



**BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER**

## **Stellungnahme Nr. 42 Dezember 2017**

**Zu den Verfassungsbeschwerden  
der H. W. GbR - 1 BvR 2523/13 und der e. e. GmbH - 1 BvR 595/14  
gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.06.2013  
– BVerwG 4 C 1.12**

### **Mitglieder des Verfassungsrechtsausschusses**

RA Prof. Dr. Christian Kirchberg, Vorsitzender  
RA Dr. Christian-Dietrich Bracher  
RAuN Prof. Dr. Wolfgang Kuhla (Berichterstatter)  
RA Prof. Dr. Christofer Lenz  
RA Dr. Michael Moeskes  
RA Prof. Dr. Michael Quaas  
RA Dr. iur. h.c. Gerhard Strate  
RA Prof. Dr. Michael Uechtritz

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

#### **Bundesrechtsanwaltskammer**

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

#### **Büro Berlin – Hans Litten Haus**

Littenstraße 9      Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
10179 Berlin      Fax +49.30.28 49 39 -11  
Deutschland      Mail zentrale@brak.de

#### **Büro Brüssel**

Avenue des Nerviens 85/9      Tel. +32.2.743 86 46  
1040 Brüssel      Fax +32.2.743 86 56  
Belgien      Mail brak.bxl@brak.eu

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.500 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die Bundesrechtsanwaltskammer hat keine einheitliche Meinung zu den Verfassungsbeschwerden. Eine knappe Mehrheit hält sie für begründet (unter B. ab S. 4), eine Minderheit für unbegründet (unter C. ab S. 13).

## **A. Sachverhalt**

### **I. Ausgangsverfahren**

Die Beschwerdeführer wollen Windenergie-Anlagen betreiben. Sie haben immissionsschutzrechtliche Genehmigungen für die Errichtung solcher Anlagen beantragt, die jeweils aus naturschutzrechtlichen Gründen versagt worden sind. Die Beschwerdeführer haben ihre Genehmigungsbegehren in verwaltungsgerichtlichen Verfahren weiter verfolgt. Die Klagen hatten auch letztinstanzlich vor zwei unterschiedlichen Senaten des Bundesverwaltungsgerichts keinen Erfolg. Das Bundesverwaltungsgericht hat die obergerichtlichen Entscheidungen bestätigt, die den Genehmigungsbehörden einen „naturschutzfachlichen Beurteilungsspielraum“ einräumten. Diese spezielle behördliche Einschätzungsprärogative beziehe sich auf die Erfassung des Bestandes der geschützten Arten und auf die Bewertung der Gefahren, denen die Exemplare der geschützten Arten bei Realisierung des zur Genehmigung gestellten Vorhabens ausgesetzt sein würden. Die gerichtliche Kontrolle sei insoweit eingeschränkt. Die mit dieser Maßgabe geprüften Versagensbescheide hat das Bundesverwaltungsgericht als rechtmäßig angesehen.

### **II. Verfassungsbeschwerden**

#### 1. Verfahren Harzer Windmüller GbR -1 BvR 2523/13

Die Beschwerdeführerin sieht sich durch die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in ihrem Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 12 GG verletzt.

Sie meint, eine Auslegung des Normenprogramms von § 6 Abs. 1 BImSchG i.V.m. mit § 44 Abs. 1 BNatSchG führe zu der Erkenntnis, dass der Gesetzgeber die gerichtliche Überprüfbarkeit von Verwaltungsentscheidungen nicht beschränken wollte. § 6 Abs. 1 BImSchG begründe einen Genehmigungsanspruch, wenn die Voraussetzungen des gesetzlichen Tatbestands erfüllt seien. Zu diesen Genehmigungsvoraussetzungen gehöre zwar die Einhaltung des artenschutzrechtlichen Verbots gem. § 44 Abs. 1 BNatSchG. Diese Norm verbiete das Töten wild lebender Tiere besonders geschützter Arten. Nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte erfasse die Verbotsnorm allerdings auch Vorhaben, die das Risiko signifikant erhöhen, dass geschützte Tiere durch ihre Realisierung oder ihren Betrieb zu Tode kommen. Die Beschwerdeführerin greift diese Rechtsprechung unter zwei Aspekten an: Zum einen erfasse die Verbotsnorm nach ihrem Wortlaut („töten“) nicht die bloße Begründung eines *Tötungsrisikos*. Zum

anderen sei die einschränkend verstandene Formulierung, nach der nur eine *signifikante* Erhöhung des Tötungsrisikos den Tatbestand erfülle, bei genauerer Betrachtung ungeeignet: aus statistischer Sicht bedeute „signifikant“ lediglich die Nachweisbarkeit eines Unterschieds, das könne aber nicht ausreichend sein, um den Tatbestand der Verbotsnorm zu erfüllen.

§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG greife in die grundrechtlich gem. Art. 12 GG geschützte unternehmerische Betätigungsfreiheit ein. Ein solcher Eingriff sei nur gerechtfertigt, wenn die Verwirklichung des Tatbestands des § 44 Abs. 1 BNatSchG sicher ist.

Unabhängig davon seien die fraglichen naturschutzfachlichen Feststellungen in vollem Umfang gerichtlich überprüfbar. Das gelte sowohl für die Feststellungen, die den Bestand der geschützten Population betreffen als auch für das Risiko, dass geschützte Vögel durch Kollisionen mit der Windenergieanlage zu Tode kommen.

## 2. eno energy GmbH - 1 BvR 594/14

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 12 GG.

Behördliche Beurteilungsspielräume, welche die nachfolgende gerichtliche Kontrolle einschränken, müssten sich ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben oder durch Auslegung hinreichend deutlich ermitteln lassen. Die Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts sei insofern widersprüchlich. Es betone einerseits, die Einschätzungsprärogative ergebe sich nicht unmittelbar aus § 44 Abs.1 BNatSchG, sondern folge aus § 44 Abs. 1 BNatSchG in Verbindung mit den Zulassungsregelungen des Planfeststellungs- und Genehmigungsrechts.

Andererseits habe das Gericht es aber versäumt, mit Hilfe der klassischen Auslegungsregeln zu begründen, warum es meint, aus § 6 BImSchG diesen Beurteilungsspielraum der Genehmigungsbehörde ableiten zu können. Insoweit stehe das Urteil des 7. Senats des Bundesverwaltungsgerichts auch im Widerspruch zu dem des 4. Senats (das Gegenstand der anderen Verfassungsbeschwerde ist), wenn dort betont werde, die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative folge nicht aus einer bestimmten Verfahrensart oder Entscheidungsform.

Die auf „naturschutzexterne Vorschriften gestützte Auslegung des § 44 BNatSchG“ verstoße so auch gegen den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung und gegen den rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz. Diese Auslegung werde zudem durch das Unionsrecht nicht gestützt, im Gegenteil: Art. 12 Abs. 1 FFH-Richtlinie, so wie die Norm vom EuGH und der Kommission verstanden werde, lege nahe, dass § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG die unbeabsichtigte Tötung von Tieren der geschützten Art (im Straßenverkehr, aber auch durch Windenergieanlagen) nicht erfasse.

Der zur Bewertung des Risikos herangezogene Maßstab des „signifikant erhöhten Tötungsrisikos“ sei völlig ungeeignet, weil die fragliche Erhöhung nicht an Hand eines konkreten Bezugswerts festgestellt und bewertet werde. Ein solcher Scheinmaßstab sei willkürlich und verstoße gegen Denkgesetze.

Unabhängig davon folge aus den zentralen Tatbestandsmerkmalen des „Verletzens“ oder „Tötens“ keine Einschätzungsprärogative – diese Normen seien insoweit eindeutig und einer Auslegung nicht zugänglich. Für eine Einschätzungsprärogative gäbe es aber auch keinen sachlichen Grund. Dieser fehle konkret im Hinblick auf den Rotmilan, dessen Schutz die

Versagung rechtfertigten könne. Diese Vögel seien leicht zu identifizieren, die Erfassung des Bestandes begegne keinen besonderen Problemen. Dasselbe gelte für die Abschätzung des Risikos der unbeabsichtigten Tötung von Tieren der geschützten Arten – jedenfalls soweit es um den Rotmilan gehe.

## B.

### Zu den Verfassungsbeschwerden

#### I.

##### Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde in dem Verfahren 1 BvR 2523/13 richtet sich ausschließlich gegen das Revisionsurteil des Bundesverwaltungsgerichts. Nach der Rechtsprechung des Gerichts steht es der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht entgegen, wenn der Beschwerdeführer sich darauf beschränkt, allein die letztinstanzliche Entscheidung anzugreifen, nicht aber die vorangegangenen in derselben Sache ergangenen Entscheidungen.<sup>1</sup>

Die Verfassungsbeschwerden sind auch im Übrigen zulässig. Die Möglichkeiten von Verletzungen der Grundrechte aus Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 12 GG werden substantiiert dargelegt (§§ 92, 23 Abs. 1 BVerfGG).

#### II.

##### Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerden sind auch begründet.

Die den Behörden nach den Erkenntnissen des Bundesverwaltungsgerichts durch das einfache Recht eröffnete naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative ist so mit dem grundrechtlichen Gebot des effektiven Rechtsschutzes gem. Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar. Die angefochtenen Entscheidungen verletzen die Beschwerdeführer daher in ihren Grundrechten aus Art. 19 Abs. 4 GG und aus Art. 12 GG.

#### 1. Reichweite des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots gem. § 44 BNatSchG

Die Frage, ob der Behörde durch das Gesetz eine Einschätzungsprärogative eröffnet ist, stellt sich zunächst auf der Ebene des einfachen Fachrechts. Eine solche Prärogative bezieht sich auf den *Tatbestand* einer Rechtsnorm. In einem ersten Schritt ist daher dieser Tatbestand als solcher auszulegen – unabhängig davon, wie (und durch wen) im konkreten Fall das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale festzustellen ist. Die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den konkreten Fall ist zwar grundsätzlich Sache der dafür zuständigen Fachgerichte, sie ist daher der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht entzogen.<sup>2</sup> Die Fachgerichte haben jedoch Bedeutung und Tragweite der von ihren Entscheidungen berührten

---

<sup>1</sup> Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 4, 52, 56; s. a. Ulrich Stelkens, DVBl. 2004, 403, 404.

<sup>2</sup> Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 18, 85, 92 f.; s. a. jüngst BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats, Beschluss vom 9. November 2016 – 2 BvR 545/16 – juris Rn. 32.

Grundrechte interpretationsleitend zu berücksichtigen, damit deren wertsetzende Bedeutung auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt.<sup>3</sup>

a) Auslegung des einfachen Rechts

Die Versagung der Genehmigungen, welche die Beschwerdeführer beehrten, wurde auf § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG gestützt. Danach ist eine Genehmigung u. a. nur dann zu erteilen, wenn sichergestellt ist, dass andere öffentlich-rechtliche Vorschriften der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen. Zu den danach maßgeblichen Normen gehört das artenschutzrechtliche Tötungs- und Störungsverbot gem. § 44 Abs.1 Nr. 1 BNatSchG.<sup>4</sup>

aa) Verbot zu töten – Auslegung nach dem Wortlaut

§ 44 Abs. 1 BNatSchG verbietet, Tiere zu *töten*. Im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm werden nach heutigem naturschutzrechtlichen Verständnis alle Handlungen erfasst, die zum Tode eines geschützten Tieres führen – unabhängig davon, ob die Handlung auf diesen Erfolg abzielte oder er billigend in Kauf genommen wurde.<sup>5</sup> Das Tatbestandsmerkmal „töten“ erfasst also sämtliche Handlungen, die eine adäquat kausale Ursache dafür setzen, dass das Tier zu Tode kommt.

„Auf die Erfüllung subjektiver Tatbestandsmerkmale wie ‚absichtlich‘, ‚vorsätzlich‘ oder ‚fahrlässig‘ kommt es im Rahmen der Verbote nach Absatz 1 nicht an. Ist ein Verbotstatbestand objektiv erfüllt, kann die zuständige Behörde bereits ordnungsrechtlich tätig werden, indem sie etwa eine Unterlassungsverfügung erlässt. Die subjektive Seite ist im Rahmen der Verfolgung tatbestandsmäßiger Handlungen als Ordnungswidrigkeit oder Straftat zu prüfen.“<sup>6</sup>

Diese weite Fassung des Tatbestands geht über das hinaus, was unionsrechtlich gefordert ist.<sup>7</sup>

bb) Verbot zu töten – historische Auslegung

Die Regelung des § 44 Abs.1 Nr. 1 BNatSchG ist auch im Rahmen von öffentlich-rechtlichen Genehmigungsentscheidungen zu beachten, wenn der Erlaubnistatbestand die Zulassung eines Vorhabens davon abhängig macht, dass andere öffentlich-rechtliche Vorschriften dem Vorhaben nicht entgegenstehen. Wenn die Handlung in der Errichtung und den Betrieb in der Anlage besteht, dann ist also regelmäßig ein sehr langer Zeitraum zu betrachten. Dieser Zeitraum wird nicht durch ein auf den konkreten Tötungserfolg bezogenes subjektives Element (Absicht, Vorsatz, In-Kauf-nehmen) potentiell begrenzt.

---

<sup>3</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198, 205 ff.; BVerfGE 115, 320, 367; s. a. jüngst BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats, Beschluss vom 9. November 2016 – 2 BvR 545/16 – juris Rn. 32.

<sup>4</sup> Allgemeine Ansicht, vgl. nur Enders in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.) BeckOK Umweltrecht, 43. Edition, Stand: 01.05.2017 § 6 BImSchG Rn. 25a.

<sup>5</sup> Gläß in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.) BeckOK Umweltrecht, 43. Edition, Stand: 01.05.2017 § 44 BNatSchG Rn. 11; zur unionsrechtlich geprägten Rechtsentwicklung s. dort Rn. 7 bis 10.

<sup>6</sup> Begründung des Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes (April 2007), BT-Drs. 16/5100, S. 11.

<sup>7</sup> Gellermann in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, 82. EL Januar 2017, § 44 BNatSchG, Rn. 6 a.E.

Die fachgerichtliche Rechtsprechung geht davon aus, dass bei einem Näheverhältnis der Habitate von geschützten Tieren und der zur Genehmigung stehenden Anlage eine Tötung der Tiere „bei lebensnaher Betrachtung nie völlig auszuschließen ist“<sup>8</sup>.

Diese Erkenntnis führt zu einem Dilemma: Da im Hinblick auf die Länge des Betrachtungszeitraums davon auszugehen ist, dass es zu einem Töten kommen wird, wäre der naturschutzrechtliche Tatbestand des § 44 Abs. 1 BNatSchG regelmäßig erfüllt. Er wäre insbesondere auch in Fällen gegeben, die wir als „sozial adäquat“ ansehen. So hat noch niemand daran gedacht, den Kfz-Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland zu unterbinden, obwohl durch die Eröffnung dieses Verkehrs jährlich mehrere 1000 Menschen zu Tode kommen.

Der Gesetzgeber hat erkannt, dass der Tatbestand eines rein objektiv verstandenen Tötungsverbots auch Sachverhalte erfasst, die aus Gründen des Naturschutzes keiner Regelung bedürfen:

„Die Verwirklichung sozialadäquater Risiken, wie etwa unabwendbare Tierkollisionen im Verkehr, erfüllt nicht die Tatbestände des Absatzes 1. Derartige Umstände sind bei der Zulassung entsprechender Vorhaben ggf. im Rahmen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung mit der gebotenen Sorgfalt zu berücksichtigen.“<sup>9</sup>

Der Gesetzgeber hat es damit der Verwaltung und den Gerichten überlassen, die Bestimmung sinnvoll einschränkend zu verstehen und anzuwenden.

#### cc) Verbot zu töten – Entwicklung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung

Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot besteht in dieser Form seit 2002, § 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG<sup>10</sup> (BNatSchG 2002). Der Tatbestand der Norm entsprach hinsichtlich des Tötungsverbots dem des § 44 BNatSchG.<sup>11</sup>

§ 43 Abs. 4 BNatSchG 2002 regelte allerdings bis 2007, dass die Verbote des § 42 Abs. 1 BNatSchG 2002 u.a. bei der Ausführung eines nach § 19 BNatSchG 2002 zugelassenen Eingriffs nicht gelten, wenn die besonders geschützten Arten *nicht absichtlich beeinträchtigt* werden. Das Bundesverwaltungsgericht entschied auf dieser Grundlage, dass die auf den Schutz einzelner Individuen bezogenen Zugriffsverbote lediglich bei *absichtlichem Handeln* gelten:

„Dabei ist vom Zweck des § 20f BNatSchG auszugehen, besonders geschützte Tier- und Pflanzenarten unter einen besonderen Schutz zu stellen. Mit diesem Zweck unvereinbar sind gezielte Beeinträchtigungen von Tieren und Pflanzen. Nicht absichtlich sind dagegen

---

<sup>8</sup> So OVG Magdeburg, Urteil vom 26. Oktober 2011 – 6 L 09 – UA S. 21, Vorinstanz zu BVerwG, Urteil vom 21. November 2013 – 7 C 40/11 – juris.

<sup>9</sup> Begründung des Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes (April 2007), BT-Drs. 16/5100, S. 11.

<sup>10</sup> Gesetz vom 25. März 2002 in der Fassung von Art. 1 des BNatSchGNeuregG vom 25.3.2002, BGBl. I S. 1193.

<sup>11</sup> „(1) Es ist verboten, 1. wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen, zu töten oder ihre Entwicklungsformen, Nist-, Brut-, Wohn- oder Zufluchtsstätten der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören,....“.

Beeinträchtigungen, die sich als unausweichliche Konsequenz rechtmäßigen Handelns ergeben (...).“<sup>12</sup>

§ 43 Abs. 4 BNatSchG 2002 war Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens vor dem *EuGH*. Der *EuGH* entschied, dass Art. 12 Abs. 1 lit. d der Richtlinie 92/43 zur „Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wild lebenden Tiere und Pflanzen“, der ein Verbot der Beschädigung oder Vernichtung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten vorsieht, nicht nur absichtliche, sondern auch unabsichtliche Handlungen erfasse.<sup>13</sup> Die § 42 Abs. 4 BNatSchG 2002 betreffende Rüge der Kommission sei daher begründet.<sup>14</sup> Die Norm wurde daraufhin 2007 aufgehoben.

Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich im Jahr 2008 erstmalig mit der daraus resultierenden Problematik zu befassen. Die Entscheidung hatte einen fernstraßenrechtlichen Planfeststellungsbeschluss zum Gegenstand, der u.a. nach § 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG 2002 zu beurteilen war. Im Hinblick auf die durch die Streichung von § 43 Abs. 4 BNatSchG 2002 eingetretene Rechtslage entschied sich das Gericht für eine Eingrenzung des Tatbestandes von § 42 Abs. 1 BNatSchG 2002. Es griff dabei auf einen von *Gellermann*<sup>15</sup> entwickelten Rechtsgedanken zurück:

„Da verschiedene Fledermausarten in dem von der planfestgestellten Trasse durchschnittenen Naturraum anzutreffen sind, lässt sich zwar nicht ausschließen, dass einzelne Exemplare durch den Autobahnverkehr zu Schaden kommen. Das reicht aber nicht aus, um den Tatbestand der 1. Alternative als erfüllt anzusehen. Soll das Tötungsverbot nicht zu einem unverhältnismäßigen Planungshindernis werden, so ist vielmehr zu fordern, dass sich das Risiko des Erfolgeintritts durch das Vorhaben in signifikanter Weise erhöht.“<sup>16</sup>

Der Tatbestand des Tötens ist danach nur dann erfüllt, wenn sich das Risiko, dass es durch die Errichtung und den Betrieb der Anlage zu der Tötung kommt, signifikant erhöht. Diese Rechtsfigur diene also dazu, den Tatbestand des § 42 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG 2002 *teleologisch zu reduzieren*. Sie lag auf einer Linie mit den bereits bekannten Erwägungen des Gesetzgebers zum Verständnis des neu gefassten § 44 BNatSchG, vgl. soeben bb).

#### b) Verfassungsgemäßheit des teleologisch reduzierten Genehmigungstatbestands

Das in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelte, ungeschriebene Kriterium der „signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos“ begegnet aus Sicht der Beschwerdeführerin in dem Verfahren 1 BvR 594/14 durchgreifenden Bedenken, weil es letztlich inhaltsleer sei.

Dem ist nicht zu folgen: Allgemeinsprachlich wird signifikant als synonym für „bedeutend, bemerkenswert, beträchtlich, deutlich, erheblich, erkennbar, gehörig, gewichtig, sichtbar, wesentlich, wichtig“<sup>17</sup> verwendet. Das Verständnis des Adjektivs „signifikant“ ist in der hier betrachteten Rechtsprechung erkennbar an diesem allgemeinen Sprachgebrauch orientiert. Es

<sup>12</sup> BVerwG, Urteil vom 11. Januar 2001 – 4 C 6/00 – juris Rn. 25 = BVerwGE 112, 321; weitere Nachweise dieser Rspr. bei: Gläß in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.) BeckOK Umweltrecht, 43. Edition, Stand: 01.05.2017 § 44 BNatSchG Rn. 7.

<sup>13</sup> EuGH, Urteil vom 10. Januar 2006 – C-98/03 – juris = NVwZ 2006, 319.

<sup>14</sup> EuGH, Urteil vom 10. Januar 2006 – C-98/03 – juris Rn. 56 = NVwZ 2006, 319.

<sup>15</sup> Gellermann, NuR 2007, 783, 788.

<sup>16</sup> BVerwG, Urteil vom 12. März 2008 – 9 A 3/06 – juris Rn. 219 = BVerwGE 130, 299 (Lichtenauer Hochland).

<sup>17</sup> Website Duden, Stichwort: „signifikant“ (Zugriff am 28. August 2017).



geht somit um den wertenden Vergleich zweier Sachverhalte – wobei die einschlägige Norm auf den ersten Blick zu der Frage schweigt, an Hand welcher Kriterien diese Wertung vorzunehmen ist.

Der Gesetzgeber hat jedoch mit den Erläuterungen zum Gesetzesentwurf die Bezugsgröße klargestellt, an Hand derer festgestellt werden soll, ob es zu einer „signifikanten“ Risikoerhöhung kommen wird. Der Gesetzgeber will die Verwirklichung sozialadäquater Risiken nicht vom Tatbestand erfasst sehen.<sup>18</sup> Für die besonders geschützten Tiere bedeutet dies, dass das Risiko nicht signifikant erhöht ist,

„wenn das Vorhaben nach naturschutzfachlicher Einschätzung ... unter der Gefahrenschwelle in einem Risikobereich bleibt, der mit dem Vorhaben im Naturraum immer verbunden ist, vergleichbar dem ebenfalls stets gegebenen Risiko, dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens Opfer einer anderen Art werden.“<sup>19</sup>

Die Anwendung des so teleologisch reduzierten Genehmigungstatbestandes mag im Einzelfall aus Erkenntnisgründen schwierig sein (dazu sogleich), verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet der so verstandene, materiell-rechtliche Tatbestand aber nicht.

## 2. Gesetzliche Einräumung eines behördlichen Beurteilungsspielraums (Einschätzungsprärogative)

### a) Entwicklung der „naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative“

Der Begriff der „Einschätzungsprärogative“ ist von *Wolff* für eine wertende behördliche Tatsachenfeststellung geprägt worden, die nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar ist.<sup>20</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat damit zunächst die eingeschränkte gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen begründet, die von der „Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften“ getroffen worden sind.<sup>21</sup> Die Frage nach der Vereinbarkeit dieses „gerichtsfreien Raums“ mit Art. 19 Abs. 4 GG hat das Bundesverwaltungsgericht knapp beantwortet:

„Gerichtlicher Rechtsschutz dient der Abwehr von Rechtsverletzungen. Sind mehrere rechtmäßige Entscheidungen möglich, verlangt Art. 19 Abs. 4 GG nicht, dass die Auswahl unter ihnen letztverantwortlich vom Gericht getroffen wird.“<sup>22</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht (9. Senat) hat die „naturschutzfachliche“ Einschätzungsprärogative erstmals im Rahmen des Urteils über den fernstraßenrechtlichen Planfeststellungsbeschluss Michendorf angesprochen:

„Enthält weder das Bundesrahmenrecht noch (...) das einschlägige Landesrecht verbindliche Bewertungsvorgaben, ist es nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch sonst nicht geboten, die Eingriffsintensität anhand standardisierter Maßstäbe oder in einem

---

<sup>18</sup> Begründung des Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes (April 2007), BT-Drs. 16/5100, S. 11.

<sup>19</sup> So OVG Magdeburg, Urteil vom 26. Oktober 2011 – 6 L 09 – UA S. 21, Vorinstanz zu BVerwG 7 C 40.11, jetzt Gegenstand des Verfahrens 1 BvR 595/14.

<sup>20</sup> H.J. Wolff in: Wolff/Bachof (Hrsg.), Verwaltungsrecht I, 8. Aufl. 1971, § 31 I c 4 S. 182.

<sup>21</sup> BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 1971 – I C 31.68 – juris Rn. 23 = BVerwGE 39, 197.

<sup>22</sup> BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 1971 – I C 31.68 – juris, Rn. 24 = BVerwGE 39, 197.



bestimmten schematisierten und rechenhaft handhabbaren Verfahren zu beurteilen. Es stellt keine Besonderheit der Eingriffsregelung dar, dass das Ergebnis der als gesetzliche Erfordernis unverzichtbaren Bewertung unterschiedlich ausfallen kann, je nachdem welches Verfahren angewendet wird. Es kommt daher nicht darauf an, ob sich bei Verwendung anderer Parameter ein höherer Ausgleichsbedarf errechnen ließe (...). Der Planfeststellungsbehörde steht folglich bei der Bewertung der Eingriffswirkungen eines Vorhabens und ebenso bei der Bewertung der Kompensationswirkung von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen, insbesondere was deren Quantifizierung betrifft, eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu. Die im Planfeststellungsbeschluss vorgenommenen Quantifizierungen bei Eingriffswirkungen und Kompensationsmaßnahmen sind daher nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle zugänglich; sie sind vom Gericht hinzunehmen, sofern sie im Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar sind und auch nicht auf einem Bewertungsverfahren beruhen, das sich als unzulängliches oder gar ungeeignetes Mittel erweist, um den gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden.“<sup>23</sup>

Diese behördliche Einschätzungsprärogative ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der Verwaltungsgerichte seither grundsätzlich allgemein anerkannt.

In seinem Urteil zu einem Teilabschnitt der A 44 hat der 9. Senat des Bundesverwaltungsgerichts die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative – soweit ersichtlich – erstmals auf artenschutzrechtliche Verbotstatbestände angewandt.<sup>24</sup> Der 4. und der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts haben in den Entscheidungen, die Gegenstand der Verfassungsbeschwerden sind, den Behörden im Hinblick auf den so verstandenen Verbotstatbestand nun ebenfalls eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative eingeräumt.<sup>25</sup>

#### b) Einschätzungsprärogative aus verfassungsrechtlicher Sicht im Allgemeinen

Der Erste Senat hat im Jahr 2011 in einer Grundsatzentscheidung die Kriterien beschrieben, an Hand derer in einem gestuften Verfahren geprüft werden kann, ob der Exekutive im Hinblick auf das Vorliegen des Tatbestands einer Norm ein Beurteilungsspielraum (auch Einschätzungsprärogative) eröffnet ist, der mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar ist. Aus Art. 19 Abs. 4 GG folgt für den Regelfall:

- „Aus der Garantie effektiven Rechtsschutzes folgt grundsätzlich die Pflicht der Gerichte, die angefochtenen Verwaltungsakte in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig nachzuprüfen (...). Das schließt eine Bindung der rechtsprechenden Gewalt an tatsächliche oder rechtliche Feststellungen und Wertungen seitens anderer Gewalten hinsichtlich dessen, was im Einzelfall rechtens ist, im Grundsatz aus.“<sup>26</sup>
- „Die materiell geschützte Rechtsposition ergibt sich allerdings nicht aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG selbst, sondern wird darin vorausgesetzt (...). Neben den verfassungsmäßigen

<sup>23</sup> BVerwG, Urteil vom 9. Juni 2004 - 9 A 11/03 - juris Rn. 118 = BVerwGE 121, 72.

<sup>24</sup> BVerwG, Urteil vom 28. März 2013 – 9 A 22/11 – juris Rn. 114.

<sup>25</sup> BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2013 – 4 C 1.12 – juris Rn. 14; BVerwG, Urteil vom 21. November 2013 – 7 C 40/11 – juris Rn. 14.

<sup>26</sup> BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011 – 1 BvR 857/07 – juris Rn. 68 = BVerfGE 129, 1.

Rechten bestimmt das einfache Recht, welche Rechte der Einzelne geltend machen kann.“<sup>27</sup>

- „Das Gebot effektiven Rechtsschutzes schließt nicht aus, dass durch den Gesetzgeber eröffnete Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume sowie die Tatbestandswirkung von Exekutivakten die Durchführung der Rechtskontrolle durch die Gerichte einschränken (...). Gerichtliche Kontrolle endet dort, wo das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise das Entscheidungsverhalten nicht vollständig determiniert und der Verwaltung einen Einschätzungs- und Auswahlspielraum belässt.“<sup>28</sup>
- „Ob dies der Fall ist, muss sich ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben oder durch Auslegung hinreichend deutlich zu ermitteln sein. Demgegenüber kann es weder der Verwaltung noch den Gerichten überlassen werden, ohne gesetzliche Grundlage durch die Annahme behördlicher Letztentscheidungsrechte die Grenzen zwischen Gesetzesbindung und grundsätzlich umfassender Rechtskontrolle der Verwaltung zu verschieben.“<sup>29</sup>

Wenn danach eine Einschätzungsprärogative zu Unrecht angenommen wird, so hat das nicht nur objektiv- sondern auch subjektivrechtliche Konsequenzen:

„Nimmt ein Gericht ein behördliches Letztentscheidungsrecht an, das mangels gesetzlicher Grundlage nicht besteht, und unterlässt es deshalb die vollständige Prüfung der Behördenentscheidung auf ihre Gesetzmäßigkeit, steht dies nicht nur in Widerspruch zur Gesetzesbindung der Gerichte (Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG), sondern verletzt vor allem auch das Versprechen wirksamen Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG (...).“<sup>30</sup>

Der Senat hat offen gelassen, ob gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfbare Entscheidungsspielräume der Verwaltung ausnahmsweise auch ohne gesetzliche Grundlage von Verfassungs wegen dann zulässig sind, wenn eine weitergehende gerichtliche Kontrolle zweifelsfrei an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stieße.<sup>31</sup>

#### c) Verneinung der Einschätzungsprärogative aus verfassungsrechtlicher Sicht im konkreten Fall

Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats endet die verwaltungsgerichtliche Kontrolle dort, wo das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise das Entscheidungsverhalten nicht vollständig determiniert und der Verwaltung einen Einschätzungs- und Auswahlspielraum belässt.<sup>32</sup> Es muss sich ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben oder durch Auslegung hinreichend deutlich zu ermitteln sein, ob dies der Fall ist.<sup>33</sup> Die Beurteilungsermächtigung darf nicht durch die Verwaltung oder die Gerichte selbst erfunden werden, sie müssen im Gesetz gefunden werden.<sup>34</sup>

<sup>27</sup> BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011 – 1 BvR 857/07 – juris Rn. 69 = BVerfGE 129, 1.

<sup>28</sup> BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011 – 1 BvR 857/07 – juris Rn. 73 = BVerfGE 129, 1.

<sup>29</sup> BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011 – 1 BvR 857/07 – juris Rn. 74 = BVerfGE 129, 1.

<sup>30</sup> BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011 – 1 BvR 857/07 – juris Rn. 74 = BVerfGE 129, 1.

<sup>31</sup> BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011 – 1 BvR 857/07 – juris Rn. 74 = BVerfGE 129, 1.

<sup>32</sup> BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011 – 1 BvR 857/07 – juris Rn. 73 = BVerfGE 129, 1.

<sup>33</sup> BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011 – 1 BvR 857/07 – juris Rn. 74 = BVerfGE 129, 1.

<sup>34</sup> So Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241, 242.

Der 4. und der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts begründen die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative der Verwaltung im Hinblick auf die Frage, ob durch das Vorhaben eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos zu erwarten ist, in unterschiedlicher Weise.

Der 4. Senat räumt der Behörde einen Beurteilungsspielraum bei der Frage ein, ob der „artenschutzrechtliche Tötungs- und Verletzungstatbestand“ erfüllt ist,<sup>35</sup> das Gericht spricht damit unmittelbar den Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG an. Danach ist es „verboten, wild lebende(n) Tiere(n) der besonders geschützten Arten ... zu töten“. Dieser klare Wortlaut der gesetzlichen Norm eröffnet offensichtlich keinen Beurteilungsspielraum für die Behörde.

Der 7. Senat sieht die Rechtsgrundlage der Einschätzungsprärogative dagegen „nicht in § 44 Abs. 1 BNatSchG als solchem, sondern in § 44 Abs. 1 BNatSchG in Verbindung mit den Zulassungsregelungen des Planfeststellungs- und Genehmigungsrecht“.<sup>36</sup> Damit kommt bei immissionsschutzrechtlichen Sachverhalten zusätzlich § 6 Abs.1 Nr. 2 BImSchG in den Blick. Danach ist die Genehmigung zu erteilen, wenn andere öffentlich-rechtliche Vorschriften und Belange des Arbeitsschutzes der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen. Auch für den Wortlaut dieser Norm gilt: Der Tatbestand enthält keine wertausfüllungsbedürftigen Begriffe, die in typischer Weise einen Beurteilungsspielraum der Behörde signalisieren. Die semantische Auslegung ist auch insoweit eindeutig: Die Rechtsgrundlagen eröffnen keine Einschätzungsprärogative der Verwaltung.

Die Prüfung des gesetzlichen Tatbestands von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, der aus Sicht beider Spruchkörper des Bundesverwaltungsgerichts einschlägig ist, wird schwierig erst im Ergebnis seiner teleologischen Reduktion: Wenn Tötungen in Folge sozial adäquater Risiken aus Sicht des Gesetzgebers den Tatbestand nicht erfüllen (vgl. oben 0), dann hängt es von komplexen Prognosen und Wertungen ab, ob der bei einem ersten Lesen konturenscharfe Tatbestand erfüllt ist. Prognostische und wertende Tatbestandsmerkmale, die auf Gesamtzusammenhänge gerichtet sind, können es rechtfertigen, dass der Gesetzgeber der Behörde einen Beurteilungsspielraum eröffnet.<sup>37</sup> Der Umstand allein, dass eine zu treffende Entscheidung auch auf prognostischen Gesichtspunkten beruht, rechtfertigt allerdings nicht ohne weiteres die Annahme eines Beurteilungsspielraums.<sup>38</sup> Ein Beurteilungsspielraum (i. S. d. hier erörterten „Einschätzungsprärogative“) wird vielmehr nur dann eröffnet, wenn dies dem Gesetz „durch Auslegung hinreichend deutlich zu ermitteln“ ist.<sup>39</sup> In diesem Kontext gewinnt Bedeutung, dass der historische Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht hat, der Zulässigkeit eines Vorhabens solle es nicht entgegenstehen, wenn in Folge seiner Realisierung zwar Tiere zu Schaden kommen, das Risiko, das sich so verwirklicht hat, aber

„nach naturschutzfachlicher Einschätzung ... unter der Gefahrenschwelle in einem Risikobereich bleibt, der mit dem Vorhaben im Naturraum immer verbunden ist, vergleichbar dem ebenfalls stets gegebenen Risiko, dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens Opfer einer anderen Art werden.“

Auf den ersten Blick könnte in dieser „naturschutzfachlichen Einschätzung“ die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative der Verwaltung angelegt sein. Bei genauer Betrachtung ist dies aber zu verneinen: Je fachspezifischer der gesetzliche Tatbestand einer

<sup>35</sup> BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2013 – 4 C 1.12 – juris Rn. 14.

<sup>36</sup> BVerwG, Urteil vom 21. November 2013 – 7 C 40/11 – juris Rn. 17.

<sup>37</sup> Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Auflage 2014, § 40 Rn. 199 f. m.w.N.

<sup>38</sup> Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Auflage 2014, § 40 Rn. 198 m.w.N.

<sup>39</sup> BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011 – 1 BvR 857/07 – juris Rn. 74 = BVerfGE 129, 1.

Erlaubnisnorm geprägt ist, desto häufiger wird ein Gericht nicht allein auf der Grundlage gerichtsbekannter Tatsachen in der Lage sein, eine behördliche Entscheidung nachzuvollziehen und zu überprüfen. Die Inanspruchnahme von Sachverständigen gehört daher zum forensischen Alltag. Die Erwägung des Gesetzgebers, eine nach materiellem Recht zu treffende Entscheidung setze eine besondere fachliche Einschätzung voraus, beschreibt also lediglich den alltäglichen Entscheidungsprozess in einer Fachverwaltung. In aller Regel ist damit *keine* Einschränkung der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Verwaltungsentscheidung verbunden. Die Erwägungen des historischen Gesetzgebers sind nach alledem ausschließlich materiell-rechtlicher Natur und betreffen allein die besonderen Anforderungen an die Grenzziehung zwischen zulässigen und unzulässigen Vorhaben. Der Gesetzgeber hat sich dagegen nicht zu der Frage geäußert, ob die Verwaltung diese Grenzziehung im Einzelfall im Rahmen einer gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Einschätzungsprärogative zu treffen hat.

Eine Auslegung der Erlaubnisnorm(en), nach der die Verwaltung über eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative verfügt, lässt sich also weder auf den Wortlaut des Gesetzes noch auf den Willen des historischen Gesetzgebers stützen.

Der Senat hat es bislang offen gelassen, ob – ungeachtet einer entsprechenden einfachrechtlichen Regelung – gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfbare Entscheidungsspielräume der Verwaltung ausnahmsweise auch ohne gesetzliche Grundlage von Verfassungs wegen dann zulässig sind, wenn eine weitergehende gerichtliche Kontrolle zweifelsfrei an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stieße.<sup>40</sup>

Eine solche Begründung eines behördlichen Beurteilungsspielraums begegnet allerdings erheblichen Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung: Im Regelfall entscheidet allein der initiativ Gesetzgeber über die Eröffnung von Beurteilungsspielräumen. Wollte man einen „übergesetzlichen“ Beurteilungsspielraum auch dann anerkennen, wenn andernfalls „die gerichtliche Kontrolle zweifelsfrei an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stieße“, dann läge die Initiative bei der „Besetzung“ von Beurteilungsspielräumen insoweit bei der Exekutive. Nachfolgend müsste die Rechtsprechung (an Hand welcher Kriterien?) entscheiden, ob sie diese Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle akzeptiert. Schließlich wäre der Gesetzgeber gefragt, ob er diese Lockerung der Gesetzesbindung akzeptiert. Die Entscheidungslage im parlamentarischen Bereich hätte sich dann aber erheblich verändert: Während die gesetzliche *Einräumung* eines Beurteilungsspielraums der Mehrheit der Stimmen im Parlament bedarf, könnte nun der von der Exekutive wahrgenommene und von der Rechtsprechung akzeptierte Beurteilungsspielraum nur durch eine Mehrheitsentscheidung des Parlaments *eingeschränkt oder beseitigt* werden.

Der erkennende Senat hat betont, dass es weder der Verwaltung noch den Gerichten überlassen werden (kann), ohne gesetzliche Grundlage durch die Annahme behördlicher Letztentscheidungsrechte die Grenzen zwischen Gesetzesbindung und grundsätzlich umfassender Rechtskontrolle der Verwaltung zu verschieben. Dieser Grundsatz erfährt unter dem Gesichtspunkt keine Ausnahme, dass bei Verneinung eines Beurteilungsspielraums die gerichtliche Kontrolle an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stieße. Es ist allein Sache des Gesetzgebers der Verwaltung einen solchen Beurteilungsspielraum zu eröffnen.

---

<sup>40</sup> BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011 – 1 BvR 857/07 – juris Rn. 74 = BVerfGE 129, 1.

d) Konkrete Grundrechtsverletzungen durch die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts

Beide Urteile des Bundesverwaltungsgerichts beruhen auf der Erkenntnis, dass die „signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos“ von der Verwaltung im Rahmen der naturschutzfachlichen Einschätzungsprerogative mit der Folge zu beurteilen ist, dass insoweit nur eine eingeschränkte verwaltungsgerichtliche Kontrolle dieser Entscheidung stattfindet. Ein behördlicher Beurteilungsspielraum dieses Umfangs wird indes durch das einfache Recht nicht eröffnet.

Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats verletzt ein Gericht „das Versprechen wirksamen Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG“<sup>41</sup>, wenn es ein behördliches Letztentscheidungsrecht annimmt, das mangels gesetzlicher Grundlage nicht besteht, und deshalb die vollständige Prüfung der Behördenentscheidung auf ihre Gesetzmäßigkeit unterlässt.

Die Verfassungsbeschwerden sind daher unter diesem Gesichtspunkt begründet.

## C.

### Abweichende Auffassung

erarbeitet von

Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Uechtritz, Stuttgart

Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Quaas, Stuttgart

Rechtsanwalt Dr. Michael Moeskes

Die Unterzeichner können der Stellungnahme des Verfassungsrechtsausschusses zu den vorliegenden Verfassungsbeschwerden nicht zustimmen. Wir halten die Verfassungsbeschwerden für unbegründet.

### I. Maßgebliche Fragestellung

Im Mittelpunkt der Verfassungsbeschwerden steht die Frage, ob die Annahme des Bundesverwaltungsgerichts in den angefochtenen Entscheidungen, § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG räume der Verwaltung eine (naturschutzfachliche) Einschätzungsprerogative ein, die gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar sei, zutreffend ist bzw. ob eine derartige Annahme die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten aus Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 12 GG verletzt. Die Mehrheit des Ausschusses bejaht dies. Wir halten diese verfassungsrechtliche Bewertung für verfehlt. Gegen die Anerkennung einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprerogative des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG bestehen – soweit diese Norm im Rahmen eines immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens im Zusammenhang mit § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG zur Anwendung kommt - keine Bedenken.

---

<sup>41</sup> BVerfG, Beschluss vom 31. Mai 2011 – 1 BvR 857/07- juris Rn. 74 = BVerfGE 129, 1.

## II. Zum Diskussionsstand von Rechtsprechung und Literatur hinsichtlich der Anerkennung einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative

Die Frage nach der Erforderlichkeit bzw. Zulässigkeit einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative, speziell im Bereich des Artenschutzes und des Gebietsschutzes, wird im Schrifttum seit einiger Zeit intensiv erörtert.<sup>42</sup>

In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, speziell auch in der Judikatur des Bundesverwaltungsgerichts, ist diese (jedenfalls im Bereich der arten- und gebietsschutzrechtlichen Prüfung) seit Längerem anerkannt.<sup>43</sup>

Für die Anerkennung einer derartigen naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative (jedenfalls im Rahmen der arten- und gebietsschutzrechtlichen Prüfung) sind nach Auffassung der Rechtsprechung und der überwiegenden Auffassung im rechtswissenschaftlichen Schrifttum zusammengefasst folgende Erwägungen maßgeblich.<sup>44</sup>

Bei einer Vielzahl von Fragestellungen verweisen (speziell, aber nicht nur) naturschutzrechtliche Rechtsnormen auf Maßstäbe, die selbst keine präzisen inhaltlichen Vorgaben enthalten. Dies gilt etwa für die Erfüllung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG (in der Auslegung der Verwaltungsgerichte, wonach das Tötungsverbot nur Handlungen untersagt, die ein „signifikant erhöhtes Tötungsrisiko“ begründen) und im Gebietsschutz, speziell im FFH-Recht, bei dem sich regelmäßig die Frage einer erheblichen Gebietsbeeinträchtigung stellt (vgl. § 34 BNatSchG). Die jeweils anzuwendenden Normen knüpfen die Rechtsfolgen (z. B. Erfüllung des Tötungstatbestandes und damit die Versagung der Zulassung) an ökologische Bewertungen und Einschätzungen. Auch wenn der Normgeber (z. B. durch das BImSchG mitsamt seinen Durchführungsverordnungen und durch normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften) teilweise verbindliche Vorgaben gemacht hat, gibt es unverändert eine Vielzahl naturschutzfachlicher Fragen, für die *keine* normativ bindenden Vorgaben für den Rechtsanwender existieren. Genehmigungsbehörden und letztlich auch die Verwaltungsgerichte müssen daher im Rahmen der Normanwendung Antworten auf ökologische Fragestellungen geben, zu denen sich noch kein allgemein anerkannter Stand der Fachwissenschaft herausgebildet hat. In derartigen Konstellationen (Fehlen einer gesicherten Erkenntnislage und anerkannter Standards) geht die Rechtsprechung davon aus, es fehle den Gerichten an der auf besserer Erkenntnis beruhenden Befugnis, die naturschutzfachliche Einschätzung der fachkundigen oder fachkundig beratenden Behörde als falsch bzw. nicht rechtens zu beanstanden. Die gerichtliche Kontrolle habe sich in derartigen Konstellationen darauf zu beschränken, ob die Einschätzung der Behörde im konkreten Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar sei und nicht auf einem unzulänglichen oder gar ungeeigneten Bewertungsverfahren beruhe.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Vgl. nur in jüngster Zeit (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, 241; *Storost*, UPR 2015, 47 und *Steenhof*, UPR 2017, 467, kritisch *Gassner*, DVBl 2012, 1479.

<sup>43</sup> Vgl. nur BVerwGE 131, 247, Rn. 66; BVerwGE 133, 239, Rn. 45; BVerwG, DVBl 2014, 237, Rn. 26 und BVerwGE 145, 40, Rn. 145.

<sup>44</sup> Vgl. hierzu die zusammenfassende Darstellung bei *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, 241, 243 f. und bei *Storost*, UPR 2015, 740 ff.

<sup>45</sup> So die Zusammenfassung der Rechtsprechung mit Nachweisen bei *Storost*, UPR 2015, 47, 48.



### III. Die bisherige Position des Bundesverfassungsgerichts

1. Das Bundesverfassungsgericht hat sich mit den Voraussetzungen und den Grenzen einer behördlichen Einschätzungsprerogative bzw. eines behördlichen Beurteilungsspielraums grundsätzlich im Beschluss vom 31. Mai 2011<sup>46</sup> befasst. Auf die in dieser Entscheidung entwickelten Grundsätze bezieht sich maßgeblich die von der Mehrheit der Mitglieder des Ausschusses gebilligte Stellungnahme. Diese gelangt zu der Einschätzung, die Handhabung des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG durch das Bundesverwaltungsgericht (konkret: die Anerkennung einer Einschätzungsprerogative der Behörde hinsichtlich der Frage, ob ein „signifikant erhöhtes Tötungsrisiko“ begründet werde) sei mit den Maßstäben dieser Entscheidung nicht vereinbar.

Dieser Einschätzung ist nicht zu folgen. Dabei ist vorab zu betonen, dass der Sachverhalt, den das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 31. Mai 2011 zu beurteilen hatte, wesentlich anders gelagert war als die beiden Sachverhalte der hier zu beurteilenden Verfassungsbeschwerden. Im Sachverhalt des Bundesverfassungsgerichts betraf die Verfassungsbeschwerde die Frage, ob es verfassungsgemäß sei, die für die Gewährung der Investitionszulage nach dem Investitionszulagengesetz 1999 entscheidende Zuordnung eines Betriebs zum verarbeitenden Gewerbe auf die Klassifikation der Wirtschaftszweige des Statistischen Bundesamtes zu stützen und eine durch diese Behörde vorgenommene Zuordnung nur einer eingeschränkten finanzgerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen. Es liegt auf der Hand, dass die Sachgründe, die nach der oben zitierten Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Anerkennung einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprerogative bedingen, auf den Sachverhalt, der Gegenstand der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung war, nicht zutreffen. Es kann ersichtlich keine Rede davon sein, dass die Klassifikation von Wirtschaftszweigen und deren Zuordnung die mit derartigen Fragen befassten (Finanz-)Gerichte vor die Aufgabe gestellt hätte, außerrechtliche Fachfragen zu beantworten, hinsichtlich derer kein allgemein anerkannter Stand der Fachwissenschaft existiert. Die vorliegend zu beantwortende Frage, ob es – verfassungsrechtlich – geboten ist, die Letztentscheidung naturschutzfachlicher Fragestellungen (die im allgemeinen fachwissenschaftlichen Diskurs noch ungeklärt sind) den Verwaltungsgerichten zu überlassen oder – nach Ausschöpfung aller Erkenntnisquellen – der jeweils zuständigen Fachbehörde, stellte sich in dem Sachverhalt, der Gegenstand des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 31. Mai 2011 war, nicht.

Die grundlegenden Sachverhaltsunterschiede dürfen bei der Frage, inwieweit die Maßstäbe aus der Entscheidung BVerfGE 129, 1 ff. auf die hier zu beurteilende Verfassungsbeschwerden „1:1“ übertragen werden können, nicht ausgeblendet werden.

2. Zur Frage, ob die Einräumung von Einschätzungsprerogativen oder Beurteilungsspielräumen mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar ist, hat das Bundesverfassungsgericht (mit Blick auf den vorstehend geschilderten Sachverhalt) Folgendes ausgeführt (BVerfGE 129, 1, 21 f.):

*„Das Gebot effektiven Rechtsschutzes schließt nicht aus, dass durch den Gesetzgeber eröffnete Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume sowie die Tatbestandswirkungen von Exekutivakten die Durchführung der Rechtskontrolle durch die Gerichte einschränken ... Gerichtliche Kontrolle kann nicht weiter reichen als die materiell-rechtliche Bindung der Instanz, deren Entscheidung überprüft werden soll. Sie endet deshalb dort, wo das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise das*

---

<sup>46</sup> BVerfGE 129, 1 – 1 BvR 857/07.



*Entscheidungsverhalten nicht vollständig determiniert und der Verwaltung einen Einschätzungs- und Auswahlspielraum belässt ...*

*Ob dies der Fall ist, muss sich ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben oder durch Auslegung hinreichend deutlich zu ermitteln sein. Demgegenüber kann es weder der Verwaltung noch den Gerichten überlassen werden, ohne gesetzliche Grundlage durch die Annahme behördlicher Letztentscheidungsrechte die Grenzen zwischen Gesetzesbindung und grundsätzlich umfassender Rechtskontrolle der Verwaltung zu verschieben. Andernfalls könnte diese ‚in eigener Sache‘ die grundgesetzliche Rollenverteilung zwischen Exekutive und Judikative verändern. Nimmt ein Gericht ein behördliches Letztentscheidungsrecht an, das mangels gesetzlicher Grundlage nicht besteht, und unterlässt es deshalb die vollständige Prüfung der Behördenentscheidung auf ihre Gesetzmäßigkeit, steht dies nicht nur im Widerspruch zur Gesetzesbindung der Gerichte (Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG), sondern verletzt vor allem auch das Versprechen wirksamen Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG.“*

Im Anschluss hieran betont das Bundesverfassungsgericht, dass der Gesetzgeber bei der Einräumung behördlicher Letztentscheidungsbefugnisse nicht frei sei. Die Freistellung der Rechtsanwendung von gerichtlicher Kontrolle bedürfe stets eines hinreichend gewichtigen, am Grundsatz eines wirksamen Rechtsschutzes ausgerichteten Sachgrunds.

Im Anschluss an diese Ausführungen heißt es im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (a.a.O., S. 23):

*„Offen bleiben kann, ob gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfbare Entscheidungsspielräume der Verwaltung ausnahmsweise auch ohne gesetzliche Grundlage von Verfassungs wegen dann zulässig sind, wenn eine weitergehende gerichtliche Kontrolle zweifelsfrei an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stieße (so offenbar in den Prüfungsfällen, vgl. BVerfGE 84, 34 [50]; 84, 59 [77f.]). Eine solche Konstellation liegt hier offensichtlich nicht vor.“*

Bei der konkreten Beurteilung des seinerzeitigen Sachverhaltes gelangte das Bundesverfassungsgericht zu der Annahme, der Bundesfinanzhof habe Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verletzt, weil es die Zuordnungsentscheidung des Statistischen Bundesamtes (betreffend die Frage, ob die von der damaligen Beschwerdeführerin ausgeübte Tätigkeit zum verarbeitenden Gewerbe zählt) nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterzogen. Es habe sich auf eine Offensichtlichkeitskontrolle zurückgezogen. Diese Einschränkung des Rechtsschutzes sei nicht mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG vereinbar. Im Anschluss hieran führt das Bundesverfassungsgericht aus, die maßgebliche Norm des Investitionszulagengesetzes enthalte weder ausdrücklich noch sinngemäß Anhaltspunkte dafür, dass die Zuordnungsentscheidung der Finanzbehörde nur einer eingeschränkten gerichtlichen Prüfung zugänglich sein sollen.<sup>47</sup>

Des Weiteren nimmt das Bundesverfassungsgericht an, es fehle auch an einem tragfähigen Sachgrund für das im konkreten Fall beanspruchte behördliche Letztentscheidungsrecht. Die Rechtsprechung gelange bei der Überprüfung einer behördlichen Zuordnungsentscheidung zur Klassifikation der Wirtschaftszweige nicht an die Grenzen ihrer Funktionsfähigkeit.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> BVerfGE 129, 1, 29 f.

<sup>48</sup> BVerfGE 129, 1, 31 – unter Verweis auf BVerfGE 54, 173, 197; 83, 130, 148; 84, 34, 50; 88, 40, 56 und 103, 142, 156 f.

3. Eine ausführliche Befassung mit den Voraussetzungen und den Grenzen der Einräumung einer behördlichen Letztentscheidungsbefugnis findet sich weiter in einem Beschluss der 3. Kammer des 1. Senats aus dem Jahr 2009, die sich auf die Kürzung der Zuteilung von Emissionsberechtigungen bezieht.<sup>49</sup>

Da dieser Sachverhalt eine Prognoseentscheidung zum Gegenstand hatte, besteht eine größere Sachnähe zum Sachverhalt der vorliegend zu beurteilenden Verfassungsbeschwerden, bei denen gleichfalls eine Prognoseentscheidung in Rede steht: Nämlich die Frage, ob als Konsequenz der Errichtung der jeweiligen Windkraftanlagen ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für geschützte Arten besteht.

In ihrer Entscheidung betont die 3. Kammer zunächst – im Anschluss an vorangegangene Senatsentscheidungen –, die gerichtliche Überprüfung könne nicht weiterreichen, als die materiell-rechtliche Bindung der Exekutive. Die gerichtliche Kontrolle ende dort, wo das materielle Recht der Exekutive in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise die Entscheidung abverlange, ohne dafür hinreichend bestimmte Entscheidungsprogramme vorzugeben.<sup>50</sup>

Weiter führt die 3. Kammer dann aus:

*„Wann der Gesetzgeber der Verwaltung die Befugnis zur Letztentscheidung einräumt, ist durch Auslegung der betreffenden gesetzlichen Regelung zu ermitteln ... Verwendet ein Gesetz einen unbestimmten Rechtsbegriff, so kann daraus allein noch nicht auf die gesetzliche Einräumung einer Letztentscheidungsbefugnis der Verwaltung geschlossen werden (vgl. BVerfGE 84, 34, 49 f.). **Es existiert eine gleitende Skala von Normbestimmtheit oder –unbestimmtheit, wobei nicht von vornherein feststeht, bei welchem Grad der Unbestimmtheit die richterliche Kontrollrestriktion einsetzen müsste. Maßgeblich ist vielmehr der jeweilige materiell-rechtliche Regelungszusammenhang (vgl. Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 73 f.; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 183 [Februar 2013]). Die Unbestimmtheit des gesetzlichen Maßstabs kann jedoch einen heuristischen Wert haben ... So können unbestimmte Rechtsbegriffe insbesondere wegen hoher Komplexität oder besonderer Dynamik der geregelten Materie so vage und ihre Konkretisierung im Nachvollzug der Verwaltungsentscheidung so schwierig sein, dass die gerichtliche Kontrolle an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stößt. Daher kann der rechtsanwendenden Behörde in solchen Fällen ohne Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze ein begrenzter Entscheidungsfreiraum zuzubilligen sein (vgl. BVerfGE 84, 34, 50), weil sie aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Handlungsformen für die erforderlichen Anpassungen besser ausgerüstet ist als der Gesetzgeber und die Gerichte ... (Hervorhebung durch den Unterzeichner)***

*... Soweit bisher in der Rechtsprechung und der Literatur bestimmte Typen von administrativen Letztentscheidungsermächtigungen identifiziert worden sind (vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 188 ff. (Februar 2003; Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 125 ff.), handelt es sich hierbei nicht um einen rechtlich feststehenden Kanon.“*

---

<sup>49</sup> BVerfG, 4. Kammer des 1. Senats, NVwZ 2010, 435.

<sup>50</sup> NVwZ 2010, 435, 437.

4. Betrachtet man die vorliegend zu beurteilende Auslegung des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG durch das Bundesverwaltungsgericht im Lichte dieser Aussagen des Bundesverfassungsgerichts, dann sind verfassungsrechtliche Bedenken nicht ersichtlich:
- a) Selbst wenn man sich eng an den Maßstäben orientiert, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Auslegung des Investitionszulagengesetzes aufgestellt hat,<sup>51</sup> erweist sich die Annahme einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative als unbedenklich. Es gibt hinreichend Anhaltspunkte für die Annahme, der Gesetzgeber habe der Behörde im hier interessierenden Regelungszusammenhang (der Bedeutung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbot im Rahmen der Anlagenzulassung; entsprechendes muss auch für dessen Bedeutung im Rahmen von Planfeststellungsvorhaben gelten) eine Einschätzungsprärogative eingeräumt.

In der Begründung des Entwurfs eines ersten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes<sup>52</sup> wird ausgeführt:

*„Auf die Erfüllung subjektiver Tatbestandsmerkmale wie ‚absichtlich‘, ‚vorsätzlich‘ oder ‚fahrlässig‘ kommt es im Rahmen der Verbote nach Abs. 1 nicht an. Ist ein Verbotstatbestand objektiv erfüllt, kann die zuständige Behörde bereits ordnungsrechtlich tätig werden, indem sie etwa eine Unterlassungsverfügung erlässt. Die subjektive Seite ist im Rahmen der Verfolgung tatbestandsmäßiger Handlungen als Ordnungswidrigkeit oder Straftat zu prüfen. Die Verwirklichung sozialadäquater Risiken, wie etwa unabwendbare Tierkollisionen im Verkehr, erfüllt nicht die Tatbestände des Abs. 1. Derartige Umstände sind bei der Zulassung entsprechender Vorhaben gegebenenfalls im Rahmen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung mit der gebotenen Sorgfalt zu berücksichtigen.“*

Diese Ausführungen lassen erkennen, dass dem Gesetzgeber bewusst war, dass bei der Handhabung des artenschutzrechtlichen Tötungstatbestandes Prognosen zu treffen waren („Verwirklichung sozialadäquater Risiken“), die nur im Hinblick auf naturschutzfachliche Parameter möglich waren. Zwar steht außer Frage, dass die Behörde hinsichtlich der Frage, auf welcher Tatsachenbasis und unter Anwendung welcher Erkenntnismittel sie zu ihrer Prognose gelangt, uneingeschränkter gerichtlicher Kontrolle unterliegt. Fern liegt aber die Annahme, der Gesetzgeber habe die Verwaltungsgerichte dazu verpflichten wollen, bei – nach Heranziehung und Auswertung aller Erkenntnisquellen – verbleibender wissenschaftlicher Unsicherheit die eigene Einschätzung an die Stelle der fachkundigen Behörde zu setzen.

- b) Die Mehrheit des Ausschusses gelangt zur verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative, weil sowohl der Wortlaut des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG als auch der des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG klar sei und keine Anhaltspunkte dafür gegeben seien, dass die Rechtsgrundlagen der Verwaltung eine Einschätzungsprärogative eröffnen wollten.

Dieser Annahme kann nicht gefolgt werden. Sie verkennt, dass es bei der Frage der Zubilligung einer Einschätzungsprärogative bzw. eines Beurteilungsspielraums weniger auf eine abstrakt-

---

<sup>51</sup> BVerfGE 129, 1 ff.

<sup>52</sup> BT-Drs. 16/5300, S. 11.

formale Analyse des Grads der Unbestimmtheit der einzelnen Norm ankommt, als vielmehr auf den jeweiligen *materiell-rechtlichen Regelungszusammenhang der Norm*.<sup>53</sup>

Zu beachten ist das wechselbezügliche Verhältnis von Norm und Lebenssachverhalt. Danach kann weder für ganze Sachbereiche pauschal die gerichtliche Kontrolle zurückgenommen werden, noch können Optionenräume nur auf bestimmte, gleichsam abgeschlossene Fallgruppen beschränkt werden. Die erforderliche Normenanalyse hat vielmehr zwei Elemente in den Blick zu nehmen: Die normative Ermächtigung und den materiellen Regelungsgehalt.<sup>54</sup>

- c) Wendet man diese Maßstäbe an, dann wird deutlich, dass es – selbstverständlich – Sachbereiche gibt, in denen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot eindeutig ist, sodass mit Blick auf diese Konstellationen eine Einschätzungsprärogative ausscheidet. Soweit es um die vorsätzliche oder bedingt vorsätzliche Tötung eines geschützten Tieres durch einen Eigentümer/Halter oder Jäger geht, dürfte die Handhabung des Tatbestandes typischerweise keine Unklarheiten aufweisen. In derartigen Fällen besteht bei Anwendung und Auslegung des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG auch keine Einschätzungsprärogative. Anders stellt sich die Situation aber dar, wenn es um die Anwendung und Auslegung der Norm im Rahmen von *Zulassungsentscheidungen* geht, sei es durch immissionsschutzrechtliche Genehmigungen, sei es durch eine Planfeststellung. Hier bedarf es unter Heranziehung naturschutzfachlicher Kriterien einer Prognose, ob im Hinblick auf die – voraussichtlich langfristige – Nutzungsdauer der jeweils zu genehmigenden bzw. zuzulassenden Anlage ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko besteht. Wenn in einer *solchen Konstellation* nach Erschöpfung aller Erkenntnisquellen naturschutzfachliche Fragen offen bzw. kontrovers bleiben, dann besteht im Rahmen derartiger Fallgruppen eine Einschätzungsprärogative der Behörde.
- d) Auch wenn man – wie es in der Stellungnahme der Ausschussmehrheit geschieht – bei Sachverhalten, in denen es um die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung geht, zusätzlich § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG in den Blick nimmt, ergibt sich kein abweichendes Ergebnis. Selbstverständlich enthält diese Norm mit ihrem Verweis auf andere öffentlich-rechtliche Vorschriften für sich genommen keine Unklarheiten, die als Indikator für die Einräumung einer Einschätzungsprärogative dienen könnten. Es stellt sich aber auch nicht die Frage, ob § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG für sich genommen eine Einschätzungsprärogative enthält. Denn diese Norm gebietet, im immissionsschutzrechtlichen Zulassungsverfahren andere – einschlägige – öffentlich-rechtliche Normen zu prüfen. Wenn die insoweit heranzuziehenden Normen im Hinblick auf ihre Unbestimmtheit bzw. ihren Regelungszusammenhang Anhaltspunkte für eine Einschätzungsprärogative liefern, dann ist dies entscheidend – nicht der für sich genommen klare Wortlaut des § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG. Nichts anderes gilt – selbstverständlich –, wenn Normen, deren Anwendung die Klärung komplexer naturschutzfachlicher Fragen voraussetzt, im Rahmen eines Planfeststellungsverfahrens zu prüfen sind.<sup>55</sup>
5. Der vorstehend hervorgehobene Gedanke, dass bei der Frage nach der Einräumung einer Einschätzungsprärogative primär der materiell-rechtliche Regelungszusammenhang und nicht der abstrakte („semantische“) Wortlaut der jeweiligen Norm zu berücksichtigen ist, zeigt, dass die

---

<sup>53</sup> So zutreffend *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, 241, 243 unter Verweis auf BVerfG, NVwZ 2010, 435, Rn. 55 und auf *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, 73 f.

<sup>54</sup> So überzeugend *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, 241, 243.

<sup>55</sup> Vgl. etwa § 17 FStrG für die straßenrechtliche Planfeststellung; den jeweiligen Normen des Fachplanungsrechts, die Rechtsgrundlage für die unterschiedlichen Vorhaben etwa im Straßenrecht oder im Wasserrecht sind, kann bei isolierter Wortlautbetrachtung nichts für die Frage entnommen werden, ob den Zulassungsbehörden bei Prüfung der materiell-rechtlichen Anforderungen des unterschiedlichen Fachrechts, das bei der Planfeststellung zu beachten ist, eine Einschätzungsprärogative zusteht oder nicht.

Voraussetzungen, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 31. Mai 2011<sup>56</sup> zur Anerkennung einer Einschätzungsprärogative bzw. eines Beurteilungsspielraums genannt hat, nicht streng voneinander geschieden werden können, sondern miteinander in einer wechselbezüglichen Beziehung stehen können. In dieser Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht zunächst grundsätzlich gefordert, dass eine Einschätzungsprärogative einer gesetzgeberischen Entscheidung über die Einräumung entsprechender behördlicher Spielräume bedürfe. Offengelassen hat das Bundesverfassungsgericht, ob *unabhängig* hiervon eine Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle zulässig sei, wenn eine solche an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stieße. Ausdrücklich genannt hat das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang Prüfungsfälle.<sup>57</sup>

Wenn eine Norm (wie vorliegend das artenschutzrechtliche Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) in einem bestimmten Regelungszusammenhang in seiner Handhabung unproblematisch ist und keine nur schwer bzw. nicht mit letzter wissenschaftlicher Eindeutigkeit beantwortbaren Fragen aufwirft, scheidet *in diesem Zusammenhang* die Zubilligung einer Einschätzungsprärogative aus. Anders stellt sich die Sachlage aber dar, wenn die Norm in einem Regelungszusammenhang angewandt werden muss, in dem sich naturschutzfachlich ungeklärte Fragen stellen (die zudem noch mit Prognosen verknüpft sind). In derartigen Konstellationen sind die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung erreicht. Es stellt eine Überforderung der Rechtsprechung dar, von dieser zu fordern, im Rahmen eines (verwaltungsgerichtlichen) Rechtsstreits naturwissenschaftlich/ökologisch ungeklärte Fragen (deren Beantwortung auch unter Ausschöpfung aller verfügbaren Erkenntnisquellen im Rechtsstreit nicht eindeutig möglich ist), durch eigene Dezision der jeweiligen Frage zu entscheiden.

6. Zur Vermeidung von Missverständnissen ist klarzustellen, dass die Einräumung einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative nicht bedeutet, dass hiermit kontrollfreie Räume der Verwaltung anerkannt würden. Die Tatsache allein, dass von einer Behörde bei der Entscheidung komplexe fachliche Beurteilungen verlangt werden, reicht für die Annahme einer Einschätzungsprärogative nicht aus. Die Behörde ist folglich auch an einer vorzeitigen „Flucht“ in eine Einschätzungsprärogative gehindert, um sich aus Gründen der Verwaltungsökonomie der Bewertung anspruchsvoller Fachfragen zu entziehen. Einschätzungsprärogativen sind im Einzelfall nachvollziehbar zu begründen.<sup>58</sup>

In diesem Sinne ist auch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht zu verstehen. Die Verwaltungsgerichte haben auch bei ökologisch und naturschutzfachlich schwierig zu beurteilenden Fragen eine umfassende Sachverhaltsaufklärung zu leisten. Einschätzungen in Gutachten, die seitens eines Vorhabenträgers und/oder der Verwaltung vorgelegt werden, sind einer uneingeschränkten Prüfung zu unterziehen. Und zwar dahingehend, ob sie auf einer tatsächlich zutreffenden Basis beruhen und ob hinsichtlich der Schlussfolgerungen alle verfügbaren Erkenntnismittel herangezogen bzw. ausgeschöpft worden sind. Das Gericht ist verpflichtet, auch bei ökologisch/naturschutzfachlich komplexen Fragen den aktuellen Stand der wissenschaftlichen Diskussion zu erfassen, um überprüfen zu können, inwieweit die behördliche Entscheidung mit diesem Erkenntnisstand kompatibel ist.

Nur und erst dann, wenn nach Ausschöpfung aller Erkenntnisquellen zur Überzeugung des Gerichts feststeht, dass nach dem aktuellen Stand der wissenschaftlichen Diskussion Erkenntnisdefizite bzw. Unsicherheiten verbleiben, ist es nicht zu beanstanden, wenn die Gerichte

---

<sup>56</sup> BVerfGE 129, 1 ff.

<sup>57</sup> BVerfGE 129, 1, 23.

<sup>58</sup> So zutreffend *Steenhoff*, UPR 2017, 467, 468.

eine behördliche Bewertung unter Rückgriff auf die Rechtsfigur der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative billigen, wenn diese nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft fachlich vertretbar ist.

- - -