

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>XI</b>
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>XII</b>
<b>Teil 1: Einleitung und Arbeitshypothesen</b> .....	<b>1</b>
<b>A. Einleitung</b> .....	<b>1</b>
<b>B. Arbeitshypothesen</b> .....	<b>5</b>
<b>Teil 2: Thematische Einführung</b> .....	<b>6</b>
<b>A. Beurteilungsspielraum der Verwaltung</b> .....	<b>6</b>
I. Gerichtliche Kontrolle der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe – historische Einführung .....	6
1. Lehre vom Beurteilungsspielraum der Verwaltung .....	7
2. Vertretbarkeitslehre .....	8
3. Lehre von der Einschätzungsprärogative der Verwaltung.....	8
4. Normative Ermächtigungslehre.....	9
5. Funktionell-rechtlicher Ansatz .....	9
6. Fallgruppen .....	10
II. Einordnung und Ausblick .....	10
<b>B. Anwendungsbeispiele</b> .....	<b>12</b>
I. Artenschutzrechtliches Tötungsverbot.....	12
1. Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative .....	13
a. Entwicklung .....	14
b. Herleitung der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative ..	16
c. Gegenstand der Einschätzungsprärogative .....	18
d. Exkurs: Die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative im Naturschutzrecht .....	20
2. Zusammenfassung.....	21
II. Bauverbot nach § 18a LuftVG .....	22
1. Begründungsansätze für einen Beurteilungsspielraum .....	23
a. Anknüpfung an die „Prognoseentscheidung“ .....	23
b. Zuweisung der „Entscheidung“ .....	24
c. Beurteilungsspielraum kraft „institutionalisiertem Sachverstand“ .	24
d. Funktionsgrenzen der Rechtsprechung .....	24
e. Reaktionen auf die Entscheidungen von OVG Lüneburg und BVerwG .	26
2. Inhaber des Beurteilungsspielraums .....	27
a. Das Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung.....	27

b. Die Deutsche Flugsicherung GmbH.....	28
c. „Entscheidungsfindung“ nach § 18a Abs. 1 LuftVG .....	30
d. Fazit .....	31
3. Umfang der „Einschätzungsprärogative“ .....	31
a. Der Begriff der Störung .....	32
aa. Funktionsweise von Drehfunkfeuern .....	32
bb. Anlagenstörung und flugbetriebliche Auswirkung .....	33
cc. Der Störungsbegriff des § 18a Abs. 1 S. 1 LuftVG .....	33
b. Einschätzungsprärogative im Einzelfall .....	35
aa. Beurteilungsspielraum zur Ermittlungsmethodik .....	36
bb. Beurteilungsspielraum zu den Grenzwerten .....	36
(1.) Grad der zulässigen Gesamtfehler .....	36
(2.) Berücksichtigung der anlageneigenen Fehler .....	37
4. Zusammenfassung .....	39
III. § 5 Abs. 3 S. 2 UVPG i.V.m. § 7 UVPG .....	40
1. Historische Entwicklung .....	42
2. Umfang und Inhalt der gerichtlichen Kontrolle .....	44
3. Begründung des Beurteilungsspielraums .....	46
4. Zusammenfassung .....	46
<b>TEIL 3 - Verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Beurteilungsspiel-</b>	
<b>raums der Verwaltung .....</b>	<b>47</b>
<b>A. Verfassungsrechtliche Voraussetzungen .....</b>	<b>47</b>
I. Verfassungsrechtliche Einordnung .....	47
1. Allgemeine Rechtsschutzgarantie, Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG .....	47
2. Gewaltenteilungsprinzip und Bindung der Verwaltung und Recht-	
sprechung an Gesetz und Recht .....	48
3. Materielle Grundrechte .....	50
II. Lehre .....	51
1. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit nach der normativen Ermächti-	
gungslehre .....	51
a. Beurteilungsspielraum als Lockerung der Gesetzesbindung der	
Rechtsprechung .....	52
b. Beurteilungsspielraum als inhaltliche Konkretisierung des subjek-	
tiven Rechts .....	53
2. Beurteilungsspielraum als Eingriff in ein vorbehaltlos gewährtes	
Grundrecht .....	53

3. Stellungnahme .....	55
4. Zwischenergebnis .....	57
III. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	57
1. Überblick über die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung bis 2011 .....	57
a. Normative Eröffnung von Beurteilungsspielräumen .....	58
b. Funktionsgrenzen der Rechtsprechung .....	59
c. Dogmatische Einordnung der Zulässigkeit von Beurteilungsspiel- räumen .....	61
d. Zwischenbilanz zur „älteren“ bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung .....	61
2. „Neuere“ Rechtsprechung: BVerfGE 129, 1 .....	62
a. Normative Ermächtigung und hinreichend gewichtiger Sachgrund .....	62
b. Funktionsgrenzen als Ausnahme von der normativen Ermächti- gungslehre .....	66
c. Zwischenergebnis .....	67
3. Einordnung der Entscheidung .....	67
4. Reaktionen auf die Entscheidung in Rechtsprechung und Literatur ...	68
5. Stellungnahme .....	70
IV. Zusammenfassung und Ausblick .....	71
<b>B. Normative Ermächtigung .....</b>	<b>73</b>
I. Voraussetzungen einer normativen Ermächtigung .....	73
1. Ausdrückliche normative Ermächtigung .....	73
2. Möglichkeit einer normativen Ermächtigung durch Auslegung .....	75
a. Unklarheit bei der Ermittlung von normativen Ermächtigungen ...	76
b. Eigenmächtige Rücknahme der Prüfungsverantwortung durch die Rechtsprechung selbst .....	77
c. Lösungsversuch .....	78
d. Erfordernis einer subjektiven Komponente? .....	80
e. Ergebnis .....	82
3. Allgemeine Voraussetzungen für die Auslegung einer normativen Ermächtigung .....	83
a. Einheit von Auslegungsgrund und Rechtfertigungsgrund bzw. hinreichend gewichtigem Sachgrund .....	83
aa. Kein pauschaler Rückschluss von der Verfassungsmäßigkeit auf die normative Ermächtigung .....	84

bb. Kein Zusammenfallen beider Gründe im Einzelfall.....	84
cc. Zwischenergebnis .....	85
b. Funktionelle Erwägungen .....	85
c. Exklusive Zuweisung einer Entscheidung innerhalb der Verwaltung .....	88
d. Zwischenergebnis .....	89
4. Fazit .....	90
II. Vorliegen einer normativen Ermächtigung bei Anwendungsbeispielen...	90
1. Normative Ermächtigung in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG .....	90
a. Historische Auslegung .....	91
b. Grammatikalische Auslegung .....	91
c. Teleologische Auslegung .....	92
d. Systematische Auslegung .....	93
e. Funktionell-rechtliche Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts .....	94
aa. Keine gezielte Verweisung des Gesetzgebers .....	95
bb. Kein zwangsläufiger Rückschluss auf normative Ermächtigung .....	96
cc. Zwischenergebnis .....	98
f. Kein Rückschluss von hinreichend gewichtigem Sachgrund auf den Auslegungsgrund .....	98
g. Ergebnis .....	100
2. Normative Ermächtigung in § 18a Abs. 1 LuftVG .....	100
a. Ausdrückliche normative Ermächtigung in § 18a Abs. 1 S. 2 LuftVG .....	100
b. Normative Ermächtigung durch Auslegung .....	101
aa. Auslegung des § 18a Abs. 1 S. 2 LuftVG .....	101
bb. Auslegung des § 18a Abs. 1 S. 1 LuftVG .....	102
(1.) Systematische Auslegung .....	103
(2.) Historische Auslegung .....	103
c. Ergebnis .....	104
3. § 5 Abs. 3 S. 2 UVPG i.V.m. § 7 UVPG .....	104
a. Ausdrückliche normative Ermächtigung .....	104
b. Historische Entwicklung und Auslegung .....	105
c. Ergebnis .....	106
4. Ergebnis .....	106
<b>C. „Hinreichend gewichtiger“ Sachgrund.....</b>	<b>108</b>
I. Inhaltliche Konkretisierung des Merkmals .....	108

1. Inhalt nach der Herleitung des Kriteriums .....	108
2. Anwendung durch die Rechtsprechung .....	110
3. Anwendung durch die Literatur .....	112
4. Historische Betrachtung .....	113
5. Stellungnahme und Zwischenergebnis .....	115
II. Anwendung der Voraussetzung auf die Anwendungsbeispiele .....	116
1. Fehlen eines anerkannten wissenschaftlichen Erkenntnisstandes .....	117
2. Wertende Prognoseentscheidung .....	118
3. Fachkompetenz der Letztentscheidungsbehörde .....	121
4. Zwischenergebnis und Stellungnahme .....	121
5. Hinreichend gewichtiger Sachgrund für den Beurteilungsspielraum in § 5 Abs. 3 S. 2 UVPG .....	123
III. Ergebnis .....	124
<b>D. Funktionsgrenzen der Rechtsprechung .....</b>	<b>126</b>
I. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit .....	126
1. Gewaltenteilungsprinzip .....	128
2. „Natur der Sache“ .....	131
3. Abgrenzung zu funktionell-rechtlichen Aspekten .....	133
4. Zwischenergebnis .....	134
II. Voraussetzungen für das Erreichen der Funktionsgrenzen im Umwelt- und Technikrecht .....	134
1. Hohe Komplexität und besondere Dynamik .....	136
a. Keine Klärung durch gebotene Zuhilfenahme von externen Sachver- ständigen .....	138
b. Grenze der gerichtlichen Ermittlungspflicht .....	139
2. Dynamischer Grundrechtsschutz .....	140
a. Unbestimmte Rechtsbegriffe zum dynamischen Grundrechtsschutz ...	141
b. Beurteilungsspielraum zum dynamischen Grundrechtsschutz .....	141
c. Funktionsgrenzen der Rechtsprechung aufgrund dynamischen Grundrechtsschutzes? .....	142
3. Prognoseentscheidungen .....	143
4. Wertende Entscheidungen als Funktionsgrenzen .....	144
5. Zwischenergebnis .....	145
III. Anwendung auf die Anwendungsbeispiele – Erreichen der Funktions- grenzen bei Mangel eines anerkannten wissenschaftlichen Erkenntnis- stands .....	146

1. Faktische Unmöglichkeit der Überprüfung der Rechtsanwendung bei unterschiedlichen, jeweils vertretbaren fachlichen Meinungen.....	147
2. Entscheidungsfähigkeit der Verwaltung als Maßstab des gerichtlich Möglichen .....	148
3. Kein Erreichen der Funktionsgrenzen zugunsten einer schutzzweckorientierten „worst-case-Betrachtung“ .....	149
4. Stellungnahme .....	150
5. Ergebnis.....	152
<b>E. Kollidierendes Verfassungsrecht .....</b>	<b>153</b>
I. Allgemeine Möglichkeit der Rechtfertigung von Beurteilungsspielräumen durch kollidierendes Verfassungsrecht .....	153
1. Grundrechte .....	153
2. Funktionell-rechtliche Argumente .....	156
a. Gewaltenteilungsprinzip .....	157
b. Funktionsfähigkeit der Verwaltung.....	157
c. Effektivität der Verwaltung .....	158
d. Eigenständigkeit der Verwaltung.....	159
e. Funktionsgrenzen der Rechtsprechung.....	161
f. Funktionsfähigkeit der Rechtsprechung.....	162
g. Zwischenergebnis .....	163
3. Ergebnis.....	163
II. Anwendung auf das Anwendungsbeispiel .....	163
III. Ergebnis .....	164
<b>F. Ergebnis von Teil 3.....</b>	<b>165</b>
I. Zusammenfassung .....	165
II. Stellungnahme .....	167
III. Auswirkung auf Anwendungsbeispiele und abschließende Betrachtung ..	167
1. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG als Verbots- bzw. Sanktionsnorm .....	168
2. Ergebnis.....	170
IV. Fazit und Ausblick.....	170
TEIL 4 – Anwendungsfragen .....	171
<b>A. Anerkannter wissenschaftlicher Erkenntnisstand .....</b>	<b>174</b>
I. Fachkonventionen als anerkannter wissenschaftlicher Erkenntnisstand ..	175
1. Neutralität und Fachlichkeit der entwickelnden Stelle .....	177
a. Unabhängigkeit der in Auftrag gebenden Stelle .....	177

b. Unabhängigkeit der entwickelnden Stelle.....	178
2. Etablierung durch breite Anerkennung in der Wissenschaft und/oder Praxis .....	179
a. Anerkennung der Fachkonvention in der Wissenschaft.....	179
b. Anerkennung der Fachkonvention in der Praxis .....	179
c. „Breite“ Anerkennung.....	180
3. Anerkennung in der Rechtsprechung.....	180
4. Fazit .....	181
II. Gutachtenstelle auf Bundesebene/ Sachverständigenrat .....	182
1. Allgemeine Voraussetzungen und Ziele.....	182
2. Beispiel: Bund/Länderarbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz und Clearingstelle EEG/KWKG .....	183
III. Zentrale Sammlung, Digitalisierung und Auswertung vorhandener Untersuchungen .....	185
IV. Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften .....	186
V. Erörterung und Stellungnahme .....	187
VI. Ergebnis.....	188
<b>B. Wissenschaftliche Vertretbarkeit einer Meinung.....</b>	<b>190</b>
I. Wissenschaftliche Vertretbarkeit in der Rechtsprechung .....	192
1. Studien oder Arbeitshilfen als wissenschaftlich vertretbare Meinungen .....	192
a. überregionale Arbeitshilfen von öffentlicher Stelle .....	192
b. Arbeitshilfen der Länder .....	193
c. Regionale und überregionale Studien .....	194
2. Schlüssigkeit einer Anwendung im Einzelfall .....	195
3. Wissenschaftlichkeit der vertretenen Meinung.....	197
4. Analyse .....	198
5. Das Beispiel der „PROGRESS-Studie 2016“ .....	199
6. Zwischenergebnis .....	201
II. Anforderungen an die Wissenschaftlichkeit einer Meinung.....	201
1. Wissenschaftliche Vertretbarkeit nach den sog. Gütekriterien .....	202
a. Objektivität .....	203
b. Reliabilität .....	203
c. Validität .....	203
d. Grenzen der Überprüfung.....	204

2. Wissenschaftliche Vertretbarkeit durch „Peer-Review“ .....	205
III. Maßstab der gerichtlichen Prüfung/ Darlegungslast .....	206
IV. Ergebnis .....	207
<b>C. Anerkannter wissenschaftlicher Erkenntnisstand und wissenschaftliche Vertretbarkeit zu § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG .....</b>	<b>209</b>
I. Arbeitspapiere und Leitfäden im Rahmen der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative .....	209
1. Arbeitspapiere und Leitfäden als Fachkonventionen .....	210
a. Anerkannter wissenschaftlicher Erkenntnisstand als Teil von Arbeitspapieren .....	211
b. Anwendungsbeispiel: Abstandsempfehlungen der LAG-VSW als Fachkonvention .....	212
aa. Erarbeitung durch eine unabhängige Stelle .....	212
bb. Etablierung durch breite Anerkennung in Wissenschaft und Praxis .....	212
(1.) Teilweise Anerkennung in der Praxis .....	213
(2.) Anerkennung durch Umweltverband .....	214
(3.) Keine Anerkennung durch die Umweltministerkonferenz .....	215
(4.) Teilweise Anerkennung in der Wissenschaft .....	215
(5.) Bewertung .....	217
cc. Bewertung in der Rechtsprechung .....	218
dd. Ergebnis .....	218
2. Arbeitspapiere und Leitfäden als wissenschaftlich vertretbare Fachmeinung .....	219
3. Anwendungsvorrang von Methoden und Bewertungsmaßstäben länderspezifischer Erlasse .....	220
a. Rechtliche Einordnung eines Anwendungsvorrangs .....	220
b. Beispiel: Anwendungsvorrang der Anlage 6 des Bayerischen Windkrafterlasses 2011 .....	222
c. Stellungnahme .....	223
II. Wissenschaftliche Vertretbarkeit bei Mangel an wissenschaftlichen Studien ..	224
III. Ergebnis .....	227
<b>D. Anerkannter wissenschaftlicher Erkenntnisstand bzw. wissenschaftliche Vertretbarkeit einzelner Meinungen für die Anwendung des § 18a LuftVG .....</b>	<b>229</b>
I. ICAO-Dokumente als anerkannter wissenschaftlicher Erkenntnisstand ..	229
II. Einschätzungsprärogative mangels (eindeutiger) Regelung in ICAO	



Dokumenten.....	230
1. Zulässiger Gesamtwinkelfehler als Gegenstand der Auslegung.....	231
2. Höhe des Anlageneigener Fehlers als Rechtsfrage.....	233
3. Wissenschaftliche Vertretbarkeit der Methodik der DFS zur Prognose der Auswirkungen von Windenergieanlagen auf Drehfunkfeuer.....	234
a. Methodik der DFS.....	235
b. Wissenschaftliche Vertretbarkeit der Methodik der DFS.....	235
c. Auswirkungen auf die Prognosemethodik.....	238
d. Ausblick: Das Forschungsvorhaben „WERAN Plus“ .....	240
e. Ergebnis .....	241
4. Besondere Expertise der DFS? .....	241
a. Besondere Expertise der DFS kraft gesetzlicher Aufgabenzuweisung.....	242
b. Voreingenommenheit der DFS aufgrund des „Doppelstatus“ .....	243
aa. Keine Neutralität aufgrund eigener wirtschaftlicher Interessen .....	243
bb. Keine Neutralität aufgrund der Anerkennung eigener subjek- tiver Rechte .....	244
c. Stellungnahme .....	245
III. Fazit.....	245
<b>TEIL 5 - Ergebnisse .....</b>	<b>247</b>
<b>A. Ergebnis.....</b>	<b>247</b>
<b>B. Zusammenstellung der Ergebnisse.....</b>	<b>252</b>
<b>Epilog zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.2018 (Az.: 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14) .....</b>	<b>255</b>
I. Ausgangslage .....	255
II. Die Entscheidung des BVerfG .....	255
1. Wesentliche Aspekte und Ergebnis.....	255
2. Verfassungsrechtliche Voraussetzungen der Prüfung bei Mangel eines anerkannten wissenschaftlichen Erkenntnisstandes .....	256
3. Kontrollumfang der Gerichte .....	257
4. Übertragung auf das artenschutzrechtliche Tötungsverbot .....	258
III. Bewertung der Entscheidung.....	259
1. Verfassungsrechtliche Einordnung.....	259
a. Keine normative Ermächtigung.....	259
b. Objektive Unmöglichkeit der Entscheidung bei mangelndem wissenschaftlichen Erkenntnisstand .....	260

aa. Erkenntnismangel als Funktionsgrenze der Rechtsprechung...	261
b. Erkenntnismangel als Kontrollbeschränkung „sui generis“ .....	262
c. Bewertung .....	262
2. Kontrollumfang der Gerichte .....	263
a. Maßstab der gerichtlichen Kontrolle .....	263
b. Keine Vermutung der Richtigkeit der behördlichen Entscheidung ..	264
IV. Fazit .....	265
Selbständigkeitserklärung .....	267