

# Bundesverfassungsgericht verneint naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative

Beschluss vom 23.10.2018 – Az.: 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14

Dezember 2018

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat am 23.11.2018 seine lang erwarteten Entscheidungen zur naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative veröffentlicht. Das BVerfG stellt zunächst klar, dass eine der Verwaltung eingeräumte Einschätzungsprärogative im Zusammenhang mit naturschutzfachlichen Fragestellungen nicht existiere, räumt den Gerichten aber die Möglichkeit ein, sich in eng definierten Fällen auf die Entscheidung der Behörde zurückzuziehen. Gleichzeitig mahnt es den Gesetzgeber jedoch an, für eine untergesetzliche Maßstababildung zu sorgen. Ein „Erkenntnisvakuum“ dürfe der Gesetzgeber nicht auf Dauer dulden. Wenn man berücksichtigt, dass in einem der Verfahren der Genehmigungsbescheid bereits aus 2006 und dem anderen Verfahren die Bauvoranfrage aus 2011 stammt, dann ist der Gesetzgeber jetzt gefordert.

## I. Hintergrund – bisherige Handhabung

Häufig werden Genehmigungen für Windenergieanlagen (WEA) wegen ihrer vermeintlichen Unvereinbarkeit mit dem Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) versagt. Das Tötungsverbot bildet den in der Praxis wohl wichtigsten Verbotstatbestand, wenn es um die Auseinandersetzung zwischen den Interessen eines Projektierers oder Anlagenbetreibers und dem (besonderen) Artenschutz geht. Nach Ansicht der Rechtsprechung ist das Tötungsverbot individuenbezogen. Ein Verstoß gegen das Tötungsverbot wird hierbei angenommen, wenn sich das Tötungsrisiko für ein einzelnes Individuum der im WEA-Umfeld vorkommenden besonders geschützten Arten durch ein Vorhaben „signifikant erhöht“.

Die Bewertung des Tötungsrisikos oder dessen Steigerung erfordert eine naturwissenschaftliche Einschätzung, für die keine untergesetzliche Maßstababildung in Gestalt von Durchführungsverordnungen oder (normkonkretisierenden) Verwaltungsvorschriften besteht.

Bei der Prüfung dieser Frage räumten die Gerichte den Behörden daher bisher einen naturschutzfachlichen Beurteilungsspielraum ein. Nach der Rechtsprechung bezog sich diese sog. Einschätzungsprärogative allein auf die Erfassung des Bestands der geschützten Arten, auf die Bewertung des Risikos, dem die betreffenden Individuen bei der Realisierung eines Vorhabens ausgesetzt wären und die Frage der Wirksamkeit von möglichen Vermeidungsmaßnahmen.<sup>1</sup> Bestehen hinsichtlich der Beantwortung einer artenschutzrechtlichen Frage unterschiedliche Experten-Einschätzungen und handelt es sich dabei jeweils um fachlich vertretene und vertretbare Meinungen, soll es der Behörde erlaubt sein, sich einer der Fachmeinungen anzuschließen.<sup>2</sup>

Die Kontrolldichte der Gerichte beschränkte sich in diesem Fall auf die Prüfung der Einhaltung der rechtlichen Grenzen des behördlichen Entscheidungsspielraums. Den Gerichten verbleibe (allein) die Prüfung, ob im Gesamtergebnis die artenschutzrechtlichen Untersuchungen sowohl in ihrem methodischen Vorgehen als auch in ihrer Ermittlungstiefe ausreichen, um die Behörde in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotsstatbestände sachgerecht zu überprüfen.

<sup>1</sup> BVerwG, Urt. v. 27.06.2013 – 4 C 1/12

<sup>2</sup> BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40/11

Im Ergebnis entschied daher regelmäßig die zuständige Behörde letztverbindlich darüber, ob der Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verwirklicht ist oder nicht.

## II. Entscheidung des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht verneint die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative klar, gibt den Gerichten aber in bestimmten sehr eng definierten Anwendungsfällen die Möglichkeit, sich auf die Entscheidung der Behörde zurückzuziehen.

So führt das Gericht aus:

*„Die Grenzen der gerichtlichen Kontrolle ergeben sich hier nicht daraus, dass der Verwaltung eine Einschätzungsprärogative eingeräumt wäre, sondern rühren schlicht daher, dass sich die naturschutzfachliche Richtigkeit des Ergebnisses der Verwaltungsentscheidung objektiv nicht abschließend beurteilen lässt (...).“<sup>3</sup>*

*„Es handelt sich hierbei nicht um eine willkürte Verschiebung der Entscheidungszuständigkeiten vom Gericht auf die Behörde, sondern um eine nach Dauer und Umfang vom jeweiligen ökologischen Erkenntnisstand abhängige faktische Grenze verwaltungsgerichtlicher Kontrolle.“<sup>4</sup>*

Zwar folgt aus der Garantie des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 S. 1 Grundgesetz (GG)) grundsätzlich die Pflicht der Gerichte, angefochtene Verwaltungsentscheidungen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig nachzuprüfen. Dies gilt nach dem BVerfG auch, wenn die zugrundeliegende gesetzliche Regelung eine außerrechtliche fachliche Beurteilung erfordert. Wenn unterhalb der gesetzlichen Vorgaben keine normativen Konkretisierungen (zum Beispiel durch Verordnungen oder Technische Anleitungen) für die fachliche Beurteilung vorhanden sind, müssen sich Behörden und Gerichte zur fachlichen Aufklärung unmittelbar der Erkenntnisse der Fachwissenschaft und Praxis bedienen.<sup>5</sup>

Fehlt es in den einschlägigen Fachkreisen und der einschlägigen Wissenschaft allerdings an allgemein anerkannten Maßstäben und Methoden für die fachliche Beurteilung, so könne die gerichtliche Kontrolle mangels besserer Erkenntnis an objektive Grenzen stoßen. Sofern eine außerrechtliche Frage durch Fachkreise und Wissenschaft bislang nicht eindeutig beantwortet ist, lasse sich objektiv nicht abschließend feststellen, ob die behördliche Antwort auf diese Fachfrage richtig oder falsch ist.<sup>6</sup> In diesem Fall sei es den Fachgerichten nicht möglich, die Tatsachengrundlage vollumfänglich aufzuklären. Wenn das Gericht nach weitest möglicher Aufklärung an die Grenze des Erkenntnisstandes stoße, zwingt Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG das Gericht nicht zu weiteren Ermittlungen oder zur Auflösung „des außerrechtlichen tatsächlichen Erkenntnisdefizits“ beispielsweise über die Erteilung von Forschungsaufträgen.<sup>7</sup> Vielmehr dürfe das Gericht in diesem Fall seiner Entscheidung die – auch aus seiner Sicht plausible – Einschätzung der Behörde zu der fachlichen Frage zugrunde legen.

---

<sup>3</sup> BVerfG Beschlüsse vom 23. Oktober 2018; Az: 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14; Rn. 17

<sup>4</sup> aaO, Rn. 23

<sup>5</sup> aaO, Rn. 19, f.

<sup>6</sup> aaO, Rn. 20

<sup>7</sup> aaO

Gefordert wird allerdings, dass die von der Behörde verwendeten fachlichen Maßstäbe und Methoden vertretbar sind und die Behörde insofern im Ergebnis zu einer plausiblen Einschätzung gelangt ist.

Voraussetzung ist, dass

1. ihr dabei keine Verfahrensfehler bei der Anwendung der gewählten Methode unterlaufen sind,
2. sie weder anzuwendendes Recht verkannt hat noch von einem im Übrigen unrichtigen oder nicht hinreichend tiefgehend aufgeklärten Sachverhalt ausgegangen ist und
3. sie keine allgemeingültigen Bewertungsmaßstäbe verletzte oder sich von sachfremden Erwägungen leiten ließ.<sup>8</sup>

Schließlich können die Grenzen der gerichtlichen Entscheidung hierbei nur insofern erreicht werden, als das objektiv bestehende fachliche Erkenntnisdefizit die fachliche Beurteilung wirklich betrifft – soweit also für Einzelaspekte ein Erkenntnisdefizit nicht bestehe, habe das Gericht die Richtigkeit der behördlichen Entscheidung vollständig nachzuprüfen.

**Das Gericht darf im Ergebnis also nur vor dem „faktischen Nichtwissen resignieren“.**

Das BVerfG geht in diesem Zusammenhang auch konkret auf die im Rahmen des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG (Tötungsverbot) erforderliche naturschutzfachliche Einschätzung ein:

### **Signifikant erhöhtes Tötungsrisiko, § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG**

Hierbei legt das Gericht die Rechtsprechung des BVerfG zugrunde, wonach gegen das Tötungsverbot bereits verstoßen wird, wenn das Tötungsrisiko signifikant erhöht ist, es also den Risikobereich übersteigt, der mit einem Vorhaben der zur Genehmigung stehenden Art im Naturraum „immer und an jedem Ort verbundenen“ ist. Nach außerrechtlichen Kriterien beurteile sich dabei insbesondere, wie der Bestand der geschützten Tiere zu bestimmen und die Wahrscheinlichkeit, zu Tode zu kommen, zu ermitteln sei.

**Das Gericht lässt an dieser Stelle offen, ob in diesem Zusammenhang in Fachkreisen und Wissenschaft bereits anerkannte Maßstäbe und Methoden der Ermittlung bestehen.**

Weiterhin führt es aus:

**Wenn hingegen die Feststellung, ob im konkreten Fall ein Tötungs- oder Verletzungsrisiko signifikant erhöht ist, auch Elemente wertender Betrachtung enthält,<sup>9</sup> obliegt die Konkretisierung des unbestimmten Kriteriums der Signifikanz der Risikoerhöhung allein den Verwaltungsgerichten.**

*„Insoweit bedürfen der Verwaltung überlassene Beurteilungsspielräume eines hinreichend deutlichen gesetzlichen Anknüpfungspunkts“.*<sup>10</sup> Ob dies der Fall ist, hat das BVerfG offengelassen, da die Verfassungsbeschwerden nach seiner Aussage keinen Anlass gaben, darüber zu entscheiden.

Die Definition der Signifikanz-Schwelle ist nach Auffassung der Vorinstanz OVG Magdeburg allein eine rechtliche und damit nicht von der Behörde zu beurteilende Frage.

**Die vom Gericht offengelassenen Fragen des wissenschaftlichen Erkenntnisstandes und der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Definition der Signifikanz-Schwelle gilt es jetzt schnellstmöglich zu beantworten.**

<sup>8</sup> aaO, Rn. 30

<sup>9</sup> So das Oberverwaltungsgericht in der Vorinstanz

<sup>10</sup> aaO, Rn. 34

### III. Auftrag an den Gesetzgeber

Das BVerfG stellt klar, dass ein derartiges „Erkenntnisvakuum“ kein Dauerzustand sein darf.

*„Wenngleich das [oben beschriebene] eingeschränkte Kontrollmaß demnach mit (...) [dem] GG in Einklang steht, so kann doch das Gesetz, welches solche auf ungeklärte naturschutzfachliche Zusammenhänge verweisende Tatbestandsmerkmale verwendet, mit Blick auf die materiellen Grundrechte und den aus Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Wesentlichkeitsgrundsatz (...) verfassungsrechtliche Zweifel aufwerfen.“<sup>11</sup>*

Aus dem verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatz ergebe sich vielmehr, dass der Gesetzgeber in derart grundrechtsrelevanten Bereichen für klare Regeln sorgen müsse. Denn *„in grundrechtsrelevanten Bereichen darf der Gesetzgeber der Rechtsanwendung nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum“ übertragen, das weder Verwaltung noch Gerichte selbst auszufüllen vermögen.“<sup>12</sup>*

Wenn sich fachliche Wissenslücken durch Erkenntnisfortschritte in Fachkreisen und Wissenschaft nicht kurzfristig schließen würden, müsse der Gesetzgeber auf längere Sicht für eine untergesetzliche Maßstabbildung sorgen. Andernfalls entziehe er sich seiner *„inhaltlichen Entscheidungsverantwortung“* und eröffne *„privatem Fachwissen ungesteuert weitreichenden Einfluss auf staatliche Entscheidungen“*.<sup>13</sup> So sei eine einheitliche Rechtsanwendung nicht gewährleistet.<sup>14</sup>

**Wenn man allein die langen Verfahrensdauern in diesen beiden Verfassungsbeschwerden betrachtet, wird deutlich, dass der Gesetzgeber jetzt tätig werden muss.**

Dazu müsse er fachkundige Gremien zur Festlegung einheitlicher Maßstäbe und Methoden einsetzen und/oder den Behörden genauere Regeln für die Entscheidung zwischen mehreren vertretbaren Auffassungen vorgeben (untergesetzlicher Maßstab). In jedem Fall muss der Gesetzgeber hier einen gewissen Rahmen vorgeben. Sowohl beim Einsatz eines Gremiums (Zusammensetzung, Ziel) als auch bei der Schaffung einer Verordnung oder einer Verordnungsermächtigung.

Dies ist im Ergebnis nicht nur ein Auftrag zur Rechtssetzung, sondern vor allem auch zu weiteren naturwissenschaftlichen Studien und Untersuchungen zur Schließung der möglichen Erkenntnislücken. Zumindest muss der Gesetzgeber eruieren, ob die bisher bestehenden wissenschaftlichen Erkenntnisse ausreichen zur Erfassung des Bestands der geschützten Arten, für die Bewertung des Risikos, denen die betreffenden Individuen bei der Realisierung eines Vorhabens ausgesetzt wären und die Frage der Wirksamkeit von möglichen Vermeidungsmaßnahmen.

### IV. Konsequenzen für die Praxis / Vorhabenträger

#### 1. Im Genehmigungsverfahren

Wichtig ist vor allem, dass Vorhabenträger bereits im Genehmigungsverfahren auf die Qualität und Inhalte in den von ihnen bei den Behörden eingereichten Gutachten achten. Insbesondere hat der Gutachter nicht die rechtliche Frage zu beurteilen, ob ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vorliegt. Diese Frage muss anhand der fachwissenschaftlich ermittelten Tatsachen und der fachlichen Bewertung dieser Tatsachen rechtlich beurteilt werden. Denn Antragsunterlagen im Sinne von § 10 Absatz 1 Satz 2 BImSchG und 4 ff. der 9. BImSchV sind Fachgutachten, keine Rechtsgutachten. Sie dienen allein der Ermöglichung der behördlichen Prüfung von § 6 BImSchG.

---

<sup>11</sup> aaO, Rn. 24; Fettdruck durch Herausgeber

<sup>12</sup> aaO

<sup>13</sup> aaO, Rn. 24

<sup>14</sup> aaO

Verlangt die Behörde über die vom Vorhabenträger vorgelegten Unterlagen hinausgehende Darlegungen oder Prüfungen, sollte der Behörde mitgeteilt werden, dass dem allein auf Weisung / Aufforderung der Behörde nachgekommen wird. So sind diese zum einen anfechtbar. Zum anderen setzt sich der Projektierer später (z.B. in einem gerichtlichen Verfahren) nicht dem Vorwurf aus, bestimmte Umstände selbst durch Vorlage von Unterlagen zugestanden zu haben.

## 2. Im gerichtlichen Verfahren

Das BVerfG weist darauf hin, dass sich die Gerichte erst dann auf eine bloße Vertretbarkeits- und Plausibilitätsprüfung zurückziehen dürfen, wenn nach **vollständiger Aufklärung nach wie vor faktische Erkenntnisgrenzen** bestehen. **Die Behördenentscheidung muss weitest möglich gerichtlich kontrolliert werden; die Gerichte dürfen nicht vorschnell wegen angeblicher objektiver Grenzen des wissenschaftlichen Erkenntnisstandes von weiterer Aufklärung und Überzeugungsbildung absehen und sich mit der bloßen Plausibilität der behördlichen Entscheidung begnügen.**

*„Sofern im gerichtlichen Verfahren sachhaltige Einwände gegen die von der Behörde verwendete Methode geltend gemacht werden, muss das Gericht prüfen, ob diese Einwände die Methodik, Grundannahmen und Schlussfolgerungen der Behörde substantiell in Frage stellen (...). Hat die Behörde eine nach aktuellem Erkenntnisstand nicht mehr vertretbare Methode entscheidungstragend zugrunde gelegt,“<sup>15</sup>* ergibt sich die Rechtswidrigkeit der behördlichen Entscheidung bereits aus diesem Umstand.

Ob und ggf. in welchem Umfang das (möglicherweise) objektiv bestehende fachliche Erkenntnisdefizit die vom Gesetz geforderte fachliche Beurteilung wirklich betrifft und ob es insoweit tatsächlich an entscheidungsrelevanten, eindeutigen wissenschaftlichen Erkenntnissen mangelt, muss daher also im Einzelfall – ggf. durch Beweiserhebung – geklärt werden und unterliegt vollständiger gerichtlicher Überprüfung. **Für die Praxis ist deswegen darauf zu achten, dass den Gerichten diese Maßstäbe und Methoden dargelegt werden und durch das Stellen von Beweisanträgen auf eine entsprechende Beweiserhebung hingewirkt wird.**

Langfristig ist durch den klaren Auftrag an den Gesetzgeber zur Schaffung untergesetzlicher Maßstäbe zu erwarten, dass die Anstrengungen intensiviert werden, um die möglichen fachlichen Erkenntnislücken zu schließen und den Anwendungsbedarf dieser Rechtsprechung des BVerfG so zu reduzieren. Ob und in wie weit die bereits bestehenden Windkrafterlasse (und Leitfäden nebst ergänzender technischer Hinweise) diesen Maßstäben bereits genügen, wird man im Einzelfall beurteilen müssen.

## V. Fazit

Der BWE begrüßt die Klarstellung durch das BVerfG, dass eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative nicht existiert. Auch wenn das Gericht im Ergebnis bestätigt, dass die Fachgerichte in bestimmten Fällen an objektive Grenzen der Überprüfbarkeit stoßen und sich daher für ihre Entscheidung auf die Einschätzung der Behörde zurückziehen können, knüpft das BVerfG hieran hohe Anforderungen. Dies dürfte zum einen dazu führen, dass die Fachgerichte sich nicht vorschnell auf die Bestätigung der sog. „Einschätzungsprärogative“ ohne weitere Prüfung zurückziehen. Zum andere könnte dies bestenfalls dazu führen, dass auch die Immissionschutzbehörden bei ihren Entscheidungen zum Tötungsrisiko tiefere Abwägungen treffen und ihre Entscheidungen transparent und nachvollziehbar begründen. Gleichzeitig besteht hier aber das Risiko, dass Behörden dem Vorhabenträger zukünftig noch umfangreichere Prüfungen und Gutachten im Genehmigungsverfahren abverlangen, als dies aktuell ohnehin aufgrund der Verunsicherung in den Behörden der Fall ist (zur Handhabung durch den Vorhabenträger vgl. oben). Dies kann ggf. zu wesentlichen weiteren Verzögerungen der bereits aktuell schon sehr langwierigen Genehmigungsverfahren und auch zur Aufgabe von Vorhaben (aus ökonomischen Gründen) führen.

---

<sup>15</sup> aaO, Rn. 28

Vor diesem Hintergrund ist vor allem der durch das BVerfG formulierte „Auftrag“ an den Gesetzgeber zur Schaffung untergesetzlicher Maßstäbe umso wichtiger. Es ist zu hoffen, dass hierdurch Handlungsdruck auch bezüglich der Bewertung der bestehenden wissenschaftlichen Erkenntnisse und deren möglichen Weiterentwicklung erzeugt wird.

Der BWE wird sich an dieser Stelle weiter für den Klimaschutz und die Interessen der Branche im Einklang mit dem Naturschutz einsetzen.

**Abschließend sei den Verfahrensführerinnen für ihre Ausdauer und ihr Engagement für die gesamte Branche gedankt.**

---

## **Ansprechpartnerinnen**

### **Abteilung Fachgremien und Energierecht**

Bundesverband WindEnergie e.V. (BWE)  
Neustädtische Kirchstraße 6  
10117 Berlin  
[www.wind-energie.de](http://www.wind-energie.de)

#### **Anne Lepinski**

Fachreferentin Planung und Umwelt  
T +49 (0)30 212341-124  
[a.lepinski@wind-energie.de](mailto:a.lepinski@wind-energie.de)

#### **Philine Derouiche**

Fachreferentin Energierecht  
T +49 (0)30 212341-131  
[p.derouiche@wind-energie.de](mailto:p.derouiche@wind-energie.de)

*inweis: Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar. Bitte beachten Sie, dass die oben gemachten Ausführungen nicht rechtsverbindlich sind. Wir haben das Papier nach bestem Wissen und Gewissen erstellt. Wir können leider keine Haftung für den Inhalt des Papiers übernehmen.*