

Beharren. Bewegen.

Festschrift für Michael Kloepfer
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Claudio Franzius, Stefanie Lejeune,
Kai von Lewinski, Klaus Meßerschmidt,
Gerhard Michael, Matthias Rossi,
Theodor Schilling, Peter Wysk



Duncker & Humblot · Berlin

Beharren. Bewegen.

Festschrift für Michael Kloepfer
zum 70. Geburtstag

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1244

Beharren. Bewegen.

Festschrift für Michael Kloepfer
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Claudio Franzius, Stefanie Lejeune,
Kai von Lewinski, Klaus Meßerschmidt,
Gerhard Michael, Matthias Rossi,
Theodor Schilling, Peter Wysk



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 978-3-428-13992-7 (Print)

ISBN 978-3-428-53992-5 (E-Book)

ISBN 978-3-428-83992-6 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Der 70. Geburtstag Michael Kloepfers ist den Herausgebern und den Autoren Anlass, mit dieser Festschrift einen großen Gelehrten, Lehrer und Streiter für das Recht zu ehren. Solche Ehrungen werden allmählich zu einer – dem Jubilar hoffentlich lieben – Gewohnheit: Dies ist bereits die dritte Festschrift für ihn. Während die beiden früheren libelli discipulorum waren, können wir ihm diesmal ein liber amicorum überreichen. Mit der Fülle der Beiträge und der Breite der Themen wird ihm diese Festschrift, so hoffen wir, in besonderem Maße gerecht.

Michael Kloepfer ist in Berlin geboren und in der ersten Nachkriegszeit dort aufgewachsen. Man wird davon ausgehen können, dass die alliierte Besatzung, die Hungersnot und der stets gegenwärtige Verwesungsgeruch einen starken Eindruck auf ihn machten. Namentlich das Leben im geteilten Berlin, der Nahtstelle des „kalten Krieges“, der stets, wie es schien, in einen offenen Konflikt umzuschlagen drohte – in West-Berlin konnte man vor dem Mauerbau nie sicher sein, dass die so genannten Betriebskampfgruppen der DDR nicht einmarschieren würden –, hat ihn stark geprägt. Nach der „Wende“ mochte er sich denn auch mit dem eines Sakralbaus würdigen Marx-Engels-Lenin-Glasfenster in der juristischen Bibliothek der Humboldt-Universität kaum abfinden.

Ebenfalls in Berlin an der Freien Universität absolvierte Michael Kloepfer sein Jurastudium. Seine wissenschaftliche Laufbahn begann er als Assistent von Karl August Bettermann und Fritz Werner. Später folgte er Peter Lerche als Assistent nach München. Hier wurde er 1969 mit einer preisgekrönten Arbeit über „Grundrechte als Entstehungssicherung und Bestandsschutz“ promoviert, und hier habilitierte er sich vier Jahre später über die „Vorwirkung von Gesetzen“. Seinen ersten Ruf erhielt er 1974 an die Freie Universität Berlin. Vorlesungen, die er in dieser Zeit der Studentenunruhen hielt, waren als „die blaue Stunde“ bekannt: Er musste sie von Polizisten schützen lassen, die damals blaue Uniformen trugen. Für Michael Kloepfer war das eine prägende Erfahrung. Sie festigte seine Überzeugung, dass die Wissenschaft niemals der Gewalt weichen dürfe.

1976 wechselte er an die Universität Trier, wo er 16 Jahre lang bleiben sollte. In dieser Zeit betrieb er die Gründung des Instituts für Umwelt- und Technikrecht, dessen Direktorium er bis zu seinem Wechsel an die Humboldt-Universität zu Berlin angehörte. In Trier konnte er 1990 auch das erste von der DFG geförderte Graduiertenkolleg „Umwelt- und Technikrecht“ etablieren. Während seiner Trierer Zeit war er Mitglied der OECD-Expertengruppe „Chemical Glossary“, des Technologiebeirates Rheinland-Pfalz und der deutsch-deutschen Arbeitsgruppe Umweltrahmengesetz, außerdem Richter im Nebenamt am OVG Rheinland-Pfalz, Gastprofessor in

Sendai (Japan) und Professeur invité an der Universität Lausanne. Bei seinem Weggang hatte er den größten Lehrstuhl am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier.

1992, kurz nach der „Wende“, folgte Michael Kloepfer einem Ruf an die Humboldt-Universität zu Berlin und damit zugleich in seine Heimatstadt. Er ist dort Leiter der Forschungszentren Umweltrecht, Technikrecht und Katastrophenrecht sowie des Instituts für Gesetzgebung und Verfassung, die in der Forschungsplattform Recht zusammengefasst sind. Während der Zeit bis zu seiner Emeritierung war er Vorsitzender oder stellvertretender Vorsitzender verschiedener Kommissionen zum Umweltsatzbuch, aber auch der Berliner Wissenschaftlichen Gesellschaft, der interdisziplinären Arbeitsgruppe „Lärm“ an der Europäischen Akademie zur Erforschung von Folgen wissenschaftlich-technischer Entwicklungen sowie des Beirats der Europäischen Akademie für Informationsfreiheit und Datenschutz, Direktor am Europäischen Zentrum für Staatswissenschaft und Staatspraxis sowie des Walter Hallstein-Instituts für Europäisches Verfassungsrecht, Dekan der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität, Mitglied einer Kommission zur Vorbereitung eines Informationsgesetzbuchs, der Commission on Environmental Law der World Conservation Union (IUCN) und einer Schutzkommission beim Bundesinnenministerium sowie Gastprofessor in Kobe (Japan) und an der Stanford University (Kalifornien). Zudem war er der Studienstiftung des Deutschen Volkes eng verbunden und betreute mehrfach Sommerakademien und ein Studienkolleg. Nicht verschwiegen werden darf aber, dass auch ein so erfolgsverwöhntes Leben von Rückschlägen nicht ganz verschont geblieben ist. Seine wohl größte wissenschaftliche Enttäuschung stellte das politische Scheitern des verabschiedungsreifen Umweltgesetzbuchs dar, auf das er so viel Kraft verwendet hatte.

Michael Kloepfers umfang- und einflussreiches Wirken in zahlreichen Kommissionen und seine weltumspannende Lehrtätigkeit belegen die Richtigkeit einer möglichen Deutung seiner bekannten Maxime, die auch als Titel seiner ersten Festschrift diente: „Kein Jurist denkt umsonst“. Die Richtigkeit einer anderen Deutung belegt seine ebenso umfang- und einflussreiche, mehr als 30 Jahre umspannende Gutachtertätigkeit. Von frühen Gutachten zum Kernenergierecht bis zu Gutachten aus neuester Zeit zum Informationsfreiheits- und zum Luftverkehrsteuergesetz über solche zum Pressevertrieb, zur Verfassungsmäßigkeit des Berliner Haushalts, zur Anschlussförderung im Berliner sozialen Wohnungsbau und zum Platz des Tierschutzes im Grundgesetz gibt es nur wenige zu ihrer Zeit aktuelle Fragen des öffentlichen Rechts, zu denen sich der Jubilar nicht geäußert hätte. An seinen frühen, von Peter Lerche überlieferten Spruch, ein Universitätslehrer habe (nur) zu lehren und Bücher zu schreiben, fühlte er sich ausweislich dieser seiner Gutachtertätigkeit später nicht mehr gebunden.

Hier wäre nun der Platz, auf Michael Kloepfers umfangreiche Publikationstätigkeit einzugehen. Jedoch kann sein literarisches Wirken im Vorwort zu seiner Festschrift nicht angemessen gewürdigt werden. Stattdessen möchten die Herausgeber

auf das Schriftenverzeichnis im Anhang verweisen. Soviel aber sei angemerkt: Der Jubilar hat auf seinen Fachgebieten, ganz besonders aber im Umweltrecht, alles getan, um Mephistos Spruch zu widerlegen, „es erben sich Gesetz' und Rechte wie eine ew'ge Krankheit fort“. Michael Kloepfer hat dabei freilich nie die dauerhaften Grundlagen des Rechts aus den Augen verloren. Die Verteidigung der Freiheit gegen Intoleranz und Totalitarismus ist sein Credo als Wissenschaftler und Mensch. Seinen gleichermaßen konservativen wie progressiven, im besten Sinne provokativen Geist soll der Titel dieser Festschrift – „Beharren. Bewegen.“ – spiegeln.

Michael Kloepfer ist bis heute ungebrochen von einer selbst für einen Wissenschaftler ungewöhnlichen Neugier befeuert. Er ist ein unermüdlicher Reisender, der, insofern Odysseus gleich, „vieler Menschen Städte gesehn, und Sitte gelernt hat“, fast alle Länder dieser Erde bereist und dabei auch alle großen kulturellen Er rungenschaften gesehen hat. Seine kulturellen Interessen sind umfassend. Ob Oper, Theater, Film oder Kunstausstellung, es gibt kaum etwas Neues, das er nicht sehen will. Unter den schöngestigen Schriftstellern ist ihm Schiller, aus dessen Werken er gerne zitiert, der liebste. Seiner Begeisterung für die Poesie ist sein Werk „Dichtung und Recht“ entsprungen.

Michael Kloepfer hat sich nach seiner Emeritierung nicht dem Müßiggang ergeben. Seine Forschungsplattform Recht beschäftigt heute mehr Mitarbeiter als zu seiner aktiven Zeit. Wir, die Herausgeber, die Autoren und alle, die sich ihm verbunden fühlen, wünschen ihm noch viele Jahre ungeminderter Schaffenskraft und *harren* zahlreicher *bewegender* Veröffentlichungen aus seiner Feder.

Aix-en-Provence, Augsburg, Berlin,
Hamburg, Leipzig, Nürnberg,
im Mai 2013

*Claudio Franzius, Stefanie Lejeune,
Kai von Lewinski, Klaus Meßerschmidt,
Gerhard Michael, Matthias Rossi,
Theodor Schilling, Peter Wysk*

Persönliches zu Michael Kloepfer

Von Peter Lerche

Michael Kloepfer habe ich zunächst in Berlin, an der Freien Universität, kennen gelernt. Ich war (mit Ehefrau und kleinen Kindern) nach der Habilitation 1961 in München auf einen öffentlich-rechtlichen Lehrstuhl der Freien Universität gegangen, da mir dies verlockender erschien als andere Möglichkeiten (etwa Bonn). So hatte ich das Glück, neben anderen, hochbegabten jungen Wissenschaftlern, die später meine Habilitanden wurden, Michael Kloepfer zu begegnen; er war schon von K. A. Bettermann in anderer Weise sozusagen vorgeprägt. Bereits damals bis heute charakterisierte ihn aber eine so gut wie vollständige Unabhängigkeit seines Denkens wie auch seiner ganzen Haltung. Beides bewies er immer wieder, bei zahlreichen Gelegenheiten. Im Seminar verhehlte er vermutlich nie, wenn er anders dachte als die herrschende Strömung (oder als ich). Aber seine Sprachgewandtheit milderte in angenehmer, nicht verfälschender Weise den Ernst, wenn es ernst wurde. Um so mehr schätzte ich ihn damals wie heute. Es war die Zeit noch vor dem Mauerbau. In Westberlin konnte man nie sicher sein, ob die sogenannten Betriebskampfgruppen der DDR einmarschieren würden. Gleichwohl blieb Kloepfer in dieser besonders spannungsreichen Zeit in Berlin. Nach dem Mauerbau schien mir Westberlin als sichere Stadt, vielleicht zu Unrecht. Dennoch wäre es damals eine Art Hochverrat gewesen, auswärtigen Rufen zu folgen. Erst nach längerer Zeit konnte ich einem Ruf an die Juristische Fakultät in München folgen. Kloepfer war dem ehemaligen Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts (damals in Berlin und der Berliner Fakultät zugehörig), Fritz Werner, als Assistent verbunden; dennoch folgte er mir zu meiner großen Freude als Assistent nach München. Seinem Charakter blieb er natürlich treu.

Er promovierte 1969 mit einer bis heute anregenden Arbeit „Grundrechte als Entstehensicherung und Bestandsschutz“. Sie erschien als Band 13 der Münchener Universitätsschriften. Die Arbeit wurde mit einem Preis ausgezeichnet.

Später sagte er mir einmal, ein Universitätsprofessor habe zu lehren und Bücher zu schreiben. Das war wohl auch als verhaltene Kritik daran zu deuten, dass ich die Würze meines Berufs außer in der Lehre und gewissen Publikationen in der Mitwirkung an vielen großen Verfassungsprozessen sah, sei es als unabhängiger Gutachter, sei es als Prozessvertreter. So scharf er dachte und entsprechend widersprechen konnte, so fehlte doch selten eine Zutat von Ironie. Ich glaube überhaupt – ohne dies beweisen zu können –, dass er dieses Erdenleben mit einer gehörigen Portion Ironie betrachtet. Das hebt ihn zugleich in sympathischer Weise heraus aus der Schar so vieler Kollegen.

Er landete zunächst in seiner wissenschaftlichen Karriere auf einem Lehrstuhl in Trier. In dieser imposanten Stadt hatte er, wenn ich mich nicht täusche, auch eine für einen Junggesellen imposante Wohnung. Neben seinem Lehrerfolg bewies er meiner Erinnerung nach schon damals einen – in der damaligen Zeit eher seltenen – Sinn für moderne Kunst. Er hatte ein Gespür dafür. Klopfer sammelte kleine Plastiken bekannter lebender Künstler, deren Schönheit dem aufgeschlossenen Besucher im wahrsten Sinne des Wortes handgreiflich war. So etwas prägt sich ein.

Später folgte er als gebürtiger Berliner einem Ruf an die Humboldt-Universität. Seinen Lehrerfolg zu beobachten, hatte ich Gelegenheit. Auch die Zahl seiner Schüler unterstreicht diesen Erfolg, wie überhaupt seine Ausstrahlungskraft. Dabei wuchs bei ihm eine Art Souveränität, die ohne die erwähnte Selbstständigkeit seines Denkens nicht vorstellbar gewesen wäre.

Zuletzt hatte ich Gelegenheit, diese seine Souveränität zu spüren, als er die zu meinem 80. Geburtstag von meinen Habilitanden veranstaltete Vortragsreihe (in der Carl Friedrich von Siemens Stiftung in München) leitete. Diese Tätigkeit führte er sozusagen milde aus. Er hatte auch keinen Anlass, irgendwelche rigiden Maßnahmen vorzunehmen. Seine Souveränität wurde ohnehin anerkannt; dies zumal in Anwesenheit des ehemaligen Bundespräsidenten Roman Herzog und seiner Gemahlin.

In schönster Erinnerung habe ich unsere jeweiligen Zusammentreffen in München, als er bereits Lehrstuhlinhaber war. Das hatte verschiedene Anlässe: Zunächst hat er wohl selbst oder auch der inzwischen seit langem verstorbene Verleger R. S. Schulz eine Vorschriftensammlung des Umweltrechts der Bundesrepublik Deutschland ins Leben gerufen. Die Sammlung bestand aus austauschbaren, also „losen“ Blättern. Der Verleger war freilich in den vertraglich festgelegten Honorarzahungen unzuverlässig. Daraufhin kündigte Klopfer und wechselte zum Verlag C. H. Beck, München. Das wurde ein Riesenerfolg. Mit Recht beginnt Klopfer das Vorwort in seiner Monographie „Umweltrecht“, 1989 mit der Feststellung: „Als ich mich vor 19 Jahren mit dem Umweltrecht zu beschäftigen begann, war noch kaum erkennbar, welche immense Bedeutung diese Materie in relativ kurzer Zeit gewinnen würde“.

Als er sich noch nicht mit R. S. Schulz überworfen hatte, gab es große Feste des Verlegers in München. Klopfer war mindestens einmal bei einem solchen Fest dabei. Hier traf man damals sehr bekannte Schauspieler und sonstige Berühmtheiten, z. B. Josephine Baker, Peter Kreuder, Hardy Krüger. Das wird Klopfer sicherlich noch im Gedächtnis haben.

Gelegentlich trafen wir uns, wenn er von der Humboldt-Universität zu Besuch nach München reiste, in Münchner Museen. Es war immer ein Genuss, mit ihm über seine dabei gewonnenen Eindrücke zu sprechen. Seine Kunstliebe und -kenntnis wurde erneut offenbar.

Besonders gern reiste er nach Japan. Dort war er ein ebenso gern gesehener Gast. Angesichts auch seiner sonstigen weiten Reisen ist es mir fast rätselhaft, wie er seine vielen, sehr umfangreichen Bücher und sonstigen Publikationen produzieren konnte.

Zu den letzten Festschriftbeiträgen aus seiner Feder gehören so aktuelle wie zugleich grundsätzliche Themen wie „Grundgesetz, Wende, Wiedervereinigung“ oder „Grundrechtskonzertierungen“; man liest sie mit großer Bereicherung. Das genannte Rätsel wird dadurch noch schwieriger.

Aber vielleicht ist es ganz gut, wenn es jemanden gibt, der Rätsel dieser Art aufgibt. Das zumindest kann man ohne jede Ironie sagen.

Inhaltsverzeichnis

I. Staats- und Verfassungsrecht, Europa

Christoph Degenhart

Abweichungsgesetzgebung und abweichungsfeste Kerne im Recht des Naturschutzes. Verfassungsfragen einer Gleichstellung von Ersatzgeld und Naturalkompensation in der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung 21

Josef Isensee

Der schwierige Maßstab der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle.
Das Grundgesetz in seinem Verhältnis zum einfachen Recht 39

Hans D. Jarass

Verfassungsrechtliche Vorgaben an Anforderungen zur gewerblichen Tierhaltung 69

Paul Kirchhof

Gesetzgeben in der Zeit 79

Walter Leisner

Staatstradition in Frankreich und Deutschland. „Europäische“ Besinnung auf Nähen und Fernen 95

Sophie-Charlotte Lenski

Staatliche Kulturförderung und kulturelles Freiheitsparadigma des Grundgesetzes 105

Dietrich Murswiek

Verfassungsrechtliche Handlungspflichten zum Schutz der Verfassung 121

Gerke Osterloh

Der Gleichheitssatz zwischen Willkürverbot und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 139

Günter Püttner

Freiheit der Wissenschaft heute 153

Hans-Werner Rengeling

Umweltschutz in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union 161

<i>Florian Schärdel</i>	
Weshalb wir soziale Grundrechte brauchen	175
<i>Theodor Schilling</i>	
Rechtsfortbildung und Höchstgericht	185
<i>Friedrich Schoch</i>	
Asymmetrischer Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht im Informationsrecht	201
<i>Rupert Scholz</i>	
Europapolitik zwischen Exekutive und Legislative	217
<i>Rainer Wahl</i>	
Das Recht der Integrationsgemeinschaft Europäische Union	233
<i>Christian Waldhoff</i>	
Kann das Verfassungsrecht vom Verwaltungsrecht lernen?	261
<i>Thomas Württenberger</i>	
Rahmenbedingungen von normativer Kraft und optimaler Realisierung der Verfassung	277

II. Umwelt-, Technik- und Katastrophenrecht

<i>Michael Bothe</i>	
Der Rechtsrahmen der internationalen Klimapolitik nach der Konferenz von Doha. Probleme und Perspektiven	297
<i>Rüdiger Breuer</i>	
Entwicklungen des Rechtsschutzes im Umweltrecht	315
<i>David Bruch</i>	
Zur grundrechtlichen Übermacht von Umweltbelastern	333
<i>Wolfgang Durner</i>	
Soft Law und bindende Verträge im internationalen Chemikalienrecht	347
<i>Wilfried Erbguth</i>	
Katastrophenschutzrecht und maritime Sicherheit	361
<i>Claudio Franzius</i>	
Aktuelle Probleme des Umweltrechtsschutzes	377

<i>Wolfgang Kahl und Patrick Hilbert</i>	
Impact Assessment in der EU – Sicherung von Nachhaltigkeit durch Integration	399
<i>Jürgen Knebel</i>	
Umweltschutz im Lissabon-Vertrag und als Rechtfertigung für Handelsbeschränkungen	415
<i>Matthias Lang</i>	
Netzausbau und Umweltschutz im Höchstspannungsnetz	435
<i>Peter Marburger</i>	
Zivilrechtlicher Immissionsschutz für Grundpfandrechte	461
<i>Franz-Joseph Peine</i>	
Vom „Gesetz über technische Arbeitsmittel“ zum „Produktsicherheitsgesetz“. Entwicklungsschritte im Recht des Verkehrsverbots	469
<i>Eckard Rehbinder</i>	
Extraterritoriale Rechtsanwendung im Umweltrecht	489
<i>Sebastian von Schweinitz</i>	
Energiewende und Belastungskumulationen am Beispiel von EEG-Umlage, besonderer Ausgleichsregelung für stromintensive Unternehmen und der Eigenstromregelung	505

III. Verwaltungs- und Planungsrecht

<i>Ulrich Battis</i>	
Planerische Zukunftsgestaltung durch Bau- und Umweltrecht	519
<i>Eberhard Bohne</i>	
Der informale Regulierungsstaat am Beispiel der Energiewirtschaft	529
<i>Mathias Hellriegel</i>	
Planung ist die Ersetzung des Zufalls durch Irrtum	551
<i>Reinhard Hendlar</i>	
Klimaschutz und Bauleitplanung	563
<i>Klaus-Dirk Henke und Andreas Aschenbrücker</i>	
Bedrohungspotentiale in der Versorgungskette für Arzneimittel und ihre Vermeidung. Ein Werkstattbericht zu einem aktuellen Forschungsprojekt	575

<i>Gerhard Michael</i>	
Rücksichtslosigkeit. Betrachtungen zum Ausschluss zulässiger Nutzungen im Bau- und Planungsrecht bei Verteilungskonflikten	589
<i>Rainer Pitschas</i>	
Betreuungsrecht – Quo vadis? Zur Reform der Infrastruktur rechtlicher Betreuung	611
<i>Rudolf Steinberg</i>	
Neue gesetzliche Regelungen der Bürgerbeteiligung bei Infrastrukturvorhaben? Gleichzeitig zum Entwurf eines Planungsvereinheitlichungsgesetzes	625
IV. Informationsrecht, Finanzrecht	
<i>Thilo Brandner</i>	
Parlamentarische Gesetzgebung in Krisensituationen. Zum Zustandekommen des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes	641
<i>Hansjürgen Garstka</i>	
Das Geheimnis in Grimms Märchenwelt – Datenschutz als Mythos	653
<i>Holger Greve</i>	
Drittwirkung des grundrechtlichen Datenschutzes im digitalen Zeitalter	665
<i>Markus Heintzen</i>	
Finanzpolitische Spannungen und Kräfte im europäischen Mehrebenensystem .	679
<i>Andreas Neun und Tim Weber</i>	
Die „Entschädigungsumlage“ gemäß § 17f Abs. 1 Sätze 2 und 3; Abs. 5 EnWG zur Anbindung von Offshore-Anlagen. Zur Abwälzung bestimmter Belastungen anbindungsverpflichteter Übertragungsnetzbetreiber auf Verbraucher aus finanzverfassungsrechtlicher Sicht	691
<i>Hans-Jürgen Papier</i>	
Informationszugang und Akteneinsicht bei Behörden	705
<i>Ingolf Pernice</i>	
Die Politik und die Internet-Gesellschaft	715
<i>Rudolf Wendt</i>	
Angemessene Finanzausstattung der Kommunen und finanzielle Leistungsfähigkeit des Landes	735
<i>Norbert Wimmer</i>	
Europäische Öffentlichkeit als Argument – Überlegungen zum Kurzberichterstattungs-Urteil des EuGH	751

V. Gesetzgebungslehre

<i>Stefanie Lejeune</i>	
Anachronismen politischer Willensbildung im internen Gesetzgebungsverfahren	775
<i>Kai von Lewinski</i>	
Kodifikation des Verwaltungsorganisationsrechts	793
<i>Klaus Meßerschmidt</i>	
Special interest legislation als Thema von Gesetzgebungslehre und Verfassungsrecht	811
<i>Matthias Rossi</i>	
Phantasie in der Gesetzgebung	851
<i>Dirk Uwer</i>	
Die unwahre Gesetzesbegründung. Rechtsstaatliche Fragen an die Auslegungsmaxime des „objektivierten Willens des Gesetzgebers“ am Beispiel des Glücksspielstaatsvertrags	867
<i>Peter Wysk</i>	
Kriegsfolgensgesetzgebung in unserer Zeit	889

VI. Literatur, Philosophie und Recht

<i>Jens Petersen</i>	
Fichtes Versuch, Machiavelli Gerechtigkeit widerfahren zu lassen	927
<i>Peter Raue</i>	
Zur Zulässigkeit von sogenannten „Rezensionszitaten“	937
<i>Meinhard Schröder</i>	
Literarische Spiegelungen des Staates nach 1945	945
Schriftenverzeichnis Prof. Dr. Michael Kloepfer	957
Autorenverzeichnis	979

I. Staats- und Verfassungsrecht, Europa

Abweichungsgesetzgebung und abweichungsfeste Kerne im Recht des Naturschutzes

Verfassungsfragen einer Gleichstellung von Ersatzgeld und Naturalkompensation in der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung

Von *Christoph Degenhart*

I. Gleichstellung von Naturalkompensation und Ausgleichszahlung als Verfassungsproblem

Es hieße, Eulen nach (Spree-)Athen zu tragen, wollte man die Beiträge von *Michael Kloepfer* zum Umweltrecht, seine maßgeblichen Anstöße zu der verfassungsrechtlichen Verankerung wie zu der einfachgesetzlichen Realisation des Umweltschutzes in der Rechtsordnung darlegen.¹ Kontinuierlich hat der Jubilar sich dabei mit dem Verhältnis des einfachgesetzlichen Umweltrechts zum Verfassungsrecht befasst, mit der Frage insbesondere, ob Kernbereiche oder zentrale Elemente der einfachgesetzlichen Normierung in erhöhte Bestandskraft, in den Geltungsbereich der Verfassungsnorm erwachsen können,² dergestalt ein umweltrechtliches Rückschrittsverbot begründend. Die Thematik ist unverändert aktuell, wie die Überlegungen zeigen, um erhöhter „Flexibilität“ der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung willen Ausgleichsmaßnahmen und Ersatzgeld gleichzustellen, bzw. die Länder dazu zu ermächtigen, diese Gleichstellung im Rahmen ihrer Befugnis zur Abweichungsgesetzgebung³ gemäß Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GG vorzunehmen.⁴ Denn nach der

¹ Aufzuführen wäre hier etwa die Monographie „Zum Umweltschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland“ aus dem Jahr 1972, ebenso vorausschauend wie seine Schrift „Zum Grundrecht auf Umweltschutz“ aus dem Jahr 1978. Zu nennen wäre sein „großes Lehrbuch“ zum Umweltrecht, 2004 bereits in 3. Auflage erschienen, und seine Kommentierung des Umweltartikels 20a GG im Bonner Kommentar zum Grundgesetz aus dem Jahr 2005. Näheren Aufschluss gibt das Verzeichnis seiner Publikationen in dieser Festschrift.

² Vgl. hierzu *Kloepfer*, BonnK, Art. 20a (2005) Rdn. 35 f.; *Epiney*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 6. Aufl. 2010, Art. 20a Rdn. 68; *Bernsdorff*, in: Umbach/Clemens, GG I, 2002, Art. 20a Rdn. 46; *Murswiek*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 20a Rdn. 40.

³ Zur Abweichungsgesetzgebung vgl. u. a. *Köck/Wolf*, NVwZ 2008, 353; *Fischer-Hüftle*, NuR 2007, 78; *Selmer*, ZG 2009, 33; *Degenhart*, DÖV 2010, 422.

⁴ Dies war vorgesehen in den Koalitionsvereinbarungen von CDU, CSU und FDP für die 17. Legislaturperiode, s. dazu Antrag der Fraktionen der CDU und der FDP im Niedersächsischen Landtag – Drs. 16/2412.

geltenden Rechtslage ist das Ersatzgeld nachrangig. Es kann dort kompensierend wirken, wo Eingriffe in Natur und Landschaft unvermeidbar sind, in der Abwägung mit den Schutzgütern des Naturschutzrechts entgegenstehende Belange überwiegen. Dass diese Schutzgüter in der Ordnung des Grundgesetzes nicht absolut gesetzt werden dürfen, es des nach beiden Seiten hin schonenden Ausgleichs bedarf, hat Michael Kloepfer stets betont, ebenso aber davor gewarnt, die Ausgleichszahlung zum „Ablasshandel“ mit diesen Schutzgütern herabzustufen. Ob und mit welcher Maßgabe also eine Gleichstellung von Ersatzgeld mit Ausgleichsmaßnahmen erfolgen kann, ist eine Frage zunächst materiellen Verfassungsrechts, wirft aber auch Fragen der Gesetzgebungszuständigkeiten im Bereich der Abweichungsgesetzgebung des Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GG auf. Denn soweit es sich bei bestimmenden Prinzipien des geltenden Rechts um allgemeine Grundsätze i.S. dieser Bestimmung⁵ handeln sollte, kann der Bundesgesetzgeber gehindert sein, den allgemeinen Grundsatz aufzuheben oder ihn der Abweichungsgesetzgebung der Länder zu öffnen.

II. Normative Ausgangslage

1. Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung

a) Die naturschutzrechtliche „Pflichtenkaskade“: Naturalrestitution und Ausgleichszahlungen

Zu den zentralen Instrumenten des modernen Naturschutzrechts zählt die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung des § 13 BNatSchG⁶ mit ihrer Stufenfolge Vermeidung – Naturalausgleich – Geldausgleich. Es handelt sich hierbei nach der normativen Festlegung des § 13 BNatSchG um einen allgemeinen Grundsatz und damit um einen abweichungsfesten Kern des Naturschutzrechts.⁷ § 15 BNatSchG legt diese Stufenfolge konkretisierend fest. In der so begründeten „Pflichtenkaskade“⁸ gilt zunächst das Vermeidungs- und Minimierungsgebot des § 15 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG: Vermeidbare Beeinträchtigungen sind zu unterlassen. Eingriffe dürfen also nicht zugelassen werden, wenn die damit einhergehenden Beeinträchtigungen vermeidbar sind. Die Feststellung, dass das Vermeidungsgebot als solches nicht der Abwägung

⁵ Zur Definition der allgemeinen Grundsätze s. etwa *Hendrischke*, NuR 2007, 454 ff.; *Meßerschmidt*, UPR 2008, 361 (385); *Fischer-Hüftele*, NuR 2007, 78; *Köck/Wolf*, NVwZ 2008, 353 (355); *Schulze-Fielitz*, NVwZ 2007, 249 (256); *Appel*, NuR 2010, 171 (172 f.); *Degenhart*, DÖV 2010, 422 (428 f.); *Franzius*, ZUR 2010, 346 (348 ff.).

⁶ Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG) vom 29. Juli 2009, BGBl. I S. 2542.

⁷ Zur Frage einer gesetzgeberischen Definitionskompetenz insoweit s. *Degenhart*, DÖV 2010, 422 (429); *Schulze-Fielitz*, NVwZ 2007, 249 (256).

⁸ Vgl. *Scheidler*, UPR 2010, 134 (136): „Pflichtenkaskade“; ebenso *Funke*, SächsVBl 2010, 153 (157); vgl. zur abgestuften Prüfung *Maas/Schütte*, in: Koch, Umweltrecht, 3. Aufl. 2010, § 7 Rdn. 48 ff.; *Koch*, in: Kerkmann (Hrsg.), Naturschutzrecht in der Praxis, 2. Aufl. 2010, § 4 Rdn. 27 f.; *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. IV, Vorb. BNatSchG (2009) Rdn. 4 ff.

unterliegt,⁹ trifft insofern die Gesetzeslage, als dann, wenn Vermeidbarkeit festgestellt ist, keine Abwägung mehr stattfindet. Ob aber die Vermeidungspflicht besteht und wie weit sie reicht, dies ist nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit zu bestimmen.¹⁰ Unvermeidbare Beeinträchtigungen sind durch Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen zu kompensieren, § 15 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG. Soweit unvermeidbare Beeinträchtigungen weder ausgeglichen noch kompensiert werden können, kann der Eingriff nur zugelassen werden, wenn Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege in der Abwägung nicht überwiegen, § 15 Abs. 5 BNatSchG. Es sind also zunächst Vorkehrungen zur Vermeidung von Beeinträchtigungen und Maßnahmen zu deren Kompensation im Wege der Naturalrestitution zu treffen; nicht im Sinn der Herstellung eines identischen, sondern eines gleichwertigen Zustandes.¹¹ Die verbleibenden Beeinträchtigungen sind dann in die Abwägung mit den für den Eingriff sprechenden Belangen einzustellen. In diesem Fall, also bei Zulassung des Eingriffs, greift die Ersatzzahlung ein.

b) Primat der Naturalrestitution?

Ausgleichsmaßnahmen und Ersatzmaßnahmen sind nach Bundesnaturschutzgesetz 2009 als im Grundsatz gleichwertige Instrumente der Naturalrestitution anerkannt. Nach Bundesnaturschutzgesetz 2002 waren Ausgleichsmaßnahmen gegenüber Ersatzmaßnahmen vorrangig. Nach Bundesnaturschutzgesetz 1976 waren die Länder lediglich ermächtigt gewesen, Vorschriften über Ersatzmaßnahmen zu erlassen. Ersatzzahlungen allerdings sind weiterhin nachrangig, der Gesetzgeber hat es beim Primat der Naturalrestitution belassen. Eben dieses Primat, das bereits im Vorfeld des Bundesnaturschutzgesetzes 2009 in Frage gestellt worden war,¹² steht nunmehr erneut zur Diskussion.

Eine etwaige Gleichstellung der bisher nach §§ 13, 15 Abs. 6 BNatSchG nachrangigen Ersatzzahlungen im Wege abweichender Gesetzgebung der Länder würde das Gebot der Minimierung von Eingriffsfolgen strukturell verändern. Unverändert gelten würde zunächst weiterhin das Minimierungs- und Vermeidungsgebot des § 15 Abs. 1 BNatSchG. Unvermeidbare Beeinträchtigungen wären dann entweder durch Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen zu kompensieren, oder aber durch Ersatzzahlungen. Ist eine Kompensation im Wege der Naturalrestitution möglich und zumutbar, so wäre sie, anders als bisher, nicht mehr verpflichtend. Die Behörde bzw. – je nach Gesetzesgestaltung – auch der Verursacher könnte zwischen Ausgleich und Ersatz sowie Ersatzgeld wählen.¹³

⁹ Vgl. Koch, in: Kerkmann (Hrsg.), Naturschutzrecht in der Praxis, 2. Aufl. 2010, § 4 Rdn. 2.

¹⁰ Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. IV, Vorb. BNatSchG (2009) Rdn. 6.

¹¹ Vgl. Berchter, Die Eingriffsregelung im Naturschutzrecht, 2007, S. 93 f.

¹² BR-Drs. 278/09 S. 8; vgl. dazu Gellermann, NVwZ 2010, 73 (76).

¹³ Zur geltenden Regelung s. Gellermann, NVwZ 2010, 73 (76).