

Schriftleitung:

Prof. Dr. Bernhard Stürer (Schriftleiter: DVBI-aktuell, Abhandlungen, Berichte, Rezensionen und Rechtsprechung), Münster/Osnabrück · Dr. Caspar David Hermanns (Redaktion: DVBI-aktuell und Rechtsprechung), Osnabrück · Dr. Peter Szczekalla (Redaktion: Abhandlungen, Berichte, Rezensionen), Osnabrück

Herausgeber:

Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas von Danwitz, Luxemburg · Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn · Marion Eckertz-Höfer, Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts a.D., Leipzig · Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Landkreistages, Berlin · Prof. Dr. Wolfgang Kahl, Heidelberg · Prof. Dr. Christoph Moench, Rechtsanwalt, Berlin · Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling, Osnabrück · Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert, Präsident des Bundesverwaltungsgerichts, Leipzig · Prof. Dr. Bernhard Stürer, Rechtsanwalt, FAWvR, Münster/Osnabrück

Aufsätze

Die gerichtliche Kontrolldichte bei der Zulassung von Vorhaben

von Rechtsanwalt Prof. Dr. Christofer Lenz, Stuttgart*

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte durch auf der Tatbestandsseite verankerte Beurteilungsspielräume, insbesondere im Naturschutzrecht, findet einerseits große Akzeptanz, ist aber andererseits der Frage nach ihrer gesetzlichen Grundlage und damit ihrer Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben ausgesetzt. Dieser Spannungslage geht der Beitrag aus Anlass zugestellter Verfassungsbeschwerden nach.

I. Anlass und Gegenstand

Am Anfang steht ein Impuls aus Karlsruhe. Der Tagungsleiter hat das Thema gewählt, weil das Bundesverfassungsgericht die Rechtsprechung des 4. und 7. Senats des Bundesverwaltungsgerichts auf den Prüfstand gestellt hat. Im vergangenen Jahr hat das Bundesverfassungsgericht den sogenannten Äußerungsberechtigten nach § 27a BVerfGG, darunter der Bundesrechtsanwaltskammer und dem Deutschen Anwaltverein, zwei Verfassungsbeschwerden zur Stellungnahme zugestellt. Die Zustellung ist erforderlich, damit das Bundesverfassungsgericht als Senat oder als Kammer der Verfassungsbeschwerde stattgeben kann. Zugestellt werden muss deshalb an die Partei, zu deren Gunsten das Urteil ergangen ist, gegen das sich die Urteilsverfassungsbeschwerde richtet (§§ 94 Abs. 3, 93c Abs. 2, 23 Abs. 2 BVerfGG).¹

Zugestellt hat das Bundesverfassungsgericht zwei Verfassungsbeschwerden von Unternehmen, die Windkraftanlagen errichten und betreiben wollen, mit ihren Verpflichtungsklagen aber beim 4. und beim 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts keinen Erfolg hatten. Das sind die Fälle BVerwGE 147, 118 betreffend die Firma Harzer Windmüller² und BVerwG, NVwZ 2014, 524 betreffend die Firma e.n.o. energy.³ In beiden Fällen beruht die Klagabweisung der Vorhabenträger auf einer zurückgenommenen gerichtlichen Kontrolldichte. Stichwort ist der sogenannte naturschutzrechtliche Beurteilungsspielraum, der zu einem partiellen behördlichen Letztentscheidungsrecht geführt hat.⁴ Diese Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum naturschutzrechtlichen Beurteilungsspielraum ist zwar nicht neu,⁵ sie ist aber jetzt erstmals von Betroffenen auf den verfassungsgerichtlichen Prüfstand gestellt worden.

Verfassungsbeschwerden haben in weniger als 3 % aller Fälle Erfolg. Bei zugestellten Verfassungsbeschwerden ist das aber anders. Hier ist der Erfolg durchschnittlich genauso wahrscheinlich wie der Misserfolg. Durch die Zustellung ist deshalb erkennbar geworden: Es droht ernsthaft ein Konflikt zwischen dem Bundesverfassungsgericht einerseits und dem 4. und 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts andererseits.

Deshalb fokussiert sich der Beitrag zur Beschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte auf solche Beschränkungen, die auf der Tatbestandsseite von Normen ansetzen. Ausgeklammert werden also alle Ermessens- und Abwägungsfragen. Im Kern geht es um die Problematik der behördlichen Beurteilungsspielräume.⁶

Dabei interessiert nur die Rechtsprechung zur Zulassung von Vorhaben, also die Fälle von Planfeststellungen und immi-sionsschutzrechtlichen Genehmigungen. Um Beurteilungs-

* Prof. Dr. Christofer Lenz ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Partner von OPPENLÄNDER Rechtsanwälte, Stuttgart und Mitglied des Verfassungsrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer. Der Beitrag geht auf den Vortrag »Die gerichtliche Kontrolldichte bei fachplanungsrechtlichen Entscheidungen über Infrastrukturvorhaben« zurück, den Professor Lenz auf der 24. Jahresarbeitsstagung Verwaltungsrecht des Deutschen Anwaltsinstituts e.V. am 25.01.2018 im Bundesverwaltungsgericht in Leipzig gehalten hat (siehe dazu auch den Tagungsbericht von Stürer, DVBI 2018, 423). Der Vortragssil ist im Wesentlichen beibehalten, die Nachweise sind bewusst knapp gehalten.

1 Vgl. Lenz/Hansel, BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 94, Rdnr. 5.

2 BVerwG, Urteil des 4. Senats vom 27.06.2013 – 4 C 1,12; die Verfassungsbeschwerde hiergegen hat beim Bundesverfassungsgericht das Aktenzeichen 1 BvR 2523/13.

3 BVerwG, Urteil des 7. Senats vom 21.11.2013 – 7 C 40,11; die hiergegen geführte Verfassungsbeschwerde ist beim Bundesverfassungsgericht anhängig unter dem Aktenzeichen 1 BvR 595/14.

4 Vgl. dazu näher und m.w.N.: Rennert, in: Eyer mann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 114 VwGO, Rdnr. 62; Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241 (243 ff.); die beiden genannten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2013 sprechen von einem »naturschutzfachlichen Beurteilungsspielraum«, vgl. BVerwGE 147, 118 (25 f., Rdnr. 14) und BVerwG, NVwZ 2014, 524 (526, Rdnr. 19).

5 Vgl. für das Planfeststellungsrecht grundlegend BVerwGE 131, 274 (296, Rdnr. 65 und 301, Rdnr. 91).

6 Zu den Voraussetzungen von und dem Umgang mit behördlichen Beurteilungsspielräumen umfassend Pache, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, 33–49.

spielräume im Prüfungs-, Beamten- oder Medienrecht geht es im Folgenden nicht.

II. Auswirkungen und Praxis

Anwälte nehmen Interessen von Mandanten wahr. Deshalb fragen wir uns ganz automatisch, was eigentlich eine Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte für die Parteien eines Verwaltungsprozesses bedeutet.

1. Formen und Reichweite

Dazu zunächst ein Blick auf die Formen administrativer Letztentscheidungsbefugnisse und auf deren Reichweite.

a) Typen administrativer Letztentscheidungsbefugnisse nicht abschließend

Es geht hier nicht um den Versuch, die verschiedenen dogmatischen Ansätze zur Typisierung und Systematisierung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse zu referieren oder um eine Variante zu erweitern.⁷ Wichtig ist der zentrale Punkt: Es gibt kein abschließendes Typensystem.⁸ Es gibt nicht einmal Einigkeit über Begrifflichkeiten. Gerichte und Gesetzgeber verwenden für ein und dasselbe wechselnde Bezeichnungen. Den hier sogenannten naturschutzrechtlichen Beurteilungsspielraum bezeichnet bspw. der 7. Senat in seinem schon angesprochenen Urteil zur Klage der Firma e.n.o. energy auf seiner Urteilsseite 10 abwechselnd als »Beurteilungsermächtigung«, als »Einschätzungsprärogative« und als »Beurteilungsspielraum«.⁹ Entscheidend ist jedoch nicht die Begrifflichkeit, sondern was in der Sache gemeint ist. Darüber besteht aber durchaus Einigkeit. Mit Beurteilungsspielraum ist im weiteren Sinne gemeint, dass einzelne Tatbestandsmerkmale einer Norm oder die Tatbestandsseite insgesamt so ausgestaltet sind, dass bei ihrer Anwendung durch eine Verwaltungsbehörde mehrere Ergebnisse in gleicher Weise rechtlich richtig und damit gesetzmäßig sind. Fälle eines behördlichen Beurteilungsspielraums sind demnach Fälle, in denen das Recht auf der Tatbestandsseite einer Norm beim Normanwendungsergebnis einen Bereich von mehreren verschiedenen, rechtlich gleichermaßen richtigen Lösungen zulässt.

Vereinfacht gesagt: Wenn auf der Tatbestandsebene 2 plus 2 als Ergebnis 4 ergibt, dann gibt es keinen Beurteilungsspielraum. Wenn nach der Tatbestandsseite der Norm 2 plus 2 auch zum Ergebnis 3 oder 5 führen darf, dann gibt es einen entsprechend weiten Beurteilungsspielraum. Wenn aber neben der Zahl 4 auch die Zahlen 3 und 5 rechtlich zulässige Ergebnisse bei der Auslegung der Tatbestandsseite einer Norm sind, dann schlägt das natürlich auf die gerichtliche Kontrolle der Normanwendung durch. Gerichte können dann die Ergebnisse 3 und 5 rechtlich nicht beanstanden. Gerade weil Gerichte auf eine Rechtskontrolle beschränkt sind, haben sie weder das Recht noch die Pflicht behördliche Auswahlentscheidungen zwischen den Ergebnissen 3, 4 und 5 zu prüfen und zu korrigieren. Die Auswahl zwischen verschiedenen rechtlich zulässigen, vom Tatbestand der Norm abgedeckten Normanwendungsergebnissen ist deshalb letztlich bloß eine Frage der Zweckmäßigkeit, keine von Gerichten kontrollierbare Frage der Rechtmäßigkeit. Die Kontrolle auf Zweckmäßigkeit ist aber Sache der Verwaltung. § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO lässt grüßen.

b) Reichweite der Rücknahme der gerichtlichen Kontrolldichte

Was die Reichweite angeht, wird zur Verteidigung von Beurteilungsspielräumen gerne gesagt, die Rücknahme der

gerichtlichen Kontrolldichte sei ja beschränkt.¹⁰ In der Tat gibt es nach allgemeinem Verständnis und vor allem nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keinen Beurteilungsspielraum bei der Interpretation von generell-abstrakten Rechtsnormen als solchen, also bei der Normauslegung. Und es gibt – so die überwiegende Sichtweise – auch keinen Beurteilungsspielraum bei der Feststellung des Sachverhalts.¹¹

Letzteres stimmt aber im Falle des naturschutzrechtlichen Beurteilungsspielraums nur eingeschränkt.¹² Die mit solchen Fällen befassten Senate des Bundesverwaltungsgerichts wenden den naturschutzrechtlichen Beurteilungsspielraum durchaus auch auf die Feststellung des naturschutzrechtlich relevanten Sachverhalts an, insbesondere auf die Feststellung eines vorhandenen Artenbestandes.¹³

2. Auswirkungen auf die Beteiligten des Verwaltungsprozesses

Eindeutig ist, wem ein Beurteilungsspielraum nützt.

Da er zu einem partiellen Letztentscheidungsrecht der Behörde führt, profitiert im verwaltungsgerichtlichen Rechtsstreit die Behörde vom Beurteilungsspielraum. Der Beurteilungsspielraum reduziert die Wahrscheinlichkeit, dass die Entscheidung einer Behörde auf eine Klage hin aufgehoben wird. »Gewinner« ist damit zunächst einmal eine staatliche Einheit, zu deren Kontrolle das Grundgesetz die Verwaltungsgerichte gerade geschaffen hat. Die Anwälte unter uns, die regelmäßig Planfeststellungs- und Genehmigungsbehörden in verwaltungsgerichtlichen Verfahren vertreten, profitieren also von Beurteilungsspielräumen. Mehr noch: Sie haben ein Interesse daran, das materielle Recht so auszulegen, dass ihm ein Beurteilungsspielraum zugunsten ihrer Mandantin »Zulassungsbehörde« zu entnehmen ist. Daran ist auch nichts zu kritisieren. So machen wir Anwälte das eben.

7 Vgl. dazu die Überlegungen von Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4, Rdnr. 188 ff. (Stand Juli 2014); siehe zu Beurteilungsermächtigungen und Beurteilungsspielräumen auch die Darstellungen von Ramsauer (in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 18. Aufl. 2017, § 40, Rdnr. 99 ff.) und von Sachs (in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, Rdnr. 158 ff.).

8 So schon BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07, DVBl 2010, 250, Rdnr. 54 bei juris.

9 BVerwG, NVwZ 2014, 524, Rdnr. 17, 18 und 19 bei juris.

10 So hält etwa BVerwGE 147, 118 (126 f., Rdnr. 16) in Anlehnung an BVerwGE 131, 274 (269, Rdnr. 67 und 301, Rdnr. 91) fest, dass »[d]ie Überprüfung behördlicher Einschätzungsprärogativen [...] wirksamer gerichtlicher Rechtsschutz ist, nämlich bezogen auf die Einhaltung der rechtlichen Grenzen des behördlichen Einschätzungsspielraums, und genügt damit den verfassungsrechtlichen Erfordernissen [...]«. Aus der neueren Rechtsprechung des 4. Senats des Bundesverwaltungsgerichts vgl. etwa die Aussage in BVerwG, DVBl 2017, 1039, Rdnr. 91 bei juris, wonach das Bundesverwaltungsgericht die mit der naturschutzrechtlichen Einschätzungsprärogative verbundene Rücknahme der gerichtlichen Kontrolldichte restriktiv handhabe.

11 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07, DVBl 2010, 250, Rdnr. 58 bei juris; dem folgend auch Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4, Rdnr. 184 (Stand Juli 2014).

12 So auch Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241 (244).

13 Vgl. schon BVerwGE 131, 274 (296, Rdnr. 65); BVerwGE 140, 147 (159, Rdnr. 62).

a) Grundsätzlich keine strukturelle Bevorzugung von Vorgabenträgern oder Einwendern

Die meisten Anwälte vertreten aber überwiegend Vorhabenträger oder Einwender, nicht Genehmigungs- und Planfeststellungsbehörden. Beurteilungsspielräume und die damit verbundene behördliche Letztentscheidungsbefugnis führen strukturell weder zu einer Bevorzugung von Vorhabenträgern noch zu einer Bevorzugung von Einwendern.

Zu wessen Lasten der Beurteilungsspielraum geht, hängt letztendlich davon ab, für welches Beurteilungsergebnis sich die Behörde innerhalb des ihr eröffneten Spielraums entscheidet. Das kann ein Ergebnis sein, das zur Erteilung einer Genehmigung oder zum Erlass eines Planfeststellungsbeschlusses führt und deshalb dem Vorhabenträger nützt und vom Einwender kritisiert wird. So dürfte es sich überwiegend im Bereich der Planfeststellung von Straßen verhalten.

Es kann aber auch einmal umgekehrt sein. Ein Vorhabenträger kann mit der Zulassung seines Vorhabens scheitern, weil eine Behörde ihren Beurteilungsspielraum zu seinen Lasten und zu Gunsten von Einwendern ausübt. Das ist nicht nur dort möglich, wo wie im Fachplanungsrecht abgewogen wird, sondern auch dort, wo wie im Immissionschutzrecht die Norm als gebundene Entscheidung ausgestaltet ist, also grundsätzlich ein Genehmigungsanspruch besteht.

Das zeigen gerade die beiden vom Bundesverfassungsgericht zugestellten Verfassungsbeschwerden. In beiden Fällen ist es die unternehmerisch tätige Vorhabenträgerin, die sich gegen die Anwendung eines Beurteilungsspielraums durch die Behörden und deren Anerkennung durch die Gerichte wendet, weil das zum Misserfolg ihrer Verpflichtungsklage auf Erteilung der immissionschutzrechtlichen Genehmigung geführt hat.

Dies könnte eine der Ursachen dafür sein, dass die Einstellungen zur Anerkennung von Beurteilungsspielräumen in der Anwaltschaft nicht erkennbar danach differenzieren, ob jemand überwiegend Einwender oder überwiegend Vorhabenträger vertritt.¹⁴

b) Einschränkung des Grundrechtsschutzes einer Partei
Objektive Auswirkung ist jedoch, dass ein Beurteilungsspielraum immer zu Lasten desjenigen Akteurs geht, zu dessen Lasten die Behörde ihren Spielraum ausübt. Deshalb wirkt sich ein Beurteilungsspielraum gegenüber dem Normalzustand einer gerichtlichen Vollkontrolle immer als Einschränkung des Grundrechtsschutzes des Beteiligten aus, zu dessen Lasten die Behörde ihren Spielraum ausübt. Wenn das der Vorhabenträger ist, geht es um die Grundrechte aus der Berufs- und Eigentumsgarantie, bei Einwendern können das die klassischen Abwehrgrundrechte Betroffener ebenso sein wie Ansprüche auf allgemeine Rechtsdurchsetzung etwa im Bereich der Umweltverbände.

Wenn die zentrale Auswirkung eines Beurteilungsspielraums im Verwaltungsprozess aber immer ist, dass der Grundrechtsschutz der dadurch belasteten Partei verkürzt wird, dann ergeben sich daraus auch zentrale Ansatzpunkte für die verfassungsrechtlichen Maßstäbe zur Zulassung von Beurteilungsspielräumen.

3. Handhabung in der Rechtsprechung der Senate des Bundesverwaltungsgerichtes

Wie das gehandhabt wird, zeigt sich zentral und exemplarisch beim naturschutzrechtlichen Beurteilungsspielraum in Artenschutz.¹⁵

Für den Bereich von Planfeststellungsverfahren hat der 9. Senat des Bundesverwaltungsgerichts die Weichen gestellt, und zwar in seiner Entscheidung vom 09.07.2008 zur Planfeststellung für die Autobahn-Nordumgehung Bad Oeynhausen. Das ist die Entscheidung BVerwGE 131, 274.¹⁶ Hier ging es um artenschutzrechtliche Einwendungen, nicht um Fragen des Habitatschutzes.¹⁷

Die Herleitung der »naturschutzfachlichen Einschätzungsprerogative« erfolgte so: Die artenschutzrechtlichen Fragestellungen erforderten ökologische Bewertungen und Einschätzungen, für die nähere normkonkretisierende Maßstäbe fehlen.¹⁸ Wenn und solange die ökologische Wissenschaft sich insoweit nicht als eindeutiger Erkenntnisgeber erweist, fehle es den Gerichten an der auf besserer Erkenntnis beruhenden Befugnis, eine naturschutzfachliche Einschätzung der sachverständig beratenden Planfeststellungsbehörde als »falsch« und »nicht rechters« zu beanstanden. Die behördlichen Annahmen seien daher nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle zugänglich.¹⁹ Das war schon in dieser Entscheidung auf das artenschutzrechtliche Tötungsverbot bezogen.²⁰

Diese Rechtsprechung ist vom 9. Senat weiter fortgeführt und bestätigt worden, etwa in den Entscheidungen zum Autobahnabschnitt Bielefeld-Steinhagen,²¹ zum Autobahnabschnitt Hessisch-Lichtenau²² und zur Ortsumgehung Freiberg.²³ Ausgeklammert bleibt an dieser Stelle die neuere Rechtsprechung des 4. Senats²⁴ zum naturschutzrechtlichen Beurteilungsspielraum, weil sie nach den Entscheidungen ergangen ist, die jetzt Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Überprüfung sind. Ausgeklammert bleiben auch die Rechtsprechungslinien des Bundesverwaltungsgerichts zu behördlichen Einschätzungsspielräumen bei Prognosen in Planfeststellungen, etwa im Bereich des Luftverkehrs.²⁵ Das Bundes-

14 Vgl. die offenbar einmütige Stellungnahme, die die insoweit heterogenen Mitglieder der Ausschüsse für Verfassungsgerecht und für Umweltrecht beim Deutschen Anwaltverein zu den beiden zugestellten verfassungsgerichtlichen Verfahren abgegeben haben (Stellungnahme DAV Nr. 57/2017, abrufbar unter www.anwaltverein.de).

15 Umfassend zur Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Umgang mit Beurteilungsspielräumen Rennert, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 114, Rdnr. 52.

16 BVerwG, Urteil des 9. Senats vom 09.07.2008 – 9 A 14.07, BVerwGE 131, 274 (297, Rdnr. 65).

17 BVerwGE 131, 274 (289, Rdnr. 52).

18 Vgl. BVerwGE 131, 274 (295, Rdnr. 64).

19 Vgl. BVerwGE 131, 274 (296, Rdnr. 65).

20 Damals noch in § 42 BNatSchG, vgl. BVerwGE 131, 274 (301, Rdnr. 91).

21 Urteil des 9. Senats vom 12.08.2009 – Az. 9 A 64.07, BVerwGE 134, 308 (316 f., Rdnr. 38).

22 Urteil des 9. Senats vom 14.04.2010 – Az. 9 A 5.08, BVerwGE 136, 291 (318, Rdnr. 113).

23 Urteil des 9. Senats vom 14.07.2011 – Az. 9 A 12.10, BVerwGE 140, 149 (159, Rdnr. 62).

24 Vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 06.04.2017 – 4 A 16.15, DVBl 2017, 1039 m. Anm. Stüier, Rdnr. 91 ff.

25 Grundlegend BVerwGE 75, 214 (234); s.a. BVerwGE 142, 234 (257, Rdnr. 59).

verwaltungsgericht selbst hat diese Rechtsprechung nicht auf den Bereich des naturschutzrechtlichen Beurteilungsspielraums übertragen den naturschutzrechtlichen Beurteilungsspielraum mit der »Prognoserechtsprechung« verteidigt.²⁶

III. Voraussetzungen und Grenzen von Beurteilungsspielräumen

Die Frage nach den Voraussetzungen und Grenzen von Beurteilungsspielräumen eröffnet die verfassungsrechtliche Perspektive.²⁷

1. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Auseinanderzuhalten sind die objektive und die subjektive Seite.

Objektiv ist es so, dass gerade die Verwaltungsgerichte bei der Überprüfung von Verwaltungshandeln an das Gesetz gebunden sind. Das ergibt sich sowohl aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG wie unmittelbar aus Art. 97 Abs. 1 GG. Soweit hoheitliches Handeln an gesetzliche Vorgaben gebunden ist, müssen Gerichte diese Vorgaben kontrollieren.

Eine andere Frage ist, inwieweit der private Grundrechtsträger diese Kontrolle auch verlangen kann. Das betrifft den effektiven Rechtsschutz und die Reichweite von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG. Die Norm des Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG schafft dabei keine materiell geschützte Rechtsposition des Bürgers, sondern setzt sie voraus. Welche Rechte der Bürger hat, bestimmt sich neben den durch die Verfassung an anderer Stelle eingeräumten materiellen Rechten vor allen Dingen nach dem einfachen Gesetzesrecht.

Schon diese Grundstruktur gibt den klaren Hinweis, dass Entscheidungen über die Beschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte Sache des Gesetzgebers sind.

2. Konkretisierung durch das Bundesverfassungsgericht

Darauf baut die Konkretisierung durch das Bundesverfassungsgericht auf. Zugrunde zu legen ist der Stand, der durch die Senatsentscheidung vom 31.05.2011 erreicht worden ist, also durch BVerfGE 129, 1.²⁸ Dieser Rechtsprechung lassen sich fünf Kernelemente entnehmen:

a) Regel-Ausnahme-Verhältnis

Die volle gerichtliche Kontrolle muss von Verfassungs wegen die Regel, die Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle die Ausnahme sein. Die durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG garantierte Effektivität des Rechtsschutzes darf auch der Gesetzgeber nicht aushebeln.²⁹ Ausgeschlossen sind so zahlreiche oder weitgreifende Beurteilungsspielräume für ganze Sachbereiche oder gar Rechtsgebiete.³⁰

b) Kombination formeller und materieller Voraussetzungen

Das Bundesverfassungsgericht macht die verfassungsrechtliche Zulassung von Beurteilungsspielräumen von einer Kombination von formellen und materiellen Voraussetzungen abhängig.

Die formelle Voraussetzung zielt auf eine Verankerung des Beurteilungsspielraums im Gesetz und durch den Gesetzgeber. Das ist die sogenannte normative Ermächtigungslehre.³¹

Die materielle Voraussetzung ist, dass auch der Gesetzgeber für die Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle einer sachlichen Rechtfertigung bedarf. »Auch der Gesetzgeber ist im Übrigen nicht frei in der Anordnung behördlicher Letztentscheidungsbefugnisse.«³²

c) Einschränkung verwaltungsgerichtlicher Rechtskontrolle nur durch den Gesetzgeber

Besondere Bedeutung hat die formelle Voraussetzung. Beurteilungsspielräume kann nur der Gesetzgeber eröffnen.

Das Bundesverfassungsgericht formuliert klar seine Sorge, dass Gerichte von sich aus behördliche Letztentscheidungsrechte »erfinden«.³³

Von Verfassungs wegen kann es weder der Verwaltung noch den Gerichten überlassen werden, ohne gesetzliche Grundlage behördliche Letztentscheidungsrechte anzunehmen. Denn dadurch werden die Grenzen zwischen Gesetzesbindung und grundsätzlich umfassender Rechtskontrolle verschoben. 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 das nicht nur im Widerspruch zur Gesetzesbindung der Gerichte – Art. 20 Abs. 3, Art. 79 Abs. 1 GG –, sondern verletzt vor allem auch das Versprechen wirklichen Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG.³⁴

Das Bundesverfassungsgericht hat auch gesagt, wie das im konkreten Fall subsumiert werden soll.

Die Anordnung des Beurteilungsspielraums durch den Gesetzgeber muss sich entweder ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben oder durch Auslegung »hinreichend deutlich zu ermitteln sein«.³⁵

Damit legt das Bundesverfassungsgericht die Latte hier hoch. Die Ermittlung durch bloße Auslegung genügt nicht. Das Auslegungsergebnis muss qualifiziert sein, eben hinreichend deutlich.

26 Für eine solche Verknüpfung ist in der Diskussion bei der 24. Jahrestagung allerdings Ramsauer eingetreten.; vgl. grundlegend zu Ramsauers Vorstellung von einer Flexibilisierung des auf der normativen Ermächtigungslehre beruhenden Konzepts der Letztentscheidungskompetenz schon dessen Darstellung, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 18. Aufl. 2017, § 40, Rdnr. 100.

27 Dieser Abschnitt ist dargestellt worden unter Bezugnahme auf das vorangegangene Referat des Bundesverfassungsrichters Prof. Dr. Michael Eichberger, vgl. dazu den Tagungsbericht von Stüer, DVBl 2018, 423 (dort unter Ziffer 4).

28 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 31.05.2011 – 1 BvR 857/07, BVerfGE 129, 1 (21 f., Rdnr. 73 ff.).

29 BVerfGE 129, 1.

30 BVerfGE 129, 1 (23).

31 Vgl. Eichberger, Die Rechtsschutzgarantie vor Bundesverwaltungs- und Bundesverfassungsgericht – Aspekte eines Kooperationsverhältnisses anhand der Beispiele von Beurteilungsspielraum und Vollprüfungsanspruch, NVwZ-Beilage 1/2013, 18 (21); s.a. Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4, Rdnr. 185 (Stand Juli 2014). Ausdrücklich für eine Flexibilisierung der normativen Ermächtigungslehre dagegen Ramsauer (in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 18. Aufl. 2017, § 40, Rdnr. 100).

32 BVerfGE 129, 1 (22).

33 Diese Sorge hat der Richter des Bundesverfassungsgerichts Prof. Dr. Michael Eichberger bei seinem unmittelbar vorangegangenen Vortrag auf der 24. Jahrestagung ebenfalls noch einmal ausdrücklich hervorgehoben.

34 BVerfGE 129, 1 (22).

35 BVerfGE 129, 1 (22).

Das schiebt die Begründungs- und Darlegungserfordernisse für Gerichte nach oben, wenn sie die Beurteilungsspielräume im Wege der Auslegung als im Gesetz verankert annehmen wollen.

d) Materielle Grenzen

Zu den materiellen Grenzen nur einige Ergänzungen zu den Ausführungen von Michael Eichberger:

Es gibt den schon erwähnten Aushöhlungsvorbehalt. Das ist eine Grenze in quantitativer Hinsicht.

Das andere ist eine qualitative Grenze. Das Bundesverfassungsgericht verlangt für die Zulassung eines Beurteilungsspielraums durch den Gesetzgeber einen hinreichend gewichtigen, im Grundsatz seines wirksamen Rechtsschutzes ausgerichteten Sachgrunds.³⁶ Das ist eine vergleichsweise niedrige Hürde.

e) Rückgriff auf Figur der »Funktionsgrenzen der Rechtsprechung«?

Die in der älteren verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auftauchende Formel einer Zulassung von Beurteilungsspielräumen unter dem Gesichtspunkt der »Funktionsgrenzen der Rechtsprechung« auch ohne gesetzliche Grundlage, hat das Bundesverfassungsgericht nicht vollständig abgeschnitten. Ob eine solche Fallgruppe überhaupt existiert, könne offen bleiben.³⁷

Unverkennbar ist, dass das Bundesverfassungsgericht von dieser Figur eigentlich abgerückt ist. Eine solche Rechtsfigur passt auch nicht zu der neueren Rechtsprechung, die inhaltlich auf die Gewaltenteilung und das Demokratieprinzip gestützt ist.

Offensichtlich will man aber einen Notausgang für ganz extrem gelagerte Fälle noch nicht kategorisch ausschließen. Michael Eichberger hat diesen Ansatz als »Angstklausel« beschrieben und als Versuch des Bundesverfassungsgerichts, gegenüber den Fachgerichten eine gewisse Zurückhaltung zu wahren.³⁸

Die richtige Einordnung ist also: Wer als Gericht einen Beurteilungsspielraum nicht auf den Gesetzgeber zurückführt, sondern auf die Figur der »Funktionsgrenzen der Rechtsprechung« ausweichen muss, verzichtet besser auf die Annahme eines Beurteilungsspielraums.

3. Beispielfälle in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Aus der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind drei Entscheidungen relevant:

a) BVerfGE 129, 1, 21 f. – Zuordnung eines Betriebs zum verarbeitenden Gewerbe

Grundlegend ist die Entscheidung des Ersten Senats vom 31.05.2011.³⁹ Dort ging es um die Frage, ob ein Betrieb dem verarbeitenden Gewerbe zugeordnet wird. Der Bundesfinanzhof hatte für die konkrete Subsumtion unter den von ihm präzisierten Gesetzesbegriff des verarbeitenden Gewerbes eine weitgehende Bindungswirkung des Finanzamts an Einordnungen des Statistischen Bundesamtes angenommen. Der Rechtsschutz war deshalb darauf verengt, ob Einstufungsentscheidungen des Statistischen Bundesamtes zu offensichtlich

falschen Ergebnissen führen oder von einem falschen Sachverhalt ausgegangen sind.

Für diese Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle fehlte es aber an einer gesetzlichen Grundlage. Das Gesetz sah einen solchen Beurteilungsspielraum nicht ausdrücklich vor. Ein Beurteilungsspielraum ließe sich dem Gesetz auch nicht im Wege der Auslegung hinreichend deutlich entnehmen. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Bundesfinanzhof vorgehalten, er begründe seine Auffassung noch nicht einmal unter Rückgriff auf das Gesetz. Das Gesetz enthalte dafür auch nicht sinngemäß irgend einen Anhaltspunkt. Das Bundesverfassungsgericht hat auch in den Gesetzesmaterialien keine tragfähigen Hinweise dafür gesehen, dass der Gesetzgeber den Statistikbehörden ein Letztentscheidungsrecht einräumen wollte. Auffällig ist, dass es den Rückgriff auf Gesetzesmaterialien einer früheren Fassung des Gesetzes ausdrücklich abgelehnt hat.⁴⁰

Damit fehlte schon die formelle Voraussetzung für die Annahme eines Beurteilungsspielraums. Der Fall war aber so eindeutig, dass das Bundesverfassungsgericht dem Bundesfinanzhof auch gleich einen Doppelfehler vorhalten konnte. Es vermisst auf der materiellen Seite auch einen tragfähigen Sachgrund für das hier behauptete behördliche Letztentscheidungsrecht. Denn vergleichbare Zuordnungsfragen ließen sich in anderen Rechtsbereichen ohne Weiteres uneingeschränkt gerichtlich überprüfen.⁴¹

b) BVerfG, DVBl 2010, 250, Rdnr. 50 ff. bei juris – Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen

Die zweite Entscheidung ist von der 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts getroffen worden und betraf inhaltlich die Zuteilung vom Emissionsberechtigungen. Hier ist das Entscheidungsdatum das Wesentliche. Die Entscheidung ist vom 10.12.2009, sie ist also älter als BVerfGE 129, 1. Deshalb sind ihre rechtlichen Obersätze überlagert durch die Aussagen in der nachfolgenden Senatsentscheidung.

Mit diesem Vorbehalt gilt: Die Annahme des Beurteilungsspielraums war in diesem Fall nicht zu beanstanden. Der Beurteilungsspielraum war hier durch den Gesetzgeber verankert. Das ergab sich daraus, dass das Gesetz den relevanten Zeitraum für die Berechnung eines Kürzungsfaktors so gewählt hat, dass von vornherein nicht auf einen Wirklichkeits-, sondern nur auf einen Wahrscheinlichkeitsmaßstab abgestellt werden konnte. Das Bundesverfassungsgericht fand es vertretbar, daraus zu schließen, dass der Gesetzgeber der zuständigen Behörde einen Prognosespielraum eingeräumt hat. Ausschlaggebend war also der festgestellte Gesetzesinhalt und die Gesetzessystematik.⁴²

36 BVerfGE 129, 1 (22 f.).

37 BVerfGE 129, 1 (23).

38 Eichberger, Die Rechtsschutzgarantie vor Bundesverwaltungs- und Bundesverfassungsgericht – Aspekte eines Kooperationsverhältnisses anhand der Beispiele von Beurteilungsspielraum und Vollprüfungsanspruch, NVwZ-Beilage 1/2013, 18 (21).

39 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 31.05.2011 – 1 BvR 857/07, BVerfGE 129, 1 (21 f.).

40 BVerfGE 129, 1 (31).

41 BVerfGE 129, 1 (31 f.).

42 BVerfG, DVBl 2010, 250 (252, Rdnr. 63 und 64).

c) BVerfG, DVBl 2012, 230, Rdnr. 27 ff. – Marktdefinition und -analyse nach dem TKG

Die neueste Entscheidung ist ein Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 08.12.2011. Er wendet schon die Grundsätze von BVerfGE 129, 1 an und fragt deshalb jetzt dezidiert danach, ob der Beurteilungsspielraum sich ausdrücklich aus dem Gesetz ergibt oder durch Auslegung hinreichend deutlich ermitteln lässt.

Und siehe da, § 10 Abs. 2 Satz 2 TKG enthält ganz ausdrücklich einen Beurteilungsspielraum für den Bereich der Regulierung. Die für die Regulierung in Betracht kommenden Märkte werden danach von der Bundesnetzagentur »im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums bestimmt.«

Im konkreten Fall ging es dann »nur noch« um die Frage, ob dieser für die Bestimmung der Märkte ausdrücklich im Gesetz zugebilligte Beurteilungsspielraum sich »auf die Marktdefinition und – analyse insgesamt« erstreckt.

Der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts hatte das aus der Gesetzessystematik und aus der engen Verknüpfung von Marktdefinition und Marktbewertung abgeleitet.

Der Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats hat dies als vertretbar angesehen.⁴³ Er hat auch die zweite Voraussetzung bejaht und angenommen, dass für die Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte durch den Gesetzgeber im konkreten Fall hinreichend tragfähige Sachgründe bestehen.⁴⁴

IV. Möglicher Konflikt zwischen dem Bundesverfassungsgericht und Senaten des Bundesverwaltungsgerichts

Nun zum möglichen Konflikt zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem 4. und dem 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts.

1. Konkrete offene Anwendungsfälle zum naturschutzrechtlichen Beurteilungsspielraum

Die beiden vom Bundesverfassungsgericht zugestellten Verfassungsbeschwerden von Windenergieunternehmen⁴⁵ zielen auf den naturschutzrechtlichen Beurteilungsspielraum im Artenschutz. Sie rügen eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG. Entschieden wird darüber natürlich in Karlsruhe, aber auf einer Arbeitstagung können wir das gemeinsam miteinander simulieren.

2. Norminhalt und Handhabung durch den 4. und 7. Senat

Betrachten wir zunächst einmal den gesetzlichen Tatbestand in § 44 BNatSchG, konkret Abs. 1 Nr. 1 dieser Norm.

Die Regelung enthält das Tötungsverbot. Der Wortlaut ist karg. Es ist verboten, die dort genannten Tiere zu töten.

Ausgehend von diesem Normwortlaut betrachten wir jetzt die beiden angegriffenen Entscheidungen.

Die ältere ist diejenige des 4. Senats, also BVerwGE 147, 118. Die Einstiegsformulierung lautet: Das Oberverwaltungsgericht habe dem Beklagten einen naturschutzfachlichen Beurteilungsspielraum »ingeräumt« und zwar in Übereinstimmung mit Bundesrecht.⁴⁶

Die Begründung dafür ist kurz. Der 4. Senat erwähnt die vom 9. Senat für Planfeststellungsverfahren entwickelte Rechtsprechung zur naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative der Planfeststellungsbehörde und überträgt sie auf immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren. Inhaltlich bezieht sich das auf die Erfassung des Bestandes der geschützten Arten ebenso wie auf die Bewertung der Gefahren, die von dem zur Genehmigung bestehenden Vorhaben ausgehen.

In ihrer Rdnr. 15 enthält die Entscheidung dann eine materielle Begründung für den Beurteilungsspielraum. Das endet in der Formulierung: Die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative folgt nicht aus einer bestimmten Verfahrensart oder Entscheidungsform, sondern aus der Erkenntnis, dass das Artenschutzrecht außerrechtliche Fragestellungen aufwirft, zu denen es jedenfalls nach dem derzeitigen Erkenntnisstand keine eindeutigen Antworten gibt.

Die Entscheidung enthält auch verfassungsrechtliche Überlegungen. Sie stellen aber nicht auf eine Entscheidung des Gesetzgebers ab, sondern betonen, dass trotz des Beurteilungsspielraums noch als ausreichend angesehene Reste einer gerichtlichen Kontrolle verbleiben.⁴⁷

Aufschlussreich ist das Datum der Entscheidung des 4. Senats, der 27.06.2013. Zu diesem Zeitpunkt lagen also alle drei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts schon vor, die hier im Gliederungsabschnitt III. 3. vorgestellt wurden.

Jetzt zum Urteil des 7. Senats vom 27.11.2013, also zum Fall von e.n.o. energy.⁴⁸ Das ist ein klarer Kontrast. Der 7. Senat greift in Rdnr. 15 seiner Entscheidung ausdrücklich auf BVerfGE 129, 1 zurück und stellt ausdrücklich auf die zentrale Rolle des Gesetzgebers ab.

Der 7. Senat erläutert, warum aus seiner Sicht im Wege der Auslegung den gesetzlichen Regelungen eine Einschätzungsprärogative zu entnehmen ist.⁴⁹ Bitte beachten Sie, worauf der 7. Senat abstellt. Er stellt gerade nicht ausschließlich auf den eben behandelten § 44 BNatSchG ab. Für ihn relevant sind die Vorschriften über den Erlass fachplanungsrechtlicher Planfeststellungsbeschlüsse und immissionsschutzrechtlicher Anlagenehmigungen, die ihrerseits den § 44 BNatSchG zum Prüfungsprogramm für die Erteilung der Zulassung erheben.⁵⁰

Die Beurteilungsermächtigung ist nicht in § 44 BNatSchG vom Gesetzgeber eingeräumt, sondern soll ihre Grundlage in § 44 BNatSchG i.V.m. den Zulassungsregelungen des Planfeststellungs- und Genehmigungsrechts haben. Damit trägt der 7. Senat dem Einwand Rechnung, dass § 44 BNatSchG

43 BVerfG, DVBl 2012, 230 (232, Rdnr. 32).

44 BVerfG, DVBl 2012, 230 (232, Rdnr. 38).

45 Verfahren 1 BvR 2523/13 der Firma Harzer Windmüller gegen Bundesverwaltungsgericht, Urteil des 4. Senats vom 27.06.2013 – 4 C 1.12, BVerwGE 147, 118 und Verfahren 1 BvR 595/14 der Firma e.n.o. energy gegen Bundesverwaltungsgericht, Urteil des 7. Senats vom 21.11.2013 – 7 C 40.11, NVwZ 2014, 524.

46 BVerwGE 147, 118 (125, Rdnr. 14).

47 BVerwGE 147, 118 (126 f., Rdnr. 16).

48 BVerwG, NVwZ 2014, 524.

49 BVerwG, NVwZ 2014, 524 (525, Rdnr. 16).

50 Vgl. BVerwG, NVwZ 2014, 524 (525, Rdnr. 17).

außerhalb von Zulassungsverfahren leicht anwendbar ist und gar kein Bedarf für einen Beurteilungsspielraum besteht.

Wir gehen noch einmal zurück zu Rdnr. 16 dieser Entscheidung: Der 7. Senat argumentiert dort wie der 4. Senat zunächst einmal mit der materiellen Notwendigkeit eines Beurteilungsspielraums. Es fehle eben an der sonst im Umweltrecht untergesetzlichen Konkretisierungen. Es fehle auch an einem Konsens in der Fachwissenschaft.

Der 7. Senat bindet das aber auf den Gesetzgeber zurück durch die Formulierung, die in Ihrer Tagungsunterlage hervorgehoben ist. Weil das Gesetz die Behörden gezielt auf die Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft und Praxis als Orientierungshilfe verweist und weil diese keine eindeutigen Antworten geben kann, müsse das als Ermächtigung des Gesetzgebers verstanden werden, die artenschutzrechtliche Prüfung und Würdigung des jeweiligen naturschutzfachlichen Meinungsstandes eigenverantwortlich vorzunehmen. Dem entspreche eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle. Diese könne nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung gerade nicht weiter gehen als die gesetzliche Determinierung der Handlungs- und Kontrollmaßstäbe.

Das liest sich so, als ob der 7. Senat seine Rechtsprechung schon vorsorglich gegenüber dem Bundesverfassungsgericht verteidigen wollte.

3. Beurteilung anhand der Maßstäbe von BVerfGE 129, 1

Das Bundesverfassungsgericht wird die Entscheidungen des 4. und 7. Senats anhand der Maßstäbe von BVerfGE 129, 1 beurteilen. Darüber im großen Gerichtssaal des Bundesverwaltungsgerichts und vor Mitgliedern der beiden betroffenen Senate zu sprechen, ist natürlich schwierig und deshalb schichte ich ganz vorsichtig ab.

a) Kein eindeutiges Ergebnis

Zunächst einmal fällt auf, dass das Ergebnis nicht ganz eindeutig zu sein scheint. Das zeigen die beiden Stellungnahmen der Anwaltsverbände zu den beiden zugestellten Verfassungsbeschwerden der Firmen Harzer Windmüller und e.n.o. energy.

Der Deutsche Anwaltsverein hält in einer Stellungnahme seines Verfassungsrechtsausschusses und seines Umweltrechtsausschusses die Beschwerden für unbegründet, stützt also die Rechtsprechung des 4. und des 7. Senats. Berichterstatter im Verfassungsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsverein war Rainard Menke (Dolde Mayen), und auch unser Moderator Klaus-Peter Dolde hat an diesem Ergebnis mitgewirkt.

Der Verfassungsrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer hält beide Verfassungsbeschwerden mehrheitlich für begründet.⁵¹ Berichterstatter war hier Wolfgang Kuhla (Raue). In unserem Ausschuss, den seit vielen Jahren Christian Kirchberg (Deubner Kirchberg) leitet,⁵² waren die Meinungen aber so geteilt, dass die knapp unterlegene Minderheit ein Sondervotum abgegeben hat. Geschrieben hat es Michael Uechtritz (Gleiss Lutz) und unser Tagungsleiter Michael Quaas hat sich dem angeschlossen.

b) Keine ausdrückliche Verankerung

Einigkeit besteht aber zwischen allen in den Ausschüssen der Anwaltsorganisationen beteiligten Rechtsanwälten, dass

jedenfalls kein Fall der Fallgruppe 1 gegeben ist, also einer ausdrücklichen Verankerung eines Beurteilungsspielraums im Gesetz.

Der schon erwähnte § 10 TKG zeigt, dass der Bundesgesetzgeber einen Beurteilungsspielraum, der ihm wichtig ist, auch ausdrücklich in ein Gesetz hineinzuschreiben vermag.

Diese Möglichkeit hat der Bundesgesetzgeber bei der letzten Novellierung des Bundesnaturschutzgesetzes im vergangenen Jahr nicht genutzt. In der seit dem 15.09.2017 geltenden Fassung des § 44 BNatSchG ist zwar dessen Abs. 5 textmäßig geändert worden, aber weder im Gesetzestext noch in der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung wird ausdrücklich von der Verankerung eines Beurteilungsspielraums gesprochen.⁵³

c) Keine Rechtfertigung über Figur der »Funktionsgrenzen der Rechtsprechung«

Auch eine Rechtfertigung über die Fallgruppe 3, also über die Figur der »Funktionsgrenzen der Rechtsprechung« kommt nicht ernsthaft in Betracht.

Das zeigt eine neuere Entscheidung des 4. Senats des Bundesverwaltungsgerichts vom 22.09.2016, ebenfalls eine Windenergieanlage betreffend.⁵⁴ Dort wird im Hinblick auf den Deutschen Wetterdienst ein Beurteilungsspielraum auch unter dem Aspekt der »Funktionsgrenzen gerichtlicher Kontrolle« zwar abgelehnt. Die Begründung deutet darauf hin, dass der 4. Senat seine Rechtsprechung zum naturschutzrechtlichen Beurteilungsspielraum als einen Fall versteht, in dem die Figur der Funktionsgrenzen gerichtlicher Kontrolle einen Beurteilungsspielraum auch ohne gesetzgeberische Zulassung rechtfertigt.⁵⁵

d) Entscheidend: Gesetzgeberische Anordnung eines möglichen Beurteilungsspielraums müsste sich durch Auslegung hinreichend deutlich ermitteln lassen

Deshalb spitzt sich die Sache darauf zu, ob eine gesetzgeberische Anordnung eines naturschutzfachlichen Beurteilungsspielraums sich durch Auslegung hinreichend deutlich ermitteln lässt.

Das ist in den Stellungnahmen der Anwaltsverbände teils bejaht, teils verneint worden.

Diese unterschiedlichen Sichtweisen schließen zwar nicht aus, dass sich die Anordnung eines Beurteilungsspielraums durch Auslegung hinreichend deutlich ermitteln lässt, setzen dahinter aber ein klares Fragezeichen.

Welche Überlegungen könnte das Bundesverfassungsgericht anstellen?

51 Die Stellungnahme Nr. 2017/42 ist abrufbar auf der Homepage der Bundesrechtsanwaltskammer, www.brak.de.

52 Vgl. zur Arbeit des Ausschusses und seiner Berücksichtigung in verfassungsgerichtlichen Verfahren Lenz, Der Verfassungsrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer und sein Vorsitzender, in: Herrmann/Krämer, Festschrift für Christian Kirchberg, 2017, 127 ff.

53 Vgl. zum Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 18/11939, S. 17 f.

54 BVerwG, Urteil des 4. Senats vom 22.09.2016 – 4 C 2.16, BVerwGE 156, 158, Rdnr. 30 ff.

55 BVerwGE 156, 158, Rdnr. 34 f.

Es könnte, wie in früheren Entscheidungen, zunächst nach Anhaltspunkten im Gesetzestext suchen.

Wenn dieser wie hier unergiebig ist, verschiebt sich die Suche in die Begründungen, die im Gesetzgebungsverfahren formuliert worden sind. Das war der Ansatz von BVerfGE 129, 1.⁵⁶

In den Gesetzesmaterialien zu § 44 BNatSchG findet sich aber der Begriff des Beurteilungsspielraums nicht, auch nichts Vergleichbares. Das gilt auch für die Materialien der letzten Novellierung des Bundesnaturschutzgesetzes im letzten Jahr. Dort taucht nur auf, dass der Gesetzgeber die Signifikanzrechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Tötungsverbot billigt.⁵⁷

Aus Sicht des 4. und 7. Senats mag das besser sein als nichts, ausreichend erscheint das nicht. Denn damit billigt der Gesetzgeber nur, dass nach der Rechtsprechung der beteiligten Senate des Bundesverwaltungsgerichts das Tötungsverbot in Zulassungsverfahren erst dann greift, wenn es zu einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos kommt.

Das Bundesverfassungsgericht könnte auch den Ansatz des 7. Senats aufgreifen, der mit einer systematischen Sichtweise arbeitet, die nicht nur auf § 44 BNatSchG, sondern auch auf die eigentliche Zulassungsnorm abstellt, hier also auf den § 6 BImSchG.

Wirklich überzeugend ist auch das nicht. Zwar mag insoweit eine gewisse Nähe zur Konstellation der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Emissionsberechtigung bestehen,⁵⁸ aber bei der Argumentation mit dieser Entscheidung ist Vorsicht geboten. Sie ist die älteste und noch nicht an den Maßstäben von BVerfGE 129, 1 orientiert. Michael Eichberger hat an ihr anders als an den beiden anderen Entscheidungen noch nicht mitgewirkt.

Eine realistische Beurteilung muss davon ausgehen, was die eigentliche Leistung von BVerfGE 129, 1 ist: Erstmals ausdrücklich festzulegen, dass die Verankerung eines Beurteilungsspielraums eine gesetzliche Grundlage erfordert.

Genau diesen Punkt hat Michael Eichberger schon Mitte 2013 in seinem Beitrag zum Zusammenspiel zwischen Bundesverwaltungs- und Bundesverfassungsgericht hervorgehoben.⁵⁹ Das sollte man ernst nehmen.

Diese aktive Anordnung durch den Gesetzgeber lässt sich aber nicht erkennen. Nichts zeigt das besser als die Begründung, die der 4. Senat in BVerwGE 147, 118 gegeben hat. Er kommt schlicht völlig ohne den Gesetzgeber aus.

Der 7. Senat hat das besser gemacht, aber auch er argumentiert letztlich nur abgekürzt: Weil der materielle Bedarf so deutlich ist, ergibt sich daraus auch, dass der Gesetzgeber ihn befriedigt hat. Die Erfüllung der formellen Voraussetzung folgt also daraus, dass die materiellen Voraussetzungen erfüllt sind.

Wahrscheinlich wird das dem Bundesverfassungsgericht nicht reichen.

V. Konturen einer möglichen »Neukonzeption«

Werfen wir deshalb schon einen Blick in die Zukunft. Wenn das Bundesverfassungsgericht die beiden zugestellten Ver-

fassungsbeschwerden für eine neue Konzeption des Themas »Anerkennung von Beurteilungsspielräumen« nutzt, wie könnte das dann aussehen.

Denkbar wäre erstens, den schwarzen Peter von den Gerichten wegzunehmen und dem Gesetzgeber hinzuschieben. Dies kann geschehen durch eine nachdrückliche »Empfehlung«, künftig zu einem System ausdrücklicher Kennzeichnung von Beurteilungen durch den Gesetzgeber überzugehen. Das entspräche auch dem Aspekt der Übernahme der demokratischen Verantwortung.

Eine gewisse Vorbildwirkung hätten dann Regelungen wie § 10 Abs. 2 Satz 2 des TKG.

Das zweite Element könnte eine Art übergangsweiser Bestandsschutz sein. Denn in der Sache besteht ja kein Grund, das Kind mit dem Bade auszuschütten. Die Rechtsprechung zum naturschutzrechtlichen Beurteilungsspielraum unterscheidet sich von krassen Konstellationen, wie sie BVerfGE 129, 1 zugrunde lagen. Immerhin gibt es eine gefestigte, über viele Jahre von verschiedenen Senaten des Bundesverwaltungsgerichts geübte Praxis. Die Akzeptanz für den naturschutzrechtlichen Beurteilungsspielraum ist hoch, auch in der Anwaltschaft. Das zeigen auch die Stellungnahmen der Bundesrechtsanwaltskammer und des Deutschen Anwaltsverein zu den beiden Verfassungsbeschwerden. Das Bedürfnis nach einem naturschutzrechtlichen Beurteilungsspielraum wird im Wesentlichen anerkannt.

All das könnte dafür sprechen, eine übergangsweise Weitergeltung dieser Rechtsprechung zu ermöglichen. Das mag eher zu Fällen einer verfassungsgerichtlichen Korrektur gesetzgeberischer Entscheidungen passen, aber in Karlsruhe versteht man es, einen verfassungsprozessualen Weg zu finden, wenn man ein Ziel erreichen will.

Und die dritte Überlegung betrifft dann wieder die »Angstklausele«. Die berühmten Funktionsgrenzen der Rechtsprechung. Wenn man dieser Figur eine Existenzberechtigung geben will, dann darf man sie nicht allein in die Hände der Rechtsprechung legen. Wenn überhaupt bräuchte man ein Verfahren, in dem Gerichte mit dem Gesetzgeber in einen Dialog treten können. Möglich ist das etwa durch die Mitteilung, aus ihrer Sicht sei ein Fall gegeben, in denen die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung verteidigt und der Gesetzgeber deshalb einen Beurteilungsspielraum einräumen müsste. Es ist eine Frage der Ausgestaltung, ob einem solchem Modus Gerichtsverfahren für einen gewissen Zeitraum ausgesetzt werden können.

⁵⁶ Ein Abstellen auf den Willen des historischen Gesetzgebers lehnt demgegenüber ab Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4, Rdnr. 187 (Stand Juli 2014).

⁵⁷ Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. 18/11939, S. 17.

⁵⁸ BVerfG, DVBl 2010, 250 (252, Rdnr. 63 f.).

⁵⁹ Vgl. Eichberger, Die Rechtsschutzgarantie vor Bundesverwaltungs- und Bundesverfassungsgericht – Aspekte eines Kooperationsverhältnisses anhand der Beispiele von Beurteilungsspielraum und Vollprüfungsanspruch, NVwZ-Beilage 1/2013, 18 (21).