

Methodik – Ordnung – Umwelt

Festschrift für Hans-Joachim Koch
aus Anlass seines siebenzigsten Geburtstags

Herausgegeben von

Wolfgang Ewer
Ulrich Ramsauer
Moritz Reese
Rüdiger Rubel



Duncker & Humblot · Berlin

Methodik – Ordnung – Umwelt

Festschrift für Hans-Joachim Koch
aus Anlass seines siebenzigsten Geburtstags

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1279



A handwritten signature in black ink, consisting of stylized, cursive letters. The signature is positioned below the portrait and is written on a white background.

Methodik – Ordnung – Umwelt

Festschrift für Hans-Joachim Koch
aus Anlass seines siebenzigsten Geburtstags

Herausgegeben von

Wolfgang Ewer
Ulrich Ramsauer
Moritz Reese
Rüdiger Rubel



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 vorbehalten

© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: AZ Druck und Datentechnik, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 978-3-428-14039-8 (Print)

ISBN 978-3-428-54039-6 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84039-7 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Vorwort

Am 11. Oktober 2014 feiert Hans-Joachim Koch seinen 70. Geburtstag. Zu diesem Anlass widmen ihm Freunde, Kollegen, Wegbegleiter und Schüler diese Festschrift. Die insgesamt 40 Beiträge spiegeln die vielfältigen Aspekte seines wissenschaftlichen Schaffens als Hochschullehrer an den Universitäten Frankfurt und Hamburg über fast 40 Jahre sowie seiner langjährigen Tätigkeit als Richter am Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht und als Vorsitzender des Sachverständigenrates für Umweltfragen sowie der Gesellschaft für Umweltrecht wider.

Hans-Joachim Koch begann seine juristische Laufbahn an der Universität Frankfurt/M. nach dem ersten juristischen Staatsexamen als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Erhard Denninger. Nach seiner Promotion 1971 arbeitete er dort 6 Jahre lang als Dozent für öffentliches Recht und Rechtsphilosophie. In dieser Zeit lag der Schwerpunkt seiner Arbeit in den damals rechtspolitisch äußerst brisanten Bereichen der Rechtstheorie und der Methodenlehre. Hier entwickelte er nicht nur die Theorie der Tatbestandsergänzung in seiner Habilitationsarbeit über Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, er legte auch zusammen mit Helmut Rießmann die Grundlagen für sein 1982 erschienenes und auch heute noch wichtiges Werk zur Juristischen Begründungslehre. In diesem leider nicht weitergeführten Werk verteidigte er einerseits das deduktive Begründungsmodell als maßgebliche Methode juristischer Argumentation gegen Tendenzen zur Lockerung der Gesetzesbindung, setzte sich andererseits aber auch kritisch mit den überkommenen Methoden juristischer Interpretation auseinander.

Nach seiner Habilitation 1978 erhielt er einen Ruf an die Universität Hamburg, und zwar an den seinerzeit neu eingerichteten Reformfachbereich für das Hamburger Modell einer einstufigen Juristenausbildung. Mit seiner Frau Edith und seinen beiden Töchtern Katja und Silke bezog er ein Einfamilienhaus in Niendorf, in dem später viele Treffen mit Kollegen und Studierenden stattfanden. In der Einstufenausbildung konnte er nicht nur seine große didaktische und rhetorische Begabung einsetzen, auch sein Methodenverständnis und sein kämpferisches Naturell waren gefordert, um sozialwissenschaftliche Erkenntnisse ohne Abstriche am verfassungsrechtlichen Postulat der Gesetzesbindung angemessen zu verarbeiten. Seine scharfe Zunge war von vielen gefürchtet. Zweimal war er Dekan des Fachbereichs; das zweite Mal in der wichtigen Phase der Zusammenlegung der beiden juristischen Fachbereiche der Universität zur heutigen Fakultät für Rechtswissenschaft.

Im Jahr 1981 wurde Hans-Joachim Koch neben seiner Tätigkeit als Professor an der Universität Richter am Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht in dem für das öffentliche Baurecht zuständigen zweiten Senat. Zwar hatte er als Richter im Neben-

amt ein vergleichsweise kleines Dezernat; die richterliche Tätigkeit, die bis zum Jahre 1997 andauerte, hat ihn aber gleichwohl erheblich geprägt. Sie hat nicht nur sein Interesse am Baurecht wesentlich gefördert, sondern auch seinen Sinn für die Erfordernisse der Praxis und sein Interesse an praktischen Lösungen. Hier konnte er Wissenschaft und Praxis zum Wohl beider Seiten verbinden. Das durch die praktische Arbeit wesentlich mitbestimmte, zusammen mit Reinhard Hendler inzwischen in fünfter Auflage vorgelegte Lehrbuch zum Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht ist zu einem der Standard-Lehrbücher im Baurecht geworden.

Im Jahr 1988 gründete Hans-Joachim Koch zusammen mit Edmund Brandt, Wolfgang Hoffmann-Riem und Ulrich Ramsauer die Forschungsstelle Umweltrecht und wurde deren geschäftsführender Direktor. Dieses Ereignis markiert eine Art Wendepunkt in seinem wissenschaftlichen Schaffen. Obwohl ihn das Interesse an Rechtslehre und Methodenlehre nie losgelassen hat, wandte er sich fortan in erster Linie dem seinerzeit rechtspolitisch stark umkämpften Umweltrecht zu. Seinem großen Engagement ist es zu verdanken, dass die Forschungsstelle Umweltrecht in wenigen Jahrzehnten zu einer der wichtigsten Einrichtungen in Deutschland auf diesem Gebiet geworden ist. Die Wahlschwerpunktausbildung im Umwelt- und Planungsrecht haben unzählige Studierende erfolgreich durchlaufen; bei vielen Juristinnen und Juristen, die heute in den unterschiedlichsten Funktionen in den Bereichen des Umweltrechts tätig sind, hat Hans-Joachim Koch das Interesse und teilweise auch die Leidenschaft dafür geweckt. Hiervon zeugt nicht zuletzt das von Hans-Joachim Koch herausgegebene Lehr- und Praxisbuch zum Umweltrecht, an dem mehrere Absolventen der Ausbildung mitwirken und das inzwischen in der vierten Auflage vorliegt. Eine große Zahl umweltrechtlicher Dissertationen ist von den Direktoren der Forschungsstelle betreut worden; die grüne Schriftenreihe umfasst inzwischen mehr als 60 Titel. Ausgestattet mit einem überaus schmalen Budget konnten gleichwohl Jahr für Jahr regelmäßig mindestens ein großes Symposium und mehrere kleinere Kolloquien zu nahezu allen brisanten Themen des Umweltrechts veranstaltet werden. Inzwischen ist die Leitung der Forschungsstelle auf Ivo Appel, seinen Nachfolger im Lehrstuhl, übergegangen.

Seine erfolgreiche Arbeit in der Forschungsstelle und die große Reputation, die sich Hans-Joachim Koch dabei erworben hatte, machten ihn zu einem idealen Kandidaten für die Leitung des Sachverständigenrates für Umweltfragen der Bundesregierung. Als Gertrude Lübke-Wolff 2002 zur Richterin des Bundesverfassungsgerichts gewählt worden war, übernahm er das Amt des Vorsitzenden. Bis zu seinem Ausscheiden aus dem Amt im Jahre 2008 hat er in dieser Funktion wichtige Impulse gegeben und grundlegende Arbeiten zu brisanten Fragen des Umweltrechts gefördert. Seit 2005 ist Hans-Joachim Koch zugleich Vorsitzender der Gesellschaft für Umweltrecht. Dieses Amt hat er bis heute inne.

Die Herausgeber dieser Festschrift haben mit Hans-Joachim Koch in den unterschiedlichsten Funktionen zusammengearbeitet und freuen sich, dass sich so viele Freunde, Kollegen, Weggefährten und Schüler zusammengefunden haben, um ihn

mit Beiträgen aus ihrem eigenen Schaffen zu würdigen. Mit seinen Ideen und seinem unermüdlichen Einsatz in Forschung, Lehre und Praxis hat er nicht nur Methodenlehre und Umweltrecht bereichert und über Jahrzehnte mitgeprägt, sondern das gesamte öffentliche Recht.

Wir danken den Autoren herzlich für ihre bereichernden Beiträge und für die angenehme, zuverlässige Kooperation. Unser Dank gilt auch: dem Verlag Duncker & Humblot für die Aufnahme der Festschrift in die „Schriften zum Öffentlichen Recht“, Frau Heike Frank für die souveräne und überaus kooperative verlagsseitige Betreuung und Frau Ass. iur. Laura von Vittorelli für ihre hilfreiche Mitarbeit bei der redaktionellen Bearbeitung des Werkes. Besonders zu danken ist schließlich der Gesellschaft für Umweltrecht, die dieses Werk großzügig gefördert hat.

Im Juni 2014

*Wolfgang Ewer
Ulrich Ramsauer
Moritz Reese
Rüdiger Rubel*

Inhaltsverzeichnis

Rechtstheorie und Methoden

<i>Robert Alexy</i>	
Ein nichtpositivistischer Begriff der Grundrechte	15
<i>Hans Peter Bull</i>	
Tatsachenfeststellungen und Prognosen im verfassungsgerichtlichen Verfahren	29
<i>Wolfgang Hoffmann-Riem</i>	
Maßstabsergänzungen bei der Rechtsanwendung – eine Herausforderung für eine juristische Entscheidungslehre	57
<i>Helmut Rießmann</i>	
Contra-legem-Entscheidungen in der Zivilgerichtsbarkeit	79
<i>Rolf Stober</i>	
Compliance – eine alternative Methode des Rechts?	91
<i>Thomas Darnstädt</i>	
Dispositionelle Gefahren und Gefahrenverdacht. Der Versuch, eine schwierige Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts mit den Methoden Hans-Joachim Kochs zu lösen	105

Staat, Verwaltung, Europa

<i>Thomas Mayen</i>	
Das Regulierungsermessen in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	131
<i>Ulrich Ramsauer</i>	
Wohin treibt das subjektive öffentliche Recht?	145
<i>Ulrich Storost</i>	
Zur Ableitbarkeit von Individualrechten aus EU-Richtlinien zum Umweltschutz	167
<i>Moritz Reese</i>	
Zu Deutung und Dogmatik des europäischen Subsidiaritätsprinzips	181

Ekkehard Hofmann

- Das Verwaltungsverfahren unter dem Einfluss des Europarechts: Ist ganz Gallien von den Römern besetzt? 211

Martin Führ

- Vom Wesen Europäischer Agenturen 229

Verwaltungsverfahren und Rechtsschutz

Rudolf Steinberg

- Die Bürgerbeteiligung bei Infrastrukturvorhaben. Entwicklungen – Funktionen – Grenzen 253

Reinhard Hendl

- Frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung an der Standortplanung und Zulassung von Großprojekten 269

Georg Hermes

- Planfeststellung und die „Kosten“ von Großprojekten – Warum die Lehren aus Stuttgart 21 noch zu ziehen sind 283

Sebastian Heselhaus

- Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung und Energiewende 297

Umweltrecht

Michael Kloepfer

- Zur Geschichte des Umweltrechts 317

Alexander Schink

- Entwicklungen der UVP 329

Martin Gellermann

- Verbandsklagen im Umweltrecht 351

Klaus Hansmann

- 40 Jahre Bundes-Immissionsschutzgesetz 371

Hans D. Jarass

- Der Geltungsbereich des Bundes-Immissionsschutzgesetzes 387

Eckard Rehlinger

- Der Emissionshandel zwischen Marktvertrauen und staatlicher Verantwortung 401

Sabine Schlacke

Klimaschutzgesetze der Länder – symbolische Rechtsetzung oder Rechtsmodell? 417

Ivo Appel

Sicherung von Umweltqualität durch Recht. Überlegungen am Beispiel der Luftqualitätsplanung 447

Helmuth Schulze-Fielitz

Neue Impulse zum Verkehrslärmschutz an Straßen und Schienenwegen 463

Jan Ziekow

Fluglärm in der Nacht – von den Tücken der Behebung von Fehlern von Planfeststellungsbeschlüssen 481

Eckhard Pache

Fluglärmschutz durch Verfahrensbeteiligung des UBA? – Zu Aufgaben und Möglichkeiten des UBA bei der Festlegung von Flugrouten 495

Doris König

Die Reduktion von Abgasen und Treibhausgasemissionen in der Seeschifffahrt 513

Manfred Rebentisch

Schutz und Vorsorge gegenüber elektromagnetischen Feldern bei Niederfrequenzanlagen nach der neuen 26. BImSchV. Eine kritische Analyse 529

Alexander Roßnagel

Die rechtliche Bewertung unkonventioneller Erdgasgewinnung durch Fracking in Deutschland – rechtliche Beiträge zur Konfliktbewältigung 543

Monika Böhm

Lizenz zum Fracken? Bergrechtliche Voraussetzungen für die Erschließung unkonventioneller Erdgasvorkommen 565

Astrid Epiney

Zur Reichweite der Ausnahme des Art. 4 Abs. 7 WRRL. Gleichzeitig Besprechung von EuGH, Rs. C-43/10 – *Nomarchiaki* 585

Silke Ruth Laskowski

Öffentliche Abwasserentsorgung und Herausforderungen des Umweltwandels – Spielräume für innovative Konzepte im WHG und sächsischen Landesrecht ... 597

Christian Hey

Das 7. Umweltaktionsprogramm – ein Interimsprogramm 617

Michaela Ecker und Franz Ecker

Genügsam leben: Überlegungen zur Suffizienz im rechtlichen Kontext 637

Gerhard Feldhaus

- Ein Randproblem der Energiewende – Wieviel Lärm durch Windkraftanlagen darf der Bevölkerung nach der Rechtsprechung zugemutet werden? 651

Baurecht*Klaus-Peter Dolde*

- Die Bedeutung der TA Lärm für die Bauleitplanung 663

Rüdiger Rubel

- Zur Abgrenzung von städtebaulicher Rechtfertigung und Abwägung im Bauplanungsrecht 681

Wolfgang Ewer

- Vermeidbare Fallstricke im Recht der städtebaulichen Verträge 697

Jörg Berkemann

- Sagt uns das noch etwas: Nemo auditur propriam turpitudinem allegans oder doch nur noch Varianten eines tu quoque im Öffentlichen Baurecht? 715

- Schriftenverzeichnis 741

- Autorinnen und Autoren 749

Rechtstheorie und Methoden

Ein nichtpositivistischer Begriff der Grundrechte

Von Robert Alexy

I. Untermoralisierung und Übermoralisierung

Einer der zahlreichen Einwände, die gegen die Prinzipientheorie erhoben worden sind, lautet, dass die Prinzipientheorie das Verhältnis von Grundrechten und Moral oder von juristischer und moralischer Argumentation falsch bestimmt. Dieser Einwand der falschen Verhältnisbestimmung taucht in zwei extrem unterschiedlichen Varianten auf. Die erste Variante macht geltend, dass die Prinzipientheorie zu wenig Moral enthält, die zweite, dass sie zu viel Moral einschließt. Die erste Variante kann man als „Einwand der Untermoralisierung“, die zweite als „Einwand der Übermoralisierung“ bezeichnen.

Ein Vertreter des Einwandes der Untermoralisierung ist Kai Möller.¹ Möller argumentiert „that, rather than balancing the two competing principles, we must make a moral argument as to which one takes priority“.² Diese Notwendigkeit der moralischen Argumentation soll „a blow to Alexy’s approach“ sein, „which focuses on balancing straightaway“.³ In seinem Buch „The Global Model of Constitutional Rights“ kennzeichnet er seine Theorie als einen „*substantive moral approach*“, der als solcher „can be contrasted with a formal theory such as Robert Alexy’s [...] theory of rights as principles or optimization requirements“.⁴ Kurzum, die Prinzipientheorie soll bloß formal sein, weil sie keinen substantiellen moralischen Gehalt hat. Der Einwand der Übermoralisierung behauptet das genaue Gegenteil. Eine Vertreterin dieses Einwandes ist Birgit Reese. In ihrem 2013 erschienenen Buch „Die Verfassung des Grundgesetzes“ stellt sie treffend fest, „dass die Prinzipientheorie eingebettet ist in eine prozedurale Moralphilosophie und einen nichtpositivistischen Rechtsbegriff, dass sie also hinausläuft auf eine Verbindung zwischen Recht und Moral“.⁵ Dies

¹ Vgl. ferner *Tsakyraakis*, Proportionality: An assault on human rights?, *International Journal of Constitutional Law*, 2009, 468, 474: „totally extraneous to any moral reasoning“.

² *Möller*, Balancing and the structure of constitutional rights, *International Journal of Constitutional Law*, 2007, 453, 460.

³ Ebenda.

⁴ *Möller*, *The Global Model of Constitutional Rights*, 2012, S. 1 f.

⁵ *Reese*, *Die Verfassung des Grundgesetzes*, 2013, S. 115.

aber führe zu unerträglichen Gefährdungen der „Normativität der Verfassung“,⁶ der „Rationalität von Entscheidungen“⁷ und der Demokratie.⁸

Oft ist es so, dass von zwei entgegengesetzten Thesen eine richtig und eine falsch ist. Hier aber hat es darum zu gehen, ob sowohl die These der Untermoralisierung als auch die der Übermoralisierung falsch ist. Dies ist der Fall, wenn es der Prinzipientheorie gelingt, Grundrechte und Moral in ein richtiges Verhältnis zu setzen. Diese These, die als „These der adäquaten Moralisation“ bezeichnet werden kann und eine nichtpositivistische Konzeption der Grundrechte zum Ausdruck bringt, soll hier vertreten werden. Auf dem Weg zu ihrer Begründung sollen zunächst einige Grundelemente der Prinzipientheorie vorgestellt werden. In einem zweiten Schritt wird die Natur der Grundrechte in den Blick genommen. Dem folgt als dritter und letzter Schritt eine Analyse der grundrechtlichen Argumentation.

II. Grundelemente der Prinzipientheorie

1. Regeln und Prinzipien

Die Basis der Prinzipientheorie ist die normtheoretische Unterscheidung von Regeln und Prinzipien.⁹ Regeln sind Normen, die definitiv etwas verlangen. Sie sind *definitive Gebote*. Die Form ihrer Anwendung ist die Subsumtion. Prinzipien sind demgegenüber *Optimierungsgebote*. Als solche verlangen sie, „dass etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird“.¹⁰ Die rechtlichen Möglichkeiten werden, sieht man von Regeln ab, wesentlich durch gegenläufige Prinzipien bestimmt. Aus diesem Grund enthalten Prinzipien, jeweils für sich genommen, stets nur ein Prima-facie-Gebot. Die Bestimmung des gebotenen Maßes der Erfüllung des einen Prinzips relativ auf die Anforderungen anderer Prinzipien erfordert eine Abwägung. Die Abwägung ist deshalb die spezifische Anwendungsform von Prinzipien.

2. Verhältnismäßigkeit

Der Charakter der Prinzipien als Optimierungsgebote führt unmittelbar zu einer notwendigen Verbindung von Prinzip und Verhältnismäßigkeit. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der in den letzten Jahrzehnten immer mehr internationale Anerkennung in der Praxis und der Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit gefunden

⁶ Ebenda, S. 15.

⁷ Ebenda, S. 138.

⁸ Ebenda, 250.

⁹ Alexy, Theorie der Grundrechte, 6. Aufl., 2011, S. 75 ff.

¹⁰ Ebenda, S. 75.

hat,¹¹ besteht aus drei Untergrundsätzen: den Grundsätzen der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Alle drei Untergrundsätze sind Ausdruck der Idee der Optimierung. Der Prinzipiencharakter impliziert deshalb den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dieser jenen.

a) Geeignetheit

Die Grundsätze der Geeignetheit und der Erforderlichkeit beziehen sich auf die Optimierung relativ auf die faktischen oder tatsächlichen Möglichkeiten. Wenn ein Mittel M , das eingesetzt wird, um das Prinzip P_1 zu fördern, hierfür ungeeignet ist, aber die Realisierung des Prinzips P_2 einschränkt, dann besteht die faktische oder tatsächliche Möglichkeit, auf M zu verzichten, ohne dass Kosten für P_1 oder P_2 entstehen. Die Optimierung von P_1 und P_2 *zusammengenommen* verbietet deshalb den Einsatz von M .

b) Erforderlichkeit

Ähnlich, wenn auch komplizierter, liegen die Dinge beim Grundsatz der Erforderlichkeit. Wenn es neben dem Mittel M_1 noch ein Mittel M_2 gibt, das P_1 in etwa gleich gut fördert, in P_2 aber weniger intensiv eingreift, dann verbietet die Optimierung von P_1 und P_2 *zusammengenommen* den Einsatz des intensiver in P_2 eingreifenden, für P_1 aber nicht erforderlichen Mittels M_1 . Sowohl bei der Geeignetheit als auch bei der Erforderlichkeit geht es darum, dass eine Position verbessert werden kann, ohne dass dadurch Nachteile für eine andere entstehen, sich also Kosten vermeiden lassen, ohne dass an anderer Stelle neue entstehen. Beide Grundsätze sind deshalb Ausdruck der Idee der Pareto-Optimalität.

c) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Bei der Optimierung relativ auf die tatsächlichen Möglichkeiten geht es um vermeidbare Kosten. Kosten sind jedoch unvermeidbar, wenn Prinzipien kollidieren. Dann wird eine Abwägung notwendig. Die Abwägung ist der Gegenstand des dritten Untergrundsatzes des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Dieser Grundsatz bringt zum Ausdruck, was Optimierung relativ auf die rechtlichen Möglichkeiten bedeutet. Er ist mit einer Regel identisch, die als „Abwägungsgesetz“ bezeichnet werden kann.¹² Sie lautet:

Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, desto größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein.

¹¹ Vgl. etwa *Beatty*, *The Ultimate Rule of Law*, 2004; *Stone Sweet/Mathews*, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, 72 ff.; *Barak*, *Proportionality*, 2012.

¹² *Alexy*, *Grundrechte* (Fn. 9), S. 146.