

**FORSCHUNGSINSTITUT
FÜR ÖFFENTLICHE VERWALTUNG**
BEI DER HOCHSCHULE
FÜR VERWALTUNGSWISSENSCHAFTEN SPEYER

Willi Blümel (Hrsg.)

PLANUNGSRECHTLICHE OPTIMIERUNGSGEBOTE
– NATURSCHUTZRECHTLICHE EINGRIFFS-
REGELUNG – FOLGEKOSTEN

SPEYERER **157**
FORSCHUNGSBERICHTE

ISSN 0179-2326

Willi Blümel (Hrsg.)

Planungsrechtliche Optimierungsgebote – Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung – Folgekosten

Speyerer Forschungsberichte 157

Willi Blümel (Hrsg.)

**PLANUNGSRECHTLICHE OPTIMIERUNGS-
GEBOTE – NATURSCHUTZRECHTLICHE
EINGRIFFSREGELUNG – FOLGEKOSTEN**

Vorträge des Forschungsseminars

am 23./24. Oktober 1995

in Verbindung mit dem Arbeitsausschuß "Straßenrecht"
der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen

**FORSCHUNGSINSTITUT FÜR ÖFFENTLICHE VERWALTUNG
BEI DER HOCHSCHULE FÜR VERWALTUNGSWISSENSCHAFTEN SPEYER**

1996

Druck und Verlag:

FORSCHUNGSINSTITUT FÜR ÖFFENTLICHE VERWALTUNG

bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer

Alle Rechte vorbehalten

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort des Seminarleiters und Herausgebers

Universitätsprofessor Dr. <i>Willi Blümel</i> , Geschäftsführender Direktor des Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer	VII
---	-----

Planungsrechtliche Optimierungsgebote

Universitätsprofessor Dr. <i>Richard Bartlsperger</i> , Universität Erlangen	1
---	---

Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung

<i>Ulrich Kuschnerus</i> , Richter am Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Münster	39
--	----

Folgekosten bei Versorgungsleitungen

Universitätsprofessor Dr. <i>Michael Ronellenfitsch</i> , Universität Tübingen	67
---	----

Leitender Regierungsdirektor <i>Friedrich Schlosser</i> , Hessisches Landesamt für Straßenbau, Wiesbaden	135
---	-----

Verzeichnis der Teilnehmer	151
---	-----

Seminarprogramm	157
------------------------------	-----

VORWORT

Der vorliegende Band der Speyerer Forschungsberichte enthält die Referate, die während des von mir geleiteten 12. Forschungsseminars des Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer und des Arbeitsausschusses "Straßenrecht" der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen am 23./24. Oktober 1995 in Speyer gehalten wurden.¹ Im Rahmen dieser Veranstaltung traf sich der Arbeitsausschuß zu seiner 40. Arbeitssitzung.²

Anhand von vier Referaten diskutierten Straßenbaujuristen aus Bund und Ländern sowie Hochschullehrer, Richter, Rechtsanwälte und Vertreter von Verbänden³ über aktuelle Entwicklungen des Fachplanungsrechts. Die Inhalte der Beiträge und die Ergebnisse der Aussprache sind im ausführlichen Tagungsbericht von Rechtsanwalt und Notar Dr. *Bernhard Stüer*⁴ zusammengefaßt.

-
- 1 Über die vorangegangenen elf Forschungsseminare vgl. die Speyerer Forschungsberichte 23, 42, 49, 55, 65, 75, 85, 95, 105 und 115 sowie den Tagungsbericht von *Thomas Ammelburger*, *Zentrale Probleme des Straßenrechts*, NVwZ 1995, S. 873/874. Siehe außerdem die Dokumentation in: *Blümel* (Hrsg.), *Abweichungen von der Planfeststellung*, Speyerer Forschungsberichte 85, 1990, S. 1 f., und den Tagungsband zur Verwaltungswissenschaftlichen Arbeitstagung vom 25.-27.10.1993: *Willi Blümel* (Hrsg.), *Verkehrswegerecht im Wandel*, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 115, Berlin 1994.
 - 2 Die Gründungssitzung fand am 2.5.1958 im Gästehaus der Landesregierung Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf statt.
 - 3 Vgl. das Teilnehmerverzeichnis unten S. 151-156.
 - 4 DVBl. 1995, S. 1345-1349.

VIII

Am ersten Tag setzte sich Univ.-Prof. Dr. *Richard Bartlsperger*, Erlangen, mit den planungsrechtlichen Optimierungsgeboten auseinander.⁵ Dieses Thema war gerade in jüngster Zeit verstärkt Gegenstand wissenschaftlicher Kontroversen.⁶ Im Anschluß daran referierte Richter am Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen *Ulrich Kuschnerus*, Münster, über theoretische und praktische Probleme bei der Anwendung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung im Rahmen der straßenrechtlichen Fachplanung.⁷

Am zweiten Tag beleuchtete Univ.-Prof. Dr. *Michael Ronellenfitsch*, Tübingen, die Folgekosten bei Versorgungsleitungen.⁸ Zum Abschluß griff Leitender Regierungsdirektor *Friedrich Schlosser*, Hessisches Landesamt für Straßenbau, Wiesbaden, einen speziellen Aspekt aus dem von *Ronellenfitsch* behandelten Thema heraus. Er nahm sich der Frage an, welche Auswirkungen das Grundbuchbereinigungsgesetz auf die Pflicht zur Tragung der Herstellungskosten bei der Schaffung neuer Berührungspunkte zwischen Versorgungsleitungen und öffentlichen Straßen in den neuen Bundesländern hat.⁹

Mein Dank gebührt den Referenten sowie allen Diskussionsteilnehmern, die durch ihre Thesen und Wortbeiträge zum Gelingen des Forschungsseminars beigetragen haben. Bedanken möchte ich mich ferner bei meinem Assistenten Assessor *Martin Pfeil*, der die redaktionellen Betreuung dieses Forschungsberichts übernommen hat. Mein weiterer Dank gilt meinen Sekretärinnen *Erika Kögel* und *Elsie Medl* sowie den Mitarbeitern

5 Vgl. unten S. 1-38. Dieses Referat ist außerdem abgedruckt in: DVBl. 1996, Heft 1, S. 1-12.

6 Vgl. *Werner Hoppe*, in: Werner Hoppe/Susan Grotefels, Öffentliches Baurecht, München 1995, § 7, Rdnr. 32, S. 243 m.w.N. in Fn. 134; *ders.*, Die Bedeutung von Optimierungsgeboten im Planungsrecht, DVBl. 1992, S. 835 ff.; *Bernhard Stürer*, Abwägung im Recht – Symposium und Abschiedsvorlesung aus Anlaß der Emeritierung von Professor Dr. W. Hoppe –, DVBl. 1995, S. 912 ff.

7 Vgl. unten S. 39-66; das Referat ist in NVwZ 1996, Heft 3, S. 235-241, abgedruckt.

8 Vgl. unten S. 67-134.

9 Vgl. unten S. 135-149.

des Fortbildungs- und Tagungssekretariats der Hochschule Speyer für ihre tatkräftige Unterstützung. Um die schnelle Erstellung dieses Forschungsberichts haben sich Frau *Elisabeth Lerchenmüller* und Frau *Ursula Jungkind* verdient gemacht.

Speyer, im Februar 1996

Willi Blümel

"PLANUNGSRECHTLICHE OPTIMIERUNGS- GEBOTE"

Von Univ.-Prof. Dr. *Richard Bartlsperger*

Das Planungsrecht in den Bereichen von Bauleitplanung und Planfeststellungen erlebt eine Krise und zeigt Auflösungserscheinungen in seinen Entscheidungs-, Norm- und Kontrollstrukturen. Zwei Vorgänge begründen eine solche Beurteilung.

1. KRISE UND AUFLÖSUNGERSCHEINUNGEN DES PLANUNGSRECHTS

1.1 Die überkommene richterrechtliche Ausgestaltung des Planungsrechts¹, die mit einem legendären Wort im Rufe einer "der großen Leistungen des Richterrechts" steht², droht zum einen durch gesetzliche Regelungen und begleitende Vorschläge des planungsrechtlichen Schrifttums

1 Repräsentativ und im wesentlichen bestimmend geblieben BVerwG, Urt. vom 30.4.1969, DVBl. 1969, 697 ff.; vom 12.12.1969, BVerwGE 34, 301 ff.; vom 5.7.1974, BVerwGE 45, 309 ff.; vom 14.2.1975, BVerwGE 48, 56 ff. und vom 7.7.1978, BVerwGE 56, 110 ff.; dazu im Schrifttum *Schulze-Fielitz*, Jura 1992, 201 ff.; *Steinberg*, Fachplanung, 2. Aufl. 1993, S. 169 ff. und *Hoppe*, in: Hoppe/Grotefels, Öffentliches Baurecht, 1995, § 7 Rn. 8. Zusammenstellung der fachplanungsrechtlichen Entscheidungen des BVerwG bei *Kühling*, Fachplanungsrecht, 1988, S. XII ff.

2 *Redeker*, Entwicklungen und Probleme verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, in: Achterberg/Krawietz/Wyduckel (Hrsg.), Recht und Staat im sozialen Wandel, Festschrift Scupin, 1983, S. 861/874.

zu einer sogenannten "Planerhaltung" eine wesentliche Grundlage ihres Konzepts von Rechtmäßigkeit und Rechtskontrolle der Bauleitplanung und Planfeststellungen zu verlieren. Die betreffende legislative Gegenbewegung gegen eine umfassende Rechtskontrolle und gegen uneingeschränkte Fehlerfolgen planerischer Abwägung hat begonnen mit Vorschriften des Bauplanungsrechts zu einer "Bestandskraft" sowie zu einer Begrenzung der Fehlerfolgen von Bauleitplänen³. Sie hat sich fortgesetzt mit weiteren Bestimmungen der jüngeren Planungsvereinfachungsgesetzgebung zu gleichen Fehlerfolgenregelungen unter Einschluß des Planfeststellungsrechts und besonderer Heilungsvorschriften für Planfeststellungen durch eine fehlerbereinigende Ergänzung⁴. Ein darin erkannter und so bezeichneter "Grundsatz der Planerhaltung" scheint zunächst eher nur als eine rechtstheoretische Analyse beabsichtigt sowie als Appell an eine gewisse Grundhaltung bei der Planung und ihrer Rechtskontrolle gemeint gewesen zu sein⁵. Zwischenzeitlich hat der angebliche Grundsatz aber eine bemerkenswerte publizistische Karriere zu einem rechtsdogmatischen, also eine unmittelbare positivrechtliche Geltung beanspruchenden Grundsatz gemacht⁶. Danach soll jedenfalls bei Bebauungsplänen die aus der Rechtsatzform dieses Planungsrechtsaktes resultierende Nichtigkeitsfolge eines Abwägungsfehlers generell unter dem Vorbehalt einer Abwägung mit "Bestandsinteressen" der Bauleitplanung stehen. Bei der Rechtskontrolle von Bebauungsplänen soll also eine "planungsrechtliche" Abwägung mit den Anforderungen und Fehlerfolgen des planungsrechtlichen Abwägungsgebots stattfinden oder mit anderen Worten soll sich ein Bebauungsplan ge-

3 §§ 214 f. BauGB, § 9 BauGBMaßnG.

4 17 Abs. 6c FStrG, § 19 Abs. 4 WaStrG, § 10 Abs. 8 LuftVG, § 29 Abs. 8 PBefG, § 20 Abs. 7 AEG.

5 *Sendler*, Neue Entwicklungen zu Rechtsschutz und gerichtlicher Kontrolldichte im Planfeststellungsrecht, in: *Kormann*, Aktuelle Fragen der Planfeststellung, UPR-Spezial, Bd. 7, 1994, S. 9/24 ff.

6 *Hoppe*, Erste Überlegungen zu einem "Grundsatz der Planerhaltung", in: *Berke-
mann u.a.* (Hrsg.), *Planung und Plankontrolle*, Festschrift Schlichter, 1995,
S. 87 ff.

gebenenfalls gleichsam selbst am "Schopfe" packen und aus dem "Sumpf" eines Abwägungsfehlers ziehen können⁷.

1.2 Im übrigen hat die revisionsgerichtliche Judikatur zum Planungsrecht, die erst kürzlich wieder als ein "besonders fruchtbares Feld richterlicher Rechtsgestaltung" Anerkennung gefunden hat⁸, selbst eine Auflösung des Planungsrechts angestoßen, indem sie den zentralen und von ihr maßgeblich ausgebildeten Handlungs- und Kontrollmaßstab des planungsrechtlichen Abwägungsgebots einer diesem diametral entgegengesetzten Normstruktur öffnen zu können glaubt. Danach sollen die eine Bauleitplanung oder eine Planfeststellung dirigierenden gesetzlichen Zwecksetzungen, sei es fachgesetzlich "interner" oder "externer" Art, als "planungs-

7 Offenbar soll auf diese Weise das planungsrechtliche Abwägungsgebot durch eine übergeordnete planungsrechtliche Kontrollnorm ergänzt werden, welche die planungsrechtliche Abwägung als Handlungs- und Kontrollnorm selbst nochmals abwägungsabhängig machen soll. Wenn diese Konsequenz mit der Begründung gezeugnet bzw. abgemildert werden sollte, ein derartiger "Grundsatz der Planerhaltung" sei nur ein "Grundsatz" bzw. ein "Prinzip" im Sinne einer entsprechenden Normbegründungstheorie, aber noch keine "positivrechtlich geltende" Norm, so liegt hierin ein grundlegendes Mißverständnis der betreffenden und gemeinten strukturellen Normbegründungstheorien; denn diese kennen jene Unterscheidung nicht mehr, vielmehr immer nur eine Normbegründung im Wege der Abwägung von "Grundsätzen" bzw. "Prinzipien". Zu der insofern wohl vor allem gemeinten Normbegründungstheorie, wonach "geltendes" Recht erst aus einer Abwägung von Rechtsprinzipien entstehen soll, siehe *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 71 ff., 75 f., 79 ff. und 136 ff.; *ders.*, Begriff und Geltung des Rechts, 1992, S. 119 ff. und 123 ff.; *ders.*, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl. 1991, S. 319 und 225 sowie *ders.*, Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 177, 182 f., 213 und 216; ferner in dem Zusammenhang schon *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1974. Siehe auch bei *Krielle*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 167 ff. und 178 ff.; *ders.*, Recht und praktische Vernunft, 1979, S. 167 ff. sowie *Dreier*, Zum Begriff der "Natur der Sache", 1965, S. 55 f.; *ders.*, NJW 1986, 890/895; *Jakobs*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1985, S. 46 ff. und *Dechsling*, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip, 1989, S. 150 f.

8 *Schmidt-Aßmann*, Planung als administrative Handlungsform und Rechtsinstitut, in: Berkemann u.a. (Hrsg.), Planung und Plankontrolle, Festschrift Schlichter, 1995, S. 3.

rechtliche Optimierungsgebote" mit der spezifischen Normbedeutung ausgelegt und angewendet werden können, daß sie die planerische Abwägung mittels einer Gewichtungsvorgabe oder einer Vorrangbestimmung, jedenfalls mit einer wie auch immer genauer zu definierenden Regelhaftigkeit steuern⁹.

Zu dieser neuerlichen "Schöpfung" der Planungsrechtsprechung ist von vorneherein klarzustellen und festzuhalten, daß die sprachliche Verwendung der Begriffe einer "Optimierung" und eines "Optimierungsgebotes" im Zusammenhang mit dem planungsrechtlichen Abwägungsgebot durchaus zutreffend ist. Die Begriffe der "Optimierung" und des "Optimierungsgebotes" sind sowohl außerhalb der Jurisprudenz wie auch sonst innerhalb der Rechtswissenschaft eingeführt und üblich¹⁰. Aber sie wer-

9 BVerwG, Urt. vom 22.3.1985, BVerwGE 71, 163/165 f. sowie ohne weitere bzw. ohne darüber hinausgehende Begründung BVerwG, Urt. vom 4.5.1988, NVwZ 1989, 151/152; BVerwG, B. vom 21.8.1990, DVBl. 1990, 1185 (LS) = NVwZ 1991, 69/70 und vom 20.8.1992, DVBl. 1992, 1438/1439.

Aus dem Schrifttum zustimmend und zum Teil präzisierend *Hoppe*, DVBl. 1992, 853 ff.; *ders.*, DVBl. 1993, 573/575 f.; *ders.*, DVBl. 1994, 1033/1040; *ders.*, UPR 1995, 201/202 f. und *ders.*, in: *Hoppe/Grotefels* (Fn. 1), § 7 Rn. 32 ff. sowie *Ibler*, Die Schranken politischer Gestaltungsfreiheit im Planungsrecht, 1988, S. 253; *Funke*, DVBl. 1987, 511/514 ff.; *Blumenberg*, DVBl. 1987, 86/92 ff.; *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, § 1 Rn. 208; kritisch zur einschlägigen Rechtsprechung *Steinberg*, NVwZ 1986, 812/814 f.; *Tsevas*, Die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bei der materiellrechtlichen Nachprüfung des Planfeststellungsbeschlusses für raumbeanspruchende Großprojekte, 1992, S. 150 ff. und *Berkemann*, Horizonte rechtsstaatlicher Planung, in: *Berkemann u.a.* (Hrsg.), Planung und Plankontrolle, Festschrift Schlichter, 1995, S. 27/44 ff., wenngleich letzterer die betreffende angebliche Gesetzgebung hierzu als "an sich begrüßenswert" bezeichnet. Ausschließlich rezeptiv ohne jede Begründung *Schmidt-Åßmann* (Fn. 8), S. 3/12.

10 Für die allgemeine Theorie praktischer Vernunft als Theorie der "optimalen Entscheidung" im und für den konkreten Fall *Gosepath*, Aufgeklärtes Eigeninteresse – Eine Theorie theoretischer und praktischer Rationalität, 1992, S. 117 Fn. 24, S. 178 (jeweils m. Nachw.), 220 f. und 250 ff., insb. 263 und 273 Fn. 67. Für die Jurisprudenz *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 79 f., 81 f., 86, 140 und *ders.*, Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 177, 204 f., 213 und 216 sowie *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 99; v. *Arnim*, Staatslehre

den in einem gänzlich anderen Sinne gebraucht, als dies nummehr von der angesprochenen neuen Planungsrechtsprechung geschieht. "Optimierung" bedeutet üblicherweise das Verfahren zweckrationaler Entscheidungsfindung bzw. Normbegründung im Wege konkreter Abwägung von abstrakt gleichrangigen Zwecken bzw. rechtlichen Zwecksetzungen; sie ist das Synonym für "Abwägung" im und für den konkreten Fall und fungiert als das gerade Gegenteil jeder absoluten oder auch nur relativen Regelhaftigkeit und Normrationalität einer Entscheidung¹¹. Dementsprechend dient der außerhalb der Jurisprudenz und sonst innerhalb der Rechtswissenschaft übliche Begriff eines "Optimierungsgebotes" zur Bezeichnung von Zwecken bzw. rechtlichen Zwecksetzungen, "Grundsätzen" oder "Prinzipien", die ohne jeden Geltungsanspruch abstrakter Regelhaftigkeit und ohne jede, auch nur relative, deduktive Subsumtionsfähigkeit auf eine Verwirklichung nach Maßgabe der Voraussetzungen des konkreten Falles gerichtet sind und gegebenenfalls bei einem Konflikt von Zwecken bzw. rechtlichen Zwecksetzungen eine Abwägung im und für den konkreten Fall verlangen, die also unter Verzicht auf die Maximierung eines Zweckes und die Minimierung eines anderen einen "optimalen" Ausgleich offenhalten und damit "praktische Konkordanz" ermöglichen¹². "Optimie-

der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 212 ff., *Ress*, in: Kutscher u.a., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, 1985, S. 5/31; *Dechsling* (Fn. 7), S. 57 ff. und *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, 6. Aufl. 1994, § 17 b.

- 11 Zur Unterscheidung von Zweckrationalität und Normrationalität sowie zu der entsprechenden juristischen Unterscheidung von "Regeln" (Normrationalität) und "Prinzipien" (Zweckrationalität) *Gosepath*, a.a.O., S. 33 ff., 212 f., 284 f., 304 f. sowie *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl. 1991, S. 34, 38, 263 f., 349 ff.; *ders.*, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, S. 165, 173 f.; *Kriele*, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. 1976, S. 191 ff.; *Herberger/Koch*, *JuS* 1978, 810 ff. und *Albert*, *Kritik der reinen Hermeneutik*, 1994, S. 179 f; ferner zur darauf beruhenden Unterscheidung zwischen "offenen" und "geschlossenen" Normen *Jakobs*, *DVBl.* 1985, 97/101.
- 12 Im Zusammenhang der Grundrechts- bzw. Verfassungsauslegung, aber mit grundsätzlicher Bedeutung *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 18. Aufl. 1991, Rn. 72 (m. Nachw.) und 317 ff.; aus der verfas-

rungsgebote" sind somit das gerade Gegenteil jeder Art von subsumtions- und deduktionsfähigen Regeln und "Optimierung" bedeutet das gerade Gegenteil von regelhaftem, normrationalem Verhalten. Umgekehrt ist jede, auch nur relative subsumtions- und deduktionsfähige Regelhaftigkeit und Normrationalität das gerade Gegenteil von zweckrationaler "Optimierung" und Abwägung, also das gerade Gegenteil des Rechtsvorganges von planerischer Gestaltung bzw. Planungsermessen und damit von "Planung" überhaupt¹³. Mit der Annahme von "planungsrechtlichen Optimierungsgeboten" in der Rechtsfunktion abstrakter Gewichtungsvorgaben oder Vorrangregelungen oder jeder wie auch immer definierten regelhaften, normrationalen Steuerung der planungsrechtlichen Abwägung hat die Rechtsprechung sowie das ihr folgende und sie noch weitergehend interpretierende planungsrechtliche Schrifttum das Planungsrecht in einen Selbstwiderspruch und in eine Selbstauflösung geführt.

Es können also im Grunde keine Einwände bestehen gegen eine Verwendung des Begriffs "planungsrechtlicher Optimierungsgebote" zur Bezeichnung gesetzlicher Planungsdirektiven für die zweckrationale konkrete Abwägung in der Planungsverwaltung. Im Gegenteil kann mit der Begriffsverwendung "planungsrechtlicher Optimierungsgebote" zutreffend zum Ausdruck gebracht werden, daß das System von Rechtsbindungen der Planungsverwaltung neben gesetzlichen "Zielbestimmungen" für ein Planungsvorhaben auch bestimmte explizite gesetzliche Zwecksetzungen für

sungsgerichtlichen Rspr. zuletzt deutlich BVerwG, B. vom 16.5.1995, NJW 1995, 2477 ff.

13 Zu planungsrechtlicher Gestaltung bzw. Planungsermessen gemäß dem planungsrechtlichen Abwägungsgebot als Wesensmerkmal der Planungsverwaltung, wonach "Planung ohne Gestaltungsfreiheit ein Widerspruch in sich wäre", siehe BVerwG, Urt. vom 12.12.1969, BVerwGE 34, 301/304; vom 14.2.1975, BVerwGE 48, 56/59 und vom 10.2.1978, BVerwGE 55, 200/226. Zur planerischen Gestaltungsbefugnis als Rechtsvorgang *Berkemann* (Fn. 9), S. 27/29 f. und 36 f.; *Sendler*, (Un)erhebliches zur planerischen Gestaltungsfreiheit, in: *Berkemann u.a. (Hrsg.), Planung und Plankontrolle*, Festschrift Schlichter, 1995, S. 55 ff. sowie *Bartlspenger*, Das Abwägungsgebot in der Verwaltung als objektives und individualrechtliches Erfordernis konkreter Verhältnismäßigkeit, in: *Erbguth, u.a. (Hrsg.), Abwägung im Recht*, 1996, 8.1.

die konkrete planungsrechtliche Abwägung kennt. Der Begriff "planungsrechtlicher Optimierungsgebote" erscheint vielmehr bestens geeignet, im System des Planungsrechts die normfunktionale Bedeutung und Eigenständigkeit der herkömmlichen und lange Zeit maßgeblichen Kategorie "gesetzlicher Planungsleitsätze" zu erfassen und synonym zu bezeichnen¹⁴.

Der von der Planungsrechtsprechung ausgegangene und im planungsrechtlichen Schrifttum aufgegriffene Fehlgriff liegt vielmehr darin, daß diese den Begriff des "planungsrechtlichen Optimierungsgebotes" numehr mit der neuen, zu seiner üblichen Bedeutung gerade konträren Rechtsfunktion einer wie auch immer genauer auszulegenden und anzuwendenden regelhaften und normrationalen Steuerung der planungsrechtlichen Abwägung ausstatten und einführen wollen. Die darin liegende Veränderung des Rechtmäßigkeits- und Kontrollmaßstabes für die betreffenden Planungsrechtsakte findet in der planungsrechtlichen Literatur kaum eine kritische Begleitung¹⁵. Im Gegenteil scheint das ebenfalls legendäre Wort erneut Bestätigung zu erhalten, wonach die Planungsrechtsprechung durch das planungsrechtliche Schrifttum "im Grunde nur perfektionistisch nachvollzogen" worden sei¹⁶.

1.3 Immerhin hat sich aber bei der positiven Aufnahme und Würdigung regelhafter "Optimierungsgebote" im planungsrechtlichen Schrifttum offenbar noch eine Ahnung davon erhalten, daß das Planungsrecht auf solche Weise einen Fehlgriff tun werde. So haben die angeblichen Ansätze des Gesetzgebers, in der Planungsverwaltung "die Beachtung bestimmter Belange durch Optimierungsgebote zu verstärken", immerhin die kritische Beurteilung gefunden, daß hiermit der "methodisch noch unsichere Versuch der Bildung formaler Präferenzen" unternommen worden sei¹⁷. Ferner wird im gleichen Zusammenhang zurückhaltend angefügt, daß der Ge-

14 Zur ursprünglichen und lange Zeit in der Planungsrechtsprechung bestimmenden strukturellen und begrifflichen Unterscheidung von gesetzlichen "Planzielen" und gesetzlichen "Planungsleitsätzen" BVerwG, Urt. vom 14.2.1975, BVerwGE 48, 56/59 ff.

15 Nachw. Fn. 9.

16 *Sendler*, UPR 1991, S. 241/242.

17 *Berkemann* (Fn. 9), S. 27/45.

setzgeber mit den betreffenden fachgesetzlichen Klauseln "kostenneutral" eine "pseudo-legale Bindung" erzeuge und daß "für den exekutivischen Rechtsanwender der Eindruck absichtsvoller Beliebigkeit" entstehe¹⁸. Schließlich kann es nicht anders denn als eine Flucht nach vorne bezeichnet werden, wenn von anderer Seite die einer Entwicklung in der Rechtsprechung zugeschriebenen "Optimierungsgebote im Planungsrecht" zunächst zwar als gesetzliche Steuerung des Gewichtungsvorgangs und des Ausgleichsprozesses in der planungsrechtlichen Abwägung mittels einer Gewichtungsvorgabe präzisiert werden, wenn dann aber von der gleichen Seite ein völliger begrifflicher Verzicht auf das "Optimierungsgebot" ausdrücklich und erklärtermaßen zugunsten von gesetzlichen "Vorrangregelungen" angeraten wird, weil der Begriff des "Optimierungsgebotes" durch seinen "mehrdeutigen", "extrem unterschiedlichen Sprachgebrauch mangels Eindeutigkeit unbrauchbar geworden" und sprachlich diskreditiert sei¹⁹. Hierbei wird wenigstens eindeutig und faßbar nach der juristischen Methode verfahren, daß der Begriff des "Optimierungsgebotes" einer begrifflichen Berechtigung entbehre, wenn er im Planungsrecht nicht gekannt oder nicht verstanden werde.

1.4 Der zuletzt genannte Vorschlag einer inhaltlichen und begrifflichen Anerkennung gesetzlicher Vorrangregelungen für die planungsrechtliche Abwägung²⁰ greift im übrigen beträchtlich über den engeren Anlaß und Ausgangspunkt "planungsrechtlicher Optimierungsgebote" hinaus. Im Namen einer generellen "'Entwirrung' beim Abwägungsgebot" wird das bisherige System von Rechtsbindungen für die Bauleitplanung, unausgesprochen wohl auch für die Planfeststellungen, insgesamt in eine Diskussion und in Vorschläge zu einer umfassenden strukturellen Neuordnung und neuen Begriffsbildung einbezogen. Danach sollen sich anscheinend sämtliche bislang angenommenen, normstrukturell eigenständigen Rechtsbindungen für die Bauleitplanung, unausgesprochen wohl auch für die Planfeststellungen, sogar unter Verzicht auf ein selbständiges rechtliches Er-

18 A.a.O., S. 47.

19 Hoppe, UPR 1995, 201/202 und 203 Fn. 33 im Gegensatz zu vorhergehenden positiven Beurteilungen der Begriffsverwendung bei *dems.* (Fn. 9).

20 Hoppe, a.a.O., 202 f.

fordernis der Planrechtfertigung, "zwanglos im Rahmen der Abwägung" vereinigen. Neben gegebenenfalls vorhandenen strikten Rechtsregeln für eine Planungsentscheidung sollen drei ausschließlich auf das planungsrechtliche Abwägungsgebot gerichtete spezifisch planerische Rechtskategorien unterschieden werden, nämlich gesetzliche "Abwägungsdirektiven", sogenannte Planungsgrundsätze der planerischen Konfliktbewältigung und Rücksichtnahme sowie der erörterten Planerhaltung und schließlich die angesprochenen Vorrangregelungen. Die letzteren, hier vornehmlich interessierenden Vorrangregelungen sollen gemäß jenem Vorschlag unterteilt werden in eine "Erste Vorrangstufe" mit der Normfunktion eines "Präferenzgebotes" für die planungsrechtliche Abwägung und in eine "Zweite Vorrangstufe", die bezüglich der betreffenden Abwägungsbelange lediglich eine Verpflichtung der Planungsverwaltung zur "möglichst weitgehenden Beachtung" begründen soll. Für diese letztere Vorrangregelung "zweiter Stufe" wird dann letztlich sogar wiederum eine Verwendung des Begriffs eines "Optimierungsgebotes" als denkbar erachtet, wenn gegen diesen Terminus nicht die an gleicher Stelle wegen seiner angeblichen Mehrdeutigkeit geäußerten Bedenken bestünden²¹.

Zu jener Annahme von gestuften Vorrangregelungen für die planungsrechtliche Abwägung drängt sich die Frage auf, ob mit einer angeblichen Vorrangregelung "zweiter Stufe" zur "möglichst weitgehenden Beachtung" der betreffenden gesetzlichen Planzwecke überhaupt eine rechtliche Relevanz verbunden sein kann, welche über die sonst allseits eingeführte und übliche Normbedeutung von "Optimierungsgeboten" hinausgeht²². Denn die für "Optimierungsgebote" auch sonst übliche Formulierung einer "möglichst weitgehenden Beachtung" von Zwecken, Grundsätzen oder Prinzipien besagt und verlangt nicht mehr und nicht weniger, als daß Zwecke bzw. rechtliche Zwecksetzungen darauf angelegt sind, in einem Verfahren zweckrationaler Entscheidungsfindung nach dem formalen Maßstab einer Abwägung abstrakt gleichrangiger "Prinzipien" im und für den konkreten Fall einem "optimalen" Ausgleich mit regelmäßig konfligierenden "Prinzipien" zugeführt und in eine "praktische Konkordanz" ge-

21 *Hoppe*, a.a.O., 203 Fn. 33.

22 *Oben* Fn. 10 ff.

bracht zu werden. Es handelt sich also offensichtlich um ein Mißverständnis, jedenfalls um eine rechtsbegriffliche Verfälschung, wenn der Begriff des "Optimierungsgebotes" mit einer "Vorrangregelung" in Verbindung gebracht wird und umgekehrt. Wenigstens in sich folgerichtig erscheint jener Vorschlag zu einer neuen Strukturierung und Begriffsbildung im Planungsrecht immerhin insofern, als er bestimmten gesetzlichen Planungsleitsätzen eine Vorrangregelung "erster Stufe" im Sinne eines "Präferenzgebotes" zuordnen möchte²³. Damit ist jedenfalls das wesentliche Problem gestellt. Es gilt einer möglichen Wende im Recht der Bauleitplanung und Planfeststellung. Ausgelöst durch vorangegangene entsprechende Äußerungen in der Planungsrechtsprechung²⁴ geht es um die Frage, ob die geraume Zeit undifferenziert bezeichneten "gesetzlichen Planungsleitsätze" oder jedenfalls bestimmte solcher Planungsleitlinien regelhafte Gewichtungsvorgaben bzw. Vorrangregelungen für die planungsrechtliche Abwägung begründen. Es bedarf einer genaueren Betrachtung und ausführlicheren Erörterung des Anlasses für die betreffende Rechtsprechung sowie zu deren begrifflichen Vorstellungen und Begründungen für ein regelhaftes Normverständnis "planungsrechtlicher Optimierungsgebote".

2. ANLASS FÜR DIE BEGRIFFSBILDUNG "PLANUNGSRECHTLICHER OPTIMIERUNGSGEBOTE"

2.1 Anlaß und Ausgangspunkt für die Annahme bzw. Entwicklung "planungsrechtlicher Optimierungsgebote" in dem dargelegten Sinne einer regelhaften Steuerung der planungsrechtlichen Abwägung ist nachweislich und anerkanntermaßen ein revisionsgerichtlich angenommener Entscheidungsbedarf gewesen, die Normstruktur "gesetzlicher Planungsleitsätze" in der bis dahin einheitlichen Begriffsverwendung zu klären²⁵. In dem betreffenden Fall hat die Abwägungsfähigkeit und Abwägungsabhängigkeit

23 *Hoppe*, UPR 1995, 201/203.

24 Nachw. Fn. 9.

25 BVerwG, Urt. vom 22.3.1985, BVerwGE 71, 163 ff.

eines fachplanungsgesetzlichen "Planzieles" bzw. "Planungsleitsatzes" zur Grundsatzrevision gestanden.

Vorher war es maßgebliche Auffassung gewesen, daß die sogenannten "gesetzlichen Planziele" für eine Planung die Maßgabe bieten, nach der sich gemäß dem zweckrationalen und rechtsstaatlichen Gebot der Geeignetheit und Erforderlichkeit ein Vorhaben rechtfertigt, also die sogenannte Planrechtfertigung stattfindet²⁶. Daneben war sogenannten "gesetzlichen Planungsleitsätzen", die zuweilen aus den gleichen gesetzlichen Vorschriften resultieren können, die Normfunktion zugeordnet worden, einem Planungsvorhaben "bestimmte, der Zielverwirklichung dienende konkrete Planungsleitlinien" zu geben²⁷. Demgemäß war eine dem planungsrechtlichen Abwägungsgebot vorangestellte zweifache Rechtsbindung von Bauleitplanung und Planfeststellungen praktiziert worden, wonach eine "vom Planungsziel her gerechtfertigte und mit den Planungsleitsätzen übereinstimmende Planung" vorliegen muß²⁸. Dagegen war es offensichtlich als eine noch nicht grundsätzlich geklärte Frage angesehen worden, ob die vordem so bezeichneten "gesetzlichen Planungsleitsätze" durch planerische Abwägung überwunden werden können²⁹. Mit anderen Worten war es der Planungsrechtsprechung noch als klärungsbedürftig erschienen, wie sich die Relation zwischen den überkommenen "gesetzlichen Planungsleitsätzen" und dem planungsrechtlichen Abwägungsgebot darstellt und insofern dem rechtsstaatlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit von Planungsvorhaben Rechnung getragen wird. Die Fragestellung hat über die fachgesetzlich "internen" Planungsleitsätze hinaus, die regelmäßig nur der betreffenden fachgesetzlichen "Zielverwirklichung" dienen, vor allem in denjenigen Fällen eine gesteigerte Problembedeutung erlangt, in denen andere "interne" oder fachgesetzlich "externe" Planungsleitsätze eine gegenüber den betreffenden Vorhaben bzw. Planungen konfligierende oder restringierende Direktive enthalten. Solche Voraussetzungen bestehen insbesondere bei der planerischen Abwägungsabhängigkeit von einschlägigen

26 BVerwG, Urt. vom 24.2.1975, BVerwGE 48, 56/60 f.

27 A.a.O., 61 f.

28 A.a.O., 63.

29 So die Grundsatzfrage in BVerwG, Urt. vom 22.3.1985, BVerwGE 71, 163 ff.

Umweltbelangen bzw. Umweltrechtsgütern. In der 1985 ergangenen revisionsgerichtlichen Grundsatzentscheidung³⁰ hat dann das Gericht hinsichtlich der Abwägungsfähigkeit und Abwägungsabhängigkeit derartiger seinerzeitiger "gesetzlicher Planungsleitsätze" eine Differenzierung vorgenommen. Diese hat in der einen Richtung zumindest zu einer mißglückten Begriffsbildung und in der anderen Richtung zu einer verunglückten oder jedenfalls Verwirrung stiftenden Begriffsbestimmung geführt.

2.2 Im Grunde zutreffend macht das Gericht unter den ein Planungsvorhaben regelnden bzw. betreffenden gesetzlichen "Leitsätzen" solche mit zwingendem Geltungsanspruch aus, die darum keine planerische Gestaltung eröffnen und durch planerische Abwägung nicht überwunden werden können. Ausschließlich für solche Normen möchte es künftig "der terminologischen Klarheit wegen im Fachplanungsrecht" noch den Begriff eines "Planungsleitsatzes" gebraucht wissen. Aber diese Begriffsverwendung offenbart grundlegende Mißverständnisse in der Rechtsvorstellung von "Planung" überhaupt, wie sie durch die Planungsrechtsprechung selbst vorher nachdrücklich ausgebildet und betont worden ist.

In dem Zusammenhang hat das Gericht zum einen solche gesetzlichen Regelungen mit strikter Bindungswirkung im Auge, die für eine Planung nicht im Rahmen des betreffenden Planungsgesetzes "intern" festgelegte zwingende Zweckbestimmungen für die Planung enthalten, sondern "in anderen Gesetzen" für eine Planung zwingende Rechtsbindungen begründen. Derartige "externe" zwingende Regelungen, die eine Planung lediglich betreffen, haben indessen materiellrechtlich überhaupt nichts mit "Planung" und "Planungsrecht" gemein. Sie bewirken für die betroffene Planung nicht nur eine Abwägungssperre; auch im übrigen schließen sie eine für das Planungsrecht begriffsnotwendige planungsrechtliche Gestaltung in einem lediglich zweckrational, nicht normrational gebundenen Entscheidungsverfahren aus. Deshalb gehören strikte, eine planungsrechtliche Entscheidung lediglich "extern" betreffende Rechtsbindungen zu dem ganz anderen, von der Planungsverwaltung wegen der formellen Konzentrationswirkung von Planungsverfahren neben dem "Planungsrecht" zuständigkeithalber anzuwendenden "sekundären materiellen

Recht"³¹. Von "Planungsleitsätzen" im Sinne einer materiellrechtlichen, spezifisch "planungsrechtlichen" Normierung kann insofern nicht gesprochen werden.

Zugleich möchte das Gericht den Begriff von zwingenden gesetzlichen "Planungsleitsätzen" künftig auch auf solche gesetzlichen Regelungen anwenden, die im Rahmen des betreffenden Fachgesetzes strikte, keiner planerischen Abwägung zugängliche Zweckbestimmungen für die Planung enthalten, wie die in § 1 Abs. 3 S. 1 FStrG festgelegte Kreuzungsfreiheit von Bundesautobahnen. Auch insofern kann jedoch die neue Begriffsbildung des Gerichts kaum als geglückt gelten. Augenscheinlich will das Gericht den Begriff gesetzlicher "Planungsleitsätze" anstatt des bis dahin überkommenen und maßgeblichen Terminus gesetzlicher "Planziele" verwenden. Eine solche Begriffsverschiebung deutet indessen auf ein Mißverständnis planungsrechtlicher Strukturen hin.

2.3 Zwar kann eingeräumt werden, daß Planungsgesetze für eine in ihnen geregelte Planung "interne" Zielvorgaben bindenden Rechtscharakters kennen, wie etwa die fachplanungsrechtlichen Zweckbestimmungen für Bundesfernstraßen nach § 1 Abs. 1 bis 3 FStrG. Aber weder eine Verwendung des Begriffs der "Planungsleitsätze" erscheint hierfür angemessen, noch vermag eine vom Gericht derart einfach und vergrößernd vorgenommene Kennzeichnung jener Regelung als "rechtliche Bindung" einer Planung der in dem Zusammenhang bestehenden Normstruktur des Planungsrechts einen zutreffenden Ausdruck zu verleihen. Denn die vordem als gesetzliche "Planziele" benannten "internen" Planzweckbestimmungen eines Fachgesetzes entfalten ihre "rechtlichen Bindungen", wie schon oben erwähnt, als zwingende gesetzliche Maßgaben, nach denen sich gemäß dem Gebot zweckrationaler und rechtsstaatlicher Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Planung die Planrechtfertigung beurteilt³².

31 So schon *Steinberg*, NVwZ 1986, 812/815; ebenso für "zwingende Regelungen" *Hoppe*, UPR 1995, 201/202.

32 Zu den rechtsstaatlichen Anforderungen der Geeignetheit und Erforderlichkeit hoheitlicher Eingriffsmaßnahmen im Unterschied zum rechtsstaatlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit i.e.S. oder zum sogenannten Übermaßverbot sowie zu deren Definitionen BVerfG, Urt. vom 18.12.1968, BVerfGE 24, 367/404 f. sowie *Ler-*

Im Hinblick auf die regelmäßige Grundrechtsrelevanz letztverbindlicher Planungsrechtsakte tragen sie dem grundrechtlichen Schrankenvorbehalt Rechnung, wonach Grundrechtseingriffe als Voraussetzung ihrer rechtsstaatlich gebotenen Geeignetheit und Erforderlichkeit eine Zweckbestimmung durch den Gesetzgeber verlangen. Dies kommt in der insofern regelmäßig planungsrelevanten grundrechtlichen Eigentumsgarantie in dem sogenannten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit einer Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG, d.h. im Erfordernis einer gesetzlichen Zweckbestimmung der Enteignung zum Ausdruck³³. Es handelt sich also bei den vom Gericht gemeinten zwingenden "rechtlichen Bindungen" einer Planung im betreffenden Planungsgesetz um die zweckrational und rechtsstaatlich sowie spezifisch grundrechtlich gebotene gesetzliche "Zweckbestimmung" einer Planung; die Bezeichnung als "Planungsleitsätze" erscheint hierfür denkbar unpassend, weil sie für das Verständnis der insofern bestehenden planungsrechtlichen Norm- und Entscheidungsstruktur der zweckrational und rechtsstaatlich gebotenen Planrechtfertigung an "rechtlich bindenden" gesetzlichen Planzweckbestimmungen nur irreführend sein kann.

Für diesen Teil jener Grundsatzentscheidung von 1985 ist also anzuraten, eine Klarstellung bzw. Wiederherstellung einer der Normstruktur des

che, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 19 ff.; *Jakobs*, DVBl. 1985, 97/99; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 100 f.; *Bischof*, NJW 1991, 2323/2327; *Zippelius* (Fn. 10), § 10 V; ausführlich *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S. 18 f., 50 ff., 75 ff. und *Jakobs* (Fn. 7), S. 59 ff. und 100 f.

Zur spezifisch planungsrechtlichen Erforderlichkeit als Gebot einer "vernünftigen" Rechtfertigung planerischer Vorhaben bzw. Maßnahmen *Hoppe*, in: *Hoppe/Grotefels* (Fn. 1), § 7 Rn. 15; *Kühling* (Fn. 1), Rn. 156 ff.; *Steinberg* (Fn. 1), S. 181 f. jeweils m. Nachw. zur Rspr.; aus dieser etwa BVerwG, Urt. vom 7.7.1978, BVerwGE 56, 110/118 f.; vom 22.3.1985, BVerwGE 71, 166/168 f. und vom 6.12.1985, BVerwGE 72, 282.

33 BVerfG, B. vom 10.3.1981, BVerfGE 56, 249/261 ff.; vom 15.7.1981, BVerwGE 58, 300/330 und BVerfG, Urt. vom 24.3.1987, BVerfGE 74, 264/285 f.; BVerwG, Urt. vom 18.3.1983, BVerwGE 67, 74/76 f.

Für administrative Eigentumsbeeinträchtigungen im Rahmen von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG *Kühling* (Fn. 1), Rn. 397 und *Wahl*, NVwZ 90, 923/925.

Planungsrechts entsprechend korrekten Begriffsbildung und Begriffsverwendung im Bereich des für die Planungsverwaltung zwingenden Rechts vorzunehmen. Soweit die Planungsverwaltung lediglich von "externen" rechtlichen Bindungen "betroffen" ist, handelt es sich überhaupt nicht um "Planungsrecht", vielmehr um sonstige materiellrechtliche Bindungen für die Planungsverwaltung, die im Planungsverfahren wegen dessen formeller Konzentrationswirkung lediglich zuständigkeitshalber anzuwenden sind. Für die "rechtlich bindenden" Planziel- bzw. Planzweckbestimmungen von Planungsgesetzen, nach deren Maßgabe sich die zweckrationale rechtsstaatliche, insbesondere auch grundrechtliche Geeignetheit und Erforderlichkeit der betreffenden Planung rechtfertigt, erscheint eine Rückkehr zum Begriff "gesetzlicher Planziele" der beste Beitrag zu einer "Entwerrung" des Planungsrechts³⁴.

2.4 Auf der anderen Seite befaßt sich das Gericht in jener Grundsatzentscheidung von 1985 mit den hier vornehmlich interessierenden, lediglich plandirigierenden Regelungen, "die ihrem Inhalt nach selbst nicht mehr als eine Zielvorgabe für den Planer enthalten und erkennen lassen, daß diese Zielsetzung bei öffentlichen Planungen im Konflikt mit anderen Zielen zumindest teilweise zurücktreten können."³⁵ Mit dieser Beschreibung ihrer Normstruktur erscheint jedenfalls eindeutig bestätigt, daß solche plandirigierenden Vorschriften rechtliche Zwecksetzungen für eine Planung darstellen, die auf die planungsrechtliche Abwägung gerichtet sind. Andererseits erscheint auch ihre eigenständige Normbedeutung im System des Planungsrechts durch die betreffenden Ausführungen des Gerichts nach jeder Seite verdeutlicht. Danach besteht ein Unterschied zu den im übrigen in einer planungsrechtlichen Abwägung zu berücksichtigenden "Belangen". Diese letzteren sogenannten "Abwägungsbelange" sind zwar ebenfalls keine bloßen Sachverhalte, vielmehr gleichfalls rechtlich konstituierte Belange, wie vor allem planbetroffenes Eigentum oder Umweltrechtsgüter. Aber der Abwägungsbedarf ist bei ihnen durch die Planbetroffenheit begründet und er erschöpft sich in der abwägenden Berücksichtigung dieser rechtlichen Planbetroffenheit; ihre Relevanz als ab-

34 Dieses Anliegen verfolgt *Hoppe*, UPR 1995, 201 ff.

35 BVerwG, Urt. vom 22.3.1985, BVerwGE 71, 163/165.

wägungsbedürftige "Zwecke" beruht allein auf deren Planbetroffenheit. Hiervon unterscheiden sich die genannten gesetzlichen Leitlinien für eine Planung durch ihre legislativ beabsichtigte, dirigierende Normbedeutung für die planungsrechtliche Abwägung. Sie haben innerhalb der letzteren die Rechtsfunktion einer Abwägungsdirektive im Unterschied zur bloßen Abwägungsrelevanz planbetroffener "Abwägungsbelange".

In dieser Beziehung bestätigt also die betreffende Grundsatzentscheidung des Gerichts im Grunde die aus der vorhergegangenen Planungsrechtsprechung überkommene Kategorisierung, also die Dreiteilung der nicht nur verwaltungsinternen planungsrechtlichen Normstrukturen. Auf diese Feststellung ist gegenüber den referierten Vorschlägen zu einer grundlegenden und gänzlich neuen Strukturierung und Begriffsbildung im Planungsrecht³⁶ Wert zu legen. Anders als nach jenen erwähnten Vorschlägen dienen die gesetzlichen "Planziele", wie eben ausgeführt, als Maßgaben für die Planrechtfertigung gemäß dem Gebot rechtsstaatlicher Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Planung. Hierbei handelt es sich auch deshalb um einen notwendig eigenständigen, nicht in die planungsrechtliche Abwägung einbezieharen planungsrechtlichen Schritt, weil die Beurteilung zweckrationaler und rechtsstaatlicher Geeignetheit und Erforderlichkeit eines Planungsvorhabens denjenigen ersten entscheidungstheoretischen Teil der planungsrechtlichen Entscheidung darstellt, der vorwiegend durch empirische und kausale Feststellungen zur Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Planung bestimmt ist und noch nicht durch eine vornehmlich wertende Abwägung³⁷. Als zweite normstrukturell eigenständige Kategorie bestätigt das Gericht in der dargelegten Weise ausdrücklich die auf die planungsrechtliche Abwägung gerichteten, von ihm sogenannten gesetzlichen "Zielvorgaben" bzw. "Zielsetzungen", deren Realisierung "im Konflikt mit anderen Zielen" abwägungsfähig und abwägungsabhängig ist. Diese haben zwar einerseits mit den gesetzlichen "Planzielen" ge-

36 Fn. 20 und *Hoppe*, in: *Hoppe/Grotefels* (Fn. 1), § 7 Rn. 16.

37 *Lerche* (Fn. 32), S. 19 ff.; *Hirschberg* (Fn. 32), S. 148; *Jakobs*, DVBl. 1985, 97/99; *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1986, S. 100 f.; *Zippelius*, *Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie*, 2. Aufl. 1991, § 1 III und *Tsevas* (Fn. 9), S. 68 ff.; ferner grundlegend *Gosepath* (Fn. 10), S. 223 und 253 ff.

meinsam, daß sie ebenfalls ausdrückliche legislative Zwecksetzungen für eine Planung enthalten. Andererseits unterscheiden sich ihre planungsrechtlichen Zwecksetzungen von denjenigen in den gesetzlichen "Planzielen" dadurch, daß sie nicht die bindenden gesetzlichen Maßstäbe zur "Rechtfertigung" einer Planung gemäß den zweckrationalen und rechtsstaatlichen Anforderungen der Geeignetheit und Erforderlichkeit enthalten. Vielmehr stellen sie diejenigen planungsrechtlichen Zwecksetzungen dar, die für eine Planung lediglich dirigierende Zwecke unter dem Vorbehalt einer Abwägung gemäß den zweckrationalen und rechtsstaatlichen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit bzw. des Übermaßgebotes normieren.

Die Unterscheidung von gesetzlichen "Planzielen" und "dirigierenden" Planungszwecken hat also sowohl nach den Strukturen zweckrationaler Entscheidungen als auch gemäß den hierfür geltenden differenzierten rechtsstaatlichen Anforderungen der Geeignetheit und Erforderlichkeit einerseits sowie der Verhältnismäßigkeit bzw. des Übermaßverbotes andererseits zwingenden Charakter. Die gesetzlichen "Planziele" ermöglichen die zweckrational und rechtsstaatlich, vor allem grundrechtlich gebotene sowie vorwiegend empirisch und kausal vorzunehmende Beurteilung der Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Planung. Soweit dagegen gesetzliche Regelungen einer Planung lediglich solche Zwecke vorgeben, die nicht als Maßgaben für die "Rechtfertigung" einer Planung nach den zweckrationalen und rechtsstaatlichen Geboten der Geeignetheit und Erforderlichkeit dienen, handelt es sich lediglich um plandirigierende Zwecksetzungen, die gemäß den zweckrationalen und rechtsstaatlichen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit bzw. des Übermaßverbotes abwägungsfähig und abwägungsabhängig sind. Sie sind entweder fachgesetzlich "interne" planerische Leitlinien oder häufiger und anschaulicher fachgesetzlich "externe" Regelungen mit konfligierenden bzw. restringierenden Zwecksetzungen für die betroffene Planung und dann vor allem ökologischer Natur.

2.5 Diese in der dargelegten Weise durch die Maßstäbe einer zweckrationalen Entscheidung und durch die rechtsstaatlichen Anforderungen vorgegebenen Normstrukturen des Planungsrechts haben in der einschlägigen revisionsgerichtlichen Grundsatzentscheidung von 1985 eine Bestätigung

in systematischer Hinsicht erfahren. Denn das Gericht löst die bis dahin offenbar noch nicht als geklärt betrachtete Frage nach der Normbedeutung gesetzlicher Zwecksetzungen zu einer Planung insofern zutreffend, als es für deren Unterscheidung auf ihre Abwägungsfähigkeit und Abwägungsabhängigkeit abhebt. Eine andere Seite dieser Frage ist es freilich, "wie" sich die Abwägungsfähigkeit und Abwägungsabhängigkeit der eine Planung regelnden oder betreffenden gesetzlichen Zwecksetzungen darstellt. Insofern hat jene Entscheidung von 1985 mit der, soweit ersichtlich, seinerzeit erstmals eine breitere Aufmerksamkeit im Planungsrecht erlangenden Verwendung des Begriffs "Optimierungsgebot" eine neue rechtsdogmatische Problematik eröffnet. Mit der Einführung und besonderen Normdeutung "planungsrechtlicher Optimierungsgebote" durch das Gericht hat eine neue Runde und Perspektive in der Diskussion um das planungsrechtliche Abwägungsgebot als Entscheidungs- und Kontrollnorm begonnen³⁸. Es geht dabei um die Definition und die Definierbarkeit regelhafter "Optimierungsgebote" für die planungsrechtliche Abwägung.

3. DEFINITION UND DEFINIERBARKEIT REGELHAFTER "OPTIMIERUNGSGEBOTE" FÜR DIE PLANUNGSRECHTLICHE ABWÄGUNG

3.1 Vorweg ist insofern festzuhalten, daß in der genannten Ausgangsentscheidung das Gericht keineswegs generell allen abwägungsfähigen und abwägungsabhängigen gesetzlichen Zwecksetzungen zu einer Planung die Normbedeutung eines "Optimierungsgebotes" beilegt³⁹. Schon darin liegt auch in diesem Teil der Entscheidung ein erster, zumindest die Begriffsverwendung betreffender, Fehlgriff des Gerichts. Denn, wie ausgeführt, besagt der üblicherweise verstandene und gebrauchte Begriff des "Opti-

38 Nachw. Fn. 9.

39 BVerwG, Urt. vom 22.3.1985, BVerwGE 71, 163/165; anders interpretierbar allerdings BVerwG, B. vom 21.8.1990, NVwZ 1991, 69/70.

mierungsgebotes" nichts anderes, jedenfalls nicht mehr, als daß die eine zweckrationale Entscheidung betreffenden Zwecke bzw. rechtlichen Zwecksetzungen bei abstrakter Gleichrangigkeit im konkreten Realisierungsfall unter dem Vorbehalt einer bloßen "Optimierung" stehen, also abwägungsfähig und abwägungsabhängig sind. Die üblicherweise eingeführte und auch vom Gericht benutzte Definition des "Optimierungsgebotes", wonach ein solches bei der Abwägung "eine möglichst weitgehende Beachtung bestimmter Belange" erfordere, bedeutet keine, wie auch immer relativierte abstrakte Vorrangigkeit und regelhafte Rechtsgeltung, keinerlei Anspruch auf "Maximierung", sondern lediglich eine "Optimierung" im konkreten Ausgleich mit konfligierenden anderen "Optimierungsgebotes". Es ist deshalb zum wiederholten Male festzuhalten, daß der Begriff eines "planungsrechtlichen Optimierungsgebotes" im Sinne des sonst allgemein üblichen Gebrauchs ein korrektes Synonym für alle abwägungsfähigen und abwägungsabhängigen legislativen Planungsdirektiven ist und in seiner Normbedeutung das Gegenteil jeder Art regelhafter Normierung von Planung darstellt.

3.2 Abweichend davon will das Gericht dem "planungsrechtlichen Optimierungsgebot" eine ganz andere neue Normbedeutung geben und diese bestimmten gesetzlichen Planungsdirektiven vorbehalten, die es allerdings als "typisch" für abwägungsfähige und abwägungsabhängige gesetzliche Zwecksetzungen zur Planung bezeichnet⁴⁰. Die betreffenden Vorschriften sollen darauf gerichtet sein, "den in ihnen enthaltenen Zielvorgaben ein besonderes Gewicht zuzumessen und insoweit die planerische Gestaltungsfreiheit einzuschränken"; bei Prüfung einer objektiven Fehlgewichtung soll "diese gesetzliche Vorgabe beachtet werden". Demzufolge sollen "planungsrechtliche Optimierungsgebotes" zwar abwägungsfähig und abwägungsabhängig sein. Aber bei ihrer dem abwägenden Ausgleichsprozeß vorangehenden und zugrundegelegten Gewichtung sollen sie offenkundig mit regelhafter Rechtsgeltung ein "besonderes" Gewicht beanspruchen, das anderen, nicht mit derselben Eigenschaft eines "planungsrechtlichen Optimierungsgebotes" ausgestatteten Planungsdirektiven sowie bloßen "Abwägungsbelangen" vergleichsweise fehlt. Evident, wenn man den

40 BVerwG, Urt. vom 22.3.1985, a.a.O.

Wortlaut der betreffenden Ausführungen als maßgeblich ansehen darf, möchte also das Gericht eine gesetzliche "Gewichtungsvorgabe" für die bekannte dritte Stufe der planungsrechtlichen Abwägung annehmen⁴¹. Eine weitergehende Interpretation als relative Vorrangregel oder "Vorgabe" für den auf der letzten Abwägungsstufe vorzunehmenden Ausgleichsprozeß scheint dagegen vom Gericht allenfalls in der mittelbaren Weise einer Beeinflussung durch eine Gewichtungsvorgabe erwogen worden zu sein.

Insgesamt hat das Gericht bislang "planungsrechtliche Optimierungsgebote" mit der ihnen in der Ausgangsentscheidung beigelegten Normbedeutung angenommen für die fernstraßenrechtliche Planungsleitlinie zur straßenbaulichen Gewährleistung einer "möglichst weitgehend störungsfreien" Verkehrsfunktion (§ 1 Abs. 1 S. 1 FStrG)⁴², für den immissionschutzrechtlichen Planungsgrundsatz eines planungsrechtlich vorsorgenden Schutzes sensibler Gebiete (§ 50 BImSchG)⁴³, für den Verkehrslärmschutz (§ 41 Abs. 1 BImSchG)⁴⁴, für den Grundsatz der Bauleitplanung zur Berücksichtigung eines dringenden Wohnbedarfs (§ 1 Abs. 1 BauGB-MaßnG)⁴⁵, für das naturschutzrechtliche Gebot zur Minimierung vermeidbarer Eingriffe (§ 8 Abs. 2 und 3 BNatSchG)⁴⁶, für eine ausreichende Kapazität zur gemeinwohlverträglichen Abfallentsorgung (§ 2 Abs. 1 S. 2 AbfG)⁴⁷, und wohl auch für das haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgebot (§ 7 BHO)⁴⁸. Im Verdacht einer richterrechtlichen Einbeziehung in diesen Kreis stehen aufgrund literarischer Empfehlungen

41 Ebenso BVerwG, B. vom 21.8.1990, NVwZ 1991, 69/70. Zu den Stufen bzw. Phasen der Abwägung stellvertretend für die st. Rspr. BVerwG, Urt. vom 14.2.1975, BVerwGE 48, 56/63 f. sowie *Kühling* (Fn. 1), Rn. 174 ff. und *Hoppe*, in: *Hoppe/Grotefels* (Fn. 1), § 7 Rn. 36 ff.

42 BVerwG, Urt. vom 22.3.1985, BVerwGE 71, 163 ff.

43 A.a.O. und BVerwG, Urt. vom 4.5.1988, NVwZ 1989, 151/152.

44 BVerwG, Urt. vom 13.7.1989 4 – NB 20/89.

45 BVerwG, Urt. vom 4.8.1992, BVerwGE 90, 329/232; BVerwG, B. vom 26.6.1993, UPR 1993, 446.

46 BVerwG, B. vom 21.8.1990, NVwZ 1991, 69/70 sowie BVerwG, Urt. vom 27.9.1990, BVerwGE 85, 348/362.

47 BVerwG, Urt. vom 24.11.1994, DVBl. 1995, 238/241.

48 Fn. 42.

die der Bauleitplanung vorgegebenen Klauseln zum Bodenschutz (§ 1 Abs. 5 S. 3 BauGB)⁴⁹ sowie zur besonderen Berücksichtigung der Hauptstadtbelange und von Erfordernissen der Verfassungsorgane des Bundes (§ 247 Abs. 1 BauGB)⁵⁰.

In keinem der aufgeführten Fälle ist über die in der referierten Ausgangsentscheidung gemachten Darlegungen hinaus eine weitere Aufklärung zur genaueren Normbedeutung der angenommenen "planungsrechtlichen Optimierungsgebote" erfolgt⁵¹. Dies hat in der rezeptiven planungsrechtlichen Literatur zu den unterschiedlichsten Auslegungen und Formulierungen geführt. Es wird gesprochen von einer "Maximierung" der betreffenden gesetzlichen Zwecksetzungen bei der Abwägung⁵², von einer "Vorgabe" und von einer "Ausgleichsentscheidung" in bezug auf die letzte Stufe der Abwägung⁵³, von einem "situationsabhängigen absoluten Vorrang"⁵⁴, von einem "relativen Vorrang"⁵⁵, von einer "Gewichtungsvorgabe"⁵⁶, von einer "Einschränkung der planerischen Gestaltungsfreiheit"⁵⁷, von einer "stärkeren Durchsetzungsfähigkeit"⁵⁸ und schließlich für den Fall einer angeblichen Verletzung dieser Gebote von einer "Disoptimierung"⁵⁹.

-
- 49 Söfker (Fn. 9); Blumenberg, DVBl. 1989, 86/93; Hoppe, DVBl. 1992, 853/855 und ders., in: Hoppe/Grotefels (Fn. 1), § 7 Rn. 34.
- 50 Hoppe, DVBl. 1993, 573/575 f. und ders., DVBl. 1993, 1060/1061.
- 51 Auch BVerwG, B. vom 21.8.1990, NVwZ 1991, 69/70 wiederholt nur die ursprünglichen Ausführungen.
- 52 Hoppe, DVBl. 1992, 853/858; ders., UPR 95, 201 und ders., in: Hoppe/Grotefels (Fn. 1), § 7 Rn. 32.
- 53 Hoppe, DVBl. 1994, 1033/1034 und 1040.
- 54 Blumenberg, DVBl. 1989, 86/93 und Funke, DVBl. 1987, 511/515.
- 55 Funke, DVBl. 1987, 511/516; zur begrifflichen Unterscheidung von absolutem und relativem Vorrang sowie Gewichtungsanordnungen auch schon Weyreuther, UPR 1981, 33/38 f.
- 56 Söfker (Fn. 9); Blumenberg, DVBl. 1989, 86/93.
- 57 Dazu bei Funke, DVBl. 1987, 511/516.
- 58 Hoppe, DVBl. 1992, 853/854 und ders., DVBl. 1993, 1060/1061.
- 59 Hoppe, DVBl. 1994, 1033/1034.

Alle angeführten Versuche, eine regelhafte Normbedeutung "planungsrechtlicher Optimierungsgebote" gegenüber der im konkreten Anwendungsfalle doch stets verbleibenden Abwägungsabhängigkeit in einer verallgemeinerungsfähigen Weise zu präzisieren, rechtsdogmatisch faßbar und praktikabel zu machen, sind in enthüllender Weise untauglich geblieben. Eine bloße Gewichtungsvorgabe oder eine hierdurch mittelbar begründbare relative Vorrangregelung für den entscheidenden Ausgleichsprozeß bei der Abwägung bietet, wie schon einmal früher zu der Gewichtung von Umweltbelangen bei der planungsrechtlichen Abwägung gesagt worden ist, "keinen Ansatzpunkt, von dem aus sich zu allgemeineren Einsichten vordringen ließe"; denn letztlich wird die Abwägungsabhängigkeit nicht aufgehoben⁶⁰. Der Zurückstellung im Abwägungsprozeß wäre eine gesetzliche Planungsdirektive nur dann in regelhafter Weise entzogen, wenn die betreffende Regel eine Vorrangbestimmung mit absoluter Rechtsgeltung wäre. Dann würde es sich aber um eine Abwägungssperre, also überhaupt nicht mehr um einen planungsrechtlichen Fall handeln⁶¹; an die Stelle der planungsrechtlichen Gestaltungsbefugnis nach dem formalen rechtlichen Maßstab einer zweckrationalen Entscheidungsfindung wäre ein deduktiver Subsumtionsvorgang getreten. Relative Gewichtungsvorgaben und Vorrangregelungen für die planungsrechtliche Abwägung sind deshalb ein entscheidungstheoretisches und normstrukturelles Un Ding. Sie sind aber auch, was die rechtsstaatliche Funktion des planungsrechtlichen Abwägungsgebots und damit das verfassungsrechtliche Gebot einer konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Planungsverwaltung angeht, ein verfassungsrechtlicher Widerspruch in sich.

Insbesondere ist festzuhalten, daß es keine relativen Übergänge zwischen einer regelhaften Normierung der Verwaltung und einer dabei stattfindenden Normanwendung im Wege deduktiver Subsumtion einerseits und einer Ermächtigung der Planungsverwaltung zur planungsrechtlichen Gestaltung bzw. zum Planungsermessen, also zur zweckrationalen Entscheidungs- und Rechtsfindung durch Abwägung im und für den konkre-

60 Weyreuther, UPR 1981, 33/38.

61 Weyreuther, a.a.O.; grundsätzlich auch Koch/Rüßmann (Fn. 10), S. 99.

ten Fall gibt; der Unterschied ist ein klassifikatorischer⁶². Die strukturelle Unmöglichkeit relativer Gewichtungsvorgaben bzw. Vorrangregelungen für die Planungsverwaltung tritt im übrigen auch darin zutage, daß weder in der betreffenden revisionsgerichtlichen Ausgangsentscheidung noch in der ihr im Grunde folgenden planungsrechtlichen Literatur eine nachvollziehbare tragfähige Normbegründung für regelhafte "planungsrechtliche Optimierungsgebote" feststellbar ist. Die vorhandenen Anhaltspunkte deuten vielmehr darauf hin, daß es sich sowohl auf seiten des Gerichts als auch seiner Rezipienten um nichts anderes denn als ein Mißverständnis der betreffenden gesetzlichen Regelungen und ihrer Materialien sowie, um dies gezwungenermaßen wiederholt festzustellen, ein Mißverständnis des Begriffs von "Optimierungsgeboten" handelt.

4. EIN MIßVERSTÄNDNIS ALS BEGRÜNDUNG FÜR REGELHAFTE "PLANUNGSRECHTLICHE OPTIMIERUNGS- GEBOTE"

4.1 Die betreffenden revisionsgerichtlichen Ausführungen zu regelhaften Gewichtungsvorgaben oder auch mittelbaren Ausgleichsregelungen für die planungsrechtliche Abwägung geben nur einen einzigen Anhaltspunkt, der als interpretative Begründung aus den betreffenden gesetzlichen Planungsdirektiven in Betracht gezogen werden kann. Er besteht in der, wie dargelegt, vom Gericht durchaus zutreffenden Definition eines "Optimierungsgebotes", wonach von einem solchen immer dann zu sprechen sei, wenn Regelungen "eine möglichst weitgehende Beachtung bestimmter Belange" forderten⁶³. Unausgesprochen, aber erkennbar, will das Gericht überall dort ein von ihm regelhaft verstandenes "planungsrechtliches Optimierungsgebot" annehmen, wo einschlägige gesetzliche Regelungen oder

62 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, S. 71 ff. und 77 ff.; *ders.*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, S. 119 ff. sowie bei *Hirschberg* (Fn. 32), S. 213.

63 BVerwG, Urt. vom 22.3.1985, BVerwGE 71, 163/165.

deren Materialien eine Planungsdirektive mit der gleichen Formulierung einer "möglichst weitgehenden" Berücksichtigung ihrer Zwecksetzung bei der planungsrechtlichen Abwägung enthalten bzw. beabsichtigen. Es handelt sich also augenscheinlich darum, daß das Gericht der sonst allgemein üblichen sowie in den betreffenden gesetzlichen Planungsdirektiven bzw. ihren Materialien zum Ausdruck gebrachten Normbedeutung von "Optimierungsgeboten" als abwägungsfähigen und abwägungsabhängigen Direktiven seine, und zwar die unzutreffende Auslegung einer regelhaften Normierung unterschiebt⁶⁴. Soweit darum überhaupt eine nachvollziehbare Begründung des Gerichts für seine Annahmen vorhanden ist, enthüllt sich diese Begründung nachweislich als ein schlichtes Mißverständnis. Dieses Mißverständnis ist dann zu einem richterrechtlichen Selbstläufer geworden.

Eine andere Beurteilung käme nur dann in Betracht, wenn die betreffenden gesetzlichen Regelungen bzw. Gesetzesmaterialien Anhaltspunkte dafür enthielten, daß es eine Legislative Absicht sei, der planungsrechtlichen Abwägung bestimmte Zwecke mit regelhafter Rechtsgeltung vorzugeben. Davon kann aber in betreffenden repräsentativen, interpretativ aufschlußreichen Fällen nachweislich nicht die Rede sein.

4.2 Die immissionsschutzrechtliche Planungsdirektive des § 50 BImSchG zur räumlichen Trennung unverträglicher Raumnutzungen verwendet im Gesetzestext lediglich die für "Optimierungsgebote" allgemein übliche Formulierung, daß dieser Planungsgrundsatz "soweit wie möglich" zu verwirklichen sei. Die einschlägigen Gesetzesmaterialien von 1973 sprechen zwar davon, daß mit der Regelung im Interesse einer umweltfreundlichen Planung "die Ansätze des Planungsrechts sowie ihre Konkretisierung" eine "Verstärkung" erhalten sollten⁶⁵. Diese Absicht besagt aber ausdrücklich und eindeutig nur, daß mit der Vorschrift der sogenannte vorsorgende Planungsansatz als Instrument für Zwecke des Um-

64 Zur allgemein üblichen Formulierung der Normbedeutung von Optimierungsgeboten Nachw. oben Fn. 10 f.

65 BT-Drucks. 7/179, S. 46 (zu § 42 Reg.Entw.).

weltschutzes "verstärkt" eingesetzt werden sollte⁶⁶. Dazu ist dann an der gleichen Stelle der seinerzeitigen Gesetzesmaterialien klargestellt, daß im planerischen Konfliktfalle "eine eingehende Abwägung mit den anderen Planungsbelangen vorzunehmen" sei. Schließlich ist der legislative Zweck dieses Planungsgrundsatzes mit der Feststellung deutlich gemacht, daß bei Überwiegen eines "anderen Planungsgutes" die Planungsdirektive einer räumlichen Trennung unverträglicher Raumnutzungen "soweit wie möglich" als "Einschränkung" jenes anderen Abwägungsgesichtspunktes "Bedeutung haben" sollte. Das ist indessen gerade die Normbedeutung jeder abwägungsfähigen und abwägungsabhängigen rechtlichen Zwecksetzung. Es ist also nicht erkennbar, daß der Gesetzgeber in diesem Falle von einem Verständnis des "Optimierungsgebotes" als einer im konkreten Falle abwägungsfähigen und abwägungsabhängigen Direktive ohne Elemente einer regelhaften Normierung abgehen wollte.

4.3 Nicht anders stellt sich die Rechtsquellenlage für grundsätzlich in Betracht kommende "planungsrechtliche Optimierungsgebote" des Naturschutzrechts dar. Für diesen Rechtsbereich allgemein aussagekräftig ist die Bestimmung des § 1 BNatSchG, weil diese vom Gesetzgeber als die "tragende Basis aller Vorschriften des Gesetzes", mithin als Festlegung der "Prinzipien" des Naturschutzrechts angesehen wird⁶⁷. In den Gesetzesmaterialien von 1976 ist hierzu ausdrücklich festgehalten, daß die betreffenden "Ansprüche von Naturschutz und Landschaftspflege" bei Zielkonflikten nicht "dominierend" seien, daß vielmehr "ein Interessenausgleich mit den übrigen gleichrangigen Ansprüchen vorzunehmen sei"⁶⁸.

In diesem Falle ist allerdings auch einschränkend hinzugefügt, daß die "grundsätzlich lebenswichtige Bedeutung" von Naturschutz und Landschaftspflege zu berücksichtigen sei. Darin kann aber lediglich der Hinweis gesehen werden, daß vor allem mit Rücksicht auf die anthropozentrische Funktion von Naturschutz und Landschaftspflege sowie auf grund-

66 Zur planerischen Umweltvorsorge *Kloepfer*, Umweltrecht, 1989, Rn. 5 ff. und *Breuer*, Umweltschutzrecht, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, Fünfter Abschnitt Rn. 7 ff.

67 BT-Drucks. 7/5251, S. 5.

68 A.a.O., S. 6.

rechtliche Pflichten des Staates zum Schutze von Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) naturschutzrechtliche Planungsdirektiven einen "stabilen Kern" bzw. einen grundrechtlichen "Wesensgehalt" (Art. 19 Abs. 2 GG) haben können, der ihnen bei der planungsrechtlichen Abwägung einen konkreten Vorrang und eine konkrete "Abwägungsunabhängigkeit" zu verleihen vermag⁶⁹. Generell kann eingeräumt werden, daß wegen der regelmäßig nur einmal verfügbaren und bei Eingriffen nur beschränkt wieder herstellbaren und ausgleichbaren "Natur" im Naturschutzrecht die abwägende Zurücksetzung von Vorhaben und Maßnahmen, die in schützenswerte und schutzbedürftige Naturgüter eingreifen, "bereits vorbedacht" ist⁷⁰. Schließlich mag auch die Beurteilung zutreffen, daß die in der Verwaltungs- und Rechtspraxis gegen Naturschutzbelange geltend gemachten Gesichtspunkte häufig nur das Gewicht von "Standardeinwendungen" hätten⁷¹. Aber alle diese Umstände bedeuten für die Normstruktur des Planungsrechts lediglich, daß die betreffenden naturschutzrechtlichen Planungsdirektiven im Anwendungsfalle allein aufgrund der konkreten Sachlage eine Verengung auf eine relativ oder absolut regelhafte Normbedeutung erfahren können. Eine normstrukturelle Regelhaftigkeit der betreffenden "planungsrechtlichen Optimierungsgebote" kann aber deshalb ihren gesetzlichen Regelungen nicht entnommen werden. Diese Feststellungen zur Begründung eines "konkreten" Vorranges naturschutz-

69 *Weyreuther*, UPR 1981, 33/40; *Stenschke*, BayVBl. 1987, 644/648. Insofern ist allerdings in der Rechtsbegründung zu unterscheiden zwischen einem im konkreten Falle grundrechtlich konstituierten Vorrang von Umweltrechtsgütern einerseits und einem in der Regel zum gleichen Ergebnis führenden objektivrechtlichen Vorrang andererseits, etwa nach Maßgabe des "Staatszieles Umweltschutz" (Art. 20a GG). Jedenfalls bei objektivrechtlichen Direktiven zum Umweltschutz ist ein Vorrang von Umweltrechtsgütern stets das Ergebnis einer "konkreten" Abwägung und deshalb immer zweckrational zu begründen (so nun auch BVerwG, B. vom 13.4.1995, NJW 1995, 2648 ff.). Dagegen würde die Annahme eines "regelhaften", deduktiv subsumtionsfähigen Vorranges in der praktischen Auslegung und Anwendung die Gefahr einer "beliebigen" Extensität eröffnen.

70 BayVGH 25.1.1994, BayVBl. 1994, 342/344.

71 A.a.O.

rechtlicher Direktiven bzw. Belange gelten generell für gegebenenfalls "lebenswichtige" Umweltrechtsgüter.

4.4 Zuletzt erscheint es aufschlußreich, den legislativen Vorstellungen in bezug auf die in dem Zusammenhang besonders "typische" Bodenschutzklausel für die Bauleitplanung nach § 1 Abs. 5 S. 3 BauGB nachzugehen. Die Gesetzesmaterialien von 1986 hierzu verbinden mit der ausdrücklichen Kennzeichnung dieser Klausel "als besonders wichtiges Kriterium für die Abwägung" keineswegs die Absicht, daß von dieser Zwecksetzung in begründeten Fällen, insbesondere bei "einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung anderer Belange", nicht abgewichen werden könnte⁷². Im Gegenteil ist einem damals vom Bundesrat gemachten Vorschlag, der Klausel eine regelhafte Ist-Formulierung zu geben, ausdrücklich entgegengehalten worden, daß eine derartige Regelung den rechtsstaatlichen Erfordernissen an die Abwägung nicht entspreche⁷³; deshalb ist es dann auch bei der Fassung der Klausel als Soll-Vorschrift geblieben.

4.5 Die Überprüfung repräsentativ ausgewählter einschlägiger Gesetzesquellen bestätigt somit, daß die Deutung bestimmter gesetzlicher Planungsdirektiven durch die Planungsrechtsprechung als wenn auch nur relative, so doch jedenfalls regelhafte Gewichtungsvorgaben für die planungsrechtliche Abwägung keine gesetzliche Grundlage hat und allein einem richterlichen Mißverständnis zur Normbedeutung von rechtlichen "Optimierungsgeboten" entsprungen sein kann. Möglicherweise handelt es sich bei den betreffenden Ausführungen auch nur um unbedachte Formulierungen, die in ihrer objektiven Bedeutung und Tragweite so nicht gewollt gewesen und deshalb einer bloßen Richtigstellung zugänglich sind. Gleiches kann für diejenige planungsrechtliche Literatur nicht in Erwägung gezogen werden, die in einer gerade für das Planungsrecht bekannten geflissentlichen Beschränkung auf eine Nachbereitung und Perfektionierung judizieller Äußerungen und Anstöße sogar noch zu den vorhin erwähnten, übersteigerten Annahmen von Maximierungs- und Vorrangregelungen für die planungsrechtliche Abwägung gelangt ist⁷⁴.

72 BT-Drucks. 10/4630, S. 61 f.

73 BT-Drucks. 10/5027, S. 2 und 10/5111, S. 1 f.

74 Fn. 52 bis 59.

Demgegenüber ist festzuhalten, daß "planungsrechtliche Optimierungsgebote" nichts anderes sind als die synonyme Umformulierung abwägungsfähiger und abwägungsabhängiger gesetzlicher "Planungsdirektiven" in eine weiter verbreitete sprachliche Alternative, die sowohl außerhalb der Jurisprudenz als auch sonst in der Rechtswissenschaft, vor allem in der Grundrechtstheorie, üblicherweise für abwägungsbezogene Zwecke bzw. rechtliche Zwecksetzungen gebraucht wird. Wenn sich die erörterte Rechtsprechung und Literatur zum Planungsrecht von dieser Normstruktur "rechtlicher Optimierungsgebote" entfernt hat, dann ist hierin allerdings mehr als allein das vorstehend behandelte rechtskonstruktive Problem zu sehen. Offenbar ist dabei eine Tendenz zu regelhaften Steuerungen der planungsrechtlichen Abwägung sichtbar geworden, die einen politischen Hintergrund hat und sich auch aus einer entsprechenden Disposition des Planungsrechts erklären läßt, die sich bei diesem infolge bestimmter Entwicklungen eingestellt hat.

5. POLITISCHE TENDENZEN ZUR REGELHAFTEN NORMIERUNG DER PLANUNGSRECHTLICHEN ABWÄGUNG

5.1 Das Planungsrecht bietet einen grundsätzlichen Angriffspunkt. Dies beruht auf bekannten Gründen, die im vorliegenden Zusammenhang gleichwohl nochmals zusammenfassend vergegenwärtigt werden müssen.

Die zentrale Funktions- und Kontrollnorm des Planungsrechts, das planungsrechtliche Abwägungsgebot, enthält lediglich einen formalen rechtlichen Maßstab "vernünftiger" Begründung im Rahmen der geltenden Rechtsordnung. "Vernünftig" und "rechtmäßig" ist darum die planungsrechtliche Abwägung nach der Rechtsstruktur zweckrationaler Normierung dann und allein schon dann, wenn die in ihr vorgenommene Präferenz Aussage für ein bestimmtes Planungskonzept "begründet" worden, d.h. aus einer vollständigen und im übrigen korrekten Begründung abge-

leitet worden ist⁷⁵. Eine Ergebniskontrolle in Gestalt einer Prüfung auch der "Begründbarkeit" einer planungsrechtlichen Gestaltungsentscheidung entspricht weder der Rechtsstruktur zweckrationaler Normierung noch der geltenden gewaltenteilenden Kompetenzabgrenzung von Verwaltung und Rechtsprechung⁷⁶. Diese Rechtslage ist beim allgemeinen Rechtsfolgeermessen der Verwaltung anerkanntermaßen nicht anders, vielmehr dort maßgebliche Meinung und Praxis⁷⁷. Die von der Planungsrechtsprechung dagegen bekanntlich angenommene und beanspruchte Rechtmäßigkeitsprüfung nicht nur des Abwägungsvorganges, sondern auch des Abwägungsergebnisses⁷⁸ bedeutet den Kompetenzanspruch der Gerichtsbarkeit, eine planungsrechtliche Entscheidung nicht nur auf ihre "Begründung", sondern auch auf ihre "Begründbarkeit" zu überprüfen. Mit den gegenwärtig geltenden gesetzlichen Ermächtigungen zur Ermessens- bzw. Planungsverwaltung läßt sich eine derartige gerichtliche Ergebniskontrolle von allgemeinem Verwaltungsermessen und von Planungsermessen nicht in Einklang bringen. Vielmehr wäre die Rechtsprechung auf eine Überprüfung der Ermessensbegründung bzw. der Begründung planungsrechtlicher Gestaltung beschränkt. Es gehört nach der Normstruktur des Planungsrechts begriffsnotwendig zu diesem, daß seine Entscheidungen "in konkreter Situationsgerechtigkeit"⁷⁹ bestehen und seine planerischen Präferenzaussagen als solche einer unmittelbaren, ergebnisbezogenen gesetzlichen Normierung entzogen sind. Lediglich die gesetzlichen "Planziele" und die ge-

75 Zur "Abwägung im Recht" bzw. zur planungsrechtlichen Abwägung als einem lediglich formalen Maßstab Nachw. Fn. 7 und 10 f.; ferner *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 154; *Grabitz*, AöR 98 (1976), 567/583; *Rubel*, Planungsermessen, 1982, S. 152; *Koch*, DVBl. 1983, 1125/1126 ff. und *ders.*, DVBl. 1989, 399 f.; v. *Arnim* (Fn. 10), S. 211 ff.; *Ress* (Fn. 10), S. 21 ff.; *Tsevas* (Fn. 9), S. 154 ff.; *Zippelius* (Fn. 10), § 17a; *Berkemann* (Fn. 9), S. 27/30 ff.

76 Siehe bei *Bartlsperger* (Fn. 13), 8.3. Ebenso *Berkemann* (Fn. 9), S. 27/51 f.

77 Dazu bei *Kopp*, VwVfG, 5. Aufl. 1991, § 40 Rn. 14 ff. und *ders.*, VwGO, 10. Aufl. 1994, § 114 Rn. 7 ff. sowie *Ossenbühl*, in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, § 10 II 2 und 3.

78 Nachw. zur Rspr. und zu gleichen Auffassungen im Schrifttum bei *Bartlsperger* (Fn. 13), 8.3 Fn. 132.

79 *Weyreuther*, UPR 1981, 33/40.

setzlichen "Planungsdirektiven" in dem hier definierten Sinne, also die legislativen Zweckbestimmungen der Planung und die legislativen Zwecksetzungen zur Planung, verwirklichen in Verbindung mit den rechtsstaatlichen Geboten der Planrechtfertigung und der planungsrechtlichen Abwägung die Gesetzmäßigkeit der Planungsverwaltung⁸⁰. Diese Rechtslage ist von jeher Angriffen ausgesetzt.

5.2 Grundsätzlich sind Appelle an den Gesetzgeber gerichtet worden, das Planungsrecht, vor allem im Bereich umweltrelevanter Planungen, durch inhaltlich regelhafte Vorschriften, wie etwa Gewichtungsvorgaben und Grenzwertfestsetzungen sowie eine verbindliche Planungshierarchie, zu binden⁸¹. Jüngst werden in grundlegender Weise Bedenken gegen die bloße Zweck- bzw. Finalprogrammierung der Planungsverwaltung wegen des Gesetzesvorbehalts für die Verwaltung sowie wegen der teilweisen Grundrechtsbezogenheit planungsrechtlicher Tätigkeit geltend gemacht⁸². Eine Selbst-Legitimation der Planungsverwaltung aus der sogenannten "planerischen Gestaltungsfreiheit" wird bezweifelt⁸³. Einer fachplanerischen Ermächtigungsgrundlage, wie derjenigen des § 17 Abs. 1 FStrG, wird in dem Zusammenhang die Beurteilung zuteil, daß sie "rechtsstaatlich kritisch" sei und "vorkonstitutionelles Grundverständnis" der Planung spiegele⁸⁴. Auf verfassungstheoretischer bzw. politischer Ebene wird eine Ambivalenz des Planungsrechts bzw. der "Abwägung im Recht" überhaupt deshalb eingeräumt, weil dabei möglicherweise eine "nackte Entscheidungsschwäche" des Gesetzgebers zutage trete⁸⁵ oder hierdurch die Neigung sichtbar werde, einem Legitimationsdefizit des pluralistischen

80 Oben unter 2.3 und 2.4.

81 Nachw. bei *Weyreuther*, UPR 1981, 33/39 f. (Fn. 80) sowie *Hoppe*, DVBl. 1994, 1033/1040 und *ders.*, UPR 1995, 201/202.

82 *Berkemann* (Fn. 9), S. 27/36 ff., insb. 38.

83 A.a.O.

84 A.a.O.

85 *Weyreuther*, UPR 1981, 33/40.

Staates abzuhelpfen⁸⁶. Die "Abwägung im Recht" generell und die planungsrechtliche Abwägung im besonderen erscheinen somit als grundsätzliches rechts- und verfassungstheoretisches Problem der Verbindung von Recht und Politik⁸⁷ sowie als grundsätzliches rechtsmethodisches Phänomen einer Ablösung bzw. Überwindung des Rechtspositivismus⁸⁸.

Es hat also im Rahmen einer breiteren Tendenz gelegen, wenigstens den vorhandenen, allerdings auch zunehmenden, gesetzlichen Planungsdirektiven für die planungsrechtliche Abwägung die Normbedeutung einer regelhaften Steuerung der Planungsverwaltung beizulegen. Dabei ist unverkennbar, daß die gemäß dieser Tendenz in der Planungsrechtsprechung angenommenen und in der planungsrechtlichen Literatur erörterten regelhaften "Optimierungsgebote" für die Planung aus dem ökologischen Politik- und Rechtsbereich kommen und durch Umweltschutzbelange motiviert sind.

5.3 Soweit ersichtlich, gehören die bislang als regelhafte "planungsrechtliche Optimierungsgebote" beurteilten bzw. erwogenen gesetzlichen Planungsdirektiven, mit Ausnahme eines von der Planungsrechtsprechung mehr oder weniger deutlich einbezogenen haushaltsrechtlichen Grundsatzes sowie der im Schrifttum aufgeführten planungsrechtlichen Direktiven zugunsten von Belangen bei der Hauptstadtplanung und der Planung für Verfassungsorgane des Bundes, alle dem planungsrechtlichen Umweltschutz an⁸⁹. Auch im planungsrechtlichen Schrifttum sind sowohl die frühzeitig geäußerten Bedenken gegenüber regelhaften Steuerungen der planungsrechtlichen Abwägung als auch die der betreffenden Planungsrechtsprechung nachfolgenden positiven Beurteilungen regelhafter "planungsrechtlicher Optimierungsgebote" allein oder zum Großteil unter dem Gesichtspunkt einer Stärkung des Umweltschutzes in der Planungsverwal-

86 *Pawłowski*, Rechtsstaat ohne Rechtsdogmatik?, in: Krawietz/Ott (Hrsg.), Formalismus und Phänomenologie im Rechtsdenken der Gegenwart, Festgabe Troller, 1987, S. 31/46.

87 So *Pawłowski*, a.a.O., S. 47.

88 Dazu Nachw. Fn. 7, insb. *Dreier*, NJW 1986, 890 ff.; auch *Pawłowski*, a.a.O., S. 41 ff. und *ders.*, NJW 1989, 2240/2242.

89 Fn. 42 bis 50.

tung erfolgt⁹⁰. Deshalb geht man kaum fehl mit der Feststellung, daß die Rechtsfigur regelhafter "planungsrechtlicher Optimierungsgebote" im wesentlichen der Versuch ist, die Abwägungsabhängigkeit von Umweltschutzbelangen einzuschränken bzw. faktisch zu beseitigen.

In deutlicher Erkenntnis dieses Vorganges ist schon einige Zeit vor der hier erörterten revisionsgerichtlichen Rechtsprechung verbreitet festgestellt und an einer Stelle drastisch formuliert worden, daß regelhafte Umweltschutzvorgaben für die planungsrechtliche Abwägung den Einbruch der "Utopie" in die Rationalität des Planungsrechts bedeuten würden, deren "Unerträglichkeit" außer Diskussion stehen sollte⁹¹. Bei solchen Vorgaben handelt es sich um ein signifikantes Anzeichen dafür, daß die sogenannte Wertbegründung des Rechts, vor allem die Theorie einer Wertbegründung der Grundrechte, mit ihren möglichen Folgen einer intuitiven, emotionalen und irrationalen Werterfassung Einzug in das Planungsrecht hält⁹². Dies bedeutet, daß an die Stelle des Arguments und einer rationalen Verständigung die "Diskriminierung" tritt sowie "Intoleranz" und "Fanatismus" treten können⁹³.

Wenn aus politischen Motiven das rationale Planungsargument auf Verwaltungsebene und die Abwägungsabhängigkeit gesetzlicher Planungsrichtlinien sowie planbetreffender Abwägungsbelange im und für den konkreten Fall zurückgedrängt oder aufgehoben werden, dann liegt darin eine Beseitigung der planungsrechtlichen Gestaltungsbefugnis bzw. des Planungsermessens und folglich des Planungsrechts überhaupt zugunsten deduktiv subsumtionsfähigen Verwaltungsrechts. Allerdings weist das Planungsrecht in seiner bislang maßgeblichen richterrechtlichen Ausgestal-

90 Einerseits kritisch *Weyreuther*, UPR 1981, 33 ff., andererseits positiv *Funke*, DVBl. 1987, 511 ff. und *Blumenberg*, DVBl. 1989, 86 ff.

91 *Weyreuther*, a.a.O., 38 m. Nachw. Fn. 65.

92 Zur Auflösung rechtsstaatlicher Strukturen in einer bestimmten Planungsrechtstheorie und zu entsprechenden, dem Wertdenken folgenden Grundrechts- bzw. Normbegründungstheorien *Bartlsperger* (Fn. 13), 5 und 6 m. Nachw.; grundlegend kritisch *Böckenförde*, *Kritik der Wertbegründung des Rechts*, in: *Löw* (Hrsg.), *Oikeiosis*, Festschrift Spaemann, 1987, S. 1 ff.

93 *Böckenförde*, a.a.O., S. 15 f.

tung und in den jüngeren Planerhaltungsregelungen auch Dispositionen für eine Entwicklung in dieser Richtung auf.

6. DISPOSITIONEN IM PLANUNGSRECHT ZUR REGELHAFTEN NORMIERUNG

6.1 In den Zusammenhang gehören die eingangs angesprochenen gesetzlichen Planerhaltungsregelungen für Bauleitplanung und Planfeststellungen sowie der darüber hinaus im Schrifttum vorgeschlagene Grundsatz der Planerhaltung⁹⁴. Diese entspringen zwar im Anlaß und im Grunde der gänzlich anderen Motivation, einer nicht mehr als hinnehmbar empfundenen Hypertrophie der Rechtmäßigkeits- und Bestandskontrolle der betreffenden Planungsrechtsakte entgegenzuwirken und das Prinzip der Rechtssicherheit zur Geltung zu bringen⁹⁵. Aber im Ergebnis weisen sie eine mögliche Gemeinsamkeit und eine vergleichbare Tendenz auf, die Rechtmäßigkeit des Abwägungsvorgangs als Kriterium der Rechtmäßigkeits- und Bestandskontrolle planungsrechtlicher Akte zurückzudrängen.

Es ist zwar einzuräumen und zu unterstützen, daß die betreffenden gesetzlichen Planerhaltungsregelungen eine Auslegung gestatten, wonach diese ohne Bezug auf das Abwägungsergebnis allein auf eine mögliche Fehlerursächlichkeit des Abwägungsvorganges abstellen⁹⁶. Aber es ist auch nicht zu übersehen, daß der Gesetzgeber unglücklicherweise von einer Fehlerursächlichkeit des Abwägungsvorganges für das Abwägungsergebnis spricht und damit eine Interpretation nahelegt, nach der sich eine Fehlerfolge letztlich nach der "Begründbarkeit" des Abwägungsergebnisses zu richten hat⁹⁷. Schließlich vermag auch nicht einzuleuchten, wie der im Schriftum propagierte Grundsatz der Planerhaltung die von ihm soge-

94 Oben unter 1.1 Fn. 3 bis 7.

95 So vor allem *Sendler* (Fn. 5).

96 Dazu *Bartlspenger* (Fn. 13), 8.3.

97 A.a.O., 8.3 Fn. 133.

nannten "Bestandsinteressen" eines fehlerhaften Planungsrechtsaktes⁹⁸ abwägend zur Geltung bringen soll, ohne hierbei das Gewicht des betreffenden Abwägungsergebnisses nach seiner "Begründbarkeit" einzuschätzen. Man kann deshalb zumindest davon ausgehen, daß der gesetzlich geregelte und der angeblich ungeschriebene Grundsatz der Planerhaltung die Relevanz des planungsrechtlichen Abwägungsvorganges einschränken und auf diese Weise die Normbedeutung des planungsrechtlichen Abwägungsgebots als Gebot zur zweckrationalen konkreten "Begründung" der planerischen Präferenzaussagen gegenüber deren "Begründbarkeit" zurücksetzen.

Ähnlich offen ist die Frage, ob regelhafte "planungsrechtliche Optimierungsgebote" das planungsrechtliche Abwägungsgebote zu einer am Abwägungsergebnis orientierten Rechtmäßigkeits- und Kontrollnorm machen. So wird ausdrücklich geleugnet, daß derartige "Optimierungsgebote" eine unmittelbare Aussage zur Plankontrolle am Abwägungsvorgang oder am Abwägungsergebnis betreffen⁹⁹. Aber es kann jedenfalls nicht daran vorbeigegangen werden, daß eine regelhafte Steuerung der planungsrechtlichen Abwägung im Rahmen ihres Rechtsgeltungsanspruchs den rational konkreten Abwägungsvorgang ausschaltet. Es liegt also ein gemeinsamer Boden vor, den für das Planungsrecht nach dessen Normstruktur begriffsnotwendigen, rational konkreten Abwägungsvorgang zurückzudrängen oder gänzlich auszuschalten. Dies hat auch mit einer zweiten Disposition des praktizierten Planungsrechts zu tun.

6.2 Die gesetzliche Ausgestaltung der Bebauungspläne als Satzung und die hieraus resultierende umfassende verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nach dem sogenannten Nichtigkeitsdogma für Rechtsnormen sowie die von der Planungsrechtsprechung im Ergebnis eingeräumte verwaltungsgerichtliche Klagebefugnis gegen Planfeststellungen nach dem Prinzip individueller Beanstandungsverfahren haben dazu geführt, daß die Rechtskontrolle der betreffenden Planungsrechtsakte materiellrechtlich umfassend ist¹⁰⁰. Planbetroffene Individualrechte werden hierbei von der

98 *Hoppe* (Fn. 6).

99 *Hoppe*, DVBl. 1992, 853/856.

100 Hierzu ausführlich und kritisch *Bartlisperger* (Fn. 13), 2 bis 4. Das individualrechtliche Rechtsschutzprinzip gewährt nach richtiger Auffassung eine Klagebefugnis

Planungsrechtsprechung als "verplanbar" nach einem sogenannten integrativen Planungsansatz behandelt und zu einem bloßen "Recht auf Abwägung" abgestuft. Im Ergebnis wird die planungsrechtliche Abwägung auch in individualrechtlicher Hinsicht als ein undifferenzierter, offener pluralistischer Planungsdiskurs gehandhabt und kontrolliert. Damit sind die rechtmethodischen Voraussetzungen für eine "Wertbegründung" planungsrechtlicher Präferenzen geschaffen worden.

Es ist deshalb in sich nur folgerichtig, wenn die werttheoretische Öffnung des planungsrechtlichen Abwägungsgebotes, wie schon erörtert, zu einer politisch, vor allem umweltpolitisch, motivierten Wertordnung des Planungsrechts genutzt wird und auf diese Weise regelhafte Steuerungen des Planungsrechts begründet werden. Der Vorgang hat jedoch nicht zuletzt auch eine verfassungsrechtliche Seite.

7. VERFASSUNGSRECHTLICHE FRAGEN

7.1 Eine verfassungsrechtliche Problematik besteht einmal darin, ob regelhafte "planungsrechtliche Optimierungsgebote" nicht bereits deshalb verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen, weil das planungsrechtliche Abwägungsgebot allein schon als objektivrechtliche Funktions- und Handlungsnorm der Planungsverwaltung Anforderungen rechtsstaatlicher Ver-

und gerichtliche Kontrollkompetenz lediglich dahin, ob die "für" das betreffende Plankonzept angeführten Belange, die sich also unmittelbar auf eine Verwirklichung der betreffenden planungsgesetzlichen Zweckbestimmung in der Plankonzeption beziehen (Maßnahmen- oder Vorhabenbelange), gegeben sind und eine korrekte Begründung hierfür zu tragen vermögen. Die "Rechtmäßigkeit" eines Planungsrechtsaktes im übrigen, vor allem am Maßstab des planungsrechtlichen Abwägungsgebots als einer bloß objektivrechtlichen Funktions- und Handlungsnorm der Planungsverwaltung, gehört nicht zu einer individualrechtlichen Kontrolle der Planungsverwaltung (a.a.O., unter 4.3). Positivrechtlich hat dies derzeit allerdings nur für das Planfeststellungsrecht Bedeutung; Bebauungspläne sind wegen ihrer Rechtssatzform nach Maßgabe der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle (§ 47 VwGO) überprüfbar.

hältnismäßigkeit im und für den konkreten Fall unterliegt¹⁰¹. Vor allem hat die Verfassungsfrage auch eine individualrechtliche Seite. Insofern richtet sie sich darauf, ob regelhafte "planungsrechtliche Optimierungsgebote" im Hinblick auf planungsrelevante bzw. planbetroffene Grundrechte, insbesondere das Eigentumsgrundrecht, mit der grundrechtlichen Schrankenregel vereinbar sind, wonach administrative Grundrechtseingriffe unbeschadet der vorausgesetzten generellen gesetzlichen Zweckbestimmung, stets eine Verhältnismäßigkeitsprüfung unter den individuell konkreten Voraussetzungen des Falles erfordern¹⁰². Unter beiden Gesichtspunkten erscheinen verfassungsrechtliche Bedenken gegen regelhafte "planungsrechtliche Optimierungsgebote" begründet. Hierzu soll abschließend wenigstens Stellung bezogen werden.

101 Insofern stellt sich allerdings die Frage nach der Rechtsbegründung des Grundsatzes rechtsstaatlicher Verhältnismäßigkeit als sowohl objektivrechtliches als auch subjektivrechtliches Verfassungsprinzip; dazu *Lerche* (Fn. 32), S. 29 ff.; *Schlink* (Fn. 75), S. 143 ff.; *Jakobs* (Fn. 7), S. 27 ff., 86 ff. und 93 ff. sowie *Dechsling* (Fn. 7), S. 83 ff.; speziell zur Vereinbarkeit von planungsrechtlichen "Vorrangregelungen" mit dem Rechtsstaatsprinzip *Funke*, DVBl. 1987, 511/515.

Zur Verhältnismäßigkeit als individualrechtlichem Verfassungsprinzip in der Verfassungsrechtsprechung BVerfG, B. vom 15.12.1965, BVerfGE 19, 342/348; vom 16.3.1971, BVerfGE 30, 292/315 ff. und vom 19.10.1982, BVerfGE 61, 126/134.

102 Zur individualrechtlich grundrechtlichen Seite des Verhältnismäßigkeitsprinzips *Schlink* (Fn. 75), S. 129 f., 180 f. und 192 ff.; *Grabitz*, AöR 98 (1976), 567/586 ff.; *Jakobs* (Fn. 7), S. 42 ff.; *Ress* (Fn. 10), S. 7 ff.; *Hill*, Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Strafgewalt, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, § 156 Rn. 21; *Schnapp*, JuS 1993, 850 ff.; *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, 12. Aufl. 1994, § 30 I 2; *ders.* (Fn. 10), § 10 V und § 17 b. Speziell zur Verhältnismäßigkeit der planungsrechtlich relevanten administrativen Enteignung BVerfG, Urt. vom 18.12.1968, BVerfGE 24, 367/404 f. sowie im Rahmen einer gesetzlichen Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums BVerfG, B. vom 10.7.1958, BVerfGE 8, 71/80 und vom 12.12.1963, BVerfGE 21, 73/86.

Ferner zur Verhältnismäßigkeit als Ausdruck des Gleichheitsgebots *Lerche* (Fn. 32), S. 29 ff. und in planungsrechtlicher Hinsicht *Badura*, Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des allgemeinen Verwaltungsrechts, in: *Verfassung und Verfassungsrechtsprechung*, Festschrift BayVGH, 1972, S. 157/178 und 181.

7.2 Allein schon objektivrechtlich kann es als ein Verfassungsprinzip angesehen werden, daß die Konstituierung von Gemeinwohl aus hierzu vorhandenen rechtlichen Direktiven und aus einschlägigen Belangen, wie sie bei der Planungsverwaltung geschieht, ein Vorgang der Abwägung nach dem formalen Maßstab der Verhältnismäßigkeit und der "Optimierung" im und für den konkreten Fall ist¹⁰³. Alle lediglich "dirigierenden" rechtlichen Regeln tragen das Gebot ihrer verhältnismäßigen Abwägung mit anderen rechtlichen Direktiven und Belangen in sich. Wenn sich darum die Legislative entschließt, eine Gemeinwohler Entscheidung nicht bereits selbst abschließend regelhaft zu treffen, sondern sie, gegebenenfalls nach gesetzlichen Direktiven, der administrativen Konkretisierung, wie der Planungsverwaltung, zu überlassen, dann kann die betreffende Verwaltungsentscheidung kraft Verfassungsrechts stets nur im Wege einer verhältnismäßigen Abwägung im und für den konkreten Fall erfolgen.

Gleiches gilt hinsichtlich der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeit der Planungsverwaltung. Dies erweist sich vor allem bei der regelmäßigen eigentumsrechtlichen Planbetroffenheit und an der hierfür geltenden grundrechtlichen Schrankenregel der Verhältnismäßigkeit sowohl für eine Administrativenteignung (Art. 14 Abs. 3 GG) als auch für einen administrativen Eigentumseingriff im Rahmen einer gesetzlichen Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG)¹⁰⁴. In beiden Fällen und auch im übrigen Grundrechtsbereich kann das Gebot grundrechtlicher Verhältnismäßigkeit eines administrativen Eingriffs nur bedeuten, daß eine Abwägung bzw. "Optimierung" im und für den konkreten Fall zu erfolgen hat.

103 *Lerche* (Fn. 32), S. 32 ff., 61 ff.; *Hirschberg* (Fn. 32), S. 177 ff., 186 ff., 208 ff., 215, 218; v. *Arnim* (Fn. 10), S. 211 ff.; *Jakobs* (Fn. 7), S. 104 ff., 129 ff.; *ders.*, DVBl. 1985, 97/98 f.; *Dechsling* (Fn. 7), S. 9 ff., 17 ff., 24 ff. und *Schmidt-Aßmann* (Fn. 8), S. 3/12.

Allein schon objektivrechtlich ist wohl auch die ständige Feststellung des BVerwG zu verstehen, wonach das planungsrechtliche Abwägungsgebot "zum Wesen einer rechtsstaatlichen Planung" gehört: Urt. vom 10.2.1978, BVerwGE 55, 220/227 und vom 11.12.1981, BVerwGE 64, 270/273.

104 Nachw. Fn. 101.

Der Gesetzgeber muß sich also auch nach Verfassungsrecht entscheiden, ob er eine Gemeinwohlfrage selbst "regeln" oder ob er hierfür die Planungsverwaltung ermächtigen will. Im letzteren Falle hat er sich dann auf abwägungsfähige und abwägungsabhängige Direktiven bzw. "Optimierungsgebote" beschränkt. Diese kraft Verfassungsrechts bestehende klassifikatorische Normstruktur des Planungsrechts ist auch der Auslegung gesetzlicher Planungsdirektiven durch die Planungsrechtsprechung und jeder anderen Interpretation jener Normen vorgegeben.

DIE NATURSCHUTZRECHTLICHE EINGRIFFS- REGELUNG

Von *Ulrich Kuschnerus*

I. DIE GRUNDLEGENDEN BUNDESRECHTLICHEN RAHMENVORSCHRIFTEN:

1. Legaldefinitionen:

§ 8 Abs. 1 BNatSchG:

Eingriffe in Natur und Landschaft im Sinne dieses Gesetzes sind Veränderungen der Gestalt oder Nutzung von Grundflächen, die die *Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts* oder das *Landschaftsbild* erheblich oder nachhaltig *beeinträchtigen* können.

§ 8 Abs. 2 Satz 4 BNatSchG:

Ausgeglichen ist ein Eingriff, wenn nach seiner Beendigung keine erhebliche oder nachhaltige *Beeinträchtigung des Naturhaushalts* zurückbleibt und das *Landschaftsbild* landschaftsgerecht wiederhergestellt oder neu gestaltet ist.

2. Materielle Grundregelungen:

§ 8 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG:

Der Verursacher eines Eingriffs ist zu verpflichten, vermeidbare *Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft* zu unterlassen sowie unvermeidbare *Beeinträchtigungen* innerhalb einer zu bestimmenden Frist durch Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege auszugleichen,

soweit es zur Verwirklichung der Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege erforderlich ist.

§ 8 Abs. 3 BNatSchG:

Der Eingriff ist zu untersagen, wenn die *Beeinträchtigungen* nicht zu vermeiden oder nicht im erforderlichen Maß auszugleichen sind und die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege bei der Abwägung aller Anforderungen an Natur und Landschaft im Range vorgehen.

§ 8 Abs. 9 BNatSchG:

Die Länder können zu den Absätzen 2 und 3 weitergehende Vorschriften erlassen, insbesondere über Ersatzmaßnahmen der Verursacher bei nicht ausgleichbaren aber vorrangigen Eingriffen.

3. Verfahrensrechtliche Grundregelungen:

§ 8 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG:

Voraussetzung einer derartigen Verpflichtung < zur Vermeidung bzw. zum Ausgleich > ist, daß für den Eingriff in anderen Rechtsvorschriften eine behördliche Bewilligung, Erlaubnis, Genehmigung, Zustimmung, Planfeststellung, sonstige Entscheidung oder eine Anzeige an eine Behörde vorgeschrieben ist.

§ 8 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG:

Die Verpflichtung wird durch die für die Entscheidung oder Anzeige zuständige Behörde ausgesprochen.

§ 8 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG:

Die Entscheidungen werden im Benehmen mit den für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden getroffen, soweit nicht eine weitergehende Form der Beteiligung vorgeschrieben ist oder die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden selbst entscheiden.

II. DIE GRUNDSTRUKTUR DER EINGRIFFSREGELUNG

1. Das vierstufige Regelungssystem:

- Primäre Verpflichtung des Eingriffsverursachers, vermeidbare Beeinträchtigungen zu unterlassen (§ 8 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG)
- Sekundäre Verpflichtung des Eingriffsverursachers, unvermeidbare Beeinträchtigungen auszugleichen (§ 8 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG)
- Bipolare naturschutzrechtliche Abwägung bei verbleibenden Beeinträchtigungen (§ 8 Abs. 3 BNatSchG)
- Zusätzliche Auferlegung von Ersatzmaßnahmen bzw. Zahlungspflichten (Ersatzgeld, Ausgleichsabgabe) nach einer den Vorrang des Eingriffs ergebenden Abwägung (§ 8 Abs. 9 BNatSchG i.V.m. Landesrecht)

2. Die Schutzobjekte:

Schutzobjekte der Eingriffsregelung sind nicht Natur und Landschaft schlechthin; bei ihr geht es ausschließlich darum, Beeinträchtigungen der **Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts** und Beeinträchtigungen des **Landschaftsbilds** zu vermeiden, auszugleichen oder ersatzweise zu beheben bzw. finanziell abzugelten.

3. Das Regelungsziel:

Die Eingriffsregelung zielt ausschließlich auf die **Bewahrung des status quo** der Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts und des Landschaftsbilds. Mit ihr kann nur eine Verschlechterung des vor dem Eingriff gegebenen Zustands verhindert, nicht aber eine Gesamtverbesserung der gegebenen Situation bewirkt werden.

4. Die Eingriffsregelung als Ausprägung des Grundsatzes der Verursacherhaftung:

Adressat der sich aus der Eingriffsregelung ergebenden Verpflichtungen ist ausschließlich der Eingriffsverursacher. Er kann nur für die überschaubaren, eindeutig seinem Vorhaben zurechenbaren negativen Folgen verantwortlich gemacht werden.

5. Die Einbindung der Eingriffsregelung in andere Zulassungsverfahren:

Die Eingriffsregelung ist als "**Huckepack-Verfahren**" konzipiert. Sie modifiziert das normative Entscheidungsprogramm des Zulassungsverfahrens, in das sie eingebunden ist, inhaltlich nicht, sondern ergänzt es um zusätzliche Entscheidungselemente. Ein an sich nach dem fachlichen Entscheidungsprogramm zulässiges Vorhaben kann hiernach mit zusätzlichen Anforderungen belegt und ggf. aus Gründen des Naturschutzes und der Landschaftspflege untersagt werden. Die nach den materiellen Vorgaben der Eingriffsregelung abzuwickelnden zusätzlichen Entscheidungselemente sind lediglich verfahrensrechtlich in das jeweilige Zulassungsverfahren integriert.

Der entscheidende Unterschied zwischen der vorhabensbezogenen Eingriffsregelung nach § 8 BNatSchG (in der Fassung ihrer verbindlichen landesrechtlichen Umsetzungen) und der entsprechenden Anwendung von Elementen der Eingriffsregelung (Vermeidung, Ausgleich, Ersatz) in der Bauleitplanung nach § 8a BNatSchG besteht darin, daß § 8a BNatSchG die entsprechend anzuwendenden Elemente der Eingriffsregelung nicht nur verfahrensrechtlich in die Bauleitplanung eingebunden, sondern auch insgesamt der bauleitplanerischen Abwägung nach § 1 Abs. 6 BauGB unterworfen und damit in das materielle Entscheidungsprogramm des § 1 BauGB integriert hat.

III. DIE GRUNDLEGENDEN ELEMENTE DER LEGALDEFINITION DES EINGRIFFS:

1. Der Naturhaushalt:

Der Naturhaushalt ist das komplexe Wirkungsgefüge aller natürlichen Faktoren wie

- Boden
- Wasser
- Luft
- Klima
- Pflanzen- und Tierwelt,

wobei im Naturhaushalt innerhalb und zwischen den belebten (biotischen) und nichtbelebten (abiotischen) Faktoren vielfältige Wechselbeziehungen zwischen physikalischen, chemischen und biologischen Vorgängen bestehen.

2. Beeinträchtigungen der Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts:

Beeinträchtigt wird die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts, wenn seine **Funktionsfähigkeit** nennenswert nachteilig beeinflusst und in diesem Sinne **gestört** wird. Solche Funktionsstörungen können sich sowohl auf die einzelnen Faktoren des Naturhaushalts als auch auf ihr Zusammenwirken beziehen.

Bezogen auf die biotischen Faktoren – insbesondere Flora und Fauna – geht es dabei nicht um den konservierenden Schutz bestimmter Individuen. Die zu erhaltende Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts ist auch bezogen auf die biotischen Faktoren dynamisch. Die Ergebnisse dieses dynamischen Prozesses, insbesondere der jeweilige Bestand bestimmter Individuen auf einer konkreten Fläche wie auch die jeweils aktuell gegebene Artenvielfalt in einem bestimmten Bereich, werden entscheidend von den konkreten Modalitäten menschlicher Nutzungsformen beeinflusst. Da der Eingriffsverursacher nach dem Prinzip der Verursacherhaftung nur für die

eindeutig seinem Vorhaben – d.h. der mit dem Vorhaben verbundenen Änderung der Nutzung der betroffenen Grundfläche – verantwortlich gemacht werden kann, stellt sich die Frage, ob ihm jede in der konkreten Situation gegebene Verschiebung des Individuen- und Artenbesatzes angelastet werden kann, oder ob nur auf solche Wirkungen im Bereich von Flora und Fauna abzustellen ist, die außerhalb des rechtlich uneingeschränkt zulässigen Spektrums der jeweils angetroffenen Nutzungsart liegen.

These:

Beeinträchtigungen der Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts sind im Hinblick auf den Aspekt "**Erhaltung der Artenvielfalt von Flora und Fauna**" nur und insoweit anzunehmen, als das Vorhaben zu **Veränderungen** führt, die **außerhalb des rechtlich zulässigen Nutzungsspektrums der jeweiligen Nutzungsform** liegen. Nur soweit die betroffenen Grundflächen im Rahmen des rechtlich zulässigen Nutzungsspektrums der gegebenen Nutzungsform Lebensgrundlage einer artenreichen Flora und Fauna – einschließlich der biotischen Elemente im Wasser und im Boden – sind, kann der Verlust dieser Funktion dem Vorhabensträger angelastet werden.

Zweifelhaft erscheint daher auch, daß es bei der Eingriffsregelung unter dem Aspekt der Erhaltung der Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts darum gehen kann, die wildlebenden Pflanzen und Tiere und ihre Lebensgemeinschaften als Teil des Naturhaushalts in ihrer aktuell gegebenen natürlichen und historisch gewachsenen Artenvielfalt generell zu schützen (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 10 BNatSchG).

3. Das Landschaftsbild:

Das Landschaftsbild ist **das vom Menschen sinnlich wahrgenommene** und als Gesamtbild empfundene **Beziehungsgefüge** der einzelnen Elemente der Landschaft. Dabei ist primär die optische Wahrnehmbarkeit und Wirkung dieser Elemente von Bedeutung; ggf. können aber auch andere sinnlich wahrnehmbare Wirkungen (Geräusche, Gerüche) von Bedeutung sein.

4. Beeinträchtigungen des Landschaftsbilds:

Beeinträchtigt werden kann das Landschaftsbild in dreifacher Hinsicht:

- Verlust prägender Elemente in diesem Beziehungsgefüge infolge ihrer Beseitigung;
- erhebliche Einschränkung oder Verhinderung der sinnlichen Wahrnehmbarkeit solcher prägenden Elemente;
- Hinzufügung neuer Elemente zu dem Beziehungsgefüge, die als störend empfunden werden, weil sie gegenüber dem bestehenden Gefüge wesensfremd sind.

Maßstab für die Beurteilung der Beeinträchtigungsqualität sind die Parameter "Vielfalt", "Eigenart" und "Schönheit" der Landschaft (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 4 BNatSchG). Dabei sind nicht nur die Anforderungen an natürlich gewachsene Landschaften von Bedeutung, auch historische Kulturlandschaften sind in ihrer charakteristischen Eigenart vor Beeinträchtigungen ihres Bilds geschützt (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 13 BNatSchG).

Im Rahmen der Bewertung der Beeinträchtigungsqualität ist ferner auch von Bedeutung, inwieweit durch die Veränderung des Landschaftsbilds der Erholungswert der Landschaft negativ beeinflusst wird. Der Aspekt "Erholungswert der Landschaft" kann ohne Verstoß gegen Bundesrecht jedoch nicht zu einem dritten, gleichrangig neben der "Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts" und dem "Landschaftsbild" stehenden selbständigen Schutzobjekt erhoben werden (vgl. § 10 Abs. 1 BbgNatSchG); dies gilt jedenfalls dann, wenn die aus dem Begriff "Erholungswert der Landschaft" abzuleitenden Anforderungen über diejenigen hinausgehen sollen, die sich aus dem Begriff "Landschaftsbild" ableiten lassen.

IV. DIE ERMITTLUNG UND BEWERTUNG DER VORAUS- SICHTLICHEN EINGRIFFSFOLGEN:

1. Grundsatz:

Die Bejahung der Eingriffseigenschaft eines Vorhabens – auch auf Grund einer zulässigerweise auf § 8 Abs. 8 Satz 2 BNatSchG gestützten Eingriffsfiktion – entbindet nicht von der Verpflichtung, vor der Festlegung von Vermeidungs-, Ausgleichs- und sonstigen Maßnahmen zunächst die als zurechenbare Folge des Vorhabens konkret zu erwartenden Beeinträchtigungen zu ermitteln. Die schlagwortartige Formel "wenn Eingriff, dann Ausgleich" trifft so nicht zu.

Die Ermittlung der Eingriffsfolgen hat getrennt nach den Schutzobjekten Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts mit allen seinen Faktoren einerseits und Landschaftsbild andererseits zu erfolgen. Beeinträchtigungen der Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts sind trotz aller bislang gegebenen fachlichen Unsicherheiten aus sich heraus nach objektiv vorgegebenen fachlichen Kriterien zu bewerten, deren näherer Gehalt an dem gegebenen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis auszurichten ist und demgemäß mit fortschreitender Erkenntnis veränderbar ist. Das Landschaftsbild als vom Menschen empfundenes Abbild der sinnlichen Wahrnehmungen ist mittels menschlicher Empfindungskategorien zu bewerten, deren Inhalt rechtlich abschließend zu begrenzen ist.

2. Zum sachlichen und räumlichen Umfang der Ermittlungen:

Generell läßt sich der gebotene Umfang der Untersuchungen in sachlicher und räumlicher Hinsicht nicht festlegen. Er hängt vielmehr im konkreten Einzelfall zum einen von der Art und Dimension des Vorhabens, zum anderen auch von den konkreten Gegebenheiten der vom Eingriff unmittelbar betroffenen Fläche ab.

Zum Landschaftsbild:

In sachlicher Hinsicht kommt es auf die prägenden sinnlich wahrnehmbaren Elemente der vorhandenen Landschaft an. Diese sind im Hinblick darauf zu ermitteln und zu bewerten, inwieweit ihr Vorhandensein der Landschaft einen vielfältigen und/oder eigenartigen Charakter gibt. Dabei sind alle natürlichen Elemente von Bedeutung, seien sie natürlich entstanden oder auf Grund menschlicher Kulturformen am gegebenen Standort erst angesiedelt worden. Ebenso sind aber auch die sonstigen nicht-natürlichen Elemente des Gesamtbilds, die – wie Bauwerke u.a.m. – auf Grund menschlichen Wirkens entstanden sind, in die Betrachtung einzubeziehen und ihre das Gesamtbild beeinflussenden Wirkungen zu ermitteln.

In räumlicher Hinsicht ist darauf abzustellen, in welchem Bereich die von der Veränderung betroffenen prägenden Elemente des Landschaftsbilds sowie die vorhabensbedingt hinzutretenden neuen – störenden – Elemente sinnlich wahrnehmbar sind und inwieweit das Vorhaben selbst die sinnliche Wahrnehmbarkeit vorhandener prägender Elemente beeinträchtigt.

Zur Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts:

Bezüglich der **abiotischen Faktoren** kommt es darauf an, welche bau- und nutzungsbedingten Auswirkungen das Vorhaben auf die betroffenen Faktoren hat und ob sich diese Auswirkungen auf die vom Vorhaben unmittelbar betroffene Fläche beschränken oder auch auf räumlich größere Zusammenhänge der betroffenen Faktoren (insbes. Klima, Wasser) einwirkt.

Beispiel "Wasser":

Greift das Vorhaben ersichtlich nicht in die grundwasserführenden Schichten des Bodens ein, ist im Regelfall nur die Bedeutung der betroffenen Fläche für die Regeneration des Grundwassers – ggf. typisierend – zu betrachten sowie die Bedeutung der Veränderung für den Oberflächenwasserabfluß und ggf. einen vorhabensbedingten zusätzlichen Schadstoffeintrag in das Grundwasser. Bei voraussichtlicher beachtlicher Veränderung im grundwasserführenden Bereich

sind hingegen auch die räumlichen Auswirkungen auf das bestehende System der Grundwasserführung zu ermitteln und in die Betrachtung einzubeziehen; gleiches gilt bei Veränderungen im Bereich bestehender Abflußströme des Oberflächenwassers.

Hinsichtlich der **biotischen Faktoren** sind zunächst auf die gegebenen Nutzungsformen auf der betroffenen Fläche selbst und ihre – das gesamte Nutzungsspektrum der gegebenen Nutzungsform umfassende – Bedeutung als Lebensraum für eine artenreiche Flora und Fauna zu betrachten und in einer generalisierenden Sicht zu den in der Umgebung vorzufindenden sonstigen Nutzungsformen in Beziehung zu setzen.

Bei relativ einfachen Vorhaben kann es bei einer näheren Betrachtung der betroffenen Fläche verbleiben. Dies gilt namentlich dann, wenn die Bedeutung der bislang gegebenen Nutzung und der künftigen Nutzung für die Bewertung als "Lebensraum für eine artenreiche Flora und Fauna" einer typisierenden Betrachtung zugänglich ist (z.B. Umwandlung einer Ackerfläche in Wohnbaufläche ggf. mit Garten; Anlage eines Radwegs neben einer vorhandenen Straße) und wenn die vorhandene Nutzung auf der betroffenen Fläche sich von den im weiteren Umfeld vorhandenen Nutzungen nicht wesentlich unterscheidet.

Eine detaillierte Betrachtung auch des weiteren Umfelds ist namentlich dann geboten, wenn die betroffene Fläche ersichtlich Bestandteil einer größeren, als einheitlicher "Lebensraum" zu wertenden räumlichen Einheit ist, den die vorhabensbedingte neue Nutzung zerschneiden oder wesentlich einengen kann.

Spezielle Betrachtungen sind auch dann geboten, wenn auf der Fläche selbst oder in ihrem Umfeld Gegebenheiten anzutreffen sind, bei denen auch schon die Nutzungsmodalitäten – z.B. aus Gründen des Naturschutzes – besonderen rechtlichen Bindungen unterliegen.

3. Möglichkeiten und Grenzen einer pauschalierenden Betrachtung:

Eine rechtliche Aufbereitung der Vorgaben für fachliche Bewertungsmodelle ist unverzichtbar. Vor der fachlichen Begutachtung komplexer

Sachverhalte muß der rechtliche Gehalt der Begriffe feststehen, unter die fachlich zu subsumieren ist.

Grundthesen:

Das Landschaftsbild ist einer mathematisierten Bewertung nicht zugänglich.

Rechtlich bindende Wertungsfaktoren für die Bewertung der einzelnen Elemente fehlen und dürften abstrakt-generell auch nicht festlegbar sein. Die Feststellung von "Vielfalt, Eigenart und Schönheit" eines bestimmten gegebenen Landschaftsbilds ist – wie auch die Feststellung des Ausgleichs eingriffsbedingter Störungen – nur einzelfallbezogen argumentativ möglich.

Auch hinsichtlich der Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts ist eine abschließende mathematisierte Gesamtbewertung der Eingriffssituation – wie auch der Ausgleichssituation – in der Regel nicht möglich.

Bei einfach gelagerten Sonderfällen, die lediglich einzelne Faktoren des Naturhaushalts beeinträchtigen und dies auch nur in typisierend betrachtbarer Form, mag bei Vorliegen eines fachlich hinreichend abgesicherten Bewertungsmodells ausnahmsweise auch eine mathematisierte Betrachtung möglich sein. In der Regel ist jedoch der Umfang einer vorhabensbedingten Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts **allenfalls sektoral quantifizierbar** und bedarf einer **zusätzlichen argumentativen Bewertung** der nicht quantifizierbaren Beeinträchtigungen.

Hinsichtlich der **abiotischen Faktoren** erscheint es nicht ausgeschlossen, für typische Sachverhalte pauschale Bewertungen festzulegen, die allerdings an dem zulässigen Nutzungsspektrum der jeweiligen Nutzungsform anzusetzen haben. Praktisches Denkmodell ist z.B. eine Quantifizierung der Versiegelungsintensität der gegebenen Nutzungsform unter den Aspekten

- typische Beeinflussung der natürlichen Bodenfruchtbarkeit (insbesondere bezüglich der Bodenorganismen);

- typische Beeinflussung der Austauschverhältnisse zwischen Boden und Luft (insbesondere bezüglich des Grundwassers);
- typische Beeinflussung der Luftqualität (insbesondere bezüglich der Sauerstoffproduktion).

Hinsichtlich der **biotischen Faktoren** sind **Quantifizierungen der "Biotopwertigkeit"** der vom Eingriff betroffenen Flächen denkbar. Dabei ist von der **Legaldefinition** des Begriffs "**Biotop**" in § 2 Abs. 1 Nr. 10 **BNatSchG** auszugehen; hiernach sind Biotope "**Lebensstätten und Lebensräume**" der "**wildlebenden Tiere und Pflanzen und ihrer Lebensgemeinschaften**".

Differenzierungen im Bereich der "Biotopwertigkeit" dürfen, wenn sie unter dem Aspekt der Verursacherhaftung zu Lasten der Eingriffsverursacher gehen sollen, die rechtlichen Vorgaben der jeweiligen Nutzungsform nicht ausblenden. Voraussetzung für eine Verbindlichkeit solcher Quantifizierungen ist ferner eine fachliche Übereinkunft sowohl über den Ansatz einer bestimmten Wertigkeitsskala als auch über die Festlegung der für einzelne Bewertungselemente maßgeblichen Wertigkeiten auf dieser Skala. Bisher liegt hierzu kein praktisches Bewertungsmodell vor, das den Anspruch erheben kann, mehr als ein rechtlich unverbindliches Denkmodell zu sein.

Einer **Quantifizierung nicht zugänglich** erscheinen schließlich auch vorhabensbedingte Auswirkungen auf Flora und Fauna, die über die Folgen der Nutzungsänderung für die von ihr betroffene Fläche hinausgehend auf den umgebenden Raum einwirken wie **Zerschneidungseffekte** und durch Immissionen des Vorhabens bedingte **Vertreibungseffekte** im immissionsmäßig belasteten Raum. Hier erscheint nur eine argumentative Bewertung möglich, soweit diese Aspekte im konkreten Fall überhaupt den Grad relevanter Beeinträchtigungen erreichen.

V. DIE VERPFLICHTUNG ZUR UNTERLASSUNG VERMEIDBARER BEEINTRÄCHTIGUNGEN:

Die Regelung des § 8 Abs. 2 Satz 1 1. Alternative BNatSchG ist "**striktes Recht**". Es handelt sich um eine Konditionalnorm, die nach dem "Wenn-Dann-Schema" konzipiert ist: Wenn relevante Beeinträchtigungen vermeidbar sind, ist der Eingriffsverursacher (Vorhabensträger) im Rahmen der Zulassungsentscheidung zu deren Unterlassung zu verpflichten. Aus dieser Qualifizierung als striktes Recht folgt zugleich, daß sowohl das Vorliegen des Tatbestands als auch die daraus zu ziehende Rechtsfolge im Streitfall uneingeschränkter gerichtlicher Prüfung unterliegen.

Allerdings bedarf der Inhalt dieser Regelung näherer **rechtlicher Eingrenzung**:

Bei Vermeidbarkeit relevanter Beeinträchtigungen hat die Behörde die Pflicht zu ihrer "*Unterlassung*" auszusprechen. Zwar legt der Wortlaut der Vorschrift zunächst die Annahme nahe, daß unter dem Aspekt der Vermeidungspflicht auch das Vorhaben selbst zur Disposition steht und demgemäß bei mangelhafter Erfüllung der Pflicht zu untersagen ist. Dem steht jedoch entgegen, daß eine Versagung der Zulassung nach § 8 Abs. 3 BNatSchG auch bei Unvermeidbarkeit von Beeinträchtigungen nur auf Grund der bipolaren Abwägung nach § 8 Abs. 3 BNatSchG zulässig ist. **Unter dem Aspekt der strikten Vermeidungspflicht steht das Vorhaben als solches nicht zur Disposition.**

Der Begriff "**Unterlassung**" vermeidbarer Beeinträchtigungen ist **zielorientiert** zu verstehen. Entscheidend ist das Ergebnis, nämlich daß die vermeidbare Beeinträchtigung nicht auftritt. Dabei kommt auch eine teilweise Unterlassung im Sinne einer Verminderung der Beeinträchtigung in Betracht. Dem Vorhabensträger können daher alle die **Modifikationen des** zur Genehmigung gestellten **Vorhabens** auferlegt werden, die im Ergebnis relevante Beeinträchtigungen ganz oder teilweise nicht auftreten lassen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob diese Modifikationen anlage- oder betriebsbezogen sind; es kann mithin sowohl in die **(bau)techni-**

sche **Ausgestaltung** des Vorhabens als auch in seine **betriebliche Abwicklung** eingegriffen werden.

Die **Grenze der zulässigen Unterlassungsverpflichtungen** ist erreicht, wenn das Vorhaben – ausgehend von der ihm im Rahmen des Konzepts des Vorhabensträgers zgedachten Funktion – seine Identität verliert. Dem Vorhabensträger kann im Wege der Modifizierung der Genehmigungsvorlagen nicht – außer durch einvernehmliche Änderung der Antragsunterlagen – ein "**aliud**" aufgezwungen werden. Dabei dürfte die Frage, wann die Grenze zum aliud erreicht ist, für die jeweiligen Zulassungsverfahren unterschiedlich zu beurteilen sein. Ist sie erreicht, bleibt der Zulassungsbehörde nur die Möglichkeit, die Zulassung des Vorhabens – dann allerdings nach den Kriterien des § 8 Abs. 3 BNatSchG – zu versagen.

Die Frage der **Standortwahl** des Vorhabens, zu der bei größeren linienförmigen Vorhaben (z.B. Straßenplanungen) auch die Trassenführung gehört, ist unter dem Aspekt des Vermeidungsgebots grundsätzlich **nicht** einer zwingend zu **Lasten des Vorhabensträgers** gehenden Entscheidung zugänglich. Auch insoweit kann ihm kein aliud zu seiner zur Genehmigung gestellten Vorhabensplanung aufgezwungen werden. Denkbar wären – je nach den Gegebenheiten der betroffenen Sachmaterie – allenfalls geringfügige örtliche Verschiebungen. Auch insoweit verbleibt der Zulassungsbehörde – wenn die Antragsunterlagen nicht vom Träger selbst geändert werden – nur die Möglichkeit, die Zulassung des Vorhabens auf der Grundlage des § 8 Abs. 3 BNatSchG zu versagen.

Landesrechtliche Sonderregelungen des Vermeidungsgebots

z.B. § 12 Abs. 1 Satz 2 BbgNatSchG:

"Beeinträchtigungen sind auch vermeidbar, wenn das mit dem Eingriff verfolgte Ziel auf andere zumutbare, die Natur und Landschaft schonendere Weise, insbesondere an einem anderen Standort, erreicht werden kann."

dürften jedenfalls dann **mit den bundesrechtlichen Rahmenvorgaben unvereinbar** sein, wenn die dort getroffene Festlegung als im Zulassungsverfahren beachtliche bindende Vorgabe einer konzeptionellen Änderung

oder Wahl eines anderen Standorts des Vorhabens zu verstehen sind, deren Mißachtung – unter Umgehung des Erfordernisses einer den Kriterien des § 8 Abs. 3 BNatSchG entsprechenden Abwägung – zwingend zur Ver-sagung der Zulassung des Vorhabens führt.

Im Rahmen des Vermeidungsgebots können dem Vorhabensträger **nur ihm rechtlich und tatsächlich mögliche Modifikationen** seines Vorhabens auferlegt werden. Das Vermeidungsgebot ist kein zulässiges Instrument zur Überwindung entgegenstehenden Rechts.

Das Merkmal "*soweit es zur Verwirklichung der Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege erforderlich ist*" in § 8 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG bezieht sich, wie aus einem Rückschluß aus § 8 Abs. 3 BNatSchG folgt, nicht auf das Vermeidungs-, sondern nur auf das Ausgleichsgebot.

Die ihm Rahmen des Vermeidungsgebots möglichen Verpflichtungen zu Modifikationen des Vorhabens sind am **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** zu messen. Insoweit sind auf der einen Seite Art und Gewicht der Beeinträchtigungen von Bedeutung, die vermieden werden sollen, auf der anderen Seite die den Vorhabensträger durch die Auferlegung der Vermeidungspflicht zusätzlich treffenden Belastungen. Erweisen sich denkbare Vermeidungsmöglichkeiten als unverhältnismäßig, dürfen sie auch nicht zu Lasten des Vorhabensträgers in die Abwägung nach § 8 Abs. 3 BNatSchG eingestellt werden.

VI. DIE VERPFLICHTUNG ZUM AUSGLEICH UNVERMEIDBARER BEEINTRÄCHTIGUNGEN:

Auch die Regelung des § 8 Abs. 2 Satz 1 2. Alternative BNatSchG ist "**striktes Recht**". Die Pflicht zur Auferlegung von Ausgleichsmaßnahmen ist zwingend; ihre konkrete Umsetzung kann im Streitfall uneingeschränkt gerichtlich überprüft werden.

Auch der Inhalt dieser Regelung bedarf **rechtlicher Eingrenzung**:

Bei der Auferlegung von Ausgleichspflichten im Sinne von positivem Handeln muß zwischen Beeinträchtigungen der Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts und Beeinträchtigungen des Landschaftsbilds unterschieden werden. Dies folgt schon aus den unterschiedlichen Vorgaben in der Legaldefinition des Ausgleichs (§ 8 Abs. 2 Satz 4 BNatSchG). Für beide Beeinträchtigungskategorien ist jeweils gesondert der Ausgleichsbedarf und dessen – ggf. unvollständige – Deckung zu ermitteln. Dabei sind allerdings bestimmte Maßnahmen (z.B. Anpflanzungen, Anlage oder Umgestaltung von Gewässern u.a.m.), die als Elemente des Landschaftsbilds wirksam sind und zugleich auch ökologisch wirksame Funktionen erfüllen, auch unter beiden Aspekten zu berücksichtigen und damit doppelt in Ansatz bringen.

Die Feststellung "Beeinträchtigungen (ganz oder teilweise) ausgeglichen" muß für die Schutzobjekte "Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts" und "Landschaftsbild" jeweils gesondert getroffen werden.

1. Zum Ausgleich von Beeinträchtigungen des Landschaftsbilds:

Ziel des Ausgleichs ist insoweit die Behebung von Störungen im sinnlich wahrnehmbaren Beziehungsgefüge der prägenden Landschaftselemente. Mittel dazu sind nach der Legaldefinition des Ausgleichs die **landschaftsgerechte Wiederherstellung oder Neugestaltung des Landschaftsbilds**.

Welcher "Landschaft" das neue Landschaftsbild "gerecht" werden muß, ist **grundsätzlich aus dem vorhanden gewesenen Zustand abzuleiten**. Bei Fehlen rechtlicher Vorgaben kann nur der vor dem Eingriff gegebene Zustand des Landschaftsbilds das Ziel des Ausgleichs festlegen. Maßgeblich ist hingegen nicht, welche – rechtlich unverbindlichen – Vorstellungen derjenige, der das Bild jeweils bewertet oder die konkreten Maßnahmen ausarbeitet, von dem hat, wie die Landschaft aussehen sollte. Dabei kann es sowohl unter dem Aspekt der "Wiederherstellung" als auch dem der Neugestaltung nur um **Annäherungen an das vorhanden gewesene Beziehungsgefüge** gehen.

Liegen **rechtlich bindende Vorgaben** – etwa eines Landschaftsplans – vor, sind diese bei der Ausgestaltung der anzustrebenden künftigen Struktur des Landschaftsbilds **zu beachten**.

Der **Vorhabensträger** kann auf Grund des § 8 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG **nur zu wirksamen ausgleichenden Maßnahmen verpflichtet** werden. Lassen sich die nachteiligen – sinnlich wahrnehmbaren – Wirkungen des Vorhabens nicht wirksam beheben, scheidet eine Verpflichtung zu sonstigen ausgleichenden "Verbesserungen" des Landschaftsbilds aus. Dies gilt etwa bei Straßentrassen, Hochspannungsleitungen, Fernmeldtürmen, Windkraftanlagen u.a.m. Insoweit sind die in der Praxis nicht unüblichen Versuche, bilanzierende Betrachtungen unter dem Aspekt der Bewertung des Landschaftsbilds anzustellen (z.B. landschaftsgerechter Ausgleich für derartige Bauwerke durch Anpflanzung standortgerechter Laubwaldbestände oder durch Schaffung neuer Naturflächen anstelle von Kulturflächen u.a.m.) nicht von § 8 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG gedeckt. Ob die insoweit unvermeidbaren Beeinträchtigungen im Landschaftsbild hingenommen werden können, ist allein auf Grund einer Abwägung nach § 8 Abs. 3 BNatSchG zu beurteilen.

2. **Zum Ausgleich von Beeinträchtigungen der Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts:**

Der Begriff **Ausgleich** ist **funktionsbezogen**. Insoweit ist hinsichtlich der Beeinträchtigungen der Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts darauf abzustellen, daß die eingriffsbedingten **Funktionsstörungen** im Wirkungsgefüge zu **beheben** sind. Der Ausgleich kann daher immer nur auf eine funktionsbezogene Gleichartigkeit abzielen.

Die Feststellung, ob Beeinträchtigungen in diesem Sinne **gleichartig ausgeglichen** sind, ist zunächst **bezogen auf die einzelnen Funktionen des Naturhaushalts** jeweils gesondert abzuschichten. Insoweit können einzelne Ausgleichsmaßnahmen – nicht anders als eingriffsbedingte Veränderungen der Nutzung oder Gestalt der betroffenen Grundflächen – für mehrere Funktionen von Bedeutung sein (z.B. Wald bezüglich der Faktoren Luft, Klima, Wasser unter den Aspekten Oberflächenwasserretention und Grundwasseranreicherung sowie des Faktors Tier- und Pflanzenwelt

unter dem Aspekt der Biotopwertigkeit). Multifunktionale Ausgleichsmaßnahmen können und müssen daher bei den sektoralen Betrachtungen ggf. mehrfach in Ansatz gebracht werden.

An die sektorale Abschichtung der einzelnen funktionalen Komponenten muß sich gegebenenfalls noch die Prüfung anschließen, ob diese sektorale Betrachtung auch die **funktionsübergreifenden eingriffsbedingten Beeinträchtigungen** abdeckt, die das Wirkungsgefüge in seiner komplexen Verflechtung betreffen.

Hinsichtlich der zu betrachtenden Funktionsstörungen erscheint eine absolut identische Wiederherstellung der gestörten Funktion häufig nicht möglich. Insoweit kann es mit dem Ziel des Ausgleichs nur darum gehen, eine **annäherungsweise Angleichung an das zuvor gegebene Funktionsgefüge** anzustreben. Dabei ist ferner zu berücksichtigen, daß der Naturhaushalt mit seinem Wirkungsgefüge dynamisch ist. Es reicht mithin aus, daß die Ausgleichsmaßnahmen **Rahmenbedingungen für die Entwicklung gleichartiger Bedingungen wie vor dem Eingriff** schaffen, ohne daß im Zeitpunkt ihrer Schaffung der zuvor gegebene Wirkungsgrad bereits erreicht sein muß.

Differenzierungen, die – etwa im Hinblick auf die "Altersunterschiede" der betrachteten Nutzungsformen – auf Unterschiede zwischen dem Wirkungsgrad der verlorenen Nutzung und dem Wirkungsgrad der als Ausgleich vorgesehenen Nutzung im Zeitpunkt ihrer Anlage abstellen und in ihrer praktisch angewandten Form bei einem **Ausgleich durch** gleichartige Nutzungen regelmäßig ein **Mehrfaches der Eingriffsfläche** verlangen, erscheinen **nicht unproblematisch**. Die Legaldefinition des Ausgleichs gebietet dies nicht zwingend. Sie schreibt zwar vor, daß nach Beendigung des Eingriffs – d.h. nach Abschluß der Änderung der Nutzung oder Gestalt der betroffenen Grundfläche – keine Beeinträchtigung zurückbleiben darf, die Funktionsstörung mithin behoben sein muß; sie legt jedoch nicht fest, daß die Behebung der Funktionsstörung dann bereits in dem zuvor gegebenen Grad wirksam sein muß.

Bei den genannten Prüfungen des Ausgleichs eingriffsbedingter Funktionsstörungen gilt – wie auch bezüglich des Landschaftsbilds – das Prinzip, daß – mit der Einschränkung einer annäherungsweise gleichartigen

Behebung – auf eine **wirksame Behebung der Funktionsstörung** abzustellen ist. Lassen sich die Störungen der betroffenen funktionalen Komponente nicht wirklich beheben, muß dieses Defizit festgestellt und im Rahmen der Abwägung nach § 8 Abs. 3 BNatSchG argumentativ bedient werden. Der Eingriffsverursacher kann nicht verpflichtet werden, verbleibende Funktionsstörungen in einem funktionalen Bereich des Wirkungsgefüges durch Verbesserungen in einem anderen Bereich zu beheben.

Beispiel: Defizite im Hinblick auf die Faktoren Klima oder Wasser können nicht dadurch ausgleichend behoben werden, daß die – allein den Schutz der biotischen Elemente im Wirkungsgefüge des Naturhaushalts erfassende – "Biotopwertigkeit" anderer Flächen erhöht wird. Unter dem Aspekt der "Biotopwertigkeit" läßt sich nur ein Ausgleich im Bereich der biotischen Elemente feststellen.

In **räumlicher Hinsicht** setzt der Ausgleich eine **Bindung an den beeinträchtigten Landschafts- bzw. Naturraum** voraus. Dessen Grenzen lassen sich generell nicht festlegen, sondern hängen insbesondere auch von dem Wirkungsgrad der betroffenen Funktion(en) im Wirkungsgefüge des Naturhaushalts ab.

3. **Rechtliche Begrenzungen der Ausgleichspflicht:**

In § 8 Abs. 2 Satz 4 BNatSchG ist normativ festgelegt, daß der Ausgleich nur insoweit zu erfolgen hat, als er "**zur Verwirklichung der Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege erforderlich ist**". Dabei ist der Begriff "erforderlich" rechtlich dahin einzugrenzen, daß er nur das umfaßt, was "**vernünftigerweise geboten**" ist. Kann im konkreten Fall auf Grund der gegebenen Zusammenhänge auf eine Behebung bestimmter Funktionsstörungen im Wirkungsgefüge des Naturhaushalts verzichtet werden, ohne daß insoweit die Realisierung der in § 2 Abs. 1 BNatSchG konkretisierten Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege beeinträchtigt wird, darf keine diesbezügliche Ausgleichsmaßnahme festgelegt werden.

Auch ohne besondere Erwähnung im Gesetz ist die Ausgleichspflicht an den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** gebunden. Insoweit ist über

die im Zusammenhang mit der Vermeidungspflicht angesprochenen Gesichtspunkte insbesondere auch folgender Aspekt von Bedeutung:

Problematisch erscheint, ob dem Vorhabensträger – namentlich im Hinblick auf die biotischen Faktoren – ohne weiteres auch solche Ausgleichsmaßnahmen auferlegt werden können, deren Funktionalität nicht schon dann gesichert ist, wenn die Fläche aus der wirtschaftlichen Nutzung durch den Menschen ausscheidet und in einer bestimmten Form angelegt wird, sondern die darüber hinaus eines ständigen "**Biotopmanagements**" bedarf. Dies gilt insbesondere für die Anlage und dauerhafte Unterhaltung solcher Biotope, die **nicht selbstregelungsfähig** sind, sondern zur Bewahrung ihrer spezifischen Eigenart und Bedeutung für Flora und Fauna dauerhaft durch den Menschen in einer bestimmten Weise zu pflegen und zu unterhalten sind. Zu verneinen ist dies jedenfalls dann, wenn sich der Eingriff nicht bereits auf Flächen bezieht, die – etwa als Bestandteile von ausgewiesenen Naturschutzgebieten oder als rechtlich bindend geschützte Biotope im Sinne von § 20c BNatSchG – bereits in diesem Sinne einer dauerhaften Sicherung ihrer Existenz durch positives menschliches Handeln unterliegen.

Schließlich gilt auch bei der Ausgleichspflicht, daß dem Eingriffsverursacher (Vorhabensträger) nur solche Maßnahmen auferlegt werden können, deren Realisierung ihm **rechtlich möglich** ist. Insoweit ist zwischen solchen Vorhaben zu differenzieren, für deren Realisierung dem Träger ein **Enteignungsrecht** zusteht, und solchen Vorhaben, zu deren Realisierung nicht auf fremde Grundflächen zugegriffen werden kann.

Geht es um **öffentliche Vorhaben**, zu deren Realisierung enteignet werden darf, erstreckt sich das **Enteignungsrecht auch** auf solche Flächen, die **für die notwendigen Ausgleichsmaßnahmen (sowie Ersatzmaßnahmen)** benötigt werden. Bei **privatnützigen Vorhaben** dürfte jedoch die Zulässigkeit einer **Enteignung** fremder Flächen mit dem Ziel, auf ihnen Ausgleichsmaßnahmen für das private Vorhaben zu verwirklichen, **zu verneinen** sein. Anderes mag im Bereich der Bauleitplanung gelten, soweit Ausgleichsflächen im Interesse von Naturschutz und Landschaftspflege festgesetzt werden, um die – auch im öffentlichen Interesse einer sachgerechten Leitung der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung zu treffende – Ausweisung von Bauland zu ermöglichen.

VII. DIE BIPOLARE ABWÄGUNG NACH § 8 ABS. 3 BNatSchG:

1. Die Grundstruktur der Abwägung:

Die Abwägung nach § 8 Abs. 3 BNatSchG ist nach dem System der Eingriffsregelung nach Festlegung der gebotenen Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen, aber vor der Entscheidung über zusätzliche Ersatz- bzw. Zahlungspflichten vorzunehmen. Sie ist nach der gefestigten Rechtsprechung des BVerwG eine **echte – planerische – Abwägung**, die nicht lediglich gesetzliche Vorgaben nachzuvollziehen, sondern eine nach dem normativen Entscheidungsprogramm **im Ergebnis offene Entscheidung** zu treffen hat. Die Strukturen dieses Abwägungsgebots entsprechen denjenigen, die auch für Abwägungen im Bereich der Bauleitplanung und der Fachplanung gelten. Dementsprechend ist die behördliche Abwägung auch **nicht uneingeschränkt einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich**, sondern nur nach den Kriterien, die auch für die gerichtliche Überprüfung planerischer Abwägungen gelten.

2. Spezifische Besonderheiten der bipolaren Abwägung:

Bei der Abwägung nach § 8 Abs. 3 BNatSchG geht es **nicht** um eine **umfassende Abwägung** einer Vielzahl öffentlicher und privater Belange unter- und gegeneinander wie etwa bei der Abwägung nach § 1 Abs. 6 BauGB, **sondern** um eine **Abwägung in einem zweiseitigen Interessenkonflikt**. Nach dem Entscheidungsprogramm des § 8 Abs. 3 BNatSchG stehen sich insoweit gegenüber

- die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege einerseits und
- alle Anforderungen an Natur und Landschaft andererseits.

Zu Lasten des Vorhabens sind die verbleibenden – nicht vermiedenen und nicht ausgeglichenen – **Beeinträchtigungen** der Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts und des Landschaftsbilds in die Abwägung einzustellen. **Zu Gunsten des Vorhabens** sind **alle** Anforderungen an Natur und Landschaft von Bedeutung. Dabei ist von Bedeutung, daß die Abwägung

nach § 8 Abs. 3 BNatSchG im Rahmen behördlicher Zulassungsverfahren auch dann vorzunehmen ist, wenn es um die Zulassung privatnütziger Vorhaben geht. In diesen Fällen können aus der Abwägung **die privaten Interessen** des Vorhabensträgers an der Realisierung des Vorhabens **nicht ausgeblendet** werden. Es ist vielmehr auch zu berücksichtigen, daß die naturschutzrechtliche Abwägung im Rahmen gebundener Zulassungsverfahren erst am Ende des fachlichen Entscheidungsprogramms greift, nämlich wenn es um die Entscheidung geht, ob die Zulassung des nach dem fachlichen Entscheidungsprogramm an sich zulässigen Vorhabens gleichwohl aus Gründen des Naturschutzes und der Landschaftspflege untersagt werden kann. Dabei ist auch das Interesse des Vorhabensträgers von Bedeutung, im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit sein sonst zulässiges Vorhaben auch realisieren zu dürfen.

§ 8 Abs. 3 BNatSchG legt ferner **keine Rangordnung der betroffenen Belange** fest. Zwar sieht die Vorschrift vor, daß die Abwägung zu Lasten des Vorhabens auszugehen hat, **wenn** die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege im Range vorgehen. Sie legt jedoch nicht etwa fest, **daß** diese Belange einen – wie auch immer gearteten – Vorrang haben.

Den Belangen des Naturschutzes und der Landschaftspflege kommt im Rahmen der Abwägung kein prinzipieller Vorrang zu, aus § 8 BNatSchG folgt lediglich, daß ihnen ein besonderes Gewicht beizumessen ist. Insoweit wiegen Beeinträchtigungen, die weder vermeidbar noch ausgleichsfähig sind, regelmäßig schwer, so daß sie nur durch solche Belange überwunden werden können, die ihrerseits gewichtig sind.

Vor diesem Hintergrund erscheint **fraglich**, ob **landesrechtliche Sonderregelungen**, die das Entscheidungsprogramm des § 8 Abs. 3 BNatSchG grundsätzlich umstrukturieren, auch unter Berücksichtigung der Ermächtigung zu "weitergehenden Vorschriften" in § 8 Abs. 9 BNatSchG noch **mit dem bundesrechtlichen Rahmen vereinbar** sind.

§ 13 Abs. 1 BbgNatSchG:

"Sind die Beeinträchtigungen nicht zu vermeiden und nicht auszugleichen, so ist der Eingriff unzulässig, es sei denn

daß bei Abwägung aller Anforderungen an Natur und Landschaft andere Belange der Allgemeinheit den Belangen des Naturschutzes und der Landschaftspflege im Range vorgehen."

Hier werden die privaten Belange zwar nicht aus der Abwägung ausgeblendet, jedoch ihrer potentiellen Möglichkeit beraubt, aus sich heraus die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege überwinden zu können. Ferner wird der Sache nach ein Vorrang der Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege festgelegt.

3. Die besondere Stellung der bipolaren Abwägung im fachlichen Entscheidungsprogramm:

Aus der Konzeption der Eingriffsregelung als "Huckepack-Verfahren" folgt, daß die besondere naturschutzrechtliche Abwägung nur dann vorgenommen werden kann und muß, wenn das **fachliche Entscheidungsprogramm** zu dem Ergebnis führt, daß das Vorhaben **an sich zulassungsfähig** ist bzw. zugelassen werden muß.

Für die Einbindung der bipolaren Abwägung in solche Zulassungsverfahren, die – wie Fachplanungen – einem besonderen umfassenden Abwägungsgebot unterliegen, folgt daraus, daß die **Abwägung nach § 8 Abs. 3 BNatSchG** von der fachplanerischen Abwägung zu unterscheiden und **gesondert zu verlautbaren** ist. Wird das Vorhaben zugelassen, reicht es jedoch aus, im Rahmen der allgemeinen Abwägungsbegründung – jedenfalls der Sache nach – darzulegen, daß und aus welchen Gründen der Eingriff nicht wegen der verbleibenden Beeinträchtigungen im Interesse des Naturschutzes und der Landschaftspflege zu untersagen ist. Diese Entscheidung kann auch dann getroffen werden, wenn im Rahmen der Zulassungsentscheidung – zulässigerweise – die konkrete Festlegung einzelner Ausgleichsmaßnahmen (ggf. auch zusätzlicher Ersatzmaßnahmen) einer ergänzenden Entscheidung vorbehalten bleibt.

Besondere Probleme bereitet die Einbindung der bipolaren Abwägung in **fachliche Zulassungsverfahren**, die ansonsten nach Grundsätzen **strikten Rechts** abzuwickeln sind und bei Vorliegen der gesetzlich normierten

Voraussetzungen an sich einen Rechtsanspruch auf positive Zulassung gewähren. Die Eingriffsregelung relativiert insoweit den Rechtsanspruch, indem sie eine im Streitfall gerichtlich nicht uneingeschränkt überprüfbare zusätzliche Versagungsmöglichkeit festlegt. In solchen Fällen könnte, wenn die Behörde – aus welchen Gründen auch immer – die Genehmigung versagt hat, eine Verpflichtungsklage stets nur zur Bescheidung führen.

Diese Konsequenz läßt es **angezeigt** erscheinen, die **Qualifizierung der Abwägung nach § 8 Abs. 3 BNatSchG als einer nur eingeschränkt überprüfbaren "echten" Abwägung nochmals zu überdenken**. Geht man von der bislang gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 8 Abs. 3 BNatSchG aus, gibt es im Grunde nur eine Möglichkeit, im Streitfall dem um Genehmigung nachsuchenden Vorhabensträger (z.B. Bauherr im Außenbereich) zu einer abschließenden für ihn positiven Entscheidung zu verhelfen: Der gerichtlichen Kontrolle unterliegt auch das Abwägungsergebnis in dem Sinne, daß es fehlerhaft ist, wenn das Ergebnis außer Verhältnis zu dem objektiven Gewicht der betroffenen Belange steht. Läßt sich nach diesen Kriterien auch ohne behördliche Abwägung feststellen, daß bei objektiver Gewichtung der betroffenen Belange nur eine im Sinne der Vorhabenzulassung positive Entscheidung für den Vorhabensträger in Betracht kommt, kann im Streitfall von einem Bescheidungsurteil abgesehen und die Behörde zur Erteilung der Genehmigung verpflichtet werden. Diese Erwägung spricht dafür, in der naturschutzrechtlichen **Abwägung nach § 8 Abs. 3 BNatSchG** letztlich doch nur einen **zweiseitigen Verhältnismäßigkeitsausgleich** zu sehen, der dann – wie andere klassische Anwendungen eines solchen zweiseitigen Verhältnismäßigkeitsausgleichs auch – im Ergebnis jedenfalls auch gerichtlich uneingeschränkt überprüfbar ist.

VIII. DIE AUFERLEGUNG ZUSÄTZLICHER ERSATZMASSNAHMEN UND ZAHLUNGSPFLICHTEN (ERSATZGELD, AUSGLEICHSABGABE):

Angesichts der vielfältigen Besonderheiten der landesrechtlichen Regelungen muß im Rahmen des vorliegenden Vortrags auf eine detaillierte Erörterung der insoweit gegebenen vielfältigen Probleme verzichtet werden. Generell läßt sich jedoch ein Grundsatz festhalten:

Nach dem Regelungssystem des § 8 BNatSchG kommen die landesrechtlichen Sonderregelungen über Ersatzmaßnahmen – einschließlich der die finanzielle Abgeltung solcher Maßnahmen erfassenden Ersatzgeldzahlungen (z.B. nach § 5 Abs. 3 LG NW) – nur bei "nicht ausgleichbaren aber vorrangigen Eingriffen" in Betracht. Die naturschutzrechtliche Abwägung muß daher zunächst durchgeführt sein und zu dem Ergebnis geführt haben, daß das Vorhaben trotz der verbleibenden Beeinträchtigungen zugelassen werden kann. Im Ergebnis nichts anderes dürfte auch für die landesrechtlichen Regelungen über Ausgleichsabgaben gelten. Bei diesen zusätzlichen Pflichten kann es mithin nur darum gehen, dem Vorhabens-träger im Interesse der Bewahrung der Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts und des Landschaftsbilds zusätzliche konkrete Maßnahmen bzw. Zahlungspflichten aufzuerlegen, die die Realisierung und Realisierbarkeit seines Vorhabens nicht in Frage stellen.

Ersatzmaßnahmen, Ersatzgelder und Ausgleichsabgaben sind kein zulässiges Instrument, dem Vorhabensträger solche Belastungen aufzuerlegen, die de facto die Realisierbarkeit des Vorhabens wieder in Frage stellen.

RECHTSPRECHUNG**Bundesverwaltungsgericht:**

Beschluß vom 10. Oktober 1988 – 7 B 37.88 – NVwZ 1989, 154
UPR 1989, 37

(kein Vorrang Naturschutz)

Urteil vom 20. Januar 1989 – 4 C 15.87 – BVerwGE 81, 220
DVBl. 1989, 658
NVwZ 1989, 867
UPR 1989, 336

(Prinzip Verursacherhaftung)

Urteil vom 27. September 1990 – 4 C 44.87 – BVerwGE 85, 348
DVBl. 1991, 210
NVwZ 1991, 364
UPR 1991, 105

(Bundesvorgaben, Abwägung, Landschaftsbild)

Beschluß vom 26. Februar 1992 – 4 B 38.92 – NVwZ-RR 1992, 467
UPR 1992, 309

(Übergang Nutzungsformen)

Beschluß vom 30. Oktober 1992 – 4 A 4.92 – NVwZ 1993, 565
UPR 1993, 92

(striktes Recht)

Beschluß vom 30. August 1994 – 4 B 105.94 – NVwZ-RR 1995, 322
UPR 1995, 227

(Vorbehalt Ersatz)

Beschluß vom 4. Oktober 1994 – 4 B 196.94 – Buchholz 406.401
§ 8 BNatSchG Nr. 14

(Landschaftsbild nicht geklärt)

Beschluß vom 13. März 1995 – 11 VR 4.95 – VkB1. 1995, 320
UPR 1995, 308

(Enteignungsrecht)

Beschluß vom 22. Mai 1995 – 4 B 30.95 –
(Abwägung, kein Vorrang Naturschutz)

OVG NW:

Urteil vom 7. März 1985 – 7 A 372/84 – NuR 1985, 288
(Begriff Naturhaushalt)

Urteil vom 13. März 1991 – 7 A 1893/93 – NWVBl. 1991, 352
(Naturhaushalt; Lebensraumbeschneidung)

Urteil vom 4. Juni 1993 – 7 A 3157/91 – NVwZ-RR 1994, 645
(Landschaftsbild, Naturhaushalt, Beeinträchtigung)

Urteil vom 10. November 1993 – 23 D 52/92.AK

NVwZ-RR 1995, 10

NWVBl. 1994, 463

(Ermittlung, Ausgleich)

Beschluß vom 15. August 1994 – 7 A 2883/92 NWVBl. 1995, 333

(Vorlage Biotopschutz)

Urteil vom 12. Dezember 1994 – 7 A 504/92

(Herbizideinsatz, Beinrächigungskategorien, Naturhaushalt)

Urteil vom 29. März 1995 – 7 A 340/93

(Ersatzgeld)

Urteil vom 29. Mai 1995 – 7 A 1873/93

(Landschaftsbild, Bewertung)

Urteil vom 28. Juni 1995 – 7a D 44/94.NE

(§ 8a BNatSchG, Bauleitplanung)

FOLGEKOSTEN BEI VERSORGUNGSLEITUNGEN

Von Univ.-Prof. Dr. *Michael Ronellenfitsch*

A. ALLGEMEINE BETRACHTUNGEN

I. Freund-/Feind-Theorie

Speyer ist eine Hochburg der Carl-Schmitt-Forschung. Auch dieser Beitrag beginnt daher mit einem Carl-Schmitt-Zitat¹, obwohl und gerade weil manche hieran immer noch Anstoß nehmen² (und in der Carl-Schmitt-Kontroverse "Analyse durch Exorzismus ersetzt wird"³). Der Befund *Carl Schmitt's* von 1922: "Heute ist nichts moderner als der Kampf gegen das Politische"⁴ hat nichts an Aktualität eingebüßt, und die spezifisch politische Unterscheidung ist nun einmal die Unterscheidung von *Freund und Feind*⁵. Auch im Hinblick auf Energieversorgung und Straßenverwaltung wird man an Freund-/Feind-Konstellationen erinnert. Damit ist aber nicht das Verhältnis von Energieversorgung und Straßenverwaltung gemeint. Auch wenn beide sich hinsichtlich der Folgekostenfrage

-
- 1 Vgl. *Ronellenfitsch*, Verfahrensrechtliche Reformfragen im Atom-, Immissionschutz- und Gentechnikrecht, in: Willi Blümel / Rainer Pitschas (Hrsg.), Reform des Verwaltungsverfahrensrechts, 1994, S. 303 ff. (305 f.)
 - 2 Vgl. die Verlautbarung des Innenministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 13.3.1995 zur Beobachtung der Zeitung "Junge Freiheit" durch den Verfassungsschutz. Zustimmung zitiere die Zeitung auch rechtsextremistische Ideologen, beispielsweise den Staatsrechtler Carl Schmitt; zit. nach FAZ Nr. 62 vom 14.3.1995, S. 4.
 - 3 So die treffende Formulierung von *Thiele*, Buchbesprechung, DVBl. 1990, S. 1374 f. (1375).
 - 4 Politische Theologie, zitiert nach der unveränderten 2. Ausgabe von 1934, S. 82.
 - 5 *Carl Schmitt*, Der Begriff des Politischen, 1932 (Nachdruck 1987), S. 26.

seit jeher heftige Auseinandersetzungen liefern, sind sie keine Feinde. Feinde, die – im Spachgebrauch von *Donoso Cortez* – nichts mit der liberalen "clasa discutidora" im Sinn haben, sind diejenigen, die etwa der Kernenergie und dem Automobil aus fundamentalistischen Erwägungen den Kampf, gewissermaßen den täglichen Dschihad⁶, angesagt haben, die nicht in den Kategorien von gut und schlecht, sondern von gut und böse denken.

Werden Freund-/Feind-Erwägungen auf das Verhältnis der Energieversorgung zur Straßenverwaltung übertragen, muß man auf der Grundlage des ungarische Spinnengleichnisses differenzieren: Spinnen kennen nur Freunde, Feinde und *Opfer*. Opfer sind wir alle, die wir sowohl auf Versorgungsleistungen wie auch auf die verkehrliche Infrastruktur angewiesen sind und diese letztlich finanzieren müssen.

Der folgende Beitrag ist ein Appell an die Beteiligten, sich in einem existenziellen, nicht moralisierenden Sinne, als *Freunde* zu begreifen und ihre Kräfte auf die wahren Kriegsschauplätze im Kampf gegen den ökologischen Umbau des sozialen Rechtsstaats zu konzentrieren.

II. Straßenwesen und Energieversorgung

Das Verhältnis von Straßenwesen und Energieversorgung ist durch Gemeinsamkeiten und Gegensätze geprägt.

1. Straßenwesen

Öffentliche Straßen dienen dem Gemeinwohl. Planung, Bau und Unterhaltung öffentlicher Straßen fallen in den Aufgabenbereich der Daseinsvorsorge⁷. Das Wegewesen ist herkömmlich eine *Angelegenheit öffentli-*

6 *Bassam Tibi*, Ist der islamische Terrorismus ein Dschihad?, FAZ 55 /6.3.1995, S. 8.

7 *Marschall*, Die Benutzung von Bundesfernstraßen zum Zwecke öffentlicher Versorgung, in: VEnergR 12/13, S. 1.

cher Verwaltung⁸. Aufgabenträger sind traditionell Körperschaften der öffentlichen Hand⁹. Die mit dem Straßenwesen betrauten staatlichen Institutionen müssen zur Aufgabenerfüllung die *Sachherrschaft über eigene Grundstücke* ausüben¹⁰ und notfalls auf fremde Grundstücke zugreifen können. Als schärfste Waffe steht ihnen das Enteignungsrecht zu¹¹. Die öffentlichen Straßen sind *eigentumsfähig*. Es gilt fast überall der Eigentumsbegriff des bürgerlichen Rechts. Die privatrechtlichen Eigentümerbefugnisse werden lediglich verdrängt, soweit die öffentlich-rechtliche Sachherrschaft reicht. *Finanziert* werden öffentliche Straßen immer noch vorwiegend aus Einnahmen des allgemeinen Haushalts sowie aus zweckgebundenen Einnahmen

-
- 8 Vgl. bereits §§ 4, 11 II 15 prALR. *Lassar*, Grundbegriffe des preußischen Wegerechts, 1919, S. 6; *von Reitzenstein*, Das deutsche Wegerecht, 1890 S. 9 ff.; *Schulz*, Zum preußischen Wegerecht, 1893, S. 7 ff. Bei den öffentlichen Wegen handelte es sich nach preußischem Recht um polizeiliche Anstalten; vgl. *Germershausen / Seydel*, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen, 4. Aufl., 1932, S. 3; PrOVG, Urteil vom 1.10.1887 – I.C. 52/87 –, PrOVG 15, 285 (289); vom 18.4.1901 – IV.B.11/01 –, PrOVG 39, 216 (219); vom 8.6.1916 – IV. C. 83.15 –, PrVBl. 38, 160; vom 19.9.1918 – IV. C. 50.17 –, PrVBl. 49, 1297 (299); vom 21.9.1928 – IV C 20.24 –, PrVBl. 40, 192 III 4.
- 9 Vgl. *Salzwedel*, Wege, Straßen, Wasserwege, in: *Jeserich / Pohl / von Unruh* (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 2, § 1, S. 199 ff. (216).
- 10 Hierzu ist nicht notwendig öffentliches Eigentum erforderlich. Obwohl manches für die auf römischrechtlichen Wurzeln beruhende, in Anlehnung an das französische Verwaltungsrecht (*domaine public*) entwickelte Lehre vom öffentlichen Eigentum sprach (vgl. *Eisele*, Die Rechtsverhältnisse der *res publicae in publico usu*, 1873; *Otto Mayer*, Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums, AöR 21 [1907], 499 ff.; *ders.*, Deutsches Verwaltungsrecht 2, 2. Aufl., 1917, S. 71 ff.), vermochte sie sich nicht durchzusetzen; vgl. nur die Kritik bei *Maunz*, Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, 1933, S. 132 ff.. Zur gemischtrechtlichen Konstruktion der öffentlichen Sachen *Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S. 355 ff.; *Bartlsperger*, Das Sachenrechtsverhältnis der öffentlichen Straßen, in: *Bartlsperger / Blümel / Schroeter*, Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, 1980, S. 13 ff. (15 f.).
- 11 Vgl. § 19 FStrG.

2. *Energieversorgung*

Die Versorgung mit Wasser, Gas, elektrischer Energie und Fernwärme dient ebenfalls dem Gemeinwohl. Auch hier wird eine Aufgabe der Daseinsvorsorge wahrgenommen¹². *Aufgabenträger* sind regelmäßig *privatrechtlich* organisierte Unternehmungen. Für die Verlegung von Leitungen in der Erde oder die Führung von Freileitungen sind die Versorgungsunternehmen auf die *Benutzung fremder Grundstücke*, insbesondere öffentlicher Wege und sonstiger Verkehrsflächen angewiesen. Zum allgemeinen Fortleitungsproblem gehört damit stets auch das Rechtsproblem, ob und in welcher Form fremde Grundstücke zur Fortleitung benutzt werden können. Da die beanspruchten Grundstücke privatrechtlich und öffentlich-rechtlich fremder Verfügungsmacht unterliegen, bedarf es einer Rechtsgrundlage für Eingriffe in diese Zuordnung. Im Verhältnis der Versorgungsunternehmen zu Eigentümern nicht widmungsgebundener Grundstücke¹³ gilt, daß sich deren Eigentumsrecht an Grundstücken auch auf den Luftraum über dem Grundstück und auf das Erdinnere erstreckt. Ohne Genehmigung des Eigentümers können Versorgungsunternehmen dessen Grundstück nur unter den Voraussetzungen des § 905 Satz 2 BGB zur Unterbringung von Leitungen verwenden. Die praktische Bedeutung der Vor-

12 Dieser Befund dürfte gemeinhin anerkannt sein; vgl. BVerfG, Beschluß vom 24.5.1967 – 1 BvL 18/65 –, BVerfGE 22, 28 (38); Beschluß vom 16.3.1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66 –, BVerfGE 30, 292 (311 f.); Urteil vom 10.12.1974 – 2 BvK 1/73; 2 BvR 902/73, BVerfGE 38, 258 (270); Beschluß vom 7.6.1977 – 1 BvR 108, 424/73 und 226/74 –, BVerfGE 45, 63 (78 f.); Beschluß vom 20.3.1984 – 1 BvL 28/82 –, BVerfGE 66, 248 (258); *Emmerich*, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 149. Er ist nämlich unabhängig davon, ob man die Daseinsvorsorge als (nur) soziologischen oder als rechtlichen Begriff qualifiziert. Die im energierechtlichen Schrifttum gegen die Begriffsbildung *Forsthoffs* vorgebrachte Kritik spielt im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle; vgl. einerseits *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938 (Teilabdruck in: Rechtsfragen der Leistenden Verwaltung, 1959), andererseits *Börner*, Rechtsfragen zu Artikel 90 EWGV, in: VEnergR 12/13, S. 124 ff. (143 ff.); *Büdenbender*, Energierecht, 1982, Rdnr. 969 ff. Zur Kontroverse *Ronellenfisch*, Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: HStR III, 1988, § 84 Rdnr. 48.

13 Gemeint sind Grundstücke, an denen kein Gemeingebrauch besteht.

schrift ist gering. In der Praxis außerordentlich wichtig sind dagegen die Leitungsverlegungsrechte nach den Allgemeinen Versorgungsbedingungen der Versorgungsunternehmen. Danach haben nämlich die Kunden und Anschlußnehmer, die zugleich Grundstückseigentümer sind, für Zwecke der örtlichen Versorgung das Anbringen und Verlegen von Leitungen über ihre im gleichen Versorgungsgebiet liegenden Grundstücke unentgeltlich zuzulassen. Die Duldungspflicht wird gemeinhin als Inhaltbestimmung des Eigentums verstanden¹⁴. Das gesetzlich begründete "Wegerecht"¹⁵ besteht nicht bei Verkehrswegen und Verkehrsflächen. Wo sich die Duldungspflicht der privaten Grundstückseigentümer nicht auf die Allgemeinen Versorgungsbedingungen stützen läßt, müssen besondere Mitbenutzungsverträge abgeschlossen werden. Als ultima ratio können Versorgungsunternehmen ebenfalls Enteignungen zugunsten der Verlegung ihrer Versorgungsleitungen beantragen¹⁶. *Finanziert* werden die Versorgungsleitungen vorwiegend aus den Einnahmen für die Sachleistung.

3. Wechselbeziehungen

Für die Versorgungsunternehmen bietet es sich an, für die Verlegung der Versorgungsleitungen und zur Einrichtung der sonstigen Verteileran-

14 BVerfG, Beschluß vom 31.1.1989 – 1 BvR 1631/88 –, Recht der Elektrizitätswirtschaft 1989, 143; BGH, Urteil vom 4.2.1976 – VIII ZR 167/74 –, BGHZ 66, 62 (65); vom 14.1.1981 – VIII ZR 337/79 –, WM 1981, 250 (251); vom 13.3.1991 – VIII ZR 373/89 –, Recht der Elektrizitätswirtschaft 1991, 133 (134) = WM 1991, 1477; vom 11.3.1992 – VIII ZR 219/91 –, RdE 1992, 155; OLG Hamburg, Urteil vom 10.7.1991 – 4 U 134/90 –, RdE 1992, 157 (159); *Büdenbender*, Energierecht, Rdnr. 446 m.w.N.; *Kimminich*, Verfassungsrechtliche Probleme der Grundstücksnutzung für Zwecke der öffentlichen Energieversorgung, NJW 1983, S. 2785 ff.; *ders.*, Eigentum und Energieversorgung, S. 2 ff.; *Reiplinger*, Durchleitungsrecht in Eigentümerwegen für Versorgungsunternehmen, RdE 1993, S. 222 ff. (222).

15 *Büdenbender*, Energierecht, Rdnr. 445; *Recknagel*, in: Hermann / Recknagel / Schmidt-Salzer, Kommentar zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen, Bd. 1, Losebl., § 8 AVBEltV Rdnr. 14; a.A. *Danner*, in: Eiser / Riederer / Obernolte, Energiewirtschaftsrecht, Kommentar, Losebl., IV § 8 VersorgBdg 1 b dd.

16 § 11 Abs. 1 EnWG

lagen in erster Linie das Straßen- und Wegenetz mitzubeneutzen¹⁷. Auch an öffentlichen Straßen und Wegen besteht Eigentum im Sinne der §§ 903 ff. BGB. Somit muß die Mitbenutzung öffentlicher Straßen, Wege und Plätze durch Versorgungsleitungen rechtlich wirksam begründet werden. Hierfür kommen verschiedene *Modelle* in Betracht:

- Nach einer gelegentlich vertretenen Ansicht soll die Nutzung von öffentlichen Straßen und Wegen durch Energieversorgungsleitungen vom Begriff des *Gemeingebrauchs* erfaßt sein¹⁸. Wesensmerkmal des Gemeingebrauchs an Straßen ist aber deren verkehrliche Bedeutung. Eine Nutzung der Straße zu Zwecken des Verkehrs ist nur gegeben, wenn primär die Fortbewegung von Personen und Sachen bezweckt wird. Der "Leistungsverkehr" hat mit dieser Form der Mobilität nichts zu tun.
- Telegraphie und Fernmeldesprechverkehr standen in der Mitte des 19. Jahrhunderts vor der Schwierigkeit, daß den Telegraphenverwaltungen die erforderlichen Grundstücke für die Aufnahme der Leitungen fehlten. Endgültige Abhilfe schuf das Telegraphenwegegesetz vom 18. Dezember 1899¹⁹, das der Reichspost eine originäre Berechtigung zur unentgeltlichen Benutzung öffentlicher Wege zur Verlegung von Fernmeldeleitungen einräumte²⁰. Obwohl dieses *Fern-*

17 *Studenkowski*, Das Mitbenutzungsverhältnis zwischen Straßen und Leitungen der öffentlichen Energiewirtschaft, *Recht der Elektrizitätswirtschaft* 1980, S. 98; *Rumpf*, in: Henke / Müller / Rumpf, *Elektrizitätswirtschaft*, 1930, S. 102.

18 *Müller, Hans*, Bedarf der gegenwärtige Rechtszustand der Benutzung öffentlicher Straßen durch Energieversorgungs-Leitungen einer Änderung?, DR 1938, S. 289 f. (290); *Schumacher*, Die Bedeutung der Artikel 85, 86 EWG-Vertrag für die deutsche Energiewirtschaft, *VEnergR* 7/8, 1962, S. 25 ff. (29 Fußn. 8); *Beißwanger, Gerhard*, Öffentliches und privates Recht bei den Sondernutzungen nach dem BayStrWG, Diss. Erlangen-Nürnberg 1970, S. 99 f.; *Lüthke, Klaus*, Gemeingebrauch und Sondernutzung nach hamburgischem Wegerecht, Diss. Hamburg 1964, S. 154;

19 RGBl. S. 705. Vgl. auch RT-Drucks. Nr. 170, S. 1253 f., 1261 f., Nr. 498, S. 2632. Zur historischen Entwicklung *Ronellenfötsch*, Breitbandkabel und fernmelderechtliche Planfeststellung, *VerwArch.* 1988, 211 ff. (215 ff.)

20 Vgl. auch *Ronellenfötsch*, Einführung in das Planungsrecht, 1976, S. 122 ff.

meldeleitungsrecht Ausfluß der Fernmeldehoheit ist²¹, bildete sein Regelungsmodell mehrfach den Ausgangspunkt für Überlegungen zur Neugestaltung der Straßenbenutzung durch Versorgungsunternehmen²², die jedoch nicht umgesetzt wurden.

- Die *rechtsgeschäftliche Begründung* von Nutzungsrechten setzt eine einvernehmliche Vorgehensweise voraus. Kommt eine Einigung nicht zustande, kann die Enteignung zugunsten der Energieversorgungsunternehmen auch auf Grundstücke im Eigentum der öffentlichen Hand erstreckt werden. Bei nicht widmungsmäßig gebundenen Grundstücken ist die Lage noch verhältnismäßig unkompliziert²³. Wenn die Grundstücke jedoch einem öffentlichen Zweck gewidmet sind, kommt es zu einer Kollision bei der öffentlichen Aufgabenerfüllung. Wird der Widmungszweck beeinträchtigt, so setzt das Enteignungsrecht zugunsten der Energieversorgungsunternehmen eine Entwidmung oder Teileinziehung voraus²⁴. Entwidmung oder Teileinziehung sind aber nur zulässig, wenn die Verkehrsinteressen, die für die Anlegung der Straße sprachen oder nunmehr bestehen, nicht entgegenstehen. Im übrigen kann die Enteignung von Straßen und Verkehrsflächen zugunsten von Versorgungsleitungen nur dahingehen, Zustände herzustellen, die den Anforderungen des § 8 Abs. 10 FStrG entsprechen. Enteignungsziel ist der zwangsweise Abschluß eines Konzessions- oder Gestattungsvertrags. Enteignungsziel kann nicht die Belastung von Straßengrundstücken mit Dienstbarkeiten sein. Obligatorische Mitbenutzungsverträge zu zumutbaren Bedingungen machen weitergehende Enteignungen unzulässig²⁵.

21 *Kempfer*, Das Fernmeldeleitungsrecht an öffentlichen Straßen, in: Bartlsperger / Blümel / Schroeter (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, S. 197 ff. (197).

22 Vgl. die Nachweise bei *Zacher*, Energiewirtschaftliche Konzessionsverträge, 1982, S. 33 ff.

23 Vgl. BVerwG, Urteil vom 4.3.1983 – 4 C 9.80 –, et 1983, 851. Zu weitgehend aber BayVGH, Urteil vom 13.6.1978 Nr. 10 IX 74 –, BayVBl. 1976, 19.

24 *Evers*, Das Recht der Energieversorgung, 1974, S. 68

25 BVerwG, Urteil 27.9.1961 – I C 37.60 –, BVerwGE 13, 75; vom 29.3.1968 – 4 C 100.65 –, BVerwGE 29, 248 = DVBl. 1969 = Vkl. 1968, 488; vom

4. *Straßenbaubedingte Veränderungen von Versorgungsleitungen*

Änderungen bestehender Straßen, die von Versorgungsleitungen mitbenutzt werden (Gestattungsstraßen), ändern auch das *Mitbenutzungsverhältnis*. Solche Änderungen sind dem Mitbenutzungsverhältnis immanent, da öffentliche Straßen und Wege den jeweiligen Verkehrsbedürfnissen anzupassen sind. Daher muß den Straßenbehörden die Möglichkeit eröffnet sein – etwa bei Verbreiterungen von Straßen – ein Leitungsverlegungsrecht wieder aufzuheben²⁶. Die Energieversorgungsunternehmen müssen dann neue Leitungsverlegungsrechte begründen, vorhandene Leitungen entfernen und vor allem neue Leitungen verlegen. Die dadurch entstehenden Kosten bezeichnet man als Folgekosten. Beim *Zusammentreffen von Straßen und Versorgungsleitungen* ergeben sich entweder Berührungspunkte der Anlagen (Kreuzungen, Längsverlegungen), oder die Anlagen müssen so gestaltet werden, daß Berührungspunkte vermieden werden²⁷. Trifft eine neue Straßenbaumaßnahme auf vorhandene Versorgungsleitungen, zu denen bislang keine Berührungspunkte bestanden, so kann ebenfalls die Sicherung oder Verlegung der Versorgungsleitung erforderlich werden. Auch die hierdurch entstehenden Kosten sind Folgekosten der Straßenbaumaßnahme.

B. FOLGEKOSTENPROBLEMATIK

Wenn Leitungen im öffentlichen Straßenraum verlegt wurden, der nunmehr verändert werden soll, oder wenn bei erstmaliger Berührung von

4.3.1983, – 4 C 9.80 –, Recht der Elektrizitätswirtschaft 1984,7; vgl. auch *Kempfer*, in: Eiser / Riederer / Obernolte, V Wege, S. 7 g ff.; *Wichary*, in: Walprecht / Cosson, Straßen- und Wegegesetz des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl., 1986, § 23 Rdnr. 209.

26 BGH Urteil vom 5.4.1968, – V ZR 99/65 –, MDR 1968, 744 = Recht der Elektrizitätswirtschaft 1969, 49.

27 *Schlosser*, Enteignungsrecht und Folgekostenproblematik bei straßenbaubedingter Verlegung von Versorgungsleitungen, BayVBl. 1982, S. 545 ff. (545).

neuen Straßen und vorhandenen Leitungen die Versorgungsleitungen verdrängt werden, ist die Verlegung der Leitungen eine *Folgemaßnahme* der Straßenzulassung. In beiden Fällen ist dann zu klären, wer die Kosten der Folgemaßnahmen zu tragen hat. Bei der Folgekostenproblematik geht es also um die Frage, ob bei straßenbaubedingten Veränderungen von Versorgungsleitungen die jeweilige Straßenbauverwaltung oder das betroffene Versorgungsunternehmen für die Kosten der Veränderungen aufzukommen hat.

I. Rechtslage in den alten Bundesländern

Folgekosten entstehen, wenn öffentlicher Straßenraum für Energieversorgungseinrichtungen mitbenutzt wird. Es liegt daher nahe, die Folgekostenpflicht bereits bei der Begründung der Nutzungsrechte mitzubersichtigen. Seit Nutzungsrechte eingeräumt wurden, ging man auch so vor.

1. Historische Entwicklung

Regelungen über Folgemaßnahmen und Folgekosten wurden ursprünglich nur für die *örtliche Ebene* getroffen. Als der Absatzradius der Gas- und Elektrizitätswerke über einzelne Häuserblocks hinausgriff, entschlossen sich immer mehr Kommunen, die Versorgung der Gemeindebewohner mit Gas und Elektrizität privaten Unternehmen anzuvertrauen. Zu diesem Zweck schlossen sie mit den Energieversorgungsunternehmen Verträge ab, in denen diese sich verpflichteten, die in den Gemeinden wohnenden Abnehmer von Gas und Elektrizität an ein Leitungsnetz anzuschließen und sie zu bestimmten Tarifen zu beliefern. Die Energieversorgungsunternehmen ließen sich von den Gemeinden in diesen Verträgen die erforderlichen Wegenutzungsrechte einräumen. Dabei kam es nicht nur darauf an, die Nutzungsrechte mit Rücksicht auf die hohen Kosten des Leitungsbau²⁸ langfristig zu sichern. Die Versorgungsunternehmen ließen sich vielmehr von den Gemeinden für eine längere Zeitspanne *ausschließliche*

28 Zu diesem Aspekt *Wieacker*, Die Wegebenutzungs- und Gebietsschutzverträge in der Elektrizitäts- und Gasversorgung, Elektrizitätswirtschaft 1957, S. 26.

Versorgungsrechte einräumen²⁹. Die kostenpflichtigen Benutzungsrechte wurden als *Konzessionen*, die Vereinbarungen als "*Konzessionsvertrag*" bezeichnet³⁰.

In der weiteren Entwicklung des Ausbaus der Versorgungsnetze mußte die Mitbenutzung von Straßen zwischen den einzelnen Gemeinden in Angriff genommen werden. Für die Mitbenutzung dieser *überörtlichen Straßen* wurden in Anlehnung an die Konzessionsverträge Wegebenutzungsverträge abgeschlossen, die kein Ausschließlichkeitsrecht enthielten³¹. Diese Verträge heißen "*Gestattungsverträge*"³².

2. § 8 Abs. 10 FStrG

Die Normierungen in den Straßengesetzen der Nachkriegszeit, insbesondere die Formulierung in § 8 Abs. 10 FStrG, sind durch die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den Versorgungsunternehmen und den Gemeinden beeinflusst. Die Regelung in § 8 Abs. 10 FStrG entspringt

29 *Wieland*, Die Konzessionsabgaben, 1991, S. 80.

30 Die Terminologie Konzessionsvertrag geht auf *Karl Crome*, Der Konzessionsvertrag und seine Ausführung im Kriege, AcP 115 (1917), S. 1 ff. zurück. Vgl. auch *Wieland*, S. 81. Die Bezeichnung war nicht sonderlich glücklich; kritisch bereits *Schwinge*, Der Gas- und Elektrizitätsversorgungsvertrag, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Vertrag zugunsten eines Dritten, Gruchots Beiträge n.F. 70 (1929), S. 153.; ferner *Fischerhof*, Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DÖV 1957, S. 308; *Stern*, Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, AöR 84 (1959), S. 146 f. Im rechtstechnischen Sinn stellt die Konzession eine Beleihung (Übertragung von Aufgaben und Befugnissen der öffentlichen Verwaltung) dar. Jedenfalls durch die Einräumung von Leitungsrechten werden die Versorgungsunternehmen ersichtlich nicht zu beliehenen Unternehmern. Auch die Freigabe nach § 4 Abs. 1 EnWG stellt im übrigen keinen konzessionsähnlichen Akt dar; vgl. *Ronellenfitsch*, Energieversorgung und Raumordnung, WiVerw. 1985, S. 168 ff. (185). Selbst *Forsthoff* (Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, 1958, S. 25) verstand die Energieversorgungsunternehmen nicht als beliehene Unternehmer.

31 Zur Abgrenzung von Wegebenutzungsvertrag und Konzessionsvertrag *Wieacker*, Elektrizitätswirtschaft 1957, S. 25 ff. (25).

32 Hierzu unten 4.

dem Drängen der Versorgungswirtschaft³³. Ratio legis ist es, das Straßenbenutzungsverhältnis nach Möglichkeit umfassend dem bürgerlichen Recht zu überantworten³⁴. Tatbestandsvoraussetzung für die Anwendbarkeit des bürgerlichen Rechts ist, daß das Benutzungsrecht den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt. Ob nun speziell die Straßenbenutzung durch Versorgungsleitungen den Gemeingebrauch beeinträchtigt, läßt sich nicht pauschal beantworten³⁵. Jedenfalls die Verlegung von Versorgungsleitungen wird in aller Regel die widmungsgemäße Nutzung von Bundesfernstraßen nachhaltig beeinflussen. Für diesen Fall bestimmt aber § 8 Abs. 10 FStrG, daß im Hinblick auf die Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs eine Beeinträchtigung von "nur kurzer Dauer" für Zwecke der öffentlichen Versorgung außer Betracht bleibt. Den Gegensatz zur Beeinträchtigung von nur kurzer Dauer bildet nicht die lange dauernde Beeinträchtigung, sondern das Zeitmaß "andauernd"³⁶. Als Sondernutzungen zu behandeln sind nur dauerhafte Sondernutzungen durch Versorgungsleitungen. Über Typ und Einzelheiten des bürgerlichrechtlichen Nutzungsvertrags läßt sich das FStrG nicht aus. Maßgeblich insbesondere auch im Hinblick auf die Folgekostenproblematik sind die Konzessions- und Gestattungsverträge.

33 Der Regierungsentwurf eines Bundesfernstraßengesetzes vom 10.4.1953 wollte die Rechtsbeziehungen zwischen Straßenbaulasträgern und Versorgungsunternehmen noch ausschließlich öffentlich-rechtlich gestalten; Vgl. BT-Drucks. I/4248, S. 20, 21.; *Marschall*, VEnergR 12/13, S. 8. Hiergegen erhoben die Spitzenverbände der Energieversorgungsunternehmen und die Gebietskörperschaften Bedenken, weil sie befürchteten, ihre Konzessionsverträge würden nicht mehr dem bürgerlichen Recht zugeordnet werden; vgl. *Stern*, AöR 84 (1959), 291; Einzelheiten bei *Zacher*, Konzessionsverträge, S. 78 f. Der Bundesrat schloß sich diesen Bedenken an. Er schlug vor, § 8 Abs. 10 FStrG zu ändern, um den Anschein zu vermeiden, daß behördliche Regelungen Platz greifen könnten; vgl. BT-Drucks. I/4248, Ziff. 8c zu § 8, S. 30. Die Bundesregierung stimmte dem Änderungsvorschlag des Bundesrats zu; vgl. BT-Drucks. I/4248, S. 33 f.

34 Für eine großzügige Handhabung der Vorschrift bereits RdErl Nr. 8/53 des Bundesministers für Verkehr vom 18.8.1953 (StV 2 – Rabs 20395 / Vm 53).

35 *Kastner*, in: *Marschall / Schroeter / Kastner*, FStrG, § 8 Anm. 12.2.

36 *Sieder / Zeitler*, Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, 2. Aufl., 1972, S. 527.

3. Konzessionsverträge

Konzessionsverträge sind Verträge, durch die sich eine Gebietskörperschaft gegenüber einem Energieversorgungsunternehmen verpflichtet, (ausschließlich) diesem die Verlegung und den Betrieb von Leitungen auf und unter öffentlichen Wegen zum Zwecke der unmittelbaren Energieversorgung von Letztverbrauchern zu gestatten³⁷. Diese Begriffsbestimmung ist recht vage. Es besteht aber im Zusammenhang mit der Folgekostenproblematik kein Anlaß, den zahlreichen Definitionsversuchen eine weitere Definition hinzuzufügen. Vielmehr kommt es insoweit darauf an, den *typischen Inhalt* von Konzessionsverträgen zu ermitteln. Der typische Inhalt von Konzessionsverträgen ergibt sich durch eine Zusammenstellung der regelmäßig verwendeten Klauseln³⁸.

(1) Versorgungs- und Betriebsklausel

Das Energieversorgungsunternehmen verpflichtet sich, im Gemeindegebiet die Versorgung mit Elektrizität und/oder Gas zu übernehmen und zu diesem Zweck Betriebs- und Verteilungsanlagen zu errichten und das Unternehmen dauernd in leistungsfähigem und betriebssicherem Zustand zu erhalten sowie notwendige Erweiterungen vorzunehmen.

(2) Kontrahierungsklausel

Das Versorgungsunternehmen verpflichtet sich, innerhalb des Gemeindegebiets alle Einwohner als Letztverbraucher im Rahmen seiner Versorgungsbedingungen zum Anschluß zuzulassen.

37 Vgl. *Stern*, AöR 84 (1959), S. 144.

38 *Stern*, AöR 84 (1959), S. 144 f.; *Niederleithinger*, Die Stellung der Versorgungswirtschaft im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1968, S. 55 ff.; *Evers*, in: *Bartlspurger / Blümel / Schroeter* (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, S. 185 f.; *Studenkowski*, Recht der Elektrizitätswirtschaft 1980, S. 98.

(3) Benutzungsklausel

Die Gemeinde gestattet dem Versorgungsunternehmen die Benutzung aller öffentlichen Straßen, Wege und Plätze innerhalb des Gemeindegebiets zur Errichtung der für die Versorgung notwendigen Anlagen.

(4) Ausschließlichkeitsklausel

Die Gemeinde verpflichtet sich, während der Dauer des Vertrags keinem anderen gleichartigen Unternehmen die Versorgung zu gestatten. Die Ausschließlichkeitsklausel macht die Konzessionsverträge i.S.v. § 1 Abs. 1 GWB³⁹ zu *Kartellverträgen*⁴⁰. Sie sind aber unter den Voraussetzungen des § 103 Abs. 1 Nr 2 GWB vom Kartellverbot befreit. Erforderlich ist ferner, daß der jeweilige Vertrag vollständig bei der Kartellbehörde angemeldet wurde⁴¹ und daß die vereinbarte Laufzeit des Vertrags zwanzig Jahre nicht überschreitet⁴².

39 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen i.d.F. der Bek. vom 20.2.1990 (BGBl. I S. 235).

40 BGH, Beschluß vom 15.4.1986 – KVR 6/85 –, Recht der Elektrizitätswirtschaft 1986, S. 115; *Riechmann*, Nochmals: Die kartellrechtliche Zuordnung von Konzessionsverträgen, WuW 1985, S. 945 ff.; *Wolf, Andreas*, Zur kartellrechtlichen Beurteilung des Konzessionsvertrages, BB 1986, S. 143 ff. (147 ff.); *Markert*, Konzessionsverträge und Kartellrecht, Recht der Elektrizitätswirtschaft 1989, S. 94 ff.

41 § 103 Abs. 3 in Verbindung mit § 9 Abs. 2 Satz 1 GWB.

42 § 103 a Abs. 1 Satz 1 GWB. Die Befristungsregel wurde durch die IV. Kartellgesetznovelle von 1980 eingeführt, um das System der Gebietsmonopole flexibler zu gestalten; vgl. BT-Drucks. 8/3690, S. 32. Für Altverträge lief die Übergangsregelung des § 103 a Abs. 4 GWB am 1.1.1995 ab. Ob positive Wettbewerbseffekte zu verzeichnen sind, läßt sich gegenwärtig noch nicht feststellen, obwohl die am 1.1.1990 in Kraft getretene V. Kartellgesetznovelle durch Einführung der Synchronisierungsregelung in § 103 a Abs. 1 Satz 2 GWB das Problem der Fristenüberlappungen behoben hat. Vgl. zum Ganzen *Jüngst*, Konzessionsverträge und Kartellrecht, DÖV 1991, S. 221 ff. Vgl. auch BGH, Urteil vom 7.7.1992 – KZR 2/91 –, BGHZ 119, 101 (Freistellungsende) vom 23.3.1993 – KZR 22/92 –, RdE 1994, S. 194 (Weiterzahlung im vertragslosen Zustand).

(5) Abgabeklausel

Das Versorgungsunternehmen verpflichtet sich, der Gemeinde als Gegenleistung für das Recht auf Wegebenutzung und das ausschließliche Versorgungsrecht eine "Konzessionsabgabe" zu zahlen.

(6) Aufsichts- und Mitwirkungsklauseln

Die Gemeinden behalten sich bestimmte Aufsichts-, Mitwirkungs- und Kontrollrechte vor.

(7) Endschaftsbestimmungen

Die Gemeinde behält sich das Recht vor und verpflichtet sich ggf., bei Ablauf oder Kündigung des Konzessionsvertrags zu bestimmten Bedingungen (Endschaftsbedingungen)⁴³ die Versorgungsanlagen unentgeltlich oder entgeltlich zu übernehmen.

(8) Folgelastenvereinbarung

Das Versorgungsunternehmen verpflichtet sich, die Folgekosten zu tragen, falls aus wichtigen Gründen im öffentlichen Interesse Änderungen bestehender Ortsnetzanlagen erforderlich werden sollten.

43 Auf die kartellrechtliche Problematik solcher Bedingungen, durch welche die Befristungsregelung des § 103 a Abs. 1 Satz 1 GWB unterlaufen werden könnte, sei nur hingewiesen. Aufgabe der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht ist es, zu wachen, daß durch die Endschaftsbestimmungen keine prohibitiven faktischen Bindungen geschaffen werden; zu diesem Aspekt *Immenga*, Aktuelle Fragen zum Kartellrecht der Energiewirtschaft: Konzessionsverträge; Vertragsklauseln im Lichte der Befristungsregelung, in: *Energiewirtschaftsgesetz im Wandel von fünf Jahrzehnten*, 1988, S. 33 ff. (57 f.); *Markert*, Recht der Elektrizitätswirtschaft 1989, S. 94 ff. (98); *Jüngst*, DÖV 1991, S. 226 ff.; *Hamann, Dirk Walter*, Die kartellrechtliche Zulässigkeit sog. Endschaftsklauseln unter besonderer Berücksichtigung stromwirtschaftlicher Konzessionsverträge, Diss. Münster 1991.

Im Dritten Reich gab es Bestrebungen, die Konzessionsabgaben abzuschaffen.

Die Voraussetzungen schuf § 1 Abs. 2 EnWG, der entsprechende Regelungskompetenzen ursprünglich des Reichswirtschaftsministers enthielt. Schon bald ändert sich aber die Organisationsstruktur der Energieaufsicht⁴⁴. So war es dann der Reichskommissar für Preisbildung, der auf Grund von § 2 des Gesetzes zur Durchführung des Vierjahresplans – Bestellung eines Reichskommissars für die Preisbildung – vom 29. Oktober 1936⁴⁵ mit Zustimmung des Beauftragten für den Vierjahresplan im Jahr 1941 die *Konzessionsabgabenordnung (KAE)*⁴⁶ sowie die Ausführungsanordnung zur Konzessionsabgabenordnung (A/KAE)⁴⁷ und die Durchführungsbestimmungen zur Konzessionsabgabenordnung und der Durchführungsanordnung (D/KAE)⁴⁸ erließ. Die Konzessionsabgabenordnung bezweckte, die Versorgungsunternehmen von betriebsfremden Ausgaben zu entlasten. Die Konzessionsabgaben sollten herabgesetzt und in angemessener Frist ganz beseitigt werden. Zu einer Beseitigung ist es aber nie gekommen. Dagegen durften Konzessionsabgaben nicht mehr *neu* eingeführt oder erhöht werden⁴⁹. Sie mußten einheitlich nach Prozentsätzen der – durch Höchstsätze zu begrenzenden⁵⁰ – Roheinnahmen aus Versorgungsleistungen an die Letztverbraucher bemessen werden⁵¹. Eine weitere Grenze bestand darin, daß den Versorgungsunternehmen ein angemessener Gewinn verbleiben mußte⁵².

44 So wurde durch Führererlaß vom 29.7.1941 (RGBl. I S. 467) die Energieaufsicht nach § 1 Abs. 2 EnWG dem Generalinspektor für Wasser und Energie übertragen.

45 RGBl. I S. 927.

46 Vom 4.3.1941, RAnz. Nr. 57 vom 8.3.1941.

47 Vom 27.2.1943, RAnz. Nr. 75 vom 21.3.1943.

48 Vom 27.2.1943, Mitteilungen des Reichskommissars für die Preisbildung 1943, S. 228.

49 § 1 KAG; §§ 1 f. A/KAE; Nr. 27 ff. D/KAE.

50 § 2 KAE; §§ 3 ff. A/KAE; Nr. 7 ff. D/KAE.

51 § 4 KAE; Nr. 27 ff. D/KAE.

52 § 5 KAE; § 7 A/KAE; Nr. 34 ff. D/KAE.

Die Konzessionsabgabenanordnung und die Ausführungs- und Durchführungsbestimmungen galten in der Bundesrepublik gem. 125 GG als Bundesrecht fort⁵³. Die verschiedenen Ansätze zur Reform des Konzessionsabgabenrechts⁵⁴ seit 1952 blieben ausnahmslos stecken⁵⁵, obwohl die Ungleichbehandlung der Gemeinden immer deutlicher wurde⁵⁶. Literaturäußerungen, wonach das Verbot der Neueinführung von Konzessionsabgaben verfassungswidrig sein sollte⁵⁷, veranlaßte das VG Frankfurt am Main, mit Urteil vom 29. September 1988⁵⁸, die KAE zu verwerfen. Der Hessische VGH ging demgegenüber im Urteil vom 7. November 1988⁵⁹ von der Verfassungsmäßigkeit der KAE aus. Die Revision gegen diese Entscheidung hatte jedoch Erfolg. Mit *Urteil vom 20. November 1990*⁶⁰ entschied das *Bundesverwaltungsgericht*, daß das Verbot der Neueinführung von Konzessionsabgaben sich heute sachlich nicht mehr rechtfertigen lasse, gegen das Willkürverbot verstoße und damit nicht mehr gültig sei.

-
- 53 Vgl. BGH, Urteil vom 22.10.1954 – I ZR 226/53 –, BGHZ 15, 113; BVerwG, Urteil vom 12.10.1965 – VII C 115.63 –, BVerwGE 22, 203 = DÖV 1966, 499; BFHE 64, 452.
- 54 Vgl. *Immesberger*, Das Recht der Konzessionsabgaben, 1992, S. 9 ff.; *Münch*, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, 2. Aufl., 1992, S. 80 ff.
- 55 Vgl. auch Stellungnahme der Bundesregierung vom 30.6.1977, BT-Drucks. 8/702, S. 8.
- 56 Vgl. *Amtmann*, Interkommunale Differenzierung des Konzessionsabgabenaufkommens, 1990.
- 57 *Kühne*, Die Verfassungswidrigkeit des Verbots der Neueinführung von Konzessionsabgaben, BB 1987, S. 2032 ff.; *ders.*, Ungleichbehandlung bei Konzessionsabgaben, in: Harms (Hrsg.), Atomstrom aus Frankreich?, 1987, S. 131 ff.
- 58 – I/2 E 1588/85 –, et 1989, 460.
- 59 – 8 OE 112/83 –, Recht der Elektrizitätswirtschaft 1989, 103. Offen gelassen wurde die Frage im Urteil des LG Kassel vom 29.6.1990 – 6 O 92/87 –, Recht der Elektrizitätswirtschaft 1991, 136 (138).
- 60 – 1 C 30.39 –, BVerwGE 87, 133 = DÖV 1991, 289 = DVBl. 1991, 385 = NVwZ 1991, 1192 = RdE 1991, 32; hierzu *Borchert*, Zum Ende des Verbots der Neueinführung von Konzessionsabgaben, Die Gemeinde 1991, S. 88 ff.; *Tettinger*, Grundlinien des Konzessionsvertragsrechts, DVBl. 1991, S. 786 ff. Zu Folgerungen aus dieser Entscheidung OLG München, Urteil vom 24.2.1993 – 15 U 6109/92 –, RdE 1993, 235.

Im Prozeß hatte zwar der Oberbundesanwalt für die Bundesregierung darauf hingewiesen, daß eine Aufhebung des Neueinführungsverbots den Gestaltungsspielraum des Gesetz- und Verordnungsgebers – auch im Blick auf die neuen Bundesländer – gefährden könne⁶¹. Dem Einwand trug das Gericht mit der Feststellung Rechnung, daß mit einer vollständigen Abschaffung der Konzessionsabgaben ohnehin nicht zu rechnen sei⁶². Genau dies ist geschehen, zumal vor dem Hintergrund des Ablaufs zahlreicher Konzessionsverträge Ende 1994 aufgrund der Befristungsregelung des § 103 a Abs. 4 GWB nunmehr zwingender Handlungsbedarf bestand. Am 18./19. Dezember 1990 bat die Wirtschaftsministerkonferenz der Länder den Bundesminister für Wirtschaft, "schnellstmöglich seine Vorstellungen darzulegen, wie das Konzessionsabgabenrecht künftig auszugestalten ist"⁶³. Die Darlegung der Reformvorstellungen des Bundeswirtschaftsministeriums erfolgte nach erneuten Gesprächen mit kommunalen Spitzenverbänden, der Strom-, Gas- und Wasserwirtschaft sowie den Energieabnehmern und auf der Grundlage der Erörterung mit den beteiligten Ressorts zur Wirtschaftsministerkonferenz der Länder am 20./21. März 1991. Die Wirtschaftsministerkonferenz beschloß, den Bericht des Bundeswirtschaftsministers zustimmend zur Kenntnis zu nehmen, legte in diesem Beschluß die Entwicklung des Aufkommens aus Konzessionsabgaben seit 1984 dar und erkannte an, daß die Konzessionsabgaben für die Kommunen eine erhebliche Einnahmequelle darstellen. Dieser Tatsache sei bei der Reform Rechnung zu tragen. Die Wirtschaftsministerkonferenz hielt es jedoch "im Interesse der Verbraucher und aus gesamtwirtschaftlichen Gründen für unverzichtbar, das Volumen dieser in der Europäischen Gemeinschaft einmaligen Abgabe zu begrenzen und möglichst zurückzuführen."⁶⁴ Es folgte eine Reihe von "Eckpunkten", die das Bundeswirtschaftsministerium seinem ersten Referentenentwurf vom 17. Mai 1991 zugrundelegte, obwohl bereits diese Eckpunkte nicht einstimmig verabschiedet worden

61 Vgl. *Cronenberg*, Reform der Konzessionsabgaben, et 1991, S. 450 ff. (451).

62 BVerwGE 87,140 f.

63 *Feuerborn / Riechmann*, Konzessionsabgabenverordnung, Komm., 1994, Anhang 14 (S. 226).

64 *Feuerborn / Riechmann*, Anhang 15 (S. 227 f.).

waren. In der Folgezeit verstärkten sich die Bemühungen der Innenminister⁶⁵ und Finanzminister sowie der Kommunen und ihrer Spitzenverbände⁶⁶, das Aufkommen aus den Konzessionsabgaben abzusichern. Dadurch wurde zwar das Anliegen, die Konzessionsabgaben schrittweise abzubauen, noch mehr verwässert. Immerhin gelang aber die Abkoppelung der Konzessionsabgaben für die Strom- und Gasversorgung von der Energiepreisentwicklung⁶⁷. Für die Wasserversorgung blieb der alte Rechtszustand beibehalten. Am 8. November 1991 wurde der Entwurf der Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas (*Konzessionsabgabenverordnung – KAV*)⁶⁸ dem Bundesrat zugeleitet. Der Bundesrat stimmte der Verordnung am 19. Dezember 1991 mit geringfügigen Änderungen zu. Mit der Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt am 14. Januar 1992⁶⁹ trat die Konzessionsabgabenverordnung zum 1. Januar 1992 in Kraft⁷⁰.

Die *Konzessionsabgabenverordnung* läßt die Abgabepflicht bestehen (§ 1 Abs. 1 KAV), regelt Bemessung und zulässige Höhe der Konzessionsabgaben (§ 2 KAV) sowie – als Novum – deren Ausweisung in allgemeinen Tarifen (§ 4 KAV). Ferner enthält sie Verfahrens- und organisato-

- 65 Beschluß der Ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren vom 3.5.1991, abgedruckt bei: *Feuerborn / Riechmann*, Anhang 16 (S. 229).
- 66 Vgl. *Kastrop*, Die Konzessionsabgaben der Gemeinden als Lenkungs- und Finanzierungsinstrument, 1991; *Mohl*, Die zukünftige Gestaltung des Konzessionsabgabenrechts, *Zeitschrift für Kommunal Finanzen* 1992, S. 82 ff.; *Riechmann*, Das Konzessionsabgabenwesen unter Reformdruck, *Gemeindehaushalt* 1991, S. 80 ff.
- 67 Positiv zur Reform etwa *Braun*, Reform des Konzessionsabgabenwesens, et 1991, S. 456 ff.; *Tettinger*, DVBl. 1991, S. 791.
- 68 BR-Drucks. 681/01.
- 69 BGBl. I S. 12.
- 70 Hierzu *Cronauge*, Das neue Konzessionsabgabenrecht, 1992; *Cronenberg*, Anwendungs- und Auslegungsfragen der neuen Konzessionsabgabenverordnung, et 1992, S. 175 ff.; *Immesberger*, Das Recht der Konzessionsabgaben, WK-Reihe Nr. 97, Juli 1992; *Kühne / Beddies*, Die Neuordnung des Konzessionsabgabenrechts, *Recht der Elektrizitätswirtschaft* 1992, S. 132 ff.; *Lenz*, Die gesetzliche Regelung der Konzessionsabgaben, *Wirtschaftsprüfung* 1992, S. 252 ff.; *Püttner*, Die Neuordnung der Konzessionsabgaben, *NVwZ* 1992, S. 350 ff.; *Hansdieter Schmid*, Neuregelung der Konzessionsabgabe, *BWVBl.* 1992, S. 97 ff.; *Volker Stern*, Die Reform der Konzessionsabgabe, *WD* 1992, S. 42 ff.

rische Regelungen. Für den vorliegenden Zusammenhang bedeutsam ist § 3 KAV, der den "grauen Markt" der Sonder- und Nebenleistungen in geordnete Bahnen lenken soll. Neben oder anstelle von Konzessionsabgaben darf nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 KAV die "Vergütung notwendiger Kosten, die bei Bau- und Unterhaltungsmaßnahmen an öffentlichen Verkehrswegen der Gemeinden durch Versorgungsleitungen entstehen, die in oder über diesen Verkehrswegen verlegt sind", vereinbart werden. Geregelt ist somit nur ein Teilaspekt der allgemeinen Folgekostenproblematik.

Nach überwiegender Ansicht werden die Konzessionsverträge als Verträge *sui generis*⁷¹ dem *Privatrecht* zugeordnet⁷². Die Zuordnung erfolgt aber regelmäßig im Hinblick auf den *Rechtsweg*. Dies schließt nicht aus, daß man den Gesamtbestand des Konzessionsverhältnisses aufgliedert und so hinsichtlich der einzelnen Klauseln zu einer differenzierten Beurteilung gelangt⁷³. Konzessionsverträge sind hiernach *gemischte Verträge*, deren

71 Grundlegend *Rumpf*, in: Henke / Müller / Rumpf, Elektrizitätswirtschaft, S. 121 f.; *Wieacker*, Elektrizitätswirtschaft 1957, S. 26; *Fischerhof*, DÖV 1957, S. 309.

72 RG, Urteil vom. 8.6.1915, Monatsschrift für Handelsrecht 1916, 7; vom 9.11.1917, RGZ 91, 170; BGHZ 15, 113 (115 f.); *Rumpf*, in Henke / Müller / Rumpf, Elektrizitätswirtschaft, S. 119 ff; *Lukes*, Die Benutzung öffentlicher Wege zur Fortleitung elektrischer Energie, 1973; *Evers*, in: Bartlsperger / Blümel / Schroeter (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, S. 190; *Büdenbender*, Energierecht, Rdnr. 497; *Braun*, Gemeindliche Gebietsänderung und Rechtsnachfolge in Konzessionsverträge, et 1982, S. 343 ff. (347); *Kimminich*, Verfassungsrechtliche Probleme einer Neuregelung der vertraglichen Grundlagen für die öffentliche Energieversorgung, 1974, S. 32; *Ludwig / Cordt / Stech / Odenthal I*, S. 14 d; *Tettinger*, DVBl. 1991, S. 786 ff., 787.

73 So bereits *Schwinge*, Gruchots Beiträge n.F. 70 (1929), S. 155 ff.; ferner *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., 1953/54, S. 571 ff.; *Stern*, Das rechtliche Wesen der Sondernutzung nach altem und neuem Recht, AöR 84 (1959), S. 274 ff.; *Zacher*, Energiewirtschaftliche Konzessionsverträge, S. 192 ff. Letztlich gingen die Vertreter einer öffentlich-rechtlichen Sichtweise (v.a. *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 1, S. 572; *Schack*, VerwArch. 54, S. 43 ff. [60 ff.]) nie anders vor. Sie betonten lediglich die öffentlich-rechtlichen Elemente der Konzessionsverträge stärker. Selbst *Richard Thoma*, Die Gasröhrenkonzession und die Rechtslage des Röhrennetzes nach Ablauf der Konzessionsdauer, AöR 38 (1918), S. 307 ff. (337, 341 ff.), der eine Gasröhrenkonzession in Anlehnung an die Stra-

einzelne Vertragsklauseln als selbständige Bestandteile eines Gesamtkomplexes zu würdigen sind⁷⁴. Nach einhelliger Meinung sind dabei die vertraglich vereinbarten Folgekostenpflichten der Energieversorgungsunternehmen privatrechtlicher Natur.

4. Gestattungsverträge

Gestattungsverträge sind Verträge, durch die sich ein Straßenbaulastträger gegenüber einem Energieversorgungsunternehmen verpflichtet, diesem die Benutzung des Straßengrundstücks oder -körpers einzuräumen, und hierfür die Bedingungen festlegt. Bei der Vielfalt der möglichen Gestattungsverträge läßt sich deren Inhalt ähnlich wie der Inhalt der Konzessionsverträge nicht einheitlich bestimmen. Maßgeblich sind ebenfalls die einzelnen Vertragsklauseln. Die meisten Klauseln der Konzessionsverträge sind bei den Gestattungsverträgen gegenstandslos. Auch die Gestattungsverträge enthalten aber Benutzungsklauseln; Folgekostenklauseln sind üblich und typisch. Im Gegensatz zu den Konzessionsverträgen ist bei den Gestattungsverträgen von einer *konträren Interessenlage* auszugehen. Diese unterschiedliche Interessenlage muß bei der Ausgestaltung und Auslegung der beiden Vertragstypen berücksichtigt werden.

Seit den 50er Jahren flackerte der Streit zwischen den Straßenverwaltungen und den Energieversorgungsunternehmen, ob Energieversorgungsunternehmen gegen den Straßenbaulastträger ein Anspruch auf Einräumung einer Leitungsdienstbarkeit nach § 1090 BGB zusteht⁷⁵, immer wieder auf. Da aber auf beiden Seiten zunächst die Neigung gering war, die

ßenbahnkonzession entwickelte und seither als Hauptrepräsentant der öffentlich-rechtlichen Zuordnung der – von ihm wörtlich-begrifflich gemeinten Konzessionsverträge gilt, räumte ein, daß die Ausschließlichkeitsklausel als privatrechtliche Zusage zu verstehen sei.

74 *Stern*, AöR 84 (1959), S. 297. Vgl. bereits *Fischerhof*, Rechtsfragen der Energiewirtschaft, 1956, S. 69. Zu den gemischten Verträgen *Ronellenfisch*, Zur Kostenverteilung bei der äußeren Erschließung des Terminals Ost, Rechtsgutachten (n.v.), 1992, S. 32 ff.

75 Vgl. etwa *Forsthoff*, Die Enteignung öffentlicher Straßen bei der Kreuzung durch Gasfernleitungen, Rechtsgutachten, 1960.

Streitfrage höchstrichterlich klären zu lassen, kam es zum Abschluß einer Vielzahl von Gestattungsverträgen unterschiedlichsten Inhalts. Für die verschiedenen Vertragsmuster hat sich die Bezeichnung "*Altverträge*" eingebürgert. Die inhaltliche Bandbreite solcher Altverträge reicht von einer vollständigen Überwälzung aller denkbaren Folgekosten auf die Versorgungsunternehmen bis zur Einräumung von Leitungsdienstbarkeiten an der Straße.

Unbeschadet der abweichenden Interessenlage hielten alle Beteiligten eine globale Regelung auf privatrechtlicher Basis für geboten. Um zu einer Vereinheitlichung der vielgestaltigen Straßenbenutzungsregelungen zu kommen, nahmen die Spitzenverbände der Versorgungswirtschaft und die zuständigen Landesbehörden das Inkrafttreten des Bundesfernstraßengesetzes am 12. September 1953 zum Anlaß, in Verhandlungen über einen einheitlichen *Mustervertrag* einzutreten. 1954 begannen sie den durch § 8 Abs. 10 FStrG eröffneten Verhandlungsspielraum auszuschöpfen⁷⁶. Allerdings konnte – trotz des am 27. September 1961 ergangenen, für die Straßenverwaltung positiven Urteils des Bundesverwaltungsgerichts⁷⁷ – erst 1964 der Länderfachausschuß "Straßenbaurecht" im Auftrag des Bundesverkehrsministeriums einen ersten Entwurf einer *Musterregelung für die Mitbenutzung von Bundesfernstraßen durch Versorgungsleitungen* zur Diskussion stellen. Dies führte zu zahlreichen weiteren Änderungen, bis endlich der Entwurf in der Fassung vom 27. Mai 1968 zustande kam⁷⁸, nachdem kurz zuvor das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 29. März 1968 das Angebot eines Gestattungsvertrags mit einer für die Versorgungsunternehmen ungünstigen Folgekostenregelung für angemessen und zumutbar erklärt hatte⁷⁹. Durch Einführungsschreiben des Bundesmini-

76 Hierzu *Braun*, *Mustervertrag für die Mitbenutzung von Bundesfernstraßen durch Versorgungsleitungen*, et 1969, S. 89 ff.

77 – 1 C 37.60 –, BVerwGE 13, 75 = DVBl. 1962, 497.

78 Hierzu (aus der Sicht der Versorgungswirtschaft) *Braun*, *Mustervertrag für die Mitbenutzung von Bundesfernstraßen durch Versorgungsleitungen*, et 1969, S. 89 ff., 169 ff.; *Joachim*, *Die Folgekostenproblematik des Bundesmustervertrages vom 3.12.1968*, et 1979, S. 553 ff.

79 – 4 C 100.65 –, BVerwGE 29, 248 = DVBl. 1969 = VkBli. 1968, 488.

sters für Verkehr vom 3. Dezember 1968⁸⁰ wurden die obersten Straßenbaubehörden der Länder angewiesen, das Vertragsmuster des Bundes für die Gestattung von Leitungen der öffentlichen Versorgung in Bundesfernstraßen für die Zukunft zur Anwendung zu bringen.

Die Auseinandersetzungen setzten sich jedoch fort, da die Energieversorgungsunternehmen den Mustervertrag für unausgewogen hielten⁸¹ und an seiner einseitigen Inkraftsetzung durch den Bundesverkehrsminister Anstoß nahmen⁸². Außerdem enthielt der Mustervertrag nur eine partielle Regelung der Folgekostenproblematik. Nach zähen Verhandlungen kam es dann zur Einführung eines mit den Spitzenverbänden der Versorgungswirtschaft abgestimmten Musters eines *Rahmenvertrages zur Regelung der Mitbenutzungsverhältnisse zwischen Bundesfernstraßen und Leitungen der öffentlichen Versorgung* vom 9. Dezember 1974⁸³. Anders als der Bundesmustervertrag, der nur ex-nunc-Wirkung entfaltete mit der Möglichkeit, die alten Verträge umzugestalten, erfaßte der Rahmenvertrag *alle be-*

80 VkB1 1969, 27.

81 Typisch *Braun*, et 1969, S. 163: "Das Bundesverkehrsministerium kann nicht erwarten, daß die unter dem Eindruck der genannten Größenordnung stehende Versorgungswirtschaft es begeistert aufnimmt, wenn zur kaum mehr zu bewältigenden Vielzahl unterschiedlicher vertraglicher Gestaltungen ein weiteres, recht begrenzt anwendbares Muster hinzukommt, welches in seiner Kompliziertheit, vor allem in der Folgekostenregelung, für die Praxis kaum überwindbare Schwierigkeiten aufwirft. Die unmittelbar an der Front stehenden nachgeordneten Straßenbehörden werden voraussichtlich ebensowenig Begeisterung für das Bundesmuster entwickeln, sobald sie erkannt haben, daß an Stelle der erhofften Entlastung und Vereinfachung zusätzlich noch neue Streitpunkte und Abgrenzungsschwierigkeiten geschaffen worden sind. Beiden betroffenen Teilen könnte geholfen werden, wenn endlich eine generelle, alle vorhandenen und künftigen Berührungsfälle gleichmäßig erfassende und einfach zu handhabende, Rahmenregelung geschaffen wird. Brauchbare Ansätze für eine vernünftige Bereinigung der Situation haben sich bereits ergeben. Mit genereller Einführung einer Kosten und Personalaufwand senkenden Rahmenlösung könnte das Vertragsmuster des Bundes zu den Akten gelegt werden. Keiner der mit seiner Verwendung unmittelbar Befassten würde ihm eine Träne nachweinen."

82 Vgl. *Büdenbender*, Energierecht, Rdnr. 505.

83 VkB1. 1975, 69.

stehenden und künftigen Straßenbenutzungen. Er wurde indessen nicht von allen betroffenen Versorgungsunternehmen abgeschlossen, so daß auch die zahlreichen nach 1974 abgeschlossenen Verträge zwischen Straßenbaulastträgern und Energieversorgungsunternehmen ein vielfältiges Bild bieten.

Im Anschluß an den Rahmenvertrag erarbeitete die Paritätische Kommission von Vertretern der Straßenbauverwaltungen und Verbänden der Versorgungswirtschaft das Muster eines Entschädigungsvertrages und vor allem das Muster eines Straßenbenutzungsvertrages für Leitungen der öffentlichen Versorgung bei Hinzukommen der Straße (*Gegenvertrag*), die mit Allgemeinem Rundschreiben Nr. 17/1984 vom 15. Juni 1984 eingeführt wurden⁸⁴. Die Neufassung des Mustergegenvertrages erfolgte gleichzeitig mit der Neufassung des Mustervertrages 1968 durch Allgemeines Rundschreiben Nr. 7/1987 vom 27. April 1987⁸⁵. Kern des *Mustervertrages 1987* (MuV 1987) ist die Regelung der Folgepflicht und Folgekosten in § 10. Bestehende Verträge ließ der Mustervertrag 1987 unberührt.

5. Folgekosten

Mitbenutzungsrechte und Folgekostenpflichten stehen in untrennbarem sachlichen Zusammenhang. Die unterschiedliche Ausgestaltung der Mitbenutzungsrechte erschwert generalisierende Aussagen zur rechtlichen Behandlung der Folge- und Folgekostenpflicht. Möglich ist jedoch eine *typisierende Betrachtungsweise*. Zu diesem Zweck sind zunächst die Berührungsvarianten zu unterscheiden. Sodann muß differenziert werden,

- ob überhaupt eine vertragliche Vereinbarung getroffen wurde,
- ob ein Konzessions- oder ein Gestattungsvertrag abgeschlossen wurde,
- ob im Konzessions- oder Gestattungsvertrag eine Folgekostenklausel enthalten ist und

84 VkB1. 1984, 295.

85 VkB1. 1987, 398.

- ob eine dingliche Sicherung der Mitbenutzungsrechte erfolgte.

Bei *vorhandenen Berührungen*⁸⁶ sind *Änderungen bestehender Straßen* für die Folgekosten verantwortlich. Unter Änderung der Straße ist dabei die Änderung der Straße als Einrichtung der Daseinsvorsorge zu verstehen. Es geht also nicht allein um die Änderung der Straße als bauliche Anlage, sondern vor allem um die Verkehrsfunktion der Straße⁸⁷.

Der Bau einer Ortsumgehung⁸⁸ oder die Anlage einer Autobahnan-schlußstelle⁸⁹ stellen sich deshalb als Änderung einer vorhandenen Straße dar⁹⁰.

Wo die Änderung einer Straße die Folgepflicht räumlich zum Entstehen bringt, spielt keine Rolle. Die Folgekostenpflicht erfaßt auch Leitungsteile außerhalb der veränderten Straße. Für die Folgepflicht ist es ferner unerheblich, auf wessen Veranlassung die Änderung der vorhandenen Straße erfolgte. Hinsichtlich der Folgekostenpflicht macht es aber einen Unterschied, ob der Straßenbaulastträger in seiner Dispositionsfreiheit von straßenfremden Kosten bewahrt bleiben soll oder ob das Versorgungs-

86 Zur Differenzierung Allgemeines Rundschreiben Straßenbau Nr. 3 / 1992 vom 6.11.1992 (VkB1. 1992 , 677), Nr. 2 und 3.

87 BGH, Urteil vom 11.7.1980 – V ZR 54/79 –, BGHZ 78, 66 (72) = DVBl. 1981, 389.

88 BGH, Urteil vom 15.5.1963 – V ZR 181/62 –, VkB1. 1963, 566. Vgl. auch OLG Hamm, Urteil vom 13.11.1980 – 5 U 90/80 –, VkB1. 1981, 188; OLG Zweibrücken, Urteil vom 19.7.1984 – 7 U 181/83 –, VkB1. 1984, 547.

89 LG Kaiserslautern, Urteil vom 31.1.1984 – 4 O 349/83 –, VkB1. 1984, 466.

90 Gegenbegriff: Neubau einer Straße. Er liegt vor, wenn ein "völlig neuer Verkehrsweg" geschaffen wird, der als solcher von erheblichem Eigengewicht ist und mit der Verkehrsbelastung der Gestattungsstraße selbst nicht zu tun hat; BGH, Urteil vom 15.5.1963, VkB1. 1963, 566; vom 11.7.1980, BGHZ 77, 69 = DVBl. 1981, 389 = MDR 1981, 39 VerwRspr. 32, 108 = NJW 1981, 123; vom 25.9.1981 – V ZR 105/80 –, NVwZ 1982, 56 = MDR 1982,308 = BGHWarn 1981 Nr. 249 = VkB1. 1982, 56; vom 7.5.1991, Recht der Elektrizitätswirtschaft 1991, 130. Eine vertragliche Kostenüberwälzung auf die Versorgungsunternehmen auch beim Straßenneubau ist dann nicht mißbräuchlich, wenn der Baulastträger der Gestattungsstraße und der neuen Straße identisch ist; vgl. Schl.-H. OLG, Urteil vom 19.7.1979 – 7 U 199/77 –, VkB1. 1983, 89.

unternehmen zur Entlastung auch unbeteiligter Dritter herangezogen wird. Im letzteren Fall spricht man von (echter) *Drittveranlassung*⁹¹. Keine echte Drittveranlassung liegt vor, wenn der gestattende Straßenbaulastträger bei Gemeinschaftsvorhaben zugleich allein und aus eigenem verkehrlichen Bedürfnis Veranlasser ist.

Beim *Hinzukommen neuer Straßen* zu vorhandenen Versorgungsleitungen werden entweder erstmals Berührungspunkte geschaffen oder die Leitungen werden verdrängt. Die Folgekostenpflicht hängt dann von der zu diesem Zeitpunkt bestehenden Rechtsposition der Versorgungsunternehmen ab. Entsprechendes gilt, wenn durch die Änderung einer vorhandenen Straße Leitungen außerhalb des bisherigen Straßengrundstücks neu erfaßt werden.

Bei *Konzessionsverträgen* richten sich die Folgekostenklauseln nach dem Inhalt des jeweiligen Vertrags. Wurde im Konzessionsvertrag keine Folgekostenvereinbarung getroffen, ist eine ergänzende Vertragsauslegung geboten. Ob sich im Konzessionsabgabenrecht das Veranlasserprinzip zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz entwickeln könnte, ist völlig offen.

Der *Gestattungsvertrag* dient in erster Linie den Interessen des Unternehmers an der Benutzung eines Straßengrundstücks, dessen Eigentümer durch die Benutzung lediglich belastet wird. Eine Überbürdung der Folgekosten auf den Unternehmer entspricht deshalb einem angemessenen Interessenausgleich⁹². Der konkrete Interessenausgleich erfolgt auf unterschiedliche Weise:

- Bei *Altverträgen* ist allein der Vertragsinhalt ausschlaggebend. Vertragsinhalt können auch die Eisenbahnkreuzungsrichtlinien von 1938 sein⁹³. Altverträge betreffen häufig beide Varianten der Folgekostenpflicht und sehen zumeist eine umfassende Verpflichtung der Energieversorgungsunternehmen zur Übernahme der Folgekosten vor.

91 ARS Nr. 3 / 1992 Nr. 2.1.6; *Kempfer*, in: Kodal / Krämer, Straßenrecht, S. 706 ff. (Rdnr. 34).

92 *Lorenz*, Straßengesetz Baden-Württemberg, Komm., 1992, § 21 Rdnr. 32.

93 Anordnung des Reichswirtschaftsministers vom 30.9.1938 – II En 7923/38 (Elektrizitätswirtschaft 1938,763); hierzu *Kempfer*, in: Eiser / Riederer / Obernolte, V Wege, S. 16 c f.

- Der *Mustervertrag von 1968* erfaßt in § 10 beide Folgekostenvarianten. Grundsätzlich hat das Versorgungsunternehmen die Folgekosten zu tragen. Die drei Ausnahmefälle betreffen das Schaffen neuer Berührungspunkte, die echte Drittveranlassung und die Erfassung von Leitungen in Grundstücken außerhalb des bisherigen Straßenraums.
- Der *Rahmenvertrag von 1974* behandelt in § 11 ebenfalls alle Folgekostenvarianten. Unterschieden wird hier zwischen kreuzenden und längsverlegten Leitungen. Nur bei außerörtlichen längsverlegten Leitungen bleibt es bei der umfassenden Folgekostenpflicht der Energieversorgungsunternehmen. Bei kreuzenden Leitungen sowie bei längsverlegten Leitungen in Ortsdurchfahrten, die der Anliegerversorgung dienen, findet eine Kostenteilung statt. Die Folgekostenpflicht der Energieversorgungsunternehmen entfällt in Fällen echter Drittveranlassung, ferner, wenn Leitungen außerhalb der bisherigen Anbaubeschränkungen betroffen werden.
- § 4 des *Gegenvertrags von 1984* traf eine alternative Regelung, je nachdem, ob die Folgekosten durch die Änderung oder Sicherung einer dinglich gesicherten oder dinglich nicht gesicherten Anlage hervorgerufen werden. Im ersten Fall hat die Straßenbauverwaltung die Folgekosten in vollem Umfang zu tragen. Für den zweiten Fall wurde die Regelung des § 11 Abs. 2 bis 5 Rahmenvertrag wortgleich übernommen.
- § 10 des *Mustervertrags von 1987* ist mit § 10 des Mustervertrags von 1968 identisch. Auch § 4 des *Gegenvertrags 1987* übernahm die frühere Regelung unverändert.
- *Neuverträge* sind Verträge, die nach 1968 abgeschlossen wurden und vom Rahmenvertrag oder den Vertragsmustern abweichen. Solche Verträge spielen in der Praxis keine Rolle. Maßgeblich wäre, wie bei den Altverträgen, der spezielle Vertragsinhalt.

An einer Regelung der Folgekostenpflicht kann es *fehlen*, weil entweder der Konzessions- oder Gestattungsvertrag keine Folgekostenklausel enthält oder weil die Straßenbenutzung ohne vertragliche Grundlage erfolgt. Enthält der Straßenbenutzungsvertrag keine Regelung über die Folgekosten, wird im Wege der Auslegung (§ 157 BGB) ermittelt, wer sie zu

tragen hat⁹⁴. Beim Konzessionsvertrag hat die Gemeinde selbst ein Interesse an der Versorgungsleitung. Für den durch ergänzende Vertragsauslegung zu erzielenden Interessenausgleich kann daher auf den Rechtsgedanken von § 11 des Rahmenvertrags zurückgegriffen werden⁹⁵. Dies gilt erst recht bei schlichten Gestattungsverträgen, wo ohnehin die Interessenlage des Straßeneigentümers dahin geht, neben der unentgeltlichen Gestattung nicht auch noch mit straßenfremden Kosten belastet zu werden⁹⁶. Hat der Straßeneigentümer eine tatsächliche Straßenbenutzung geduldet oder ist er ihr nicht entgegengetreten, so liegt nur eine tatsächliche Duldung vor, aus der sich grundsätzlich keine geschützte Rechtsstellung herleiten läßt. Es versteht sich von selbst, daß in diesem Fall dem Versorgungsunternehmen ebenso die Folgekosten anzulasten sind wie im Fall der widerrechtlichen Straßenbenutzung (§§ 862⁹⁷, 1004 BGB). In der Regel wird aber ein

-
- 94 BGH, Urteil vom 3.10.1985 – III ZR 103/84 – BGHWarn 1985, Nr. 263 = UPR 1986, 381; ferner *Kempfer*, in: Kodal / Krämer, S. 701, (Rdnr. 36.1 m.w.N.); *Kempfer*, in: Eiser / Riederer / Obermolte, V Wege, S. 20 c. Dies gilt auch für unvollständige Regelungen; vgl. LG Münster, Urteil vom 14.6.1984 – 11 O 556/82 –, VkB1. 1984, 453. Allein aus dem Umstand, daß die Straßenbenutzung unwiderruflich gestattet worden ist, kann die Verpflichtung des Straßeneigentümers zur Bezahlung der Verlegungskosten nicht abgeleitet werden, BGH, Urteil vom 20.12.1971 – V ZR 132/69 –, MDR 1972, 502 = NJW 1972, 493 = VkB1. 1973, 491. Zur Ermessensentscheidung nach § 315 Abs. 1 BGB vgl. BGH, Urteil vom 5.4.1968 – V ZR 99/65 –, MDR 1968, 744. Drittveranlaßte Folgekosten können den Energieversorgungsunternehmen nicht im Wege ergänzender Vertragsauslegung angelastet werden; BGH, Urteil vom 18.12.1986 – III ZR 84/85 –, Recht der Elektrizitätswirtschaft 1987, 137.
- 95 Vgl. BGH, Urteil vom 23.11.1979 – V ZR 11/75 –, Recht der Elektrizitätswirtschaft 1980, 152 = VkB1. 1981, 377 (378) = GWF 1981, 1 = MDR 1980, 743 = BGHWarn 1979 Nr. 308 = WM 1980, 903 = StT 1980, 487.
- 96 BGH ebd.: Bei den Gestattungsverträgen spreche in der Tat wenig dafür, daß der Straßeneigentümer neben der Gestattung der Straßenbenutzung, die ihn bei der Erfüllung seiner Aufgaben als Träger der Straßenbaulast beeinträchtigt, auch noch die Folgekosten zu tragen habe; ähnlich *Kempfer*, in: Eiser / Riederer / Obermolte, V Wege, S. 20 c.
- 97 Zur verbotenen Eigenmacht AG Westerbürg, Urteil vom 18.12.1991 – 2 C 1226/91 –, RdE 1994, 117.

stillschweigend geschlossener Leihvertrag anzunehmen sein⁹⁸. Erfordert eine Straßenbaumaßnahme hier die Änderung oder Verlegung einer Leitung, so muß das Leihverhältnis gemäß § 605 Nr. 1 BGB rechtzeitig gekündigt werden. Die Folgekostenpflicht obliegt dann dem Versorgungsunternehmen. Entsprechendes gilt, wenn das Mitbenutzungsverhältnis durch das Hinzukommen einer Straße entstand und der Abschluß eines Mitbenutzungsvertrags unterlassen wurde. War jedoch das Straßengrundstück mit einer Dienstbarkeit belastet, war das Mitbenutzungsrecht dinglich durch eine Grund- oder beschränkte persönliche Dienstbarkeit gem. §§ 1023, 1090 BGB gesichert, so trägt der Straßenbaulastträger nach § 1023 BGB die Folgekosten. § 1023 BGB bringt keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz zum Ausdruck, der immer zur Anwendung kommt, wenn durch Straßenbaumaßnahmen Versorgungsleitungen verdrängt werden⁹⁹. Zwar genießt auch ein obligatorisch gesichertes Nutzungsrecht den Schutz des Art. 14 GG¹⁰⁰. Bei als Leihe oder der Leihe ähnlich anzusehenden Rechtsverhältnissen stößt der Schutz wegen § 605 Nr. 1 BGB aber letztlich ins Leere¹⁰¹. Auch wenn in den Mitbenutzungsverträgen Folgekostenklauseln nicht enthalten sind oder wenn vertragliche Regeln ganz fehlen, können nicht kurzerhand demjenigen die Folgekosten auferlegt werden, auf dessen Veranlassung die Folgekosten entstanden sind. Jedenfalls

98 *Lorenz*, Straßengesetz Baden-Württemberg, § 21 Rdnr. 21. Beim Leihvertrag begründet der Wegfall der rechtlich nicht gesicherten Erwartung auf Fortbestand des Vertragsverhältnisses keinen Entschädigungsanspruch aus Art. 14 GG; vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 10.6.1992 – 17 U 269/90 –, VkB1. 1992, 582.

99 Abweichend für Konzessionsverträge (unter Berufung auf das zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses angeblich vorherrschende Veranlasserprinzip), OLG Frankfurt, Urteil vom 25.3.1982 – 1 U 144/81 –, et 1982, 1092 (1093); aufgehoben durch BGH, Urteil vom 17.3.1994 – III ZR 10/93 –, BGHZ 125, 293.

100 BGH, Urteil vom 4.10.1979 – III ZR 28/78 –, BGHWarn 1979 Nr. 241 = WM 1980, 118 (120) = Recht der Elektrizitätswirtschaft 1980, 40 m. Anm. *Häusler* (S. 38 f.) = DVBl. 1980, 283 = R+S 1980, 42; Urteil vom 20.2.1992 – III ZR 193/90 –, RdE 1993, 16 = WM 1992, 997; hierzu *Studenkowski*, RdE 1993, S. 5 ff.; OLG Frankfurt, Urteil vom 3.3.1983 – 1 U 103/82 –, Recht der Elektrizitätswirtschaft 1983, 249; LG Wiesbaden, Urteil vom 26.11.1981 – 2 O 311/81 –, Recht der Elektrizitätswirtschaft 1982, 241.

101 Vgl. BGH, Urteil vom 17.3.1994 – III ZR 10/93 –, BGHZ 125, 293.

bei Gestattungsverträgen kann sich ein Versorgungsunternehmen nicht auf das Veranlasserprinzip berufen¹⁰². Bei abweichenden vertraglichen Regelungen gilt das Veranlasserprinzip ohnehin nicht¹⁰³. Das Spannungsverhältnis zwischen den Energieversorgungsunternehmen und Straßenbauverwaltungen ist mithin so vielgestaltig, daß es keine Patentrezepte für die Bewältigung der Folgekostenproblematik geben kann. Auch § 8 Abs. 10 FStrG regelt nur Teilaspekte. Der Verweis auf die privatrechtliche Vertragsgestaltung besagt zudem, daß im Rahmen der Privatautonomie die verschiedenartigsten Vertragsausgestaltungen möglich sind. Das heißt aber nicht, daß jede beliebige vertragliche Regelung zulässig wäre. Vielmehr haben die Träger der Daseinsvorsorge aufeinander *Rücksicht* zu nehmen. Maßgeblich ist die *jeweilige Interessenlage* der Vertragspartner, die sich namentlich bei Konzessions- und Gestattungsverträgen unterscheidet. Mag es bei Konzessionsverträgen noch Ansatzpunkte für die Anwendung des Veranlasserprinzips geben oder wenigstens früher gegeben haben, so spricht bei Gestattungsverträgen alles dafür, *die unentgeltliche Straßennutzung dadurch auszugleichen, daß die Energieversorgungsunternehmen mit den Folgekosten belastet werden*, soweit diese sich nicht auf dinglich gesicherte Rechtspositionen berufen können. Das *Veranlasserprinzip gilt hier* – von den Fällen der (echten) Drittveranlassung abgesehen – *nicht*, weil es ersichtlich nicht interessengerecht wäre.

102 BGH Urteil vom 24.1.1969 – V ZR 74/65 –, BGHZ 51, 319 (324) = NJW 1969, 1066; vom 27.6.1969 – V ZR 89/66 – DVBl. 1970, 111 m. Anm. *Stürner*; vom 9.7.1969 – V ZR 62/66 –, WM 69, 1283 (1284); vom 28.4.1971 – V ZR 198/68 –, WM 1971, 754; vom 4.10.1979 – III ZR 28/78 –, WM 1980, 118 (120) = DVBl. 1980, 283 = Recht der Elektrizitätswirtschaft 1980, 40 = et 1980, 301; vom 23.11.1979, Recht der Elektrizitätswirtschaft 1980, 152; vom 28.3.1980 – III ZR 131/78 –, Recht der Elektrizitätswirtschaft 1980, 148 (150) m. Anm. *Häusler* = et 1980, 503 = MDR 1980, 656; vom 3. 10. 1985 – III ZR 103/84 –, NVwZ 1986, 689; vom 18.12. 1986 – III ZR 84/85 –, BGHR BGB § 598 Konzessionsvertrag 1; vom 22.2.1989 – III ZR 27/ 88 –; vom 8.7.1993 – III ZR 146/92 –, BGHZ 123, 166 (168) = MDR 1993, 1062; vom 17.3.1994 – III ZR 10/93 –, BGHZ 125, 293 (296 f.).

103 BGH, Urteil vom 27.6.1962 – V ZR 204/60 –, VkJBl. 1962, 572; vom 15.5.1963 – V ZR 191/62 – VkJBl. 1963, 566 (568); vom 15.5.1963 – V ZR 32/61 –, VkJBl. 1963,79 (81).

III. Rechtslage in den neuen Bundesländern

1. Rechtslage nach der Wiedervereinigung

Nach Art. 3 EV wurde das Grundgesetz mit den beitriffsbedingten Änderungen in den neuen Bundesländern und in Ostberlin in Kraft gesetzt, soweit vertraglich nichts anderes bestimmt war. Die Überleitung von Bundesrecht erfolgte nach Art. 8 EV dergestalt, daß mit Wirksamwerden das Bundesrecht im Beitrittsgebiet in Kraft trat, "soweit es nicht in seinem Geltungsbereich auf bestimmte Länder oder Landesteile der Bundesrepublik beschränkt ist und soweit durch diesen Vertrag, insbesondere dessen Anlage I, nichts anderes bestimmt wird". Nicht alle Hoheitsakte der DDR wurden durch den Beitritt obsolet. Das im Zeitpunkt der Unterzeichnung des EV geltende Recht der DDR blieb nach Maßgabe des Art. 9 EV in Kraft. Ehemaliges DDR-Recht wurde nach Prüfung der Vereinbarkeit mit den rechtsstaatlichen Grundsätzen der alten Bundesrepublik und dem EU-Recht in erster Linie übernommen, um landesrechtliche Lücken zu schließen¹⁰⁴. DDR-Recht, das nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes in die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes fällt, gilt nach Art. 9 Abs. 2 und 3 EV nur weiter, wenn und soweit es in der Anlage II des Einigungsvertrags oder in der Änderungsvereinbarung vom 18. September 1990¹⁰⁵ als weitergehend aufgeführt ist. Die Auflistung ist abschließend¹⁰⁶. Die Fortgeltung gerichtlicher Entscheidungen bemißt sich nach Art. 18 EV, die von Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung nach Art. 19 EV. Gem. Anlage I Kapitel V Sachgebiet D Abschnitt III traten (mit Maßgaben) in Kraft das Energiewirtschaftsgesetz, die Bundestarifordnungen Elektrizität und Gas sowie die Verordnungen über die Allgemeinen Bedingungen für die Elektrizitäts-, Gas-, Wasser- und Fernwärmeversorgung. Nach Anlage I Kapitel XI Sachgebiet F Abschnitt III trat ebenfalls mit Maßgaben das Bundesfernstraßengesetz in Kraft. Für die Regelung von Folgekosten, die bei straßenbaubedingten Änderungen von Fern-

104 Vgl. auch *Stelkens*, Fragen zum Verwaltungsverfahrensgesetz nach dem Einigungsvertrag, DtZ 1991, S. 264 ff. (264).

105 BGBl. II S. 1239.

106 Vgl. nur *Schnappauf*, Der Einigungsvertrag, DVBl. 1990, S. 1249 ff. (1253).

straßen entstehen, ergibt sich die Anwendung von Überleitungsnormen zur Energieverordnung und zur Straßenverordnung. Nach Anlage II Kapitel V Sachgebiet D Abschnitt III blieben vom Recht der DDR in Kraft die Energieverordnung vom 1. Juli 1988¹⁰⁷ sowie die dazu ergangenen Rechtsvorschriften in der Fassung der 5. Durchführungsbestimmung vom August 1990 mit der Maßgabe, daß die §§ 10, 14, 33 Abs. 2 und § 52 sowie die dazu ergangenen Durchführungsbestimmungen bis zum 31. März 1991 fortgalten und daß die §§ 29 Abs. 1 bis 3, §§ 30, 31, 48 und 69 Abs. 4 sowie die dazu ergangenen Durchführungsbestimmungen für bestehende Mitbenutzungsrechte an Grundstücken und Bauwerken für Energiefortleitungsanlagen bis zum 31. Dezember 2010 fortgalten. Für bestehende Mitbenutzungsrechte an Grundstücken von Städten und Gemeinden für Energiefortleitungsanlagen, die der kommunalen Versorgung dienen, gilt dies nur bis zum 31. Dezember 1991, soweit nicht bereits vorher ein wirksamer Konzessionsvertrag abgeschlossen wird. Nach der Konzeption des EV sollen also für die vorläufig fortbestehenden Mitbenutzungsrechte Energieleitungsrechte zu den üblichen Abfindungsbeträgen vereinbart werden¹⁰⁸. Die Übergangsregelung bezieht sich nach ihrer Zielrichtung schwerpunktmäßig auf Verträge über die Nutzung nicht widmungsgebundener Grundstücke sowie auf Konzessionsverträge, nicht jedoch auf unentgeltliche Gestattungsverträge. Daher ist es von Interesse, ob und wie die thematisch ebenfalls einschlägige Straßenverordnung übergeleitet wurde. Nach Anlage II Kapitel XI Sachgebiet D Abschnitt III bleiben vom Recht der DDR als Landesrecht in dem in Art. 3 EV genannten Gebiet in Kraft die 1. Verordnung vom 22. August 1974 über die öffentlichen Straßen – Straßenverordnung -¹⁰⁹, die 1. Durchführungsbestimmung zur Straßenverordnung vom 22. August 1974¹¹⁰ und die 2. Durchführungsbestimmung zur Straßenverordnung vom 14. Mai 1984 – Sperrverordnung -¹¹¹, je-

107 GBl. I Nr. 10 S. 89, zuletzt geändert durch die Verordnung vom 25. Juli 1990 zur Änderung der Energieverordnung (GBl. I Nr. 46 S. 812.)

108 *Schmidt-Räntsch*, Energieleitungsrechte in den neuen Bundesländern, RdE 1994, S. 214 ff. (214).

109 GBl. I Nr. 57 S. 515.

110 GBl. I Nr. 57 S. 522.

111 GBl. I Nr. 20 S. 259.

weils mit der Maßgabe, daß für eine Aufhebung oder Änderung die in Art. 1 EV genannten Länder zuständig sind. Da § 8 Abs. 10 FStrG übergeleitet wurde, besteht die Möglichkeit die Folgekostenpflicht vertraglich (auch rückwirkend) zu regeln. In den vertraglich nicht geregelten Fällen ist es dagegen fraglich, ob das frühere Straßenrecht oder Energierecht der DDR einschlägig ist. Diese Frage läßt sich nicht aus dem EV heraus beantworten, der in gleicher Weise die Fortgeltung beider Normierungen und der auf ihrer Grundlage ergangenen Verwaltungsentscheidungen bestimmt hat.

Das Verhältnis zwischen den im engeren Sinne energierechtlichen und wegerechtlichen Regelungen, die sich mit den vor dem 3. Oktober 1990 entstandenen Rechten befassen, Straßen durch Energiefortleitungsanlagen mitzubeneutzen, war und ist umstritten.

Als die DDR noch existierte, bestanden dort *unterschiedliche Rechtsauffassungen* über die Handhabung der Folgekostenproblematik. Je nach Blickwinkel wurde auf die vorrangige Geltung der Straßenverordnung oder der Energieverordnung abgehoben, was erhebliche Auswirkungen hätte haben können: Während nach der Straßenverordnung das Energieversorgungsunternehmen selbst die Kosten tragen mußte, die durch die Verlegung der Straße entstanden, und aufgrund von § 13 Abs. 3 Satz 2 StrVO nur ein Rückerstattungsanspruch in Höhe des Zeitwertes der zu beseitigenden Anlage abzüglich des Zeitwertes der wiederverwendbaren Teile der Anlage gegeben war, war der Anspruch aus § 31 Abs. 3 EnVO auf den Ersatz der gesamten durch die Verlegung entstehenden Aufwendungen gerichtet.

Für die Fortgeltung von DDR-Recht ist es nun weniger interessant, welche Rechtsansicht *zutreffend* war. In einem totalitären und zentralgesteuerten System wie dem der DDR kommt es stärker als in einer pluralistischen Verfassungsordnung darauf an, welche Meinung sich letztlich *durchsetzte* und die Praxis prägte. Auch für die *Fortgeltung von Verwaltungsentscheidungen* ist es wichtig, auf welche Rechtsgrundlagen sie sich faktisch stützten. Dennoch ist die rechtliche Kontroverse nicht völlig bedeutungslos, weil *fortgeltendes DDR-Recht* heute so auszulegen ist, wie es den Belangen der Rechtseinheit am besten entspricht.

Die DDR-Juristen, die sich mit dem Spannungsverhältnis von straßen- und energierechtlichen Vorschriften befaßten, wiesen auf Meinungsverschiedenheiten in der Praxis hin, vermieden es gelegentlich, sich eindeutig festzulegen, sprachen sich aber niemals für eine vollständige Verdrängung der Straßenverordnung durch eine der verschiedenen Energieverordnungen aus. Im Schrifttum und in der Praxis dürfte sich nach einer Phase, in der der Vorrang der Straßenverordnung betont wurde, die Zweiteilung von Instandhaltungs- und Änderungsmaßnahmen auf der einen und Neubaumaßnahmen auf der anderen Seite durchgesetzt haben. Nur bei Neubaumaßnahmen hatten die Rechtsträger der Straße die Leitungsverlegungskosten als Folgeinvestitionen zu finanzieren.

Vor und kurz nach Erlaß der Straßenverordnung wurde der Standpunkt der – unter Vorbehalt so zu bezeichnenden – führenden DDR-Juristen vor allem in zahlreichen Beiträgen von *Hohlwein* zum Ausdruck gebracht. Nach Inkrafttreten der Straßenverordnung nahmen auch deren Kommentatoren zur Folgekostenproblematik Stellung. Das energierechtliche Schrifttum ist, soweit ersichtlich, für das spezielle Konkurrenzverhältnis nicht ergiebig. Noch auf der Grundlage der Verordnung über das Straßenwesen von 1957 setzte sich *Hohlwein* mit der *Sondernutzung* im Straßenwesen auseinander¹¹². Als Kriterium der Sondernutzung bezeichnete *Hohlwein* die Überschreitung des Gemeingebrauchs. Dabei mache es keinen Unterschied, ob die Sondernutzung im gesellschaftlichen oder individuellen Interesse ausgeübt werde. Später betonte *Hohlwein* erneut, daß es ein originäres Recht gesellschaftlicher Verkehrs- und Versorgungsträger auf Nutzung einer öffentlichen Straße über den Gemeingebrauch hinaus nicht gebe¹¹³. Vielmehr entstehe die Sondernutzung rechtswirksam in allen Fällen erst mit der Erteilung der *Zustimmung* durch die zuständigen Organe des Straßenwesens. Dies bezog *Hohlwein* auch auf die Sondernutzung durch Betriebe der Energieversorgung¹¹⁴. Bei vertraglich begründeten Sondernutzungsrechten erklärte *Hohlwein* ebenfalls die Zustimmung für erforder-

112 Die Sondernutzung im Straßenwesen, *Die Straße* 1968, S. 556 ff.

113 Die Sondernutzung von Straßenverkehrsanlagen durch Verkehrs- und Versorgungseinrichtungen, *Die Straße* 1969, S. 615 ff.

114 *Die Straße* 1969, S. 617 f.

lich¹¹⁵. Nach Inkrafttreten der Straßenverordnung von 1978 ging *Hohlwein* weiterhin vom Vorrang der Straßenverordnung aus¹¹⁶. In dem von *Bönninger* und *Knobloch* verfertigten Grundriß zum Recht der öffentlichen Straßen in der DDR¹¹⁷ finden sich *mehrdeutige* Ausführungen zur Folgekostenproblematik. Die "Ausnahmeregelung" der Energieverordnung von 1976 wird aber offenbar nicht als *lex specialis* verstanden¹¹⁸, sondern neben § 13 StrVO für anwendbar gehalten. Daß *Bönninger* und *Knobloch* auch bei Sondernutzungen durch die Energieversorgung eine Zustimmung für erforderlich halten, zeigt das von ihnen angeführte Beispiel¹¹⁹, welches zugleich als Beleg für die sich nach 1978 allmählich durchsetzende Ansicht dient, daß die Zustimmung zur Sondernutzung auch bei Delegation der Rechtsträgersaufgaben auf Betriebe eine verwaltungsrechtliche Maßnahme blieb¹²⁰. Während *Lößnitz* im Kommentar zur Straßenverordnung die Zustimmung zur Sondernutzung noch als zivilrechtliche Rechtsträgersaufgabe qualifiziert hatte¹²¹, ordnete *Hammer*¹²² die Zustimmung im Anschluß an *Bönninger* und *Knobloch* den staatlichen Aufgaben zu und unterschied zwei Hauptarten der Sondernutzung, näm-

115 Wasserrechtliche Bestimmungen für die Planung und Leitung des Straßenwesens, *Die Straße* 1971, S. 340 ff. (343).

116 Zur Rechtsstellung der Anlieger und Grundstücksnutzer an öffentlichen Straßen, *Die Straße* 1981, S. 137 ff. (139).

117 Das Recht der öffentlichen Straßen, 1978.

118 Recht der öffentlichen Straßen, S. 69.

119 Recht der öffentlichen Straßen, S. 74: "Ein Betrieb stellt einen Antrag, eine Leitung quer durch eine Fernverkehrsstraße zu verlegen. Der VEB Bezirksdirektion des Straßenwesens erteilt die Zustimmung unter der Bedingung, daß die Verlegung als Durchbohrung erfolgt, also die Fahrbahn nicht aufgegraben werden darf. Als Begründung hierbei gibt er an, daß der Fahrbahnbelag erst vor kurzem aufgebracht worden sei; außerdem sei die F-Straße so stark belegt, daß eine Umleitung volkswirtschaftlich unvertretbar sei. Ist der Betrieb mit der Auflage nicht einverstanden, dann kann er beim Rat des Bezirks gegen die Entscheidung Einspruch einlegen. Die Erhebung einer Klage beim Verwaltungsgericht kommt nicht in Betracht."

120 Recht der öffentlichen Straßen, S. 73.

121 Kommentar zur Straßenverordnung, S. 49 ff.

122 Die Regelung der Verordnung über die öffentlichen Straßen für die Sondernutzung und für Gebäude und bauliche Anlagen an Straßen, *Die Straße* 1987, S. 378 ff.

lich die Sondernutzung als spezifische Form des Fahrzeug- oder Fußgängerverkehrs, die über das verkehrsübliche Maß hinausgeht, und die Mitbenutzung des Straßengrundstücks im gesellschaftlichen oder individuellen Interesse¹²³. Leitungsverlegungen in der Straße seien überwiegend Sondernutzungen im gesellschaftlichen Interesse, für die nach § 13 Abs. 4 StrVO in Rechtsvorschriften Besonderheiten geregelt werden könnten. Bisher (1987) bestünden solche Regelungen nur für die Deutsche Post¹²⁴. Ob § 49 EnVO im Sinne *Hammers* eine derartige besondere Regelung darstellte, erscheint zweifelhaft, da *Hammer* auch zum Verhältnis der Straßenverordnung zur Folgeinvestitionsverordnung eine differenzierende Lösung vertrat. Auch *Hammer* sprach sich für den Vorrang der Straßennutzung aus¹²⁵.

Nach der Wiedervereinigung haben sich im energiewirtschaftlich orientierten Schrifttum *Seeliger* und *Ronnacker* mit dem Konkurrenzverhältnis beschäftigt. Die Gegenposition vertreten *Kempfer* und *Schlosser*. Der Standpunkt des Bundesministers für Verkehr ergibt sich aus den "Vorläufigen Hinweisen zur Behandlung der Mitbenutzung von Bundesfernstraßen durch Leitungen in den neuen Bundesländern"¹²⁶. Die Rechtsprechung der Instanzgerichte in den neuen Bundesländern zur Folgekostenproblematik hat noch keine klare Konturen gewonnen.

Von *Seeliger* liegen zwei einschlägige Beiträge vor. In seinem ersten Beitrag¹²⁷ behandelt *Seeliger* die Rechtslage sowohl in den alten¹²⁸ wie auch in den neuen Bundesländern¹²⁹. Was die Rechtslage bei den Autobahnen und Fernverkehrsstraßen anbelangt, wird nach *Seeliger* die Frage der Folgekostenpflicht bei der Verlegung von Energiefortleitungsanlagen nicht in der Straßenverordnung, sondern in der Energieverordnung zugun-

123 Die Straße 1987, S. 379.

124 Die Straße 1987, S. 380.

125 Die Straße 1987, S. 379.

126 Im Anhang abgedruckt.

127 Aktuelle wegerechtliche Fragen in den alten und neuen Bundesländern, gwf 1992, S. 602 ff.

128 gwf 1992, S. 603 ff.

129 gwf 1992, S. 605 ff.

sten der Versorgungsunternehmen geregelt"¹³⁰. Zur Begründung analysiert *Seeliger* Wortlaut und Regelungszusammenhang von Straßenverordnung und Energieverordnung. Aus § 3 Abs. 4 Satz 2 in Verbindung mit Abs. 1 zweiter Tiert StrVO ergebe sich, daß die Mitbenutzung der Straßen durch Energiefortleitungsanlagen eine Sondernutzung darstelle. Abgesehen von der Vorschrift des § 13 Abs. 2 Satz 1 StrVO, wonach Energiefortleitungsanlagen in sicherem Zustand zu halten sind, erschöpfe sich die Straßenverordnung hinsichtlich der Regelungen über Energiefortleitungsanlagen mit dieser Definition. Schon aus §§ 13 Abs. 4, 16 Abs. 1 Satz 1 StrVO gehe hervor, daß für Sondernutzungen im gesellschaftlichen Interesse besondere Rechtsvorschriften gelten sollten. § 13 Abs. 3 StrVO behandelt allgemein die Folgepflicht und -kostenpflicht der Anlagen der Sondernutzer. Als derartige Anlagen kämen andere Anlagen wie Grundstücksein- und -ausfahrten, Haltestelleneinrichtungen sowie Rast- und Werbeelemente in Betracht, mit denen Energiefortleitungsanlagen mit Rücksicht auf den ungleich höheren finanziellen Aufwand bei der Verlegung nicht vergleichbar seien. Für Energiefortleitungsanlagen gelte es zu fragen, ob die Folgekostenpflicht nicht spezialgesetzlich geregelt sei.¹³¹ Zur spezialgesetzlichen Regelung gelangt *Seeliger* über einen Umweg. Um nachzuweisen, daß § 13 StrVO keine abschließende Regelung enthalte, unterschiebt *Seeliger* § 13 Abs. 1 Satz 1 StrVO einen Sinn, der schon vom Wortlaut der Vorschrift her äußerst problematisch ist. Der "grammatikalisch schwer verständliche" Satz "soweit sich das nicht bereits aus anderen Vorschriften ergibt" wird dahingehend interpretiert, daß sich das "das" auf das Zustimmungserfordernis des Rechtsträgers der Straße bezieht. Nach *Seeliger* war also zu DDR-Zeiten die Zustimmung zur Sondernutzung nach § 13 Abs. 1 StrVO entbehrlich, sofern sich aus Sonderbestimmungen das Mitbenutzungsrecht der öffentlichen Straßen ergab. Grammatikalisch ist der Soweit-Satz aber durchaus nicht schwer verständlich gefaßt: Was sich aus anderen Vorschriften ergibt, kann eigentlich nur das Zustimmungserfordernis zur Sondernutzung sein. *Seeliger* muß somit gegen den Gesetzeswortlaut argumentieren, was nur möglich ist, wenn es

130 gwf 1992, S. 605.

131 gwf 1992, S. 606.

wirklich Spezialvorschriften gab, die ausdrücklich zur Sondernutzung berechtigten. Solche Vorschriften sucht *Seeliger* denn auch aufzuspüren. Zunächst zieht er hierbei § 43 Energieverordnung 1969 heran¹³², der jedoch gerade nicht eindeutig formuliert ist. Obendrein steht § 43 Energieverordnung 1969 im Abschnitt V über die "Planung, Errichtung und Stilllegung von Energieanlagen", hatte also mit der Begründung von Sondernutzungen nichts zu tun. Die Mitnutzung von Grundstücken für Zwecke der Energieversorgung war stattdessen in Abschnitt VIII der Energieverordnung geregelt. § 48 Energieverordnung 1969 beruhte auf dem Konzept vertraglich begründeter Sondernutzungsrechte. Daß ein Mitbenutzungsvertrag nach § 48 Abs. 1 Energieverordnung 1969 die straßenrechtliche Zustimmung zur Sondernutzung erübrigte, behauptet *Seeliger* selbst nicht. Dafür springt er unmittelbar von § 43 Energieverordnung 1969 zu § 49 Energieverordnung 1969¹³³. Diese Folgekostenregelung kann jedoch nur dann *lex specialis* im Verhältnis zur straßenrechtlichen Regelung sein, wenn die straßenrechtliche Sondernutzungsregelung in toto verdrängt ist. Den Nachweis hierfür bleibt *Seeliger* aber schuldig. Damit bricht auch die weitere Argumentation in sich zusammen. *Seeliger* schließt nämlich von § 49 Energieverordnung 1969 auf § 22 Energieverordnung 1976 und 1980, der wiederum die Errichtung, Änderung und Stilllegung von Energieanlagen betrifft und zudem auch noch ausdrücklich auf die straßenrechtlichen Vorschriften verweist. Auch die weitere Argumentation geht fehl: § 49 Energieverordnung 1976, – den es im übrigen nicht gab, gemeint ist wohl § 28 Energieverordnung 1976 bzw. § 29 Energieverordnung 1980 – soll in seinem Bereich nicht mehr von § 22 Energieverordnung 1976 und 1980 berührt worden sein. Nur für § 22 Abs. 2 Energieverordnung von 1976 und 1980 sei § 13 Abs. 2 StrVO anwendbar geblieben, während die Folgepflicht und Folgekostenpflicht abschließend in der Energieverordnung geregelt gewesen sei¹³⁴. Neben diesen reichlich verworrenen dogmatischen Aussagen bemüht *Seeliger* eine historische Auslegung¹³⁵, die die

132 gwf 1992, S. 606.

133 gwf 1992, S. 605.

134 gwf 1992, S. 607.

135 gwf 1992, S. 607 f.

letzte Änderung der Energieverordnung übersieht, die Entwicklung des Straßenrechts unberücksichtigt läßt und damit wertlos ist. Auch die systematische Auslegung¹³⁶ wird dem Spannungsverhältnis von Straßenwesen und Energieversorgung nicht gerecht, weil sie die Belange der Energieversorgung verabsolutiert. Gleichwohl macht *Seeliger* diesen Aspekt zum Ausgangspunkt seines zweiten Beitrags, in welchem gleich zu Beginn der Vorrang der Energieverordnung herausgestrichen wird. Im einzelnen unterscheidet *Seeliger* hier die "Mitbenutzung von Straßen durch Energieversorgungsleitungen" und "Berührungen von Leitungen in der grünen Wiese". Im Teil über die Mitbenutzung der Straßen setzt *Seeliger* sich mit der Zustimmung nach § 13 StrVO auseinander. Zum Rechtscharakter der Zustimmung führt *Seeliger* aus, die Zustimmung sei schon in der DDR dem Verwaltungsrecht zugeordnet worden, so daß sie heute die Kriterien des § 35 Abs. 1 VwVfG erfülle¹³⁷. Inhaltlich müßten Zustimmungen aufgrund der Straßenverordnung von 1957 und der Straßenverordnung von 1974 auseinandergelassen werden. Bei der Straßenverordnung von 1957 seien zum Teil Zustimmungen erteilt worden, die einen Widerrufsvorbehalt und eine ausdrückliche Folgekostenpflicht zu Lasten der Versorgungsunternehmen vorsahen. Die Zustimmungen aufgrund der Straßenverordnung von 1974 hätten eine derartige Folgekostenpflicht nicht ausdrücklich vorgesehen, weshalb sich die Frage stelle, ob hier nicht die Regelung des § 48 Abs. 2 in Verbindung mit § 31 Abs. 3 EnVO 1988 anwendbar sei¹³⁸. Die Frage beantwortet *Seeliger* mit einem weiteren Bekenntnis zum Vorrang der Energieverordnung als *lex specialis* und *lex posterior* gegenüber der Straßenverordnung, für das er eine Reihe von Argumenten anführt¹³⁹, die alle nicht stichhaltig sind. Die speziellere und spätere verdrängt die frühere und allgemeinere Norm nur bei identischem Regelungsgegenstand. So ersetzte die Energieverordnung von 1988 ihre Vorgänger. Die Straßenverordnung betraf dagegen eine völlig andere Materie. Falls die Energieverordnung Vorschriften der Straßenverordnung hätte aufheben wollen, hätte

136 gwf 1992, S. 608 f.

137 RdE 1993, S. 104 f.

138 RdE 1993, S. 195.

139 RdE 1993, S. 106.

sie diese Vorschriften in ihren Übergangsvorschriften ausdrücklich auführen müssen. Eine Ausnahmereglung im Hinblick auf den Fortbestand von § 13 StrVO mußte die Energieverordnung demgegenüber nicht treffen, da die Straßenverordnung in vollem Umfang weiterhin gültig blieb. *Seeliger* scheint seine eigene Beweisführung selbst nicht ganz geheuer zu sein, besteht doch die Gefahr, daß die Rechtsgrundlage für die Fortleitungsrechte entfällt, wenn man die Straßenverordnung allzu sehr in den Hintergrund drängt. Dieser Gefahr begegnet *Seeliger* nach der bewährten Methode des Rosinen-Pickens: Bei der Zustimmung zur Mitbenutzung von Straßen handle es sich um einen Verwaltungsakt mit Doppelwirkung. Die begünstigende Wirkung, die Berechtigung zur Sondernutzung, soll sich nach DDR-Recht richten. Für die belastende Wirkung, also für die Folgekosten komme es darauf an, ob diese auch heute noch geltend gemacht werden könnten. Dies sei wegen des Vorrangs der Energieverordnung nicht der Fall. Damit gelangt *Seeliger* zu dem Zwischenergebnis, die Zustimmung habe zwei Regelungsinhalte. Sie gestatte den Versorgungsunternehmen die Mitbenutzung der Straße. Siebürde den Trägern der Straßenbaulast die Folgekostenpflicht bei straßenbaubedingten Leitungsänderungen auf und könne deswegen keine Grundlage eines etwaigen Anspruchs sein, mit dem Träger der Straßenbaulast im Rahmen von Vorfinanzierungsvereinbarungen oder sonstigen vertraglich nicht geregelten Fällen etwa verauslagte Umlegungskosten zurückfordern könnten¹⁴⁰. Die Inkonsistenz des Zwischenergebnisses ist so offensichtlich, daß *Seeliger* eine innere Verteidigungslinie aufbaut: Halte man nicht den Vorrang der Energieverordnung vor den Regelungen der Straßenverordnung über die Folgekostenpflicht für gegeben, so stelle sich die Frage nach dem Inhalt der fortgeltenden Verwaltungsentscheidungen. Gegen die früher von *Hammer* vertretene weite Auslegung der Folgekostenpflicht spreche, daß die Straßenverordnung für Bundesautobahnen und Bundesfernstraßen nach Inkrafttreten des Bundesfernstraßengesetzes (im Beitrittsgebiet) nicht mehr gelte. In diesem Zusammenhang greift *Seeliger* erneut sein Rosinen-Argument auf. Nur der gestattende Teil der Zustimmung wirke als Verwaltungsakt mit Dauerwirkung fort, während das Leistungsbegehren des Stra-

140 RdE 1993, S. 107.

Benbaulastträgers sich in dem Moment konkretisiere, in dem es gestellt werde. In diesem Moment müsse eine Rechtsgrundlage für das Leistungsbegehren gegeben sein, das nicht in der Zustimmungserklärung gesehen werden könne, da die Straßenverordnung seit dem 3.10.1990 für Autobahnen und Bundesstraßen nicht mehr gelte¹⁴¹. Darüber läßt sich streiten, auch wenn *Seeliger* sich ohne Not und zu Unrecht auf die Figur des Verwaltungsakts mit Dauerwirkung einläßt. Sollte aber nach dem 3.10.1990 die Straßenverordnung als Anspruchsgrundlage für Folgekosten im Zusammenhang mit der Verlegung von Bundesfernstraßen nicht mehr in Betracht kommen, so kann das nur bedeuten, daß dann die Rechtsgrundsätze Anwendung finden, die für die Auslegung von § 8 Abs. 10 FStrG entwickelt worden sind. Dann ist die Folgekostenpflicht die Gegenleistung für die unentgeltliche Straßennutzung. Die durch Aufhebung der Straßenverordnung entstandene Regelungslücke bei Bundesfernstraßen kann keineswegs durch die Energieverordnung geschlossen werden, weil andernfalls eine widersinnige Ungleichbehandlung von Bundesfernstraßen in den alten und neuen Bundesländern und von Bundesfernstraßen und sonstigen Straßen unvermeidbar wäre.

*Ronnacker*¹⁴² hält die "auf den ersten Blick naheliegende Lösung", für die vor dem 3. Oktober 1990 begründeten Mitbenutzungsverhältnisse die Straßenverordnung heranzuziehen, für fraglich, da auch die Energieverordnung Mitbenutzungsrechte einräume¹⁴³. Eine eingehende Analyse der betroffenen Rechtsgebiete zeige, daß von einer Begründung des Mitbenutzungsrechts aus der Energieverordnung auszugehen sei. Die Analyse beginnt mit einer Wortinterpretation. Die Regelungsbefugnis nach § 13 Abs. 4 Satz 1 StrVO verweise ebenso wie § 16 Abs. 1 Satz 2 StrVO auf Sondervorschriften für Energiefortleitungsanlagen. Eine derartige Vorschrift enthalte § 59 EnVO. Bereits aus der Überschrift dieser Bestimmung ("weitere Vorschriften"), wie auch aus der Formulierung "im übrigen" in Satz 2 sei ersichtlich, daß die "dafür erlassenen Rechtsvorschriften" nur

141 RdE 1993, S. 107.

142 Zur Rechtslage bei Kreuzungen von Versorgungsleitungen und öffentlichen Straßen in den neuen Bundesländern, RdE 1993, S. 10 ff.

143 RdE 1993, S. 12.

ergänzend neben der Energieverordnung Anwendung finden sollten¹⁴⁴. Dieses Argument ist nicht nachvollziehbar. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift ergänzt § 69 EnVO die beispielsweise für das Straßenwesen erlassenen Vorschriften und nicht umgekehrt. Daß § 69 eine abschließende, nur auf Ergänzung angelegte Vorschrift auf den Gebieten des Fernmelde- Verkehrs- und Wasserwirtschaftsrechts gewesen sei, kann nicht ernsthaft behauptet werden. Der Schuß von *Ronnacker* ging nur deswegen nicht nach hinten los, weil § 69 EnVO ohnehin im Abschnitt 5 ("Errichten, Betreiben und Schutz von Energieanlagen") steht, mit der im Abschnitt 3 geregelten Mitnutzung von Verkehrsflächen durch Energiekombinate bzw. Energieversorgungsunternehmen also gar nichts zu tun hat. Die systematische Auslegung spricht somit dagegen, den Schutz von Energieanlagen vor Folgekosten kurzerhand über § 69 Abs. 2 Satz 2 EnVO auf die Straßenverordnung zu übertragen. Die Wortinterpretation von *Ronnacker* würde aber durchaus diesen Weg öffnen. Um eine systematische Argumentation bemüht sich freilich auch *Ronnacker*, indem er die Unterschiede von § 48 und § 29 EnVO 1988 betont¹⁴⁵. Hinsichtlich der Folgekosten wurden diese Unterschiede aber mit Wirkung zum 30. Juni 1990 beseitigt. Seither galt im Rahmen der Energieverordnung einheitlich das Veranlasserprinzip. Für das Verhältnis der Energieverordnung, gleichgültig, ob die Fassung von 1988 und 1990 gemeint ist, zur Straßenverordnung besagt diese systematische Auslegung nichts, weshalb *Ronnacker* auch in diesem Zusammenhang § 59 Abs. 2 Satz 2 EnVO bemüht. Darüber hinaus interpretiert *Ronnacker* – zu Unrecht – § 48 Abs. 1 EnVO als gesetzliches Mitbenutzungsrecht. Eine im Widerspruch zur üblichen Zulassungspraxis stehende völlige Verdrängung von § 13 Abs. 1 Satz 1 StrVO nimmt aber auch *Ronnacker* nicht an. Wenn aber Raum für Zustimmungen nach § 13 Abs. 1 Satz 1 StrVO blieb, ist nicht dargetan, weshalb die Folgekostenregelung der Straßenverordnung nicht auch anwendbar bleiben sollte.

Laut *Kempfer* sind nach bisherigem Kenntnisstand die Sondernutzungen des § 13 StrVO, soweit der gesetzliche Sondernutzungstatbestand er-

144 RdE 1993, S. 13.

145 Ebd.

füllt war, regelmäßig unter Verwendung des Formulars "Genehmigung zur Sondernutzung von Straßen" förmlich erteilt worden¹⁴⁶. Nach § 13 Abs. 3 Satz 1 StrVO hätten bei Maßnahmen der Instandhaltung, Erhaltung und Erweiterung an bestehenden Straßen die Sondernutzer die erforderlichen Folgemaßnahmen an ihren Anlagen auf eigene Kosten durchzuführen gehabt. Es stelle sich aber die Frage, ob diese Regelung durch spätere gesetzliche Regelungen zum Nachteil der Straßenbauverwaltungen geändert worden sei. Ob durch die Folgeinvestitionsverordnung insofern eine Änderung eintrat, könne aber dahinstehen, da diese Verordnung 1990 aufgehoben worden sei¹⁴⁷. *Kempfer* stellt daher zutreffend, auf das Konkurrenzverhältnis zur Energieverordnung ab. Aus § 31 EnVO läßt sich nach *Kempfer* nicht eindeutig erkennen, ob das Recht auf Mitbenutzung einschließlich der Regelung des § 31 Abs. 3 auch für Straßengrundstücke gelte. Die generelleren Vorschriften seien sicher die der Energieverordnung. Wenn auch § 48 Abs. 1 Satz 1 und § 29 Abs. 1 Satz 1 EnVO ein Mitbenutzungsrecht für den Energieträger schlechthin vorsähen, so entstehe dieses doch erst nach Vereinbarung und notfalls durch Anordnung. Dagegen erfolge die Konkretisierung der Mitbenutzung von öffentlichen Straßen durch die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis mit der Konsequenz der gesetzlichen Folgekostenregelung in § 13 Abs. 3 StrVO. Insofern sei letztere die speziellere Regelung¹⁴⁸.

Schlosser überträgt den Umkehrschluß aus § 24 Abs. 2 FStrG auf § 13 StrVO und verweist hinsichtlich der Sondernutzung nach früherem DDR-Recht auf die "Hinweise Ost"¹⁴⁹. Näher geht er auf die Frage ein, wer die Herstellungskosten bei Baumaßnahmen in den neuen Bundesländern zu tragen habe. Hier gelte ebenfalls der Grundsatz, daß es auf die Stärke der Rechtsposition der Versorgungsunternehmen ankomme. Sollten sich die Versorgungsunternehmen auf ein Benutzungsrecht nach den §§ 29 ff. En-

146 In: Eiser / Riederer / Obernolte, V Wege, S. 25 e sowie in Kodal / Krämer, S. 733 (Rdnr. 98 ff.)

147 Ebd., S. 25 h.

148 Ebd., S. 25 i.

149 In: Marschall / Schroeter / Kastner, Bundesfernstraßengesetz, 5. Aufl, 1995 (Manuskript), § 8 Nr. 13.9.

VO berufen, so stünde ihnen nur dann eine derartige Rechtsposition zu, wenn ein Mitbenutzungsrecht mit den Nutzungsberechtigten des Grundstücks vereinbart oder durch Beschluß des Rates des Kreises angeordnet worden sei¹⁵⁰. Dies gelte auch, soweit Versorgungsleitungen während des Geltungsbereichs der Anordnung von 1954 und der Energieverordnung von 1963 verlegt worden seien. Zwar sei damals eine Duldungspflicht der Eigentümer oder sonstigen Nutzungsberechtigten vorgesehen gewesen. Ein Mitbenutzungsrecht habe jedoch auf Grund einer reinen Duldungspflicht nicht entstehen können. § 69 Abs. 4 EnVO könne nur vertraglich vereinbarte Rechte meinen. Zur Begründung eines Rechts müsse zumindest die Zahlung einer Entschädigung nach den gesetzlichen Vorschriften nachgewiesen werden. Hieran ändere auch § 9 GBerG nichts, da die Bestellung einer persönlichen Dienstbarkeit ebenfalls nur an ein vorhandenes Mitbenutzungsrecht anknüpfen könne

Mehrere instanzgerichtliche Urteile¹⁵¹ scheinen die im energiewirtschaftlichen Schrifttum vertretene Ansicht zu stützen, betreffen bei genauerem Hinsehen aber atypische Fallkonstellationen, die unmittelbar mit der Folgekostenproblematik nichts zu tun haben.

2. *Rechtsgrundlagen vor der Wiedervereinigung*

Die Mitbenutzung von Grundstücken durch Energieversorgungsleitungen war durch § 321 Abs. 4 ZGB¹⁵² *vollständig* vom Anwendungsbereich des Zivilgesetzbuchs *ausgenommen*.

Das Mitbenutzungsrecht an Grundstücken und Bauwerken wurde dagegen durch besondere *energierechtliche Vorschriften* geregelt. Diese finden sich in erster Linie in der Energieverordnung, welche letztmals durch die

150 Ebd. Nr. 14.

151 LG Neubrandenburg, Urteil vom 22.12.1992 – 2 O 122/92 –, RdE 1994, 29 = LKV 1993, 238; Kreisgericht Meiningen, Teilurteil vom 17.6.1993 – 5 C 307/92 –, RdE 1994, 34; LG Magdeburg, Urteil vom 17.2.1994 – 33 O 52/93 –, RdE 1994, 247; LG Chemnitz vom 16.3.1994 – 1 HKO 3166/93 –, RdE 1994, 245 = R+S 1994, 17 m. Anm. *Seeliger*; OLG Naumburg, Urteil vom 30.6.1994 – 2 U 42/94 –, R+S 1994, 37; LG Potsdam, Urteil vom 18.8.1994 – 4 1223/93 –.

152 Zivilgesetzbuch der DDR vom 19.6.1975 (GBl. I Nr. 27 S. 465).

Verordnung vom 28. Juni 1990 geändert wurde. Gemäß § 69 Abs. 4 En-VO galten auch die Vorläufer der Energieverordnung fort, soweit sie deren neuester Fassung nicht widersprachen. Die Bezugnahme auf die Vorläufer der Energieverordnung macht es erforderlich, auf die Entwicklung der energierechtlichen Vorschriften in der früheren DDR einzugehen.

- Unmittelbar nach dem 2. Weltkrieg galten in der sowjetischen Besatzungszone auf dem Energiesektor ebenso wie in den westlichen Besatzungszonen das BGB, das Energiewirtschaftsgesetz, die "Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit elektrischer Arbeit aus dem Niederspannungsnetz der Elektrizitätsversorgungsunternehmen" und die "Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Gas aus dem Versorgungsnetz der Gasversorgungsunternehmen".
- Die *Verordnung über die Neuordnung der Energiewirtschaft in der sowjetischen Besatzungszone (Energiewirtschaftsverordnung) vom 22. Juni 1949*¹⁵³ und vor allem die "*Erste Durchführungs-Anordnung zur Energiewirtschaftsverordnung*" vom gleichen Tag¹⁵⁴ setzten zwar nicht *expressis verbis*, jedoch zumindest im praktischen Ergebnis das Energiewirtschaftsgesetz und seine Nachfolgebestimmungen außer Kraft. Sie befaßten sich nämlich im wesentlichen mit der gleichen Materie und verfolgten zum Teil ("Erfüllung des Wirtschaftsplanes") bereits andere Zwecke¹⁵⁵. Dadurch entfielen freilich auch die speziellen energierechtlichen Regelungen über die Mitbenutzung von Grundstücken und Bauwerken für Energieversorgungsleitungen, so daß nur noch auf die Bestimmungen des BGB zurückgegriffen werden konnte¹⁵⁶. Der Bruch der Rechtssysteme in Deutschland zeigte sich noch nicht so deutlich. Abschnitt III Abs. 4 der für verbindlich erklärten "Allgemeinen Bedingungen vom 21. Oktober 1953 für die Versorgung mit Elektroenergie und Gas aus

153 ZVOBl. S. 472.

154 ZVOBl. S. 490.

155 § 9 Durchführungsanordnung.

156 Vgl. auch *Ott*, Zur Mitbenutzung von Grundstücken und Bauwerken für Energiefortleitungen im Gebiet der ehemaligen DDR, *Recht der Elektrizitätswirtschaft* 1991, S. 150 ff. (151).

den öffentlichen Versorgungsnetzen"¹⁵⁷ begründete für die Abnehmer wieder eine vertragliche Pflicht, die Mitbenutzung ihrer Grundstücke für die der örtlichen Versorgung dienenden Fortleitungsanlagen zu gestatten.

- Knapp ein Jahr später erging die stärker von der DDR-Diktion geprägte *"Anordnung über die Benutzung von Grundstücken für Zwecke der Energieversorgung"*¹⁵⁸. Ihre Zielsetzung umschrieb die Präambel dahingehend, daß zur Sicherung der Versorgung von Wirtschaft und Bevölkerung mit Elektroenergie und Gas im Rahmen eines umfassenden Energieprogramms vorhandene Kapazitäten erweitert und neue Anlagen zur Erzeugung und Übertragung von Energie geschaffen würden. Die rasche und reibungslose Durchführung dieser Maßnahmen, an denen alle Bürger interessiert seien, erfordere eine möglichst einfache und unbürokratische Regelung der Benutzung von Grundstücken, die durch Energieübertragungsanlagen berührt würden. Den Mitbenutzungsanspruch regelte die Benutzungsanordnung in § 1. Unberührt blieb gemäß § 11 der Benutzungsanordnung die Verpflichtung der Abnehmer von Elektroenergie und Gas nach den Allgemeinen Versorgungsbedingungen. Mit den Folge- und Folgekostenpflichten beschäftigte sich die Benutzungsanordnung in § 12. Zur Sicherung der Mitbenutzungsrechte bedurfte es keiner Eintragung von Grunddienstbarkeiten oder beschränkt persönlicher Dienstbarkeiten im Grundbuch¹⁵⁹. Das Mitbenutzungsrecht entstand vielmehr unmittelbar kraft Gesetzes. Hieraus zog eine gemeinsame Anweisung der ehemaligen Ministerien des Innern und für Schwerindustrie vom 20. Juli 1955 bzw. 20. Dezember 1955 die Konsequenzen. Danach waren alle zur Sicherung von Leitungsrechten eingetragenen Grunddienstbarkeiten und beschränkt persönliche Dienstbarkeiten von Amts wegen zu löschen, soweit sie inhaltlich mit den sich aus der

157 ZBl. S. 515.

158 AO vom 10.9.1954 (GBl. Nr. 84 S. 807); zit.: Benutzungsanordnung.

159 § 13 Benutzungsanordnung.

Beschränkungsanordnung ergebenden Eigentumsbeschränkungen übereinstimmten¹⁶⁰.

- Das gewachsene Selbstverständnis der DDR als Stützpfeiler des sozialistischen Herrschaftsbereichs wird deutlich in der *Verordnung über die Leitung der Energiewirtschaft – Energiewirtschaftsverordnung – vom 18. April 1963*¹⁶¹, deren Präambel das "Wachstumstempo der Volkswirtschaft beim umfassenden Aufbau des Sozialismus" heraufbeschwor und den Programmsatz formulierte: "Die internationalen Erfahrungen und Erkenntnisse, vor allem der Sowjetunion, sind entsprechend den Bedingungen der Deutschen Demokratischen Republik systematisch auszuwerten und anzuwenden". Die Energiewirtschaftsverordnung hob zwar die §§ 1 und 11 der Beschränkungsanordnung auf¹⁶², nicht jedoch die Folgekostenregelung in § 12 der Beschränkungsanordnung. Die Benutzung von Grundstücken für Zwecke der Energieversorgung war in den §§ 25 ff. Energiewirtschaftsverordnung geregelt.
- Die Energiewirtschaftsverordnung und die noch geltenden Bestimmungen der Benutzungsanordnung wurden durch die *Verordnung über die Planung und Leitung der Energiewirtschaft sowie die rationelle Energieanwendung und -umwandlung – Energieverordnung – vom 10. September 1969*¹⁶³ aufgehoben. Abschnitt VII regelte die Benutzung von Grundstücken für Zwecke der Energieversorgung¹⁶⁴. Die Einzelheiten regelte die *Fünfte Durchführungsbestimmung zur Energieverordnung* vom 11. März 1971¹⁶⁵. Bei Fortleitungsanlagen

160 Ott, Recht der Elektrizitätswirtschaft 1991, S. 151.

161 GBl. II Nr. 46 S. 318.

162 § 35 Abs. 1 Nr. 6 Energiewirtschaftsverordnung.

163 GBl. II Nr. 81 S. 495.

164 Begriffsbestimmungen finden sich in der Ersten Durchführungsbestimmung zur Energieverordnung vom 10.9.1969 (GBl. II Nr. 81 S. 505).

165 GBl. II Nr. 39 S. 309.

- für Zwecke der örtlichen Energieversorgung wurde danach das Mitbenutzungsrecht durch den Energielieferungsvertrag begründet¹⁶⁶.
- Die *Verordnung über die Energiewirtschaft in der Deutschen Demokratischen Republik – Energieverordnung* – vom 9. September 1976¹⁶⁷ erweiterte die Mitbenutzungsrechte der zum 1. Januar 1977 (einschließlich der Durchführungsbestimmungen) ersetzten Energieverordnung von 1969. Abschnitt 7 der Energieverordnung von 1976 betraf die Benutzung von Grundstücken. Die Folgenkostenregelung traf § 31 Energieverordnung. Konkretisiert wurde die Energieverordnung durch die *Fünfte Durchführungsbestimmung zur Energieverordnung – Grundstücksbenutzung* – vom 10. September 1976¹⁶⁸.
 - Die Regelungen von Abschnitt 7 der Energieverordnung von 1976 wurden nahezu wortgleich ebenfalls in Abschnitt 7 der *Verordnung über die Energiewirtschaft in der Deutschen Demokratischen Republik – Energieverordnung* – vom 30. Oktober 1980¹⁶⁹ übernommen. Geändert hatte sich wegen der Einfügung von Kontrollrechten der operativen Leitungsorgane in § 28 lediglich die Pragraphenfolge. Dem alten § 28 entsprach nunmehr § 29. Ersetzt wurde lediglich der Begriff des "Energieversorgungsbetriebs" durch den des "Energiekombinats". Entsprechendes gilt für die Durchführungsbestimmungen¹⁷⁰.

Die Energieverordnung von 1980 und die Durchführungsbestimmungen wurden durch § 78 der bereits erwähnten *Energieverordnung vom*

166 Insoweit verwies die 5. Durchführungsbestimmung auf § 14 der Lieferanordnung Energie vom 18.11.1969 (GBl. II Nr. 97 S. 604) und § 10 der Anordnung vom 31.1.1961 über die Bedingungen für die Lieferung von Elektroenergie und Gas an Haushaltsabnehmer und sonstige private Abnehmer (GBl. II Nr. 15 S. 69).

167 GBl. I Nr. 38 S. 441.

168 GBl. I Nr. 38 S. 461.

169 GBl. I Nr. 33 S. 321.

170 Erste Durchführungsbestimmung zur Energieverordnung – Leitung / Planung / Plandurchführung – vom 10.11.1980 (GBl. I Nr. 33 S. 330); Fünfte Durchführungsbestimmung zur Energieverordnung – Grundstücksbenutzung – vom 10.11.1980 (GBl. I Nr. 33 S. 336).

1. Juni 1988 aufgehoben, die in der Folgezeit noch durch die Verordnung über die Änderung oder Aufhebung von Rechtsvorschriften vom 28. Juni 1990¹⁷¹ sowie durch die Verordnung zur Änderung der Energieverordnung vom 25. Juli 1990¹⁷² geändert wurde. Die Energieverordnung 1988 liegt der Übergangsregelung des Einigungsvertrags zugrunde.

Die Folgekostenansprüche der Energieverordnung 1988 beruhen ebenfalls auf einem Mitbenutzungsrecht des Energieversorgungsunternehmens. Hierzu gab es in der Energieverordnung 1988 zwei Rechtsgrundlagen, nämlich § 29 und § 48 EnVO. § 29 EnVO steht im 3. Abschnitt des die "Bevölkerung" betreffenden 2. Teils der Energieverordnung 1988. Der der "Volkswirtschaft" gewidmete Teil 3 der Energieverordnung 1988 enthält einen eigenen 3. Abschnitt über die "Mitnutzung von Grundstücken". Der Abschnitt besteht allerdings lediglich aus § 48 EnVO. Für beide Formen der Mitbenutzungsrechte galt die Übergangsregelung des § 69 EnVO. Die Mitnutzungsrechte der Energiekombinate bzw. Energieversorgungsunternehmen setzen sich danach im Falle der Verlegung von Energiefortleitungsanlagen in Folgekostenansprüchen fort. Anspruchsgrundlage für die Folgekosten bei mitgenutzten Grundstücken und Bauwerken privater Nutzungsberechtigter war § 31 Abs. 3 Satz 1 EnVO. Voraussetzung des Anspruchs war ein Antrag des Eigentümers des mitgenutzten Grundstücks oder Bauwerks auf Verlegung der Energiefortleitungsanlage gemäß § 31 Abs. 1 EnVO. Die Verlegung erfolgte also *auf Veranlassung und im Interesse des privaten Nutzungsberechtigten*, dem deshalb die Verlegungskosten auferlegt wurden. Anspruchsgrundlage für die Verlegung von Energiefortleitungsanlagen bei Grundstücken und Bauwerken, die der gesamten Volkswirtschaft zur Verfügung standen, war zunächst § 48 Abs. 2 Sätze 2, 3 und 4 EnVO in der Fassung von 1988. Hiernach wurden unterschieden einerseits Staatsorgane und Betriebe¹⁷³ und andererseits gesellschaftliche Organisationen und Vereine sowie Bürger¹⁷⁴. Für die erste Gruppe der Antragsteller galt, daß die Verlegungskosten in einem Fonds

171 GBl. I Nr. 10 S. 89.

172 GBl. I. Nr. 46 S. 812.

173 § 2 Abs. 1 tir. 1 und 2 EnVO.

174 § 2 Abs. 1 tir. 3 und 4 EnVO.

auf der Grundlage der Folgeinvestitionsverordnung bereitzustellen und die Aufwendungen zu tragen waren. Für die zweite Gruppe verwies § 48 Abs. 2 Satz 3 EnVO auf § 31 Abs. 3 EnVO. Damit war lediglich teilweise die Parallele zu den privaten Veranlassern von Verlegungen bei privatgenutzten Grundstücken hergestellt. Seit durch die Änderungsverordnung von 1990 § 31 EnVO generell für anwendbar erklärt war, galt indessen einheitlich das *Veranlasserprinzip*. Da die Folgekostenansprüche auf dem Mitnutzungsrecht beruhten, setzten sie voraus, daß ein Mitnutzungsrecht auch begründet worden war. Das Recht auf dauernde und zeitweilige Mitbenutzung nach § 29 Abs. 1 EnVO war rechtlich gesehen ein *Anspruch auf Einräumung des Mitbenutzungsrechts*¹⁷⁵. Die Begründung des Mitbenutzungsrechts ergab sich im allgemeinen Anwendungsbereich des Abschnitts 3 der Energieverordnung aus § 29 Abs. 4 EnVO. Erforderlich war, daß ein Mitbenutzungsrecht zwischen dem Energieversorgungsunternehmen und dem Nutzungsberechtigten des Grundstücks *vereinbart* oder durch Beschluß des zuständigen Rates des Kreises angeordnet worden war¹⁷⁶. Diese Grundsätze galten seit 1969 und ähnlich vor 1954. In der Zwischenphase wurden die Mitbenutzungsrechte *unmittelbar kraft Gesetzes* begründet. Ob das *generell* für Grundstücke der Volkswirtschaft galt, erscheint fraglich. § 48 EnVO 1988 enthält zwar keine ausdrückliche Regelung über die Begründung des Mitbenutzungsverhältnisses, verweist aber in Abs. 1 Satz 2 allgemein auf § 29 EnVO. Man könnte daher durchaus die Ansicht vertreten, daß § 48 EnVO ähnlich wie die §§ 29 Abs. 1 bis 3, §§ 30, 31 EnVO lediglich Inhalt und Umfang bestehender Mitbenutzungsrechte regelte¹⁷⁷, nicht aber deren Begründung. Dennoch ist

175 Ott, Recht der Elektrizitätswirtschaft 1991, S. 153.

176 § 29 Abs. 4 EnVO i. V. m. § 11 Baulandgesetz ("Über den Rechtsträgerwechsel oder die Übertragung des Eigentumsrechts an einem als Bauland benötigten Grundstück ist zwischen dem Bauauftraggeber – für die Errichtung von Eigenheimen dem Rat der Stadt, des Stadtbezirks oder der Gemeinde – und dem Rechtsträger, Eigentümer oder Verfügungsberechtigten entsprechend den dafür geltenden Rechtsvorschriften ein Vertrag abzuschließen."); § 28 Abs. 2, § 29 Abs. 1 EnVO 1976; § 48 Abs. 1 und 4 EnVO 1969; vgl. auch Bönninger / Knobloch, Das Recht der öffentlichen Straßen, S. 69

177 Ott, Recht der Elektrizitätswirtschaft 1991, S. 153.

zweifelhaft, ob der Verweis in § 48 Abs. 1 Satz 2 EnVO auch § 29 Abs. 4 EnVO umfaßt, da § 29 EnVO nur "entsprechend" anzuwenden war¹⁷⁸. Offenbar bestanden auch bei der Übernahme dieser Vorschrift im EV Unsicherheiten. Soweit bestehende Mitbenutzungsrechte sich nämlich auf Grundstücke von Städten und Gemeinden bezogen und die Energiefortleitungsanlagen der kommunalen Versorgung dienten, galten sie nur bis zum 31. Dezember 1991 fort¹⁷⁹. Zweck dieser Übergangsregelung war es, den Aufbau von Stadtwerken zu erleichtern und den Abschluß von Konzessionsverträgen zu ermöglichen¹⁸⁰. Die Übergangsregelung war vor allem dann geboten, wenn man im Rahmen des § 48 EnVO von *gesetzlich begründeten* Mitbenutzungsrechten ausgeht. § 48 Abs. 1 Satz 2 EnVO kann indessen nicht als Begründungsnorm der Mitbenutzungsrechte verstanden werden, weil andernfalls ein Widerspruch zu § 29 Abs. 1 EnVO entstünde. Die Annahme von gesetzlich begründeten Mitbenutzungsrechten führt folglich in ein Auslegungsdilemma. § 48 Abs. 1 Satz 2 EnVO läßt jedoch die – ohnehin plausiblere – Auslegung zu, wonach die Begründung der Mitbenutzungsrechte von Einrichtungen der Volkswirtschaft auf anderer und speziellerer Rechtsgrundlage erfolgen konnte als der der Energieverordnung¹⁸¹. Somit läßt sich festhalten, daß § 48 Abs. 1 EnVO hinsichtlich der Begründung der Mitbenutzungsrechte *keine abschließende Regelung* traf.

178 Nach *Gerberding*, Recht der Elektrizitätswirtschaft 1990, S. 73 war die Mitbenutzung von Grundstücken im Bereich der Bevölkerung "analog geregelt wie im Bereich der Wirtschaft mit dem Zusatz, daß mit dem Abschluß des Elektroenergielieferungsvertrages als vereinbart gilt, daß das Energiekombinat das an das öffentliche Versorgungsnetz angeschlossene Grundstück oder Bauwerk in bezug auf Anlagen des Leitungstransportes von Elektroenergie (auch für Gas) zur örtlichen Versorgung dauernd mitbenutzen darf." Die §§ 29 ff. EnVO wären demnach *leges speciales* im Verhältnis zu § 48 EnVO mit der Besonderheit der vertraglichen Begründung der Mitbenutzungsrechte. Den Gesetzeswortlaut stellt diese Auslegung freilich auf den Kopf.

179 Maßgabe b) S. 2 zur Überleitung der jeweiligen Vorschriften der EnVO.

180 *Ronnacker*, Zur Rechtslage bei Kreuzungen von Versorgungsleitungen bei öffentlichen Straßen, RdE 1993, S. 10 ff. (14).

181 Vgl. *Gerberding*, Recht der Elektrizitätswirtschaft 1990, S. 73 (allerdings zu § 29 Abs. 1 EnVO): "Dieses Recht wird durch weitere Rechtsnormen untersetzt."

Damit kommen die konkurrierenden *straßenrechtlichen Regelungen* ins Spiel.

- In der sowjetischen Besatzungszone bestand zunächst das Straßenwesen fort, wie es auf der Grundlage des Gesetzes über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens vom 26. März 1934¹⁸² ausgestaltet worden war. Damit blieb es auch bei der dilatorischen Behandlung von § 3 des Neuregelungsgesetzes¹⁸³, die der Generalinspektor für das deutsche Straßenwesen vorgegeben hatte¹⁸⁴.
- Die *Verordnung zur Neuordnung des Straßenwesens – Straßenverordnung – vom 10. Mai 1951*¹⁸⁵ bezweckte die Neueinteilung der Straßen und eine Regelung der Straßenaufsicht. Von der Baulast war nicht mehr die Rede, wohl aber von "operativen Aufgaben" der Straßenverwaltung¹⁸⁶. Mit den Fortleitungsrechten beschäftigte sich die Straßenverordnung von 1951 jedoch ebensowenig wie die Verordnung über die Neuorganisation des Straßenbaues und der Straßenunterhaltung vom 19. Dezember 1952¹⁸⁷. Insoweit galt aber das Neuregelungsgesetz von 1934 fort.

182 RGBl. I S. 243; ferner Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens und der Straßenverwaltung vom 7.12.1934 (RGBl. I S. 1237) sowie Verordnung über die Straßenverzeichnisse vom 27.9.1935 (RGBl. I S. 1193).

183 § 3 Abs. 1: "Die aus dem Eigentum an der Straße sich ergebenden Rechte und Pflichten stehen der Ausübung nach vom Zeitpunkt der Übernahme der Straßenbaulast an dem jeweiligen Träger der Straßenbaulast zu."

184 Vgl. Vorspruch 3 des Runderlasses Nr. 12/1937 vom 23.3.1937 (RMBll V S. 617): "Die wechselseitigen Beziehungen zwischen Straßeneigentümern und Baulastträgern einerseits und den Unternehmen und Betrieben der Energie- und Wasserwirtschaft können erst im Zuge der allgemeinen Gesetzgebungsmaßnahmen auf dem Gebiete des Wegerechts endgültig und abschließend geordnet werden."

185 GBl. Nr. 58 S. 422. Hierzu die Erste Durchführungsbestimmung zu der Verordnung zur Neuordnung des Straßenwesens – Straßenverordnung – vom 28.6.1951 (GBl. Nr. 80 S. 652).

186 § 6 Abs. 1 Straßenverordnung 1951.

187 GBl. S. 1339.

- Die *Verordnung über das Straßenwesen vom 18. Juli 1957*¹⁸⁸ hob das Neuregelungsgesetz nebst den flankierenden Verordnungen und die ersten straßenrechtlichen sowjetzonalen Verordnungen auf. Es enthielt nicht nur Regelungen über die Straßenorganisation, sondern auch über die Straßennutzung. Da die Verordnung nur die Sondernutzung als Straßensondergebrauch kannte, konnten die Fortleitungsrechte ebenfalls nur als Sondernutzung begründet werden. Die maßgebliche Bestimmung war § 6, Ansätze für eine Regelung der Folgekosten finden sich in § 9 Abs. 3 der Verordnung¹⁸⁹.

An die Stelle der Verordnung über das Straßenwesen trat mit Wirkung zum 1. Januar 1975 die *Verordnung über die öffentlichen Straßen – Straßenverordnung vom 22. August 1974*¹⁹⁰, die insbesondere durch die Erste Durchführungsbestimmung zur Straßenverordnung, ebenfalls vom 22. August 1974¹⁹¹, näher konkretisiert wurde.

Auch die Straßenverordnung verstand die Mitbenutzungsrechte öffentlicher Straßen durch Versorgungsleitungen als Sondernutzung. Der Straßensondergebrauch, namentlich die Sondernutzung, war nunmehr (§§ 13 bis 16) wesentlich ausführlicher geregelt als in den früheren Straßenverordnungen. Die Erste Durchführungsbestimmung zur Straßenverordnung definierte in § 9 Abs. 1 als Sondernutzung das Aufstellen, Anbringen, den Einbau, Bestand oder die Instandhaltung von Gebäuden oder baulichen Anlagen auf, in, unter und über öffentlichen Straßen. Als Gebäude oder

188 GBl. Nr. 49 S. 377 i.d.F. der Verordnung über die Neufassung von Regelungen über Rechtsmittel gegen Entscheidungen staatlicher Organe vom 24.6.1971 (GBl. II Nr. 54 S. 465). Die Erste Durchführungsbestimmung zur Verordnung über das Straßenwesen vom 27.8.1957 (GBl. I Nr. 58 S. 485) äußerte sich nicht zu den Fortleitungsrechten.

189 "Für Schäden, deren Übernahme den Anliegern bei Würdigung aller Umstände nicht zugemutet werden kann, ist durch die Straßenverwaltung ein einmaliger, angemessener Ersatz zu leisten. Dies gilt auch gegenüber den gemäß § 6 zur Sondernutzung Berechtigten, wenn bei der Gestattung der Sondernutzung der Widerruf nicht vorbehalten war oder von ihm kein Gebrauch gemacht worden ist."

190 GBl. I Nr. 57 S. 515.

191 GBl. I Nr. 57 S. 522.

bauliche Anlagen im Sinne dieser Bestimmungen wurden insbesondere Rohrleitungen, Erdkabel, Kabelkanäle, Freileitungen, Kollektoren sowie die erforderlichen Bauwerke genannt¹⁹². Die Verlegung von Versorgungsleitungen stellte sich somit als Sondernutzung der öffentlichen Straßen i. S. von § 13 Abs. 1, Querstrich 2, 1. Alt. StrVO dar. Dementsprechend mußten die Energiekombinate gemäß § 13 Abs. 3 Satz. 1 StrVO selbst die Kosten tragen, die bei der Durchführung von Folgemaßnahmen an ihren Anlagen als Reaktion auf Maßnahmen der *Instandhaltung, Erhaltung und Erweiterung an bestehenden Straßen*¹⁹³ entstanden. Nicht Regelungsgegenstand des § 13 Abs. 3 StrVO waren die Folgekosten, die dann entstanden, wenn *Neubaumaßnahmen* bestehende Versorgungsleitungen kreuzten. § 13 Abs. 3 Satz 2 StrVO war dagegen die Rechtsgrundlage für einen Erstattungsanspruch der Sondernutzer für die zu beseitigenden Teile von Sondernutzungsanlagen. Der Rückerstattungsanspruch nach § 13 Abs. 3 Satz 2 entstand nur, wenn *erstens* die vorherige Zustimmung des jeweiligen Rechtsträgers oder Eigentümers der öffentlichen Straßen nach § 13 Abs. 1 Querstrich 2 bzw. anderweitigen Rechtsvorschriften als Sondernutzungsvoraussetzungen vorlag und wenn *zweitens* der Sondernutzer die erforderlichen Folgemaßnahmen auf eigene Kosten durchgeführt hatte. Die Möglichkeit, von diesen Anspruchsvoraussetzungen abzuweichen, bestand nicht mehr. § 16 Abs. 3 bestimmte zwar, daß die Zustimmung zum Errichten oder Anlegen von baulichen Anlagen unter der Bedingung erteilt werden konnte, daß der Rechtsträger oder Eigentümer der baulichen Anlage diese auf seine Kosten und ohne Anspruch auf Entschädigung zu beseitigen oder zu verändern hatte. Solche Bedingungen wurden aber im Hinblick auf Energiefortleitungsanlagen durch § 16 Abs. 1 Satz 2 StrVO ausgeschlossen.

Die Anforderungen, die an die *Zustimmung* zu stellen sind, erscheinen fraglich. Jedenfalls konnte ein Nutzungsrecht und damit ein Erstattungsanspruch nur entstehen, wenn die *Zustimmung nachgewiesen* wird. Dies er-

192 § 10 Querstrich 10 der 1. Durchführungsbestimmung StrVO.

193 Hierzu *Hammer*, in: Kommentar zur Verordnung über die öffentlichen Straßen – Straßenverordnung, 1977, S. 35 f.; *Bönninger / Knobloch*, Das Recht der öffentlichen Straßen, 1978, S. 54.

gibt sich aus der Formulierung "vorherige" Zustimmung. Käme es nur auf die faktische Nutzung an, könnte jede widerspruchslose Duldung der Nutzung öffentlicher Straßen als konkludente Zustimmung interpretiert werden. Diese großzügige Handhabung ist dadurch ausgeschlossen, daß die Zustimmung eindeutig *vor* der Sondernutzung erklärt sein mußte. Wenn demzufolge keine Zustimmung nachweisbar ist, fehlte es an der "vorherigen" Zustimmung, was – wie § 14 Abs. 1 StrVO zeigt –, durchaus vorkommen konnte. Wird freilich die Zustimmung nachgewiesen, so kann diese Rechtsposition nicht mehr nachträglich beseitigt werden. Zwar war gemäß Art. 8 und 19 Einigungsvertrag das Verwaltungsverfahrensgesetz in den neuen Ländern anwendbar, welches die Möglichkeit eröffnet, Verwaltungsakte unter den Voraussetzungen des § 49 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 zu widerrufen. Aber abgesehen davon, daß es sich bei der Zustimmung des Rechtsträgers oder Eigentümers öffentlicher Straßen zur Sondernutzung ohnehin nicht um einen Verwaltungsakt handelt, sind auch die sonstigen Widerrufsvoraussetzungen nicht erfüllt, da die Begünstigten bereits von der Sondernutzungsberechtigung Gebrauch gemacht hatten¹⁹⁴. Obendrein würde § 13 Abs. 3 StrVO dem § 49 Abs. 5 VwVfG als *lex specialis* vorgehen.

Regelungsbereich der *Folgeinvestitionsverordnung vom 13. Juli 1978* waren Investitionen (*Folgeinvestitionen*), die aufgrund anderer Investitionen (*auslösender Investitionen*) erforderlich wurden¹⁹⁵. Um die finanziellen Auswirkungen eines Vorhabens für die Gesamtwirtschaft abschätzen und alle Kosten erfassen zu können, mußten die Investitionsauftraggeber schon bei der Projektierung eines Vorhabens¹⁹⁶ die Auswirkungen des Vorhabens auf die vor- und nachgelagerten Produktionsstufen und auf die einzelnen Bereiche der sozialen und technischen Infrastruktur des jeweiligen Territoriums so klären, daß eine Abgrenzung der Verantwortungsbereiche zwischen dem Auftraggeber der veranlassenden Investition und der für die Folgeinvestitionen fachlich zuständigen Betriebe und örtlichen

194 § 49 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG.

195 § 1 Abs. 1 und 2 Ziff. 3 FolgeinvestitionsVO.

196 Vgl. § 3 Abs. 5 Verordnung über die Vorbereitung von Investitionen vom 23.5.1985 (GBl. I Nr. 17 S. 197).

Staatsorgane erfolgen konnte¹⁹⁷. Zwischen den betroffenen Wirtschaftseinheiten wurden sodann *Koordinierungsverträge* abgeschlossen. Hierbei hatte sich der Investitionsauftraggeber der auslösenden Investition gegenüber dem Investitionsauftraggeber der Folgeinvestitionen zu verpflichten, "materielle Fonds in Höhe des Wertumfangs eines neuen Grundmittels sowie finanzielle Fonds in Höhe der materiellen Fonds" bereitzustellen¹⁹⁸. Für Folgekosten galt somit das Veranlasserprinzip. Ob und gegebenenfalls inwiefern die Folgeinvestitionsverordnung auch für Folgekosten im Zusammenhang mit der Mitnutzung von Straßen durch Versorgungsleitungen in der Zeit bis zum 30. Oktober 1990 herangezogen werden kann, erscheint in mehrfacher Hinsicht zweifelhaft: Zum einen ist die Folgeinvestitionsverordnung bereits mit Wirkung vom 30. Juni 1990 *aufgehoben* worden¹⁹⁹. Zum anderen sind keine auf der Grundlage der Folgeinvestitionsverordnung ergangenen *Verwaltungsentscheidungen* ersichtlich, die nach Art. 19 EV über den Zeitpunkt des Beitritts hinaus fortgelten. Vor allem aber wurde die Folgeinvestitionsverordnung durch speziellere Folgekostenregelungen *verdrängt*.

Selbst in der zentralistisch geleiteten DDR gab es Unklarheiten über die Anwenbarkeit der Folgeinvestitionsverordnung. Die Folgeinvestitionsverordnung erfaßte zwar grundsätzlich die gesamte Volkswirtschaft. "Zweigspezifische Regelungen", die ebenfalls Folgemaßnahmen betrafen, gingen ihr aber vor. Schwierigkeiten tauchten dann auf, wenn nicht feststand, ob solche zweigspezifischen Regelungen existierten. Ungeklärt war bereits das Verhältnis der Folgeinvestitionsverordnung zu den Regelungen der Energieverordnung²⁰⁰. So ließ sich in der Energieverordnung von 1976 und in der (sachlich unveränderten) Energieverordnung von 1980 eine Regelungslücke ausmachen, die man durch parallele Anwendung der

197 Hierzu *Drasdo / Fenske*, Verordnung über Folgeinvestitionen, *Die Wirtschaft* Nr. 1078 (1978), S. 15 ff.

198 § 6 Abs. 2, § 7 Abs. 5 FolgeinvestitionsVO.

199 Bekanntmachungen über die Aufhebung von Rechtsvorschriften vom 20.6.1990, *GBI. I* S. 479.

200 Vgl. *Krause, Günter*, Vorbereitung und Durchführung von Folgeinvestitionen, *Wirtschaftsrecht* 4/1985, S. 91 f. (92 Fußnote 6).

Folgeinvestitionsverordnung hätte schließen können. Trotzdem rief die Ungewißheit offenbar den Verordnungsgeber auf den Plan. Die Regelungslücke wurde nämlich durch die Energieverordnung von 1988 ausdrücklich geschlossen. § 48 Abs. 2 Satz 2 EnVO 1988 verwies nunmehr auf die Rechtsvorschriften über die Folgeinvestitionen, was sich erübrigt hätte, wenn man von vornherein von der Anwendbarkeit der Folgeinvestitionsverordnung ausgegangen wäre. Mit der Aufhebung der Folgeinvestitionsverordnung mußte sodann auch § 48 Abs. 2 EnVO 1988 geändert werden. Der speziellere Charakter der Energieverordnung kommt dadurch deutlich zum Ausdruck. Ähnlich diffizil ist die Rechtslage, soweit es sich um Folgemaßnahmen im Zusammenhang mit der Instandhaltung, Erhaltung und Erweiterung bestehender öffentlicher Straßen handelte. Zwar wurde kurzfristig ein Vorrang der neueren Folgeinvestitionsverordnung im Verhältnis zur Straßenverordnung angenommen²⁰¹. Schon bald setzte sich aber die Ansicht durch, daß die Regelung des § 13 Abs. 3 StrVO im Verhältnis zur Folgeinvestitionsverordnung die *lex specialis* darstellte²⁰². § 13 Abs. 3 StrVO betraf freilich lediglich die materiellrechtliche Frage der Folgekostenpflicht, so daß man auch im Rahmen des Spezialitätsverhältnisses nach der Folgeinvestitionsverordnung hätte verfahren können. Obendrein erfaßte § 13 Abs. 3 StrVO Vorhaben nicht, die über Instandhaltungs-, Erhaltungs- oder Erweiterungsmaßnahmen von Straßen hinausgingen. Für die Anwendbarkeit der Folgeinvestitionsverordnung bestand also durchaus noch Raum. Zur Abgrenzung erließ daher das Ministerium für Verkehrswesen die "Richtlinie vom 15. Juli 1981 über die Leitung und Planung des Reproduktionsprozesses der Grundfonds der materiell-technischen Territorialstruktur im Bereich des Straßenwesens – RTS –"²⁰³, welche für Instandsetzungsmaßnahmen auf die Wertgrenze von 1 Million Mark bzw. auf eine Verbreiterung des Straßenquerschnitts bis zu 1 Meter abstellte. Auf Erweiterungsmaßnahmen paßte diese Begrenzung an sich nur, wenn man auf den prozeduralen Charakter der Folgeinvestitionsver-

201 Staatliches Vertragsgericht, Schiedsspruch vom 9.4.1980 – 23-S-262/79/Gr/schm –.

202 Krause, Wirtschaftsrecht 4/1985, S. 92.

203 Hrsg.: Ministerrat der DDR.

ordnung abstellt. In der Praxis nahm man aber wohl eine Zweiteilung vor: Die Instandhaltungsmaßnahmen von Straßen wurden nach § 13 Abs. 3 StrVO behandelt; für Investitionsmaßnahmen galt die Folgeinvestitionsverordnung²⁰⁴.

Das Spannungsverhältnis zwischen Straßenverwaltung und Energieversorgung ergab sich nach alledem unter anderen wirtschaftspolitischen Vorbedingungen auch in der früheren DDR. Selbst in der dortigen zentralgeleiteten Wirtschaft kam keine einheitliche Lösung der Folgekostenproblematik zustande. Vielmehr bestanden in allen Entwicklungsphasen der DDR energie- und straßenrechtliche Vorschriften *nebeneinander*, die voneinander abweichende Folgekostenregelungen vorsahen. Nur nach den energierechtlichen Vorschriften galt – jedenfalls bei privatveranlaßten Leitungsverlegungen mitgenutzter Grundstücke – das Veranlasserprinzip, wie es auch bei Vorhaben der Gesamtwirtschaft der Folgeinvestitionsverordnung zugrunde lag. Die straßenrechtlichen Bestimmungen nahmen demgegenüber auch hinsichtlich der Folgekosten die Sondernutzer, zu denen auch die Energieversorgungsunternehmen zählten, in die Pflicht. Das Konkurrenzverhältnis der verschiedenen Energie- und Straßenverordnungen wurde vom Verordnungsgeber niemals eindeutig bestimmt. Die Verhandlungen zum EV trafen daher insoweit auf eine auch in der DDR ungeklärte Rechtslage.

3. *Stellungnahme*

Bei der Auslegung des Transformationsrechts ist zu beachten, daß der deutsche Rechtsstaat vor der Aufgabe steht, die vor-rechtsstaatliche Vergangenheit mit dem Endziel der Rechtseinheit aufzuarbeiten²⁰⁵. Metho-

204 Vgl. *Hammer*, Die Regelungen der Verordnung über die öffentlichen Straßen für die Sondernutzung und für Gebäude und bauliche Anlagen an Straßen, *Die Straße* 1987, S. 378 ff. (381); Bezirksvertragsgericht Karl-Marx-Stadt, Schiedsspruch vom 14.4.1985 – 23-K-12/85 –; *Krause*, *Wirtschaftsrecht* 4/1985, S. 92; *Hohlwein*, Probleme der Anwendung von Rechtsvorschriften über die Durchführung von Folgemaßnahmen im Straßenwesen, *Die Straße* 1980, S. 272 ff. (276).

205 Hierzu *Starck / Berg / Pieroth*, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, *VVDStRL* 51 (1992), S. 9 ff., 46 ff., 91 ff.

disch bedeutet das, daß fortgeltendes ehemaliges DDR-Recht nicht nur mit negativer Stoßrichtung auf seine Vereinbarkeit mit rechtsstaatlichen Grundsätzen zu überprüfen ist. Vielmehr muß positiv immer die Auslegung bevorzugt werden, die am ehesten *praktische Konkordanz* zwischen dem Recht der alten Bundesrepublik, dem fortgeltenden DDR-Recht und gegebenenfalls dem nach einer Übergangszeit künftig einheitlich geltenden Recht herstellt. Nötig ist mit anderen Worten eine *einheitsstiftende Auslegung*. Steht fortgeltendes DDR-Recht auf dem Prüfstand, dann bedeutet dies: Für *unmittelbar fortgeltendes* Recht ergeben sich keine Besonderheiten. Es ist so auszulegen, wie wenn es nach der Wiedervereinigung erlassen worden wäre. Die Auslegung, die zu DDR-Zeiten vorgenommen wurde, ist irrelevant; das fortgeltende DDR-Recht muß jetzt in den rechtsstaatlichen Gesamtzusammenhang eingepaßt werden. Auch im Rahmen der historischen Auslegung hat der Wille des historischen (DDR-) Gesetzgebers eher negative Bedeutung. Anders verhält es sich bei mittelbar fortgeltendem DDR-Recht. Mittelbar gilt oder genauer *wirkt* DDR-Recht *fort* als Rechtsgrundlage für fortgeltende Verwaltungsentscheidungen. Der Regelungsgehalt und die Regelungsreichweite von Verwaltungsentscheidungen läßt sich zumeist nur unter Würdigung ihrer Rechtsgrundlagen ermitteln. Ausschlaggebend ist dann aber grundsätzlich die Rechtslage zum Zeitpunkt des Erlasses der Verwaltungsentscheidung. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, DDR-Recht retrospektiv auszulegen. Selbst dann besteht Raum für eine einheitsstiftende Auslegung. War nämlich schon in der früheren DDR die Auslegung des nunmehr fortwirkenden Rechts umstritten und bestanden schon nach DDR-Recht unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten, so ist nunmehr diejenige Auslegung zu bevorzugen, die der rechtlichen Bewältigung der vergleichbaren Tatbestände nach dem Recht der Bundesrepublik am ehesten entspricht. Auch fortgeltende Entscheidungen sollten mit dem Bedeutungsgehalt aufrechterhalten bleiben, der der Rechtsordnung der Bundesrepublik am ehesten entspricht. Abweichende Rechtszustände in den alten und neuen Bundesländern dürfen selbst für eine Übergangszeit nur hingenommen werden, wenn hierfür zwingende sachliche Gründe bestehen, wenn Vertrauensstatbeständen Rechnung getragen werden muß oder wenn keine Interpretationsspielräume für eine Angleichung bestehen.

Mit dem Wirksamwerden des Beitritts der Deutschen Demokratischen Republik zur Bundesrepublik Deutschland trat das Bundesfernstraßengesetz auch in den neuen Bundesländern in Kraft. Für alle seit dem 3. Oktober 1990 entstandenen und weiter entstehenden *Mitbenutzungen* von Bundesfernstraßen durch Versorgungsleitungen gilt im gesamten Bundesgebiet § 8 Abs. 10 FStrG. Man könnte nun den Standpunkt vertreten, daß *alle* nach dem Beitritt entstandenen Folgekosten ebenfalls seit dem 3. Oktober 1990 nach den zu § 8 Abs. 10 FStrG entwickelten Grundsätzen zu beurteilen seien. Auf die mühsame Abgrenzung der dargestellten kollidierenden früheren DDR-Vorschriften käme es dann nicht an. Im Ergebnis argumentiert so das Brandenburgische Oberlandesgericht, wenn es auch die zu § 8 Abs. 10 FStrG entwickelten Grundsätze falsch interpretiert. Dieser einfache Lösungsweg ist aber versperrt. Die Folgekostenpflicht steht in zwingendem Sachzusammenhang mit den Mitbenutzungsrechten. Der Sachzusammenhang läßt sich nicht abstrakt bestimmen. Die Zurechnung der Folgekostenpflicht hängt maßgeblich davon ab, ob und wie ein Mitbenutzungsverhältnis konkret begründet wurde. Die Ausgestaltung des Mitbenutzungsverhältnisses wiederum richtet sich nach den Rechtsgrundlagen, die zum *Zeitpunkt seiner Begründung* galten.

§ 8 Abs. 10 FStrG entfaltet somit für die Folgekostenpflicht nur dann *Rückwirkung*, wenn sich die auf seiner Grundlage abgeschlossenen Verträge ihrerseits Rückwirkung beimessen. Das ist bei *Rahmenverträgen* der Fall. Wurden dagegen im Hinblick auf die Folgekostenpflicht keine rückwirkenden Verträge abgeschlossen, dann muß die Rechtslage zum Zeitpunkt der Begründung des Mitbenutzungsrechts analysiert werden.

Da die §§ 29 Abs. 1 bis 3, §§ 30, 31, 48 und 69 Abs. 4 EnVO für Mitnutzungsrechte an Bundesfernstraßen bis zum 31. Dezember 2010 fortgelten, könnte insoweit seit dem 3. Oktober 1990 eine *abschließende Ergänzung* von § 8 Abs. 10 FStrG vorliegen. Was die Bundesfernstraßen betrifft, würde dann ein Konkurrenzverhältnis von Energieverordnung und Straßenverordnung von vornherein nicht bestehen, weil sich die Fortgeltung der Straßenverordnung auf Straßen der Länder beschränkte. Einige instanzgerichtliche Entscheidungen scheinen dieser Sichtweise zuzuneigen. Diese Sichtweise ist schon im Ansatz falsch. Maßgeblich ist die Rechtslage im Zeitpunkt, die bestand, als die Mitnutzungsrechte eingeräumt wur-

den, wenn nicht für die Folgekostenpflicht im nachhinein beabsichtigt und ausdrücklich eine eigenständige Regelung getroffen worden ist. Die Energieverordnung wurde aber nicht erst am 3. Oktober 1990 durch den EV zur *lex specialis* oder zur *lex posterior*. Entweder war sie das schon *vor* der Wiedervereinigung oder die damals spezielleren straßenrechtlichen Regelungen wurden am 3. Oktober durch die zu § 8 Abs. 10 FStrG herausgebildeten Grundsätze ersetzt. Die Frage, ob das Straßenrecht der DDR das Energierecht der DDR bei straßenbaubedingten Veränderungen von Energiefortleitungen verdrängte, stellt sich also *nach wie vor*. Durch den Einigungsvertrag wurde sie nicht obsolet. Gestützt wird dieses Ergebnis, nämlich daß zwischen § 48 EnVO und § 13 StrVO ein weiterhin klärungsbedürftiges Konkurrenzverhältnis bestand, durch zwei weitere Erwägungen: Zum einen blieb das Konkurrenzverhältnis der Straßen- und Energieverordnung auch nach der Wiedervereinigung bestehen, soweit *Straßen der Länder* betroffen waren. Es wäre kaum verständlich, wenn in den neuen Bundesländern landes- und bundesrechtlich die Folgekostenpflicht unterschiedlich gehandhabt werden sollte. Das kann nicht die *ratio* des EV sein. Zum anderen beruhte die Begründung von Mitbenutzungsrechten in der früheren DDR auf *Verwaltungsentscheidungen*, die nach Art. 19 EV fortgelten. Möglicherweise regelten diese Verwaltungsentscheidungen nicht nur die Einräumung von Mitnutzungsrechten, sondern auch (konkludent) die Begründungen von Folgekostenpflichten. Dies läßt sich nur auf der Grundlage des zum Erlaßzeitpunkt der Verwaltungsentscheidungen gültigen Rechts feststellen.

Es führt also kein Weg daran vorbei: Die Zurechnung der Folgekostenpflicht kann nur erfolgen, wenn das Konkurrenzverhältnis der – im engeren Sinne – energierechtlichen und straßenrechtlichen Vorschriften geklärt wird.

Sind für die Beurteilung eines Rechtsproblems mehr als eine Gesetzesvorschrift relevant, so handelt es sich zunächst um ein Konkurrenzproblem. Fällt die Lösung des Problems unterschiedlich aus, je nachdem welche der an sich einschlägigen Vorschriften zur Anwendung kommt, liegt eine *Gesetzeskollision* vor. Normwidersprüche sind nach Möglichkeit schon im Wege der Interpretation aufzulösen. Ist das nicht möglich, muß, um die Einheit der Rechtsordnung zu wahren, auf Kollisionsregeln zu-

rückgegriffen werden. Traditionell sind drei Kollisionsregeln gebräuchlich: *Erstens* geht im Rahmen der Normenhierarchie das ranghöhere dem rangniedrigeren Gesetz vor (*lex superior derogat legi inferiori*); *zweitens* verdrängt die speziellere die allgemeinere Norm (*lex specialis derogat legi generali*) und *drittens* hat die jüngere Norm Vorrang vor der früheren (*lex posterior derogat legi priori*). Abstrakt formuliert sind diese Regeln einleuchtend. Ihre konkrete Anwendung bereitet aber erhebliche Schwierigkeiten. Dies gilt namentlich für den Spezialitätsgrundsatz. Als *lex specialis* wird eine Rechtsnorm bezeichnet, die gegenüber der *lex generalis* präziser ist oder die Ausnahmen vom spezielleren Gesetz enthält. Die *lex generalis* umfaßt also *dieselbe Regelungsmaterie*, die *lex specialis* trifft lediglich detailliertere Regelungen. Der Spezialitätsgrundsatz geht im übrigen dem *lex-posterior*-Grundsatz vor. Die ältere Spezialvorschrift setzt sich auch gegen eine jüngere allgemeine Norm durch²⁰⁶.

Das Verhältnis der energie- und straßenrechtlichen Vorschriften der DDR ist in verschiedene *Zeitabschnitte* zu untergliedern.

(1) 1945 bis 1954

Unmittelbar nach dem 2. Weltkrieg und unter der Geltung der Energiewirtschaftsverordnung von 1949 galten die überkommenen Grundsätze des Rechts der Gestattungsverträge. Eine spezielle energierechtliche Folgekostenregelung, die das Straßenrecht hätte verdrängen können, bestand nicht. Straßenrechtlich blieb es in dieser Zeit bei der Anordnung des Generalinspektors für das deutsche Straßenwesen von 1937. Danach waren staßenbaubedingte Veränderungen von Versorgungsleitungen vom Benutzungsberechtigten auf eigene Kosten durchzuführen, sofern keine abweichenden vertraglichen Abmachungen getroffen wurden.

Von 1945 bis 1954 traf im Gebiet der früheren DDR somit die Folgekostenpflicht grundsätzlich die Energieversorgungsbetriebe.

Die Frage der Gesetzeskollision stellt sich für diese Zeitspanne nicht.

206 Tettinger, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 2. Aufl., 1992, S. 37.

(2) 1954 bis 1969

Ob der Anordnung des Generalinspektors durch die am 29. September 1954 in Kraft getretene *Benutzungsanordnung* der Boden entzogen wurde, ist zweifelhaft. Die *Benutzungsanordnung* ließ jedenfalls nicht nur die Mitbenutzungsrechte von Grundstücken für Energieübertragungsanlagen kraft Gesetzes entstehen, sondern regelte auch die Folgekosten bei Verkehrsvorhaben. Diese Regelung blieb in der Energiewirtschaftsverordnung 1963 aufrechterhalten. Völlig eindeutig war indessen die Folgekostenregelung in § 12 Abs. 2 der *Benutzungsanordnung* nicht. Wer Kosten zu "planen" hat, muß nicht automatisch verpflichtet sein, die Kosten auch zu tragen. Die Verordnung über das Straßenwesen von 1957 enthielt nur Andeutungen einer Folgekostenregelung, machte jedoch die *Sondernutzung* von Straßen auch durch Versorgungsleitungen von einer *Zustimmung* abhängig. Zieht man – da das Straßenrecht in beiden Teilen Deutschlands durchaus vergleichbar war – die Parallele zur Rechtslage in der Bundesrepublik, so läßt sich selbst für die Zeit von 1954 bis 1969 eine Folgekostenpflicht der Versorgungsbetriebe begründen. Eindeutig war die Rechtslage aber nicht.

Jedenfalls bestand schon für diese Zeitspanne eine *Gesetzeskollision*.

(3) 1969 bis 1974

Die Energieverordnung von 1969, die am 15. Oktober 1969 in Kraft trat, kehrte zum Prinzip der *vereinbarten Mitbenutzungsrechte* zurück und enthielt eine Folgekostenregelung nach dem *Veranlasserprinzip*, die bereits mit der Zustimmungskonzeption der Verordnung über das Straßenwesen von 1957 kollidierte. Mit Inkrafttreten der Straßenverordnung von 1974 zum 1. Januar 1975 kam es erstmalig zu einer *ausdrücklichen* Kollision der Verordnungen, da nunmehr § 13 Abs. 3 StrVO eine vom Veranlasserprinzip abweichende Folgekostenregelung enthielt.

Auch in dieser Zeitspanne kollidierten der Sache nach die energie- und straßenrechtlichen Bestimmungen.

(4) 1974 bis 1990

Die Energieverordnung von 1976 brachte – wie die Energieverordnung von 1980 – bezüglich der Folgekostenregelungen keine Abweichungen von der Energieverordnung von 1969. Neue Kollisionen mit der Straßenverordnung ergaben sich indessen aus der *Folgeinvestitionsverordnung* von 1978, sowie schließlich im Zusammentreffen mit der Energieverordnung 1988/1990.

In dieser Zeitspanne bestand eine *ausdrückliche Gesetzeskollision*.

Hieraus folgt: Werden straßenbaubedingte Änderungen von Leitungen erforderlich, die vor dem 29. September 1954 verlegt wurden, so haben die Energieversorgungsunternehmen *von vornherein* für die Folgekosten aufzukommen. Die Folgekosten bei straßenbaubedingten Änderungen von Leitungen, die von diesem Zeitpunkt an verlegt wurden, werden demgegenüber in den energie- und straßenrechtlichen Verordnungen unterschiedlich behandelt, so daß es erforderlich ist, das Kollisionsverhältnis aufzulösen. Hierbei ist zu beachten, daß nach § 69 EnVO die früher begründeten Mitbenutzungsrechte zwar bestehen blieben, von nun an aber den Vorschriften der Energieverordnung 1988/1990 unterlagen; somit ist für die energierechtliche Folgekostenregelung *ausschließlich* diese Energieverordnung relevant. Für die straßenrechtliche Folgekostenregelung ist demgegenüber die Zustimmung zur Sondernutzung maßgeblich. Diese kann auf Grund der Straßenverordnung von 1974 oder ihrer Vorgänger erteilt worden sein. Alle diese Zustimmungen gelten nach Art. 19 EV fort. § 13 Abs. 3 StrVO bringt indessen den allgemeinen straßenrechtlichen Grundsatz zum Ausdruck, daß die Folgekostenpflicht *Annex* zur Begründung des Nutzungsrechts ist. Damit genügt es, zur Auflösung der Gesetzeskollision die Vorschriften der Straßenverordnung von 1974 und der Energieverordnung von 1988/1990 zu vergleichen.

Zum Verhältnis des Straßenrechts zum Energierecht ist abschließend folgendes zu bemerken: Der Wortlaut von § 13 Abs. 3 StrVO ist *eindeutig*: Bei Maßnahmen der Instandhaltung, Erhaltung und Erweiterung an bestehenden öffentlichen Straßen haben die Sondernutzer erforderliche Folgemaßnahmen an ihren Anlagen auf *eigene* Kosten durchzuführen. Erweiterungsmaßnahmen sind bei einheitsstiftender Auslegung vergleichbar

mit Änderungen der Verkehrsfunktion. Wenn nach § 13 Abs. 4 StrVO in "Rechtsvorschriften Besonderheiten für die im gesellschaftlichen Interesse erforderlichen Sondernutzungen" zu regeln sind, ändert diese Öffnungsklausel nichts daran, daß es sich um Sondernutzungen handelt. Das bedeutet, daß sich diese Vorschriften spezifisch mit den Sondernutzungen, eben mit den "Besonderheiten" der Sondernutzungen, auseinandersetzen müssen. § 48 Abs. 1 EnVO kann man in diesem Sinn als besondere Regelung betrachten. Dort wird ein "Recht" auf Mitbenutzung erwähnt. Auf die Auslegungsschwierigkeiten im Hinblick auf die Begründung dieses Rechts wurde schon hingewiesen. Der Gesetzeswortlaut von § 48 Abs. 1 Satz 2 EnVO verleiht der Zustimmung zur Sondernutzung einen konsensualen Einschlag, der ihrem Charakter als Hoheitsakt nicht voll gerecht wird. § 48 Abs. 1 EnVO verweist daher auf § 13 StrVO zurück. In diesem Sachzusammenhang trifft § 48 Abs. 2 EnVO keine präzisere Regelung und normiert auch keine Ausnahme. § 48 Abs. 2 EnVO kann daher nicht *lex specialis* im Verhältnis zu § 13 Abs. 3 StrVO sein, sondern betrifft nur den Fall der Verdrängung von Versorgungsleitungen.

Wie erwähnt, ist bei DDR-Vorschriften der Wille des historischen Verordnungsgebers nicht erheblich. Wichtiger ist, wie die Praxis die Vorschriften handhabte. Es wurde gezeigt, daß bei der Begründung von Leitungsrechten durchaus eine Zustimmung zur Sondernutzung für erforderlich gehalten und praktiziert wurde. Von einer Verdrängung des § 13 Abs. 1 StrVO durch energierechtliche Normen kann nicht die Rede sein.

Bei einer Gesetzeskollision steht das systematische *Verhältnis der Gesetze zueinander* im Vordergrund. Regelungsgegenstand der Straßenverordnung ist die *Nutzung von Straßen*. Die Energieverordnung hat einen umfassenderen Regelungsgegenstand. Sie regelt die gesamte Versorgung der Bevölkerung mit Energieträgern; zu diesem Zweck enthält sie allgemeine energiewirtschaftliche Vorschriften über Energielieferer, Energiekombinate (Energieversorgungsunternehmen), Energieabnehmer, außerdem über die Versorgung mit Energieträgern und den rationellen Energieeinsatz. Das bedeutet noch nicht automatisch, daß die Energieverordnung nicht auch straßenrechtliche Regelungen treffen könnte, die spezieller sind, als die der Straßenverordnung. § 48 EnVO ist indessen nicht als spezielle Bestimmung über die Sondernutzung von Straßen gefaßt. Vielmehr

befaßt sich § 48 EnVO mit der Mitbenutzung von Grundstücken der Volkswirtschaft schlechthin. Richtigerweise ist somit davon auszugehen, daß die Energieverordnung die Mitbenutzung von Grundstücken *allgemein* regelt, während die Straßenverordnung aus der Perspektive der *Straßenmitbenutzung* die spezielleren Regelungen enthält²⁰⁷. Welche Verordnung jünger ist, spielt daher keine Rolle. Mehr noch: Hätte § 48 EnVO die älteren straßenrechtlichen Sondernutzungsbestimmungen, als diese noch galten, völlig verdrängen sollen, wäre eine untragbare Regelungslücke entstanden. Beispielsweise hätte kein Interessenausgleich zwischen unterschiedlichen Nutzungsansprüchen erfolgen können. Folglich *ergänzte* § 48 Abs. 1 lediglich § 13 Abs. 1 StrVO. Der primäre Regelungsgehalt des § 13 StrVO, die Ordnung der Straßennutzung, blieb unberührt. Zu dieser Ordnung gehört untrennbar die Frage der Folgekosten. Wenn es Aufgabe von § 48 Abs. 2 EnVO gewesen wäre, § 13 Abs. 3 StrVO zugunsten einer Gruppe von Sondernutzern außer Kraft zu setzen, hätte der Verordnungsgeber das eindeutig zum Ausdruck bringen müssen. Das ist aber nicht geschehen. Auch in der Praxis wurden nach Inkrafttreten der Energieverordnung weiterhin Zustimmungen nach § 13 StrVO erteilt.

Normzweck sowohl von § 13 Abs. 3 StrVO wie auch von § 48 Abs. 2 EnVO ist der *Interessenausgleich* zwischen verschiedenen Rechtsträgern. Dieser Interessenausgleich ist im Spannungsverhältnis von verschiedenen Trägern der Daseinsvorsorge eine permanente Aufgabe. Daher ist es nicht einsehbar, weshalb selbst in einer Übergangsphase der Interessenausgleich zwischen Energieversorgungsunternehmen und Straßenbaulastträgern in den alten und neuen Bundesländern unterschiedlich erfolgen sollte. *Sachliche Gründe* für Unterschiede sind nicht ersichtlich. *Rechtliche Gründe* sind ebenfalls nicht gegeben, da sich die einschlägigen straßenrechtlichen und energierechtlichen Bestimmungen des früheren DDR-Rechts im Einklang mit der früher in der DDR herrschenden Auffassung und der geübten Praxis so auslegen lassen, wie es den Folgekostengrundsätzen der alten Bundesrepublik entspricht. Danach ist die Folgekostenpflicht der Energieversorgungsunternehmen *Korrelat der ihnen unentgeltlich eingeräumten Mitbenutzungsrechte*. Das Veranlasserprinzip gilt hier nicht.

207 So selbst *Ott*, RdE 1991, S. 150 (154).

C. SCHLUSSBEMERKUNG

Wie eingangs bemerkt, sollten sich die Vertreter der Energieversorgung und Straßenbauverwaltung bewußt sein, daß unnötiger Streit ihren Feinden in die Hände arbeitet und zulasten derjenigen geht, die auf ihre Leistungen angewiesen sind. Das formalistische Beharren auf Rechtspositionen, die man glaubt, aus Zufälligkeiten der Wiedervereinigung ableiten zu können, ist der Interessenlage nicht angemessen. Dies gilt namentlich für die Folgekostenproblematik, wo die Gefahr besteht, daß alte Schlachten in neuer Formation geschlagen werden. Das Straßenwesen befindet sich nämlich im Umbruch. Erwähnt sei nur die Folgekostenproblematik im Zusammenhang mit dem Fernmeldeleitungsrecht der Post. Der "Grundsatz der Abhängigkeit der Telegraphenanlagen vom Verkehrsweg"²⁰⁸ muß heute mehr noch als früher gelten, da Straßenverkehrs- und Fernmeldeverkehrsinteresse nicht mehr auf der gleichen Ebene kollidieren²⁰⁹, seit das Postmonopol entfallen ist. Das Fernmeldeprivileg hat seine Legitimation verloren. Bestrebungen, den Gemeindegebrauch über und unter die Straßen zu erstrecken, sind grundsätzlich abzulehnen oder bedürfen jedenfalls noch reiflicher Überlegung. Zwar ist der Gemeindegebrauch ein wandelbarer Rechtsbegriff, der der Entwicklung von Verkehr und Technik Rechnung trägt²¹⁰. Seit der Legaldefinition in § 7 II 15 ALR²¹¹

208 BVerwG, Urteil vom 23.10.1981 – 7 C 67.79 –, BVerwGE 64, 176 (182) = ArchPF 1982, 351 (353) (vgl. auch § 2 Abs. 2 und 3, § 3 Abs. 1 bis 3 TWG).

209 So noch BVerwG, Urt. vom 20.5.1987 – 7 C 78/85 –, NVwZ 1987, 887.

210 So bereits RG vom 16.2.1929, RGZ 123, 181 (183, 185); vom 10.6.1929, RGZ 125, 108 (111); vom 16.5.1931, RGZ 132, 398 (404 ff.). Vgl. auch *Ronellenfitsch*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Betrachtungen zur Mobilität mit dem Auto, 1994, S. 51; *Lübben*, Das Recht auf freie Benutzung des Luftraums, 1992, S. 98 ff.

211 "Der freie Gebrauch der Land- und Heerstraßen ist einem Jeden zum Reisen und Fortbringen seiner Sachen gestattet". Schon zu dieser Vorschrift führte *Otto Mayer* (Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II, 3. Aufl., 1924, S. 79) aus: "Wir würden uns aber schwer beengt fühlen, wenn die ganze Poesie der Landstraße in diesen Rahmen gezwängt werden müßte. Am meisten würde das der Fall sein, wo die Land-

bis zur Hochkonjunktur des "kommunikativen Gemeingebrauchs"²¹² blieb aber die *Verkehrsfunktion* normative Schranke des Gemeingebrauchs an Straßen²¹³, mögen diese auch als "Mehrzweckinstitute"²¹⁴ verstanden werden. Sollte die Verkehrsfunktion von Straßen preisgegeben und der Gemeingebrauch neu bestimmt werden, so kann es bei der Begründung von Leitungsrechten im Straßenraum gleichwohl allenfalls um die Einräumung von Sondernutzungsrechten gehen, also um die Herstellung der La-

straße eine Ortschaft durchzieht. Alle Ortsstraßen sprengen völlig einen solchen Rahmen. Man hat eine erschöpfende Formel zu geben geglaubt, wenn man von der Straße sagte: sie diene dem allgemeinen Verkehr. Das ist gewiß ein Hauptpunkt oder der Hauptpunkt. Aber Gemeingebrauch ist es auch, wenn die gesprächigen Hausfrauen sich begegnen und nun für längere Zeit auf den eigentlichen Verkehr verzichten." Die Wurzel des durch das Wegeregal gewährleisteten Gemeingebrauchs gehen noch viel weiter zurück. So entschied König Heinrich im Jahr 1224 auf Anfrage des Erzbischofs von Salzburg, daß die Benutzung einer öffentlichen königlichen Straße nicht verhindert werden dürfe; vgl. *Zeumer*, Studien zu den Rechtsgesetzen des XIII. Jahrhunderts, ZRG 23 (1902), S. 61 ff. (103).

- 212 *Stock*, Straßenkommunikation als Gemeingebrauch, 1969; VGH Bad.-Württ. Urteil vom 17.8.1988 – 14 S 689/87 –, NJW 1989, 1299 (1300) mit Besprechung *Würkner*, Straßenkunst als (kommunikativer) Gemeingebrauch, NJW 1989, S. 1286 f. Zutreffend restriktiver dann aber BVerwG, Urteil vom 9.11.1989 – 7 C 81/88 – BVerwGE 84, 71 = NJW 1990, 2011 m. Anm. *Würkner* = JZ 1990, 336 m. Anm. *Hufen*; hierzu auch *Steinberg / Hartung*, Straßenkunst als Gemeingebrauch oder als Sondernutzung? – BVerwG, NJW 1990, 2011, JuS 1990, S. 795 ff.; *Laubinger*, Straßenkunst: Gemeingebrauch oder Sondernutzung, VerwArch. 1990, S. 583 ff., 617 ff.; *Kersten*, Kunst auf der Straße im Labyrinth von Kunstfreiheit, straßenrechtlichem Gemeingebrauch und Sondernutzung, NVwZ 1991, S. 139 ff.; *Goerlich*, Kunst, Erlaubnisverfahren und Straßennutzung, Jura 1990, S. 415 ff.; *Meyer, Justus*, Politik, Kunst und Kommerz auf deutschen Straßen, DÖV 1991, S. 542 ff.
- 213 Vgl. § 7 Abs. 1 FStrG; *Saltzwedel*, Der Gemeingebrauch, in: *Bartlsperger / Blümel / Schroeter* (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, S. 97 ff. (98).
- 214 *Köttgen*, Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiativen, 1961, S. 28; *Mußnug*, Die öffentlichen Straßen als Mehrzweckinstitut, in *Bartlsperger / Blümel / Schroeter* (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, S. 81 ff.

ge, die in Berlin noch existiert und die zeitweilig in der DDR galt. Über solche Lösungen läßt sich diskutieren. In diesem Rahmen fänden auch Erörterungen über eine interessengerechte einvernehmliche Lösung der Folgekostenproblematik ihren Platz. Erneute Grabenkriege zwischen Straßenverwaltung und Energieversorgern wären aber auch insoweit kontraproduktiv. Es bleibt zu hoffen²¹⁵, daß sich auch hinsichtlich der Folgekosten in den neuen Bundesländern eine Einigung erzielen läßt.

215 Wer die Hoffnung für unrealistisch hält, mag sich damit beruhigen, daß manche Hochschullehrer gelegentlich Träumer sind, getreu dem Song, mit dem *Elvis Presley* sein 68er Weihnachts-TV-Special krönte: "If I can dream of a better land, where all my brothers walk hand in hand ..." (Text von W. Earl Brown; Copyright 1968 Gladys Music Inc. New York). Die Anregung, zu träumen und in hoffnungsloser Lage nicht aufzugeben, können Energieversorger und Straßenverwaltungen ebenfalls einem Lied von Elvis Presley entnehmen: 1980 erschien "The Impossible Dream" (Worte von Joe Darion; Copyright Andrew Scott Inc., & Helena Music Corp.); hinzuweisen ist insbesondere auf die Textpassage: "To dream the impossible dream, to fight the unbeatable foe".

AUSWIRKUNGEN DES GRUNDBUCHBEREINIGUNGSGESETZES AUF DIE FRAGE, WER DIE HERSTELLUNGSKOSTEN BEI DER SCHAFFUNG NEUER BERÜHRUNGSPUNKTE ZWISCHEN VERSORGUNGSLEITUNGEN UND ÖFFENTLICHEN STRASSEN IN DEN NEUEN BUNDESLÄNDERN ZU TRAGEN HAT

Von *Friedrich Schlosser*

I. PROBLEMSTELLUNG

Müssen Versorgungsleitungen als Folge von Straßenbaumaßnahmen geändert, angepaßt oder umverlegt werden und bestand bisher kein Berührungspunkt zwischen der Straße und den Versorgungsleitungen, handelt es sich bei der Frage, wer hier die Kosten zu tragen hat, um das Problem der sogenannten Herstellungskosten. Diese sind von den sogenannten Folgekosten zu unterscheiden, die entstehen, wenn bei vorhandenen Straßenbenutzungen durch Leitungen diese verlegt, geändert oder gesichert werden müssen.

Vertragliche Regelungen hierfür gibt es nur im sogenannten Rahmenvertrag¹. In § 4 dieses Vertrages ist festgelegt, daß der Hinzukommende die Herstellungskosten zu tragen hat. In den alten Bundesländern hat wegen der weitgehenden Verbreitung des Rahmenvertrages das Problem der Herstellungskosten an Bedeutung für die Praxis verloren. Auch haben viele Versorgungsunternehmen, mit denen kein Rahmenvertrag besteht, ihre Leitungen dinglich gesichert. In den neuen Bundesländern wurden zwar

1 Vgl. ARS des BMV vom 9.12.1974, VkB1. 1975, 169.

auch Rahmenverträge abgeschlossen, es bleiben jedoch noch viele Fälle (insbesondere bei großen Gasversorgungsunternehmen und bei kleinen Versorgungsunternehmen, die Wasser oder Abwasserleitungen betreiben), bei denen das Problem der Herstellungskosten besteht.

Die Frage, wer die Herstellungskosten zu tragen hat, war in der Vergangenheit heftig umstritten². Das sog. Veranlassungsprinzip, wonach der später Hinzukommende die Herstellungskosten zu tragen hat, ist als allgemeine Rechtsgrundlage nicht anerkannt³. Es kommt vielmehr auf den Umfang der geschützten Rechtsposition, die das Versorgungsunternehmen hat, an⁴. Im folgenden ist die Frage zu behandeln, welche Auswirkungen das Grundbuchbereinigungsgesetz⁵ auf die geschützte Rechtsposition der Versorgungsunternehmen in den neuen Bundesländern hat.

§ 9 Abs. 1 des Grundbuchbereinigungsgesetzes lautet:

"Zum Besitz und Betrieb sowie zur Unterhaltung und Erneuerung von Energieanlagen (Anlagen zur Fortleitung von Elektrizität, Gas, Fernwärme, einschließlich aller dazugehörigen Anlagen die der Fortleitung unmittelbar dienen) auf Leitungstrassen, die am 3. Oktober 1990 in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet genutzt waren, wird zugunsten des Versorgungsunternehmens (Energieversorgungsunternehmen im Sinne des Energiewirtschaftsgesetzes und Fernwärmeversorgungsunter-

2 Vgl. *Studentkowski*, Das Mitbenutzungsverhältnis zwischen Straßen und Leitungen der öffentlichen Energieversorgung, Verlags- und Wirtschaftsgesellschaft der Elektrizitätswerke mbH Frankfurt 1980, S. 31 f.; *Hoppe*, Eingriffe in Leitungsrechte durch Straßenbaumaßnahmen, Verdrängung und Anpassung von Versorgungsleitungen infolge Straßenbaumaßnahmen. Rechtsgutachten, Schriftenreihe Recht, Technik, Wirtschaft, Band 17/1979; *ders.*, Eingriffe in Leitungsrechte durch neue Straßen, DVBl. 1980, S. 260; *ders.*, Grundrechtseffektuiierung durch Bewertung privatrechtlicher Verwaltungshandlungen als enteignende Eingriffe, DVBl. 1981, S. 308; *Schlosser*, Das Folgekostenproblem beim Hinzukommen der Straße, Sonderbeilage zum VkB1. Nr. 1, 1980; *ders.*, Enteignungsrecht und Folgekostenproblematik bei straßenbaubedingter Verlegung von Versorgungsleitungen, BayVBl. 1982, S. 545.

3 Vgl. BGH v. 17.3.1994, NJW 1994, 3156.

4 Vgl. BGH, a.a.O.

5 BGBl. 1993, S. 2102.

nehmen), das die jeweilige Anlage bei Inkrafttreten dieser Vorschrift betreibt, am Tage des Inkrafttretens eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit an den Grundstücken begründet, die von der Energieanlage in Anspruch genommen werden."

§ 9 Abs. 3 verpflichtet das Versorgungsunternehmen, an den Grundstückseigentümer einen Ausgleich nach dem hierfür üblichen Betrag zu zahlen, dessen erste Hälfte nach Eintragung der Dienstbarkeit ins Grundbuch, frühestens jedoch am 1.1.2001 und dessen zweite Hälfte am 1.1.2010 fällig sein soll.

Die Grundbuchberichtigung erfordert einen Antrag des Versorgungsunternehmens (§ 9 Abs. 5).

Nach § 9 Abs. 8 wird der Bundesminister der Justiz ermächtigt, durch Rechtsverordnung, die näheren technischen Einzelheiten des Inhalts der Dienstbarkeit und das Verfahren zu regeln.

Nach § 9 Abs. 9 wird die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung die Regelung des Abs. 1 u.a. auf Anlagen der öffentlichen Wasserversorgung und Abwasserbereiche zu erstrecken. Dies ist durch § 1 der Sachenrechtsdurchführungsverordnung vom 20.12.1994⁶ geschehen.

II. REGELUNGEN IM EINIGUNGSVERTRAG UND IN DEN ENERGIEVERORDNUNGEN DER DDR

Um diese Regelung beurteilen zu können, muß zunächst die Rechtslage nach dem Einigungsvertrag und den früheren Energieverordnungen der DDR dargestellt werden. Nach Anlage II, Kapitel V, Sachgebiet D, Abschnitt III, Nr. 4 des Einigungsvertrages gelten Mitbenutzungsrechte nach den §§ 29 f, der Energieverordnung der DDR vom 1.7.1988⁷ zuletzt geändert durch die Verordnung vom 25.7.1990⁸ bis zum 31.12.2010 fort.

6 BGBl. 1994, S. 3900.

7 GBl. 1988, S. 89.

8 GBl. 1980, S. 812.

Voraussetzungen für dieses Mitbenutzungsrecht nach der Energieverordnung der DDR und ihrer Vorläufer⁹ war entweder der Abschluß einer Vereinbarung oder eine Anordnung des Rates des Kreises¹⁰, also die Begründung eines Rechtes durch Enteignung. Das Mitbenutzungsrecht bedurfte keiner Eintragung im Grundbuch. Die Begründung eines solchen Rechtes kam nur gegen Zahlung einer Entschädigung in Betracht (§ 18 Baulandgesetz). Ein derartiges Mitbenutzungsrecht, das quasi dingliche Wirkung hat, ist als geschützte Rechtsposition anzusehen mit der Folge, daß die Straßenbauverwaltung die Herstellungskosten zu tragen hat, wenn eine Straßenbaumaßnahme erstmals auf ein damit belastetes Grundstück trifft.

III. REGELUNG IM GRUNDBUCHBEREINIGUNGSGESETZ

§ 9 Abs. 1 Grundbuchbereinigungsgesetz räumt demgegenüber eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit für alle Energieanlagen ein, die am Tage seines Inkrafttretens bestehen.

Soweit das Grundbuchbereinigungsgesetz die o.g. Mitbenutzungsrechte auf Grund der Energieverordnung der DDR betrifft, die nach dem Einigungsvertrag fortgelten sollen, dient es der Rechtssicherheit, indem es dazu führt, daß diese Rechte nunmehr durch Eintragung in das Grundbuch dokumentiert werden¹¹. Insofern entspricht es auch der Zielsetzung des Registerverfahrensbeschleunigungsgesetzes, in dessen Rahmen das

9 Verordnung vom 22.6.1949, ZVOBl. 1949, S. 472; Anordnung über die Benutzung von Grundstücken für Zwecke der Energieversorgung vom 10.9.1954, GBl. 1954, S. 807; Energiewirtschaftsverordnung vom 18.04.1963, GBl. 1963, S. 318; Energieverordnung vom 10.9.1969, GBl. 1969, S. 495; Energieverordnung vom 9.9.1976, GBl. 1976, S. 441).

10 Vgl. § 29 Abs. 4 EnVO 1988 in Verbindung mit § 11 des Baulandgesetzes, GBl. 1988, S. 261.

11 Vgl. *Kempfer*, in: *Kodal / Krämer, Straßenrecht*, 5. Aufl. 1995, Kapitel 27, Rdn. 109.3.

Grundbuchbereinigungsgesetz erging. Danach soll ein reibungsloser Ablauf des Grundbuchverfahrens erreicht und Erleichterungen geschaffen werden¹². Dementsprechend befaßte sich der ursprüngliche Gesetzentwurf auch nur mit der Behandlung vorhandener Rechte.

Erst in Beratungen des Rechtsausschusses kam man auf Veranlassung des Bundesministeriums für Justiz auf die Idee, unabhängig von den bestehenden und durch den Einigungsvertrag aufrecht erhaltenen Rechten neue Rechte für Energieleitungen zu begründen wie dies dann in § 9 Grundbuchbereinigungsgesetz geschehen ist¹³.

Aus den Ausführungen des Rechtsausschusses zur Begründung des § 9 geht hervor, daß unabhängig davon, ob auf Grund der Energieverordnung der DDR ein Mitbenutzungsrecht bestand oder nicht, mit Inkrafttreten des Gesetzes ein dingliches Recht auf Grund der reinen Tatsache der Benutzung des Grundstückes durch Energieleitungen, die am 03.10.1990 in den neuen Bundesländern Grundstücke benutzen, geschaffen werden sollte. Dabei wird mehrfach auf einen mit den Energieversorgungsunternehmen erzielten Kompromiß im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens verwiesen.

IV. VERFASSUNGSRECHTLICHE BEDENKEN GEGEN § 9 GRUNDBUCHBEREINIGUNGSGESETZ

Gegen diese Regelung, die der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Frage der geschützten Rechtsposition für nicht dinglich oder durch obligatorische Verträge gesicherten Benutzung von Grundstücken durch

12 Vgl. Begründung für den Gesetzentwurf für das Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 12.8.1993, BT-Drucks. 12/5553.

13 Vgl. Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 12/6228 vom 24.11.1993.

Energieversorgungsunterlagen widerspricht¹⁴, bestehen folgende verfassungsrechtliche Bedenken:

1. Unvereinbarkeit mit dem Einigungsvertrag

Sie steht im Widerspruch zu den o.g. Regelungen im Einigungsvertrag, der ausschließlich an bestehende Mitbenutzungsrechte anknüpft. Nach der Zielsetzung des Grundbuchbereinigungsgesetzes sollten Eintragungserleichterungen für bestehende Rechte geschaffen werden, um die Grundbuchsituation übersichtlicher zu machen. Die im Gegensatz zum Einigungsvertrag vorgenommene Begründung eines Mitbenutzungsrechtes auf Grund der tatsächlichen Benutzung verkehrt die Zielsetzung des Grundbuchbereinigungsgesetzes in das Gegenteil, weil die hierdurch begründeten Rechte nur auf Antrag des Energieversorgungsunternehmens eingetragen werden¹⁵. Solange dieser Antrag nicht gestellt wird, ist das Recht im Grundbuch nicht dokumentiert. Ein gutgläubiger Erwerb ist bis zum 31.12.2010 nicht möglich; lediglich in Ansehung des Ranges eines Antrages gilt der Schutz des § 892 BGB ab Inkrafttreten des Grundbuchbereinigungsgesetzes¹⁶. Nach der Begründung des Rechtsausschusses ist damit zu rechnen, daß in den neuen Bundesländern rund 3 Millionen Grundstücke von dieser Regelung betroffen sind. Es liegt deshalb auf der Hand, daß die Energieversorgungsunternehmen mit Berichtigungsanträgen, die u.a. Voraussetzung für die Zahlung der Entschädigung sind, solange warten werden, wie dies ihnen zweckmäßig erscheint. Dies entspricht auch der Praxis der Versorgungsunternehmen in den alten Bundesländern, wonach in vielen Fällen zunächst auf die Bestellung einer Dienstbarkeit verzichtet wird, um Kosten zu sparen¹⁷. Diese Praxis wird durch das Grundbuchbereinigungsgesetz nunmehr erleichtert. Bisher war dies mit dem Nachteil verbunden, daß keine geschützte Rechtsposition, die zur Freistellung von Herstellungskosten führte oder dem Änderungsverlangen

14 Vgl. BGH, NJW 1994, 3156 (Fn. 3).

15 Vgl. § 9 Abs. 5.

16 Vgl. § 9 Abs. 1 S. 2.

17 Vgl. *Studentkowski*, in: *Recht der Energiewirtschaft* 1993, S. 5 f.

des Grundstückseigentümers entgegengehalten werden konnte, entstand. Auf Grund der Regelung im Grundbuchbereinigungsgesetz bestünde nunmehr ein dingliches Recht mit der Möglichkeit, durch Verzögerung der Antragstellung zunächst keine Entschädigung hierfür zahlen zu müssen. § 6 enthält also materiell eine Abänderung des Einigungsvertrages und führt entgegen der Zielsetzung des Gesetzes zu einer unübersichtlichen Grundbuchsituation.

2. Verstoß gegen Art. 3 GG

§ 9 verstößt gegen Art. 3 GG indem er die Versorgungsunternehmen in den neuen Ländern hinsichtlich der tatsächlichen Benutzung von Grundstücken für ihre Leitungen besser stellt als in den alten Bundesländern¹⁸. Wie sich aus der Rechtsprechung des BGH ergibt¹⁹, führt die Tatsache der Benutzung eines Grundstückes für die Verlegung einer Versorgungsleitung allein nicht zu einer geschützten Rechtsposition wie dies jetzt durch das Grundbuchbereinigungsgesetz für die neuen Bundesländer vorgesehen ist.

Einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz stellt es aber auch dar, daß im Grundbuchbereinigungsgesetz die Eigentümer von Grundstücken, die bisher auf Grund der Energieversorgung der DDR mit einem quasi dinglichen Recht belastet waren und die dafür eine Entschädigung erhalten haben, mit den Grundstückseigentümern gleichgestellt werden, deren Grundstücke bisher nur tatsächlich ohne Rechtsgrund für die Verlegung von Versorgungsleitungen in Anspruch genommen wurden und die bisher keine Entschädigung erhalten haben. Das Grundbuchbereinigungsgesetz honoriert damit das ungesetzliche Verhalten in der DDR und ignoriert, daß das DDR-Recht genaue Entstehungsvoraussetzungen für ein Mitbenutzungsrecht vorgab²⁰.

18 Vgl. *Kempfer*, a.a.O. (Fn. 11).

19 Vgl. BGH, NJW 1994, 3156 (Fn. 3).

20 Vgl. *Kempfer*, a.a.O. (Fn. 11).

3. Verstoß gegen Art. 14 Abs. 3 GG

§ 9 ist aus folgenden Gründen mit Art. 14 Abs. 3 GG nicht vereinbar:

Soweit er auf Grund der tatsächlichen Benutzung des Grundstückes und unabhängig davon, ob bisher eine geschützte Rechtsposition auf Grund der Energieverordnung der DDR bestand, eine Dienstbarkeit zwangsweise vorsieht, handelt es sich um eine Legalenteignung. Dies ergibt sich auch aus der Begründung des Rechtsausschusses, weil dort darauf abgestellt wird, daß statt der sonst notwendigen Einzelenteignungen nach § 11 Energiewirtschaftsgesetz eine zwangsweise Belastung durch § 9 vorgenommen werden soll²¹. Die für eine zulässige Legalenteignung vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Voraussetzungen²² sind nicht gegeben.

3.1 Zulässigkeit der Legalenteignung, Wohl der Allgemeinheit?

Es ist nicht ersichtlich, daß das Wohl der Allgemeinheit zwingend eine Legalenteignung durch sofortige Bestellung einer Dienstbarkeit kraft Gesetzes erfordert. Die zu sichernden Leitungen sind bereits verlegt. Eine tatsächliche Beseitigung der Leitungen kann der Eigentümer nicht ohne weiteres durchsetzen. Das Versorgungsunternehmen hat vielmehr die Möglichkeit, gem. § 11 Energiewirtschaftsgesetz im Wege der Einzelenteignung eine dingliche Sicherung zu erreichen, falls dies im Einzelfall notwendig werden sollte. Bezeichnenderweise wird in der Begründung des Rechtsausschusses für die Regelung des § 9 mehrfach auf einen Kompromiß mit den Versorgungsunternehmen abgestellt. Offenbar wird also das Wohl der Allgemeinheit im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG mit den Interessen der Versorgungsunternehmen gleichgestellt. Reine Zweckmäßigkeitserwägungen dürfen nicht mit dem Wohl der Allgemeinheit verwechselt werden und zu einer Legalenteignung führen.

21 Vgl. auch *Schmidt / Rantsch*, in: *Recht der Energiewirtschaft* 1994, S. 214 f.

22 Vgl. BVerfG vom 18.12.1968, BVerfGE 24, 367 = NJW 1969, 309; vom 10.5.1977, BVerfGE 45, 297 = NJW 1977, 2349; vom 12.6.1979, BVerfGE 52, 1 = NJW 1980, 985 und vom 15.7.1981, BVerfGE 58, 300 = NJW 1982, 745.

3.2 *Keine freie Wahl des Gesetzgebers zwischen Legal- oder Administrativenteignung*

Es trifft nicht zu, daß der Gesetzgeber die freie Wahl hat, ob er im Sinne des Art. 14 Abs. 3 S. 2, 1. Alternative GG eine Legalenteignung oder eine Administrativenteignung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 S. 2, 2. Alternative GG durch ein Enteignungsgesetz anordnet. Vielmehr muß die Legalenteignung die Ausnahme bleiben und im Interesse des Wohles der Allgemeinheit gegenüber einer Administrativenteignung wegen der Besonderheit des zu regelnden Sachverhaltes unbedingt erforderlich sein. Das Bundesverfassungsgericht hat es in seiner Entscheidung vom 10.5.1977²³ nicht für ausreichend für die Zulässigkeit einer Legalenteignung gehalten, daß hierdurch die Effektivität des Enteignungsverfahrens erhöht wurde und eine Verfahrensvereinfachung bewirkt wird. Es hat es nicht gebilligt, daß die Verfahrensgestaltung ausschließlich nach den Bedürfnissen der Verwaltung geregelt wurde.

3.3 *Vermischung von Legal- und Administrativenteignung*

Das Bundesverfassungsgericht hat weiterhin gefordert, daß das Gesetz, durch das eine Legalenteignung angeordnet wird, selbst bestimmen muß, welche Eigentümer und in welchem Umfang von der Enteignung betroffen sein sollen und welche Wirkung dem enteignenden Zugriff zukommt. Es hat eine Vermischung von Legalenteignung und Administrativenteignung abgelehnt. Gerade dies wäre aber die Folge des § 9.

§ 9 Abs. 9 überläßt es bei Wasser – und Abwasserleitungen dem Verordnungsgeber, also der Exekutive, zu entscheiden, ob überhaupt eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit entstehen soll, trifft also selbst keine abschließende Entscheidung über die Enteignung.

In § 9 Abs. 8 wird dem Verordnungsgeber überlassen, die Einzelheiten des Inhaltes der Dienstbarkeit festzulegen. Es wird weiterhin dem Verordnungsgeber überlassen, die näheren Einzelheiten des Verfahrens festzulegen, durch das erst die Voraussetzungen für die konkrete Eintragung der

Dienstbarkeit im Grundbuch geschaffen werden. Folgerichtig werden deshalb in den §§ 4 bis 9 der Sachenrechtsdurchführungsverordnung der Inhalt der Dienstbarkeit und das Verfahren zum Nachweis der Betroffenen im Einzelfall sowie das Verfahren zur Eintragung im Grundbuch geregelt.

3.4 Bestimmtheitsgrundsatz

Die Begründung der Dienstbarkeit und damit der enteignende Eingriff soll mit Inkrafttreten des Grundbuchbereinigungsgesetzes geschehen. Welche Grundstückseigentümer und in welcher Weise betroffen sind, soll sich aber erst auf Grund des in der Verordnung zu regelnden und von einer Verwaltungsbehörde durchzuführenden Verfahrens ergeben, das auch noch von dem Antrag des Enteignungsbegünstigten abhängig ist. § 9 Abs. 1 verstößt damit auch gegen den Bestimmtheitsgrundsatz. Das Bundesverfassungsgericht hat es nicht für ausreichend gehalten, daß zur Bestimmung der Betroffenheit auf das Ergebnis eines Planfeststellungsverfahrens nach dem Personenbeförderungsgesetz abgestellt wurde²⁴. § 9 Abs. 1, der lediglich auf die tatsächliche Benutzung in einer großen Zahl von Fällen (ca. 3 Millionen) und in einem großen Gebiet mehrerer Bundesländer abstellt, ist demgegenüber noch viel unbestimmter.

3.5 Verhältnismäßigkeitsprinzip

§ 9 widerspricht auch dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip, wonach eine Enteignung nicht erforderlich ist, wenn der Enteignungszweck auf andere Weise erreicht werden kann. Die Praxis der Versorgungsunternehmen bei der Sicherung ihrer Leitungen in den alten Bundesländern zeigt, daß nicht immer Dienstbarkeiten bestellt werden, sondern daß man sich in vielen Fällen mit vertraglichen Regelungen – auch im Interesse einer Kostenersparnis – begnügt²⁵. Es wird oft vom Einzelfall oder auch von der Art der Leitung abhängig gemacht, welche Form der Sicherung gewählt wird. Es ist deshalb unverhältnismäßig, daß durch § 9 eine Vielzahl von Grundstücken belastet wird, obwohl eine

24 Vgl. Beschluß vom 10.5.1977, a.a.O. (Fn. 22).

25 Vgl. *Studentkowski*, RdE 1993, S. 5 (Fn. 17).

dingliche Sicherung in vielen Fällen nicht notwendig ist, nicht angestrebt wird und auch gar nicht vollzogen werden kann, weil dies einen ungeheueren Verwaltungsaufwand erfordern würde.

3.6 *Keine Regelung des Einzelfalls*

§ 9 widerspricht auch dem Grundsatz, daß gerade bei Streckenenteignungen die Ordnung der Einzelrechtsverhältnisse wegen ihrer Komplexität sinnvollerweise nur in einem behördlichen Verfahren geregelt werden kann²⁶. Das Argument, § 9 räume den Versorgungsunternehmen nur dieselbe Position ein, die sie auch durch Einzelenteignungen nach § 11 Energiewirtschaftsgesetz erreichen könnten²⁷, berücksichtigt nicht, daß gerade bei einer Einzelenteignung der o.g. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und des geringst möglichen Eingriffs durch die Enteignung in jedem Fall bei einer Entscheidung durch eine Enteignungsbehörde gewährleistet ist, nicht aber bei einer Legalenteignung, die 3 Millionen Grundstücke betrifft. So hätte beispielsweise bei einer Einzelenteignung ein Grundstückseigentümer die Möglichkeit, zu verlangen, daß die Leitung so verlegt wird, daß sie ihn möglichst wenig beeinträchtigt. Soweit dies den Versorgungszweck nicht unzumutbar erschwert, müßte ein solches Verlangen berücksichtigt werden.

Durch § 9 wird die früher u.U. willkürlich vorgenommene Leitungsführung ohne Rücksichtnahme auf die Belange des Eigentümers für immer festgeschrieben.

3.7 *Entschädigung*

§ 9 Abs. 3 bestimmt lediglich, daß das Versorgungsunternehmen verpflichtet ist, dem betroffenen Grundstückseigentümer einen Ausgleich zu zahlen. Es enthält keine Regelung darüber, wer über die Höhe des Ausgleiches entscheidet. Da das Gesetz die einzelne Entschädigung in dieser

26 Vgl. Beschluß des Bundesverfassungsgerichtes vom 10.5.1977, a.a.O. (Fn. 22).

27 Vgl. die Begründung des Rechtsausschusses, a.a.O. (Fn. 13) und *Schmidt / Rantsch*, a.a.O. (Fn. 21).

Vielzahl von Fällen nicht zahlenmäßig festlegen konnte, hätte es Art und Ausmaß der zu zahlenden Entschädigung bestimmen und im übrigen auf eine Entscheidung der Enteignungsbehörde nach genauer Berechnung verweisen müssen wie dies das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 18.12.1968²⁸ im Falle der Hamburger Deichordnung ausgeführt hat. In der Praxis wird die unvollkommene Regelung des § 9 Abs. 3 dazu führen, daß der Grundstückseigentümer zunächst die vom Versorgungsunternehmen ermittelte Ausgleichszahlung präsentiert bekommt und für den Fall, daß er hiermit nicht einverstanden ist, dann sofort den Klageweg beschreiten muß. Ihm wird also zugemutet, sofort das Risiko eines Rechtsstreites in Kauf zu nehmen. Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten müßte aber erst eine Ermittlung der Entschädigung in einem besonderen Verfahren – gegebenenfalls nach Einholung eines entsprechenden Gutachtens – und mit der entsprechenden Rechtsmittelmöglichkeit vorangehen.

Auch der Satz in § 9 Abs. 3 S. 2, wonach der Ausgleich sich nach dem Betrag, der für ein solches Recht allgemein üblich ist, richtet, ist keine ausreichende Bestimmung des Ausmaßes der Entschädigung. Durch diese Formulierung wird die individuelle Betroffenheit des Grundstückseigentümers überhaupt nicht angesprochen. Mit dem Abstellen auf den üblichen Ausgleich werden sonstige Vermögensnachteile – z. B. Wertminderung –, die gerade bei der Durchschneidung von Grundstücken durch Leitungen auftreten können, nicht erfaßt.

Das Abstellen auf einen Ausgleich entsprechend den üblichen Sätzen bedeutet eine Ungleichbehandlung der betroffenen Grundstückseigentümer in den neuen Bundesländern gegenüber den in den alten Bundesländern, bei denen die Enteignungsgrundsätze gelten.

Die Aufstellung eines abstrakten Maßstabes ist erforderlich in Fällen, in denen eine differenzierte Bemessung der Entschädigung nach den tatsächlichen Verhältnissen im Interesse einer gerechten Entschädigung geboten ist²⁹. Bei 3 Millionen Fällen, die über mehrere Bundesländer ver-

28 BVerfGE 24, 367.

29 Vgl. BVerfG vom 18.12.1968, BVerfGE 24, 367 (Fn. 22).

teilt sind, muß zwangsläufig eine differenzierte Berechnung der Entschädigung vorgenommen werden.

Es kann auch keine Rede davon sein, daß die Entschädigungsregelung des § 9 Abs. 3 angemessen ist. Abgesehen davon, daß – wie oben dargelegt – die Frage der Wertminderung nicht geregelt ist, bedeutet vor allem das Hinausschieben der Fälligkeit der Entschädigung, daß der Eigentümer auf Jahre hinaus das Grundstück ohne Entschädigung zur Verfügung stellen muß. Da vorgesehen ist, daß die erste Hälfte der Entschädigung frühestens am 1.1.2001 und auf jeden Fall erst nach Eintragung der Dienstbarkeit zu zahlen ist, hat es also das Versorgungsunternehmen in der Hand, durch Hinauszögern des Antrages auf Grundbucheintragung die Zahlung der Entschädigung hinauszuschieben. Aber selbst wenn die Versorgungsunternehmen es wollten, wäre es ihnen unmöglich, innerhalb kurzer Zeit die Unterlagen für Grundbuchberichtigungen in 3 Millionen Fällen zu beschaffen und bearbeiten zu lassen. Es wird deshalb schon aus dem Bedürfnis der Praxis heraus dazu kommen, daß nur in einer verhältnismäßig kleinen Zahl von Fällen überhaupt Entschädigungen gezahlt werden können. § 9 hat somit zur Folge, daß mit seinem Inkrafttreten in einer Vielzahl von Fällen zwangsweise eine Dienstbarkeit begründet wird, für die in absehbarer Zeit der betroffene Grundstückseigentümer keine Entschädigung erhalten kann.

Aber auch das Hinausschieben der Zahlung des Ausgleiches auf das Jahr 2001 für die erste Hälfte und das Jahr 2011 für die zweite Hälfte verstößt gegen den Grundsatz, daß eine angemessene Entschädigung für eine Enteignung zu leisten ist. In allen Enteignungsgesetzen und in der Rechtsprechung wird immer darauf abgestellt, daß der Zeitpunkt der Zahlung der Entschädigung und der Zeitpunkt der Inanspruchnahme für den öffentlichen Zweck zusammenfallen sollen. Die Regelung des § 9 Abs. 3 mag angemessen für die Fälle sein, in denen bereits auf Grund der Energieverordnung der DDR ein Mitbenutzungsrecht bestellt und eine Entschädigung gezahlt wurde. Wenn für die Fortdauer dieser bereits bestehenden Rechte erneut eine Entschädigung zu zahlen ist, mag die ratenweise Zahlung angemessen sein, denn in diesen Fällen war der Grundstückseigentümer entweder mit der Belastung einverstanden oder sie war ihm auf Grund der Entscheidung des Rates des Kreises bekannt. In den vielen Fällen, in de-

nen aber nur auf die tatsächliche Benutzung des Grundstückes abgestellt wird, hat der Grundstückseigentümer zu Zeiten der DDR keine Entschädigung erhalten, obwohl er unter Umständen bereits jahrzehntelang die Nutzungsbeeinträchtigung hinnehmen mußte. Hier ist kein Grund dafür ersichtlich, daß er nochmals über sieben Jahre darauf warten muß, einen Ausgleich zu bekommen. Dies wird an folgendem Fall deutlich:

Ein Eigentümer hat auf dem Grundstück ein Wohnhaus. Außerdem könnte das Grundstück noch mit einem weiteren Haus in baurechtlich zulässiger Weise bebaut werden. Derartige Grundstücke haben im Zeitalter der Reihenhaus- oder Wohnblockbebauung einen hohen Wert, wobei u.U. ein Bauträger das gesamte Grundstück erwirbt und das bestehende Haus abbricht, um die bauliche Ausnutzungsmöglichkeit voll auszuschöpfen. Wird der bisher unbebaute Teil des Grundstücks durch eine Versorgungsleitung auf Dauer durchschnitten, führt dies u.U. zur Unverkäuflichkeit, auf jeden Fall aber zu einer erheblichen Wertminderung, die nicht mit der bei nicht bebaubaren Grundstücken üblichen Entschädigung – 10-20% – des Wertes des betroffenen Grundstücksstreifens abgegolten ist. Ohne die Regelung des § 9 Abs. 1 hätte der Eigentümer die Möglichkeit, von dem Versorgungsunternehmen die Verlegung der Leitung in einer die Bebauung nicht störenden Weise oder die sofortige Zahlung einer Entschädigung zu verlangen. Nach § 9 Abs. 3 S. 3 müßte er jedoch die finanziellen Nachteile mindestens bis zum 1.1.2001 entschädigungslos hinnehmen. Dies kann ihm nicht zugemutet werden, zumal er auch schon in der Vergangenheit u.U. jahrelang eine Nutzungsbeschränkung entschädigungslos hinnehmen mußte. Auch schweigt sich § 9 Abs. 3 über einen Ausgleich für die Vergangenheit oder über eine Verzinsung aus.

Dieses Beispiel zeigt, daß die Entschädigungsregelung nicht unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten vorgenommen wurde, wie dies Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG fordert. Vielmehr hat hier der Gesetzgeber eindeutig nur die Interessen der Versorgungsunternehmen berücksichtigt. Auch in diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, daß der Rechtsausschuß von einem Kompromiß mit den Versorgungsunternehmen spricht, wobei er darauf abstellt, daß nach dem Einigungsvertrag für Mitbenutzungsrechte nach der Energieverordnung erst im Jahre 2011 eine neue Entschädigung anfallen könne. Dabei wird übersehen

oder verschwiegen, daß in der überwiegenden Zahl der Fälle gerade kein übergeleitetes Mitbenutzungsrecht nachgewiesen werden kann.

V. SCHLUSSFOLGERUNG

Die Regelung des § 9 führt zu einer unübersichtlichen Grundbuchsituation in ca. 3 Millionen Fällen, verstößt gegen den Einigungsvertrag, den Art. 3 GG, die Grundsätze für eine Legalenteignung des Art. 14 Abs. 3 GG und kann somit keine geschützte Rechtsposition des Versorgungsunternehmers gegenüber dem Grundstückseigentümer schaffen. Damit kann sie auch nicht zu einer Freistellung von Herstellungskosten führen. Auch bei vorhandenen Versorgungsleitungen in den neuen Bundesländern, für die kein Mitbenutzungsrecht nachgewiesen werden kann, gilt für die Entscheidung, wer die Herstellungskosten zu tragen hat, die Rechtsprechung des BGH³⁰.

30 Vgl. BGH vom 17.03.1994, NJW 1994, 3156 (Fn. 3).

VERZEICHNIS DER TEILNEHMER

1. *Ammelburger, Thomas* Assessor iur., Forschungsreferent am
Forschungsinstitut für öffentliche
Verwaltung bei der Hochschule für
Verwaltungswissenschaften Speyer

2. *Dr. Bartlsperger, Richard* Universitätsprofessor, Universität
Erlangen-Nürnberg, Erlangen

3. *Dr. Blümel, Willi* Universitätsprofessor, Geschäfts-
führende Direktor des Forschungs-
instituts für öffentliche Verwaltung
bei der Hochschule für Verwaltungs-
wissenschaften Speyer

4. *Bruns, Bernhard* Abteilungsdirektor, Straßenverwaltung
Rheinland-Pfalz, Koblenz

5. *Dr. Bülow, Petra* Dipl.-Verwaltungswirtin,
Rechtsanwältin, Stuttgart

6. *Delbanco, Heike* Rechtsanwältin, Eberhard-Karls-
Universität Tübingen

7. *Dr. Dürr, Hansjochen* Vorsitzender Richter, Verwaltungs-
gericht Freiburg

8. *Dr. Ebling, Wilfried* Mag. rer. publ., Regierungsdirektor, Leiter der Abteilung für akademische und Rechtsangelegenheiten sowie Öffentlichkeitsarbeit der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer
9. *Dr. Eckert, Lucia* Assessorin, Forschungsreferentin am Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer
10. *Dr. Eichberger, Michael* Richter am Verwaltungsgerichtshof, Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Mannheim
11. *Dr. Fickert, Hans Carl* Professor, Ltd. Ministerialrat a.D., Ratingen
12. *von Freital, Helmut* Ministerialrat, Ministerium für Wirtschaft und Verkehr des Landes Rheinland-Pfalz, Mainz
13. *Geyer, Gerhard* Ministerialrat, Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern, München
14. *Dr. Grupp, Klaus* Universitätsprofessor, Universität des Saarlandes, Saarbrücken
15. *Hahn, Wolfgang* Regierungsdirektor, Bundesministerium für Verkehr, Bonn
16. *Dr. Heinze, Christian* Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, München

17. *Dr. Hoppe, Werner* Universitätsprofessor, Westfälische
Wilhelms-Universität, Münster
18. *Dr. Jannasch, Alexander* Richter am Verwaltungsgerichtshof,
Verwaltungsgerichtshof Baden-Würt-
temberg, Mannheim
19. *Jupe, Michael* Ministerialrat, Ministerium für Stadt-
entwicklung, Wohnen und Verkehr
Brandenburg, Potsdam
20. *Kardetzky, Martin* Abteilungsleiter, Rechtsbereich,
DEGES Deutsche Einheit Fernstraßen-
planungs- und -bau-GmbH, Berlin
21. *Kastner, Fritz* Ministerialrat a.D., Bonn
22. *Kern, Jürgen* Ministerialrat, Hessisches Ministerium
für Wirtschaft und Technik,
Wiesbaden
23. *Kiepe, Folkert* Beigeordneter, Leiter des Dezernats
Stadtentwicklung, Wohnen und Ver-
kehr beim Deutschen Städtetag, Köln
24. *Kley, Dieter* Richter am Bundesverwaltungsgericht,
Berlin
25. *Korth Pereira Ferraz, Lucia* Rechtsreferentin, Eisenbahn-Bundes-
amt – Zentrale –, Bonn
26. *Krämer, Helmut* Ministerialrat, Bundesministerium für
Verkehr, Bonn

27. *Krüger, Andreas* Oberregierungsrat, Bundesministerium für Verkehr, Bonn
28. *Dr. Kühlwetter, Hans-Jürgen* Professor, Referatsleiter, Eisenbahn-Bundesamt – Zentrale –, Bonn
29. *Kuschnerus, Ulrich* Richter am Oberverwaltungsgericht, Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Münster
30. *Lendermann, Paul* Landesverwaltungsdirektor, Landschaftsverband Westfalen-Lippe, Straßenbauverwaltung, Münster
31. *Losch, Michael* Regierungsdirektor, Senator für Verkehr und Betriebe, Berlin
32. *Dr. Michler, Hans-Peter* Rechtsanwalt, Stuttgart
33. *Dr. Paetow, Stefan* Richter am Bundesverwaltungsgericht, Berlin
34. *Pfeil, Martin* Assessor, Mag. rer. publ., Wissenschaftlicher Assistent an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer
35. *Rieger, Wolfgang* Richter am Verwaltungsgerichtshof, Verwaltungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg, Mannheim
36. *Dr. Ronellenfitsch, Michael* Universitätsprofessor, Eberhard-Karls-Universität Tübingen

37. *Sauthoff, Michael* Richter am Obergerverwaltungsgericht,
Oberverwaltungsgericht für das Land
Mecklenburg-Vorpommern,
Greifswald
38. *Schittny, Hubertus* Ministerialrat, Wirtschaftsministerium
des Landes Mecklenburg-Vorpom-
mern, Schwerin
39. *Schlick, Wolfgang* Richter am Bundesgerichtshof,
Karlsruhe
40. *Schlosser, Friedrich* Ltd. Regierungsdirektor, Hessisches
Landesamt für Straßenbau, Wiesbaden
41. *Dr. Schnebelt, Günter* Richter am Verwaltungsgerichtshof,
Verwaltungsgerichtshof Baden-Würt-
temberg, Mannheim
42. *Dr. Schmidt, Jörg* Professor, Vorsitzender Richter am
Verwaltungsgerichtshof, Verwaltungs-
gerichtshof Baden-Württemberg,
Mannheim
43. *Dr. Sellmann, Klaus-Albrecht* Rechtsanwalt, Lüneburg
44. *Dr. Sommermann, Karl-Peter* Regierungsdirektor, Institutsreferent,
Forschungsinstitut für öffentliche
Verwaltung bei der Hochschule für
Verwaltungswissenschaften Speyer
45. *Dr. Steiner, Udo* Universitätsprofessor, Universität
Regensburg, Richter am Bundes-
verfassungsgericht

46. *Streck, Edgar* Richter am Bundesgerichtshof,
Karlsruhe
47. *Dr. Stüer, Bernhard* Rechtsanwalt und Notar, Münster
48. *Tiedge, Anke* Regierungsrätin, Thüringer Ministerium für Wirtschaft und Verkehr,
Erfurt
49. *Thrun, Friedrich* Regierungsdirektor, Abteilungsleiter,
Justitiar in Brandenburg, Landesamt für Verkehr und Straßenbau, Dahlwitz-Hoppegarten
50. *Dr. Vetter, Andrea* Rechtsanwältin, Stuttgart
51. *Walter, Klaus* Ministerialrat, Ministerium für Stadtentwicklung und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf
52. *Wegner, Ulrike* Rechtsanwältin, Heusenstamm
53. *Wendrich, Klaus* Ministerialrat, Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Technologie und Verkehr, Hannover
54. *Dr. Werp, Manfred* Richter am Bundesgerichtshof,
Karlsruhe
55. *Wichary, Kurt* Landesverwaltungsdirektor, Landschaftsverband Rheinland, Köln
56. *Dr. Zysk, Hartmut* Richter am Verwaltungsgerichtshof,
Hessischer Verwaltungsgerichtshof,
Kassel

PROGRAMM

Montag, 23. Oktober 1995

- 14.00 Uhr Begrüßung und Einführung durch den Leiter des Seminars,
Univ.-Prof. Dr. *Willi Blümel*,
Geschäftsführender Direktor des Forschungsinstituts für
öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für
Verwaltungswissenschaften Speyer
- 14.15 Uhr Planungsrechtliche Optimierungsgebote
Referent: Univ.-Prof. Dr. *Richard Bartlisperger*,
Erlangen
- 15.00 Uhr Diskussion
- 16.15 Uhr Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung
Referent: Richter am Oberverwaltungsgericht für das
Land Nordrhein-Westfalen,
Ulrich Kuschnerus, Münster
- 17.00 Uhr Diskussion
- 19.00 Uhr Gemütliches Beisammensein in der Taberna der Hochschule

Dienstag, 24. Oktober 1995

9.00 Uhr Folgekosten bei Versorgungsleitungen

Referenten: Univ.-Prof. Dr. *Michael Ronellenfitsch*,
Tübingen
Ltd. Regierungsdirektor *Friedrich Schlosser*,
Wiesbaden

10.15 Uhr Diskussion

11.00 Uhr "Aktuelle Stunde"

(u.a. Planungshierarchie, Probleme in den neuen Ländern)

12.00 Uhr 40. Sitzung des Arbeitsausschusses "Straßenrecht"

13.00 Uhr Mittagessen in der Taberna

