

Grundfragen des straßenrechtlichen Nutzungsregimes –

Straßenrecht im Zeichen des Klimawandels

**Berichte der
Bundesanstalt für Straßenwesen**

Straßenbau Heft S 119

bast

Grundfragen des straßenrechtlichen Nutzungsregimes –

Straßenrecht im Zeichen des Klimawandels

**Referate zweier Forschungsseminare
des Arbeitskreises „Straßenrecht“
am 19./20. September 2016 und
am 18./19. September 2017 in Bonn**

Wissenschaftliche Betreuung
und Leitung:

Universitätsprofessor
Dr. Dr. Wolfgang Durner LL.M.
Universität Bonn

**Berichte der
Bundesanstalt für Straßenwesen**

Straßenbau Heft S 119

bast

Die Bundesanstalt für Straßenwesen veröffentlicht ihre Arbeits- und Forschungsergebnisse in der Schriftenreihe **Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen**. Die Reihe besteht aus folgenden Unterreihen:

A - Allgemeines
B - Brücken- und Ingenieurbau
F - Fahrzeugtechnik
M - Mensch und Sicherheit
S - Straßenbau
V - Verkehrstechnik

Es wird darauf hingewiesen, dass die unter dem Namen der Verfasser veröffentlichten Berichte nicht in jedem Fall die Ansicht des Herausgebers wiedergeben.

Nachdruck und photomechanische Wiedergabe, auch auszugsweise, nur mit Genehmigung der Bundesanstalt für Straßenwesen, Stabsstelle Presse und Öffentlichkeitsarbeit.

Die Hefte der Schriftenreihe **Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen** können direkt bei der Carl Ed. Schünemann KG, Zweite Schlachtpforte 7, D-28195 Bremen, Telefon: (04 21) 3 69 03 - 53, bezogen werden.

Über die Forschungsergebnisse und ihre Veröffentlichungen wird in der Regel in Kurzform im Informationsdienst **Forschung kompakt** berichtet. Dieser Dienst wird kostenlos angeboten; Interessenten wenden sich bitte an die Bundesanstalt für Straßenwesen, Stabsstelle Presse und Öffentlichkeitsarbeit.

Ab dem Jahrgang 2003 stehen die **Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen (BASt)** zum Teil als kostenfreier Download im elektronischen BASt-Archiv ELBA zur Verfügung.
<http://bast.opus.hbz-nrw.de>

Impressum

Herausgeber

Bundesanstalt für Straßenwesen
Brüderstraße 53, D-51427 Bergisch Gladbach
Telefon: (0 22 04) 43 - 0

Redaktion

Stabsstelle Presse und Öffentlichkeitsarbeit

Druck und Verlag

Fachverlag NW in der
Carl Ed. Schünemann KG
Zweite Schlachtpforte 7, D-28195 Bremen
Telefon: (04 21) 3 69 03 - 53
Telefax: (04 21) 3 69 03 - 48
www.schuenemann-verlag.de

ISSN 0943-9323

ISBN 978-3-95606-388-6

Bergisch Gladbach, August 2018

Kurzfassung – Abstract

Grundfragen des straßenrechtlichen Nutzungsregimes – Straßenrecht im Zeichen des Klimawandels

BURGI verdeutlicht in seinem Beitrag, dass Wirtschaftsteilnehmer die öffentlichen Straßen, Wege und Plätze seit jeher nicht nur zum Transport von Waren und Dienstleistungen, also in klassischer Weise zum Verkehr, sondern auch als Ort der eigentlichen Wertschöpfung nutzen. Ähnlich wie für Diskutanten, Demonstranten, Künstler und religiöse Gruppen ist die Straße für sie ein Ort der Grundrechtsausübung. Anders als jene stehen sie freilich im Wettbewerb untereinander, weswegen die Erteilung von Sondernutzungen eine Verteilungsfrage mit einer zusätzlichen Dimension ist.

KNAPPE weist nach, dass die Vorgaben der Wasserrahmenrichtlinie auch im Rahmen des Straßenbaus große Bedeutung erlangt haben. Auch die Straßenbauverwaltung ist nicht von der Beachtung wasserrechtlicher Vorgaben befreit. Ein Verstoß gegen das Wasserrecht kann Straßenbauvorhaben dementsprechend zu Fall bringen. Planungsträger sollten sich daher nicht allein auf das Natur- und Artenschutzrecht konzentrieren, denn dessen große Entwicklungen sind gewissermaßen erst einmal zu einem Stillstand gekommen, sondern erforderlich sind auch wasserrechtliche Fachbeiträge. Das Wasserrecht dürfte sich somit aufgrund der europäischen Impulse zu einem wichtigen Kriegsschauplatz bei Infrastrukturvorhaben entwickeln.

SAUTHOFF diskutiert die juristische Konstruktion des Anliegergebrauchs im Lichte der neueren verfassungsrechtlichen Rechtsprechung zum Eigentumsgrundrecht. Er kommt zu dem Befund, dass für Straßengesetze, deren Regelungen dem Muster des § 8a FStrG folgen, nach wie vor der Anschluss eines Grundstücks an eine Gemeindestraße zum Gemeingebrauch in der Form des Anliegergebrauchs zählt, und unterbreitet einen eigenen Regelungsvorschlag.

RODI charakterisiert den Verkehrssektor als zentrales Problemfeld für das Gelingen der Energiewende und liefert einen Überblick zu den zahlreichen Instrumenten, über welche die Verkehrspolitik für die Erreichung klimapolitischer Ziele bereits heute verfügt. Die bereits eingeschlagenen Wege – etwa die Politik der Flottengrenzwerte – sollten konse-

quent fortgeführt und modernisiert werden. Andere Instrumente, insbesondere die Energiesteuern, bedürfen dringend einer grundlegenden Reform. Neue Instrumente sollten hingegen nur nach gründlicher Prüfung eingeführt werden; dies gelte insbesondere für die Einbeziehung des Verkehrs in den Emissionshandel.

NUMBERGER kritisiert die neuere Rechtsprechung der bayerischen Verwaltungsgerichte zur Feinstaubrichtlinie. Bei der Auslegung und Anwendung des Europäischen Rechts würden die Probleme nicht bei der Wurzel gepackt, es entstehe vielmehr eine erhebliche Schiefelage im Hinblick auf die gerechte Abwägung. Ein angemessener Ausgleich der betroffenen Rechte, Belangen und Interessen werde unmöglich. Geboten sei eine flächendeckend wirksame und tatsächlich vollzogene Emissionskontrolle anstelle immissionsbezogener örtlicher Fahrverbote. Ansonsten würden das Fehlverhalten der Automobilindustrie und das Versagen der europäischen und nationalen Zulassungsbehörden bei den Kraftfahrzeugzulassungen auf dem Rücken der Kommunen abgeladen.

SCHENK hingegen verteidigt die ergangenen Gerichtsentscheidungen. Das Unionsrecht verpflichte die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass überall in ihren Gebieten und Ballungsräumen die maßgeblichen Grenzwerte u. a. für Feinstaub eingehalten würden. Natürliche oder juristische Personen, die unmittelbar von der Überschreitung der Grenzwerte betroffen sind, müssten schon im Interesse eines effektiven Gesundheitsschutzes in der Lage sein, bei den nationalen Behörden und gegebenenfalls unter Anrufung der zuständigen Gerichte die Einhaltung dieser Grenzwerte durchzusetzen.

IM BRAHM schließlich bietet Einblicke in die gesteigerte Bedeutung von Radschnellwegen im neueren Straßenrecht und schildert unterschiedliche Handlungsansätze, um den Bau von Radschnellwegen zu unterstützen. Während das Land Nordrhein-Westfalen sie gesetzlich als eine Straßenkategorie mit regionaler Verkehrsbedeutung verankert hat, für die das Land die Straßenbaulast und damit die Finanzierungslast übernimmt, geht der Bund den Weg der Gewährung von Finanzhilfen.

Fundamental questions of the road law use regime – Road law and climate change

BURGI explains in his paper that economic operators have always used public roads, paths and squares not only to transport goods and services, i. E. for traffic in the traditional sense, but also as a place of actual value creation. In a similar way as for speakers, demonstrators, artists and religious groups, the road is a place to exercise basic rights to them. Unlike them, the economic players are of course in competition with each other, which is why the granting of special rights of use is a distribution issue with an additional dimension.

KNAPPE proves that the requirements of the Water Framework Directive have gained great importance also in road construction. The road administration is also not exempt from taking the requirements of water law into consideration. Accordingly, an infringement of water law can bring down road construction projects. Planners should therefore concentrate not solely on nature conservation and species protection law because to some extent major developments here have come to a standstill for the time being. Expert input on water law is also necessary. Due to European impulses, water law may therefore develop into an important battleground within infrastructure projects.

SAUTHOFF discusses the legal construction of 'residents use' (Anliegergebrauch) in the light of more recent constitutional law court rulings on basic property rights. He comes to the conclusion that as far as provisions of road laws which follow the pattern of Section 8 a Federal Highways Act (FStrG) are concerned, the connection of a plot of land to a municipal road belongs to 'common use' (Gemeingebrauch) in the form of 'residents use', and puts forward his own regulatory proposal.

RODI characterises the transport sector as a central problem area for the success of the energy transition and provides an overview of the numerous instruments that are already available to transport policy to achieve the objectives of climate policy. The paths already taken – such as the policy of fleet targets – should be systematically continued and modernised. Other instruments, particularly energy taxes, are in urgent need of fundamental reform. By contrast, new instruments should only be introduced after thorough scrutiny; this applies in particular to the incorporation of traffic in emissions trading.

NUMBERGER criticises recent rulings of the Bavarian administrative courts on the Air Quality Directive, arguing that problems are not addressed at their roots in the interpretation and application of European law. Rather, there were considerable difficulties in making a fair assessment so that it was impossible to adequately balance rights, concerns and interests. A fully effective and actually implemented control of emissions was required instead of local pollution-related traffic bans. Otherwise, the misconduct of the automotive industry and the failure of the European and national regulatory authorities in connection with vehicle registrations would be offloaded to the local authorities.

SCHENK, however, defends the court decisions passed. Union law obliges the member states to ensure that the pertinent threshold values for particulate matter et al, are observed everywhere in their regions and conurbations. In the interests of effective health protection, natural or legal entities directly affected by the exceeding of threshold values ought to be in a position to assert compliance with these threshold values by the national authorities, having recourse to the competent courts where applicable.

IM BRAHM finally offers insights into the rising significance of bicycle highways in more recent road law and presents different action approaches to supporting the construction of bicycle highways. Whilst the federal state of North Rhine-Westphalia has anchored the bicycle highway in law as a road category of regional traffic importance for which the federal state assumes the road construction responsibility and thus the financial burden, the federal government has chosen the path of granting financial assistance.

Inhalt

Vorwort		Programm	
Wolfgang Durner	7	des Forschungsseminars 2016	85
Vorträge		Teilnehmerliste	
Die Straße als Wettbewerbsraum: Beschaffung und Verteilung bei Sondernutzungstatbeständen		des Forschungsseminars 2016	86
Martin Burgi	9	Programm	
Auswirkungen der Wasserrahmen- richtlinie auf das Straßenrecht		des Forschungsseminars 2017	88
Lukas Knappe	22	Teilnehmerliste	
Konstruktion des Anliegergebrauchs im Lichte der neueren Rechtsprechung		des Forschungsseminars 2017	89
Michael Sauthoff	33		
Straßenrecht und Klimaschutz			
Michael Rodi	45		
Instrumente zur Umsetzung der Feinstaubrichtlinie, insbesondere Luftreinhalteplanung			
Ulrich Numberger	58		
Grenzwertüberschreitungen bei Feinstaub– oder Stickstoffdioxid- immissionen und ihre Konsequenzen für die Luftreinhalteplanung bis hin zu Fahrverboten für Dieselfahrzeuge			
Rainer Schenk	71		
Radschnellwege im neueren Straßenrecht			
Ulrike im Brahm	79		

Vorwort

Die Beiträge dieses Bandes dokumentieren einen Großteil der Vorträge des 62. und des 63. Forschungsseminars des Arbeitskreises „Straßenrecht“, die am 19. und 20. September 2016 sowie am 18. und 19. September 2017 jeweils an der Universität Bonn stattfanden. Nicht abgedruckt werden konnten die durch die Vertreterinnen des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur in Bonn gehaltenen Referate zu den aktuellen Entwicklungen, die jeweils in kürzester Zeit durch die nachfolgenden politischen Entscheidungen überholt worden sind. Allerdings wird sich der Arbeitskreis der neuen Verfassungslage im Jahr 2018 nochmals intensiv annehmen. Stattdessen vereinigt dieser Band die – zum Teil nicht weniger tagesaktuellen – Beiträge zu den beiden Hauptthemen „Grundfragen des straßenrechtlichen Nutzungsregimes“ sowie „Straßenrecht im Zeichen des Klimawandels“.

Der Herausgeber möchte den Referentinnen und Referenten beider Forschungsseminare seinen Dank aussprechen, die ihre Vorträge – wie im Rahmen des Arbeitskreises üblich – auf ehrenamtlicher Grundlage erstellt und überzeugend vorgetragen haben. Dank schuldet der Arbeitskreis zudem der Bundesanstalt für Straßenwesen und insoweit stellvertretend ihrem Präsidenten Herrn Stefan Strick für die Veröffentlichung dieses Tagungsbands sowie einmal mehr den Mitarbeitern des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, allen voran Frau Brigitte Flögel und Herrn Gregor Biesenbach für ihre engagierte Hilfe bei der Organisation des Forschungsseminars und der formalen Bearbeitung der Manuskripte.

Bonn, im Januar 2018

Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner LL.M.

Prof. Dr. Martin Burgi,
Ludwig Maximilians-Universität München

Die Straße als Wettbewerbsraum: Beschaffung und Verteilung bei Sondernutzungstatbeständen

Wirtschaftsteilnehmer nutzen die öffentlichen Straßen, Wege und Plätze seit jeher nicht nur zum Transport von Waren und Dienstleistungen, also in klassischer Weise zum Verkehr,¹ sondern auch als Ort der eigentlichen Wertschöpfung, neuerdings u. a. mit sog. Foodtrucks oder beim Carsharing (I u. II); ähnlich wie für Diskutanten, Demonstranten, Künstler und religiöse Gruppen² ist die Straße für sie ein Ort der Grundrechtsausübung. Anders als jene stehen sie freilich im Wettbewerb untereinander, weswegen die Erteilung von Sondernutzungen eine Verteilungsfrage mit einer zusätzlichen Dimension ist.³ Dabei müssen ganz grundsätzlich zwei Situationen unterschieden werden (III u. IV).

I Wirtschaftliche Betätigung im öffentlichen Raum

1 Realanalyse

Bereits ein oberflächlicher Streifzug durch die Innenstädte zeigt ein reichhaltiges Angebot von Gastronomietischen und -stühlen, von Obst- und Blumenständen, neuerdings von sog. Foodtrucks, um die herum sich insbesondere in der Mittagszeit Passanten und Beschäftigte der umliegenden Bürogebäude versammeln, von Werbesäulen und Buswartehäuschen als zentrale Bestandteile der sog. Außenwerbung,⁴ zu der auch das werbende Dauerparken gehören kann,⁵ ferner von umweltpolitisch induzierten Erscheinungsformen wie Altkleidersammelcontainer, Fahrradmietstationen und künftig (in Innenstädten wie an Autobahnen) Schnellladestationen für Elektrofahrzeuge⁶ und Abhol- und Rückgabestellen für Carsharing-Fahrzeuge;⁷ hin und wieder stößt man auf Märkte und Feste. Von der Produktion, über die Werbung, den Vertrieb bzw. den Verkauf sind also sämtliche Stufen der Wertschöpfungskette vertreten. Die meisten Erscheinungsformen befinden sich in einem Prozess steten Wachstums und der permanenten Weiterentwicklung entsprechend dem Bedarf und dem Geschmack der Nutzer (vom eher altbackenen

Verkauf von Pürierstäben aus einem Wohnwagen heraus zum hippen Stadtstrand mit entsprechendem Sitzkorb- und Barinventar; einige der Erscheinungsformen sind Ausprägungen der neueren Startup-Kultur, weil beispielsweise die Aufstellung eines Foodtrucks angesichts steigender Ladenmieten einen im Vergleich zur Einrichtung eines stationären Ladenlokals durchaus niedrigschwelligen Einstieg in das Gastronomiegewerbe darstellt. Viele dieser Entwicklungen erhöhen die Attraktivität der betroffenen Straße, vielfach entsteht eine angesichts des allgemeinen Vordringens primär digital geprägter Wirtschaftsbetätigungen durchaus bemerkenswerte Renaissance der persönlichen Kommunikation.

Wachstum und Veränderung verstärken freilich auch die seit jeher bekannten Probleme der Knappheit und die daraus folgende Notwendigkeit des Ausgleichs mit anderen Nutzungsinteressen, zuvörderst natürlich mit der Verkehrsfunktion, um derentwillen die betroffenen Straßen und Plätze ja überhaupt zu öffentlichen Straßen und Plätzen gewidmet worden sind. Die teilweise zu beobachtende Intensität und Eventorientierung dürfte vermehrt aus dem Rahmen des straßenrechtlichen Sondernutzungsregimes heraus in andere Verteilungsregimes hinein führen. Damit ist endgültig die Frage nach Bedeutung und Inhalt des Sondernutzungsregimes für die Straße als Wettbewerbsraum aufgeworfen, zumal angesichts eines durch den Aufschwung des Vergaberechts ganz allgemein

¹ Zu den damit zusammenhängenden Fragen vgl. U. STAHLHUT, in: Kodal (Hrsg.), Straßenrecht, 7. Auflage 2010, S. 761 ff.

² In all diesen Fällen kann es zusätzlich zu wirtschaftlichen Betätigungen kommen, etwa bei der Aufstellung von Imbissständen zur Bewirtung der Demonstrationsteilnehmer (vgl. dazu VGH BW, NVwZ-RR 1994, 370); die dadurch aufgeworfenen Fragen bleiben ausgeblendet.

³ Neben den hierdurch berührten Aspekten des Vergaberechts i. w. S. können sich auch kartellrechtliche Fragen erheben, auf die C. JUST, Kommunale Werbenutzungsverträge im Fokus von Kartell- und Vergaberecht, DVBl. 2012, 416, eingeht.

⁴ Zu weiteren Erscheinungsformen und zur Binnenphänomenologie JUST (o. Fn. 3), 416.

⁵ Vgl. zu den Einzelheiten M. WIGET, in: Zeitler (Hrsg.), Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, 15.10.2014, Art. 14 Rn. 29.

⁶ Dazu jüngst M. HARTWIG/T. STERNICZUK, Probleme des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität des straßenrechtlichen Sondernutzungsrechts, NVwZ 2016, 1375.

⁷ Dazu U. STEINER: Innerstädtische Mobilität als Rechtsproblem, in: KNOPP/WOLFF (Hrsg.), FS Peine, 2016, 561 (565 f.) m. w. N. in Fn. 17; näher III 2 b.

geschärften Blicks für Verteilungsgerechtigkeit und Rechtsschutz.

Einen Wettbewerbsraum im hier zugrunde gelegten Sinne bildet die Straße, soweit sie Schauplatz unmittelbarer wirtschaftlicher Konkurrenz zwischen verschiedenen Wirtschaftsteilnehmern ist. Wirtschaftliche Konkurrenz entfaltet sich zwischen verschiedenen Straßennutzern (etwa zwischen zwei Standbetreibern an einer attraktiven Kreuzung), u. U. aber auch zwischen dem Inhaber einer Sondernutzungserlaubnis und Anliegern, die um die gleichen Passanten, sprich Teilnehmern am Gemeingebrauch auf der Straße konkurrieren (etwa mit den Betreibern der stationären Restaurants am Rande des Platzes, auf dem ein Foodtruck abgestellt werden soll). In diesem letzteren Falle ist die Straße aber nur de facto ein Wettbewerbsraum, nicht von Rechts wegen. Jene gewerbetreibenden Anlieger sind nur mittelbar-faktisch betroffen, ihr Anliegerrecht⁸ berechtigt sie nicht zur Abwehr von wirtschaftlichen Betätigungen auf der Straße und jenseits des unproblematischen Anbringens von Hinweisschildern, allenfalls von Warenautomaten,⁹ ist die unmittelbare wirtschaftliche Nutzung des Straßenraums nicht Teil des sog. Anliegergebrauchs.¹⁰ Straße als Wettbewerbsraum meint also nicht den Raum der Straße im tatsächlichen Sinne, auf dem Straßennutzer und Anlieger konkurrieren, sondern den Raum der Straße im Rechtsinne, um dessen wirtschaftliche Nutzung verschiedene Straßennutzungsinteressenten konkurrieren.

2 Die Straße als Mehrzweckinstitut

Schon seit Jahrzehnten wird die Straße in der Bilanz solcher realanalytischer Betrachtungen als Mehrzweckinstitut bezeichnet,¹¹ wobei die innerstädtischen Straßen und insbesondere die Fußgängerbereiche noch einmal deutlich herausragen. Ähnlich wie das Forum Romanum sind viele innerstädtische Straßen und Plätze jedenfalls mehr als Verkehrsräume und neben den politischen, künstlerischen oder religionsbezogenen Aktivitäten auch Schauplatz der wirtschaftlichen Betätigung. Dies unterschätzt übrigens die in neuerer Zeit intensivierte Debatte um den öffentlichen Raum,¹² indem sie wirtschaftliche Interessen primär aus kritischer Perspektive, nämlich (in der Sache nicht unberechtigt) als Faktor der Reduzierung des öffentlichen Raumes vermittels der Überführung in privat gemauerte Räume (etwa der sog. Malls), also von Nicht-Straßenräumen, wahrnimmt. Überhaupt

erweist sich im Umgang mit den wirtschaftlichen Straßennutzungen die bereits früher¹³ beklagte Geringschätzung der Infrastruktur Straße im rechtswissenschaftlichen Themenspektrum.¹⁴

II Öffentlich-rechtliche Sondernutzung als wichtigster Normbereich

Der übergreifende Blick erweist zunächst, dass die öffentlich-rechtlichen Sondernutzungen, um die es in diesem Beitrag geht, ihrerseits einen (allerdings besonders wichtigen) Ausschnitt innerhalb des

⁸ Vgl. allgemein hierzu M. SAUTHOFF, Öffentliche Straßen, 2. Auflage 2010, Rn. 341. Nach BVerfG, NVwZ 2007, 1306, ist der Schutz von hohe Mieten zahlenden Anliegern kein legitimer Interessenbelang bei der Entscheidung über Sondernutzungen auf der Straße. Nach VG Berlin, U. v. 8.8.2011, 1 K 186.10, Rn. 26 (juris) sind Anliegerinteressen bei der Entscheidung über die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis nur zu berücksichtigen, wenn sie als Teil des sog. Anliegergebrauchs geschützt sind (dazu sogleich im Text).

⁹ Vgl. WIGET (o. Fn. 5), Art. 14 Rn. 66 f.; SAUTHOFF (o. Fn. 8), Rn. 343 f.

¹⁰ So ist nach VG Neustadt, GewArch 2016, 81, die Bewirtung auf der Straße von einer Gaststätte aus nicht vom Anliegergebrauch umfasst; im Falle des BayVG, GewArch 2008, 370, konkurrierten nicht zwei Wirtschaftsteilnehmer, sondern das Sondernutzungsbegehren für Kaffeestühle mit dem Sondernutzungsbegehren für ein Baugerüst am Gebäude eines Anliegers.

¹¹ R. MUSSGNUM, Die öffentlichen Straßen als Mehrzweckinstitut, in: BARTLSPERGER/BLÜMEL/SCHROETER (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, 1980, S. 81; H. KRÜGER, Die Straße als Mehrzweckinstitut, in: BLÜMEL (Hrsg.), Die Straße als Mehrzweckinstitut, Speyerer Forschungsberichte 170, 97, S. 27; kritisch: R. BARTLSPERGER, Werbung und Straßenkommunikation in der Mehrzweckordnung öffentlicher Straßen, in: BLÜMEL (Hrsg.), Die Straße als Mehrzweckinstitut, Speyerer Forschungsberichte 170, 97, S. 27; WIGET (o. Fn. 5), Art. 14 Rn. 38.

¹² Zuletzt A. SIEHR, Das Recht am öffentlichen Raum, i. E. Durch wirtschaftliche Betätigungen auf der öffentlichen Straße wird diese jedenfalls öffentlicher.

¹³ M. BURGI, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 73 (2014), 429.

¹⁴ So fehlen diesbezügliche Untersuchungen sowohl in dem jüngst von G. KIRCHHOF/S. KORTE/S. MAGEN herausgegebenen Band zum Öffentlichen Wettbewerbsrecht (2014) als auch in dem von M. FEHLING/M. RUFFERT herausgegebenen Werk zum Regulierungsrecht (2010). Auch die insgesamt sehr breit angelegte Habilitationsschrift von F. WOLLENSCHLÄGER mit dem Titel Verteilungsverfahren (2010) erörtert die Verteilung von Straßennutzungsrechten jedenfalls nicht im Range eines sog. Referenzgebietes. Der vorliegende Beitrag möchte aufzeigen, dass der übergeordnete, die immer wieder und aus Anlass unterschiedlicher Vorgänge ergehenden Einzelfallentscheidungen in das Ganze einordnende Blick weiterführende Erkenntnisse verspricht.

Gesamtregimes der Straßennutzungen bilden. Dieser ist bekanntlich dadurch charakterisiert, dass es um eine Benutzung der Straßen über den Gemeingebrauch hinaus (vgl. z. B. § 8 Abs. 1 FStrG) geht, die überdies (sonst würde es sich um eine sog. bürgerlich-rechtliche Sondernutzung handeln) den Gemeingebrauch, d. h. die Nutzung der Straße zu Verkehrszwecken, zu beeinträchtigen droht. Aufgrund des Beeinträchtigungspotenzials unterliegen die öffentlich-rechtlichen Sondernutzungen in allen Landesgesetzen und in § 8 FStrG für die Bundesfernstraßen einer Erlaubnispflicht.¹⁵ Die Erlaubnis wird entweder erteilt durch Verwaltungsakt i. S. d. § 35 VwVfG oder durch öffentlich-rechtlichen Vertrag i. S. d. §§ 54 ff. VwVfG. Teilweise können zusätzlich ordnungsrechtliche Erlaubnispflichten bestehen, etwa nach dem Straßenverkehrsrecht¹⁶ oder dem Gewerbe-recht.¹⁷

Weitere wichtige Normbereiche, denen wirtschaftliche Betätigungen auf der Straße zugeordnet werden können, sind der Gemeingebrauch, der sog. telekommunikative Sondergebrauch betreffend die unentgeltliche Straßennutzung durch Telekommunikationslinien unter den Voraussetzungen der §§ 68 ff. TKG¹⁸ und die bürgerlich-rechtlichen Sondernutzungen, deren Wettbewerbsrelevanz die permanenten Auseinandersetzungen um die Vergabe der sog. Wegekonzessionen (auf der Grundlage des § 46 EnWG) zeigen.¹⁹

Dabei unterfallen dem Gemeingebrauch unterfallen durchaus bedeutende Formen der wirtschaftlichen Betätigung wie die Verteilung von Werbeflyern, die Durchführung von Google-Streetview-Kamerafahrten,²⁰ die Parkplatzflächenversteigerung via App²¹ und u. U. auch die Nutzung mit sog. Party- und Bierbikes.²² Buchstäblich ein Thema für sich bilden die m. E. einer schlüssigen vergaberechtlichen Deutung noch harrenden Rechtsfragen bei der Übertragung von Bau und Betrieb von Nebenbetrieben an Bundesautobahnen (insbesondere der Raststätten) auf Dritte gemäß § 15 Abs. 3 FStrG.²³

Die Zuordnung zum Gemeingebrauch oder zur öffentlich-rechtlichen Sondernutzung hängt im Einzelnen bekanntlich davon ab, ob es sich jeweils noch um eine Nutzung zum Zwecke des Verkehrs handelt. Sie ist anhand der hierfür allgemein geltenden, teilweise grundrechtlich beeinflussten Grundsätze, die hier nicht vertieft werden können, vorzunehmen. Die eingangs (I) genannten Erscheinungs-

formen überschreiten allesamt den Gemeingebrauch, da sie mit Aufbauten und Installationen verbunden oder typischerweise doch erheblich größer dimensioniert sind.²⁴

III Sondernutzung auf Initiative der Verwaltung

Mit dem Bedeutungszuwachs des Vergaberechts ist ein immer weiter ausformulierter Rechtsrahmen für Verteilungssituationen entstanden, der infolge seines weitreichenden Sanktionssystems (Unwirksamkeit von Auftragsvergaben ohne vorherige europaweite Ausschreibung gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB, ausgebauter Konkurrentenrechtsschutz vor Vergabekammer und OLG gemäß §§ 155 ff. GWB) aus der Sicht anderer, herkömmlicher Verteilungsregime vielfach Beunruhigung, jedenfalls aber einen Klärungsbedarf auslöst. So wird teilweise eine Vermischung der straßenrechtlichen mit den

¹⁵ Vgl. statt vieler M. SAUTHOFF (o. Fn. 8), Rn. 357 ff.

¹⁶ Dazu eingehend M. SAUTHOFF, Zusammenspiel straßenrechtlicher und straßenverkehrsrechtlicher Erlaubnisse, Verw Arch 106 (2015), 322.

¹⁷ Dazu M. KNIASEL, Die Vergabe von Standplätzen auf gemeindlichen Märkten und Volksfesten, GewArch 2013, 270.

¹⁸ Vgl. M. BURGI, Der telekommunikative Sondergebrauch, DVBl. 2001, 845; T. von DANWITZ, Straßen- und Wegerecht, in: SCHOCH (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Auflage 2013, 7. Kap. Rn. 64 m. w. N.

¹⁹ Vgl. hierzu M. BURGI, Vergaberecht, 2016, § 24 Rn. 6 m. w. N.

²⁰ VG Karlsruhe, NZW 2000, S. 2222 (2223) (zu einer vergleichbaren früheren Aktivität); B. GOLOMB/R. MEHRGARDT/H. WEBER, Gemeinden vs. Google Street View, BayVBl. 2011, 39.

²¹ Zutreffend M. HARTWIG, Parkplatzversteigerung via App: Der Verkauf öffentlichen Parkraums durch Private, IR 2016, 74 (75 f.).

²² Vgl. hierzu BVerwG, NVwZ 2012, 1623.

²³ Vgl. insoweit früh M. BURGI, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 282 f.; mittlerweile für eine Behandlung als Dienstleistungskonzession D. LINKE, in: MARSCHALL (Hrsg.) BFStrG, 6. Auflage 2012, § 15 Rn. 16 f.; so auch OLG Karlsruhe, GewArch 2013, S. 325. Demgegenüber für eine Deutung von § 15 Abs. 3 FStrG als „lex specialis“ (sogar) gegenüber den neuen GWG-Vergaberegeln für Konzessionen H. MÜLLER, Öffentlich-rechtliche Dienstleistungskonzessionen künftig ein Beschaffungsvorgang?, NVwZ 2016, S. 266 (267 f.).

²⁴ Zu den Einzelheiten der Zuordnung vgl. hier nur STAHLHUT, in: KODAL (o. Fn. 1), S. 773 ff.; WIGET (o. Fn. 5), Art. 14 Rn. 50 f. u. Art. 18 Rn. 16. Zur Bedeutung der Grundrechte für die Zuordnung vgl. BVerfG, NVwZ 2007, 1306.

vergaberechtlichen Maßstäben vorgenommen,²⁵ bisweilen wird explizit für einen Vorrang des Sondernutzungsregimes gegenüber dem Vergaberegime plädiert²⁶ und teilweise gerät (gleichsam umgekehrt) bei einem vollständig vergaberechtlichen Zugriff das Sondernutzungsregime aus dem Blick.²⁷

Richtigerweise sind von vornherein zwei Konstellationen zu unterscheiden, in Abhängigkeit davon, ob eine Sondernutzung auf der öffentlichen Straße zu wirtschaftlichen Zwecken auf Initiative der Verwaltung erfolgen soll (III) oder auf Initiative eines oder mehrerer Wirtschaftsteilnehmer (IV). Wie sogleich gezeigt wird, kann von einer Beschaffung – wenn überhaupt – nur im ersten Fall die Rede sein, während es in den Fällen der zweiten Konstellation zwar auch um eine Verteilungs-, aber nicht um eine Beschaffungssituation geht. Aus dem größeren Kreis sämtlicher Verteilungsentscheidungen des modernen Staates fallen aber nur diejenigen Entscheidungen, mit denen zugleich ein Beschaffungszweck verfolgt wird, in den Anwendungsbereich des Vergaberechts. Dessen Regelungen sind nicht anwendbar, wenn der Beschaffungszweck fehlt. Dies wird sowohl in der neuen Vergaberichtlinie für öffentliche Aufträge (2014/24)²⁸ in Art. 1 Abs. 2 als auch in der erstmals verabschiedeten Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen (2014/23/EU; vgl. dort Art. 1 Abs. 1)²⁹ festgeschrieben. Nach Erwägungsgrund vier der Richtlinie 2014/24 fällt unter einen Erwerb von Leistungen die Erlangung des Nutzens der jeweiligen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen;³⁰ aus Erwägungsgrund 15 der Richtlinie 2014/93/EU ergibt sich und ist in einer aktuellen Entscheidung des EuGH vom 14. Juli 2016³¹ bekräftigt worden, dass namentlich nicht sämtliche Vereinbarungen, die das Recht eines Wirtschaftsteilnehmers betreffen, öffentliche Bereiche oder Liegenschaften zu nutzen, dem Vergaberecht unterfallen, sondern nur dann, wenn ein Beschaffungszweck verfolgt wird.

In beiden Konstellationen ist freilich unverändert auch eine Sondernutzungserlaubnis erforderlich, wenn die betreffende wirtschaftliche Betätigung mit einer Nutzung der öffentlichen Straße über den Gemeingebrauch hinaus (und diesen zugleich beeinträchtigend) einhergeht. Damit ist in den Fällen der zweiten Konstellation (Sondernutzung auf Initiative der Wirtschaftsteilnehmer) das Sondernutzungsregime zugleich das (einzige) anwendbare Verteilungsregime (dazu näher IV).

In den Fällen der ersten Konstellation (Sondernutzung auf Initiative der Verwaltung) muss weiter differenziert werden. Geht der Sondernutzung mit einem Beschaffungstatbestand einher, dann ist neben dem Sondernutzungs- zusätzlich das durch das GWB und die VgV bzw. die KonzVgV begründete Beschaffungsregime des Vergaberechts (oberhalb der sog. Schwellenwerte) anwendbar (dazu 1). Liegt trotz einer Initiative der Verwaltung kein Beschaffungstatbestand vor, dann ergeben sich die relevanten Maßstäbe im Zusammenspiel des Sondernutzungs- mit einem spezifischen Verteilungsregime (dazu 2).

1 Sondernutzung im Verbund mit einem Beschaffungsregime

a) Charakterisierung

In Fällen dieser Art möchte die Verwaltung auf den betroffenen Straßenflächen einen bestimmten öffentlichen Zweck realisiert sehen, diese Flächen also aktiv-gestalterisch nutzen. Die Wirtschaftsteilnehmer, denen die entsprechenden Flächen zur Nutzung überlassen werden, sollen zu einem entsprechenden Tätigwerden verpflichtet werden. Es geht mithin beispielsweise um die Aufstellung von Altpapiersammelbehältern für eine kommunale (und nicht für eine private) Altpapiersammlung oder um die wirtschaftliche Betätigung im Rahmen eines von der Kommune veranstalteten Marktes (und nicht um die Aufstellung einzelner Marktstände in privater Regie). Ein weiteres Beispiel bildet die Errichtung von Buswartehäuschen zugunsten des kommunalen ÖPNV. Die nachfolgenden Ausführungen orientieren sich an dem praktisch wichtigsten Beispiel der Veranstaltung von Märkten aller Art auf

²⁵ So etwa in den Entscheidungen des VG Hannover, U. v. 9.8.2011, 7 A 5683/10 (juris) und des VG Hamburg, B. v. 20.9.2012, 11 E 1658/12 (juris); trefflich hingegen VG Aachen, U. v. 26.4.2016, 6 K 2357/15, Rn. 67 (juris).

²⁶ So MÜLLER (o. Fn. 23), 268.

²⁷ So bei K. WAGNER-CARDENAL/J. SCHARF/J.-M. DIERKES, Kommunale Außenwerbverträge und nachträgliche Vertragsanpassungen ohne Neuvergabe, NVwZ 2011, 1297.

²⁸ ABI. EU 2014 L 94, S. 65.

²⁹ ABI. EU 2014 L 94, S. 1.

³⁰ Ausführlich und mit weiteren Nachweisen hierzu BURGI, Vergaberecht (o. Fn. 19), § 2 Rn. 23 ff.

³¹ EuZW 2016, 657.

Flächen, die Bestandteil der öffentlichen Straßen und Plätze sind.³² Möchte also die Verwaltung einen Wirtschaftsteilnehmer beschaffen, der sich für sie um die Veranstaltung ihres Marktes auf der betreffenden öffentlichen Straße kümmert, dann bedarf es sowohl einer Sondernutzungserlaubnis als auch der Durchführung eines Vergabeverfahrens zwecks Auswahl jenes Marktorganisations.

Bei der Stelle der Verwaltung, die eine Sondernutzung initiieren möchte, wird es sich zumeist um die jeweilige Gemeinde handeln, bei der zugleich typischerweise (entweder als Straßenbaulastträger oder weil es sich um die Ortsdurchfahrt einer Bundesstraße handelt; vgl. § 8 Abs. 1 S. 2 FStrG) die Zuständigkeit für die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis liegt. Denkbar sind aber auch Fälle, in denen beispielsweise das jeweilige Bundesland aus Anlass eines besonderen historischen Ereignisses oder eine Universität eine Gemeindestraße nutzen wollen, um dort eine Festveranstaltung durchzuführen.

Weder straßen- noch vergaberechtlich relevant sind hingegen die sodann entstehenden Rechtsbeziehungen zwischen jenem marktorganisierenden Wirtschaftsteilnehmer und den Marktbesckickern, d. h. den Aufstellern der Marktstände, sowie schließlich deren Beziehungen zu den Endnutzern, d. h. den eigentlichen Standbesuchern. Im Beispiel der Buswartehäuschen ist vergleichbar zu unterscheiden zwischen dem Verhältnis zwischen der Verwaltung und dem Aufsteller der Wartehäuschen einerseits und den Beziehungen zwischen diesem Aufsteller und den sodann dort plakatierenden Werbeunternehmen bzw. den wiederum die Werbung konsumierenden Busnutzern andererseits.

b) Auftrag oder Dienstleistungskonzession

Soll also ein privates Unternehmen gleichsam mit der Durchführung der Sondernutzung beauftragt bzw. betraut werden, dann ist das GWB-Vergaberecht anwendbar, welches oberhalb der europarechtlich festgelegten sog. Schwellenwerte³³ die dann eröffnete wettbewerbliche Auswahl-situation (Wettbewerb um den Markt) abschließend regelt. Der Bund hat mit dem GWB und den darauf gestützten Verordnungen von der ihm durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) eingeräumten Gesetzgebungskompetenz insoweit (nicht im Hinblick auf die Beurteilung des Sondernutzungstatbestandes) abschließend Gebrauch gemacht. Die teilweise aufgeworfene Frage nach einem etwaigen Vorrangverhältnis zwischen dem Vergabe- und dem Straßenrecht³⁴ stellt sich nicht, viel-

mehr hat man es mit verschiedenen Tatbeständen (Sondernutzung einerseits, Auftrags- bzw. Dienstleistungskonzessionsvergabe andererseits) zu tun, die nach ihren jeweils eigenen Maßstäben zu bewältigen sind. Befindet man sich unterhalb der Schwellenwerte, dann greifen das GWB und die darauf gestützten Verordnungen nicht ein, vielmehr gelten die durch die Rechtsprechung des EuGH aus dem europäischen Primärrecht abgeleiteten allgemeinen Grundsätze,³⁵ und zwar dann, wenn ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse vorliegt. Dies dürfte angesichts des sehr hohen Schwellenwerts bei Dienstleistungskonzessionen häufig der Fall sein.³⁶

Innerhalb des GWB-Vergaberechts hängt das maßgebliche Regime davon ab, ob die Durchführung des jeweiligen Sondernutzungstatbestands (im Beispiel: Zur Veranstaltung eines Marktes für die Verwaltung) gegen Entgelt erfolgen soll, oder ob sich der private Wirtschaftsteilnehmer seinerseits bei den Benutzern (den Marktbesckickern bzw. mittelbar den Marktkunden) refinanzieren wird. Im ersten Fall handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag, für den die §§ 115 ff. GWB i.V.m. der VgV maßgeblich sind. Im zweiten Fall liegt eine sog. Dienstleistungskonzession vor, für die seit Inkrafttreten des neuen Vergaberechts Ende April 2016 die §§ 148 ff. GWB i.V.m. der KonzVgV gelten.³⁷ Beide Vergaberegimes formulieren umfangreiche

³² Märkte, die ohne ein verklammerndes Gesamtkonzept der Verwaltung stattfinden, bei denen also schlicht je Stand eine Sondernutzungserlaubnis erteilt wird (so etwa im Falle des VGH BW, NVwZ-RR 2001, 159; näher auch KNIESEL (o. Fn. 17), 270 handelt es sich um eine Wirtschaftsteilnahme nicht auf Initiative der Verwaltung, sondern auf Initiative der privaten Wirtschaftsteilnehmer, die mithin anhand der zur IV dargestellten Grundsätze zu beurteilen sein wird.

³³ Diese ergeben sich für Aufträge aus Art. 4 der Richtlinie 2014/24, auf den § 106 Abs. 1 Nr. 1 GWB „in der jeweils geltenden Fassung“ Bezug nimmt. Bei den hier infrage stehenden öffentlichen Dienstleistungsaufträgen beträgt der Schwellenwert gegenwärtig rund 200.000 €. Deutlich höher ist der Schwellenwert in Fällen der Vergabe einer Dienstleistungskonzession (dazu sogleich). Er beträgt dann gemäß Art. 8 der Richtlinie 2014/23 i. V. m. § 106 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4 GWB rund 5 Millionen €.

³⁴ MÜLLER (o. Fn. 23), NVwZ 2016, 268.

³⁵ Zu ihnen bündig BURGI (o. Fn. 19), § 3 Rn. 25 ff.

³⁶ Das OLG Celle, U.v. 23.2.2016, 13 U 148/15 (juris), hat dies im einem Fall betreffend das Aufstellen von Altkleidersammelbehältern eben erst wieder bejaht (Rn. 12 ff.).

³⁷ Zu den Einzelheiten der Abgrenzung zwischen Aufträgen und Dienstleistungskonzessionen vgl. hier nur BURGI (o. Fn. 19), § 24 Rn. 12 ff. m. w. N.

Anforderungen an das Vergabeverfahren (insbesondere an die vorherige Bekanntmachung) sowie an die Eignungs- und die Zuschlagskriterien. Auf die Sanktions- und Rechtsschutzmechanismen wurde bereits hingewiesen.

c) Konsequenzen

Sachlich betrachtet, ist mithin bei Vorliegen eines Beschaffungstatbestandes sowohl die Durchführung eines Verfahrens zwecks Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis als auch die Durchführung eines Vergabeverfahrens erforderlich. Jeweils ist sowohl das straßenrechtliche Verfahrens- und Entscheidungsprogramm (dazu im näheren IV) als auch das Verfahrens- und Entscheidungsprogramm des GWB nebst einschlägiger Verordnung abzuarbeiten. Aufgrund des Hinzutretens des GWB-Vergaberegimes wird das Sondernutzungserlaubnisverfahren von der in IV (für die Fälle der Wirtschaftsteilnahme auf Initiative der Wirtschaftsteilnehmer) angemahnten Bewältigung der wettbewerblichen Konkurrenzthematik vollständig entlastet. Die Auswahlfrage wird im Vergabeverfahren beantwortet, während sich das Verfahren zur Erteilung der Sondernutzungserlaubnis ganz auf die straßenrechtlichen Aspekte konzentrieren kann. Da das GWB-Verfahren den größtmöglichen Drittschutz gewährleistet, ist ferner nichts dagegen einzuwenden, dass an den sodann siegreichen Bewerber die Sondernutzungserlaubnis unbefristet bzw. für einen bestimmten, längeren Zeitraum als in den Fällen der Konstellation zu IV erteilt wird, in denen die Wettbewerbsaspekte ausschließlich über das Sondernutzungsregime abgearbeitet werden können.

In zeitlicher Hinsicht können Sondernutzungserlaubnis und Auftrag bzw. Konzession gleichzeitig, d. h. in einem Vertrag (mit zwei verschiedenen Inhalten) erteilt werden. Denkbar ist auch, dass die Verwaltung über die erforderliche Sondernutzungserlaubnis bereits verfügt und dann erst einen privaten Wirtschaftsteilnehmer im Wege eines Vergabeverfahrens zwecks Durchführung der Veranstaltungstätigkeiten sucht.³⁸ Und ebenfalls denkbar ist die umgekehrte Situation, dass die Verwaltung zuerst das Vergabeverfahren durchgeführt und dann dem dort siegreichen Wirtschaftsteilnehmer die erforderliche Sondernutzungserlaubnis erteilt.

2 Sondernutzung im Verbund mit einem anderen Verteilungsregime bzw. gesetzlich modifiziertes Sondernutzungsregime

a) Sondernutzung und Regime der öffentlichen Einrichtung

Möchte die Verwaltung nicht mit einem privaten Veranstalter zwecks Durchführung der von ihr intendierten Sondernutzung auf der öffentlichen Straße zusammenarbeiten, sondern selbst als Veranstalter (namentlich des Marktes) auftreten, dann entsteht unmittelbar eine Rechtsbeziehung zwischen der Verwaltung und den Wirtschaftsteilnehmern, die im Rahmen der Sondernutzung tätig werden wollen, d. h. den Marktbesckern. In Fällen dieser Art betreibt die Verwaltung im Rahmen der ihr erteilten Sondernutzungserlaubnis eine öffentliche Einrichtung, weswegen die dabei entstehende Verteilungssituation nach den Grundsätzen für die Zulassung zu und die Benutzung von öffentlichen Einrichtungen (typischerweise auf der Grundlage der einschlägigen Vorschriften in den Gemeindeordnungen, möglicherweise auch nach den Maßstäben der §§ 69 und 70 GewO) zu bewältigen ist.³⁹ Wiederum ist jedenfalls zu trennen zwischen dem Sondernutzungsregime und jenem anderen, die Verteilungsfrage bewältigenden Regime.

b) Künftiges Sondernutzungsregime zur Förderung des Carsharing

Dem Vernehmen nach soll das gegenwärtig in den politischen Vorüberlegungen auf Bundesebene befindliche künftige Gesetz zur Bevorrechtigung des Carsharing neben verschiedenen straßenverkehrsrechtlichen Privilegierungen auch einen modifizierten Sondernutzungstatbestand enthalten. Dies betrifft aufgrund der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung unmittelbar nur die Bundesfernstraßen (und damit einen insofern vergleichsweise weniger interessanten Bereich, da die attraktiven Carsha-

³⁸ Zur Frage, ob die Sondernutzungserlaubnis dann übertragen werden darf, oder ob bei ihrer Erteilung von vornherein die spätere Einschaltung eines Privaten berücksichtigt werden muss, vgl. STAHLHUT, in: KODAL (o. Fn. 1), S. 839 f.; K. GRUPP, in: MARSCHALL (Hrsg.), FStRG, 6. Auflage 2011, § 8 Rn. 31.

³⁹ Das wird neuerdings teilweise bestritten und geltend gemacht, dass auch hier der Tatbestand der Dienstleistungskonzession erfüllt sei. Vgl. näher und mit Nachweisen BURGI, (o. Fn. 19), § 2 Rn. 26 und § 24 Rn. 5.

ring-Stellplätze auf den innerstädtischen Straßenräumen angesiedelt sein dürften). Es ist aber davon auszugehen, dass eine Regelung für die Bundesfernstraßen auch als Muster für entsprechende Gestaltungen in den Landesstraßengesetzen fungieren dürfte. Eine vergleichbare Forderung (gerichtet auf die Schaffung eines modifizierten Sondernutzungsregimes durch den Gesetzgeber) ist bereits zum Zwecke der Förderung des Aufbaus von Schnellladeinfrastrukturen auf Autobahnen erhoben worden.⁴⁰

In der Sache geht es hierbei um den Wettbewerb zwischen den verschiedenen Carsharing-Anbietern, deren Konzept die Nutzung stationärer Stellflächen vorsieht (sog. stationsbasiertes Carsharing). Die betreffenden Flächen sollen für einen bestimmten Zeitraum exklusiv einem bestimmten Unternehmen und dessen Kunden zur Verfügung gestellt werden (unter Ausschluss des Gemeingebrauchs), weswegen der Sondernutzungstatbestand eröffnet ist. Die Verwaltung hat ein umwelt- und verkehrspolitisches Interesse an der Errichtung solcher Flächen an möglichst attraktiven und geeigneten Standorten, ferner daran, gleichzeitig die Funktion der jeweiligen Straße und die Belange des öffentlichen Personennahverkehrs sowie die Anforderungen an die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs nicht beeinträchtigt zu wissen. Sie möchte aber nicht selbst zum Träger der entsprechenden Stationen werden, verfolgt also keinen Beschaffungszweck. Ohne eine spezifische gesetzliche Regelung (d. h. unter Anwendung der bisher dargestellten Grundsätze) würde mithin das GWB-Vergaberecht nicht eingreifen. Die sich hier besonders intensiv stellenden wettbewerblichen Aspekte könnten (wenn überhaupt) nur nach Maßgabe des Sondernutzungsregimes nach dem jeweils maßgeblichen Straßengesetz bewältigt werden (hierzu näher IV).

In dieser Situation ist es nachvollziehbar, dass sich der Gesetzgeber offenbar zur Schaffung eines modifizierten, nur für die Fälle des stationsbasierten Carsharings eingreifenden Sondernutzungsregimes entscheiden möchte. Demzufolge entstünde ein Sondertatbestand mit formellen und materiellen Anforderungen an die Auswahl der Carsharing-Anbieter für die zuvor von der Verwaltung bestimmten Flächen. Der Rechtsschutz unterlegener Bewerber würde im Wege der verwaltungsgerichtlichen Klage aus Anlass der durch Verwaltungsakt oder durch öffentlich-rechtlichen Vertrag erteilten Sondernutzungserlaubnis erfolgen. Der drittschützende Charakter der infrage stehenden (modifizier-

ten) Sondernutzungsregeln kann nicht infrage gestellt werden weil ganz im Sinne der sog. Schutznormtheorie nach ausdrücklicher Regelung die Flächen im Wege eines diskriminierungsfreien und transparenten Auswahlverfahrens zur Verfügung gestellt werden sollen.

IV Sondernutzung auf Initiative von Wirtschaftsteilnehmern

1 Anerkannte Entscheidungskriterien

Vorbehaltlich der hier nicht zur leistenden Berücksichtigung etwaiger Besonderheiten des Landesrechts liegt die auf Antrag eines Wirtschaftsteilnehmers zu treffende Entscheidung über die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis im Ermessen der jeweils zuständigen Straßenbaubehörde. Bereits ihre Bezeichnung indiziert, dass dieser Behörde keine allumfassende Kompetenz für sämtliche Rechtsgebiete und Belange zugewiesen sein kann; unumstritten ist insbesondere, dass etwa ordnungsrechtliche Gesichtspunkte oder bestimmte Vorbehalte gegen Inhalte, die etwa nach einem Informationsstand in der Fußgängerzone vermittelt werden sollen, nicht zum Entscheidungsprogramm der Sondernutzungserlaubnis gehören.⁴¹ Mithin kann die Straßenbaubehörde auch nicht zu einer Art Wettbewerbsbehörde mutieren.

Gemäß § 40 VwVfG ist zur Bestimmung des Entscheidungsprogramms von Ermessensvorschriften der Zweck der Ermächtigung maßgeblich. Dieser besteht im Zusammenhang des straßenwegerechtlichen Nutzungsregimes darin, den durch die Widmung eröffneten Gemeingebrauch zu ermöglichen, d. h. die Verkehrsfunktion der Straße möglichst störungsfrei zu gewährleisten. Darin angelegt ist die Notwendigkeit eines Ausgleichs jedenfalls zwischen verschiedenartigen Nutzungsinteressen, etwa denen der Verkehrsteilnehmer einerseits, der die Straße zu kommunikativen oder zu gewerblichen Zwecken nutzenden Akteure andererseits. Um all dies abarbeiten zu können, ist die öffentlich-rechtliche Sondernutzung als sog. präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet. Nach gefestigter Rechtsprechung sind demnach nur diejenigen

⁴⁰ Von HARTWICK/STERNIZCUK (o. Fn. 6), 1378.

⁴¹ Vgl. nur M. SAUTHOFF, in: MÜLLER/SCHULZ (Hrsg.), FStrG, 2. Auflage 2013, § 8 Rn. 11.

Aspekte Teil des Entscheidungsprogramms, die einen sachlichen Bezug zur Straße, ihrem Umfeld und zu ihrer Funktion haben.⁴²

So ist anerkannt, dass jedenfalls unmittelbar straßenbezogene Aspekte wie die Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs, die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs und der Schutz des Straßensubstrats (etwa gegenüber Verschmutzungen) legitime Ermessenserwägungen sind. Geht mithin beispielsweise von einer bestimmten Art der Wirtschaftsteilnahme eine Gefahr für die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs aus (z. B. bei der Notwendigkeit der Nutzung von Treppenstufen, um von einem Lokal zu dessen Außengastronomie zu gelangen), dann kann dies bei der Entscheidung über die Sondernutzungserlaubnis für jene Außengastronomie einbezogen werden.⁴³ Im weiteren Sinne noch einen sachlichen Bezug zur Straße weisen auch bauplanerische und stadtpflegerische Aspekte aus. Diese können beispielsweise bestehen in der Abwehr einer Art Übermöblierung⁴⁴ oder in der Bewahrung des historischen Stadtbildes gegenüber Imbissständen. Auch das Interesse an einer Belebung der innerstädtischen Fußgängerzone mag zugunsten von Caféstühlen und zulasten der Anbringung von Kaffeeautomaten sprechen,⁴⁵ und selbst die Verwirklichung einer lokalen Klimaschutzpolitik mittels der Zurückdrängung von mobilen Gasheizstrahlern (sog. Heizpilzen) im Außengastonomiebereich einer Gaststätte kann ein insoweit noch legitimer Ermessensbelang sein.⁴⁶

Die Orientierung an der in ständiger Rechtsprechung entwickelten Formulierung, dass lediglich solche Aspekte, die einen sachlichen Bezug zur Straße haben, Teil des Entscheidungsprogramms über die Sondernutzungserlaubnis sein können, führt dazu, dass wirtschaftliche Belange (wie in den Beispielen gezeigt) zwar hineinspielen können, unmittelbar aber jedenfalls nicht ohne weiteres erfasst sind. Dem ist weiter nachzugehen: Was ist, wenn mehrere gleichartige Nutzungsinteressen oder Nutzungsbegehren jeweils die unmittelbar straßenbezogenen und die bauplanerischen bzw. stadtpflegerischen Anforderungen erfüllen, nun aber um ein und dieselbe Fläche konkurrieren; dürfen dann Aspekte in der Person eines Interessenten oder des Inhalts seines Nutzungsvorhabens und/oder der Umstand, dass die Straße jedenfalls als Ergebnis der Realanalyse auch ein Wettbewerbsraum ist, eine Rolle spielen? Und was ist, wenn Streit darüber besteht, ob ein konkurrierender Nutzer jene straßenbezogenen Anforderungen überhaupt erfüllt?

2 Unsicherheiten

a) Ausgleichs- und Verteilungsfunktion

Der Begriff der Ausgleichs- und Verteilungsfunktion hat sich in Rechtsprechung und Literatur als eine Art Begriffsklammer für die nutzerbezogenen Elemente innerhalb des Entscheidungsprogramms der Sondernutzungserlaubnis eingebürgert.⁴⁷ Unstreitig bundesweit einheitlich sind davon die Nutzungsinteressen der Teilnehmer am Gemeingebrauch erfasst und Sondernutzungsinteressen dann, wenn sie ihrer Art nach verschiedenartig sind, wie etwa die Nutzungsinteressen von Kunstausübenden einerseits, Wirtschaftsteilnehmern andererseits. Während das Bundesverwaltungsgericht (im Hinblick auf § 8 FStrG)⁴⁸ und beispielsweise der VGH BW⁴⁹ (im Hinblick auf das StrG BW) die Ausgleichs- und Verteilungsfunktion der Sondernutzungserlaubnis auch im Falle des Zusammentreffens gleichartiger Nutzungsinteressen (im Falle des VGH BW zwischen dem Betreiber eines Eiscafés und den Betreiber einer benachbarten Gaststätte) aktivieren wollen (freilich jeweils unter m. E. zutreffender Betonung des Erfordernisses eines irgendwie gearteten sachlichen Bezugs zur Straße), spricht der BayVGH der entsprechenden Vorschrift in Art. 18 Abs. 1 S. 1 BayStrWG explizit den Charakter als Auswahlnorm in Fällen dieser Art ab.⁵⁰ Konkret im Hinblick auf die hier infrage stehenden wirtschaftlichen Nutzungsinteressen vergrößert sich die Rechtsunsicherheit dadurch, dass das insoweit einschlägige Grundrecht der Berufsfreiheit Art. 12 Abs. 1 GG im Straßenwegerecht bislang nicht das Maß an Anerkennung gefunden hat, bei dem beispielsweise in Fällen der Betroffenheit der Meinungs-, Kunst- oder Pressefreiheit sogar eine

⁴² Vgl. statt Vieler BayVGH, BayVBl. 2004, 336; OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2012, 272, sowie aus dem Schrifttum SAUTHOFF, in: MÜLLER/SCHULZ (o. Fn. 41), § 8 Rn. 8 ff.

⁴³ Vgl. VGH BW, NVwZ-RR 2014, 539.

⁴⁴ Vgl. insoweit OVG NRW, NVwZ-RR 2015, 80.

⁴⁵ Vgl. VG Berlin, U. v. 8.8.2011, 1 K 186.10, Rn. 31 (juris).

⁴⁶ Vgl. hierzu OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2012, 217.

⁴⁷ Grundlegend BVerwG, NJW 1981, 472; OVG NRW, NVwZ-RR 2015, 830; GRUPP, in: MARSCHALL (o. Fn. 38), § 8 Rn. 8.

⁴⁸ BVerwG, NJW 1981, 472.

⁴⁹ NVwZ-RR 2014, 539.

⁵⁰ BayVGH, BayVBl. 2010, 306; explizit auch E. ALLESCH, BayVBl. 2016, 217 (220).

Ermessensreduzierung auf Null für möglich bzw. notwendig gehalten wird.⁵¹ Das allein aus dem Eingreifen des Berufsfreiheitsgrundrechts jedenfalls folgende Erfordernis, eine strukturierte Abwägung der Interessen nach Maßgabe der gesetzlichen Vorgaben vorzunehmen, erscheint bislang jedenfalls nicht erfüllt. Daran vermag auch der zweite, überdies eher vereinzelt und ohne allgemeine Anerkennung verwendete Begriff der Wettbewerbsneutralität nichts zu ändern:

b) Gegenwärtiges Verständnis von Wettbewerbsneutralität

Aus der Wettbewerbsneutralität des Straßenrechts wird zunächst – gleichsam negativ – gefolgert, dass bei der Entscheidung über eine Sondernutzungserlaubnis zugunsten von Wirtschaftsteilnehmern weder personenbezogene Aspekte wie bekannt und bewährt, leistungsfähig oder gemeinnützig,⁵² noch auf den Inhalt und die Qualität der intendierten Dienstleistung zielende Aspekte berücksichtigt werden dürfen, wie etwa die Zusammensetzung des Speisenangebots, das Ausgelastetsein einer Außen- oder Innen- oder die Vereinbarkeit mit einem innerstädtischen Commitment.⁵³ Befände man sich im Vergaberecht, würde es sich hierbei um Eignungs- bzw. um Zuschlagskriterien handeln. In der Tat finden sie keinen Niederschlag im straßenrechtlichen Verteilungsregime, weil ihnen ein irgendwie gearteter sachlicher Bezug zur Straße (vgl. bereits oben) fehlt; ihre Verwendung setzt eine im hier erörterten Zusammenhang gerade fehlende Beschaffungssituation voraus. Insoweit ist das gegenwärtige Verständnis von Wettbewerbsneutralität zutreffend.

Bedauerlicherweise wird diesem Begriff dann zumeist aber kein darüber hinausgehender, gleichsam positiver Inhalt entnommen. Vielmehr durchzieht namentlich die obergerichtlichen Entscheidungen⁵⁴ ein Grundduktus der Missachtung bzw. Unterschätzung der Wettbewerbsrelevanz des Straßenraumes. Dazu passt die kategorische bzw. pauschale Verneinung des Drittschutzes, sowohl durch das BayVG⁵⁵ als auch des OVG NRW.⁵⁶ M. E. wird hierbei das straßenrechtliche Entscheidungsprogramm, das durch das ja zutreffende Erfordernis eines irgendwie gearteten sachlichen Bezugs zur Straße gekennzeichnet ist (vgl. bereits oben), entgegen dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften nicht vollständig ausgeschöpft. Wie der VGH BW zutreffend feststellt, kann Wettbewerbsneutralität – gleichsam positiv – durchaus auch umfassen, dass ein Bezug zu Bestand und Nutzung

der Straße bestehen müsse.⁵⁷ Dies lässt de lege lata interpretatorischen Spielraum für die Einbeziehung der Funktion der Straße als ein den Wettbewerbsraum einschließendes Mehrzweckinstitut. Wie sogleich zu zeigen sein wird, besteht von Verfassungsrechts wegen die Notwendigkeit, diesen interpretatorischen Spielraum im Sinne einer wettbewerbsbewussteren Sichtweise zu nutzen, mit einem durch die eingangs (I 1) geleistete Realanalyse geschärften Blick und jenseits etwaiger Besonderheiten des einzelnen Landesrechts.

3 Notwendigkeit einer wettbewerbsbewussteren Sichtweise

Der Blick auf die Ebene des höherrangigen Rechts fällt zunächst auf das Europarecht. Dort ist durch die Rechtsprechung des EuGH eine Art Mindeststandard zur Herstellung der Verteilungsgerechtigkeit auch jenseits des Eingreifens sekundärrechtlicher Vorgaben (also außerhalb des Anwendungsbereichs der neuen Konzessionsrichtlinie 2014/23EU; dazu III 1 b)⁵⁸ abgeleitet worden. Zu diesem

⁵¹ Die Einzelheiten jener Judikatur sind nachgezeichnet bei U. STAHLHUT, in: KODAL (o. Fn. 1), Kap. 27 Rn. 58; M. SCHRÖDER, Genehmigungsverwaltungsrecht, 2015, 296 ff.

⁵² Aus der Rechtsprechung: VGH BW, NVwZ-RR 2001, 159 (161); VG Gießen, NVwZ-RR 2001, 436; gleichsinnig SAUTHOFF, Öffentliche Straßen, (o. Fn. 8), Rn. 370.

⁵³ Zu Letzterem VGH BW, in NVwZ 2010, 164 (165). Hierbei handelt es sich um ein von verschiedenen Akteuren verabschiedetes inhaltliches Konzept zur Belebung und Attraktivitätssteigerung der Innenstadt, das der Gemeinderat als Konzept beschlossen hatte.

⁵⁴ Als Beispiele eines größeren Bewusstseins für die wettbewerblichen Aspekte auf der Ebene der instanzgerichtlichen Rechtsprechung vgl. etwa VG Gießen, NVwZ-RR 2001, 436 (438); VG Neustadt, GewArch 2016, 81.

⁵⁵ BayVBl. 2010, 306 (befürwortend WIGET, in: ZEITLER (o. Fn. 5), Art. 18 Rn. 17, unter so nicht berechtigter Berufung auf BVerfG, NVwZ 2007, 1306.

⁵⁶ NVwZ-RR 2015, 830, als angebliche Frage des Landesrechts offenlassend: BVerfG NVwZ-RR 1995, 125.

⁵⁷ VGH BW, NVwZ-RR 2014, 539.

⁵⁸ Und auch außerhalb von Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie 2006/123/EG vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. L 376, 36), der die Mitgliedstaaten zur Durchführung eines neutralen und transparenten Verfahrens zur Auswahl der Bewerber verpflichtet, insbesondere zur angemessenen Bekanntmachung der Eröffnung des Verfahrens, allerdings nur im Hinblick auf Genehmigungen, deren Zahl aufgrund der Knappheit der natürlichen Ressourcen oder der verfügbaren technischen Kapazitäten begrenzt sind; diese Voraussetzungen liegen m. E. im Hinblick auf Sondernutzungserlaubnisse nicht vor.

Mindeststandard gehören ein Diskriminierungsverbot, ein Transparenzfordernis, die Notwendigkeit einer verhältnismäßigen Definition der Verteilungskriterien und die Nachprüfbarkeit der getroffenen Entscheidungen.⁵⁹ Voraussetzung hierfür ist allerdings das Vorliegen eines „eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses“, das im Hinblick auf die oftmals eher kleinteiligen Nutzungsbegehren zur Wirtschaftsteilnahme auf öffentlichen Straßen vielfach nicht erfüllt sein dürfte. Da sich im Hinblick auf die Verteilung von Sondernutzungserlaubnissen allerdings vergleichbare Anforderungen bereits dem Grundgesetz entnehmen lassen (wie sogleich begründet wird) kommt es auf das Vorliegen eines solchen Interesses im konkreten Einzelfall m. E. nicht an.

Das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG bildet zweifelsohne die Grundlage der wirtschaftlichen Betätigungen auf der öffentlichen Straße. Allerdings ist es nicht in seiner sonst im Vordergrund stehenden Funktion als Eingriffsabwehrrecht betroffen. Denn den hier an wirtschaftlicher Betätigung Interessierten außerhalb des Gemeingebrauchs wird nicht etwas weggenommen, sondern etwas verweigert, nämlich die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis. Das Grundrecht ist daher als sog. Teilhaberecht (derivatives Leistungsrecht) betroffen. Insoweit ergibt sich aus Art. 12 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG möglicherweise ein Recht darauf, dass innerhalb eines bestehenden Bestandes eine gerechte Verteilung erfolgt. Es geht also nicht darum, dass überhaupt der öffentliche Straßenraum für die wirtschaftliche Betätigung zur Verfügung gestellt wird und auch nicht darum, dass man definitiv eine Sondernutzungserlaubnis erhält. Vielmehr wäre das Teilhaberecht darauf gerichtet, im Rahmen der stattfindenden Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen eine Chance auf deren Erteilung zu bekommen.⁶⁰

Für die Annahme eines grundrechtlich fundierten Teilhabeanspruchs müssten zwei Voraussetzungen erfüllt sein:

- (1) Ein Angewiesensein auf einen vom Staat bewirtschafteten knappen Bestand für die Ausübung des Grundrechts; diese Voraussetzung ist typischerweise erfüllt, wenn der betreffende Bestand (hier: die öffentliche Straße) gleichsam beim Staat monopolisiert ist.⁶¹
- (2) Zwischen den verschiedenen Nutzungsinteressen muss ein Konkurrenzverhältnis mit Blick

auf eben jenen Bestand bestehen, wodurch die für das Teilhaberecht kennzeichnende Gleichheitsdimension eröffnet ist.⁶²

Ausgehend von der oben vorangestellten Realanalyse befinden sich die um eine Sondernutzungserlaubnis ersuchenden Wirtschaftsteilnehmer in der gleichen Ausgangslage wie etwa die Bewerber um einen Standplatz auf einem kommunalen Markt⁶³ oder die Bewerber um eine Beamtenstelle⁶⁴: Sie befinden sich in einem Konkurrenzverhältnis und sind für die Ausübung der Berufsfreiheit auf die Zulassung zu dem knappen Gut öffentliche Straße, welches zuvor durch den Staat zugleich bereitgestellt und monopolisiert worden ist, angewiesen. Mithin handelt es sich um mehr als um eine faktische Konkurrenzsituation.⁶⁵ Nachdem die Straße durch die vorherige, im weiten Ermessen liegende Entscheidung der zuständigen Behörde, dort überhaupt wirtschaftliche Sondernutzungen zuzulassen, zu einem Wettbewerbsraum geworden ist, ist jener knappe Bestand zu einem Objekt der staatlichen Bewirtschaftung wirtschaftlicher Chancen geworden, und daher muss die berufsfreiheitsrechtlich motivierte Teilhabe an diesem Bestand gerecht, und dies bedeutet wiederum, im Bewusstsein des Cha-

⁵⁹ Vgl. statt Vieler EuGH, EuZW 2014, 69, Rn. 38 – Belgacom; EuGH, EuZW 2016, 657 – Promoiimpresa, Rn. 62 ff.

⁶⁰ Allgemein zu diesen Grundsätzen sub specie von Verteilungsentscheidungen M. BURGI, Die künftige Bedeutung der Freiheitsgrundrechte für staatliche Verteilungsentscheidungen, WiVerw 2007, 172 (176 ff.); WOLLENSCHLÄGER, (o. Fn. 14), S. 67 ff. jeweils m. w. N. Das BVerfG hat in einer Reihe von Entscheidungen die Anwendung dieser Grundsätze auf Verteilungssituationen bei der Veräußerung von Grundstücken, der Zulassung zu Märkten, im Personenbeförderungsrecht und in anderen Rechtsgebieten angewendet. Überblick bei BURGI, Vergaberecht (o. Fn. 19), § 2 Rn. 25 ff.

⁶¹ Insofern im Gleichklang mit WOLLENSCHLÄGER (o. Fn. 14), S. 76, der allerdings in Fn. 215, zu Unrecht dem Verf. unterstellt, dass er die bloße Dienlichkeit der staatlichen Leistung für die Freiheitsausübung für ausreichend halten möchte.

⁶² Diese Voraussetzung liegt daher nicht im Verhältnis zwischen Wirtschaftsteilnehmern und anderen Grundrechtsträgern (etwa den Kunstschaffenden) auf der öffentlichen Straße vor, weswegen in diesem Verhältnis keine verfassungsrechtlich begründete Notwendigkeit zur Anwendung der nachfolgend (4) aufgezeigten Konsequenzen besteht.

⁶³ Vgl. dazu BVerfG, NJW 2002, S. 369 (und III 2 a).

⁶⁴ Wobei Art. 33 Abs. 2 GG dort Art. 3 Abs. 1 GG verdrängen würde.

⁶⁵ So aber BayVG, BayVBl. 2010, S. 306 (2.3).

racters der Straße als Wettbewerbsraum, verteilt werden.⁶⁶

4 Konsequenzen

Der grundrechtliche Hintergrund der Verteilung von Sondernutzungserlaubnissen für wirtschaftliche Betätigungen auf der Straße erfordert keine Erweiterung des bisher anerkannten Entscheidungsprogramms bei Sondernutzungserlaubnissen; weiterhin sind ausschließlich straßenbezogenen Aspekte (bezogen auf den Bestand wie auf die Nutzung der Straße) relevant, nicht hingegen personen- oder dienstleistungsbezogene Aspekte. Der bereits de lege lata bestehende interpretatorische Spielraum im Hinblick auf das Erfordernis eines irgendwie gearteten straßenrechtlichen Bezugs muss aber von Grundrechts wegen dahingehend ausgeschöpft werden, dass eine gleichmäßige Beachtung der sich daraus ergebenden Entscheidungskriterien erfolgt und, noch wichtiger, ein Konzept⁶⁷ für den Umgang mit den Verteilungsfragen, die sich aus dem Charakter der Straße als Wettbewerbsraum ergeben, zugrunde gelegt wird. Die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen erfolgt daher weiterhin wettbewerbsneutral, sie muss aber konsequenter und prononcierter als bisher auch wettbewerbsbewusst erfolgen, und zwar sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht.

a) Wettbewerbsbewusste Verteilung in zeitlicher Hinsicht

In zeitlicher Hinsicht ist das Verteilungskonzept in dem Falle, dass mehrere Anträge in zeitlicher Staffelung bei der zuständigen Behörde eingehen, das der Priorität; gehen mehrere Anträge gleichzeitig ein, das der Rotation.⁶⁸ In beiden Situationen muss mit der erstmaligen Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis die Nutzung der beiden Nebenbestimmungen Befristung bzw. Widerrufsvorbehalt (vgl. § 36 Abs. 2 Nr. 1 bzw. Nr. 3 VwVfG) einhergehen. § 8 Abs. 2 S. 1 FStrG und die meisten Landesstraßengesetze verpflichten die zuständige Behörde seit jeher dazu, die Sondernutzungserlaubnis nur auf Zeit oder Widerruf zu erteilen. Dabei ist die Befristung gegenüber dem Widerrufsvorbehalt das „zuverlässigere“ und für die Betroffenen vorhersehbarere Instrument, da die Realisierung eines Widerrufsvorbehalts nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen stets noch die Geltendmachung sachlicher Gründe in der konkreten Situation erfordert.⁶⁹ Wird eine Sondernutzungserlaubnis ohne

Befristung und Widerrufsvorbehalt erteilt, ist sie rechtswidrig, und es kommt eine Rücknahme nach den Grundsätzen des § 48 VwVfG in Betracht. Das Verwaltungsverfahrenrecht ist mithin für die erforderliche Bewältigung der teilhabebegründlichen Vorgaben gut gerüstet. Dies gilt nicht nur für den Fall der Erteilung der Sondernutzungserlaubnis durch Verwaltungsakt, sondern auch dann, wenn ein öffentlich-rechtlicher Vertrag abgeschlossen wird. An die Stelle von Befristung und Widerrufsvorbehalt treten dann eine Bestimmung über die Vertragsdauer bzw. die Verankerung eines Kündigungsrechts.⁷⁰

b) Wettbewerbsbewusste Verteilung in sachlicher Hinsicht

Insoweit kann das geforderte Konzept für den Umgang mit konkurrierenden Sondernutzungserlaubnisanträgen in der losweisen Verteilung und/oder einer Kontingentierung der jeweiligen Nutzungsansprüche bestehen.⁷¹ Ausschließlichkeitsverträge, mit denen einem einzelnen Wirtschaftsteilnehmer für einen längeren Zeitraum exklusiv die Nutzung eines oder gar sämtlicher infrage kommender Standorte im Gemeindegebiet erlaubt wird, sind danach nur noch denkbar im Zusammenhang mit dem Wechsel auf ein Beschaffungsmodell, weil dann die zu III 1 und 2 dargestellten Grundsätze, d. h. die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Grundsätzen des GWB, die erforderliche

⁶⁶ Die staatliche Verwaltung greift hier mithin von außen auf das Wettbewerbsverhältnis zu und verhält sich nicht etwa wettbewerbsintern, wie im Falle der Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte oder der Verlautbarung von Warnungen innerhalb eines bestehenden Wettbewerbsgeschehens (zu diesen beiden Konstellationen vgl. nur M. BURGI (o. Fn. 19), S. 180 f.).

⁶⁷ Dieses betrifft neben dem Umgang mit Anträgen in zeitlicher und sachlicher Hinsicht auch die Wahl der Handlungsform (Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlicher Vertrag); ausführlich zur Konzeptpflicht bei Verteilungsverfahren WOLLEN-SCHLÄGER (o. Fn. 14), S. 538 ff.; und aktuell HARTWICK/STERNIZCUK (o. Fn. 6), 1377 f.

⁶⁸ So etwa bereits jetzt VG Berlin, U.v. 8.8.2011, 1 K 186.10, Nr. 24 (juris); SAUTHOFF, in MÜLLER/SCHULZ (o. Fn. 41), FStrG, § 8 Rn. 13. Explizit skeptisch mit Blick auf ein Rotationssystem BayVG, BayVBl. 2010, 306.

⁶⁹ Vgl. im straßenrechtlichen Kontext nur WIGET, in: ZEITLER (o. Fn. 5), Art. 18 Rn. 19.

⁷⁰ Ebenso GRUPP, in: MARSCHALL (o. Fn. 38), FStrG, § 8 Rn. 24.

⁷¹ So im Falle des VG Gießen, NVwZ-RR 2001, 436; ähnlich VG Braunschweig, GewArch 2014, 464.

Verteilungsgerechtigkeit herstellt. In Fällen dieser Art muss die Verwaltung bereits vorab die infrage kommenden Standorte, die Formulierung etwaiger gestalterischer und konzeptioneller Anforderungen an die Straßennutzungen sowie den etwaigen Zusatznutzen für sich selbst betrachtet und in die vergaberechtliche Leistungsbeschreibung aufgenommen haben.

c) Drittschutz

Da die Nutzungsinteressen der konkurrierenden Wettbewerber nach dem Vorstehenden Teil des Entscheidungsprogramms sind bzw. sein sollen, kommt diesem nach den allgemeinen Grundsätzen der sog. Schutznormtheorie auch ein individual- bzw. drittschützender Charakter zu. Für entsprechende Klagen vor dem Verwaltungsgericht ist mithin grundsätzlich die Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO anzuerkennen. Dabei sind die folgenden Konstellationen zu unterscheiden:

Zunächst besitzt jeder Wirtschaftsteilnehmer einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seinen eigenen Antrag. Stehen diesem keine irgendwie straßenbezogenen Aspekte entgegen, wäre dem Antrag stattzugeben, es sei denn, der intendierte Standort ist gleichzeitig Gegenstand des Antrags eines Konkurrenten. In diesem Fall muss entweder eine von vornherein konzeptionell angelegte Rotation erfolgen, oder es muss das Los entscheiden.

Wenn ein Konkurrent bereits eine Sondernutzungserlaubnis für den betroffenen Standort erhalten hat, hängt der weitere Ablauf davon ab, ob diese rechtmäßig oder rechtswidrig ist, wobei die nachfolgenden Ausführungen sich auf den vorherrschenden Fall einer Erteilung der Sondernutzungserlaubnis durch Verwaltungsakt konzentrieren.⁷² Nimmt man zunächst an, dass die dem Erstbewerber erteilte Sondernutzungserlaubnis rechtmäßig bzw. zwischenzeitlich bestandskräftig geworden ist (weil dieser sämtliche straßenbezogenen Kriterien erfüllt hat und seine Erlaubnis mit einer angemessenen Befristung oder einem Widerrufsvorbehalt versehen worden bzw. binnen eines Monats nicht angefochten worden ist). Auch dann hat der nun hinzukommende Wirtschaftsteilnehmer einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seinen eigenen Sondernutzungserlaubnis Antrag, weswegen er nicht mit dem bloßen Hinweis abgelehnt werden darf, dass der Standort vergeben sei. Vielmehr ist die zuständige Behörde in Fällen dieser Art

verpflichtet, den betreffenden Standort entweder nach Ablauf der Befristung neu zu vergeben oder von dem Widerrufsvorbehalt Gebrauch zu machen. Zur prozessualen Durchsetzung steht dem hinzukommenden Wirtschaftsteilnehmer die Verpflichtungsklage (gerichtet auf ein Bescheidungs Urteil) zur Verfügung,⁷³ erforderlichenfalls flankiert durch einen auf den Widerruf gerichteten Verpflichtungsantrag.

Ist die dem Ersterwerber erteilte Sondernutzungserlaubnis noch nicht bestandskräftig und hält der hinzukommende Wirtschaftsteilnehmer sie für rechtswidrig, so folgt aus der beschriebenen grundrechtlichen Fundierung seines Ermessensanspruchs ein Recht darauf, dass die straßenbezogenen Kriterien bei der Entscheidung über die Sondernutzungserlaubnis zugunsten des Erstbewerbers rechtmäßig angewendet worden sind.⁷⁴ Das straßenwegerechtliche Entscheidungsprogramm ist im Wettbewerbsraum Straße zugunsten der konkurrierenden Wirtschaftsteilnehmer versubjektiviert. Die prozessuale Durchsetzung folgt den allgemeinen Grundsätzen betreffend das Verhältnis von Verpflichtungsklage⁷⁵ und ggf. zusätzlich zu erhebender Anfechtungsklage für Konkurrentenstreitigkeiten dieser Art.

V Fazit

Die Straße muss im Rahmen ihres seit langem anerkannten Charakters als sog. Mehrzweckinstitut auch als ein Wettbewerbsraum begriffen werden. Dies schärft den Blick für die Analyse der einfachrechtlichen Rahmenbedingungen und für die Bedeutung des Berufsfreiheitsgrundrechts als Teil-

⁷² Bei Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages würden entsprechende Klagebegehren auf die Vornahme einer Kündigung bzw. auf die Feststellung des Bestehens eines eigenen Nutzungsrechts zielen.

⁷³ Ebenso SAUTHOFF, Öffentliche Straßen (o. Fn. 8), Rn. 429. Deziert ablehnend BayVGH, BayVBl. 2010, 306 = juris, Rn. 38, und OVG NRW, NVwZ-RR 2015, 830 = juris, Rn. 48.

⁷⁴ So auch aus der erstinstanzlichen Rechtsprechung VG Berlin, U. v. 8.8.2011, 1 K 186.10 (juris); VG Hannover, U. v. 9.8.2011, 7 A 5683/10 (juris); SAUTHOFF, Öffentliche Straßen (o. Fn. 8), Rn. 429.

⁷⁵ Zu diesen Grundsätzen vgl. hier nur E. BOSCH/J. SCHMIDT/R. VONDUNG, Praktische Einführung in das verwaltungsgerichtliche Verfahren, 9. Auflage 2012, Rn. 506 ff.; R. WAHL/P. SCHÜTZ, in: SCHOCH/SCHNEIDER/BIER (Hrsg.), VwGO, 30. EL., Februar 2016, Rn. 303 f.

haberecht, u. U. auch für die europarechtlichen Vorgaben. Rechtliche Konsequenz ist die Notwendigkeit der Herstellung von Verteilungsgerechtigkeit. In welchem Regime und mit welcher Intensität dies zu geschehen hat, hängt davon ab, ob die jeweils intendierte wirtschaftliche Betätigung auf Initiative des Wirtschaftsteilnehmers oder auf Initiative der Verwaltung erfolgt. Die Regelungen des GWB-Vergaberechts greifen nur ein, wenn die infrage stehende Art der Durchführung einer straßenrechtlichen Sondernutzung von der Verwaltung beschafft wird.

Wissenschaftlicher Mitarbeiter Lukas Knappe,
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Auswirkungen der Wasserrahmenrichtlinie auf das Straßenrecht: Die Anforderungen des europäischen Wasserrechts als Hürde für den Straßenbau

I Problemaufriss

Mit der am 22.12.2000 in Kraft getretenen Wasserrahmenrichtlinie (WRRL)¹ hat die Europäische Union einen gemeinsamen Ordnungsrahmen für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik etabliert und einen Paradigmenwechsel gegenüber der bisherigen Regelungsstrategie vollzogen.² Die WRRL zielt auf die Erhaltung sowie Verbesserung der aquat. Umwelt ab und hat damit eine grundlegende Ökologisierung des Wasserrechts bewirkt.³ Trotz dessen, dass die Ziele der Richtlinie bereits erreicht sein sollten, musste die Bundesregierung Ende letzten Jahres jedoch erhebliche Defizite bei ihrer Umsetzung einräumen: Gegenwärtig werden die Ziele noch von 82 % der Oberflächengewässerkörper sowie 36 % Grundwasserkörper in Deutschland verfehlt.⁴

Besondere Belastungen für die Gewässer gehen unter anderem von den bau-, anlage- sowie betriebsbedingte Auswirkungen von Straßen aus. Diese sind insoweit folglich Störungsfaktor und Gefahrenmoment⁵ für Gewässer. Dies soll im Folgenden verdeutlicht werden

Zum einen ist die Einleitung von Straßenabflüssen eine der Ursachen für den unzureichenden Gewässerzustand. Auf Straßen anfallendes Niederschlagswasser enthält nämlich vielfach auf der Straße angesammelte Stoffe, wie Metalle, polyaromatische Kohlenstoffe, Benzothiazole sowie Pestizide.⁶ Diese lassen sich vor allem auf den Verkehr (Reifen- und Bremsabrieb, Verlust von Öl, Bremsflüssigkeit oder Kraftstoffen), Baumaterialien, Unterhaltungsmaßnahmen (Reinigungsmittel, Pestizide oder Straßensalze), bei Unfällen freigesetzte wassergefährdende Stoffe oder auf sonstige Verunreinigungen (wie tote Tiere, Müll oder Exkrememente) zurückführen.⁷ Straßenabflüsse können daher abhängig vom jeweiligen Schadstoff sowie der

Konzentration gravierende Auswirkungen auf die Gewässergüte, das Abflussregime, die Morphologie sowie die Biozönose haben.⁸ Dementsprechend identifiziert sie auch der aktuelle Bewirtschaftungsplan des Landes Nordrhein-Westfalen als einen der Schwerpunkte für die Gewässerbelastung.⁹

Zum anderen gehen auch von der mit dem Straßenbau verbundenen Bodenversiegelung Belastungen für den Gewässerhaushalt aus¹⁰. Diese führt nämlich dazu, dass Böden ihre natürliche Versickerungs- und Speicherkapazität verlieren¹¹ und die Überschwemmungsgefahr steigt.¹²

¹ Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik.

² Zur WRRL insbes. K. BERENDES, Die neue Wasserrechtsordnung, ZfW 2002, 197 ff.; R. BREUER, Europäisierung des Wasserrechts NuR 2000, 541 ff.; K. FASSBENDER, Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an die normative Umsetzung der neuen EG-Wasserrahmenrichtlinie, NVwZ 2001, 241 ff.; J. HENTSCHEL, Die europäische Wasserrahmenrichtlinie, 2005, 1 ff.

³ J. ALBRECHT, Die ökologische Neuausrichtung des Wasserrechts durch die WRRL, EurUP 2015, 96 ff.; W. DURNER, Zehn Jahre Wasserrahmenrichtlinie in Deutschland, NuR 2010, 452 (457 f.); K. GÄRDITZ, Ökologischer Gewässerschutz zwischen Wasserrecht und Naturschutzrecht, NuR 2013, 605 (605 f.).

⁴ BT-Drs. 18/7179, S. 2.

⁵ H. ZEITLER, Straßenbau und Wasserrecht, RdW 18 (1973), 59 (60 f.).

⁶ B. STACHEL/E. TEGGE/K. T. JANTZEN, Schadstoffe in Hamburger Autobahnabwässern und ihre Einschätzung unter Berücksichtigung der EG-WRRL, Straße + Autobahn 2007, 326 (329 ff.).

⁷ Vgl. auch M. CZYCHOWSKI, Die Einleitung von Straßenoberflächenwasser in ein Gewässer, ZfW 1972, 286 (290 f.); G. LANGE, Behandlung des Oberflächenwassers außerörtlicher Straßen, Straße + Autobahn, 2009, 72 (72 f.).

⁸ M. UHL, ESOG – Einleitung des von Straßen abfließenden Oberflächenwassers, 2006, 1.

⁹ Bewirtschaftungsplan Nordrhein-Westfalen 2016-2021, 2-9 f.

¹⁰ So bereits SRU, Sondergutachten Umwelt und Straßenverkehr, 2005, 52, 226.

¹¹ S. HENNINGER, Stadtökologie, 2011, 137 ff.; G. WES-SOLEK/T. NEHLS/B. KLUGE, Schutz vor Versiegelung, in: BLUME/HORN/THIELE-BRUHN (Hrsg.): Hdb. des Bodenschutzes, 2011, 159 ff.

¹² Vgl. dazu M. DISSE, Hydrolog. Grundlagen, in: PATT/JÜPNER (Hrsg.): Hochwasser-Handbuch., 2. Aufl. 2013, 18; M. HERZHOFF, Hochwasser und Versickerung – Entwicklung, Ursachen und Impulse, Wasserwirtschaft 1998, 118 (118).

Schließlich sind mit dem Straßenbau auch vielfach Veränderungen der Gewässer verbunden, die sich belastend auf den Wasserhaushalt auswirken können.

Angesichts dieses Spannungsverhältnisses zwischen Wasser und Straße stellt sich die Frage, welche Auswirkungen sich aus der WRRL für den Straßenbau ergeben. Aufgrund des gegenwärtigen Sanierungsbedarfs der Straßeninfrastruktur ist die praktische Bedeutung dieser Frage hoch. Dies spiegelt sich auch in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung wieder: So musste sich jüngst das BVerwG im Zusammenhang mit dem Planfeststellungsbeschluss zur geplanten A-20-Elbquerung unter anderem mit den Vorgaben der WRRL auseinandersetzen.¹³ Das Gericht kam dabei zu dem Ergebnis, dass der Planfeststellungsbeschluss im Hinblick auf den Gewässerschutz dahingehend einen Fehler aufweise, dass im Rahmen des nachträglich erstellten wasserrechtlichen Fachbeitrags eine erneute Öffentlichkeitsbeteiligung unterlassen worden sei. Die Bedeutung der WRRL für den Straßenbau verdeutlicht ebenso eine Entscheidung des OVG Lüneburg aus dem vergangenen Jahr.¹⁴ Dieses hatte die Pläne für die sog. Südumgehung Hameln unter anderem deswegen gekippt, weil diese nicht den Anforderungen des Verschlechterungsverbots entsprachen.

Der Beitrag soll daher zunächst einen holzschnittartigen Überblick über die WRRL liefern (II) und sich davon ausgehend mit der Gewässerbenutzung sowie dem Gewässerausbau im Rahmen von Straßenbau und Straßenunterhaltung auseinandersetzen (III). Im Anschluss werden sodann die auf die WRRL zurückgehenden Bewirtschaftungsvorgaben und ihre Bedeutung für Straßenbauvorhaben untersucht (IV). Schließlich wird zuletzt das wasserwirtschaftlichen Planungsinstrumentarium im Zusammenhang mit dem Straßenbau erschlossen (V).

II Das Grundkonzept der WRRL

Im Mittelpunkt der WRRL steht eine flussgebietsbezogene integrierte Bewirtschaftung der Gewässer, für die ehrgeizige Ziele festgelegt werden: Die Oberflächengewässer, die Küstengewässer sowie das Grundwasser sind durch die Mitgliedstaaten im Kern so zu bewirtschaften, dass sie sich bereits Ende des vergangenen Jahres in einem guten Zustand befinden sollten (sog. Verbesserungsgebot). Für die Oberflächengewässer strebt die

WRRL dabei einen guten chemischen sowie ökologischen Zustand an,¹⁵ während für Grundwasserkörper ein guter chemischer sowie ein guter mengenmäßiger Zustand erreicht werden soll.¹⁶ Werden Oberflächengewässer hingegen als künstliches oder erheblich verändertes Gewässer eingestuft, ist anstelle des guten ökologischen Zustandes ein gutes ökologisches Potenzial zu erreichen.¹⁷ Für den Fall, dass die Ziele nicht rechtzeitig verwirklicht werden konnten, sieht die Richtlinie zwei Verlängerungsmöglichkeiten um jeweils sechs Jahre vor, so dass der gute Zustand spätestens im Jahr 2027 vorliegen soll. Daneben ist im Sinne eines Verschlechterungsverbots auch eine weitere Verschlechterung der Gewässer zu verhindern.¹⁸

Zur Erfüllung dieser Ziele verpflichtet die WRRL die Mitgliedstaaten, Bewirtschaftungspläne sowie Maßnahmenprogramme aufzustellen. Nach der Vorstellung des europäischen Gesetzgebers sollen die Ziele der Richtlinie gerade mittels Planung erreicht werden. Die nach Art. 13 WRRL aufzustellenden Bewirtschaftungspläne enthalten dabei neben Informationen über den Gewässerzustand insbesondere die konkretisierten Bewirtschaftungsziele für die jeweilige Flussgebietseinheit. In den Maßnahmenprogrammen (Art. 11 WRRL) werden dagegen die zur Zielerreichung erforderlichen Maßnahmen festgelegt. Die Pläne treten damit zwischen die Zielvorgaben und Einzelmaßnahmen und übernehmen insoweit die Funktion einer koordinierenden Zwischenebene.¹⁹ Die WRRL kennzeichnet sich mithin durch einen finalen Ansatz, der maßgeblich auf planungsrechtliche bzw. verfahrensrechtliche Instrumente setzt.²⁰

¹³ BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 – 9 A 10.15, Rn. 28 ff.

¹⁴ OVG Lüneburg, Urt. v. 14.08.2015 – 7 KS 121/12.

¹⁵ Art. 4 Abs. 1a) ii) WRRL.

¹⁶ Art. 4 Abs. 1b) ii) WRRL.

¹⁷ Art. 4 Abs. 1a) iii) WRRL.

¹⁸ Art. 4 Abs. 1a) i) WRRL sowie Art. 4 Abs. 1b) i) WRRL.

¹⁹ W. DURNER, Die Durchsetzbarkeit des wasserrechtlichen Maßnahmenprogramms NuR 2009, 77 (78); F.

²⁰ I. APPEL, Das Gewässerschutzrecht auf dem Weg zu einem qualitätsorientierten Bewirtschaftungsregime, ZUR 2001, 129 ff.; R. BREUER, Praxisprobleme des dt. Wasserrechts nach der Umsetzung der WRRL, NuR 2007, 503 (505 f.); W. DURNER, in: LANDMANN/ROHMER (Begr.), Umweltrecht, Vorbem. zu §§ 27-31 WHG (2015), Rn. 3.

III Gewässerausbau und Gewässerbenutzung im Rahmen des Straßenbaus und der Straßenunterhaltung

Im Zusammenhang mit dem Bau, Betrieb sowie der Unterhaltung von Straßen kommen zahlreiche wasserrechtliche Tatbestände in Betracht.²¹ Praktisch am relevantesten sind dabei Gewässerbenutzung und Gewässerausbau, die zugleich auch Anknüpfungspunkt für die Durchsetzung der auf die WRRL zurückgehenden Bewirtschaftungsvorgaben sowie der planungsrechtlichen Festsetzungen gegenüber dem Straßenbau sind.

1 Gewässerbenutzungen

a) Der Tatbestand des § 9 WHG

Maßgeblich für das Vorliegen einer echten Benutzung im Sinne des § 9 Abs. 1 WHG ist eine unmittelbare, auf die Inanspruchnahme eines Gewässers gerichtete Handlung.²² Der bloße Transport wassergefährdender Stoffe wird daher nicht von Abs. 1 erfasst.²³ Unfallbedingte Verunreinigungen²⁴ oder das Verstreuen von Straßensalz²⁵ sind ebenfalls keine unmittelbar gewässerbezogenen Handlungen. Praxisrelevante echte Benutzungen können vor allem die Entnahme von Wasser (Abs. 1 Nr. 1) oder von festen Stoffen (Abs. 1 Nr. 3) aus oberirdischen Gewässern sein. Hinzuweisen ist auch auf § 9 Abs. 1 Nr. 5 WHG, da beim Bau von Straßen nicht selten Grundwasser entnommen bzw. zutage gefördert oder im Zuge von Untertunnelungen abgeleitet wird. Ein Ableiten liegt ferner auch dann vor, wenn Kiespackungen in grundwasserführende Schichten eingefügt werden und Grundwasser weggeleitet wird²⁶.

Wichtigster Benutzungstatbestand im Zusammenhang mit dem Straßenbau sowie der Straßenunterhaltung ist indes § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG, das Einbringen und Einleiten von Stoffen in Gewässer. Zahlreiche Frage wirft dabei insbesondere die Entwässerung außerörtlicher Straßen auf, da diese im Regelfall nicht an das Kanalnetz angebunden sind.²⁷

Im Zuge des Straßenbaus sind zudem auch die sog. unechten Benutzungen des § 9 Abs. 2 WHG von Bedeutung. In der Praxis spielt vor allem das Aufstauen, Absenken und Umleiten von Grundwasser durch hierfür bestimmte oder geeignete Anlagen (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 WHG) eine wichtige Rolle. Der Tatbestand wird nämlich vor allem bei Einbauten in

den Untergrund, wie Kanalisationen oder Untertunnelungen, verwirklicht.²⁸ Darüber hinaus sind auch das Einbringen von Kiespackungen sowie das Trockenhalten des Untergrunds durch Abspundung erfasst.²⁹ Ferner soll Abs. 2 Nr. 1 auch dann einschlägig sein, wenn etwa eine Straße an einem Hangeinschnitt gebaut wird und eine Grundwasserumleitung bewirkt.³⁰

²¹ Dazu auch C. SPRINGE, in: KODAL (Begr.), Straßenrecht, 7. Aufl. 2010, Kap. 33 Rn. 12.5.

²² Grundl. BVerwG, Urt. v. 16.11.1973 – IV C 44.69 – ZfW 1974, 296 (298 ff.). M. CZYCHOWSKI/M. REINHARDT, WHG, 11. Aufl. 2014, § 9 Rn. 5; G.-M. KNOPP, in: SIEDER/ZEITLER/DAHME/KNOPP, WHG/AbwAG, § 9 WHG (2011) Rn. 17 ff.; B. SCHMID, in: BERENDES/FRENZ/MÜGGENBORG (Hrsg.), WHG, 2011, § 9 Rn. 12.

²³ VGH BW, Urt. v. 17.11.1995 – 5 S 334/95, NVwZ-RR 1997, 85 (Ls.).

²⁴ BVerwG (o. Fußn. 22), 298 ff.

²⁵ BGH, Urt. v. 20.01.1994 – 3 ZR 166/92, BGHZ 124, 394 (396).

²⁶ KNOPP (o. Fußn. 22), Rn. 69.

²⁷ Ausführl. dazu CZYCHOWSKI (o. Fußn. 7), S. 286 ff. In diesem Zusammenhang erweist sich vor allem das breitflächige ungerichtete Abfließen von Straßenoberflächenwasser als Problem. Nach überwiegender Auffassung stellt dies mangels zweckgerichteter Handlung keine Einleitung dar (vgl. BICKEL, HWG, 1987, § 45b Rn. 11; R. BREUER, Öffentl. und privat. Wasserrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 149; M. BULLING/O. FINKENBEINER/W.-D. ECKARDT/K. KIBELE (Hrsg.), WG BW, § 14 (2014), Rn. 40; V. ROTH, Rechtl. Anforderungen an die Versickerung von Niederschlagswasser vor Ort, SächsVBl. 1998, 73 (76). Die breitflächige Entwässerung über die Schulter wird somit mit dem von Dächern unbeeinflusst abfließenden Niederschlagswasser gleichgesetzt. Vereinzelt wird unter dem Gesichtspunkt der wasserwirtschaftlichen Relevanz dennoch von einer Einleitung ausgegangen, da auch diese Art der Entwässerung schädlich sein könne (so OVG RLP, Urt. v. 26.11.2002 – 6 A 11379.02; VG Koblenz, Urt. v. 02.05.2005 – 8 K 2350/04; C. JEROMIN, in: ders./KERKMANN (Hrsg.), WG RLP/WHG, § 51 LWG/§ 18a WHG (2000), Rn. 24; M. KOTULLA, WHG, 2. Aufl. 2011, § 9 Rn. 29). In der Tat ist es angesichts des höheren Schadstoffgehalts zweifelhaft, ob Straßenabflüsse mit dem von Dächern abfließenden Niederschlagswasser vergleichbar sind. Auch die Ziele der WRRL sprechen eher dafür, derartige Fälle nicht gänzlich außer Acht zu lassen. Zwar mag es an einer positiven Handlung fehlen, jedoch ist zu erwägen, ob nicht in best. Fällen ein Unterlassen des Abwasserbeseitigungspflichtigen anzunehmen ist, da dieser mitunter durch Untätigkeit darauf abzielt, dass Abflüsse versickern oder in oberirdische Gewässer gelangen. Zumindest sollte aber § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG greifen, um bedenkliche Ergebnisse zu vermeiden.

²⁸ Dazu CZYCHOWSKI/REINHARDT (o. Fußn. 22), Rn. 77; SCHMID (o. Fußn. 22), Rn. 71.

²⁹ KNOPP (o. Fußn. 22), Rn. 79.

³⁰ OLG Köln, Urt. v. 13.05.1982 – 7 U 141/81.

c) Die Gestattungspflichtigkeit von Gewässerbenutzungen

Gemäß § 8 Abs. 1 WHG unterliegen Gewässerbenutzungen einem repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt und bedürfen grundsätzlich einer Erlaubnis oder Bewilligung.

Eine Ausnahme bildet allerdings der in § 25 WHG geregelte Gemeindegebrauch an oberirdischen Gewässern. Dabei haben die Länder nach S. 3 Nr. 1 die Möglichkeit, diesen im Sinne des Prinzips der dezentralen Niederschlagswasserbeseitigung (§ 55 Abs. 2 WHG),³¹ auf das schadlose Einleiten von Niederschlagswasser zu erweitern. Da das von Straßen abfließende Niederschlagswasser üblicherweise einen hohen Verschmutzungsgrad aufweist,³² sprechen sich allerdings große Teile der Literatur dafür aus, das Niederschlagswasser befestigter Straßen nicht als schadlos einzuordnen.³³ Die Landeswassergesetze orientieren sich demgegenüber maßgeblich an der Art der Straße sowie ihrer Nutzungsintensität: Nach § 22 Abs. 2 Nr. 1c) LWG RLP oder § 2 Abs. 1 Nr. 3 Niederschlagswasserverordnung BW darf Straßenoberflächenwasser etwa erlaubnisfrei eingeleitet werden, wenn es der Erschließung von Wohngebieten dienenden Ortsstraßen sowie außerörtlichen Straßen mit nicht mehr als zwei Fahrspuren entstammt. Art. 18 Abs. 1 Nr. 1 BayWG nimmt lediglich die Abflüsse von Bundesfern- und Staatsstraßen sowie von Straßen mit mehr als zwei Fahrstreifen vom Gemeindegebrauch aus. Die durch das Landesrecht vorgenommenen Typisierungen erscheinen jedenfalls praxisgerecht. Solange sichergestellt ist, dass keine schädlichen Veränderungen erfolgen, sieht das WHG keine weiteren Beschränkungen vor. Zudem besteht immer noch die Möglichkeit eines Vorgehens nach § 100 WHG.

Das Prinzip der dezentralen Niederschlagswasserbeseitigung wird auch durch § 46 Abs. 2 WHG verwirklicht, nach dem das Einleiten von Niederschlagswasser durch schadlose Versickerung keiner Erlaubnis bedarf, soweit dies in einer Verordnung nach § 23 Abs. 1 WHG bestimmt ist. In diesem Kontext ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber die Regelung nicht lediglich auf nicht verschmutztes Niederschlagswasser beschränkt hat, sodass neben der Qualität des Niederschlagswassers auch die Filterwirkung des Bodens zu berücksichtigen ist.³⁴ Gerade bei der Entwässerung von Straßen können Böden mit Pflanzendecken einen wirkungsvollen Schutz bilden.³⁵

d) Wasserrechtliche Gestattung und straßenrechtlichen Planfeststellung

Gemäß der allgemeinen Regel des § 75 Abs. 1 VwVfG entfaltet der straßenrechtlichen Planfeststellungsbeschluss eine Konzentrationswirkung. Neben der Konzentration von Zuständigkeit und Verfahren auf die Planfeststellungsbehörde werden im Sinne einer Entscheidungskonzentration durch den Planfeststellungsbeschluss auch alle erforderlichen Verwaltungsakte ersetzt.³⁶ Im Verhältnis zur wasserrechtlichen Gestattung ergeben sich indes Besonderheiten:³⁷ Gemäß § 19 Abs. 1 WHG entscheidet nämlich die Planfeststellungsbehörde über die Erteilung der Erlaubnis oder Bewilligung, wenn für ein Vorhaben, mit dem eine Gewässerbenutzung verbunden ist, ein Planfeststellungsverfahren durchgeführt wird. Die Norm sieht mithin eine Modifikation der Entscheidungskonzentration vor. Das BVerwG hat in seiner Entscheidung zum Flughafen Berlin-Schönefeld klargestellt, dass Erlaubnis und Bewilligung ein rechtlich selbständiges Element neben der Planfeststellung seien³⁸. Rechtsfolge des § 19 Abs. 1 WHG ist folglich ein rechtliches Eigenleben³⁹ von Erlaubnis und Bewilligung, die sich gegenüber dem Planfeststellungsbeschluss durch ihre Flexibilität auszeichnen: Gemäß § 13 Abs. 1 WHG stehen sie nämlich unter dem Vorbehalt nachträglicher Anordnungen. Ferner ist die Erlaubnis nach § 18 Abs. 1 WHG jederzeit widerruflich, während die Bewilligung unter den Voraussetzungen des § 18 Abs. 2 WHG widerrufen werden kann. Gerade vor dem Hintergrund der WRRL ist davon auszugehen, dass die Modifikation beste-

³¹ B. SCHMID, in: BERENDES/FRENTZ/MÜGGENBORG, Fußn. 22, § 25 Rn. 49.

³² So auch BVerwG, Beschl. v. 21.06.2011 – 9 B 99/10, NVwZ 2012, 117 (118).

³³ BULLING/FINKENBEINER/ECKARDT/KIBELE (o. Fußn. 27), § 20 Rn. 38; CZYCHOWSKI/REINHARDT, (o. Fußn. 22), § 25 Rn. 35; M. GANSKE, in: LANDMANN/ROHMER (o. Fußn. 20), § 25 WHG (2015) Rn. 56.

³⁴ CZYCHOWSKI/REINHARDT (o. Fußn. 22), § 46 Rn. 25.

³⁵ LANGE (o. Fußn. 7), S. 74 f.

³⁶ Vgl. M. DEUTSCH, in: MANN/SENNEKAMP/UECHTRITZ (Hrsg.), VwVfG, 2014, § 75 Rn. 60 ff.

³⁷ Dazu U. HÖSCH, Das Verhältnis von wasserrechtl. Gestattung und Planfeststellungsbeschluss, NVwZ 2005, 665 ff.; M. RUTTLÖFF, Das Verhältnis wasserrechtl. Gestattungen zum Planfeststellungsrecht, UPR 2012, 328 ff.

³⁸ BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 – 4 A 1075.04, BVerwGE 125, 116 (280 f.).

³⁹ BVerwG (o. Fußn. 38), 280.

hender Zulassungen auch bei Straßen zunehmen wird: Zum einen ermöglichen es diese Instrumente, die planerischen Festsetzungen der Maßnahmenprogramme durchzusetzen. Zum anderen kann – wie noch zu zeigen ist – gerade das Verbesserungsgebot ein derartiges Vorgehen erforderlich machen.

2 Gewässerausbauten

a) Der Tatbestand des § 67 WHG

Neben der Gewässerbenutzung spielt zudem der Tatbestand des Gewässerausbauten eine wichtige Rolle. Im Rahmen des Straßenbaus werden – wie bei der Anlage von Ersatzgewässern – nicht nur neue Gewässer hergestellt (§ 67 Abs. 2 S. 1 Var. 1 WHG), sondern mitunter auch beseitigt (§ 67 Abs. 2 S. 1 Var. 2 WHG). Von größter praktischer Relevanz sind indes wesentliche Umgestaltungen von Gewässern oder Ufern (§ 67 Abs. 2 S. 1 Var. 3 WHG), da hierunter alle Maßnahmen fallen, die bedeutsame Auswirkungen auf den Wasserhaushalt (Fließgeschwindigkeit, Wasserstand, Wasserabfluss oder Selbstreinigungsvermögen des Gewässers), die Schifffahrt, die Fischerei oder sonstige Belange haben.⁴⁰ Beispiele sind etwa die Verlegung von Gewässern, deren Begradigung sowie deren Überbauung oder Verrohrung. Erfolgen Maßnahmen an Deichen sowie Dämmen, die den Hochwasserabfluss beeinflussen, sind diese nach § 67 Abs. 2 S. 3 WHG dem Gewässerausbau gleichgestellt. Dabei ist es unerheblich, welchem Hauptzweck die Deiche oder Dämme dienen, sodass insbesondere auch Straßendämme erfasst sind.⁴¹

b) Das Verhältnis zur straßenrechtlichen Planfeststellung

Gemäß § 68 Abs. 1 WHG unterliegt der Gewässerausbau einem Planfeststellungsvorbehalt. Im Regelfall werden Gewässerausbauten aber durch § 75 Abs. 1 S. 1 VwVfG von der straßenrechtlichen Planfeststellung miterfasst, da es sich häufig um sog. Ausgleichs- bzw. Ersatzmaßnahmen oder Maßnahmen zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung von Gewässern handelt, sodass sie als notwendige Folgemaßnahmen einzuordnen sind.⁴²

IV Die Bewirtschaftungsziele im Rahmen des Straßenbaus und der Straßenunterhaltung

1 Die Bewirtschaftungsziele als Maßstab für die Vorhabenzulassung

Zwar war schon bisher anerkannt, dass der Straßenbau auf die Belange der Wasserwirtschaft Rücksicht zu nehmen hat⁴³, allerdings führt der ganzheitliche Bewirtschaftungsansatz der WRRL nunmehr dazu, dass im Zusammenhang mit dem Bau, Betrieb sowie der Unterhaltung von Straßen vorgenommene Gewässerbenutzungen sowie Gewässerausbauten an den Bewirtschaftungsvorgaben auszurichten sind.

a) Das wasserrechtl. Verschlechterungsgebot

Zuvörderst müssen Straßenbauvorhaben daher mit dem wasserrechtlichen Verschlechterungsverbot vereinbar sein, das für Oberflächengewässer in § 27 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 WHG und für Grundwasserkörper in § 47 Abs. 1 Nr. 1 WHG umgesetzt ist.

aa) Das Verschlechterungsverbot als Zulassungsschranke

In seiner Entscheidung zur Bremer Weservertiefung hat der EuGH entschieden, dass das wasserrechtliche Verschlechterungsverbot nicht bloß als programmatische Zielsetzung für die Bewirtschaftungsplanung zu verstehen ist, sondern zugleich eine Zulassungsschranke für Einzelvorhaben darstellt. Dieses Verständnis wird im Wesentlichen auf den Wortlaut der Richtlinie gestützt, da die Zulassung eines Vorhabens eine der Maßnahmen im Sinne des Art. 4 Abs. 1a) i) WRRL darstelle, die von den Mitgliedstaaten vorzunehmen seien, um eine Verschlechterung zu verhindern.⁴⁴ Darüber hinaus begründet das Gericht die vorhabenbezogene

⁴⁰ A. GUCKELBERGER, Die wasserrechtliche Planfeststellung nach § 31 WHG – ein schwer handhabbares Rechtsinstrument, NuR 2003, 469 (470).

⁴¹ Ebenso BREUER (o. Fußn. 27), Rn. 962; M. MAUS, in: BERENDES/FRENNZ/MÜGGENBORG (o. Fußn. 22), § 67 Rn. 61.

⁴² Allg. dazu DEUTSCH (o. Fußn. 36), Rn. 37 ff.

⁴³ BVerwG Urt. v. 13.9.1985 – 4 C 37/82, NVwZ 1986, 204 (205).

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 01.07.2015 – C 461/13, NVwZ 2015, 1041 (1043) Rn. 31 ff.

Wirkung damit, dass das Verschlechterungsverbot gerade zur Erreichung der mit der WRRL erstrebten Ziele diene.⁴⁵ Schließlich spreche auch das Ausnahmeregime für eine entsprechende Auslegung.⁴⁶

Das Verschlechterungsverbot bildet somit eine vorhabenbezogene Zulassungsschranke, die auch für den Straßenbau gilt. Dies hat zur Folge, dass die Vereinbarkeit des Vorhabens mit diesem Bewirtschaftungsziel im Sinne des § 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG eine Voraussetzung für die Erteilung einer wasserrechtlichen Gestattung ist. Im Zusammenhang mit Gewässerausbauten kommt das Bewirtschaftungsziel über § 68 Abs. 3 Nr. 2 WHG zur Anwendung. Das Verschlechterungsverbot kann mithin nicht weggewogen werden, sondern das Vorhaben ist vorbehaltlich einer Ausnahme zu untersagen, wenn mit diesem eine Verschlechterung einhergeht.

bb) Wann liegt eine Verschlechterung vor?

Hinsichtlich der Frage, wann überhaupt eine Verschlechterung eines Gewässers vorliegt, hat der EuGH den Streit zwischen der Zustandsklassentheorie sowie der Status-Quo-Theorie im Sinne einer Qualitätskomponententheorie⁴⁷ entschieden und einen Mittelweg beschritten. Eine Verschlechterung des Zustands eines Oberflächengewässerkörpers liegt nach Auffassung der Luxemburger Richter vor, „sobald sich der Zustand mind. einer Qualitätskomponente im Sinne [des] Anh. V um eine Klasse verschlechtert, auch wenn diese Verschlechterung nicht zu einer Verschlechterung der Einstufung des Oberflächengewässerkörpers führt. Ist jedoch die betreffende Qualitätskomponente im Sinne von Anh. V bereits in der niedrigsten Klasse eingeordnet, stellt jede Verschlechterung dieser Komponente eine Verschlechterung [...] dar“.⁴⁸ Der EuGH stellt bei der Auslegung des Verschlechterungsverbots somit maßgeblich auf den Anhang V der WRRL ab. Nach dessen Nr. 1.1 wird der ökologische Zustand anhand von Qualitätskomponenten (biologisch, hydromorphologisch und chemisch-physikalisch) bewertet, für deren Beschreibung gemäß Nr. 1.4.2. fünf Zustandsklassen zur Verfügung stehen (sehr gut, gut, mäßig, unbefriedigend, schlecht). Erfolgt eine Abwärtsbewegung bei einer dieser Klassen, ist mit dem EuGH von einer Verschlechterung auszugehen. Wird die betreffende Qualitätskomponente bereits in der niedrigsten Klasse eingestuft, ist jede weitere Verschlechterung eine Verschlechterung.

Nach den Ausführungen des EuGH gilt das Verschlechterungsverbot für alle Oberflächengewässerkörper, für die ein Bewirtschaftungsplan erlassen wurde oder hätte erlassen werden müssen.⁴⁹ Gleichwohl sind Kleinstgewässer nicht gänzlich außer Acht zu lassen. Münden diese in größere Gewässer ein, können auch die Einleitungen in das Nebengewässer relevant werden.⁵⁰ Dieses Problem kann sich gerade auch bei der Einleitung von Straßenoberflächenwasser stellen.

Bezugsobjekt für das Vorliegen einer Verschlechterung ist indes nicht der Ort der unmittelbaren Beeinträchtigung, sondern vielmehr der Wasserkörper selbst.⁵¹ Die Schärfe des Verschlechterungsverbots wird somit wieder ein Stück weit zurückgenommen. Nach der Weservertiefungsentscheidung gewinnen damit allerdings die Fragen hinsichtlich der Definition des Wasserkörpers sowie der räumlichen Verortung der Messstellen erheblich an Bedeutung. Darüber hinaus bezieht sich das Verschlechterungsverbot auf den gegenwärtigen Ist-Zustand des Wasserkörpers. Bei dessen Bewertung sind alle bereits gestatteten Gewässerbenutzungen miteinzubeziehen. Die bloße Erneuerung einer wasserrechtlichen Erlaubnis – diese Frage kann sich mitunter auch im Zusammenhang mit Straßen stellen – stellt daher nach Auffassung des VGH Kassel keine Verschlechterung dar.⁵²

cc) Übertragbarkeit auf den chemischen Zustand

Gerade die mit der Straßenentwässerung verbundenen stofflichen Einträge in Oberflächengewässer verleiten zu der Frage, ob und inwieweit die Aussagen des EuGH zu den ökologischen Qualitätskomponenten, auch für Veränderungen des chemischen

⁴⁵ EuGH (o. Fußn. 44), 1043 Rn. 37 ff.

⁴⁶ EuGH (o. Fußn. 44), 1043 Rn. 44.

⁴⁷ Ebenso W. DURNER, Anm., DVBI 2015, 1049 (1051).

⁴⁸ EuGH (o. Fußn. 44), 1045 Rn. 69.

⁴⁹ EuGH, Fußn. 44, 1044 Rn. 50; EuGH, Urt. v. 04.05.2016 – C 356/14, EuZW 2016, 498 (501).

⁵⁰ So auch OVG Lüneburg, Urt. v. 22.04.2016 – 7 KS 27/15.

⁵¹ EuGH (o. Fußn. 44), 1044; EuGH (o. Fußn. 49), 501. Vgl. auch DURNER, in: LANDMANN/ROHMER (o. Fußn. 20), § 27 WHG (2015) Rn. 11; K. FASSBENDER, Das Verschlechterungsverbot im Wasserrecht, ZUR 2016, 195 (201); B. SCHIEFERDECKER, Die Verschlechterung des ökologischen Zustands nach dem Urteil des EuGH zur Weservertiefung, W+B 2016, 1 (13).

⁵² VGH Kassel, Urt. v. 14.07.2015 – 9 C 217/13.T, ZUR 2016, 175 (177 ff.).

Zustandes gelten. Im Hinblick auf den chemischen Zustand ergeben sich nämlich folgende Schwierigkeiten: Zum einen existieren im Gegensatz zum ökologischen Zustand nach Nr. 1.4.3 des Anhangs V der WWRL für seine Beurteilung lediglich zwei Klassen (gut und schlecht). Zum anderen enthält die Richtlinie für den chemischen Zustand keine Qualitätskomponenten, sondern für diesen sind vielmehr Qualitätsnormen maßgeblich. Diese sind im nationalen Recht in Anhang 8 Tabelle 2 zu § 6 der Oberflächengewässerverordnung (OGewV) umgesetzt. Nach den Wertungen des EuGH müsste jeder Verstoß gegen eine derartige Norm eine Verschlechterung sein.⁵³ In der Tat spricht für dieses Ergebnis, dass sich der Entscheidung des EuGH keinerlei Indizien dafür entnehmen lassen, dass das Verschlechterungsverbot in Bezug auf den chemischen Zustands anders zu verstehen ist. Auch Art. 2 Nr. 24 WRRL deutet darauf hin, denn wenn der gute chemische Zustand dann vorliegen soll, wenn kein Schadstoff die Umweltqualitätsnormen überschreitet, muss deren Überschreitung eine Verschlechterung darstellen. Die Entscheidung des EuGH sollte somit vorerst auf den chemischen Zustands übertragen werden.⁵⁴

Dies verleitet zu der Frage, welche Konsequenzen sich daraus für den Straßenbau ergeben. In dieser Hinsicht ist Folgendes zu erwägen: Zwar deuten Modelluntersuchungen für die Einleitung Straßenoberflächenwasser auf erhöhte Konzentrationen bestimmter Schafstoffe hin,⁵⁵ allerdings besteht kein Grund zur Sorge, dass die Straßenentwässerung nun stets zu einer Verschlechterung führt. Gerade bei kleineren Vorhaben dürfte dies häufig nicht der Fall sein. Darüber hinaus ist es angesichts

des gewässerbezogenen Ansatzes zudem möglich, dass sich die Stoffe verdünnen und somit die Qualitätsnormen nicht überschreiten. Gleichwohl können Verschlechterungen gerade bei größeren Vorhaben aber auch nicht ausgeschlossen werden.

dd) Übertragbarkeit auf Grundwasserkörper

Da im Zusammenhang mit dem Bau sowie der Unterhaltung von Straßen in vielfältiger Weise Grundwasserkörper berührt sein können, stellt sich ferner die Frage, inwieweit die Aussagen des EuGH auch für das Verschlechterungsverbot bei Grundwasserkörpern gelten:

Ähnlich wie bereits bei Oberflächengewässern sollte das Urteil jedenfalls auf Veränderungen des chemischen Grundwasserzustandes übertragen werden.⁵⁶ Zwar existieren auch hier lediglich zwei Zustandsklassen (Nr. 2.4.5.), maßgeblicher Parameter sind nach Tabelle 2.3.2. Anhang V WRRL allerdings Schadstoffkonzentrationen. Eine Verschlechterung lässt sich dementsprechend bei einer Überschreitung dieser in Anl. 2 der Grundwasserverordnung konkretisierten Schwellenwerte annehmen.

Im Hinblick auf den mengenmäßigen Zustand, für dessen Beurteilung nach Nr. 2.2.4 Anhang V WRRL die Zustandsklassen gut und schlecht existieren, ist eine Übertragung dagegen fragwürdiger: Maßgeblicher Parameter für die Zustandsbeurteilung ist nach Tab. 2.1.2 des Anhang V WRRL der Grundwasserspiegel, wobei für dessen guten Zustand lediglich konkretisierungsbedürftige Voraussetzungen genannt werden. Diese werden im nationalen Recht durch die in § 4 Abs. 2 GrwV normierten Kriterien zwar näher konkretisiert, allerdings verbleiben auch hier noch Spielräume. Es existieren somit gerade keine Grenzwerte, die für den EuGH maßgeblich waren.

ee) Der Ausnahmetatbestand des § 31 Abs. 2 WHG

Sollte mit einem Straßenbauvorhaben tatsächlich eine Verschlechterung verbunden sein, führt dies allerdings noch nicht dazu, dass Straßen überhaupt nicht mehr gebaut werden können. Vielmehr kommt es dann maßgeblich auf die Ausnahmeregelung des § 31 Abs. 2 WHG an, die in Folge der Weservertiefungs-Entscheidung ebenfalls projektbezogen anzuwenden ist. Dabei stellt sich allerdings das Problem, dass nach Nr. 1 nur dann eine Ausnahme möglich ist, wenn die Verschlechterung auf einer

⁵³ W.-D. DALLHAMMER/C. FRITZSCH, Verschlechterungsverbot – Aktuelle Herausforderungen an die Wasserwirtschaftsverwaltung, ZUR 2016, 340 (346 f.); S. de WITT/H. KRAUSE, Das EuGH-Urteil zur WRRL – Ein Wegweiser für die Vorhabenzulassung, NuR 2015, 749 (754); FASSBENDER (o. Fußn. 53), 202; H. GINZKY, Die Entscheidung des EuGH zum Verschlechterungsgebot – Alle Fragen geklärt?, NuR 2015, 624 (627).

⁵⁴ Gleichwohl bleibt nicht zu verhehlen, dass Wertungswidersprüche bestehen können, vgl. dazu W. DURNER, Probleme und Perspektiven bei der Umsetzung des Weservertiefungsurteils des EuGH insbes. beim Umgang mit Einleitungen, W+B 2015, 195 (196 ff.) sowie T. ELGETI, Das Verschlechterungsverbot – Mehr Gutachten, mehr Ausnahmen, W+B 2015, 166 (168 f.).

⁵⁵ STACHEL/TEGGE/JANTZEN (o. Fußn. 6), S. 329 ff.

⁵⁶ DALLHAMMER/FRITZSCH (o. Fußn. 53), S. 347 ff.

neuen Veränderung der physischen Gewässer-eigenschaften beruht. Angesichts des Wortlauts dieser Bestimmung ist unklar, ob die in der Praxis wichtigen Einleitungen überhaupt ausnahmefähig sind. Wäre dem nicht so, müsste der Bau einer Straße immer scheitern, wenn durch Einleitungen eine Verschlechterung des chemischen Gewässerzustandes verursacht wird.⁵⁷ Teilweise wird im Schrifttum § 31 Abs. 2 Nr. 1 WHG tatsächlich ein derartig enges Begriffsverständnis zugrunde gelegt und allein auf das physische Erscheinungsbild abgestellt.⁵⁸ Auch die Kommission hat sich bislang dafür ausgesprochen⁵⁹. Demgegenüber wird von anderer Seite zu Recht eine weite Auslegung des Begriffs physisch präferiert, da dieser auch im Sinne von stofflich verstanden werden kann.⁶⁰ Für die Ausnahmefähigkeit von Einleitungen spricht auch der Umstand, dass die Ausnahmeregelung als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu verstehen ist.⁶¹ Andernfalls wären eine Vielzahl von wichtigen Infrastrukturvorhaben nicht mehr verwirklichtbar. Auch aus Praktikabilitätsgründen sollte die Ausnahme daher weit ausgelegt werden.

Nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 ist eine Ausnahme ferner nur möglich, wenn für die Veränderung Gründe von übergeordnetem Interesse vorliegen. Dabei steht den Mitgliedstaaten nach der Entscheidung des EuGH zum Wasserkraftwerk Schwarze Sulm ein weiter Einschätzungsspielraum zu.⁶² Maßgeblich ist danach, dass die Behörden eine Abwägung im konkreten Einzelfall vornehmen. Es besteht somit ausreichend Raum, um die Belangen des Straßenbaus hier berücksichtigen zu können.

Schließlich wird nach Nr. 3 im Sinne einer Erforderlichkeitsklausel noch verlangt, dass die mit dem jeweiligen Vorhaben verfolgten Ziele nicht auf einfacherem und für die Umwelt schonenderem Weg erreicht werden können.

Zwar legt der Wortlaut des § 31 Abs. 2 WHG dies nicht unbedingt nahe, allerdings erfordert die Ausnahmeerteilung aufgrund des Bewirtschaftungsansatzes der WRRL eine ausdrückliche Behördenentscheidung.⁶³ Bei dieser ist zu berücksichtigen, dass die Entscheidung über Ausnahmen vom Verschlechterungsverbot angesichts der vom europäischen Gesetzgeber etablierten Planungsinstrumente zuvörderst eine planerische Entscheidung ist, sodass bei der vorhabenbezogenen Ausnahme die Festsetzungen der Bewirtschaftungspläne zu beachten sind.⁶⁴

ff) Zwischenresümee

Das Verschlechterungsverbot bildet somit auch für Straßenbauvorhaben eine Zulassungshürde, die es zu überwinden gilt und die auch überwunden werden kann. Die vorhabenbezogenen Auswirkungen auf den jeweiligen Gewässerzustand müssen daher sorgfältig ermittelt werden. Dies kann intensive wasserrechtliche Untersuchungen erforderlich machen, die künftig gerade bei komplexen Straßenbauvorhaben zu umfangreichen wasserrechtlichen Fachbeiträgen führen werden. Allerdings müssen dabei nicht stets alle Qualitätskomponenten bzw. Qualitätsnormen in den Blick genommen werden. Vielmehr kommt es im Einzelfall auf solche an, zu denen ernstliche Wechselbeziehungen bestehen.⁶⁵ Im Zusammenhang mit Straßenbauvorhaben ist es daher insbesondere erforderlich, dass sich die Behörden eingehend mit der genauen Zusammensetzung von Straßenabflüssen, deren Schadstoffgehalt sowie deren gewässerbezogenen Auswirkungen auseinandersetzen und ihre bisherige Betrachtung erweitern.⁶⁶

⁵⁷ K. FÜSSER/M. LAU, Wasserrechtliches Verschlechterungsverbot und Verbesserungsgebot nach dem Urteil des EuGH zur Weservertiefung, NuR 2015, 589 (592).

⁵⁸ CZYCHOWSKI/REINHARDT (o. Fußn. 22), § 31 Rn. 11; SCHMID, in: BERENDES/FRENNZ/MÜGGENBORG (o. Fußn. 22), § 31 Rn. 24.

⁵⁹ Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive, Guidance Document Nr. 20, 24.

⁶⁰ Grundl. FÜSSER/LAU (o. Fußn. 57), S. 592 f. Dem folgend DALLHAMMER/FRITZSCH (o. Fußn. 53), S. 349; DURNER (o. Fußn. 51), S. 205 f.; C. FRANZIUS, Die Mutter aller Wasserrechtsfälle, ZUR 2015, 643 (649 f.); P. SCHÜTTE/M. WARNKE/E. WITTRÖCK, Die Ausnahme vom Verschlechterungsverbot: rechtliche und praktische Lösungsvorschläge, ZUR 2016 215 (216). Tendenziell so bereits OVG Hamburg, Urt. v. 18.01.2013 – 5 E 11/08, ZUR 2013, 357 (365).

⁶¹ B. STÜER/E.-M. STÜER, Anm., DVBI 2016, 913 (913).

⁶² EuGH (o. Fußn. 49), 502.

⁶³ DURNER (o. Fußn. 51), Rn. 40.

⁶⁴ K. FASSBENDER, Die Umweltziele der Wasserrahmenrichtlinie – Grundlagen und offene Fragen, EurUP 2015, 178 (190 f.). Dieser hält daher das Einvernehmen der Planungsbehörde bei der Erteilung einer vorhabenbezogenen Ausnahme erforderlich. Nach Auffassung des BVerwG leidet der Planfeststellungsbeschluss aber nicht allein deswegen an einem Mangel, weil die Ausnahme nicht zuvor in einem Bewirtschaftungsplan aufgenommen wurde, BVerwG, Urt. v. 11.08.2016 – 7 A 1.15, Rn. 166.

⁶⁵ OVG Lüneburg, Urt. v. 22.04.2016 – 7 KS 27/15.

⁶⁶ So auch STACHEL/TEGGE/JANTZEN (o. Fußn. 6), S. 332.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass bislang noch keine Standardmethode für die Beurteilung einer Verschlechterung des Gewässerzustandes existiert. Die Behörden haben daher gegenwärtig Spielräume bei der Entwicklung eigener Methoden, müssen diese aber transparent, funktionsgerecht und schlüssig ausgestalten.⁶⁷ Bei der Ermittlung des Ist-Zustandes kann dabei grundsätzlich auf die Bewirtschaftungsplanung zurückgegriffen werden.⁶⁸ Sofern diese jedoch unzureichend oder nicht mehr aktuell ein sollte, besteht die Pflicht zu einer über die Bewirtschaftungsplanung hinausgehenden Bewertung. Der Prognose, dass die Entscheidung des EuGH zu mehr Gutachten führen wird,⁶⁹ ist somit auch für den Straßenbau zuzustimmen.

b) Das Verbesserungsgebot

Der Weservertiefungsentscheidung lässt sich ferner entnehmen, dass auch das Verbesserungsgebot eine vorhabenbezogene Zulassungsschranke bildet.⁷⁰ Der genaue Inhalt dieses Bewirtschaftungsziels ist allerdings weniger scharf. Ein Vorhaben verstößt wohl jedenfalls dann gegen das Verschlechterungsverbot, wenn dieses die Erreichung des guten Zustandes für den jeweiligen Gewässerkörper gefährdet. Dies ist dann der Fall, wenn sich bereits bei seiner Zulassung abzeichnet, dass das Vorhaben eine fristgerechte Erreichung der Bewirtschaftungsziele unmöglich machen würde.⁷¹ Insgesamt ist das Verbesserungsgebot aber auf eine Konkretisierung durch die Bewirtschaftungsplanung angelegt.⁷² Erst im Zusammenspiel mit deren planerischen Festsetzungen lassen sich wirklich konkrete Vorgaben für Vorhaben ableiten.

⁶⁷ BVerwG (o. Fußn. 13), Rn. 30.

⁶⁸ Ebenso de WITT/KRAUSE (o. Fußn. 53), 754.

⁶⁹ ELGETI (o. Fußn. 54), 166.

⁷⁰ EuGH (o. Fußn. 44), 1044; BVerwG (o. Fußn. 13), Rn. 169. Ebenso FASSBENDER (o. Fußn. 64), 185; R. LASKOWSKI, Das Verschlechterungsverbot im europäischen Wasserrecht, ZUR 2015 542 (544).

⁷¹ So auch BVerwG (o. Fußn. 13), Rn. 169.

⁷² DURNER, in: LANDMANN/ROHMER (o. Fußn. 20), § 27 WHG (2015) Rn. 30.

⁷³ DURNER (o. Fußn. 72), Rn. 31.

⁷⁴ Zur Funktion CZYCHOWSKI/REINHARDT (o. Fußn. 22), § 82 Rn. 7 ff.

⁷⁵ So ausdrücklich § 88 Abs. 2 LWG NRW. Ebenso etwa Art. 51 BayWG; § 2c BWG; § 27b HWaG; § 54 HWG; § 130a LWaG MV; § 85 LWG RLP; § 40 SaarlWG; § 87 SächsWG; § 32 ThürWG; § 102 WG SA.

2 Die Bewirtschaftungsziele und die nachträgliche Modifikation bestehender wasserrechtlicher Gestattungen

Die Bewirtschaftungsziele der WRRL bilden aber nicht nur den Maßstab für die Zulassung neuer Straßenbauvorhaben, sondern sie können sich gleichzeitig auch auf bereits erteilte wasserrechtliche Gestattungen für bestehende Vorhaben auswirken. So können die Bewirtschaftungsziele gerade durch Nebenbestimmungen oder das Instrument des Widerrufs (s. o.) auch nachträglich gegenüber Vorhaben durchgesetzt werden. Dabei kann sich aus dem Verbesserungsgebot im Einzelfall gerade eine Pflicht der Behörden zu einem entsprechenden Vorgehen ergeben, wenn die Zielerreichung gefährdet sein sollte.⁷³ In diesem Fall sind von den Behörden bestehende Gestattungen zu überprüfen und unter Umständen zu modifizieren. Dieses Anpassungsgebot macht angesichts des ganzheitlichen Bewirtschaftungsansatzes auch vor dem Straßenbau keinen Halt. Da der vollständige Widerruf einer wasserrechtlichen Gestattung für eine bestehende Straße, wie etwa eine Autobahn, allerdings an Ermessens- sowie Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten scheitern dürfte, besteht jedoch kein Grund zu der Befürchtung, dass das Wasserrecht nun den Betrieb bestehender Straßen unmöglich machen könnte.

V Wasserwirtschaftliche Maßnahmenplanung und Straßen

1 Die wasserrechtlichen Maßnahmenprogramme

Zur Verwirklichung der Bewirtschaftungsziele setzt die WRRL maßgeblich auf die mitgliedstaatliche Bewirtschaftungsplanung. Deren ausführende Stufe bilden gemäß § 82 WHG die Maßnahmenprogramme, in denen die zur Zielerreichung erforderlichen Maßnahmen festgelegt werden.⁷⁴ Nach den Regelungen der Landeswassergesetze geht von den Maßnahmenprogrammen indes keine Außenwirkung aus, sondern die Pläne wirken lediglich verwaltungsintern. Im Regelfall ordnen die Länder an, dass die wasserwirtschaftlichen Fachpläne für alle behördlichen Entscheidungen verbindlich sind.⁷⁵ Von der Bindungswirkung erfasst sind damit alle Behörden im weiteren Sinne. Die Maßnahmenprogramme können somit – nach freilich umstrittener Auffassung – auch Rechtswirkun-

gen gegenüber dem Bund erzeugen.⁷⁶ Finanziellen Belangen, die gerade beim Straßenbau eine Rolle spielen, kann dabei durch die Bindung der Pläne an das Abwägungsgebot sowie das in § 82 Abs. 2 WHG normierte Gebot der Kosteneffizienz Rechnung getragen werden. Aufgrund der verwaltungsinternen Bindungswirkung sind die Maßnahmenprogramme auf die Umsetzung durch die Verwaltung angelegt. Dabei kommen sie insbesondere bei der Erteilung wasserrechtlicher Gestattungen, bei deren nachträglicher Modifikation sowie bei Maßnahmen der Gewässeraufsicht zur Geltung.⁷⁷ Die Pläne wirken sich in diesem Zusammenhang maßgeblich auf das Bewirtschaftungsermessen der Behörden aus. Darüber hinaus dürfen auch Maßnahmen des Gewässerausbaus den wasserwirtschaftlichen Fachplänen nicht widersprechen.⁷⁸

2 Straßenbezogene planerische Festsetzungen

Die bislang erstellten Maßnahmenprogramme halten sich indes im Hinblick auf Festsetzungen gegenüber außerörtliche Straßen noch stark zurück. Dies lässt sich darauf zurückführen, dass die Erkenntnisse über die Einleitungen im Zusammenhang mit Straßen bislang noch unzureichend sind. Insbesondere in NRW erfolgt daher zurzeit erst einmal die vollständige Erfassung aller Einleitungen. Soweit ersichtlich, werden auch lediglich im Maßnahmenprogramm NRW außerörtliche Straßen erstmals in den Blick genommen. Das Maßnahmenprogramm selbst beschreibt die durch Straßenabflüsse ausgelösten Probleme aber nur abstrakt und enthält im Anhang eine tabellarische Übersicht aller für die jeweiligen Wasserkörper vorzunehmenden Maßnahmentypen, ohne dass sich daraus konkrete Rückschlüsse für Straßen herleiten lassen. Straßenbezogene Festsetzungen finden sich erst in den zum Maßnahmenprogramm ergehenden Planungseinheitensteckbriefen für die Teileinzugsgebiete in NRW. Dabei lassen sich grob drei Maßnahmenarten differenzieren: 1. dem Erkenntnisgewinn dienende Maßnahmen, 2. Maßnahmen zur Anpassung von Einleitungen an die Regeln der Technik sowie 3. Maßnahmen für eine gewässerträgliche Einleitung.⁷⁹ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es sich auch hier weniger um konkrete Einzelmaßnahmen handelt, sondern vielmehr um sog. Programmmaßnahmen. Bei diesen wird in erster Linie auf den LAWA-Maßnahmenkatalog Bezug genommen, in dem standardisierte

Maßnahmentypen enthalten sind, und abstrakt der Maßnahmenbedarf beschrieben.⁸⁰ Die Programmmaßnahmen bedürfen folglich noch einer weiteren Konkretisierung und überlassen den umsetzenden Behörden weite Spielräume. Das Bewirtschaftungsermessen wird somit normalerweise keineswegs aufgezehrt, sondern die Programmmaßnahmen engen lediglich das Handlungsermessen der Behörden ein.⁸¹ Dennoch können sich bei den straßenbezogenen Festsetzungen im Einzelfall dadurch Konkretisierungen ergeben, dass die Programmmaßnahmen in den Steckbriefen mit einer kurzen Beschreibung versehen sind. In diesen Beschreibungen werden die Programmmaßnahmen häufig inhaltlich näher konkretisiert bzw. spezifiziert (so kann etwa die Errichtung einer Rückhaltung oder Vorbehandlung planerisch festgelegt werden) oder aber eine bestimmte Straße in den Blick genommen. Gleichwohl verbleiben den planumsetzenden Behörden auch hier noch Spielräume.

Angesichts des gegenwärtig in Deutschland bestehenden Umsetzungsdefizits im Hinblick auf die Ziele der WRRL, ist damit zu rechnen, dass straßenbezogene Festsetzungen künftig in den Maßnahmenprogrammen an Relevanz gewinnen werden.

⁷⁶ Die Regelungen der Landeswassergesetze sehen gerade keine Beschränkung vor, sondern ordnen die Verbindlichkeit für alle Behörden an. Ebenso DURNER, in: LANDMANN/ROHMER, (o. Fußn. 20), § 82 WHG (2016) Rn. 24. Grundl. zur Bindung des Bundes an Landesrecht BVerwG, Urt. v. 16.01.1968 – 1 A 1.67, BVerwGE 29, 52 (58).

⁷⁷ Zur Umsetzung der Maßnahmenprogramme DURNER, (o. Fußn. 19), 80 ff.

⁷⁸ M. GELLERMANN, Gewässerausbau im Lichte des neuen wasserwirtschaftlichen Ordnungsrahmens, DVBl 2007, 1517 ff.

⁷⁹ A. KASTE, Vollzug des Maßnahmenprogramms im Abwasserbereich (http://www.flussgebiete.nrw.de/img_auth.php/8/88/Kaste_Vollzug_des_Maßnahmenprogramms_im_Abwasserbereich.pdf).

⁸⁰ Bspw. LAWA-Maßnahme 10b „Neubau und Anpassung von Anlagen zur Ableitung, Behandlung und zum Rückhalt von Misch- und Niederschlagswasser (Trennsystem)“. Zu diesen Programmmaßnahmen W. DURNER, Das Maßnahmenprogramm aus Sicht der Zulassungsbehörden, W+B 2016, 110 (114 f.).

⁸¹ So bereits in Ansätzen BREUER (o. Fußn. 27), Rn. 625. Ausführl. dazu nun DURNER (o. Fußn. 76), Rn 34 ff; ders. (o. Fußn. 80), 118. Ebenso K. FASSBENDER, Die neuen wasserrechtl. Bewirtschaftungspläne und Maßnahmenprogramme, ZfW 2010, 189 (199 f.); G.-M. KNOPP, in: SIEDER/ZEITLER/DAHME/KNOPP (o. Fußn. 22), § 13 WHG Rn. 79.

VI Resümee

Die Vorgaben der WRRL sind somit auch im Rahmen des Straßenbaus von großer Bedeutung. Zwar ist die Straße sicherlich kein Grundstück wie jedes andere,⁸² indes ist die Straßenbauverwaltung aufgrund des ganzheitlichen Bewirtschaftungsansatzes nicht von der Beachtung wasserrechtlicher Vorgaben befreit. Ein Verstoß gegen das Wasserrecht kann Straßenbauvorhaben dementsprechend zu Fall bringen. Planungsträger sollten sich daher nicht allein auf das Natur- und Artenschutzrecht konzentrieren, denn dessen große Entwicklungen sind gewissermaßen erst einmal zu einem Stillstand gekommen, sondern erforderlich sind auch wasserrechtliche Fachbeiträge. Das Wasserrecht dürfte sich somit aufgrund der europäischen Impulse zu einem wichtigen Kriegsschutzplatz bei Infrastrukturvorhaben entwickeln.

⁸² P. HENGST/J. MAJCHEREK, StrWG NRW, § 1 Rn. 1.

Prof. Dr. Michael Sauthoff,
Präsident des OVG und des FG MV, Greifswald

Konstruktion des Anliegergebrauchs im Lichte der neueren Rechtsprechung

A Grundlagen des Eigentums- schutzes nach Art. 14 GG¹

I Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt

Unter Eigentum i. S. v. Art. 14 GG fallen alle Rechte, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass er die damit verbundenen Befugnisse nach eigener Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf.² Der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz ist somit an Rechtspositionen gebunden.³ Dazu gehört v. a. das dem einzelnen Rechtsträger durch das bürgerliche Recht zugeordnete Grundstückseigentum.⁴ Das Eigentum ist, v. a. soweit es um privatrechtlich verwurzelte Rechtspositionen geht, durch Privatnützigkeit und die grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet.⁵

Die konkrete Reichweite des Schutzes durch die Eigentumsgarantie ergibt sich erst aus der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums, die nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG Sache des Gesetzgebers ist. Dieser ist nicht gänzlich frei: Er muss die Freiheitssphäre der Einzelnen mit dem Wohl der Allgemeinheit in ein ausgewogenes Verhältnis bringen, das nicht nur Orientierungspunkt, sondern auch Grenze für die Beschränkung des Eigentums ist. Zugleich muss das zulässige Ausmaß einer Sozialbindung auch vom Eigentum selbst her bestimmt werden. Die Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, der Regelungsauftrag des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG und die Sozialpflichtigkeit des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG stehen in einem unlöslichen Zusammenhang. Dagegen ist die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung umso weiter, je stärker der soziale Bezug des Eigentumsobjekts ist; hierfür sind dessen Eigenart und Funktion von entscheidender Bedeutung.⁶

Die grundrechtliche Eigentumsgewährleistung schützt grundsätzlich auch die Entscheidung des Eigentümers darüber, wie er das Eigentumsobjekt verwenden will. Für das hier in Rede stehende Privateigentum, v. a. an Grundstücken, ergibt sich die Nutzungsbefugnis zunächst aus § 903 BGB und sodann aus den Regelungen von Inhalt- und Schranken des Eigentums, die bislang gesetzlich erlassen sind.⁷

Vom Schutz des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG umfasst ist das zivilrechtliche Sacheigentum, dessen Besitz und die Möglichkeit, es zu nutzen. Danach genießen das Eigentum und der Besitz an Grundstücken verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz. Verfassungsrechtlich geschützt ist auch die Nutzbarkeit von Betriebsanlagen.⁸

Unterliegt das Eigentum bereits zum Zeitpunkt seiner Begründung einem öffentlich-rechtlichen Nutzungsregime, ist der verfassungsrechtliche Schutz der Eigentumsnutzung gegenüber späteren Eingriffen und Ausgestaltungen im Grundsatz auf das danach Erlaubte begrenzt, wobei der Bestandsschutz für erlaubte Nutzungen von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet unterschiedlich ausgestaltet sein kann.⁹

Hier ist zu unterscheiden:

Handelt es sich um Nutzungsmöglichkeiten, die der Gesetzgeber bislang eingeräumt hat, genießen sie Eigentumsschutz. Dies gilt jedenfalls, wenn sie ausgeübt werden. Umstritten ist, ob dies auch für Nutzungen gilt, die sich – nach Lage der Dinge – anbieten, die der Berechtigte bislang nicht ausgenutzt

¹ Das Folgende nach M. SAUTHOFF, in: SCHLACKE, BNat SchG, 2. Aufl. 2016, vor § 65 Rdnr. 2 ff.

² Vgl. BVerfG, B. v. 09.01.1991 – 1 BvR 929/89, BVerfGE 83, 201 (209).

³ BVerfG, B. v. 08.04.1997 – 1 BvR 48/94 – BVerfGE 95, 300.

⁴ BVerfG, B. v. 19.06.1985 – 1 BvL 57/79, BVerfGE 70, 191 (199).

⁵ BVerfG, B. v. 12.06.1979 – 1 BvL 19/76, BVerfGE 52, 1, (30) m. w. N.

⁶ BVerfG, U. v. 06.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12 – NJW 2017, 217 – Rdnr. 218.

⁷ Dazu M. APPEL, Der Eigentumsschutz von Nutzungsmöglichkeiten – ein (un-)gelöstes Problem des Eigentumsgrundrechts?, NuR 2005, 427, 432 f.

⁸ BVerfG, U. v. 06.12.2016 – a. a. O. Rn. 228.

⁹ BVerfG, U. v. 06.12.2016 – a. a. O. Rn. 229.

hat.¹⁰ In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwieweit Vertrauensschutz oder die Möglichkeit, in bestimmter Weise zu disponieren, rechtlich geschützt ist. Bei zutreffender Betrachtungsweise fallen ausgeübte wie mögliche Nutzungen unter den Eigentumsschutz. Die angesprochene Differenzierung mag das Gewicht der beeinträchtigten Position betreffen. Damit ist auch im Bereich des Straßenrechts insbesondere ausgeschlossen, Nutzungsmöglichkeiten von vornherein den Schutz des Art. 14 GG zu versagen unter Hinweis darauf, die Situationsgebundenheit des Eigentums habe die sich aus straßenrechtlichen (oder sonstigen) Bestimmungen ergebenden Beschränkungen nahe gelegt. Die Situationsgebundenheit kann nämlich nicht als abstrakt gleichsam außergesetzlicher Gesichtspunkt eingeführt werden. Vielmehr ist jeweils unter Anwendung der einschlägigen Vorschriften zu klären, ob das betroffene Grundstück die tatbestandsmäßig Voraussetzungen für die einfachgesetzliche Einschränkung erfüllen. Aus der verfassungsrechtlichen Garantie des Grundeigentums lässt sich aber kein Anspruch auf Einräumung gerade der Nutzungsmöglichkeiten herleiten, die dem Eigentümer den größtmöglichen wirtschaftlichen Vorteil versprechen.¹¹

Die Bestimmungen der Straßengesetze über Zufahrtsbeschränkungen stellen Nutzungsverbote und -beschränkungen dar. Das BVerfG hat die Voraussetzungen einer zulässigen Inhalts- und Schrankenbestimmung wie folgt zusammengefasst:¹² Der Gesetzgeber hat sowohl der grundgesetzlichen Anerkennung des Privateigentums durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG als auch der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) Rechnung zu tragen. Das Wohl der Allgemeinheit, an dem sich der Gesetzgeber bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums zu orientieren hat, ist nicht nur Grund, sondern auch Grenze für die Beschränkung des Eigentümers. Der Gesetzgeber hat die schutzwürdigen Interessen des Eigentümers und die Belange des Gemeinwohls in einen gerechten Ausgleich und in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen und sich dabei im Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen zu halten. Er muss sich dabei im Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen halten; insbesondere ist er an den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden.¹³

Voraussetzung der Zulässigkeit einer Inhalts- und Schrankenbestimmung ist zunächst, dass die

Regelung als solche, unabhängig von der Frage der Beseitigung oder Einschränkung bestehender Rechtspositionen, verfassungsmäßig ist. Dazu muss namentlich die Gesetzeskompetenz bestehen und das Gesetzgebungsverfahren vorschriftsmäßig abgelaufen sein. Bei einer Rechtsverordnung muss ebenfalls das Verfahren beachtet werden.

Einschränkungen der Eigentümerbefugnisse dürfen nicht weitergehen, als der Schutzzweck reicht, dem die Regelung dient. Der Kernbereich der Eigentumsgarantie darf dabei nicht ausgehöhlt werden. Zu diesem gehört sowohl die Privatnützigkeit, also die Zuordnung des Eigentumsobjekts zu einem Rechtsträger, dem es als Grundlage privater Initiative von Nutzen sein soll, als auch die grundsätzliche Verfügungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand.¹⁴ Die Beschränkung muss, da der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt, für den verfolgten Zweck geeignet sein; es genügt nicht, dass es vernünftigerweise geboten ist. Es ist außerdem prüfen, ob es ein milderes Mittel als die konkret vorgesehene Beschränkung gibt. Schließlich muss die Belastung der Beteiligten in einem angemessenen Verhältnis zu den mit der Regelung verfolgten Interessen stehen (sog. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne), also dem Betroffenen zumutbar sein.¹⁵

Der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers sind unterschiedliche Schranken gezogen. Soweit das Eigentum die persönliche Freiheit des Einzelnen im vermögensrechtlichen Bereich sichert, genießt es einen besonders ausgeprägten Schutz. Dem-

¹⁰ Ablehnend J. LEGE, in: LANDMANN/ROHMER, WHG, § 96 Rdn. 57.

¹¹ BVerfG, B. v. 9.10.1991 – 1 BvR 227/91 – BVerfGE 84, 382; BVerwG, U. v. 17.01.2000 – 6 BN 2/99, NuR 2000, 267 = NVwZ-RR 2000, 339.

¹² BVerfG, B. v. 18.07.1997 – 4 BN 5/97 – NVwZ-RR 1998, 225 – naturschutzrechtlichen Schutzgebietsausweisung; BVerfG, B. v. 21.07.2010 – 1 BvL 8/07 – LKV 2010, 471 – Miterbenschädigungsfonds.

¹³ Zusammenfassend BVerfG 1. Senat 1. Kammer, B. v. 10.10.1997 – 1 BvR 310/84 – NJW 1998, 367 – versagte Genehmigung für Kiesabbau im Landschaftsschutzgebiet; kritisch T. SCHÖNFELD, Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums durch Landschaftsschutzverordnung, NVwZ 1999, 380; vgl. auch OVG Saarland, U. v. 25.06.2009 – 2 C 284/09 – AS RP-SL 37, 367 = NuR 2009, 871.

¹⁴ BVerfG, B. v. 06.09.2005 – 1 BvR 1161/03 – NVwZ 2005, 1412 – Wasserschutzgebiet; BVerfG, B. v. 02.03.1999 – 1 BvL 7/91 – BVerfGE 100, 226.

¹⁵ BVerfG 1. Senat 2. Kammer, B. v. 05.09.2015 – 1 BvL 9/15.

gegenüber ist die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers umso größer, je stärker der soziale Bezug des Eigentumsobjekts ist; hierfür sind dessen Eigenart und Funktion von entscheidender Bedeutung. Begrenzungen der Eigentümerbefugnisse sind in diesem Rahmen als Ausfluss der Sozialgebundenheit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen. Überschreitet der Gesetzgeber bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums diese Grenzen, so ist die gesetzliche Regelung unwirksam,¹⁶ hierauf gestützte Beschränkungen oder Belastungen sind rechtswidrig und können im Wege des Primärrechtsschutzes abgewehrt werden. Zu einem Entschädigungsanspruch führen sie von Verfassungs wegen nicht.¹⁷

Bei der Frage, ob eine Rechtsposition im Sinne von Art. 14 GG betroffen ist, ist allerdings die gesamte Rechtsordnung zu würdigen. So gehört die vorhandene Bebauung zum Eigentum nur, wenn sie nach den maßgebenden baurechtlichen Vorschriften besteht.¹⁸

II Anliegergebrauch als nach Art. 14 GG geschützte Rechtsposition

1 Stand der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung

Der Stand der Rechtsprechung ist folgender: Der Anliegergebrauch vermittelt keine aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ableitbare Rechtsposition. Wie weit er gewährleistet ist, richtet sich nach dem einschlägigen Bundes- bzw. Landesstraßenrecht, bei dessen Ausgestaltung der Gesetzgeber dem Gewährleistungsgehalt des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG sowie dem Sozialgebot des Art. 14 Abs. 2 GG Rechnung zu tragen hat.¹⁹

Auch im Zusammenhang mit dem Anliegerrecht hat das BVerfG ausgeführt:²⁰ Der Gesetzgeber muss bei der Wahrung des ihm in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG erteilten Auftrags, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen, sowohl die grundgesetzliche Anerkennung des Privateigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG als auch das Sozialgebot des Art. 14 Abs. 2 GG beachten. Der Gesetzgeber muss beide Elemente des im Grundgesetz angelegten Verhältnisses von verfassungsrechtlich garantierter Rechtsstellung und dem Gebot einer sozialgerechten Eigentumsordnung in gleicher Weise Rechnung tragen; er muss die schutzwürdigen Interessen der

Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis bringen. In jedem Fall erfordert die verfassungsrechtliche Gewährleistung die Erhaltung der Substanz des Eigentums und die Beachtung des Gleichheitsgebots des Art. 3 Abs. 1 GG. Da die Straße als öffentliche Einrichtung nicht allein der Erschließung der Anlieger, sondern auch dem allgemeinen Verkehrsbedürfnis in seinen unterschiedlichen Ausgestaltungen (z. B. Fußgängerverkehr, Fahrzeugverkehr, Ziel- und Durchgangsverkehr, kommunikativer Verkehr) dient, muss ein Ausgleich zwischen einer Vielzahl von Interessen erfolgen. Die Bedürfnisse der Anlieger sind von Verfassungs wegen nur in ihrem Kern geschützt.²¹

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kommt der Anliegergebrauch in seinem Kern dem privatrechtlichen Eigentum zwar so nahe, dass er unter den Schutz des Art. 14 GG fällt. Der gegenüber dem schlichten Gemeingebrauch gesteigerte Anliegergebrauch reicht aber nur so weit, wie die angemessene Nutzung des Grundeigentums eine Benutzung der Straße erfordert. Angemessen ist nicht schon jede Nutzung, zu der das Grundeigentum Gelegenheit bietet, sondern ausschließlich das, was aus dem Grundstück und seiner sowohl nach der Rechtslage als auch den tatsächlichen Gegebenheiten prägenden Situation der Umgebung als anerkanntes Bedürfnis hervorgeht. Der eigentumsrechtliche Schutz des Anliegergebrauchs erstreckt sich daher nur auf den notwendigen Zugang des Grundstücks zur Straße und seine Zugänglichkeit von ihr. Gewährleistet wird nur die Verbindung mit dem öffentlichen Straßennetz überhaupt, nicht dagegen notwendig auch die Erreichbarkeit des eigenen Grundstücks mit Kraftfahrzeugen des Eigentümers oder gar jeder Anliegerverkehr. Die Gewährleistung der Zugänglichkeit eines Grundstücks beinhaltet weder eine

¹⁶ BVerfG, B. v. 12.06.1979 – 1 BvL 19/76, BVerfGE 52, 1, 27 f. – Kleingartenentscheidung.

¹⁷ BVerfG, U. v. 06.12.2016 – a. a. O. Rn. 268 f.; vgl. auch BVerfG, B. v. 15.07.1981 – 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300 (320) – Nassauskiesung.

¹⁸ OVG Saarland, U. v. 25.06.2009 – 2 C 284/09, AS RP-SL 37, 367 = NuR 2009, 871; OVG Münster, B. v. 06.01.2003 – 7 B 2553/02.

¹⁹ BVerwG, B. v. 19.09.2007 – 9 B 22/06.

²⁰ BVerfG 1. Senat 1. Kammer, B. v. 11.09.1990 – 1 BvR 988/90.

²¹ BVerfG 1. Senat 1. Kammer, B. v. 11.09.1990 – 1 BvR 988/90.

Bestandsgarantie hinsichtlich der Ausgestaltung und des Umfangs der Grundstücksverbindung mit der Straße noch die Gewährleistung von Bequemlichkeit oder Leichtigkeit des Zu- und Abgangs. Maßgeblich ist die das jeweils betroffene Grundstück prägende Situation seiner Umgebung, so dass der Anlieger einschränkende Maßnahmen hinnehmen muss, die aus dem Zweck und dem allgemeinen Gebrauch der Straße folgen, sofern sie nur als Verkehrsmittler erhalten bleibt.²²

2 Kritik

Dieser Ausgangspunkt ist – unabhängig davon, dass er ursprünglich direkt aus dem Grundrecht des Art. 14 GG hergeleitet worden ist – zunächst insoweit zutreffend, als aus dem einfachen Straßenrecht sich die genannten äußersten Grenzen ergeben. Dies liegt allerdings daran, dass der einfache Gesetzgeber die von der Rechtsprechung entwickelten Formeln in die gesetzlichen Regelungen integriert hat. Fragwürdig ist aber die Schlussfolgerung, der Gesetzgeber habe den Anliegers keine Rechtspositionen zugewiesen, die über den Kern des Anliegergebrauch hinausgehen, oder anders gesagt: der Anlieger könne nur als subjektives Recht geltend machen, dass der Kern des Anliegergebrauchs eine Zuwegung erfordere und sich im Übrigen nicht auf die Einhaltung der einfach-rechtlichen straßenrechtlichen Anforderungen die Einschränkung oder Versagung von Anliegerbefugnissen berufen.²³ Dies wird etwa aus § 8a Abs. 6 FStrG deutlich: (Nur) soweit es die Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs erfordert, kann die Straßenbaubehörde nach Anhörung der Betroffenen anordnen, dass Zufahrten oder Zugänge geändert oder verlegt oder, wenn das Grundstück eine anderweitige ausreichende Verbindung zu dem öffentlichen Straßennetz besitzt, geschlossen werden.

Schon MAURER hat zutreffend darauf hingewiesen, dass diese dogmatische Herleitung dazu verleitet, immer anzunehmen, das einfache Recht gewährleiste gerade nur den sogenannten Kernbereich des Anliegergebrauchs. Er weist darauf hin, dass schon das Bundesverwaltungsgericht in früherer Zeit es als selbstverständlich angesehen hat, dass sowohl das Bundesfernstraßengesetz auch auf die Landesstraßengesetze ein Mehr an Befugnissen den Anlegern einräumen kann, als der verfassungsrechtliche Mindestgehalt des Anliegergebrauchs erfordert.²⁴ Dieser Befund ändert allerdings nichts

darin, dass die einschlägigen einfachrechtlichen Vorschriften zunächst auszulegen sind. Erst das Ergebnis der Auslegung ist dann darauf hin zu überprüfen, ob der verfassungsrechtlich gewährleistete Kern des Anliegergebrauchs gewahrt ist.

III These von der Zweitzufahrt außerhalb des Anliegergebrauch

Bei der Frage ob eine Zweitzufahrt erforderlich ist, d. h. ob sie für eine angemessene Nutzung nach dem Grundstück und seiner sowohl nach der Rechtslage als auch den tatsächlichen Gegebenheiten prägenden Situation der Umgebung als anerkanntes Bedürfnis hervorgeht, sind sämtliche das Eigentum regelnden Normen zu berücksichtigen. Allerdings wird das Eigentum nicht tangiert, wenn auf Grund einer straßenrechtlichen Beschränkung eine Bebauung unterbunden wird, die schon nach baurechtlichen Vorschriften unzulässig ist. Auch genehmigungspflichtige, aber nicht genehmigte Nutzungen genießen keinen Schutz (formelle Illegalität).²⁵ Bei der Gesamtwürdigung der eigentumsrechtlichen Position eines Grundstücks müssen auch die Beschränkungen berücksichtigt werden, die sich außerhalb der Normen des Straßenrechts ergeben. Das gilt namentlich für Vorgaben aus dem Bauplanungsrecht, v. a. Festsetzungen eines Bebauungsplans oder der näheren Umgebungen nach § 34 Abs. 1 und 2 BauGB (z. B. Baugrenzen und –linien, Anordnungen von Zufahrten; Vorgaben für Nebenanlagen, namentlich Stellplätze) und bauordnungsrechtlichen Vorschriften (etwa Anforderungen an Zahl, Gestaltung und Lage notwendiger Stellplätze). Mehrere notwendige Stellplätze, die ihrerseits aus bauordnungsrechtlichen Gründen keine gefangenen Stellplätze sein dürfen, sind möglicherweise auf mehrere Zuwendungen

²² BVerwG U. v. 08.09.1993 – 11 C 38/92 – BVerwGE 94, 136 – NZV 1994, 125 = DVBI 1994, 345 = NJW 1994, 1080; Anm. M. COMMICHAU, JA 1995, 103; F.-J. PEINE, JZ 1994, 522; dazu auch U. STEINER, Verfassungs- und Verwaltungsrechtsfragen straßenverkehrsrechtlicher Anordnungen Verw Arch 86, 173.

²³ Im Übrigen wäre zu erwägen, ob nicht die Verneinung eines Eingriffs in den Schutzbereich von Art. 14 GG nicht jedenfalls bei der Anordnung beschränkender Maßnahmen Art. 2 Abs. 1 GG zur Geltung bringen könnte.

²⁴ H. MAURER, Gemeindegebrauch und Anliegernutzung im Straßenrecht, DÖV 1975, 217 (224).

²⁵ BGH, U. v. 21.01.1999 – III ZR 168/97, BGHZ 140, 285.

angewiesen. Sollte ein Zweitzufahrt aus straßenrechtlichen Gründen grundsätzlich ausscheiden, müsste eine Gemeinde, soweit sich dies nicht unmittelbar aus der Landesbauordnung ergibt, bei der gemeindlichen Anordnung der Schaffung notwendiger Stellplätze oder die Festsetzungen eines Bebauungsplans in der Abwägung berücksichtigen, dass eine Zweitzufahrt nicht unter den Schutz des Anliegergebrauchs fällt und somit durch den Bauherrn nicht realisiert werden kann. Im Zusammenhang damit kann sich eine Situation ergeben, die gemessen an den Planungsabsichten der Gemeinde zu einer Beschränkung der baulichen Nutzbarkeit führt, insgesamt nicht mehr als Ergebnis einer gerechten Abwägung angesehen werden kann.²⁶

Dabei ist die Zweckrichtung der Beschränkung von Zufahrten auch zu berücksichtigen, nämlich die Sicherheit und Ordnung des Verkehrs zu fördern. Hier kann namentlich § 12 Abs. 3 Nr. 3 StVO nicht gleichsam als „Passepartout“ gelten. Danach ist das Parken ist unzulässig vor Grundstücksein- und -ausfahrten, auf schmalen Fahrbahnen auch ihnen gegenüber. Die Bedeutung des Verlustes von Parkraum auf der öffentlichen Verkehrsfläche kann zunächst nur dann relevant werden, wenn ein solcher Parkdruck von Nichtanliegern besteht, dass es als eine Beeinträchtigung des Verkehrs anzusehen ist, dass diese Parkflächen nicht zur Verfügung stehen. Insbesondere dann, wenn an sich mehrere notwendige Stellplätze erforderlich sind, aber wegen der Zufahrtsbeschränkung nicht realisiert werden könne, bedeutet dies, dass die Fahrzeuge auf der öffentlichen Straßen abgestellt werden. Ein Gewinn an Parkfläche für externen Verkehr ist damit nicht verbunden.

Bei alledem darf aber nicht aus dem Blick geraten, dass diesem Belange auf die (festgestellten oder behaupteten) Beeinträchtigungswirkung mit den Anliegerinteressen ins Verhältnis gesetzt und gewichtet werden müssen.

IV These von den notwendigen präventiven Kontrolle

Zentral wird die Auslegung der Normen der Straßengesetze, wonach eine Zweitzufahrt als Sondernutzung einzustufen ist, mit der Überlegung, auf sie bestehe kein Anspruch und sie sei (potentiell) mit einer Beeinträchtigung der Sicherheit und Ordnung des Verkehrs verbunden. Das kann angesichts der

gestiegenen Verkehrsdichte in vielen Bereichen nicht bestritten werden.

Das OVG Lüneburg legt die Motive für die Uminterpretation offen: Mit der Veränderung der Verkehrs, insbesondere dem Aufkommen des modernen Massenindividualverkehrs, gehe eine zunehmende Tendenz einher, die Rechte der Straßenanlieger auf Herstellung und Gestaltung von Zufahrten zu beschränken. Das Fernstraßengesetz schließt die Anlegung von Zufahrten von Autobahnen zu privaten Grundstücken aus und macht sie bei Bundesstraßen außerorts von einer Sondernutzungserlaubnis abhängig (§ 8a FStrG); gleiches gelte für Zufahrten zu Landes- und Kreisstraßen nach dem Niedersächsischen Straßengesetz (§ 20 Abs. 2 NStrG). Indem das Gericht auf die Veränderung der Verhältnisse abstellt, legt es indirekt den wahren Grund der Erwägungen dar: entgegen früheren Verhältnissen, die zum Zeitpunkt des Erlasses jedenfalls es Bundesfernstraßengesetzes und der Straßengesetze der alten Bundesländer bestanden, wird die Notwendigkeit gesehen generell die Anlage insbesondere von Zweitzufahrten zu beschränken. Ob dies eine zutreffende Einschätzung ist, kann hier dahinstehen. Sie kann jedoch nicht zu einer Änderung der Inhalt- und Schrankenbestimmung des Eigentums der Anlieger durch die Rechtsprechung führen. Wenn das frühere – etwa in den Nutzungsrichtlinien zu den Bundesfernstraßen zum Ausdruck kommende –²⁷ Verständnis der Straßengesetze zutreffend war, stellt sich die neue Rechtsprechung als eine Änderung der Inhalts und Schrankenbestimmungen des Eigentums an Anliegergrundstücken dar. Hierfür ist nicht die Rechtsprechung befugt. Eine solche Regelung müsste – im Rahmen des verfassungsrechtlich möglichen – der Gesetzgeber vornehmen.

Die Einordnung als Sondernutzung führt zudem nach dem Willen der Gerichte, die diese Auffassung vertreten zugleich dazu, dass das gesamte Entscheidungsprogramm, das für sonstige Sondernutzungen gilt, auch hier angewandt werden soll. Danach kann die Erlaubnis einer Zufahrt nach sämtlichen straßenbezogenen Gesichtspunkten versagt werden, die für sonstige Sondernutzungen greifen

²⁶ Anders OVG Münster, U. v. 16.06.2014 – 11 A 1097/12, das diesen Gesichtspunkt nicht als für die Ermessensentscheidung relevant ansieht.

²⁷ Siehe nachfolgend.

können. Zu diesen Gründen können insbesondere zählen ein einwandfreier Straßenzustand (Schutz des Straßengrundes und des Zubehörs), die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, der Ausgleich zeitlich und örtlich gegenläufiger Interessen verschiedener Straßenbenutzer und Straßenanlieger (etwa Schutz vor Abgasen, Lärm oder sonstigen Störungen) oder Belange des Straßen- und Stadtbildes, d. h. baugestalterische oder städtebauliche Vorstellungen mit Bezug zur Straße und auf Grund eines konkreten Gestaltungskonzeptes (Vermeidung einer Übermöblierung des öffentlichen Straßenraumes, Schutz eines bestimmten Straßen- oder Platzbildes und Ähnliches).²⁸ Die Annahme einer abstrakten Gefährdung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs führt dazu, dass sich die Entscheidungsparameter massiv zu Lasten der Entscheidungskriterien verschieben. Es ging bislang bei der Zufahrten die ausdrücklich als Sondernutzung gelten allein, darum, ob sie nach § 8a Abs. 6 FStrG untersagt werden können, weil die aus Gründen der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs erforderlich ist. Diese Uminterpretation des Rechts der Zufahrten führt zu Beschränkungen des Anliegereigentums, die der Gesetzgeber anordnen müsste.

B Zuwegungen (Zufahrten und Zuwegungen)

I Einfach-gesetzlicher Befund

1 Zuwegungen

Regelungen die meisten Straßengesetze sind in ihrer Regelung über zu Bewegungen parallel zu § 8a FStrG aufgebaut. Der allgemeine Aufbau ist folgender:

- Definition,
- -als Sondernutzung geltende Zuwegungen,
- Pflichten des Sondernutzungserlaubnisinhabers,
- Erlaubnisfreiheit wegen anderem Gestattungsverfahren,
- Unterhaltung von erlaubnisfreien Zuwegungen,
- Änderung oder Einziehung einer Straße,
- Straßenarbeiten,

- Beschränkungen wegen Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs.

2 Regelung über Anliegergebrauch

Bereits in diesem Zusammenhang ist auf die Definition des Anliegergebrauchs einzugehen, die einige Straßengesetze außerhalb der Vorschriften geben, die Zuwegungen regeln (etwa § 14 a StrWG NRW). Danach gilt:

- Eigentümer und Besitzer von Grundstücken, die an einer öffentlichen Straße gelegen sind (Straßenanlieger),
- innerhalb der geschlossenen Ortslage
- die an die Grundstücke angrenzenden Straßenteile
- über den Gemeingebrauch hinaus benutzen,
- soweit diese Benutzung zur Nutzung des Grundstücks erforderlich ist, – und
 - den Gemeingebrauch nicht dauernd ausschließt
 - oder erheblich beeinträchtigt oder
 - in den Straßenkörper eingreift.

II Nicht ausdrücklich gesetzlich als Sondernutzung geltende Zuwegungen

1 Diskussion

Umstritten ist, ob Anlegung eines Zugangs oder einer Zufahrt, die nach dem jeweiligen Gesetz nicht ausdrücklich als erlaubnispflichtig bezeichnet ist, d. h. namentlich die innerhalb der zur Erschließung der anliegenden Grundstücke bestimmten Teile der Ortsdurchfahrten und zu sämtlichen Gemeindestraßen einfachrechtlich Gemeingebrauch ist bzw. als solcher gilt.²⁹ Das BVerwG hatte früher ausgesprochen, dass eine Zufahrt innerhalb der Ortsdurchfahrt von Bundesstraßen regelmäßig

²⁸ So ausdrücklich OVG Münster, U. v. 16.06.2014 – 11 A 1097/12.

²⁹ In BVerwGE 82, 185 = NVwZ 1990, 259 = NZV 1990, 44 offen gelassen.

im Rahmen des grundsätzlich erlaubnisfreien Gemeingebrauchs zu beurteilen sein wird, wenn und soweit die Bundesstraße die anliegenden Grundstücke erschließt,³⁰ und zur Begründung auf einen Umkehrschluss aus der Vorschrift über die erlaubnispflichtigen Zufahrten und Zugänge verwiesen.³¹ Davon gehen auch die Nutzungs-Richtlinien des Bundes für Bundesfernstraßen aus.³² Dort wird ausgeführt:

„Im Erschließungsbereich der Ortsdurchfahrten sind Zufahrten und Zugänge Ausfluss des Gemeingebrauchs; sie bedürfen daher keiner Sondernutzungserlaubnis. Zufahrten und Zugänge dürfen jedoch den Gemeingebrauch nicht mehr als unvermeidbar beeinträchtigen. Deshalb ist darauf hinzuwirken, dass sie an geeignete Stellen gelegt und entsprechend ausgestaltet werden, um später Anordnungen nach § 8a Abs. 6 FStrG zu vermeiden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass den Verkehrsteilnehmern im Erschließungsbereich der Ortsdurchfahrten ein gewisses Maß an Behinderungen durch den Anliegerverkehr im Allgemeinen zuzumuten ist.

Auch die Änderung bedarf keiner Sondernutzungserlaubnis. Es ist jedoch auf die Gestaltung insoweit Einfluss zu nehmen, als Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs dies erfordern. Gegebenenfalls können Anordnungen nach § 8a Abs.6 FStrG erlassen werden.

Unbeschadet der Grundsätze in 11.8.1 muss der Anlieger das Einverständnis der Straßenbaubehörde einholen, wenn bei der Herstellung oder Änderung von Zufahrten und Zugängen Straßenbauanlagen baulich verändert oder auf dem Straßengrundstück bauliche Maßnahmen getroffen werden sollen. Die Unterhaltung richtet sich nach § 8a Abs. 3 FStrG.“

Nach bisweilen vertretener Ansicht ist auch innerhalb der geschlossenen Ortslage nicht schlechthin jedermann unter Berufung auf den Gemeingebrauch berechtigt, eine Zufahrt zu einer Gemeindestraße anzulegen, zu verändern oder dauernd zu benutzen, sondern nur derjenige, der ihrer bedarf, um sein der Straße benachbartes Grundstück von dieser Straße aus zu erschließen. Daher bedürfe eine Zweitzufahrt oder eine überbreite Zufahrt einer Sondernutzungserlaubnis.³³

Die Schlussfolgerungen aus den Straßengesetzen treffen aber nicht zu. Aus Vorschriften wie § 8a Abs. 4, 5 und 6 FStrG und ähnlichen landesrechtlichen Normen lässt sich einfachgesetzlich nicht herleiten, dass Zufahrten Sondernutzungen sind, wenn das Grundstück eine anderweitige ausreichende Verbindung zu dem öffentlichen Wegenetz besitzt. Die hierfür vorgebrachten Argumente rechtfertigen diese Schlussfolgerungen nicht.

(1) § 8a Abs. 6 FStrG beschränkt das Recht des Anliegers nicht generell auf eine angemessene Zufahrt sondern nur, wenn dies die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs erfordert. Nur unter diesen Voraussetzungen hängt die Schließung einer Zufahrt davon ab, ob das Grundstück anderweitig angemessen erschlossen ist. Was die erforderliche Gefahrenlage angeht, kann nicht aus § 12 Abs. 3 Nr. 3 StVO generell hergeleitet werden, dass dies generell bei Zweitzufahrten der Fall sein könne. Hierin liegt die Annahme einer abstrakten Gefahr. § 8a Abs. 6 FStrG verlangt aber eine konkrete polizeiliche Gefahr für ein Eingreifen.³⁴ Die Annahme, dass jede (Zweit) Zufahrt eine solche abstrakte Gefahr insbesondere wegen des Verlustes eines Parkplatzes auf der öffentlichen Straße kraft des Verbots nach § 12 Abs. 3 Nr. 3 StVO rechtfertigt nicht den Rekurs auf § 8a Abs. 6 FStrG. Die Beschränkung der Nutzungsbefugnis ist auch nicht allgemein einfach-gesetzlich ausgesprochen, sondern nur unter der genannten Tatbestandsvoraussetzung einer konkreten Gefahr.

(2) § 8a Abs. 4 FStrG beschränkt die Ersatzansprüche nicht generell in jenem Sinne, sondern nur wenn die Maßnahme rechtmäßig ist, d. h. in der (Planungs)Entscheidung die schützenswerten Interessen der Anlieger, die sich nicht auf eine einmalige Zufahrt beschränken, angemessen berücksichtigt sind. Jedenfalls bei Planungsentscheidungen, die zu einer Beseitigung der öffentlichen Straße oder einer Beschränkung

³⁰ BVerwGE 78, 79 = NVwZ 1988, 146.

³¹ BVerwG DÖV 1973, 238; vgl. auch BVerwG, Buchholz 407.4 § 8 FStrG Nr. 17.

³² Teil B Ziff 11.8.1 und 11.8.2.

³³ So OVG Lüneburg U. v. 18.07.2012 – 7 LB 29/11; OVG Münster, U. v. 16.06.2014 – 11 A 1097/12 – NVwZ-RR 2014, 796. Früher bereits etwa OVG Magdeburg, U. v. v. 19.05.2010 – 3 L 465/08.

³⁴ Vgl. K. GRUPP, in: MARSCHALL, FStrG, 6. Aufl. 2012, § 8a Rn. 22.

führen, sind die schützenswerten Belange der Anlieger zu berücksichtigen. Das BVerwG hat zutreffend ausgeführt:³⁵

„Im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend geht die Planfeststellungsbehörde davon aus, dass der Klägerin keine gefestigte Rechtsposition auf Beibehaltung des Bahnübergangs oder die Schaffung einer vergleichbaren Überquerung zusteht. Der ihrem Betriebsgrundstück nahe gelegene Bahnübergang, der ihr den direkten Zugang zu dem Orts- teil H.-Land und vor allem eine kurze Verbindung zu dem nördlich der Bahnlinie gelegenen Bahnhof H.-Land eröffnet, stellt für sie lediglich eine günstige Verkehrslage dar. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hat der Anlieger einer Straße jedoch keinen Anspruch darauf, dass eine bisher gegebene Verkehrslage aufrechterhalten bleibt. Hat eine Planung die Verschlechterung der für ein Grundstück bisher bestehenden Verkehrsverhältnisse zur Folge, so wird der Anlieger dadurch in aller Regel nicht in seinen Rechten verletzt. Ganz allgemein ist ein etwaiges Vertrauen in den Bestand oder Fortbestand einer bestimmten Markt- oder Verkehrslage regelmäßig kein für die Fachplanung unüberwindlicher Belang

Hat die Klägerin danach auch keinen selbständigen Anspruch auf Aufrechterhaltung der ihr günstigen Bahnüberquerung, heißt dies gleichwohl nicht, dass ihre Anliegerinteressen rechtlich in keiner Weise zu Buche schlagen. Die mit der insoweit ersatzlosen Beseitigung des Bahnübergangs verbundenen Erschwernisse der Zuwegung zum Betriebsgrundstück der Klägerin sind vielmehr im Rahmen der fachplanerischen Abwägung nach § 18 Abs. 1 Satz 2 AEG entsprechend ihrem Gewicht zu berücksichtigen.“

Soweit die ein schützenswerter abwägungserheblicher Belang ist ergibt sich daraus zugleich einen Anspruch auf gerechte Abwägung.³⁶

Das Erfordernis einer ausreichenden anderweitigen Erschließung ist somit die äußerste Grenze der Ermessens- bzw. Planungsentscheidung zur Einziehung oder baulichen Änderung einer Straße. Die zu berücksichtigenden Belange des Anliegers gehen über den Kern des Anliegergebrauchs hinaus. Es ist zu untersuchen ob dies auch dann gilt, wenn die bauliche Änderung oder Einziehung nicht auf einer planerischen Vorentscheidung beruht, sondern unmittelbar auf den straßenrechtlichen Normen über Einziehung.³⁷

(3) Auch aus § 8a Abs. 5 FStrG kann eine derartige Schlussfolgerung nicht gezogen werden. Bauarbeiten an der Straße führen nicht zu einer generellen, sondern nur zu einer temporären Beschränkung anders als die dauernde Untersagung einer Zweitzufahrt. Im Übrigen verlangt die Rechtsprechung des BGH, dass die Planung und Ausführung der Arbeiten soweit wie möglich auf die Belange der Anlieger Rücksicht nimmt. Andernfalls können Ansprüche aus enteignungs- gleichem Eingriff begründet sein.³⁸

(4) Zentrale These ist, dass die Normen über die Erlaubispflichtigkeit von Zufahrten unvollständig sind. Die Bestimmungen über die Zuwegungen, die als Sondernutzungen „gelten“, seien nicht abschließend. Im Übrigen gelte das allgemeine Regime des Gemeingebrauchs einschl. des (erlaubnisfreien) Anliegergebrauchs und der Sondernutzung.

(a) Das OVG Lüneburg meint, § 20 Abs. 2 NStrG, der § 8a Abs. 1 FStrG entspricht, meine lediglich Zufahrten, die nach den Grundsätzen des Anliegergebrauchs zur Erschließung erforderlich seien und nicht weitere zusätzliche Zufahrten zu einem Grundstück, weil es sinnlos wäre, eine Sondernutzungserlaubnis für Zufahrten zu gewähren, die nach § 20 Abs. 7 NStrG wieder geschlossen werden müssten. Die erscheint in zweierlei Hinsicht bedenklich: Zufahrten zu klassifizierten Straßen außerhalb des Erschließungsbereichs von Ortsdurchfahrten fallen gerade nicht unter den Anliegergebrauch. Diese Situation eines Grundstücks bedeutet nämlich dass die Straßen gerade nicht die Funktion hat, die Erschließung zu vermitteln. Die straßenrechtlichen Vorschriften über das Anbauverbot sowie die erlaubnispflichtigen Zuwegungen und die bauplanungsrechtlichen Vorschriften über das Bauen im Außenbereich stehen unabhängig nebeneinander. Sie beziehen sich auf unterschiedliche Schutzgüter. Während § 35 BauGB

³⁵ BVerwG, U. v. 28.01.2004 – 9 A 27/03 – NVwZ 2004, 990.

³⁶ P. SCHÜTZ, in: ZIEKOW, Handbuch des Fachplanungsrechts, 2. Aufl. 2014, 3. Kap. Rn. 49 ff.

³⁷ Wofür m. E. Vieles spricht, wenn es um das Tatbestandsmerkmals der (überwiegenden) Gründe des öffentlichen Wohls geht.

³⁸ Nutzungs-Richtlinien Teil B Ziff. 11.10.1 Buchst. b); F. OSSENBÜHL/M. CORNILS, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013 S. 186 f.

namentlich (jedenfalls unter anderem) einer Zerschließung des Raumes begegnen will, dient die straßenrechtliche Norm maßgeblich der Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs. Damit hat die Genehmigungsfähigkeit eines Bauvorhabens nach § 35 Abs. 1 oder 4 BauGB nicht ohne weiteres die Folge, vom einem bestehenden Anbauverbot befreit oder eine Sondernutzungserlaubnis für eine erstmalige Zufahrt trotz Beeinträchtigung der Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs erteilt wird.³⁹ Hinzu kommt, wie ausgeführt, dass eine Schließung nach § 20 Abs. 7 – wie § 8a Abs. 6 FStrG – nur in Betracht kommt, wenn eine konkrete Gefahr für Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs besteht.

- (b) Das OVG Lüneburg geht weiter davon aus, dass der Gemeingebrauch herkömmlich in die Kategorien des schlichten Gemeingebrauchs als Jedermannsgebrauch im Sinne des Straßenverkehrsrechts sowie als sog. kommunikativer Verkehr und in den gesteigerten Gemeingebrauch der Straßenanlieger (Anliegergebrauch), die in spezifischer Weise auf die Benutzung der Straße für Zufahrt und Zugang zu ihrem Grundstück und für den Kontakt nach außen angewiesen sind, unterschieden werde. Zentral ist hier aber, dass damit nicht gemeint ist, es handle sich um Gemeingebrauch, denn der ist in den Straßengesetzen definiert. Die Nutzung des Anliegers gilt als Gemeingebrauch und ist damit erlaubnisfrei, soweit er hierauf angewiesen ist. Der sog. kommunikative Verkehr kann dem nicht gleich gestellt werden, weil er (aus verfassungsrechtlichen Gründen) als Teil des Jedermannsgebrauchs behandelt wird. Die Erlaubnisfreiheit ist hier verfassungsrechtlich bedingt. Das ist bei Zuwegungen generell nicht der Fall. Der Gesetzgeber hat einfachrechtlich zu entscheiden, ob er den Anliegergebrauch generell einer präventiven Erlaubnis unterstellt, ggf. mit der Folge, dass ein Anspruch auf die Erlaubnis bestehen kann.

- (5) Die Rückschlüsse aus speziellen Bestimmungen des (sonstigen) Anliegergebrauchs wie § 14 a StrWG NRW tragen nicht. Speziell diese Norm ist nachträglich in das Gesetz gelangt. Der Rückgriff hierauf für Zufahrten bedeutet, dass auch zuvor, die Regelungen über Zuwegungen als unvollständig anzusehen waren. Dies ist aber nach dem Wortlaut der Normen nicht der Fall. Das OVG Münster verweist allerdings auf § 14 a

Abs. 2 StrWG NRW, wonach den Straßenanliegern unbeschadet des § 20 Abs. 5 kein Anspruch darauf zusteht, dass die Straße nicht geändert oder eingezogen wird; daraus werde deutlich, dass anders als im FStrG daraus deutlich werde, dass Zufahrten und Zugänge zum Anliegergebrauch gehören und damit auch der Einschränkung des § 14a Abs. 1, letzter Halbsatz StrWG NRW – kein erlaubnisfreier Anliegergebrauch bei einem Eingriff in den Straßenkörper – unterliegen.⁴⁰ Dieses Argument würde aber für sämtliche Zufahrten gelten, auch für solche, die als ausreichende Verbindung zu dem öffentlichen Wegenetz erforderlich sind. Zudem greift dieses Argument nicht für Zweitzufahrten, die einer baulichen Maßnahme an der Straße, etwa wegen unmittelbaren Anschlusses an die Fahrbahn nicht bedürfen.

2 Ergebnis

Nach alledem trifft für Straßengesetze, deren Regelungen dem Muster des § 8a FStrG folgen, nach wie vor die in den Nutzungs-Rechtlinien widergegebene Interpretation zu.⁴¹ Die für die Annahme einer Sondernutzungspflichtigkeit geltend gemachten praktischen Gesichtspunkte lassen sich auch in diesem Rahmen umsetzen. Dies hat das OVG Schleswig unlängst dargelegt:⁴² Es hat zutreffend ausgeführt: Zwar zählt der Anschluss eines Grundstücks an eine Gemeindestraße zum Gemeingebrauch in der Form des Anliegergebrauchs. Daraus folgt jedoch nicht, dass von einem Grundstückseigentümer jedwede Zuwegung angelegt werden kann. Der erlaubnisfreie Anliegergebrauch ist nur in seinem Kern durch § 20 Abs. 1 StrWG geschützt. Auch innerhalb der geschlossenen Ortslage ist nicht schlechthin jedermann unter Berufung auf den Gemeingebrauch berechtigt, eine Zufahrt zu einer Gemeindestraße anzulegen, zu verändern oder dauernd zu benutzen, sondern nur derjenige, der ihrer bedarf, um sein der Straße benachbartes Grundstück von dieser Straße aus zu erschließen.

³⁹ Vgl. OVG Münster, U. v. 27.02.1991 – 23 A 1500/89 – NVwZ-RR 1991, 528.

⁴⁰ OVG Münster, U. v. 16.6.2014 – 11 A 1097/12 – NVwZ-RR 2014, 796.

⁴¹ Vgl. VGH München, U. v. 01.12.2009 – 8 B 09.1980 – BauR 2010, 1210 = BayVBI 2010, 539 = BRS 74 Nr 168.

⁴² U. v. 14.11.2016 – 2 LB 4/16 – ZKF 2017, 70.

Die durch diese Einschränkungen geprägte Eigenart des durch Zufahrten verwirklichten Gemeingebrauchs wird durch den Begriff des "Anliegergebrauchs" umschrieben, der eine zwar erlaubnisfreie, dennoch aber über den schlichten Gemeingebrauch hinausgehende und eben darum nicht jedermann ohne weiteres zustehende Straßenbenutzung bezeichnet. Dabei ist kennzeichnend – und zugleich Voraussetzung – für den Anliegergebrauch, dass das Grundeigentum in besonderer Weise auf das Vorhandensein und die Benutzung der Straße angewiesen sein muss. Ausgehend davon steht es nicht im alleinigen Entschluss des Anliegers, eine Zufahrt anzulegen. Ein entsprechender Antrag an die Beklagte als Straßenbaulastträgerin, die entsprechenden baulichen Maßnahmen am Straßenkörper vorzunehmen, kann nicht als bloße Förmelerei bezeichnet werden. Vielmehr hätte es die Gemeinde in der Hand, das Anlegen einer solchen Zufahrt abzulehnen. Die straßenrechtlichen Vorschriften enthalten unmittelbar keine Aussage über die sachlichen Voraussetzungen, unter denen dem Anlegen einer Zufahrt vom Straßenbaulastträger zuzustimmen wäre. Die Entscheidung liegt vielmehr im pflichtgemäßen Ermessen der Behörden; sie hat ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Ist der aus dem Anliegergebrauch abzuleitende Schutz lediglich auf den Erhalt einer angemessenen Zufahrt des Anliegergrundstücks beschränkt, lässt sich hieraus kein Anspruch auf eine zweite höhenangepasste Zufahrtsmöglichkeit ableiten. Der grundstücksbezogenen Garantie des Anliegergebrauchs ist vielmehr bereits durch eine vorhandene Zufahrt Genüge getan. Da bedeutet, dass im Verfahren zur Erteilung einer Gestattung zur Herstellung einer Zufahrt die Gesichtspunkte der Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs berücksichtigt werden können. Lediglich dann, wenn solche baulichen Maßnahmen nicht erforderlich sind, greift eine präventive Kontrollpflicht nicht. Das OVG Schleswig zieht daraus aber zu Recht nicht die Konsequenz, es müsse eine Sondernutzungserlaubnis beantragt werden.

C Gesetzesvorschlag

I Ausgangspunkt

Die Qualifizierung als Sondernutzung oder Gemeingebrauch in der Form des gesteigerten Anliegergebrauchs wird dem Entscheidungsprogramm, wie es sich aus den Gesetzen ergibt nicht gerecht. Es fällt schon auf, dass die Gesetze bestimmte Zufahrten nicht als Sondernutzung bezeichnen, sondern bestimmen, dass sie als Sondernutzung gelten. Zwar geht es bei der Nutzung von Zufahrten um eine spezielle Nutzung von Straßen, die schon deswegen nicht unter Gemeingebrauch fällt, weil sie nicht von jedermann ausgeübt werden kann. Die besonderen Bestimmungen der Straßengesetze zu Zufahrten zeigen jedoch, dass sie von einer speziellen Art der Nutzung ausgehen, die nicht den sonstigen Nutzungsregime unterfallen. Dies wird v. a. in den Straßengesetzen deutlich, die besondere Vorschriften über den sonstigen Anliegergebrauch (etwa § 14 a StrWG NRW) enthalten. Wenn man davon ausgeht, dass diese Regelungen auch für diejenigen Straßengesetze, die sie nicht enthalten, Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze sind, gilt dieser Befund für alle Straßengesetze.

Aus den Schwierigkeiten, die nach wie vor in der Auslegung der Vorschriften über die zu Zuwegungen in den einzelnen Straßengesetzen erwachsen, könnte schließlich überlegt werden, diese Normen neu zu fassen. Der Vorschlag geht davon aus, dass offenbar vielfach von der Straßenbauverwaltung – und der Rechtsprechung – wegen der gewandelten Verkehrsverhältnisse die Notwendigkeit gesehen wird, die Anlegung namentlich von Zufahrten einer vorherigen Kontrolle zu unterziehen. Die Einordnung einer solchen Kontrollerlaubnis als Sondernutzung erscheint jedoch nicht sachgerecht. Insbesondere dann, wenn eine Zufahrt auch dann einer vorherigen Kontrolle unterworfen werden soll, wenn sie nach der – bisherigen – Diktion unter den gesteigerten Anliegergebrauch fällt, ist es gerechtfertigt, eine eigenständige Regelung anzustreben. Dabei bestehen meines Erachtens keine grundsätzlichen Bedenken dagegen, eine Zuwegung oder eine Zufahrt auch dann unter einen präventiven Erlaubnisvorbehalt zu stellen, wenn auf deren Einrichtung oder Behalt nach Maßgabe des Anliegergebrauchs ein Anspruch besteht. So ist in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung anerkannt, dass auch dann, wenn eine Sondernutzung der Ausübung eines kommunikativen Grundrechts dient, die Anordnung einer vorherigen Kontrollerlaubnis

gerechtfertigt ist, es sei denn, es ist von vornherein ausgeschlossen, dass eine Beeinträchtigung entgegenstehender Belange eintreten kann.

II Regelungsvorschlag

§ 8a FStrG

(1) Zuwegungen sind Zufahrten und Zugänge. Eine Zufahrt ist die für die Benutzung mit Fahrzeugen bestimmte Verbindung von Grundstücken oder von nichtöffentlichen Wegen mit einer Straße. Ein Zugang ist die sonstige Verbindung mit Grundstücken. Den Zufahrten oder Zugängen stehen die Anschlüsse nicht öffentlicher Wege gleich.

(2) Anlieger ist der Eigentümer eines Grundstücks, das an die öffentliche Straße angrenzt oder durch sie erschlossen wird. Ist an einem solchen Grundstück ein Erbbaurecht, ein Nießbrauch oder ein sonstiges dinglich gesichertes Nutzungsrecht bestellt, so ist der daraus Berechtigte ebenfalls Anlieger. Ist ein Grundstück von der öffentlichen Straße durch einen nicht zu ihr gehörenden Geländestreifen getrennt, bleibt dieser außer Betracht.

(3) Zuwegungen bedürfen, wenn sie neu angelegt oder geändert werden, einer Erlaubnis (Zuwegungserlaubnis).⁴³

Alternative: Zuwegungen bedürfen nur dann, wenn sie zu Bundesstraßen außerhalb der zur Erschließung der anliegenden Grundstücke bestimmten Teile der Ortsdurchfahrten neu angelegt oder geändert werden, einer Erlaubnis (Zuwegungserlaubnis).⁴⁴

Eine Änderung liegt auch vor, wenn sie gegenüber dem bisherigen Zustand einem erheblich größeren oder einem andersartigen Verkehr als bisher dienen soll. Einer Erlaubnis bedarf es nicht für die Anlage neuer oder die Änderung bestehender Zuwegungen

1. im Zusammenhang mit der Errichtung oder erheblichen Änderung baulicher Anlagen, wenn die oberste Landesstraßenbaubehörde nach § 9 Abs. 2 zugestimmt oder nach § 9 Abs. 8 eine Ausnahme zugelassen hat,
2. in einem förmlichen Planungsverfahren oder einem Flurbereinigungsverfahren auf Grund des Wege- und Gewässerplans.

Statt einer Erlaubnis ist die Zustimmung des Straßenbaulastträgers erforderlich, wenn die Zuwegung

im Zusammenhang mit der Errichtung oder Änderung einer baulichen Anlage neu anlegt oder geändert werden soll, für die ein Genehmigungsverfahren durchgeführt wird.⁴⁵

(4) In der Zuwegungserlaubnis oder Zustimmung kann eine Änderung der beantragten Zuwegung aufgegeben werden, soweit dies die Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs erfordert.⁴⁶ Aus den gleichen Gründen kann die Erlaubnis oder Zustimmung versagt werden, es sei denn, das Grundstück besitzt keine anderweitige ausreichende Verbindung zu dem öffentlichen Wegenetz, die für die angemessene Nutzung des Grundstücks erforderlich ist. In der Erlaubnis ist auch über einen Eingriff in den Straßenkörper zu entscheiden. Maßgebend sind hier Art und Weise der Anlage der Zuwegung sowie die dabei zu beachtenden Regeln der Technik.

Zur Alternative: Erfordert die erlaubnisfreie Anlage oder Änderung einer Zuwegung einen Eingriff in den Straßenkörper, ist hierfür die schriftliche Zustimmung des Trägers der Straßenbaulast erforderlich. Die Zustimmung darf nur versagt oder mit Nebenbestimmungen versehen werden, wenn dies die Art und Weise der Anlage der Zuwegung sowie die dabei zu beachtenden Regeln der Technik und die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs erfordert.

(5) Unbeschadet einer Erlaubnis oder Zustimmung kann die Änderung oder Beseitigung für eine Zuwegung angeordnet werden, wenn dies die Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs erfordert. Der Träger der Straßenbaulast ist außerdem berechtigt, nicht mehr benötigte bauliche Anlagen an der Straße, insbesondere Gehwegüberfahrten auf Kosten des Anliegers zu beseitigen.

⁴³ Dieser Begriff soll eingeführt werden, um eine Verwechslung mit anderen, etwa Sondernutzungserlaubnissen auszuschließen.

⁴⁴ Hier kann der Gesetzgeber entscheiden, ob er sämtliche Zuwegungen unter eine Erlaubnispflicht stellt. Die Regelung der Erlaubnispflichtigkeit von Zuwegungen soll jedenfalls abschließend sein.

⁴⁵ Damit wird die Entscheidung über die Zuwegung aufgedrängtes Fachrecht im Sinne des Baugenehmigungsverfahrens.

⁴⁶ Es soll klar bestimmt werden, dass nur diese Kriterien maßgebend sind.

(6) Für die Unterhaltung der Zufahrten und Zugänge gilt § 8 Abs. 2a Satz 1 und 2 und Absatz 7a entsprechend.

(7) Werden auf Dauer Zuwegungen durch die Änderung oder die Einziehung von Bundesstraßen unterbrochen oder wird ihre Benutzung erheblich erschwert, so hat der Träger der Straßenbaulast einen angemessenen Ersatz zu schaffen oder, soweit dies nicht zumutbar ist, eine angemessene Entschädigung in Geld zu leisten. Mehrere Anliegergrundstücke können durch eine gemeinsame Zufahrt angeschlossen werden, deren Unterhaltung nach Absatz 6 den Anliegern gemeinsam obliegt. Die Verpflichtung nach Satz 1 entsteht nicht, wenn die Grundstücke eine anderweitige ausreichende Verbindung zu dem öffentlichen Wegenetz besitzen oder wenn die Zuwegung auf einer widerruflichen Erlaubnis beruhen.

(8) Werden für längere Zeit Zuwegungen durch Straßenarbeiten unterbrochen oder wird ihre Benutzung erheblich erschwert, ohne dass von Behelfsmaßnahmen eine wesentliche Entlastung ausgeht, und wird dadurch die wirtschaftliche Existenz eines anliegenden Betriebs gefährdet, so kann dessen Inhaber eine Entschädigung in der Höhe des Betrages beanspruchen, der erforderlich ist, um das Fortbestehen des Betriebs bei Anspannung der eigenen Kräfte und unter Berücksichtigung der gegebenen Anpassungsmöglichkeiten zu sichern. Der Anspruch richtet sich gegen den, zu dessen Gunsten die Arbeiten im Straßenbereich erfolgen. Absatz 7 Satz 3 gilt entsprechend.

(9) Eine angemessene Entschädigung in Geld kann der Inhaber eines Betriebs auch beanspruchen, wenn die Beeinträchtigungen durch Bauarbeiten an der Straße nach Art und Dauer über das hinausgehen, was bei ordnungsgemäßer Planung und Durchführung der Arbeiten notwendig und unvermeidbar ist, oder wenn es bei der Bauausführung zu Verzögerungen kommt, die durch eine sorgfältige Planung und Durchführung zu vermeiden gewesen wären.⁴⁷

(10) Wird durch den Bau oder die Änderung der Straße der Zutritt von Licht oder Luft zu einem Grundstück auf Dauer entzogen oder erheblich beeinträchtigt, so hat der Träger der Straßenbaulast für dadurch entstehende Vermögensnachteile eine angemessene Entschädigung in Geld zu gewähren.

(11) Hat der Entschädigungsberechtigte die Entstehung eines Vermögensnachteils mitverursacht, so gilt § 254 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend. Für die Ansprüche nach den Absätzen 7 bis 10 ist der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben.

⁴⁷ Dieser Vorschlag kodifiziert der Rechtsprechung des BGH; vgl. OSSENBÜHL/CORNILS (o. Fußn. 38), S. 186 f. Damit wäre zugleich der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben, weil der Anspruch nicht mehr aus den Grundsätzen des enteignungsähnlichen Eingriffs hergeleitet wird.

Prof. Dr. Michael Rodi,
IKEM (Berlin) und Universität Greifswald

Straßenrecht und Klimaschutz

Der Verkehrssektor ist die größte Herausforderung für das Gelingen der Energiewende.¹ Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, wie die Treibhausgasemissionen des Straßenverkehrs drastisch gesenkt werden können. Im Folgenden soll dazu die vorhandene Instrumentenbox betrachtet werden, mit einem besonderen Fokus auf das klassische Instrumentarium des Straßenrechts in einem weiteren Sinne vom Straßen- und Wegerecht der Länder, über das Straßenverkehrs- sowie Straßenverkehrszulassungsrecht bis hin zur Steuerung des Straßenverkehrs durch Gebühren, Abgaben und Steuern.

Die Bundesregierung hat sich bereits im Energiekonzept vom September 2010 das Ziel gesetzt, Deutschlands Treibhausgasemissionen bis 2050 im Vergleich zu 1990 um 80-95 % zu senken.² Im Klimaschutzplan 2050 der Bundesregierung vom November 2016 wird das so formuliert, dass der Verkehr im Jahr 2050 nahezu unabhängig von Kraftstoffen mit fossilem Kohlenstoff und somit weitgehend treibhausgasneutral sein soll.³ Als mittelfristiges Ziel soll der Verkehr danach bis 2030 seine Emissionen um 40-42 % gegenüber 1990 reduziert haben. Die Dimension dieser Herausforderung wird deutlich, wenn man die bisherige Entwicklung betrachtet. Im Gegensatz zu anderen Sektoren sind die Treibhausgasemissionen bis 2016 nicht zurückgegangen, sondern sogar leicht gestiegen; der Anteil des Verkehrs an den nationalen Treibhausgasemissionen stieg in der Folge von 13 % auf 18 % an.⁴ Trotz der Zunahmen des Luftverkehrs spielt dabei der Straßenverkehr nach wie vor und auf absehbare Zeit die entscheidende Rolle.⁵

Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden zunächst die denkbaren Dekarbonisierungspfade vorgestellt werden (I). Dem schließt sich eine systematische Analyse des dafür zur Verfügung stehenden politischen und rechtlichen Instrumentariums an (II).

I Die Wege zur Verkehrswende

Das Ziel einer weitgehenden Klimaneutralität des Verkehrs bis 2050 kann als Verkehrswende bezeichnet werden. Dabei lassen sich die Optionen

einer Vermeidung von Verkehr und einer Verlagerung des Verkehrs auf klimafreundlichere Verkehrsträger der Mobilitätswende zuordnen; diese sorgt für die Senkung des Endenergieverbrauchs ohne Einschränkung der Mobilität. Die Mobilitätswende im Verkehr wird durch eine Energiewende im Verkehr ergänzt; hier geht es um die Deckung des verbleibenden Endenergiebedarfs mit klimaneutraler Antriebsenergie.⁶ Mit neuartigen Antriebsarten und Kraftstoffen soll die Energieversorgung zunehmend aus erneuerbaren Energiequellen erfolgen.⁷

1 Vermeidung von Verkehr

Mit dem Ziel einer Vermeidung von Verkehr wird angestrebt, Verkehr gar nicht erst entstehen zu lassen oder aber auf physische Ortsveränderungen und Konsum zu verzichten, welche zu Transportvorgängen führen; in der Klimaschutzpolitik geht es insbesondere darum, die Anzahl von motorisierten Fahrten oder Fahrtweiten zu reduzieren.⁸ Im städti-

¹ Außer Betracht bleibt damit die zweite klimapolitische Herausforderung für den Straßenverkehr, die Anpassung an den Klimawandel; vgl. hierzu etwa S. WEIDLICH, Regelungsbedarfe zur Anpassung des Straßenverkehrs an den Klimawandel, NZV 2011, 73 ff.

² Bundesregierung, Energiekonzept für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung. Beschluss des Bundeskabinetts vom 28.10.2010 (https://m.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2017/11/2017-11-14-beschluss-kabinett-umwelt.pdf).

³ Bundesregierung, Klimaschutzplan 2050. Klimaschutzpolitische Grundsätze und Ziele der Bundesregierung, November 2016, S. 50 (<https://www.bmub.bund.de/publikation/klimaschutzplan-2050-klimaschutzpolitische-grundsätze-und-ziele-der-bundesregierung>). Für einen Überblick zu den verschiedenen nationalen und internationalen klimapolitischen Zielen im Verkehrssektor vgl. Umweltbundesamt, Klimaschutzbeitrag des Verkehrs bis 2016, UBA Texte 56/2016, Tabellen 3-6.

⁴ Alle Daten nach UBA, Emissionen des Verkehrs, 2017 (<https://www.umweltbundesamt.de/daten/verkehr/emissionendes-verkehrs#textpart-1>).

⁵ UBA (o. Fußn. 3), Abbildung 8, S. 31, für ein Referenz- und ein Klimaschutzszenario.

⁶ Vgl. zu dieser Systematisierung etwa Agora Verkehrswende, Mit der Verkehrswende die Mobilität von morgen sichern. 12 Thesen zur Verkehrswende, 2017, These 1, S. 13 ff.: „Die Verkehrswende gelingt mit der Mobilitätswende und der Energiewende im Verkehr“ (bei der Agora handelt es sich um eine Initiative. Regeln für Autoren wurden analog angewandt).

⁷ UBA (o. Fußn. 3), S. 61 ff.

⁸ P. TRIBISCH/E. GAWEL, Klimaschutzpolitik im Bereich des motorisierten Individualverkehrs in Deutschland. Eine ökonomische Analyse, 2017, S. 21 f.

schen Umfeld kann die Verkehrsvermeidung, sofern diese nicht ausschließlich auf Verzicht fußen soll, im Wesentlichen nur auf Basis einer integrierten Stadt- und Verkehrsplanung erfolgen. Konzeptuell anzustreben sind hierbei Städte mit einer Mischnutzung, die für möglichst kurze zurückzulegende Wege zwischen Arbeitsplatz, Freizeit, Einkauf und Ausbildungsstätte sorgen.⁹ Darüber hinaus ist eine Vermeidung nur durch Suffizienz, etwa in Form von Konsumverzicht, Verzicht auf Autofahrten oder einer nicht auf dem Wachstum physischer Wirtschaftsgüter basierenden Ökonomie zu erreichen.

2 Verlagerung von Verkehr (modal shift)

Verlagerungen von Verkehr streben in der Regel dessen Abwicklung auf einem klima- und umweltfreundlicheren Verkehrsträger oder Verkehrsmittel als dem bisherigen an, so beispielsweise von der Straße auf die Schiene oder der Luft auf das Wasser.¹⁰

Im städtischen Kontext ist in Bezug auf den Personenverkehr vor allem die Verlagerung vom individuellen Autoverkehr zum Umweltverbund (ÖPNV, Rad- und Fußverkehr) von praktischer Bedeutung. Im Mittelpunkt steht dabei eine Verbesserung multimodaler Mobilität um den ÖPNV herum, ergänzt durch Carsharing, neue flexible Nahverkehrselemente (Bürgertaxis, Pedilegs etc.) sowie durch neue App-Plattformen.¹¹ In Bezug auf den städtischen Güterverkehr geht es um neue Logistik- und Verteilkonzepte.¹²

Die Diskussion im Personen- und Güterfernverkehr dreht sich um die altbekannte Diskussion über eine Verlagerung des Verkehrs von der Straße auf die Schiene. Die diesbezüglich relevanten verkehrspolitischen Weichenstellungen liegen in der Bundesrepublik zum Teil viele Jahrzehnte zurück und sind nur mit sehr großem finanziellen und planerischen Aufwand umzugestalten. Dabei stellt die Kapazität des Schienenverkehrsnetzes einen entscheidenden Engpass dar. Massive Defizite bestehen hier insbesondere in Bezug auf den Güterverkehr. Die Wettbewerbsposition des Güterschienenverkehrs muss gestärkt werden, etwa durch faire Nutzungsgebühren für den Straßenverkehr.¹³ Zudem ist für einen stärkeren Wettbewerb auf der Schiene zu sorgen, etwa durch eine weitere Entflechtung der Unternehmen auf der Angebotsseite.

3 Klimapolitische Verbesserungen des Verkehrs

Klimapolitische Verbesserungen des Verkehrs zielen darauf ab, den Treibhausgasausstoß pro gefahrenen Kilometer zu senken; dies kann sich auf die beförderte Person (Personenkilometer) oder das bewegte Kraftfahrzeug beziehen. In Bezug auf alle Antriebstechniken kann dies durch Effizienzsteigerungen geschehen. Daneben steht die Entwicklung klimafreundlicher Treibstoffe und/oder Antriebstechniken. Dabei lassen sich drei Bereiche unterscheiden:

(1) neue Treibstoffe für traditionelle Verbrennungsmotoren (z. B. Biotreibstoffe);

(2) direkte Elektromobilität (z. B. batteriebetriebene Fahrzeuge), betrieben durch erneuerbare Energien;

(3) indirekte Elektromobilität (Strom aus erneuerbaren Quellen wird in Wasserstoff oder synthetisches Gas umgewandelt).

Daneben treten (4) neue Verkehrssysteme wie Car-Sharing oder autonomes Fahren mit klimaschützenden Potenzialen.

a) Klimaschonende Treibstoffe für klassische Verbrennungsmotoren

Biokraftstoffe (u. a. Bioethanol, Biodiesel) können gleichermaßen zur Verbesserung des Verkehrssystems unter Klimaschutzaspekten beitragen, sollten perspektivisch dennoch nur dort eingesetzt werden, wo andere technische Lösungen noch fehlen (v. a.

⁹ Vgl. hierzu etwa Agora Verkehrswende (o. Fußn. 6), S. 13 ff., 25 ff.

¹⁰ Zu den Klimawirkungen verschiedener Verkehrsmittel: UBA (o. Fußn. 3).

¹¹ Vgl. dazu etwa das Projekt „Integrierte Mobilitätskonzepte zur Einbindung unterschiedlicher Mobilitätsformen in ländlichen Räumen“ (http://www.ikem.de/wp-content/uploads/2017/03/Hoenninger_Wittowsky_Hunsicker_Herget_Schwartzbach_Doderer_Schäfer-Stradowsky_Integrierte_Mobilitätskonzepte.pdf) sowie den Schlussbericht des Forschungsprojektes „inmod“ zur „Revitalisierung des ÖPNV im ländlichen Raum intermodal und elektrisch betrieben“ (http://www.ikem.de/wp-content/uploads/2016/08/imod_Schlussbericht.pdf).

¹² Vgl. dazu etwa das Forschungsprojekt des IKEM „Low Carbon Logistics“ (<http://www.ikem.de/portfolio/low-carbon-logistics>).

¹³ Vgl. dazu unten II.4.d.

Luftverkehr). Gegenwärtig finden Biokraftstoffe vor allem als Beimischung zu konventionellen Kraftstoffen, zum Beispiel in Form von Benzin mit beigemischem Bioethanol (Superbenzin E5 und E10 in Deutschland) oder auch als der Kraftstoff E85 in Flex-Fuel-Fahrzeugen (unter anderem in den USA, Frankreich, Schweden), im großen Maßstab Verwendung.¹⁴

Allerdings zeichnet sich ein politischer Konsens ab, zukünftig keine aus potenziellen Nahrungsmitteln gewonnene Biokraftstoffe (erste Generation) mehr zu verwenden. Im Übrigen sollte der Einsatz von Biokraftstoffen auf Bereiche beschränkt werden, in denen auch nach einer weitgehenden Elektrifizierung des Straßenverkehrs Verbrennungsmotoren nur schwer ersetzbar sind¹⁵ und aus nachhaltigen Anbau- und Nutzungsformen stammen, die ihrerseits positive Natur-, Umwelt- und Klimawirkungen haben können.

b) Direkte Elektromobilität

Direkte Elektromobilität ist dadurch gekennzeichnet, dass das Fahrzeug mit Strom betrieben wird. Klassische Anwendungen finden sich im Schienenverkehr (Eisenbahnverkehr, S- und U-Bahnen, Straßenbahnen) sowie zwischenzeitlich bei Oberleitungsbussen. Aktuell bezieht sich die Diskussion vor allem auf batteriebetriebene Fahrzeuge, neben E-Bikes (Pedelecs) insbesondere batteriebetriebene Elektro-PKW.

Neben der batteriebetriebenen Elektromobilität stehen – in der Tradition der Oberleitungs-Busse – Verkehrssysteme, die nicht geladenen Strom speichern, sondern direkt zur Verwendung aufnehmen. Dies kann nach dem Vorbild der O-Busse durch Oberleitungen oder induktiv erfolgen. Das Konzept von Oberleitungen wird insbesondere im Bereich der Elektrifizierung des Schwerlastverkehrs auf der Straße diskutiert (E-Highway).¹⁶

Nach jetzigem Kenntnisstand wird die direkte Elektromobilität einen effizienten und kostengünstigen Teil eines zukünftigen dekarbonisierten Verkehrssystems darstellen.¹⁷ Dieses Element kann und sollte bereits jetzt etabliert werden; seine Klimawirksamkeit wird dann entsprechend des steigenden Anteils erneuerbarer Energie an der Stromversorgung zunehmen. Um das Henne-Ei-Problem (mangelnder Markthochlauf wegen fehlender Infrastruktur – fehlende Infrastruktur wegen mangelnden Markthochlaufs) zu durchbrechen, hat die Politik

den Infrastrukturausbau zu fördern.¹⁸ Zudem ist bereits jetzt an den absehbaren Problemen der Stromversorgung zu arbeiten, insbesondere sind die (Verteil-)Netze zu ertüchtigen.¹⁹

c) Indirekte Elektromobilität

Indirekte Elektromobilität ist ebenfalls (EE-)strombasiert; der Antrieb erfolgt hier jedoch nicht durch Elektrizität, sondern durch Kraftstoffe, die aus Strom gewonnen werden. Dabei ist nach Treibstoffen zu differenzieren, da diese unterschiedliche infrastrukturelle Voraussetzungen haben.

In einem seit langem bekannten Verfahren wird mit einer Wasserelektrolyse als ersten technischen Schritt mit Strom Wasser (H₂O) in Wasserstoff (H₂) und Sauerstoff (O₂) gespalten. In einem zweiten Schritt kann unter Beiziehung von CO₂ Methan und damit künstliches Gas erzeugt werden. Ein weiterer Schritt wird derzeit im Rahmen von Demonstrationsvorhaben erforscht: die Umwandlung in flüssige Kraftstoffe wie Benzin oder Diesel (Power-to-Liquid). Dieser letzte Schritt ist deshalb von besonderem Interesse, da die flüssigen Kraftstoffe eine enorme Energiedichte erreichen und im Rahmen der heutigen Fahrzeugtechnologie genutzt werden können. Allerdings ist das Verfahren auch äußerst energie- und kostenträchtig und deshalb gegenwärtig nicht einsetzbar.²⁰

Mit der Wasserelektrolyse ist Mobilität bereits auf der Stufe des Wasserstoffes möglich. Durch eine chemische Reaktion erfolgt eine Umwandlung zu Wasser, bei der mit Brennstoffzellen Elektrizität gewonnen werden kann. Technisch erfolgt der Antrieb der Brennstoffzellenfahrzeuge nach dem Prinzip der direkten Elektromobilität. Für die Was-

¹⁴ TRIBISCH/GAWEL (o. Fußn. 8), S. 27 ff., zum entsprechenden politischen Instrumentarium.

¹⁵ Vgl. Sachverständigenrat für Umweltfragen: Umweltgutachten 2012 – Verantwortung in einer begrenzten Welt, Juni 2012, S. 152 f.

¹⁶ Vgl. dazu des Forschungsprojekt ENUBA II, Elektromobilität bei schweren Nutzfahrzeugen zur Umweltentlastung von Ballungsräumen (<http://www.ikem.de/portfolio/enuba-ii>).

¹⁷ UBA (o. Fußn. 3), S. 72 ff.

¹⁸ Vgl. dazu unten II.1.b.

¹⁹ Vgl. dazu J. MÜLLER-KIRCHENBAUER/U. LEPRICH, Anforderungen an leistungsfähige Verteilnetze im Rahmen der Energiewende, EnWZ 2013, 99 ff.

²⁰ UBA (o. Fußn. 3), S. 72 ff.

serstoffversorgung ist allerdings der Aufbau einer eigenständigen Infrastruktur notwendig.

Synthetisches Gas (Methan) kann wie Erdgas und damit auf der Grundlage traditioneller Gasfahrzeuge verwendet werden. Angesichts der Kosten des Methanisierungsprozesses ist das zumindest gegenwärtig keine realistische Option.²¹ Allerdings spricht viel dafür, dass mit dem Fortschreiten der Energiewende auf diese Speichermöglichkeit zurückgegriffen werden muss. Auch dafür ist eine spezifische Infrastruktur notwendig. Allerdings besteht diese teilweise schon und hat mit den Gas-, Fern- und Nahversorgungsnetzen eine Leistungsinfrastruktur. Für den Ausbau der Gasmobilität spricht, dass dieser auch auf der Grundlage von Erdgas erfolgen kann; wie bei strombasierten Anwendungen kann man dann zukünftig relativ problemlos Erdgas sukzessive durch synthetisches Gas ersetzen.

d) Neue Verkehrssysteme und -konzepte

Daran anknüpfend bietet autonomes Fahren die Möglichkeit zu einer rationaleren Abwicklung des Personenverkehrs (MIV) und zur Vermeidung von Parksuchverkehr. Autonomes Fahren ist geeignet, die Effizienz des Verkehrssystems zu erhöhen und die Multimodalität zu fördern.²²

Carsharing ist in vielen deutschen Städten in Form flexibler (Car2go, DriveNow, Multicity), stationsbasierter (Flinkster, Cambio, Greenwheels) sowie kombinierter Betreibermodelle vorzufinden und soll unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten vor allem zur Reduzierung des privaten Pkw-Besitzes (und von Pkw-Fahrten) beitragen. Wissenschaftliche Untersuchungen kommen diesbezüglich zu unterschiedlichen Resultaten. Die tatsächliche Ersetzung von Privatfahrzeugen durch Carsharing ist häufig nur ungenau zu quantifizieren und fällt je nach herangezogener Quelle sehr unterschiedlich aus. Im Zuge des derzeitigen Nutzungsumfanges sind etwaige positive Wirkungen auf Klima und Umwelt noch vernachlässigbar gering, weshalb vor allem die verkehrlich-räumlichen Effekte zu betonen sind, welche unterstützend auf ein flächeneffizientes Verkehrssystem hinwirken und wiederum Vorteile bei allen Nachhaltigkeitskriterien implizieren können.²³ Darüber hinaus ist zu vermuten, dass viele Kundenfahrten der flexiblen Carsharing-Anbieter komplementär zu anderen zur Verfügung stehenden Verkehrsangeboten absolviert werden. Der Belegungsgrad liegt mit 1,6 Personen je Carsha-

ring-Flex-Fahrzeug (DriveNow) nur geringfügig über der durchschnittlichen Pkw-Belegung von z. B. 1,3 Personen in Berlin.²⁴ Das Hauptpotenzial des Carsharing im Rahmen des klimapolitischen Instrumentenmixes wird man darin zu sehen haben, dass es Nahverkehrsangebote und den modal split zu ergänzen und abzurunden vermag; sein Beitrag ist somit ein indirekter und setzt andere dort ansetzende Instrumente voraus.²⁵

II Instrumentarium

Für das Ziel den Klimaschutz im Straßenverkehr zu verbessern gibt es vielfältige rechtliche Anknüpfungspunkte. Eine Zuordnung des Instrumentariums nach den übergeordneten verkehrswissenschaftlichen Kategorien (Vermeiden, Verlagern, Verbessern) ist nur bedingt möglich; so hat etwa die Erhöhung von Energiesteuern Vermeidungswirkungen, Verlagerungswirkungen und Verbesserungswirkungen.²⁶ Die folgende Analyse soll deshalb denkbare instrumentelle Ansätze danach systematisieren, auf welchen Pfaden die klimaschützende Wirkung angestrebt wird (Planungsansätze, Ordnungsrecht, finanzielle Anreize).

Natürlich setzen alle diese Instrumente letztendlich an menschlichem Verhalten an. Treibhausgasemissionen werden durch menschliches Verhalten verursacht und können durch Verhaltensänderung vermieden werden. Deshalb soll hier vorab darauf hingewiesen werden, dass dem Staat damit auch die gesamte Palette von Möglichkeiten direkter und auch indirekter Verhaltenssteuerung zur Verfügung steht. Er kann etwa durch Aufklärung und Erziehung zu einem veränderten Mobilitätsverhalten beitragen. Entsprechende Ausbildungsinhalte können auch rechtlich vorgeschrieben werden. Beispielsweise muss man in der theoretischen Prüfung

²¹ UBA (o. Fußn. 3), S. 72 ff.

²² Europäische Kommission, Eine Strategie für emissionsarme Mobilität, 2016, S. 3 f.

²³ Vgl. H. BLÜMEL/M. HERRMANN-FIECHTNER, Carsharing und seine Wirkung auf den Parkraum am Beispiel von stationsunabhängigen Angeboten, 2017, S. 2 ff.

²⁴ Vgl. BMUB, 2016, S. 161 f.

²⁵ F. HÜLSMANN/W. ZIMMER, Klimaschutz durch geteiltes Fahrglück?, Postfossile Mobilität. Zukunftstauglich und vernetzt unterwegs, politische ökologie 2014, S. 67 ff.

²⁶ TRIBISCH/GAWEL (o. Fußn. 8), S. 23.

zur Erlangung eines Führerscheins nachweisen, dass man über ausreichende Kenntnisse einer umweltbewussten und energiesparenden Fahrweise verfügt und zu ihrer praktischen Anwendung in der Lage ist (§ 2 Abs. 5 Nr. 4 StVG i. V. m. § 16 Fahrerlaubnis-VO). Derartige Regelungen einer indirekten Verhaltenssteuerung im weiteren Sinne werden vorliegend nicht weiter thematisiert und vertieft.

1 Planungsansätze

a) Verkehrsvermeidung durch Städteplanung

Früher, insbesondere in den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts, hat die Politik auf eine räumliche Trennung verschiedener Lebensbereiche (z. B. Wohnen und Arbeiten) gesetzt, um so Konflikte zu reduzieren. Das wurde später als eine Ursache für den massiv ansteigenden Verkehr erkannt. Heute steht das Leitbild einer integrierten Verkehrs- und Städteplanung im Fokus. Instrumentell führt dies in die Bereiche des Raumplanungs- und Städtebaurechts, die nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind.²⁷

Das Straßenverkehrsrecht hat insoweit nur eine ergänzende und flankierende Funktion. Die StVO ermächtigt auch zu Verkehrsbeschränkungsmaßnahmen aus städtebaulichen Gründen. Nach § 45 Abs. 1 lit. b S. 1 Nr. 5 StVO kann die Straßenverkehrsbehörde die notwendigen Anordnungen zur Unterstützung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung treffen. Im Rahmen von Stadtentwicklungskonzepten kommt diese Ermächtigung zur Unterstützung verkehrspolitischer Zielsetzungen aber nur flankierend zum Zuge. Mit der Anknüpfung an die städtebauliche Entwicklung und damit an das Bauleitplanungsrecht müssen sich straßenverkehrsrechtliche Verkehrsbeschränkungen, die aus städtebaulichen Gründen erfolgen, an das halten, was das Bauplanungsrecht vorgibt.²⁸

b) Infrastrukturplanung, insbesondere in Bezug auf alternative Antriebe und synthetische Kraftstoffe

Neue CO₂-freie Antriebstechnologien werden sich am Markt nur durchsetzen, wenn ausreichend Infrastruktur für das Betanken zur Verfügung steht. Das betrifft batteriebetriebene Elektrofahrzeuge ebenso wie mit synthetischem Gas betriebene Gasfahrzeuge oder mit Wasserstoff betriebene Fahrzeuge auf der Grundlage von Brennstoffzellen. Im Falle direk-

ter Elektromobilität wird die öffentliche Infrastruktur noch durch private (zu Hause oder am Arbeitsplatz) sowie halböffentliche Lademöglichkeiten (etwa auf dem Gelände von Einkaufszentren oder in Parkhäusern) ergänzt. In Bezug auf eine flächendeckende Ladeinfrastruktur steht die Politik vor einem Henne-Ei-Problem: Der Markthochlauf hängt auch stark von ausreichender Tank- bzw. Ladeinfrastruktur ab und umgekehrt.

Die Kommission hat erkannt, dass die Schaffung von Infrastruktur für klimafreundliche Verkehrsarten eine europäische Aufgabe ist.²⁹ Dies gilt insbesondere für die Normung der Anschlüsse und die Gewährleistung einer europaweiten Mindestausstattung. Dazu hat der europäische Gesetzgeber eine Richtlinie über die Infrastruktur für alternative Kraftstoffe (AKI-RL) erlassen. Auf dieser Grundlage hatten die Mitgliedstaaten Strategierahmen zu entwickeln.³⁰ Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht nur zur Schaffung einer angemessenen Anzahl von öffentlich zugänglichen Ladepunkten für Elektrofahrzeuge bis zum 31.12.2020 (Art. 4 Abs. 1 AKI-RL), sondern verpflichtet sie auch zur Einrichtung einer angemessenen Zahl von LNG-Tankstellen in Seehäfen zum Betrieb von LNG Binnen- und Seeschiffen im TEN-V-Kernnetz bis zum 31.12.2025 (Art. 6 Abs. 1 AKI-RL) sowie in Binnenhäfen (Art. 6 Abs. 2 AKI-RL). Ferner verpflichtet sie für den Fall, dass sich die Mitgliedstaaten dafür entscheiden Wasserstoff in ihre Nationalen Strategierahmen aufzunehmen, zur Bereitstellung einer angemessenen Anzahl von Wasserstofftankstellen bis zum 31.12.2025 (Art. 5 Abs. 1 AKI-RL).

Der Nationale Strategierahmen (NSR) der Bundesregierung bezieht sich auf die Ladeinfrastruktur für Elektrofahrzeuge sowie auf die Tankinfrastruktur für Gasfahrzeuge und Brennstoffzellenfahrzeuge (Wasserstoff). Der NSR beruht im Wesentlichen auf einem Marktanzreizprogramm, also auf dem Gedanken finanzieller Förderung; im Bereich der Gasmobilität verlässt sich die Bundesregierung allein auf nachfrageseitige Maßnahmen. Die am 17.03.2016 in Kraft getretene Ladesäulenverordnung (LSV)

²⁷ Vgl. dazu etwa WEIDLICH (o. Fußn. 1), 76 ff.

²⁸ R. JAHN, Rechtsfragen innerstädtischer Verkehrsbeschränkungen, NZV 1994, 9.

²⁹ Europäische Kommission (o. Fußn. 22), S. 6 f.

³⁰ Zum Instrumentarium vgl. etwa TRIBISCH/GAWEL (o. Fußn. 8), S. 36 f.

enthält Mindestanforderungen zum Aufbau und Betrieb von öffentlich zugänglichen Ladepunkten für Elektrofahrzeuge sowie klare und verbindliche Regelungen zu Ladesteckerstandards.

Der Aufbau von Ladeinfrastruktur im öffentlichen Raum ist immer auch mit spezifischen straßenrechtlichen Problemen verbunden, so auch der Aufbau einer Schnellladeinfrastruktur auf Bundesfernstraßen. Dieser findet derzeit hauptsächlich auf Autobahnrastanlagen statt. Autobahnrastanlagen bestehen in rechtlicher Hinsicht einerseits aus Verkehrsanlagen, die überwiegend zum Straßenkörper gemäß § 1 Abs. 4 Nr. 1 FStrG gehören, andererseits aus den Nebenbetrieben. Letztere sind im Rahmen von Konzessionsverträgen für eine gewisse Dauer vom Bund auf Konzessionäre übertragen, während die übrigen Verkehrsanlagen im Eigentum des Bundes verbleiben und durch die Straßenbauverwaltung der Länder im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung betrieben werden. Der Aufbau einer Schnellladeinfrastruktur für Elektrofahrzeuge auf Autobahnrastanlagen kann also einerseits auf den Nebenbetrieben, andererseits auf den Verkehrsanlagen des Bundes erfolgen. Letztere Flächen sind nach dem FStrG als öffentliche Straßen dem verkehrlichen Gemeingebrauch gewidmet. Im Ergebnis bedarf sowohl die Errichtung als auch der Betrieb einer Schnellladestation auf den Verkehrsanlagen einer Sondernutzungserlaubnis der zuständigen Straßenbaubehörde, da sie weder dem verkehrlichen oder kommunikativen Gemeingebrauch, noch dem Anliegergebrauch zuzurechnen sind.³¹

Die öffentliche Infrastruktur muss in Bezug auf Elektrofahrzeuge durch eine angemessene Ladeinfrastruktur im privaten und halböffentlichen Bereich ergänzt werden. Hier gilt es zunächst Hemmnisse im Bereich des Zivilrechts (WEG/Mietrecht) zu beseitigen. Der Sondereigentümer oder ähnlich Berechtigte bedarf je nach Auslegung des § 22 Abs. 2 WEG bei Errichtung einer Ladestation jedenfalls die Zustimmung von $\frac{3}{4}$ der Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft oder die Zustimmung aller Wohnungseigentümer, da er mit dem Anbau auf das Gemeinschafts- und nicht das Sondereigentum baulich einwirken wird. Bei der Einrichtung einer Lademöglichkeit handelt es sich um eine Modernisierung gemäß § 559 BGB. Die Kosten können danach vom Vermieter auf den Mieter umgelegt werden. Der Mieter hat bisher keinen Anspruch auf die Bereitstellung einer Lademöglichkeit.³²

Zur Förderung des flächendeckenden Aufbaus von Ladeinfrastruktur könnte auch das Instrumentarium der Stellplatzpflicht eingesetzt werden. Die Stellplatzpflicht sollte um die Anforderung ergänzt werden, dass für einen bestimmten Prozentsatz neu zu schaffender Stellplätze jeweils auch ein Ladepunkt für Elektrofahrzeuge vorzusehen ist. Dieser Prozentsatz kann angepasst an den Markthochlauf der Elektromobilität sukzessive gesteigert werden.³³

c) Planung des Straßenraums (einschließlich ruhender Verkehr)

aa) Verkehrswegeplanung

Ein weiterer, klimapolitisch nicht unbedeutender Ansatzpunkt ist das Straßen- und Wegerecht mit seinem planerischen Aspekt der Widmung (bzw. Ent- oder Umwidmung). So wird heute die Verkleinerung des Straßenraums für den Verkehr (einschließlich des ruhenden Verkehrs und damit des Parkraums) gezielt zum Zweck einer Reduktion des individuellen Kraftverkehrs eingesetzt.³⁴ Natürlich lässt sich das KFZ-Verkehrsaufkommen im Rahmen der Einstufung und Widmung von Straßen erheblich beeinflussen (Fläche, Rang der Straßen, ...).

Mit der Einstufung von Straßen werden neben dem Träger der Straßenbaulast und der Zuständigkeit für die Widmung auch materielle Anforderungen an Planung und Bau von Straßen bestimmt.³⁵ Die Einstufung richtet sich grundsätzlich nach der Verkehrsbedeutung. Sie hat aber wegen der entsprechenden Ausstattung der Straße wiederum erheblichen Einfluss auf Art und Umfang des Verkehrsaufkommens. Deshalb kann der Entscheidungsträger im Rahmen der rechtlich nur grob determinierten Einordnung der Straße durch Umstufungen

³¹ M. HARTWIG/T. STERNICZUK, Probleme des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität des straßenrechtlichen Sondernutzungsrechts. Dargestellt am Beispiel des Aufbaus von Schnellladeinfrastruktur an Autobahnen, NVwZ 2016, 1375 ff.

³² Diese Reform anstoßend M. RODI/M. HARTWIG, Elektromobilität in der Tiefgarage, ZUR 2014, 592 ff.

³³ RODI/HARTWIG (o. Fußn. 32), 592, 594 ff.

³⁴ Vgl. dazu I. MOLENGA, Parkraumbewirtschaftung im Spannungsfeld von Effizienz und Verträglichkeit: eine ökonomische Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Sonderparkberechtigung Bewohnerparken, 2016.

³⁵ M. SAUTHOFF, Öffentliche Straßen, 2010, S. 71.

oder (Teil-)Einziehungen spürbar Einfluss auf das Verkehrsaufkommen nehmen.

Ähnliches gilt für die Widmung, mit der die Straße eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch wird.³⁶ Durch die Widmung können Beschränkungen der Benutzungsarten, Benutzungszwecke und Benutzungskreise entschieden werden.³⁷ Auch die Widmung kann damit zur Umsetzung von Konzepten zur Steuerung des innerstädtischen Verkehrs eingesetzt werden.³⁸

bb) Verkehrsermöglichende Ausstattung von Straßen

Ein traditionelles Thema der Präqualifikation von Straßen ist die Ermöglichung von Oberleitungs-Elektrizität (heute auch induktiv denkbar). Dieses Thema hat aktuell neue Relevanz erhalten. Das von mehreren Bundesministerien geförderte Konzept von Oberleitungs-LKW wird als ein möglicher Weg zur Elektrifizierung des LKW-Verkehrs angesehen.³⁹

Dieser Ansatz befindet sich gegenwärtig in der Testphase (mit ausgewählten Teststrecken). Stärker noch als für diese Testphase müsste für seine Realisierung das gesamte Straßenrecht reformiert werden. Insbesondere müsste eine integrierte Planung von Autobahnen und Oberleitungsinfrastruktur geschaffen werden. Das Verbot der Errichtung nicht zur Bundesstraße gehörender baulicher Anlagen an Autobahnen (§ 9 Abs. 1 BFStrG) läge es nahe, die Oberleitungsinfrastruktur als Teil der Autobahn aufzufassen, an der sie errichtet würde. Auch der Verkehr an der Oberleitung muss einem einfachen und jedem Verkehrsteilnehmer bekannten Regelungskomplex unterstehen, um sich reibungslos und insbesondere ohne Anpassung des Fahrerlaubnisrechts in den öffentlichen Verkehrsraum integrieren zu können.⁴⁰ Aus energiewirtschaftlicher Sicht ist die Oberleitungsinfrastruktur einschließlich der Unterwerke zur Streckeneinspeisung und aller Versorgungsleitungen bis zum Anschluss an die übergeordnete Netzebene als Elektrizitätsversorgungsnetz (§3 Nr. 16 EnWG) einzuordnen.⁴¹ In diese Richtung weisen bereits die Entscheidungen des BGH und der BNetzA zum Bahnstrom⁴² und zu den elektrischen Anlagen zur Versorgung der S-Bahn Berlin.⁴³ Auf den ersten Blick lassen sich der straßenrechtliche Gemeingebrauch an der Oberleitung und die Netzanschluss- und Zulassungsansprüche der §§ 17 und 20 EnWG in Einklang gebracht werden.⁴⁴ Auch viele energiewirtschaftliche Verordnungen können lediglich eine grobe Orientierung geben

und nicht unmittelbar auf die Oberleitungsinfrastruktur angewandt werden.⁴⁵

Nicht weniger herausforderungsvoll ist die verkehrsermöglichende Ertüchtigung von Straßen für autonomes Fahren. Hierfür müssen die Straßen umfassend mit Kommunikationsinfrastruktur (Roadside-units) ausgestattet werden. Autonome Fahrzeuge können nicht nur durch fahrzeugseitige Systemarchitektur agieren, sondern benötigen auch auf der Straße installierte Technik in Form von Radar- oder Lidar(Light Detection and Ranging)-Systemen. Die straßenseitige Infrastruktur soll eine fahrzeugseitige nicht erreichbare genaue Umgebungserkennung ermöglichen und damit die Steuerung des Fahrzeugs unterstützen. Hierbei geht es insbesondere um die Bereiche der Redundanz, des vorausschauenden Fahrens, das Vermeiden von Blindbereichen und die Verbreiterung der Informationsbasis für Entscheidungen. Die straßenseitige Kommunikationsinfrastruktur dient damit der Gewährleistung ausreichender Sicherheit und ist Voraussetzung für eine flächendeckende Implementation autonomen Fahrens im öffentlichen Raum. Gegenwärtig wirft dies aber noch etliche technische Fragen auf (z. B. Schnittstellenstandardisierung, Datensicherheit etc.). Zudem erfordert die Installation einer solchen Systemtechnik erhebliche finanzielle und planerische Ressourcen – die Straßeninfrastruktur müsste flächendeckend modernisiert und mit der notwendigen Systemtechnik ausgestattet werden. Gegenwärtig dürfte auch die erforderliche hohe Rechenleistung noch nicht zur Verfügung stehen, um ausreichend möglicherweise eintretende Umweltbedingungen und sonstige Faktoren bewältigen zu können.⁴⁶ Für die Umsetzung in das heuti-

³⁶ SAUTHOFF (o. Fußn. 35), S. 3.

³⁷ SAUTHOFF (o. Fußn. 35), S. 3.

³⁸ U. STEINER, Das Recht der Nutzung innerstädtischer Verkehrsräume im Wandel, DAR 2006, 661.

³⁹ M. HARTWIG, Energieversorgung des Straßengüterfernverkehrs über Oberleitungen, IR 2016, S. 2 (2).

⁴⁰ HARTWIG (o. Fußn. 39), 2.

⁴¹ HARTWIG (o. Fußn. 39), 2.

⁴² BGH, NVwZ-RR 2011, 277.

⁴³ BNetzA, Beschl. v. 25.10.2012- BK6-11-145.

⁴⁴ HARTWIG (o. Fußn. 39), 2.

⁴⁵ HARTWIG (o. Fußn. 39), 2.

⁴⁶ B. WAGNER, Technik autonomer Fahrzeuge- Eine Einführung, in: OPPERMANN/STENDER-VORWACHS (Hrsg.), Autonomes Fahren, Rechtsfolgen, Rechtsprobleme und technische Grundlagen, 2016, S. 2 (30).

ge Verkehrssystem fehlen derzeit auch noch die politischen und rechtlichen Weichenstellungen.⁴⁷

cc) Parkraumbewirtschaftung

Klimapolitische Relevanz kommt auch der Frage der Ausweisung von öffentlichen Parkplätzen zu. Parkraumbewirtschaftungszonen und Anwohnerparkzonen können das Autofahren (Einpendeln) besonders im städtischen Bereich unattraktiv machen und somit die Kraftfahrer zur Nutzung des klimafreundlicheren Umweltverbunds animieren. Angestrebt wird eine Erhöhung der Lebensqualität durch weniger fahrende und/oder parkende Kraftfahrzeuge und die Schaffung von mehr Platz für Fußgänger, Radfahrer oder den ÖPNV. Zusammen mit anreizenden Maßnahmen zugunsten dieser alternativen Verkehrsangebote spricht man von sog. Push-and-Pull-Maßnahmen.

Ergänzt und verstärkt werden kann der Effekt der Verknappung durch eine Bepreisung der knappen Ressource Parkraum und damit einer Anlastung negativer externer Effekte an PKWs, die Städte nutzen. Die Kommunen können in erheblichem Umfang autonom entscheiden, ob und wie viel öffentlichen Parkraum sie im Wege der Widmung bereitstellen wollen. Dem können auch nicht Grundrechte und insbesondere Anliegerrechte der Anwohner entgegen gehalten werden.⁴⁸ Problematisch ist es dagegen, wenn Kommunen eine Parkraumbewirtschaftung im Gewande des Straßenverkehrsrechts anstreben. So hat etwa die Stadt Potsdam den gesamten öffentlichen Parkraum der privatrechtlich organisierten Wohnungsbaugesellschaft zur Bewirtschaftung übertragen. Dies ist nicht zulässig, da insofern die Regelungen der §§ 6 Abs. 1 Nr. 14, 6 lit. a StVG, 45 StVO abschließende bundesrechtliche Regelungen darstellen.⁴⁹

2 Neukonzeption des Straßenverkehrsrechts

Das StVG enthält im Wesentlichen nur Regelungen zur Zulassung von Personen und Kraftfahrzeugen zum Straßenverkehr; in Bezug auf die Konzeption des Verkehrs, gerade auch in umwelt- und klimapolitischer Hinsicht enthält es lediglich eine Vielzahl von Verordnungsermächtigung ohne eine erkennbare Struktur und Logik. Damit obliegt es dem Ordnungsgeber das Defizit eines Konzeptes nachzuholen. Hier wiederum steht neben der Sicherheit des Verkehrs insbesondere die Flüssigkeit des Verkehrs im Vordergrund (§ 45 Abs. 9 StVO).

Wie allen modernen Gesetzen sollte dem StVG eine Zielenorm vorangestellt werden, die klarstellt, dass das StVG nicht nur die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs bezweckt, sondern auch eine Verbesserung von Umwelt und Klima anstrebt. Dies müsste sich dann auch verstärkt in den einzelnen Regelungsbereichen widerspiegeln.

a) Höchstgeschwindigkeiten

Forderungen nach Tempo 100 auf den Autobahnen und Tempo 30 in den Städten⁵⁰ sind wesentlich durch Sicherheits- und Umweltaspekte motiviert.

Die Festlegung von generellen Geschwindigkeitsbeschränkungen fällt gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes (i. V. m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG), soweit Geschwindigkeitsbegrenzungen aus Umweltschutzgründen angeordnet werden. Diese Kompetenz hat der Bundesgesetzgeber diesbezüglich abschließend wahrgenommen, sodass die Länder von einem Handeln ausgeschlossen sind.⁵¹ Die Tatsache, dass der Bund hier in Bezug auf Autobahnen bisher untätig geblieben ist und Deutschland somit zu einem Ausnahmefall geworden ist, ist vor diesem Hintergrund (umwelt-)politisch nur schwer verständlich.⁵²

Damit können Geschwindigkeitsbeschränkungen nur im Einzelfall nach Maßgabe der StVO angeordnet werden, die jedoch starke Einschränkungen enthält. So dürfen beispielsweise nach § 39 StVO örtliche Anordnungen durch Verkehrszeichen nur dort getroffen werden, wo dies auf Grund der besonderen Umstände zwingend geboten ist.⁵³ Tempo 30 kann ohnehin grundsätzlich nur auf Gemeindestraßen angeordnet werden (§ 45 Abs. 1 lit. c StVO). Zur Vermeidung und Begrenzung von schädlichen Umwelteinwirkungen können darüber

⁴⁷ M. JUSCHTEN/R. HÖSSINGER, Verkehrsplanerische Aspekte des autonomen Fahrens, in: EISENBERGER/LACHMAYER/EISENBERGER (Hrsg.), *Autonomes Fahren und Recht*, S. 21 (21).

⁴⁸ So die Rechtsprechung; vgl. dazu und zu einer abweichenden Literaturmeinung J. ROBBERTS, *Parkraumbewirtschaftung im Gewand des Straßenrechts?*, NVwZ 2015, 1259 ff.

⁴⁹ Vgl. hierzu zutreffend ROBBERTS (o. Fußn. 48).

⁵⁰ Vgl. dazu UBA (o. Fußn. 3).

⁵¹ C. STOLLWERCK, *Ergänzende Gesetzgebungskompetenz der Länder für den Straßenverkehr?*, SVR 2017, 170 ff.

⁵² Zu den Gründen TRIBISCH/GAWEL (o. Fußn. 8), S. 31.

hinaus Verkehrsbeschränkungen nach Maßgabe von Luftreinhalteplänen (§ 47 BImSchG) auf § 40 BImSchG gestützt werden. Die Vermeidung von Treibhausgasen kann dabei (willkommener) Nebenzweck sein.

b) Benutzervorteile für klimafreundliche Verkehrsarten

Benutzervorteile für klimafreundliche Verkehrsarten sind in Bezug auf den ÖPNV seit Langem bekannt (etwa in Form von gesonderten Busspuren).

Mit dem Elektromobilitätsgesetz (EMoG)⁵⁴ und dem Carsharinggesetz (CsgG)⁵⁵ hat der Gesetzgeber zwei Fördergesetze geschaffen, die insbesondere auf die Verringerung von klima- und umweltschädlicher Auswirkungen des motorisierten Individualverkehrs zielen.⁵⁶ Als Förderungsinstrument setzen beide Gesetze, wie sich schon aus ihren Langtiteln ergibt, auf Bevorrechtigungen. Diese können sich nach beiden Gesetzen auf das Parken im öffentlichen Straßenraum oder die dafür erhobenen Parkgebühren beziehen, nach dem EMoG zusätzlich auch auf die Nutzung von für besondere Zwecke bestimmte öffentliche Straßen und Wege oder Teilen von diesen (wie etwa Busspuren) sowie auf Ausnahmen von Zufahrtsbeschränkungen oder Durchfahrtsverboten.

Das ist auf Widerspruch gestoßen, weil damit der Gemeingebrauch an Straßen ausgehöhlt werden könnte.⁵⁷ Eine verfassungsrechtliche Dimension kann dieser Kritik jedoch nicht zugemessen werden.⁵⁸ Wie im Falle des § 16 EEWärmeG⁵⁹ wird hier eine originäre Ländergesetzgebungskompetenz durch eine Bundesgesetzgebungskompetenz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG) überlagert und nicht ungebührlich weit zurückgedrängt. Kritisch zu sehen ist allerdings aus der Sicht des Klimaschutzes und der Stadtplanung, dass so gewünschte Verkehrsformen (ÖPNV, Radfahrer) in reservierten Bereichen (Busspur) Konkurrenz durch andere, damit unter Umständen auch wenig kompatible Fahrzeuge (E-Porsche-Cayenne) bekommen. Ein weiterer Kritikpunkt zielt auf die Steuerungswirkungen: Es liegt hier eine Prinzipal-Agenten-Situation vor, denn die Straßenverkehrsbehörden vor Ort werden möglicherweise weniger das Anliegen des Bundes (Klimaschutz) als vielmehr die Regelungsziele der Kommunen (in Bezug auf Parkraumbewirtschaftung oder ÖPNV) im Blick haben.⁶⁰

c) Verkehrsbeschränkungen

Verkehrsbeschränkungen können gemäß § 45 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StVO auch zum Schutz der Wohnbevölkerung vor Lärm und Abgasen angeordnet werden. Es ist anerkannt, dass diese Ermächtigung neben dem Gesundheitsschutz auch dem Umweltschutz dient.⁶¹ Dieses Instrumentarium hat im Rahmen der Umsetzung des EU-Luftqualitätsrechts erheblich an Bedeutung gewonnen (§§ 40 Abs. 1, 47 BImSchG i. V. m. § 45 Abs. 1 lit. f StVO); dies gilt insbesondere für die Feinstaub- und Stickoxid (NO_x)-Belastung. In jedem Fall geht es hier (im Rahmen von Gefahrenabwehr und/oder Vorsorge) um Immissionsschutz und nicht Klimaschutz.⁶² Allerdings kann im Einzelfall eine solche Verkehrsbeschränkung auch mit zum Teil erheblichen klimapolitischen Effekten einhergehen.

Gegenwärtig wird darum gerungen, ob und inwieweit im städtischen Bereich Verkehrsbeschränkungen von Diesel-Fahrzeugen angeordnet werden können. Nach zutreffender Ansicht folgt aus der Verweisung des § 45 Abs. 1 lit. f StVO, dass dies nur im Wege von Umweltzonen geschehen kann; in Bezug auf Verkehrsbeschränkungen für Diesel-Fahrzeuge müsste dazu aber noch die 25. BImSchV angepasst werden.⁶³

⁵³ Deutscher Verkehrssicherheitsrat 2014: (https://www.dvr.de/dvr/beschluesse/vt_hoehchstgeschwindigkeiten_auf_landstrassen.htm).

⁵⁴ Gesetz zur Bevorrechtigung der Verwendung elektrisch betriebener Fahrzeuge (Elektromobilitätsgesetz – EmoG) vom 5. Juni 2015 (BGBl. I S. 898).

⁵⁵ Gesetz zur Bevorrechtigung des Carsharing (Carsharinggesetz – CsgG) vom 5. Juli 2017 (BGBl. I S. 2230); dazu TRIBISCH/GAWEL (o. Fußn. 8), S. 30.

⁵⁶ Vgl. für das EmoG die Umsetzung in § 46 Abs. 1 lit. a StVO.

⁵⁷ Vgl. dazu die IKEM-Stellungnahme vom 29.09.2016 (http://www.ikem.de/wp-content/uploads/2016/09/IKEM_Stellungnahme-Carsharinggesetz.pdf).

⁵⁸ P. TIEBEN, Förderungsstrategien für Elektromobilität. Möglichkeiten rechtlicher Steuerung zur Überwindung des Akzeptanzproblems, 2017, S. 294 ff.

⁵⁹ BVerwG, NVwZ 2017, 61 ff. m. Anm. M. SCHMIDTCHEN, Anmerkung zur Entscheidung des BVerwG, Urteil vom 08.09.2016, DVBl 2017, 310 ff.

⁶⁰ TIEBEN (o. Fußn. 58), S. 291 ff.

⁶¹ JAHN (o. Fußn. 28), 9.

⁶² Vgl. dazu WEIDLICH (o. Fußn. 1), 77 f.; zu den klimapolitischen Auswirkungen vgl. etwa TRIBISCH/GAWEL (o. Fußn. 8), 31 f.

⁶³ C. LENZ, Fahrverbote für Dieselfahrzeuge in Umweltzonen trotz grüner Plakette, NVwZ 2017, 858.

3 Kraftfahrzeugwesen

a) Kennzeichnung

Traditioneller Teil europäischer Umweltpolitik ist die Produktkennzeichnung. Mit der Richtlinie 1999/94/EG für Verbraucherinformationen zu Personenkraftwagen wurde dieser Ansatz schon früh auf den Verkehrssektor übertragen.⁶⁴ Diesen Ansatz möchte die Kommission auch weiter fortentwickeln.⁶⁵ Gegenwärtig ist die Informationspflicht auf neue Pkw beschränkt; Gebrauchtfahrzeuge unterliegen keiner Kennzeichnungspflicht.

Die Kennzeichnungs-Richtlinie soll sicherstellen, dass Autofahrer Informationen über Kraftstoffverbrauch und CO₂-Emissionen von Pkw erhalten, die in der EU zum Kauf oder zum Leasing angeboten werden, um auch unter Umweltgesichtspunkten eine sachkundige Anschaffungsentscheidung treffen zu können. Die Automobilindustrie wird so animiert, kraftstoffsparende und emissionsreduzierte Pkw herzustellen.⁶⁶ Die Richtlinie bestimmt, dass der offizielle Kraftstoffverbrauch und die offiziellen spezifischen CO₂-Emissionen eines jeden neuen Pkw vom Händler und/oder Hersteller zu kennzeichnen sind; die benannten Parameter müssen in allen Werbeschriften und anderem Werbematerial angegeben werden.

Die Bundesrepublik Deutschland hat die Richtlinienvorgaben mit der Pkw-Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung (Pkw-EnVKV) im November 2004 (und damit nicht fristgemäß) in nationales Recht umgesetzt. Gemäß § 1 Pkw-EnVKV trifft die Kennzeichnungspflicht richtlinienkonform alle Hersteller und Händler, die neue Personenkraftwagen ausstellen, zum Kauf oder Leasing anbieten oder für diese werben.⁶⁷

b) Flottenverbrauchsgrenzwerte

Die Kommission und der europäische Gesetzgeber gehen zur Förderung emissionsarmer Kraftfahrzeuge seit Langem (2009) den Weg der Festlegung von Emissionsgrenzwerten im Flottenverbrauch.⁶⁸ Damit sollen sowohl die Energieeffizienz als auch alternative Antriebe gefördert werden. Im Mittelpunkt steht dabei die Emissions-Basis-Verordnung (EBV).⁶⁹ Ab 2020 soll ein Flottenverbrauchsgrenzwert von 95g CO₂/km gelten.⁷⁰ Nach einem aktuellen Verordnungsvorschlag der Kommission sollen die Grenzwerte nach 2020 weiter verschärft werden (um 30 % bis 2030 bzw. 15 % bis 2025).⁷¹

Für diesen Ansatz spricht, dass er technologieneutral ist und erheblichen Handlungsdruck erzeugt. So sind die durchschnittlichen spezifischen Emissionen aller in der EU zugelassenen neuen PKW von etwa 172 g/km (2000) auf etwa 118 g/km (2016) gesunken; da die Altflotte nicht von der Regelung erfasst ist, sanken die durchschnittlichen spezifischen Emissionen des gesamten Pkw-Bestandes in dieser Zeit deutlich langsamer, aber immerhin kontinuierlich (von etwa 210 auf etwa 175 g/km).⁷² In der gleichen Zeit sind allerdings der Verbrauch fossiler Treibstoffe und damit der CO₂-Ausstoß insgesamt kaum gesunken. Rebound-Effekte wie der Trend zu größeren Fahrzeugen und eine Erhöhung der zurückgelegten Wegstrecken haben dies verhindert.⁷³ Hier macht sich negativ bemerkbar, dass das Instrument der Flottengrenzwerte keine Anreize für Nutzer setzt.

Kritisch ist gegen das Instrument weiter einzuwenden, dass Grenzwerte keine effiziente Lösung darstellen. Allerdings hat das europäische Regelungsregime einige effizienzfördernde Elemente eingebaut wie etwa Emissionsgemeinschaften (pooling) sowie die Möglichkeit von borrowing und banking; doch den letzten konsequenten Schritt zu gehen – die Einführung einer handelbaren Quote – hat die

⁶⁴ Vgl. dazu etwa TRIBISCH/GAWEL (o. Fußn. 8), S. 29 f.

⁶⁵ Europäische Kommission (o. Fußn. 22), S. 9.

⁶⁶ J. HOFFMANN/M. ZGOLAK-NAFALSKA, Klimaschutz im Verkehrssektor – Die Umsetzung der Richtlinie 1999/94/EG in Deutschland und Polen im Vergleich, WIRO 2011, 361.

⁶⁷ HOFFMANN/ZGOLAK-NAFALSKA (o. Fußn. 66), 361.

⁶⁸ Für einen Überblick vgl. TRIBISCH/GAWEL (o. Fußn. 8), S. 26 ff.

⁶⁹ Verordnung (EG) Nr. 715/2007 vom 20. Juni 2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6), ABl. L 171/1.

⁷⁰ VO 443/2009 zur Festsetzung von Emissionsnormen für neue Personenkraftwagen im Rahmen des Gesamtkonzepts zur Verringerung von CO₂-Emissionen von Personenkraftwagen und leichten Nutzfahrzeugen, ABl. 2009 L 140/1.

⁷¹ Proposal for a Regulation setting emission performance standards for new passenger cars and for new light commercial vehicles as part of the Union's integrated approach to reduce CO₂ emissions from light-duty vehicles and amending Regulation (EC) No 715/2007, COM(2017) 676 final of 8.11.2017.

⁷² A. PRAHL/K. UMPFENBACH/K. KRON, Welchen Beitrag leisten die europäischen CO₂-Flottengrenzwerte für Pkw zum Klimaschutz?, Kurzstudie im Auftrag von Greenpeace e. V. Hamburg, 31. August 20, S. 7 ff.

⁷³ PRAHL, UMPFENBACH, KRON (o. Fußn. 72), S. 17 ff.

Kommission zwar angedacht, schließlich aber verworfen.⁷⁴

Dieses System ist in letzter Zeit zudem hinsichtlich der Zuverlässigkeit der Grenzwerte in Verruf geraten (sog. Diesel-Skandal).⁷⁵ Die Kommission hat dazu mit den Mitgliedstaaten einen nicht unumstrittenen Kompromiss gefunden:⁷⁶ Auf der einen Seite wird ab 2017 das realitätsgerechte RDE (Real Driving Emissions) – Testverfahren eingeführt; auf der anderen Seite dürfen dabei die Grenzwerte für eine längere Übergangszeit in einem bestimmten Rahmen überschritten werden. Dieser Kompromiss wird nicht nur aus ökologischer Sicht kritisiert; fraglich ist auch, inwieweit er mit den Grundverordnungen vereinbar ist.⁷⁷

Die Nachteile machen deutlich, dass es sich bei diesem Ansatz nur um ein Teilelement im Instrumentenverbund handeln kann.

c) Förderung emissionsarmer Mobilität

Gerade die Bundesregierung hatte sich vorgenommen, Elektromobilität zusätzlich, massiv zu fördern (mit dem Ziel 2020 eine Million Elektrofahrzeuge auf deutschen Straßen). Dazu wurde wiederum das Instrument der Kaufprämie eingesetzt, das sich erneut als teuer und wegen seiner Mitnahmeeffekte ineffizient und zudem wenig wirksam erwiesen hat.⁷⁸

Dabei steht dem Gesetzgeber mit dem Instrument einer (nach Möglichkeit technologieoffenen und handelbaren) Herstellerquote ein effizientes und wirksames Instrument zur Verfügung.⁷⁹ Dieses würde zudem seiner Logik nach gut mit dem europäischen Flottenansatz harmonisieren.

4 Bepreisung des Straßenverkehrs

Erhebliche klimapolitische Effekte sind schließlich durch eine gezielte Bepreisung des Straßenverkehrs denkbar.

a) Kraftfahrzeugsteuer

Die nunmehr vor allem umweltpolitisch und insbesondere klimapolitisch motivierte Kraftfahrzeugsteuer war hier ein erster wichtiger Schritt.⁸⁰ Diese berücksichtigt ab 1. Juli 2009 zugelassenen Pkw Antriebsart, Hubraum und CO₂-Ausstoß des Fahrzeugs. Der Kraftfahrzeugsteuer kommt ein relevanter Steuerungseffekt auf die Zusammensetzung der Fahrzeugflotte zu.⁸¹

Darüber hinaus sieht das Kraftfahrsteuergesetz eine Reihe von Privilegierung vor, teilweise auch mit Klimaschutzrelevanter Stoßrichtung. Im Mittelpunkt stehen dabei die begünstigten Schadstoffklassen des § 9 Abs. 1 Nr. 2 KraftStG. Zudem begünstigt das Gesetz das Halten reiner E-Fahrzeuge (BEV, FCEV); diese sind im Falle einer Erstzulassung zwischen 2011 und 2020 für die Dauer von zehn Jahren vollständig steuerbefreit (§ 3 lit. d) und müssen nach Ablauf dieses Zeitraums lediglich die Hälfte der regulären Steuer entrichten (§ 9 Abs. 2). Kritisch wird gegen diese Privilegierung eingewendet, dass ihr ökonomischer Effekt gegenwärtig in keinem Verhältnis zu den Differenzen bei den Anschaffungspreisen liegt; der Steuerungseffekt erschöpfe sich in einer bloßen Signalwirkung.⁸²

b) Einkommensteuer: Dienstwagenbesteuerung und Pendlerpauschale

Es ist heute anerkannt, dass die Besteuerung von Dienst- und Firmenwagen einen erheblichen Einfluss auf die KFZ-Flotte haben, stärker wohl als derjenige der Kraftfahrzeugsteuer. Das Einkommensteuerrecht bietet Anreize Dienstwagen anzuschaffen und Mitarbeitern für eine private Nutzung zur Verfügung zu stellen. Inzwischen besteht deshalb der überwiegende Teil der Neuwagen aus Dienstwagen, die dann auch den Gebrauchtwagenmarkt dominieren. Klimapolitisch ist dieser Einfluss im Wesentlichen negativ, da das Steuerrecht dazu anreizt große und leistungsstarke PKW anzuschaf-

⁷⁴ Vgl. dazu etwa den Beitrag in Klimaretter vom 9.1.2018 (<http://www.klimaretter.info/politik/hintergrund/23895-eu-killt-quote-fuer-elektroautos>).

⁷⁵ Vgl. dazu im Überblick M. FÜHR, Der Dieselskandal und das Recht. Ein Lehrstück zum technischen Sicherheitsrecht, NVwZ 2017, 265 ff.

⁷⁶ Verordnung (EU) 2016/427 der Kommission vom 10. März 2016 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 692/2008 hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 6), ABl. L 82/1.

⁷⁷ VO 715/2007 und 692/2008.

⁷⁸ Vgl. dazu TRIBISCH/GAWEL (o. Fußn. 8), S. 36.

⁷⁹ Eine solche Herstellerquote hat etwa China mit Wirkung für das Jahr 2019 eingeführt; vgl. dazu etwa <http://utopia.de/elektroauto-china-vorreiter-66277>.

⁸⁰ Vgl. dazu E. GAWEL, Klimaschutz durch Kfz-Besteuerung – Der Beitrag der Kfz-Steuerreform 2009 zur Erfüllung klimapolitischer Ziele, StuW 2011, 250 ff.

⁸¹ E. GAWEL, CO₂-basierte Kfz-Steuer – eine Klimaschutzsteuer?, ZUR 2010, 6 ff.

⁸² TIEBEN (o. Fußn. 58), 147 ff, 156.

fen.⁸³ Die Gestaltungswirkungen der Dienstwagenbesteuerung könnten aber gerade auch klimapolitisch positiv genutzt werden. So wird vorgeschlagen, den steuerbaren privaten Vorteil der Dienstwagennutzung nach den CO₂-Emissionen des jeweiligen Wagens zu differenzieren.⁸⁴ Dieser Gedanke wurde nunmehr vom Gesetzgeber aufgegriffen, indem Elektrofahrzeuge im Rahmen der Dienstwagenbesteuerung begünstigt wurden.⁸⁵

Länger noch wird über die umwelt- und klimapolitisch negativen Wirkungen der steuerlichen Absetzbarkeit der Wege von der Wohnung zum Arbeitsplatz diskutiert. Die insoweit großzügige Entfernungspauschale von 0,3 Euro pro Entfernungskilometer reizt zur Nutzung von PKW an. Es kann dahinstehen, ob dies auf der Grundlage des objektiven Nettoprinzips verfassungsrechtlich geboten ist.⁸⁶ Jedenfalls ließe sich die Abschaffung der Pendlerpauschale verfassungsrechtlich rechtfertigen.⁸⁷

c) Energiesteuern und Emissionshandel

Erheblich reformbedürftig erscheinen auch die Energiesteuern. Deren Steuersätze (gerade die massive Begünstigung von Diesel) sind klimapolitisch nicht nachvollziehbar.⁸⁸ Eine klimapolitisch konsistente Energiesteuer mit einer Energie- und einer CO₂-Komponente läge hier nahe.⁸⁹

Eine interessante Alternative zu einer konsistenten Energiebesteuerung läge aus theoretischer Sicht in der Einbeziehung des Straßenverkehrs in das europäische Emissionshandelssystem (ETS).⁹⁰ Sinnvoll wäre dabei nur ein upstream-Ansatz, der bei den Produzenten oder Importeuren der Energieträger ansetzen würde.⁹¹ Dieser könnte mit dem downstream (bei Einzelanlagen) ansetzenden bestehenden ETS als Hybridsystem verbunden werden, soweit insofern die ETS-Richtlinie geändert würde. Gegen dieses Instrument gibt es zumindest gegenwärtig gravierende Einwände.⁹² Auf der Grundlage des bestehenden Emissionshandelsregimes würde sich diese Einbeziehung mit lediglich etwa 1,5 Cent pro Liter Treibstoff auswirken und wäre damit ökonomisch bedeutungslos. Es bestünde aber die Gefahr, dass mit der Einführung andere Instrumente des policy mixes aufgegeben oder abgeschwächt würden. Schließlich wäre es auch denkbar, dass sich – wegen der hohen Vermeidungskosten im Verkehrssektor – die Einbeziehung lediglich bei den jetzt schon von Emissionshandel erfassten Anlagen auswirken würde.

d) Straßenbenutzungsgebühren

Der Königsweg einer klimapolitisch orientierten Bepreisung des Straßenverkehrs liegt in dem Konzept einer streckenbezogenen Maut (möglichst differenziert als elektronische Maut).⁹³ Mit der Anknüpfung an die Fahrleistung würden von ihr erwünschte klimapolitische Anreize ausgehen. Zugleich könnte damit eine faire Bepreisung der Infrastrukturnutzung erfolgen und damit die Benachteiligung der Bahn beseitigt werden. Mit der Differenzierung könnte die elektronische Maut auch zur Stauvermeidung eingesetzt werden. Schließlich könnte in diesem Rahmen emissionsfreie Mobilität, insbesondere Elektromobilität gefördert werden.⁹⁴

⁸³ Vgl. dazu etwa A. GÖRRES/B. MEYER, Dienstwagenbesteuerung modernisieren: Für Klimaschutz und mehr Gerechtigkeit. Kurzgutachten des Forums Ökologisch-Soziale Marktwirtschaft im Auftrag von Greenpeace, 2008.

⁸⁴ UBA, CO₂-Emissionsminderung im Verkehr in Deutschland, 2010, S. 43 ff.; GÖRRES/MEYER (o. Fußn. 83), S. 13 ff.

⁸⁵ Vgl. dazu TIEBEN (o. Fußn. 58), 158 ff.

⁸⁶ Vgl. dazu M. LEHNER, Die verfassungsrechtliche Verankerung des objektiven Nettoprinzips, DStR 2009, 185 ff.

⁸⁷ UBA (o. Fußn. 84), S. 43 f.

⁸⁸ Vgl. dazu M. RODI/E. GAWEL/A. PURKUS/A. SEEGER, Die Energiebesteuerung und die Förderziele der Energiewende. Der Beitrag von Energie- und Stromsteuern zur Förderung von Erneuerbaren Energien, Energieeffizienz und Klimaschutz, StuW 2016, 187 ff.

⁸⁹ Vgl. dazu RODI/GAWEL/PURKUS/SEEGER (o. Fußn. 88), 187 ff.

⁹⁰ So etwa vertreten von G. ENGEL/M. MAILÄNDER, Einbeziehung des Automobilverkehrs in den Emissionshandel NVwZ 2016, 270 ff.; N. NADER/G. REICHERT, Erweitert den Emissionshandel! Effektive und effiziente Reduktion von Treibhausgasen im Straßenverkehr, cepinput 5/2915.

⁹¹ Insofern besteht ein weitreichender Konsens der einschlägigen Studien.

⁹² So etwa eine Studie im Auftrag des Umweltbundesamtes, Ausweitung des Emissionshandels auf Kleinemittenten im Gebäude- und Verkehrssektor – Gestaltung und Konzepte für einen Policy mix, Climate Change 03/2014 (erstellt durch Öko-Institut, GGSC und FH-ISI); Alexander MAHLER/Matthias RUNKEL (Forum Ökologisch-Soziale Marktwirtschaft/ Green Budget Germany), Straßenverkehr im Emissionshandel – Ohne Nutzen für den Klimaschutz. Eine kritische Betrachtung der Integration des Straßenverkehrs in den bestehenden europäischen Emissionshandel, FÖS 06/2016.

⁹³ UBA, Klimaschutz im Verkehr: Neuer Handlungsbedarf nach dem Pariser Klimaschutzabkommen, 2017, S. 28 ff.; zur rechtlichen Zulässigkeit einer City-Maut M. SCHRÖDER, Verbesserung des Klimaschutzes durch Einführung einer City-Maut, NVwZ 2012, 1438 ff.

⁹⁴ Dazu TIEBEN (o. Fußn. 58), 164 ff.

Eine solche Maut ließe sich auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG stützen und ließe sich unproblematisch verfassungskonform ausgestalten. Europarechtlich wäre sie nicht nur zulässig, sondern ausdrücklich erwünscht; die Kommission bekennt sich zur Schaffung von entfernungsabhängigen Erhebungssystemen.⁹⁵ Mit einem neuen Richtlinienvorschlag möchte sie die Interoperabilität elektronischer Mautsysteme vorantreiben.⁹⁶ Für die Einführung einer streckenbezogenen elektronischen Maut spricht auch, dass demnächst Onboard-Units ohnehin gebraucht werden⁹⁷ und erheblichen Zusatznutzen entfalten können.

auch aus anderen verkehrspolitischen Gründen, zu einem zentralen Petitem der Verkehrspolitik werden.

III Ausblick

Die Verkehrspolitik verfügt bereits jetzt über einen beachtlichen Instrumentenkasten zur Erreichung klimapolitischer Ziele. Eingeschlagene Wege wie etwa die Politik der Flottengrenzwerte sollten konsequent fortgeführt und modernisiert werden (insbesondere durch Einführung handelbarer Quoten); Entsprechendes gilt auch für die Möglichkeiten einer Parkraumbewirtschaftung oder die Kraftfahrzeugsteuer. Einige Instrumente wie insbesondere die Energiesteuern bedürfen dringend einer grundlegenden Reform, um hier für klimapolitische Konsistenz zu sorgen. Neue Instrumente sollten nur nach gründlicher Prüfung eingeführt werden; dies gilt insbesondere für die Einbeziehung des Verkehrs in den Emissionshandel. Etwas anderes gilt für eine elektronische Straßenbenutzungsgebühr; diese sollte aus klimapolitischer Sicht, aber

⁹⁵ Mitteilung der Europäischen Kommission, Eine europäische Strategie für emissionsarme Mobilität, COM(2016) 501final, S. 4.

⁹⁶ Vorschlag für eine Richtlinie über die Interoperabilität elektronischer Mautsysteme und die Erleichterung des grenzüberschreitenden Informationsaustauschs über die Nichtzahlung von Straßenbenutzungsgebühren in der Union (Neufassung), COM(2017) 280 final vom 31.5.2017.

⁹⁷ So müssen PKW ab 2018 mit einem automatischen Notrufsystem (ecall) ausgestattet sein (VO über Anforderungen für die Typgenehmigung zur Einführung des bordeigenen eCall-Systems in Fahrzeuge, Änderung der Richtlinie 2007/46/EG Art. 4: „Die Hersteller müssen nachweisen, dass alle neuen Fahrzeugtypen, auf die in Artikel 2 Bezug genommen wird, im Einklang mit dieser Verordnung und mit den gemäß dieser Verordnung erlassenen delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten mit einem fest eingebauten auf dem 112-Notruf basierenden bordeigenen eCall-System ausgerüstet sind.“

Rechtsanwalt Ulrich Numberger, München

Instrumente zur Umsetzung der Feinstaubrichtlinie, insbesondere Luftreinhalteplanung

I Vorbemerkung

Sehr geehrte Damen und Herren, lieber Wolfgang, ich darf mit einem Satz von Groucho Marx anfangen: Before I speak, I have something important to say.

Als ich in der vorjährigen Tagung das Thema der Münchner Luftreinhalteplanung vorgeschlagen hatte, war noch nicht zu ahnen, welche rechtliche und politische Entwicklung die gesamte Thematik binnen eines Jahres entfalten würde. Die vor allem auch politische Brisanz, speziell für die Stadt München und die bayerischen Kfz-Standorte, also BMW und Audi, haben zu folgenden Vorgaben meiner Mandantin, der Landeshauptstadt München, geführt:

Ich darf zu der gesamten Thematik als Anwalt der Stadt nichts öffentlich sagen, was nicht schon in öffentlich zugänglichen Quellen enthalten ist, keine Zahlen nennen, keine Werte nennen, keinen Kontakt mit der Presse haben und jeder Schriftsatz muss von der Stadtspitze freigegeben werden.

Was mir erlaubt ist: Ich darf eine eigene Meinung haben und ich darf in der Öffentlichkeit über das Thema und die Verfahren sprechen, wenn es um veröffentlichte Fakten und Entscheidungen geht.

Die eigentlichen Geheimnisse und interessanten Interna wird Ihnen also nachher Herr Dr. Schenk verraten.

Nach der Tagesordnung habe ich etwa 20 bis 25 Minuten Zeit, obwohl sich der Diesel-Betrug und die Luftreinhalteplanung als so kompliziert erweisen, dass man damit auch ein ganztätiges Seminar füllen könnte. Ich werde mich knapp fassen und die Bezüge unseres Seminars zum Schwerpunkt Straßenrecht berücksichtigen, obwohl die eigentlich schwierigen Fragen der Luftreinhalteplanung im Europäischen Recht und im Straßenverkehrsrecht liegen.

1 Aktueller Diskussionsstand in München, Politisches

Im Jahr 2012 hat das Verwaltungsgericht München¹ auf Klage der Deutschen Umwelthilfe e. V. gegen den Freistaat Bayern wegen der Luftreinhalteplanung in München ein Urteil mit folgendem Tenor erlassen:

„Der Beklagte wird verpflichtet, den für München geltenden Luftreinhalteplan so zu ändern, dass dieser die erforderlichen Maßnahmen zur schnellstmöglichen Einhaltung (...) der Immissionsgrenzwerte für NO₂ und Feinstaub (...) im Stadtgebiet von München enthält.“

Zu den hierfür aus der Sicht des Gerichts geeigneten Maßnahmen enthielt das Urteil zwei Sätze:

„Angesichts der Vielzahl möglicher Maßnahmen, die in der mündlichen Verhandlung diskutiert wurden, stehen dem Beklagten weitere, naturgemäß einschneidendere Maßnahmen zur Verringerung der Werte zur Verfügung. Die vom Kläger angeführte räumliche Ausdehnung der Umweltzone ist nur eine davon.“

Nach dem Urteil erließ der Freistaat Bayern die 5. und die 6. Fortschreibung des Luftreinhalteplans für München mit zahlreichen Feinstaub- und NO₂-relevanten Maßnahmen, aus der Sicht der Behörden relevanten Maßnahmen. Die in dem Urteil angesprochene Erweiterung der Umweltzone könnte darin bestehen, den gesamten Verkehr auf dem Mittleren Ring stillzulegen. Die Erweiterung der Umweltzone könnte auch darin bestehen, Dieselfahrzeuge vom Mittleren Ring auszusperren oder von dem um München herumführenden Autobahnring nicht mehr abfahren zu lassen. Die Erweiterung der Umweltzone könnte auch so verstanden werden, dass in bestimmten Bereichen aller Einfahrtsstraßen Zufahrtsverbote für Dieselfahrzeuge angeordnet werden.

Welche Variante das Urteil des Verwaltungsgerichts gemeint hat, wissen wir nicht.

Der Freistaat Bayern legte damals die vom VG zugelassene Berufung ein. Im Berufungsverfahren teilte Herr Dr. Schenk als Vorsitzender des Berufungssenats den Klägeranwälten mit:

¹ Ur. v. 09.10.2012, M 1 K 12.1046.

„Sollte auch der Bayerische Verwaltungsgerichtshof die Klage als zulässig und begründet ansehen (dieser Entscheidung greifen die heute ergehenden Schreiben nicht vor), könnte sich die Notwendigkeit stellen, im Rahmen eines Berufungsurteils für eine ausreichende Vollstreckungsfähigkeit des gerichtlichen Ausspruchs Sorge zu tragen.“

Verbindliche Vorgaben, die im Vollstreckungsverfahren zu beachten seien, enthielte das Urteil des Verwaltungsgerichts wohl nicht, so das Schreiben von Herrn Dr. Schenk.

Der beklagte Freistaat Bayern (die beigeladene Landeshauptstadt München hatte überraschenderweise keine Berufung gegen das VG-Urteil eingelegt) beging dann im Jahr 2014 einen schweren strategischen Fehler. Der Staat nahm die Berufung zurück, vielleicht in der Hoffnung, dass der Kläger mit dem nicht vollstreckbaren rechtskräftigen Urteil nichts anfangen könne.

Nach gegenwärtigem Stand werden in München zwar die Werte für Feinstaub eingehalten, aber nicht die für NO₂. Dies nahm der klagende Umweltverband aus dem Ausgangsverfahren zum Anlass, die Festsetzung einer Zwangsgeldandrohung zur Durchsetzung der Verpflichtung zu beantragen. Das VG München gab im Vollstreckungsverfahren dem Antrag voll umfänglich statt und drohte ein Zwangsgeld von 10.000,00 € an.

In seinem 60-seitigen Beschwerdebeschluss vom Februar diesen Jahres² erläuterte uns der VGH dann, warum derartige Urteile, abweichend von der bisherigen Rechtsprechung des BVerwG und von der Rechtsprechung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs³, auch dann vollstreckbar sind, wenn sie als eine Art Verbescheidungsurteil in den Entscheidungsgründen nichts enthalten. In der mündlichen Verhandlung hatte ich etwas polemisch aus den *Zahmen Xenien* von Goethe zitiert:

„Im Auslegen seid frisch und munter! Legt ihr's nicht aus, so legt was unter.“⁴

Stirnrunzeln des Senats.

Warum mache ich diese Ausführungen unter dem Gliederungspunkt Politisches?

Der VGH war in dem Beschluss zum Ergebnis gekommen, dass rechtskonform ausgestaltete Verkehrsverbote für Dieselfahrzeuge die einzige dem zu vollstreckenden Urteil gerecht werdende Handlungsmöglichkeit darstellen (Rn. 150 ff. der

Beschlussausfertigung). Der VGH drohte dem Freistaat ein Zwangsgeld in Höhe von 2.000,00 € an, falls der Staat bis zum Ablauf des 29.06.2017 der Öffentlichkeit kein vollständiges Verzeichnis aller Straßen(-abschnitte) im Gebiet der Stadt München zugänglich macht, an denen der Immissionsgrenzwert für NO₂ nach dem aktuellsten dem Staat zur Verfügung stehenden Erkenntnisstand überschritten wird.

Heftige politische Aktivitäten in Bayern begannen dann Mitte Juni, als am 14. Juni folgende Schlagzeile erschien⁵:

„München plant Diesel-Fahrverbote. Oberbürgermeister Dieter Reiter denkt über flächendeckende Sperrungen nach. Neueste Messungen hätten an vielen Straßen der Landeshauptstadt „erschreckende“ Stickoxid-Werte ergeben.“

Am 29. Juni, der ersten Frist des VGH-Beschlusses, erschienen erstaunlich viele Zeitungsberichte über politische Aktivitäten: Es war auf einmal ein Diesel-Gipfel in der Bayerischen Staatskanzlei geplant, die *Süddeutsche Zeitung* berichtet: Autofirmen lenken im Streit um Diesel ein. Ich zitiere aus einem Artikel der *Zeit*⁶:

„München muss dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof bis zu diesem Donnerstag eine offizielle Liste der schmutzigsten Straßen vorlegen nebst einem Plan, wie sie endlich sauber werden. Bis vor zwei Wochen dachte Münchens Oberbürgermeister Dieter Reiter, ein Fahrverbot für seine Stadt sei kaum ein Thema. Ja, die Grenzwerte für Stickoxid würden vor allem an zwei Standorten überschritten, aber wir dachten, wir bekommen das mit einigen gezielten Maßnahmen in den Griff. Reiter überlegte, noch mehr Taxis zu Elektroautos zu machen, auch Elektrobusse könnten helfen. Dann aber blickte er auf eine Karte, die das Bayerische Landesamt für Umwelt derzeit erstellt, und erkannte, wir überschreiten in München nicht punktuell die zulässigen Schadstoffgrenzwerte für Stickoxide, sondern an

² BayVGH, B. v. 27.02.2017, 22 C 16.1427, NVwZ 2017, 894; hierzu C. LENZ, Fahrverbote in Umweltzonen trotz Grüner Plakette?, NVwZ 2017, 858.

³ BVerwG, Urt. v. 05.09.2013, 7 C 21.12, NVwZ 2014, 64; HessVGH, B. v. 11.05.2016, 9 E 448.16.

⁴ GOETHE, *Zahme Xenien*, 2. Buch, 1821.

⁵ SZ vom 14./15.06.2017, S. 1.

⁶ Die Zeit vom 29.06.2017, S. 18.

dutzenden Stellen. Für Reiter war klar, dass punktuelle Maßnahmen nicht reichen. Er ließ seine Mitarbeiter ausrechnen, wie viele Elektroautos benötigt würden, um die Grenzwerte noch einzuhalten. 150.000 war die Antwort. Heute sind in München kaum mehr als 1.500 zugelassen. Reiter durchdachte eine City Maut, am Ende war klar: Wenn die Autos so schmutzig bleiben, wie sie heute sind, kommen wir um ein Fahrverbot nicht herum. Das ist die einzige kurzfristige Maßnahme, die umgehend wirkt, sagt Reiter. Ich kann verstehen, dass die Diesel-Fahrer auf der Palme sind, aber wenn es keine andere Lösung gibt, um die Grenzwerte einzuhalten, habe ich keine andere Wahl, als ein Fahrverbot zu fordern. Auf's Land hochgerechnet würde das bedeuten: Von den 15 Millionen Diesel, die heute durch Deutschland fahren, dürften künftig nur noch 3 Millionen in die Innenstädte. Nämlich jene, die die neuste Abgasnorm namens Euro 6 erfüllen.“

Anmerkung:

Laut Messungen des Kraftfahrtbundesamtes überschreiten viele Euro-6-Fahrzeuge die Emissionswerte für NO₂ aufgrund weitgehend eingebauter, wohl illegaler Abschaltvorrichtungen um ein mehrfaches gegenüber Euro-5-Fahrzeugen.

Der Bayerische Diesel-Gipfel fand Mitte Juli, also nach Ablauf der Frist des VGH statt. Zum letzten Mal ein Zeitungszitat, aus der Süddeutschen Zeitung⁷:

„Auch wenn die Staatsregierung den Vorschlag von Oberbürgermeister Dieter Reiter ablehnt, so hat er beim Verhandeln als Drohkulisse (gegenüber der Autoindustrie) wohl geholfen. Genau wie die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs. Das Gutachten über die belasteten Straßen sollte aber, wie die Staatsregierung entschied, nicht herausgegeben werden. Die Staatsregierung akzeptiert lieber eine Strafe von 2.000,00 Euro, als die Ergebnisse jetzt zu veröffentlichen. Dies solle erst geschehen, wenn den Menschen auch Maßnahmen vorgestellt werden könnten, wie die Luftreinheit verbessert werden soll. Alles andere wäre nicht zumutbar, sagte Umweltministerin Ulrike Scharf. Veröffentlicht wird das Gutachten wohl erst Mitte Juli, wenn das Kabinett sein Maßnahmenpaket verabschiedet will.“

Der nervige Klägeranwalt Prof. Klinger schrieb am 28.06.2017 der zuständigen Abteilungsleiterin im Bayerischen Umweltministerium:

„Ich komme zurück auf den Beschluss des BayVGH vom 27.02.2017. Danach hat der Freistaat bis morgen der Öffentlichkeit ein vollständiges Verzeichnis der Straßenabschnitte in München zugänglich zu machen, an denen die Grenzwerte überschritten werden. Nach einem Bericht der „Welt“ beabsichtigt der Freistaat, dieser Anordnung zuwiderzuhandeln.“

Frau Ministerialdirigentin Dr. Kratzer antwortete:

„Sehr geehrter Herr Prof. Klinger,

wie der Leiter der Staatskanzlei in der „Welt“ zitiert ist, beschreibt die Situation korrekt und erklärt auch das Vorgehen der Staatsregierung. Dem ist nichts hinzuzufügen.“

Zum aktuellen neuen Vollstreckungsverfahren spricht Prof. Klinger von offenem Rechtsbruch und beantragt Zwangshaft gegen die Präsidentin der jetzt zuständigen Regierung von Oberbayern.

2 Stand der Rechtsprechung

Jetzt endlich, aber immer noch im Rahmen meiner Vorbemerkung, zum Stand der Rechtsprechung: Der Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom Februar 2017 ist unanfechtbar. Wir haben, trotz grundsätzlicher Überlegungen, von einer sogenannten außerordentlichen Beschwerde gegen den Beschluss wegen greifbarer Rechtswidrigkeit abgesehen.

Eine Hauptsacheklage eines anderen Umweltverbandes, des VCD, ist im Berufungszulassungsverfahren beim 22. Senat des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs anhängig. Auch in diesem Verfahren geht es um rechtsgrundsätzliche und ungeklärte Fragen des Vollzugs von Luftreinhalteplänen in München. Obwohl der VGH in dem Beschwerdeentscheid die Rechtslage in Bezug auf das Straßenverkehrsrecht als ungeklärt ansieht und dazu neigt, dass die StVO derzeit keine Rechtsgrundlage für Dieselfahrverbote beinhaltet, ist bisher im Hauptsachverfahren die Berufung aus mir nicht bekannten Gründen nicht zugelassen worden. Man wartet zu diesem Punkt wohl die beim Bundesverwaltungsgericht anhängige Revision gegen eine, wie es in der Literatur heißt, schneidige Entscheidung des VG Düsseldorf ab⁸.

⁷ SZ vom 24.06.2017, S. R13.

Mit Urteil vom 28.07.2017⁹ hat das VG Stuttgart das Land Baden-Württemberg verurteilt, den Luftreinhalteplan Stuttgart so fortzuschreiben, dass bis zum 01.01.2018 in der Umweltzone Stuttgart ganzjährig ein Verkehrsverbot für alle Kraftfahrzeuge mit benzin- oder gasbetriebenen Ottomotoren unterhalb der Schadstoffklasse Euro 3 sowie für alle Kraftfahrzeuge mit Dieselmotoren unterhalb der Schadstoffklasse Euro 6/VI angeordnet wird. Das VG Stuttgart hat Berufung und Sprungrevision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen. Die von der baden-württembergischen Landesregierung (und inzwischen von der bayerischen Staatsregierung und der Bundesregierung) angebotene bzw. beschlossene Nachrüstlösung sei zum einen für die Autofahrer nicht verpflichtend und könne selbst bei einem maximal erfolgreichen Verlauf lediglich ein Immissionsminderungspotential von ca. 9 % bei Stickstoffdioxiden bewirken.

II Prozessuales

Aus Zeitgründen möchte ich auf prozessuale Probleme im Zusammenhang mit der Luftreinhalteplanung nur stichwortartig und ohne vertiefte Begründung eingehen:

1. Entgegen der Rechtsprechung des 7. Senats des Bundesverwaltungsgerichts und der Oberverwaltungsgerichte, auch des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, vertrete ich die Auffassung, dass den (anerkannten) Umweltverbänden, wie der Deutschen Umwelthilfe, keine Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO zusteht. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 05.09.2013¹⁰ ist in sich widersprüchlich und dogmatisch nicht haltbar. Das Urteil erklärt zunächst, dass ohne Gesetzgeber keine rechtliche Anknüpfungsmöglichkeit für eine allgemeine, umfassende Verbandsklage besteht, um dann spezifisch für das Luftreinhalterecht letztlich eine allgemeine, umfassende Verbandsklage, eine prokuratorische Popularklage ohne rechtliche Grundlage zu erfinden. Für diese angeblich unionskonforme Auslegung gegen den Wortlaut des Gesetzes gibt es kein Bedürfnis und auch keine Rechtfertigung. Das europäische Recht fordert keine Popularklage. Auch Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention, die die europäische Bürokratie selbst im eigenen Recht nicht umgesetzt hat (siehe EuGH, Urte. v. 13.01.2015, RSC-401.12¹¹, erfordert keine verbandsrechtliche Popularklage.

Für meine Position steht immerhin der Präsident des Bundesverwaltungsgerichts und wohl auch der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts¹². Einem Umweltverband, der weder legitimiert ist, individuelle Freiheitsinteressen zu schützen, noch demokratisch für sein Handeln verantwortlich ist und durch demokratische Entscheidungen eine Legitimation für seine Aktivitäten beziehen würde, letztlich also einem zufällig organisierten Sonderinteresse in Abweichung vom Handeln demokratisch legitimierter staatlicher Institutionen wird ein prozessuales Recht eingeräumt, beliebiges Umweltrecht einklagen und einer objektiv-rechtlichen Kontrolle unterwerfen zu können. Prof. Rennert stellt zurecht die Frage: Der Popularkläger klagt im Namen der Allgemeinheit; aber weshalb darf gerade er die Allgemeinheit repräsentieren? Die Frage gewinnt noch an Brisanz, setzen doch die bekannten Popularkläger mitunter eine minoritäre Gemeinwohlauffassung gegen die Gemeinwohlformulierung durch die demokratisch gewählten staatlichen Organe.

Wenn man die Berichte über die sektenähnliche Organisation der Deutschen Umwelthilfe und deren intransparente Finanzierung verfolgt¹³ zeigt sich, dass die Rechtsprechung contra legem eine Büchse der Pandora für Geister geöffnet hat, die mit dem Kampf gegen die eigene Autoindustrie den dicksten Ast absägen, auf dem die deutsche Wohlstandsgesellschaft derzeit noch sitzt. Wie der Spiegel schreibt, haben wir die Atomindustrie außer Landes getrieben, die Gentechnik exiliert, die chemische Industrie restringiert, die Internetwirtschaft in die USA ausgelagert und wollen nach Abschaffung der Autoindustrie in einer postindustriellen Manufaktur-Gesellschaft leben, in der man morgens Jäger ist, mittags Fischer und abends Politikkritiker¹⁴.

Aber es ist mir klar, dass die Behörden und die Kommunen diese Schlacht verloren haben und der

⁸ VG Düsseldorf, Urte. v. 13.09.2016, 3 K 7695.15, NVwZ 2017, 899; hierzu LENZ (o. Fußn. 2) S. 858; B. LINNARTZ, UPR 2017, 86.

⁹ VG Stuttgart, Urte. v. 28.07.2017, 13 K 5412.15.

¹⁰ 7 C 21.12, NVwZ 2014, 64.

¹¹ EuGH, Urte. v. 13.01.2015, Rs C-401.12.

¹² BVerwG, Urte. v. 12.11.2014, 4 C 354.13, NVwZ 2015, 596; K. RENNERT, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 2015, 793.

¹³ Münchner Abendzeitung vom 18.07.2017, S. 12.

¹⁴ J. FLEISCHHAUER, Sag zum Abschied leise Polo, in: Spiegel online vom 03.08.2017.

Gesetzgeber mit dem neuen Umweltrechtsbehelfsgesetz vom 29. Mai 2017 dem 7. Senat des BVerwG gefolgt ist (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 4 lit. a URG).

2. § 172 VwGO

Entgegen der Entscheidung des 22. Senats des BayVGH bin ich der Auffassung, dass § 172 VwGO auf das Handlungsinstrument der Luftreinhalteplanung nicht anwendbar ist. Die Vorschrift ist richtigerweise auf die Erzwingung von Verwaltungsakten zu beschränken, Luftreinhaltepläne sind aber keine Verwaltungsakte, sondern eine Form der Verwaltungsvorschrift. Der 7. und der 8. Senat des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs haben in der Vergangenheit den Anwendungsbereich von § 172 VwGO im Hinblick auf schlicht hoheitliches Handeln restriktiv gesehen¹⁵.

Der Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs legt das gesamte rechtsdogmatische Handwerkszeug auf die Seite, um zu einem aus der Sicht des Gerichts erwünschten materiellen Ergebnis zu gelangen.

§ 172 VwGO ist eine vom sonstigen System der Vollstreckung abweichende Ausnahmeregelung. Es widerspricht der allgemeinen Auslegungsmethodik, die wir schon von Larenz (Methodenlehre der Rechtswissenschaft) gelernt haben, Ausnahmenvorschriften einer erweiternden Analogie zu unterwerfen. Die Jurisprudenz gilt als Normwissenschaft. Sie enthält eine Methodenlehre für die Anwendung von Rechtsnormen. Die Analogie zählt zu den Methoden der richterlichen Rechtsfortbildung. Die Analogie ist die Auffüllung offener Lücken des Gesetzes. Nach den Prinzipien der Methodenlehre muss es sich bei der Gesetzeslücke aber um eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes handeln¹⁶. Keine planwidrige Gesetzeslücke ist ein von den Gerichten festgestellter Fehler des Gesetzes in rechtspolitischer Sicht. Die planwidrige Gesetzeslücke ist in unserem Fall auch gar nicht gegeben, weil § 167 Abs. 1 VwGO auf das seit 100 Jahren ausdifferenzierte Vollstreckungssystem des 8. Buchs der ZPO verweist. Damit gilt auch der Verweis auf § 894 ZPO. Durch die Anwendung des § 894 ZPO würde in unserem Fall offenbar, dass das Urteil des Verwaltungsgerichts keinen vollstreckungsfähigen Inhalt hat. Da der Luftreinhalteplan eine behördliche Willens- und Wissenserklärung ist, müsste die Vollstreckung zur Abgabe der vom Gericht als zutreffend angesehenen Willens- und Wissenserklärung führen.

Um vollstreckbar zu sein müsste das Gericht also auch die rechtspolitische und rechtliche Verantwortung für ganz konkrete Maßnahmen der Luftreinhalteplanung, wie ein Dieserverbot, übernehmen. Dann würde auch offenbar, dass die Justiz in der Gewaltenteilung die Verantwortung gegenüber Millionen Autofahrern für Fahrverbote zu übernehmen hat, nicht aber die Kommunen als Straßenverkehrsbehörde diese Verantwortung aufgebürdet bekommen dürfen.

Im vorliegenden Fall hat der VGH nachträglich ein rechtskräftiges Urteil im Vollstreckungsverfahren mit Informationsinhalten ausgestattet, die außerhalb des rechtskräftigen Urteils selbst liegen. Das beweist schon ein Blick auf den Tenor des Beschlusses. Ein solches Vorgehen ist Teil des Erkenntnisverfahrens, nicht aber der Zwangsvollstreckung.

III Luftreinhalteplanung im materiellen Recht

Das europäische und das nationale Luftreinhalterecht¹⁷ verpflichten die zuständigen Behörden dazu, im Fall der Überschreitung europaweit einheitlich festgelegter Immissionsgrenzwerte für die betroffenen Gebiete oder Ballungsräume Luftreinhaltepläne aufzustellen. In § 47 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 BImSchG ist geregelt, dass im Luftreinhalteplan die für die dauerhafte Einhaltung der Immissionsgrenzwerte erforderlichen Maßnahmen festgelegt sein müssen und dass diese Maßnahmen geeignet sein müssen, den Zeitraum einer Überschreitung von Immissionsgrenzwerten so kurz wie möglich zu halten. Um das Tatbestandsmerkmal „so kurz wie möglich“ dreht sich letztlich die gesamte materiell-rechtliche Debatte, die bisherige verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung und die Politik.

Zu den Maßnahmen können auch Fahrverbote gehören. Das ergibt sich aus § 40 Abs. 1 Satz 1 BImSchG. Diese Vorschrift besagt: Soweit ein Luftreinhalteplan dies vorsieht, beschränkt oder verbietet die zuständige Straßenverkehrsbehörde

¹⁵ siehe Nachweise bei P. HILBERT, Anm. zu VG München vom 21.06.2016 (M 1 V 15.5203), DVBl. 2016, 1137, 1138 bei Fn. 16.

¹⁶ K. LARENZ, Methodenlehre, 3. Aufl., 1995, S. 358.

¹⁷ LENZ (o. Fußn. 2) S. 858, Fn. 1.

den Kraftfahrzeugverkehr nach Maßgabe der straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften. Bei dem Tatbestandsmerkmal nach Maßgabe der straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften dreht sich die Diskussion um die Frage, ob eine Rechtsgrund- oder nur eine Rechtsfolgenverweisung vorliegt. Der 22. Senat des BayVGH hat immerhin entschieden, dass luftreinhalterechtlich motivierte Fahrverbote nur in dem Umfang zulässig sind, in dem das bundesrechtliche Straßenverkehrsrecht Fahrverbote zulässt.

Verkehrsverbote für Dieselfahrzeuge mit grüner Plakette wären ohne weiteres zulässig, wenn der Bund das auf der Rechtsverordnungsermächtigung des § 40 Abs. 3 BImSchG in der 35. BImSchV und in der Straßenverkehrsordnung aufgebaute System der Umweltzonen mit farblich dreifach abgestuften Plaketten (rot, gelb und grün) um eine vierte, strengere Schadstoffgruppe ergänzen würde. Hier geht es um das Stichwort der blauen Plakette als Kennzeichnung einer weiteren Schadstoffgruppe von Kraftfahrzeugen, beispielsweise von solchen, die die in den Zulassungsnormen der EU und des nationalen Rechts enthaltenen Immissionsbegrenzungen für Stickstoffdioxid im Regelbetrieb (also ohne illegale Abgassteuerung) einhalten.

Diese Rechtsänderung ist bisher vom Bundesverkehrsminister und der CSU verhindert worden. Ministerpräsident Seehofer hat einmal bezogen auf die Maut gesagt: Ein Alexander Dobrindt scheitert nicht. Wie manchmal, behielt Seehofer Recht. Die Maut hat dem Bundesverkehrsminister aber die Chance genommen, im Verkehrsresort anderweitig Sinnvolles zu tun.

Ich darf aus einem Brief von Herrn Dobrindt vom 06.12.2016 zitieren, in welchem er am selben Tag, als er im Münchner Merkur etwas gelesen hatte, an den Münchner Oberbürgermeister schreibt:

„Lieber Herr Reiter,

im Münchner Merkur vom 06.12.2016 sind Sie zur Diskussion über mögliche Einfahrverbote in die Münchner Innenstadt mit den Worten zitiert: Aus Sicht der Regierung von Oberbayern gibt es derzeit keine rechtliche Möglichkeit für die Stadt, einzelne Verkehrsteilnehmer auszusperrten, etwa alte Dieselfahrzeuge. Dies wäre nur mit der blauen Plakette möglich – die gibt es aber nicht. Ergänzend ist auch Ihre Umweltreferentin mit den Worten zitiert: Ein Fahrverbot dürfen wir aus rechtlichen Gründen nicht erlassen. Wir haben das mehrfach durchdekli-

niert, die Straßenverkehrsordnung gibt es aber nicht her. Die derzeit gültige Rechtslage gestaltet sich wie folgt: (...)“

Und dann schlägt der Bundesverkehrsminister allen Ernstes vor, dass die Behörden der Stadt München für die in München bestehende Umweltzone (Zeichen 270.1 und 270.2 der Anlage 2 zu § 41 StVO) das Zusatzzeichen, also die grüne Plakette, abdecken sollen. Damit dürfte nach dem Verkehrszeichen kein einziges Auto mehr vom Mittleren Ring abfahren und in die Münchner Innenstadt einfahren. Damit einhergehenden Härtefällen, so Dobrindt, könnte wiederum durch eine Ausnahmegenehmigung/Allgemeinverfügung begegnet werden. Solche Ausnahmen würden dann die 35. BImSchV ergänzen. Ich zitiere nochmals:

„Sollte es also in München unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwingend geboten sein, bestimmte Verursacher im Straßenverkehr von der Einfahrt in das Münchner Stadtgebiet auszuschließen, so stünde dafür im Bundesrecht bereits eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung. Sie sind sicherlich mit mir einer Meinung, dass man die Rechtslage zu den Umweltzonen gegenüber Bürgerinnen und Bürgern richtig darstellen sollte. Die in dem Artikel von Ihnen und Ihrer Umweltreferentin geforderte blaue Plakette ist für die Verhängung eines Fahrverbots jedenfalls nicht erforderlich. Dies bitte ich bei künftigen Presseanfragen zu berücksichtigen.“

Die Umweltreferentin der Stadt München, Frau Stephanie Jacobs, CSU, hat daraufhin dem Herrn Oberbürgermeister zum Schreiben von Herrn Dobrindt folgendes mitgeteilt:

„Dieser Vorschlag wurde (...) vollumfänglich innerhalb der Stadtverwaltung geprüft. Die Prüfungen ergaben, dass diese Ausführungen weder sämtliche relevanten tatsächlichen, noch rechtlichen Umstände berücksichtigen. Letztendlich ist der Vorschlag nicht vollziehbar, unverhältnismäßig und damit auch nicht zulässig.“

In dem Gerichtsverfahren am VG Stuttgart hatte das Land Baden-Württemberg im Entwurf eines neuen Luftreinhaltplans vorgesehen, Fahrverbote für ältere Diesel auf 22 Straßenabschnitten bei akuter Grenzwertüberschreitung anzuordnen. Wie berichtet wird, hat die Landesregierung kurz vor Prozessbeginn einen Rückzieher gemacht und auf die Fahrverbote verzichtet. Sie verwies auf die Rechtsauffassung von Bundesverkehrsminister

Dobrindt. Dieser habe erklärt, dass die vielen geplanten Fahrverbotsstrecken insgesamt eine Fahrverbotszone ergäben. Über solche Zonen dürfe aber nur die Bundesregierung entscheiden. Ganz offensichtlich eine diametrale Rechtseinschätzung zu dem, was der Stadt München vom Bundesverkehrsminister mitgeteilt worden ist. Dass die klagenden Umweltverbände solche Schreiben geradezu mit Wollust in den Gerichtsverfahren präsentieren, versteht sich von selbst.

IV Materiell-rechtliche Probleme im Einzelnen

Wie ist nun aber die Rechtslage? Dazu werden Sie von der wahren richterlicher Autorität, Herrn Dr. Schenk, hören. Ich gebe nur noch Stichworte:

1. Faktenlage: Münchner Straßen, in der Luftreinhaltplanung geprüfte Maßnahmeninstrumente: (siehe Power Point Präsentation).
2. Von Klägerseite in den Münchner Verfahren vorgeschlagene Instrumente: Der hierfür zu leistende Einsatz sei als gering im Verhältnis zu den ökonomischen Folgen vorzeitiger Todesfälle durch Luftverschmutzung zu sehen. Die Kosten der Luftverschmutzung habe die WHO in Deutschland auf 145 Milliarden Dollar für das Jahr 2010 geschätzt. Im Jahr 2012 seien von der Europäischen Umweltagentur 72.000 vorzeitige Todesfälle auf die NO₂-Exposition zurückgeführt worden. Die Zahl der Todesfälle bei Verkehrsunfällen habe dagegen nur bei 28.000 gelegen.

Vorgeschlagen wurden unter Hinweis auf andere deutsche und europäische Kommunen:

- Sperrung der Stadt für den gesamten Kfz-Verkehr,
- vollständige Flottenerneuerung der städtischen Fuhrparks und des Taxenfuhrparks mit emissionsarmen Fahrzeugen,
- Umstellung des gesamten ÖPNV auf emissionsfreien Standard (Erdgas, Biogas, SCRT-Filter),
- Geschwindigkeitsbeschränkungen auf Tempo 20,
- Verkehrsverflüssigung durch Pfortnerampeln,
- umweltsensitive Verkehrssteuerung,
- Nachrüstung (mit Hardware) aller Euro 4 und Euro 5 Dieselfahrzeuge,

- Parkraumbewirtschaftung durch Verzicht auf Ausweisung von Parkplätzen,
- Ausschluss aller touristischen Reisebusse,
- hilfsweise Fahrverbote wie in Italien mit abwechselnd gerade und ungeraden Kennzeichen,
- hilfsweise immissionsabhängige Verkehrsbeschränkungen für Dieselfahrzeuge.

Ich will nicht unerwähnt lassen, dass ich einzelne Vorschläge der Klägerseite als Anwalt der Stadt unterstützt habe: Dies betrifft insbesondere die Untersagung des Betriebs von Laubbläsern und die Einhausung aller immissionsrelevanten Streckenabschnitte von Autobahnen auf Stadtgebiet, natürlich auf Kosten des Bundes.

Zu einem weiteren Vorschlag, der City Maut, noch nachfolgend kurz.

Grenzwerte

- a) Die EU-Grenzwerte sind in sich un schlüssig. Die Grenzwerte für die Luftreinhaltung sind nicht abgestimmt mit den Grenzwerten in Typengenehmigungsverfahren, insbesondere nicht abgestimmt auf die illegalen, bis zu sechsfach überhöhten NO₂-Emissionen der Fahrzeuge vieler Hersteller im Normalbetrieb gegenüber den Kontrollen bei der Typengenehmigung.

Kritik ist zu üben an der EuGH-Rechtsprechung in der Entscheidung *client earth*, an der sich wohl auch der Bayerische Verwaltungsgerichtshof orientiert hat:

„Auch haben die nationalen Behörden und Gerichte die Bestimmungen des nationalen Rechts soweit wie möglich so auszulegen, dass sie mit dem Ziel der entsprechenden Richtlinie im Einklang stehen. Sofern seine solche Auslegung nicht möglich ist, haben sie die mit der Richtlinie unvereinbaren Regelungen des nationalen Rechts außer Anwendung zu lassen (...).

Wie der Gerichtshof wiederholt ausgeführt hat, wäre es schließlich mit dem zwingenden Charakter, den Art. 288 AEUV der Richtlinie 2008/50 verleiht, unvereinbar, es grundsätzlich auszuschließen, dass eine mit ihr auferlegte Verpflichtung von den betroffenen Personen geltend gemacht werden kann. Diese Überlegung gilt ganz besonders für einen Richtlinie, die eine Eindämmung und Reduzierung der Luftverschmutzung und damit den Schutz der

öffentlichen Gesundheit bezweckt (vgl. in diesem Sinne Urteil Janetschek, EU, C:2008.447, Rn. 37)“.

Folgt man unbesehen Aussagen solcher Urteile des Europäischen Gerichtshofs, so wären die deutschen Gerichte gezwungen, gegen Art. 20 Abs. 3 GG, nämlich gegen ihre Bindung an Recht und Gesetz nach deutschem Verfassungsrecht, zu verstoßen. Art. 20 GG ist aber von der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG umfasst. Die deutschen Gerichte begehen also einen offenen Verfassungsbruch, wenn sie gegen ihre Bindung an hier insbesondere nationales Prozessrecht oder nationales materielles Recht Entscheidungen treffen, um materiellem europäischem Sekundärrecht, wie einer Richtlinie, zum Durchbruch zu verhelfen.

Im Übrigen bestehen im Ergebnis erhebliche Zweifel daran, dass die Richtlinie 2008/50/EG (Luftqualitätsrichtlinie) sowie die nationalen Umsetzungsrechtsakte angesichts einer fehlenden effektiven Emissionsregulierung bei der Typengenehmigung von Kraftfahrzeugen noch als mit EU-Primärrecht vereinbar angesehen werden können.

Die Richtlinie sowie ihre nationalen Umsetzungsrechtsakte verstoßen gegen umweltpolitische Handlungsprinzipien, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowie die unternehmerische Freiheit und die Eigentumsfreiheit. In der Folge sind Richtlinie und nationale Umsetzungsrechtsakte als rechtswidrig und nichtig anzusehen.

Diese drei Ansatzpunkte begründen jeweils für sich alleine die Nichtigkeit, wirken im Rahmen der Abwägung allerdings auch ineinander und beeinflussen sich dementsprechend.

Im vorliegenden Fall ist dabei auch das nationale Recht am EU-Primärrecht zu messen. Nationales Recht, das auf einer zwingenden unionsrechtlichen Vorgabe beruht, wird grundsätzlich nicht am Maßstab des Grundgesetzes gemessen (BVerfG, B. v. 04.10.2011, Az. 1 BvL 3/08, BVerfGE 129, 186). So liegt der Fall hier: Die nationalen Rechtsakte übernehmen wortlautgetreu die Vorgaben der Richtlinie.

(1) Im Hinblick auf die nicht funktionsfähige Emissionsregulierung verstößt die Richtlinie 2008/50/EG gegen umweltpolitische Handlungsprinzipien, namentlich das Verursacher- und das Ursprungsprinzip gem. Art. 191 Abs. 2 AEUV.

Die Vorschrift sieht eine Reihe von Zielen, Grundsätzen und Kriterien vor, die der Gemeinschaftsgesetzgeber im Rahmen der Durchführung der

Umweltpolitik zu beachten hat. Soweit der EU-Gesetzgeber bei Erlass des Rechtsaktes die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 191 AEUV falsch beurteilt hat, führt dies zur Ungültigkeit des Rechtsaktes (EuGH, Urt. v. 14.07.1998, Rs. C-284/95 [Safety Hi-Tech Srl] Rn. 36 ff.; EuGH, Urt. v. 14.07.1998, Rs. C-341/95 [Gianni BETTATI], Rn. 34 ff.).

Nach der Rechtsprechung des EuGH verfügt der Unionsgesetzgeber zwar in einem komplexen technischen, sich ständig weiter entwickelnden Rahmen über ein weites Ermessen insbesondere in Bezug auf die Beurteilung der hoch komplexen wissenschaftlichen und technischen tatsächlichen Umstände bei der Festlegung von Art und Umfang der Maßnahmen, die er erlässt. Dennoch prüft der Gerichtshof, ob die Ausübung dieses Ermessens offensichtlich fehlerhaft war, einen Ermessensmissbrauch darstellte oder der Gesetzgeber die Grenzen seines Ermessens offensichtlich überschritt. Insbesondere das Vorliegen eines offensichtlichen Fehlers bei der Beurteilung des Sachverhalts ist dabei zu berücksichtigen. Die Gemeinschaftsorgane, die den in Rede stehenden Rechtsakt erlassen haben, müssen in der Lage sein, vor dem Gerichtshof zu belegen, dass sie bei Erlass des Rechtsakts ihr Ermessen tatsächlich ausgeübt haben, was voraussetzt, dass alle erheblichen Faktoren und Umstände der Situation, die mit diesem Rechtsakt geregelt werden sollten, berücksichtigt worden sind (EuGH, Urt. v. 08.07.2010, Rs. C-343/09 [Afton Chemical Limited], Rn. 28 ff.).

In diesem Zusammenhang weist Art. 191 Abs. 3 AEUV ausdrücklich darauf hin, dass die verfügbaren wissenschaftlichen und technischen Daten bei der Erarbeitung der Umweltpolitik zu berücksichtigen sind.

Nach dem Ursprungsprinzip sind Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem Ursprung zu bekämpfen. Das Verursacherprinzip sieht vor, dass Belastungen von denjenigen getragen werden müssen, die maßgeblich zur Erzeugung beitragen.

Die Regulierung der Luftqualität muss in einem komplexen Spannungsfeld verschiedenster Einflussfaktoren austariert werden. Die vorliegend in Frage stehende Immissionsregulierung stellt dabei nur das letzte Glied in der Kette dar. Eine Festlegung, welche Belastungen an einem Einwirkungs-ort letztlich stattfinden dürfen, muss ganz erheblich davon abhängen, welche Quellen auf diesen Einwirkungsort Auswirkungen haben.

Eine wirksame Senkung der Immissionen muss daher zwingend und auf Basis des Ursprungsprinzips zunächst an der Emissionsquelle ansetzen. Diese Überlegung findet sich auch in Erwägungsgrund 2 der Richtlinie 2008/50/EG wieder, in der die besondere Bedeutung betont wird, den Ausstoß von Schadstoffen an der Quelle zu bekämpfen und die effizientesten Maßnahmen zur Emissionsminderung zu ermitteln und auf lokaler, nationaler und gemeinschaftlicher Ebene anzuwenden. Auch Erwägungsgrund 16 weist auf die vorrangige Bedeutung hin, die der wirkungsvollen Eindämmung der Emissionen beizumessen ist.

Mittlerweile ist publik und anerkannt, dass die Emissionsregulierung jedenfalls im Bereich der leichten Kraftfahrzeuge ineffektiv und in Bezug auf eine tatsächliche Regulierung des Schadstoffausstoßes wirkungslos ist. Dieser Defekt führt zu einer unbilligen Verlagerung des Vermeidungsaufwandes hin zur Immissionsregulierung. Die durch die Luftqualitätsrichtlinie zur Aufstellung von Luftreinhalteplänen Verpflichteten verfügen schlicht nicht über hinreichende Instrumente, die vorgegebenen Grenzwerte zu erfüllen. Dieser Umstand wurde bei Erlass der Luftqualitätsrichtlinie in keiner Weise berücksichtigt. Vielmehr basieren die Grenzwerte im Wesentlichen darauf, dass eine voranschreitende Reduzierung der Schadstoffemissionen von Kraftfahrzeugen prognostiziert wurde.

Die Nichtberücksichtigung der tatsächlichen Effektivität der Emissionsregulierung stellt einen offensichtlichen Beurteilungsfehler durch den Unionsgesetzgeber dar, der auf die nationalen Umsetzungsrechtsakte fortwirkt.

Wegen eines Verstoßes gegen das Ursprungs- und Verursacherprinzip sind die betroffenen Rechtsakte daher als nichtig anzusehen.

- (2) Die in Frage stehenden Rechtsnormen verstoßen darüber hinaus gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Art. 5 Abs. 4 AEUV.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH gehört der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts und verlangt, dass die von einer unionsrechtlichen Bestimmung eingesetzten Mittel zur Erreichung der mit der betroffenen Regelung verfolgten Ziele geeignet sind und nicht über das Erforderliche hinausgehen. Im Hinblick auf die gerichtliche Nachprüfbarkeit wird dem Gemeinschaftsgesetzgeber im Rahmen der Ausübung der ihm übertragenen Zuständigkeiten

zwar ein weites Ermessen in Bereichen zugebilligt, in denen seine Tätigkeit sowohl politische als auch wirtschaftliche oder soziale Entscheidungen verlangt und in denen er komplexe Prüfungen und Beurteilungen vornehmen lassen muss. Die Maßnahme ist jedoch dann rechtswidrig, wenn sie zur Erreichung des Ziels, das das zuständige Programm verfolgt, offensichtlich ungeeignet ist. Dabei ist der Gemeinschaftsgesetzgeber zwingend angehalten, seine Entscheidung auf objektive Kriterien zu stützen. Außerdem muss er bei der Beurteilung der mit verschiedenen möglichen Maßnahmen verbundenen Belastungen prüfen, ob die mit der gewählten Maßnahme angestrebten Ziele sogar beträchtliche negative wirtschaftliche Folgen für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer rechtfertigen können (EuGH, Urt. v. 11.07.1989, Rs. 265/87 [SCHRÄDER], Rn. 20 ff.; EuGH, Urt. v. 08.06.2010, Rs. C-58/08 [Vodafone], Rn. 51 ff.; EuGH, Urt. v. 12.05.2011, Rs. C-176/09 [Luxemburg./Parlament und Rat], Rn. 61 ff.).

Wie bereits ausgeführt, stützte sich der Unionsgesetzgeber bei der Festlegung der Grenzwerte nicht auf objektive Kriterien, sondern auf die fiktiven Emissionswerte der Emissionsregulierung, die nichts mit den tatsächlichen Emissionen zu tun haben.

Stattdessen entsteht durch die nun vorliegende Konstellation ein erhebliches Ungleichgewicht in Bezug auf die Lastenverteilung. Soweit in einem überschaubaren Zeitrahmen an der Messstation der Landshuter Allee die Grenzwerte eingehalten werden sollen, müsste die derzeitige Verkehrsmenge entweder um mindestens 80 % reduziert oder jeglicher Lastkraftverkehr verboten und zudem sämtliche Dieselfahrzeuge durch Benzinfahrzeuge ersetzt werden. Diese Maßnahmen würden zu einer überproportionalen Belastung insbesondere von Gewerbetreibenden im Stadtgebiet München führen. Zudem wären Münchener Eigentümer von Dieselfahrzeugen faktisch enteignet, selbst wenn sie diese erst vor kurzer Zeit und in Konformität mit den strengsten Abgasnormen erworben haben. Dieser Umstand hat auch Grundrechtsrelevanz, siehe nächster Punkt.

Jedenfalls wurden derartige asymmetrische Belastungen bei Erlass der Rechtsakte nicht geprüft. Ausgelöst werden diese Belastungen allein durch die ineffiziente Emissionsregulierung. Auch ein hohes Umweltschutzniveau, wie es Art. 191 Abs. 2 AEUV fordert, kann dies nicht rechtfertigen.

Die Festsetzung von Immissionsgrenzwerten ohne Koppelung an die tatsächlichen Emissionen, geschweige denn eine effektive Kontrolle der Emissionen, ist schlicht ungeeignet, umweltpolitische Ziele zu erreichen, da der Normadressat (also das Land, das die Richtlinie umsetzen muss) keine Handhabe hat, die Grenzwerte einzuhalten.

Die Luftqualitätsrichtlinie sowie die nationalen Umsetzungsrechtsakte sind daher auch wegen eines Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip rechtswidrig und nichtig.

- (3) Die Luftqualitätsrichtlinie konstituiert in ihrer Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, die Einhaltung bestimmter Grenzwerte durchzusetzen, einen Eingriff in die Berufsfreiheit in ihrer Ausprägung als unternehmerische Freiheit sowie in die Eigentumsfreiheit. Aufgrund der fehlenden Folgerichtigkeit der Luftreinhalteregulungen kann dieser Eingriff nicht gerechtfertigt werden.

Nach der Rechtsprechung des EuGH gehören die Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die zu wahren sind. Die Grundrechte sind als allgemeine, durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union konkretisierte Grundsätze anerkannt und müssen als höherrangiges Recht bei der Auslegung Berücksichtigung finden. Insoweit eine grundrechtskonforme Auslegung nicht mehr möglich ist, führt dies zur Rechtswidrigkeit der entsprechenden Regelung.

Die freie Berufsausübung gehört zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts und ist daher vom Sekundärrecht zwingend zu beachten (EuGH, Urt. v. 11.07.1989, Rs. 265/87 [SCHRÄDER], Rn. 15; EuGH, Urt. v. 05.10.1994, Rs. C-280/93 [Deutschland./Rat], Rn. 78). Die Berufsfreiheit und insbesondere die unternehmerische Freiheit sind zudem in Art. 15 und 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union niedergelegt.

Das Eigentum wird durch Art. 17 der Charta der Grundrechte und wurde zuvor bereits durch die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs anerkannt (EuGH, Urt. v. 03.09.2008, verbundene Rs. C-402/05 P und C-415/05 P [KADI], Rn. 355; Schlussanträge Generalanwältin Kokott vom 19.04.2012, Rs. C-416/10 [KRIZAN], Rn. 179).

Diese Grundrechte dürfen Beschränkungen nur unterworfen werden, sofern diese Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der

Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die so gewährleisteten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet.

Wie bereits ausgeführt, würde die strikte Umsetzung der Grenzwerte zu einer erheblichen Verkehrseinschränkung am Mittleren Ring in München führen. In vielen Einzelfällen hätte dies eine Beschränkung der unternehmerischen Freiheit (Verbot des Lastkraftverkehrs) sowie des Eigentums (Verbot von Dieselfahrzeugen) zur Folge.

Unter Berücksichtigung der bereits dargelegten umweltpolitischen Handlungsprinzipien sowie des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit können die aufgestellten Grenzwerte angesichts der tatsächlichen Umstände nicht mehr als verhältnismäßige Zweckverfolgung eingeordnet werden. Das Defizit, hinreichend saubere Motoren zu bauen, zu verwenden sowie die Verwendung dieser Motoren zu kontrollieren, wird aktuell unbilliger Weise den Unternehmern und Eigentümern von potentiell betroffenen Fahrzeugen aufgebürdet. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist im Rahmen der Abwägung insbesondere zu berücksichtigen, ob zwischen den Erfordernissen des allgemeinen Interesses und dem Interesse des oder der betroffenen Einzelnen das Gleichgewicht gewahrt worden ist (EuGH, Urt. v. 03.09.2008, verbundene Rs. C-402/05 P und C-415/05 P [KADI], Rn. 360). Dieses Gleichgewicht wird nicht gewahrt. Vielmehr werden Vollzugsdefizite sowie hinzutretende betrügerische Maßnahmen von Automobilherstellern komplett auf Personen abgewälzt, die dafür keine Verantwortung tragen.

Auch im Hinblick auf die Berufs- und die Eigentumsfreiheit sind die in Frage stehenden Regelungen als rechtswidrig und damit nichtig einzuordnen.

- b) Zweifel bestehen aber auch bei der Anwendung des Sekundärrechts¹⁸. Linnartz weist in seiner Anmerkung zum Urteil des VG Düsseldorf vom 13.09.2016 meines Erachtens zutreffend darauf hin, dass bei richtiger Anwendung der Luftqualitätsrichtlinie (Richtlinie 2008/50/EG v. 21.05.2008, ABl. L152 vom 01.06.2008, S. 1) die Gerichte keine alleinige Ergebnisverantwortung des für die Luftreinhaltplanung und den

¹⁸ hierzu LINNARTZ (o. Fußn. 8) S. 86.

Verkehr zuständigen Landes annehmen dürfen. Aus der Differenzierung in der Luftqualitätsrichtlinie zwischen dem Luftqualitätsplan bei Überschreitung der Grenzwerte und dem Plan für kurzfristige Maßnahmen bei Überschreitung der Alarmschwellen (Art. 23 Luftqualitätsrichtlinie einerseits, Art. 24 Luftqualitätsrichtlinie andererseits) und des differenzierten zeitlichen Horizonts für die Einhaltung der jeweiligen Werte ergibt sich eine Mehrebenenverantwortung für die Hoheitsgewalt der für den Ferntransport von Schadstoffen zuständigen Stellen, also des Bundes, der für die Emissionsstandards von Kfz zuständigen Behörden und der Landesbehörden für die lokal ansetzende Luftreinhalteplanung. Es müssen in der Bundesrepublik also Bund und Länder zusammenwirken, um nach der innerstaatlichen Kompetenzverteilung unter Berücksichtigung der jeweiligen Schadstoffanteile bei der Luftverunreinigung, die Einhaltung der Grenzwerte zu erreichen. Diese Mehrebenenverantwortung muss auch bei der Auslegung des europarechtlichen und des bundesrechtlichen Bestandsmerkmals „Einhaltung eines Zeitraums der Grenzwertüberschreitung so kurz wie möglich“ beachtet werden.

Die vom VG Düsseldorf und von den bayerischen Gerichten judizierte alleinige Ergebnisverantwortung des für die Luftreinhalteplanung zuständigen Landes in Bezug auf die Erreichung der Luftqualitätsziele der europäischen Richtlinie ist also europarechtswidrig.

Luftreinhalteplan

a) Kommunen

Nach § 47 Abs. 4 Satz 2 BImSchG sind Maßnahmen in Luftreinhalteplänen, die den Straßenverkehr betreffen, nur im Einvernehmen mit den zuständigen Straßenbau- und Straßenverkehrsbehörden zulässig.

Wenn also, wie in Bayern nach der jüngsten Änderung des Bayerischen Immissionsschutzgesetzes, für die Luftreinhalteplanung die Bezirksregierungen zuständig sind, ist das Einvernehmen der für den Vollzug der StVO und der Straßengesetze zuständigen Kommune, in unserem Fall der kreisfreien Landeshauptstadt München, notwendig.

Eine Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens, wie in § 36 BauGB, ist im Bundesimmissionsschutzgesetz nicht geregelt. Verweigert also die Kommu-

ne ihr Einvernehmen zum Luftreinhalteplan, so ist allenfalls ein Vorgehen der Rechts- und Fachaufsicht nach Maßgabe der Kommunalgesetze, also als kommunalaufsichtliche Beanstandung gemeindlichen Verhaltens, denkbar.

Ein Einvernehmen zu rechtswidrigen Inhalten von Luftreinhalteplänen, also beispielsweise solchen, die gegen das Straßenverkehrsrecht oder das Straßenrecht verstoßen, wären von Staats wegen nicht erzwingbar.

Die Einvernehmensregelung ist auch der prozessuale Grund, warum die Kommunen in Klageverfahren wegen der Luftreinhalteplanung von den Verwaltungsgerichten notwendig beizuladen sind.

b) Straßenrecht

Straßenbaubehörde für die Ortsdurchfahrten von Bundesfernstraßen, von Landesstraßen und für die Gemeindestraßen im Stadtgebiet von München ist die Landeshauptstadt München nach Art. 62a Abs. 1 BayStrWG bei den Bundesstraßen, nach Art. 58 Abs. 2 BayStrWG für alle anderen Straßen in München.

Luftreinhaltepläne, die beispielsweise entsprechend einem der Vorschläge der Deutschen Umwelthilfe zu einer autofreien Innenstadt führen würden, bedürften des Einvernehmens der Landeshauptstadt München als Straßenbaubehörde. Wenn eine straßenverkehrsrechtliche Anordnung zu einer dauerhaften Einschränkung der straßenrechtlichen Widmung führt, kann eine solche Anordnung nicht mehr auf das Straßenverkehrsrecht gestützt werden. In diesem Fall müsste die Straßenbaubehörde zunächst eine Widmungsbeschränkung aussprechen.

Schon aus Gründen viel höherer Kompetenz der anwesenden Professoren darf ich es im vorliegenden Kontext nicht wagen, grundsätzlicher zum Verhältnis zwischen Straßenrecht und Straßenverkehrsrecht bei Widmungsbeschränkungen Stellung zu nehmen. Fest steht aber, dass der auch vom Bundesverwaltungsgericht festgestellte ordnungsrechtliche Charakter des Straßenverkehrsrecht zu berücksichtigen hat, dass die kommunale Verkehrsplanung auf bestehenden Straßen im Straßenrecht verankert ist und Beschränkungen deshalb mit straßenrechtlichen Statusakten stattzufinden haben.

Das Bundesimmissionsschutzrecht als Bundesrecht kann mangels Kompetenz des Bundes nicht

zu Luftreinhalteplänen zwingen, die Widmungsqualitäten bestehender Straßen in Frage stellen.¹⁹

Straßenrecht – City Maut

Die klagenden Umweltverbände haben über ihre Prozessbevollmächtigten ein auf das Bundesgebiet bezogenes umfangreiches Rechtsgutachten in den Gerichtsverfahren vorlegen lassen, wonach in allen Bundesländern, ähnlich wie in London, eine City Maut eingeführt werden kann.

Wir haben für die Landeshauptstadt München ein auf die bayerische Rechtslage bezogenes Gutachten erstellt, das wir in die Gerichtsverfahren eingeführt haben.

Die bayerischen verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen haben sich bisher mit der City Maut nicht näher befasst, weil man nur ein Diesel-Fahrverbot für ausreichend wirksam zur Einhaltung der NO₂-Grenzwerte ansah.

Ergebnis unserer gutachtlichen Überlegungen ist, dass nach gegenwärtiger Rechtslage in Bayern die Einführung einer City Maut, sei es als Steuer, sei es als Gebühr oder als Sonderabgabe an einer fehlenden landesrechtlichen Rechtsgrundlage fehlt, ferner straßenverkehrsrechtliche Umsetzungsmöglichkeiten derzeit nicht bestehen.

Für eine Gebührenerhebung auf der Grundlage des Bayerischen Kommunalabgabengesetzes fehlt es schon am Anwendungsbereich des KAG. Straßenrechtlich ist gemäß Art. 14 Abs. 2 BayStrWG der Gemeingebrauch unentgeltlich und gebührenfrei. Es liegt also eine spezialgesetzliche abweichende landesrechtliche Regelung im Sinne des Art. 1 des Bayerischen Kommunalabgabengesetzes vor.

Die Einführung einer City Maut als Sonderabgabe mit Lenkungsfunktion, auch durch landesrechtliche Rechtsvorschrift, würde nach unserer Auffassung an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den strengen Voraussetzungen an eine Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion scheitern, nämlich am Erfordernis der Gruppennützigkeit. Denn eine City Maut hätte stets zugleich den Nebenzweck einer Finanzierungsfunktion.

Selbst wenn man eine Sonderabgabe ohne jeden Finanzierungszweck annehmen würde, wäre eine solche nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur denkbar, wenn mit der Sonderabgabe ein aus einer staatlichen Leistung erhaltener Sondervorteil vom Abgabepflichtigen abgeschöpft würde.

Straßenverkehrsrechtlich würde derzeit eine City Maut an § 40 Abs. 1 Satz 1 BImSchG und der Verweisung auf das Straßenverkehrsrecht scheitern. Eine Anordnungsmöglichkeit mit dem bestehenden Zeichen 391 (Power Point) besteht nicht. Die Regelung in der StVO bezieht sich ausschließlich auf privat betriebene Abschnitte von Bundesfernstraßen. Dies ergibt sich auch aus der Verweisung in Ziff. II der Anmerkung zu Zeichen 391 VwV-StVO auf § 2 Abs. 2 Satz 1 des Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetzes. Eine Beschilderung von Gemeindestraßen im Sinne des Art. 46 BayStrWG (die von einer City Maut natürlich ebenfalls betroffen wären) mit dem Zeichen 391 wäre also nicht zulässig.

Im Übrigen würde das Zeichen 391 auch keine gebietsbezogene Einsatzmöglichkeiten bieten, weil das Zeichen angesichts seiner Optik und seines Beschriebs ausschließlich eine streckenbezogene Anordnung ermöglicht (mautpflichtige Strecke).

Probleme des Straßenverkehrsrechts

Ich gehe davon aus, dass Herr Dr. Schenk hier die sehr differenzierten Überlegungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs fruchtbar machen wird.

V Fehlentwicklungen im Typengenehmigungsverfahren für Kraftfahrzeuge

Die von Bundesverkehrsminister Dobrindt eingesetzte Untersuchungskommission „Volkswagen“ – Untersuchungen und verwaltungsrechtliche Maßnahmen zu Volkswagen, Ergebnisse der Felduntersuchung des Kraftfahrt-Bundesamtes zu unzulässigen Abschalteneinrichtungen bei Diesel-Fahrzeugen im April 2016 – hat festgestellt: „Alle Hersteller nutzen Abschalteneinrichtungen.“ Die umfangreiche öffentliche Debatte und die politischen Auseinandersetzungen zwischen der Kfz-Industrie und der Politik sind Ihnen bekannt.

In verwaltungsrechtlicher Hinsicht ist nach meiner Auffassung nur festzuhalten, dass sowohl nach den

¹⁹ H. D. JARASS, BImSchG, 11. Aufl. 2015, § 40, Rn. 13; A. SCHEIDLER, in: FELDDHAUS, Bundes-Immissionsschutzrecht, Band 1, § 40 BImSchG, Rn. 26.

einschlägigen europarechtlichen Vorgaben zur Zulassung von Kraftfahrzeugen (VO (EG-Nr. 715/2007; Rahmen-Richtlinie 2007/46/EG zur Typengenehmigung für Fahrzeuge; und die deutsche EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung, EG-FGV BGBl. I 2009, 872) eine durch unwahre, unvollständige oder gar betrügerische Antragstellung des Kfz-Herstellers für die Zulassung des Fahrzeugtyps erwirkte Genehmigung rechtswidrig, wenn nicht richtig ist. Die Rechtsfolgen von nicht dokumentierten und nicht genehmigten, also illegalen Abschalt-einrichtungen eines Kfz-Typs bestehen darin, dass die Zulassung entweder rücknehmbar ist oder nichtig ist. In beiden Fällen hätte dann das jeweils einzelne Kraftfahrzeug, das sich außerhalb der Gestaltungswirkung der Typengenehmigung bewegt, keine Zulassung zum öffentlichen Straßenverkehr.

Würden die zuständigen Behörden, insbesondere also das Kraftfahrt-bundesamt, demgemäß alle illegalen Diesel-Fahrzeuge aus dem Verkehr ziehen, wäre es nicht notwendig, die Last der Einhaltung der NO₂-Grenzwerte über die Luftreinhalteplanung auf die Schultern der Kommunen abzulagern²⁰.

VI Fazit aus Münchner Sicht

Grundproblem bei der Auslegung und Anwendung des Europäischen Rechts bleibt, dass bei einer Auslegung, wie sie momentan in der nationalen Rechtsprechung zu sehen ist, die Probleme nicht bei der Wurzel gepackt werden, sondern durch den Einsatz bei kompetenziell falscher Stelle eine erhebliche Schiefelage im Hinblick auf die gerechte Abwägung und auf den angemessenen Ausgleich der betroffenen Rechte, Belangen und Interessen eintritt. Diese Schiefelage kann nur durch eine Auslegung der Normen erreicht werden, die sich an den EU-verfassungsrechtlichen Grundlagen des Umweltrechts orientiert. Dazu bedarf es einer wirksamen und tatsächlich vollzogenen Emissionskontrolle und nicht immissionsbezogener Fahrverbote.

Drastisch formuliert: Auf dem Rücken der Kommunen kann und darf das Fehlverhalten der Automobilindustrie und das Versagen der europäischen und nationalen Zulassungsbehörden bei den Kraftfahrzeugzulassungen nicht abgeladen werden.

Verfehlt ist allerdings nach meiner Auffassung auch das Lamento der Politik und der veröffentlichten Meinung: So hieß es in einem Zeitungskommentar: Die Autobranche müsse mit ihren satten Gewinnen die Last der Nachrüstung der Dieselfahrzeuge schultern. Die Dieselfahrer könnten am wenigsten für den Schlamassel, in dem sie nun stecken. Auch das ist falsch: Kein Mensch und kein einziger Käufer hat je an die Verbrauchsangaben der Kfz-Hersteller geglaubt. Jeder, der nach 500 km an der Tankstelle vorfährt, weiß, dass der in seinen Kfz-Papieren ausgewiesene Kraftstoffverbrauch eine rein sprachliche Übereinkunft ist, die mit der Realität nichts zu tun hat. Es liegt auch kein Betrug am Verbraucher vor. Es wäre ganz einfach, alle Klimaziele im Verkehr in Deutschland zu erfüllen, nämlich wenn jeder Deutsche nur einen Fiat Panda fahren würde. Alle CO₂- und alle NO₂-Probleme wären auf einen Schlag gelöst. Aber das wollen die Leute nicht, sie wollen BMWs, Mercedes und SUVs fahren und es ist den Leuten egal, dass zwei Drittel der eingesetzten Energie des Treibstoffs in nutzlose Abwärme verwandelt wird und dass eine Technologie des 19. Jahrhunderts das 21. Jahrhundert gestaltet.

²⁰ M. FÜHR, Der Dieselskandal und das Recht, NVwZ 2017, 265.

VorsRiBayVGH a. D. Dr. Rainer Schenk, München

Grenzwertüberschreitungen bei Feinstaub– oder Stickstoffdioxidimmissionen und ihre Konsequenzen für die Luftreinhalteplanung bis hin zu Fahrverboten für Dieselfahrzeuge

I Anspruchsgrundlagen für die Betroffenen

Ausgangspunkt einer Betrachtung der Feinstaub- und der Stickstoffdioxidproblematik muss die materielle Rechtslage sein und insbesondere die Frage, welche materiellrechtlichen Ansprüche der Betroffenen hier bestehen. Es muss gefragt werden, was ein Betroffener vom Träger der Luftreinhalteplanung verlangen kann. Erst dann stellt sich die Frage, wie dieser einen Anspruch in Anbetracht des tatsächlichen und rechtlichen Umfelds erfüllen kann und muss.

1 Die Richtlinie 2008/50/EG

Grundlegend ist die Richtlinie 2008/50/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über Luftqualität und saubere Luft in Europa (ABl EG Nr. L 152, S. 1). Art. 13 Abs. 1 UAbs. 1 verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, sicherzustellen, dass überall in ihren Gebieten und Ballungsräumen die Werte u. a. für Feinstaub PM 10 in der Luft die in Anhang XI festgelegten Grenzwerte im Sinne von Art. 2 Abs 5 nicht überschreiten. In UAbs. 2 heißt es: Die in Anhang XI festgelegten Grenzwerte u. a. für NO₂ dürfen von dem dort festgelegten Zeitpunkt an nicht mehr überschritten werden. Im Anhang XI festgelegter Zeitpunkt ist der 1.1.2010.¹ Es handelt sich hierbei um Immissionsschutzrecht und insofern um eine Ergebnisverpflichtung.² Der praktisch bedeutsamste Immissionsgrenzwert für Feinstaub ist der Tagesmittelwert von 50 µg/m³ bei 35 zugelassenen Überschreitungen im Kalenderjahr. Der praktisch bedeutsamste Immissionsgrenzwert für NO₂ ist der Jahresmittelwert von 40 µg/m³.

Art. 22 Abs. 1 sah immerhin die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten vor, ein Ersuchen zu stellen, die ursprünglich festgelegte Frist unter bestimmten

Voraussetzungen zu verlängern, wenn die Grenzwerte u. a. für NO₂, nicht aber für PM10, bei Fristablauf nicht eingehalten werden konnten.³ Die Frist konnte aber nur um höchstens 5 Jahre verlängert werden, also nicht über den 1.1.2015 hinaus. Der Mitgliedstaat hätte aufzeigen müssen, wie die Einhaltung der Grenzwerte vor Ablauf der neuen Frist erreicht werden kann. Davon hat Deutschland aus naheliegenden Gründen keinen Gebrauch machen können.

Aus Art. 23 Abs. 1 UAbs. 2 Satz 1 ergibt sich, dass ein Mitgliedstaat im Falle einer Überschreitung dieser Immissionsgrenzwerte, für die die Frist zur Erreichung bereits verstrichen ist, einen Luftqualitätsplan (Luftreinhalteplan) erstellen muss. Dieser muss geeignete Maßnahmen enthalten, damit der Zeitraum der Nichteinhaltung so kurz wie möglich gehalten werden kann.⁴ Diese Bestimmung kennt keine Beschränkungen auf bestimmte Schadstoffe und auch keine zeitlichen Beschränkungen.⁵ Dies stellt nicht nur objektives Recht dar, sondern begründet subjektive Rechte für diejenigen, die unmittelbar von der Überschreitung betroffen sind, z. B. für Anwohner.⁶ Ja, es gibt auch an verkehrsreichen Straßen Anwohner, allein in Berlin sollen 26.400 Anwohner von Grenzwertüberschreitungen betroffen sein.⁷ Natürliche oder juristische Personen, die unmittelbar von der Überschreitung der Grenzwerte betroffen sind, müssen schon im Interesse eines effektiven Gesundheitsschutzes in der Lage sein, bei den nationalen Behörden – ggf. unter Anrufung der zuständigen Gerichte – zu erwirken, dass ein Luftqualitätsplan (Luftreinhalteplan) im

¹ Vgl. dazu EuGH, U. v. 19.11.2014 – Rs C 404/13 – NVwZ 2015, 419, Rn. 25.

² Vgl. LAI-Ausschuss Luftqualität/Wirkungsfragen/Verkehr, Ausarbeitung „Handlungsbedarf und -empfehlungen zur Einhaltung der NO₂-Grenzwerte“, Stand 16.2.2016, <http://www.lai-immissionsschutz.de/servlet/is/20171/Handlungsbedarf%20und%20empfehlungen%20zur%20Einhaltung%20der%20NO2-Grenzwerte.pdf?command=downloadContent&filename=Handlungsbedarf%20und%20empfehlungen%20zur%20Einhaltung%20der%20NO2-Grenzwerte.pdf>, aufgerufen am 01.10.2017, S. 8.

³ Vgl. dazu auch EuGH (o. Fußn. 1), Rn. 27.

⁴ Vgl. dazu auch EuGH (o. Fußn. 1), Rn. 41, Rn. 53.

⁵ EuGH (o. Fußn. 1), Rn. 48.

⁶ BayVGH, U. v. 18.5.2006 – 22 BV 05.2462 – NVwZ 2007, 233.

⁷ M. SALOMON/M. DROSS/C. HORNBERG, Warum die Einführung der blauen Plakette nicht aufgeschoben werden darf, Immissionsschutz 2017, Heft Nr. 1, S. 18, S. 20.

Einklang mit Art. 23 Abs. 1 UAbs. 2 erstellt wird.⁸ Dies ist zwar wohl auf Grund mangelnder Finanzkraft der Anwohnerschaft an verkehrsreichen Straßen bisher nur selten geschehen; es kam aber durchaus vor.⁹ Das BVerwG hat diese Rechtsstellung im v. a. wegen seiner Begründung viel kritisierten Urteil vom 5.9.2013¹⁰ auf anerkannte Umweltverbände erweitert. Davon wird man in der Rechtspraxis weiter ausgehen müssen. Dies ergibt sich nunmehr wohl auch aus § 1 Abs. 1 Nr. 4 Buchst. a) UmwRG. Zur Kritik hieran nur so viel: Die anerkannten Umweltverbände erhalten Klagebefugnisse nicht um ihrer selbst willen – dafür gäbe es keine Rechtfertigung –, sondern sie werden instrumentalisiert für das rechtsstaatliche Grundinteresse, dass geltendes Recht auch eingehalten und angewendet wird.

Was den Inhalt des Plans angeht, folgt aus Art. 23 Abs. 1 UAbs. 2, dass die Mitgliedstaaten bei der Festlegung der zu erlassenden Maßnahmen zwar über einen gewissen Wertungsspielraum verfügen, es aber jedenfalls ermöglichen müssen, dass der Zeitraum der Nichteinhaltung der Grenzwerte so kurz wie möglich gehalten wird.¹¹ Art. 23 Abs. 2, wonach die Übereinstimmung mit anderen Plänen – soweit machbar – sicherzustellen ist, die emissionsbezogen ansetzen, nimmt die großräumige Hintergrundbelastung in den Blick.¹² Dass dies zu einer vorsichtigen Interpretation des Begriffs des Grenzwerts führen soll,¹³ haben bisher weder der EuGH noch sonst ein Gericht angenommen. Dies ist auch nicht naheliegend, wie das Beispiel der TA Luft zeigt, wo die Berücksichtigung der (auch großräumigen) Vorbelastung nichts an der Maßgeblichkeit der Immissionswerte für die Genehmigungsfähigkeit einer lokalen Anlage ändert (vgl. Nr. 4.7.1 der TA Luft).

2 Die Umsetzung in nationales Recht

Die Umsetzung in nationales Recht ist in § 47 Abs. 1 Satz 1, Satz 3 BImSchG und § 27 Abs. 2 i. V. m. § 3 und § 4 der 39. BImSchV (Rechtsverordnung nach § 48a BImSchG) erfolgt. Insofern bestehen keine Unterschiede zwischen nationalem und europäischem Recht.

3 Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Dieses Regelungskonzept verstößt nicht gegen höherrangiges Recht, etwa EU-Primärrecht. Der

unionsrechtlich gewollte effektive Schutz vor NO₂ wird als solcher allgemein als für die menschliche Gesundheit erforderlich angesehen. NO₂ wirkt als Reizgas direkt auf die Atemwege.¹⁴ Eine nicht nur kurzfristige, sondern dauerhafte Exposition ist auch dann für die menschliche Gesundheit schädlich, wenn die Alarmschwelle gemäß Art. 2 Nr. 10 und Art. 24 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2008/50/EG nicht überschritten wird. Darin liegt kein Wertungswiderspruch. Denn bei deren Überschreitung bestehen definitionsgemäß schon bei kurzfristiger Exposition Gesundheitsrisiken. Die EU hat dieses Ziel nicht etwa unter Verstoß gegen Art. 191 Abs. 2 und 3 AEUV einseitig nur bei der Regelung der Luftqualitätsplanung, sondern auch bei der Regelung der Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen verfolgt (Verordnung [EG] Nr. 715/2007 vom 20.6.2007 – 6. Erwägungsgrund). Die EU hat mit dieser Verordnung auch angestrebt, dass sich die Grenzwerte auf das tatsächliche Verhalten der Fahrzeuge bei ihrer Verwendung beziehen (Art. 5 Abs. 1 und 12. Erwägungsgrund). Sie hat die Verwendung von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, grundsätzlich untersagt (Art. 5 Abs. 2).¹⁵ Ein Verstoß gegen Art. 191 Abs. 2 und 3 AEUV lässt sich m. E. auch nicht damit begründen, dass die bei der Typgenehmigung eines Kfz-Typs erfolgende Emissionsbeschränkung wegen nicht dokumentierter und materiell rechtswidriger Abschaltvorrichtungen¹⁶ tatsächlich nicht effektiv ist. Es handelte sich hierbei nicht um verfügbare technische Daten, sondern um noch unbekanntes künftige Manipulationen. Abgesehen davon kann eine Verringerung des Gesundheitsschutzes wohl nicht mit dem Fehlverhalten von Kfz-Herstellern gerechtfertigt werden.

⁸ EuGH (o. Fußn. 1), Rn. 55, Rn. 56.

⁹ BayVGH (o. Fußn. 6).

¹⁰ BVerwG, U. v. 5.9.2013 – 7 C 21.12 – BVerwGE 147, 312.

¹¹ EuGH (o. Fußn. 1), Rn. 57.

¹² B. LINNARTZ, Das Urteil des VG Düsseldorf vom 13.9.2016, Az. 3 K 7695/15, zum Luftreinhalteplan Düsseldorf – Analyse und kritische Auseinandersetzung, UPR 2017, 86, 87.

¹³ LINNARTZ (o. Fußn. 12), 88.

¹⁴ Vgl. SALOMON/DROSS/HORNBERG (o. Fußn. 7), 18.

¹⁵ Vgl. dazu M. FÜHR, Der Dieselskandal und das Recht, NVwZ 2017, 265, 266.

¹⁶ Vgl. dazu FÜHR (o. Fußn. 15), 265 ff.

4 Die Vorgabe, den Zeitraum der Nichteinhaltung so kurz wie möglich zu halten

Was bedeutet nun diese zeitliche Vorgabe, den Zeitraum der Nichteinhaltung so kurz wie möglich zu halten? Dem EuGH scheint insofern vorzuschweben, dass nur höhere Gewalt im Sinne von zeitweisen unüberwindlichen Schwierigkeiten die Nichteinhaltung der Grenzwerte rechtfertigen kann, aber nur solange, als zur Ausräumung dieser Schwierigkeiten erforderlich ist.¹⁷ Das BVerwG hat im Urteil vom 5.9.2013¹⁸ von einem Minimierungsgebot gesprochen, das nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit einzuhalten sei. An dieser Stelle besteht also Raum für die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte hat hierzu ein wichtiges Kriterium entwickelt: Der Schutz der Rechtsgüter Leben und Gesundheit der von den Immissionen betroffenen Wohnbevölkerung (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) ist grundsätzlich höher zu gewichten als die dagegen abzuwägenden Rechtsgüter Eigentum und allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 Satz 1, Art. 2 Abs. 1 GG) der von den ergriffenen Maßnahmen Betroffenen.¹⁹ Der BayVGH hat sich hierzu auf Rechtsprechung des BVerfG zum Rang des menschlichen Lebens als oberstem Verfassungswert berufen. Richtiger wäre es wohl gewesen, das nationale Recht, das auf zwingenden Vorgaben des EU-Rechts beruht, nicht am Maßstab des Grundgesetzes, sondern an dem des EU-Primärrechts zu messen.²⁰ Dies wären hier die Art. 2 f. bzw. 15 ff. GRCH. Dies würde aber wohl zu keiner anderen Betrachtungsweise führen.

An diesem Minimierungsgebot muss sich die Entscheidung der Behörde ausrichten. Es ist gleichzeitig rechtlicher Maßstab für die angesichts der Gestaltungsspielräume des Trägers der Luftreinhalteplanung eingeschränkte gerichtliche Kontrolle. Erforderlich ist eine Bewertung der zur Emissionsminderung geeigneten und verhältnismäßigen Maßnahmen gerade im Hinblick auf eine zeitnahe Verwirklichung der Luftqualitätsziele. Daraus kann sich eine Einschränkung des planerischen Ermessens ergeben, wenn allein die Wahl einer bestimmten Maßnahme eine baldige Einhaltung der Grenzwerte erwarten lässt. Ein Vorgehen in mehreren Stufen ist zulässig, aber nur unter der Voraussetzung, dass sich dies auch unter Berücksichtigung des zeitlichen Moments rechtfertigen lässt.²¹ Das Zeitmoment gewinnt desto mehr an Gewicht, je länger die Immissionsgrenzwerte bereits überschritten

sind. Prinzipiell soll die Zielerreichung innerhalb eines Jahres gelingen.²² Es könnte je nach den Umständen des Einzelfalls auch ein längerer Zeitraum sein, jedenfalls aber nicht mehr als fünf Jahre oder gar 10 bis 15 Jahre.

5 Rechtliche Grenzen für die Festlegung von Maßnahmen:

Natürlich können danach nicht alle nur denkbaren Maßnahmen verlangt werden.

Als Grenze muss jedenfalls die Verpflichtung der zuständigen Behörden aus § 40 Abs. 1 Satz 1 und § 47 Abs. 6 Satz 1 BImSchG gesehen werden, die in einen Luftreinhalteplan aufgenommenen Maßnahmen auch umzusetzen. Diese Verpflichtung kann sich nur auf im Wesentlichen materiell rechtmäßige und vollzugsfähige Maßnahmen beziehen.²³ Im Streitfall, wenn die Umsetzung einer solchen im Luftreinhalteplan enthaltenen Maßnahme angefochten wird, müssten die Verwaltungsgerichte dies prüfen.²⁴ Außerdem kann das gesetzlich geforderte Einvernehmen der Straßenverkehrsbehörde bei straßenverkehrlichen Maßnahmen (§ 47 Abs. 4 Satz 2 BImSchG) nur bei deren Rechtmäßigkeit fachaufsichtlich erzwungen werden. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die Einhaltung eines Immissionsgrenzwerts an einem Ort zwar zu einer Verschlechterung der Immissionssituation an einem anderen Ort, dort aber nicht zu einer Überschreitung dieses Immissionsgrenzwerts führen darf.

Der Wertungsspielraum des Trägers der Luftreinhalteplanung wird weiter durch § 47 Abs. 4 Satz 1 BImSchG eingegrenzt, der den unionsrechtlichen Prinzipien des Art. 191 Abs. 2 AEUV entspricht. Die Maßnahmen sind danach entsprechend den Verursacheranteilen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gegen alle relevanten Emittenten zu rich-

¹⁷ EuGH, U. v. 19.12.2012 – Rs C 68/11 – juris, Rn. 63.

¹⁸ BVerwG (o. Fußn. 10), Rn. 59.

¹⁹ BayVGH, B.v. 27.2.2017 – 22 C 16.1427 – NVwZ 2017, 894, Rn. 101, Rn. 154.

²⁰ BVerfG, B.v. 4.10.2011 – 1 BvL 3/08 – BVerfGE 129, 186, Rn. 46.

²¹ BVerwG (o. Fußn. 10), Rn. 60.

²² VG Stuttgart, U. v. 26.7.2017 – 13 K 5412/15 – juris, Rn. 159.

²³ BayVGH (o. Fußn. 19), Rn. 78.

²⁴ BVerwG, B.v. 11.7.2012 – 3 B 78.11 – NVwZ 2012, 1175.

ten.²⁵ Es ist also das Verursacherprinzip zu beachten.

Der Wertungsspielraum des Trägers der Luftreinhalteplanung wird dann eher groß sein, wenn der betreffende Immissionsgrenzwert alternativ mit verschiedenen geeigneten Maßnahmen künftig bald eingehalten werden kann, also entweder mit der einen oder mit der anderen oder mit einer dritten Maßnahme oder mit einer Kombination von Teilen all dieser Maßnahmen. Entscheidend ist nur, dass die Summe der Minderungspotenziale der ergriffenen geeigneten Maßnahmen eine baldige Grenzwertunterschreitung herbeiführt.²⁶ Nur ein eingeschränkter Spielraum bleibt dem Träger der Luftreinhalteplanung jedoch dann, wenn alle tatsächlich und rechtlich möglichen Maßnahmen zusammen immer noch nicht ausreichen, um den betreffenden Immissionsgrenzwert künftig bald einzuhalten. Dasselbe gilt, wenn allein die Wahl einer bestimmten Maßnahme eine baldige Einhaltung der Grenzwerte erwarten lässt.²⁷

II Anspruch auf Fahrverbote für Dieselfahrzeuge?

Reizvoll ist vor diesem Hintergrund aktuell die Frage, ob es auf Grund von Immissionsgrenzwertüberschreitungen bei NO₂ einen Anspruch auf Fahrverbote für Dieselfahrzeuge geben kann. Selbstverständlich könnte sich die Frage nach Fahrverboten auch bei Immissionsgrenzwertüberschreitungen für Feinstaub stellen; aus Zeitgründen lasse ich dieses Thema hier beiseite.

1 Tatsächliche Grundannahmen

Grenzwertüberschreitungen für NO₂ sind nach den Feststellungen des LAI-Ausschusses Luftqualität/Wirkungsfragen/Verkehr vom 16.2.2016²⁸ bei etwa 2/3 der in Deutschland an verkehrsreichen Straßen errichteten Messstationen zu verzeichnen.²⁹ Dem Umweltbundesamt zufolge³⁰ existieren Grenzwertüberschreitungen von 0 bis 10 µg/m³ bei über 40 % der verkehrsnahen Messstationen, bei ca. 15 % sind die Grenzwertüberschreitungen noch höher, teilweise wesentlich höher.

Festgestellt wurde ferner, dass dem mit Dieselfahrzeugen abgewickelten Straßenverkehr für die NO₂-Belastung der Luft herausragende Bedeutung zukommt. Als Beleg sei nur die Feststellung ein-

gangs des Abschnitts 2.5 der sechsten Fortschreibung des Luftreinhalteplans für München genannt. Danach zeigen die bisherigen Verursacheranalysen der Luftreinhaltepläne in Deutschland deutlich, dass die NO₂-Belastung an verkehrsbezogenen Messstellen maßgeblich von Kraftfahrzeugen, insbesondere von Dieselfahrzeugen, verursacht wird.³¹ Studien zeigen, dass lokaler Kraftfahrzeugverkehr und Verkehr aus dem städtischen Hintergrund zu 70 % bis 80 % Verursacher der NO₂-Immissionen sind und dass mindestens 80 % dieser NO₂-Immissionen von Dieselfahrzeugen hervorgerufen werden, davon etwa die Hälfte von Diesel-Pkw. Die gemeinsame Erklärung von Bund und Ländern zum Nationalen Forum Diesel vom 2.8.2017³² kommt zu ähnlichen Ergebnissen.

2 Folgerungen

Zusätzliche Maßnahmen müssen angesichts dieser Sachlage am Verkehr mit Dieselfahrzeugen ansetzen, zum einen, um dem Verursacherprinzip des § 47 Abs. 4 Satz 1 BImSchG zu genügen, zum anderen, um den Zeitraum der Nichteinhaltung der Immissionsgrenzwertüberschreitungen so kurz wie möglich zu halten. Die gemeinsame Erklärung von Bund und Ländern vom 2.8.2017 benennt die Minderung der Stickoxidbelastung durch Dieselfahrzeuge zu Recht als aktuell drängendste Aufgabe. Gravierend ins Gewicht fällt hier die bereits lange Dauer der Immissionsgrenzwertüberschreitungen. Seit dem 1.1.2010 sind mehr als 7 Jahre vergangen. Die zusätzlichen Maßnahmen müssen

²⁵ BayVGH (o. Fußn. 6).

²⁶ P. HILBERT, Anmerkung zu VG München, B.v. 21.6.2016 – M 1 V 15.5203 – Vollstreckung einer Verurteilung zur Änderung eines Luftreinhalteplans, DVBl 2016, 1137, 1140.

²⁷ BVerwG (o. Fußn. 10); LAI-Ausschuss Luftqualität/Wirkungsfragen/Verkehr (o. Fußn. 2), S. 8.

²⁸ LAI-Ausschuss Luftqualität/Wirkungsfragen/Verkehr (o. Fußn. 2), S. 2 Kernsatz 1.

²⁹ BayVGH (o. Fußn. 19), Rn. 120.

³⁰ Umweltbundesamt, Veröffentlichung „Wirkung der Beschlüsse des Dieselpipfels auf die NO₂-Gesamtkonzentration“, Stand 18.8.2017, http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Luft/dieselpipfel_wirkungen_bf.pdf, aufgerufen am 1.10.2017.

³¹ BayVGH (o. Fußn. 19), Rn. 116 f.

³² Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/K/170802-erklarung-nationales-diesel-forum.pdf?__blob=publicationFile, aufgerufen am 1.10.2017.

daher zeitnah eingeleitet und stringent verwirklicht werden. Die Maßnahmen müssen schnell umsetzbar sein.³³ Es liegt eigentlich auf der Hand, dass man diesen Vorgaben nur dadurch gerecht werden kann, dass in besonders belasteten Gebieten das Verkehrsaufkommen von Dieselfahrzeugen gesenkt wird.³⁴

Es ist natürlich sachgerecht und ganz im Sinne von Art. 23 Abs. 2 der Richtlinie 2008/50/EG und Art. 191 Abs. 2 AEUV und von § 47 Abs. 4 Satz 1 BImSchG, auch an kurzfristige Verbesserungen am Ursprung, also an der Fahrzeugflotte, mit Blick auf die NO₂-Emissionen zu denken. Die Verbesserung der tatsächlichen Effektivität der bei der Typgenehmigung erfolgenden Emissionsbeschränkung ist ganz im Sinn der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 (vgl. 12. Erwägungsgrund). Die gemeinsame Erklärung von Bund und Ländern vom 2.8.2017³⁵ fordert von den Automobilunternehmen ein rasches, umfassendes und belastbar wirksames Sofortprogramm zur Minderung der Stickoxidbelastung von im Verkehr befindlichen Dieselfahrzeugen. Erforderlich sei ein starker Beitrag, um pauschale Fahrverbote für Dieselfahrzeuge zu vermeiden. Das Ergebnisprotokoll vom 2.8.2017³⁶ teilt dazu mit, dass die deutsche Automobilindustrie bei ca. 5,3 Millionen der in Deutschland aktuell zugelassenen Diesel-Pkw in den Schadstoffklassen Euro 5 und 6 die Stickoxidemissionen um durchschnittlich 25 % bis 30 % bis zum Jahresende 2018 reduzieren werde, und zwar auf Basis der Freigabe durch das Kraftfahrtbundesamt und der erreichbaren Fahrzeuge. Dies soll durch ein Software-Update geschehen. Um den Umstieg von Dieselfahrzeugen älteren Standards als Euro 5 auf modernste Fahrzeuge zu beschleunigen, haben die deutschen Automobilhersteller Umstiegsprämien zugesichert.

Der BayVGH³⁷ hat insofern darauf hingewiesen, dass die Träger der Luftreinhalteplanung und die ihnen nachgeordneten Behörden selbst keinerlei Regelungsbefugnisse haben, mit deren Hilfe sie selbst auf den Schadstoffausstoß von Dieselfahrzeugen Einfluss zu nehmen vermögen. Eine Aufnahme in den Luftreinhalteplan als verbindliche Maßnahme dürfte daher nicht möglich sein.³⁸ Allenfalls könnten Prognosen des freiwilligen Verhaltens von Eigentümern und Herstellern von Dieselfahrzeugen angestellt werden. Was genau in welchem Zeitraum passieren wird, ist offen. Insbesondere ist unklar, wieviele Eigentümer alter Dieselfahrzeuge von Kaufprämien für Neufahrzeuge Gebrauch machen werden und wieviele Eigentümer von Die-

selfahrzeugen vom Angebot eines Software-Updates Gebrauch machen werden. Das Umweltbundesamt legt in der Veröffentlichung „Wirkung der Beschlüsse des Dieselpipfels auf die NO₂-Gesamtkonzentration“³⁹ recht unterschiedliche Szenarien zu Grunde. Auch bei günstigsten Annahmen wird der Immissionsgrenzwert danach nur an wenigen Standorten eingehalten werden können, am besten noch durch Umstieg auf Neufahrzeuge der allerneuesten Schadstoffklasse Euro 6d-temp, die noch gar nicht auf dem Markt sind. Einer Pressemitteilung des BMUB vom 23.8.2017 zufolge erklärte die Präsidentin des Umweltbundesamts diese ungünstige Prognose damit, dass das Ausgangsniveau der Fahrzeuge viel zu schlecht sei. Euro-5-Diesel ohne Update stießen heute im Schnitt 906 mg Stickstoffoxide pro km aus, bei einem Grenzwert von 180 mg/km. Auch aktuelle Euro-6-Diesel stießen sechsmal mehr Stickstoffoxide aus dem Auspuff aus als zulässig.⁴⁰

Außerhalb des Vorstellbaren dürfte liegen, dass das Kraftfahrtbundesamt als für Typgenehmigungen zuständige Behörde (§ 2 Abs. 1 EGFGV vom 21.4.2009, BGBl I, S. 872) sich zu einer Rücknahme solcher Genehmigungen versteht. Dies müssen die Träger der Luftqualitätsplanung (Luftreinhalteplanung) berücksichtigen, ohne dadurch aus der Verpflichtung entlassen zu werden, aus dieser Situation des Bestmögliche für die Einhaltung der Immissionsgrenzwerte zu tun, trotz der gegebenen Mehrebenenverantwortung.⁴¹

Der BayVGH gelangt zu dem Ergebnis, dass den Trägern der Luftreinhalteplanung andere Möglichkeiten als eine Verringerung der Zahl der Diesel-

³³ BayVGH (o. Fußn. 19), Rn. 120.

³⁴ LAI-Ausschuss Luftqualität/Wirkungsfragen/Verkehr (o. Fußn. 2), S. 2 Kernsatz 8 Teil 1.

³⁵ Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, (o. Fußn. 32).

³⁶ Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/K/170802-ergebnisprotokoll-nationales-diesel-forum.pdf?__blob=publicationFile, aufgerufen am 1.10.2017.

³⁷ BayVGH (o. Fußn. 19), Rn. 143.

³⁸ VG Stuttgart (o. Fußn. 22), Rn. 310.

³⁹ Umweltbundesamt, (o. Fußn. 30).

⁴⁰ <http://www.bmub.bund.de/pressemitteilung/diesel-pkw-software-updates-reichen-nicht-aus-fuer-saubere-luft/>, aufgerufen am 1.10.2017.

⁴¹ LINNARTZ (o. Fußn. 12), 86, 87.

fahrzeuge, die auf den zu hoch mit NO₂ belasteten Straßen bzw. in ihrem nächsten Umgriff verkehren, nicht zur Verfügung stehen, um das von Rechts wegen vorgegebene Ziel schnellstmöglich zu erreichen.⁴² Er hat sich dabei insbesondere auf den LAI-Ausschuss Luftqualität/Wirkungsfragen/Verkehr⁴³ gestützt. Ähnlich hatte zuvor schon das VG Düsseldorf geurteilt.⁴⁴ Auch das VG München fordert in seinem Urteil vom 21.6.2016,⁴⁵ konkrete Verkehrsbeschränkungen für besonders belastete Bereiche, ggf. auch temporärer Art, zumindest konkret begutachten zu lassen. Das VG Stuttgart ist in seinem Urteil vom 26.7.2017⁴⁶ zu dem Ergebnis gelangt, dass kurzfristige Verbesserungen der Fahrzeugflotte mit Blick auf die NO₂-Emissionen (sog. Nachrüstlösung) bestenfalls zu einer Reduzierung des Immissionswerts für NO₂ um 9 % führen würden. Ein Verkehrsverbot für die Kraftfahrzeuge mit Dieselmotoren unterhalb der Schadstoffklasse Euro 6 wird als derzeit einzige Luftreinhalteplanmaßnahme zur Einhaltung der überschrittenen Immissionsgrenzwerte angesehen. Zur Einhaltung des Grenzwerts für NO₂ hält auch das Umweltbundesamt in der genannten Veröffentlichung vom 18.8.2017⁴⁷ weitergehende zusätzliche Maßnahmen für erforderlich.

3 Verbleibende Gestaltungsspielräume

Bleiben für die Träger der Luftqualitäts- bzw. Luftreinhalteplanung eigentlich noch Wertungsspielräume übrig? Ein vollständiges Absehen von Verkehrsverboten für Dieselfahrzeuge auf von Immissionsgrenzwertüberschreitungen betroffenen Straßenabschnitten hält der BayVGH allenfalls in atypisch gelegenen Ausnahmefällen für zulässig.⁴⁸ Eher denkbar ist möglicherweise ein Verzicht auf Verkehrsverbote bei der modernsten Schadstoffklasse 6d-temp.⁴⁹ Für die Ausgestaltung im Einzelnen sind dem Beschluss des BayVGH wohl keine zwingenden rechtlichen Vorgaben zu entnehmen. Der BayVGH spricht wiederholt von der gebotenen Erstellung eines Konzepts.⁵⁰ Der Beschluss spricht ferner die abstrakt-generellen gruppenbezogenen Ausnahmen von einem Verkehrsverbot für Dieselfahrzeuge an, hält sie sogar für partiell unumgänglich;⁵¹ auch diese Art von Ausnahmen ist demzufolge aus Gründen der gebotenen Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen in Betracht zu ziehen.⁵² Auch im Individualinteresse könnten nach Ansicht des BayVGH aus Gründen der Verhältnismäßigkeit Einzel-Ausnahmen geboten sein.⁵³ Schließlich hat der BayVGH auf die Bedeutung der Öffentlichkeits-

beteiligung nach § 47 Abs. 5 Satz 2, Abs. 5a Sätze 1 bis 4 BImSchG hingewiesen und die Notwendigkeit von deren Würdigung bei der endgültigen Fassung des Konzepts betont.⁵⁴ Einer Öffentlichkeitsbeteiligung korrespondiert aber eine zumindest eingeschränkte Ergebnisoffenheit (§ 47 Abs. 5a Satz 4 BImSchG).

4 Rechtliche Umsetzbarkeit von Verkehrsverboten

Bleibt die Frage nach der rechtlichen Umsetzbarkeit von Verkehrsverboten für Dieselfahrzeuge, die nach § 47 Abs. 6 Satz 1 BImSchG erforderlich ist, mit Hilfe des gegenwärtigen Instrumentariums der StVO. Von einem Tätigwerden des Ordnungsgebers – das ist nach § 6 Abs. 1 StVG der BMV – kann in absehbarer Zeit wohl nicht ausgegangen werden. Die rechtliche Umsetzbarkeit mittels des Instrumentariums der StVO ohne weiteres Tätigwerden des Ordnungsgebers wurde vom VG Düsseldorf⁵⁵ und vom VG Stuttgart⁵⁶ bejaht. Ein Revisionsverfahren ist im Düsseldorfer Fall beim BVerwG anhängig. Maßgebende Regelungen sind außerhalb von Umweltzonen danach § 40 Abs. 1 Satz 1 BImSchG und § 45 Abs. 4 Halbsatz 1 StVO, ferner insbesondere das Zeichen 251 aus der Anlage 2 zu § 41 StVO mit Zusatzzeichen nach § 39 Abs. 3 StVO gilt nur für Diesel. Zudem könnte die Angabe abstrakt-genereller gruppenbezogener Ausnahmen erforderlich werden. Dass die Möglichkeit, andere Verkehrsarten durch Verkehrszeichen gleicher Art mit bestimmten Sinnbildern auszu-

⁴² BayVGH (o. Fußn. 19), Rn. 121, Rn. 141, Rn. 150.

⁴³ LAI-Ausschuss Luftqualität/Wirkungsfragen/Verkehr (o. Fußn. 2), S. 10.

⁴⁴ VG Düsseldorf, U. v. 13.9.2016 – 3 K 7695/15 – NVwZ 2017, 899, Rn. 43.

⁴⁵ VG München, U. v. 21.6.2016 – M 1 K 15.5714 – juris.

⁴⁶ VG Stuttgart (o. Fußn. 22), Rn. 305 f.

⁴⁷ Umweltbundesamt, (o. Fußn. 30).

⁴⁸ BayVGH (o. Fußn. 19), Rn. 154.

⁴⁹ Umweltbundesamt (o. Fußn. 30).

⁵⁰ BayVGH (o. Fußn. 19), Rn. 185 ff.

⁵¹ BayVGH (o. Fußn. 19), Rn. 159 f.

⁵² BayVGH (o. Fußn. 19), Rn. 177.

⁵³ BayVGH (o. Fußn. 19), Rn. 160.

⁵⁴ BayVGH (o. Fußn. 19), Rn. 193 f.

⁵⁵ VG Düsseldorf (o. Fußn. 44).

⁵⁶ VG Stuttgart (o. Fußn. 22), Rn. 247 ff.

schließen (Anlage 2 Nr. 26 Erläuterung Nr. 1 StVO), andere Schilderkombinationen ausschließt, erscheint wohl nicht zwingend. Auch für die Kundgabe von abstrakt-generellen Gruppenausnahmen könnte es praktikable Lösungen geben. Die vom BayVGh im Beschluss vom 27.2.2017⁵⁷ aufgezählten Zweifelsfragen stehen im Zusammenhang mit der Prozesssituation: Vollstreckungsverfahren, Bezogenheit auf das diesbezüglich schweigende zu vollstreckende Urteil, Ausschluss von Rechtsmitteln gegen Entscheidungen des VGh im Vollstreckungsverfahren nach § 152 Abs. 1 VwGO, anhängiges Revisionsverfahren beim BVerwG. Im Erkenntnisverfahren lassen sich solche Fragen wohl eher im Sinn einer europarechtskonformen Lösung entscheiden. Zumal der BayVGh ausgeführt hat, dass es schlechthin ausgeschlossen sei, dass alternativlos gebotene Schutzmaßnahmen deswegen unterbleiben, weil die StVO keine für deren Umsetzung gebotene Verkehrszeichen kennt.⁵⁸ Das VG Stuttgart sieht dies ähnlich.⁵⁹

III Prozessuales

1 Bestimmtheit des Klageantrags, Vollstreckbarkeit des Urteils

Was kann ein Betroffener oder seit dem Urteil des BVerwG vom 5.9.2013⁶⁰ auch ein nach § 3 UmwRG anerkannter Umweltverband im Streitfall vor den Verwaltungsgerichten mit der allgemeinen Leistungsklage gegen den Träger der Luftreinhalteplanung beantragen, um die Einhaltung der ihn betreffenden Immissionsgrenzwerte durchzusetzen? Es soll nach § 82 Abs.1 Satz 2 VwGO ein dem Bestimmtheitserfordernis genügender Klageantrag gestellt werden. Spätestens in der mündlichen Verhandlung muss dies geschehen (§ 103 Abs. 3 VwGO) bzw. der Vorsitzende hat auf eine dem Bestimmtheitserfordernis entsprechende sachdienliche Antragstellung hinzuwirken (§ 86 Abs. 3 VwGO), wenn er dazu in der Lage ist. Dieses Bestimmtheitserfordernis ist verknüpft mit dem Postulat der Vollstreckbarkeit. Der Klageantrag muss zu einer vollstreckungsfähigen Entscheidung führen können.⁶¹ Insofern muss auch das angerufene Verwaltungsgericht zu einem vollstreckungsfähigen Urteilstenor gelangen können. Eindeutig muss das Rechtsschutzbegehren zunächst in räumlicher Hinsicht sein. An welchem Ort, in welchem räumlichen Bereich sollen die betreffenden Immissionsgrenzwerte eingehalten werden?⁶² Eindeutig muss angegeben werden, die Überschreitung welcher

Immissionsgrenzwerte künftig unterbleiben soll.⁶³ Diese Zielvorgabe ist auch nach Auffassung des BVerwG entscheidend.⁶⁴ In zeitlicher Hinsicht wird das Rechtsschutzbegehren entsprechend der materiellen Rechtslage in gewisser Weise unbestimmt sein müssen, desgleichen hinsichtlich der Auswahl der durchzuführenden Maßnahmen. Die geschuldete Luftqualitätsplanung (Luftreinhalteplanung) muss nicht sofort zum Ziel führen, sondern – wie ausgeführt – lediglich den Zeitraum der Nichteinhaltung so kurz wie möglich halten. Es kann – wie ausgeführt – nur das tatsächlich und rechtlich Mögliche von den Trägern der Luftqualitätsplanung (Luftreinhalteplanung) verlangt werden. Das Verursacherprinzip muss beachtet werden. Es kommen – wie ausgeführt – nur verhältnismäßige Maßnahmen in Betracht. Wenn die im Luftqualitätsplan (Luftreinhalteplan) bisher vorgesehenen Maßnahmen objektiv nicht ausreichen, um den betreffenden Immissionsgrenzwert einzuhalten, ist Streit vorprogrammiert. Der Träger der Luftqualitätsplanung (Luftreinhalteplanung) wird behaupten, er habe das ihm zur Verfügung stehende Instrumentarium ausgeschöpft, die Immissionsbetroffenen bzw. die anerkannten Umweltverbände werden dies bestreiten. Vor allem wird darüber gestritten werden, welche Art von Maßnahmen noch geboten wäre. Es würde der Funktion des Erkenntnisverfahrens entsprechen, diesen Streit im Erkenntnisverfahren auszutragen und nicht das Vollstreckungsverfahren damit zu überfrachten. Von daher wäre es sicherlich sachgerecht, wenn ein Betroffener bzw. ein Umweltverband in einen Leistungsantrag verbindliche Vorgaben hinsichtlich der in Betracht kommenden Maßnahmenart aufnehmen würde, die der Planungsträger mindestens in die Luftqualitätsplanung (Luftreinhalteplanung) aufzunehmen hat.⁶⁵ Zwingend ist dies freilich nicht. Ersatzweise können auch rechtliche Prüfkriterien vorgegeben werden, die bei der Auswahl der zu treffenden Maßnahmen zu beachten sein sollen. Dass dies genügen kann,

⁵⁷ BayVGh (o. Fußn. 19), Rn. 170 bis Rn. 179.

⁵⁸ BayVGh (o. Fußn. 19), Rn. 184; ähnlich Rn. 163.

⁵⁹ VG Stuttgart (o. Fußn. 22), Rn. 275.

⁶⁰ BVerwG (o. Fußn. 10).

⁶¹ BayVGh (o. Fußn. 19), Rn. 81.

⁶² BayVGh (o. Fußn. 19), Rn. 74.

⁶³ BayVGh (o. Fußn. 19), Rn. 76.

⁶⁴ BVerwG (o. Fußn. 10), Rn. 55.

⁶⁵ BVerwG (o. Fußn. 10), Rn. 56.

hat das BVerwG⁶⁶ durch die Formulierung „im Sinne eines Bescheidungsurteils“ deutlich gemacht. Urteile können solche Prüfkriterien auch indirekt, mittelbar enthalten, in Gestalt des Normengefüges, auf das sie Bezug nehmen. Auch dies kann durch Auslegung und nicht durch „Unterlegung“ ermittelt werden.

2 Nachbessern eines Urteilstenors im Berufungs- oder Vollstreckungsverfahren?

Reizvoll ist die Frage, ob und wie ein Urteilstenor nachgebessert werden könnte. Könnte dies im Erkenntnisverfahren ein Berufungsgericht auf eine Berufung des Trägers der Luftqualitätsplanung hin tun? Könnte es ggf. die Berufung des Trägers der Luftqualitätsplanung mit der Maßgabe zurückweisen, dass der Tenor einen bestimmteren Inhalt erhält? Damit auch der unterlegene Berufungsführer hinreichend klar erkennen kann, was von ihm verlangt wird? Auch wenn der unterlegene Berufungsführer damit einen von ihm selbst als nachteiliger empfundenen Ausspruch erhält, weil er auf fehlende Vollstreckbarkeit gehofft hat? Könnte dies im Vollstreckungsverfahren das Vollstreckungsgericht tun, indem es den ursprünglichen Titel durch Auslegung des Tenors in Zusammenschau mit den Entscheidungsgründen weiterentwickelt oder gar fortschreibt? Im Vollstreckungsverfahren ist das Vollstreckungsgericht gehalten, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten (Art. 19 Abs. 4 GG).⁶⁷ Dies gebietet es, dem Rechtsschutzsuchenden, der einen rechtskräftigen verwaltungsgerichtlichen Titel erstritten hat, möglichst nicht hinterher entgegenzuhalten, dass dieser Titel wertlos sei. Auch unionsrechtlich ist ein effektives Vollstreckungsverfahren zur Durchsetzung der Maßgaben der Richtlinie 2008/50/EG geboten.⁶⁸

3 Zu § 172 VwGO

Was die Anwendung von § 172 VwGO angeht, so kann es sich nur um eine anaoge Anwendung im Hinblick darauf handeln, dass ein vom Gesetzgeber nicht bedachtes planerisches Handeln inmitten steht, das Ähnlichkeiten mit planerischen Entscheidungen mit VA-Charakter aufweist. Es ist an dessen Zweck zu erinnern, die öffentliche Verwaltung gerade in komplexen Vollstreckungsverfahren zu schützen. Wenn er nicht anwendbar wäre, käme über § 167 Abs. 1 VwGO nicht § 894 ZPO, sondern § 888

ZPO zur Anwendung.⁶⁹ Geschuldet ist nicht die Abgabe einer Willenserklärung, sondern planerisches Handeln nach verbindlichen rechtlichen Vorgaben.⁷⁰ Wenn § 172 VwGO als Vollstreckungsinstrument nicht ausreicht, gebietet Art. 19 Abs. 4 GG ohnehin den Rückgriff auf die zivilprozessualen Vorschriften.⁷¹

⁶⁶ BVerwG (o. Fußn. 10), Rn. 56.

⁶⁷ BVerfG, B. v. 9.8.1999 – 1 BvR 2245/98 – DVBl 1999, 1646; HILBERT (o. Fußn. 26), 1139.

⁶⁸ EuGH (o. Fußn. 1); BayVGH (o. Fußn. 19), Rn. 26 ff.

⁶⁹ BayVGH (o. Fußn. 19), Rn. 67 a. E.

⁷⁰ BayVGH (o. Fußn. 19), Rn. 69.

⁷¹ BVerfG (o. Fußn. 67).

Ministerialrätin Ulrike im Brahm,
Ministerium für Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf

Radschnellwege im neueren Straßenrecht

I Einleitung

Radschnellwege sind ein neueres Element der Verkehrsplanung. Sie sollen aufgrund ihres Ausbaus und ihrer Verkehrsführung attraktive Verbindungen für einen gemeinde- bzw. kreisübergreifenden Alltags- und Pendlerverkehr und somit eine Alternative zur Nutzung des Pkw werden. Somit können sie auch einen Beitrag zum Klimaschutz leisten. Der nachfolgende Beitrag zeigt rechtliche Möglichkeiten auf, die Etablierung von Radschnellwegen zu unterstützen. Nordrhein-Westfalen hat Radschnellverbindungen des Landes als eine neue Straßenkategorie in das Straßen- und Wegegesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (StrWG NRW) aufgenommen und dem Land Nordrhein-Westfalen die Straßenbaulast zugewiesen.¹ Im ersten Teil des Beitrags werden die Hintergründe dieser Rechtsänderungen erläutert. Der Bund hingegen greift auf das Instrument der finanziellen Förderung von Radschnellwegen in fremder Baulast zu. Hierzu ist ein neuer Fördertatbestand § 5b in das Bundesfernstraßengesetz (FStrG) eingefügt worden.² Diese Regelung ist Gegenstand des zweiten Teils des Beitrags.

II Radschnellverbindungen des Landes nach nordrhein-westfälischem Straßenrecht

Die Entwicklung in Nordrhein-Westfalen begann im Jahr 2012. Die damalige Landesregierung tragenden Parteien der SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN hatten im Koalitionsvertrag vereinbart, das Straßen- und Wegegesetz im Hinblick auf Radschnellwege zu modernisieren. Radschnellwege waren auch einer von zehn Bausteinen des „Aktionsplans zur Förderung der Nahmobilität“, den die Landesregierung in enger Zusammenarbeit mit der Arbeitsgemeinschaft fußgänger- und fahrradfreundlicher Städte, Gemeinden und Kreise in Nordrhein-Westfalen e. V. (AGFS) im Jahr 2012 entwickelte und verabschiedete.³

Zunächst wurden zunächst in sechs Besprechungen mit Radverkehrsexperten aus Planungsbüros, Kommunen, Verbänden, Bezirksregierungen und Landesministerien unter maßgeblicher Unterstützung durch die AGFS Kriterien entwickelt, die Radschnellwege erfüllen sollten: Wünschenswert ist eine Länge von mindestens 5 Kilometern. Sie sollen steigungsarm und weitestgehend an Knotenpunkten bevorrechtigt sein durch planfreie Führung oder Priorisierung durch Schaltung der Lichtsignalanlagen (grüne Welle). Vor allem aber sollen Rad- und Fußverkehr getrennt geführt werden, die Radschnellwege also mit eigenständigen Gehwegen ausgestattet sein. Folgende Führungsformen kommen bei der Realisierung in Betracht:

- Zweirichtungsradweg (eigenständig geführt, Breite mindestens 4 Meter),
- Zweirichtungsradweg (straßenbegleitend, Breite mindestens 4 Meter),
- Einrichtungsradweg (straßenbegleitend, Breite mindestens 3 Meter),
- Radfahrstreifen (Breite 3 Meter zuzüglich eines Sicherheitstrennstreifens),
- Fahrradstraße⁴ (Breite mindestens 3 Meter zuzüglich Sicherheitsräumen zum Parken im Einrichtungsverkehr und von mindestens 4 Meter zuzüglich Sicherheitsräumen zum Parken im Zweirichtungsverkehr),
- Mitbenutzung von Straßen in Tempo 30-Zonen (in der Regel umzuwandeln in eine Fahrradstraße).

Auf dieser Grundlage wurden im Jahr 2013 in einem kommunalen Planungswettbewerb fünf Modellprojekte ermittelt, für die mit Förderung durch das Land zum Teil auch Machbarkeitsstudien erstellt wurden. Alle diese Projekte verlaufen gemeinde- und kreisübergreifend. Daneben gibt es

¹ Gesetz zur Änderung des Straßen- und Wegegesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 25. Oktober 2016 (GV. NRW. S. 868), in Kraft getreten am 5. November 2016.

² Siebtes Gesetz zur Änderung des Bundesfernstraßengesetzes vom 27. Juni 2017 (BGBl. I S. 2082), in Kraft getreten am 5. Juli 2017.

³ Download unter www.vm.nrw.de/service/Broschueren Nummer V-526.

⁴ Zeichen 244.1 der Anlage 2 zu § 41 Absatz 1 der Straßenverkehrsordnung.

die vom Regionalverband Ruhr (RVR) entwickelte Planung für einen etwa 100 km langen Radschnellweg, der die Ruhrgebietsstädte von Duisburg bis Hamm miteinander verbinden soll (RS 1). Nachdem für Mitte 2016 erste baureife Planungen zu erwarten waren, wurde 2015 der Auftrag zur Erstellung eines Referentenentwurfs zur Änderung des Straßen- und Wegegesetzes erteilt.

Das Gesetz zur Änderung des Straßen- und Wegegesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 25. Oktober 2016 ist am 5. November 2016 in Kraft getreten und setzt das Ziel um, Radschnellwege in die Bau- und Unterhaltungslast des Landes Nordrhein-Westfalen zu übernehmen. Dem liegt die Idee zugrunde, dass Radschnellwegen aufgrund ihrer Funktion als attraktive gemeinde- und kreisübergreifende Verbindungen für einen Alltags- und Pendlerverkehr eine den Landesstraßen vergleichbare regionale Verkehrsbedeutung zukommt.

Dementsprechend wurde in § 3 Absatz 1 StrWG NRW, der die Aufteilung der öffentlichen Straßen nach ihrer Verkehrsbedeutung enthält, um die Straßenkategorie der Radschnellverbindungen des Landes erweitert. Der Begriff der Radschnellverbindung wurde gewählt, weil die Verkehrsbedeutung einer öffentlichen Straße sich nach der durch ihren Verlauf und ihre Zweckbestimmung vermittelten räumlichen Verkehrsbeziehung bestimmt. Es werden Raumeinheiten erschlossen oder miteinander verbunden, wobei bei Straßen mit überörtlicher oder regionaler Verkehrsbedeutung die Verbindungsfunktion im Vordergrund steht.

§ 3 Absatz 1 StrWG NRW lautet nunmehr:

„Die öffentlichen Straßen werden nach ihrer Verkehrsbedeutung in folgende Straßengruppen aufgeteilt:

1. Landesstraßen und Radschnellverbindungen des Landes,
2. Kreisstraßen,
3. Gemeindestraßen,
4. sonstige öffentliche Straßen.“

Kern der Gesetzesänderung ist die Definition der neuen Straßenkategorie Radschnellverbindung des Landes, um die § 3 Absatz 2 StrWG NRW ergänzt worden ist:

„Radschnellverbindungen des Landes sind Wege, Straßen oder Teile von diesen, die dem Fahrrad-

verkehr mit eigenständiger regionaler Verkehrsbedeutung zu dienen bestimmt sind; sie sollen untereinander oder mit anderen Radverkehrsverbindungen ein zusammenhängendes Netz bilden. Die Bestimmung von Wegen, Straßen oder Teilen von diesen nimmt das für das Straßenwesen zuständige Ministerium im Einvernehmen mit den jeweils als Trägern der Straßenbaulast betroffenen Kreisen, kreisfreien Städten und Gemeinden vor.“

Die Bezeichnung Wege, Straßen oder Teile von diesen erfasst sowohl eigenständig geführte Radschnellwege als auch den Ausbau vorhandener straßenbegleitender Radwege als auch die Ausweisung innerorts verlaufender Straßen als Fahrradstraßen. Wichtig ist, dass der Radschnellverbindung eine eigenständige regionale Verkehrsbedeutung zukommen soll. Dadurch unterscheidet sie sich von einem Radweg in der Straßenbaulast des Landes, der – entweder unmittelbar straßenbegleitend oder auch eigenständig geführt – Bestandteil einer Landesstraße ist. Im letzteren Fall hat zwar die Landesstraße selbst eine regionale Verkehrsbedeutung, der ihr zugeordnete Radweg dient jedoch in erster Linie der Verkehrssicherheit durch Entflechtung des motorisierten Fahrzeugverkehrs und des Radverkehrs auf der Landesstraße; er hat also keine eigenständige regionale Verkehrsbedeutung. Die Radschnellverbindung hingegen soll als attraktive, gut ausgebaute Radverkehrsanlage einen gemeinde- und kreisübergreifenden Fahrradverkehr aufnehmen und Raumeinheiten miteinander verbinden. Dadurch hat sie – unabhängig davon, ob sie teilweise auch begleitend zu einer Straße für den motorisierten Verkehr geführt wird, eine eigenständige regionale Verkehrsbedeutung. In Abweichung von der für die Definition der übrigen Straßenklassen üblichen Formulierung, dass sie einem Verkehr mit näher bezeichneter Verkehrsbedeutung dienen oder zu dienen bestimmt sind, wird für die Radschnellverbindungen einschränkend festgelegt, dass sie ihrer Verkehrsbedeutung immer zu dienen bestimmt werden. Hintergrund ist, dass es gerade in Nordrhein-Westfalen ein gut ausgebautes touristisches Radwegenetz gibt, beispielsweise im Ruhrgebiet auf alten Industriebahntrassen, das teilweise über Stadtgrenzen hinweg verläuft. Radschnellverbindungen des Landes sollen zwar eine touristische Mitbenutzung nicht ausschließen, aber doch vorwiegend einen Alltags- und Pendlerverkehr aufnehmen als Alternative zur Nutzung eines Pkw. Mit der Beschränkung der Definition von Radschnellverbindungen auf solche Wege,

die einem Fahrradverkehr mit eigenständiger regionaler Verkehrsbedeutung zu dienen bestimmt sind, wird sichergestellt, dass nicht jeder Radweg, der nach seiner Lage im Netz als Teil einer gemeinde- und kreisübergreifenden Radverkehrsverbindung tatsächlich als Radschnellverbindung dienen könnte, allein durch gesetzliche Definition als Radschnellverbindung des Landes zu klassifizieren ist. Die Formulierung in den Regelungen der Straßengesetze zur Einstufung von Straßen zu dienen bestimmt knüpft an eine der Eingruppierung der jeweiligen Straße vorausgehende planerische Entscheidung an.⁵ Somit wird für die Bestimmung einer Radschnellverbindung ein Planungskonzept des Baulastträgers vorausgesetzt. Konkretisiert wird diese Anforderung, indem ausdrücklich vorgesehen ist, dass die Bestimmung zur Radschnellverbindung durch das für das Straßenwesen zuständige Ministerium im Einvernehmen mit den betroffenen Kreisen, kreisfreien Städten und Gemeinden vorgenommen wird. Damit wird zum einen den von den Kommunalen Spitzenverbänden in der Anhörung zum Gesetzentwurf vorgetragenen Bedenken Rechnung getragen, dass ihnen gegen ihren Willen die Baulast für Radschnellverbindungen in Ortsdurchfahrten übertragen werden könnte. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass eine Bedarfsplanung für Radschnellverbindungen nicht vorgesehen ist, so dass der Planungsauftrag des Ministeriums den für Landesstraßen geltenden gesetzlichen Planungsauftrag durch das Landesstraßenausbaugesetz ersetzt.

In § 43 Absatz 1 Nummer 2 StrWG NRW wird das Land als Träger der Straßenbaulast für Radschnellverbindungen des Landes festgelegt. Dabei können die nachfolgend beschriebenen zwei besonderen Rechtsgebilde entstehen:

Erstens ist eine Fallgestaltung denkbar, bei der ein bisher als straßenbegleitender Radweg an einer Kreisstraße oder Gemeindestraße, der straßenrechtlicher Bestandteil der Kreis- oder Gemeindestraße ist, in eine Radschnellverbindung des Landes einbezogen und so ausgebaut wird, dass er den Anforderungen an eine Radschnellverbindung des Landes erfüllt, beispielsweise als Zweirichtungsradweg mit eigenständig geführten Gehweg.

Mit der Widmung des Radwegs zur Radschnellverbindung des Landes erfolgt ein Baulastwechsel vom Kreis/von der Gemeinde auf das Land. Die Fahrbahn der Kreis- oder Gemeindestraße verbleibt beim bisherigen Straßenbaulastträger. Es entsteht somit – auch außerhalb einer Ortsdurchfahrt – eine längs geteilte Baulast für die Fahrbahn und den Rad-/Gehweg (Radschnellverbindung). Dies wird in § 43 Absatz StrWG NRW durch einen Satz 2 klargestellt:

„Die Straßenbaulast des Landes erstreckt sich auch auf solche Radschnellverbindungen, die als unselbständige Radwege im Sinne des § 2 Absatz 1 Nummer 1 b) an Kreisstraßen, Gemeindestraßen oder sonstigen öffentlichen Straßen im Sinne des § 3 Absatz 5 geführt werden.“

Eine zweite besondere Fallgestaltung kann sich durch Einbeziehung von bestehenden Gemeindestraßen (Erschließungsstraßen) in eine Radschnellverbindung des Landes ergeben. Innerorts ist die Führung von Radschnellverbindungen teilweise über bestehende Ortsstraßen geplant. Straßenverkehrsrechtlich wird für einen innerörtlich verlaufenden Abschnitt einer Radschnellverbindung durch Zeichen 244.1 der Anlage 2 zu § 41 Absatz 1 der Straßenverkehrsordnung angeordnet, dass die Fahrbahn als Fahrradstraße ausgewiesen wird. Nach der Verwaltungsvorschrift zur StVO gilt, dass auf Fahrradstraßen andere Fahrzeugführer als Radfahrer diese nur benutzen dürfen, soweit dies durch Zusatzschild zugelassen ist. In der Regel wird die Benutzung der Straße für die dort lebenden Anlieger durch das Zusatzzeichen 1020-30 Anlieger frei zugelassen werden. Straßenrechtlich aber wird eine Umstufung der bisherigen Gemeindestraße (Erschließungsstraße) zu einer Radschnellverbindung des Landes vorgenommen. Wie für die Landesstraßen gilt gemäß § 44 StrWG NRW auch für Radschnellverbindungen, dass das Land in Gemeinden unter 80.000 Einwohnern in der Ortsdurchfahrt Träger der Straßenbaulast ist. Somit findet – jedenfalls für Ortsdurchfahrten von Radschnellverbindungen in Gemeinden unter 80.000 Einwohnern – durch die Umstufung einer bisherigen Gemeindestraße zur Radschnellverbindung des Landes ein Wechsel der Baulast statt. Faktisch entsteht eine „doppelte“ Widmung, auch wenn rechtlich durch die Umstufung der Straße die Funktion als Radschnellverbindung die Erschließungsfunktion überlagert.

Radschnellverbindungen des Landes sind durchgängig in allen Vorschriften des Straßen- und Wege-

⁵ HessVGH NVwZ-RR 89, 338 (339). OVG NRW, Urteile vom 30.01.1989 – 23A 2120 Seite 7, vom 16.01.1991, NVwBI 1993, 181 (183) und vom 02.02.1996 – 23A 3150/94 Seite 13.

gesetzes, aber auch in anderen Landesgesetzen, in denen Regelungen über Landesstraßen getroffen werden, den Landesstraßen gleichgestellt. Es ist also gemäß § 37 StrWG NRW ein Linienabstimmungsverfahren unter Beteiligung des Regionalrats durchzuführen. Baurecht wird im Wege der Planfeststellung oder Plangenehmigung oder eines diese ersetzenden Bebauungsplans geschaffen, oder es wird in Fällen unwesentlicher Bedeutung von einer Planfeststellung oder Plangenehmigung abgesehen (§ 38 StrWG NRW). Es gelten die Anbau- und Werbebeschränkungen der §§ 25 und 28 StrWG NRW. Wie eingangs zur Definition der Radschnellverbindungen des Landes bereits dargestellt, gilt eine einzige Ausnahme: In das Landesstraßenausbaugesetz sind die Radschnellverbindungen des Landes nicht aufgenommen worden. Es wird also keinen gesetzlich festgestellten Bedarf geben, sondern der Planungsauftrag erfolgt durch das für das Straßenwesen zuständige Ministerium gemäß § 3 Absatz 2 StrWG NRW.

III Finanzhilfen für Radschnellwege in Straßenbaulast der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände nach § 5b Bundesfernstraßengesetz

Radschnellwege dienen nicht einem weiträumigen Verkehr im Sinne des § 1 Absatz 1 Bundesfernstraßengesetz, denn Fernverkehrsweiten liegen in der Regel über 50 Kilometern. Eine Übernahme von Radschnellwegen in die Baulast des Bundes kommt daher nicht in Betracht. Da sie baulich für einen schnellen, möglichst störungsfreien Radverkehr auch über größere Distanzen ausgelegt sein sollen, können Radschnellwege aber gerade in urbanen Räumen und Metropolregionen eine schnelle und sichere Alternative zu Bundesstraßen sein. Deshalb und wegen ihres möglichen Beitrags zur Luftreinhaltung und zum Klimaschutz liegt die Etablierung von Radschnellwegen auch im Interesse des Bundes. Der Bund hat sich daher entschlossen, den Bau von Radschnellwegen in fremder Baulast über die Gewährung von Finanzhilfen zu fördern. Dazu ist mit dem Siebten Gesetz zur Änderung des Bundesfernstraßengesetzes ein neuer Fördertatbestand § 5b in das Bundesfernstraßengesetz eingefügt worden.

Finanzhilfen des Bundes an die Länder sind die Ausnahme vom Konnexitätsprinzip des Artikel 104a Absatz 1 Grundgesetz (GG), nachdem die Finanz-

verantwortung grundsätzlich der Aufgabenverantwortung folgt. Im Rahmen der Föderalismusreform I im Jahr 2006 ist zwar die schon zuvor in Artikel 104a GG enthaltene Möglichkeit aufrechterhalten worden, dass der Bund für besonders bedeutsame Investitionen der Länder und der Gemeinden zugunsten gesamtwirtschaftlicher oder wachstumpolitischer Ziele Finanzhilfen gewähren kann. Die Regelung wurde fast wortgleich in einen neuen Artikel 104b GG übernommen. Ein entscheidender Unterschied wurde aber eingeführt: Der Bund darf nur noch dort fördern, wo er Gesetzgebungsbefugnisse hat. Alle Gegenstände und Maßnahmen, die in die Kompetenz der Länder fallen, sind im Sinne einer Entflechtung von bisherigen Mischfinanzierungstatbeständen nicht mehr förderfähig.

Der Bund hat seine Gesetzgebungsbefugnis für die Gewährung von Finanzhilfen für den Bau von Radschnellwegen aus Artikel 74 Absatz 1 Nummer 24 GG (Luftreinhaltung) abgeleitet. Der verfassungsrechtliche Begriff der Luftreinhaltung umfasst den Schutz vor und die Beseitigung von Verunreinigungen der Luft, wobei der Schutz umfassend zu verstehen ist und sowohl die Gefahrenabwehr als auch die Gefahrenvorsorge beinhaltet. Abseits des motorisierten Verkehrs trägt der Radverkehr zu einer umweltschonenden Mobilität bei und macht gemäß Bundesverkehrswegeplan 2030 einen wichtigen Anteil am Verkehrsaufkommen in Deutschland aus. Radschnellwege sind Teil eines nachhaltigen Verkehrssystems in Deutschland, denn sie dienen dazu, Quelle-Ziel-Verkehre zu aggregieren, Pendlerverkehre statt mit dem Pkw verstärkt mit dem Fahrrad abzuwickeln, Staus zu vermeiden und den Verkehr insgesamt zu verflüssigen. Daher können Radschnellwege negative Verkehrsfolgen wie Lärmbelastung, aber insbesondere auch Schadstoffemissionen deutlich reduzieren und damit zur Luftreinhaltung einen wichtigen Beitrag leisten.⁶

Weiterhin knüpft Artikel 104b Absatz 1 GG die Gewährung von Finanzhilfen an folgende Voraussetzungen: Finanzhilfen sollen für besonders bedeutsame Investitionen gewährt werden und zur Abwehr der Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (Fall 1) oder dem Ausgleich unterschiedlicher Wirtschaftskraft im Bundesgebiet

⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Bundesratsdrucksache 71/17, Seite 5.

(Fall 2) oder zur Förderung des wirtschaftlichen Wachstums (Fall 3) erforderlich sein.

Der Bau von Radschnellwegen ist eine besonders bedeutsame Investition. Mit einem geeigneten infrastrukturellen Angebot an vom Bund geförderten Radschnellwegen kann ein wesentlicher Beitrag des Verkehrs zum Klimaschutz geleistet werden. Der Klimaschutzplan 2050 (Kabinettsbeschluss vom 14.11.2016) stellt auf Verkehrs- und Mobilitätskonzepte ab, die räumliche und umweltbezogene Wirkungen berücksichtigen. Dies schließt bundeseinheitliche Vorgaben für den infrastrukturellen Rahmen zum Erreichen der nationalen Klimaziele und der internationalen Klimaverpflichtungen ein. Radschnellwege sind dabei ein wichtiger Teil zukunftsweisender Mobilitätskonzepte.⁷ Die Förderziele sind die Förderung wirtschaftlichen Wachstums (Artikel 104b Absatz 1 GG Fall 3), indem Pendlerverkehre insbesondere im regionalen Bereich auf Radschnellwege verlagert werden. Die mit der Stauvermeidung/Verkehrsverflüssigung einhergehende Kostenersparnis ist ein direkter Beitrag zur Wirtschaftsförderung. Dazu tragen auch positive gesundheitliche Aspekte bei (Beitrag von Verkehrsverlagerungen auf Radschnellwege zur Luftreinhaltung/Lärmschutz), insbesondere die Senkung die Anzahl von Verkehrsunfällen. Ferner wird die Investitionsbereitschaft Privater (Nutzer oder Dienstleister) gefördert. Außerdem strebt der Bund den Ausgleich der unterschiedlichen Wirtschaftskraft (Artikel 104b Absatz 1 GG Fall 2) an. Es soll eine gleichwertige Infrastruktur geschaffen werden, insbesondere für Gemeinden, die diese nicht vollständig aus eigener Finanzkraft realisieren können.⁸

Artikel 104b Absatz 2 GG gibt inhaltliche Vorgaben: Das Nähere, insbesondere die Arten der zu fördernden Investitionen wird durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates oder auf Grundlage des Bundeshaushalts durch eine Verwaltungsvereinbarung geregelt. Mit der letzten Grundgesetzänderung vom 13.07.2017 zur Neuregelung der bundesstaatlichen Finanzbeziehungen hat der Bund das Recht erhalten, zur besseren Steuerung des Einsatzes der Bundesmittel zur Erreichung der mit der Finanzhilfe angestrebten Förderziele Berichte der Länder oder die Vorlage von Akten anzufordern sowie Erhebungen bei den mittelbewirtschaftenden Stellen der Länder durchzuführen.⁹ Die Entscheidung über den Untersuchungsgegenstand liegt dabei künftig allein beim Bund. (Das Bundesverfassungsgericht hatte in seiner Ent-

scheidung zum Zukunftsinvestitionsgesetz vom 07.09.2010 – 2 BvF 1/09 – Unterrichts- und Erhebungsrechte des Bundes teilweise als verfassungswidrig angesehen.¹⁰)

Die Finanzhilfen sind ferner gemäß Artikel 104b Absatz 2 GG befristet zu gewähren und ihre Verwendung in regelmäßigen Abständen zu prüfen. Sie sind außerdem degressiv mit fallenden Jahresbeträgen auszugestalten.

Der neue § 5b FStrG füllt diesen verfassungsrechtlich vorgegebenen Rahmen aus: die Art der zu fördernden Investition wird mit dem Bau von Radschnellwegen in der Straßenbaulast der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände umschrieben. Die Förderung ist befristet bis zum Jahr 2030 (Absatz 1 Satz 1 FStrG). Es ist eine Degression von 3 5 ab dem Haushaltsjahr 2022 vorgesehen (Absatz 1 Satz 2 FStrG). Nach Absatz 1 Satz 3 wird die Mittelverwendung durch das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur geprüft. Absatz 2 sieht eine Rückzahlungspflicht der Länder vor, wenn die geförderte Maßnahme nicht den Bau eines Radschnellwegs darstellt oder nicht den Voraussetzungen der zwischen Bund und Ländern abzuschließenden Verwaltungsvereinbarung entspricht. Absatz 3 regelt auf der Grundlage des alten Artikel 104b GG die Prüfungsrechte des Bundes; diese Regelungen sind durch den neuen weitergehenden Artikel 104b GG überholt.

Nach § 5b Absatz 4 FStrG sind die Einzelheiten einer noch abzuschließenden Verwaltungsvereinbarung vorbehalten, insbesondere

- die Verteilung der Mittel auf die Länder,
- der Eigenanteil der Länder,
- die Förderbereiche,
- die Förderquote des Bundes,
- die Bewirtschaftung der Mittel,

⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Bundesratsdrucksache 71/17, Seite 5.

⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Bundesratsdrucksache 71/17, Seite 6.

⁹ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 90, 91c, 104b, 104c, 107, 108, 109a, 114, 125c, 143d, 143e, 143f, 143g) vom 13. Juli 2017, BGBl. I S. 2317, in Kraft getreten am 20. Juli 2017.

¹⁰ BVerfGE 127, 165 (199).

- die Prüfung der Mittelverwendung
- und das Verfahren zur Durchführung der Vorschriften.

Wichtig ist, dass nach Absatz 4 Satz 2 die Inanspruchnahme der Finanzhilfen an das Inkrafttreten der Verwaltungsvereinbarung gebunden ist.

Auf eine gesetzliche Definition des Radschnellwegs als Fördergegenstand wurde verzichtet. Allerdings finden sich Anforderungen in der Gesetzesbegründung: Radschnellwege sind danach aufgrund baulicher Anforderungen für den schnellen, möglichst störungsfreien Verkehr bestimmte Verkehrswege. Kriterien sind:

- Prognosebelastung von in der Regel mindestens 2.000 Fahrradfahrten pro Tag,
- Fahrbahnquerschnitt von in der Regel vier Metern Breite,
- eigene Verkehrsbedeutung, insbesondere für Berufs- und Pendlerverkehre (keine überwiegend touristische Nutzung),
- Bildung eines zusammenhängenden Netzes mit vorhandenen Radwegen oder neu zu schaffen den Radschnellwegen sowie
- alleiniger oder Mitbestandteil einer Radschnellverbindung mit einer Mindestlänge von 10 km.¹¹

Bis auf die vorgegebene Mindestlänge von 10 km decken sich die Anforderungen und Kriterien mit der auch in Nordrhein-Westfalen vorgenommenen gesetzlichen Definition bzw. Ausbaukriterien.

Die Verwaltungsvereinbarung gemäß § 5b Absatz 4 FStrG ist noch nicht mit den Ländern verhandelt. Aufgrund der Koppelung der Gewährung der Finanzhilfen an das Inkrafttreten der Verwaltungsvereinbarung werden in diesem Jahr daher voraussichtlich die im Bundeshaushalt veranschlagten 25 Millionen Euro nicht (vollständig) verausgabt werden können. Insgesamt sind bis 2030 Fördermittel in Höhe von 200 Millionen Euro avisiert. Die Verwaltungsvereinbarung kann aber auf die „Grundvereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern über die Gewährung von Finanzhilfen des

Bundes an die Länder nach Artikel 104a Absatz 4 des Grundgesetzes (jetzt Artikel 104b GG) vom 19. September 1986 aufsetzen, der auch die neuen Länder beigetreten sind.¹² Die Grundvereinbarung enthält bereits Regelungen zum Verfahren, nach denen beispielsweise Förderanträge an das Land, nicht an den Bund zu richten sind, und zur haushaltsrechtlichen Durchführung, nach denen der Bund die Mittel dem Land, nicht den Gemeinden überweist.

IV Fazit

Es gibt verschiedene rechtliche Handlungsansätze, den Bau von Radschnellwegen zu unterstützen. Während das Land Nordrhein-Westfalen sie gesetzlich als eine Straßenkategorie mit regionaler Verkehrsbedeutung verankert hat, für die das Land die Straßenbaulast und damit die Finanzierungslast übernimmt, geht der Bund den Weg der Gewährung von Finanzhilfen, schon weil eine weiträumige Verkehrsbedeutung im Sinne des § 1 Absatz 1 FStrG nicht begründet werden kann. Die gesetzliche Definition in § 3 Absatz 2 StrWG NRW und die in Nordrhein-Westfalen entwickelten Kriterien entsprechen überwiegend den für die Förderung des Bundes in der Gesetzesbegründung genannten Anforderungen und Kriterien. Wichtig ist insbesondere, dass Radschnellverbindungen eine eigene Verkehrsbedeutung für einen Alltags- und Pendlerverkehr haben und aufgrund baulicher Anforderungen einem möglichst störungsfreien schnellen Radverkehr über längere Strecken ermöglichen. In Nordrhein-Westfalen wird es künftig möglich sein, Radschnellwege sowohl aufgrund eigener Finanzierungsmittel durch die Landesstraßenbauverwaltung zu realisieren als auch auf Finanzhilfen des Bundes zuzugreifen.

¹¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Bundesratsdrucksache 71/17, Seite 9.

¹² MinBIFin 1986, S. 238.

**62. Forschungsseminar
des Arbeitskreises Straßenrecht**

am 19./20. September 2016

im Universitätsclub Bonn

**Optimierung und Reform der Bundesauftragsverwaltung –
Grundfragen des straßenrechtlichen Nutzungsregimes**

Leitung: Univ.-Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner LL. M.

Programm

Montag, 19. September 2016

- 14.15 Uhr Begrüßung
- 14.30 Uhr Prof. Dr. Martin Burgi,
Universität München:
Vergabe und Ausschreibung von
Sondernutzungen
- 15.15 Uhr Diskussion
- 15.45 Uhr Kaffeepause
- 16.15 Uhr Wiss. Mitarbeiter Lukas Knappe,
Universität Bonn:
Auswirkungen der Wasserrahmenricht-
linie auf das Straßenrecht
- 16.45 Uhr Diskussion
- 17.00 Uhr Prof. Dr. Michael Sauthoff,
Präsident des OVG und des FG MV,
Greifswald:
Konstruktion des Anliegergebrauchs im
Lichte der neueren Rechtsprechung
- 17.30 Uhr Diskussion
- 19.00 Uhr Gemeinsames Abendessen

Dienstag, 20. September 2016

- 9.00 Uhr MRin Tatjana Tegtbauer,
Bundesministerium für Verkehr und
digitale Infrastruktur, Bonn
- 9.45 Uhr Diskussion
- 10.30 Uhr Kaffeepause
- 11.00 Uhr „Aktuelle Stunde“
u. a. mit:
RiBVerfG a. D. Prof. Dr. Udo Steiner,
Universität Regensburg,
MR a. D. Wolfgang Maß, München:
Rechtsfragen der Vertretung des Bun-
des im Rahmen der Bundesauftrags-
verwaltung
- 12.00 Uhr Mitgliederversammlung (62. Sitzung)
des Arbeitskreises „Straßenrecht“

**Teilnehmerliste des
Forschungsseminars 2016**

Allesch, Dr. Erwin,
Vizepräsident des BayVGH, München

Axer, Univ.-Prof. Dr. Peter,
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Bauer, Konrad, Abteilungspräsident a. D.,
Wachtberg-Pech

Baumbach, Bodo,
kfm.- jur. Geschäftsführer DEGES, Berlin

Burgi, Dr. Martin, Univ.-Prof.,
Universität München

Deutsch, Dr. Markus,
RAe Dolde Mayen & Partner, Bonn

Drescher, Doris, MR'in,
Sächsisches Staatsministerium für Wirtschaft,
Arbeit und Verkehr, Dresden

Dressel, Kristina, ORR'in,
Bundesministerium für Verkehr
und digitale Infrastruktur, Bonn

Dünchheim, Dr. Thomas,
RAe Hogan Lovells International LL.P., Düsseldorf

Durner, Dr. Dr., Wolfgang, Univ.-Prof.,
Universität Bonn

Flögel, Brigitte,
Universität Bonn

Geiger, Dr. Andreas,
RAe GSK Stockmann & Kollegen, München

Grandmontagne, Viviane,
Universität Bonn

Hahn, Martin,
Rechtsanwalt, Lenz und Johlen RAe, Köln

Herber, Dr. Franz-Rudolf,
Akademischer Direktor,
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Hermanns, Dr. Caspar David,
RAe Hermanns & Partner, Osnabrück

Hermes, Cäcilia,
Universität Bonn

Hönig, Dr. Dietmar,
Hessen Mobil/Karlsruher Institut für Technologie

Jupe, Michael, Präsident,
Landesamt für Bauen und Verkehr des Landes
Brandenburg, Potsdam

Kallen, Barbara,
Bundesministerium für Verkehr und
digitale Infrastruktur, Bonn

Knappe, Lukas,
Universität Bonn

Kohal, Jaschar,
Universität Bonn

Kümper, Dr. Boas,
Universität Münster

Linke, Dorothee, RD'in,
Bundesministerium für Verkehr und
digitale Infrastruktur, Bonn

Lohrum, Eleonore,
Deutsche Bahn AG, Frankfurt

Lostermann, Stephan,
Landesbetrieb Straßenbau NRW, Gelsenkirchen

Majcherek, Joachim, RD,
Landesbetrieb Straßenbau NRW, Gelsenkirchen

May, Rüdiger, MR,
Bundesministerium für Verkehr und
digitale Infrastruktur, Bonn

Michler, Dr. Hans-Peter, Prof.,
Hochschule Trier, Umweltcampus Birkenfeld

Netter, Armin, RD,
Landesbetrieb Straßenbau NRW, Gelsenkirchen

Numberger, Ulrich,
RAe Messerschmidt, Dr. Niedermeier und Partner,
München

Petersen, Dr. Malte, LL.M.,
Bundesnetzagentur, Bonn

Pokorni, ORR, Gregor,
Bundesministerium für Verkehr und
digitale Infrastruktur, Bonn

Ronellenfitsch, Dr. Michael, em. Univ.-Prof.,
Universität Tübingen, Hessischer Datenschutz-
beauftragter, Wiesbaden

Sauthoff, Prof. Dr. Michael,
Präsident des OVG MV und des FG MV,
Greifswald

Schlarmann, Prof. Dr. Hans,
RAe Gleiss, Lutz, Hootz, Hirsch & Partner,
Stuttgart

Schmidt-Preuß, Dr. Matthias, Univ.-Prof.,
Universität Bonn

Schneider, ORR'in, Jutta,
Ministerium für Landesentwicklung und Verkehr
des Landes Sachsen-Anhalt

Sackmann, Stefan,
Tank & Rast, Bonn

Seibert, Julian, LL.M.,
Universität Bonn

Snjka, Dominik,
Universität Bonn

Siegel, Dr. Thorsten, Univ.-Prof.,
Freie Universität Berlin

Stahlhut, Ulrich, MR,
Bundesministerium für Verkehr und
digitale Infrastruktur, Bonn

Steiner, Dr. Udo, Univ.-Prof.,
RiBVerfG a. D., Universität Regensburg

Steinkühler, Martin,
Richter am Bundesverwaltungsgericht

Stüer, Dr. Bernhard, Prof.,
Rechtsanwalt und Notar, Münster

Tegtbauer, Tatjana, MR'in,
Bundesministerium für Verkehr und digitale Infra-
struktur, Bonn

Uechtritz, Michael, Prof. Dr. Michael,
RAe Gleiss, Lutz, Hootz, Hirsch & Partner,
Stuttgart

Wegner, Ulrike,
Rechtsanwältin, Dietzenbach

Weschpfennig, Dr. von Armin,
Uni Bonn

Wiget, Maximilian,
Oberlandesanwalt a. D., München

**63. Forschungsseminar
des Arbeitskreises Straßenrecht
am 18./19. September 2017
im Universitätsclub Bonn**

Straßenrecht im Zeichen des Klimawandels

Leitung: Univ.-Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner LL. M.

Programm

Montag, 18. September 2017

- 14.15 Uhr Begrüßung
- 14.30 Uhr Prof. Dr. Michael Rodi,
Universität Greifswald:
Straßenrecht im Zeichen des
Klimawandels
- 15.00 Uhr Diskussion
- 15.30 Uhr Kaffeepause
- 16.00 Uhr VorsRiBayVGH Dr. Rainer Schenk,
Rechtsanwalt Ulrich Numberger,
München:
Kommunale Citymaut und weitere
Instrumente zur Umsetzung der Fein-
staubrichtlinie
- 16.45 Uhr Diskussion
- 17.00 Uhr MR'in Ulrike im Brahm,
Ministerium für Bauen, Wohnen, Stad-
tentwicklung und Verkehr des Landes
NRW, Düsseldorf:
Radschnellwege im neueren Straßen-
recht
- 17.30 Uhr Diskussion
- 19.00 Uhr Gemeinsames Abendessen

Dienstag, 19. September 2017

- 9.00 Uhr MRin Tatjana Tegtbauer,
RD'in Dorothee Linke,
Bundesministerium für Verkehr und di-
gitale Infrastruktur, Bonn:
Die Reform der Bundesfernstraßen-
verwaltung
- 9.45 Uhr Diskussion
- 10.30 Uhr Kaffeepause
- 11.00 Uhr „Aktuelle Stunde“
- 12.00 Uhr Mitgliederversammlung (63. Sitzung)
des Arbeitskreises „Straßenrecht“

Teilnehmerliste des Forschungsseminars 2017

Bauer, Konrad, Abteilungspräsident a. D.,
Wachtberg-Pech

Beauvais, Sanja von,
Deutsche Universität für Verwaltungs-
wissenschaften, Speyer

Bürger-Faigle, Kirsten,
Bundesministerium für Verkehr und
digitale Infrastruktur, Bonn

Drescher, Doris, MR'in,
Sächsisches Staatsministerium für Wirtschaft,
Arbeit u. Verkehr, Dresden

Dünchheim, Dr. Thomas,
RAe Hogan Lovells International LL.P., Düsseldorf

Durner, Dr. Dr., Wolfgang, Univ.-Prof.,
Universität Bonn

Engelmann, Martin, LL.M. (UCL),
RAe Messerschmidt, Dr. Niedermeier und Partner,
München

Fehrens, Claudia,
Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft,
Arbeit und Verkehr, Hannover

Flögel, Brigitte,
Universität Bonn

Friedrich, Wolf-Dieter,
DEGES, Berlin

Funken, Johannes,
Universität Bonn

Geiger, Dr. Andreas,
RAe GSK Stockmann & Kollegen, München

im Brahm, Ulrike, MR'in,
Ministerium für Bauen, Wohnen, Stadtentwicklung
und Verkehr des Landes NRW, Düsseldorf

Kallen, Barbara,
Bundesministerium für Verkehr und
digitale Infrastruktur, Bonn

Kiepe, Folkert,
Beigeordneter des Deutschen Städtetages a. D.,
RAe Becker Büttner Held, Köln

Kriebitzsch, Jobst, LL.M. oec,
Tank + Rast, Bonn

Kümper, Dr. Boas,
Zentralinstitut für Raumplanung,
Universität Münster

Lautner, Dr. Gerd, Univ.-Professor,
Technische Universität Darmstadt, Darmstadt

Linke, Dorothee, RD'in,
Bundesministerium für Verkehr und
digitale Infrastruktur, Bonn

Majcherek, Joachim, RD,
Landesbetrieb Straßenbau NRW, Gelsenkirchen

Manssen, Gerrit, Univ.-Prof.,
Universität Regensburg

Maß, Wolfgang, MR a. D.,
München

May, Rüdiger, MR,
Bundesministerium für Verkehr und
digitale Infrastruktur, Bonn

Michler, Dr. Hans-Peter, Prof.,
Hochschule Trier, Umweltcampus Birkenfeld

Netter, Armin, RD,
Landesbetrieb Straßenbau NRW, Gelsenkirchen

Numberger, Ulrich,
RAe Messerschmidt, Dr. Niedermeier und Partner,
München

Petersen, Dr. Malte, LL.M.,
Bundesnetzagentur, Bonn

Rattunde, Elke, Ministerium für Energie, Infrastruk-
tur und Landesentwicklung Mecklenburg-Vorpom-
mern

Rodi, Dr. Michael Rodi, Uni.-Prof., Universität
Greifswald

Sauthoff, Prof. Dr. Michael,
Präsident des OVG MV und des FG MV,
Greifswald

Schenk, Dr. Rainer,
VorsRiBayVGH a. D., München

Schmidt-Preuß, Dr. Matthias, Univ.-Prof.,
Universität Bonn

Schneider, ORR'in, Jutta,
Ministerium für Landesentwicklung und
Verkehr des Landes Sachsen-Anhalt

Schwertner, Dr. Inga,
Lenz u. Johlen RAe, Köln

Siegel, Dr. Thorsten, Univ.-Prof.,
Freie Universität Berlin

Sitsen, Dr. Michael,
Orth Kluth Rechtsanwälte, Düsseldorf

Snjka, Dominik,
Universität Bonn

Springe, Christian, MD,
Bundesministerium für Verkehr und digitale Infra-
struktur, Bonn

Stadler, Dr. Klaus Stadler, MR,
Bundesministerium für Verkehr und digitale Infra-
struktur, Berlin

Stahlhut, Ulrich, MR,
Bundesministerium für Verkehr und digitale Infra-
struktur, Bonn

Steiner, Dr. Udo, Univ.-Prof.,
RiBVerfG a. D., Universität Regensburg

Stelkens, Dr. Ulrich, Univ.-Prof.,
Deutsche Universität für Verwaltungswissen-
schaften, Speyer

Stille, Dr. Anna-Luise,
Bundesministerium für Verkehr und
digitale Infrastruktur, Berlin

Strick, Stefan, Präsident u. Prof.,
Bundesanstalt für Straßenwesen (BASt),
Bergisch-Gladbach

Stür, Dr. Bernhard, Prof.,
Rechtsanwalt und Notar, Münster

Tegtbauer, Tatjana, MR'in,
Bundesministerium für Verkehr und
digitale Infrastruktur, Bonn

Uechtritz, Dr. Michael, Prof.,
RAe Gleiss Lutz, Stuttgart

Wegner, Ulrike,
Rechtsanwältin, Dietzenbach

Weschpfennig, Dr. von Armin,
Universität Bonn

Wiget, Maximilian,
Oberlandesanwalt a. D., München

Schriftenreihe

Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen

Unterreihe „Straßenbau“

2011

S 71: Enteignung für den Straßenbau – Verfahrensvereinheitlichung – Privatisierung – Referate eines Forschungsseminars des Arbeitskreises „Straßenrecht“ im September 2010 in Bonn € 15,00

S 72: Griffigkeitsprognose an offenporigen Asphalten – Teil 2: Neue Baumaßnahmen
Jansen, Pöppel-Decker € 15,00

S 73: Längsebenheitsauswerteverfahren „Bewertetes Längsprofil“ – Weiterentwicklung der Längsebenheitsbewertung der Zustandserfassung und -bewertung
Maerschalk, Ueckermann, Heller € 18,50

2012

S 74: Verbundprojekt „Leiser Straßenverkehr 2“ – Reduzierte Reifen-Fahrbahn-Geräusche
Projektgruppe „Leiser Straßenverkehr 2“ € 30,50

S 75: Abschätzung der Risiken von Hang- und Böschungsrutschungen durch die Zunahme von Extremwetterereignissen
Krauter, Kumerics, Feuerbach, Lauterbach € 15,50

S 76: 42. Erfahrungsaustausch über Erdarbeiten im Straßenbau
Maerschalk, Ueckermann, Heller € 18,50

S 77: Netzplanung – Netzbildung – Netzbereinigung
Durner € 16,50

S 78: Untersuchung des Einflusses der Grobtextur auf Messergebnisse mit dem SKM-Verfahren
Bürckert, Gauterin, Unrau € 16,50

2013

S 79: Gussasphalt ohne Abstreuerung
Ripke € 9,00

S 80: Entwicklung einer neuen Versuchstechnik zur Bestimmung der Grenze zwischen halbfestem und festem Boden
Vogt, Birle, Heyer, Etz € 17,50

S 81: Das straßenrechtliche Nutzungsregime im Umbruch – Aktuelle Fragen des Planungsrechts
Durner € 15,00

2014

S 82: Qualitätskontrolle PWS – Wehner/Schulze Quality Control
Teil 1: Auswertung der Kenndaten der PWS Prüfung
Teil 2: Auswertung von Vergleichsuntersuchungen zur Prüfung der Poliereinheit mittels Schleifpapier
Jansen
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 83: Die Stellung der Gemeinden im Straßenrecht – aktuelle Probleme des Umweltrechts – Referate eines Forschungsseminars des Arbeitskreises „Straßenrecht“ am 23./24. September 2013 in Bonn
Durner € 17,00

S 84: Anforderungen an die Erhaltung von Radwegen
Maerschalk, Oertelt € 19,00

S 85: Kornformbeurteilung mit dem optischen Partikelmessgerät Camsizer®
Kunz
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

2015

S 86: Einfluss des Asphaltgranulates auf die bemessungs- und ermüdungsrelevanten Materialeigenschaften einer zwangsgebundenen, kaltgebundenen und bitumendominanten Tragschicht
Radenberg, Miljković, Schäfer
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden

S 87: Untersuchungen zur Ermittlung von Präzisionswerten für zwei AKR-Schnelltests Durchführung und Auswertung
Müller, Seidel, Böhm
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 88: Verwendung von AKR-geschädigtem Betonaufbruch für hydraulisch gebundene Tragschichten
Hüniger, Börner
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 89: Ermittlung von repräsentativen Substanzwerten in homogenen Abschnitten
Villaret, Frohböse, Jähnig, Karcher, Niessen, Buch, Zander
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 90: AKR-Untersuchungen für Fahrbahndecken aus Beton mit Waschbetonoberfläche
Müller, Seidel, Böhm, Stark, Ludwig, Seyfarth
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 91: Straßen im Gesamtsystem der Verkehrsträger
Durner
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 92: Längsebenheitsmesssysteme – Überprüfung der Signalverarbeitungsverfahren nach dem Prinzip der Mehrfachabtastung (HRM)
Neubeck, Wiesebrock
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

2016

S 93: Bewertung und Optimierung der Hydrophobierung zur Verminderung des AKR-Schädigungsfortschrittes in Fahrbahndeckenbetonen
Weise, Schrang € 19,50

S 94: Beanspruchung und Entfernbarkeit temporärer Fahrbahnmarkierung
Kemper, Schacht, Klaproth, Oeser, Beyer € 16,50

S 95: Bezugsgröße für den Verdichtungsgrad von Schichten ohne Bindemittel
Bialucha, Merkel, Motz, Demond, Schmidt, Ritter, Haas € 14,50

S 96: Bewertungshintergrund für den Widerstand gegen Polieren von Gesteinskörnungen nach dem PWS-Verfahren
Dudenhöfer, Rückert
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 97: Einheitliche Bewertungs- kriterien für Elemente der Straßenverkehrsinfrastruktur im Hinblick auf Nachhaltigkeit – Straße und Tunnel

Fischer, Sauer, Jungwirth, Baumgärtner, Hess, Ditter, Roth, Xalter
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 98: Verifikation eines Europäischen Prüfverfahrens zur Beurteilung der Dauerhaftigkeit von Asphalt

Böhm, Beara
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 99: Ansprache und Steuerung von Healing-Effekten bei Asphalt

Wistuba, Alisov, Isailović
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 100: Probekörperherstellung für performance-basierte Asphaltprüfungen

R. Roos, C. Karcher, A. Wittenberg
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 101: Belastungseinrichtung Mobile Load Simulator MLS10 Sensorik zur Beanspruchungsdetektion im ersten gemeinsamen Versuchsbetrieb

Wacker, Scherckenbach, Rabe, Golkowski
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 102: Effizienz technischer Sicherungsmaßnahmen im Erdbau – Lysimeteruntersuchungen unter Laborbedingungen – Teil 1: Bodenmaterial

Kellermann-Kinner, Bürger, Marks € 16,50

S 103: Effizienz technischer Sicherungsmaßnahmen im Erdbau – Untersuchungen von Bauweisen in Freilandlysimetern – Teil 1: Untersuchungszeitraum 2010 - 2013

Brand, Tiffert, Endres, Schnell, Marks, Kocher € 19,50

S 104: Nachhaltige und effiziente Sanierung von Schlaglöchern

Thienert, Beckedahl, Koppers, Paffrath, Nafe € 15,00

2017

S 105: Untersuchungen zur Überprüfung des Luftporenanteils als Verdichtungsanforderung bei feinkörnigen Böden und bindigen Mischböden

Lypp, Birle, Heyer, Vogt € 20,50

S 106: Zusammenhang zwischen Bitumenchemie und straßenbautechnischen Eigenschaften

Radenberg, Nytus, Gehrke
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 107: Baustoffe für standfeste Bankette

Koukoulidou, Birle, Heyer € 15,50

S 108: Neue Wege zur Finanzierung des Straßenbaus – Entwicklungen des europäischen Umweltrechts – Referate eines Forschungsseminars des Arbeitskreises „Straßenrecht“ am 21./22. September 2015 in Bonn

Durner
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 109: RIVA – Risikoanalyse wichtiger Verkehrsachsen des Bundesfernstraßennetzes im Kontext des Klimawandels

Korn, Leupold, Mayer, Kreienkamp, Spekat € 15,50

S 110: Vergleichbarkeit der Auslaugraten von Materialien mit und ohne Sandzumischung nach dem Säulenkurzverfahren (DIN 19528)

Lin, Linnemann, Vollpracht € 16,50

S 111: Bitumenextraktion aus Asphalt mit dem nachwachsenden Rohstoff Octansäuremethylester (Kokosester)

Alisov, Wistuba
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 112: Nachweis der flächendeckenden Verdichtungskontrolle von Asphalt

Zander, Buch, Birbaum
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 113: Einfluss der Temperatur auf die Probekörperherstellung bei Niedrigtemperaturgussasphalt im Rahmen der Kontrollprüfungen

Schellenberg
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 114: Studie zum Anwendungspotenzial von werksgemischtem Kaltbauweisen – Asphalt

Mollenhauer
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

2018

S 115: Performance-orientierte Asphaltspezifikation – Entwicklung eines praxismgerechten Prüfverfahrens zur Ansprache des Verformungswiderstandes

Wistuba, Isailović
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 116: Weiterführende Untersuchungen zur Beurteilung des Adhäsionsverhaltens zwischen Bitumen und Gestein

Radenberg, Nytus, Boetcher, Diedel, Miehling
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 117: Bauzeitenverkürzung durch optimierten Asphalteinbau

Böhm, Tielmann, Ulrich, Verges, Muschalla
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 118: Untersuchung der Dauerhaftigkeit unterschiedlicher Asphaltbinderkonzepte

Renken, Wistuba
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

S 119: Grundfragen des straßenrechtlichen Nutzungsregimes – Straßenrecht im Zeichen des Klimawandels

Durner
Dieser Bericht liegt nur in digitaler Form vor und kann unter <http://bast.opus.hbz-nrw.de/> heruntergeladen werden.

Fordern Sie auch unser kostenloses Gesamtverzeichnis aller lieferbaren Titel an! Dieses sowie alle Titel der Schriftenreihe können Sie unter der folgenden Adresse bestellen:

Fachverlag NW in der Carl Ed. Schünemann KG
Zweite Schlachtpforte 7 · 28195 Bremen
Tel. + (0)421/3 69 03-53 · Fax + (0)421/3 69 03-63

Alternativ können Sie alle lieferbaren Titel auch auf unserer Website finden und bestellen.

www.schuenemann-verlag.de