischen Straßengesetzes vom 14. Juni 1884. Das Gesetz redet in § 30 von gewissen Sondernutzungen und fügt in Abs. 2 hinzu: „Durch die Einräumung . . . . werden privatrechtliche Ansprüche hinsichtlich des öffentlichen Weges nicht begründet." Nicht gegen privatrechtliche Ansprüche schlechthin, wohl aber gegen dingliche Rechte an Wegegrundstücken richtet sich sodann der, wie es scheint im deutschen Recht singuläre, Art. 12 des bad. AusfGes. z. BGB. vom 17. Juni 1899. Er lautet:

„Die dem Gemeingebrauch gewidmeten Wege und Plätze stehen im Zweifel im Eigentum derjenigen juristischen Person des öffentlichen Rechtes, welcher die Unterhaltungspflicht obliegt.

An diesen Gründstücken können, solange sie dem Gemeingebrauch gewidmet bleiben, dingliche Rechte nicht begründet werden" [33].

Sowohl aus § 30 Abs. 2 des Straßengesetzes wie aus Art. 12 Abs. 2 des Ausführungsgesetzes folgt jedenfalls das eine, daß der Gesetzgeber den öffentlichen Verbänden, in deren Eigentum die öffentlichen Wege regelmäßig stehen, verbietet, dingliche Rechte und innerhalb der (allerdings noch zu untersuchenden) Tragweite des § 30 Straßengesetzes überhaupt Privatrechte hinsichtlich des öffentlichen Weges zu bestellen und daß deshalb im Zweifelsfall die Vermutung dagegen spricht, daß eine badische

[33] Der gleiche Grundsatz ist bezüglich der öff. Gewässer in § 5 des bad. Wassergesetzes ausgesprochen, wird hier aber reichsrechtlich ohne weiteres gedeckt durch den allgemeinen Vorbehalt des Art. 65 EG. z. BGB.

Staats- oder Gemeindebehörde ein derartiges Privatrecht habe begründen wollen.

Offenbar wollen aber beide Gesetzesstellen darüber hinaus dem Wegeeigentümer die rechtliche Fähigkeit absprechen, entgegenstehende Privatrechte zu begründen. Sie wollen die Verfügungsfähigkeit des Eigentümers beschränken und es erhebt sich die Frage, ob diese Beschränkung Bestand hat neben den allgemeinen reichsrechtlichen Regeln des BGB. über die Verfügungsfähigkeit des Eigentümers.

Einen allgemeinen Vorbehalt zugunsten des Landeswegerechts hat das EG. zum BGB. nicht aufgestellt. Der Art. 109 des EG., welcher zugunsten landesrechtlicher Beschränkungen des Eigentums im öffentlichen Interesse einen ganz allgemeinen Vorbehalt macht, bezieht sich unzweifelhaft nur auf Beschränkungen durch gesetzlich begründeten obrigkeitlichen Verwaltungsakt (Enteignung) nicht auf unmittelbar gesetzliche Eigentumsbeschränkungen. Der gleichfalls sehr allgemeine Vorbehalt des Art. 111 betrifft nur Eigentumsbeschränkungen in Ansehung tatsächlicher Verfügungen, nicht rechtlicher Verfügungen. Ausdrückliche Vorbehalte zugunsten unmittelbar landesgesetzlicher Beschränkungen des rechtlichen Inhalts des Eigentums finden sich nur in den Artikeln 115, 116, 117 und 119, von denen keiner die Verkehrsfähigkeit der öffentlichen Wege betrifft[34].

Dennoch wäre es falsch, hieraus zu folgern, daß die beiden badischen Bestimmungen, insoweit sie die rechtliche Verfügungsfähigkeit des Wegeeigentümers beschränken wollen, wegen Widerspruchs mit dem Reichsrecht ungültig wären.

---

[34] Vgl. FISCHER-HENLE, Handausgabe d. BGB., 8. Aufl. 1909, N. 3 zu Art. 111. — NIEDNER, Einführungsgesetz (1901) Art. 111, N. 1 lit. c. — KUHLENBECK in Staudingers Kommentar 7./8. Aufl. (1914) N. 2 lit. B. zu Art. 111, S. 347. — Auch Art. 113 bezieht sich nur auf die „Regulierung" der Wege. — Vgl. U. d. Reichsger. v. 2. II. 1903 E. Bd. 53 S. 384 ff., das aber ausdrücklich nur die privatrechtl. Vorschriften des Landes-Wegerechts für aufgehoben erklärt.

Das BGB. hat, wie Art. 55 des EG. ausdrücklich hervorhebt, nur die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze außer Kraft gesetzt. Rechtssätze aber, welche die tatsächlich und rechtlich ungestörte pflichtmäßige Bereithaltung öffentlicher Wege für den Verkehrszweck zum Gegenstand haben, sind Sätze des öffentlichen Rechts[35]. Die etwa entgegenzusetzende Meinung, Sätze des öffentlichen Rechts könnten nur Gebote und Verbote enthalten und nicht auch Einschränkungen und Entziehungen privater Rechte, wäre völlig unbegründet. Ein Satz des öffentlichen Rechts wird dadurch nicht privatrechtlich, daß er in Privatrechte eingreift.

Tatsache ist, daß noch von keiner Seite die Rechtsgültigkeit des Art. 12 Abs. 2 des AG. angezweifelt worden ist. Die Bestimmung wird nicht nur in der badischen Literatur ohne weiteres als gültig behandelt[36], sondern auch in der allgemeinen Literatur. GIERKE[37] führt den Art. 12 zwar als Singularität an, aber ohne Zweifel an seiner Rechtsgültigkeit. FLEINER[38] sagt allgemein, die Kompetenz der Landesgesetzgebung zur Zurückdrängung des Privateigentums aus Gründen des öffentlichen Rechts sei ausdrücklich vorbehalten im EG. z. BGB. Art. 55, 109, 111. Und O. MAYER[39] hält sogar nach allgemeinem deutschen Recht eine privatrechtliche Rechtsbegründung für ausgeschlossen, wenn eine öffentliche Sache „einheitlich im öffentlichen Eigentum“ stehe, d. h. im Eigentum des öffentlichen Verbandes, dessen Behörden die Verwaltung der öffentlichen Sache zusteht.

Aus alledem ergibt sich, daß Art. 12 des AG. sowie § 30

[35] Vgl. DERNBURG, Sachenrecht 2. Aufl. (1901) S. 27 ff. — ENDEMANN, Lehrb. d. b. R. Bd. II, 8. u. 9. Aufl. (1905) S. 17. — GERMERSHAUSEN, I S. 126.

[36] HEINSHEIMER, Das BGB. u. d. bad. Recht, 2 Aufl. (1901) I S. 347 f. — DORNER, Komm. z. AG. S. 134 ff. — DORNER-SENG a. a. O. S. 127 f.

[37] Sachenrecht S. 24 N. 14, ebenso BIERMANN, Die öff. Sachen (1905), S. 40.

[38] Institutionen S. 333 N. 15.

[39] II[2] S. 120 vgl. S. 100 N. 37.

Abs. 2 des Straßengesetzes auch insoweit als sie den Wegeeigentümer in seiner privatrechtlichen Verfügungsfähigkeit beschränken, zu vollem Recht bestehen.

Es kann demnach nunmehr zur Auslegung des für das vorliegende Rechtsverhältnis grundlegenden Straßengesetzen übergegangen, insbesondere untersucht werden, ob denn wirklich der § 30 die privatrechtliche Verfügungsgewalt einzuschränken bestimmt ist, was für die Deutung des „Vertrages" von 1905 offenbar von grundlegender Wichtigkeit ist.

Das Straßengesetz befaßt sich an drei Stellen mit besonderen Nutzungsrechten. Zunächst in § 28, wo die Rede ist von den „neben dem allgemeinen Gebrauche zulässigen besonderen Nutzungen eines öffentlichen Weges und seiner Zubehörden, insbesondere dem Obst- und Graserwachs". Sie „stehen dem Unterhaltungspflichtigen zu, soweit nicht kraft besonderer privatrechtlicher Titel anderweite Ansprüche begründet sind". Als solcher privatrechtlicher Titel kommt in Betracht das Eigentum in den seltenen Ausnahmefällen, in denen es nicht dem Unterhaltungspflichtigen zusteht, sondern z. B. der öffentliche Gemeindeweg über fremden Boden führt; ferner Pachtvertrag; nicht aber, seit Inkrafttreten des Art. 12 AG. z. BGB., Begründung eines dinglichen Rechts.

Sodann beschäftigt sich der § 29 mit der Benutzung öffentlicher Wege zur Anlage von Eisenbahnen. Es bedarf dazu der Staatsgenehmigung[40]. Abs. 2 verlangt öffentliche Bekanntgabe des Genehmigungsgesuches und fährt dann fort: „Auch ist die Zustimmung der Gemeinden und Kreise, welche Eigentümer der Straße sind, oder welchen die Unterhaltungspflicht derselben obliegt, sowie die Zustimmung etwaiger sonstiger rechtlich Beteiligter einzuholen." Abs. 3 gestattet, daß aus besonderen Gründen des öffentlichen Interesses die Staatsgenehmigung auch erteilt

[40] Die Zuständigkeit regelt das Gesetz betr. das Genehmigungsverfahren bei Eisenbahnanlagen v. 23. Juni 1900 (Ges. u. VOBl. S. 824).

werden kann „gegen den Willen dieser Gemeinden oder Kreise oder sonst Beteiligten".

Bemerkenswert ist, daß hier (im Gegensatz zum preußischen Kleinbahngesetz) der Eigentümer als solcher nicht vergessen ist. Er fällt, falls es nicht der Unterhaltungspflichtige selbst ist, unter den Begriff der „sonstigen rechtlich Beteiligten" und es ist klar, daß auch über seinen Widerspruch aus triftigen Gründen hinweggegangen werden kann.

Andererseits ist schon nach dem Wortlaut kaum zu bezweifeln, daß nach § 29 diese Zustimmungen lediglich als Etappen im öffentlich-rechtlichen Verleihungsverfahren aufzufassen sind, die auch dann keine Privatrechtsansprüche begründen, wenn sie in die Gestalt von Vereinbarungen gekleidet sind. Es wird dies überdem außer Zweifel gestellt durch die Motive des Gesetzes. In diesen heißt es: „Nach den seither gemachten Erfahrungen ist es mit gewissen Mißständen verbunden, wenn die Konzession zur Anlage einer Pferde- oder Straßenbahn in Form eines Privatvertrags durch den Straßeneigentümer erteilt wird. . . . . Es soll daher in Zukunft nach Vornahme eines Aufforderungsverfahrens und nach Anhörung sämtlicher Interessenten die Konzession für solche Bahnen einheitlich durch die zentrale Staatsbehörde erteilt werden, welche auch alle im öffentlichen Interesse erforderlichen Bedingungen festzustellen und deren Einhaltung zu überwachen hat [41].

Es können somit jedenfalls die in den Genehmigungsbescheid hineingearbeiteten „Bedingungen" einer badischen Straßenbahnkonzession nicht als privatrechtliche Vertragsverpflichtungen aufgefaßt werden [42].

[41] Verhandlungen der II. bad. Kammer 1883/84, Beilagen Bd. IV S. 226.

[42] In der Literatur scheint die Frage bisher nicht erörtert worden zu sein. Dorner-Seng S. 489 gibt nur einen kurzen Hinweis auf das Gesetz. — Fleiner a. a. O. S. 357 dehnt seine der preuß. u. sächs. Judikatur und Literatur entnommene Lehre, die Zustimmung enthalte einen Privatvertrag, zu Unrecht auf das bad. Recht aus.

Dieses Ergebnis ist von Bedeutung auch für die Auslegung der dritten Gesetzesstelle, die sich mit Nutzungsverleihung beschäftigt, § 30. Er lautet:

„§ 30 (Benutzung der öffentlichen Wege für andere als Verkehrszwecke). Für die Herstellung von Anlagen und die Vornahme von Verrichtungen, welche einem öffentlichen Interesse oder einem überwiegenden Nutzen der Landeskultur dienen, wie Eisenbahnübergänge, ober- und unterirdische Telegraphenleitungen, Entwässerungsdurchlässe, Ueberfahrten und dergleichen, kann die Benutzung eines öffentlichen Wegs in Anspruch genommen werden, soweit durch die Anlage und Verrichtung, abgesehen von vorübergehenden Störungen, der Gemeingebrauch des Weges nicht erheblich beeinträchtigt wird.

Durch die Einräumung der Benützung eines öffentlichen Weges für derartige Zwecke oder für die Sonderzwecke einzelner werden privatrechtliche Ansprüche hinsichtlich des öffentlichen Weges nicht begründet. Eine Anerkennungsgebühr ist für die im Falle des ersten Absatzes eingeräumte Benutzung nicht zu entrichten, dagegen kann in den Fällen, wo durch die Benützung oder die hierfür dienenden Anlagen und Verrichtungen die Unterhaltslast erschwert oder die besonderen Nutzungen am Wege und an seinen Zubehörden gemindert werden, dem Beteiligten die Verpflichtung zur Zahlung einer entsprechenden Vergütung auferlegt werden."

Der Sinn des § 30 ist nicht ohne weiteres klar und kann auch den sehr dürftigen Materialien nicht einfach entnommen werden. Er ergibt sich aus dem Zusammenhang mit dem § 29 und den vom Gesetzgeber beigefügten Ueberschriften.

§ 29 behandelt die „Benutzung öffentlicher Wege zur Anlage von Eisenbahnen". Er geht von dem Grundsatz aus, daß die Staatsgenehmigung nur erteilt werden darf nach eingeholter Zustimmung der Gemeinden oder Kreise, welche Eigentümer der Straße sind, oder welchen die Unterhaltungspflicht derselben obliegt, sieht aber vor, daß aus besonderen Gründen des öffentlichen Interesses und

unter gewissen weiteren Voraussetzungen die Staatsgenehmigung auch gegen den Willen dieser Gemeinden oder Kreise gegeben werden kann.

Wenn nun daraufhin der § 30 unter der Ueberschrift „Benutzung der öffentlichen Wege für andere als Verkehrszwecke" davon spricht, daß die Benützung eines öffentlichen Weges für gewisse gemeinnützige Anlagen „in Anspruch genommen" werden könne, so folgt daraus, daß hier vor allem der Staatsbehörde das Recht eingeräumt werden soll, den unterhaltspflichtigen Kreisen und Gemeinden die Duldung solcher Sondernutzungen auch gegen ihren Willen aufzuerlegen. Nur daß dadurch, wie Abs. 2 mildernd hinzufügt, nicht etwa privatrechtliche Ansprüche begründet werden und überdies dem Nutzungsberechtigten die Zahlung einer Vergütung auferlegt werden kann.

Die Vermutung, daß § 30 in erster Linie an die Oktroyierung der Duldung besonderer Nutzungen ohne Einwilligung des Unterhaltspflichtigen denkt, wird bestärkt durch den § 37 Straßenges. und § 2 I der VollzugsVO. dazu v. 17. I. 85.

„§ 37 (Einzelne Zuständigkeiten der Verwaltungsbehörden). Durch die zuständigen Verwaltungsbehörden[43] ist insbesondere in folgenden Fällen zu beschließen:

— — — — — — — — — — — — — — — — — —

b) über die Frage, — — — — — — — — — — — — — — — — — — ob die Benützung eines öffentlichen Weges zu sonstigen Anlagen und Verrichtungen, insbesondere der in § 30 bezeichneten Art und eventuell gegen welche Vergütung einzuräumen, ob die an einem öffentlichen Wege beanspruchten besonderen

[43] Diese Präambel scheint zunächst sinnlos, da natürlich immer nur durch die zuständigen und niemals durch die unzuständigen Verwaltungsbehörden zu beschließen ist. In Baden weiß man aber, was gemeint ist. „Verwaltungsbehörde" heißt hier: Staatsbehörde der Inneren Verwaltung (Bezirksamt, Bezirksrat, Landeskommissar, Min. d. I.) im Gegensatz zur Gemeinde- oder Kreisbehörde, insbes. auch zu der regelmäßig vom Bürgermeister verwalteten Ortspolizeibehörde.

Nutzungen im öffentlichen Interesse zu untersagen seien, im letzteren Falle übrigens vorbehaltlich der richterlichen Entscheidung über die Entschädigung."

Die Vollzugsverordnung regelt das des genaueren dahin: „Der Bezirksrat beschließt in streitigen Fällen — — — — b) über die beanspruchte Einräumung der Benützung eines öffentlichen Weges zu anderen als Verkehrszwecken usw."

Es scheint also zunächst folgende Auslegung des Straßengesetzes geboten: Die Gemeinde als Eigentümerin des Straßengeländes kann und darf — da es ihr nirgends verboten ist — durch privatrechtliches Rechtsgeschäft zwar nicht dingliche (wegen Art. 12 AGes.), wohl aber obligatorische Nutzungsrechte, z. B. aus Mietvertrag, hinsichtlich der öffentlichen Straße erteilen oder auch bloß prekaristische Verstattungen. Nur ist natürlich die Ausübung dieser Rechte unzulässig, soweit sie den Gemeingebrauch beeinträchtigen, wobei aber der Wegepolizeibehörde die Kompetenz nicht abgesprochen werden kann, durch öffentlich-rechtliche ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung (Duldung) der Sondernutzung auch gewisse Schmälerungen des Gemeingebrauchs zuzugestehen. Man dürfte sich nicht daran stoßen, daß von alledem nichts im Straßengesetz steht, denn dieses ist keine umfassende Regelung des Wegerechts, sondern will in der Hauptsache nur die Straßenbaupflicht ordnen. Wenn aber nun — und hier erst scheint der § 30 einzugreifen — der Unternehmer einer gemeinnützigen Anlage die erbetene Bewilligung der Gemeinde und deshalb auch die Genehmigung der (regelmäßig vom Bürgermeister verwalteten) Wegepolizeibehörde nicht zu erlangen vermag, wenn also in diesem Sinne ein „streitiger Fall" vorliegt, dann kann er sich an den Bezirksrat wenden, der ihm nunmehr gegen den Willen der Gemeinde die öffentlich-rechtliche Nutzungsverleihung erteilen kann, aber n u r diese, ohne gleichzeitige Statuierung eines privatrechtlichen Anspruchs.

Demnach gäbe es also in Baden gutwillig zugestandene Nut-

zungsverleihungen, bei denen die Staatsbehörde regelmäßig[44] gar nicht mitwirkt und denen regelmäßig die vertragliche Einräumung eines P r i v a t rechtsanspruchs zugrunde liegen würde, und obrigkeitlich oktroyierte ohne Privatrechtsanspruch.

Daß dies die ursprüngliche Meinung des Straßengesetzes gewesen sein könnte, ergibt sich auch aus § 37 lit. b letzter Satz (s. oben), wo von der Möglichkeit die Rede ist, daß für die Untersagung eines Nutzungsrechts Entschädigung geschuldet wird. Das könnte dahin gedeutet werden: Jedes besondere Nutzungsrecht kann aus Gründen des öffentlichen Rechts untersagt werden — das gutwillig zugestandene und das oktroyierte. Entschädigungsansprüche wird der Richter voraussichtlich bejahen, wenn der Sondernutzung ein privatrechtlicher Rechtsanspruch zugrunde liegt. Andernfalls (bei Precarium oder Oktroyierung) wird er sie wohl verneinen.

Darin liegt der praktische Wert des § 30 Abs. 2 Satz 1 für die Gemeinde. Das oktroyierte Nutzungsrecht begründet keinen Privatrechtsanspruch, also wohl auch keinen Entschädigungsanspruch bei Untersagung.

Der so begründbaren Ansicht, daß auch nach heutigem badischen Recht die Gemeinde Privatrechtsansprüche, z. B. aus Vermietungsvertrag, an ihrem Straßengelände einräumen könne (Ansprüche, die natürlich nur insoweit geltend gemacht werden können, als die Ungestörtheit des Gemeingebrauchs oder eine hinzutretende wegepolizeiliche Verstattung es zulassen), scheint eine weitere Stütze aus den Materialien zu Art. 12 Abs. 2 des AG. z. BGB. zu erwachsen. Man hat damals, wie das bei DORNER, Kommentar S. 134, näher ausgeführt ist, vorwiegend deshalb sich entschlossen, geradezu die Entstehung dinglicher Rechte und damit die Belastung öffentlicher Wege „für alle Zukunft“ auszuschließen (anstatt bloß ihre Geltendmachung einzuschränken), um Gleich-

[44] Außer in den größeren Städten, in denen die Verwaltung der Ortspolizei dem staatlichen Bezirksamt übertragen ist.

mäßigkeit mit dem Wassergesetz herbeizuführen. Das Wassergesetz in seiner Fassung von 1899 spricht nun aber nicht nur in seinem § 5 die Unfähigkeit von Staat und Gemeinde aus, die natürlichen Wasserläufe mit „Rechten" zu belasten — womit dingliche Rechte gemeint sind[45] —, sondern betont auf der anderen Seite in § 18 das Recht der Gemeinde, die Benutzung nicht öffentlicher natürlicher Wasserläufe „durch Verpachtung auf Andere zu übertragen". Also, könnte man sagen, folgt aus den beiden Tatsachen, daß sowohl Art. 12 Abs. 2 als auch § 5 Wassergesetz nur die Begründbarkeit von d i n g l i c h e n Rechten verneinen, § 18 WGes. überdies die wichtigste obligatorische Belastung eines Wasserlaufs als zulässig behandelt, daß eine badische Gemeinde in bezug auf ihre öffentlichen Straßen und Plätze gültige privatrechtliche Miet- oder Pachtverträge abschließen kann und darf. Und daraus wäre dann weiter zu folgern, daß der „Vertrag" von 1905 in den Teilen, in denen er der Gasgesellschaft ein befristetes Recht einräumt, sich des Straßenkörpers zur Anlage und Benutzung ihres Röhrennetzes zu bedienen und dafür geldwerte Gegenleistungen der Gasgesellschaft ausbedingt, als ein Mietvertrag angesehen werden müsse, oder wenigstens angesehen werden könne.

Das Gutachten wird deshalb nicht versäumen dürfen, an geeigneten Stellen jeweils eventualiter auch zu prüfen, welche Rechtsfolgen es für die Stadt K. haben würde, wenn gegebenenfalls entscheidende Instanzen sich diese, mit so plausibeln Gründen stützbare Auffassung und Gesetzesauslegung zu eigen machen würden.

In Wahrheit zeigt eine vertieftere Betrachtung, daß diese Auslegung dennoch den Sinn des Gesetzes nicht trifft und daß

---

[45] SCHENKEL N. 4 zu § 5: „Unter dem Ausdruck, mit Rechten belasten" ist im Anschluß an § 873 BGB. nur die Begründung von dinglichen Rechten verstanden. Es ist also die Einräumung — — — durch obligator. Vertrag — — — — nicht als unzulässig bezeichnet."

dieses die Begründung privatrechtlicher Nutzungen im Rahmen des § 30 restlos ausschließt.

Die Gegengründe, welche der entwickelten Auslegungsmöglichkeit in den Weg treten, sind die folgenden:

Vor allem ist zu beachten, daß zwar der Abs. 2 des § 30 des Straßengesetzes in dem eben dargelegten Gedankenzusammenhang zum Absatz 1 steht, daß er aber daneben auch noch ein selbständiges Leben hat. Abs. 1 redet von Anlagen und Verrichtungen, „welche einem öffentlichen Interesse oder einem überwiegenden Nutzen der Landeskultur dienen". Darauf nimmt Abs. 2 Bezug mit den Worten „für derartige Zwecke". Er fügt aber noch die Worte bei „oder für die Sonderzwecke Einzelner" und zeigt damit, daß er nicht nur die Rechtswirkung oktroyierter Einräumungen einschränken, sondern noch einen anderen Gedankengehalt zum Ausdruck bringen will, den man denn auch um so sicherer in den Abs. 1 hineinlegen muß, als die Begründung des Gesetzentwurfes bedeutsam darauf hinweist.

Der eine sprachlich deutlicher ausgedrückte Gedankengehalt des § 30 ist der schon erörterte: Die Duldung auch anderer gemeinnütziger Sondernutzungen als Straßenbahngeleise (§ 29) kann der Gemeinde oktroyiert werden, indes ohne privatrechtliche Wirkung und mit der Möglichkeit, eine Vergütung festzusetzen.

Der andere, sprachlich etwas verhüllte, Gehalt des Paragraphen ist dieser: Obwohl die öffentlichen Wege vor allem dem „Verkehrszwecke" dienen, dürfen doch auch solche, den Gemeingebrauch nicht erheblich beeinträchtigende (vgl. Abs. 1 am Ende) Sondernutzungen eingeräumt werden, welche über den Gemeingebrauch hinausgehen. Vor allem — Abs. 1 — zugunsten von solchen Anlagen und Verrichtungen, welche dem öffentlichen Interesse oder einem überwiegenden Interesse der Landeskultur dienen, aber auch — Abs. 2 — zugunsten von „Sonderzwecken Einzelner".

Die sehr lakonischen Motive lassen in dem einen Satz, den

sie dem § 30 widmen[46], diese Duplizität seines Inhaltes deutlich hervortreten. Der erste Halbsatz sagt: „Derartige Anlagen sind schon seither in der Regel ohne Anstand zugelassen worden“ und zeigt damit, daß der § 30 der unmittelbar über die Straße verfügenden Verwaltungsbehörde die hergebrachte Kompetenz zur Erteilung von Sondernutzungen wahren will. Der zweite Halbsatz fügt hinzu: „eine gesetzliche Beschränkung[47] scheint aber immerhin angemessen, besonders in einem Zeitpunkt, wo sich der Staat der Verfügungsgewalt über eine Anzahl von Landstraßen begibt“ — und zeigt damit, daß der § 30 den Kreisen und Gemeinden die Einräumung von Sondernutzungen nicht nur erlauben, sondern unter Umständen oktroyieren lassen will.

Wenn nun aber der Abs. 2 nicht nur von den oktroyierten Einräumungen handelt, sondern von allen Einräumungen derartiger Sonderrechte schlechthin, so ist klar, daß der Satz, es würden durch solche Einräumungen keine privatrechtlichen Ansprüche begründet, allgemein und selbständig dasteht: Nicht nur der Bezirksrat, wenn er im öffentlichen Interesse eine Einräumung oktroyiert, sondern auch die unmittelbar (gutwillig) über den öffentlichen Weg verfügende Behörde ist außerstande, privatrechtliche Ansprüche zu verleihen, seien es nun dingliche oder obligatorische.

Tatsache ist, daß die bisher einzige rechtswissenschaftliche Erörterung des § 30 diesen Standpunkt einnimmt. DORNER führt in der N. 13 zu Art. 12 des AG. z. BGB. unter lit. a—c zunächst aus, daß nach früherem franz.-bad. Recht der Eigentümer privatrechtliche Benutzungsrechte auch an öffentlichen Sachen habe begründen können. Das Straßengesetz von 1884 habe daran festgehalten, daß privatrechtliche Titel zu dem im § 28 des Straßen-

[46] Verhandlungen der II. bad. K. 1883/84 Beilagen-Bd. IV, S. 227.

[47] Beschränkung nämlich des freien Beliebens des Wegeunterhaltungspflichtigen und Wegeeigentümers gegenüber Gesuchen um Nutzungsverleihungen.

gesetzes angeführten Nutzungen eines öffentlichen Weges (es handelt sich dabei insbesondere um Obst- und Graserwachs des bepflanzten Straßenrandes) begründbar seien, so daß bis zur Erlassung des Art. 12 AG. auch dingliche Rechte dieser Art entstehen konnten. Dagegen in bezug auf die in § 30 Straßengesetz angeführten Einräumungen sei die Begründung von „Privatrechten" schon durch diesen § 30 ausgeschlossen gewesen. Ueberdies fügt DORNER in N. 13 lit. d hinzu: „Als Titel für besondere Nutzungen an öffentlichen Wegen und Plätzen sowie für deren Benutzung zu Sonderzwecken kommt hiernach unter der Herrschaft des Art. 12 Abs. 2 nur die Genehmigung (Konzession) der Verwaltungsbehörde in Betracht. Diese Genehmigung kann aber privatrechtliche Benutzungsrechte nicht begründen; der daraus abgeleitete Anspruch ist vor den bürgerlichen Gerichten nicht verfolgbar"[48]. Diese Sätze sind zwar doppelt ungenau, insofern obligatorische Privatrechte auf Gras- und Obstnutzungen nach wie vor erworben werden können[49] und die Erwerbung obligatorischer Privatrechte auf Benutzung der Straßen für Gleisanlagen, Eisenbahnübergänge, Entwässerungsanlagen „und dergleichen" sowie für „Sonderzwecke Einzelner" nicht durch Art. 12 Abs. 2 AG. (der ja nur von dinglichen Rechten redet), sondern schon durch § 30 des Straßengesetzes ausgeschlossen wird; sie zeigen aber klar und deutlich, daß DORNERs Autorität für die erweiterte Auslegung des § 30 Abs. 2 StrG., wonach der Straßeneigentümer schlechthin keine Privatrechte der fraglichen Art begründen kann, in Anspruch genommen werden darf[50].

[48] Kommentar S. 135, ebenso DORNER-SENG S. 127 f. Vgl. THOMA, Der Polizeibefehl S. 366. — Für rein öffentlich-rechtliche Auffassung im württemberg. Recht GÖZ, Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg (1902) S. 388 N. 1, S. 393 N. 3.

[49] Richtig, d. h. beschränkend auf dingliche Rechte, DORNER-SENG S. 489 lit. d.

[50] Im gleichen Sinne äußert sich WALZ in seinem Kommentar „Das

Auch das Argument, das oben aus der Absicht der Gleichmäßigkeit des Rechts der öffentlichen Sache abgeleitet wurde, ist entkräftbar. Man beachte, daß das Wassergesetz von 1899 die privatrechtliche Verpachtung der Ausnutzung eines natürlichen Wasserlaufs doch nur anerkennt, wenn es sich um einen n i c h t öffentlichen handelt. In Parallele mit den öffentlichen Wegen kann man aber nur die ö f f e n t l i c h e n Gewässer stellen. SCHENKEL erklärt nun allerdings in der oben N. 42 zitierten N. 4 die Einräumung obligatorischer Nutzungsrechte an öffentlichen Gewässern für nicht unzulässig; aber es ist zu beachten, daß er sich dadurch in einen unaufklärbaren Widerspruch setzt zu seiner N. 2, wo er nach ausdrücklicher Erwähnung „obligatorischer Rechtsvorgänge" schlechthin „jede Begründung von Privatrechten an öffentlichen Gewässern" ausschließt.

Jedenfalls liegt die privatrechtliche Vermietung oder Verpachtung der Nutzungen an natürlichen, im Eigentum des Staates oder der Gemeinden stehenden Wasserläufen so sehr außerhalb der Auffassung der neueren badischen Verwaltungspraxis und erscheint die rein öffentlich-rechtliche Verleihung so sehr als die allein hier in Frage kommende Rechtsform, daß die Gemeinden nicht einmal von der ausdrücklichen Verstattung des § 18 nennenswert Gebrauch gemacht haben. Bei der Neufassung des Wassergesetzes durch Gesetz vom 12. April 1913 hat deshalb der § 18 in neuer Fassung eine Verpachtung ausgeschlossen und an ihre Stelle die öffentlich-rechtliche Verleihung als einzige Rechtsform der Begründung von Wassernutzungsrechten gesetzt[51].

badische Gemeinderecht"! (1914) S. 184 bei Erörterung des § 62 Z. 7 der Gemeindeordnung: „— — — Die Reg.-Begründung erwähnt in dieser Beziehung als Beispiel, daß die Gemeinde sich verpflichtet, einem Unternehmer die ausschließliche Benutzung von Gemeindewegen für die Legung von Leitungen u. dgl. einzuräumen. Glücklich gewählt ist dieses Beispiel nicht, denn die Gemeinde ist nach geltendem Recht nicht in der Lage, bezügl. der in ihrer Gemarkung gelegenen öff. Wege ein Sonderrecht Einzelner zu begründen, vgl. § 30 Straßenges. u. Art. 12 AG. zum BGB."

[51] WIENER, Das Bad. Wasserrecht (1913), S. 70 f.

Das Endergebnis dieser ganzen Erörterungen ist somit dieses:

Das badische Recht steht auf dem nicht ausnahmslosen, aber im Zweifel durchgreifenden Grundsatz, daß besondere subjektive Rechte an den dem Gemeingebrauch gewidmeten öffentlichen Sachen nur als subjektive öffentliche Rechte begründet werden können, nicht als Privatrechte, und gibt diesem Grundsatz in bezug auf die in § 30 Straßengesetz bezeichneten Rechte in diesem § 30 unzweideutigen Ausdruck.

Infolgedessen ist der „Vertrag" von 1905 mindestens insoweit, als er die Einräumung der Befugnis enthält, die öffentlichen Straßen und Plätze zur Einbettung der Gasröhren und ihres Zubehörs zu benutzen, nicht als privatrechtlicher Vertrag, sondern als öffentlich-rechtliche Konzessionsurkunde aufzufassen.

Aus dieser Erkenntnis entspringt zunächst die Frage, welche Behörde denn diese öffentlich-rechtliche Verleihung erteilt hat und auf welchen Rechtssätzen ihre Zuständigkeit dazu beruht.

Straßengesetz, VollzugsVO. und Literatur schweigen sich darüber vollständig aus. Geregelt ist nur die Zuständigkeit „in streitigen Fällen". Da ist es der Bezirksrat, der auf Antrag des Bewerbers, nach Anhörung der Beteiligten (Gemeinde, Kreis, Anlieger, andere Nutzungsberechtigte) die Verleihung aussprechen und damit dem unterhaltungspflichtigen Eigentümer oktroyieren kann.

Wer aber ist zur unmittelbaren („gutwilligen") Nutzungsverleihung von Gemeindewegen zuständig? Nicht der Gemeinderat. Von ihm sagt der § 6 der VollzugsVO.: „Die Leitung und unmittelbare Beaufsichtigung der Bau- und Unterhaltsarbeiten an den Gemeindewegen steht den Gemeinde-(Stadt)räten bezw. den zu diesen Zwecken von den Gemeinden bestellten technischen Beamten zu." Es sind also keine obrigkeitlichen Kompetenzen, um die es sich da handelt. Wer zunächst und grundsätzlich die

obrigkeitlichen Kompetenzen im Bereiche der öffentlichen Straßenverwaltung zu handhaben hat, sagt die Gemeindeordnung, indem sie in ihrem § 65 (der Fassung von 1910, früher § 59) die „Straßenpolizei“ zur „Ortspolizei“ rechnet und die Verwaltung der Ortspolizei in § 57 Abs. 3 dem Bürgermeister überträgt — abgesehen von den Fällen, in denen eine staatliche Ortspolizeistelle eingerichtet ist, was für die Stadt K. nicht zutrifft. Nun ist allerdings die Einräumung eines Nutzungsrechts ein rechtsbegründender Verwaltungsakt und fällt als solcher nicht unter den Begriff der Polizei, wie er im modernen Verwaltungsrecht verwendet wird, und auch in das badische Recht eingebürgert ist[52]. Es ist aber nicht zu bezweifeln, daß der Begriff „Ortspolizei“, der aus dem Jahre 1831 stammenden bad. GemeindeO. ein weiterer ist und grundsätzlich überhaupt „Innere Verwaltung in örtlicher Begrenzung“ bezeichnet[53]. Diese Zuständigkeit der örtlichen Polizeibehörde zu den in den Bereich der obrigkeitlichen Straßenverwaltung fallenden Verwaltungsakten ist auch seitdem nicht geschmälert worden. Weder durch Gesetz noch durch VO[54]. Sie wird vielmehr durch einen wichtigen Satz der vom M. d. J. erlassenen StraßenpolizeiO. v. 12. Mai 1882[55] bestätigt. In § 23 Abs. 1 dieser VO. heißt es: „Zur Erlassung der auf Gemeindewege bezüglichen Anordnungen ist in den in § 22 bezeichneten Fällen die Ortspolizeibehörde zuständig.“ Der § 22 nun führt unter anderm den § 8 an, dessen Absatz 1 lautet: „Es ist untersagt, ohne vorgängige Genehmigung der zuständigen Behörde an öffentlichen Wegen Aufgrabungen und sonstige den Straßenkörper oder dessen Zubehörden berührende Arbeiten vorzunehmen, oder

[52] Vgl. Rosin im Wörterbuch des Staats- und Verw.-R. III[3] (1914) S. 96 ff.

[53] Thoma, Polizeibefehl S. 155 f. — Walz, Das bad. Gemeinderecht S. 193 N. 1 zu § 65.

[54] Vgl. dazu Thoma S. 152 f. und Walz a. a. O.

[55] Vgl. Schlusser-Müller, Das bad. Polizeistrafrecht, 3. Aufl. (1908) S. 502 ff.

den Bedingungen der in dieser Hinsicht erteilten Genehmigung zuwiderzuhandeln."

Es ist der Schluß erlaubt, daß, wenn schon die polizeiliche Erlaubnis einer einmaligen Aufgrabung der Genehmigung durch die Ortspolizeibehörde bedarf, die Einräumung einer Sondernutzung, wie die vorliegend zur Begutachtung stehende, welche viel weiter greift und die Verleihung eines subjektiven öffentlichen Rechts in sich schließt, erst recht von dieser Stelle ausgehen muß.

Daneben wird man — in analoger Anwendung des § 29 Straßengesetzes (von den Fällen der Oktroyierung durch den Bezirksrat abgesehen) — die öffentlich-rechtliche Zustimmung der unterhaltspflichtigen Gemeinde, repräsentiert durch den Gemeinderat, fordern müssen[56].

Es ergibt sich also: Eine Nutzungsverleihung der Art, wie sie in § 30 Straßenges. ihre gesetzliche Grundlage hat, wird in Baden in bezug auf Gemeindewege erteilt entweder durch die Ortspolizeibehörde (d. i. der Bürgermeister, in einigen größeren Städten das Bezirksamt) nach eingeholter Zustimmung des Gemeinderats, oder „in streitigen Fällen" durch den Bezirksrat.

Im vorliegenden Falle ist allerdings — vermutlich im Banne der Meinung, hier stehe nur ein privatrechtliches Geschäft in Frage — die Verleihung formell nur durch den Gemeinderat erteilt worden in Gestalt einer Vertragsratifikation. Tatsächlich aber ist der Bürgermeister mit unterschrieben und steht es fest, daß er der Sache persönlich zugestimmt hat (nicht etwa im Gemeinderat überstimmt worden ist). Sonach ist an der Rechtsgül-

[56] In den Fällen, in denen sie nicht Eigentümerin ist, auch Zustimmung des Eigentümers, als eines gleichfalls „Beteiligten" in analoger Anwendung der Grundsätze der §§ 29 u. 30 des Straßengesetzes. Dabei ist aber gemäß § 30 Abs. 2 auch die Eigentümerzustimmung eine, lediglich öffentlich-rechtliche Wirkungen erzeugende Etappe im Verleihungsverfahren und kann keine privatrechtlichen Ansprüche hinsichtlich des öffentlichen Weges begründen. — Ueber das Zusammenwirken von Polizeibehörde und Gemeindeverwaltung bei Erteilung von Gebrauchserlaubnissen s. auch O. Mayer II² S. 169 N. 3.

tigkeit der im „Vertrag“ von 1905 steckenden öffentlich-rechtlichen Verleihung nicht zu zweifeln.

Wenn somit der „Vertrag“ von 1905 in der Hauptsache eine öffentlich-rechtliche Nutzungsverleihung ist und die in ihn hineingearbeiteten Paragraphen der Zustimmungsvereinbarung, welche der Gemeinderat und die Gasgesellschaft miteinander getroffen haben, wenigstens insoweit als es sich um die Nutzungsrechte an den Straßen und Plätzen der Stadt und die als Gegenleistung für ihre Einräumung übernommenen Verpflichtungen der Gasgesellschaft handelt, kein privatrechtliches Rechtsverhältnis begründet, so ergeben sich daraus bedeutsame

Folgerungen

formell- und materiellrechtlicher Art:

α. Zur Entscheidung etwaiger Streitigkeiten über die Tragweite der erteilten Verleihung sind, weil es sich dabei durchaus um eine Streitigkeit des öffentlichen Rechts handelt, die ordentlichen Gerichte nicht zuständig[57]. Insbesondere kann die Gasgesellschaft ihre Rechte auf Benutzung der Straßen und Plätze für ihre Zwecke nur mit den Rechtsbehelfen des öffentlichen Rechts geltend machen. Die Auslegung und Handhabung der Verleihungsurkunde ist zunächst Sache der örtlichen Straßenpolizeibehörde. Will sich die Gasgesellschaft bei deren Entscheidungen und Verfügungen nicht beruhigen, so verbleibt ihr nur der Weg der Beschwerde beim Großh. Bezirksamt, gemäß § 29 Abs. 2 und 3 der Landesherrlichen VO. über das Verfahren in Verwaltungssachen vom 31. August 1884, und gegen dessen Entschließung Beschwerde beim Großh. Ministerium des Innern oder — im Umfange des § 4 Abs. 1 Z. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes v. 14. Juni 1884 — Klage beim Verwaltungsgerichtshof.

---

[57] Diese Folgerung zieht ausdrücklich Dorner, Kommentar zum AG. S. 135 N. d, s. oben bei N. 48. — Vgl. ferner das U. d. preuß. OVG. Eisenbahnr. Entsch. XXIII S. 177; Eger, Kommentar z. preuß. Kleinbahnges. S. 144, 151 u. 152. — Allgemein: O. Mayer II ² S. 194.

β. Zur Durchführung ihrer Anordnungen bedarf die Wegepolizeibehörde keines gerichtlichen Verfahrens. Sie handelt mittels polizeilichen Zwanges nach Maßgabe der §§ 30 und 31 des Polizeistrafgesetzbuches vom 31. Oktober 1863 oder veranlaßt ein Einschreiten des Bezirksamts auf Grund derselben Vorschriften[58]. Die Rechtsmittel gegen solche polizeiliche Verfügungen sind dieselben, wie die unter α erwähnten.

In gewissem Umfange, der hier nicht erörtert werden soll, kommt auch strafendes Einschreiten wegen Uebertretung von straßenpolizeilichen Vorschriften durch die Gasgesellschaft in Betracht.

γ. Materiellrechtlich ist von Bedeutung, daß eine öffentlichrechtliche Verleihung von der verleihenden Behörde unter gewissen Voraussetzungen zurückgenommen, oder selbst widerrufen werden kann. Von der Zurücknahme braucht hier nicht gehandelt zu werden, da die vorliegende Verleihung nicht mit Fehlern behaftet, insbesondere weder gesetzwidrig noch erschlichen ist. Der Widerruf einer fehlerfreien Verleihung bedarf der besonderen gesetzlichen Grundlage. Sie ist gegeben im § 37 des Straßengesetzes:

„Durch die zuständigen Verwaltungsbehörden ist insbesondere in folgenden Fällen zu beschließen:

b) über die Frage — — — — — — — — — — — — —

ob die an einem öffentlichen Weg beanspruchten besonderen Nutzungen im öffentlichen Interesse zu untersagen seien, im letzteren Falle übrigens vorbehaltlich der richterlichen Entscheidung über die Entschädigung."

Zuständig wäre der Bezirksrat. Es ist das in § 2 I b der VollzugsVO. zwar nicht ausdrücklich gesagt, steckt aber mit drin und wird dadurch bekräftigt, daß lit. c für einen analogen Fall von Untersagung den Bezirksrat für zuständig erklärt. Eine solche Untersagung ist streng genommen keine Polizeiverfügung, sondern ein rechtsentziehender (nämlich ein subjektives öffentliches Recht entziehender) Verwaltungsakt. Es ist deshalb, so bedauer-

[58] Vgl. THOMA, Polizeibefehl S. 265, 89 ff., 302 ff.

lich das vom rechtsstaatlichen Standpunkt aus ist, wahrscheinlich, daß der VGH. in gesetzestreuer Anwendung des Enumerationsprinzips eine dagegen gerichtete, auf § 4 Abs. 1 Ziff. 1 des Verw.-Rechtspfl.Ges. gestützte Klage als unzulässig zurückweisen und die klagende Gesellschaft auf den Weg der Verwaltungsbeschwerde beim Ministerium d. I. verweisen würde.

Der § 37 weist insbesondere auch den Weg, auf welchem eine „Verwirkung" der Konzession wegen dauernder Nichterfüllung der übernommenen Verpflichtungen im Wege der „Untersagung" geltend zu machen wäre.

Da eine Untersagung im vorliegenden Falle praktisch nicht in Frage steht, braucht die Frage, ob und wann sie eine Entschädigungsforderung nach sich ziehen würde, nicht aufgerollt zu werden. Indes wird in anderem Zusammenhang einiges über den Punkt zu sagen sein, sowie auch darüber, was als „öffentliches Interesse" im Sinne des § 37 zu gelten habe.

δ. Insbesondere sind auch die „Bedingungen", welche die Konzessionsurkunde enthält, grundsätzlich rein öffentlich-rechtliche Verpflichtungen der Gasgesellschaft.

Die Stadtgemeinde als Wegeunterhaltungspflichtiger hat ihre „Zustimmung" nur erteilt auf Grund einer Anzahl von Zusagen, welche die Gasgesellschaft gemacht hat als Gegenleistung gegen die in Aussicht gestellte Nutzungsverleihung. So ist eine in mehrere Artikel zerlegte Vereinbarung entstanden, welche äußerlich alle Merkmale eines privatrechtlichen Vertrags an sich hat und von den Kontrahenten wohl auch als solcher gemeint war. Dieser privatrechtliche Vertrag ist aber insoweit, als es sich um die Nutzungsverleihung einerseits und die Pflichten des Unternehmers andererseits handelt, niemals als p r i v a t rechtlicher Vertrag perfekt geworden: Nicht v o r Erteilung der Konzession (die mit der Unterschrift durch den Bürgermeister perfekt wurde), weil ja diese mit der Ratifikation des Vertrags in eins zusammenfällt; und nicht n a c h oder m i t Erteilung der Konzession, weil ja der § 30

des Straßengesetzes die Begründung von Privatrechten dieser Art verbietet. Somit hat der Verleihungsakt die (wiewohl von den Kontrahenten vielleicht beabsichtigte) Entstehung privatrechtlicher gegenseitiger Verpflichtungen insoweit (vgl. aber die Bemerkungen im folgenden Abschnitt 2) unmöglich gemacht und an ihre Stelle öffentlich-rechtliche Ansprüche und Verpflichtungen der Gasgesellschaft gesetzt. Diese Verpflichtungen stellen sich dar als „Bedingungen" der Konzession[59]. Würde z. B. die Gasgesellschaft sich anschicken, ihre wichtige Verpflichtung, das Gas auf dem in K. gelegenen Grundstück zu erzeugen, zu verletzen, so wäre, angesichts der öffentlich-rechtlichen Natur dieser Verpflichtung, die Gemeinde außerstande, hiergegen einstweilige Verfügungen des Zivilrichters zu erwirken. Aber sie bedürfte dessen auch nicht. Ihr Bürgermeister wäre in der Lage, der Gasgesellschaft die Verwirkung aller ihrer Rechte aus der Konzession anzudrohen und hierwegen den Bezirksrat anzurufen, und er wäre in der Lage, einzelnen gegen die übernommene öffentlich-rechtliche Pflicht verstoßenden Handlungen mit den Zwangsmitteln der §§ 30 und 31 PolStrGesB. entgegenzuwirken, die subsidiär überall in die Lücke treten, wo für die Durchführung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung kein anderes Verfahren vorgesehen ist.

---

[59] Vgl. U. d. sächs. OVG. v. 20. Juni 1908, Jahrb. XII, S. 291: „..... die Bedingungen, unter denen die Genehmigung hierzu (sc. zu dem Vertrag zwischen Stadtgemeinde und Straßenbahngesellschaft) erteilt worden ist, bilden den Inhalt der sog. Konzessionsverträge. Soweit sich die letzteren nur auf die Ueberlassung von städt. Straßen und Plätzen zu dem angegebenen Zwecke, sowie auf die Leistungen beziehen, die den Gesellschaften mit Rücksicht auf das ihnen eingeräumte Sonderbenutzungsrecht vereinbarungsgemäß obliegen, ist der Vertrag zweifellos öffentlich-rechtlich, wie das OVG. bereits im Urteil v. 11. XI. 1905 (Jahrb. VIII S. 200) ausgeführt hat."

2. (Die Verpflichtung der Gemeinde, keinem Konkurrenzunternehmen die Zustimmung zu erteilen.)

Der Verleihung entspricht ein subjektives öffentliches Recht der Gasgesellschaft gegenüber der Wegepolizeibehörde auf Verstattung der Inanspruchnahme der öffentlichen Wege und Plätze zur Einlegung und Reparatur der Röhren und Steigleitungen, Herrichtung der Hausanschlüsse, Aufstellung und Bedienung der Straßenlaternen und was sonst sonst noch sinngemäß dazugehört[60], — alles nach Maßgabe und im Rahmen der Verleihung, deren Umfang im vorliegenden „Vertrag" in dem Art. 1 zusammengedrängt ist. Und in diesem Umfang besteht auch die öffentlichrechtliche Verpflichtung der Stadtgemeinde auf Duldung der entsprechenden Benutzung ihrer Straßen und Plätze.

Hierin aber erschöpft sich die der öffentlichen Verwaltung auferlegte rechtliche Bindung, die ja überdies unter den Voraussetzungen des § 37 lit. b Straßengesetz vom Bezirksrat durch Widerruf gelöst werden könnte.

Soweit der Vertrag der Gemeinde Kehl etwa noch andere Verpflichtungen auferlegt, beruht deren Verpflichtungskraft notwendig auf einem anderen Rechtsgrunde; denn diese etwaigen anderweiten Verpflichtungen beziehen sich ja dann nicht auf die öffentlichen Wege und Plätze und bilden keine der Bedingungen, unter denen die Stadt der Nutzungsverleihung zugestimmt hat. Sie stehen mit der Nutzungsverleihung überhaupt nur in einem wirtschaftlichen, nicht in einem rechtlichen Zusammenhang. Sie stellen sich dar als Zugeständnisse, welche die Stadt gemacht hat, um die Gasgesellschaft zu ihrer Unternehmung zu ermutigen.

Eine solche Nebenabrede von großer Wichtigkeit liegt in der

---

[60] Daß dabei die Straße nicht eigenmächtig aufgerissen oder gesperrt werden kann, versteht sich von selbst und ist überdies in der Straßen-Pol.-Ord. festgestellt. S. oben N. 55. Dem „civiliter uti" der privatrechtl. Servitut läuft parallel die polizeimäßige Ausübung des Nutzungsrechts an der öff. Sache.

Tat vor. Sie ist ausgedrückt in den Worten: „Die Stadt K. räumt der Gasgesellschaft . . . das alleinige Recht ein usw.“

Damit wird der Gasgesellschaft ein Monopol [61] verliehen. Die Frage ist nur: Von wem und mit welcher Rechtswirkung?

Die öffentliche Verwaltung kann eine solche Selbstbindung, durch welche sie sich der Möglichkeit begeben würde, einem späteren Bewerber eine gleichartige Nutzungsverleihung zu erteilen, mit öffentlich-rechtlicher Wirkung überhaupt nicht herbeiführen. Die zu unterstellende Bürgermeisteramtsverfügung beruht auf einer öffentlich-rechtlichen Kompetenz, auf welche nach allgemeinen Grundsätzen nicht einfach verzichtet werden kann. Noch viel weniger vermöchte die Versicherung des Bürgermeisters, er werde während der Dauer der Konzession niemand anders eine gleichartige Konzession erteilen, dem Bezirksrat mit juristischer Kraft die Hände zu binden, wenn er auf Antrag eines anderen Bewerbers erwägt, ob gegen den Willen der Gemeinde gemäß § 30 eine zweite solche Konzession zu oktroyieren sei.

Im Rahmen des öffentlichen Rechts gewährt somit die Zusicherung der Monopolstellung der Gasgesellschaft kein Recht, sondern lediglich diejenige — praktisch einem Recht gleichkommende — Sicherheit, welche in der Loyalität begründet ist, mit der deutsche Verwaltungsbehörden auch innerhalb des Spielraumes ihres freien Ermessens die Interessen der Staatsbürger wahren und den Anforderungen von Treu und Glauben auch im Verkehr zwischen Behörde und Publikum gerecht werden.

Wenn nun aber die Monopolzusicherung keinen Bestandteil der öffentlich-rechtlichen Konzession bilden kann, so wird sie von deren öffentlich-rechtlichen Wirkung nicht ergriffen und vermag für sich als Privatrechtsvertrag zwischen Gemeinderat und Gasgesellschaft aufgefaßt zu werden.

[61] Darüber daß dies dem § 10 d. GewO. nicht entgegen ist, vgl. Landmann, Kommentar z. RGewO. N. 2 letzter Abs. zu § 10. — Fleiner, Institutionen S. 317 ff.

Es ist zwar nicht zu leugnen, daß alle diese Argumentationen etwas Künstliches an sich haben. Es ist das aber eine allgemeine Erscheinung auf dem schwierigen Grenzgebiete zwischen Privat- und öffentlichem Recht, und Tatsache ist, daß die wenigen, dem Gutachter bekannt gewordenen einschlagenden Aeußerungen in Rechtsprechung und Literatur zu dem gleichen Ergebnis gelangen. In einem Urteil des sächsischen Oberverwaltungsgerichts vom 20. Juni 1908[62] wird mit Bezug auf Abmachungen „die sich auf das Recht der Stadtgemeinde zur Erwerbung des ganzen Unternehmens und auf die Ermittlung der zu gewährenden Entschädigung beziehen", ausgeführt: „Es entsteht nun die weitere Frage, ob — — — jene ihrem Wesen nach privat-rechtlichen Festsetzungen diese Eigenschaft dadurch verlieren, daß sie den Bestandteil eines im übrigen öffentlich-rechtlichen Vertrages bilden. Das muß jedoch verneint werden. Ebenso wie ein Gesetz, welches Verhältnisse des öffentlichen Rechtes ordnet, privatrechtliche Vorschriften enthalten kann, — — — können auch in einem öffentlich-rechtlichen Vertrage sehr wohl Angelegenheiten geregelt werden, die ausschließlich dem Privatrechte angehören und daher nach den hierfür maßgebenden Grundsätzen beurteilt werden müssen." Ferner rechnet auch EGER, der wie erörtert, die „Zustimmungsvereinbarung" in der Hauptsache als öffentlich-rechtlichen Vorgang betrachtet, damit, daß sie doch auch zivilrechtliche Abreden in sich aufnehmen könne, und sagt ausdrücklich, der Wegeunterhaltungspflichtige könne auf die Erlaubnis der Anlage von Konkurrenzunternehmungen „vertragsmäßig verzichten", wobei er Literatur und Judikatur, welche solche „Verzichte" als privatrechtlich und Streitigkeiten darüber als Justizsache behandeln, ohne Kritik zitiert[63].

Mit aller Klarheit sagt endlich OTTO MAYER, nachdem er betont hat, daß die Zustimmungsvereinbarung grundsätzlich öffent-

[62] Jahrb. XII. S. 292 (vgl. oben N. 59).

[63] Komm. z. pr. Kleinbahnges. S. 152 u. S. 157 ff.

lich-rechtlicher Natur sei, aber zugleich privatrechtliche Nebenabreden damit verschmolzen sein könnten: „Privatrechtlicher Natur wird umgekehrt auch die bei solcher Gelegenheit von der Stadt gegebene Vertragszusage sein, keinem anderen Unternehmer für ein gewisses Verkehrsgebiet Geleiserecht zu verleihen“ [64]. Das paßt natürlich auch auf die Zusage, keinem anderen Unternehmer das Recht der Benutzung der Straße zum Durchleiten von Gas zu verleihen, noch in eigener Regie die Gasversorgung zu betreiben. Die Anerkennung der Monopolzusicherung als einer privatrechtlichen Verpflichtung der Gemeinde ist juristisch insofern von Bedeutung, als von diesem Boden aus ohne weiteres die Entschädigungspflicht der Gemeinde zu begründen wäre, wenn durch ein Entgegenhandeln seitens der Ortspolizeibehörde (mit Zustimmung des dadurch vertragsbrüchig werdenden Gemeinderats) oder durch eine Oktroyierung seitens des Bezirksrats die Monopolstellung verletzt würde. Sei es nun, daß diese Entschädigung aus dem Titel der Vertragsverletzung, sei es, daß sie (bei Oktroyierung eines Konkurrenzrechts oder ausdrücklichem Widerruf gemäß § 37 lit. b Straßengesetz) aus der Analogie des Enteignungsrechts zu leisten wäre.

Es braucht indes auf diese Frage nicht eingegangen zu werden, da eine Verletzung des Monopolrechts der Gasgesellschaft vor Ablauf der Konzession nicht im Bereiche des Wahrscheinlichen liegt und eine Dauer der Monopolstellung über den 1. I. 1933 hinaus unter keinem Gesichtspunkte behauptet werden kann [65].

---

[64] II [2] S. 203 N. 51 a. Ende. Wenn O. MAYER sich dabei auf das Reichsgericht (U. v. 10. Juli 1905, Eisenbahnr.-Entsch. XXII S. 185) beruft, so ist das insofern nicht beweisend, als das RG. auch in diesem Urteil (vgl. oben N. 11) den ganzen Zustimmungsvertrag als privatrechtlich behandelt.

[65] Zugeben muß man, daß die notwendige Anerkennung der Monopolzusage als einer privatrechtlichen Verpflichtung die reine Linie der öffentlich-rechtlichen Auffassung der Konzessionsbedingungen wieder trübt. Es könnte immerhin behauptet werden, die Verpflichtungen der Gasgesell-

Gleicherweise ist privatrechtlicher Natur der Art. 12 des Vertrags, durch den die Stadt anerkennt, daß das Röhrennetz mit seinem Zubehör Privateigentum der Gasgesellschaft sei und bleibe. Ob diese Erklärung Rechtsbestand hat, wird in anderem Zusammenhange unter Abschnitt b Z. 1 zu erörtern sein.

3. (Die Tragweite der Befristung des „Vertrags" von 1905.)

Die Frage der Tragweite der Befristung der Konzession ist in gewissem Sinne ein latenter Streitpunkt zwischen Gasgesellschaft und Stadtgemeinde.

Bei unbefangener Betrachtung scheint allerdings kaum ein Zweifel daran möglich, daß alle Rechte der Gasgesellschaft aus dem „Vertrag" mit dem 31. XII. 1932 erlöschen, derart, daß die Gasgesellschaft von da an nicht mehr das Recht hat, neue Rohrleitungen in die Straßen zu legen und nicht mehr befugt ist, Gas durch die vorhandenen Röhren hindurchzuleiten, auch keinen Rechtsanspruch auf Neuverleihung dieses Rechtes hat, weder zu dem Zwecke der Gasversorgung der Stadt K., noch zum Zwecke der Hindurchleitung von Gas, das zur Versorgung anderer Gemeinden bestimmt ist, durch die öffentlichen Wege der Gemeinde K.

Tatsächlich indes ist ein solcher Zweifel laut geworden und es ist deshalb notwendig, die soeben angedeutete Auslegung gegen alle etwa möglichen Einwendungen sicher zu stellen.

a) In einem Gutachten des Prof. H. REHM, welches sich das Gaswerk Straßburg unterm 5. März 1905 über seine Rechtsbe-

schaft seien nicht nur öffentlich-rechtliche Konzessionsbedingungen, sondern zugleich privatrechtliche Verpflichtungen als Gegenleistung gegen privatrechtliche Monopolzusage. Die Folge dieser Argumentation wäre, daß für die Entscheidung von Streitigkeiten über die Tragweite der Verpflichtungen der Gasgesellschaft auch der ordentliche Rechtsweg in Anspruch genommen werden könnte. Im Sinne einer wissenschaftlich vertieften Jurisprudenz wäre die Anerkennung dieser Argumentation indes nicht: Ein und dieselbe Rechtsverpflichtung als gleichzeitig publizistisch und zivilistisch zu behandeln, ist ein Unding. Man muß wählen ex potiori, d. h. hier für die publizistische Natur entscheiden.

ziehungen zur Stadt Straßburg hat erstatten lassen, finden sich auf Seite 36 nachfolgende Ausführungen:

„C. In bezug auf die im öffentlichen Eigentum der Stadt und des Staates stehenden öffentlichen Wege ergibt sich eine Verpflichtung des Bürgermeisteramtes, die bei ihm allerdings für Neulegungen zu Außenzwecken in jedem Einzelfalle zu erholende Eigentümererlaubnis zu erteilen, auch ohne vertragsmäßige Bindung: aus der Natur des öffentlichen Eigentums.

Oeffentliches Eigentum ist zu öffentlichen Zwecken dienendes Eigentum. Es ist im öffentlichen Interesse zu verwalten. Daher steht die Verfügung über es auch den Polizeibehörden zu. Wie eine Straßenbahn, Wasser- und elektr. Leitungen, dient auch eine jedermann zugängliche Gasleitung dem wirtschaftlichen Interesse des Publikums, also der Oeffentlichkeit. Demgemäß sind auch ihr die öffentliches Eigentum darstellenden Straßen vom Eigentümer zur Verfügung zu stellen.

D. Nach alledem ist das Resultat: 1. Zur Neulegung von Rohren, die der Versorgung von Außengemeinden mitdienen sollen, ist in jedem einzelnen Falle für Straßen im Eigentum von Stadt und Staat die Benutzungserlaubnis zu erholen. Da Stadt und Staat als Eigentümer öffentlichen Gutes im Zweifel durch die Polizeibehörde vertreten werden, genügt hierzu die Einholung der baupolizeilichen Genehmigung beim Stadt-Baupolizeiamt, bzw. für Staatsstraßen beim Bürgermeisteramt und zwar unmittelbar oder durch Vermittlung des vom Bürgermeister in bestimmten Fällen gutachtlich zu hörenden Kreisbauinspektors. Die Eigentümer- oder Benutzungserlaubnis kann nicht versagt werden.

2. Bei Verwendung des unter öffentlichem Eigentum von Stadt oder Staat schon vorhandenen Rohrnetzes zur Ausfuhr von Gas bedarf es keiner besonderen Erlaubniseinholung im Einzelfalle. Der Art. 1 des Vertrages von 1885 verleiht dem Gaswerk das Recht auf Anschluß Dritter von der Bodenbenutzung nur für die Gasversorgung des Stadtgebietes. Zur Benutzung des Bodens

für Gasversorgung von Außengemeinden kann die Stadt Dritte zulassen. Hieraus folgt: um so mehr muß dieses Recht — und zwar ohne daß es besonderer Verleihung bedürfte — dem zustehen, der verpflichtet ist, bis an die Stadtgrenzen die Gasleitungen zu führen. Die Bedeutung des Art. 1 ist: Nur das Gaswerk Straßburg, kein andrer, darf die Straßen Straßburgs für Versorgung der Stadt Straßburg und ihrer Bewohner mit Gas benutzen. Nicht dagegen besagt Art. 1: Du darfst die im Boden für diesen Zweck gelegten Rohre nur zu diesem Zweck verwenden. In der Verwendung der Rohre zu anderem Zwecke ist das Gaswerk vertragsmäßig nicht gehindert. Kann der Gasgesellschaft die Legung neuer Rohre für jenen anderen Zweck der Außenversorgung nicht versagt werden, so muß ihr um so mehr die Befugnis zustehen, die vorhandenen Leitungen hierzu zu benutzen."

Das Bemerkenswerte sind die Sätze: Es bestehe eine Verpflichtung des Bürgermeisteramts die „Eigentümererlaubnis" zu erteilen und: „die Eigentümer- oder Benutzungserlaubnis kann nicht versagt werden."

Wäre das richtig, so wäre die Gasgesellschaft in der Lage, für die Zeit nach dem 31. XII. 1932 eine erneute Verleihung des Rechts Röhren zu legen, zu unterhalten und Gas hindurch zu leiten von Rechts wegen zu verlangen. Nicht verlangen könnte sie natürlich, daß ihr auch aufs neue die Monopolstellung, die Befreiung von den Verbrauchsabgaben und die anderen Ansprüche aus dem Vertrag von 1905 (betr. Gaspreis usw.) eingeräumt würden. Das wäre aber praktisch ohne Bedeutung. Denn wenn der Gasgesellschaft die weitere Benutzung des ausgedehnten in ihrem Eigentum verbleibenden Röhrennetzes mit allen seinen Zubehörden und damit die Möglichkeit der weiteren Versorgung ihrer Privatabnehmer gestattet werden muß, dann hat sie einen derartigen wirtschaftlichen Vorsprung vor jedem kommunalen oder privaten Konkurrenzunternehmen, daß ein solches überhaupt nicht gegen sie aufkommen kann. Die Stadtgemeinde wäre dem ein-

mal konzessionierten Unternehmen trotz der Befristung des Vertrags dauernd mit gebundenen Händen ausgeliefert.

In Wahrheit sind die Aufstellungen REHMs — zu deren Stütze bezeichnenderweise weder Gesetzesstellen noch Gerichtsurteile noch auch nur irgend eine literarische Aeußerung angeführt sind[66] — gänzlich unhaltbar. Sie sind unhaltbar sowohl in privatrechtlicher wie in öffentlich-rechtlicher Beziehung.

a) Eine Prüfung der Frage vom privatrechtlichen Standpunkt aus ist eigentlich überflüssig, da ja die badische Gemeinde ein Privatrecht an der öffentlichen Straße garnicht einräumen kann. Da indes die Richtigkeit dieses Satzes angezweifelt werden könnte und das Gutachten deshalb auch die Substruktion eines Privatvertrages erörtern muß, so empfiehlt es sich auch die hier zu erörternde Frage sowohl privatrechtlich wie öffentlich-rechtlich zu beleuchten.

In privatrechtlicher Hinsicht ist es völlig abwegig, anzunehmen, daß der Eigentümer unter irgend einem Gesichtspunkte privatrechtlich verpflichtet sein könnte, einem anderen seine Sache zu vermieten oder zu verpachten oder ihm ein dingliches Recht an derselben einzuräumen, es sei denn, daß der andere diesen Rechtsanspruch auf einen unzweifelhaften Satz des objektiven Rechts zu stützen vermag[67].

Einen solchen Satz des objektiven Rechts vermag REHM nicht anzuführen. Das objektive Recht belastet den Eigentümer eines öffentlichen Weges mit der Verpflichtung, den Gemeingebrauch zu dulden. Mit der Verpflichtung, eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Einwirkung auf das Wegegrundstück zu dulden, belastet es ihn grundsätzlich gerade nicht, also auch nicht mit

[66] U. a. könnten Ausführungen des sächs. M. d. I. zur Stütze herangezogen werden, die in dem U. d. sächs. OVG. v. 9. II. 1910 Jahrb. XV S. 179 mitgeteilt sind.

[67] Vgl. BGB. § 903: „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Recht Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und Andere von jeder Einwirkung ausschließen."

der Verpflichtung, sein Straßengelände zur Durchleitung von Gas zur Verfügung zu stellen. Hierzu bedarf es vielmehr der frei versagbaren Eigentümererlaubnis oder einer besonderen als eine Art Enteignung im weiteren Sinne aufzufassenden obrigkeitlichen Verfügung.

Das ist so im ganzen deutschen Verwaltungsrecht und ist speziell im badischen Recht besonders deutlich ausgedrückt. Die §§ 30 und 37 lit. b des Straßengesetzes fassen den Fall ins Auge, daß die Kommunalbehörden einem gemeinnützigen Unternehmen die erforderliche Eigentümererlaubnis und ortspolizeiliche Verleihung in unerwünschter Weise verweigern und ermächtigen für diesen Fall den Bezirksrat, an Stelle der kommunalen Instanzen die im besonderen öffentlichen Interesse erwünschte „Einräumung" auszusprechen.

Auf diesem Wege und nur auf diesem Wege (der aber vorliegendenfalls ausscheidet) vermöchte sich die Gasgesellschaft nach 1932 das Röhrenlegungs- und Durchleitungsrecht gegen den Willen der Gemeinde zu ertrotzen. Auch dabei ist keine Rede von einem Recht der Gasgesellschaft[68]. Das Gesetz sagt ausdrücklich in § 37: Die Staatsverwaltungsbehörde beschließe, „o b die Benützung — — — einzuräumen — — — sei", nicht, d a ß sie einzuräumen sei. Die Behörde beschließt hier nach völlig freiem Ermessen. Selbst dem gemeinnützigsten Unternehmen kann sie sich versagen, sofern es nur nicht aus reiner Willkür geschieht.

Selbstverständlich ist auch gar kein Gedanke daran, daß die Verweigerung der Zustimmung der Gemeinde in einem derartigen Falle sich als eine schikanöse Rechtsausübung darstellen könnte. Man kann dabei ganz absehen von der, wohl zu verneinenden Frage, ob die Einräumung eines dinglichen oder obligatorischen Rechts an einem Grundstück überhaupt erzwungen werden könnte mit der Begründung, daß die Ausübung des Eigentümerrechts in Gestalt der Verweigerung der Einräumung eines verständigen

[68] § 905 BGB. kommt nicht in Betracht.

Zweckes entbehren und rein dolos sein würde[69]. Die Verweigerung der Einräumung hat in einem Falle wie dem vorliegenden immer den verständigen wirtschaftlichen Zweck, der Gemeinde freie Hand zu wahren, damit sie die Versorgung der Einwohner mit Gas oder anderen Beleuchtungsmitteln selbst übernehmen oder einen Unternehmer bevorzugen kann, der ihr aus irgend einem Grunde lieber ist.

Eine zivilrechtliche Klage der Gasgesellschaft auf Zustimmung der Gemeinde zur Verlängerung der Konzessionsdauer würde vom Gerichte als unbegründet verworfen werden.

b) Daß auch in öffentlich-rechtlicher Hinsicht ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Nutzungsverleihung nicht besteht und auch nicht aus der Bestimmung des öffentlichen Wegs für gemeinnützige Zwecke abgeleitet werden kann, ist insoweit, als Oktroyierung des Nutzungsrechts durch den Bezirksrat in Frage steht, schon unter a dargetan. Ebensowenig aber ist die Ortspolizeibehörde als Wegeobrigkeit in ihrem freien Ermessen darüber beschränkt, ob und wann sie eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Inanspruchnahme des öffentlichen Weges gestatten will, sei es durch einfache Gebrauchserlaubnis, sei es unter Verleihung eines subjektiven öffentlichen Nutzungsrechts.

Eine Erörterung dieses Satzes erübrigt sich eigentlich, weil ja, wie oben gezeigt, der Bürgermeister die Verleihung nicht erteilen kann ohne Zustimmung der Gemeinde und auf diese, wie zu a gezeigt, kein Rechtsanspruch besteht. Indes könnte ja dieser Satz (da er nicht ausdrücklich im Gesetz steht) bestritten und behauptet werden, in der Widmung eines Geländes zum öffentlichen Weg liege die Verpflichtung des Eigentümers, nicht nur den Gemeingebrauch zu dulden, sondern sich auch den, über den Gemeingebrauch hinausgehenden „Einräumungen", welche die öffent-

---

[69] BGB. § 226: „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen."

liche Straßenbehörde erteilt hat, allgemein und ohne weiteres zu unterwerfen.

Es muß also doch betont und ausgeführt werden, daß auch die öffentlich-rechtliche Verleihung nach völlig freiem Ermessen erteilt oder versagt werden darf.

Nach einem allgemeinen Grundsatz des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechtes findet allerdings jedes freie Ermessen seine äußerste Grenze darin, daß es nicht in den Dienst unsachlicher Motive (Haß, Rachsucht, Parteipolitik) gestellt werden oder zu grundloser Willkür ausarten darf[70]. Es ist zu handhaben im Dienst der öffentlichen Verwaltung und zur Wahrung der dieser anvertrauten Interessen. Zu diesen Interessen gehört aber auch das wirtschaftliche Gedeihen der öffentlichen Verbände. Wenn eine nach freiem Ermessen zu bescheidende Gebrauchserlaubnis oder Verleihung auch lediglich deshalb abgeschlagen wird, weil das im fiskalischen Interesse des Staates oder der Gemeinde liegt, so ist das doch im „öffentlichen Interesse" (im weiteren Sinn des Begriffes) geschehen und nicht als Ermessensmißbrauch anzusehen[71].

In dieser für das Gebiet der Verleihungen und Gebrauchserlaubnisse des Wasser- und Wegerechts übrigens unbestrittenen Ansicht darf man sich nicht irre machen lassen durch die Tatsache, daß bei der Bescheidung von Gesuchen um echte Polizeierlaubnisse die Grenzen des freien Ermessens enger gezogen sind. Dabei handelt es sich um einen obrigkeitlichen Ausspruch darüber, ob eine Anlage oder Betätigung die an und für sich in der Rechtsmacht des Gesuchsstellers liegt (Bauen auf eigenem Grund, Gewerbebetrieb mit eigenen Sachen und kraft privater Handlungsfreiheit, Autofahren mit privatem Fahrzeug auf öffentlicher Straße

[70] Vgl. Thoma im Verwaltungsarchiv 20 (1912) S. 448 ff. — Friedrichs, Das (preuß.) Polizeigesetz (1911) N. 5 zu § 20.

[71] Ueber den Begriff des öffentlichen Interesses, der besonders der Enteignung „im öffentlichen Interesse" zugrunde liegt, vgl. Layer, Prinzipien des Enteignungsrechts (1902) S. 176 ff. 216 ff. Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung (1913) S. 68 ff.

usf.) polizeilich unbedenklich sei. Die Erlaubnis darf also nur versagt werden aus sog. polizeilichen Motiven, d. h. wenn das Unternehmen bestehenden Gesetzen oder Verordnungen zuwiderläuft oder (in dem Falle der „freien" im Gegensatz zur „gebundenen" Erlaubnis) sonst geeignet ist „die gute Ordnung des Gemeinwesens" zu stören[72].

Nun schließt gewiß jede Gebrauchserlaubnis oder Verleihung des öffentlichen Wegrechts materiell eine Polizeierlaubnis in sich. Denn da die Polizeibehörde über dem geordneten Gemeingebrauch zu wachen und jede Störung von ihm fernzuhalten hat, ist jedes Gesuch um Verleihung oder Gebrauchserlaubnis auch unter echten wegepolizeilichen Gesichtspunkten zu prüfen und zu behandeln. Aber es handelt sich doch immer um mehr, als um eine bloße Polizeierlaubnis. Denn die Rechtsmacht zu dem, um was der Gesuchsteller nachsucht, hat er ja gerade nicht, weil es über den freien Gemeingebrauch hinausgeht. Er wird durch die Verweigerung in seiner bestehenden rechtlichen und natürlichen Freiheit nicht beschränkt, sondern erstrebt eine Erweiterung seiner Rechtsmacht, um die er nur bitten kann. Sie kann ihm deshalb zwar nicht willkürlich, aber aus völlig freiem Ermessen mindestens insolange verweigert werden, als nicht der Wegeunterhaltungspflichtige (und ev. der Wegeeigentümer) aus freien Stücken seine Zustimmung dazu erteilt hat[73], ja sogar dann, wenn dies geschehen ist.

Wohl zu unterscheiden von der Begründung einer Sondernutzung ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen dem Inhaber einer solchen Sondernutzung im Einzelfall die erforderliche polizeiliche Erlaubnis zu Aufgrabungen, Anbringung von Steigleitungen u. dergl. zu erteilen ist. Hier sind natürlich lediglich polizeiliche Gesichtspunkte statthaft. Es darf deshalb die Erlaubnis nur versagt werden aus polizeilichen Gründen der Sicherheit

[72] Vgl. Fleiner, Institutionen S. 377 ff.

[73] Vgl. dazu Pr. OVG., Entsch. 35 S. 27 f.

und Ordnung [74] und wo diese nicht Platz greifen, hat der Nutzungsberechtigte einen Rechtsanspruch auf Erlaubnis der in seinem bestehenden Nutzungsrecht begründeten Eingriffe in den Straßenkörper. Vielleicht hat die Erinnerung an derartige Gerichtsurteile zusammen mit der Erinnerung an solche, welche die willkürliche Verweigerung einer Gebrauchserlaubnis verwerfen oder sich mit der Polizeierlaubnis zu einer im Gemeingebrauch inbegriffenen Straßenbenutzung beschäftigen, ihren Anteil an dem Irrtum, dem REHM verfallen ist.

Das Ergebnis ist: Einen im objektiven Recht begründeten Rechtsanspruch auf Verleihung der Befugnis, Gas durch die städtischen Straßen zu leiten (mit allen daranhängenden zeitweisen Störungen des Gemeingebrauchs und Eingriffen in den Straßenkörper) gibt es nicht [75].

Die Gasgesellschaft kann deshalb auch nicht mit Berufung auf einen solchen Anspruch eine Verlängerung ihrer Konzession bewirken. — Auch jedes öffentlich-rechtliche von der Gasgesellschaft eingeleitete Verfahren auf Verlängerung der Konzession — sei es im Wege der Beschwerde ans Bezirksamt und Ministerium, sei es im Wege eines Antrags gemäß § 37 lit. b des Straßengesetzes oder im Wege der verwaltungsgerichtlichen Klage — würde, wenn die Gemeinde widerspricht und zugleich (wozu sie in der Lage sein wird) dartut, daß und, wie sie selbst (in eigener Regie oder mit Hilfe eines anderen Unternehmers) dem öffentlichen Bedürfnis nach Beleuchtung der Straßen und Privathäuser Genüge leisten werde, zur Verwerfung des Anspruchs, im 3. Fall voraussichtlich zur Abweisung a limine führen.

Die Auffassung, daß niemand ein Recht hat auf Einräumung oder Verlängerung einer nicht im Gemeingebrauch inbegriffenen

---

[74] Vgl. U. d. pr. OVG. v. 26. II. 1896, E. Bd. 29 S. 442 ff.

[75] Vgl. auch EDER, Die Verfassungsmäßigkeit der kantonalen und kommunalen Monopolanstalten auf der Grundlage von Art. 31 der schweizerischen Bundesverfassung. Heidelb. Diss. 1917, S. 36 ff.

Benutzung der öffentlichen Straße, findet ihre Stütze in dem Urteil vom 21. September 1898, in welchem das Reichsgericht[76] die Abwehrklage des Stadt Breslau gegen den Reichsfiskus für begründet erklärt hat, welcher das Recht in Anspruch nahm, die städtische Straße mit Telegraphendrähten zu überspannen.

c) Nachdem nun aber einmal das Gutachten von Prof. REHM vom 5. III. 1905 vorliegt, welches zwischen der Verleihung des alleinigen Rechts der Benützung der Straße zur Gaszuführung und der Verleihung des schlichten Rechts dazu unterscheidet und einen Anspruch auf letztere konstruiert, ist die Annahme nicht von der Hand zu weisen, daß die Gasgesellschaft bei Abschluß des Vertrages mit der Stadt Kehl unterm 20. III. 1905 von der Ansicht ausging, daß der Vertrag ihr auch für die Zeit nach dem 31. XII. 1932 wertvolle Rechte (wenn auch nicht mehr das Recht auf Ausschließlichkeit) verschaffe. Vielleicht hat sie sich gerade im Hinblick darauf in Art. 12 ausdrücklich das dauernde Eigentum an dem Röhrennetze vorbehalten, während es sonst in derartigen Verträgen üblich ist, zu vereinbaren, daß das Röhrennetz nach Ablauf der Konzession in das Eigentum der Stadt übergehe.

Es könnte wohl sein, daß die Gasgesellschaft seinerzeit bona fide den Standpunkt einnimmt, der Endtermin sei von Bedeutung nur für die Einräumung des alleinigen Rechts und derjenigen sonstigen Vertragsklauseln, welche ausdrücklich auf die Vertragsdauer abheben[77], das schlichte Recht dagegen habe ihr die Stadtgemeinde ohne zeitliche Beschränkung eingeräumt, oder müßte ihr doch immer wieder eingeräumt werden.

---

[76] E. Bd. 42 S. 205 ff. Das Urteil hat den Anlaß gegeben zur Erlassung des Reichstelegraphenwegegesetzes v. 18. XII. 1899. — Auch in dem wiederholt erwähnten U. des sächs. OVG. v. 9. II. 1910 wird (Jahrb. XV S. 206 f.) das Recht der Gemeinde betont, „die Grenzen des Gemeingebrauchs überschreitende Durchführung von Wasser- und Gasleitungen nach ihrem freien Ermessen zu gestatten oder zu versagen".

[77] Wie z. B. Art. 10: Befreiung von den Verbrauchsabgaben.

nachdem man das Vorliegen eines privatrechtlichen Mietvertrags annimmt oder verneint.

Die Rechtsfolgen dieser Auslegung wären verschieden, je

α. Nimmt man an, daß ein privatrechtlicher Mietvertrag vorliegt, so wäre die Folge dieser Auslegung für die Stadtgemeinde nur in bescheidenem Maße nachteilig, denn es griffe hier die zwingende Vorschrift des § 567 Satz 1 BGB. Platz:

„Wird ein Mietvertrag für eine längere Zeit als 30 Jahre geschlossen, so kann nach 30 Jahren jeder Teil das Mietsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen."

Die Stadt könnte sich also, da der Vertrag am 1. April 1907 in Kraft getreten ist, durch Kündigung auf 30. Juni 1937 von der Verpflichtung lösen.

β. Wenn dagegen, wie das im badischen Rechte geboten ist, die Gasgesellschaft durch den „Vertrag" im Hauptpunkte (und abgesehen von der Monopolberechtigung, deren Befristung ja außer Frage steht) keine Privatrechtsansprüche erworben hat, so fehlt es an einer gleichartigen hilfreichen Gesetzesbestimmung des öffentlichen Rechts.

Dennoch müßte die Stadtgemeinde keineswegs unter allen Umständen und für alle Zeiten das Leitungsrecht der Gasgesellschaft dulden. Es dürfte ihr nicht schwer fallen nachzuweisen, daß nach Ablauf der Frist öffentliche Interessen einen Widerruf der leichtsinnigerweise unbeschränkt erteilten Verleihung erforderlich machen, und mit dieser Begründung könnte sie beim Bezirksrat den Widerruf gemäß § 37 lit. b Str.Ges. beantragen. Der Bezirksrat hätte dabei den Begriff des „öffentlichen Interesses" unbedenklich im weiteren Sinne zu interpretieren, also unter Einschluß des öffentlichen Interesses an der Prosperität der Gemeindefinanzen.

Allerdings wäre dann die Gemeinde einer zivilrechtlichen Klage auf Entschädigung ausgesetzt (§ 37 lit. b am Ende), deren Ausgang zweifelhaft wäre. Aller Voraussicht nach würden sich

die badischen Gerichte auf den Standpunkt stellen: Ein Privatrecht liegt nicht vor (arg. § 30 Str.Ges., DORNER und WALZ), ein besonderes Gesetz, welches für diese Fälle Entschädigung verheißt, fehlt, also ist diese Entschädigungsklage abzuweisen.

Indes: Die ganze Auslegung, wonach das schlichte Recht der Röhrenlegung und Gasdurchleitung unbefristet zugestanden wäre, steht auf so schwachen Füßen, daß schwerlich irgend eine entscheidende Instanz sie sich zu eigen machen würde!

Für die Auslegung des „Vertrags" kommt es nicht nur darauf an, was vielleicht der Direktor der Gasgesellschaft sich dabei gedacht hat, sondern auch darauf, was der Bürgermeister und der Gemeinderat Kehl sich dabei gedacht haben und was im Wortlaut des „Vertrages" ausgedrückt ist. Der Wortlaut des Art. 1 kann natürlich so gelesen werden, daß das Wort „alleinige" betont wird und so der Anschein entsteht, als handle es sich hier nur darum, ein befristetes Monopol zu begründen. Dann aber muß man fragen: Wo ist denn der Rechtsakt, durch welchen das Recht selbst begründet worden ist, von dessen „alleiniger" Ausübung hier die Rede ist? Und die Antwort kann nur lauten: Entweder ist das schlichte Recht auch in Art. 1 verliehen oder es ist überhaupt nicht nachweisbar[78]. Steckt aber die Verleihung des schlichten Rechts in Art. 1 mit darin, dann steht diese Rechtsverleihung gleichfalls mit unter der Herrschaft der Befristung.

[78] Auch REHM, welcher in seinem Gutachten einen ähnlichen Vertragsartikel dahin auszulegen sucht, daß er nur das alleinige Recht der Gasleitung betreffe, muß zugestehen, daß dann das Recht selbst nicht aus eben diesem Artikel abgeleitet werden könne. Der fragliche Passus lautet: „Art. 1 verleiht nicht das Recht, sondern das ausschließliche Recht, für Zwecke der Beleuchtung des Stadtgebietes Röhren durchzulegen.

Aus der Tatsache, daß das Gaswerk für städtische Gasbeleuchtungszwecke das ausschließliche Benutzungsrecht besitzt, folgt keineswegs, daß ihm für andere Gasbeleuchtungszwecke (für Leitung von Gas nach außen) kein Benutzungsrecht zusteht.

Nur das ist zutreffend: Aus Art. 1 des Vertrages kann es nicht folgen".

Es kommt hinzu, daß der Art. 7 der Gasgesellschaft eine Verpflichtung (der Wasserentnahme aus dem städtischen Werk) auferlegt „während der Vertragsdauer“ und in Art. 10 der Gasgesellschaft die Oktroyfreiheit garantiert wird „während der ganzen Dauer des Vertrages“. Zerfiele der Vertrag wirklich in 2 Bestandteile — eine befristete Monopolverleihung und eine unbefristete Nutzungsverleihung — so wäre in diesen Artikeln angegeben worden, welche „Dauer des Vertrages“ gemeint sei, die des befristeten oder die des unbefristeten Bestandteils. Statt dessen behandeln beide Artikel den „Vertrag“ als ein einheitliches befristetes Ganzes.

Und was die Willensmeinung der Repräsentanten der Stadtgemeinde betrifft, so kann kein Zweifel sein, daß sie nicht entfernt daran gedacht haben, der Stadt eine gänzlich unbefristete Verpflichtung aufzuerlegen. Es handelt sich hier doch nicht um ein außergewöhnliches Vertragsinstrument, sondern um eine ganz typische Vereinbarung, wie sie allenthalben von deutschen Gemeinden, welche auf Gasfabrikation in eigener Regie vorerst verzichten, aber ein Privatunternehmen zulassen wollen, abgeschlossen worden sind und abgeschlossen werden und die allesamt im Ganzen befristet sind derart, daß nach Fristablauf alle Rechte und Pflichten der Gasgesellschaft erlöschen und die Stadt aufs neue freie Hand bekommt.

Bei dieser Sachlage müßte die Gasgesellschaft im Streitfalle beweisen, daß die Einräumung des Art. 1 von seiten der Stadt unbefristet gemeint gewesen sei, obwohl der Wortlaut der einschlägigen Vertragsklauseln (Art. 1, 7, 10) dagegen spricht. Dieser Beweis könnte ihr aber niemals gelingen. Wie sollte er denn überhaupt geführt werden?

Daraus folgt: Wenn und insoweit der „Vertrag“ als Privatrechtsvertrag aufzufassen ist, muß die Gasgesellschaft die Befristung des Ganzen anerkennen oder zugestehen, daß überhaupt keine gleichinhaltliche Willenseinigung zustandegekommen ist. Und

zwar derart, daß allein der Wille der Gemeinde (Gesamtbefristung) als deutlich erklärt gelten kann, nicht dagegen der Wille der Gasgesellschaft (sofern er wirklich auf Erwerbung eines unbefristeten Nutzungsrechts und bloße Befristung der „Alleinigkeit" gegangen sein sollte). Es läge dann ein sog. latenter Dissens vor[79]. Was daraus für juristische Folgerungen zu ziehen wären, kann unerörtert bleiben, denn sie wären auf alle Fälle für die Gasgesellschaft so ungünstig, daß sie im Streitfalle nicht darauf abheben würde.

Wenn und insoweit der „Vertrag" in seinem Hauptpunkte als öffentlich-rechtliche Konzession aufgefaßt wird, liegt die Sache nicht anders. Ein obrigkeitlicher Akt ist, wenn sein Wortlaut einem Zweifel Raum läßt (was in thesi zudem nur sehr gezwungen behauptet werden kann) danach auszulegen, was die Behörde mutmaßlich gewollt hat, d. h. unser Vertrag hat als im Ganzen befristet zu gelten. Dagegen könnte die Gasgesellschaft allerdings äußerstenfalls einwenden, es handle sich hier um einen Verwaltungsakt auf Antrag und Unterwerfung, der nur insoweit fehlerlos zustandekomme, als er das Beantragte konzediere. Sie habe aber etwas anderes beantragt, als ihr nach Absicht und Wortlaut konzediert sei, nämlich unbefristete Nutzung und Befristung nur des Monopols. Mit dieser Behauptung könnte die Gasgesellschaft aber höchstens erreichen, daß das Bürgermeisteramt die ganze Konzession als fehlerhaft zurücknimmt. Das liegt gewiß nicht in ihrem Interesse.

Das Ergebnis dieser Erörterungen ist, daß die Gasgesellschaft vom 1. Januar 1933 an nicht mehr befugt ist, Gas durch das Röhrennetz zu leiten oder gar neue Röhren usf. zu legen und auch keinerlei Rechtsanspruch auf Neu-Verleihung dieser Befugnis hat.

Die einzige Ausnahme von diesem Satze kann in Art. 14 ge-

[79] Vgl. BGB. §§ 139, 155 und v. Thur, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II (1914) S. 483 ff.

funden werden, in dem die Stadt verspricht, der Konzessionsinhaberin „die Befugnis zu erteilen, das Gas auch nach Orten außerhalb seiner (soll heißen: ihrer) Gemarkung zu liefern." Man könnte vielleicht behaupten, diese Befugnis sei unbefristet. Der Frage kommt aber nach Lage der Verhältnisse keine erhebliche praktische Bedeutung zu. Denn aus dem Zusammenhang und aus dem Gebrauch des bestimmten Artikels („das Gas") ergibt sich, daß hier nur das im K.er Gaswerk erzeugte Gas gemeint ist. Ein (nach dem Erlöschen der Konzession praktisch allein noch in Betracht kommendes) Recht, Gas von außerhalb (aus dem Gaswerk Straßburg) durch die Straßen der Gemarkung K. hindurchzuleiten, wird durch deren Vertrag von 1905 überhaupt nicht begründet.

b.

Die Rechtslage des Rohrnetzes mit Zubehör nach Ablauf der Konzessionsdauer.

Die einzige Vertragsklausel, welche über den 31. Dezember 1932 hinaus rechtliche Geltung und praktische Bedeutung behält, ist der Art. 12, in dem sich die Gasgesellschaft das Eigentum an sämtlichen Rohrleitungen und Laternen mit allem Zubehör ausdrücklich vorbehält.

Was ist die Rechtslage dieser Gegenstände nach Ablauf der Konzessionsdauer? Das ist eine Frage, deren Beantwortung von der Lösung der sub a erörterten Fragen gänzlich unabhängig ist. Sie ist überwiegend, indes nicht ausschließlich, privatrechtlicher Natur.

1. (Ist der Eigentumsvorbehalt vereinbar mit BGB. §§93—95?)

Die Gasgesellschaft hat nach Abschluß des Vertrags von 1905 vorhandene, in den städtischen Straßen liegende Gasröhren mit ihrem Zubehör angekauft und seitdem neue Röhrenleitungen, Steigleitungen und Laternen angelegt. Dieses ganze Leitungs- und Beleuchtungsnetz steht in ihrem Privateigentum und ist dazu

bestimmt, dem wirtschaftlichen Zweck des Gaswerkes zu dienen, das auf einem gleichfalls im Eigentum der Gasgesellschaft stehenden Grundstück angelegt ist. Eine Trennung der Gasfabrik von dem Leitungsnetz würde den wirtschaftlichen Wert eines jeden Teiles herabsetzen, keineswegs aber die ökonomische Verwertbarkeit[80] aufheben. Das Leitungsnetz könnte von einer anderen Gaserzeugungsstätte aus gespeist, die Gasfabrik mit einem anderen Leitungsnetz verbunden werden. Das Leitungsnetz ist somit kein „wesentlicher Bestandteil" des Gaswerkes im Sinne des § 93 BGB. und vermag Gegenstand besonderer Rechte zu sein. Wohl aber ist es ein „Zubehör" des Gaswerkes im Sinne des § 97 BGB. Zubehörstücke gelten im Zweifel als mitveräußert, wenn die Hauptsache veräußert wird (BGB. §§ 314, 926), die Parteien können aber — anders als bei den wesentlichen Bestandteilen — Gegenteiliges vereinbaren, insbesondere kann der Eigentümer des Gaswerkgrundstücks das Röhrennetz rechtswirksam verkaufen.

Einer Betrachtung bedarf auch das Verhältnis des Leitungsnetzes mit seinen Zubehörden zu den städtischen Straßengrundstücken.

Man wird nicht zweifeln können, daß das Leitungsnetz mit den Straßengrundstücken „fest verbunden" ist im Sinne des § 94 BGB. und fragen müssen, ob es nicht etwa demnach als „wesentlicher Bestandteil" der Straßengrundstücke zu gelten habe, welche kraft zwingenden Rechts (BGB. § 93) nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können[81]. Von der Beantwortung dieser Frage hängt es ab, ob der die Stadt in ungewöhnlicher Weise benachteiligende[82]

---

[80] Vgl. Riezler in Staudingers Kommentar z. BGB I N. 1 zu § 93, 7./8. Aufl. S. 353. — A. A. in einem Steuerprozeß d. U. d. Reichsger. v. 21. XII. 1896 Bd. 39 S. 204 ff.; s. auch Bd. 48 S. 267 und Fleiner S. 356 N. 51. — S. dagegen pr. OVG. v. 30. Juni 1910 nach der kurzen Mitteilung im pr. Verw.Bl. 34 S. 95; bad. Verwaltgs.GH. U. v. 22. I. 1917 in Zeitschr. f. bad. V. 1917 S. 75.

[81] Vgl. Riezler a. a. O. N. 6 zu § 93.

[82] Regelmäßig wird in derartigen Verträgen ausgesprochen, daß die

Art. 12 des Vertrags, durch welchen sich die Gasgesellschaft das Eigentum am Rohrnetz vorbehält, rechtswirksam ist oder nicht.

Angesichts der wenig glücklichen Bestimmungen des BGB. über diesen Gegenstand und der bei der Auslegung dieser Bestimmungen hervorgetretenen Meinungsverschiedenheiten sind drei Ansichten möglich:

α. Man kann annehmen, daß die Röhren „nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind"; nämlich zu dem Zwecke der Ausnutzung der Konzession, welche eine befristete ist. Dann sind sie gemäß der Ausnahmebestimmung in § 95 Abs. 1 BGB. keine Bestandteile der Straßengrundstücke trotz ihrer festen Verbindung mit diesen.

Diese Ansicht ist vertretbar. Es ist ihr aber entgegenzuhalten, daß der Zweck der Gasversorgung der Stadt (durch wen immer) als ein dauernder zu denken ist und daß in solchen Fällen niemals die Absicht besteht, die Gasröhren im Ganzen wieder herauszunehmen, weil sich das nicht lohnt. Die Röhren sind also trotz der Befristung der Konzession zu einem dauernden Zwecke eingelegt: zunächst um der Ausnützung der erteilten Konzession zu dienen, sodann um der Ausnützung einer künftig erhofften Konzession oder den Zwecken einer anderen Gasunternehmung zu dienen, an die das Röhrennetz verkauft wird.

β. Nimmt man an, die Röhren seien zu einem dauernden Zwecke mit den Straßengrundstücken verbunden, so sind sie nach der Ausnahmebestimmung des § 95 Abs. 1 S. 2 dennoch keine wesentlichen Bestandteile der Straße geworden, wenn die Verbindung erfolgt ist „in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück". Ob im Streitfalle die entscheidenden Behörden diese

---

Leitungen nach Ablauf der Konzessionsdauer in das Eigentum der Stadt übergehen. So z. B. auch in dem Vertrag zwischen der Stadt Straßburg und dem Gaswerk Straßburg. Einen solchen Eigentumsübergang muß man geradezu als verkehrsüblich gewollt unterstellen, wenn ein derartiger Vertrag über den Punkt schweigt. Im vorliegenden Fall hat sich die Stadt nun aber die gegenteilige ausdrückliche Stipulation abgewinnen lassen.

Voraussetzung als vorliegend erachten würden, ist wiederum zweifelhaft.

Allgemein zugegeben ist die Anwendbarkeit des Satzes nur, wenn es sich um ein dingliches Privatrecht handelt. Ein solches kann die Gasgesellschaft nicht geltend machen.

2. Von einer erheblichen Zahl berufenster Autoritäten (z. B. ENDEMANN, COSACK, GIERKE, RIEZLER) wird indes mit Recht aus der ratio legis abgeleitet, daß auch Miet- und Pachtrechte zu den „Rechten an einem fremden Grundstücke" im Sinne des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB. gehören[83]. Wie oben gezeigt wurde, ist die Annahme, die Gasgesellschaft habe ein Mietrecht an den Straßen der Stadt erworben, wenn auch nicht richtig, so doch nicht völlig unmöglich. In dem Falle also, daß die entscheidenden Instanzen diese Annahme zugrunde legen, würden sie aller Wahrscheinlichkeit nach auch das Eigentumsrecht der Gasgesellschaft am Röhrennetz anerkennen.

Legen die entscheidenden Instanzen indes die nach badischem Rechte zutreffendere Ansicht zugrunde, daß die Gasgesellschaft lediglich ein subjektives öffentliches Nutzungsrecht besitzt, kein privates Mietrecht, dann kommt es darauf an, ob man auch ein solches öffentlich-rechtliches Nutzungsrecht als ein „Recht an einem fremden Grundstücke" im Sinn des § 95 ansehen darf[84]. Die meisten Autoren legen sich die Frage garnicht vor. Indes hat HERBERT MEYER[85] gezeigt, daß die Zurückdrängung des in § 94 BGB. aufgestellten Akzessionsprinzips („superficies solo cedit")

---

[83] S. RIEZLER bei Staudinger N. 3 c zu § 95.

[84] Wobei nicht zu verkennen ist, daß das vorliegende öffentlich-rechtliche Nutzungsrecht eine Art von „dinglichem" Charakter hat, insoweit es dem jeweiligen Unternehmer des Gaswerkes zukommt und tatsächlich dem Rechtsnachfolger der 'Union des Gaz' in der Unternehmung unbeanstandet zugestanden wird.

[85] Die rechtliche Natur der nur scheinbaren Bestandteile eines Grundstücks (§ 95 BGB.) in den Festgaben für FELIX DAHN III. Teil, Breslau 1905.

dem Geiste des deutschen Rechts entspricht und GIERKE sagt ausdrücklich[86]: „Nach der ratio legis rechtfertigt sich eine ausdehnende Auslegung. Es muß jedes Recht genügen, das die Befugnis gewährt, ein derartiges Bauwerk auf dem Grundstück zu haben. Daher bedürfen auch z. B. Unternehmer einer Straßenbahn keines dinglichen Rechts an der öffentlichen Straße, um Eigentümer der Schienenanlage zu bleiben." Die Stelle ist für GIERKEs Ansicht allerdings insofern nicht zwingend beweisend, als er sich vermutlich zur Straßenbahnkonzession ein im Zustimmungsvertrag begründetes Mietrecht hinzudenkt[87].

Ob die Praxis diese ausdehnende Interpretation des Begriffs eines Rechtes an einem fremden Grundstück anerkennen würde, ist zweifelhaft.

γ. Falls somit die entscheidende Instanz im Gegensatz zur Auslegung α einen dauernden Zweck der Röhrenlegung annehmen[88] und, im Gegensatz zur Auslegung β, die Ausnahme des § 95 Abs. 1 Satz 2 nur auf dingliche Privatrechte, oder zwar auch sonstige Privatrechte, aber eben nur Privatrechte, nicht auch öffentliche Rechte beziehen würde, hätte sie nicht den § 95, sondern die §§ 93—94 anzuwenden und der Gasgesellschaft das Eigentum am Rohrnetze abzusprechen, indem sie den Art. 12 des Vertrags als nichtig behandelt[89]. —

[86] Sachenrecht S. 47 i. N. 38.

[87] Ausdrücklich lehrt O. MAYER II² S. 192 N. 22 die Selbständigkeit der auf Grund einer öffentlich-rechtlichen Konzession einem fremden Grundstück fest eingefügten Sachen, indes mit einer Begründung, die mit seiner Theorie der Exemtion der öff. Sachen vom Eigentum des bürgerlichen Rechts steht und fällt. Vgl. S. 184 N. 8.

[88] Gerade „Röhrenleitungen" werden häufig als Beispiel für dauernde Anlagen angeführt; z. B. FISCHER-HENLE, Handausgabe d. BGB. N. 3 zu § 94, GIERKE a. a. O. — Vgl. auch BIERMANN in Jherings Jahrb. 34 (1895) S. 275.

[89] Die Gasröhren wären dann aufzufassen als Zubehörstücke des Fabrikgrundstücks, „welche nicht in das Eigentum des Eigentümers des Grundstücks gelangt sind", vgl. BGB. § 1120 — und deshalb von einer Verpfändung des Fabrikgrundstücks nicht ergriffen werden.

Das Ergebnis dieser Erörterung ist, daß die Stadtgemeinde es immerhin wagen kann, zu behaupten, das Röhrennetz stehe trotz des Art. 12 des Vertrags in ihrem Privateigentum. Dringt sie damit durch, so kann die Gasgesellschaft kein Eigentum an den Röhren beanspruchen. Sie könnte dann höchstens versuchen, die Stadt auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu verklagen, die ihr aus dem Eigentumserwerb gemäß § 93, 94 BGB. von dem auf Kosten der Gasgesellschaft geschaffenen Röhrennetze zugewachsen sei. Indes könnte die Stadt sich diesem Anspruch einfach dadurch entziehen, daß sie auf jede Benützung des Röhrennetzes verzichtet und der Gasgesellschaft dessen Herausnahme freistellt. Dadurch würde eine Verhandlungsbasis geschaffen werden, welche die Gasgesellschaft nötigen würde, sich mit einer verhältnismäßig geringen Geldentschädigung für die ungerechtfertigte Bereicherung zu begnügen.

So wäre die Lage, wenn die entscheidenden Gerichte das Rohrnetz als „wesentlichen Bestandteil" der Straßengrundstücke behandeln.

Die Stadt muß sich indes darauf gefaßt machen, daß sie diese Position verliert und das Eigentum der Gasgesellschaft von den hier auf alle Fälle zuständigen ordentlichen Gerichten anerkannt wird.

Es ist demnach zu prüfen, welche Rechtsfolgen das haben würde.

3. (Bejahendenfalls: Welche Ansprüche kann die Gasgesellschaft auf Grund ihres Eigentumsrechts erheben? Welche die Stadtgemeinde wegen Ablaufs der Konzession?).

Sofern man die Gasgesellschaft als Eigentümerin des Rohrnetzes und seines Zubehörs anerkennt, erwächst ihr nach Ablauf der Konzession zunächst die privatrechtliche Befugnis, die Laternen und die Röhren wegzunehmen. Was die Laternen betrifft, so lohnt sich das. Sie wird sie also nur stehen lassen, wenn die Stadt oder ein Dritter sie ihr zu einem ihr genügenden Preise

abkauft. Die Röhren aus der Straße zu nehmen, würde sich dagegen voraussichtlich nicht lohnen. Die Kosten der Aufgrabung, der Wiederherstellung der Straßendecke, des Abtransportes würden den Wert des dadurch gewonnenen Altmaterials weit übersteigen. Die Gasgesellschaft würde also, wenn ihr die Konzession nicht verlängert wird, bestrebt sein, das Röhrennetz an die Stadtgemeinde oder deren neuen Konzessionär zu verkaufen. Zwingen zum Ankauf kann sie die Stadtgemeinde aber nicht; auch nicht unter Berufung auf § 226 BGB., denn Ablehnung einer Verkaufsofferte ist nicht „Ausübung eines Rechts“ und deshalb immer statthaft, selbst wenn sie dem Verkaufslustigen unwirtschaftlich und schikanös erscheint. Mißlingt der Gesellschaft der Verkauf, so wird sie die Röhren liegen lassen und das Eigentum schließlich verlieren[90], sei es durch Verzicht, sei es durch allmählichen Untergang der Sache infolge Verrostens. Keineswegs kann sie aus dem Eigentum das Recht folgern, auch fernerhin Gas durch die Röhren zu leiten, denn dieses Recht ist eben befristet. Auch ein Grunddienstbarkeitsberechtigter könnte daraus, daß die ihm gehörige Wasserleitung noch besteht, nicht das Recht ableiten, auch noch nach Erlöschen der Grunddienstbarkeit Wasser über das fremde Grundstück zu leiten.

Ueberhaupt das ganze Recht, Gasröhren in den städtischen Grundstücken „zu unterhalten“, ist durch den Art. 1 des „Vertrags“ befristet und erlischt mit dem 31. Dezember 1932. Das führt nun zu der Frage, was für Ansprüche die Stadtgemeinde ihrerseits gegen die Gasgesellschaft geltend machen kann.

Dem Jus tollendi der Gasgesellschaft entspricht an und für sich das Recht der Stadtgemeinde, ihrerseits die Wegnahme zu fordern. Da indes kein verständiger wirtschaftlicher Zweck ersichtlich ist, aus dem heraus die Wegnahme gefordert werden könnte, so wäre dieses Recht nicht ohne Schikane (BGB. § 226)

[90] Gierke, Sachenrecht S. 523 f. — Vgl. auch BGB. §§ 193, 194 (Verjährung).

ausübbar. Es kommt hinzu, daß die Wegnahme infolge der Aufgrabungen den Gemeingebrauch stören würde.

Zur Gasleitung benutzen könnte die Stadtgemeinde die Röhren natürlich auch ihrerseits nicht, es sei denn, daß es ihr die Gasgesellschaft erlaubt oder ihr das Röhrennetz verkauft. Wiederum aber kann die Gasgesellschaft zu diesem Verkauf nicht gezwungen werden.

Praktisch wird die Sache also darauf herauslaufen, daß die Gasgesellschaft einen Verkauf, die Stadtgemeinde einen Ankauf des Röhrennetzes wünschen muß. Der Art. 12 des Vertrags hat also, sofern er als rechtsgültig erachtet wird, für die Stadt die nachteilige Folge, daß sie nach Ablauf der Konzession für den Ankauf des Röhrennetzes eine gewisse Geldaufwendung wird machen müssen, es sei denn, daß sie von jeglicher Gasversorgung der Gemeinde absehen will.

Angesichts dieser rechtlichen und wirtschaftlichen Tatsachen braucht nicht ausführlich darauf eingegangen zu werden, ob und welche Modifikationen das entwickelte Rechtsverhältnis dadurch etwa erfährt, daß die Grundstücke, in denen die Röhren liegen, öffentliche Straßen sind; daß die Straßenbeleuchtung im öffentlichen Interesse keine Unterbrechung erleiden darf und daß die gesamte Gasversorgung sich als eine Art gemeinnütziger öffentlicher Anstalt darstellt.

Selbstverständlich müßte die Gasgesellschaft, wenn sie trotz der Unwirtschaftlichkeit dieses Beginnens ihr Jus tollendi geltend machen wollte, zu jeder Einzelaufgrabung die Genehmigung der Ortspolizeibehörde einholen und sich damit abfinden, daß ihr diese aus Gründen des öffentlichen Verkehrs immer nur streckenweise und mit Unterbrechungen erteilt werden könnte. Und selbstverständlich ist es eine Pflicht (eine sog. Selbstverwaltungslast) der Gemeinde, schon vor Ablauf der Konzession irgendwie dafür zu sorgen, daß die öffentliche Straßenbeleuchtung keine Unterbrechung erfährt[91].

[91] Vgl. Straßenges. § 25 Abs. 2.

Zusammenfassung.

Damit sind, soweit sich das beim gegenwärtigen Stand der Sache übersehen läßt, alle Rechtsbeziehungen erörtert, die sich aus dem Abschluß des „Vertrags“ vom Jahre 1905 (für sich allein genommen) ergeben, und kann das Resultat der bisherigen Erörterungen zusammengefaßt werden.

1. Der sog. „Vertrag“ ist eine öffentlich-rechtliche Konzession. Auch durch die Vereinbarung zwischen Stadtgemeinde und Gasgesellschaft hat die letztere keine privatrechtlichen Ansprüche hinsichtlich der öffentlichen Straßen erworben. Demnach sind auch die Verpflichtungen der Gasgesellschaft lediglich als öffentlich-rechtliche „Bedingungen“ der Konzession aufzufassen.

a) Bis zum Erlöschen der Konzession muß die Stadtgemeinde der Gasgesellschaft die Versorgung der Stadt mit Gas in bisheriger Weise gestatten. Aeußerstenfalls könnte aus besonderen Gründen, die indes nicht vorzuliegen scheinen, eine Untersagung gemäß § 51 GewO. gegen volle Entschädigung in Geld herbeigeführt werden. Das würde alle Rechte der Gasgesellschaft zum Erlöschen bringen, denn nach Art. 13 des Vertrages darf die Gasgesellschaft nur das auf dem gegenwärtig benutzten Grundstück erzeugte Gas durch die städtischen Straßen leiten.

Würde die Stadtgemeinde ihre auf privatrechtlicher Zusage beruhende Verpflichtung, der Gasgesellschaft das alleinige Recht der Gasversorgung zu überlassen, verletzen, so könnte die Gasgesellschaft hiergegen die Hilfe der ordentlichen Gerichte anrufen.

Im übrigen aber sind die ordentlichen Gerichte unzuständig zur Entscheidung von Streitigkeiten über die beiderseitigen aus dem „Vertrag“ folgenden Rechte und Pflichten.

Insbesondere kann die Stadtgemeinde jedem Versuch der Gasgesellschaft, die Gasfabrik abzubauen, um demnächst das für K. benötigte Gas von außerhalb zu liefern, in der Weise ent-

gegentreten, daß die Ortspolizeibehörde entsprechende polizeiliche Gebote und Verbote erläßt, gegen welche lediglich Beschwerde und weitere Beschwerde oder verwaltungsgerichtliche Klage zulässig wären. Gegen hartnäckige Verletzung der Konzessionsbedingungen könnte die Gemeinde in der Weise vorgehen, daß sie ein Verfahren auf Konzessionsentziehung gemäß § 37 Straßenges. in Gang bringt.

Allen Versuchen der Gasgesellschaft, Feststellungs- oder Leistungsklagen bei den ordentlichen Gerichten anzustrengen, könnte die Stadtgemeinde die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges entgegensetzen.

b) Nach dem 31. Dezember 1932 hat die Stadtgemeinde vor allem das Recht, der Gasgesellschaft jede weitere Röhrenlegung und jedes weitere Durchleiten von Gas zu verbieten und dieses Verbot durch die Ortspolizeibehörde mittels polizeilicher Verfügungen und Zwangsmaßregeln durchsetzen zu lassen.

Hiergegen hat die Gasgesellschaft lediglich den Rechtsbehelf der Verwaltungsbeschwerde. Einem Versuch der Klage vor den ordentlichen Gerichten würde die Stadtgemeinde insoweit, als die Klage sich auf den Inhalt des „Vertrags“ von 1905 oder auf ein angebliches Recht auf Konzessionsverlängerung beruft, die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs, insoweit als sie das Bestehen eines Privatrechtsanspruchs anderen Ursprungs behauptet, die Einrede der Unbegründetheit dieses Anspruchs mit Erfolg entgegensetzen.

Im übrigen wird die Stadtgemeinde, ev. schon vor dem 31. Dezember 1932 die Behauptung aufstellen und nötigenfalls zum Gegenstand einer Feststellungsklage machen können, daß sie im Hinblick auf den zwingenden Charakter des § 93 BGB. trotz des Art. 12 des Vertrags Eigentümerin der Gasröhren (als wesentlicher Bestandteile der Straßengrundstücke) sei. Dringt die Stadt mit dieser Behauptung (deren Richtigkeit der Gutachter lediglich durch Zeugnisse aus Literatur und Judikatur, nicht aber aus

eigener Ueberzeugung plausibel machen konnte) nicht durch, oder verzichtet sie auf ihre Geltendmachung[92], so wird sie bestrebt sein müssen, den Verkauf der Röhren und Laternen durch die Gasgesellschaft zustandezubringen. Mißlingt das, so bleibt der Gasgesellschaft das Jus tollendi, das sie vermutlich an den Laternen und vielleicht den Steigleitungen ausüben wird, schwerlich aber an den Röhren, die dann unbenutzt liegen bleiben würden.

2. In den bisherigen Ausführungen ist schon immer mit der Möglichkeit gerechnet worden, daß die zur Entscheidung etwa angerufenen Instanzen trotz des Wortlautes des § 30 StrGes. aus irgend einem Grunde dennoch den Bestand eines privatrechtlichen Vertrags zwischen Stadtgemeinde und Gasgesellschaft unterstellen könnten; sei es so, daß die Zustimmungsvereinbarung schlechthin als privatrechtlich angesehen, sei es daß ihr ein Doppelcharakter beigelegt wird. In diesem Falle wäre für Streitigkeiten die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegeben, die materiellen Entscheidungen dagegen könnten, wie in den vorausgehenden Erörterungen jeweils gezeigt ist, auch nicht anders ausfallen. Insbesondere würde auch die privatrechtliche Deutung nicht dazu führen, daß die Gasgesellschaft nach dem 31. Dezember 1932 irgend ein Recht auf Benutzung der Röhren zur Gasdurchleitung geltend machen könnte.

---

[92] Ein ethischer Grund zu einem solchen Verzicht liegt übrigens nicht vor. Unzweifelhaft hat die Gasgesellschaft nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen von Anfang an so kalkuliert, daß sie den Wert der in den Boden versenkten Gasröhren völlig „abgeschrieben“ hat.