

Infrastruktur-Recht

Festschrift für Wilfried Erbguth
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Sabine Schlacke
Guy Beaucamp
Mathias Schubert



Duncker & Humblot · Berlin

Infrastruktur-Recht

Festschrift für Wilfried Erbguth
zum 70. Geburtstag

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1400



Wolfgang K. H. Guggenheim

Infrastruktur-Recht

Festschrift für Wilfried Erbguth
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Sabine Schlacke
Guy Beaucamp
Mathias Schubert



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

© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: 3w+p GmbH, Rimpar

Druck: Druckteam, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 978-3-428-15292-6 (Print)

ISBN 978-3-428-55292-4 (E-Book)

ISBN 978-3-428-85292-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Vorwort

Mit dieser Festschrift wollen wir *Wilfried Erbguth* herzlich zu seinem 70. Geburtstag am 4. Mai 2019 gratulieren. Unter Bezugnahme auf das Infrastruktur-Recht behandeln die versammelten Beiträge allgemeine und spezielle Fragen aus den Gebieten des Europarechts, des Verfassungsrechts sowie des Verwaltungsrechts und hier insbesondere des Raumordnungs- und (sonstigen) Planungsrechts, des Umweltrechts sowie des maritimen Rechts und des Hafenrechts. Die Festschriftbeiträge spiegeln zugleich die beeindruckende Bandbreite des wissenschaftlichen Wirkens unseres akademischen Lehrers wider.

Motiviert durch seine langjährige wissenschaftliche Tätigkeit am Münsteraner Zentralinstitut für Raumplanung, widmete sich *Wilfried Erbguth* zunächst dem Bau- und Raumordnungsrecht; bald kam das Umweltrecht hinzu, welches auch Gegenstand seiner Habilitationsschrift war. In seiner Rostocker Zeit seit 1992 führte er diese Bereiche fort und erweiterte zugleich sein wissenschaftliches Arbeitsfeld, etwa um das Seerecht, das Hafenrecht und das Infrastrurrecht. Die wissenschaftliche Produktivität des Jubilars ist dabei beeindruckend. Erwähnt seien nur die regelmäßig neu aufgelegten Lehrbücher zum Allgemeinen Verwaltungsrecht, zum Baurecht und zum Umweltrecht sowie die Kommentierung des Umweltverträglichkeitsprüfungsgegesetzes, ferner die Mitarbeit am Grundgesetz-Kommentar von *Michael Sachs*. Neben diesen beispielhaft genannten, übergreifend angelegten Werken hat sich *Wilfried Erbguth* mit vielen rechtswissenschaftlichen Detailfragen in über 200 Aufsätzen befasst. Als Jungwissenschaftlerin bzw. Jungwissenschaftler konnte man angesichts dieser Leistungen durchaus kalte Füße bekommen.

Hervorheben möchten wir den großen Einsatz des Jubilars für den interdisziplinären Austausch und die interdisziplinäre Zusammenarbeit. Dies zeigt sich etwa durch die Gründung des Ostseeinstituts für Seerecht und Umweltrecht, die Mitarbeit im Wissenschaftsverbund Um-Welt, dessen Vorsitzender *Wilfried Erbguth* viele Jahre war, die kontinuierliche Zusammenarbeit mit der Akademie für Raumforschung und Landesplanung sowie zahlreiche fachübergreifend angelegte Drittmittelprojekte. Die regelmäßigen wissenschaftlichen Veranstaltungen der genannten Institutionen gaben dem interdisziplinären Austausch ebenfalls ein Forum. Gleichzeitig boten sie die Möglichkeit des Dialoges zwischen universitärer Rechtswissenschaft und Verwaltungspraxis, die *Wilfried Erbguth* ebenfalls am Herzen lag. Auch deswegen hatten wir als Herausgeber keine Mühe, viele Praktiker des Verwaltungsrechts als Autoren für diese Festschrift zu gewinnen.

Der Jubilar hat sich auch um den wissenschaftlichen Nachwuchs verdient gemacht, indem er fünf Habilitationen und 15 Doktorarbeiten erfolgreich betreut

hat. Persönlich möchten sich die Herausgeber bei ihrem Habilitationsvater vor allem für die Ermutigung bedanken, sich der eigenen wissenschaftlichen Freiheit zu bedienen. Es war z.B. keineswegs erforderlich, wissenschaftliche Standpunkte des Betreuers zu übernehmen!

Unser Dank gilt den Autorinnen und Autoren der Beiträge zur Festschrift, Frau Heike Frank vom Verlag Duncker & Humblot für die reibungslose und erfreuliche Zusammenarbeit und Herrn Dipl.-Jur. Simon Lammers für seine hilfreiche Unterstützung bei der redaktionellen Bearbeitung des Werkes. Schließlich gebührt dem Ministerium für Energie, Infrastruktur und Digitalisierung des Landes Mecklenburg-Vorpommern sowie dem Förderverein des Ostseeinstituts für Seerecht und Umweltrecht e.V. großer Dank für die Übernahme der Druckkosten.

Münster / Hamburg / Rostock im Januar 2019

Sabine Schlacke

Guy Beaucamp

Mathias Schubert

Inhaltsverzeichnis

I. Allgemeine Fragestellungen

Martin Kment

Der Steuerungsansatz der Nachhaltigkeit im Umwelt- und Planungsrecht – Eine Betrachtung aus zwei Perspektiven	13
---	----

Hartmut Bauer

Altes und Neues über Privatisierung und Publizisierung	29
--	----

Bodo Wiegand-Hoffmeister

Von der Akzeptanz des Rechts zum Recht der Akzeptanz? – Ein Diskussionsbeitrag mit Blick auf das Bürger- und Gemeindebeteiligungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern	51
--	----

Winfried Kluth

Infrastrukturgenossenschaften als Instrument nachhaltiger kommunaler Bürgerpartizipation	69
--	----

Jan Ziekow

Volksentscheide über planfeststellungspflichtige Vorhaben	81
---	----

II. Europarecht

Hans D. Jarass

Verhältnismäßigkeit, gute Verwaltung, Bestimmtheit und Vertrauensschutz als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts	97
--	----

Jörg Berkemann

Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) als Kontrollebene für das deutsche Raumordnungs- und Bauplanungsrecht	109
---	-----

Wolfram Cremer

EU-Beihilfenrecht und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – Zu den Grenzen der Altmark-Konzeption	133
---	-----

Astrid Epiney

Art. 6 Abs. 2–4 FFH-Richtlinie im Spiegel der neueren Rechtsprechung des EuGH	147
---	-----

III. Verfassungsrecht

<i>Michael Kloepfer</i>	
Infrastrukturnetze und Grundrechte – Eine Strukturskizze	167
<i>Michael Sauthoff</i>	
Baukunst und bauordnungsrechtliche Gestaltungsvorgaben	177

IV. Verwaltungsrecht

1. Planungsrecht

<i>Sabine Schlacke</i>	
Vorausschauende Planung als zulässige Vorratsplanung am Beispiel des Netz- ausbaus	207
<i>Bernhard Stiier und Eva-Maria Stiier</i>	
Planreparatur von Fehlern bei der Öffentlichkeitsbeteiligung	225
<i>Susan Grotefels</i>	
Die Staatsgrenzen überschreitende Raumordnung im deutschen Raumord- nungsrecht	245
<i>Peter Runkel</i>	
Raumordnung für den Gesamtraum der Bundesrepublik Deutschland	265
<i>Boas Küpper</i>	
Das raumordnerische Planungserfordernis – Zum Verhältnis von Raumordnung und Fachplanung bei der Standortbestimmung für Großvorhaben	281
<i>Wolfgang Durner</i>	
Exekutivische Verwerfung rechtswidriger Raumordnungsziele?	299
<i>Reinhard Hendlar</i>	
Die Rechtsstellung der regionalen Planungsgemeinschaften	313
<i>Holger Schmitz</i>	
Die obligatorische Öffentlichkeitsbeteiligung im Raumordnungsverfahren	325
<i>Guy Beaucamp</i>	
Die Funktionslosigkeit von Bauleitplänen als rechtsmethodisches Problem	347
<i>Wilhelm Söfker</i>	
Steuerung von Außenbereichsvorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 BauGB durch Bauleitplanung	365

<i>Alexander Schink</i>	
Auswirkungen des Hochwasserschutzgesetzes II auf die Bauleitplanung	381
<i>Martin Dippel</i>	
Entsorgungsinfrastruktur im Regelungssystem der §§ 36, 38 BauGB	397
<i>Frank Stollmann</i>	
Grundstrukturen einer Planungsrechtsdogmatik im Gesundheitsrecht	417

2. Umweltrecht

<i>Martin Beckmann</i>	
Die „Modernisierung“ des Rechts der Umweltverträglichkeitsprüfung – Ein gelungener Versuch zur Erhöhung der Vollzugstauglichkeit des UVPG?	441
<i>Ulrich Ramsauer</i>	
Vom Umweltrecht zu Eigenrechten der Natur?	465
<i>Klaus F. Gärditz</i>	
Rechtsschutz im Standortauswahlverfahren für ein Endlager hochradioaktiver Abfälle	479
<i>Ulrich Smeddinck</i>	
Feigenblatt oder Wachhund mit Konfliktradar? – Das Nationale Begleitgremium nach § 8 Standortauswahlgesetz	501

3. Maritimes Recht und Hafenrecht

<i>Peter Ehlers</i>	
Ocean Governance für nachhaltige maritime Entwicklung	523
<i>Mathias Schubert</i>	
Das deutsche Recht der Meeresraumordnung: Entwicklung – Stand – Perspektiven	545
<i>Felix Ekardt</i>	
Ozeanversauerung und Infrastrukturrecht – Zugleich zur Reichweite des Pariser Klima-Abkommens	565
<i>Rüdiger Breuer</i>	
Der trimodale Umschlaghafen – Ein irregulärer Planungsfall?	587

<i>Hans Martin Müller</i>	
Die Einziehung von öffentlichen Binnenhäfen unter besonderer Berücksichti- gung nordrhein-westfälischer Verhältnisse	607
Schriftenverzeichnis von Prof. Dr. Wilfried Erbguth	639
Autorenverzeichnis	657

I. Allgemeine Fragestellungen

Der Steuerungsansatz der Nachhaltigkeit im Umwelt- und Planungsrecht – Eine Betrachtung aus zwei Perspektiven

Von *Martin Kment*

I. Facettenreichtum der Nachhaltigkeit

1. Widersprüche in der Wahrnehmung: Vision, Kritik und Fehlgebrauch

Nachhaltigkeit ist einer der wohl schillerndsten Begriffe der juristischen Gegenwart. Er ist im Bereich des Öffentlichen Rechts in den Teilstufen des Völker-, Europa-, Verfassungs- und Verwaltungsrechts nachweisbar und soll durch seine verbreitete Implementierung sogar „einen tiefgreifenden Umdenkensprozess einschließlich einer Überprüfung und partiellen Neustufierung der tradierten politischen Präferenzmodelle“ einfordern, die in einem Epochenumschwung münden sollen.¹

Gleichzeitig ist der Nachhaltigkeitsbegriff inhaltlich derart flexibel bzw. kontextabhängig,² dass seine bisweilen attestierte Inhaltsleere ihm bereits deutliche Kritik einbrachte: Zugespitzt ist von einem Modewort,³ einem semantischen Chamäleon,⁴ einem Gummiwort,⁵ junk-law⁶ oder gar einer Allzweck-Floskel für politisch korrekte Gutmenschen⁷ die Rede. Hinter der starken Rhetorik liegt im Kern der Vorwurf begründet, dass sich das Nachhaltigkeitsprinzip durch eine inhaltliche Beliebigkeit auszeichne, scheint Nachhaltigkeit doch „zu allem und nichts zu gebrauchen“ zu sein.⁸

Dieser kritischen Auffassung spielt sicherlich in die Karten, dass Nachhaltigkeit schon seit längerer Zeit die vielfältigsten Bereiche der Politik und des Alltags- und

¹ *W. Kahl*, in: ders., Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, 2008, S. 1 (32 ff.).

² *K. Lange*, in: ders. (Hrsg.), Nachhaltigkeit im Recht, 2003, S. 109 (126 f.).

³ Vgl. *R. Streinz*, EuZW 1998, 137 (144).

⁴ *F. Nuscheler*, Entwicklungspolitik, 2006, S. 382.

⁵ *F. Wullenweber*, Politische Ökologie 63/64, Januar 2000, 23.

⁶ *M. Reinhardt*, UTR 1998, S. 73 (102).

⁷ *M. Ronellenfitsch*, NVwZ 2006, 385.

⁸ Siehe dazu ausführlich *W. Kahl*, in: ders. (o. Fn. 1), S. 1 (1 ff.); *E. M. Frenzel*, Nachhaltigkeit als Prinzip der Rechtsentwicklung?, 2005, S. 44 ff.; recht deutlich: *C. Hagist/P. Moog/B. Raffelhüschen*, ZSE 2014, 529 (546): „typisches Wieselwort: Die Verpackung mag schön sein, der Begriff ist jedoch meist inhaltsleer“; ebenso *C. Felber*, in: *I. Pufé*, Nachhaltigkeit, 2014, S. 5: „gleichsam schillernder wie ungrefbarer Leitbegriff der Postmoderne“.

Gesellschaftslebens überschwemmt. Deshalb wurde schon vor der Jahrtausendwende die Nachhaltigkeit durch den Jubilar als „ein vielfach – bewußt oder unbewußt – eingesetzter, gleichwohl überwiegend kaum ernst genommener, mithin durchaus auch belächelter Begriff“ qualifiziert.⁹ Und tatsächlich begegnet uns die Nachhaltigkeit alltäglich zumeist zum Adjektiv mutiert etwa als „nachhaltige Haushalts- und Sicherheitspolitik“, „nachhaltige Mode“, „nachhaltiger Warenkorb“, „nachhaltige Unternehmensführung“, „nachhaltige Innenarchitektur“, „nachhaltige Schulverpflegung“, „nachhaltige Geschenkidee“ bis hin zum „nachhaltigen Konsum“.

2. Auftrag an die Rechtswissenschaft

Der Fehlgebrauch der Nachhaltigkeit sollte jedoch nicht voreilig mit dem Begriff bzw. dem Instrument der Nachhaltigkeit vermischt werden. Vielmehr liegt es in der Wiege der Rechtswissenschaft, den Umgang mit offeneren rechtlichen Gebilden aufzuzeigen, wie es letztlich auch die juristischen Alltagswerkzeuge „Abwägung“, „Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“ oder „praktische Konkordanz“ sind.¹⁰ Überdies kann jede noch so pointiert vorgetragene Kritik am Nachhaltigkeitsprinzip nicht darüber hinweghelfen, dass der Gesetzgeber die Nachhaltigkeit ausgedehnt¹¹ in die deutschen Gesetze hineingetragen hat. Auf der Ebene des deutschen Umwelt- und Planungsrechts finden sich Nachweise etwa in § 1 Abs. 5 S. 1, § 171a Abs. 2 S. 1, Abs. 3 Nr. 6 und 7, § 177 Abs. 5, § 193 Abs. 5 S. 2 Nr. 4 sowie Anlage 1 und 2 BauGB, § 1 S. 1, § 17 Abs. 2 S. 1 BBodSchG, § 37a Abs. 4 BImSchG i.V.m. § 14 Biokraftstoff-Nachhaltigkeitsverordnung, § 37d Abs. 2 Nr. 1 lit. c) und 3, § 37g BImSchG, § 1 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 4, § 5 Abs. 2 Nr. 1, 2, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 3, § 23 Abs. 2 S. 1, § 25 Abs. 2, § 26 Abs. 1 Nr. 1, § 62 BNatSchG, § 1 Nr. 1, § 11 Abs. 1 S. 1, § 38 Abs. 1 Nr. 2, § 41 Abs. 2 S. 1 BWaldG, § 1 Abs. 1, § 3 Nr. 47, § 90 Nr. 1 lit. a), b) EEG, § 3 Nr. 33 EnWG, § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 3, 6, Anlage 2 ROG, Anlage 4 und Anlage 6 UVPG, § 1 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 28 Nr. 1 lit. f), § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, S. 2, § 45a Abs. 2 Nr. 3, § 45b Abs. 2, § 45h Abs. 1 S. 1, § 96 Abs. 1 S. 3 WHG. Mit der Aufnahme in den Gesetzestext entfaltet die Nachhaltigkeit einen Steuerungsanspruch, der juristisch zu ermitteln ist;¹² dies gebietet bereits der Respekt vor dem demokratisch gewählten Gesetzgeber.¹³

⁹ W. Erbguth, DVBl. 1999, 1082.

¹⁰ Der Nachhaltigkeitsbegriff wird bereits jetzt mit der Verhältnismäßigkeit strukturell gleichgesetzt; vgl. dazu K. Gehne, Nachhaltige Entwicklung als Rechtsprinzip, 2011, S. 184 ff., S. 252 ff.; M. Eifert, in: Kahl (Hrsg.), Nachhaltigkeit durch Organisation und Verfahren, 2016, S. 371 (371 f.).

¹¹ Allein auf Bundesebene lassen sich im Jahr 2018 mehr als 500 Fälle nachweisen.

¹² W. Erbguth, DVBl. 1999, 1082 (1083).

¹³ A. Glaser, Nachhaltige Entwicklung und Demokratie, 2006, S. 53; M. Rehbinder, in: Dolde (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel, 2001, S. 721 (738).

II. Entwicklungsgeschichte der Nachhaltigkeit

1. Erste Nachhaltigkeitsansätze

Blickt man zur Erfassung des Steuerungsansatzes der Nachhaltigkeit zurück in die Vergangenheit, fällt bereits die Determination ihrer historischen Wurzeln recht schwer. Belegt ist zumindest, dass der Grundgedanke der Nachhaltigkeit bis in die Antike zurückreicht.¹⁴ Schon das Rechtsinstitut des Nießbrauchs kannte im römischen Recht den Grundsatz, dass eine Sache, die einem anderen gehört, so zu nutzen und zu gebrauchen ist, dass deren Substanz erhalten bleibt.¹⁵ Und auch im Mittelalter erkannten die Bewohner Mitteleuropas, dass die fast vollständige Rodung der Wälder zwischen 1300 und 1350 schwerwiegende nachteilige Folgen haben würde. Deshalb entschlossen sie sich, ihren Umgang mit der Ressource Wald grundlegend zu ändern, um ein Nachwachsen der Bäume zu ermöglichen; mithin entschieden sie, nachhaltig zu agieren.¹⁶

2. Sprachwissenschaftlicher Hintergrund

Flankiert man diese ersten historischen Ansätze mit einer sprachwissenschaftlichen Zeitreise, gelangt man zu Beginn zum kursächsischen Ökonom *Hans-Carl von Carlowitz*, der in seiner „*Sylvicultura Oeconomica*“ 1713 für die Baumzucht eine „continuierliche beständige und nachhaltige Nutzung“ forderte.¹⁷ Das Adjektiv „nachhaltig“ gewinnt von *Carlowitz* wohl aus dem deutlich älteren Verb „nachhalten“, dessen frühester Nachweis bis ins Jahr 1300 zurückweist.¹⁸ Auch wenn Nachhaltigkeit sprachlich bis ins 20. Jahrhundert hinein Einzug in andere Wissenschaften findet, etwa die Pädagogik¹⁹ oder das Konkursrecht,²⁰ bleibt sie ein forstwissenschaftlicher Fachterminus.²¹ Hier findet auch der Brückenschlag zum angelsächsischen Recht statt, in dessen Einflussbereich ab Beginn des 20. Jahrhunderts von „sustained yield“ die Rede ist.²² Zu diesem Zeitpunkt ist die Definition der Nachhaltigkeit

¹⁴ J. Soentgen, Gaia 25/2, 2016, 117.

¹⁵ „Usus fractus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia“ (Nießbrauch ist das Recht, die Sache eines anderen zu nutzen und zu gebrauchen, unter Wahrung der Substanz der Sache); siehe dazu P. Krüger/T. Mommsen, *Corpus iuris civilis*, 1889, S. 13.

¹⁶ W. Abel, Die Wüstungen des ausgehenden Mittelalters, 1976; K. Bosselmann, The Principle of Sustainability, 2017, S. 12.

¹⁷ H. C. von Carlowitz, *Sylvicultura Oeconomica*, oder haußwirthliche Nachricht und naturmäßige Anweisung zur wilden Baum-Zucht, 1713 (Zitat nach 2. Aufl., 1732, S. 105 f.).

¹⁸ D. Klippel/M. Otto, in: Kahl (o. Fn. 1), S. 39 (45).

¹⁹ J. Dolch, Nachhaltigkeit und Lebenswirksamkeit des Unterrichtserfolgs, Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Pädagogik, 1953, S. 187 ff.

²⁰ H. Krohn, Die Nachhaltigkeit der konkursmäßigen Feststellung, 1933.

²¹ D. Klippel/M. Otto, in: Kahl (o. Fn. 1), S. 39 (45).

²² U. Grober, Modewort mit tiefen Wurzeln – kleine Begriffsgeschichte von „sustainability“ und „Nachhaltigkeit“, Jahrbuch Ökologie 2003, S. 167.