

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XII
Teil 1: Einleitung und Arbeitshypothesen	1
A. Einleitung	1
B. Arbeitshypothesen	5
Teil 2: Thematische Einführung	6
A. Beurteilungsspielraum der Verwaltung	6
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. Anwendungsbeispiele	12
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
TEIL 3 - Verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Beurteilungsspielraums der Verwaltung.....	47
A. Verfassungsrechtliche Voraussetzungen.....	47
I. Verfassungsrechtliche Einordnung	47
1. Allgemeine Rechtsschutzgarantie, Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG.....	47
2. Gewaltenteilungsprinzip und Bindung der Verwaltung und Rechtsprechung an Gesetz und Recht	48
3. Materielle Grundrechte	50
II. Lehre	51
1. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit nach der normativen Ermächtigungslehre	51
a. Beurteilungsspielraum als Lockerung der Gesetzesbindung der Rechtsprechung.....	52
b. Beurteilungsspielraum als inhaltliche Konkretisierung des subjektiven 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- gungs lehre	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. Normative Ermächtigung	73
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
C. „Hinreichend gewichtiger“ Sachgrund.....	108
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
D. Funktionsgrenzen der Rechtsprechung	126
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 schutzzweck-orientierten „worst-case-Betrachtung“	149
4. Stellungnahme	150
5. Ergebnis.....	152
E. Kollidierendes Verfassungsrecht	153
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
F. Ergebnis von Teil 3.....	165
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
A. Anerkannter wissenschaftlicher Erkenntnisstand	174
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. Wissenschaftliche Vertretbarkeit einer Meinung.....	190
I. Wissenschaftliche Vertretbarkeit in der Rechtsprechung.....	192
1. Studien oder Arbeitshilfen als wissenschaftlich vertretbare Mei- nungen	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
C. Anerkannter wissenschaftlicher Erkenntnisstand und wissenschaftliche Vertretbarkeit zu § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG	209
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 Windkraftlasses 2011	222
c. Stellungnahme	223
II. Wissenschaftliche Vertretbarkeit bei Mangel an wissenschaftlichen Studien ..	224
III. Ergebnis	227
D. Anerkannter wissenschaftlicher Erkenntnisstand bzw. wissenschaftliche Vertretbarkeit einzelner Meinungen für die Anwendung des § 18a LuftVG	229
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 Windenergianlagen 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
TEIL 5 - Ergebnisse	247
A. Ergebnis	247
B. Zusammenstellung der Ergebnisse	252
Epilog zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.2018 (Az.: 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14)	255
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