

Willi Blümel (Hrsg.)

Die Straße als Mehrzweckinstitut

Speyerer Forschungsberichte 170

Willi Blümel (Hrsg.)

DIE STRASSE ALS MEHRZWECKINSTITUT

**Vorträge des Forschungsseminars
am 21./22. Oktober 1996**

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

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

1997

Die Deutsche Bibliothek - CIP-Einheitsaufnahme

Die **Straße als Mehrzweckinstitut** : Vorträge des Forschungsseminars am 21./22. Oktober 1996 / Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer. In Verbindung mit dem Arbeitsausschuß "Straßenrecht" der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen. Willi Blümel (Hrsg.). - Speyer : Forschungsinst. für öffentliche Verwaltung, 1997
(Speyerer Forschungsberichte ; 170)
ISBN 3-932112-07-5 brosch.

Druck und Verlag:

FORSCHUNGSINSTITUT FÜR ÖFFENTLICHE VERWALTUNG

bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer

Alle Rechte vorbehalten

ISBN 3-932112-07-5

ISSN 0179-2326

Vorwort

Der vorliegende Band der Speyerer Forschungsberichte enthält die Referate, die während des von mir geleiteten 13. Forschungsseminars des Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung bei der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer und des Arbeitsausschusses „Straßenrecht“ der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen am 21./22. Oktober 1996 in Speyer gehalten wurden¹.

Anhand von drei Referaten diskutierten Straßenbaujuristen aus Bund und Ländern sowie Hochschullehrer, Richter, Rechtsanwälte und Vertreter von Verbänden² über aktuelle Entwicklungen des Straßenrechts. Dabei stand die Funktion der Straße als „Mehrzweckinstitut“³ im Mittelpunkt. Die öffentlichen Straßen und Wege bieten eine Fülle von ober- und unterirdischen Nutzungsmöglichkeiten, von denen manche aus kommerzieller Sicht höchst lukrativ sind. Sie eignen sich unter anderem für die Verlegung von Leitungen, die entweder im, auf oder neben dem Straßenkörper längs der Trasse verlaufen. Durch die Privatisierung der Deutschen Bundespost und die Öffnung des Telekommunikationsmarktes für private Anbieter hat gerade diese Alternative der Straßennutzung schlagartig an Bedeutung gewonnen. Deshalb galt die Aufmerksamkeit der Teilnehmer am ersten Tag des Forschungsseminars zunächst den wegerechtlichen Regelungen des neuen Telekommunikationsgesetzes vom 25. Juli 1996 (TKG)⁴.

-
- 1 Über die vorangegangenen zwölf Forschungsseminare vgl. die Speyerer Forschungsberichte 23, 42, 49, 55, 65, 75, 85, 95, 105, 115 und 157. Siehe darüber hinaus die Dokumentation in: Willi Blümel (Hrsg.), Abweichungen von der Planfeststellung, Speyerer Forschungsberichte 85, 1990, S. 1 f. mit Fn. 1, sowie den Tagungsband zur Verwaltungswissenschaftlichen Arbeitstagung vom 25.-27.10.1993: Willi Blümel (Hrsg.), Verkehrswegerecht im Wandel, Schriftenreihe der Hochschule Speyer 115, Berlin 1994.
 - 2 Vgl. das Teilnehmerverzeichnis unten S. 103-107.
 - 3 Vgl. *Arnold Köttgen*, Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative im Bereich der Wasserversorgung und Abwässerbeseitigung, 1961, S. 28.
 - 4 BGBl. I S. 1120. Das Gesetz ist am 1. August 1996 in Kraft getreten.

Beigeordneter beim Deutschen Städtetag *Folkert Kiepe*, Köln, stellte in seinem Referat, das von Bm. Stadtrat Dr. *Rolf Schirmer*, München, ergänzt und vorgetragen wurde⁵, die in §§ 50 bis 58 TKG enthaltenen Bestimmungen über die Planung, Nutzung und Finanzierung der öffentlichen Wege vor⁶ und prüfte ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung. Dabei widmete er sich vor allem dem in § 50 Abs. 1 TKG verankerten Grundsatz der unentgeltlichen Benutzung öffentlicher Verkehrswege, der gerade in jüngster Zeit verstärkt für Auseinandersetzungen zwischen den Kommunen und der Bundesregierung sowie der Deutschen Telekom AG gesorgt hat. Im Anschluß daran griff Oberregierungsrat *Andreas Krüger*, Bundesministerium für Verkehr, Bonn, das Thema „Straßennutzung für Telekommunikationszwecke“ auf und untersuchte es aus einem anderen Blickwinkel, nämlich vor dem Hintergrund der straßenrechtlichen Unterscheidung zwischen Sondernutzung und Gemeingebrauch⁷. Das Referat begnügte sich aber nicht damit, die „Versorgungsfunktion“ der Straße in das gewohnte System der Nutzungsarten einzuordnen, sondern ging der grundsätzlichen rechtsdogmatischen und -politischen Frage nach, ob das traditionelle Gegensatzpaar „Gemeingebrauch und Sondernutzung“ in der heutigen Zeit – an der Schwelle zum 21. Jahrhundert – weiterhin beibehalten werden sollte.

Am zweiten Tag der Veranstaltung beschäftigte sich Universitätsprofessor Dr. *Richard Bartlsperger*, Erlangen, mit der Verwendung der öffentlichen Straßen und Wege zu Werbezwecken⁸; eine Nutzung, die immer wieder Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen und rechtswissenschaftlicher Kontro-

5 Vgl. unten S. 1-15.

6 Vgl. außerdem *Jürger Breuer*, Regulierungen von TK-Dienstleistungen und Benutzung von Verkehrswegen nach dem neuen TKG, ET 1996, 736 ff.; *Roger Cloes*, Telekommunikationsgesetz – Auswirkungen auf den Wert der Telekom-Aktie, Bank 1996, 293 ff.; *Ernst Giesen/Horst-Heinrich Gerbrand*, Die Kommunen als Partner im Telekommunikationsmarkt, StG 1996, 15 ff.; *Ernst Giesen/Ulrich Cronauge*, Gemeindliches Wegerecht nicht zum Nulltarif – Anmerkungen zur politischen Debatte über § 49 Telekommunikationsgesetz (Entwurf) –, ZKF 1996, 74 ff.; *Christoph Hiltl / Klaus Großmann*, Grundfragen des neuen deutschen Telekommunikationsrechts, BB 1996, 169 ff.; *Markus Moraing*, Kommunale Telekommunikation. Gemeinderechtliche Perspektiven, StädteT 1995, 513 ff.; *Günter Püttner*, Telekommunikation und gemeindliches Wegerecht, Archiv PT 1996, 307 ff.; *Joachim Scherer*, Das neue Telekommunikationsgesetz, NJW 1996, 2953 ff.; *Raimund Schütz/Michael Esser-Wellie*, Wettbewerb in der Telekommunikation? Anmerkungen zum Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes, AfP 1995, 580 ff.

7 Vgl. unten S. 17-44.

8 Vgl. unten S. 45-103.

versen ist und dazu einlädt, sich mit der „Kommunikationsfunktion“ der Straßen eingehend auseinanderzusetzen.

Die Inhalte der Beiträge und die Ergebnisse der Aussprache sind im ausführlichen Tagungsbericht von Rechtsanwalt und Notar Dr. *Bernhard Stürer* zusammengefaßt⁹.

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 redaktionelle Betreuung und – zusammen mit meiner Sekretärin *Erika Kögel* – die Formatierung dieses Forschungsberichts übernommen hat. Frau *Kögel* gilt mein weiterer Dank ebenso wie meiner Sekretärin *Elsie Medl* und den Mitarbeitern des Fortbildungs- und Tagungssekretariats der Hochschule Speyer für ihre tatkräftige Unterstützung.

Speyer, im Februar 1997

Willi Blümel

9 Erscheint demnächst in DVBl. 6/1997.

Inhaltsverzeichnis

Wegerecht und Telekommunikation: Die wegerechtlichen Regelungen des Telekommunikationsgesetzes

Beigeordneter *Folkert Kiepe*,
Deutscher Städtetag, Köln,
vorgetragen und ergänzt

von Bm. Stadtrat Dr. *Rolf Schirmer*, München 1

Sondernutzung und Gemeingebrauch: Ist die Unterscheidung noch zeitgemäß?

Oberregierungsrat *Andreas Krüger*,

Bundesministerium für Verkehr, Bonn 17

Werbung und „Straßenkommunikation“ in der Mehrzweckordnung öffentlicher Straßen

Universitätsprofessor Dr. *Richard Bartlsperger*,

Erlangen 45

Verzeichnis der Teilnehmer 103

Seminarprogramm 109

Die Autoren 111

Wegerecht und Telekommunikation: Die wegerechtlichen Regelungen des Telekommunikationsgesetzes

Von *Folkert Kiepe*

Vorgetragen und ergänzt von *Rolf Schirmer*

A. Einführung

„Die Straße als Mehrzweckinstitut“: Der zunächst theoretisch klingende Titel dieses Forschungsseminars hat allerdings aktuelle Bedeutung für die Praxis, vor allem für die kommunale Praxis. Zwar ist der Bedeutungswandel der städtischen Straßen weniger deutlich als bei den Landstraßen und Bundesstraßen, weil die Straßen in der Stadt schon immer mehr als nur Trassen für den Fahrzeugverkehr waren¹; aber auch hier sind Veränderungen erkennbar. Diese betreffen das Verhältnis zwischen der Primärfunktion der Straße, nämlich dem Verkehr zu dienen, das heißt der Fortbewegung von Personen und Fahrzeugen, und ihren Sekundärfunktionen, von der Kommunikation bis zu Teilnutzungen des Straßenraums oberhalb wie unterhalb der Erdoberfläche. Dieses Verhältnis von Primärfunktion zu Sekundärfunktionen war bisher im Sinne von Über-/ Unterordnung, von Vor- und Nachrangigkeit bestimmt. Einige tatsächliche Entwicklungen führen jedoch zu einer Ausweitung und zu einem Bedeutungszuwachs der sog. Sekundärnutzungen mit der automatischen Folge eines Bedeutungsverlustes der Primärfunktion. Erkennbar ist dies zum Beispiel im Zusammenhang mit der Einrichtung und Ausdehnung von Fußgängerzonen, von sog. verkehrsberuhigten Geschäftsbereichen oder auch der einfachen verkehrsberuhigten Bereiche gemäß Zeichen 325 StVO. Eine Rechtsveränderung ist damit unmittelbar zwar noch nicht verbunden, so daß die Rechtsstellung des Trägers der Straßenbaulast hinsichtlich der Zuordnung der einzelnen Straßen- und Wegenutzungen nicht tangiert wird. Es ist jedoch festzustellen, daß parallel zu diesen faktischen Veränderungen einige Vorhaben des Gesetzgebers auf nationaler wie auf EU-Ebene auch die Rechtsstellung der Straßenbaulastträger und damit vor allem die der kommunalen Gebietskörperschaften betreffen, und zwar in der Weise, daß sie deren Gestaltungs-

1 Vgl. *Dieter Apel*, Stadtstraßen als öffentlicher Raum (m.w.N.), AfK 1995, S. 90 ff.

spielraum zugunsten der „sonstigen“ Straßenraumnutzer schwächen. Einige dieser Vorhaben seien hier genannt:

- Auf europäischer Ebene wird zur Zeit an einer Norm zur Verlegung von Gasleitungen bis 16 bar gearbeitet (CEN TC 234), die als Regel vorsieht, daß diese Leitungen in öffentlichen Straßen – und nur ausnahmsweise in privatem Grund – zu verlegen sind.
- Nach dem Entwurf zur Reform des Energiewirtschaftsgesetzes sind alle Gebietskörperschaften verpflichtet, ihre Straßen und Wege den Energieunternehmen zur Leitungsverlegung zur Verfügung zu stellen.
- Schließlich sieht das neue Telekommunikationsgesetz (TKG)² in seinem § 50 vor, daß Verkehrswege für die öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationslinien unentgeltlich genutzt werden können, soweit nicht dadurch der Widmungszweck der Verkehrswege dauernd beschränkt wird.

Allen diesen Neuregelungen ist gemeinsam, daß sie die Verfügungsgewalt des Straßenbaulastträgers – und damit angesichts der konkreten Auswirkungen vor allem die der kommunalen Gebietskörperschaften – nicht nur im öffentlichen Interesse, sondern auch im privaten Interesse einzuschränken. Nicht etwa das öffentliche Interesse an einer Bündelung von Leitungstrassen im knappen und stark belasteten Boden städtischer Räume in Form von Infrastrukturkanälen steht im Vordergrund, sondern das private Interesse etwa der Energie- oder der Telekommunikationsunternehmen an einer möglichst effektiven und abgabefreien Nutzung öffentlicher, das heißt vor allem kommunaler Infrastruktur.

Die Auswirkungen einer solchen Neugewichtung zwischen öffentlichem und privatem Interesse bei der Nutzung öffentlicher Straßen und Wege sind vielfältig. Gravierend sind vor allem die Beschränkungen, die sich daraus für den Träger der Straßenbaulast und insbesondere die kommunalen Gebietskörperschaften im Rahmen der Planung, der Nutzung und der Finanzierung von Straßen und Wegen ergeben. Dies soll im folgenden am Beispiel des Telekommunikationsgesetzes (TKG) näher erläutert werden.

2 TKG v. 25.7.1996 (BGBl. I S. 1120), in Kraft getreten am 1.8.1996.

B. Die wegerechtlichen Regelungen der §§ 50 bis 58 des Telekommunikationsgesetzes (TKG)

I.

Während bisher das in § 1 Telegraphenwegesetz (TWG) vom 18.12.1899³ normierte Fernmeldeleitungsrecht der Ausübung der Fernmeldehoheit des Bundes diene und damit der Straße neben ihrer öffentlichen Funktion für den Gemeingebrauch, die Sondernutzungen, den Anliegergebrauch und die Erschließung eine weitere *öffentliche* Funktion zuwies, nämlich die Nutzung der Straße für die Ausübung des hoheitlichen Fernmeldewesens, enthält nunmehr das TKG in seinen §§ 50 ff. eine Regelung für *private* Nutzer von Straßen und Wegen. Das bisher mit verschiedenen öffentlichen Funktionen ausgestattete „Mehrzweckinstitut Straße“⁴ enthält nun zusätzlich eine *private* Funktion, nämlich die Nutzung der Straßen durch private Telekommunikationsunternehmen. Der bisher rein öffentlich-rechtlich verstandene Begriff „Mehrzweckinstitut“ bekommt insoweit eine erweiterte Bedeutung. Abgesehen von dieser mehr theoretischen Betrachtung hat die Neuregelung jedoch für die kommunalen Baulasträger konkrete Auswirkungen bei der Planung, Nutzung und Finanzierung ihrer Straßen, Wege und Plätze.

II.

Die Änderungen der wegerechtlichen Regelungen für die Telekommunikation sind Ergebnis der auf Initiative der Europäischen Union in den Mitgliedstaaten betriebenen Postreform. Damit sollten die bis dahin überwiegend staatsmonopolistisch strukturierten Post- und Telekommunikationsdienste in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union dem Wettbewerb unterworfen und privatisiert werden. Dementsprechend wurde in der Bundesrepublik Deutschland 1989 mit der „Postreform I“ die bis dahin bestehende monopolistische Deutsche Bundespost in die Unternehmensbereiche „Deutsche Bundespost Telekom“, „Deutsche Bundespost Postdienst“ und „Deutsche Bundespost Postbank“ sowie in einen hoheitlichen Bereich untergliedert, der beim Bundesministerium für Post und Telekommunikation verblieb. Mit der „Post-

3 TWG i.d.F. der Bekanntmachung v. 24.4.1991 (BGBl. I S. 1053) und der Änderung v. 22.9.1994 (BGBl. I S. 2325).

4 Vgl. *Helmut Kempfer*, Das Fernmeldeleitungsrecht an öffentlichen Straßen, in: Richard Bartelsperger/Willi Blümel/Hans-Wolfgang Schroeter (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, Hamburg 1980, S. 197 ff.

reform II“ wurden im September 1994 die drei Unternehmensbereiche der Bundespost mittels einer Grundgesetzänderung aus dem Sondervermögen des Bundes herausgelöst und mit dem 1.1.1995 in die Deutsche Telekom AG, Deutsche Post AG und Deutsche Postbank AG überführt. Der hoheitliche Bereich blieb zunächst beim Bundesministerium für Post und Telekommunikation, wird jedoch mit Inkrafttreten des neuen TKG aufgelöst und mit seinen regulatorischen Funktionen einer Regulierungsbehörde übertragen. Dem Bund obliegt dann nur noch die Gewährleistung eines angemessenen Dienstleistungsangebotes (Art. 87 f GG), während der gesamte bisherige Tätigkeitsbereich der Deutschen Bundespost in private Rechtsform überführt wird. Für die Sicherung der Gewährleistungsfunktion des Bundes und die notwendigen Grundregeln für die Telekommunikationsdienste hat der Bund das Telekommunikationsgesetz geschaffen, das inzwischen am 1.8.1996 in Kraft getreten ist. Mit diesem neuen Gesetz ist zugleich das bisherige Telegraphenwegesgesetz außer Kraft getreten, so daß die darin bisher enthaltenen wegerechtlichen Regelungen keine Geltung mehr haben. Statt dessen enthalten die §§ 50 bis 58 des TKG nunmehr die für die kommunalen Gebietskörperschaften als Straßenbaulastträger wichtigen wegerechtlichen Bestimmungen.

III. Die Regelungen der §§ 50 ff. TKG zur Planung, Nutzung und Finanzierung öffentlicher Wege im einzelnen

1. Zur Planung

Für die Planung von Verkehrswegen und Telekommunikationslinien sind die §§ 50 Abs. 3 und 4, 52, 53, 55 und 56 TKG von Bedeutung. Die genannten Regelungen gehen zunächst davon aus, daß die Wegebaulastträger die Verlegung neuer Telekommunikationslinien und die Änderung vorhandener Telekommunikationslinien grundsätzlich zu dulden haben, daß sie aber auf die Art und Weise der Verlegung bzw. Änderung Einfluß nehmen können; insoweit bedarf der Lizenznehmer der Zustimmung der Träger der Wegebaulast (§ 50 Abs. 3 Satz 1 TKG). Allerdings ist die Ausgestaltung des Zustimmungsverfahrens im TKG nicht geregelt worden. Sollen die Leitungen oberirdisch verlegt werden, so sind die Interessen der Lizenznehmer mit denen der Wegebaulastträger und den städtebaulichen Belangen abzuwägen (§ 50 Abs. 3 Satz 2 TKG). Mit dieser Regelung enthält das TKG eine wesentliche Verbesserung gegenüber dem Referentenentwurf, der noch Beteiligungsrechte der kommunalen Gebietskörperschaften ausschloß.

In diesem Zusammenhang ist auf eine wichtige Neuerung hinzuweisen: gemäß § 100 TKG (Regelung zum Inkrafttreten und Außerkrafttreten von Regelungen) ist außer dem Telegraphenwegegesetz auch das Gesetz zur Vereinfachung des Planverfahrens für Fernmeldelinien⁵ mit dem Tage nach der Verkündung des TKG, also dem 1.8.1996 außer Kraft getreten. Damit ist die Regelung entfallen, nach der sich die Telegraphen- und Wegeverwaltung früher kraft einfachem Planfeststellungsrechts die entsprechende Telegraphenlinie selbst planfeststellen konnte; im neuen TKG findet sich eine ähnliche Bestimmung nicht wieder. Dies ist für die kommunale Praxis von entscheidender Bedeutung: Da nach § 50 Abs. 3 TKG die Verlegung neuer und die Änderung vorhandener Telekommunikationslinien der Zustimmung des Trägers der Straßenbaulast bedarf, die mit technischen Bedingungen und Auflagen versehen werden darf, die diskriminierungsfrei zu gestalten sind (§ 50 Abs. 3 Satz 3), steht diesen materiellrechtlichen Regelungen nunmehr kein Verfahrensrechts des Bundes oder des Lizenznehmers korrespondierend gegenüber, nach welchem etwa die Zustimmung des Straßenbaulastträgers zur Verlegung neuer oder zur Änderung vorhandener Telekommunikationslinien ersetzt werden könnte. Man könnte daran denken, das Zustimmungsverfahren je nach Zuordnung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich auszugestalten und dazu eine Parallele zur Regelung des § 8 Abs.10 Bundesfernstraßengesetz herstellen⁶. Im Bundesfernstraßengesetz ist die Sondernutzung von Bundesfernstraßen in § 8 Abs. 1 geregelt. Es heißt dort: „Die Benutzung der Bundesfernstraßen über den Gemeingebrauch hinaus ist Sondernutzung. Sie bedarf der Erlaubnis der Straßenbaubehörde, in Ortsdurchfahrten der Erlaubnis der Gemeinde. Soweit die Gemeinde nicht Träger der Straßenbaulast ist, darf sie die Erlaubnis nur mit Zustimmung der Straßenbaubehörde erteilen. Die Gemeinde kann durch Satzung bestimmte Sondernutzungen in den Ortsdurchfahrten von der Erlaubnis befreien und die Ausübung regeln. Soweit die Gemeinde nicht Träger der Straßenbaulast ist, bedarf die Satzung der Zustimmung der obersten Landesstraßenbaubehörde.“ Diese Regelung umfaßt jedoch nur die unmittelbar dem Verkehr dienenden Straßen wie Fahrbahnen, Rad- und Gehwege, Standspuren. Die erhöhte Nutzung durch den Sondergebrauch müßte Einfluß auf den Verkehr haben. Die Verlegung von neuen Telekommunikationslinien bzw. deren Änderung betrifft jedoch die Straße in ihrem unterirdischen bzw. oberirdischen Bereich und wirkt sich somit auf die Nutzung der Straße als Fahrbahn allenfalls nur kurzfristig bei Bauarbeiten aus. Dadurch wird also kein störender Einfluß auf den Verkehr im Sinne einer Sondernutzung gemäß

5 Zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes v. 14.9.1994 (BGBl. I S. 2325).

6 Vgl. Kurt Kodal/Helmut Krämer, Straßenrecht, 5. Aufl. 1995, S. 776.

§ 8 Abs. 1 Bundesfernstraßengesetz ausgeübt. Andererseits regelt § 8 Abs. 10 Bundesfernstraßengesetz auch die sonstige Nutzung der Bundesfernstraßen, und zwar sowohl für den Luftraum, als auch für den Bereich unter der Straße. § 8 Abs. 10 lautet: „Die Einräumung von Rechten zur Benutzung des Eigentums der Bundesfernstraßen richtet sich nach bürgerlichem Recht, wenn sie den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt, wobei eine Beeinträchtigung von nur kurzer Dauer für Zwecke der öffentlichen Versorgung außer Betracht bleibt.“ Die Vorschrift umfaßt jedoch nur die Nutzung durch Versorgungsleitungen und nicht die Nutzung durch Fernmeldeleitungen⁷. Somit kann § 8 Abs. 10 Bundesfernstraßengesetz nicht auf das Telekommunikationsgesetz angewandt werden.

Eine weitere Zustimmungsregelung enthält das Bundesfernstraßengesetz in § 9 Abs. 2. Bei baulichen Anlagen an Bundesfernstraßen bedarf es unter bestimmten Voraussetzungen bei Baugenehmigungen oder nach anderen Vorschriften notwendigen Genehmigungen der Zustimmung der obersten Landesstraßenbaubehörde. Dabei handelt es sich um ein Verbot mit Zustimmungsvorbehalt. In Abs. 3 werden die Gründe dargelegt, nach denen die Zustimmung versagt werden darf. Bei dieser Zustimmungsregelung handelt es sich jedoch nach der bisherigen Rechtsprechung⁸ nicht um einen Verwaltungsakt, sondern um einen verwaltungsinternen Vorgang. Im Falle des Telekommunikationsgesetzes kann ein solcher verwaltungsinterner Vorgang nicht angenommen werden, da die Lizenznehmer für Telekommunikationslinien nach dem TKG keine Behörden, sondern private Unternehmen sind. Somit kann auch § 9 Bundesfernstraßengesetz nicht auf das TKG angewandt werden.

Da somit die Zustimmung nach § 50 Abs. 3 TKG als Verwaltungsakt zu werten ist, der auch vor den Verwaltungsgerichten erstritten werden kann, bedeutet dies praktisch, daß der Bund oder der Lizenznehmer vor dem Verwaltungsgericht den jeweiligen Straßenbaulastträger auf Erteilung der Zustimmung verklagen müßte, wenn es nicht zu einem Konsens über die mit der Zustimmung gemäß § 50 Abs. 3 Satz 3 verbundenen technischen Bedingungen und Auflagen kommt.

In § 52 Abs. 2 TKG ist von den Instandsetzungskosten die Rede. Dies ist offenbar weniger, als die Kosten der Verlegung der Telekommunikationslinie. Aber genau diese Kosten müßten den Gemeinden ersetzt werden, ungeachtet der Frage der unentgeltlichen Benutzung der öffentlichen Wege. Neben den

7 Vgl. Ernst A. Marschall/Hans-Wolfgang Schroeter/Fritz Kastner, Kommentar zum Bundesfernstraßengesetz, 4. Aufl. 1977, § 8, Rdnr. 12.1.

8 Siehe BVerwG, BayVBl. 1964, S. 49 und BVerwG, NJW 1963, S. 2088.

Instandsetzungskosten entstehen zum Beispiel Planungskosten, teilweise auch Überwachungskosten und zum Teil auch erhebliche Kosten für etwaige Verkehrsregelungen, Umleitungen, Sperrungen bei der Verlegung von Telekommunikationslinien. Ob diese Kosten geltend gemacht werden können im Zusammenhang mit der Zustimmung gemäß § 50 Abs. 3 TKG ist mindestens sehr zweifelhaft.

§ 53 TKG formuliert einen Vorrang des Widmungszwecks eines Verkehrsweges gegenüber der Telekommunikationslinie und bedeutet somit eine Stärkung der kommunalen Planungshoheit.

Auch § 55 TKG beachtet die kommunale Planungshoheit jedenfalls insoweit, als er festlegt, daß die Telekommunikationslinien so auszuführen sind, daß sie vorhandene besondere Anlagen wie zum Beispiel Schienenbahnen, elektrische Anlagen, Kanalisations-, Wasser- und Gasleitungen nicht störend beeinflussen. Eine Beeinträchtigung unterhalb der sog. Störschwelle wird den kommunalen Baulastträgern allerdings zugemutet.

Stärker ist die Belastung der kommunalen Bauträger durch die Regelung in § 56 TKG, der bestimmt, daß spätere besondere Anlagen, also zum Beispiel Schienenbahnen nach Möglichkeit so auszuführen sind, daß sie die vorhandenen Telekommunikationslinien nicht störend beeinflussen. Hier wird die kommunale Gebietskörperschaft verpflichtet, bei ihren Planungen auf vorhandene Telekommunikationslinien Rücksicht zu nehmen und insoweit ihre kommunale Planungshoheit eingeschränkt.

§ 56 Abs. 2 Satz 2 enthält eine Regelung, die dem alten § 6 Abs. 2 des Telegraphenwegegesetzes entspricht, wonach die Verlegung einer nicht lediglich dem Orts-, Vororts- oder Nachbarortsverkehr dienenden kabelgebundenen Telekommunikationslinie nur verlangt werden kann, wenn die kabelgebundene Telekommunikationslinie ohne Aufwendung unverhältnismäßig hoher Kosten anderweitig ihrem Zwecke entsprechend untergebracht werden kann. Diese Regelung hat schon in der Vergangenheit zu erheblichen Streitigkeiten zwischen den Städten und der Post geführt und hatte häufig eine Benachteiligung der Städte zur Folge; sie ist im Grunde genommen schon jetzt revisionsbedürftig.

2. Zur Nutzung

Für die Nutzung von Verkehrswegen und Telekommunikationslinien enthalten die §§ 50 Abs. 2, 51, 52 und 54 TKG wichtige Regelungen. § 50 Abs. 2 Satz 2 TKG schreibt zunächst vor, daß Telekommunikationslinien so zu errichten und zu unterhalten sind, daß sie den Anforderungen der Sicherheit und

Ordnung sowie den anerkannten Regeln der Technik genügen. § 52 TKG schreibt für den Lizenznehmer die Rücksichtnahme auf die Wegeunterhaltung und den Widmungszweck der Verkehrswege fest. § 54 TKG enthält Bestimmungen über die Schonung von Baumpflanzungen bei der Herstellung neuer und der Änderung vorhandener Telekommunikationslinien. Diese Regelungen enthalten gegenüber den bislang geltenden Regelungen des Telegraphenwegesetzes keine wesentlichen Änderungen.

3. Zur Finanzierung

Zentrale Regelung des wegerechtlichen 8. Teils des TKG ist § 50 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 TKG. Danach ist der Bund befugt, Verkehrswege für die öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationslinien *unentgeltlich* zu benutzen, soweit nicht dadurch der Widmungszweck der Verkehrswege dauernd beschränkt wird (Abs. 1 Satz 1) und zugleich berechtigt, dieses Recht auf Lizenznehmer nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 TKG im Rahmen der Lizenzerteilung nach § 8 TKG zu übertragen (Abs. 2 Satz 1). Damit erhalten faktisch alle privaten Telekommunikationsunternehmen das Recht eingeräumt, unter den in der Vorschrift formulierten Voraussetzungen Verkehrswege für den Bau und den Betrieb von Telekommunikationslinien unentgeltlich zu nutzen. Damit wird das dem Rechtsvorgänger der Deutschen Telekom AG, dem damaligen Staatsunternehmen „Post“, wegen der ihm obliegenden Verpflichtung zur Infrastrukturversorgung und seiner hoheitlichen Tätigkeit eingeräumten Sonderrecht zur entgeltfreien Verlegung von Kabeln im öffentlichen Grund nunmehr auf private Unternehmen übertragen. Mit einer solchen Berechtigung zur entgeltfreien Nutzung öffentlicher Straßen, Wege und Plätze erhält eine unbegrenzte Zahl lizensierter Netzbetreiber gegenüber allen anderen Nutzern öffentlicher Verkehrswege – wie zum Beispiel Energieversorgungsunternehmen, aber auch allen Gewerbetreibenden mit Sondernutzungsgenehmigungen – ein einmaliges Sonderrecht zur unentgeltlichen Nutzung. Ohne nachvollziehbare Begründung wird das der hoheitlichen Post eingeräumte Sonderrecht auf die nunmehr im Wettbewerb stehenden privaten Telekommunikationsunternehmen übertragen und damit eine Verletzung des Art. 3 GG gegenüber allen anderen Nutzern öffentlicher Verkehrswege – von den Energieversorgungsunternehmen über die Werbefirmen bis zu den Straßencafés – in Kauf genommen.

C. Verfassungsrechtliche Bewertung der §§ 50 ff. TKG

Verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber den wegerechtlichen Regelungen des 8. Teils des TKG ergeben sich vor allem unter drei Gesichtspunkten.

I. Fehlende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Benutzung von Landes- und Gemeindestraßen für die Telekommunikation

Die hiermit aufgeworfenen Fragen sind in dem von *Püttner* für den Deutschen Städte- und Gemeindebund erstatteten Rechtsgutachten⁹ eingehend behandelt. Insbesondere die darin enthaltene Auseinandersetzung mit den Ausführungen von *Bullinger* in seinem für die Bundesregierung erstellten Rechtsgutachten¹⁰ weist überzeugend nach, daß die wegerechtlichen Regelungen des TKG soweit sie die Benutzung der Gemeindestraßen regeln, nicht der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes unterliegen. *Püttner* kommt auf Seite 23 seines Gutachtens insoweit zu folgendem Zwischenergebnis:

„Im Hinblick auf die Eigenständigkeit der Gesetzgebungskompetenz für das Straßenrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG), die sich nicht auf Landes- und Gemeindestraßen bezieht, läßt sich weder aus Art. 73 Nr. 7 GG noch aus anderen Kompetenztiteln eine Rechtsgrundlage für die geplante Regelung der Straßenbenutzung ... gewinnen. Der Bund darf auf der Grundlage von Art. 73 Nr. 7 GG und ergänzender Titel nur grundsätzlich bestimmen, daß die öffentlichen Straßen für Telekommunikationszwecke angemessen zur Verfügung stehen müssen; Detailregelungen muß er für die Landes- und Gemeindestraßen den Ländern überlassen.“

Dieses Ergebnis von *Püttner*, daß nämlich der Bund insoweit nur eine grundsätzliche Regelungskompetenz hat, ist wohl nicht nur aus Art. 73 Nr. 7 GG, sondern auch aus Art. 87 f. Abs. 1 GG herzuleiten.

9 *Günter Püttner*, Telekommunikation und gemeindliches Wegerecht, Januar 1996.

10 *Martin Bullinger*, Durchleitungsrechte, Mitbenutzungsrechte und Planfeststellung für konkurrierende Telekommunikationsrechte, September 1995.

II. Verstoß gegen Art. 83 GG

Nach § 50 Abs. 3 TKG erteilt die Zustimmung zur Verlegung der Telekommunikationslinien der Träger der Wegebauast. Für den Fall aber, daß der Wegebauastträger selbst Lizenznehmer oder Beteiligter ist, wird nach § 50 Abs. 4 TKG die Zustimmungskompetenz dem Wegebauastträger entzogen und der Regulierungsbehörde, also einer Bundesbehörde zugewiesen. Die Kompetenz geht dann also nicht – was auch hätte in Betracht gezogen werden müssen – auf eine Landesbehörde, sondern auf eine Bundesbehörde über.

Dies ist verfassungswidrig. Nach Art. 83 GG werden die Bundesgesetze von den Ländern ausgeführt, soweit das Grundgesetz nicht anderes bestimmt oder zuläßt. Andere Bestimmungen sind durch Zulassung der Bundeseigenverwaltung (Art. 86 GG) oder der Landesexekutive im Bundesauftrag (Art. 85 GG) getroffen. Die Übertragung des Zustimmungsrechts auf die Regulierungsbehörde als Bundesoberbehörde ist als Durchführung des TKG durch die bundeseigene Verwaltung im Sinne des Art. 86 Satz 1 GG anzusehen.

Die Zustimmungsentscheidung ist jedoch kein zulässiger Gegenstand der bundeseigenen Verwaltung. Diejenigen Gegenstände im Bereich des Fernmeldewesens, die in bundeseigener Verwaltung geführt werden müssen, sind in Art. 87 f Absatz 2 GG benannt. Es sind dies die hoheitlichen Entscheidungen auf dem Gebiet des Telekommunikationsrechts. Nach der Begründung zur Grundgesetzänderung fallen hierunter insbesondere Fragen der Standardisierung und Normierung, die Funkfrequenzverwaltung, die Erteilung von Genehmigungen für Funkanlagen und die Vorsorge für den Krisen- und Katastrophenfall¹¹. Die Entscheidung über den Zugang zu öffentlichen Wegen stellt jedoch keine vergleichbare Entscheidung dar. Folgerichtig sieht § 50 Abs. 3 TKG auch eine Zustimmung durch die Träger der Wegebauast selbst vor. Die Regelung des § 50 Abs. 4 TKG findet damit in Art. 87 f Abs. 2 GG keine Stütze.

Anzumerken bleibt an dieser Stelle, daß die Regelung des § 50 Abs. 4 TKG auch ein Mißtrauen des Bundes gegenüber Landes- und Kommunalbehörden widerspiegelt. Es gibt aber keinen Erfahrungssatz, daß Bundesbehörden besser oder objektiver entscheiden würden. Im übrigen sind nach der rechtsstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes bei Fehlentscheidungen von Behörden die Gerichte und nicht Bundesbehörden zuständig.

11 Vgl. BT-Drucks. 12/7269, S. 5.

III. Verletzung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden gemäß Art. 28 Abs. 2 GG

Die vom kommunalen Selbstverwaltungsrecht aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG umfaßten Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft werden definiert als diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder für sie einen spezifischen Bezug haben¹². Es wird zwar zum Teil bestritten, daß der Bereich der Telekommunikation der kommunalen Selbstverwaltung zuzuordnen ist, weil er immer eine zentrale Aufgabe mit einer zentralen Verwaltung gewesen sei¹³. Hier ist allerdings zu berücksichtigen, daß nicht die Telekommunikation an sich in Frage steht, sondern die Verwaltung der örtlichen Straßen durch den Wegebausträger bei der Verlegung neuer Telekommunikationslinien. Insoweit hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil zur Verlegung von Breitbandkabeln nach dem (alten) TWG entschieden, daß die Verlegung von Kabeln in einer Gemeinde deren Infrastruktur beeinflusse und somit den Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG berühre¹⁴. Es ist also davon auszugehen, daß auch die Neuregelung zur Verlegung neuer oder Änderung vorhandener Telekommunikationslinien in § 50 TKG das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht berührt. Konkret ergibt sich damit ein Mitwirkungsrecht an Maßnahmen mit relevanten Auswirkungen auf die Gemeinden¹⁵. Dies beinhaltet ein formelles Recht auf Beteiligung und ein materielles Recht auf Berücksichtigung¹⁶.

Von einer Beeinträchtigung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts durch die in § 50 TKG getroffene Regelung geht auch der Gesetzgeber selbst aus. Denn der nach § 50 Abs. 1 TKG dem Bund eingeräumten Befugnis,

12 Vgl. *Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein*, Kommentar zum Grundgesetz, 8. Auflage, Berlin 1995, Art. 28, Rdnrn. 10 u. 11 sowie BVerfGE 79, S. 127 ff. (151 f.).

13 Vgl. *Rupert Scholz*, Unentgeltliche Durchleitungsrechte für Zwecke der Telekommunikation – Verfassungsmäßiges Korrelat zum Grundversorgungsauftrag; Gutachten im Auftrag der Deutschen Telekom AG, S. 33.

14 Vgl. BVerwG, NJW 1987, S. 2096 (2097); zum Verhältnis von Straßenplanung und Bauleitplanung grundsätzlich: *Winfried Brohm*, Staatliche Straßenplanung und gemeindliche Bauleitplanung, Schriften zum Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 19, Hamburg 1979.

15 Vgl. *Hans D. Jarass/Bodo Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 2. Auflage, München 1992, Art. 28, Rdnr. 11.

16 Vgl. BVerwGE 81, S. 95 ff. (106).

Verkehrswege für die Zwecke der Telekommunikation zu nutzen, wird ein Zustimmungserfordernis des Wegebausträgers zur Seite gestellt.

Allerdings unterliegt Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG einem Gesetzesvorbehalt. Die Selbstverwaltungsgarantie ist danach nur „im Rahmen der Gesetze“ gewährleistet. Der Gesetzgeber darf also im Prinzip regelnd eingreifen, und zwar sowohl hinsichtlich des Umfangs der gemeindlichen Zuständigkeit für die örtlichen Angelegenheiten, als auch bezüglich der Art und Weise ihrer Erledigung¹⁷. Dabei sind dem Gesetzgeber jedoch Grenzen gezogen; insbesondere ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren. Dies bedeutet, daß ein zureichender Grund für die Wahrnehmung überörtlicher Interessen gegeben sein muß und der Eingriff in die Selbstverwaltungsrechte den Wesensgehalt oder Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung nicht verletzen darf. Es ist also jeweils im Einzelfall zu prüfen, wo die Grenzen staatlicher Regelungsmacht liegen.

Es erscheint hier bereits zweifelhaft, ob die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs nach § 50 Abs. 1 TKG durch das Zustimmungserfordernis des Wegebausträgers nach § 50 Abs. 3 TKG gewahrt ist. Auf diese Weise erfolgt zwar eine Einbeziehung, die es dem Wegebausträger ermöglicht, zumindest die technischen Details der Verlegung zu steuern, allerdings wird das Beteiligungsrecht damit auf das „Wie“ der Maßnahme reduziert, während das „Ob“ praktisch dem Einflußbereich der Kommunen vollständig entzogen wird.

Jedenfalls ist bei der Ausnahmeregelung nach § 50 Abs. 4 TKG die Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt. Die Regulierungsbehörde ist für die Zustimmungserteilung zuständig, wenn ein anderer Lizenznehmer die Verkehrswege nutzen will. Mithin würde den Städten die nach § 50 Abs. 3 TKG ohnehin beschränkte Möglichkeit der Einflußnahme gänzlich abgeschnitten werden. Ziel der Regelung ist es, eine mögliche Interessenkollision zu vermeiden¹⁸, insbesondere zu verhindern, daß der Wegebausträger „eigene“ Unternehmen gegenüber Dritten bevorzugt. Zwar erscheint die Ausgestaltung geeignet, die oben genannten Interessenkollision zu vermeiden. Zweifel bestehen indes an der Erforderlichkeit der getroffenen Regelung. Die Entscheidung über die Zustimmung ist als Verwaltungsakt zu qualifizieren. Sie ist selbständig vor dem Verwaltungsgericht angreifbar. Eine Bevorzugung eigener Unternehmen würde aller Wahrscheinlichkeit aufgehoben werden, zumal der Prüfungsmaßstab für die Zustimmungserteilung sich ausschließlich an technischen Fragen

17 Vgl. BVerfGE 79, S. 127 ff. (143).

18 So die Begründung zur entsprechenden Regelung im Regierungsentwurf, siehe BR-Drucks. 80/96, S. 49.

orientiert und dem Wegebauastträger kein Ermessen eingeräumt wird. Im übrigen sind „mildere Mittel“ denkbar.

Auch *Püttner* kommt in seinem oben genannten Gutachten in diesem Punkt nach eingehender Auseinandersetzung mit der gutachtlichen Äußerung von *Bullinger* zu dem Ergebnis, daß insbesondere die gesetzliche Festlegung, im TKG die Straßenbenutzung unentgeltlich vorzunehmen, zweifelsfrei als Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden anzusehen ist, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der kommunalen Finanzhoheit. *Püttner* stellt fest:

„Es verletzt das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht, wenn der Staat ohne ersichtliche Notwendigkeit mit gesetzlichem Zwang ein Recht zur Benutzung der Gemeindestraßen für die Telekommunikationsunternehmen festlegt, und es verletzt das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht insbesondere im Punkt der finanziellen Eigenverantwortung, wenn der Staat die Unentgeltlichkeit dieses Benutzungsrechts statuiert. Eine Rolle spielt dabei, daß dieses Zwangsrecht und diese Unentgeltlichkeit, vielleicht der früheren hoheitlichen Staatspost angemessen, nun für privatwirtschaftlich agierende Unternehmen gelten sollen, was mit der bestehenden Wirtschafts- und Finanzordnung der Bundesrepublik nicht in Einklang zu bringen ist. Der damit gegebene Verstoß gegen den Grundsatz der Systemgerechtigkeit findet keine Rechtfertigung; auch daraus ergibt sich eine Verletzung des Selbstverwaltungsrechts. Es gibt keinen Grund dafür, daß die Gemeinden die Telekommunikationsdienste kraft staatlichen Gesetzes subventionieren sollen.“¹⁹

Die Frage der unentgeltlichen Wegebenutzung hat unter dem Gesichtspunkt der kommunalen Finanzhoheit verfassungsrechtlich noch ein besonderes Gewicht erhalten: Im Jahre 1994 ist nämlich der Artikel 28 Abs. 2 GG um den Satz 3 erweitert worden, der lautet: „Die Gewährleistung der Selbstverwaltung umfaßt auch die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung“. Damit ist klargestellt, daß jeder Eingriff in örtliche Finanzquellen auch ein Eingriff in das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden bedeutet, die einer besonderen Rechtfertigung „im Rahmen der Gesetze“ bedarf. Daran fehlt es beim TKG.

19 *Günter Püttner*, Telekommunikation und gemeindliches Wegerecht, Rechtsgutachten, Januar 1996, S. 39.

D. Die Haltung der Städte zum TKG

I.

Mit der Verabschiedung der wegerechtlichen Regelungen des TKG, insbesondere mit dem in § 50 Abs. 1 enthaltenen Grundsatz der unentgeltlichen Benutzung öffentlicher Verkehrswege, ist eines der Hauptziele des Deutschen Städtetages wie auch der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände nicht erreicht worden, nämlich die Nutzung der öffentlichen Wege für alle Nutzer gleich zu behandeln und das heißt, mit einer Entgeltregelung zu verbinden. Die auf Druck der kommunalen Spitzenverbände, insbesondere in der Schlußphase der Beratungen in Bundestag und Bundesrat geführten intensiven Debatten über die umstrittenen Regelungen haben – wie zuvor dargestellt – immerhin in einigen Punkten zu deutlichen Verbesserungen des jetzt beschlossenen Gesetzes gegenüber dem Referenten- und Regierungsentwurf geführt. Erreicht wurde zum Beispiel, daß

- die Mitwirkungsbefugnis des Trägers der Wegebaulast bei der Verlegung neuer oder der Änderung vorhandener Telekommunikationslinien gegenüber den Vorentwürfen des TKG erheblich gestärkt wurde und entsprechende Arbeiten im Straßenraum nur mit dessen Zustimmung durchgeführt werden können (§ 50 Abs. 3 TKG),
- die unverzügliche Instandsetzung bzw. Auslagenerstattung nach Beendigung einer Maßnahme gewährleistet sein muß (§ 52 Abs. 3 TKG) und
- dem TKG eine Bundestagsempfehlung vorangestellt wurde, die ausdrücklich den Bestandsschutz der den Kommunen zufließenden Konzessionsabgaben im Energieversorgungsbereich anerkennt²⁰.

II.

Auf der Grundlage der hier vorgetragenen verfassungsrechtlichen Bewertung der §§ 50 ff. TKG hat der Deutsche Städtetag gleichwohl zur Wahrung seiner Grundsatzposition gemeinsam mit dem Deutschen Städte- und Gemeindebund erste Vorbereitungen zur Überprüfung der verfassungswidrigen Regelungen des TKG und zum Beschreiten des Klageweges vor dem Bundesverfassungsgericht eingeleitet. Hierzu gehört sowohl die Auswahl einiger Mitgliedstädte,

20 Siehe BT-Drucks. 13/4864.

die sich für eine Verfassungsklage zur Verfügung stellen, wie auch Vorgespräche mit den zu beauftragenden Rechtsbeiständen.

Das Klageverfahren selbst wird sich inhaltlich im wesentlichen gegen die Regelungen des § 50 TKG richten. Dabei stehen nicht nur die Regelungen des § 50 Abs. 1 i.V.m. § 50 Abs. 2 TKG im Vordergrund, die eine unentgeltliche Wegenutzung durch eine unbegrenzte Anzahl von Lizenznehmern ermöglichen, sondern auch die Bestimmungen in § 50 Abs. 3 und 4 TKG, die vorsehen, daß die erforderliche Zustimmung der Träger der Wegebaukosten dann von der Regulierungsbehörde zu erteilen ist, wenn der Wegebaukostenträger selbst Lizenznehmer oder mit einem Lizenznehmer im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zusammengeschlossen ist. In diesen beiden gesetzlichen Regelungen sehen die kommunalen Spitzenverbände das kommunale Selbstverwaltungsrecht durch den Bundesgesetzgeber als eindeutig verletzt an.

Sondernutzung und Gemeingebrauch: Ist die Unterscheidung noch zeitgemäß?

Von *Andreas Krüger*

A. Einleitung

Es gibt kaum ein straßenrechtliches Thema, zu dem soviel publiziert wurde wie zu Sondernutzung und Gemeingebrauch¹. Im Rahmen dieses Seminars hat man sich schon früh dieser Thematik gewidmet, so hat sich *Spanner* 1958 mit dem Thema „Grenzen zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht im Wegerecht“ befaßt und sich dabei natürlich auch mit Fragen der Sondernutzung beschäftigt². Zuletzt diskutierte der Arbeitsausschuß 1988 dieses Thema. *Kissner* hat sich seinerzeit schwerpunktmäßig mit der Abgrenzung zwischen Sondernutzung und Straßenverkehrsrecht, Sondernutzung und Anliegergebrauch, politischer Werbung, gewerblicher Betätigung, Sondernutzung und Grundrechten sowie dem Gemeingebrauch und der Sondernutzung in Fußgängerzonen auseinandergesetzt³.

Die Unterscheidung zwischen Sondernutzung und Gemeingebrauch wird aber in Diskussionen, in manchen Gerichtsentscheidungen und bei der Erarbeitung von Regelwerken auf europäischer und nationaler Ebene „gelegentlich“ vernachlässigt. Dementsprechend werden die Auswirkungen, zu denen die zunehmenden Sondernutzungen von Straßen führen, nicht gesehen oder vielleicht sogar bewußt in Kauf genommen.

Um die Antwort auf die – mehr rhetorische – Frage im Vortragsthema vorwegzunehmen: die Unterscheidung von Sondernutzung und Gemeingebrauch ist nicht nur noch zeitgemäß, sondern wichtiger denn je, um die Funk-

-
- 1 Umfangreiche Literaturhinweise bei *Helmut Messer*, Die Sondernutzung öffentlicher Straßen, 1990.
 - 2 Heft 2 der Schriftenreihe der Arbeitsgruppe „Straßenverwaltung“ der Forschungsgesellschaft für das Straßenwesen e. V.
 - 3 *Peter Kissner*, Rechtsprobleme der Sondernutzungen, in: Planung und Sondernutzung von Straßen, Speyerer Forschungsberichte Nr. 75, S. 41 ff.

tion der Straßen als Verkehrsweg zu erhalten. Die Unterscheidung ist umso wichtiger, als einerseits die Belastung der Straßen immer stärker zunimmt – so ist zum Beispiel der Verkehr auf Autobahnen zwischen 1985 und 1994 um etwa 46% gestiegen⁴ – und andererseits Ansprüche auf Nutzungen von Straßen zu anderen als verkehrlichen Funktionen, auf Sondernutzungen, verstärkt gestellt werden.

So wurde beispielsweise bei den Beratungen des Entwurfes des Naturschutzgesetzes⁵ diskutiert, ob nicht die Trassen von Versorgungsleitungen und Verkehrswegen grundsätzlich zusammengefaßt werden sollten – Stichwort „Trassenbündelung“.

Die europäische Normungsorganisation CEN erarbeitet derzeit eine Norm zur Verlegung von Gasleitungen bis 16 bar. In den vorliegenden Entwürfen heißt es⁶:

„Versorgungsleitungen sollen hinsichtlich Genehmigung, Lage und Abstand von Fremdleitungen im Einklang mit gesetzlichen Regelungen entlang öffentlicher Straßen verlegt werden. Soweit möglich sollten Versorgungsleitungen bevorzugt in Fußwegen oder Randstreifen verlegt werden.“

Die Verlegung von Leitungen in Privatgrundstücken ist nur als Ausnahme vorgesehen⁷.

Im Entwurf des neuen Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) wird eine Regelung diskutiert, die besagt, daß Gemeinden ihre öffentlichen Straßen dis-

4 Mehr Sicherheit durch moderne Verkehrsbeeinflussung, in: Verkehrsnachrichten, Heft 7, 1996, S. 1 ff. (2).

5 § 2 Abs. 1 Nr. 11 des Entwurfes eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege, zur Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften. Artikel 1 des Gesetzes über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG –) Stand: 4. Juli 1996: „Bei der Planung von ortsfesten baulichen Anlagen, Verkehrswegen, Energieleitungen und ähnlichen Vorhaben sind die natürlichen Landschaftsstrukturen zu berücksichtigen. Verkehrswege sollen so zusammengefaßt werden, daß die Zerschneidung und der Verbrauch von Landschaft so gering wie möglich gehalten werden.“

6 Nr. 7.6.1 Öffentlicher Bereich des Entwurfes einer europäischen Norm „Funktionale Anforderungen an Werkstoffe, Planung, Bau, Betrieb, Unterhaltung und Sanierung von Gasversorgungssystemen mit einem Betriebsdruck bis zu 16 bar“, CEN/TC 234/WG 2/TG 1; Teil 1 – Allgemeines, Stand: November 1994.

7 CEN/TC 234/WG 2/TG 1; Teil 1, Nr. 7.6.2 Privater Bereich.

kriminierungsfrei zur Leitungsverlegung zur Verfügung zu stellen haben (§ 8 Abs. 1 EnWG)⁸. Eine solche Regelung soll neu eingeführt werden, obwohl den Versorgungsunternehmen schon ein Enteignungsrecht eingeräumt ist, das auch zukünftig erhalten bleibt⁹.

Im Zusammenhang mit der Diskussion des Telekommunikationsgesetzes¹⁰ (TKG), durch das allen Lizenznehmern im Sinne des § 6 TKG das Recht zur kostenlosen Nutzung der öffentlichen Verkehrswege eingeräumt wird (§ 50 TKG), hat der Bundesminister für Post und Telekommunikation erklärt¹¹:

„Die kostenlose Nutzung öffentlicher Wege und Plätze für Zwecke der Kommunikation paßt im übrigen in eine wirtschaftspolitische Betrachtungsweise, das Straßennetz als ‘Mehrzweckinstitut’ anzusehen, das sich nach den Verkehrsbedürfnissen der Entwicklung und dem jeweiligen Stand der Technik anzupassen hat. Es ist nicht einsehbar, weshalb die Benutzung des Wegenetzes für den Transport gegenständlicher Güter als Gemeingebrauch anerkannt wird, während die Nutzung des Wegenetzes für Telekommunikationsleitungen, die dem Transport körperloser Güter dienen, die Gemeinwohlorientierung abgesprochen würde, obwohl es in diesem Zusammenhang um die Erfüllung eines verfassungsrechtlichen Auftrags geht.“

Mit dem Schlagwort „*Mehrzweckinstitut*“ hat er einen plakativen Begriff aufgegriffen, den *Köttgen* geprägt hat¹², als er 1961 schrieb:

„Der moderne Weg ist (...) ein Mehrzweckinstitut. Zu den Zwecken, denen er gewidmet ist, gehört jedenfalls auch die Aufnahme von Versorgungsleitungen, die demnach nicht nur ein privatrechtliches Akzidenz des öffentlichen Weges sind. Wer trotzdem die öffentliche Zweckbindung auf den Gemeingebrauch und damit im Ergebnis auf die Verkehrsbedürfnisse beschränkt, verleugnet einen tiefgreifenden Wandel des Wegewesens.“

8 Entwurf des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechtes, Artikel 1, Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG –), Stand: 5.9.1996.

9 § 7 des Gesetzentwurfes.

10 Telekommunikationsgesetz vom 31.7.1996 (BGBl I S. 1120).

11 Pressekonferenz am 7.6.1995.

12 *Arnold Köttgen*, Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative im Bereich der Wasserversorgung und Abwässerbeseitigung, S. 28.

In Rechtsprechung und Literatur gibt es eine Tendenz, die Grenzen zwischen Sondernutzung und Gemeingebrauch zu verwischen. Die Diskussion über Kunst und andere Nutzungen im Straßenraum unter dem Stichwort „kommunikativer Gemeingebrauch“¹³ scheint zwar im wesentlichen abgeschlossen. Es gibt aber immer wieder Gerichte, die den Gemeingebrauchsbegriff insbesondere in Fußgängerzonen und verkehrsberuhigten Bereichen weit auslegen und z.B. Verkaufstätigkeiten in Fußgängerzonen als gemeingebrauchlich betrachten¹⁴. Demgegenüber gibt es Entscheidungen, die das gezielte Ansprechen von Passanten auf öffentlichen Straßen in werbender Absicht als Sondernutzung betrachten¹⁵.

Rechtlich sind alle Nutzungen von Straßen entweder als Gemeingebrauch oder als Sondernutzung zu betrachten. In diesem Zusammenhang ist es unerheblich, ob die Sondernutzung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet ist¹⁶. Fraglich ist aber, wie die Vielzahl der Sondernutzungen, die zukünftig noch zunehmen werden, mit dem steigenden Verkehrsaufkommen und den damit verbundenen Belangen der Straßenbaulastträger koordiniert werden und ob das vorhandene straßenrechtliche Regelungsinstrumentarium hierzu ausreicht¹⁷. Denn es macht wenig Sinn, wenn die Straßenbaulastträger große Summen etwa für Verkehrsbeeinflussungsanlagen investieren, zwischen 1965 und 1995 allein 600 Mio. DM¹⁸, um die Rahmenbedingungen des Straßenverkehrs zu verbessern, aber andererseits der Verkehr durch Baumaßnahmen von Sondernutzern und seien sie noch so kurz, wieder behindert wird.

-
- 13 Umfangreiche Literaturhinweise bei *Michael Ronellenfötsch*, Folgekosten bei Versorgungsleitungen, in: Willi Blümel (Hrsg.), Planungsrechtliche Optimierungsgebote – naturschutzrechtliche Eingriffsregelung – Folgekosten, Speyer Forschungsberichte Nr. 157, S. 67 ff. (133).
 - 14 Zuletzt OVG Hamburg, Urt. v. 14.12.1995, NJW 1996, S. 2051 f. (2052), gestützt auf *Friedrich Grote*, in: Kodal/Krämer, Straßenrecht, 5. Aufl. 1996, S. 549; ebenso OLG Köln, Urt. v. 19.8.1991, NVwZ, 1992, S. 100 f. (101).
 - 15 OVG Lüneburg, Urt. v. 13.11.1995 – Az. 12 L 1856/93 –, NVwZ-RR 1996, S. 247 ff. (248).
 - 16 *Wolfgang Wagner*, Anm. zum Urteil des BVerfG vom 10.12.1975, NJW 1976, S. 1083 f.
 - 17 Das Verhältnis zwischen Sondernutzungserlaubnis und straßenverkehrsrechtlicher Erlaubnis wird an dieser Stelle nicht problematisiert, hierzu: *Michael Sauthoff*, Die Straßengesetzgebung der neuen Länder, NVwZ 1994, S. 864 ff. (869).
 - 18 Mehr Sicherheit durch moderne Verkehrsbeeinflussung, in: Verkehrsnachrichten Heft 7, 1996, S. 1 ff. (3).

Im folgenden werden Fragen der Unterscheidung von Sondernutzung und Gemeingebrauch in Fußgängerzonen oder verkehrsberuhigten Bereichen nur am Rande gestreift, da diese Problematik in der Arbeit von *Messer*¹⁹, die sich schwerpunktmäßig mit Sondernutzungen innerhalb des geschlossenen Ortsbereichs von Städten und Gemeinden auseinandersetzt, umfassend behandelt wird.

B. Gemeingebrauch und Sondernutzung

I. Gemeingebrauch

In § 7 Abs. 1 FStrG heißt es, „der Gebrauch der Bundesfernstraßen ist jedermann im Rahmen der Widmung und der verkehrsbehördlichen Vorschriften gestattet (Gemeingebrauch)“. „Gemeingebrauch“, so Otto Mayer im Deutschen Verwaltungsrecht von 1924, „ist die in die Freiheit des Einzelnen gestellte bestimmungsmäßige Benutzung der solchem Dienste gewidmeten öffentliche Sache“²⁰. Der Inhalt des Gemeingebrauchs ergibt sich demnach in erster Linie aus dem Zweck der zu benutzenden Sache, für welchen sie zur Benutzung steht. Der wichtigste Gegenstand des Gemeingebrauchs sind die öffentlichen Wege. Wobei Mayer die Legaldefinition des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten von 1794 (ALR) im Zweyten Teil, Fünftehnter Titel, Erster Abschnitt, § 7 „der freye Gebrauch der Land- und Heerstraßen ist einem jeden zum Reisen und Fortbringen seiner Sachen gestattet“²¹, als zu eng erschien²². Diese Einengung auf „... Reisen und Fortbringen seiner Sachen ...“ sieht er insbesondere dort, wo die Straßen Ortschaften durchziehen. Er schreibt dazu „alle Ortsstraßen sprengen völlig einen solchen Rahmen“. Er führt aus

„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,

19 *Messer*, Sondernutzung (Fn. 1), S. 7.

20 *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1924, S. 77.

21 ALR, II, 15 § 7, zitiert nach der Ausgabe von *Günther Bernert* und *Hans Hattenhauer*, 2. Aufl. 1994.

22 *Mayer*, Verwaltungsrecht (Fn. 20), S. 79.

wenn die gesprächigen Hausfrauen sich begegnen und nun für längere Zeit auf den eigentlichen Verkehr verzichten.“²³

In diesem Zusammenhang möchte ich darauf hinweisen, daß auch die Verfasser des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten schon die Möglichkeiten anderer Straßennutzungen sahen, denn in § 8 des genannten Abschnittes heißt es „*Alle anderen Nutzungen aber, welche von solchen Straßen gezogen werden können, gehören nach gemeinen Rechten zu den niedern Regalien*“²⁴. Schon 1794 hatte die Verkehrsfunktion der Straße Vorrang vor den Sondernutzungen von Straßen.

Gemeingebrauch im wegerechtlichen Sinn, so heißt es heute, ist das jedermann zustehende subjektiv-öffentliche Recht, die öffentlichen Straßen, Wege und Plätze im Rahmen der Widmung und der Verkehrsvorschriften zum fließenden und ruhenden Verkehr in Anspruch zu nehmen. Dazu gehört die Benutzung durch Kraftfahrzeuge, Fahrräder, zu Pferde oder zu Fuß²⁵. Diese wegerechtliche Ordnung erstreckt sich auf den Straßenkörper, den Luftraum über der Straße und alles Zubehör, welches den Verkehr sichern oder erleichtern oder dem Schutz der Anlieger dienen soll, das heißt vor allem auf Verkehrsanlagen, Verkehrszeichen und Bepflanzungen²⁶. Gemeingebrauch ist die eindeutigste Funktion einer öffentlichen Sache, aber – darauf ist hinzuweisen – nicht jede öffentliche Sache steht automatisch im Gemeingebrauch²⁷. Hinsichtlich der Bundesfernstraßen ergibt sich aus dem Bundesfernstraßengesetz, daß Bundesfernstraßen im Rahmen des Gemeingebrauchs zu benutzen sind (vgl. § 7 FStrG), daß aber die Bestimmung einer Straße zur Bundesfernstraße mit der Widmung erfolgt (vgl. § 2 FStrG).

Straßen und Wege bilden seit jeher den festen Kern der öffentlichen Sachen²⁸, das heißt, das Eigentum an Straßen ist mit einer öffentlich-rechtlichen

23 Mayer, Verwaltungsrecht (Fn. 20), S. 79.

24 ALR, II, 15 § 8.

25 Jürgen Salzwedel, in: Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), BesVerwR, 10. Aufl. 1995, 8. Abschn., Rdnr. 1; ders., Der Gemeingebrauch, in: Richard Bartlspenger / Willi Blümel/Wolfgang Schroeter (Hrsg.), FS Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, S. 97 ff.

26 Salzwedel, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), BesVerwR (Fn. 25), Rdnr. 1.

27 Mayer, Verwaltungsrecht (Fn. 20), S. 53.

28 Mayer, Verwaltungsrecht (Fn. 20), S. 51, an dieser Stelle führt er aus, daß der Schienenweg von öffentlichen Eisenbahnen, das heißt Geleise, nebst Unterbau und

Dienstbarkeit belastet. Diese öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit wird durch Widmung begründet und erst durch eine Entwidmung, sog. Einziehung, wieder beseitigt.

Die Widmung, als das zentrale Institut des Rechts der öffentlichen Sachen, hat die Funktion, eine Sache zu einer öffentlichen Sache zu machen. Mit der Widmung wird die das zivilrechtliche Eigentum überlagernde Sachherrschaft und die Nutzung der Sache geregelt²⁹. Der Eigentümer eines gewidmeten Grundstückes muß die Benutzung seines Eigentums zum Zwecke des Verkehrs im Rahmen des Gemeingebrauchs dulden³⁰.

Zur Widmung gehört die Bestimmung der Benutzungsart, des Benutzungszweckes und des Benutzerkreises. Die Widmung umfaßt alle Regelungen über Art und Weise der Nutzung einschließlich aller Nutzungsmodalitäten³¹. Beispielhaft in diesem Zusammenhang ist die Regelung des § 6 Abs. 3 StrWG NW:

„In der Widmung sind die Straßengruppe, zu der die Straße gehört (Einstufung) und Beschränkungen der Widmung auf bestimmte Benutzungsarten, Benutzungszwecke oder Benutzerkreise sowie etwaige sonstige Besonderheiten festzulegen (Widmungsinhalt).“

Kein Gemeingebrauch liegt vor, so § 7 Abs. 1 Satz 3 FStrG, wenn jemand die Straße nicht vorwiegend zum Verkehr, sondern zu anderen Zwecken benutzt.

1. Funktion der Straße

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, welche Funktionen Straßen im Rahmen des Gemeingebrauchs haben. Im Rahmen der Straßennetzgestaltung wird zwischen verkehrlichen Funktionen (Verbindung und Erschließung) und nichtverkehrlichen Funktionen (Aufenthalt beziehungsweise Funktionen, die sich zusätzlich zur reinen Erschließung aus der Rand- und Umfeldnutzung er-

Planum, auch ein öffentlicher Weg ist, obwohl er nicht im Gemeingebrauch steht (S. 53).

29 Peter Axer, Die Widmung als Grundlage der Nutzung kommunaler Einrichtungen, NVwZ 1996, S. 114 ff. (115).

30 Salzwedel, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), BesVerwR (Fn. 25), 8. Abschn. Rdnr. 5.

31 Axer, Widmung (Fn. 29), NVwZ 1996, S. 116.

geben) unterschieden³². Die verkehrlichen und nichtverkehrlichen Funktionen sind für jeden Abschnitt des Netzes mit unterschiedlich hohen Anforderungen verbunden. Das verkehrliche Anspruchsniveau muß auf die Lage der Straße in Bezug auf die Bebauung (innerhalb oder außerhalb bebauter Gebiete), auf die Nutzung des Straßenumfeldes (angebaut, anbaufrei), auf die Erschließungsansprüche und auf die Intensität der Aufenthaltsnutzung beziehungsweise der Umfeldnutzungen abgestimmt werden³³.

Die Straße als öffentliche Einrichtung dient dabei nicht allein der Erschließung der Anliegergrundstücke, sondern auch dem allgemeinen Verkehrsbedürfnis in seinen unterschiedlichen Ausgestaltungen (z.B. Fußgängerverkehr, Fahrzeugverkehr, Ziel- und Durchgangsverkehr, kommunikativer Verkehr), daher muß ein Ausgleich zwischen einer Vielzahl von Interessen erfolgen.³⁴ In dieser Abwägung ist einerseits das Interesse des (Sonder-) Nutzers an der Durchführung seines Vorhabens und sind andererseits die Belange des Straßenbaulastträgers zu beachten. Ermessensgesichtspunkte sind in erster Linie die Wahrung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs sowie eines einwandfreien Straßenzustandes.³⁵ Darüber hinaus sind alle Belange von Bedeutung, die einen sachlichen Bezug zur Straße, ihrem Umfeld, ihrer Funktion oder ihrem Widmungszweck haben.

Zu den im wesentlichen als gemeingebräuchlich betrachteten Funktionen von Straßen zählen: Verbindungsfunktion, Erschließungsfunktion sowie die Aufenthalts- beziehungsweise Kommunikationsfunktion.

2. Verbindungsfunktion

Straßen dienen in einer arbeitsteiligen Wirtschaft dem Transport von Personen und Gütern. Das vielfältig verflochtene gesellschaftliche Leben und die Erhaltung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sind auch in Zukunft auf sichere und leistungsfähige Straßenverbindungen angewiesen. Dementsprechend ist die gute Erreichbarkeit von Arbeitsplätzen, Ausbildungsstätten, Einkaufsz-

32 Nr. 2. 1 der Richtlinien für die Anlage von Straßen – RAS- Teil: Leitfaden für die funktionale Gliederung des Straßennetzes – RAS-N, Ausgabe 1988; hrsg. von der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen, Köln.

33 RAS-N 2. 1.

34 BVerfG, Beschl. v. 11.9.1990 – Az. 1 BvR 988/90 –.

35 OVG Lüneburg, Urt. v. 13.11.1995 – Az. 12 L 2141/93 –, NVwZ-RR 1996, S. 244 ff. (245).

tren und Erholungseinrichtungen ein wesentliches Merkmal der Lebensqualität.

Ziel der Straßennetzplanung ist es, die einzelnen Verbindungen so zu gestalten, daß – entsprechend dem raumordnerischen Ziel einer guten Erreichbarkeit – für die einzelnen Straßenabschnitte eine sichere Verkehrsabwicklung und bestimmte Verkehrsqualitäten für alle Verkehrsteilnehmer vorhanden sind.

3. Erschließungsfunktion

Straßen dienen innerhalb bebauter Gebiete der Erschließung, das heißt der Anbindung der anliegenden Grundstücke. Zur Anbindung der Grundstücke gehören in diesem Zusammenhang auch die Nutzungen für Anwohner, Besucher und Lieferanten sowie Versorgungs-, Unterhaltungs- und Notdienstfahrzeuge.

Die Erschließungsfunktion verursacht Quell- und Zielverkehr innerhalb eines Straßenabschnittes. Ein weiteres Kennzeichen der Erschließungsfunktion ist eine Nutzung des Straßenraumes durch nicht motorisierte Verkehrsteilnehmer, wie Fußgänger und Radfahrer³⁶.

4. Aufenthaltsfunktion – Kommunikationsfunktion

Die Aufenthalts- oder Kommunikationsfunktion ist eine typische Funktion angebauter Straßen. Nutzungen dieser Art sind z.B. das Spielen von Kindern, das Stehenbleiben im Straßenraum, der Einkaufsbummel, das Besichtigen von Sehenswürdigkeiten, aber auch der Zugang zu Rathäusern, Krankenhäusern und Schulen usw.³⁷. An dieser Stelle möchte ich nur auf die Diskussion zum kommunikativen Gemeingebrauch verweisen³⁸.

Alle Nutzungen im Rahmen der genannten Funktionen werden im wesentlichen als gemeingebrauchlich zu betrachten sein. Es gibt aber eine Reihe von Nutzungen der Straßen über die genannten Funktionen hinaus; insbesondere die Versorgungsfunktion.

36 RAS-N 2.2.2.

37 RAS-N 2.2.3.

38 Umfangreiche Literaturhinweise bei *Michael Ronellenfitsch*, Folgekosten (Fn. 13), Speyerer Forschungsberichte 157, S. 133.

5. Versorgungsfunktion

Straßen werden in einer Vielzahl von Fällen zur Leitungsverlegung benutzt. Neben Gas-, Wasser-, Elektrizitäts-, Fernwärme- und Telekommunikationsleitungen gibt es sogar die Straße kreuzende Bierleitungen. Zukünftig stehen sogar Autobahnen zur Verlegung von Telekommunikationsleitungen zur Verfügung, da in § 50 TKG kein entsprechendes Verbot vorgesehen ist³⁹. Die technischen Bedingungen derartiger Straßenbenutzungen sind in verschiedenen technischen Vorschriften geregelt, im Geltungsbereich von Bebauungsplänen in der „DIN 1998“⁴⁰. In den Fällen der Verlegung von Leitungen an Brücken gelten die „Richtlinien für das Verlegen und Anbringen von Leitungen an Brücken – RI LEI BRÜ – Ausgabe 1996“⁴¹. Zur Regelung der Verlegung von Telekommunikationslinien in Bundesfernstraßen wird derzeit ein vom Bundesministerium für Verkehr (BMV) erarbeiteter Entwurf der entsprechenden technischen Bestimmungen mit dem Bundesministerium für Post und Telekommunikation (BMPT) abgestimmt. Ziel der Arbeiten ist es letztendlich, alle diese technischen Regelungen in einem Regelwerk zusammenzufassen und sie mit der Versorgungs- und der Telekommunikationswirtschaft abzustimmen, um auch hier mehr Übersicht und Regelungssicherheit für Verwaltung und Nutzer zu schaffen.

Die neuen gesetzlichen Regelungen, aber auch die Entwicklungen im Bereich der europäischen Normung werden zu einer Zunahme von Sondernutzungen führen. In der Einleitung habe ich auf die derzeit stattfindenden Arbeiten an der europäischen Norm zur Verlegung von Gasleitungen bis 16 bar hingewiesen. Gasleitungen sollen danach in Straßen verlegt werden, die Verlegung von Leitungen in Privatgrundstücken kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht. Daneben verweise ich auf die Regelungen im Energiewirtschaftsgesetz und im Telekommunikationsgesetz. Mittlerweile haben sich die ersten Firmen aus dem In- und Ausland gemeldet, die Fernmeldenetze entlang der Autobahnen aufbauen wollen. Autobahnen waren bislang frei von längs verlegten Fernmeldeleitungen⁴². Straßen sind begehrt, nicht zuletzt um Eingriffe in Natur und Landschaft zu vermeiden. Viele Gründe sprechen für Straßenbe-

39 Gegenteilig sind die Regelungen in Finnland, Frankreich, Belgien und Luxemburg.

40 Die Unterbringung von Leitungen und Anlagen in öffentlichen Flächen – Richtlinien für die Planung, DIN 1998.

41 VkB1. 1996, S. 472 ff.

42 Autobahnvereinbarung vom 9./21.1.1937, abgedruckt bei *Marschall/Schroeter/Kastner*, Bundesfernstraßengesetz, 4. Aufl. 1977, S. 981.

nutzungen durch Leitungen oder sind zumindest akzeptabel; es wäre realitätsfern zu behaupten, Straßen dienten heute ausschließlich dem Straßenverkehr und wären für andere Nutzungen nicht zugänglich.

Straßen sind tatsächlich ein Mehrzweckinstitut. Sie dienen nicht ausschließlich dem Verkehr⁴³. In diesem Sinne ist *Köttgen*⁴⁴ zuzustimmen. Nur die von ihm gezogene Schlußfolgerung geht zu weit, wenn er sagt, „zu den Zwecken, denen er (der moderne Weg) gewidmet ist, gehört jedenfalls auch die Aufnahme von Versorgungsleitungen“. Er übersieht, daß die Zweckbestimmung der Straße durch die Widmung bestimmt wird, und es gibt keine Straße, die zur Aufnahme von Leitungen gewidmet ist, alle Straßen sind ausschließlich dem öffentlichen Verkehr gewidmet. Nutzungen durch Versorgungsleitungen oder Telekommunikationslinien sind eben nicht gemeingebrauchlich, es handelt sich daher um Sondernutzungen. Straßen dienen primär dem Straßenverkehr und stehen nur sekundär für andere Nutzungen zur Verfügung⁴⁵. Deshalb gibt es in allen Straßengesetzen Regelungen zu Sondernutzungen⁴⁶ und in allen Mustern von Straßenbenutzungsverträgen⁴⁷ Folgepflichtbestimmungen, die besagen, daß der (Sonder-)Nutzer einem straßenbaubedingtem Änderungsverlangen nachzukommen hat. Der Gesetzgeber hat dieses Prinzip soeben nochmals bestätigt mit der Folgepflichtbestimmung in § 53 TKG⁴⁸. Die oben zitierte Beurteilung des Umfanges des Gemeingebrauches durch den Bundesminister für Post und Telekommunikation hat sich bei den Beratungen des Entwurfes des Telekommunikationsgesetzes nicht durchsetzen

43 Straßen sind z.B. in erheblichem Umfang auch Mülldeponie. 1995 wurden von den Straßenmeistereien 520 000 Tonnen Abfall beseitigt, der entlang von Straßen „entsorgt“ wurde; die Beseitigungskosten betrugen etwa 600 Millionen DM, *Frankfurter Rundschau* vom 12.10.1996.

44 *Köttgen*, Daseinsvorsorge (Fn. 12), S. 28.

45 So auch *Peter J. Tettinger*, Kommunales Wegeeigentum und Energieversorgungsanlagen, RdE 1992, S. 2 ff. (10).

46 Z.B. § 8 Abs. 2a FStrG; § 18 Abs. 4 ThürStrG; § 18 Abs. 4 StrGLSA.

47 § 11 Rahmenvertrag, VkB1. 1975, S. 69 ff; § 10 Mustervertrag 1987, VkB1. 1987, S. 398 ff.; Nr. 10 des Musters eines Nutzungsvertrages, Anlage 3 der Nutzungsrichtlinien, VkB1. 1974, S. 529 ff.

48 § 53 Abs. 1 TKG “Ergibt sich nach Errichtung einer Telekommunikationslinie, daß sie den Widmungszweck eines Verkehrsweges nicht nur vorübergehend beschränkt oder die Vornahme der zu seiner Unterhaltung erforderlichen Arbeiten verhindert oder der Ausführung einer von dem Unterhaltungspflichtigen beabsichtigten Änderung des Verkehrsweges entgegensteht, so ist die Telekommunikationslinie, soweit erforderlich, abzuändern oder zu beseitigen.”

können. Auch bei der Mitbenutzung von Straßen durch Telekommunikationslinien (§ 50 TKG) handelt es sich um Sondernutzungen, wobei die Entscheidung über die Zustimmung zur Mitbenutzung, das sogenannte „ob“, eine gebundene Entscheidung ist. Diese Entscheidung kann nur dann versagt werden, wenn der Antragsteller keine Lizenz im Sinne des § 6 TKG vorlegen kann, durch die Mitbenutzung der Gemeingebrauch auf Dauer beeinträchtigt wird oder die Telekommunikationslinien nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechen (§ 50 Abs. 1, 2 TKG).

Die straßenrechtliche Sondernutzung – Straßenbenutzung über den Gemeingebrauch hinaus – ist mit der derzeit oft diskutierten Mitbenutzung fremder Infrastruktur bei Schienenwegen, Energieversorgungs- und Telekommunikationsleitungen nicht vergleichbar (Stichwort: Durchleitungsrecht). Bahn, Energieversorgung und Telekommunikation sind in der Bundesrepublik Deutschland aber auch auf europäischer Ebene Gegenstand umfassender Reformen, die zu Marktöffnung und mehr Wettbewerb führen sollen. Aufgrund der Schwierigkeiten beim Aufbau konkurrierender Netze favorisieren Europäische Union und die von der Bundesregierung eingesetzte Deregulierungskommission Mitbenutzungsrechte an vorhandener Infrastruktur⁴⁹. Der Unterschied zwischen der in diesem Zusammenhang diskutierten Mitbenutzung und der straßenrechtlichen Sondernutzung liegt darin, daß Straßen dem Gemeingebrauch gewidmet und damit zur öffentliche Sache geworden sind, die Sondernutzungen aber gerade diesem Widmungszweck nicht entsprechen. Schienen und Leitungsnetze sind demgegenüber keine öffentlichen Sachen und eine Mitbenutzung in Form des Gemeingebrauchs ist nicht möglich⁵⁰. § 51 TKG ist die erste Vorschrift mit der der Gesetzgeber versucht, diese Überlegungen in die Praxis umzusetzen⁵¹.

49 *Michael Fehling*, Mitbenutzungsrechte Dritter bei Schienenwegen, Energieversorgungs- und Telekommunikationsleitungen vor dem Hintergrund staatlicher Infrastrukturverantwortung, AöR 1996, S. 59 ff. (60); *ders.*, Der finanzielle Ausgleich für die Mitbenutzung fremder Infrastruktur bei Schienenwegen, Energieversorgungs- und Telekommunikationsleitungen, VerwArch. 1995, S. 600 ff.

50 *Fehling*, Mitbenutzungsrechte (Fn. 49), AöR 1996, S. 85.

51 Zum Durchleitungsrecht siehe auch: BGH, Beschl. v. 15.11.1994, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 1995, S. 259 ff. = RdE 1995, S. 160 ff.; Kammergericht Berlin, Beschl. v. 9.6.1993, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 1994, S. 248 ff.; *Stefan Langer*, Durchleitung von Energie gemäß § 103 Abs. 5 GWB, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 1995, S. 395 ff.; *Kurt Markert*, Die Bedeutung der BGH-Entscheidung „Gasdurchleitung“, Sichtweise des Bundeskartellamtes, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 1995, S. 400 f.

Aufgrund der vielfältigen Nutzungen können Straßen als Mehrzweckinstitute angesehen werden. Straßen haben unterschiedliche Funktionen, es gilt aber die klare Hierarchie der Funktionen zu beachten⁵². Die Primärfunktion der Straßen ist es, dem Verkehr zu dienen, die Sekundärfunktion ist die Benutzung für andere Zwecke, z.B. durch Versorgungsleitungen, Telekommunikationslinien, Werbeanlagen usw.

II. Sondernutzung

1. Öffentlich-rechtliche Sondernutzung

In § 8 Abs. 1 FStrG und den entsprechenden landesrechtlichen Regelungen⁵³ wird klargestellt, daß die Benutzung von Straßen über den Gemeingebrauch hinaus Sondernutzung ist. Sondernutzungen sind dementsprechend alle Nutzungen von Straßen, die nicht im Rahmen des Gemeingebrauchs erfolgen, vgl. § 7 Abs. 1 Satz 3 FStrG, wobei der fließende Verkehr Vorrang vor dem ruhenden Verkehr hat. Regelungsgegenstand der Sondernutzung ist die Straße schlechthin, nicht nur in ihrer verkehrlichen Funktion. Eine bemerkenswerte Bestimmung ist in diesem Zusammenhang § 18 Abs. 2 Satz 2 des Brandenburgischen Straßengesetzes (BbgStrG); danach ist eine Sondernutzungserlaubnis zu versagen, wenn der Sondernutzung öffentliche Interessen entgegenstehen. Öffentliche Interessen in diesem Sinne sind die erhebliche Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs, schädliche Umwelteinwirkungen durch die Sondernutzung oder die Beeinträchtigung städtebaulicher oder sonstiger öffentlicher Belange⁵⁴. Dementsprechend können einer Sondernutzung auch Ordnungsgesichtspunkte nicht verkehrlicher Art entgegenstehen, die aber im allgemeinen straßenbezogener Art sein müssen⁵⁵. Der Straßenbaulastträger hat also bei seiner Entscheidung nach § 18 Abs. 2 Satz 2 BbgStrG neben den verkehrlichen Gesichtspunkten auch solche Ordnungskriterien zu berücksichtigen, die in einem sachlichen Zusammenhang mit der Straße stehen, wie dem

52 In diesem Sinne auch *Reinhard Mußnug*, Die öffentlichen Straßen als Mehrzweckinstitut, in: Blümel/Bartlsperger/Schroeter (Hrsg.), FS Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, S. 81 ff. (85).

53 Z.B. § 18 Abs. 1 StrWGNW; § 18 Abs. 1 BbgStrG; § 16 Abs. 1 HessStrG.

54 Hierzu: *Sauthoff*, Straßengesetzgebung (Fn. 17), NVwZ 1994, S. 869.

55 *Henning Krüger*, Neuere Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts zum Straßen- und Wegerecht in Nordrhein-Westfalen (ausgenommen Planfeststellungsverfahren), NWVBl. 1993, S. 161 ff. (168).

Schutz des Straßenbildes vor Verschandelung und Verschmutzung⁵⁶. Dadurch soll sichergestellt werden, daß die für die Ordnung der Straßenbenutzung zuständigen Behörden nicht nur Kenntnis von Ort, Dauer und Umfang der beabsichtigten Sondernutzung erhalten, sondern auch von vornherein erkennbare Störungen verhindern oder in zumutbaren Grenzen halten und bei Kollisionen von Rechtsgütern verschiedener Rechtsträger einen Interessenausgleich schaffen können⁵⁷.

Die Erlaubnis zur Straßenbenutzung nach § 8 Abs. 1 FStrG ist öffentlich-rechtlicher Natur. *Mayer* schreibt dazu:

„Das Recht des Gemeingebrauchs an der öffentlichen Sache wird (...) für den Einzelnen begründet ohne staatliche Willensäußerung, die darauf gerichtet wäre, ihn zuzulassen zu solcher Benutzung (...). Im Gegensatz dazu kann dem Einzelnen über den Gemeingebrauch hinaus noch eine Benutzung der öffentlichen Sache zustehen. Das ist dann jedesmal zurückzuführen auf den Willen der Verwaltung, ihm solches zuzuwenden, auf eine Gewährung oder Einräumung, die sie ihm gemacht hat.“⁵⁸

Er schreibt weiter, „die Erteilung der Gebrauchserlaubnis ist immer ein Ausfluß des Rechts des Herrn der öffentliche Sache“⁵⁹. Etwas moderner ausgedrückt und bezogen auf Straßen heißt dies, Sondernutzungen sind Benutzungen der öffentlichen Sache über den Gemeingebrauch hinaus. Sofern sie nicht schon nach Gesetz oder Satzung zugelassen sind, bedürfen sie einer Erlaubnis der Straßenbaubehörde, einer bürgerlich-rechtlichen Gestattung des Wegeigentümers oder beides⁶⁰. Das Wort vom „Herrn der Straße“ hat das Bundesverwaltungsgericht 1987 aufgegriffen, als es im Zusammenhang mit Fernmeldelinien der Deutschen Bundespost den „Grundsatz der Abhängigkeit der Telegraphenanlagen vom Verkehrsweg“ feststellte⁶¹. Das Gericht bringt in dieser Entscheidung zum Ausdruck, daß „es die Fernmeldelinie ist, die den Verkehrsweg benutzt und nicht umgekehrt.“ Dementsprechend zog es den

56 BVerwG, Urt. v. 24.8.1994, NZV 1995, S. 85 f. (86).

57 BVerwGE 56, S. 63 ff. (68); hierzu näher: *Grote*, in: Kodal/Krämer (Hrsg.), Straßenrecht (Fn. 14), S. 653 ff.

58 *Mayer*, Verwaltungsrecht (Fn. 20), S. 89.

59 *Mayer*, Verwaltungsrecht (Fn. 20), S. 91.

60 *Salzwedel*, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), BesVerwR (Fn. 25), 8. Abschn., Rdnr. 32.

61 BVerwG, Urt. v. 20. 5. 1987, NVwZ 1987, S. 887 = DVBl. 1987, S. 910.

Schluß, daß das Interesse der Allgemeinheit am Weg als Verkehrsvermittler den Vorzug vor den Interessen der Sondernutzer hat.

Es steht daher fest, daß alle Nutzungen von Straßen, die nicht im Rahmen des Gemeingebrauchs erfolgen, Sondernutzungen sind und dementsprechend einer Erlaubnis, sei es durch Gesetz, Satzung, Verwaltungsakt oder Vertrag, bedürfen.

2. Privatrechtliche Sondernutzung

Durch die Regelung des § 8 Abs. 10 FStrG, die sich auch in den meisten Landesstraßengesetzen wiederfindet⁶², wird der unzutreffende Anschein erweckt, als handele es sich bei Nutzungen im Sinne dieser Vorschrift nicht um Sondernutzungen. Von dieser Vorstellung ging auch der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Telekommunikationsgesetz aus⁶³, als er eine Nutzungsbeurteilung verlangte, „die die Verkehrsbelange nicht beeinträchtigt und die straßenrechtliche Widmung nicht berührt“ und dann weiter ausführt „in den Kategorien des Straßenrechts ist dies auf keinen Fall eine Sondernutzung, sondern eine sog. sonstige Benutzung“. Eine öffentlich-rechtliche Sondernutzungserlaubnis hielt der Bundesrat wegen der Beeinträchtigungen durch Baumaßnahmen nur bei der Verlegung oder der Änderung von Telekommunikationslinien für erforderlich. Die Bundesregierung hat dem Vorschlag des Bundesrates nicht zugestimmt⁶⁴. Zum einen, weil die Regelung des damaligen § 49 des Gesetzentwurfes (§ 50 des Gesetzes) im wesentlichen den Bestimmungen des Telegraphenwegegesetzes entsprach, zum anderen weil es dem Nutzungsrecht immanent ist, daß der Lizenznehmer die zur Wahrnehmung des Rechtes auf Wegenutzung erforderlichen Herstellungs-, Reparatur- und Wartungsarbeiten durchführen kann, ohne daß er einer weiteren Erlaubnis bedarf.

Wird der Gemeingebrauch durch eine Benutzung des Eigentums der Straße weder dauernd noch vorübergehend beeinträchtigt, ist für die Sondernutzung keine öffentlich-rechtliche Erlaubnis erforderlich, sondern der Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages, vgl. § 8 Abs. 10 FStrG. Entsprechende Bestimmungen finden sich in allen Landesstraßengesetzen, nur das Hamburger Wegerecht kennt keine privatrechtlichen Gestattungen, und nach dem Berliner

62 Z.B. § 21 StrGBW; § 22 BayStrWG; § 23 SächsStrG.

63 BT-Drucks. 13/4438 vom 23.4.1996, S. 15.

64 BT-Drucks. 13/4438 vom 23.4.1996, S. 36.

Straßenrecht ist neben dem privatrechtlichen Vertrag zusätzlich die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis erforderlich. Abweichend von den Prinzipien des Fernstraßenrechtes sind auch die wegerechtlichen Regelungen des Telekommunikationsgesetzes (vgl. § 50 TKG). Jeder Lizenznehmer hat einen Anspruch auf Nutzung der Straßen und Wege⁶⁵, bedarf aber zuvor einer öffentlich-rechtlichen Zustimmung des Straßenbaulastträgers. Für Streitfälle aus dem Nutzungsverhältnis ist der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben⁶⁶. Der Gesetzgeber ist hier von einer öffentlich-rechtlich zu regelnden Sondernutzung ausgegangen, obwohl der Gemeingebrauch nicht in allen Fällen dauernd beeinträchtigt werden wird. Die These, daß Nutzungen von Teilen der Straße, die nicht dem Gemeingebrauch dienen, also Straßengräben und Böschungen, „ausschließlich“ dem Privatrecht unterliegen⁶⁷, geht an den gesetzlichen Bestimmungen vorbei. Die Unterscheidung, ob eine Nutzung privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich zu regeln ist, richtet sich zum einen danach, ob die Straße oder das Eigentum an der Straße benutzt wird und zum andern danach, ob der Gemeingebrauch beeinträchtigt wird oder nicht. Nur Benutzungen des Eigentums an der Straße erfolgen auf privatrechtlicher Grundlage, wobei bei Versorgungsleitungen eine Beeinträchtigung von „nur kurzer Dauer“ hingenommen wird. Da aber Leitungsverlegungen im Straßengraben oder in Böschungen insbesondere in Fällen der Längsverlegung den Gemeingebrauch beeinträchtigen können, ist in solchen Fällen immer zu prüfen, ob es sich nicht um eine Sondernutzung handelt.

Die privatrechtlichen Nutzungsverträge sind je nach Gestaltung als Miet-, Pacht- oder Leihverträge zu betrachten⁶⁸. Der Bundesgerichtshof wertet z.B. die unentgeltliche Benutzung von Straßen durch Versorgungsleitungen als Leihe⁶⁹. Ausdrücklich hat er klargestellt, daß sich solche Nutzungsrechte auch bei langer Dauer nicht zu einer eigentumsähnlichen Rechtsposition verdich-

65 BT-Drucks. 13/4438 vom 23.4.1996, S. 36.

66 S. 49 der Begründung zum Gesetzentwurf des Telekommunikationsgesetzes der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P., BT-Drucks. 13/3609 vom 30.1.1996.

67 So *Sven-Erik Heun/Torsten Lohmann*, Die Verlegung alternativer Telekommunikationsinfrastrukturen in öffentlichen Wegen, *Archiv PT* 1996, S. 113 ff. (119).

68 *Salzwedel*, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *BesVerwR* (Fn. 25), Rdnr. 36; *Helmut Kempfer*, in: *Kodal/Krämer* (Hrsg.), *Straßenrecht*, 5. Aufl. 1996, Kap. 27, Rdnr. 3.

69 BGH, Urt. v. 20.2.1992, *WM* 1992, S. 997; *RdE* 1993, S. 16; *VkBl.* 1992, S. 362; Anm. *Wolfgang Studentkowski*, Die Entschädigungsansprüche bei enteignenden Eingriffen durch Straßenneubauvorhaben in schuldrechtliche Leitungsrechte der öffentlichen Energieversorgung, *RdE* 1993, S. 5 ff.

ten⁷⁰. Das heißt, derartige Straßennutzungen sind und bleiben Sondernutzung. Die Bezeichnungen für diese Straßenbenutzungen sind unterschiedlich. Art. 22 BayStrWG nennt sie „Sondernutzungen des bürgerlichen Rechts“, die Nutzungsrichtlinien bezeichnen sie als „sonstige Nutzung“⁷¹, im Klassiker der straßenrechtlichen Literatur *Kodal/Krämer* wird der Begriff „Sondergebrauch“ als Gegensatz zu Gemeingebrauch empfohlen⁷², manche streiten gar, ob es Nutzung oder Benutzung der Straße heißen muß. Die bayerische Formulierung dürfte den Vorzug verdienen, da mit der Bezeichnung „Sondernutzung des bürgerlichen Rechts“ eindeutig klargestellt wird, daß es sich bei der Benutzung um eine Sondernutzung handelt, die allerdings privatrechtlich geregelt wird.

§ 8 Abs. 10 FStrG läßt eine privatrechtliche Regelung der Sondernutzung auch in Fällen einer Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs von nur „kurzer Dauer“ zu, zum Beispiel durch Aufgraben der Fahrbahn zur Kabelverlegung oder zur Montage von Freileitungen. *Marschall* schreibt dazu⁷³, „diese Bestimmung enthält ein Entgegenkommen gegenüber den Unternehmern der öffentlichen Versorgung. Es kann daher von diesen Unternehmern erwartet werden, daß sie die mit ihren Arbeiten verbundenen Beeinträchtigungen auf das notwendige Mindestmaß beschränken.“ *Marschall* ging hierbei von einer zurückhaltenden Auslegung des Begriffes „Beeinträchtigung von kurzer Dauer“ aus, als er schrieb:

„Wann im Einzelfalle eine ‘Beeinträchtigung von nur kurzer Dauer’ vorliegt, wird der praktischen Handhabung des Gesetzes vorbehalten bleiben müssen. Eine kleinliche Handhabung durch die Straßenbaubehörden ist ... nicht beabsichtigt. Die Kabelverlegung in der Längsrichtung wird nicht unter diese Regelung fallen, wohl aber die Kreuzung.“⁷⁴

70 BGH, Urt. v. 17.3.1994, BGHZ 125, S. 293 ff. (299); VkBl. 1994, S. 497.

71 Richtlinien über Nutzungen an Bundesfernstraßen in der Baulast des Bundes - ARS 12/1975, VkBl. 1974, S. 529 ff.; geändert durch Rundschreiben vom 3. Juni 1993 - StB 16/38.30.30/1 Vmz 93.

72 *Grote*, in: *Kodal/Krämer* (Hrsg.), *Straßenrecht* (Fn. 14), Kap. 26, Rdnrn. 1 ff., m.w.N.

73 *Ernst Marschall*, *Kommentar zum Bundesfernstraßengesetz*, 1. Aufl. 1954, § 8, Rdnr. 11 (S. 151).

74 *Marschall*, *Bundesfernstraßengesetz* (Fn. 73), S. 154/155; ebenso *Richard Bartlspenger*, *Die Bundesfernstraßen als Verwaltungsleistung*, Heft 7 der Schriftenreihe der

Nach seinen Vorstellungen beeinträchtigt eine im Straßenraum längs verlegte Leitung ebenso den Gemeingebrauch auf Dauer wie Schachtdeckel, Masten oder Transformatorstationen auf Straßengrund, daher handelt es sich bei dieser Art von Straßennutzungen um öffentlich-rechtlich zu regelnde Sondernutzungen. Eben dieser Gedanke mag es gewesen sein, der den Gesetzgeber nun bewogen hat, die Benutzung von Straßen durch Telekommunikationslinien öffentlich-rechtlich auszugestalten, da diese Leitungen im wesentlichen längs an Straßen verlegt sind und werden.

Es gibt bislang keine abschließende Bestimmung des Zeitraumes „von kurzer Dauer“, diese Frage scheint für die Praxis nicht von erheblicher Bedeutung zu sein. In der Literatur finden sich Definitionsansätze. Eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs nicht nur für kurze Dauer soll vorliegen, wenn der Gemeingebrauch zeitlich nachhaltig beeinträchtigt wird. Die Beurteilung im Einzelfall wird als „Tatfrage“ betrachtet, deren Beurteilung von der Verkehrsbedeutung der Straße und dem Umfang der Verkehrsbeeinträchtigung abhängig gemacht wird⁷⁵. Dementsprechend wären alle „kurzdauernden“ Beeinträchtigungen, beispielsweise Behinderungen des Straßenverkehrs beim Bau kreuzender Versorgungsleitungen, hinzunehmen. Als Sondernutzungen zu behandeln wären demnach nur „dauerhafte“ Sondernutzungen⁷⁶. Diese Zeitbestimmung geht meines Erachtens zu weit. Die Dauer der Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs ist auf das absolute Mindestmaß zu beschränken⁷⁷. Dies auch deshalb, weil die Straßenbaulastträger die verkehrlichen Auswirkungen ihrer eigenen Baumaßnahmen an Straßen auf ein Minimum reduzieren, um den Verkehr nicht oder geringstmöglich zu beeinträchtigen. So werden bestimmte Arbeiten wie zum Beispiel Reparaturarbeiten an Schutzplanken im Mittelstreifen oder der Einbau spezieller dünner Deckschichten im Kalteinbau zur Nachtzeit ausgeführt oder Bauarbeiten in verkehrsärmere Zeiten verlegt und die Bauzeit, auch durch die Vereinbarung von Beschleunigungszuschlägen oder Vertragsstrafen im Bauvertrag, soweit wie möglich verkürzt⁷⁸.

Arbeitsgruppe „Straßenverwaltung“ der Forschungsgesellschaft für das Straßenwesen e. V. (1969), S. 23.

75 *Max Wiget*, in: Sieder/Zeitler, Kommentar zum Bayerischen Straßen- und Wegegesetz, Stand: Januar 1996, Art. 22 Rdnr. 39.

76 *Ronellenfötsch*, Folgekosten (Fn. 13), Speyerer Forschungsberichte 157, S. 77.

77 In diesem Sinne auch § 45 Abs. 1 LStrGRP „kurzfristig“; §§ 23 Abs. 1 NstrG und § 23 Abs. 1 StrWGNW „vorübergehend“.

78 *Stefan Krause/Dieter Hausmann*, Baustellen auf Autobahnen – eine besondere Herausforderung, Straßenverkehrstechnik 1996, S. 307 ff. m.w.N.

Das Recht zur Einräumung privatrechtlicher Nutzungen, von Nutzungen, die nicht unter die öffentliche Sachherrschaft des Wegeherrn fallen – dementsprechend weder öffentlich-rechtliche Sondernutzung noch Gemeingebrauch sind –, wird aus dem Eigentum an der Straße abgeleitet (Theorie des modifizierten Privateigentums). Dabei wird unterstellt, daß neben dem gewidmeten Straßenbereich noch Raum ist für eine Eigentumsnutzung des Straßengrundstückes, die den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt und die Straße nicht in ihrer spezifischen Verkehrsfunktion, sondern nicht anders als ein gewöhnliches Grundstück in Anspruch nimmt⁷⁹. Es ist zweifelhaft, ob es derartige Straßenbenutzungen selbst bei der Anwendung modernster Bauweisen überhaupt gibt, denn bei fast jeder Straßenbenutzung wird der Gemeingebrauch in irgendeiner Form beeinträchtigt, sei es, daß es Störungen des Straßenverkehrs gibt, sei es, daß die technische Konstruktion der Straße beschädigt wird, so z.B. die Entwässerung der Straße bei fast allen nachträglichen Verlegungen von Leitungen im Straßenraum. Andererseits wird die Straße eben nicht als normales Grundstück benutzt. Warum gibt es denn ein Bestreben zu verstärkten Straßenbenutzungen durch Leitungen, sei es durch Versorgungsleitungen – Entwurf der europäischen Norm zur Verlegung von Gasleitungen bis 16 bar oder Trassenbündelung im Naturschutzgesetz –, sei es durch Telekommunikationslinien – Telekommunikationsgesetz –? Doch nicht, weil Straßen „normale“ Grundstücke sind, sondern weil man meint, daß diese Nutzungen zumindest im weitesten Sinne im Rahmen des Gemeingebrauchs sind, so auch der Bundesminister für Post und Telekommunikation im Rahmen einer Pressekonferenz am 7. Juni 1995⁸⁰.

Aber davon abgesehen: Die gegenwärtige Regelung des § 8 Abs. 10 FStrG ist kein Ergebnis einer rechtlichen Bewertung, sondern beruht ausschließlich auf einer politischen Entscheidung. *Marschall* schreibt, daß das BMV bei der Fassung des Fernstraßengesetzes dazu geneigt habe, die Rechtsverhältnisse der Versorgungsleitungen auf Bundesfernstraßen ausschließlich durch öffentlich-rechtliche Verträge oder Erlaubnisse zu gestalten⁸¹. Das Bundesministeri-

79 *Messer*, Sondernutzung (Fn. 1), S. 136; ebenso *Tettinger*, Kommunales Wegeigentum (Fn. 45), RdE 1992, S. 9 f.

80 Siehe Fn. 11.

81 *Marschall*, Bundesfernstraßengesetz (Fn. 73), S. 153, mit Nachweisen zur Literatur aus den 30iger Jahren, in der eine öffentlich-rechtliche Regelung gefordert wurde; vgl. BT-Drucks. I/4248, S. 20, 21. Bemerkenswert ist an den Ausführungen *Marschalls* (S. 133), daß er die „Gestattung“ und die „Gestattungsverträge“ als dem öffentlichen Recht zugehörige Institute betrachtet; ebenso die Regelungen des Generalinspektors im Runderlaß Nr. 12/37 (abgedruckt in: *Germershausen-Seydel*, Wege-

um für Wirtschaft (BMWi) und die Spitzenverbände der Versorgungswirtschaft erhoben gegen diesen Vorschlag erhebliche energiewirtschaftliche Bedenken, unter anderen weil man für gemeindliche Wege eine entsprechende Regelung befürchtete. Außerdem würden Versorgungsleitungen so hoch oder so tief über dem Verkehrsraum der Straße liegen, daß der Gemeindegebrauch nicht beeinträchtigt würde. Diese Argumentation führte dazu, die Problematik nicht entsprechend den Vorschriften des Eisenbahnkreuzungsrechts⁸² oder des Telegraphenwegegesetzes⁸³ öffentlich-rechtlich zu regeln⁸⁴, obwohl in der Literatur bereits früher die Rechtsnatur der Straßenbenutzungsverträge als öffentlich-rechtlich betrachtet wurde⁸⁵. Die ältere Bewertung von *Schwinge* aus dem Jahre 1929, und die Feststellung, daß die privatrechtliche Auffassung des Sondernutzungsrechtes in den letzten zwei Jahrzehnten stark an Anhängern verloren hat, war – rückwirkend betrachtet – ein Irrtum.

Die Versorgungswirtschaft war seinerzeit der Ansicht, daß ihr das bürgerliche Recht größere Gestaltungsspielräume als eine öffentlich-rechtliche Regelung geben würde. Es ist nachzulesen, daß sie sich diese rechtlichen Möglichkeiten unbedingt zur Verfolgung ihrer energiepolitischen Zielsetzungen mög-

recht und Wegeverwaltung in der Bundesrepublik Deutschland und deren Länder, 2. Band, 5. Aufl. 1961, A 343). Heute wird die Gestattung ebenso wie die entsprechenden Verträge als privatrechtliche Regelung betrachtet, so *Kempfer*, in: *Kodal / Krämer* (Hrsg.), *Straßenrecht* (Fn. 68), S. 697 ff.

82 Eisenbahnkreuzungsgesetz vom 4.7.1933 (RGBl. I S. 1211); derzeit gültig in der Fassung vom 21.3.1971 (BGBl. I S. 337), zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 27.12.1993 (BGBl. I S. 2378).

83 Telegraphenwegegesetz vom 18.12.1899 (RGBl. I S. 705); seit dem 1.8.1996 Telekommunikationsgesetz (BGBl. I S. 1120).

84 *Marschall*, Bundesfernstraßengesetz (Fn. 81).

85 *Erich Schwinge*, *Der Gas- und Elektrizitätsversorgungsvertrag, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Vertrag zugunsten eines Dritten*, Gruchots Beiträge 1929, Bd. 70, S. 151, 155; *Zur Person Schwinge*, der im "Dritten Reich" den maßgebenden Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch verfaßt hat, siehe *Ingo Müller*, *Furchtbare Juristen*, S. 192; *Ulrich Vultejus*, *Kampfanzug unter der Robe*, S. 97 f.; *Otto Gritschneider*, *Entschädigung für die Witwen hingerichteter Wehrpflichtiger*, NJW 1993, S. 369 ff.

lichst ungeschmälert erhalten wollte⁸⁶. An dieser Haltung sind auch die Reformbemühungen des BMV im Jahre 1972 gescheitert⁸⁷.

In der Literatur der Gegenwart finden sich auch Vertreter einer privatrechtlichen Regelung der Mitbenutzung von (kommunalen) Straßen durch Versorgungsleitungen. *Tettinger* meint⁸⁸, daß auf den Begriff der kommunalen Wegehoheit verzichtet werden sollte, wenn es um die gemeindliche Position beim Abschluß von Konzessionsverträgen geht, da hier die Gemeinden ausschließlich in ihrer Rolle als Eigentümer betroffen wären. Er ist der Ansicht, daß es keine „richtungsweisenden straßenrechtlichen Direktiven“ dazu gibt und daß daher die bundesrechtlichen Regelungen des Energiewirtschaftsrechts die Funktion eines „Energiestraßenrechts“ übernommen haben.

Die privatrechtliche Regelung des § 8 Abs. 10 FStrG betrifft insbesondere Versorgungsleitungen. Sie gilt aber auch für gleichgestellte Leitungen, die in großer Zahl im Straßenraum oder im Straßenkörper liegen. Als Versorgungsleitungen werden alle Leitungen bezeichnet, die die Allgemeinheit mit Gas, Wasser, Strom und Fernwärme versorgen sowie Abwasserleitungen. Ihnen gleichgestellte Leitungen sind Kabelleitungen für Polizei- und Feuerwehrmeldeeinrichtungen, Mineralöl- und Mineralölproduktenleitungen⁸⁹ sowie alle Leitungen, deren Nutzung im öffentlichen Interesse liegt und für die ein Enteignungsrecht besteht⁹⁰. Bei allen diesen Leitungen wird eine kurze Beeinträchtigung des Gemeindegebrauchs in Kauf genommen.

Die privatrechtliche Gestattung sollte – auch unter Berücksichtigung der Ergebnisse und Erfahrungen der Beratungen des Entwurfes des Telekommunikationsgesetzes – überprüft werden. Es gab bei den Beratungen der Eckpunkte eines künftigen Regulierungsrahmens im Telekommunikationsbereich⁹¹, des Diskussionsentwurfes⁹² und des Gesetzentwurfes⁹³, niemanden, der

86 *Wolfgang Studentkowski*, Das Mitbenutzungsverhältnis zwischen Straßen und Leitungen der öffentlichen Energieversorgung, RdE 1980, S. 98 ff. (99); *Richard Bartlsperger*, Liquidation von Privatrechten an öffentlichen Straßen, STRASSE BRÜCKE TUNNEL 1969, S.158 ff.; *ders.*, Straßenrecht zwischen Bewahrung und Technizität, DVBl. 1979, S. 1 ff. (5 f.).

87 Hierzu *Richard Bartlsperger*, Straßenhoheit und Energiewirtschaft, DVBl. 1980, S. 249 ff. (256 f.).

88 *Tettinger*, Kommunales Wegeeigentum (Fn. 45), RdE 1992, S. 10.

89 Rundschreiben des BMV vom 8.2.1972 – 16004 Vms 72.

90 Nr. 20 Abs. 2 der Nutzungsrichtlinien, VkB1. 1974, S. 529 ff.

91 Eckpunkte eines künftigen Regulierungsrahmens im Telekommunikationsbereich, Amtsblatt des BMPT 1995, S. 525 ff.

eine privatrechtliche Regelung gefordert hat, obwohl gerade eine solche in das Regelungssystem des Bundesfernstraßengesetzes und der Landesstraßengesetze gepaßt hätte. In einer Untersuchung im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens, die sich unter anderem mit der privatrechtlichen Gestaltung der Mitbenutzung von Straßen durch Telekommunikationsleitungen befaßt⁹⁴, wird erörtert, ob Telekommunikationsleitungen Leitungen der öffentlichen Versorgung gleichgestellt werden können. Im Ergebnis wird festgestellt, daß die Einräumung von Nutzungsrechten für die Verlegung von Leitungen zum Aufbau alternativer Telekommunikationsinfrastrukturen durch privatrechtliche Gestattungsverträge zu erfolgen hat⁹⁵, und daß, soweit für Nutzungen zum Zwecke der öffentlichen Versorgung kein Entgelt erhoben wird, auch Telekommunikationsunternehmen aus Gleichbehandlungsgründen nach Art. 3 Abs. 1 GG Anspruch auf kostenlose Wegenutzung haben⁹⁶. Bei dieser Bewertung wird übersehen, daß den Unternehmen der Versorgungswirtschaft, im Gegensatz zu den Telekommunikationsanbietern, das Enteignungsrecht zusteht. Das Enteignungsrecht führt zwar nicht zwingend zu einer kostenlosen Wegenutzung, gibt den Versorgungsunternehmen aber eine andere Position als Telekommunikationsanbietern, die sich auf kein Enteignungsrecht berufen können.

Die Ergebnisse dieser Untersuchung sind mittlerweile obsolet soweit Telekommunikationsanbieter lizenziert sind, da in diesen Fällen nun die Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes gelten. Sollte es aber zukünftig Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen geben, die nicht lizenziert sind (vgl. § 6 TKG), werden Straßenbenutzungen durch derartige Anlagen, die weder Telekommunikationslinien noch Versorgungsleitungen sind, nach den Nutzungsrichtlinien⁹⁷ zu behandeln sein. Dementsprechend ist in diesen Fällen, neben der Erteilung einer Erlaubnis oder dem Abschluß eines Straßenbenutzungsvertrages, für die Wegebenutzung ein Nutzungsentgelt zu zahlen.

92 Diskussionsentwurf für ein Telekommunikationsgesetz vom 31.5.1995.

93 BT-Drucks. 13/3609 vom 30.1.1996.

94 *Heun/Lohmann*, Telekommunikationsinfrastrukturen (Fn. 67), Archiv PT 1996, S. 113 ff.

95 *Heun/Lohmann*, Telekommunikationsinfrastrukturen (Fn. 67), Archiv PT 1996, S. 121.

96 *Heun/Lohmann*, Telekommunikationsinfrastrukturen (Fn. 67), Archiv PT 1996, S. 129.

97 Nutzungsrichtlinien, VkB1. 1974, S. 529 ff.

Der Untersuchung ist auch zu entnehmen, daß das bestehende straßenrechtliche Instrumentarium und die damit verbundenen vielfältigen Einschränkungen der Vertragsfreiheit (der Wegebausträger) interessengerechte Lösungen (im Sinne der Sondernutzer) ermöglichen. Im Interesse der Rechtssicherheit wird eine gesetzliche Regelung der Problematik einer an Einzelfällen orientierten, regelmäßig uneinheitlichen Praxis vorgezogen. Nur die gesetzliche Regelung könne Rechtssicherheit und damit ein günstiges Investitionsklima schaffen⁹⁸. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, daß eine beinahe identische Argumentation vor nunmehr fast 100 Jahren zu den Bestimmungen des TWG geführt hat. Angesichts der zunehmenden Bedeutung des Fernmeldewesens wurde es seinerzeit für unzumutbar erachtet, daß die Telegraphenverwaltung privatrechtliche Gestattungsverträge mit den Straßeneigentümern, insbesondere den Gemeinden, abschließt⁹⁹. Seinerzeit war es die zunehmende Bedeutung des Fernmeldewesens, heute ist es die Bedeutung der Telekommunikation für den Standort Deutschland, die den Gesetzgeber nach 100 Jahren wieder – wie es *Bartlsperger* im Hinblick auf die 100 Jahre alten Bestimmungen des Telegraphenwegegesetzes formuliert hat – die eigentumsrechtliche Ordnung der Straßenverwaltung durchbrechen läßt.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, daß die ehemalige DDR an der Sondernutzung als Instrument zur Regelung der Straßenbenutzungen außerhalb des Verkehrs festgehalten hatte. Die Straßenverordnung der DDR aus dem Jahre 1957¹⁰⁰ bestimmte in § 6 Abs. 1:

„Eine den Gemeingebrauch übersteigende Nutzung der öffentlichen Straßen ist Sondernutzung. Sie ist nur mit vorheriger Zustimmung der Straßenverwaltung zulässig.“

98 *Heun/Lohmann*, Telekommunikationsinfrastrukturen (Fn. 67), Archiv PT 1996, S. 132.

99 Hierzu ausführlich *Richard Bartlsperger*, Hoheitliche Sachherrschaft in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und bei der Telegraphenpflichtigkeit von Verkehrswegen, in: FS Faller, S. 81 ff. (94 f.).

100 Vom 18.7.1957 (GBl. S. 1339); hierzu: *Kurt Priebe*, Handbuch des Straßenwesens, Erläuterungen zur Verordnung über das Straßenwesen, Berlin 1959; *Kurt Hohlwein*, Die Sondernutzung im Straßenwesen, Die Straße 1968, S. 556 ff.; *ders.*, Die Sondernutzung von Straßenverkehrsanlagen durch Verkehrs- und Versorgungseinrichtungen, Die Straße 1969, S. 615 ff.

In der Nachfolgeregelung aus dem Jahr 1974¹⁰¹ wurde die erlaubnispflichtige Sondernutzung in § 13 StrVO festgeschrieben, insbesondere in Fällen der Straßenbenutzung durch Versorgungsleitungen.

Unter Berücksichtigung der Diskussionen im Zusammenhang mit den Beratungen des Telekommunikationsgesetzes und der Umstände des Zustandekommens der Regelung des § 8 Abs. 10 FStrG sollte daher diese Bestimmung kritisch überprüft werden, wobei die erhebliche Zunahme des Straßenverkehrs und der Sondernutzungen berücksichtigt werden müssen. Auch aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung sollten den Straßenbauhördern klare und eindeutige Handlungsrahmen vorgegeben werden. Die derzeitige Praxis mit einer Vielzahl von Vertragsmustern allein im Bereich der Bundesfernstraßen – Rahmenvertrag¹⁰², Mustervertrag 1987¹⁰³, Nutzungsvertrag¹⁰⁴, Straßenbenutzungsvertrag für ein bakengestütztes individuelles Verkehrsleitsystem „Copilot“¹⁰⁵, Straßenbenutzungsvertrag für ein Verkehrsinformationssystem „Traffic Master“¹⁰⁶ – ist kein gelungenes Beispiel für Verwaltungsvereinfachung.

Die Hierarchie der Nutzungen sollte dadurch zum Ausdruck gebracht werden, daß sich die Straßenbaulastträger von privatrechtlichen Regelungen bei Sondernutzungen von Straßen trennen. Die privatrechtliche Straßenbenutzung ist rechtlich nie zwingend notwendig gewesen und beruht auf einer politischen Entscheidung, die heute nicht mehr zeitgemäß ist, wie sich bei den Beratungen des Telekommunikationsgesetzes gezeigt hat. Der Gesetzgeber hat bei der Regelung der Wegerechte im Telekommunikationsgesetz bewußt mit der öffentlich-rechtlichen Regelung eine neue Bewertung vorgenommen.

Nur die privatrechtliche Ausgestaltung der Mitbenutzung von Straßen durch Versorgungsleitungen seit 1953 mag für eine Beibehaltung der Unterscheidung zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Sondernutzung sprechen. Andererseits sollten Gesetzgeber und Verwaltung in der Lage sein

101 Verordnung über die öffentlichen Straßen – Straßenverordnung – vom 22.8.1974 (GBl. S. 515).

102 Rahmenvertrag, VkB1. 1975, S. 69 ff.

103 Mustervertrag 1987, VkB1. 1987, S. 398 ff.

104 Nr. 10 des Musters eines Nutzungsvertrages, Anlage 3 der Nutzungsrichtlinien, VkB1. 1974, S. 529 ff.; Mustervertrag für die Nutzung von Antennenträgern, VkB1. 1992, S. 454.

105 Straßenbenutzungsvertrag für ein bakengestütztes individuelles Verkehrsleitsystem – StB 17/08.33.07/2 C 94.

106 Straßenbenutzungsvertrag für das Verkehrsinformationssystem „Traffic Master“ – StB 17(BN)/08.33.00/18 Va 96.

sich von Regelungen zu trennen, über die *Bartlsperger* schon 1969 geschrieben hat, „eine befriedigende Ordnung dieses Bereichs der Straßenbenutzung ist auf Grundlage des gegenwärtigen Gesetzesrechts nur schwer zu erreichen¹⁰⁷“.

3. Anliegergebrauch

Als Sondernutzungen sieht das Bundesfernstraßengesetz auch die sog. Anliegernutzungen – Zufahrten und Zugänge – außerhalb von Ortsdurchfahrten an, wenn sie neu angelegt oder geändert werden, vgl. § 8a FStrG. Ähnliche Regelungen finden sich in den Straßengesetzen der Länder Brandenburg, Hamburg, Sachsen-Anhalt und Thüringen¹⁰⁸.

Innerhalb von Ortsdurchfahrten soll es sich beim Anliegergebrauch weder um Sondernutzungen, auf die der Anlieger Anspruch hat, noch um eine besondere Nutzungsform zwischen Gemeingebrauch und Sondernutzung handeln¹⁰⁹, vielmehr wird er als sogenannter Gemeingebrauch in einer durch die Ortsbezogenheit gesteigerten Form betrachtet. Begründet wird diese Beurteilung damit, daß sie die notwendige Folge des Umkehrschlusses aus § 8a FStrG ist und in Übereinstimmung mit der allgemeinen Auffassung und dem Herkommen steht und es sich daher um Straßennutzungen im Rahmen des grundsätzlich erlaubnisfreien Gemeingebrauchs handelt¹¹⁰. Dieser Schluß ist nicht zwingend. Da es sich hier ebenfalls um eine Straßenbenutzung außerhalb der Widmung handelt, muß der Anliegergebrauch bei bestehenden Zufahrten oder Zugängen innerhalb von Ortsdurchfahrten auch als Sondernutzung betrachtet werden. Die Zustimmung zur Nutzung hat der Gesetzgeber in diesen Fällen durch das Gesetz unmittelbar erteilt¹¹¹. Einer erneuten Zustimmung oder Erlaubnis des Baulastträgers bedarf es erst, wenn die Zufahrt oder der Zugang geändert wird.

107 *Bartlsperger*, Die Bundesfernstraßen als Verwaltungsleistung (Fn. 74), S. 21.

108 § 14 Abs. 4 BbgStrG; § 14 Abs. 4 SachsAnhStrG, § 14 Abs. 4 ThürStrG.

109 *Hartmut Maurer*, Die Anliegernutzung, in: *Bartlsperger/Blümel/Schroeter* (Hrsg.), FS Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, 1980, S. 115 ff. (133); *Kissner*, Sondernutzungen (Fn. 3), *Speyerer Forschungsberichte* 75, S. 47; *Grote*, in: *Kodal / Krämer* (Hrsg.), Straßenrecht (Fn. 14), Kap. 25, Rdnr. 16.

110 So *Grote*, in: *Kodal/Krämer* (Hrsg.), Straßenrecht (Fn. 14), Kap. 25, Rdnr. 34.

111 So auch *Salzwedel*, in: *Schmidt-Abmann* (Hrsg.), BesVerwR (Fn. 25), Rdnr. 31, m.w.N.

C. Kosten

Problematisch ist bei allen Straßennutzungen außerhalb des Gemeingebrauchs die Frage, wer die damit verbundenen Kosten trägt. Diese Frage stellt sich insbesondere, wenn eine Straßenänderung – Kurvenstreckung oder Ausbau – Auswirkungen auf die Straßennutzung hat.

Bei öffentlich-rechtlich geregelten Sondernutzungen von Bundesfernstraßen ist die Regelung in § 8 Abs. 2 a FStrG einschlägig. Hiernach hat der Sondernutzer alle Änderungskosten zu tragen. Ebenso hat ein Nutzer gemäß § 7a FStrG alle Kosten zu tragen, wenn die Straße wegen der Art des Gebrauchs aufwendiger hergestellt oder ausgebaut werden muß.

Problematisch sind insbesondere Kosten- und Folgekostenfragen in den vielen Fällen der privatrechtlich geregelten Sondernutzung¹¹². Die Straßenbaulastträger erbringen z.B. Vorleistungen, um spätere Sondernutzungen ohne größere Beeinträchtigungen oder Schäden zu ermöglichen. So werden an Brücken von vornherein Leerrohre eingebaut, um spätere Leitungsverlegungen einfacher durchzuführen. Die damit verbundenen Kosten tragen die Straßenbaulastträger. Durch Aufgrabungen im Straßenraum steigt der Erhaltungsbedarf der Straßen und damit auch die Kosten¹¹³, daneben wird dadurch die Nutzungsdauer der Straßen erheblich verkürzt. Auch die damit verbundenen Kosten tragen bislang allein die Straßenbaulastträger, es gibt keine Kostenbeteiligung der Sondernutzer.

Die Problematik der Folgekosten – das sind Kosten für Änderungen an Anlagen des Sondernutzers in Folge von Straßenbaumaßnahmen des jeweiligen Straßenbaulastträgers – ist im wesentlichen geklärt. Offen sind hier noch Fragen im Zusammenhang mit der Überleitung von Mitbenutzungsrechten an Straßen durch Versorgungsleitungen in den neuen Ländern¹¹⁴.

112 Hierzu *Friedrich Schlosser*, Enteignungsrecht und Folgekostenproblematik bei straßenbaubedingter Verlegung von Versorgungsleitungen, Bay.VBl. 1982, S. 545 ff.

113 So *Peter von Becker* in einem Bericht zum Thema „Einflüsse von Aufgrabungen auf die Nutzungsdauer von Fahrbahnbefestigungen“, anlässlich des FGSV-Kolloquiums Kommunalen Straßenbau am 20./21. März 1996 in Fulda, *Straße und Autobahn 1996*, S. 543 f.; ebenso *Joachim Marggraf* u.a., Empfehlungen für das Verfahren des Zusammenwirkens bei Aufgrabungen in öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen, *Straße und Autobahn 1992*, S. 218 ff.

114 Hierzu *Ronellenfitsch*, Folgekosten (Fn. 13), *Speyerer Forschungsberichte 157*, S. 67 ff.; *ders.*, *Straße und Energieversorgung im Konflikt. Ein Beitrag zur rechtlichen Problematik der Folgekosten*, Berlin 1996; *Kempfer*, in: *Kodal/Krämer* (Hrsg.), *Straßenrecht*, Kap. 27, Rdnr. 30; *Andreas Krüger*, in: *Obernolte/Danner*, *Kommen-*

D. Zusammenfassung

Die Unterscheidung zwischen Sondernutzung und Gemeingebrauch ist nicht nur zeitgemäß sondern dringender denn je, um den steigenden Ansprüchen an den Verkehrsweg Straße, sei es durch den Straßenverkehr oder durch Sondernutzungen, gerecht zu werden.

Zwischen den unterschiedlichen Straßenbenutzungen besteht eine klare Hierarchie: dem Vorrang des Straßenverkehrs und der Verkehrssicherheit haben sich alle anderen Nutzungen – auch wenn diese im öffentlichen Interesse liegen – unterzuordnen.

Die klare Hierarchie der Nutzungen sollte dadurch zum Ausdruck gebracht werden, daß man sich von privatrechtlichen Regelungen bei Sondernutzungen der Straßen trennt. Die privatrechtliche Straßenbenutzung beruht auf einer politischen Entscheidung, die heute nicht mehr zeitgemäß ist. Der Gesetzgeber hat im Gegenteil bei der Regelung der Wegerechte im Telekommunikationsgesetz bewußt eine öffentlich-rechtliche Regelung gewählt.

Die Praxis von Sondernutzung und Gemeingebrauch ist historisch gewachsen und von Literatur, Verwaltung und Rechtsprechung weiterentwickelt worden. Daraus hat sich eine Gemengelage entwickelt, über die sich trefflich streiten läßt, die aber in der praktischen Anwendung unübersichtlich ist. Deshalb wäre der Verzicht auf die privatrechtliche Regelung auch ein Beitrag zur Verwaltungsvereinfachung.

Die Entwicklung der privatrechtlichen Ausgestaltung der Mitbenutzung von Straßen mit einer Vielzahl von Einzelfallregelungen seit 1953 spricht nicht für eine Beibehaltung der Unterscheidung zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Sondernutzung. Insbesondere zeigen die funktionierenden Regelungen der Straßenbenutzung in Hamburg und Berlin, daß auch mit öffentlich-rechtlichen Regelungen gute Erfahrungen gemacht werden.

Ziel aller Überlegungen muß es auch sein, den handelnden Verwaltungen klare und einfache Regelungen für die praktische Arbeit an die Hand zu geben. Zum einen, um die Mobilität auf dem Verkehrsweg Straße zu erhalten,

tar zum Energiewirtschaftsrecht Bd. 1; Kap. V A VII, Versorgungsleitungen und öffentliche Wege in den neuen Ländern; *Per Seeliger*, Die Mitbenutzung von öffentlichen Verkehrswegen durch Versorgungsleitungen in den neuen Bundesländern, RdE 1993, S. 103 ff.; *ders.*, Die Benutzung fremder Grundstücke durch Leitungen der öffentlichen Versorgung in den neuen Bundesländern, DtZ 1995, S. 34 ff.; *Peter J. Tettinger*, Zur Kostentragung bei straßenbaubedingten Änderungen an Energieversorgungsanlagen in den neuen Bundesländern nach Maßgabe der energie- und straßenrechtlichen Bestimmungen der ehemaligen DDR, 1996.

in deren Entwicklung ein „unglaubliches“ Potential gesehen wird¹¹⁵, zum anderen aber auch, um privaten Investoren, die auf die Nutzung des Verkehrsweges Straße über den Gemeingebrauch hinaus angewiesen sind, Investitionssicherheit zu geben.

115 So der Mercedes-Vorstand *Helmut Werner* anlässlich der Eröffnung des diesjährigen Pariser Autosalons, Frankfurter Rundschau vom 12.10.1996; siehe auch: *Michael Ronellenfitsch*, Mobilität: Vom Grundbedürfnis zum Grundrecht, DAR 1992, S. 321 ff; *ders.*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Vorbemerkungen zur Mobilität mit dem Auto, DAR 1994, S. 7 ff.; *Horst Sandler*, Wundersame Vermehrung von Grundrechten – insbesondere zum Grundrecht auf Mobilität und Autofahren, NJW 1995, S. 1468 f.

Werbung und „Straßenkommunikation“ in der Mehrzweckordnung öffentlicher Straßen

Von *Richard Bartlsperger*

Die Nutzung öffentlicher Straßen für Werbezwecke und sonstige öffentliche Kommunikation teilt nach einer die gegenwärtige Gerichts- und Verwaltungspraxis bestimmenden und zur breiten Anerkennung gelangten Rechtsauffassung den Freiheitsstatus kommunikativer Grundrechte¹. Danach gelten die öffentlichen Straßen als grundrechtlicher Freiheitsraum. Die straßenrechtliche Benutzungsordnung sieht sich im Prinzip einer individuellen „Rechtsmacht über die Straße“ unterworfen. So erweist sich die „Straßenkommunikation“ heute als ein Normbereich des Straßenrechts, in dem die Straßengesetze bis

1 Verwaltungsrechtsprechung: BVerfG, B. v. 18.10.1991 (Kammerbeschluß), NVwZ 1992, 53 f.; BayVerfGH, E. v. 5.8.1977, BayVBl. 1977, 631 ff.; BVerwG, U. v. 7.6.1978 (VII C 5.78 und 6.78), DÖV 1978, 887 ff. = DVBl. 1979, 157 ff. bzw. DÖV 1978, 898 ff.; U. v. 9.11.1989, DÖV 1990, 252 f. = NJW 1990, 2011 ff. = JZ 1990, 336 ff. = JA 1990, 246 ff.; BVerwG, B. v. 12.8.1980, DÖV 1981, 226 ff.; BVerwG, U. v. 24.8.1994, NVwZ-RR 1995, 129 f.; OVG Berlin, U. v. 1.6.1973, NJW 1973, 2044; HessVGH, U. v. 21.9.1993, NVwZ 1994, 189 ff.; OVG Lüneburg, U. v. 11.3.1985, DÖV 1985, 688 und v. 23.4.1992, NVwZ-RR 1993, 393 ff.; OVG NRW, B. v. 15.5.1987, NVwZ 1988, 269 ff.; VGH BW, U. v. 17.8.1988, NJW 1989, 1299 ff.; VG Berlin, U. v. 12.10.1988, NJW 1989, 2559 f.; VG Meiningen, U. v. 22.10.1993, LKV 1994, 231.

Zur im wesentlichen vorausgegangenem Rspr. d. OLG *Steinberg*, NJW 1978, 1898.

Zur entsprechenden verfassungsgerichtlichen Gewährleistung von Wahlwerbung BVerwG, U. v. 7.6.1978 (VII C 5.78 und 6.78), a.a.O.; BayVGH, B. v. 3.5.1978, BayVBl. 1978, 467 f.; OVG Schleswig, U. v. 25.6.1991, NVwZ 1992, 70 ff.

Schrifttum: *Steinberg*, NJW 1978, 1898 ff.; *Steinberg/Herbert*, JuS 1980, 108 ff.; *Steinberg/Hartung*, JuS 1990, 795 ff.; *Stock*, Straßenkommunikation als Gemeingebrauch, 1979; *Hufen*, DÖV 1983, 353 ff.; *Bismark*, NJW 1985, 246 ff.; *Goerlich*, DÖV 1989, 130 ff.; *ders.*, Jura 1990, 415 ff.; *Würkner*, NJW 1989, 1266 ff.; *ders.*, NJW 1990, 2013 f.; *J. Meyer*, DÖV 1991, 542 ff.; *Salzwedel*, in: Schmidt-Abmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, Rdnrn. 28 f.

Darstellungen: *Thiele*, DVBl. 1980, 977; *ders.*, GewArch. 1981, 145 ff.; *Heinz*, JA 1990, 246 ff.; *Lorenz*, JuS 1993, 375 ff.; *Grote*, in: Kodal/Krämer, Straßenrecht, 5. Aufl. 1995, Kap. 24, Rdnrn. 5 ff. und 22 ff. sowie Kap. 26, Rdnrn. 52 ff.; grundsätzlich und vorwiegend kritisch *Meissner*, JA 1980, 583 ff.; *Laubinger*, VerwArch. 1990, 583 ff.; *Enders*, VerwArch. 1992, 527 ff.

hin zu ihren institutionellen und rechtskonstruktiven Grundlagen ein völliges Desaster erlebt haben. Nicht anders läßt sich die prinzipielle Situation der straßenrechtlichen Benutzungsordnung bezeichnen.

I. Die prinzipielle Situation der straßenrechtlichen Benutzungsordnung

1. Der Vorgang ist rechtstheoretisch außerordentlich. Denn der straßenrechtlichen Benutzungsordnung hat es seit der heutigen straßenrechtlichen Zeitrechnung, die mit dem Bundesfernstraßengesetz (FStrG) von 1953 und den diesem Leitgesetz ganz überwiegend folgenden Landesstraßengesetzen begonnen hat², keineswegs an einem entschiedenen und deutlichen Rechtssetzungswillen ermangelt. Dies gilt jedenfalls uneingeschränkt für den Gemeingebrauch öffentlicher Straßen. Nach sämtlichen Straßengesetzen ist jedermann im Rahmen der jeweiligen straßenbehördlichen Widmung der nutzungsrechtliche Gebrauch öffentlicher Straßen zum „Verkehr“ zulassungsfrei eröffnet worden³. Hiermit hat der straßenrechtliche Gemeingebrauch auf der gesetzlichen Ebene und mit Verbindlichkeit auch für die örtlichen Straßen und Wege eine Beschränkung auf eine Straßenbenutzung erfahren, die objektiv und vorwiegend zum Zweck der Fortbewegung erfolgt, einschließlich eines Aufenthalts auf öffentlichen Straßen, der vorwiegend keinem anderen Zweck dient als der individuellen Bewegung und Kontaktaufnahme. Die öffentliche „Straßenkommunikation“ sollte hierzu nicht zählen. Ebenso für die über den Gebrauch zum „Verkehr“ hinausgehenden Sondernutzungen, also auch für die „Straßenkommunikation“, haben das FStrG und die Landesstraßengesetze drei normativ eindeutige und nicht mehr weiter konkretisierungsfähige Grundentscheidungen getroffen. Danach erstreckt sich die Straßenhoheit der Straßenverwaltung, regelmäßig unter Ausschluß einer Wahrnehmungskompetenz des Straßeneigentümers, auf alle Sondernutzungen⁴, wobei die funktionale Behördenzuständigkeit überwiegend bei der Straßenbauverwaltung liegt, nach drei besonderen landesrechtlichen Regelungen bei der Straßen- beziehungsweise

2 Zur Kodifikationsepöche des gegenwärtigen Bundes- und Landesstraßenrechts *Kodal*, in: *Kodal/Krämer*, a.a.O., Kap. 2, Rdnrn. 36 ff.

3 *Grote*, in: *Kodal/Krämer* (Fn. 1), Kap. 24, Rdnrn. 9 und 18 ff.; zur systematischen Stellung des straßenrechtlichen Gemeingebrauchs und zum gemeingebrauchlichen Verkehrsbegriff *Laubinger*, *VerwArch.* 1990, 583/601 ff.; *Messer*, *Die Sondernutzung öffentlicher Straßen*, 1990, S. 100 ff.; *Enders*, *VerwArch.* 1991, 527/542 ff.

4 Zur Unterstellung des Sondernutzungsregimes unter die Straßenhoheit grundsätzlich *Köttgen*, *Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative*, 1961, S. 24 ff.; dazu *Forsthoff*, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Erster Band – Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1973, S. 395 und *Messer*, a.a.O., S. 72 ff.

Wegeaufsichts- oder der Ortspolizeibehörde⁵. Dies gilt selbst für den regelmäßig in die Straßengesetze aufgenommenen Ausnahmeverbehalt zugunsten einer privatrechtlichen Regelung der Leitungsverlegung für Zwecke der öffentlichen Versorgung⁶. Die Anknüpfung dieser besonderen Regelung an die überkommene eigentumsrechtliche Sondernutzungs konstruktion kann allenfalls noch materiell eine privatrechtliche Wirkung entfalten⁷. Dagegen ist die Wahrnehmungsbefugnis auch insofern auf die Straßenverwaltung übergeleitet worden. Die weiteren, außerhalb der Straßengesetze geregelten besonderen Gebrauchs- beziehungsweise Teilhaberechte an öffentlichen Straßen für die Telekommunikation und bestimmte Verkehrseinrichtungen haben ohnedies öffentlichrechtliche Natur und begründen damit ebenfalls eine öffentlichrechtliche Zweckbestimmung der öffentlichen Straßen⁸. Schließlich und vor allem haben die Straßengesetze die straßenbehördliche „Erlaubnis“ beziehungsweise Gestattung von Sondernutzungen regelmäßig dem Ermessen der Straßenverwaltung anheim gegeben⁹. Dies ist entweder durch die ausdrückliche Hinzu-

5 Letztere Regelungen in §§ 11 f. BerlStrG, §§ 18 f. BremLStrG, § 19 HbgWG; Zuständigkeit der Straßenbauverwaltung im übrigen: § 8 FStrG, §§ 16 und 21 StrGBW, Art. 18 und 21 BayStrWG, §§ 18 und 23 BbgStrG, §§ 16 und 20 HessStrG, §§ 22 und 30 StrWGMV, §§ 18 und 23 NStrG, §§ 18 und 23 StrWGNW, §§ 42 und 45 LStrGRP, § 18 und 22 SaarlStrG, §§ 18 und 23 SächsStrG, §§ 18 und 23 StrGLSA, §§ 21 und 28 StrWGSH, §§ 18 und 23 ThStrG.

6 Nachw. Fn. 5; Ausnahme § 19 HbgWG.

7 Zu diesem Fragenbereich *Kempfer*, in: Kodal/Krämer (Fn. 1), Kap. 27, Rdnrn. 6 ff.

8 Traditionelles Fernmeldeleitungsrecht nach dem TWG 1899 i.d.F. 1991, inzwischen abgelöst durch die Regelungen über die Benutzung von „Verkehrswegen“ durch Telekommunikationslinien nach §§ 50 ff. TKG 25.7.1996 (BGBl. I S. 1120); Straßenbenutzungsrecht von schienen- und leitungsgebundenen Verkehrseinrichtungen nach §§ 28 ff. bzw. 41 PBefG; Straßenbenutzung durch Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs und Anschlußbahnen in der Querrichtung nach dem EKrG. Dazu bei *Kempfer*, a.a.O., Kap. 27, Rdnrn. 124 ff., 155 ff., 181 ff.

Die künftige Regelung zur Straßenbenutzung für die leitungsgebundene Versorgung mit Elektrizität und Gas in einem neuen Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) oder durch die Straßengesetze ist nach einem Reg.Entw. EnWG (BR-Drs. 806/96) derzeit noch offen.

9 Allgemeine Auffassung; beispielhaft, einschließlich der Frage nach dem Umfang des Ermessens, BVerwG, U. v. 9.11.1989, DÖV 1990, 252/253; OVG Schleswig, U. v. 25.6.1991, NVwZ 1992, 70 f.; BayVGH, B. v. 10.8.1993, NVwZ 1994, 187 f.; HessVGH, U. v. 21.9.1993, NVwZ 1994, 189 ff.; VG Berlin, B. v. 2.5.1991, LKV 1991, 247 sowie *Steinberg*, NJW 1978, 1898/1901 f.; *Löhr*, NVwZ 1983, 20 f.; *W. Schmidt*, NVwZ 1985, 167 ff.; *Keppeler*, Die Grenzen des behördlichen Versaumgsermessens, 1989, S. 35 ff. und 181 ff.; *Messer* (Fn. 3), S. 15 ff.; *Grote*, in:

fügung geschehen, daß nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden sei¹⁰, oder durch die explizite Feststellung, daß ein Rechtsanspruch auf eine Erlaubnis nicht bestehe¹¹, oder schließlich überwiegend durch ein beredtes Schweigen über Erteilungsvoraussetzungen beziehungsweise Versagungsgründe¹². Lediglich in zwei Landesstraßengesetzen sollte durch eine ausdrückliche Festlegung von offenkundig abschließenden Versagungsgründen die öffentlichrechtliche Sondernutzungserlaubnis anscheinend als rechtsgebundene Entscheidung ausgestaltet werden¹³. Von diesen beiden Sonderfällen abgesehen ist danach die Zulassung zur Sondernutzung öffentlicher Straßen als „Erlaubnis“ geregelt worden, die lediglich nach allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen, insbesondere nach dem generellen Willkürverbot, formell anspruchsgewunden ist. Materiell ist es dagegen bei der Rechtszuständigkeit und Befugnis der Straßenverwaltung geblieben, die Zulassung zu einer Sondernutzung als Gewährung einer nutzungsrechtlichen Verwaltungsleistung im Wege des Ermessens vorzunehmen oder zu versagen¹⁴. Soweit nach Landesstraßengesetzen das Sondernutzungsregime in nutzungsrechtlicher Hinsicht ausnahmsweise weiterhin im Sinne einer traditionellen privatrechtlichen Sondernutzungstheorie an eine eigentumsrechtliche Gestattung oder Zustimmung anknüpft, ist hierdurch die Zulassung zur Sondernutzung sogar mit besonderem Nachdruck einer ermessensweisen „Bewirtschaftung“ der Straßenbenutzung vorbehalten worden. Solche Regelungen kennen jedoch nur noch zwei Landesstraßengesetze und lediglich für den Fall eines Straßeneigentums Dritter¹⁵.

Zusammengefaßt liegt somit den genannten Regelungen der heutigen Straßengesetze der wesentliche und eindeutige legislative Wille zugrunde, potentiellen Straßenbenutzern keine individualrechtliche „Rechtsmacht über die Straße“ einzuräumen. Materiell rechtsbegründend soll vielmehr erst die behördliche Gewährung eines subjektiven Nutzungsstatus durch die Straßenver-

Kodal/Krämer (Fn. 1), Kap. 26, Rdnr. 14; *Salzwedel*, in: Schmidt-Aßmann (Fn. 1), Rdnr. 34; *Steiner*, in: Steiner (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 5. Aufl. 1995, V, Rdnr. 115.

10 § 16 Abs. 2 Satz 1 StrGB-W, § 18 Abs. 4 Satz 1 BremLStrG.

11 § 19 Abs. 1 Satz 3 HbgWG.

12 Nachw. Fn. 5.

13 § 11 Abs. 2 BerlStrG, § 18 Abs. 2 Satz 3 BbgStrG.

14 Diese legislative, ursprüngliche Begriffsbestimmung der Sondernutzungserlaubnis als ermessensweise Gewährung einer straßenhoheitlichen Verwaltungsleistung ist allerdings in Rspr. und Schrifttum (Fn. 9) in Vergessenheit geraten bzw. aufgegeben worden.

15 § 18 Abs. 7 BerlStrG, § 18 Abs. 4 Satz 4 Halbsatz 2 BremLStrG.

waltung sein. Dabei ist allgemein rechtsbegründend nach den Straßengesetzen ausschließlich die verwaltungsbehördliche Widmung einer öffentlichen Straße für den Gemeingebrauch zum „Verkehr“. Im übrigen kennen die Straßengesetze weder einen Rechtsanspruch „auf“ Begründung und Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs¹⁶ noch, von den zwei erwähnten landesrechtlichen Regelungen abgesehen, ein individuell konkretes Recht auf Sondernutzungen¹⁷. Die Benutzung öffentlicher Straßen hat also regelmäßig eine legislative Ordnung erfahren, nach der Benutzungsrechte ausschließlich nach Maßgabe behördlichen Ermessens in bezug auf die Gewährung einer Verwaltungsleistung begründet werden. Für die ganz überwiegende Mehrzahl der Straßengesetze bestehen somit subjektive Nutzungsrechte an den Straßen ausschließlich als ein erst im Wege straßenbehördlichen Ermessens begründeter status positivus¹⁸.

Damit stellt sich die in den Straßengesetzen regelmäßig festgelegte und gewollte straßenrechtliche Benutzungsordnung als ein Verwaltungsbereich dar, der im Sinne der Gewaltenteilung durch einen originären Verwaltungsvorbehalt geprägt ist¹⁹. Weder hat die Legislative insofern die Straßenverwaltung unter die Rechtsmacht materieller subjektiver öffentlicher Rechte des Einzelnen gestellt noch sollte auf diese Weise die rechtsprechende Gewalt in den Stand gesetzt werden, in materieller Hinsicht eine Letztentscheidung in Fragen der straßenrechtlichen Benutzungsordnung beanspruchen zu können. Im Sinne einer funktionalen Gewaltenteilung erweist sich die gesetzlich geregelte Benutzungsordnung öffentlicher Straßen grundsätzlich als Vorbehaltsbereich einer materiell ermessensweisen Leistungsverwaltung. Deshalb allein

16 Grote, in: Kodal/Krämer (Fn. 1), Kap. 24, Rdnrn. 46 f. m.Nachw., auch zum ausdrücklichen straßengesetzlichen Ausschluß eines solchen Rechtsanspruchs.

17 Fn. 10 bis 13.

18 Der staatsrechtliche status positivus bedeutet einen unmittelbaren Rechtsanspruch des Einzelnen gegenüber Hoheitsträgern auf Erfüllung einer Aufgabe bzw. Gewährung einer Leistung aufgrund eines Zusammenfalles von hoheitlicher Gemeinwohlkonstituierung und individuellem Interesse (G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 114 ff.; Rupp, Grundfragen des heutigen Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 1991, S. 265); zur Statuslehre grundsätzlich G. Jellinek, a.a.O., insb. S. 83 f., 87 und Rupp, a.a.O., S. 153 ff.

19 Dieser bedeutet ein eigenes Gewicht, eine eigene Funktion und eine eigene Befugnis der Verwaltung im Verhältnis zu Parlamenten und zur parlamentarischen Gesetzgebung sowie zu gerichtlicher Kontrolle, Staatsaufgaben zu erfüllen und Gemeinwohl zu konstituieren (BVerfG, B. v. 8.8.1978, BVerfGE 49, 89/124 ff.; Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl. 1994, § 12, Rdnr. 10 und § 24, Rdnr. 18 m. Nachw.).

erscheint es rechtsbegrifflich gerechtfertigt und sinnvoll, von der „Staatlichkeit“ öffentlicher Straßen zu sprechen²⁰. Hierdurch gelangt zum Ausdruck, daß die betreffenden Straßengesetze in ihrer straßenrechtlichen Benutzungsordnung die Verwaltung in deren Vorbehaltsbereich staatlicher Gemeinwohlkonstituierung „recht eigentlich sie selbst“²¹ sein lassen wollten und nicht bereit waren, die öffentlichen Straßen der Rechtsmacht einzelner und einer daraus resultierenden „Partikularisierung“ auszuliefern.

2. Seit geraumer Zeit hat sich jedoch die „normbildende“ Konkretisierung des Straßenrechts durch die Rechtsprechung in eine gerade entgegengesetzte Richtung entwickelt²². Ein teils engagiertes, teils unbedacht folgendes Schrifttum hat hierbei Unterstützung geleistet²³. Zwischenzeitlich ist eine „Partikularisierung“ der Rechtsmacht über die Benutzung öffentlicher Straßen zugunsten der Einzelnen bei aller vorhandenen Differenzierung der Meinungen allgemeine Praxis. Dabei ist der individuellen beziehungsweise partikularen Beanspruchung von Straßenbenutzungsrechten für politische Kommunikation ersichtlich die ideologische Führungsrolle zugefallen²⁴. Die Straßenbenutzung für Wirtschaftswerbung ist in der individualrechtlichen Besitzergreifung öffentlicher Straßen nachgefolgt, wenn auch mit deutlicher Nachrangigkeit wegen des erkennbar verbreiteten „werttheoretischen“ Ressentiments gegen den „Kommerz“²⁵. Nicht zuletzt hat sich auch die „Straßenkunst“ einem

20 Zur „Staatlichkeit“ öffentlicher Straßen als staatsrechtlicher Statusfrage öffentlicher Sachen *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 329 ff.; zur rechtstheoretischen und rechtsdogmatischen Frage des sachenrechtlichen Status öffentlicher Straßen *Kodal*, in: *Kodal/Krämer* (Fn. 1), Kap. 5, Rdnr. 49.3.

21 *Forsthoff* (Fn. 4), S. 81.

22 Nachw. Fn. 1.

23 Nachw. Fn. 1.

24 *Meissner*, JA 1980, 583 f.; vor allem unter diesem gegen eine angebliche „Grundrechtsbewirtschaftung“ im Straßenrecht gerichteten Gesichtspunkt erfolgt die Problementwicklung bei *Stock* (Fn. 1), S. 13 ff.; zur politischen Straßenkommunikation ferner *Grote*, in: *Kodal/Krämer* (Fn. 1), Kap. 26, Rdnrn. 57 ff.

25 Insofern erkennbar zu einem vergleichswisen Wertungsvorrang politischer Straßenkommunikation HessVGH, B. v. 30.3.1983, NJW 1983, 2280; OVG Hamburg, B. v. 27.2.1985, GewArch. 1985, 279/280; OVG NRW, B. v. 15.5.1987, NVwZ 1988, 269/270 f.; VG Berlin, B. v. 17.10.1990, LKV 1991, 44 = NVwZ 1991, 199 (LS) und *Steinberg*, JuS 1990, 795/797 gegen *M. Schröder*, DV 1977, 463; kritisch dazu auch *J. Meyer*, DÖV 1991, 542/549 ff.

hoheitlichen Ermessensregime über die Straßenbenutzung als überlegen erwiesen; dies gilt jedenfalls in der Grundsatzfrage des Benutzungsstatus und hat in der zulassungsfreien Straßenbenutzung bei „spontaner Straßenkunst“ ausdrückliche Anerkennung gefunden²⁶.

Im übrigen erscheint eine getrennte rechtsdogmatische Erfassung und Beurteilung der genannten Fallgruppen einer „Straßenkommunikation“ weder sinnvoll noch überhaupt möglich. Zwischen der Straßenbenutzung für wirtschaftliche Werbung, das heißt für den traditionell so bezeichneten Bereich der Reklame oder der Außenwerbung, sowie den verschiedenen Straßenbenutzungsvorgängen für politische und weltanschauliche Werbung, Parteien- und Wahlkampfwerbung besteht in den rechtsdogmatischen Grundfragen des straßenrechtlichen Benutzungsstatus kein Unterschied. Gleiches gilt sogar für die „Straßenkunst“, für die unter Berufung auf den grundrechtlichen Schutz der Wirkungsfreiheit von Kunst nach Art. 5 Abs. 3 GG eine Straßenbenutzung ebenfalls erfolgreich als kommunikative Inanspruchnahme öffentlicher Straßen reklamiert wird²⁷. Daher läßt sich die Werbenutzung öffentlicher Straßen als rechtsdogmatisches Thema nur unter der umfassenden und einheitlichen Fragestellung behandeln, die den gesamten Bereich der „Straßenkommunikation“ betrifft. Damit nicht genug, geht es aus Anlaß der „Straßenkommunikation“ um den Zustand der straßenrechtlichen Benutzungsordnung überhaupt. In deren zwischenzeitlichem Erscheinungsbild, wie es heute überwiegend interpretiert und von der Rechtsprechung trotz vielfältiger Unterschiede in einzelnen Punkten geprägt ist, gelten die öffentlichen Straßen als ein grundrechtlicher „Freiheitsraum“ für jede Art von „Straßenkommunikation“, in dem die Straßenverwaltung der individuell beanspruchten „Rechtsmacht über die Straße“, wenn überhaupt, dann nur noch mit rechtlich eng begrenzten sogenannten „straßenbezogenen“ Belangen gegenüberreten kann²⁸.

Zur wirtschaftlichen Außenwerbung im übrigen *Hufnagel*, Straßenbenutzung für Zwecke der Außenwerbung, in: Bartlsperger/Blümel/Schroeter (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, 1980, S. 157 ff.

- 26 BVerwG, U. v. 9.11.1989, DÖV 1990, 252 ff. (weitere Fundstellen Fn. 1); VGH BW, U. v. 17.8.1988, 1989, 1299 ff.; *Hufen*, DÖV 1983, 353 ff.; *ders.*, JZ 1990, 339 f.; *Bismark*, NJW 1985, 246 ff.; *Goerlich*, DÖV 1989, 130 ff.; *ders.*, Jura 1990, 45 ff.; *Würkner*, NJW 1989, 1266 ff.; *ders.*, NJW 1990, 2013 f.; *Laubinger*, VerwArch. 1990, 583/593 ff.; *Steinberg/Hartung*, JuS 1990, 795 ff.; *J. Meyer*, DÖV 1991, 542/544 und 547 f.
- 27 Nachw. Fn. 26, insb. BVerwG, U. v. 9.11.1989, a.a.O.
- 28 Im Grunde die gesamte hierfür in Fn. 1 angeführte Rspr. und Lit.; auswahlweise: BVerwG, B. v. 12.8.1980, DÖV 1981, 226 f.; BVerwG, U. v. 9.11.1989, a.a.O. und v. 24.8.1994, NVwZ-RR 1995, 129; HessVGH, B. v. 3.4.1987, DÖV 1987,

Deren Zweck und Umfang soll entweder lediglich noch durch eine „Ausgleichs- und Verteilungsfunktion“ im Verhältnis der beanspruchten Straßenbenutzungen²⁹ oder durch gestalterische Anforderungen im sogenannten „Umfeld“ einer Straße bestimmt sein³⁰. Elemente eines leistungsgewährenden Verwaltungsermessens sind folglich einer Betrachtung der straßenrechtlichen Benutzungsordnung als rechtlicher Eingriffsverwaltung gewichen. Danach werden die Straßenbenutzungen erkennbar einem den Straßengesetzen vorgegebenen verfassungsrechtlichen status negativus der Straßenbenutzer zugeordnet, der gegenüber einer von der Straßenverwaltung möglicherweise unternehmenen Nutzungsversagung gegebenenfalls ein eingriffsrechtliches Abwehrrecht begründet³¹. Das hiermit beschriebene Desaster einer umfassenden und prinzipiellen Uminterpretation der Straßengesetze in das gerade Gegenteil ihrer legislativen Grundentscheidungen ist augenscheinlich. Im wesentlichen haben daran drei Faktoren Anteil. Sie sind teils allgemeiner politischer und sozialer Natur³², teils handelt es sich um die Wirkungsgeschichte der heute verbreiteten Grundrechtstheorie von einer „prinzipiellen“ Mitnormierung aller Rechtsverhältnisse durch grundrechtliche „Werte“³³, teils ist eine nachweisli-

876/877; HessVGH, U. v. 21.9.1993, NVwZ 1994, 189/190; OVG Lüneburg, U. v. 23.4. 1992, NVwZ-RR 1993, 393.

29 Dazu insb. BVerwG, B. v. 12.8.1980, a.a.O.; OVG Hamburg, B. v. 27.2.1985, GewArch. 1985, 279/280; OVG Lüneburg, U. v. 23.4.1992, a.a.O.; VG Berlin, U. v. 12.10.1988, NJW 1989, 2559; *Steinberg/Hartung*, JuS 1990, 795/800 f.; *J. Meyer*, DÖV 1991, 542/543.

30 Dazu insb. HessVGH, B. v. 3.4.1987, DÖV 1987, 876/877; HessVGH, U. v. 21.9.1993, NVwZ 1994, 189/190; OVG Lüneburg, U. v. 23.4.1992, a.a.O.

31 Ebenfalls generell die betreffende Rspr. und Lit. (Fn. 1), insb. BVerwG, U. v. 24.8.1994, NVwZ-RR 1995, 129; HessVGH, B. v. 3.4.1987, a.a.O.; OVG Schleswig, U. v. 25.6.1991, NVwZ 1992, 70; BayVGH, B. v. 10.8.1993, NVwZ 1994, 187/189; *Löhr*, NVwZ 1983, 20; *W. Schmidt*, NVwZ 1985, 167/169.

32 Fn. 24.

33 Spezifisch für den gegenständlichen Bereich der straßenrechtlichen Benutzungsordnung Nachw. zum Schrifttum in Fn. 1.

Allgemein zum Verständnis der Grundrechte als objektiver Wertordnung *Dürig*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, Grundgesetz, Bd. I, Art. 1, Rdnrn. 5 ff.; *Stern*, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, 1992, § 9, Rdnrn. 22 ff. und 38 ff.; *Grimm*, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, S. 221.

Grundrechtstheoretisch und generell normtheoretisch zur konkretisierenden Rechtsanwendung bzw. Normbildung nach (grundrechtlichen) „Prinzipien“ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1986; *ders.*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl. 1991; *ders.*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992; *ders.*, *Recht, Vernunft, Diskurs*,

che Fehlinterpretation der bekannten institutionellen Beschreibung der öffentlichen Straße als „Mehrzweckinstitut“³⁴ zu erkennen.

3. Den sicherlich nachdrücklichsten und nachhaltigsten Einfluß auf die Umkehrung der gesetzlichen Benutzungsordnung öffentlicher Straßen hat der Ende der sechziger Jahre einsetzende Öffentlichkeitswandel genommen³⁵. Im vorliegenden verwaltungsrechtlichen Zusammenhang hat sich dieser Wandel in einer Emanzipationsbewegung weiter Teile einer politisch aktiven Öffentlichkeit gegenüber dem Staat sowie den staatsrechtlichen Organisations-, Verfahrens- und Mitwirkungsformen geäußert, und zwar in doppelter Hinsicht³⁶. Zum einen hat die betreffende politisch engagierte Öffentlichkeit die bloß partizipativen Verfahrens- und Organisationsformen des Staats- und Verwaltungsrechts nicht mehr als hinreichende Mitwirkungs- und Aktionsmöglichkeiten akzeptiert und sich deshalb gegenüber dem rechtlichen System von Politik und Verwaltung in emanzipativen Formen organisiert und aktiviert. Als eine der fundamentalen Voraussetzungen für dieses Engagement hat sie die ungehinderte Inanspruchnahme öffentlicher Straßen als „Freiheitsraum“ für politische Kommunikation erkannt und gefordert³⁷. Die grundrechtliche Freiheit der Versammlung unter freiem Himmel nach Art. 8 GG hat ihr dazu einen naheliegenden Vergleich und Grund zur Geltendmachung einer zulassungsfreien Straßenbenutzung für politische Kommunikation geliefert³⁸. Zum zweiten und zugleich hat sie aufgrund der ihr eigenen generellen emanzipatorischen Ablehnung jeder Art von rechtlich geordneten Verwaltungsverfahren und verwaltungsbehördlichen Entscheidungskompetenzen sowie der „Staatlichkeit“ überhaupt mit Unverständnis und Widerstand gegenüber dem Vorbehalt einer behördlichen Gebrauchserlaubnis für Straßenbenutzungen zur

1995, insb. S. 177 ff.; im Ergebnis vergleichbare strukturelle Normbegründungstheorie bei *F. Müller*, Normstruktur und Normativität, 1966; *ders.*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 1993. Zu diesen v.a. grundrechtlichen Normbegründungstheorien siehe bei *Bartlsperger*, Das Abwägungsgebot in der Verwaltung als objektives und individualrechtliches Erfordernis konkreter Verhältnismäßigkeit, in: *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte* (Hrsg.), Abwägung im Recht, 1996, S. 100 ff.

34 *Köttgen* (Fn. 4), S. 24 ff.

35 Fn. 24.

36 Dazu *Bartlsperger*, VVDStRL 33 (1975), S. 221 ff.

37 Zur Inanspruchnahme eines grundrechtlichen bzw. verfassungsrechtlichen Wertungsvorranges durch die politische Straßenkommunikation in der und gegenüber der straßenrechtlichen Benutzungsordnung Nachw. Fn. 25.

38 Zur freien Straßenbenutzung in Ausübung des Grundrechts der Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit *Grote*, in: *Kodal/Krämer* (Fn. 1), Kap. 26, Rdnrn. 53 ff.

politischen Kommunikation reagiert³⁹. Deshalb ist auch die Durchbrechung des in traditionellen gemeindlichen Werbenutzungsverträgen straßenrechtlich eingeräumten Ausschließlichkeitsrechts von Außenwerbungsunternehmen für die Werbenutzung gemeindlich verwalteter öffentlicher Straßen⁴⁰ zuerst von politisch engagierten Gruppen grundsätzlich und erfolgreich betrieben worden⁴¹. Die Gemeindeverwaltungen haben sich gegenüber solchen Forderungen hilflos und nachgiebig verhalten und die Rechtsprechung hat den betreffenden Rechtsbegehren mit der bislang beibehaltenen Annahme eines grundrechtlichen Status der „Straßenkommunikation“ entsprochen⁴². Die rechtsdogmatische Grundsätzlichkeit dieses Ansatzes hat naturgemäß auch im Bereich der Wirtschaftswerbung Fuß gefaßt und den dort vorhandenen Wettbewerb zwischen den Außenwerbungsunternehmen mobilisiert. Auf diese Weise ist es zum Angriff gegen jede von den Gemeinden vorgenommene Gestaltung oder Beschränkung der Straßenwerbung, insbesondere gegen deren Monopolisierung bei einem Unternehmen, sowie zur individualrechtlichen Einforderung einer Straßenwerbung bis zur Kapazitätsgrenze öffentlicher Straßen gekommen. Die „Straßenkunst“ hat sich in gleicher Weise inspiriert gefühlt⁴³. So hat sich eine die ganze straßenrechtliche Benutzungsordnung erfassende und gegenüber den ersten politischen Anlässen in der Zwischenzeit schon rechtsdogmatisch verselbständigte Grundrechtstheorie der Straßenbenutzung entwickelt.

4. Im Zuge der grundrechtlichen Uminterpretation des Straßenrechts haben die Rechtsprechung sowie das in gleicher Richtung engagierte und folgende Schrifttum den Schutzzweck und den Schutzbereich aller die „Straßenkommunikation“ betreffenden Grundrechte im Ergebnis auf eine grundrechtliche Rechtsmacht gegenüber der Straßenverwaltung ausgedehnt, welche die Voraussetzungen für eine Ausübung kommunikativer Grundrechte im Straßenraum entweder durch eine Zulassungsfreiheit der betreffenden Straßenbenut-

39 Ebenfalls beispielhaft Nachw. Fn. 25.

40 Dazu *Bartlsperger*, Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden, 1975.

41 Zuletzt anlässlich eines solchen Falles gegen die Wirksamkeit gemeindlicher Werbenutzungsverträge OVG Lüneburg, U. v. 23.4.1992, NVwZ-RR 1993, 393 ff. und wegen angeblich mangelnder Revisibilität der (landes-)straßenrechtlichen Fragestellung BVerwG, U. v. 24.8.1994, NVwZ-RR 1995, 129 f.; grundsätzlich a.A. und bejahend zur Gültigkeit der gemeindlichen Werbenutzungsverträge VGH BW, U. v. 14.8.1992, NVwZ 1993, 903 ff. und zuletzt HessVGH, B. v. 10.11.1995 – 2 Tg 2641/95.

42 OVG Lüneburg, U. v. 23.4.1992, a.a.O.

43 Nachw. Fn. 26.

zungen erzwingt oder wenigstens grundsätzlich durch eine behördliche Zulassung zur Straßenbenutzung verschafft. Anerkannt ist danach ein auf die „Straßenkommunikation“ gerichteter benutzungsrechtlicher Grundrechtsstatus für die Glaubens-, Gewissens-, Religions- und Weltanschauungsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG, die Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG als ein auch den sogenannten Wirkungsbereich der Kunst umfassendes Grundrecht und schließlich auch für die von der Wirtschaftswerbung beanspruchte allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG sowie Berufs- und Gewerbefreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG⁴⁴.

Von einer einheitlichen Grundrechtstheorie zum Straßenrecht kann gleichwohl nur in eingeschränktem Maße gesprochen werden. Die betreffenden grundrechtlichen Annahmen sind rechtsdogmatisch schwer und zuweilen überhaupt nicht juristisch nachvollziehbar. Aber im wesentlichen dürften sie ein Spektrum von drei unterschiedlichen Auffassungen zum Grundrechtsstatus der „Straßenkommunikation“ bilden. Einer Statusbetrachtung der kommunikativen Straßenbenutzung, welche diese wohl eher noch als Inanspruchnahme einer Verwaltungsleistung ansieht, folgen diejenigen Erwägungen, nach welchen die betreffenden Grundrechte im Straßenrecht einen Grundrechtsverschaffungsanspruch oder Grundrechtsvoraussetzungsschutz gewähren⁴⁵. Völlig abgelöst vom institutionellen Verständnis der öffentlichen Straßen als Verwaltungsleistung und fundamental anders erscheint die in der betreffenden Rechtsprechung erkennbare und bestimmende Vorstellung, wonach in bezug auf einen angenommenen grundrechtlichen Freiheitsstatus der Straßenbenutzung die Straßenverwaltung einen eingriffsrechtlichen Charakter habe, insbesondere der Erlaubnisvorbehalt für Sondernutzungen lediglich ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und mit eng begrenzten Versagungsgründen darstelle⁴⁶. Schließlich kann den kommunikativen Straßenbenutzungen ledig-

44 Nachw. Fn. 1.

45 So etwa wohl *Steinberg*, NJW 1978, 1898/1899 f.; *Steinberg/Hartung*, JuS 1990, 795 ff.; *Bismark*, NJW 1985, 246/252; *J. Meyer*, DÖV 1991, 542/543 f.

Grundsätzlich zur Problematik und zu den Voraussetzungen von Grundrechtsverschaffungsansprüchen bzw. eines Grundrechtsvoraussetzungsschutzes *Kloepfer*, Grundrechte als Entstehungssicherung und Bestandsschutz, 1970, insbesondere S. 21 f., 57 ff.

Mit der insofern weitestgehenden Konsequenz einer grundrechtlichen Zuordnung der „Straßenkommunikation“ zum Gemeingebrauch *Stock* (Fn. 1) und im Ergebnis auch *J. Meyer*, a.a.O., 551 f. und *Hufen*, DÖV 1993, 353/355.

46 So zwischenzeitlich die gesamte heutige Rechtsprechung (Nachw. Fn. 1, insb. Fn. 28 bis 31).

lich eine grundrechtliche Gewichtung beigelegt werden, ohne hierbei eine spezifische Aussage zum Inhalt des grundrechtlichen Benutzungszustand zu machen⁴⁷. Eine Zusammenfassung dieser unterschiedlichen Annahmen zu einer Grundrechtstheorie des Straßenrechts erscheint allerdings möglich und auch geboten wegen des gemeinsam gewollten Ergebnisses, die straßenrechtliche Benutzungszustand einer grundrechtlich begründeten individuellen „Rechtsmacht über die Straße“ zu unterwerfen, die nicht nur einen allgemeinen und formellen subjektiven Rechtszustand in bezug auf ein pflichtmäßiges Ermessen der Straßenverwaltung bedeutet, sondern aus den besonderen kommunikativen Grundrechten einen mehr oder weniger weitreichenden materiellen Anspruchszustand bezieht.

5. An dem in der gleichen Richtung engagierten oder folgenden Schrifttum fallen Vertreter der Staatsrechtslehre auf, die dem Straßenrecht gewöhnlich keine Aufmerksamkeit zuteil werden lassen. Offenbar hat also das Thema der „Straßenkommunikation“ der Staatsrechtslehre eine Gelegenheit, um nicht zu sagen eine Einbruchsstelle, für „übergeordnete“ Reflexionen zum Straßenrecht geboten. Bemerkenswert ist an einigen dieser Publikationen die Offenlegung der wirklichen Leitideen, die in der Uminterpretation der straßenrechtlichen Benutzungszustand zur Geltung gekommen sind, und noch mehr die Enthüllung des außerrechtlichen Ursprungs von dabei wirksamen progressiven und trendhaften Motivationen.

In juristisch noch einigermaßen faßbarer Weise tritt die grundrechtstheoretische Leitidee hervor, wonach eine Unterscheidung und Entgegensetzung zwischen der „Verschaffung öffentlicher Leistungen“ einerseits und der „Erweiterung einer gleichsam (sic) ‘natürlichen’ Freiheit durch das öffentliche Sachenrecht“ andererseits „weder der freiheitlichen Verfassung unserer staatlichen Ordnung noch der heutigen Realität der Straßennutzung gerecht zu werden“ vermöge⁴⁸. Deshalb werden auch die „Ursachen der dogmatischen Verwirrung“ um die „Straßenkommunikation“ in „einer grundsätzlichen Verknüpfung des Ineinanderwirkens von Meinungsfreiheit und öffentlichem Sa-

47 Eine derartige Grundrechtsinterpretation der straßenrechtlichen Benutzungszustand bzw. eine solche Wechselwirkungstheorie zwischen Grundrechten und straßenrechtlicher Benutzungszustand liegt möglicherweise den in Fn. 45 erstgenannten Auffassungen zugrunde. Im Ergebnis, trotz grundsätzlicher Kritik an der grundrechtlichen Interpretation der straßenrechtlichen Benutzungszustand wohl sogar *Meissner*, JA 1990, 583/ 592 ff.

48 *Steinberg*, NJW 1978, 1898/1900.

chenrecht“ gesehen⁴⁹, also mit anderen Worten bei einer grundrechtstheoretischen und verfassungsdogmatischen Rückständigkeit der straßengesetzlichen Benutzungsordnung gesucht. Es wird sowohl als „grundlegender Irrtum“ betrachtet, die Meinungsfreiheit „hier“, das heißt im Straßenrecht, als bloßes Abwehrrecht zu verstehen, wie es auf der anderen Seite auch als nicht zu übersehender Umstand gewertet wird, daß „die Inanspruchnahme der Straße Voraussetzung für die Verwirklichung von Grundrechten“ darstelle und sich „die Straße als Teil der Öffentlichkeit insofern doch erheblich von einer geschlossenen, auf bestimmte Benutzerkreise und Benutzungsarten festgelegten Anstalt“ unterscheide⁵⁰. Die grundrechtstheoretische Kernaussage dieser Begründungen muß in der Feststellung gesehen werden, daß die kommunikativen Grundrechte „hier“, das heißt im Straßenrecht, „nicht negatorisch, sondern nur als ‘Element der objektiven Rechtsordnung’ relevant sein“ könnten⁵¹. Damit ist die intendierte Uminterpretation der Straßengesetze auf der Grundlage und nach Maßgabe einer die gesamte Rechtsordnung erfassenden grundrechtlichen Wertsetzung offengelegt.

In gleichem Sinne wird vornehmlich mit Bezug auf Fußgängerzonen und die „Straßenkunst“ gegen die Straßengesetze propagiert, daß aufgrund eines Funktionswandels der Straße eine Beharrung auf dem „verkehrlichen“ Gemeingebrauch „straßensoziologisch“ nicht mehr haltbar sei, der Gemeingebrauch als „normative Regelaussage der Kommunikationsgrundrechte“ zu gelten habe, die „Anerkennung des ‘kommunikativen Gemeingebrauchs’ zunehmend erkannt“ werde und diese Konsequenz „aus der Sicht der Grundrechtsinterpretation entscheidende Impulse“ erhalte⁵². Die letztere grundrechtstheoretische Perspektive wird darin gesehen, daß grundrechtliche Freiheit, insbesondere grundrechtliche Kommunikationsfreiheit, auch bei einer Inanspruchnahme öffentlicher Sachen eine verwaltungsrechtliche „Erlaubnisfreiheit“ bedeute unter dem ausschließlichen und engen Vorbehalt „gleichrangiger Rechte Dritter“ und daß deshalb die kommunikative Straßenbenutzung „nicht atypische Inanspruchnahme eines Privilegs“ sein könne⁵³. Als Kernaussage hat auch insofern die Feststellung zu gelten, daß im Bereich der straßenrechtlichen Benutzungsordnung „eine grundrechtssichernde Interpretation durch die Rechtsanwendung oder konkretisierende Normsetzung mög-

49 *Steinberg*, NJW 1978, 1899.

50 *Steinberg*, ebenda.

51 *Steinberg*, ebenda.

52 *Hufen*, DÖV 1983, 353/355 f.

53 *Hufen*, DÖV 1983, 356.

lich“⁵⁴ sei. Die normtheoretische Tragweite einer solchen Grundrechtstheorie zum Straßenrecht wird noch durch den Zusatz gesteigert und verdeutlicht, daß die dargelegte normbildende Konkretisierung der straßenrechtlichen Benutzungsordnung angeblich „ohne Änderung der straßenrechtlichen Rechtsgrundlagen“ geschehen könne⁵⁵. In Wahrheit dürfte es sich jedoch um ein anschauliches Beispiel dafür handeln, welche grenzenlose Beliebigkeit der Gesetzesauslegung und Gesetzesanwendung die Berufung auf eine objektive Wertordnung der Grundrechte zu eröffnen vermag⁵⁶.

Durch solche grundrechtstheoretischen Annahmen zum Straßenrecht wird also unter nachweislicher Außerachtlassung der legislativen Ordnung öffentlicher Straßen die straßenrechtliche Benutzungsordnung für eine Rechtskonkretisierung nach ausschließlicher Maßgabe einer grundrechtlichen Werttheorie reklamiert. Anstelle der gesetzlich festgelegten Straßenhoheit über die Straßenbenutzung setzen sie eine „Globalermächtigung“ für den Interpreten und Rechtsanwender zur „Auf-, Um- und Abwertung“⁵⁷ der Straßenbenutzungen in bezug auf ihre Zulassungsfreiheit beziehungsweise individualrechtlich gebotene Zulassung. Anschaulich verwirklicht hat sich diese grundrechtlich werttheoretische Normbildung der straßenrechtlichen Benutzungsordnung bereits in einer verbreiteten Gewichtungspraxis, vor allem einem Gewichtungsvorrang für die politische „Straßenkommunikation“ sowie für die Parteien- und Wahlkampfwerbung⁵⁸. Die letztere ist wegen ihrer werttheoretischen Höchstplatzierung innerhalb der straßenrechtlichen Benutzungsordnung in der gemeindlichen Praxis zwischenzeitlich wohl verbreitet von einer konkreten Zulassungskontrolle, jedenfalls aber von straßenrechtlichen Sondernutzungsgebühren freigestellt. Damit sind die fantasiereichen Ideen zur öffentlichen Parteienfinanzierung um ein weiteres Feld bereichert worden. Belange einer wirtschaftlichen Werbung sollen dagegen den Gewichtungsvorrang einer kommunikativen Grundrechtsausübung allein gegenüber Vorstellungen der Straßenverwaltung beanspruchen können, eine sondernutzungsrechtliche Gestaltung, Beschränkung oder Monopolisierung der Außenwerbung auf Straßen vorzunehmen.

54 *Hufen*, DÖV 1983, 356.

55 *Hufen*, ebenda.

56 Zu dieser Grundsatzfrage der Staatsrechtslehre siehe bei *Bartlspurger*, Abwägungsgebot (Fn. 33), S. 100 f. m. Nachw.; siehe auch *Ossenbühl*, Abwägung im Verfassungsrecht, in: *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte* (Fn. 33), S. 25 ff.

57 Siehe bei *Bartlspurger*, Abwägungsgebot, a.a.O.

58 Fn. 25.

Auf welchen prinzipiellen Weg die straßenrechtliche Benutzungsordnung mit ihrer grundrechtlich werttheoretischen Uminterpretation geführt worden ist, können die hierfür letztlich verantwortlichen Gerichte und Straßenverwaltungen schließlich aus einer im Schrifttum mit ausgeprägter Konsequenz und Präzision gelieferten Analyse ersehen⁵⁹. Hierbei wird zu der betreffenden Rechtsprechung kritisch und durchaus folgerichtig festgestellt, daß in deren punktuellen Ansätzen und wegen der „richterrechtstypischen Punktförmigkeit des Problemzugangs“ nicht ausführlich zum Thema gemacht werde, was das „Neue und eigentlich Originelle an der ganzen Richtung“ sei⁶⁰. Dieses wird darin erkannt, daß „es sich bei der Einstufung politischer Werbung als Gemeingebrauch oder aber Sondernutzung um eine kommunikationsrechtliche Grundentscheidung“ handle⁶¹, also nicht maßgeblich um eine Anwendung der Straßengesetze. Auf diese Weise wird für den Bereich der politischen „Straßenkommunikation“ die legislative Ebene des Straßenrechts im Grunde als rechtlich unerheblich völlig beiseitegeschoben zugunsten einer nur noch spezifisch und ausschließlich den grundrechtlichen Kommunikationsfreiheiten folgenden Betrachtung der Straßenbenutzung. Den Straßengesetzen wird in dem Zusammenhang die Beurteilung zuteil, daß sie „sich wohl von vornherein nicht auf der Höhe der Zeit“ befunden hätten, und der „Straßenrechtswissenschaft“ wird eine zu lange Beharrung auf einer „monodisziplinären Selbstbescheidung“ attestiert⁶². Von der Rechtsprechung wird befürchtet, daß sie „die verfassungsrechtliche Prägung der straßenrechtlichen Begriffe aus den Augen verlieren“ könne und „sich bereits zu verzetteln“ beginne⁶³. Demgegenüber wird dann der Nachweis unternommen, daß die prinzipielle grundrechtliche Beurteilung der politischen „Straßenkommunikation“ durch die Rechtsprechung konsequenterweise eine „Rekonstruktion des Gemeingebrauchstatbestandes im Lichte der Kommunikationsfreiheit“ bedeute und verlange⁶⁴. Sogar dann, wenn eine Straßenbenutzung für politische Kommunikation unter gegenständlicher Inanspruchnahme des Straßenraumes für „Hilfs-einrichtungen“ erfolgt, soll der straßengesetzliche „Abgrenzungsmodus“ zwischen Gemeingebrauch und erlaubnisbedürftiger Sondernutzung verfassungsrechtlich ausgeschlossen sein. Dies besagt, wie in dem Zusammenhang dezi-

59 *Stock* (Fn. 1), insb. S. 51 ff.; dabei zur Entwicklung der Rspr., S. 16 ff.

60 *Stock* (Fn. 1), S. 50.

61 *Stock* (Fn. 1), S. 56.

62 *Stock* (Fn. 1), S. 4.

63 *Stock*, ebenda.

64 *Stock* (Fn. 1), S. 73.

diert ausgeführt wird, daß es sich bei der politischen „Straßenkommunikation“ immer und unter allen Umständen um Ausübung von Gemeingebrauch handle, daß deren Gemeinverträglichkeit „sich gleichsam autonom herausbilden“ dürfe und „den Beteiligten selbst überlassen“ werden müsse⁶⁵. „Die Straße bleibt dabei als Kommunikationseinheit unreglementiert. Sie bleibt der Selbstverantwortung der Beteiligten überlassen.“⁶⁶

6. In der Begründung für eine solche prinzipielle Grundrechtsperspektive der „Straßenkommunikation“ wird nicht anders als in der heute maßgeblichen Rechtsprechung von der Unterstellung ausgegangen, daß die öffentlichen Straßen im Hinblick auf die Kommunikationsgrundrechte ein „natürliches“ Medium seien, „ein Umschlagsplatz quasi- ‚natürlicher‘ Art“, ein Medium, „das sich gewissermaßen im Urzustand befindet“⁶⁷. Ausgehend von einer solchen grundrechtlichen Beurteilung wird nur folgerichtiger als in der Rechtsprechung deren grundrechtlicher Ansatzpunkt zu Ende geführt, wonach für die kommunikativen Grundrechte die öffentlichen Straßen einen Freiheitsraum bedeuteten und der politischen „Straßenkommunikation“ entweder ein zulassungsfreier Benutzungsstatus oder wenigstens ein grundrechtlicher Gewichtungsvorrang bei der straßenbehördlichen Reglementierung der Straßenbenutzung zukomme. Denn von jenen Annahmen der Rechtsprechung aus ist es lediglich ein geringer und durchaus konsequenter Schritt, die politische „Straßenkommunikation“ als solche und insgesamt einer verfassungsrechtlich konstituierten „Zulassungsfreiheit der Straßenbenutzung“ zuzuordnen. Diese beansprucht dann als eigenständiger Rechtsbegriff der straßenrechtlichen Benutzungsordnung Geltung, der den straßengesetzlichen Gemeingebrauchs-begriff ersetzt beziehungsweise um einen kommunikationsrechtlichen Inhalt erweitert. Das Straßenrecht ist insofern zum Kommunikationsrecht uminterpretiert worden. An die Stelle einer Straßenhoheit über die ermessensweise Vorhaltung und Bereitstellung öffentlicher Straßen für kommunikative Zwecke ist ein kommunikationsrechtliches Teilhaberecht der Einzelnen an den öffentlichen Straßen in der institutionellen Gestalt einer „Straßenöffentlichkeit“ gesetzt worden. Dabei ist es in statusrechtlicher Hinsicht nur noch sekundär, ob die dem Einzelnen beziehungsweise der Öffentlichkeit eingeräumte „Rechtsmacht über die Straße“ zulassungsfrei ist oder einem nur noch „eingriffsrechtlich“ verstandenen Zulassungsvorbehalt nach begrenzten „wegepolizeilichen“ beziehungsweise sogenannten „straßenbezogenen“ Versagungsgründen unter-

65 Stock (Fn. 1), S. 61; ferner S. 53 f., 56 und 73.

66 Stock (Fn. 1), S. 61.

67 Stock (Fn. 1), S. 54 bzw. 53.

liegt. Bei einer derart im Grunde und weitgehend materiell festgelegten Anspruchsgebundenheit der Sondernutzungserlaubnis kann jedenfalls von einer Ermessensbefugnis der Straßenverwaltung als rechtlichem Merkmal einer leistungsgewährenden Straßenhoheit nicht mehr gesprochen werden. Die erwähnten beiden Landesstraßengesetze, welche für die Sondernutzungserlaubnis ausdrücklich Versagungsgründe festlegen⁶⁸ und damit offenbar eine rechtsgebundene Zulassungsentscheidung annehmen wollen, erscheinen deshalb wenigstens folgerichtig. Unter solchen Voraussetzungen hat das Sondernutzungsregime seinen Ermessenscharakter verloren. Vielmehr ist die „Staatlichkeit“ öffentlicher Straßen prinzipiell durch deren individualrechtliche Partikularisierung ersetzt worden.

Das legislative Desaster der straßenrechtlichen Benutzungsordnung repräsentiert also einen Vorgang von staatstheoretischer Bedeutung und Problematik, in dem ein grundlegender Strukturwandel des Verwaltungsrechts deutlich wird. In dessen Verlauf werden, wie sich am Straßenrecht zeigt, selbst solche Verwaltungsbereiche, welche die gesetzgebende Gewalt entschieden einer eigenständigen Verwaltung und damit auch der „Staatlichkeit in ihrer hoheitlichen Ausprägung“ vorbehalten hat, der Rechtsmacht des Einzelnen und einer partikularen Öffentlichkeit überlassen⁶⁹. Im Straßenrecht stellt sich dieser Strukturwandel deshalb noch als besonders dramatisch dar, weil es sich bei der Begründung von Straßenbenutzungsrechten um die Gewährung einer hoheitlichen Verwaltungsleistung handelt, die es der Verwaltung genuin erlauben sollte, allgemeinen grundrechtlichen Freiheiten im besonderen Falle einer Inanspruchnahme von Verwaltungsleistungen eine damit verbundene staatliche Ermessensbefugnis und Gemeinwohlkompetenz gegenüberzustellen. Im Grunde steht also für das Straßenrecht auf dem Spiel, ob das Erscheinungsbild öffentlicher Straßen von staatlichen Gemeinwohlvorstellungen geprägt werden kann oder einer partikularen Öffentlichkeit ausgeliefert ist. Dabei bedeutet der staatliche Schutz des Gemeinwohls im Straßenrecht vor allem auch den Schutz einer qualitativen Freiheit „aller“ vor einer Okkupation öffentlicher Straßen durch eine partikulare Öffentlichkeit beziehungsweise individuelle Interessen⁷⁰. Soweit es darum in der straßenrechtlichen Benutzungsordnung überhaupt um eine Verwirklichung grundrechtlicher „Werte“ geht, dann stehen sich hierbei die zwei Ordnungsalternativen gegenüber, ob die Realisierung grundrechtlicher „Werte“ mit Rücksicht auf das gemeine Interesse „aller“ in

68 Fn. 13.

69 Forsthoff (Fn. 4), S. 79 ff.

70 Zur „allgemeinen“ freiheitsgewährenden Funktion der (Sondernutzungs-)Erlaubnis, Bismark, NJW 1985, 246/251 und grds. Stern, VVDStRL 21 (1964), 183/ 221.

einer repräsentativen Gemeinwohlentscheidung der Straßenverwaltung erfolgt oder ob sie der Rechtsmacht einer partikularen Öffentlichkeit überantwortet wird. In dieser Hinsicht ist es jedenfalls das grundrechtstheoretische Leitbild des liberalen Rechtsstaates, daß sich im Grundrechtsverhältnis grundrechtliche Freiheit und staatlich repräsentiertes Allgemeinwohl gegenüberstehen⁷¹. Dies gilt vor allem dann, wenn, wie im Straßenrecht, die Ausübung allgemeiner grundrechtlicher Freiheiten im besonderen Falle unter Inanspruchnahme einer hoheitlichen Verwaltungsleistung erfolgen soll. Dabei bedeutet im Grundsatz allein schon die Erbringung einer hoheitlichen Verwaltungsleistung, daß es sich hierbei um eine repräsentative Bestimmung des Gemeinwohls nach pflichtmäßigem Verwaltungsermessen handelt und individuelle Teilhaberechte ausgeschlossen sind. Allenfalls unter der Ausnahmevoraussetzung, daß sich ein Freiheitsgrundrecht nur bei einer umfassenden Kapazitätsausschöpfung eines rechtlichen oder faktischen Leistungsmonopols der Verwaltung verwirklichen läßt, wie dies für die Hochschulzulassung angenommen worden ist⁷², kann deren Benutzungsordnung mit Rücksicht auf eine gleiche und sozialstaatliche Grundrechtsgewährung einen eingriffsrechtlichen Charakter annehmen und auf diese Weise materielle Teilhaberechte begründen. Um einen solchen Fall handelt es sich jedoch bei dem Verhältnis von kommunikativen Grundrechten und öffentlichen Straßen nicht. Die Ausübung kommunikativer Grundrechte ist auf das Medium öffentlicher Straßen beziehungsweise der Straßenöffentlichkeit nicht allein angewiesen und deshalb auch nicht auf deren umfassende Kapazitätsausschöpfung. Nach der rechtsstaatlichen Grundrechtstheorie bleiben also die öffentlichen Straßen auch in ihrer tatsächlichen Modalität als „grundrechtlicher Freiheitsraum“ für öffentliche Kommunikation ein Vorbehaltsbereich der Straßenhoheit. Andernfalls werden sie ein Vorbehaltsbereich partikularer Öffentlichkeit und Interessen.

Die in die letztere Richtung gegangene zwischenzeitliche Entwicklung des Straßenrechts hat ihre Ursachen allerdings nicht allein in dem zeitgeschichtlichen Öffentlichkeitswandel, in grundrechtstheoretischen Einflüssen und in einer veränderten staatsrechtlichen Perspektive des Verwaltungsrechts. Vorschub hat ihr auch die rechtsdogmatische Schwäche geleistet, welche die Straßengesetze bei der konzeptionellen und rechtskonstruktiven Ausgestaltung der „neuen“ straßenrechtlichen Benutzungsordnung aufweisen⁷³. Die bewußte

71 Forsthoff, Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre, in: Barion/Böckenförde/Forsthoff/W.Weber (Hrsg.), Epirrhosis, Festgabe C. Schmitt, 1. Tbd. 1968, S. 185/186. Zu der Frage auch bei Bartlsperger (Fn. 33), S. 96 f.

72 BVerfG, U. v. 18.7.1972, BVerfGE 33, 303/330 f.

73 Bartlsperger, DVBl. 1979, 1 ff.

und bekannte Pragmatik und Technizität der Straßengesetzgebung bei der Regelung der Sondernutzungen hat mit den dadurch eröffneten Fehlinterpretationen voll auf die straßenrechtliche Benutzungsordnung insgesamt zurückgeschlagen. Selbst die zur Behebung dieses Mangels gedachte institutionelle Begriffsbildung von der öffentlichen Straße als Mehrzweckinstitut ist einer – allerdings wohl gezielten – Fehlinterpretation nicht entgangen.

II. Sinn und Fehlinterpretation der Begriffsbildung vom Mehrzweckinstitut

1. Die benutzungsrechtliche Mehrzweckfunktion öffentlicher Straßen, einschließlich von deren Benutzung für Werbung und andere öffentliche „Straßenkommunikation“, ist ein überkommenes und bekanntes Sozialphänomen. Ihre Erfassung mit dem spezifischen Rechtsbegriff des öffentlichrechtlichen „Mehrzweckinstituts“⁷⁴ gehört jedoch der 1953 mit dem FStrG begonnenen Kodifikationsepoche des Straßenrechts an und ist eine rechtsdogmatische Reaktion einerseits auf die dezidierte gesetzliche Beschränkung des Gemeingebrauchs auf eine bloße Verkehrsbenutzung der öffentlichen Straßen und andererseits gegen die verbliebenen konzeptionellen Unsicherheiten des „neuen“ Sondernutzungsrechts⁷⁵. Denn der authentische Anlaß jener Begriffsbildung ist die Beobachtung und Befürchtung gewesen, daß vornehmlich im Bereich der gemeindlich verwalteten öffentlichen Straßen das „neue“ kodifizierte Straßenrecht zu Beginn offenbar nicht gänzlich die aus dem „alten“ Straßenrecht überkommene Vorstellung und Praxis der privatrechtlichen beziehungsweise sogenannten dualistischen Sondernutzungstheorie zu beseitigen vermochte, Sondernutzungsrechte „privatwirtschaftlich“ vergeben zu können. Mit dem ganz überwiegend beibehaltenen beziehungsweise festgelegten Privatrechtsvorbehalt für die Verlegung von Leitungen der öffentlichen Versorgung in den Straßen haben die betreffenden Straßengesetze auch noch selbst solchen Annahmen Vorschub geleistet⁷⁶. Angesichts der gleichzeitigen klaren Trennung des „neuen“ Straßenrechts zwischen einem bloß „verkehrlichen“ Gemeingebrauch und dem Sondernutzungscharakter aller anderen Straßenbe-

74 Kötting (Fn. 4), ausdrücklich S. 28. Dazu bei Messer (Fn. 3), S. 72 ff.; Kodal, in: Kodal/Krämer (Fn. 1), Kap. 5, Rdnr. 3 und kritisch Mußgnug, Die öffentlichen Straßen als Mehrzweckinstitut, in: Bartlsperger/Blümel/Schroeter (Fn. 25), S. 81 ff.

75 Kötting, a.a.O., S. 24 ff.

76 Nachw. Fn. 5; Ausnahme nach dem HbgWG wegen dessen Festlegung auf das öffentliche Wegeeigentum und eine ausschließlich hoheitsrechtliche Benutzungsordnung (§§ 4 und 19).

nutzungen ist deshalb die Gefahr erkannt worden, der auf diese Weise sogar noch ausgeweitete Bereich der Mehrzwecknutzungen könne von den Gemeinden weiterhin für eine privatrechtliche „Wirtschaftsmacht“ über die öffentlichen Straßen beansprucht werden⁷⁷. Dem sollte unter Berufung auf die von den Straßengesetzen vorgenommene eindeutige Kompetenzzuweisung des gesamten Sondernutzungsregimes zur Straßenhoheit der Straßenverwaltung⁷⁸ entgegengetreten werden.

Der authentische Sinn der Begriffsbildung vom öffentlichrechtlichen Mehrzweckinstitut hat also in der Klarstellung bestanden, daß nach den Straßengesetzen sowohl die Gebrauchserlaubnis als auch die materiell privatrechtliche beziehungsweise eigentumsrechtliche Gestattung der Sondernutzungen eine kompetenzrechtliche Angelegenheit der Straßenhoheit geworden ist. Mit anderen Worten sollte rechtsdogmatisch präzisiert und bekräftigt werden, daß nach dem „neuen“ Straßenrecht die mit der Widmung öffentlicher Straßen begründete öffentlichrechtliche Zweckbestimmung und ausschließliche Straßenhoheit sich regelmäßig auch auf die Mehrzweckfunktionen der öffentlichen Straßen erstreckt. Die wesentliche rechtsdogmatische Aussage jener Begriffsbildung hat also ins Bewußtsein rücken wollen, daß mit der Widmung öffentlicher Straßen eine zweifache, aber auch deutlich unterschiedene öffentlichrechtliche Statusbegründung erfolgt, nämlich neben der widmungsmäßigen Bestimmung der Straßenklasse und des konkreten gemeingebräuchlichen Nutzungsstatus für eine öffentliche Straße auch die Ausdehnung ihrer öffentlichrechtlichen Zweckbestimmung auf die Mehrzwecknutzungen und die Unterstellung derselben unter die Kompetenz der Straßenhoheit. Es ist danach um die im „neuen“ Straßenrecht erfolgte Unterscheidung zwischen der Widmung öffentlicher Straßen für den Gemeingebrauch und der darüber hinausgehenden öffentlichrechtlichen Zweckbestimmung für deren Mehrzwecknutzungen unter der Straßenhoheit gegangen⁷⁹. Jene Begriffsbildung vom Mehrzweckinstitut ist deshalb auch nur dann richtig verstanden, wenn sie mit dem Adjektiv eines „öffentlichrechtlichen“ Mehrzweckinstituts versehen wird⁸⁰. Lediglich so wird ihr authentischer und wesentlicher Sinn zum Ausdruck gebracht, daß

77 Köttgen (Fn. 4), S. 24 ff., deutlich S. 33.

78 Fn. 4.

79 So zutreffend und nachdrücklich Messer (Fn. 3), S. 72 ff. und deshalb zum Teil kritisch präzisierend gegen Köttgen.

80 In diesem Sinne auch die anstaltsrechtliche Betrachtung öffentlicher Straßen bei W. Weber, VVDStRL 21 (1964), 145/177 und 182 sowie auf der Grundlage einer funktional öffentlichrechtlichen Statusbetrachtung der öffentlichen Sachen Stern (Fn. 70), 183 ff.

auch das gesamte Sondernutzungsregime entweder schon materiellrechtlich oder wenigstens kompetenzrechtlich regelmäßig dem Straßeneigentum gänzlich entzogen, ausschließlich der Straßenhoheit zugeordnet und auf diese Weise beziehungsweise insofern auf eine monistisch öffentlichrechtliche Grundlage gestellt worden ist. Hiermit ist, ebenfalls authentisch, eine dezidierte weitere Statusentscheidung des „neuen“ Straßenrechts zu den Sonder- oder Mehrzwecknutzungen öffentlicher Straßen verbunden, bei der naturgemäß auch das wohl gezielte Mißverständnis jener Begriffsbildung vom Mehrzweckinstitut ansetzt.

2. Die entscheidende Fehlinterpretation der Begriffsbildung vom Mehrzweckinstitut liegt in der ihr von der angeführten Grundrechtstheorie des Straßenrechts mißbräuchlich zugeschriebenen Annahme, wonach die straßenrechtliche Widmung im Rahmen ihrer rechtsbegründenden Wirkung nicht nur das Gemeingebrauchsrecht konstituiere, sondern zugleich bereits einen individualrechtlichen Nutzungsstatus für die Sonder- oder Mehrzwecknutzungen schaffe vorbehaltlich einer ausschließlich „wegepolizeilichen“ oder sogenannten „straßenbezogenen“ Kontrollerlaubnis beziehungsweise Gestattung im konkreten Fall⁸¹. Die Sinnwidrigkeit einer solchen Auffassung erweist sich allein schon an dem tatsächlichen Umstand, daß im Zeitpunkt der Widmung zwar der gemeingebrauchliche Nutzungsstatus einer Straße wegen seiner Eigenschaft als generelle Pluralberechtigung zur Straßenbenutzung für den „Verkehr“ begründet werden kann, daß aber zu diesem Zeitpunkt die potentiellen, individuell konkreten Sonder- oder Mehrzwecknutzungen noch gänzlich derjenigen Bestimmtheit entbehren, die eine entsprechende behördliche Rechtsbegründung erforderte. Die Begriffsbildung vom öffentlichrechtlichen Mehrzweckinstitut unterscheidet deshalb in der angeführten Weise zutreffend und nachdrücklich zwischen der Widmung öffentlicher Straßen zum Gemeingebrauch und der Begründung einer bloßen Straßenhoheit für das Sondernutzungsregime. Ihr wesentliches und alleiniges Anliegen ist es gewesen, die materiellrechtliche oder wenigstens kompetenzrechtliche Publizierung des Sondernutzungsrechts in den Straßengesetzen zu verdeutlichen. Dabei hat sie es ausdrücklich vermieden, die Publizierung des Sondernutzungsrechts vergleichbar dem widmungsmäßigen Gemeingebrauchsrecht mit einer materiell rechtsbegründenden Wirkung zu verbinden. Für die Sonder- oder Mehrzwecknutzungen kennen die betreffenden Straßengesetze lediglich die Stra-

81 In diesen Zusammenhang einer grundrechtlichen Interpretation der straßenrechtlichen Benutzungsordnung stellt *Steinberg* (NJW 1978, 1898/1901) die Theorie von den öffentlichen Straßen als Mehrzweckinstitut. Hiergegen grundsätzlich kritisch *Mußgnug* (Fn. 74).

Benhoheit, also ein hoheitliches Leistungsermessen. Damit bringen sie den nach der Sachlage auch gar nicht anders denkbaren Unterschied zwischen dem allgemeinen Gemeingebrauch der Straßen zum „Verkehr“ und der erst für den individuell konkreten Benutzungsfall in Ausübung der Straßenhoheit erfolgenden Rechtsbegründung für eine Sonder- oder Mehrzwecknutzung zum Ausdruck.

Nach der öffentlichrechtlichen Mehrzweckbetrachtung der öffentlichen Straßen bedeutet also die straßenrechtliche Widmung, daß der Gemeingebrauch im Rahmen der konkreten Widmungsbestimmung für den „Verkehr“ zugelassen „ist“, während die darüber hinausgehenden Sonder- oder Mehrzwecknutzungen in Wahrnehmung der Straßenhoheit zugelassen werden „können“⁸². Zusammengefaßt beansprucht die Begriffsbildung vom öffentlichrechtlichen Mehrzweckinstitut, die Lösung für das Sondernutzungsregime nach dem „neuen“ Straßenrecht gefunden und in der Straßenhoheit ausgemacht zu haben. Dabei enthält die letztere eine Befugnis zur Leistungsgewährung nach pflichtmäßigem Verwaltungsermessen im heutigen Sinne von § 40 VwVfG beziehungsweise der entsprechenden Bestimmungen in den Landesverwaltungsverfahrensgesetzen. Der rechtsdogmatische Ertrag jener Begriffsbildung für die straßenrechtliche Benutzungsordnung liegt ausschließlich, aber auch gerade in dem Nachweis einer öffentlichrechtlichen Bindung des straßenbehördlichen Sondernutzungsregimes an die Anforderungen einer sachlich begründeten, willkürfreien Ermessensentscheidung sowie einer dementsprechend formellen Anspruchsgebundenheit der Gebrauchserlaubnis beziehungsweise Gestattung von Sondernutzungen. Der materielle Ermessenszweck des straßenrechtlichen Sondernutzungsregimes umfaßt aber dabei gemäß dem typischen Verwaltungsvorbehalt⁸³ alle sachlichen Erwägungen der Straßenverwaltung aufgrund und im Rahmen von deren Kompetenz, Sondernutzungsrechte als Gewährung von Verwaltungsleistungen nach Gemeinwohlgesichtspunkten einzuräumen oder zu versagen. Der Ermessenszweck des Sondernutzungsrechts erweist sich demzufolge nach Inhalt und Umfang als umfassend.

3. Die Begriffsbildung von den Straßen als öffentlichrechtlichen Mehrzweckinstituten kennt somit die Sondernutzungsrechte nicht als eine mit der Widmung einer öffentlichen Straße bereits begründete materielle „Rechtsmacht über die Straße“, sondern als eine erst im individuell konkreten Benutzungsfall durch pflichtmäßige Ermessensausübung der Straßenhoheit begründete

82 Messer (Fn. 3), S. 78.

83 Fn. 19.

Gebrauchserlaubnis beziehungsweise Benutzungsgestattung⁸⁴. Damit ist vor allem eines richtiggestellt, daß nämlich das straßenrechtliche Sondernutzungsregime keinen eingriffsrechtlichen Charakter in bezug auf einen angeblich vorgegebenen, schon mit der Widmung einer öffentlichen Straße begründeten subjektiven Benutzungsstatus besitzt, insbesondere die straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis keine bloß der „wegepolizeilichen“ oder sogenannten „straßenbezogenen“ Gefahren- beziehungsweise Störungsprävention dienende Kontrollerlaubnis darstellt. Die gegenteilige Auffassung der zwischenzeitlich maßgeblichen Rechtsprechung⁸⁵ begibt sich in einen ebenso unverständlichen wie evidenten inneren Widerspruch, wenn sie den von ihr auf der einen Seite weiterhin bejahten Ermessenscharakter und Ermessenszweck des straßenrechtlichen Erlaubnisvorbehalts andererseits ausschließlich auf den Schutz von „verkehrlichen“ Belangen und von Ordnungskriterien im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang beziehungsweise „Umfeld“ der Straße bezieht. Folgerichtigerweise müßte sie dann die Sondernutzungserlaubnis als eine rechtsgebundene Erlaubnis behandeln, wie dies in dem schon erwähnten Falle von zwei Landesstraßengesetzen⁸⁶ möglicherweise folgerichtig gesehen und gewollt ist. Denn bei einem Erlaubnisvorbehalt, der ausschließlich und strikt auf eng begrenzte Versagungsgründe eingeschränkt ist, auch wenn diese mit unbestimmten Rechtsbegriffen wie der Gemeingebrauchs- beziehungsweise Gemeinverträglichkeit sowie der sogenannten „Umfeld“-Vereinbarkeit von Sondernutzungen bezeichnet sind oder in den beiden genannten Straßengesetzen mit einem beispielhaft erläuterten „öffentlichen Interesse“ identifiziert werden, kann von einem Verwaltungsermessen in der rechtsbegrifflichen Verwendung des Verwaltungsverfahrensrechts kaum gesprochen werden. Demgegenüber ist mit der Begriffsbildung vom öffentlichrechtlichen Mehrzweckinstitut festzuhalten, daß die in den Straßengesetzen institutionalisierte Straßenhoheit über die Sondernutzungen grundsätzlich einen „Ermessenszweck“ hat. Ferner ist in dem Zusammenhang richtigzustellen, daß der Ermessenszweck des Sondernutzungsrechts in den betreffenden Straßengesetzen keineswegs als „eine normativ nicht näher vorbestimmte Ermessensbetätigung“ in Erscheinung tritt, also in seinem Inhalt und Umfang keineswegs ungeregelt geblieben ist, wie in der Rechtsprechung unbedachterweise angenommen

84 Zutreffend formulierte Unterscheidung zwischen dem gemeingebrauchlichen „Widmungszweck“ und dem „Ermessenszweck“ des Sondernutzungsrechts bei *Messer* (Fn. 3), S. 80.

85 Nachw. Fn. 28 bis 31 und Fn. 1.

86 Fn. 13.

wird⁸⁷. Vielmehr ist mit der Zuordnung des Sondernutzungsregimes zur Straßenhoheit zugleich der Ermessenszweck der Sondernutzungserlaubnis deutlich bestimmt.

Ermessenszweck des Sondernutzungsregimes ist nach den betreffenden Straßengesetzen erklärtermaßen⁸⁸ die Straßenhoheit in ihrer funktionellen Stellung als ermessensweise Leistungsverwaltung. Die hoheitliche Vorhaltung und Bereitstellung öffentlicher Straßen für eine Mehrzwecknutzung bildet einen Vorbehaltsbereich originärer Verwaltung und ist als ermessensweise Verwaltungsleistung vornehmlicher Ausdruck der „Staatlichkeit“ öffentlicher Straßen, repräsentiert also die in den Straßengesetzen zugrundegelegte Gemeinwohlkompetenz des Staates. Von einem Erlaubnisvorbehalt, der bloß auf den Schutz von „Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs“ und von Ordnungskriterien im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang beziehungsweise „Umfeld“ der Straße beschränkt ist⁸⁹ und insofern rechtsgebunden wäre, kann darum nach den betreffenden Straßengesetzen nicht gesprochen werden. Vielmehr haben diese mit der Zuordnung des Sondernutzungsregimes zur Straßenhoheit zugleich den Ermessenszweck des straßenrechtlichen Zulassungsvorbehalts explizit bestimmt. Der Straßenverwaltung ist als Leistungsverwaltung eine willkürfreie, das heißt zwar formell anspruchsgedundene, aber materiell unbegrenzte Berücksichtigung aller Gemeinwohlbelange eröffnet, die sich bei der Vorhaltung und Bereitstellung öffentlicher Straßen verwirklichen lassen⁹⁰.

Diese Rechtslage bedeutet, daß es grundsätzlich in die Befugnis der Straßenhoheit fällt, über die Zulassung einer Sondernutzung als Verwaltungsleistung auch dann gemäß § 40 VwGO beziehungsweise den entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen unter umfassender Berücksichtigung aller

87 So ausdrücklich HessVGH, U. v. 21.9.1993, NVwZ 1994, 189 und OVG Lüneburg, U. v. 18.5.1992, UPR 1992, 455. Es handelt sich um einen der Rspr. offensichtlich generell zugrundeliegenden Ausgangspunkt. Zum daran anknüpfenden Meinungsstreit bzw. Meinungsstand in der Rspr. über den Ermessensumfang beim straßenrechtlichen Sondernutzungsregime siehe die Nachw. in BayVGH, B. v. 10.8.1993, NVwZ-RR 1994, 187/188.

88 Fn. 4.

89 Fn. 28 bis 30.

90 Zur individualrechtlichen formellen Anspruchsgebundenheit bzw. zum formellen subjektiven öffentlichen Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung *Erichsen*, in: *Erichsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, § 11, Rdnr. 35; *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, Bd. II, Art. 19 Abs. IV, Rdnr. 135 und *Kopp*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 5. Aufl. 1991, § 40, Rdnrn. 48 ff.

Rechts- und Gemeinwohlbelange zu entscheiden, wenn hierbei eine Zuständigkeitskonkurrenz mit dem Aufgaben- und Befugnisbereich anderer Verwaltungen entsteht, etwa der Ordnungs- oder Umweltverwaltung⁹¹. Denn Inhalt und Umfang des Ermessenszwecks erweisen sich für die Straßenhoheit, weil sie Leistungsverwaltung ist, nicht als eine Frage der Abgrenzung von Verwaltungskompetenzen, wie sie zwischen Eingriffsverwaltungen gilt⁹². Vielmehr ergeben sie sich aus der hoheitlichen Sachherrschaft über die öffentlichen Straßen als Verwaltungsleistung. Eine Verwaltungsleistung nach pflichtmäßigem Ermessen braucht indessen nicht für Zwecke erbracht zu werden, die mit der Rechtsordnung oder dem Gemeinwohl unvereinbar sind, auch wenn für die betreffende Rechtswahrung oder Gemeinwohllangelegenheit noch eine andere Verwaltungszuständigkeit besteht⁹³. Die Straßenverwaltung hat deshalb als Leistungsverwaltung jedenfalls auch eine eigenständige Befugnis zur Wahrung von Rechtsordnung und Gemeinwohl bei der Inanspruchnahme öffentlicher Straßen über den Gemeindegebrauch zum „Verkehr“ hinaus. Das hoheitliche Sondernutzungsregime findet den Grund und den Zweck seiner Ermessensbefugnis in der Erbringung einer Verwaltungsleistung und damit im hoheitlichen Leistungsstatus der öffentlichen Straßen selbst. Wenn demgegenüber die Rechtsprechung nach einem von den Straßengesetzen angeblich nicht

-
- 91 Die gegenteilige Auffassung (HessVGH, B. v. 3.4.1987, DÖV 1987, 876 f.), wonach das Straßenrecht für die Berücksichtigung allgemeiner ordnungsrechtlicher Belange bei der Entscheidung über eine Sondernutzungserlaubnis keine Befugnisgrundlage enthalte, beruht auf der unzutreffenden Annahme eines präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt, also einer eingriffsrechtlichen Funktion des Erlaubnisvorbehalts für Sondernutzungen. Die kompetenzrechtliche Einschränkung des Verwaltungsermessens im Verhältnis von Eingriffsverwaltungen (dazu *Forsthoff*, Fn. 4, S. 99 f. und *Keppeler*, Fn. 9, S. 118 ff. und 182 ff.) gilt indessen für das Verwaltungsermessen in der Leistungsverwaltung und deshalb für die Entscheidung über straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnisse nicht (zutreffend *Messer*, Fn. 3, S. 318 ff. und 321 ff.). Im Ansatzpunkt unzutreffend daher zur kompetenzrechtlichen Begrenzung des straßenrechtlichen Sondernutzungsermessens auch *W. Schmidt* (NVwZ 1983, 167 ff.), der sogar zu dem administrativ sinnwidrigen Ergebnis gelangt, daß eine straßenrechtliche Erlaubnis für eine ordnungswidrige Sondernutzung bei gleichzeitiger Benachrichtigung der Ordnungsbehörden erteilt, d.h. „geleistet“ werden müsse. Zutreffend dagegen BayVGH, B. v. 10.8.1993, NVwZ 1994, 187 ff. (Versagung der Sondernutzungserlaubnis aus Gründen der Abfallvermeidung).
- 92 Für diesen Fall zutreffend *Forsthoff* (Fn. 4), S. 99 f.; *Keppeler* (Fn. 9), S. 118 ff. und 182 ff. und *W. Schmidt*, NVwZ 1983, 167 ff.
- 93 So zutreffend *Messer* (Fn. 3), S. 318 ff. und 321 ff., mit richtigem Hinweis auf die rechtmäßige Versagung einer Sondernutzung gemäß § 5 PartG zu einem gesetzwidrigen Zweck (S. 323 m. Nachw. zur Rspr. BVerfG). Ebenso für das straßenrechtliche Sondernutzungsregime in gemeindlicher Zuständigkeit *Löhr*, NVwZ 1983, 20 f.

geregelten bestimmten Ermessenszweck der Sondernutzungserlaubnis sucht⁹⁴, dann erklärt sich dies aus dem unbedachten Vorverständnis, daß das Sondernutzungsrecht der Straßengesetze einen eingriffsrechtlichen Charakter in bezug auf die öffentlichen Straßen als grundrechtlicher Freiheitsraum habe. In der Begriffsbildung vom öffentlichrechtlichen Mehrzweckinstitut sieht eine solche grundrechtliche Perspektive und eingriffsrechtliche Betrachtung der straßenrechtlichen Benutzungsordnung zu Unrecht eine Stütze. Vielmehr handelt es sich insofern um ganz gegensätzliche staatstheoretische Vorstellungen von den öffentlichen Straßen.

Daß dennoch die Begriffsbildung vom öffentlichrechtlichen Mehrzweckinstitut und die darin verdeutlichten Grundlagen des heutigen Straßenrechts das Opfer einer ganz anderen staatstheoretischen Leitidee von den öffentlichen Straßen folgenden Uminterpretation werden konnten, ist im übrigen auch der rechtsdogmatischen Schwäche der Straßengesetze im Sondernutzungsrecht zuzurechnen. Dieses hat zum einen nicht mehr als eine nur auf notwendigste Pragmatik beschränkte rechtstechnische Regelung erfahren. Vor allem aber die in den Straßengesetzen ganz überwiegende Zweiteilung des Sondernutzungsrechts für öffentlichrechtliche und für sogenannte privatrechtliche Sondernutzungen bedient sich derart irreführender Regelungen und zweier derart gegensätzlicher rechtlicher Anknüpfungspunkte, daß das betreffende Sondernutzungsrecht als system- und theorieunfähig gelten muß und interpretatorischen Mißgriffen beziehungsweise Absichten wehrlos preisgegeben erscheint.

III. Folgen der System- und Theorieschwäche des gesetzlichen Sondernutzungsrechts

1. Der mit Ausnahme eines stadtstaatlichen Straßengesetzes im heutigen Straßenrecht durchgängig aufgenommene Vorbehalt einer eigentumsrechtlich privatrechtlichen Sondernutzungsregelung⁹⁵ ist in konzeptioneller Hinsicht der eigentliche Sündenfall der Straßenrechtsgesetzgebung. Zwar besteht dessen Anlaß, Zweck und Anwendungsbereich im wesentlichen nur in einer den betreffenden Straßengesetzen mehr oder weniger aufgezwungenen und pragmatischen Ausnahmeregelung innerhalb des heute sonst hoheitlichen Sondernutzungsregimes zugunsten einer traditionell eigentumsrechtlich privatrechtlichen Ordnung der Leitungsverlegung durch die öffentliche Versorgungswirt-

94 Fn. 87.

95 Fn. 5 f.

schaft⁹⁶. Mehr noch kann die eigentumsrechtlich privatrechtliche Anknüpfung dieser Sondernutzungsregelung bekanntlich auch auf eine historische Legitimation im überkommenen Straßenrecht verweisen, wenn und soweit dieses neben der öffentlichrechtlichen Zweckbestimmung öffentlicher Straßen bloß für den Gemeingebrauch das eigentumsrechtlich privatrechtliche Straßeneigentum uneingeschränkt bestehen ließ und gemäß diesem dualistischen Sachenrechts- und Benutzungsstatus öffentlicher Straßen einem entsprechenden dualistischen Sondernutzungsregime folgte⁹⁷. Danach bedurften die Sondernutzungen jedenfalls eines eigentumsrechtlich privatrechtlichen Titels und mit Rücksicht auf den Schutz des Gemeingebrauchs gegebenenfalls einer gefahren- und störungspräventiven wegepolizeilichen oder wie auch immer verstandenen öffentlichrechtlichen Kontrollerlaubnis⁹⁸. Fehlte ein solches Gefahren- und Störungspotential der Sondernutzung für den Gemeingebrauch oder sollte es bei einer Verlegung von Leitungen für die öffentliche Versorgung wegen der dabei nur vorübergehenden Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs als unerheblich gelten, dann konnte das Sondernutzungsregime auf eine Wahrnehmung des Straßeneigentums beschränkt werden. Die nutzungsrechtliche Seite der straßenrechtlichen Sondernutzungen blieb der eigentumsrechtlich privatrechtlichen Sachherrschaft über die öffentlichen Straßen vorbehalten. Die Straßenhoheit und das hoheitliche Nutzungsregime über die öffentlichen Straßen waren auf den Gemeingebrauch und dessen Schutz beschränkt. Von einem öffentlichrechtlichen Mehrzweckinstitut und von einer nutzungsrechtlichen Straßenhoheit über die Sondernutzungen konnte noch nicht die Rede sein.

Die überkommenen Grundlagen des Straßenrechts sind jedoch bei dessen Kodifikation verlassen worden, wenn man von Besonderheiten zweier stadstaatlicher Landesstraßengesetze absieht, die entweder einen generellen eigentumsrechtlichen Vorbehalt bei Sondernutzungen des sogenannten „öffentlichen Straßenlandes“ oder einen beschränkten Mitwirkungsvorbehalt dritter

96 Dazu *Bartlsperger*, DVBl. 1980, 249 ff.; zur künftig möglicherweise „wirtschaftsrechtlichen“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) Regelung eines Straßenbenutzungsrechts der Energiewirtschaft: BR-Drs. 806/96.

97 *Bartlsperger*, DVBl. 1979, 1 ff.; *ders.*, Werbenutzungsverträge (Fn. 40), S. 32 ff., 39 ff. und 81 ff.; grundsätzlich zum Sachenrechtsstatus öffentlicher Straßen *ders.*, Das Sachenrechtsverhältnis der öffentlichen Straßen, in: *Bartlsperger/Blümel/Schroeter* (Fn. 25), S. 13 ff. und *ders.*, Hoheitliche Sachherrschaft in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und bei der Telegrafienpflichtigkeit von Verkehrswegen, in: *Zeidler/Maunz/Roellecke*, Festschrift H. J. Faller, 1984, S. 81 ff.

98 *Zippelius*, DÖV 1958, 838 ff.

Straßeneigentümer kennen und die öffentlichrechtliche Sondernutzungserlaubnis weiterhin als straßenaufsichtliche beziehungsweise ortspolizeiliche Erlaubnis regeln⁹⁹. Regelmäßig dagegen, und zwar auch soweit nach den beiden genannten stadtstaatlichen Straßengesetzen die Sondernutzungen nicht bloß das „öffentliche Straßenland“ beziehungsweise nicht nur öffentliche Straßen im Eigentum Dritter betreffen, ist das Sondernutzungsregime auch in nutzungsrechtlicher Hinsicht der Straßenhoheit unterstellt worden, sei es überwiegend in der Rechtszuständigkeit der Straßenbauverwaltung oder in den drei stadtstaatlichen Ausnahmefällen in Wahrnehmung der Straßenbeziehungsweise Wegeaufsicht oder der Ortspolizei¹⁰⁰. Danach folgt das heutige Straßenrecht dem Leitbild von den öffentlichen Straßen als öffentlichrechtlichen Mehrzweckinstituten, nach dem die Sondernutzungen auch in nutzungsrechtlicher Hinsicht der öffentlichrechtlichen Zweckbestimmung der Straßen angehören und unter einem hoheitlichen Sondernutzungsregime stehen¹⁰¹. Im Rahmen dieser Grundlagen des „neuen“ Straßenrechts entfaltet der Vorbehalt einer eigentumsrechtlich privatrechtlichen Sondernutzung, unbeschadet seines im wesentlichen nur pragmatischen Ausnahmecharakters für die Leitungsverlegung der öffentlichen Versorgungswirtschaft, eine ebenso tiefgreifende wie nachhaltige destruktive Ausstrahlung auf das gesamte Sondernutzungsrecht der öffentlichen Straßen und darüber hinaus auf die Struktur der ganzen straßenrechtlichen Benutzungsordnung.

2. Im Ergebnis bewirkt der Vorbehalt einer eigentumsrechtlich privatrechtlichen Normierung von Rechten zur Benutzung öffentlicher Straßen über den Gemeingebrauch hinaus, daß die betreffenden Straßengesetze mehrere miteinander unvereinbare Sondernutzungsbegriffe und Sondernutzungstatbestände zugleich enthalten. Auf der einen Seite definieren die jeweiligen Vorschriften zum Gemeingebrauch¹⁰² und über die öffentlichrechtlichen Sondernutzungen den Rechtsbegriff der Sondernutzung in einem umfassenden Sinne dahin, daß dieser alle über den Gemeingebrauch öffentlicher Straßen zum Verkehr hinausgehenden Nutzungen umfaßt und daß alle diese Sondernutzungen einen Sondergebrauch öffentlicher Straßen unter deren straßenhoheitlichem Nut-

99 § 11 BerlStrG, § 18 BremLStrG.

100 Fn. 5.

101 Fn. 4.

102 § 7 FStrG, § 13 StrGBW, Art. 14 BayStrWG, § 10 BerlStrG, § 14 BbgStrG, § 15 BremLStrG, § 16 HbgWG, § 14 HessStrG, § 21 StrWGMV, § 14 NStrG, § 14 StrWGNW, § 34 LStrGRP, § 14 SaarlStrG, § 14 SächsStrG, § 14 StrGLSA, § 20 StrWGSB, § 14 ThStrG.

zungsstatus als umfassende Verwaltungsleistung darstellen. Danach beansprucht jede Sondernutzung die öffentlichen Straßen als öffentlichrechtliche Mehrzweckinstitute der Leistungsverwaltung. In diesem Begriff und Tatbestand der straßenrechtlichen Sondernutzung gelangen deren statusrechtlicher Charakter als Inanspruchnahme einer öffentlichrechtlichen Verwaltungsleistung sowie der entsprechende nutzungsrechtliche Regelungszweck des hoheitlichen Sondernutzungsregimes zum Ausdruck. Im Gegensatz zu dieser monistisch straßenhoheitlichen Institutionalisierung des Sondernutzungsregimes steht der Vorbehalt einer eigentumsrechtlich privatrechtlichen Sondernutzungsregelung, nach dem diejenigen Sondernutzungen, die den Gemeingebrauch nicht oder lediglich vorübergehend zur Leitungsverlegung der öffentlichen Versorgung beeinträchtigen, ausschließlich als Benutzung des Straßeneigentums gelten und jedenfalls materiellrechtlich allein einem fortbestehenden Eigentumsregime über Sondernutzungen zugeordnet sind. Schließlich erweist es sich als gänzlicher Widerspruch sowohl zum umfassenden leistungsverwaltungsrechtlichen, hoheitlich nutzungsrechtlichen Sondernutzungsbegriff als auch zur eigentumsrechtlichen Sondernutzung, wenn für den öffentlichrechtlichen Sondernutzungstatbestand auf die mögliche Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs abgestellt, also an die wegepolizeiliche Tradition beziehungsweise an die Straßenaufsicht angeknüpft wird. Auf diese Weise wird für die nach der Anwendungshäufigkeit zentrale öffentlichrechtliche Sondernutzungsregelung einerseits das nutzungsrechtliche Element vernachlässigt und auf der anderen Seite werden die sogenannten sonstigen Sondernutzungen als ausschließlich eigentumsrechtlich privatrechtliche Vorgänge in materiellrechtlicher Hinsicht aus jedem öffentlichrechtlichen Sondernutzungsregime entlassen. Dadurch ist ein Sondernutzungsrecht entstanden, das rechtskonstruktive Elemente einer hoheitlichen Leistungsverwaltung und Benutzungsordnung, einer wegepolizeilichen Reglementierung und einer Eigentumswahrnehmung als drei miteinander unvereinbare Kategorien nebeneinander stellt. Das „neue“ Sondernutzungsrecht macht damit eine in jeder Hinsicht widerlegungsfreie einheitliche Sondernutzungstheorie unmöglich und liefert einer absichtlich punktuell ansetzenden Interpretation nahezu beliebige Anhaltspunkte und Begründungen. Vor allem die für die „Straßenkommunikation“ wesentliche öffentlichrechtliche Sondernutzungsregelung konnte dadurch in den Anschein eines nur wegepolizeilichen Erlaubnisvorbehalts beziehungsweise einer lediglich gefahren- und störungspräventiven, sogenannten „straßenbezogenen“ Kontrollregelung kommen. Letzteres hat sich die dargelegte Uminterpretation der straßenrechtlichen Benutzungsordnung in ein unmittelbar grundrechtlich begründetes Kommunikationsrecht mit eingriffsrechtlichem Charakter gegenüber den allgemeinen grundrechtlichen Kommunikationsfreiheiten zunutze gemacht, wobei ihr die Rechtsprechung offenbar eher unbedacht gefolgt ist.

3. Zusammenfassend kann im Grunde für alle Straßengesetze, abgesehen von dem einen stadtstaatlichen Sonderfall einer ausschließlich hoheitlichen Sachherrschaft über die öffentlichen Wege und einer entsprechend rein straßenhoheitlichen *Benutzungsordnung*¹⁰³, festgestellt werden, daß sie zwei Sondernutzungstatbestände verwenden. Der eine vereinigt in umfassender Weise alle über den Gemeingebrauch öffentlicher Straßen zum Verkehr hinausgehenden Straßenbenutzungen unter dem Rechtsbegriff eines straßenhoheitlich gewährten Sondergebrauchs und versteht dessen Regelung in einem nutzungsrechtlichen Sinne als *Zulassung zur Inanspruchnahme einer Verwaltungsleistung*. Der andere, in einem engeren Sinne öffentlichrechtliche Sondernutzungstatbestand folgt der traditionell wegepolizeilichen Zwecksetzung eines Schutzes des Gemeingebrauchs beziehungsweise einer sogenannten „straßenbezogenen“ Gefahren- und Störungsprävention. Er ist durch diese Zwecksetzung abgegrenzt und bestimmt und erscheint als Tatbestand einer bloßen präventiven Kontrollregelung. Hierbei ist verschüttet gegangen, daß dem „neuen“ Straßenrecht ein straßenhoheitlicher Leistungsstatus der Sondernutzungen zugrundeliegt und die „neue“ öffentlichrechtliche Sondernutzungserlaubnis nach ihrem Regelungszweck eine nutzungsrechtliche Gebrauchserlaubnis zur Inanspruchnahme einer Verwaltungsleistung darstellt. Auf diese Weise haben die betreffenden Straßengesetze den nutzungsrechtlichen Status der Sondernutzungen scheinbar überhaupt eliminiert und einer unbedachten oder absichtsvollen grundrechtlichen Statusbetrachtung der straßenrechtlichen *Benutzungsordnung* als grundrechtlichem Freiheitsraum, insbesondere als Bereich grundrechtlicher Kommunikationsfreiheiten, überlassen. Die öffentlichrechtliche Sondernutzungserlaubnis konnte so nur noch als eingriffsrechtliche Kontrollerlaubnis in bezug auf einen der straßengesetzlichen *Benutzungsordnung* vorgegebenen grundrechtlichen Benutzungsstatus und nach Maßgabe wegepolizeilicher beziehungsweise sogenannter „straßenbezogener“ Versagungsgründe ausgelegt und angewendet werden.

4. Auf die beschriebene Weise ist indessen nicht nur die öffentlichrechtliche Sondernutzungsregelung der Straßengesetze ihrer nutzungsrechtlichen Grundlage entkleidet worden. Auch die in den Straßengesetzen festgelegte *Benutzungsordnung* insgesamt hat ihren nutzungsrechtlichen Regelungszweck und ihre nutzungsrechtliche Unterscheidung von verkehrlichem Gemeingebrauch und zulassungsbedürftiger Sondernutzung grundsätzlich eingebüßt. Denn im Ergebnis ist die gesetzliche Klassifikation der Straßenbenutzungen nach dem nutzungsrechtlichen Kriterium eines verkehrlichen Gemeinge-

103 §§ 4 und 19 HbgWG.

brauchs und von darüber hinausgehenden Sondernutzungen überhaupt ersetzt worden durch eine Begrenzung des öffentlichrechtlichen Erlaubnisvorbehalts auf Straßenbenutzungen, die wegen ihres wegepolizeilichen beziehungsweise sogenannten „straßenbezogenen“ Gefahren- und Störungspotentials den Vorbehalt einer angeblich nur präventiven Kontrollerlaubnis gegenüber den angenommenen grundrechtlichen Freiheiten zur Straßenbenutzung zu rechtfertigen vermögen. Anstelle des engeren verkehrlichen Gemeingebrauchs ist folglich eine unmittelbar grundrechtlich begründete weiterreichende Erlaubnisfreiheit der übrigen, nicht eigentumsrechtlich privatrechtlich geregelten Straßenbenutzungen getreten. Dabei macht es nur einen sekundären rechtsbegrifflichen Unterschied aus, ob diese erlaubnisfreien Straßenbenutzungen entweder als grundrechtliche Erweiterung des gesetzlichen Gemeingebrauchs oder als grundrechtlich gebotene erlaubnisfreie Sondernutzungen klassifiziert werden. Die letztere Annahme einer erlaubnisfreien Sondernutzung scheint zwar die nutzungsrechtliche Begriffsbestimmung und Tatbestandsabgrenzung der Sondernutzungen nach den Straßengesetzen zu wahren, sie tut dies aber, ohne den nutzungsrechtlichen Regelungszweck des Sondernutzungsrechts noch wirklich aufrecht zu erhalten. Jedenfalls erscheint durch eine solche unmittelbar grundrechtliche Benutzungsordnung der öffentlichen Straßen, die das Recht zur Straßenbenutzung bereits in einem grundrechtlichen Freiheitsstatus begründet sieht, eine nutzungsrechtliche Unterteilung der Straßenbenutzungen in einen verkehrlichen Gemeingebrauch und in darüber hinausgehende öffentlichrechtliche Sondernutzungen ihres Sinnes verlustig gegangen zu sein. Vielmehr soll es danach nur noch eine Kategorisierung der nicht dem Ausnahmeverbehalt einer eigentumsrechtlich privatrechtlichen Zulassung unterfallenden Straßenbenutzungen in einerseits grundrechtlich zulassungsfreie und in andererseits grundrechtseinschränkend zulassungsgebundene geben. Die allgemeine Verkehrsfunktion öffentlicher Straßen erscheint in dieser Sicht lediglich noch als Anknüpfungspunkt für die Klassifikation einer Straße nach ihrer Verkehrsbedeutung und für den konkreten verkehrlichen Widmungsinhalt. Für die straßenrechtliche Benutzungsordnung dagegen hat der verkehrliche Gemeingebrauchsbegriff seine Bedeutung als Klassifikationskriterium zwischen zulassungsfreier und zulassungsgebundener Straßenbenutzung eingebüßt.

Eine demzufolge begründete und praktizierte straßenrechtliche Benutzungsordnung kann im objektiven Ergebnis mit vier Annahmen zusammengefaßt werden. Als rechtsbegründender Nutzungstitel gilt eine Grundrechtsfreiheit der Straßenbenutzung. Als öffentlichrechtlich zulassungsgebunden werden nur noch solche Straßenbenutzungen behandelt, für die sich wegen eines Gefahren- und Störungspotentials der Vorbehalt einer präventiven Kontrollerlaubnis nach den jeweiligen grundrechtlichen Schrankenregeln rechtfertigen

läßt. Die Versagungsgründe für eine derartige öffentlichrechtliche Sondernutzungserlaubnis werden unter der widersprüchlich und fälschlich beibehaltenen Annahme eines „Ermessenszwecks“ in einem sogenannten „straßenbezogenen“ Gefahren- und Störungspotential von Straßenbenutzungen gesucht. Schließlich werden in einem gänzlichen Gegensatz zu einer solchen Konzeption von einer Grundrechtsfreiheit der Straßenbenutzung die nicht verkehrlichen und den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigenden Straßenbenutzungen, im wesentlichen vor allem die Leitungsverlegung der öffentlichen Versorgungswirtschaft, weiterhin einem eigentumsrechtlich privatrechtlichen Nutzungsregime in der Wahrnehmungszuständigkeit der Straßenhoheit unterstellt.

In der gerichtlichen Praxis hat sich diese Uminterpretation der straßenrechtlichen Benutzungsordnung zunächst, vor allem angeführt von den für die straßenbenutzungsrechtlichen Ordnungswidrigkeiten zuständigen ordentlichen Gerichten, weitgehend und folgerichtig Geltung verschafft¹⁰⁴. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat demgegenüber eine erheblich zurückhaltendere Stellung bezogen und punktuelle Korrekturen vorgenommen, die in bezug auf die Erlaubnisfreiheit oder Erlaubnisgebundenheit von Straßenwerbung und sonstiger „Straßenkommunikation“ im praktischen Ergebnis weitgehend auf den Rechtszustand nach den Straßengesetzen zurückgeführt haben¹⁰⁵. Aber auch dabei ist keineswegs mehr in Frage gestellt worden, daß die Straßenbenutzung eine Ausübung grundrechtlicher Freiheit, insbesondere der grundrechtlichen Kommunikationsfreiheiten, darstellt und daß für die über den verkehrlichen Gemeingebrauch hinausgehenden Straßenbenutzungen sowohl deren Erlaubnisfähigkeit wie bereits deren Erlaubnisgebundenheit überhaupt grundrechtlichen Maßstäben folgen. Entwicklung und Stand der Rechtsprechung ergeben deshalb ein Bild von der straßenrechtlichen Benutzungsordnung, das mit deren ursprünglichen straßengesetzlichen Grundlagen und mit deren vormals wenigstens pragmatischer und für die Verwaltung praktischer Klarheit kaum mehr etwas gemein hat.

IV. Entwicklung und Stand der Rechtsprechung zu Straßenwerbung und „Straßenkommunikation“

1. Die zunächst von den ordentlichen Gerichten, wenn auch nicht allein, angestoßene und entwickelte erste Phase einer judiziellen Uminterpretation der straßenrechtlichen Benutzungsordnung läßt sich im wesentlichen dahin kenn-

104 Siehe die Darstellungen und Erörterungen im Schrifttum (Fn. 1), insb. bei *Steinberg*, NJW 1978, 1898; *Stock* (Fn. 1), S. 16 ff. und *Meissner*, JA 1980, 583 ff.

105 Nachw. zur Verwaltungsrechtsprechung Fn. 1.

zeichnen, daß die kommunikativen Straßenbenutzungen, vor allem für Zwecke der politischen Kommunikation, einer grundrechtlichen Kerngewährleistung zulassungsfreier Straßenbenutzung in Form eines erweiterten Gemeingebrauchs oder einer erlaubnisfreien Sondernutzung zugeordnet worden sind¹⁰⁶. Die Erlaubnisfreiheit kommunikativer Straßenbenutzungen ist das zentrale Thema dieser ersten Rechtsprechungsphase gewesen. Als rechtsdogmatische Grundlage, die in der gesamten Rechtsprechung, auch der Verwaltungsgerichte, im Grunde bis heute beibehalten worden ist, hat hierbei das an die grundrechtliche Schrankenregelung der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 2 GG anknüpfende sogenannte grundrechtliche Wechselwirkungs- oder Gewichtungsmo- dell gedient, wonach die Erlaubnisfreiheit oder Erlaubnisgebundenheit der Straßenbenutzung im individuell konkreten Fall aus einer wertenden Abwägung zwischen grundrechtlicher Freiheit einerseits und Belangen der Straßenverwaltung andererseits zu ermitteln sein soll¹⁰⁷. Danach sollte vor allem die Straßenbenutzung für politische Werbung aus Wertungs- und Gewichtungsgründen bei entsprechender Gemeinverträglichkeit zulassungsfrei sein. Zum Teil sollte die Gefahren- und Störungsprävention bei Straßenbenutzungen sogar gänzlich den Ordnungsbehörden überlassen, also gar nicht mehr als Angelegenheit des Straßenrechts behandelt werden.

Das praktische Ergebnis jener Rechtsprechungsphase ist eine weitgehende Verunsicherung von Straßenverwaltung und Straßenbenutzern darüber gewesen, welche Fälle kommunikativer Straßenbenutzung als erlaubnisfrei gelten können oder einer Zulassung bedürfen¹⁰⁸. Selbst aus der grundrechtlichen Perspektive hat sich diese werttheoretische Praxis zur Zulassungsfreiheit kommunikativer Straßenbenutzungen wegen der in Rechtsunsicherheit und Willkür führenden Handhabung der individuell konkreten Fälle als Danaerge-

106 Nachw., insb. zur betreffenden Rspr. der ordentlichen Gerichte, bei *Steinberg*, NJW 1978, 1898 und *Stock* (Fn. 1), S. 24 ff.

107 Insb. BVerfG, B. v. 18.10.1991 (Kammerbeschluß) NVwZ 1992, 53; BayVerfGH, E. v. 5.8.1977, BayVBl. 1977, 631/633; BVerwG, U. v. 7.6.1978 (VII C 5.78 und 6.78), DÖV 1978, 887 f. bzw. 889 und v. 24.8.1994, NVwZ-RR 95, 129 f.; OVG Berlin, U. v. 1.6.1973, NJW 1973, 2044 (dazu *Meissner*, JA 1980, 583/587), OVG Lüneburg, U. v. 25.8.1976, NJW 1977, 916 f. (dazu *Thiele*, DVBl. 1980, 977/979) und 23.4.1992, NVwZ-RR 1993, 393 f.; ferner bei *Steinberg/Herbert*, JuS 1980, 108/112 und *Pappermann*, NJW 1976, 1341/1343.

Kritische Erörterung zu diesem die Trennung von Grundrechten und straßenrechtlicher Benutzungsordnung leugnenden grundrechtlichen „Einheitsmodell“ bei *Enders*, VerwArch. 1992, 527/538 ff.

108 *M. Schröder*, DV 1977, 455.

schon erwiesen¹⁰⁹. Nicht zuletzt die Definition der Erlaubnispflicht kommunikativer Straßenbenutzungen von deren Erlaubnisfähigkeit her ist als derart nachteilig für die Rechtssicherheit in der Straßenverwaltung und bei der Grundrechtsausübung beurteilt worden, daß man wieder eher den grundsätzlichen und regelmäßigen Vorbehalt einer Sondernutzungserlaubnis als verhältnismäßige Grundrechtseinschränkung erachtet hat¹¹⁰. Diese Erwägung vor allem hat die nachfolgende Verwaltungsrechtsprechung zu einer Korrektur in der Frage der Erlaubnisfreiheit kommunikativer Straßenbenutzungen veranlaßt¹¹¹.

2. Nach dem zwischenzeitlichen Stand der Verwaltungsrechtsprechung ist die Frage einer grundrechtlichen Zulassungsfreiheit der „Straßenkommunikation“ nicht mehr das für die Praxis hauptsächlich bedeutsame Thema der straßenrechtlichen Benutzungsordnung. Vielmehr gilt der Verwaltungsrechtsprechung wenigstens im Regelfall „das behördliche Kontrollverfahren der Sondernutzungserlaubnis“ als ein mit den grundrechtlichen Freiheiten zur Straßenbenutzung „zu Vereinbarendes, den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes standhaltendes Mittel“, um „die verschiedenen grundrechtlich geschützten Belange der Straßenbenutzer in Einklang zu bringen“ und der sogenannten „Ausgleichs- und Verteilungsfunktion der Sondernutzungserlaubnis“ Rechnung zu tragen¹¹². Hierzu hat die Verwaltungsrechtsprechung aus Anlaß eines Falles der wirtschaftlichen Werbung zuletzt auch klargestellt, daß selbst bei einer „Geringfügigkeit der Inanspruchnahme öffentlicher Straßen“, das heißt selbst innerhalb einer sogenannten „Bagatellgrenze“, eine auf gesetzlicher Ebene festgelegte Erlaubnispflicht der Sondernutzung nicht gegen den Grundsatz der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeit verstoße und keine Erlaubnisfreiheit begründe¹¹³. Danach gilt jedenfalls eine Straßenwerbung und sonstige „Straßenkommunikation“, die mittels von Hilfseinrichtungen den

109 M. Schröder, ebenda.

110 Steinberg/Hartung, JuS 1990, 795/800 f.; grundsätzliche Kritik insofern vor allem bei Enders, VerwArch. 1992, 527/539.

111 BVerwG, U. v. 9.11.1989, DÖV 1990, 252/254.

112 BVerwG, U. v. 9.11.1989, a.a.O.; ferner schon BVerwG, U. v. 7.6.1978 (VII C 5.78 und 6.78), DÖV 1978, 887 ff. bzw. 889 ff. und BVerwG, B. v. 12.8.1980, DÖV 1981, 226 f.

113 BVerwG, B. v. 10.5.1996, DVBl. 1996, 925.

Verkehrsraum einer öffentlichen Straße in Anspruch nimmt, stets als erlaubnispflichtige Sondernutzung¹¹⁴.

Allerdings ist in grundsätzlicher Hinsicht festzuhalten, daß auch die Verwaltungsrechtsprechung im Grunde weiterhin und erklärtermaßen von der Maßstäblichkeit der grundrechtlichen Kommunikationsfreiheiten für den Vorbehalt einer Sondernutzungserlaubnis ausgeht und darum eine unmittelbar grundrechtlich begründete Erlaubnisfreiheit der „Straßenkommunikation“ für möglich hält, zum Beispiel „wenn der Gang zur Erlaubnisbehörde nicht nur eine Lästigkeit wäre“, sondern die Ausübung des betreffenden Kommunikationsrechts unmöglich machte¹¹⁵. Deshalb wird eine grundrechtliche Erlaubnisfreiheit nach wie vor vorbehalten für Fälle einer spontanen „Straßenkommunikation“, die nur entweder spontan oder gar nicht stattfindet¹¹⁶. Man kann insofern generell von einem Grundrechtsstatus der Spontaneität sprechen, der eine Erlaubnisfreiheit der Straßenbenutzung erzwingt.

Danach hält die maßgebliche Rechtsprechung nach wie vor einhellig und eindeutig an der Beurteilung der über den verkehrlichen Gemeingebrauch hinausgehenden Straßenbenutzungen als Ausübung grundrechtlicher Freiheiten sowie an der Maßstäblichkeit der betreffenden Grundrechte für die straßenrechtliche Benutzungsordnung fest, und zwar in zweifacher Hinsicht. Zum einen stellt sie weiterhin für die Abgrenzung von zulassungsfreier und zulassungsgebundener Straßenbenutzung nicht vorbehaltlos auf die nutzungsrechtliche Klassifikation der Straßengesetze in einen verkehrlichen Gemeingebrauch und eine darüber hinausgehende Sondernutzung ab, sondern letztlich auf die grundrechtliche Verhältnismäßigkeit eines Erlaubnisvorbehalts¹¹⁷; die-

114 OVG Schleswig, U. v. 25.6.1991, NVwZ 1992, 70 ff.; OVG Lüneburg, U. v. 23.4.1992, NVwZ-RR 1993, 393 ff.; HessVGH, U. v. 21.9.1993, NVwZ 1994, 189 ff.; selbst für den Fall, daß dies nur begleitend anläßlich einer straßenrechtlich zulassungsfreien Ausübung des Grundrechts der Versammlungs- bzw. Demonstrationsfreiheit geschieht (VGH BW, B. v. 16.12.1993, DÖV 1994, 568 f.).

Zur grundrechtlichen Unbedenklichkeit einer Sondernutzungsgebühr auch bei politischer Werbung im Straßenraum BVerwG, U. v. 7.8.1978, DÖV 1978, 687/689.

115 BVerwG, U. v. 9.11.1989, DÖV 1990, 252/254.

116 *Goerlich*, Jura 1990, 415/418; *Würkner*, NJW 1990, 2013 f.; auch schon *Steinberg*, NJW 1978, 1898/1903 unter kaum gerechtfertigter Gleichsetzung des grundrechtlichen Schutzes von Spontanversammlungen (Art. 8 GG) und anderen spontanen Straßenbenutzungen.

117 Anders zu verstehen möglicherweise VGH BW, U. v. 14.8.1992, NVwZ 1993, 903/904, wo darauf abgestellt wird, daß der Plakatanschlag im Straßenraum als solcher

ser grundrechtliche Gesichtspunkt ist nur in der praktischen Anwendungsbedeutung zurückgetreten. Zum zweiten und mit höchster praktischer Bedeutung qualifiziert die Rechtsprechung den Vorbehalt einer Sondernutzungserlaubnis als grundrechtsbeschränkenden eingriffsrechtlichen Kontrollvorbehalt nach Maßgabe eng begrenzter wegepolizeilicher beziehungsweise sogenannter „straßenbezogener“ Versagungsgründe der Gefahren- und Störungsprävention¹¹⁸. Es kann also keineswegs davon gesprochen werden, daß wieder eine Restitution der Sondernutzungserlaubnis als nutzungsrechtliche Gebrauchserlaubnis und als ermessensweise Gewährung einer Verwaltungsleistung erfolgt wäre. Vielmehr ist in dem Zusammenhang noch ein weiterer gegenteiliger Grundsatz der betreffenden Rechtsprechung hervorzuheben. Diese verknüpft mit der in Wahrheit angenommenen Rechts- und Anspruchsgebundenheit der Sondernutzungserlaubnis auch die Folgerung, daß eine werttheoretische Gewichtung der angeblich grundrechtlich begründeten kommunikativen Benutzungsinteressen im individuell konkreten Falle beziehungsweise für bestimmte Falltypen eine Sondernutzungserlaubnis erzwingen kann. Damit hat sich die grundrechtlich werttheoretische Verunsicherung der straßenrechtlichen Benutzungsordnung lediglich von der Frage der Zulassungsfreiheit der „Straßenkommunikation“ auf die Anspruchsgebundenheit der Sondernutzungserlaubnis verlagert. Mit Blick darauf lassen sich die wesentlichen praktischen Konsequenzen der zwischenzeitlich maßgeblichen Rechtsprechung zur „Straßenkommunikation“ zusammenfassen und verdeutlichen.

3. Vorbehaltlich besonderer Regelungen zur Zulassungs- und Gebührenpflicht von Sondernutzungen auf der gemeindlichen Satzungsebene ordnet die heute maßgebliche Verwaltungsrechtsprechung die Straßenbenutzung für Werbezwecke und sonstige öffentliche Kommunikation grundsätzlich der öffentlichrechtlichen Sondernutzung nach den Straßengesetzen und dem hierfür geltenden Erlaubnisvorbehalt zu¹¹⁹. Die öffentlichrechtliche Sondernutzungserlaubnis wird allerdings nicht als nutzungsrechtliche Gebrauchserlaubnis nach den Regeln der ermessensweisen Gewährung einer Verwaltungsleistung verstanden und gehandhabt. Vielmehr wird sie als eine die Grundrechtsfreiheit der Straßenbenutzung einschränkende Kontrollerlaubnis zur präventiven wegepolizeilichen beziehungsweise sogenannten „straßenbezogenen“ Gefahren- und Störungsprävention beurteilt und behandelt. Wegen der dadurch eng begrenz-

in den „damit verbundenen Wirkungen über den widmungsmäßigen Gemeingebrauch“ hinausgeht.

118 Nachw. Fn. 28 bis 30.

119 Fn. 107.

ten Versagungsgründe erscheint die öffentlichrechtliche Sondernutzungserlaubnis trotz der beibehaltenen Qualifizierung als Ermessensentscheidung in Wahrheit rechts- und anspruchsgesunden. Diese letztere Feststellung bezeichnet die wesentliche Konsequenz der betreffenden Rechtsprechung und bedarf deshalb einer genaueren Erläuterung.

Insofern ist klarzustellen und hervorzuheben, daß die bei der Erteilung oder Versagung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis immer vorzunehmende Abwägung zwischen dem individuell konkreten oder falltypischen Sondernutzungsinteresse einerseits und gegebenenfalls entgegenstehenden Belangen der Straßenverwaltung andererseits¹²⁰ allein noch keine Ermessensstruktur der behördlichen Entscheidung annehmen läßt. Der bloße Umstand, daß bei der Auslegung und Anwendung einer Rechtsnorm im individuell konkreten Falle eine Abwägung zwischen den jeweiligen Regelungszwecken der Norm und den im betreffenden Normbereich auftretenden Belangen stattfindet, ist normtheoretisch jeder teleologischen Rechtskonkretisierung eigen¹²¹; auch die Regelungen zu rechts- und anspruchsgesunden Verwaltungsentscheidungen haben eine Normstruktur, welche der Rechtsanwendung im individuell konkreten Falle eine teleologische Abwägung aufgibt. Ein Unterschied in der Teleologie der Verwaltungsrechtsnormen entsteht vielmehr erst insofern, als diese ihren Regelungszweck mittels abschließender Erteilungs- oder Versagungsgründe begrenzen und gegebenenfalls mit einem Vorrang ausstatten können. In einem solchen Falle ist die teleologische Rechtsanwendung vom Normgeber schon vorgeregelt und eingegrenzt. Die Verwaltungsentscheidung erfolgt auf diese Weise normrational; sie ist rechts- und gegebenenfalls anspruchsgesunden¹²². Hiervon unterscheidet sich der andere Fall des Verwaltungsermessens im Sinne von § 40 VwVfG beziehungsweise der entsprechenden Bestimmungen des allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts der Länder ausschließlich, aber auch prinzipiell dadurch, daß die betreffenden Regelungen der Verwaltung im Rahmen allgemeiner gesetzlicher Grenzen die Befugnis einräumen, neben den primären Zwecken der Handlungsermächtigung alle im individuell konkreten Falle sachlich einschlägigen und gerechtfertigten Zwecke des Gemeinwohls berücksichtigen zu können¹²³.

120 Grote, in: Kodal/Krämer (Fn. 1), Kap. 26, Rdnr. 15.

121 Engisch, ZgStW 19, 664 ff. mit zutreffender Kritik gegenüber der strukturellen Normbegründungstheorie von F. Müller (Fn. 33); ferner Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, Kap. 4, 2 d (S. 333 ff.) und Zippelius, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 1994, § 12 I a und § 16 II.

122 Zur Normrationalität juristischer Argumentation Herberger/Koch, JuS 1978, 810 ff.

123 Koch, DVBl. 1983, 1125 ff.

Man kann insofern Primärzwecke und Komplementärzwecke beim Verwaltungsermessen unterscheiden und von dessen Zweckoffenheit sprechen¹²⁴. Das Verwaltungsermessen vollzieht sich somit normtheoretisch als teleologisch „offene“, nicht normrationale, sondern dem Verwaltungsvorbehalt entsprechend genuin zweckrationale Verwaltungsentscheidung¹²⁵.

Die Straßengesetze, mit Ausnahme der beiden erwähnten landesrechtlichen Sondernutzungsregelungen mit abschließend festgelegten Versagungsgründen¹²⁶, haben die Sondernutzungserlaubnis im dargelegten Sinne einer zweckrationalen, genuinen Verwaltungszwecken offenen Entscheidung, nämlich als nutzungsrechtliche Gebrauchserlaubnis zur ermessensweisen Gewährung einer Verwaltungsleistung geregelt. Demgegenüber folgt die Rechtsprechung einer normrationalen Betrachtung der Sondernutzungserlaubnis, und zwar in zweifacher Hinsicht. Zum einen geht sie von abschließenden wegepolizeilichen oder sogenannten „straßenbezogenen“ Versagungsgründen für die Sondernutzungserlaubnis aus. Zum zweiten gibt sie der normrationalen, rechts- und anspruchsgewandten Struktur der Erlaubnis dadurch entschiedenen Ausdruck, daß sie unterschiedlichen Falltypen der „Straßenkommunikation“ eine grundrechtlich werttheoretische Gewichtung oder sogar Vorrangstellung gegenüber gegebenenfalls vorhandenen Belangen der Straßenverwaltung beilegt. Dieses Gewichtungs- und Vorrangmodell insbesondere prägt das Bild der derzeit maßgeblichen Rechtsprechung zur „Straßenkommunikation“. Dadurch ist im Ergebnis eine nach Falltypen gegliederte Zweckgruppierung und Mehrzweckskala der „Straßenkommunikation“ entstanden.

Deutlich erkennbar ist in der Rechtsprechung eine grundrechtlich werttheoretische Gewichtung, zum Teil sogar Vorrangeinräumung zugunsten der politischen „Straßenkommunikation“ gegenüber möglichen Belangen der Straßenverwaltung¹²⁷. Für diesen Bereich muß nach der Rechtsprechung regelmäßig ein Rechtsanspruch der Interessenten beziehungsweise Antragsteller auf Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen angenommen werden. Gleiches gilt grundsätzlich auch für die „Straßenkunst“, wenn deren grundrechtliches

124 Ausführlich dazu bei *Keppeler* (Fn. 9), S. 92 ff., 95 ff., 156 ff., 168 f.; in gleichem Sinne kritisch gegenüber einer Begrenzung des Verwaltungsermessens auf das angeblich jeweils vom Gesetz „intendierte Ermessen“ *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 4. Aufl. 1993, § 40, Rdnr. 15 sowie Rdnr. 7 und 32.

125 Dazu auch *Bartlspurger*, *Abwägungsgebot*, in: *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte* (Fn. 33), S. 102 ff.

126 Fn. 13.

127 Nachw. Fn. 24 f.

Gewicht gegenüber Belangen der Straßenverwaltung nach allein „kunstspezifischen“ Gründen beurteilt wird¹²⁸. Für die Wahlwerbung wird wegen deren verfassungsrechtlichen Gewichts generell ein Vorrang gegenüber Belangen der Straßenverwaltung und damit ein Rechtsanspruch auf Zulassung zur Sondernutzung bejaht, wobei für die Wahlwerbung politischer Parteien der Grundsatz der gestuften Chancengleichheit nach § 5 PartG zu beachten ist¹²⁹. Sogar eine generelle Freistellung vom straßengesetzlichen Erlaubnisvorbehalt für Sondernutzungen wird der spontanen „Straßenkommunikation“, beispielsweise, aber erkennbar nicht nur der spontanen „Straßenkunst“, mit der Begründung zugestanden, daß eine Erlaubnispflicht unter solchen Voraussetzungen mit der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeit nicht zu vereinbaren wäre¹³⁰. Der große und bedeutsame Bereich der wirtschaftlichen Werbung schließlich hat nach der Rechtsprechung den schwächsten Stand innerhalb der straßenrechtlichen Benutzungsordnung. Weder kann die Wirtschaftswerbung in der Sache den bevorzugten Grundrechtsstatus der Spontaneität für sich beanspruchen noch wird ihr in der grundrechtlich werttheoretischen Beurteilung ein besonderes Gewicht zugestanden. Aber auch die Werbenutzung öffentlicher Straßen partizipiert an der von der Rechtsprechung generell vertretenen individualrechtlichen Besitzergreifung der öffentlichen Straßen. Dieser Umstand hat in anderer Hinsicht die werbewirtschaftliche Nutzung öffentlicher Straßen zu einem Problem werden lassen, das in der Verwaltungsgerichtsbarkeit noch einer klaren und anerkannten Lösung harret.

4. Auch die wirtschaftliche Werbung kann nach den rechtsgrundsätzlichen Annahmen der Rechtsprechung mit Rücksicht auf die allgemeine grundrechtliche Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG und den besonderen grundrechtlichen Schutz von Gewerbe und Beruf gemäß Art. 12 Abs. 1 GG eine grundrechtliche Freiheit von jedermann zur Sondernutzung öffentlicher Straßen beanspruchen. Sie erscheint lediglich durch die in der Rechtsprechung eng begrenzten Gründe für eine Versagung von Sondernutzungserlaubnissen eingeschränkt. Diese werden, wie in den erwähnten ausnahmsweisen Katalogen von Versagungsgründen zweier Landesstraßengesetze, nur in einer er-

128 Nachw. Fn. 26 und 115 f.; zur Annahme einer grundrechtlichen Anspruchstellung der „Straßenkunst“ nach allein „kunstspezifischen Gründen“ *Goerlich*, Jura 1990, 415/418.

129 BVerwG, U. v. 7.6.1978 (VII C 6.78), DÖV 1978, 889/890; BayVGH, B. v. 3.5.1978, BayVBl. 1978, 467/468; OVG Schleswig, U. v. 25.6.1991, NVwZ 1992, 70; VG Berlin, B. v. 17.10.1990, LKV 1991, 44 = NVwZ 1991, 199 (LS); *Messer* (Fn. 3), S. 230 ff.

130 Nachw. Fn. 115 f.

heblichen Beeinträchtigung des verkehrlichen Gemeingebrauchs sowie in konkreten städtebaulichen und sonstigen besonderen öffentlichen Belangen mit unmittelbarem sachlichem Straßenbezug gesehen¹³¹. Von einer allgemeinen objektiven Ordnungsfunktion der straßenrechtlichen Benutzungsordnung für die Außenwerbung im Straßenraum kann danach nicht mehr die Rede sein. Vielmehr muß nach der Rechtsprechung von unmittelbar grundrechtlich gewährleisteten Rechtsansprüchen auf Zulassung der wirtschaftlichen Werbenutzung öffentlicher Straßen ausgegangen werden bis zur Grenze der Gemeingebrauchsverträglichkeit und ohne Rücksicht auf allgemeine kommunale Ordnungsvorstellungen zur Gestaltung des öffentlichen Straßenraumes sowie des Gemeinde- beziehungsweise Stadtbildes. Eine sondernutzungsrechtliche Ordnung der innergemeindlichen Außenwerbung jedoch aus Gründen einer administrativen Reglementierungs- und Überwachungsvereinfachung, mit Rücksicht auf sachlich begründete Interessen der Werbeunternehmen an einer werbetechnisch geforderten Netzgestaltung der Werbeträger oder gar wegen eigenwirtschaftlicher Vorteile für die Gemeinden erscheint danach fragwürdig.

Als Folge einer derart verengten Rechts- und Anspruchsgebundenheit der straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis sieht sich das jahrzehntelang praktizierte und bewährte Straßenvertragsrecht gemeindlicher Werbenutzungsverträge¹³² in seinem Bestand gefährdet und in der Verwaltungspraxis teilweise schon liquidiert. Die wesentliche, an das straßenrechtliche Sondernutzungsrecht anknüpfende Ordnungsfunktion jener Verträge besteht bekanntlich darin, daß die Gemeinden durch einen öffentlichrechtlichen Rahmenvertrag einem bestimmten Außenwerbungsunternehmen ein grundsätzliches Ausschließlichkeitsrecht für die Werbenutzung öffentlicher Straßen in der Form einer ermessensweisen Zusage einräumen, Sondernutzungserlaubnisse für in der Sache konkurrierende Werbenutzungen Dritter wegen der genannten administrativen, werbetechnischen, gestalterischen und eigenwirtschaftlichen

131 Nachw. Fn. 28 bis 30. Eine Begründung, warum die in dem Zusammenhang bedeutsamen „städtebaulichen“ und „stadtplanerischen“ Belange zu den „wegerechtlichen“ Versagungsgründen zählen sollen (so HessVGH, B. v. 19.10.1993 – 2 Tg1044/93) ist nicht ersichtlich. Solche rechtsbegrifflich nicht nachvollziehbaren Annahmen offenbaren die rechtsdogmatische Konzeptionslosigkeit bei der Einschränkung des Sondernutzungsermessens.

132 *Bartlsperger*, Werbenutzungsverträge (Fn. 40).

Gründe nicht zu erteilen¹³³. Die Verwaltungsrechtsprechung hat zur Zulässigkeit solcher gemeindlicher Werbenutzungsverträge keine klare und für die gemeindliche Verwaltungspraxis verlässliche Beurteilung mehr zustande gebracht¹³⁴. Ein Obergerverwaltungsgericht hat derartigen gemeindlichen Werbenutzungsverträgen eine Anerkennung rundweg mit der Erwägung versagt, daß Sondernutzungserlaubnisse für eine Werbenutzung öffentlicher Straßen ausschließlich aus verkehrlichen Gründen oder Ordnungsgesichtspunkten mit einem unmittelbaren sachlichen Bezug zur Straße versagt werden könnten und daß darum die ermessensweise Einräumung eines Ausschließlichkeitsrechts für ein Außenwerbungsunternehmen aus den sonstigen hierfür anführbaren gemeindlichen und werbewirtschaftlichen Belangen ausscheide¹³⁵. Zwei Verwaltungsgerichtshöfe haben die straßenrechtliche Zulässigkeit gemeindlicher Werbenutzungsverträge lediglich mit dem im gesetzlichen Sondernutzungsrecht kaum mehr nachweisbaren Argument anerkannt, die Gemeinden könnten unbeschadet der straßenhoheitlichen und öffentlichrechtlichen Zweckbestimmung des Sondernutzungsregimes über ihr privatrechtliches Straßeneigentum eigen- beziehungsweise erwerbswirtschaftlich verfügen und deshalb entsprechende Werbenutzungsverträge abschließen¹³⁶.

Das Bundesverwaltungsgericht hat eine in absehbarer Zeit vielleicht nicht ohne weiteres wiederkehrende Gelegenheit vertan, durch eine rechtsgrundsätzliche Entscheidung das für die gemeindliche Praxis zentrale Rechtsinstitut der Werbenutzungsverträge maßgeblich zu klären, indem es der Revision gegen die genannte oberverwaltungsgerichtliche Verwerfung jener Verträge aus dem erkennbar wenig bedachten Grunde einer angeblich fehlenden Revisibilität der Frage landesgesetzlichen Sondernutzungsermessens nicht stattgegeben hat¹³⁷. Dies ist nicht nur im Hinblick auf die Rechtssicherheit des in der gemeindlichen Praxis vorrangigen Rechtsinstituts der straßenrechtlichen Werbenutzungsverträge enttäuschend, sondern läßt auch eine Sensibilität dafür vermissen, daß das straßenrechtliche Sondernutzungsrecht insgesamt einer revisionsgerichtlichen Klarstellung als „allgemeiner Teil“ des Straßenrechts bedarf.

133 *Bartlsperger*, a.a.O., S. 116 f., 120 ff., 131 ff.; zu den sowohl straßenrechtlichen wie kommunalrechtlichen Funktionen der gemeindlichen Werbenutzungsverträge: S. 23 ff.

134 Nachw. zu den gegensätzlichen Entscheidungen Fn. 41.

135 OVG Lüneburg, U. v. 23.4.1992, NVwZ-RR 1993, 393 ff.

136 VGH BW, U. v. 14.8.1992, NVwZ 1993, 903 ff.; HessVGH, B. v. 10.11.1995 – 2 Tg2641/95.

137 BVerwG, U. v. 24.8.1994, NVwZ-RR 1995, 129 f.

Nach Ansicht des Gerichts ist die Auslegung und Anwendung der Landesstraßengesetze in der Frage von Inhalt und Umfang des Ermessenszwecks bei der Sondernutzungserlaubnis keine bundesrechtliche und damit keine nach § 137 Abs. 1 VwGO reversible Rechtssache. An dieser Beurteilung mag im Ansatzpunkt einleuchten, daß ein straßenhoheitliches Verwaltungsermessen bei der Sondernutzungserlaubnis für Straßen des Landesrechts an sich als eine landesrechtliche Angelegenheit erscheint und insofern reversibles Bundesrecht nach § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO nicht angenommen werden kann. Aber darüber ist die Besonderheit verkannt worden, daß die Sondernutzungsvorschrift des betreffenden Landesstraßengesetzes selbst bewußt gar keine Ermessensgründe für das straßenhoheitliche Ermessensregime benennt, insbesondere keine abschließenden Versagungsgründe aufführt oder erkennen läßt. Vielmehr hat das betreffende Berufungsurteil in voller Übereinstimmung mit der übrigen Rechtsprechung, einschließlich des Bundesverwaltungsgerichts, die vermeintlich beschränkten Versagungsgründe für die straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis gar nicht dem Landesstraßengesetz entnommen, sondern unmittelbar und ausschließlich anhand der angeblich bundesverfassungsrechtlichen Grundrechte zur „Straßenkommunikation“ bestimmt. Deshalb liegt nach den eigenen Annahmen der Verwaltungsrechtsprechung gar keine Auslegung von Landesrecht vor, sondern eine Anwendung der betreffenden Landesstraßengesetze unmittelbar anhand von rechtsquellenmäßig allein maßgeblichen bundesverfassungsrechtlichen Grundrechtsfreiheiten zur Straßenbenutzung. Ungeachtet des Bezugs dieser Grundrechtsanwendung zum Landesrecht hatte sich deshalb gerade ausgehend von der betreffenden revisionsgerichtlichen Rechtsprechung die Frage von Inhalt und Umfang des Ermessenszwecks bei der Sondernutzungserlaubnis rechtsquellenmäßig als ausschließlich bundesrechtliche und damit reversible Grundsatzfrage gestellt. Aber ganz abgesehen von dieser immanenten Inkonsequenz ist die Bestimmung von Inhalt und Umfang des Ermessenszwecks beim straßenrechtlichen Sondernutzungsregime, wenn wie in jenem Falle und in der ganz überwiegenden Mehrzahl der Straßengesetze, keine ausdrückliche gesetzliche Normierung primärer oder ausschließlicher Ermessenszwecke erfolgt, eine Grundsatzfrage des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts, also der Auslegung und Anwendung von § 40 VwVfG beziehungsweise der entsprechenden Vorschriften des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts der Länder. Es handelt sich zwar um eine Frage des nicht reversiblen Landesrechts, welche primären oder gegebenenfalls ausschließlichen Ermessenszwecke ein Landesstraßengesetz für die Sondernutzungserlaubnis festlegt. Aber es ist eine ganz andere, dem allgemeinen und reversiblen Verwaltungsverfahrensrecht zugehörige Frage, welchen Inhalt und Umfang insgesamt der Ermessenszweck bei der straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis hat, ob es also auch Komplementärzwecke des Verwaltungs-

ermessens gibt¹³⁸. Deshalb war in jenem Falle die Grundsatzrevision jedenfalls und vor allem zur Auslegung gleichlautenden allgemeinen Bundes- und Landesverwaltungsverfahrenrechts nach § 137 Abs. 1 Nr. 2 VwGO zwingend zuzulassen. Hierbei hatte es sich um eine für die Werbenutzung öffentlicher Straßen zentrale, im Hinblick auf die praktische Bedeutung der gemeindlichen Werbenutzungsverträge kaum grundsätzlich genug einzuschätzende reversible Frage gehandelt. Es bleibt daher zu wünschen, daß das Bundesverwaltungsgericht bei Gelegenheit seine revisionsgerichtliche Zuständigkeit mit größerer Verantwortung wahrnimmt.

Im übrigen macht die an den gemeindlichen Werbenutzungsverträgen entfachte Problematisierung einer ermessensweisen Einräumung von Ausschließlichkeitsrechten an Außenwerbungsunternehmen für die werbemäßige Sondernutzung öffentlicher Straßen mit besonderer Deutlichkeit sichtbar, daß die Frage des Ermessenszwecks des straßenhoheitlichen Ermessensregimes überhaupt sowie von Inhalt und Umfang der betreffenden Ermessensbefugnis der Straßenverwaltung die wesentliche Frage des Sondernutzungsrechts ist. Die Rechtsprechung hat in diesem Punkt das Straßenrecht durch die Annahme einer grundrechtlichen Freiheit zur straßenrechtlichen Sondernutzung und einer grundrechtseinschränkenden, bloß gefahren- und störungspräventiven Sondernutzungserlaubnis völlig in die Irre geführt. Für das Straßenrecht geht es um die Statusfrage der straßenrechtlichen Benutzungsordnung, ob die Straßenbenutzung Ausübung einer grundrechtlichen Freiheit oder Inanspruchnahme einer ermessensweise gewährten Verwaltungsleistung ist. In dieser Hinsicht und in bezug auf die von der Rechtsprechung getragene Uminterpretation der straßengesetzlichen Benutzungsordnung kann ein Satz aus der 1892 erstmals erschienenen und bis heute grundlegenden rechtswissenschaftlichen Arbeit zum „System der subjektiven öffentlichen Rechte“ sowie zur Unterscheidung von grundrechtlichem Freiheitsstatus und freiheitlichen Abwehrrechten einerseits und einem Rechtsstatus in der Leistungsverwaltung andererseits zitiert werden: „Mit einem Federzug kann der Wert der Gedankenarbeit eines Jahrhunderts geleugnet werden von dem, der nicht imstande ist sie zu begreifen.“¹³⁹ Die gegenwärtig maßgebliche Auslegung und Anwendung der straßenrechtlichen Benutzungsordnung ist so konträr zu den Grundlagen des Straßenrechts, daß Korrekturen nur im Wege einer fundamentalen Umkehr hin zu jenen Grundlagen erfolgen können oder gar nicht. Es geht um die Rückkehr vom Grundrechtsstatus der Straßenbenutzung zum Benutzungsstatus öffentlicher Straßen.

138 Hierzu Nachw. Fn. 124 f.

139 G. Jellinek (Fn. 18), S. 12. Siehe auch schon ebenda S. 11.

V. Der Benutzungsstatus öffentlicher Straßen

1. Die derzeit maßgebliche Annahme eines grundrechtlichen Freiheitsstatus der straßenrechtlichen Benutzungsordnung erklärt sich offenbar aus nichts anderem als einer verwirrenden Vermengung von natürlicher Freiheit und rechtlichem Status bei der Straßenbenutzung¹⁴⁰. Es bedeutet keine und vor allem keine neue juristische Erkenntnis, daß die Benutzung öffentlicher Straßen, entweder für den verkehrlichen Gemeingebrauch oder für die darüber hinausgehenden Mehrzwecknutzungen, Ausübung natürlicher Freiheit ist. Enthüllend für die Platttheit der betreffenden Grundrechtstheorien zur straßenrechtlichen Benutzungsordnung sind die formulierten Begründungen, wonach die öffentlichen Straßen für die öffentliche Kommunikation ein „natürliches Medium“ und ein Raum von „quasi“ oder „gleichsam“ natürlicher Art seien¹⁴¹. Von daher wird dann ebenso platt auf einen in der natürlichen beziehungsweise grundrechtlich statuierten Freiheit liegenden Rechtsstatus der Straßenbenutzung geschlossen. Dies geschieht vergleichbar so, wie wenn etwa mit der natürlichen Freiheit der Umweltnutzung beziehungsweise mit einem Recht oder Grundrecht auf Naturgenuß ein genereller rechtlicher Status des Einzelnen, das heißt gegebenenfalls ein individualrechtlicher Anspruch auf Schutz der Umwelt im konkreten Falle verbunden würde¹⁴². Für das Straßenrecht wird eine derartige Vermengung von natürlicher Freiheit und rechtlichem Status in einer besonderen Widersprüchlichkeit des maßgeblichen Meinungsstandes offenkundig. Auf der einen Seite wird völlig zutreffend an der Auffassung festgehalten, daß aus der natürlichen Freiheit beziehungsweise der angeblich grundrechtlichen Freiheit der Straßenbenutzung sowie aus der natürlichen Angewiesenheit auf Fortbewegung und öffentliche Kommunikation im Straßenraum keineswegs ein individualrechtlicher Rechtsstatus in bezug auf Begründung und Aufrechterhaltung der gemeingebrauchlichen Verkehrsnutzung im konkreten Straßenfalle gefolgert werden kann¹⁴³. Auf der anderen

140 Zum Begriff des rechtlichen Status nach der staatsrechtlichen Statuslehre Nachw. Fn. 18. Zur Unterscheidung des Status als einer Rechtsstellung gegenüber dem Staat und einem aus dem Status resultierenden Rechtsanspruch, das heißt einem subjektiven öffentlichen Recht, siehe *G. Jellinek* (Fn. 18), S. 41 ff., 83 ff., ins. 85 f.

141 Fn. 48 und 67.

142 Dazu *Bartlsperger*, Das Grundrecht auf Naturgenuß in naturschutzrechtlichen Bezügen, in: *Bartlsperger/Ehlers/W. Hofmann/Pirson* (Hrsg.), Festschrift Obermayer, 1986, S. 3 ff.

143 *Grote*, in: *Kodal/Krämer* (Fn. 1), Kap. 24, Rdnrn. 44 und 46.1; *Steiner*, in: *Steiner* (Fn. 9), V, Rdnr. 112.

Seite wird hinsichtlich der Einräumung eines viel weitergehenden Sondernutzungsrechts durchaus ein freiheitlicher Rechtsstatus und ein gegebenenfalls daraus resultierendes eingriffsrechtliches Abwehrrecht gegen die Versagung einer Straßenbenutzung bejaht. Demgegenüber ist klarzustellen, daß sich das individuelle Gemeingebrauchsrecht und das Sondernutzungsrecht lediglich in dem besonderen Rechtsinhalt des Gemeingebrauchs als Pluralberechtigung unterscheiden, aber im übrigen den gleichen statusrechtlichen Vorgang zur Grundlage haben, daß die Straßenverwaltung in Ausübung hoheitlichen Ermessens eine öffentliche Straße als Verwaltungsleistung zur Benutzung bereitstellt. Die öffentlichen Straßen sind zwar ein Raum natürlicher Freiheit, aber in rechtlicher Hinsicht eine künstlich geschaffene und bereitgestellte öffentliche Sache. Dies ist eine Binsenwahrheit, die aber mit ebensolcher Selbstverständlichkeit zu der juristischen Folgerung zwingt, daß die Unterscheidung zwischen natürlicher Freiheit einerseits und Rechtsstatus bei der Inanspruchnahme öffentlicher Straßen als Verwaltungsleistung andererseits den Schlüssel zum richtigen statusrechtlichen Verständnis der straßenrechtlichen Benutzungsordnung darstellt.

2. Im modernen Staatsrecht bezeichnet der Begriff des Rechtsstatus den Zustand, durch den der Einzelne überhaupt erst zu einer Rechtspersönlichkeit gegenüber dem Staat wird und in eine Rechtsbeziehung zum Staat beziehungsweise den anderen Hoheitsträgern tritt¹⁴⁴. Durch rechtliche Statusbegründung wird zum einen das privatrechtliche Dürfen gegenüber anderen Privatpersonen bestimmt und zum zweiten das öffentlichrechtliche Können gegenüber dem Staat beziehungsweise den anderen Hoheitsträgern konstituiert¹⁴⁵. Der Benutzungsstatus öffentlicher Straßen ist, wie im Vorstehenden mehrfach betont, durch die im „neuen“ Straßenrecht grundsätzlich vollzogene Erstreckung der Straßenhoheit auf das Sondernutzungsregime insgesamt dem öffentlichen Recht unterstellt, also insgesamt den Statusbeziehungen zwischen dem Einzelnen und dem Staat beziehungsweise den anderen, als Straßenverwaltungen rechtszuständigen Gebietskörperschaften zugeordnet worden. Weil es sich hierbei um Rechtsbeziehungen des öffentlichen Rechts in bezug auf die öffentlichen Straßen als Sache, das heißt in bezug auf die Sachherrschaft der Straßenverwaltung handelt, liegt ein sachenrechtlicher Status des öffentlichen Rechts vor. Da die öffentlichen Straßen zudem im Rahmen ihrer öffentlichrechtlichen Zweckbestimmung und des Kompetenzbereichs der Straßenhoheit ausschließlich eine öffentlichrechtliche Verwaltungsleistung sind, bedeutet der

144 G. Jellinek (Fn. 18), S. 83 f. und Rupp (Fn. 18), S. 153 ff.

145 G. Jellinek (Fn. 18), S. 55 ff.

Rechtsstatus der öffentlichen Straßen auf seiten der Straßenverwaltungen einen öffentlichrechtlichen Leistungsstatus, für die Straßenbenutzer auf der anderen Seite einen öffentlichrechtlichen Status auf Teilhabe an einer Verwaltungsleistung¹⁴⁶. Hinsichtlich beider Seiten stellt sich danach der Benutzungszustand öffentlicher Straßen als ein Rechtszustand zwischen dem Einzelnen und den Straßenverwaltungen nach öffentlichem Recht in bezug auf die Inanspruchnahme einer öffentlichen Straße als Verwaltungsleistung dar.

Anhaltspunkte dagegen für eine grundrechtlich oder in sonstiger rechtsatzmäßiger Weise begründete statusrechtliche Freiheit des Einzelnen und für einen daraus gegebenenfalls resultierenden Abwehranspruch gegenüber den Straßenverwaltungen bieten die öffentlichen Straßen nach der Sachlage keine. Der status positivus bei der Straßenbenutzung¹⁴⁷ erfährt seine Begründung nicht als subjektives öffentliches Abwehrrecht gegen die Verletzung eines Freiheitsstatus (status negativus)¹⁴⁸, und zwar weder bei der Sondernutzung noch beim Gemeingebrauch öffentlicher Straßen. Vielmehr handelt es sich innerhalb der straßenrechtlichen Benutzungsordnung in jedem Falle um einen unmittelbaren status positivus in bezug auf eine Verwaltungsleistung, den die Straßenverwaltung im konkreten Falle der Widmung einer öffentlichen Straße beziehungsweise im individuell konkreten Falle einer begehrten Sondernutzungserlaubnis vollzieht. Der grundrechtliche status negativus der Bewegungs- und Kommunikationsfreiheit ist im Verhältnis zum Benutzungszustand öffentlicher Straßen ein allgemeiner Rechtsstatus, in bezug auf den die straßenrechtliche Benutzungsordnung keinen Eingriffscharakter entfaltet, sondern für den Fall einer grundrechtlichen Statuswahrnehmung im Straßenraum einen besonderen status positivus zur Inanspruchnahme einer Verwaltungsleistung hinzufügt. Dieser straßenrechtliche Benutzungszustand stellt jedoch gegenüber dem allgemeinen grundrechtlichen Freiheitsstatus einen selbständigen status positivus der Leistungsverwaltung nach eigenen Regeln dar. Allein nach diesem straßenrechtlichen status positivus sind straßenrechtliche Benutzungsansprüche begründet. Der status negativus der in dieser Beziehung allgemeinen Bewegungs- und Kommunikationsfreiheiten ist hiervon im individuell konkreten Falle nicht eingriffsrechtlich betroffen und darum auch nicht anspruchsbegründend. Die straßenrechtliche Benutzungsordnung in Form des Gemeingebrauchs und von Sondernutzungen mag institutionell eine „Entstehenssiche-

146 So *Bartlsperger* (Nachw. Fn. 97) und BVerfG, B. v. 10.3.76, BVerfGE 42, 20/32.

147 Zum status positivus *G. Jellinek* (Fn. 18), S. 114 ff. und *Rupp* (Fn. 18), S. 265.

148 Zum status negativus *G. Jellinek* (Fn. 18), S. 94 ff. und *Rupp* (Fn. 18), S. 111 ff.; zum Verständnis subjektiver öffentlicher (Abwehr-)Rechte als Reaktionsrechte bei Verletzung des Freiheitsstatus *Rupp* (Fn. 18), S. 171 f.

„Grundrechtsvoraussetzungsschutz“ für die allgemeinen grundrechtlichen Bewegungs- und Kommunikationsfreiheiten darstellen¹⁴⁹. Im individuell konkreten Benutzungsfalle kommt ihr jedoch keine solche Rechtsfunktion zu. Dies ist hinsichtlich der Begründung und Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs anerkannt¹⁵⁰ und kann für Sondernutzungen nicht anders beurteilt werden. Der straßenrechtlichen Benutzungsordnung fehlt im individuell konkreten Benutzungsfall der besondere eingriffsrechtliche Charakter. Allein eine spezielle Ausnahmesituation, in welcher die Versagung einer Verwaltungsleistung prinzipiell die Wirkung eines Eingriffs in eine grundrechtliche Freiheit entfaltet, kann die betreffende Verwaltungsleistung als „Entstehenssicherung“ für grundrechtliche Freiheiten und als „Grundrechtsvoraussetzung“ erscheinen lassen. Nur dann kann die Unterscheidung der Statuslehre zwischen status negativus und status positivus als hinfällig gelten¹⁵¹.

Schließlich ist der besondere Inhalt und Zweck des status positivus in der Leistungsverwaltung ein Rechtsanspruch, aber auch nur ein solcher Rechtsanspruch, der auf Teilhabe an einer Verwaltungsleistung gerichtet ist, die unter Berücksichtigung ungezählter Einzelinteressen, also der Interessen aller im Wege der hoheitlichen Gemeinwohlkonstituierung erfolgt. Der positive Rechtsstatus in bezug auf Verwaltungsleistung im allgemeinen und auf Straßenbenutzung im besonderen gilt danach einem Rechtsanspruch an die Verwaltung auf Konkretisierung des Gemeinwohls im individuell konkreten Falle und Interesse¹⁵². Das im status positivus der Leistungsverwaltung begründete subjektive öffentliche Recht besteht also allgemein wie im besonderen Falle der straßenrechtlichen Benutzungsordnung lediglich in einer formellen Rechtsmacht zur Durchsetzung einer willkürfreien und im Rahmen der gesetzlichen Grenzen erfolgenden Verwaltungsentscheidung, während das materielle Element in der ermessensweisen, grundsätzlich zweckoffenen Konsti-

149 So *Salzwedel*, in: Schmidt-Aßmann (Fn. 1), Rdnr. 28.

150 Fn. 143.

151 Dazu und insofern, aber auch nur insofern grundsätzlich kritisch gegenüber der Statuslehre *Kloepfer* (Fn. 45), S. 21 f. und zu entsprechenden Fällen a.a.O., S. 57 ff.

Für die straßenrechtliche Benutzungsordnung bestehen solche eingriffsrechtlichen Wirkungen einer Verwaltungsleistung nicht. Zutreffend wie hier deshalb *Meissner*, JA 1980, 583/592 f.; *Messer* (Fn. 3), S. 198 ff., 215 ff., 220 ff. und 266 ff.; *Enders*, VerwArch. 1992, 527/535 ff.; *Lorenz*, JuS 1993, 375/376.

152 Zur Übereinstimmung von Gemeinwohl und individuellem Interesse als Grundlage des status positivus und von Rechtsansprüchen auf eine Verwaltungsleistung *G. Jelinek* (Fn. 18), S. 114 ff.

tuierung des Gemeinwohls durch die Verwaltung liegt¹⁵³. Materielle Rechtsansprüche existieren somit in der straßenrechtlichen Benutzungsordnung nicht, weder auf Begründung und Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs noch auf Gewährung eines Sondernutzungsrechts, soweit die Straßengesetze nicht ausdrücklich einen Rechtsanspruch auf Sondernutzungen nach Maßgabe abschließend bestimmter Erteilungs- oder Versagungsgründe festlegen¹⁵⁴. Einen Grundrechtsstatus und dementsprechend einen grundrechtlichen Eingriffscharakter kennt die straßenrechtliche Benutzungsordnung dagegen nicht. Die Straßenbenutzung ist Ausübung natürlicher Freiheit, aber nicht rechtlicher Freiheit.

3. Es gibt deshalb weder im Kern noch überhaupt einen grundrechtlichen Gemeingebrauch nach Art. 2 Abs. 1 GG oder anderen besonderen Grundrechten. Auch die heute offenbar weit vertretene Grundrechtstheorie vom Gemeingebrauch beruht auf einer Vermengung natürlicher oder grundrechtlich konstituierter allgemeiner Freiheit mit dem leistungsrechtlichen Benutzungstatus öffentlicher Straßen. Man mag vielleicht wegen der Angewiesenheit natürlicher Freiheit auf öffentliche Straßen und mit Rücksicht auf die gesetzlichen Regelungen zur straßenrechtlichen Benutzungsordnung von einer institutionellen Verfassungsgarantie für die Bereitstellung eines ausreichenden Straßennetzes ausgehen¹⁵⁵. Damit ist aber, übrigens nach einhelliger Ansicht, niemals ein individuell konkretes Recht „auf“ Gemeingebrauch verbunden worden¹⁵⁶. Der straßenrechtliche Gemeingebrauch genießt als Individualrecht keinen Verfassungsschutz, wird vielmehr durch die straßenbehördliche Widmung und die den Gemeingebrauch regelnden Vorschriften der Straßengesetze begründet. Gerade die Beurteilung des Gemeingebrauchs als Ausübung einer allgemeinen natürlichen oder grundrechtlichen Freiheit gilt traditionell als Argument gegen einen straßenrechtlichen Anspruch „auf“ Gemeingebrauch.

Kein Gegenargument von grundsätzlicher statusrechtlicher Bedeutung liefert die anerkannte Gewährleistung des Anliegergebrauchs durch die grundrechtliche Eigentumsgarantie¹⁵⁷. Der eigentumsrechtlich geschützte Anlieger-

153 Zum formalen (Willens-)Element und zum materiellen (Interessen-)Element des subjektiven Rechts *G. Jellinek* (Fn. 18), S. 41 ff.

154 So in zwei Landesstraßengesetzen (Fn. 13).

155 Fn. 149 und bei *Grote*, in: *Kodal/Krämer* (Fn. 1), Kap. 24, Rdnrn. 6 f.

156 Fn. 143.

157 BayVGh, B. v. 10.8.1993, NVwZ 1994, 187/189 m. Nachw.; *Laubinger*, *Verw.-Arch.* 1990, 583/599 ff. und 622 ff.; *Grote*, in: *Kodal/Krämer* (Fn. 1), Kap. 25, Rdnrn. 17 ff. (zum Grundrechtsschutz).

gebrauch bezeichnet einen grundrechtlichen Status, bei dem die jeweilige, nach dem Straßenrecht entstandene öffentlichrechtliche Nutzungssituation zu einem Bestandteil des Grundstückseigentums geworden ist. Deshalb hat insofern die straßenrechtliche Benutzungsordnung beziehungsweise ihre Anwendung die Regeln über den Schutz eigentumsrechtlich verfestigter öffentlichrechtlicher Positionen zu beachten¹⁵⁸. Aber dies hat im Rahmen der gesetzlichen Benutzungsordnung öffentlicher Straßen und der nutzungsrechtlichen Kategorien von gesetzlichem Gemeingebrauch und Sondernutzungen zu geschehen, auch soweit es sich um Werbung und öffentliche Straßenkommunikation von Anliegern im Straßenraum handelt, einschließlich der sogenannten Werbung an der Stätte der Leistung¹⁵⁹.

Auch im übrigen ist generell und ausnahmslos der status positivus der Straßenbenutzungen, wie er in der Benutzungsordnung der Straßengesetze festgelegt und unterteilt worden ist, maßgeblich. Danach gilt die straßengesetzliche Kategorisierung der Straßenbenutzungen nach einer allein nutzungsrechtlichen Einteilung in den zulassungsfreien, objektiv und vorwiegend verkehrlichen Gemeingebrauch und in Sondernutzungen. Der gesetzliche Sondernutzungstatbestand ist auch einer besonderen Ordnung der Sondernutzungen auf gemeindlicher Satzungsebene unabänderlich vorgegeben, vorbehaltlich anderer Rechtsfolgenregelungen zur Erlaubnis- und Gebührenpflicht auf dieser Rechtssetzungsebene¹⁶⁰. Die Nutzung öffentlicher Straßen für Werbung und sonstige öffentliche Kommunikation unterfällt danach dem Sondernutzungsregime, ohne Rücksicht auf eine verfassungsrechtliche Wertskala für politische Werbung, Parteien- und Wahlkampfwerbung oder Wirtschaftswerbung und ohne einen Ausnahmeverbehalt zugunsten von Straßenbenutzungen aus Spontaneität oder mit Bagatelldarakter. Auch soweit eine öffentliche Straße bei Wahrnehmung der straßenrechtlich zulassungsfreien Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit durch begleitende Einrichtungen räumlich genutzt wird, liegt jedenfalls insofern eine straßenrechtliche Sondernutzung

158 Darstellung und Nachw. bei *Grote*, a. a. O.

159 Zur Werbenutzung öffentlicher Straßen durch Anlieger *Hufnagel*, in: *Bartlsperger/Blümel/Schroeter* (Fn. 25), S. 157/172 f.; *ders.*, Straßenbenutzung durch Anlieger, jur. Diss. Erlangen 1980 und *Thiele*, *GewArch.* 1981, 145/146 ff.; zur Werbung an der Stätte der Leistung als gemeingebäuchliche Anliegernutzung *Günther*, *NVwZ* 1995, 670 f. m. Nachw.

160 *Steinberg*, *NJW* 1978, 1898/1903; *Steinberg/Hartung*, *JuS* 1990, 795/801; *Meissner*, *JA* 1980, 583/593; *Messer* (Fn. 3), S. 279 ff.; *Grote*, in: *Kodal/Krämer* (Fn. 1), Kap. 26, Rdnrn. 35 ff.

vor¹⁶¹. Eine sogenannte „rein kommunikative“ Straßenbenutzung ohne eine weitere räumliche Inanspruchnahme des Straßenraums durch Hilfeeinrichtungen kann nur dann als gemeingebäulich qualifiziert werden, wenn und soweit dabei die Fortbewegung oder der zwecklose Aufenthalt im Straßenraum objektiv überwiegen¹⁶². Nach diesem Maßstab dürften die verschiedensten Fälle einer derartigen Werbe- und Kommunikationsnutzung öffentlicher Straßen, wie etwa das Tragen von Plakaten sowie das Verteilen von Handzetteln oder Werbemitteln, regelmäßig dem Sondernutzungstatbestand zuzuordnen sein¹⁶³. Allerdings will ein stadtstaatliches Straßengesetz eine solche „rein kommunikative“ Werbenutzung von der Sondernutzungsregelung ausnehmen, soweit sie nicht eine offenbar minder eingeschätzte gewerbliche Werbung enthält¹⁶⁴. Die sogenannte rollende Werbung, das heißt Werbefahrten oder Werbeaufenthalte im Straßenraum, zählen zu den Sondernutzungen¹⁶⁵. Gleiches gilt für die neuerdings verwendete Werbetechnik einer Lichtprojektion von Werbebotschaften auf die Straßenfläche, weil die öffentliche Straße insofern als Projektionsebene gegenständlich genutzt wird¹⁶⁶. Schließlich erfüllt die sogenannte Bauzaunwerbung, das heißt die Werbenutzung eines den Straßenraum beanspruchenden Bauzaunes, allein schon wegen der darin liegenden eigenständigen Nutzung des Straßenraumes über den Verkehr hinaus und wegen einer möglichen Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs durch die vom Straßenraum aus auf die Straßenöffentlichkeit wirkende Werbebotschaft stets den öffentlichrechtlichen Sondernutzungstatbestand¹⁶⁷. Dies gilt unabhängig von der privatrechtlichen Gestattung für die Werbenutzung des Bauzaunes und unbeschadet des Umstandes, daß bereits für die Errichtung des Bauzaunes im Straßenraum eine öffentlichrechtliche Sondernutzungserlaubnis vorliegen

161 VGH BW, B. v. 16.12.1993, DÖV 1994, 568 f.

162 Messer (Fn. 3), S. 100 ff.; Enders, VerwArch. 1992, 527/558. Zur Eingrenzung des gemeingebäulichen „kommunikativen Verkehrs“ auch BVerwG, U. v. 27.6.1978 (VII C 5.78), DÖV 1978, 887 f.

163 Siehe bei Grote, in: Kodal/Krämer (Fn. 1), Kap. 24, Rdnr. 113.

164 § 18 Abs. 2 BremLStrG.

165 Hufnagel, in: Bartlsperger/Blümel/Schroeter (Fn. 25), S. 157/159; Enders, VerwArch. 1992, 527/556; Grote, in: Kodal/Krämer (Fn.1), Kap. 24, Rdnrn. 110 ff.

166 Dazu Günther, NVwZ 1995, 670 ff. unter Berücksichtigung straßenverkehrsrechtlicher Regelungen (§§ 32 f. StVO) und eines straßenrechtlichen Störungseffektes (Las-Vegas-Effekt).

167 HessVGH, B. 19.10.1993 – 2 Tg 1044/93; B. v. 17.7.1995 – 2 Tg 1610/95; B. v. 14.8.1995 – 2 Tg 1446/95; VG Frankfurt/Main, B. v. 27.2.1995, NVwZ-RR 1995, 427 f.

muß¹⁶⁸. Dagegen sind von der straßenrechtlichen Benutzungsordnung überhaupt nicht diejenigen Werbevorgänge erfaßt, bei denen die Werbebotschaft von Werbeträgern außerhalb des Straßenraumes lediglich auf die Straßenöffentlichkeit einwirkt, ohne die öffentliche Straße selbst zu benutzen¹⁶⁹. Der in der Sache insofern gebotene „anstaltsrechtliche“ Schutz des Gemeingebrauchs wird außerhalb geschlossener Ortschaften durch entsprechende Regelungen des Straßenverkehrsrechts¹⁷⁰ und im übrigen aufgrund einer historisch geprägten Regelungskompetenz des Bauordnungsrechts durch die dort vorhandenen Vorschriften gewährleistet, wonach alle ortsfesten Anlagen der Außenwerbung, die der gewerblichen oder beruflichen Werbung dienen und vom öffentlichen Verkehrsraum aus sichtbar sind, sowohl in ihrer Ausführung als bauliche Anlagen oder als sonstige Werbeanlagen die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs nicht gefährden dürfen¹⁷¹.

4. Es läßt sich also zum Benutzungsstatus öffentlicher Straßen zusammenfassend festhalten, daß die Straßengesetze mit Rücksicht auf den Leistungscharakter der Straßenverwaltung und den positiven Rechtsstatus der Straßenbenutzung einer strikt nutzungsrechtlichen Systematik der straßenrechtlichen Benutzungsordnung folgen. Danach erfüllt jede Straßenbenutzung zu Zwecken der Werbung oder sonstiger öffentlicher Kommunikation den Sondernutzungstatbestand, abgesehen von einer partiell geregelten Ausnahme nach einem stadtstaatlichen Straßengesetz für eine „rein kommunikative“ Straßenwerbung nichtgewerblicher Art. Es gilt deshalb grundsätzlich der Vorbehalt einer öffentlichrechtlichen Sondernutzungserlaubnis sowie nach Maßgabe einer eigenen abgabenrechtlichen Regelung eine Gebührenpflicht. Diese strikte

168 VG Frankfurt/Main, B. v. 27.2.1995, a.a.O.

169 BayVGh, U. v. 16.10.1990, BayVBl. 1991, 754 unter zutreffendem Hinweis auf die abschließende verkehrsrechtliche Regelung in § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und Satz 2 StVO außerhalb geschlossener Ortschaften sowie auf die straßenrechtlichen Anbauvorschriften (§ 9 FStrG und entsprechende Regelungen der Landesstraßengesetze).

A.A. *Hufnagel*, in: Bartlspenger/Blümel/Schroeter (Fn. 25), S. 157/169 f. sowie unter dem Gesichtspunkt eines kompetenzrechtlich gegenständlichen Nebeneinanders von straßenverkehrsrechtlichem und straßenrechtlichem Gemeingebrauchsschutz und einer möglichen Spezialität des Straßenverkehrsrechts für freie Strecken *Enders*, VerwArch. 1992, 527/547 ff.; zur Regelungskompetenz des Straßenverkehrsrechts insofern BVerfG, B. v. 9.2.1972, BVerfGE 32, 319/326 f.

170 BayVGh, U. v. 16.10.1990, BayVBl. 1991, 754.

171 Z.B. Art. 12 BayBO. Siehe bei *Finkelnburg/Ortloff*, Öffentliches Baurecht, Band II, 3. Aufl. 1994, § 4 II 2; *Hoppe/Grotefels*, Öffentliches Baurecht, 1995, § 14, Rdnr. 28 und *Brohm*, Öffentliches Baurecht, 1997, § 4, Rdnrn. 9 f. jeweils m. Nachw.

Regelungssystematik nach einem folgerichtigerweise nutzungsrechtlich bestimmten und abgegrenzten Sondernutzungstatbestand mag angesichts der konkreten Vielfalt von Sondernutzungen, insbesondere zur „Straßenkommunikation“, sowie bei der Unterschiedlichkeit der dabei bestehenden Sondernutzungsinteressen einerseits und der straßenhoheitlichen Belange andererseits in der Sache als zu unflexibel und lebensfremd empfunden werden und in ihrer rechtlichen Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit fragwürdig erscheinen. Deshalb entbehrt es nicht eines sachlich einleuchtenden Problemansatzes, wenn auf der Grundlage einer Grundrechtstheorie der straßenrechtlichen Benutzungsordnung eine differenzierte Zweckgruppierung und Mehrzweckskala der Straßenbenutzungen, vornehmlich zur „Straßenkommunikation“, entwickelt worden ist. Hierbei ist jedoch, abgesehen von einem in der Sache und staatsrechtlich verfehlten statusrechtlichen Ansatz, ein der straßenrechtlichen Benutzungsordnung eigenes zweites Systemprinzip außer Acht gelassen, dessen Berücksichtigung eine den wirklichen Bedürfnissen gerecht werdende Lösung am buchstäblich richtigen „Ort“, nämlich der gemeindlichen Rechtssetzungs- und Verwaltungsebene, eröffnet.

VI. Das Sondernutzungsrecht auf der gemeindlichen Rechtssetzungs- und Verwaltungsebene

1. Straßenwerbung und sonstige „Straßenkommunikation“ sind im wesentlichen Angelegenheiten der innerörtlichen gemeindlichen Straßenverwaltung, also eines jeweils besonderen „Ortsgebrauchs“ der öffentlichen Straßen¹⁷². Dies gilt nicht nur für die aufgrund straßenrechtlicher oder straßenverkehrsrechtlicher Maßnahmen verkehrsberuhigten innerörtlichen Straßen, die in ausgeprägter Weise auch eine kommunikative Funktion erfüllen und als spezifische „Sondernutzungszonen“¹⁷³ bezeichnet werden können. Vielmehr ist generell davon auszugehen, daß die Sondernutzung innerörtlicher Straßen, vor allem für Werbung und sonstige öffentliche Kommunikation, im Rahmen der tatbestandlich vorrangigen straßenrechtlichen Benutzungsordnung der Straßengesetze einen kommunalpolitisch integrierten Rechtsfolgenbereich darstellt, in dem zugleich die Selbstverwaltungskompetenz der Gemeinden und die Einheit der Gemeindeverwaltung sachliche Berücksichtigung und rechtli-

172 Grundsätzlich dazu, einschl. der Begriffsverwendung, BVerwG, U. v. 9.11. 1989, DÖV 1990, 252/253; ferner BayVG, B. v. 10.8.1993, NVwZ 1994, 187/ 188.

173 *Mußnug*, Die öffentlichen Straßen als Mehrzweckinstitut, in: Bartlsperger/Blümel/Schroeter (Fn. 25), S. 81/83.

che Geltung beanspruchen¹⁷⁴. Im Grunde geht es bei der gebotenen Flexibilisierung des innerörtlichen Sondernutzungsrechts öffentlicher Straßen darum, daß auf der Rechtsfolgeseite die straßenhoheitliche Gemeinwohlkompetenz im Bereich der gemeindlichen Straßenverwaltung als Gemeinwohlkompetenz der örtlichen Selbstverwaltung verstanden, geregelt und ausgeübt wird. Das örtliche Sondernutzungsregime in der Kompetenz der gemeindlichen Selbstverwaltung bildet einen Regelungs- und Verwaltungsbereich, in dem die Gemeinden ihre eigenen Vorstellungen von einer gemeinwohlorientierten straßenrechtlichen Benutzungsordnung zu verwirklichen vermögen, ein eigenes Erscheinungsbild der jeweiligen Gemeinde oder Stadt gestalten und damit auch in einen der örtlichen Selbstverwaltung eigenen Wettbewerb der Gemeinden und Städte untereinander treten können und sollen.

Insofern handelt es sich ebenfalls um eine verfassungsrechtliche Frage der straßenrechtlichen Benutzungsordnung. Aber diese stellt sich nicht unter dem für die öffentlichen Straßen statusrechtlich verfehlten Gesichtspunkt einer Grundrechtsfreiheit der Straßenbenutzung. Eine den sachlichen Bedürfnissen und Vorstellungen nahe Flexibilisierung der straßenrechtlichen Benutzungsordnung ist wegen der Gemeinwohlgebundenheit der öffentlichen Straßen als Verwaltungsleistung keine Angelegenheit, die sich im Wege einer grundrechtlich begründeten individualrechtlichen Rechtsmacht Einzelner oder von partikularen Gruppen über die öffentlichen Straßen vollziehen kann¹⁷⁵. Vielmehr hat sie ihre Rechtsgrundlage und rechtlichen Maßstäbe in der staatsorganisationsrechtlichen und institutionellen Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung und damit in der Befugnis der Gemeinden, im Rahmen des straßengesetzlichen Sondernutzungstatbestandes die Erlaubnis- und Gebührenpflicht von Sondernutzungen selbst, das heißt in den Flächenstaaten satzungsmäßig, zu regeln¹⁷⁶. Dem haben die Straßengesetze mit Ausnahme eines

174 Zur rechtlichen Eigenschaft von Gemeindestraßen als gemeindliche öffentliche Einrichtungen im Sinne des Gemeinderechts OVG Lüneburg, U. v. 27.6.1963, DVBl. 1964, 365; *Gönnenwein*, Gemeinderecht, 1963, S. 474; *Steinberg*, NJW 1978, 1898/1899; im Zusammenhang mit § 5 PartG BVerwG, U. v. 13.12.1974, BVerwGE 47, 280/288. Kritisch *Badura*, JuS 1966, 17 ff.

175 Oben unter V 1 und 2.

176 Nachw. Fn. 160. Diese Befugnis bedeutet aber nicht, daß die in den Straßengesetzen festgelegten tatbestandlichen Grenzen zwischen Gemeingebrauch und Sondernutzungen durch gemeindliche Satzung verändert werden könnten (*Grote*, in: *Kodal/Krämer*, Fn. 1, Kap. 26, Rdnrn. 35 ff.)

A.A., ausgehend von der grundrechtlichen Auslegung der straßenrechtlichen Benutzungsordnung und daher auch von einer Befugnis der Gemeinden zur interpretativen Erweiterung des Gemeingebrauchs *Steinberg/Herbert*, JuS 1980, 108/112 und *Stein-*

stadtstaatlichen jeweils mit ausdrücklichen Vorbehalten zur Regelung eines „Ortsgebrauchs“ bei den Sondernutzungen entsprochen¹⁷⁷. Ferner hat ein schon erwähntes stadtstaatliches Straßengesetz für Fälle einer nichtgewerblichen „rein kommunikativen“ Straßenbenutzung den Weg gewählt, diese aus dem Sondernutzungsregime überhaupt zu entlassen¹⁷⁸. Die betreffenden Regelungen beziehungsweise Ermächtigungen der Straßengesetze stellen ein wesentliches Regelungsprinzip der straßengesetzlichen Benutzungsordnung dar. Zugleich findet in der verfassungsrechtlich gebotenen Verlagerung der Rechtsfolgeregelungen des Sondernutzungsrechts auf die gemeindliche Rechtssetzungsebene die demgegenüber strikt abstrahierende Regelung des Sondernutzungstatbestandes in den Straßengesetzen ihre Erklärung.

2. Es konnte mit Rücksicht auf das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht im Bereich der gemeindlich verwalteten öffentlichen Straßen überhaupt nicht als Aufgabe und Kompetenz der staatlichen Straßengesetze gelten, den über den verkehrlichen Gemeingebrauch hinausgehenden Sonder- oder Mehrzweckgebrauch öffentlicher Straßen anders als nur durch einen strikt nutzungsrechtlich abstrahierenden Sondernutzungstatbestand zu erfassen und hierfür im Grundsatz den Vorbehalt einer straßenhoheitlichen Gebrauchserlaubnis sowie eine Gebührenermächtigung festzulegen. Einerseits ist es erforderlich und verhältnismäßig gewesen, den über den Widmungszweck einer öffentlichen Straße für den Verkehr hinausgehenden Sonder- oder Mehrzweckgebrauch tatbestandsmäßig als Sondernutzung unter das Ermessensregime der Straßenhoheit zu stellen. Auf der anderen Seite wäre es nicht erforderlich und verhältnismäßig gewesen, die Rechtsfolgesseite einer Zulassungsgebundenheit und Gebührenpflicht von Sondernutzungen gesetzlich strikt zu regeln und einer Rechtssetzungsbefugnis der Gemeinden zu entziehen¹⁷⁹. In dem Zusammen-

berg/Hartung, JuS 1990, 795/801; *W. Schmidt*, NVwZ 1985, 167/168; *Hufen*, JZ 1990, 339/339 f.; *Goerlich*, Jura 1990, 415/419; trotz grundsätzlicher Kritik gegenüber einer grundrechtlichen Umdeutung der straßenrechtlichen Benutzungsordnung wohl auch *Meissner*, JA 1980, 583/590 f. und 593.

177 § 8 Abs. 1 Satz 4 und 5 FStrG, § 16 Abs. 7 StrGBW, Art. 22 a BayStrWG, § 18 Abs. 1 Satz 3 BbgStrG, § 18 Abs. 9 BremLStrG, § 19 Abs. 8 HbgWG (Rechtsverordnung), § 37 HessStrG, § 24 StrWGMV, § 18 Abs. 1 Satz 4 NStrG, § 19 StrWGNW, § 42 Abs. 2 LStrGRP, § 19 Abs. 3 und § 52 SaarlStrG, § 18 Abs. 1 Satz 3 SächsStrG, § 50 Abs. 1 Nr. 1 StrGLSA, § 23 Abs. 1 StrWG SH, § 18 Abs. 1 Satz 4 ThStrG; keine Regelung im BerlStrG.

178 § 18 Abs. 2 BremLStrG.

179 Zur verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie für die gemeindliche Verwaltung örtlicher Straßen, einschließlich gemeindlich verwalteter Ortsdurchfahrten,

hang wäre es vor allem verfassungsrechtlich bedenklich gewesen, Inhalt und Umfang des Ermessenszwecks bei der Sondernutzungserlaubnis beziehungsweise Sondernutzungsgestattung straßengesetzlich abschließend zu regeln. Es erscheint mit dem gemeindlichen Selbstverwaltungsrecht für die gemeindlich verwalteten öffentlichen Straßen gar nicht vereinbar, in den Straßengesetzen generell die Entscheidung über eine Sondernutzungserlaubnis abschließend an bestimmte Versagungsgründe zu binden und als rechtsgebundene Verwaltungsentscheidung zu regeln. Hierdurch würde die umfassende Gemeinwohlkompetenz der gemeindlichen Straßenhoheit unter Verletzung der rechtsstaatlichen Gebote der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit unzulässig eingeschränkt. Es entspricht also auch einem Verfassungsgebot, wenn die Straßengesetze in ihren generellen Regelungen zur öffentlichrechtlichen Sondernutzungserlaubnis beziehungsweise zur Sondernutzungsgestattung von jeder Bestimmung und Eingrenzung des Ermessenszwecks beim Sondernutzungsregime abgesehen haben. Darum begegnet es verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn das Landesstraßengesetz eines Flächenstaates für die öffentlichrechtliche Sondernutzungserlaubnis generell abschließende Versagungsgründe festlegt¹⁸⁰.

Im Bereich der gemeindlich verwalteten öffentlichen Straßen ergibt sich der Ermessenszweck des straßenhoheitlichen Sondernutzungsregimes letztlich aus der gemeindlichen Selbstverwaltungskompetenz für Sondernutzungen. Dies bedeutet, daß einerseits die in den Straßengesetzen festgelegte nutzungsrechtliche Tatbestandssystematik der Straßenbenutzungsordnung gewahrt, andererseits aber auch die für die innerörtlichen Straßen, insbesondere für deren Benutzung zu Zwecken der Werbung und der sonstigen öffentlichen Kommunikation, wesentliche Flexibilität auf der Rechtsfolgeseite des Sondernutzungsrechts erhalten bleibt. Diese Rechtslage und ihre Bedeutung finden im Grunde auch in der maßgeblichen Rechtsprechung Anerkennung und eine Betonung¹⁸¹. Im Ergebnis allerdings entfernt sich die Rechtsprechung hiervon deutlich dadurch, daß sie die betreffende Selbstverwaltungskompetenz der Gemeinden zur zweckoffenen Gemeinwohlkonkretisierung bei der Wahrnehmung ihres straßenhoheitlichen Ermessensregimes über die Sondernutzung grundrechtlich einschränkt. Demgegenüber ist zum einen klarzustellen, daß

Knemeyer, Die gemeindliche Straßenverwaltung, in: Bartlsperger/Blümel/Schroeter (Fn. 25), S. 557 ff. und *Kodal*, in: Kodal/Krämer (Fn. 1), Kap. 2, Rdnrn. 17 ff.; ferner zur gemeindlichen Selbstverwaltungskompetenz im Bereich der straßenrechtlichen Benutzungsordnung *Löhr*, NVwZ 1983, 20/21 und *Messer* (Fn. 3), S. 279 ff. und 307 ff.

180 § 18 Abs. 2 Satz 3 BbgStrG.

181 Nachw. Fn. 172.

die Gemeindestraßen unbeschadet ihres überörtlichen Widmungszwecks zugleich gemeindliche öffentliche Einrichtungen im Sinne des Kommunalrechts sind¹⁸² und daß auch die bloß gemeindlich verwalteten öffentlichen Straßen an der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie teilhaben¹⁸³. Zum zweiten sieht sich für beide Bereiche das straßenhoheitliche Sondernutzungsregime der Gemeinden nur einem positiven Benutzungsstatus in bezug auf die Gewährung einer Verwaltungsleistung gegenübergestellt, der einen offenen, gemeinwohlorientierten Ermessenszweck eröffnet. Die Gemeinden sind zwar nicht verpflichtet, aber ermächtigt, von ihrer Rechtssetzungsbefugnis für die Rechtsfolgeregelungen des Sondernutzungsregimes in bezug auf eine Erlaubnis- und Gebührenpflicht von Sondernutzungen Gebrauch zu machen¹⁸⁴. Hierbei handelt es sich ebenso um eine kommunalpolitische Angelegenheit, wie bei der in der Verwaltungsrechtsprechung ausdrücklich bestätigten zweckoffenen Widmungsbeschränkung von Gemeindestraßen, etwa wegen des Schutzes des Landschaftsbildes oder der touristischen Attraktivität einer Inselgemeinde¹⁸⁵. Schließlich gewährleistet ein Regelungsvorbehalt für die Rechtsfolgeseite des Sondernutzungsrechts zugunsten gemeindlicher Rechtssetzung auch die gebotene rechtssatzmäßige Rechtssicherheit der straßenrechtlichen Benutzungsordnung. Demgegenüber erscheint es als ein unnötiger und straßengesetzlich unzulässiger Weg, die sachnahe Flexibilität des gemeindlichen Sondernutzungsregimes über eine falltypische „Duldung“ bestimmter Sondernutzungen zu suchen, etwa über ein bloßes Merkblatt zu zulassungsfrei geduldeten Sondernutzungen in der angeblichen Form eines „Verwaltungsakts auf Duldung“¹⁸⁶.

3. Was zuletzt Inhalt und Umfang des gemeindlichen Ermessenszwecks bei der Anwendung eines auch gemeinderechtlich beibehaltenen Erlaubnisvorbehalts für die straßenrechtliche Sondernutzung angeht, so ist nochmals festzuhalten, daß hierbei alle Ermessensgesichtspunkte zulässig sind, die kompetenzrechtlich in den Aufgabenbereich der gemeindlichen Selbstverwaltung fallen¹⁸⁷. In diesen gesetzlichen Grenzen des gemeindlichen Verwaltungsermessens können die Gemeinden bei der Entscheidung über eine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis alle Belange, das heißt auch „ermessensspezi-

182 Nachw. Fn. 174.

183 *Kodal*, in: *Kodal/Krämer* (Fn. 1), Kap. 2, Rdnr. 22.

184 *Meissner*, JA 1980, 583/593.

185 OVG Lüneburg, U. v. 18.5.1992, UPR 1992, 455.

186 So aber *Goerlich*, Jura 1990, 415/419 f.; zur Duldung im Verwaltungsrecht i.ü. *Randelzhofer/Wilke*, Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns, 1981.

187 Zum „offenen“ Sondernutzungsermessen Nachw. Fn. 91 bis 93.

fische Komplementärzwecke“ der gemeindlichen Straßenhoheit,¹⁸⁸ berücksichtigen, die ihr kommunalpolitisch bei der Nutzung öffentlicher Straßen als gemeindlich bereitgestellten Verwaltungsleistungen und gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen in willkürfreier Weise wichtig erscheinen.

Diese Rechtslage bedeutet auf der einen Seite, daß die Gemeinden eine öffentlichrechtliche Sondernutzungserlaubnis auch aus ordnungs- oder umweltrechtlichen Gründen, etwa zur Abfallvermeidung, versagen können¹⁸⁹. Insofern besteht kein Verbot einer „Verkoppelung“ mit Verwaltungskompetenzen anderer Behörden. Eine derartige Kompetenzgrenze gilt nur zwischen Eingriffsverwaltungen¹⁹⁰. Dagegen kann bei der Erbringung einer Verwaltungsleistung von der betreffenden Verwaltung auch eigenständig und konkurrenzfrei eine Befugnis zur Wahrung von Rechtsordnung und Gemeinwohl in Anspruch genommen werden. Auf der anderen Seite ist dem straßenhoheitlichen Ermessen der Gemeinden über die Sondernutzungen eine ebenso klare Grenze durch die bloße Selbstverwaltungskompetenz für Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft und durch den Vorrang staatlichen Rechts gesetzt. Deshalb können die Gemeinden keine Regelungen und Entscheidungen zu straßenrechtlichen Sondernutzungen vornehmen, die in eine durch staatliches Gesetz abschließend geregelte Freiheit eingreifen. Sie können also bei der Ausübung ihres straßenhoheitlichen Sondernutzungsregimes zwar aus der eigenständigen Kompetenz einer Leistungsverwaltung die Rechtsordnung und das auf die örtliche Gemeinschaft bezogene Gemeinwohl wahren, aber keine eigene, von staatlichen Regelungen abweichende „Gemeindepolitik“ machen. Deshalb hat die Verwaltungsrechtsprechung zutreffend die Kündigung eines Werbenutzungsvertrages durch eine Gemeinde für unzulässig erklärt, mit der eine nach staatlichem Recht zulässige Tabakwerbung im Straßenraum abgeschlossen werden sollte¹⁹¹.

Schließlich ist es jedenfalls durch den kommunalpolitischen Ermessenszweck des gemeindlichen Sondernutzungsregimes gedeckt, wenn die Gemeinden in einem gemeindlichen Werbenutzungsvertrag¹⁹² für die örtliche Außenwerbung auf den gemeindlich verwalteten öffentlichen Straßen ein Unternehmen in Dienst nehmen und diesem aus Gründen der verwaltungsökonomischen Praktikabilität, wegen der werbespezifischen Anforderungen an die

188 Nachw. Fn. 124.

189 BayVGh, B. v. 10.8.1993, NVwZ 1984, 187 ff.

190 Nachw. Fn. 91 f.

191 VGh BW, U. v. 14.8.1992, NVwZ 1993, 903 f.

192 Fn. 40.

Netzgestaltung von Werbeträgern, mit Rücksicht auf einen Investitionsschutz des Außenwerbungsunternehmens sowie im Hinblick auf die Bedeutung der Außenwerbung für die Gestaltung des Stadtbildes ermessensweise ein Ausschließlichkeitsrecht einräumen¹⁹³. Vor allem in dem traditionellen und aus der Sicht einer gemeinwohlorientierten Gemeindeverwaltung bewährten vertraglichen Institut der gemeindlichen Werbenutzungsverträge steht für die Werbenutzung öffentlicher Straßen ein den Grundlagen des Straßenrechts entsprechendes Regelungsinstrument zur Verfügung. Mit diesem können die Gemeinden für den Bereich der Werbenutzung öffentlicher Straßen das verwirklichen, was der „Zweck von Straßen“ ist.

193 Fn. 133. Hierin liegt auch kein unzulässiger gemeindlicher „Eingriff in den Wettbewerb“ von Unternehmen (so aber ursprünglich HessVGH, B. v. 19.10.1993 – Tg 1044/93; zutreffend dagegen zuletzt HessVGH, B. v. 10.11.1995 – 2 Tg 2641/95).

Verzeichnis der Teilnehmer

1. *Alexander, Hans* Ministerialrat a.D.,
zur Zeit Sächsisches Ministerium für
Wirtschaft und Arbeit,
Dresden
2. *Dr. Bartlsperger, Richard* Universitätsprofessor,
Universität Erlangen-Nürnberg,
Erlangen
3. *Dr. Blümel, Willi* Universitätsprofessor,
Hochschule für Verwaltungswissen-
schaften Speyer
4. *Bönsch, Helmut* Rechtsanwalt,
Verbundnetz Gas AG,
Böhlitz-Ehrenberg
5. *Born, Wolfgang* Ministerialrat,
Hauptzentrale Deutsche Bahn AG,
Frankfurt
6. *Dr. Broß, Siegfried* Richter am Bundesgerichtshof,
Karlsruhe
7. *Bruns, Bernhard* Vizepräsident des Landesamts für Stra-
ßen- und Verkehrswesen Rheinland-Pfalz,
Koblenz
8. *Dr. Bülow, Petra* Rechtsanwältin,
Stuttgart
9. *Delbanco, Heike* Rechtsanwältin,
Hechingen

10. *Dr. Ebling, Wilfried* Regierungsdirektor, Mag. rer. publ.,
Leiter der Abteilung für Akademische
und Rechtsangelegenheiten,
Hochschule für Verwaltungswissen-
schaften Speyer
11. *Dr. Eichberger, Michael* Richter am Verwaltungsgerichtshof,
Verwaltungsgerichtshof
Baden-Württemberg,
Mannheim
12. *Dr. Fickert, Hans Carl* Professor, Ltd. Ministerialrat a.D.,
Ratingen
13. *Freund, Lothar* Präsident des Staatsgerichtshofs für das
Land Baden-Württemberg,
Vizepräsident des Verwaltungsgerichts-
hofs Baden-Württemberg a.D.,
Mannheim
14. *Geyer, Gerhard* Ministerialrat,
Oberste Baubehörde im Bayerischen
Staatsministerium des Innern,
München
15. *Dr. Grupp, Klaus* Universitätsprofessor,
Universität des Saarlandes,
Saarbrücken
16. *Dr. Heinze, Christian* Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Verwaltungsrecht,
München
17. *Kastner, Fritz* Ministerialrat a.D.,
Bonn
18. *Kern, Jürgen* Ministerialrat,
Hessisches Ministerium für Wirtschaft
und Technik,
Wiesbaden

19. *Klofat, Hans Jörg* Kaufmännisch/juristischer Geschäftsführer der DEGES Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und -bau GmbH, Berlin
20. *Krüger, Andreas* Oberregierungsrat, Bundesministerium für Verkehr, Bonn
21. *Lohrum, Eleonore* Assessorin, Projektjuristin, Planungsgesellschaft Bahnbau, Deutsche Einheit mbH, Projektzentrum Erfurt
22. *Losch, Michael* Regierungsdirektor, Senatsverwaltung für Bauen, Wohnen und Verkehr, Berlin
23. *Dr. Lutz, Rudolf* Vorsitzender Richter am Verwaltungsgerichtshof, Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Mannheim
24. *Dr. Michler, Hans-Peter* Rechtsanwalt, Stuttgart
25. *Möller, Stephanie* Rechtsanwältin, Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke – VDEW – e.V., Frankfurt
26. *Dr. Muthesius, Thomas* Geschäftsführer Personenverkehr im Verband Deutscher Verkehrsunternehmen, Köln

27. *Pfeil, Martin* Assessor, Mag. rer. publ.,
Wissenschaftlicher Assistent an der
Hochschule für Verwaltungswissen-
schaften Speyer
28. *Dr. Ronellenfitsch, Michael* Universitätsprofessor,
Eberhard-Karls-Universität Tübingen
29. *Sauthoff, Michael* Richter am Obergerverwaltungsgericht,
Obergerverwaltungsgericht für das Land
Mecklenburg-Vorpommern,
Greifswald
30. *Schildhauer, Günter* Dipl. jur., Dipl.-Ing. (FH),
Referent für Planung, Aufbau und Be-
trieb Zugangnetz der Deutschen Tele-
kom AG, Zentrale,
Bonn
31. *Dr. Schirmer, Rolf* Bm. Stadtrat, U-Bahn-Referent der
Landeshauptstadt München
32. *Schlosser, Friedrich* Ltd. Regierungsdirektor,
Hessisches Landesamt für Straßenbau,
Wiesbaden
33. *Schmidt, Jutta* Oberregierungsrätin,
Ministerium für Wirtschaft und Ver-
kehr des Landes Rheinland-Pfalz,
Mainz
34. *Schittny, Hubertus* Ministerialrat,
Wirtschaftsministerium des Landes
Mecklenburg-Vorpommern,
Schwerin
35. *Seeliger, Per* Rechtsanwalt,
Bundesverband der Deutschen Gas- und
Wasserwirtschaft e. V.,
Bonn

36. *Dr. Sellmann, Klaus-Albrecht* Rechtsanwalt,
Lüneburg
37. *Dr. Steiner, Udo* Universitätsprofessor,
Richter am Bundesverfassungsgericht,
Karlsruhe
38. *Streck, Edgar* Richter am Bundesgerichtshof,
Karlsruhe
39. *Dr. Stüer, Bernhard* Rechtsanwalt und Notar,
Münster
40. *Thrun, Friedrich* Regierungsdirektor, Abteilungsleiter im
Brandenburgischen Landesamt für Ver-
kehr und Straßenbau,
Dahlwitz-Hoppegarten
41. *Wegner, Ulrike* Rechtsanwältin,
Dietzenbach
42. *Wendrich, Klaus* Ministerialrat,
Niedersächsisches Ministerium für
Wirtschaft, Technologie und Verkehr,
Hannover
43. *Wichary, Kurt* Landesverwaltungsdirektor,
Landschaftsverband Rheinland,
Köln
44. *Dr. Zeitler, Herbert* Regierungspräsident a.D.,
Gauting
45. *Dr. Zysk, Hartmut* Richter am Verwaltungsgerichtshof,
Hessischer Verwaltungsgerichtshof,
Kassel

PROGRAMM

Montag, 21. Oktober 1996

- 14.00 Uhr Begrüßung und Einführung durch den Leiter des Seminars,
Univ.-Prof. Dr. *Willi Blümel*
- 14.15 Uhr Wegerecht und Telekommunikation: Die wegerechtlichen Regelungen des Telekommunikationsgesetzes
Referent: Beigeordneter *Folkert Kiepe*, Deutscher Städtetag, Köln
- 15.00 Uhr Diskussion
- 16.15 Uhr Sondernutzung und Gemeingebrauch: Ist die Unterscheidung noch zeitgemäß?
Referent: Oberregierungsrat *Andreas Krüger*, Bundesministerium für Verkehr, Bonn
- 17.00 Uhr Diskussion
- 19.00 Uhr Gemütliches Beisammensein in der Taberna der Hochschule

Dienstag, 22. Oktober 1996

- 9.00 Uhr Werbenutzung
Referent: Univ.-Prof. Dr. *Richard Bartlsperger*, Erlangen
- 10.15 Uhr Diskussion
- 11.00 Uhr „Aktuelle Stunde“
(u.a. Planungshierarchie, Beschleunigungsgesetze, Privatfinanzierung)
- 12.00 Uhr 41. Sitzung des Arbeitsausschusses „Straßenrecht“
- 13.00 Uhr Mittagessen in der Taberna

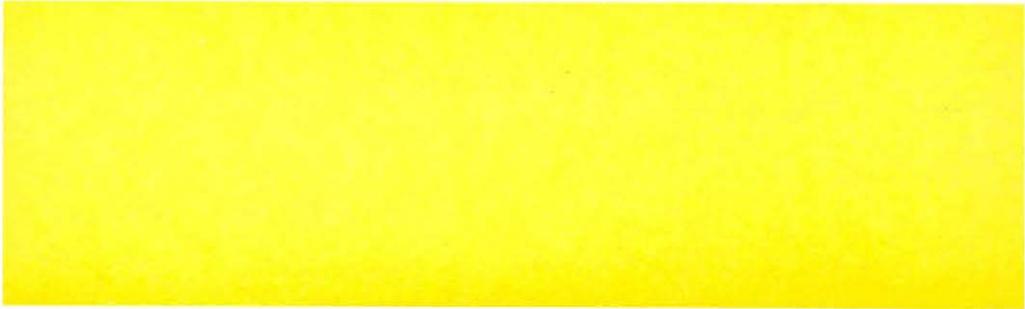
Die Autoren in alphabetischer Reihenfolge

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

Beigeordneter **Folkert Kiepe**
Leiter des Dezernats Stadtentwicklung, Wohnen und Verkehr
beim Deutschen Städtetag, Köln

Oberregierungsrat **Andreas Krüger**
Bundesministerium für Verkehr, Bonn

Bm. Stadtrat Dr. **Rolf Schirmer**
U-Bahn-Referent der Landeshauptstadt München



ISBN 3-932112-07-5

ISSN 0179-2326