

wie *Erichsen*, der die Leitung des Kommunalwissenschaftlichen Instituts später von *Menger* übernommen hatte, erläuterte.

Schon mit seiner Habilitation über das System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes setzte *Menger* Maßstäbe sowohl im allgemeinen Verwaltungsrecht als auch Verwaltungsprozeßrecht, das einen seiner Forschungsschwerpunkte bildete (Christian-Friedrich *Menger*, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954). Er arbeitete über die Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht, über die Handlungsformen der Verwaltung bei der Subventionsvergabe, über das Gesetz als Norm und Maßnahme ebenso wie über den sozialen Rechtsstaat (vgl. Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner GG, Tübingen 1953) und die Rechtsprechung im modernen Staat (Moderner Staat und Rechtsprechung, Eine historische und systematische Studie über Stellung und Bedeutung der Dritten Gewalt im modernen Staat, Tübingen 1968; vgl. auch Verfassung und Verwaltung in Geschichte und Gegenwart, Heidelberg 1982).

*Menger* wurde zu hohen akademischen Ämtern berufen. *Erichsen*, Schüler *Mengers* und selbst über viele Jahre Rektor in Münster, erinnerte etwa an das Rektorat des Jubilars in den Amtsjahren 1957 bis 1959 an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, an seine Zeit als Dekan der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Kiel (1964) und an den stellvertretenden Vorsitz der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer (1960–1961) (vgl. bereits *Menger*, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 1957, 1 ff.). *Menger* hat immer die Verbin-

dung mit der Praxis gesucht. So war er nebenamtlich Richter am OVG des Landes Rheinland-Pfalz, am OVG für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein, wo er 1965 zum Obergerverwaltungsgerichtsrat ernannt wurde, und als Richter im Nebenamt am OVG für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster. Auch nach seiner Emeritierung im Jahre 1981 ist der Jubilar als Autor und Mitautor zahlreicher verwaltungs- und verfassungsrechtlicher Schriften hervorgetreten. Noch 1993 ist die achte Auflage seiner weitverbreiteten und hoch geschätzten Schrift »Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit« erschienen (Heidelberg 1993), in der er auch einen vielbeachteten Beitrag zur Bewältigung der Zeit des Nationalsozialismus leistete. Wer mit ihm zusammenarbeitete, war vor allem von seinem klaren Blick für das Verfassungs- und Verwaltungsrecht, von der Anerkennung der Leistung anderer, seiner Bescheidenheit im persönlichen Umgang, aber auch von der Toleranz beeindruckt, mit der er die Meinungen Andersdenkender gelten ließ.

Das System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes mit seinen vielfältigen, facettenreichen Aspekten hat sich zu einem der Kernstücke des modernen öffentlichen Rechts entwickelt (vgl. auch System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Christian-Friedrich *Menger*, Köln 1985). Vor allem die Richterschaft, so mahnte der geehrte Verfassungs- und Verwaltungsrechtler in seinen Dankesworten die Festversammlung eindringlich, müsse dafür Sorge tragen, daß die Rechtsordnung weiterhin ihren Platz als ein von allen akzeptiertes Fundament des Staates behaupten und ausbauen könne.

## Planungsrechtliche Optimierungsgebote – naturschutzrechtliche Eingriffsregelung – Folgekosten

Bericht über die Tagung des Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer und des Arbeitsausschusses »Straßenrecht« der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen

Von Rechtsanwalt und Notar Dr. Bernhard *Stüer*, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Lehrbeauftragter an den Universitäten Münster und Osnabrück, Münster

Die Speyerer Jahrestagungen des Arbeitsausschusses »Straßenrecht« der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen – seit dem Jahre 1977 zugleich Veranstaltungen des Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer – haben sich seit Jahren zu einem wichtigen Forum der Straßenrechtler Deutschlands entwickelt. Mit den planungsrechtlichen Optimierungsgeboten, der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung und den Folgekosten bei der Verlegung von Verkehrsanlagen hatten die Teilnehmer aus allen Bereichen von Wissenschaft und Praxis des Straßenrechts drei Themen in den Mittelpunkt ihrer Beratungen gestellt, die sowohl für die wissenschaftliche Grundlegung als auch für die praktische Umsetzung des Straßenrechts zentrale Bedeutung gewonnen haben, wie Prof. Dr. Willi *Blümel* (Speyer) als Vorsitzender des Arbeitsausschusses und als wissenschaftlicher Leiter der Tagung zu Beginn der zweitägigen Veranstaltung vom 23./24. 10. 1995 erläuterte<sup>1</sup>.

### Planungsrechtliche Optimierungsgebote

»Die Begriffe der Optimierung und des Optimierungsgebotes bedeuten üblicherweise ein Verfahren zweckrationaler Entscheidungsfindung bzw. Normbegründung im Wege konkreter Abwägung von abstrakt gleichrangigen Zielen oder Zwecken. Optimierung ist ein Synonym für Abwägung im und für den konkreten

Fall und fungiert als das gerade Gegenteil jeder absoluten oder auch nur relativen Regelhaftigkeit und Normrationalität einer Entscheidung.« Mit diesen Worten eröffnete Prof. Dr. Richard *Bartlspurger* (Erlangen/Nürnberg) seine kritischen Überlegungen zu den »planungsrechtlichen Optimierungsgeboten«. Eine klare Absage erteilte der Erlanger Staatsrechtslehrer allen Bestrebungen, das Optimierungsgebot als feste rechtliche Regel in die planungsrechtlichen Kontrollmaßstäbe zu integrieren und hieraus zusätzliche, etwa strikt zu beachtende Vorgaben für die Planung oder die gerichtliche Kontrolle abzuleiten. Das Optimierungsgebot dürfe weder als strikt zu beachtender Planungsleitsatz noch als rechtlich zu beurteilendes Maximierungsgebot verstanden werden. Es kennzeichne vielmehr lediglich als allgemeiner Bewertungsmaßstab ein Prinzip der Gewichtung, das für die Abwägungsentscheidung typisch sei. Vor einer Verselbständigung des Begriffs im Sinne regelhafter Anforderungen an den Planungsprozeß oder die gerichtliche Kontrolle sei jedenfalls zu warnen. »Als Planungsleitsatz im Sinne der Rechtsprechung des BVerwG kommt das Optimierungsgebot schon deshalb nicht in Betracht, weil es keine strikte Beachtung für sich beanspruchen kann«, machte der Hochschullehrer klar. Auch eine regelhafte Verwendung jenseits einer strikten Bindung im Sinne eines relativen Gewichtungsvorrangs sei abzulehnen. Ebenso kritisch stand der Referent dem Grundsatz der Planerhaltung gegenüber, den er mit der Gefahr verband, die gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrensvoraussetzungen für die Rechtsverbindlichkeit des Satzungsrechts zu unterlaufen und Fehler sozusagen sanktionslos werden zu lassen. Eine Überhöhung des planerischen Optimierungsgebotes mit dem Ziel einer regelhaften Anwendung sei auch aus verfassungsrechtlichen Gründen problematisch. Eine verhältnismäßige Vorrangentscheidung könne sich lediglich im Einzelfall, nicht aber prinzipiell ergeben. Deshalb sei die insoweit auch prinzipiell unge-

<sup>1</sup> Vgl. zu den Tagungen des Arbeitsausschusses »Straßenrecht« die Berichte bei Bernhard *Stüer*, DÖV 1986, 65; DÖV 1987, 104; DÖV 1988, 507; DÖV 1989, 217; DVBl. 1990, 35; DVBl. 1990, 1393; DVBl. 1992, 1528; DVBl. 1993, 1300; Martin *Pfeil*, DVBl. 1991, 1351; Thomas *Ammelburger*, NVwZ 1995, 873.

bundene Gemeinwohlkonkretisierung durch die Verwaltung besonders wichtig.

In der *Diskussion* konnte die Frage, welche Bedeutung und Reichweite das Optimierungsgebot in der Planung und in der gerichtlichen Kontrolle habe, nicht abschließend geklärt werden. Zu unterschiedlich waren die Auffassungen darüber, was unter dem Begriff im einzelnen zu verstehen sei und welche Bedeutung er für Planung, Abwägung und Gerichtskontrolle gewinnen könne. Unterschiedlich wurde auch der Grundsatz der Planerhaltung eingeschätzt. Während *Bartlspberger* sich eher zurückhaltend zeigte, bezeichnete Prof. Dr. Werner *Hoppe* (Münster) den Grundsatz der Planerhaltung als wichtigen Beitrag dazu, die Bestandskraft vor allem der Bebauungspläne zu erhöhen und mehr Investitionssicherheit zu schaffen<sup>2</sup>. Dem Rat an den Gesetzgeber, den Grundsatz der Planerhaltung etwa bei der Novellierung des BauGB zu normieren, stellte *Bartlspberger* sein Konzept einer Begrenzung des Rechtsschutzes auch des enteignungsrechtlich betroffenen Grundstückseigentümers gegenüber. Es sei auch verfassungsrechtlich nicht geboten, dem enteignend betroffenen Grundstückseigentümer eine umfassende Rechtsschutzmöglichkeit einzuräumen und ihm zu gestatten, sich auch auf andere öffentliche Belange zu berufen, wie dies in der bisherigen Rechtsprechung angenommen werde<sup>3</sup>. Zugleich wurde aber auch darauf verwiesen, daß der enteignend betroffene Eigentümer – so die bisherige Rechtsprechung – nur aufgrund eines in jeder Hinsicht fehlerfreien Rechtsaktes einen Eigentumsverlust hinnehmen müsse.

#### Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung

Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung hat sich zu einem zentralen Gegenstand des Planungs- und Zulassungsrecht entwickelt, an dem sich die Geister scheiden. Was für den einen eine notwendige Pflichtübung ist, hat für den anderen eine maßgebliche Steuerungsfunktion, die auch vor dem Hintergrund des Staatsziels Umweltschutz in Art. 20a GG nicht hoch genug eingeschätzt werden kann. Vielleicht liegt die richtige Einschätzung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung irgendwo in der Mitte, wie RiOVG Ulrich *Kuschnerus* (Münster) in seinem Referat über »die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung« verdeutlichte. Ausgangspunkt für die Klärung der auf den ersten Blick verwirrend erscheinenden naturschutzrechtlichen Eingriffsregelungen ist ein vierstufiges Regulationssystem:

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

Der Verursacher eines naturschutzrechtlich erheblichen Eingriffs hat zunächst vermeidbare Beeinträchtigungen zu unterlassen und sodann unvermeidbare Beeinträchtigungen auszugleichen. Nicht zu vermeidende und nicht auszugleichende Beeinträchtigungen unterliegen einer »bipolaren Abwägung«. Es schließen sich nach Maßgabe des Landesrechts gegebenenfalls Ersatzmaßnahmen oder Ausgleichsabgaben an (§ 8 Abs. 9 BNatSchG). Bei der Ermittlung und Bewertung der voraussichtlichen Eingriffsfolgen seien fachwissenschaftliche Erkenntnisse einzubeziehen. Eine mathematische Berechnung sei jedoch zumeist nicht möglich, da

die Bewertung der Eingriffsfolgen eine wertende Entscheidung und eine Einzelfallbetrachtung voraussetze. Das Landschaftsbild etwa – so erklärte *Kuschnerus* – ist einer mathematischen Bewertung nicht zugänglich. Klar grenzte der Münsteraner Planungsrechtler die strikt zu beachtenden Verpflichtungen des § 8 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG, vermeidbare Beeinträchtigungen zu unterlassen<sup>4</sup> und unvermeidbare Beeinträchtigungen nach Möglichkeit auszugleichen<sup>5</sup>, von der Entscheidung in § 8 Abs. 3 ab<sup>6</sup>. Ob es sich bei letzterer um eine echte planerische Abwägung handelt, die eine nach dem jeweiligen normativen Entscheidungsprogramm im Ergebnis offene Entscheidung zu treffen hat, erscheint nach *Kuschnerus* zweifelhaft, zumal es um eine Abwägung nur mit Blick auf den Belang des Naturschutzes und der Landschaftspflege gehe.

Eine weitere Erkenntnis dämpfte etwas die Hoffnung derer, die in der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung ein vorrangiges Bekenntnis für den Umweltschutz sehen. »Den Belangen des Naturschutzes und der Landschaftspflege kommt kein prinzipieller Vorrang zu«, meinte *Kuschnerus* und fügte allerdings hinzu: »Solchen Belangen ist ein besonderes Gewicht beizumessen. Insoweit wiegen Beeinträchtigungen, die weder vermeidbar noch ausgleichsfähig sind, regelmäßig schwer, so daß sie nur durch entsprechend gewichtige Belange überwunden werden können.« Wesentliches Merkmal der Eingriffsregelung sei, daß sie dem jeweiligen fachlichen Entscheidungsprogramm als »Huckepackverfahren« nur gleichsam aufgesattelt sei. Landesrechtliche Regelungen, die mit der Eingriffsregelung das jeweilige fachliche Entscheidungsprogramm inhaltlich ändern wollen, bezeichnete *Kuschnerus* als verfassungsrechtlich bedenklich. Auch seien Ersatzmaßnahmen, Ersatzgelder und Ausgleichsabgaben kein zulässiges Instrument, dem Vorhabensträger solche Belastungen aufzuerlegen, die tatsächlich die Realisierbarkeit des Vorhabens wieder in Frage stellen.

Die *Diskussion* drehte sich vor allem um die Bedeutung der Abwägungsentscheidung nach § 8 Abs. 3 BNatSchG. Während einige Teilnehmer sich für eine Öffnung der Abwägungsentscheidung im Sinne einer umfassenden planerischen Abwägung einsetzten, sprachen sich andere für die Eingrenzung auf eine nachvollziehende und ausschließlich an den Belangen des Naturschutzes ausgerichteten Abwägung etwa im Sinne einer eindimensionalen Verhältnismäßigkeitsprüfung ohne autonomen, planerischen Gestaltungsspielraum aus. Vielleicht müsse auch zwischen der Zulassungsentscheidung im Genehmigungsverfahren und der planerischen Abwägungsentscheidung, in die die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung integriert sein könne, unterschieden werden, meinte *Kuschnerus*.

#### Folgekosten bei der Verlegung von Verkehrsanlagen

»Die Verhandlungspartner der Versorgungswirtschaft und der Verkehrsanlagen sind aufgerufen, sich über einen sachgerechten Rahmenvertrag über die Verteilung der Folgekosten bei der Verlegung von Verkehrsanlagen zu einigen.« Diesen Rat gab Prof. Dr. Michael *Ronellenfitsch* (Tübingen) in seinem Referat über »Folgekosten bei Versorgungsleitungen« den Vertretern der Energieversorgungsunternehmen und der öffentlichen Hand in der paritätisch besetzten Kommission. Der Rat hatte seinen berechtigten Grund: Werden Verkehrsanlagen verlegt, so ist die Frage, wer die Folgekosten für die Verlegung öffentlicher Versorgungsleitungen trägt, nur in den seltensten Fällen klar geregelt. Fehlen etwa vertragliche Regelungen über die Folgekosten, so muß auf gesetzliche Vorschriften zurückgegriffen werden, die zumeist

2 Vgl. auch Bernhard *Stüer*, Abwägung im Recht, DVBl. 1995, 912.

3 Vgl. dazu Urteil vom 14. 2. 1975 – 4 C 21.74 –, DVBl. 1975, 713 = BVerwG 48, 56 = *Hoppe/Stüer*, Rechtsprechung zum Bauplanungsrecht, 1995, Rdnr. 50 – B 42; Urteil vom 18. 3. 1983 – 4 C 80.79 –, DVBl. 1983, 899 = BVerwGE 67, 74 = *Hoppe/Stüer*, RzB, 1995, Rdnr. 1245 – Wittenberg.

4 Vgl. BVerwG, Beschluß vom 30. 10. 1992 – 4 A 4.92 – DVBl. 1993, 167 = NVwZ 1993, 565 = *Hoppe/Stüer*, RzB (Fußn. 3), Rdnr. 1054 (Sachsendamm).

5 Vgl. zum Ausgleich eines Straßenneubaus BVerwG, Beschluß vom 4. 10. 1994 – 4 B 196.94 –, Buchholz 406.401 § 8 BNatSchG Nr. 14; zu Ersatzmaßnahmen für mehrere Abschnitte BVerwG, Beschluß vom 30. 8. 1994 – 4 B 105.94 –, NVwZ-RR 1995, 322 = NuR 1995, 139 (A 33).

6 Zu der Abwägung bei der Auswahl von Ersatzmaßnahmen BVerwG, Urteil vom 13. 3. 1995 – 11 VR 4.95 –, NuR 1995, 248 = UPR 1995, 218 = VklBl. 1995, 320.

alles andere als klar und eindeutig sind. Diese schon in den alten Ländern bestehende Rechtsunsicherheit ist in den neuen Ländern noch gesteigert, weil hier häufig die in der ehemaligen DDR geltende Rechtslage eine Rolle spielt und klare und unbestrittene Erkenntnisse hierzu eher im Ausnahmefall vermittelt werden können. In Einzelheiten – so wurde in dem Referat von *Ronellenfisch* deutlich – ist wohl alles streitig. Während die Rechtsprechung teilweise das Verursacherprinzip anwendet und die Träger der Verkehrsanlagen bei einer von ihnen veranlaßten Verlegung verpflichtet, den Energieversorgungsunternehmen die Folgekosten zu erstatten, setzte sich *Ronellenfisch* dafür ein, die Träger der Verkehrsanlagen weitgehend freizustellen und die Energieversorgungsunternehmen mit den Kosten zu belasten. Dies gelte allerdings nur, wenn keine konkrete anderslautende Vereinbarung vorliege.

Der Tübinger Hochschullehrer unterschied dabei zwischen den Konzessionsverträgen, mit denen dem Versorgungsunternehmen die alleinige Berechtigung zur Versorgung des Gebietes zuerkannt werde, und den Gestattungsverträgen, in denen der Versorgungsunternehmer keine ausschließliche Versorgungsberechtigung erhalte. Als Bestandteile eines Konzessionsvertrages nannte *Ronellenfisch* etwa Regelungen über die Versorgung und den Betrieb, den Kontrahierungs- und Benutzungszwang, die Ausschließlichkeit, Regelungen über die Abgabe, die Aufsicht und die Mitwirkungsmöglichkeiten, die Geltungsdauer der Vereinbarungen sowie Folgekostenverträge.

In der Abwägung zwischen den verschiedenen Interessen ergriff *Ronellenfisch* klar für die Träger der Verkehrsanlagen Partei. Das Verursacherprinzip ließ *Ronellenfisch* nur in den Fällen einer ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung gelten. Im übrigen aber müsse in aller Regel das Energiewirtschaftsunternehmen die Folgekosten tragen. Denn es entspreche dem Grundsatz einer gerechten Kostenverteilung, wenn die Versorgungsunternehmen, die teilweise ohne entsprechende Gegenleistungen die öffentlichen Verkehrsanlagen benutzen, auch die Aufwendungen selbst tragen, die bei Verlegungsmaßnahmen entstehen. Die Energieversorgungsunternehmen seien daher nicht nur verpflichtet, bei Änderungen der Verkehrsanlagen die Versorgungsleitungen selbst zu verlegen, sondern auch die Kosten hierfür zu übernehmen. Diese Erkenntnisse leitete *Ronellenfisch* aus zahlreichen Einzelvorschriften ab, wobei er die komplizierte Rechtslage sowohl in den alten als auch in den neuen Ländern im einzelnen aufzeigte. Zusätzliche Verwirrung kann dabei dadurch entstehen, daß neben öffentlich-rechtlichen Vorschriften vielfach zivilrechtliche Regelungen anzuwenden sind. Das gilt nicht nur, wenn etwa die Nutzung öffentlicher Verkehrsanlagen durch die Versorgungsunternehmen auf einer Grunddienstbarkeit beruht, sondern auch deshalb, weil verschiedene öffentlich-rechtliche Vorschriften auf das Zivilrecht verweisen (vgl. etwa § 8 Abs. 10 FStrG). Bei den Verträgen spielen zudem vielfach das zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende Recht als ergänzende Auslegungshilfe eine Rolle. Die Kollision zwischen Energieverordnung und Straßenverordnung, die für das Recht der ehemaligen DDR kennzeichnend gewesen ist, will *Ronellenfisch* zugunsten der Träger der Verkehrsanlagen und zu Lasten der Energieversorgungsunternehmen lösen. Die Straßenverordnung der ehemaligen DDR, die im Falle der Verlegung von öffentlichen Straßen eine Kostentragungspflicht der Energieversorgungsunternehmen vorsah, sei gegenüber der allgemeinen Kostenregelung in der Energieverordnung einfach spezieller, urteilte *Ronellenfisch*, wobei er nicht ohne Grund seinen eingangs erteilten Rat wiederholte, in gemeinsamen Gesprächen eine sachangemessene Regelung zu suchen und nicht erst auf noch ausstehende Grundsatzentscheidungen der Gerichte zu warten. Denn nach Klärung der streitigen Rechtsfragen könne eine der Seiten am Ende die Freude an einer vergleichweisen Regelung verlieren. Ein guter Kompromiß sei aber auf diesem Felde hochkomplizierter Rechtsfragen und erheblicher wirtschaftlicher Interessen auf allen Seiten gewiß besser als ein »alles oder nichts«.

In der Diskussion erhielt *Ronellenfisch* allgemeine Unterstützung für seinen Ratschlag an die verhandelnden Parteien. Das komplizierte Regelwerk könne wohl sachgerecht nur durch außergerichtliche einverständliche Regelungen geordnet werden. Gesetzgeber und Rechtsprechung seien hierzu nicht in gleichem Umfang in der Lage. Gerade in dem Zusammenspiel öffentlich-

rechtlicher und zivilrechtlicher Vorschriften würden die eigentlichen Probleme deutlich. So eigne sich etwa weder das Bereicherungsrecht noch der Rückgriff auf den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben dazu, in den unterschiedlichsten Fallkonstellationen sachangemessene Lösungen zu gewährleisten. Eingehend wurde die Frage erörtert, mit welchen juristischen Methoden an die Auslegung des vormaligen DDR-Rechts herangegangen werden könnte. *Ronellenfisch* sprach sich dabei dafür aus, im Zweifel einer Auslegungsregelung den Vorrang einzuräumen, die zu einer Harmonisierung des Rechtes in ganz Deutschland beitrage.

#### *Folgekostenregelung in den neuen Ländern*

Ltd. Regierungsdirektor Friedrich *Schlosser* vom Hessischen Landesamt für Straßenbau (Wiesbaden) befaßte sich mit den Folgekosten bei Versorgungsleitungen und daher mit einem wichtigen Ausschnitt aus der Gesamtproblematik der Folgekostenregelungen. Durch das Grundbuchrechtsbereinigungsgesetz<sup>7</sup> (GBBerG) ist in den neuen Bundesländern zugunsten öffentlicher Versorgungsträger eine Dienstbarkeit an Grundstücken begründet worden, die durch öffentliche Versorgungsleitungen belastet sind (§ 9 Abs. 1 GBBerG). Das Versorgungsunternehmen ist verpflichtet, dem Eigentümer des belasteten Grundstücks einen einmaligen Ausgleich für das Recht zu zahlen. Die erste Hälfte ist mit Eintragung der Dienstbarkeit, frühestens jedoch am 1. 1. 2001, die zweite Rate am 1. 1. 2011 zu zahlen (§ 8 Abs. 3 GBBerG). Die näheren Einzelheiten werden durch Rechtsverordnung geregelt (§ 9 Abs. 8 GBBerG). Gegen die gesetzliche Begründung derartiger Dienstbarkeiten fuhr *Schlosser* schwere Geschütze auf. Die Regelung enthalte durch die Belastung des Grundstücks mit einem dinglichen Recht eine unzulässige Legalenteignung, die gegenüber einer Enteignung auf der Grundlage eines Gesetzes erhöhten verfassungsrechtlichen Anforderungen unterliege, wie das BVerfG in verschiedenen Entscheidungen<sup>8</sup> herausgearbeitet habe. Eine solche enteignende Grundstücksbelastung unmittelbar durch gesetzliche Regelung sei verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn überragende Gemeinwohlgründe dies erfordern und eine Enteignung durch Einzelfallentscheidungen aufgrund eines Gesetzes nach Lage der Dinge nicht in Betracht komme<sup>9</sup>. Vor allem aber gehe die Begründung einer Grunddienstbarkeit über das erforderliche Ziel hinaus, da solche dinglichen Berechtigungen im Interesse der Versorgungssicherheit nicht erforderlich seien. Auch fehle es an einer adäquaten Entschädigungsregelung. Die in zwei Raten zu zahlenden Teilbeträge seien nicht angemessen und auch derart zeitlich gestreckt, daß es an einem angemessenen, unmittelbaren Ausgleich für den erlittenen Rechtsverlust fehle. Im übrigen werde im Hinblick auf die im Gesetz enthaltene Verweisung auf eine Rechtsverordnung die Legal- und Administrativenteignung unzulässig vermischt.

In den Gesetzgebungsberatungen habe man sich als Begründung dieser Regelung auf einen Kompromiß mit den Energiewirtschaftsunternehmen berufen. Solche einseitigen Absprachen mit

7 Art. 2 des Gesetzes zur Vereinfachung und Beschleunigung registerrechtlicher und anderer Verfahren – Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz – RegVGB – vom 20. 12. 1993 – BGBl. I 1993, 2182.

8 Vgl. etwa Urteil vom 18. 12. 1968 – 1 BvR 638, 673/64 und 200, 238, 249/65 –, DVBl. 1969, 190 = BVerfGE 24, 367 = *Hoppe/Stüer*, RzB (Fußn. 3), Rdnr. 1132 – Deichurteil; Beschluß vom 10. 5. 1977 – 1 BvR 514/68 und 323/69 –, DVBl. 1978, 44 = BVerfGE 45, 297 = *Hoppe/Stüer*, RzB (Fußn. 3), Rdnr. 1133 – U-Bahnbaue; Beschluß vom 8. 8. 1978 – 2 BvL 8/88 –, BVerfGE 49, 89 – DVBl. 1979, 45 = *Hoppe/Stüer*, RzB (Fußn. 3), Rdnr. 467 – Kalkar; Beschluß vom 12. 6. 1979 – 1 BvL 19/76 –, DVBl. 1980, 158 = BVerfGE 52, 1 = *Hoppe/Stüer*, RzB, 1995, Rdnr. 1104 – Kleingarten; Beschluß vom 10. 3. 1981 – 1 BvR 92 und 96/71 –, DVBl. 1981, 542 = BVerfGE 56, 249 = *Hoppe/Stüer*, RzB (Fußn. 3), Rdnr. 1134 – Dürkheimer Gondelbahn; Beschluß vom 24. 3. 1987 – 1 BvR 1046/85 –, DVBl. 1987, 466 = BVerfGE 74, 264 = *Hoppe/Stüer*, RzB (Fußn. 3), Rdnr. 1137 – Boxberg.

9 Vgl. auch Bernhard *Stüer*, Investitionsmaßnahmegesetze als Verfassungsproblem, DVBl. 1991, 1333.

an der Regelung Interessierten könne aber nicht zur Begründung einer Enteignung dienen. »Denn reine Zweckmäßigkeitss Gesichtspunkte dürfen nicht mit dem Wohl der Allgemeinheit verwechselt werden«, machte *Schlösser* klar und verwies darauf, daß Leidtragende des Gesetzes nicht nur private Eigentümer, sondern vielfach auch die Träger öffentlicher Verkehrseinrichtungen seien. Die Straßenbaustraßensträger könnten sich zwar auch als Teil der öffentlichen Gewalt auf die Nichtigkeit des Gesetzes berufen. Ob dies allerdings tunlich sei, ließ der Referent offen. Eine Klärung der anstehenden verfassungsrechtlichen Grundsatzfragen werde aber gewiß durch betroffene private Grundstückseigentümer in die Wege geleitet werden können.

In der *Diskussion* erhielten die Ausführungen von *Schlösser* weitgehend Zustimmung. Allerdings wurde von einem Teilnehmer in Zweifel gezogen, ob die Begründung einer Dienstbarkeit überhaupt einen enteignenden Eingriff in das Eigentum darstelle. Die Rechtsprechung habe etwa gesetzgeberische Regelungen im Bereich von Naturschutz<sup>10</sup>, Denkmalschutz oder Umweltschutz nicht als Enteignungen nach Art. 14 Abs. 3 GG eingestuft, sondern als Inhalts- und Schrankenbestimmungen nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG bewertet, für die nicht die erhöhten Anforderungen der Enteignung anzuwenden sind<sup>11</sup>. Offen blieb in der Diskussion auch die Frage, ob sich die Bundes- oder Landesverwaltung auf die Nichtigkeit von Bundesgesetzen berufen könnten und – vor allem – ob dies opportun sei. Denn die Verwaltung sei grundsätzlich an Gesetz und Recht gebunden. Dies könne selbst dann gelten, wenn Zweifel an der Gültigkeit der Norm aufkämen. Zugleich wurde beklagt, daß ein zu erwartender Grundsatzstreit vor den Gerichten voraussichtlich Jahre dauern werde und die Zeit der Rechtsunsicherheit vor allem den Betroffenen Bürgern, aber auch den Trägern der Verkehrsanlagen schaden könne.

#### Aktuelle Stunde

Im Mittelpunkt der *aktuellen Stunde* stand ein ganzes Bündel straßenrechtlicher Fragen. Der Referentenentwurf zum Telekommunikationsgesetz bereitet den Städten und Gemeinden Sorgen. Es wird befürchtet, daß der Bund aus Kostenersparnisgründen kommunales Eigentum entschädigungslos mit neuen Pflichten belastet. Breiten Raum nahmen auch die komplexen Fragestellungen ein, die beim Zusammentreffen verschiedener Planfeststellungen nach § 78 VwVfG auftreten. Ebenso wie bereits bei den Vorjahresberatungen standen wiederum die Planungen im Berliner Spreebogen im Mittelpunkt des Interesses, über die aus der Sicht verschiedener Verfahrensbeteiligter sozusagen aus erster Hand berichtet wurde. Denn mit einem zweistelligen Milliardenbetrag rund um das Brandenburger Tor, den Reichstag und den Alexanderplatz hat sich das Hauptstadt-Zentrum »Berlin-Mitte« zur größten Baustelle Europas entwickelt. Der Ausgang eines inzwischen beim BVerwG anhängigen Klage- und Eilverfahrens<sup>12</sup> gegen den etwa 500 Seiten starken eisenbahnrechtlichen Planfeststellungsbeschuß, der drei Tunnelbauten (Bahntunnel, Autotunnel und U-Bahn-Tunnel) mit einem gemeinsamen Bahnhof unter dem Berliner Tiergarten zum Gegenstand hat, wurde in der Runde der Straßenrechtler allgemein mit Spannung erwartet. Mit dem Zusammentreffen mehrerer Fachplanungen hatte sich bereits die vorhergehende Jahrestagung befaßt. *Blümel* hatte dabei in seinem Referat über »das Zusammentreffen von Planfeststellungen« die komplizierten Rechtsfragen aufgezeigt, die sich vor allem bei der Auslegung der §§ 75, 78 VwVfG stellen<sup>13</sup>. Auf der Grundlage seiner Habilitationsschrift aus dem Jahre 1967<sup>14</sup> hatte *Blümel* auch

verfassungsrechtliche Bedenken vor allem bei dem Aufeinandertreffen bundes- und landesrechtlicher Regelungen geltend gemacht<sup>15</sup>.

Die Privatfinanzierung des Straßenbaus – vielfach als Musterbeispiel einer Entlastung des Staatshaushaltes und der Deregulierungsbestrebungen gelobt<sup>16</sup> – ist in das Kreuzfeuer der Kritik des Bundesrechnungshofes und verschiedener Landesrechnungshöfe geraten. Die Rechnungshöfe rügen etwa, daß die öffentliche Hand zunächst errechnete Ersparnisse durch Zins- und Tilgungsleistungen wieder zurückzahlen müsse. Vor allem bestehe die Gefahr, daß die Rückzahlungsverpflichtungen auf kommende Generationen verlagert würden und die erheblichen Folgelasten nicht ausreichend kalkuliert seien. Zugleich wurde aber auch von verschiedenen Teilnehmern darüber berichtet, daß sich die Privatfinanzierung im ganzen bewährt habe<sup>17</sup>. Mit der Warnow-Queering im Norden Rostocks werde das erste deutsche privatfinanzierte und privat betriebene Straßenbauprojekt mit Mautgebühren in der Form eines Betreibermodells auf der Grundlage des Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetzes<sup>18</sup> verwirklicht. Auch von Vertretern der Straßenbauverwaltungen verschiedener Länder wurde über vergleichbare Projektstudien berichtet.

Einen weiteren Schwerpunkt der Beratungen bildete die umfangreiche neuere Rechtsprechung des BVerwG zum Fachplanungsrecht. Die Gemeinde kann sich verfassungsrechtlich auf die Eigentumsgarantie nicht berufen<sup>19</sup>. Einfachgesetzlich ist ihr Eigentum nur insoweit geschützt, als die Gemeinde eine Verletzung ihrer kommunalen Aufgaben rügen kann<sup>20</sup>. Diese Rechtsprechung des BVerwG fand bei den Straßenrechtlern ebenso Zustimmung wie die Aussage des BVerwG, daß Fehler in der UVP nur geltend gemacht werden können, wenn der von dem Vorhaben Betroffenen durch die gerügten Mängel konkret in seinen Rechten verletzt sein kann<sup>21</sup>. Die Bindung an den Bedarfsplan geht aus verfassungsrechtlichen Gründen über die Planfertigstellung nicht hinaus<sup>22</sup>. Jedenfalls können betroffene Grundstückseigentümer nicht auf verbindliche Vorentscheidungen bei der Bedarfsplanfeststellung verwiesen werden, solange für den einzelnen hiergegen keine Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen. Wenn deutliche Zweifel daran bestehen, daß mit der Aufnahme eines Vorhabens in den Bedarfsplan die Grenzen des gesetzgeberischen Ermessens überschritten sind, hat das Verwaltungsgericht dem nachzugehen und gegebenenfalls die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Aufnahme des Vorhabens in den Bedarfsplan dem BVerfG zur Entscheidung vorzulegen<sup>23</sup>. Allgemein begrüßt wurde die durch das Planungsvereinfachungsgesetz<sup>24</sup> geschaffene Möglichkeit, Fehler des Planfeststellungsbeschlusses durch eine Planergänzung oder ein ergänzendes Verfahren zu beheben<sup>25</sup>. Offen

10 Vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 15. 2. 1990 – 4 C 47.89 –, DVBl. 1990, 585 = BVerwGE 84, 361 = *Hoppe/Stüer*, RzB (Fußn. 3), Rdnr. 1049 – Serriesteich; Urteil vom 24. 6. 1993 – 4 C 26.92 –, DVBl. 1993, 1141 = BVerwGE 94, 1 = *Hoppe/Stüer*, RzB (Fußn. 3), Rdnr. 1055 – Herrschinger Moos.  
11 Vgl. BVerfG, Beschluß vom 15. 7. 1981 – 1 BvL 77/78 –, DVBl. 1982, 340 = BVerfGE 56, 300 = *Hoppe/Stüer*, RzB (Fußn. 3), Rdnr. 1136 – Naßauskiesung.  
12 BVerwG – 11 A 86.95 – und – 11 VR 38.95 –, Tiergarten.  
13 Vgl. Tagungsbericht Thomas *Ammelburger*, NVwZ 1995, 873.  
14 Willi *Blümel*, Die Planfeststellung. Zweiter Teil: Die Planfeststellung im geltenden Recht, Nachdruck Speyerer Forschungsberichte Nr. 140, 2 Bde., Speyer 1994.

15 Anders BVerwG, Urteil vom 14. 4. 1989 – 4 C 31.88 –, DVBl. 1989, 1053 = BVerwGE 82, 17 – Remagen.  
16 Vgl. auch den Tagungsbericht Bernhard *Stüer*, Einschaltung Privater beim Verkehrswegebau, DVBl. 1992, 1528.  
17 Vgl. dazu bereits Bernhard *Brunns*, Tagungsbericht bei Bernhard *Stüer*, DVBl. 1993, 1300.  
18 FStrPrivFinG vom 30. 8. 1994, BGBl. I 1994, 2243.  
19 So schon BVerfG, Beschluß vom 8. 7. 1992 – 2 BvR 1187/80 –, DVBl. 1982, 940 = BVerfGE 61, 82 = *Hoppe/Stüer*, RzB (Fußn. 3), Rdnr. 1105 – Sasbach.  
20 BVerwG, Urteil vom 24. 11. 1994 – 7 C 25.93 –, DVBl. 1995, 238 = ZfBR 1995, 150 – Abfallentsorgungsanlage; Beschluß vom 13. 3. 1995 – 11 VR 2.95 –, DVBl. 1995, 1025 = NVwZ 1995, 905 – Buchholzer Bogen; *Schulze/Stüer*, Die Anwendung der Beschleunigungsgesetze im Planfeststellungsverfahren, ZfW 1996, 269.  
21 BVerwG, Urteil vom 8. 6. 1995 – 4 C 4.94 –, DVBl. 1995, 1012 = UPR 1995, 391 – B 16 Regensburg.  
22 BVerwG, Beschluß vom 19. 7. 1995 – 2 BvR 2397/94 –, Aumühle.  
23 BVerfG (Fußn. 21), DVBl. 1995, 1012 – B 16 Regensburg.  
24 Vom 17. 12. 1993, BGBl. I S. 2123.  
25 Vgl. etwa § 17 Abs. 6c FStrG, BVerwG, Beschluß vom 11. 4. 1995 – 4 B 61.95 –, Buchholz 316 § 73 VwVfG Nr. 8 – Präklusion; Urteil vom 31. 3. 1995 – 4 A 1.93 –, DVBl. 1995, 1007 = NVwZ 1995, 901 – Fehlerbehebung.



war weiterhin die Frage, ob die verschiedenen inzwischen verabschiedeten Investitionsmaßnahmegesetze die Hürden der Verfassungsgerichtsbarkeit nehmen werden.

So griff die Jahrestagung des Arbeitsausschusses »Straßenrecht« neben den drei Themenschwerpunkten des Planungsrechts, des Naturschutzrechts und der Folgekostenregelung bei der Verlegung von Verkehrsanlagen eine Fülle aktueller straßenrechtlicher Fragestellungen auf, die das Spannungsfeld zwischen tradierten Grundlagen und neuartigen Herausforderungen des Straßenrechts verdeutlichte. Der Arbeitsausschuß konnte anlässlich der Speyerer Jahrestagung ein kleines Jubiläum feiern. Er kam seit seiner Gründung im Jahre 1958<sup>26</sup> zu seiner 40. Arbeitssitzung zusammen, woran Ausschußvorsitzender *Blümel* auf dem abendlichen Empfang beim traditionellen Pfälzer Forschungswein erin-

nete. Auch die 41. Tagung des Arbeitsausschusses »Straßenrecht« – sie findet dann bereits seit 20 Jahren in Speyer statt –, zu der *Blümel* die Teilnehmer bereits jetzt zum 21./22. 10. 1996 herzlich einlud, wird wie gewohnt in der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer zugleich als Veranstaltung des Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer stattfinden. Mitglieder und Gäste sehen den Beratungen des Arbeitsausschusses mit straßenrechtlichen Schwerpunkten vor allem im Bereich der Mehrzweckfunktion der Straße bereits heute mit großem Interesse entgegen.

26 Die Gründungssitzung des Arbeitsausschusses »Straßenrecht« fand am 2. 5. 1958 im Gästehaus der Landesregierung NW in Düsseldorf statt.

## RECHTSPRECHUNG

### Entscheidungen

#### 1. Art. 12, 19 GG; § 13 GHPO I BW

##### Zu den Anforderungen an einen Stichentscheid im Prüfungsrecht (nichtamtlicher Leitsatz).

*BVerfG, Beschluß der 2. Kammer des Ersten Senats vom 16. 1. 1995 – 1 BvR 1505/94 –*

Die Beschwerdeführerin – Bf. – wendet sich gegen das Nichtbestehen der 1. Staatsprüfung für das Lehramt an Grund- und Hauptschulen. Sie hatte die übrigen Fachprüfungen im ersten Versuch mit durchweg guten Ergebnissen bestanden. Am 19. 10. 1993 nahm sie im Rahmen der Einzelfachwiederholungsprüfung im Fach Deutsch an der mündlichen Prüfung teil. Da sie im schriftlichen Teil die Note 4,5 erzielt hatte, benötigte sie ein Bewertungsergebnis von mindestens 3,5, um die für das Bestehen der Fachprüfung und zugleich der 1. Staatsprüfung erforderliche Einzelfachendnote von mindestens 4,0 zu erreichen. Im Anschluß an die mündliche Prüfung kamen die drei Mitglieder des Prüfungsausschusses nach langer heftiger Debatte überein, die mündlichen Prüfungsleistungen der Bf. mit der Note 4,0 zu bewerten. Das Landeslehrerprüfungsamt – LLPA – erklärte daraufhin die Prüfung im Fach Deutsch und damit die 1. Staatsprüfung für nicht bestanden. Während des von der Bf. angestrebten Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes konnten sich die drei Mitglieder des Prüfungsausschusses nicht auf ein Bewertungsergebnis für die mündliche Prüfungsleistung vom 19. 10. 1993 einigen. Daraufhin setzte das LLPA mit Bescheid vom 14. 6. 1994 im Wege des Stichentscheids gemäß § 13 Abs. 4 Satz 2 GHPO I vom 28. 11. 1979 (GBl. 1980, S. 2) die mündliche Prüfungsnote 4,0 fest. Der VGH lehnte unter Änderung des erstinstanzlichen Beschlusses den Antrag der Bf. auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung ab. Die dagegen erhobene Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg.

#### Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluß des VGH als der abschließenden Entscheidung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist zulässig; ihr steht nicht der Grundsatz der Subsidiarität entgegen. In Anbetracht der Folgen einer weiteren Ausbildungsverzögerung kann es der Bf. nicht zugemutet werden, vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde Grundrechtsschutz im Hauptsacheverfahren zu suchen (BVerfGE 80, 40, 45 [= DVBl. 1989, 868]).

Die Kammer nimmt die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an, weil dies zur Durchsetzung des Grundrechts der Bf. aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG i. V. mit Art. 12 Abs. 1 GG angezeigt ist (§ 93 a Abs. 2 Buchst. b BVerfGG). Insoweit ist die Verfassungsbeschwerde offensichtlich begründet. Die für diese Beurteilung

maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen hat das BVerfG bereits entschieden (§ 93 c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG).

Der Beschluß des VGH verletzt Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG i. V. mit Art. 12 Abs. 1 GG, weil das Gericht den Bescheid des LLPA vom 14. 6. 1994 – als die letztendlich verbindliche Bewertungsentscheidung – nicht beanstandet hat, obwohl diese ihrerseits gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstößt.

1. In der Rspr. des BVerfG ist geklärt, daß Vorschriften, die für die Aufnahme eines Berufs oder für die Fortsetzung einer Berufsausbildung das Bestehen einer Prüfung zum Nachweis beruflicher Kenntnisse und Fähigkeiten verlangen, Eingriffe in die Freiheit der Berufswahl darstellen. Dies bedeutet, daß auch die Gestaltung des Ablaufs derartiger Prüfungen geeignet, erforderlich und verhältnismäßig i. e. S. sein muß, um den Prüfungszweck, nämlich die Feststellung der beruflichen Qualifikation der Bewerber, zu erreichen (BVerfGE 80, 1, 24 [= DVBl. 1989, 814]; 84, 34, 46 [= DVBl. 1991, 801]; 84, 59, 72 [= DVBl. 1991, 805]). Demnach ist ein Verfahren, das für die Bewertung von Prüfungsleistungen vorgesehen ist, nur dann geeignet, wenn es eine hinreichend aussagekräftige Entscheidung über die Befähigung der Bewerber gewährleistet.

Zur Eigenart der Bewertungsentscheidung hat das BVerfG ausgeführt, daß sich die ihnen zugrundeliegenden Erwägungen aufgrund ihrer Komplexität nur sehr unzureichend in allgemeinen Regeln erfassen lassen. Denn die Bewertungstätigkeit und demnach das Bewertungsergebnis beruhen auf einem Bezugssystem der Prüfer, das vor allem durch deren persönliche Erfahrungen, Einschätzungen und Vorstellungen gebildet wird. Soweit es nicht um fachliche Richtigkeitsentscheidungen, sondern um prüfungsspezifische Wertungen geht, verbleibt den Prüfern ein gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfbarer Bewertungsspielraum (BVerfGE 84, 34, 50).

2. Damit hat das BVerfG zugleich entschieden, daß die Bewertungstätigkeit nur aufgrund eigener, unmittelbarer und vollständiger Kenntnis der konkreten Prüfungsaufgabe und der darauf bezogenen Lösungen oder Antworten sachgerecht wahrgenommen werden kann. Nur so werden die für die Bewertung verantwortlichen Personen in die Lage versetzt, anhand ihrer Erfahrungen und Einschätzungen die erforderlichen Wertungen zu treffen, zu ge-