

Sache unterschiedlichen Maßstäben, die im Einzelfall eine gesonderte Begründung der Ablehnung der Prozesskostenhilfe erforderlich machen können (vgl. BVerfG, a.a.O., Rdnr. 14). So kommt es für die Beurteilung hinreichender Erfolgsaussichten bei der Bewilligung von Prozesskostenhilfe auf die Auffassung des verständigen, unbemittelten Rechtssuchenden im Zeitpunkt der Bewilligungsreife des Prozesskostenhilfeantrags und damit auf eine ex-ante-Betrachtung an.

[19] Diesen Anforderungen ist das Verwaltungsgericht nicht gerecht geworden, weil es im Prozesskostenhilfverfahren und im Hauptsacheverfahren die gleichen Prüfungsmaßstäbe angewendet hat. Insofern hat es verkannt, dass Prozesskostenhilfe bereits dann zu gewähren ist, wenn die Klage lediglich in einer ex-ante-Perspektive hinreichende Erfolgsaussichten hat. Das Verwaltungsgericht hat den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe mit einem dem Urteil beigefügten Beschluss abgelehnt und die Ablehnung damit begründet, dass »nach den Ausführungen im vorstehenden Urteil die Erfolgsaussichten der beabsichtigten Rechtsverfolgung allenfalls entfernt erscheinen«. Das Verwaltungsgericht hat damit zwar eine Prognose hinsichtlich der Erfolgsaussichten vorgenommen und diese lediglich als entfernt bewertet. Die Begründung für die negative Prognose ist jedoch letztlich dieselbe wie die für die Klageabweisung. Selbstständige Erwägungen hinsichtlich des Prozesskostenhilfeantrags aus einer ex-ante-Sicht sind nicht erkennbar. Diese wären angesichts der in der obergerichtlichen Rechtsprechung unterschiedlich beurteilten und von dem übergeordneten Oberverwaltungsgericht damals noch nicht entschiedenen Tatsachenfrage der politischen Verfolgung bei (beabsichtigter) Wehrdienstentziehung jedoch gerade erforderlich gewesen.

[20] 4. Der Beschluss des Verwaltungsgerichts ist aufzuheben und die Sache dorthin zurückzuverweisen, da nicht auszuschließen ist, dass das Verwaltungsgericht bei Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Maßgaben zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre.

### III.

[21] Das Land Schleswig-Holstein hat dem Beschwerdeführer gem. § 34a Abs. 2 BVerfGG die notwendigen Auslagen zu erstatten. Die Festsetzung des Werts des Gegenstands der anwaltlichen Tätigkeit beruht auf § 37 Abs. 2 Satz 2 RVG i.V.m. § 14 Abs. 1 Satz 1 RVG.

## Zur Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle durch den Erkenntnisstand der Fachwissenschaft

Art. 19 Abs. 4 Satz 1, Art. 103 Abs. 1 GG, §§ 44 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5, 45 BNatSchG.

**1. Stößt die gerichtliche Kontrolle nach weitestmöglicher Aufklärung an die Grenze des Erkenntnisstandes naturwissenschaftlicher Wissenschaft und Praxis, zwingt Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG das Gericht nicht zu weiteren Ermittlungen, sondern erlaubt ihm, seiner Entscheidung insoweit die plausible Einschätzung der Behörde zu der fachlichen Frage zugrunde zu legen. Die Einschränkung der Kontrolle folgt hier nicht aus einer der Verwaltung eingeräum-**

**ten Einschätzungsprärogative und bedarf nicht eigens gesetzlicher Ermächtigung.**

**2. In grundrechtsrelevanten Bereichen darf der Gesetzgeber Verwaltung und Gerichten nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen »Erkenntnisvakuum« übertragen, sondern muss jedenfalls auf längere Sicht für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung sorgen.**

BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13 – (Harzer Windmüller) und – 1 BvR 595/14 – (e.n.o. energie) m. ergänzenden Literaturnachweisen der Schriftleitung.

Die gegen die Urteile des BVerwG, Urt. v. 27.06.2013 – 4 C 1.12 – BVerwGE 147, 118 = BauR 2014, 316 und des OVG Magdeburg v. 19.01.2012 – 2 L 124/09 – BImSchG-Rspr. § 6 Nr. 59 (Harzer Windmüller) – 1 BvR 2523/13 – und des BVerwG v. 21.11.2013 – 7 C 40.11 – NVwZ 2014, 524 = BRS 81 Nr. 232 (2013), und des OVG Magdeburg, Urt. v. 26.10.2011 – 2 L 6/09 – NuR 2012, 196 – e.n.o. energie) – 1 BvR 95/14 – gerichteten Verfassungsbeschwerden werden als unzulässig verworfen.

### Gründe:

[1] Die Verfassungsbeschwerden werfen bezüglich des in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG enthaltenen Tötungsverbots für besonders geschützte Tierarten die Frage nach der durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gebotenen Reichweite verwaltungsgerichtlicher Kontrolle auf.

### A.

[2] Die Beschwerdeführerinnen begehren die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für Windenergieanlagen. Eine Genehmigung wurde in beiden Fällen wegen Unvereinbarkeit mit § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG versagt, der es verbietet, wild lebende Tiere der besonders geschützten Arten zu töten. Das Tötungsverbot steht der Genehmigung entgegen, wenn sich durch das Vorhaben das Tötungsrisiko für die geschützten Tiere signifikant erhöht (BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3.06 – BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199 – Lichtenauer Hochland II, Rdnr. 219; siehe jetzt auch § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG). Die Genehmigungsbehörden nahmen in beiden Fällen an, das Risiko der Kollision von Greifvögeln der Art des Rotmilans mit den beantragten Windenergieanlagen sei signifikant erhöht.

[3] In den Berufungsentscheidungen hat das Oberverwaltungsgericht unter Verweis auf die Entscheidung des 9. Senats des Bundesverwaltungsgerichts zur Nordumfahrung Bad Oeynhausen (BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07 – BVerwGE 131, 274 = DVBl 2009, 259) ausgeführt, der zuständigen Behörde müsse eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zuerkannt werden, weil zur fachgerechten Beurteilung der Frage der signifikanten Risikoerhöhung ornithologische Kriterien maßgeblich seien, die zu treffende Entscheidung prognostische Elemente enthalte und naturschutzfachlich allgemein anerkannte standardisierte Maßstäbe und rechenhaft handhabbare Verfahren fehlten (OVG

Sachsen-Anhalt, Urt. v. 26.10.2011 – 2 L 6/09 – NuR 2012, 196, Rdnr. 60; Urt. v. 19.01.2012 – 2 L 124/09 – BImSchG-Rspr. § 6 Nr. 59, Rdnr. 46).

[4] Auf die Revisionen der Beschwerdeführerinnen hin hat das BVerwG festgestellt, das Berufungsgericht sei zu Recht davon ausgegangen, dass der Genehmigungsbehörde für die Prüfung dieses Verbotstatbestandes eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zuerkannt werden müsse. Die behördliche Beurteilung richte sich auf außerrechtliche Fragestellungen, für die allgemein anerkannte fachwissenschaftliche Maßstäbe und standardisierte Erfassungsmethoden fehlten. Wenn und solange die ökologische Wissenschaft sich insoweit nicht als eindeutiger Erkenntnisgeber erweise, fehle es den Gerichten an der auf besserer Erkenntnis beruhenden Befugnis, eine naturschutzfachliche Einschätzung der sachverständigen Zulassungsbehörde als »falsch« und »nicht rechtens« zu beanstanden (BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40.11 – NVwZ 2014, 524 = BauR 2014, 981, Rdnr. 14). Seien verschiedene Methoden wissenschaftlich vertretbar, bleibe die Wahl der Methode der Behörde überlassen (BVerwG, Urt. v. 27.06.2013 – 4 C 1.12 – BVerwGE 147, 118 = NVwZ 2013, 1411, m. Bespr. Gatz, jurisPR-BVerwG 21/2013 Anm. 5 Rdnr. 15).

[5] Die Beschwerdeführerinnen machen mit ihren Verfassungsbeschwerden vor allem geltend, in ihrem Recht auf effektiven Rechtsschutz verletzt zu sein (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG), weil die Gerichte den Behörden eine nicht zu rechtfertigende Einschätzungsprärogative eingeräumt hätten.

[6] Zu den Verfassungsbeschwerden haben der 4. Senat und der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts, die Bundesrechtsanwaltskammer und der Deutsche Anwaltverein Stellung genommen.

## B.

[7] Die Verfassungsbeschwerden sind unzulässig. Sie entsprechen nicht dem Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (unten I) und sind nicht hinreichend begründet worden (unten II).

## I.

[8] Die Verfassungsbeschwerden entsprechen nicht dem Grundsatz der Subsidiarität. Danach genügt es nicht, dass die Beschwerdeführerinnen den Rechtsweg lediglich formell erschöpft haben. Sie hätten vielmehr alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreifen müssen, um die geltend gemachte Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) in dem sachnächsten Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen (BVerfGE 134, 106 <115 Rdnr. 27> m.w.N.).

[9] Die Gerichte haben die mit den Verfassungsbeschwerden beanstandete Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle damit begründet, dass es zu den hier durch § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG aufgeworfenen außerrechtlichen Fragestellungen zum Tötungsrisiko für Rotmilane nach derzeitigem Erkenntnisstand der ökologischen Wissenschaft und Praxis keine eindeutigen Antworten gebe. Die Beschwerdeführerinnen machen demgegenüber in ihren Verfassungsbeschwerden geltend, dass die nötigen naturschutzfachlichen Erkenntnis-

se bereits existierten. Dies hätten sie wegen der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde im fachgerichtlichen Verfahren rechtzeitig substantiiert vortragen müssen. Es ist nicht auszuschließen, dass sie damit die in ihren Augen verfassungswidrige Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle hätten abwenden können, weil die Gerichte daraufhin, ihrem eigenen Ansatz folgend, möglicherweise die Voraussetzungen einer solchen Kontrollbegrenzung verneint hätten (unten 1). Der Kontrollansatz der Verwaltungsgerichte zu § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist insoweit nicht etwa von vornherein mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG unvereinbar (unten 2).

[10] **1.** Die Beschwerdeführerinnen hätten mit dem Einwand, ein hinreichender ökologischer Erkenntnisstand zu den durch § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG aufgeworfenen außerrechtlichen Fragestellungen existiere bereits, im fachgerichtlichen Verfahren möglicherweise die mit den Verfassungsbeschwerden beanstandete Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle verhindern können, weil die Gerichte die Begrenzung ihrer Kontrolle der Genehmigungsentscheidung gerade damit begründet haben, dass es nach derzeitigem Erkenntnisstand an eindeutigen Antworten fehle.

[11] **a)** Die Beschwerdeführerin im Verfahren – 1 BvR 2523/13 – macht im Verfassungsbeschwerdeverfahren geltend, dass es sich bei der Ermittlung des Vorkommens einer besonders geschützten Art und des Grads ihrer Gefährdung um gesicherte Tatsachenfeststellungen handle. Das typische Verhalten von in Deutschland regelmäßig vorkommenden Tierarten, wie hier dem Rotmilan, sei hinreichend erforscht. Die Befunde müssten lediglich herangezogen und genutzt werden. Es lasse sich berechnen, wie hoch die statistische Wahrscheinlichkeit der Kollision eines Rotmilans mit der betreffenden Windenergieanlage sei. Die Beschwerdeführerin im Verfahren – 1 BvR 595/14 – trägt im Verfassungsbeschwerdeverfahren vor, die Problematik der Risikoermittlung sei alltäglich und das Lebensrisiko für Rotmilane könne durch Stichproben innerhalb akzeptabler Fehlergrenzen konkret ermittelt werden.

[12] Der Sache nach machen die Beschwerdeführerinnen mit ihren Verfassungsbeschwerden also geltend, dass sich eine bestimmte Methode oder ein bestimmter Maßstab zur Risikobewertung durchgesetzt habe und einzig vertretbar sei. Träfen diese Einschätzungen der Beschwerdeführerinnen zu, hätte die gerichtliche Kontrolle nach den Prämissen der Verwaltungsgerichte in beiden Ausgangsverfahren nicht beschränkt werden dürfen.

[13] **b)** Die Frage nach der Existenz anerkannter fachwissenschaftlicher Maßstäbe und Methoden ist eine von der jeweiligen Fachwissenschaft zu beantwortende Tatsachenfrage, die dem Sachverständigenbeweis zugänglich ist (BVerfGE 88, 40 <58 f.>; BVerwG, Urt. v. 24.02.1993 – 6 C 38.92 – DVBl 1993, 848, Rdnr. 18). Die Beschwerdeführerinnen legen im Verfassungsbeschwerdeverfahren nicht dar, dass sie diese Frage spätestens in der letzten Tatsacheninstanz des fachgerichtlichen Verfahrens aufgeworfen haben. Auch den beigezogenen Akten lässt sich nicht entnehmen, dass die Beschwerdeführerinnen im fachgerichtlichen Verfahren die Existenz anerkannter Maßstäbe behauptet und auf weitere Sachaufklärung hingewirkt hätten. Ebenso wenig ersichtlich ist im Übrigen, dass die Beschwerdeführerinnen im fachgerichtlichen Verfahren

auch nur die Vertretbarkeit der von den Behörden herangezogenen Maßstäbe substantiiert in Frage gestellt hätten.

[14] **c)** Es war den Beschwerdeführerinnen nicht unzumutbar, bereits im Berufungsverfahren entsprechend vorzutragen und auf weitere Sachaufklärung hinzuwirken. Sie haben weder im Revisionsverfahren oder in ihren Verfassungsbeschwerden geltend gemacht noch ist anderweitig erkennbar, dass sie hieran gehindert gewesen wären. Sie rügen mit ihren Verfassungsbeschwerden auch keinen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG. Sie machen insbesondere nicht geltend, das Oberverwaltungsgericht habe die Kontrolle der behördlichen Entscheidungen überraschend beschränkt.

[15] **2.** Der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde steht nicht etwa entgegen, dass der Ansatz der Verwaltungsgerichte, die gerichtliche Kontrolle der behördlichen Anwendung von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG insoweit zu begrenzen, als es an durch ökologische Wissenschaft und Praxis allgemein anerkannten Maßstäben und Methoden fehlt, von vornherein verfassungswidrig wäre. Wäre dies der Fall, könnte von den Beschwerdeführerinnen hier nicht ohne Weiteres verlangt werden, sich auf diesen von ihnen mit den Verfassungsbeschwerden gerade angegriffenen Kontrollansatz einzulassen. Der Kontrollansatz der Verwaltungsgerichte ist jedoch im Wesentlichen mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG vereinbar.

[16] Grundsätzlich kann es zu einer mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG vereinbaren Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle führen, wenn die Anwendung eines Gesetzes tatsächliche naturschutzfachliche Feststellungen verlangt, zu denen weder eine untergesetzliche Normierung erfolgt ist noch in Fachkreisen und Wissenschaft allgemein anerkannte Maßstäbe und Methoden existieren (unten a). Dies kann bei der hier in Rede stehenden Anwendung von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zum Tragen kommen (unten b). Die Beschwerdeführerinnen hätten daher ihre Einwände gegen die Annahme, es fehle an gesicherter naturschutzfachlicher Erkenntnis, spätestens im Berufungsverfahren als letzter Tatsacheninstanz geltend machen müssen.

[17] **a)** Soweit es zur Beantwortung einer sich nach außerrechtlichen naturschutzfachlichen Kriterien richtenden Rechtsfrage an normativen Konkretisierungen fehlt und in Fachkreisen und Wissenschaft bislang keine allgemeine Meinung über die fachlichen Zusammenhänge und die im Einzelfall anzuwendenden Ermittlungsmethoden besteht, stößt die verwaltungsgerichtliche Kontrolle an Grenzen. Dem Verwaltungsgericht ist es dann objektiv unmöglich, den Sachverhalt vollständig aufzuklären und eine abschließende Überzeugung davon zu gewinnen, ob das Ergebnis der Entscheidung der Behörde richtig oder falsch ist. 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 (unten aa). Indessen unterscheidet sich das gerichtliche Kontrollmaß hier nicht grundlegend von der üblichen gerichtlichen Prüfung. Die Kontrolle ist weitestmöglich durchzuführen und das Gericht muss sich auch im Übrigen von der Plausibilität der behördlichen Entscheidung überzeugen (unten bb).

[18] **aa)** Wenn die gerichtliche Kontrolle nach weitestmöglicher Aufklärung an die Grenze des Erkenntnisstandes der ökologischen Wissenschaft und Praxis stößt (unten bb), zwingt Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG das Gericht nicht zu weiteren Ermittlungen, sondern erlaubt dem Gericht, seiner Entscheidung insoweit die Einschätzung der Behörde zu der fachlichen Frage zugrunde zu legen, wenn diese auch aus gerichtlicher Sicht plausibel ist.

[19] **(1)** Im Ausgangspunkt folgt aus der Garantie effektiven Rechtsschutzes grundsätzlich die Pflicht der Gerichte, die angefochtenen Verwaltungsakte in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig nachzuprüfen (BVerfGE 129, 1 <20> m.w.N.). Auch wenn die zugrundeliegende gesetzliche Regelung außerrechtliche fachliche Beurteilungen erfordert, überprüft das Verwaltungsgericht die behördliche Entscheidung grundsätzlich vollständig auf ihre Rechtmäßigkeit. Wenn unterhalb der gesetzlichen Vorgabe keine normativen Konkretisierungen für die fachliche Beurteilung solcher gesetzlicher Tatbestandsmerkmale bestehen, müssen sich Behörde und Gericht zur fachlichen Aufklärung dieser Merkmale unmittelbar der Erkenntnisse der Fachwissenschaft und -praxis bedienen.

[20] Fehlt es in den einschlägigen Fachkreisen und der einschlägigen Wissenschaft an allgemein anerkannten Maßstäben und Methoden für die fachliche Beurteilung, kann die gerichtliche Kontrolle des behördlichen Entscheidungsergebnisses mangels besserer Erkenntnis der Gerichte an objektive Grenzen stoßen. Sofern eine außerrechtliche Frage durch Fachkreise und Wissenschaft bislang nicht eindeutig beantwortet ist, lässt sich objektiv nicht abschließend feststellen, ob die behördliche Antwort auf diese Fachfrage richtig oder falsch ist (BVerwG, Urt. v. 09.09.2008 – 9 A 14.07 – BVerwGE 131, 274 = DVBl 2009, 259; Nolte, jurisPR-BVerwG 1/2010 Anm. 5; ders. jurisPR-BVerwG 6/2009 Anm. 6; Schübel-Pfister JuS 2009, 517; Gellermann NuR 2009, 85 – A 30 Nordumfahrung Bad Oeynhaus, Rdnr. 65). Dem Gericht ist durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht auferlegt, das außerrechtliche tatsächliche Erkenntnisdefizit aufzulösen. Gerichte sind nicht in der Lage, fachwissenschaftliche Erkenntnislücken selbständig zu schließen, und auch nicht verpflichtet, über Ermittlungen im Rahmen des Stands der Wissenschaft hinaus Forschungsaufträge zu erteilen (BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 – BVerwGE 154, 377, Rdnr. 24; Urt. v. 22.09.2016 – 4 C 6.15 – BVerwGE 156, 136, Rdnr. 28; BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20.05 – BVerwGE 128, 1 = DVBl 2007, 706 = NVwZ 2007, 2054 m. Anm. Stürer, 1147 – Halle Westumfahrung, Rdnr. 66).

[21] Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass das Gericht trotz des unzureichenden Erkenntnisstandes zu der naturschutzfachlichen Frage tatsächlich auf ähnliche Weise eine selbständige Einschätzung vornehmen könnte wie die Behörde. Diese muss – wenn das Gesetz dies von ihr verlangt – unter denselben Bedingungen eine Entscheidung notgedrungen treffen. Nach Sinn und Zweck der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie ist jedoch über die im Rahmen bestehender Erkenntnis mögliche Überprüfung der Vertretbarkeit der behördlichen Annahmen hinaus keine weitere, von der behördlichen Entscheidung unabhängige, eigenständige



Einschätzung durch das Gericht geboten. Vielmehr kann das Gericht seiner Entscheidung insoweit die – auch aus seiner Sicht plausible – Einschätzung der Behörde zugrunde legen.

[22] Nähme das Gericht hingegen über die im Rahmen bestehender Erkenntnis mögliche Überprüfung hinaus eine selbständige Einschätzung vor, bliebe angesichts der unzureichenden Erkenntnislage zwangsläufig immer noch ungeklärt und auch objektiv unaufklärbar, ob die behördliche Einschätzung oder die gerichtliche Einschätzung richtig ist. Unabhängig davon, ob das Gericht zur gleichen Einschätzung gelangte wie die Behörde oder nicht, wären beide Einschätzungen stets mit Unsicherheit behaftet, die hier gerade aus dem objektiven Fehlen gesicherter Erkenntnismaßstäbe resultiert. In außerrechtlichen tatsächlichen Fragen besteht aber zugunsten der Gerichtsbarkeit keine Vermutung, dass sie über mehr Expertise verfügte als die Verwaltung. Weil nichts dafür spricht, dass die gerichtliche Einschätzung wissenschaftlich ungeklärter ökologischer Zusammenhänge eher richtig ist als die der Behörde, vermag die gerichtliche Kontrolle insofern auch nicht zum Schutz der Rechte der Betroffenen beizutragen.

[23] (2) Stößt das Verwaltungsgericht bei der Kontrolle naturschutzrechtlicher Entscheidungen an die objektiven Grenzen der Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft und Praxis, folgt das eingeschränkte Kontrollmaß nicht etwa aus einer der Verwaltung eigens eingeräumten Einschätzungsprärogative, sondern schlicht aus dem Umstand, dass es insoweit am Maßstab zur sicheren Unterscheidung von richtig und falsch fehlt. Es handelt sich damit nicht um eine gewillkürte Verschiebung der Entscheidungszuständigkeit vom Gericht auf die Behörde, sondern um eine nach Dauer und Umfang vom jeweiligen ökologischen Erkenntnisstand abhängige faktische Grenze verwaltungsgerichtlicher Kontrolle. Dafür bedarf es nicht eigens der gesetzlichen Ermächtigung, wie sie für die Einräumung administrativer Letztentscheidungsrechte bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe erforderlich ist (BVerfGE 129, 1 <21 ff.> – Investitionszulage).

[24] Wenngleich das eingeschränkte Kontrollmaß demnach mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 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 (BVerfGE 49, 89 <126>; 137, 350 <363 f. Rdnr. 33>) verfassungsrechtliche Zweifel aufwerfen. 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 (Jacob/Lau, NVwZ 2015, S. 241 <248>). Der Gesetzgeber mag, je nach Grundrechtsbetroffenheit, kurzfristig darauf vertrauen können, dass sich fachliche Wissenslücken durch Erkenntnisfortschritte in Fachkreisen und Wissenschaft schließen. Längerfristig dürfte der Gesetzgeber dem jedoch nicht tatenlos zusehen, weil er sich so seiner inhaltlichen Entscheidungsverantwortung entzieht, privatem Fachwissen ungesteuert weitreichenden Einfluss auf staatliche Entscheidungen eröffnet und eine einheitliche Rechtsanwendung nicht gewährleistet ist. Der Gesetzgeber muss dann, sofern die fachlichen Zusammenhänge weiter ungeklärt sind,

für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung bspw. durch Einsetzung fachkundiger Gremien zur Festlegung einheitlicher Maßstäbe und Methoden sorgen oder wenigstens genauere Regeln für die behördliche Entscheidung zwischen mehreren vertretbaren Auffassungen vorgeben. In den vorliegenden Verfahren kommt es hierauf nicht an.

[25] **bb)** Auch wenn es in den einschlägigen Fachkreisen und der einschlägigen Wissenschaft an allgemein anerkannten Maßstäben und Methoden für die fachliche Beurteilung fehlt, unterscheidet sich das gerichtliche Kontrollmaß nicht grundlegend von der üblichen gerichtlichen Prüfung. Die Behördenentscheidung muss weitestmöglich gerichtlich kontrolliert werden, bevor das Verwaltungsgericht wegen der objektiven Grenzen des wissenschaftlichen Erkenntnisstandes von weiterer Aufklärung und Überzeugungsbildung absehen und sich im Weiteren auf die Plausibilität der behördlichen Entscheidung stützen kann.

[26] (1) Naturschutzfachliche Erkenntnisdefizite können das Gericht nur bei der Anwendung außerrechtlicher Kriterien an objektive Entscheidungsgrenzen führen. Selbst bei der außerrechtlichen Beurteilung kann nur insoweit die Grenze gerichtlicher Entscheidung erreicht werden, als das objektiv bestehende fachliche Erkenntnisdefizit die vom Gesetz geforderte fachliche Beurteilung wirklich betrifft; soweit hingegen für einzelne Aspekte der fachlichen Beurteilung Erkenntnisdefizite nicht bestehen, hat das Gericht die Richtigkeit der behördlichen Entscheidung vollständig nachzuprüfen.

[27] (2) Von weiterer Kontrolle abzusehen kommt von vornherein nur dann in Betracht, wenn es tatsächlich an entscheidungsrelevanter, eindeutiger wissenschaftlicher Erkenntnis fehlt. So ist eine Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle hinsichtlich des in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG geregelten Tötungsverbots nicht mehr zulässig, soweit sich für die Bestandserfassung von betroffenen Arten oder für die Ermittlung des Risikos bestimmte Maßstäbe und Methoden durchgesetzt haben und andere Vorgehensweisen nicht mehr als vertretbar angesehen werden können. Ob dem so ist, unterliegt vollständiger gerichtlicher Überprüfung (BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40.11 – ZNER 2014, 112 = LKV 2014, 130 = NVwZ 2014, 524 = BauR 2014, 981, Nolte, jurisPR-BVerwG 9/2014 Anm. 3, Gellermann NuR 2014, 597, Spieler, jurisPR-UmwR 3/2014 Anm. 2 – Windenergieanlagen genehmigung, Rdnr. 19; Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 – BVerwGE 154, 377, Rdnr. 25).

[28] (3) Existiert keine allgemein anerkannte fachliche Meinung, kann und muss das Gericht kontrollieren, ob die von der Behörde verwendeten fachlichen Maßstäbe und Methoden vertretbar sind und die Behörde insofern im Ergebnis zu einer plausiblen Einschätzung der fachlichen Tatbestandsmerkmale einer Norm gelangt ist (BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 – 9 A 9.15 – BVerwGE 155, 91, Rdnr. 128; zum Naturschutzrecht grundlegend BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07 – BVerwGE 131, 274 = DVBl 2009, 259, Rdnr. 65; st. Rspr.). 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 (BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 – BVerwGE 154, 377, Rdnr. 23; siehe auch BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07 – BVerwGE 131, 274 = DVBl 2009, 259, Rdnr. 71 ff.; Urt. v. 06.11.2012 – 9 A 17.11 – NVwZ 2013, 805 – A 33 Bielefeld-Steinhagen/Borgholzhausen, Rdnr. 97 ff.; Urt. v. 28.04.2016 – 9 A 9.15 – BVerwGE 155, 91, Rdnr. 132 ff.). Hat die Behörde eine nach aktuellem Erkenntnisstand nicht mehr vertretbare Methode entscheidungstragend zugrunde gelegt, ergibt sich die Rechtswidrigkeit, ohne dass die faktischen Grenzen außerrechtlicher Erkenntnis überhaupt entscheidungsrelevant würden.

[29] Gelangt das Gericht hingegen zu der Einschätzung, dass Einwände und gegenläufige Gutachten die Vertretbarkeit der von der Behörde verwendeten Methode zwar nicht widerlegen können, aber doch ihrerseits einer vertretbaren Methode folgen, sieht es sich letztlich zwei vertretbaren Positionen gegenüber. Welche von beiden richtig ist und ob überhaupt eine von beiden richtig ist, ist dann mangels eindeutiger fachlicher Erkenntnis objektiv nicht zu ermitteln. Das gilt auch, wenn das Gericht zu der Überzeugung gelangt, dass die Gegenpositionen unhaltbar sind. Dann steht zwar konkret nur noch die von der Behörde gewählte Methode zur Debatte, sofern sich das Gericht von deren Vertretbarkeit überzeugt hat. Angesichts der objektiv unzureichenden Erkenntnislage lässt sich aber auch in dieser Situation nicht mit Gewissheit sagen, dass diese Methode richtig ist und zu richtigen fachlichen Beurteilungen führt. Das Verwaltungsgericht ist dann zur weitergehenden Prüfung der Richtigkeit der behördlichen Einschätzung nicht in der Lage und muss sich insoweit auf eine Plausibilitätskontrolle beschränken.

[30] (4) Nach allgemeinen Grundsätzen bleibt aber auch dann noch verwaltungsgerichtlicher Kontrolle unterworfen, ob der Behörde bei der Ermittlung und der Anwendung der von ihr aus dem Spektrum des Vertretbaren gewählten fachlichen Methode Verfahrensfehler unterlaufen, ob sie anzuwendendes Recht verkennt, von einem im Übrigen unrichtigen oder nicht hinreichend tiefgehend aufgeklärten Sachverhalt ausgeht, allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe verletzt oder sich von sachfremden Erwägungen leiten lässt (BVerfGE 84, 34 <53 f.>; BVerfG, Beschl. der 3. Kammer des Ersten Senats v. 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07 – DVBl 2010, 250, Rdnr. 59; Beschl. der 1. Kammer des Ersten Senats v. 08.12.2011 – 1 BvR 1932/08 – DVBl 2012, 230, Rdnr. 40; zum Naturschutzrecht BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07 – BVerwGE 131, 274 = DVBl 2009, 259, Rdnr. 65 ff. – Nordumgehung Bad Oeynhausen).

[31] **b)** Die beschriebenen Grenzen gerichtlicher Kontrolle könnten bei der hier in Rede stehenden Anwendung von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zum Tragen kommen. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verlangt naturschutzfachliche Einschätzungen, die nicht etwa im Wege untergesetzlicher Normierung generalisierend vorab erfolgt sind und für die nach den – von den Beschwerdeführerinnen nun freilich bestrittenen – Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts auch keine in Fachkreisen und Wissenschaft allgemein anerkannten Maßstäbe und Methoden existieren.

[32] **aa)** Naturschutzfachliche Einschätzungen sind insoweit erforderlich, als das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1

BNatSchG nach ständiger Rechtsprechung der Fachgerichte erst eingreift, wenn sich durch das Vorhaben das Kollisionsrisiko für die geschützten Tiere signifikant erhöht (BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3.06 – BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199, Rdnr. 219 – Lichtenauer Hochland II; siehe jetzt auch § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG). Danach ist der Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht bereits wegen der an keinem Ort völlig auszuschließenden Gefahr erfüllt, dass einzelne Exemplare geschützter Arten durch ein Vorhaben getötet werden. Erfüllt ist der Tatbestand erst dann, wenn das Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren unter Berücksichtigung artspezifischer Verhaltensweisen, häufiger Frequentierung des Einwirkungsbereichs der Anlage und der Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen einen Risikobereich übersteigt, der mit einem Vorhaben der zur Genehmigung stehenden Art im Naturraum immer und an jedem Ort verbunden ist (BVerwG, Urt. v. 28.04.2016 – 9 A 9.15 – BVerwGE 155, 91, Rdnr. 141 m.w.N.; Beschl. v. 08.03.2018 – 9 B 25.17 – DVBl 2018, 1178 m. Anm. Stürer/Stürer, 1182, Rdnr. 11 – Datteln). Ob ein solches spezifisches Risiko vorliegt, kann nicht ohne naturschutzfachliche Einschätzung beurteilt werden, soweit sich dies nach außerrechtlichen, nämlich naturschutzfachlichen Kriterien richtet. Nach außerrechtlichen Kriterien beurteilt sich insbesondere, wie der Bestand der geschützten Tiere zu bestimmen und die Wahrscheinlichkeit zu ermitteln ist, dass ein geschütztes Tier bei Realisierung des zur Genehmigung stehenden Vorhabens getötet wird. Falls insoweit, wie die Gerichte hier angenommen haben, in Fachkreisen und Wissenschaft anerkannte Maßstäbe und Methoden der Ermittlung dieses Tötungsrisikos fehlen, kann dies die verwaltungsgerichtliche Kontrolle begrenzen.

[33] Wenn die Beschwerdeführerinnen nun hingegen mit ihren Verfassungsbeschwerden bestreiten, dass es weiterhin an in Fachkreisen und Wissenschaft anerkannten Maßstäben und Methoden der Ermittlung fehlt, machen sie zwar einen potentiell beachtlichen Einwand gegen die Gerichtsentscheidung geltend, weil die Gerichte ihre Kontrolle gegebenenfalls ohne hinreichenden Grund begrenzt haben könnten. Ob in Fachkreisen und Wissenschaft anerkannte Maßstäbe und Methoden existieren oder nicht, kann aber nicht erst im Verfassungsbeschwerdeverfahren geklärt werden. Die Beschwerdeführerinnen hätten dies schon im fachgerichtlichen Verfahren rechtzeitig vorbringen müssen. Weil der verwaltungsgerichtliche Ansatz im Ausgangspunkt mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG vereinbar ist, kann das von ihnen verlangt werden.

[34] **bb)** Sofern hingegen, wie das Oberverwaltungsgericht hier annimmt, die Feststellung, ob im konkreten Fall ein Tötungs- oder Verletzungsrisiko signifikant erhöht ist, auch Elemente wertender, nicht der naturschutzfachlichen Einschätzung unterliegender Betrachtung enthält, die sich daher nicht beweisen lassen (OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 19.01.2012 – 2 L 124/09 – BImSchG-Rspr. § 6 Nr. 59, Rdnr. 46), wäre dies eine Frage der weiteren, auf bestimmte Risikoerhöhungen bezogenen normativen Konkretisierung des unbestimmten Kriteriums der Signifikanz der Risikoerhöhung. Diese obliegt grundsätzlich den Verwaltungsgerichten (Kahl/Burs, DVBl 2016, S. 1222 <1224>; grundlegend BVerfGE 129, 1 <21> m.w.N.). Insoweit bedürfen der Verwaltung überlassene Beurteilungsspielräume eines hinreichend deutlichen gesetzlichen Anknüpfungspunkts

(BVerfGE 129, 1 <21 f.> m.w.N.). Die Verfassungsbeschwerden geben keinen Anlass, darüber zu entscheiden.

## II.

[35] Die Verfassungsbeschwerden sind auch nicht hinreichend substantiiert begründet (§ 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG). Die Beschwerdeführerinnen legen nicht dar, in welchen entscheidungserheblichen Fragen die Gerichte im vorliegenden Fall ihre Kontrolle konkret eingeschränkt haben. Mit ihren Verfassungsbeschwerden greifen sie im Wesentlichen abstrakt die Berechtigung an, die gerichtliche Kontrolle bei der Anwendung von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zu beschränken. Dies genügt zur Substantiierung der Verfassungsbeschwerden insbesondere deshalb nicht, weil es sich nach den Prämissen des Oberverwaltungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts um eine dynamische Kontrollbeschränkung handelt, die nur so lange zulässig ist, wie es an anerkannten naturschutzfachlichen Maßstäben und Methoden fehlt (BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40.11 – NVwZ 2014, 524 = BauR 2014, 981, Nolte, jurisPR-BVerwG 9/2014 Anm. 3, Spieler, jurisPR-UmwR 3/2014 Anm. 2, Gellermann, NuR 2014, 597 – Windenergieanlagenehmigung, Rdnr. 19). Ob und hinsichtlich welcher Aspekte der im Rahmen von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zu treffenden Feststellungen die gerichtliche Kontrolle beschränkt ist, kann sich danach im Laufe der Zeit verändern.

[36] Zwar sprechen die Gerichte hier selbst von der behördlichen Einschätzungsprärogative, so dass nahe liegt, dass die gerichtliche Kontrolle tatsächlich eingeschränkt war. Dies enthebt die Beschwerdeführerinnen jedoch nicht der Notwendigkeit, im Verfassungsbeschwerdeverfahren konkret darzulegen, hinsichtlich welcher Fragen die Kontrolldichte in ihren Augen unzulässig eingeschränkt war. Angesichts der zahlreichen tatsächlichen Feststellungen und der insgesamt umfangreichen Befassung der Gerichte mit den hier zu beurteilenden Sachverhalten ist für die verfassungsgerichtliche Überprüfung nicht ohne Weiteres erkennbar, inwiefern die gerichtliche Kontrolle hier tatsächlich eingeschränkt gewesen sein könnte. Es ist aber nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, auf pauschale Rügen unzureichender Kontrolldichte die angegriffenen Entscheidungen auf konkrete Verletzungen der Rechtsschutzgarantie hin zu untersuchen.

**Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13 – (Harzer Windmüller) und – 1 BvR 595/14 – (e.n.o. energie).**

**(Grünes Licht aus Karlsruhe).** Da ist einigen Planfeststellern und Vorhabenträgern mit der Bekanntgabe der BVerfG-Entscheidung zur Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle durch den Erkenntnisstand der Fachwissenschaft wohl ein Stein vom Herzen gefallen. Das werden vielleicht auch einzelne Mitglieder des 3., 4., 7. und 9. Senats und damit der vier Planungsrechtssenate des BVerwG ähnlich empfunden haben. Denn schon seit vielen Jahren schwelte die Frage, ob die Gerichte bei ungewissen Lagen zur fachlichen Beurteilung nach sorgfältiger Berücksichtigung aller auch fachlich erkennbarer Umstände durchentscheiden können, indem der Verwaltung ein entsprechender Beurteilungsspielraum zugebilligt wird oder der auf dem Richtertisch liegende fachliche Meinungs-

streit durch Gutachten und Gegengutachten bei realistischer Betrachtung nie ein Ende nimmt.

**(Das Problem).** Der Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird immer komplizierter. Das liegt vor allem an der komplexer gewordenen Rechtsmaterie aber auch daran, dass gerade bei Infrastrukturvorhaben und anderen Großvorhaben vor allem im Natur- und Umweltschutzbereich andere Fachmaterien ausgewertet und integriert werden müssen. Nicht selten ergeben sich dabei in den Gerichtsverfahren Fragestellungen, auf die auch die Naturwissenschaften keine abschließenden Antworten geben können. Das gilt bereits für die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung und den Artenschutz und nicht zuletzt auch für die strengen Anforderungen des europäischen Gebietsschutzes. Wann können eigentlich vernünftige Zweifel an einer Beeinträchtigung der Erhaltungsziele sicher ausgeschlossen werden und wie können der Vorhabenträger und die entscheidende Behörde dies darlegen und überzeugend beweisen (BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20.05 – BVerwGE 128, 1 = DVBl 2007, 706 – Halle-Westumfahrung)? Wie geht man eigentlich mit der weitgehenden »Veränderungssperre« in einem faktischen Vogelschutzgebiet um, die sich für Projekte geradezu wie eine »rote Ampel« darstellt (BVerwG, Urt. v. 01.04.2004 – 4 C 2.03 – BVerwGE 120, 276 = DVBl 2004, 1115 – Hochmoselbrücke)? Wann ist eigentlich mit einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko der artenschutzrechtliche Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG (BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3.06 – BVerwGE 130, 299 = DVBl 2008, 1199; Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07 – BVerwGE 131, 274 = DVBl 2009, 259) erfüllt und wer entscheidet darüber? Der Vorhabenträger oder die Behörde, die Kläger oder die Naturschutzverbände mit ihrer jeweiligen Phalanx von Gutachtern und wer gewinnt am Ende eines erbitterten Gutachterstreites das Rennen (Stür, DVBl 2018, 432)?

**(Fachgutachter, Behörden oder Gerichte).** Wer soll da letztlich die Oberhand gewinnen oder gibt es keine alle überzeugende Antwort und die Gerichte könnten schlussendlich nur entscheiden, wenn alle Beteiligten sich in ihren Überzeugungen einig sind? Und müssen Fachgutachter jenseits rechtlicher Vorgaben letztlich die Entscheidung treffen? Müssen sich die Gerichte letztlich einem fachwissenschaftlichen Gutachterstreit beugen und ohne eigene Steuerungsmöglichkeiten den sich vielfach widersprechenden Fachdisziplinen geschlagen geben? Und wer kann sich eigentlich auf Belange des Umwelt- und Naturschutzes berufen?

**(Juristische Vorboten).** Bereits im Wittenberg-Urteil des BVerwG (Urt. v. 18.03.1983 – 4 C 80.79 – BVerwGE 67, 74 = DVBl 1983, 899; Stür, NuR 1981, 149) ging es damals noch in der ersten Etage an der Berliner Hardenbergstraße 31 um die Frage, ob sich der durch die Vorwirkungen eines straßenrechtlichen Planfeststellungsbeschlusses enteignend betroffene Eigentümer auf einen Frosch berufen konnte, den jener in der mündlichen Verhandlung nicht auf den grünen Richtertisch des traditionsreichen Justizgebäudes hatte legen können und dessen Eigentümer er trotz mehrfachen Befragens der Verfahrensbeteiligten auch nicht zu sein behauptete. Gleichwohl hat der 4. Senat des BVerwG dem Eigentümer das aus der Eigentumsgarantie hergeleitete Recht eingeräumt, sich auch auf andere öffentliche Belange zu berufen. Eine Begrenzung des



Rechtsschutzes hat das BVerwG lediglich darin gesehen, dass gerügte Rechtsverstöße sich auf die Rechtsposition des betroffenen Eigentümers auswirken müssen. Wenn daher etwa die Verletzung naturschutzrechtlicher Belange keine Auswirkungen auf den enteignungsrechtlich Betroffenen hat, also etwa die Gesamtentscheidung einschließlich des Trassenverlaufs unberührt lässt, dann ist die fehlerhafte Einstellung naturschutzrechtlicher Belange für den Rechtsschutz des Einzelnen ohne Bedeutung. Der nicht enteignungsrechtlich, sondern nur mittelbar von dem Planfeststellungsbeschluss Betroffene kann sich ohnehin nur auf die Verletzung seiner eigenen Belange berufen, also Lärmschutzbelange als verletzt rügen, ohne die Betroffenheit anderer öffentlicher Belange in Frage stellen zu können (BVerwG, Urt. v. 14.02.1975 – IV C 21.74 – BVerwGE 48, 46 = DVBl 1975, 713 – B 42; Stürer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2015, Rdnr. 5390).

**(Naturschutzrecht in Europa und Deutschland).** Erneut kam dieser Streit in der Urteilsverkündung zur Halle-Westumfahrung (BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20.05 – BVerwGE 128, 1 = DVBl 2007, 706 m. Anm. Stürer, NVwZ 2007, 1147) und zu der ebenfalls am Tage vor dem Sturm Kyrill stattgefundenen Verhandlung und Urteilsverkündung zur Ortsumgehung Bad Laer (BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 C 1.06 – BVerwGE 128, 76 = DVBl 2007, 641; Stürer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 2015, Rdnr. 1457) in Leipzig zum Schwur. Das BVerwG hatte sich im erstgenannten Urteil im Anschluss an die Herzmuschelfischerei-Entscheidung des EuGH (Urt. v. 07.09.2004 – C-127/02 – BRS 80 Nr. 42) einerseits für recht strenge Prüfungsmaßstäbe im europarechtlich geprägten Habitatschutz ausgesprochen (ebenso BVerwG, Urt. v. 01.04.2004 – 4 C 2.03 – BVerwGE 120, 276 = DVBl 2004, 1115 – Hochmoselbrücke), zugleich aber im zweitgenannten Urteil die Zügel erheblich gelockert, wenn es um die Beurteilung naturschutzrechtlicher Zusammenhänge aus der Sicht (lediglich) nationaler Rechtsnormen geht. Hier haben die Gerichte unter Führung des BVerwG seit je her der Verwaltung fachliche Beurteilungsspielräume zuerkannt wohl auch deshalb, um der Alternative eines nie enden wollenden Fachgutachterstreits vorzubeugen.

**(Grundlagen des Beurteilungsspielraums).** Ein allerdings begrenzter Freiraum wurde der Verwaltung wohl auch vor dem Hintergrund zugebilligt, dass die anderen Mitgliedstaaten der EU nicht über vergleichbare naturschutzrechtliche Regelungen verfügen. Zudem bleiben wohl aus der Sicht der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung offene Fragen, die auch in den jeweiligen Fachdisziplinen nicht abschließend geklärt sind. Allerdings waren in der bisherigen Rechtsprechung etwa im Beschluss zur Investitionszulage (BVerfG, Beschl. v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07 – BVerfGE 129, 1) verfassungsrechtliche Grenzen aufgezeigt: Es beeinträchtigt danach weder die Gesetzesbindung der Gerichte noch den Anspruch des Einzelnen auf wirksame gerichtliche Kontrolle nach Art. 19 Abs. 4 GG, wenn die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe durch gesetzliche Verweisung auf bestimmte Verwaltungsvorschriften oder sonstige untergesetzliche Regelwerke erfolgt oder wenn die konkretisierende Heranziehung solcher Vorschriften oder Regelwerke in vergleichbarer Weise auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruht. Von Gerichten nicht oder nur eingeschränkt überprüfbare Letztentscheidungsbefugnisse über Rechte des Einzelnen dürfen der vollziehenden Gewalt indes

nur aufgrund eines Gesetzes eingeräumt werden (Lenz, DVBl 2018, 605). Rennert (DVBl 2017, 69) hatte allerdings auch an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung erinnert. Die Gerichte müssten sich wohl zurückhalten, wenn sie nicht in der Lage seien, mit überzeugenden Gründen bessere Erkenntnisse zu vermitteln (Stürer, Tagungsbericht über die 24. Jahrestagung des DAI, DVBl 2018, 432).

**(Fachliche Maßstäbe fehlen).** Dem ist das BVerfG nun vom Ansatz her gefolgt und hat einen Beurteilungsspielraum nicht nur dann anerkannt, wenn der Gesetzgeber eine ausdrückliche Ermächtigung an die Verwaltung ausgesprochen hat. Ein Beurteilungsspielraum ergibt sich vielmehr auch dann, wenn zur Beantwortung einer sich nach außerrechtlichen naturschutzfachlichen Kriterien richtenden Rechtsfrage an normativen Konkretisierungen fehlen und in Fachkreisen und Wissenschaft bislang keine allgemeine Meinung über die fachlichen Zusammenhänge und die im Einzelfall anzuwendenden Ermittlungsmethoden besteht. Die Grenzen der gerichtlichen Kontrolle ergeben sich hier nicht daraus, dass der Verwaltung eine Einschätzungsprärogative eingeräumt wäre, sondern rühren daher, dass sich die naturschutzfachliche Richtigkeit des Ergebnisses der Verwaltungsentscheidung objektiv nicht abschließend beurteilen lässt. Goldene Worte des BVerfG, die wohl vor allem durch einen Blick auf die Praxis von Verwaltung und Gerichtsbarkeit geprägt sind. Das gibt der Verwaltung und den sie kontrollierenden Gerichten dringend benötigte Spielräume.

**(Karlsruhe und seine Folgen).** Diese hergebrachten, in vielen Entscheidungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit geprägten Grundsätze gerieten durch zwei Verfassungsbeschwerden allerdings scheinbar in Gefahr. Wären diese Verfassungsbeschwerden am Karlsruher Schlossbezirk erfolgreich gewesen, hätte die gerichtliche Kontrolle von Entscheidungen wohl nicht nur mit naturschutzrechtlichem Einschlag weitgehend von vorn anfangen können – mit einem im jeweiligen Ergebnis ungewissem Ausgang. Derartige Menetekel sind der interessierten Fachöffentlichkeit der für das Bau- und Fachplanungsrecht verantwortlich Zeichnenden erspart geblieben. Die Naturschutzverbände und deren anwaltliche Vertreter werden das wohl verschmerzen können und mit einer gewissen Großzügigkeit quittieren. Alles andere wäre für die Vorhabenträger, die Planungs- und Zulassungsbehörden und wohl auch für die Gerichte eher einer Katastrophe gleichgekommen.

**(Kein Persilschein).** Wie geht es nun weiter? Der Beschluss des BVerfG hat den Beteiligten keinen Freifahrtschein ausgestellt, sondern vor dem Hintergrund verfassungsrechtlicher Anforderungen eine eingehende Befassung zur Pflicht gemacht. Die Planungs- und Zulassungsbehörden dürfen bei der Entscheidung naturschutzrechtlicher Fragestellungen ohne nähere Aufklärung der fachlichen Sachverhalte nicht einfach zur Tagesordnung übergehen. Vielmehr verpflichtet Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG die zuständigen Planungs- und Verwaltungsbehörden, den Sachverhalt intensiv aufzuklären und dabei auch die fachlichen Entscheidungsparameter durch die Hand gehen zu lassen. Nur wenn sich unter Einsatz aller verfügbarer Instrumente keine eindeutige fachlich überzeugende Lösung abzeichnet, sind die Behörden ermächtigt, den fachlichen Streit unter Zuhilfenahme eines ihnen eingeräumten Beurteilungsspielraums zu entscheiden. In diesem Sinne hatten sich bereits Bick/Wulfert (NVwZ 2017, 346) im Vorfeld

der Karlsruher Entscheidung in Stellung gebracht und können sich durch die nunmehr vorliegenden Entscheidungen bestätigt sehen (Bericht über die 40. Jahrestagung der Gesellschaft für Umweltrecht Stürer, DVBl 2017, 29).

**(Was bleibt)?** Die Entscheidungen des BVerfG haben die richtige Mitte zwischen einer nie enden wollenden fachlichen Kontrolle naturschutzrechtlicher Fachfragen und einer grenzenlosen gerichtlichen Entscheidungsbefugnis aufgezeigt. Die Praxis wird dies mit Dank quittieren, da sie den aus ihrer Sicht erforderlichen Beurteilungsspielraum aus dem Feuer gezogen hat, zugleich aber im Interesse gemeinwohlbezogener Entscheidungen auf eine sorgfältige und abgesicherte fachliche Beurteilung verpflichtet bleibt. Zugleich hat das BVerfG nach Art einer Appellentscheidung dem Normgeber eine Pflichtaufgabe übertragen: In grundrechtsrelevanten Bereichen darf der Gesetzgeber Verwaltung und Gerichten nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen »Erkenntnisvakuum« übertragen, sondern muss jedenfalls auf längere Sicht für eine zumindest untergesetzliche Maßstabbildung sorgen. Solche Leitlinien sind für die Praxis in Verwaltung und Gerichten als Orientierungsrahmen wichtig.

**(Durchweg zufriedene Gesichter).** So können am Ende eigentlich alle zufrieden sein: Die Verwaltung, die bei fachwissenschaftlich ungeklärten Lagen nicht einfach als Prügelknabe behandelt wird, sondern, solange ihre Einschätzungen plausibel sind, mit einem eigenen fachlichen Einschätzungsspielraum ausgestattet ist, die Gerichte, denen nicht die Verantwortung für fachlich unaufklärbare Fragestellungen in die Schuhe geschoben wird, sowie die Vorhabenträger und Investoren, die durch die Entscheidung vom Schlossbezirk wieder etwas mehr Boden unter ihre Füße bekommen haben.

FAVwR Prof. Dr. Bernhard Stürer (Münster/Osnabrück)

## Bundesverwaltungsgericht

### Zur Anwendung des Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetzes

§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VerkPBG; § 5 Abs. 1 VerkPBG

**Zielt die Änderung eines Planfeststellungsbeschlusses nicht auf die Verwirklichung der Betriebsregelungen des planfestgestellten Vorhabens, sondern auf deren Änderung oder Erweiterung fehlt der erforderliche unmittelbare Bezug zum planfestgestellten Vorhaben i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VerkPBG und § 5 Abs. 1 VerkPBG.**

(Leitsatz der Schriftleitung)

BVerwG, Beschl. v. 10.09.2018 – 4 A 14.17 –

#### Aus den Gründen:

##### I.

[1] Gegenstand des Verfahrens ist die am 23.05.2017 erfolgte 27. Änderung des Planfeststellungsbeschlusses »Ausbau Verkehrsflughafen Berlin-Schönefeld« vom 13.08.2004 in der

Fassung der 26. Änderung vom 12.12.2016 (im Folgenden »27. Änderung«).

[2] Der Flughafen Berlin-Schönefeld (SXF) soll nach den bestandskräftigen bisherigen Fassungen des Planfeststellungsbeschlusses zu einem »Single-Airport« Berlin-Brandenburg (BER) ausgebaut werden.

[3] Am 21.12.2016 beantragte die Beigeladene die hier streitbefangene 27. Änderung, mit der sie befürchteten Kapazitätsengpässen bei der Eröffnung des Flughafens BER durch eine bis 2023 befristete Weiternutzung der bestehenden Terminalanlage des Flughafens SXF entgegenwirken will. Die Passagierabfertigung des BER soll für diese Zwischenzeit an zwei Terminalstandorten (»Double-Roof-Konzept«) erfolgen.

[4] Der Kläger, eine anerkannte Vereinigung i.S.v. § 3 Abs. 1 UmwRG, hat gegen die 27. Änderung Klage zum Bundesverwaltungsgericht erhoben mit dem Antrag, den Änderungs-Planfeststellungsbeschluss aufzuheben, hilfsweise, unter (Teil-)Aufhebung des Änderungsbeschlusses über dessen Befristung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden. Er ist der Auffassung, dass entgegen der Rechtsmittelbelehrung des Planänderungsbeschlusses das Bundesverwaltungsgericht zuständig sei. Dem ist der Beklagte entgegengetreten.

[5] Der Senat hat die Beteiligten auf Bedenken gegen seine Zuständigkeit für diese Klage hingewiesen und ihnen Gelegenheit gegeben, hierzu Stellung zu nehmen. Die Beklagte hat gegen die Verweisung keine Einwände erhoben, der Kläger hat mit Schriftsatz vom 23.08.2018 die Verweisung des Rechtsstreits an das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg beantragt.

##### II.

[6] Das Bundesverwaltungsgericht ist nicht zuständig. Der Rechtsstreit ist deshalb – entsprechend dem klägerischen Antrag – gem. § 83 Satz 1 VwGO i.V.m. § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG an das zuständige Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg zu verweisen.

[7] Nach § 5 Abs. 1 des Gesetzes zur Beschleunigung der Planungen für Verkehrswege in den neuen Ländern sowie im Land Berlin (Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz – VerkPBG) vom 16.12.1991 (BGBl. I, S. 2174), zuletzt geändert durch Art. 464 der Verordnung vom 31.08.2015 (BGBl. I, S. 1474), entscheidet das Bundesverwaltungsgericht im ersten und letzten Rechtszug über sämtliche Streitigkeiten, die Planfeststellungsverfahren und Plangenehmigungsverfahren für Vorhaben nach § 1 VerkPBG betreffen. Zu ihnen gehört nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 11 Abs. 2 Satz 1 und 2 Nr. 2 VerkPBG auch die Planung des Baus und der Änderung von Verkehrsflughäfen im Land Brandenburg, wenn die Planfeststellung bis zum Ablauf des 16.12.2006 beantragt wurde. Diese Zuständigkeit ist grundsätzlich weit zu verstehen. Sie erfasst alle Verwaltungsstreitsachen, die einen unmittelbaren Bezug zu konkreten Planfeststellungs- oder Plangenehmigungsverfahren nach § 1 VerkPBG haben (BVerwG, Urt. v. 31.07.2012 – 4 A 7001.11, 4 A 7002.11, 4 A 7003.11 – BVerwGE 144, 44 Rdnr. 18; Beschl. v. 18.05.2000 –