

# Alexander Ströher: Naturfachlicher Einschätzungsspielraum – Die Folgen der Rotmilan-Entscheidung des BVerfG und Einbeziehung wissenschaftlicher Erkenntnisse und Erkenntnisdefizite nicht nur im BNatSchG

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 9. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars bei Prof. Dr. Eva Julia Lohse (Lehrstuhl für Öffentliches Recht) entstanden.

## A. Hinführung

„Mit leerem Kopf nickt es sich leichter.“<sup>1</sup> Etwas nicht zu wissen, ist in der Wissenschaft der Normalfall.<sup>2</sup> Nicht aber im Recht: Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV 1 GG gebietet eine uneingeschränkte richterliche Nachprüfung aller entscheidungserheblichen Tatsachen- und Rechtsfragen.<sup>3</sup> Inwiefern ist ein Gericht dazu in der Lage, dieser Prüfpflicht nachzukommen, wenn selbst die Wissenschaft (noch) keine klare Antwort auf eine entscheidungserhebliche Frage hat? Bleibt den Gerichten selbst bei schweren Grundrechtseingriffen nichts anderes übrig, als eine behördliche Entscheidung „abzunicken“? Die Beantwortung dieser Fragen gleicht einem verfassungsrechtlichen Drahtseilakt.<sup>4</sup>

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) nahm 2018 zwei Verfassungsbeschwerden zum Anlass, zu diesen grundsätzlichen Fragen in seiner Rotmilan-Entscheidung Stellung zu beziehen. In den zugrunde liegenden Fällen rügten die Beschwerdeführerinnen die Verletzung der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 IV 1 GG, weil die Instanzgerichte den zuständigen Behörden bei der Wahl der naturschutzfachlichen Beurteilungsmethoden des Kollisionsrisikos gefährdeter Rotmilane mit den geplanten Windenergieanlagen einen Einschätzungsspielraum aus § 44 I Nr. 1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) zusprachen.<sup>5</sup> Damit wurde die langjährige Rechtsprechungspraxis des Umgangs mit wissenschaftlichen Erkenntnissen und Erkenntnisdefiziten im Artenschutzrecht auf den verfassungsrechtlichen Prüfstand gestellt. Dies ist ein Anlass, sich mit der Frage zu befassen, welchen Einfluss dieser Beschluss auf das Spannungsverhältnis zwischen Wissen und Recht hat, insbesondere da das BVerfG die verfassungsrechtlichen Grenzen der „normative[n] Kraft des Faktischen“<sup>6</sup> zieht.

Eingangs werden hierzu die unterschiedlichen Facetten des Rechtsproblems und die Lösung des BVerfG dargestellt (B). Daran anknüpfend folgt dessen Analyse im Hinblick auf den bisherigen Umgang mit Erkenntnisdefiziten im Artenschutzrecht und wie das BVerfG diesen Diskurs mit der Rechtsfigur der faktischen Kontrollreduzierung dogmatisch neu konturiert (C). Daraufhin wird erläutert, wieso die Einrichtung von speziellen Spruchkörpern des Umweltrechts auf Ebene der Tatsacheninstanzen nicht nur die bislang unaufgelösten Konflikte kompensieren kann, sondern auch langfristig die Transformation extrajuridischer wissenschaftlicher Erkenntnisse ins Recht begünstigt (D). In einer Gesamtwürdigung werden die Erkenntnisse zusammengefasst und bewertet (E). Die Bearbeitung erfolgt aus Sicht des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, obgleich Bezüge zum Unionsrecht hergestellt werden, wenn dies erforderlich ist.

## B. Darstellung des Rotmilan-Beschlusses

### I. Prozessgeschichte

Die Beschwerdeführerinnen beehrten die Erteilung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen für mehrere Windenergieanlagen. Die Behörde lehnte die Genehmigungsanträge wegen eines Verstoßes gegen § 44 I Nr. 1 BNatSchG insgesamt ab und führte zur Begründung aus, dass dem öffentlichen Belang des Artenschutzes Vorrang einzuräumen sei. Es bestehe insbesondere die Gefahr, dass erwachsene Rotmilane während der Brut- und Aufzuchtzeit durch Kollision mit den Windenergieanlagen zu Tode kommen, womit auch der Verlust der Brut verbunden sei. Bereits der Verlust einzelner

<sup>1</sup> Žarko Petan, slowenischer Schriftsteller.

<sup>2</sup> Gassner, Die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative, ein ungerechtfertigtes Vorrecht, DVBl. 2012, S. 1479 (1481).

<sup>3</sup> Jarass in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Auflage 2022, Art. 19 Rn. 80.

<sup>4</sup> Gläß, Rückzug aus der Kontrollverantwortung? Aktuelle Entwicklungen im Umgang mit ungewissen Sachverhalten im Öffentlichen Recht, GVRZ 2021, S. 20 Rn. 1.

<sup>5</sup> OVG Magdeburg, Urteil vom 26.10.2011 – 2 L 6/09, NuR 2012, 196 (200).

<sup>6</sup> Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage 1976, S. 337 ff.

erwachsener Rotmilane während der Brutzeit habe Auswirkungen auf den Fortbestand der regionalen Population.<sup>7</sup>

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren legten die Beschwerdeführerinnen eine andere fachlich vertretbare Berechnungsmethode der Kollisionswahrscheinlichkeit zugrunde als jene, welche die Behörde genutzt hatte.<sup>8</sup> Das OVG Magdeburg erkannte den Behörden für die Entscheidung, welches methodische Vorgehen und welche Kriterien und Maßstäbe angewendet werden, eine gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu.<sup>9</sup>

Der vierte<sup>10</sup> und siebte<sup>11</sup> Senat des Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) argumentierte, dass, solange es an einer untergesetzlichen Maßstabsbildung, wie es sie in anderen Bereichen des Umweltrechts gebe, fehle, das Gesetz die Behörden auf die Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft und Praxis verweise.<sup>12</sup> Da aber keine allgemein anerkannten Fachmeinungen existierten, sei dies als Ermächtigung der Einschätzungsprärogative zu verstehen.<sup>13</sup> Die Frage, ob diese Rechtsprechungspraxis im Einklang mit der Rechtsschutzgarantie steht, entschied das BVerfG.<sup>14</sup>

## II. Rechtsproblem

Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde setzt nach § 90 II 1 BVerfGG voraus, dass der Rechtsweg nicht nur formell ausgeschöpft wurde, sondern auch alle sonstigen prozessualen Möglichkeiten ergriffen wurden, um die Grundrechtsverletzung zu verhindern (materielle Subsidiarität).<sup>15</sup> Dies erstreckt sich insbesondere auch auf eine mögliche Rechtsschutzverkürzung im gerichtlichen Verfahren.<sup>16</sup>

Das zugrunde liegende verfassungsrechtliche Problem bewegt sich im Spannungsverhältnis zwischen der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV 1 GG einerseits und der Gesetzesbindung der Gerichte nach Art. 20 III, Art. 97 I GG andererseits.<sup>17</sup> Grundsätzlich umfasst das Gebot des effektiven Rechtsschutzes eine umfassende, mit Hilfe von Sachverständigen erfolgende Nachprüfung aller Tatsachen- und Wertungsfragen, die der Fall aufwirft.<sup>18</sup> Eine Ausnahme von diesem Gebot bildet die sog. administrative Letztentscheidungsbefugnis der Behörde.<sup>19</sup> Darunter versteht man, dass ein unbestimmter Rechtsbegriff in einer Norm so ausgestaltet ist, dass bei seiner Anwendung mehrere Ergebnisse in gleicher Weise richtig und folglich gesetzmäßig sind.<sup>20</sup> Die Wahl zwischen rechtlich zulässigen Anwendungsergebnissen ist keine Frage der Rechtmäßigkeit, sondern der Zweckmäßigkeit, die, wie § 68 I 1 VwGO klarstellt, Sache der Verwaltung ist.<sup>21</sup> Hinsichtlich der Wahl zwischen verschiedenen rechtmäßigen Ergebnissen ist die gerichtliche Nachprüfungspflicht beschränkt, weil sie nicht weiter reichen kann als die materiell-rechtliche Bindung der Instanz, die entscheidet.<sup>22</sup>

Die streitgegenständliche naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative (seltener: „Einschätzungsspielraum“ oder „Beurteilungsermächtigung“) <sup>23</sup> wurde vom BVerwG ursprünglich für das Planungsrecht hergeleitet.<sup>24</sup> Die Rechtsprechung begegnete damit dem Problem, dass es u. a. im Artenschutzrecht an der untergesetzlichen Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der signifikanten Risikoerhöhung i. S. v. § 44 V 2 Nr. 1 BNatSchG fehlte.<sup>25</sup> Das hatte bis zur Novellierung des BNatSchG im Jahr 2022 zur Folge, dass der Rechtsanwender auf außerrechtliche Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft zurückgreifen musste.<sup>26</sup> Dies ist freilich schwierig, wenn sich die Wissenschaft (noch) nicht als

<sup>7</sup> Dazu OVG Magdeburg, Urteil vom 26.10.2011 – 2 L 6/09, NuR 2012, 196 (197).

<sup>8</sup> OVG Magdeburg, Urteil vom 26.10.2011 – 2 L 6/09, NuR 2012, 196 (197).

<sup>9</sup> OVG Magdeburg, Urteil vom 26.10.2011 – 2 L 6/09, NuR 2012, 196 (200).

<sup>10</sup> BVerwG, Urteil vom 27.06.2013 – 4 C 1/12, NVwZ 2013, 1411.

<sup>11</sup> BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – 7 C 40/11, NVwZ 2014, 524.

<sup>12</sup> BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – 7 C 40/11, NVwZ 2014, 524, Rn. 16; BVerwG, Urteil vom 27.06.2013 – 4 C 1/12, NVwZ 2013, 1411, Rn. 15.

<sup>13</sup> BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – 7 C 40/11, NVwZ 2014, 524, Rn. 16; BVerwG, Urteil vom 27.06.2013 – 4 C 1/12, NVwZ 2013, 1411, Rn. 15.

<sup>14</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, NVwZ 2019, 52, Rn. 5.

<sup>15</sup> BVerfG, Beschluss vom 19.07.2011 – 1 BvR 1916/09, NJW 2011, 3428, Rn. 61.

<sup>16</sup> BVerfG, Beschluss vom 16.07.2013 – 1 BvR 3057/11, NJW 2013, 3506, Rn. 27.

<sup>17</sup> *Jacob/Lau*, Beurteilungsspielraum und Einschätzungsprärogative. Zulässigkeit und Grenzen administrativer Letztentscheidungsmacht am Beispiel des Naturschutz- und Wasserrechts, NVwZ 2015, S. 241 (242).

<sup>18</sup> *Jarass* (Fn. 3) Rn. 80.

<sup>19</sup> *Jarass* (Fn. 3) Rn. 84.

<sup>20</sup> *Geis* in: Schoch/Schneider, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 3. EL, August 2022, § 40 Rn. 137.

<sup>21</sup> *Geis* in: *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Fn. 20), § 40 Rn. 139.

<sup>22</sup> BVerfG, Beschluss vom 31.05.2011 – 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062, Rn. 71.

<sup>23</sup> Vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – 7 C 40/11, NVwZ 2014, 524, Rn. 15, 17; BVerwG, Urteil vom 27.06.2013 – 4 C 1/12, NVwZ 2013, 1411, Rn. 14, 16.

<sup>24</sup> BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14/07, NVwZ 2009, 302, Rn. 65, 91.

<sup>25</sup> Maßstabsbildung erfolgte im Juli 2022 BGBl. 2022 I S. 1362.

<sup>26</sup> BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – 7 C 40/11, NVwZ 2014, 524, Rn. 16.

Erkenntnisgeberin erweist, weil es keine gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse gibt. Dann fehlt es den Gerichten an der auf besserer Erkenntnis beruhenden Befugnis, die naturschutzfachliche Einschätzung der sachverständig beratenen Behörden als „falsch“ und „nicht rechtens“ zu beanstanden.<sup>27</sup> Daher genügt es in diesem Fall, wenn die Behörde eine fachlich vertretbare Methode zugrunde legt.<sup>28</sup> Problematisch ist dabei, dass zwei unterschiedliche, aber vertretbare Methoden zu verschiedenen Ergebnissen führen können: Im Kontext des Genehmigungsrechts hängt es etwa von der zugrunde gelegten Ermittlungsmethode ab, ob ein Vorhaben gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot des § 44 I Nr. 1 BNatSchG verstößt und damit nach § 6 I Nr. 2 Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) nicht genehmigungsfähig ist.

### III. Entscheidungsbegründung

Mit dem Beschluss vom 23. Oktober 2018 hat das BVerfG die Verfassungsbeschwerden als unzulässig verworfen, da sie weder dem Grundsatz der Subsidiarität<sup>29</sup> entsprochen hätten noch hinreichend begründet<sup>30</sup> worden seien. Die Beschwerdeführerinnen hätten wegen der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde im fachgerichtlichen Verfahren rechtzeitig substantiiert vortragen müssen, dass nach ihrer Auffassung ein ökologischer Erkenntnisstand zu den durch § 44 I Nr. 1 BNatSchG aufgeworfenen außerrechtlichen Fragen bereits existiere.<sup>31</sup>

Der Kontrollansatz der Verwaltungsgerichte sei im Wesentlichen mit der Rechtsschutzgarantie vereinbar.<sup>32</sup> Denn wenn die gerichtliche Kontrolle nach weitestmöglicher Aufklärung an die Grenze des Erkenntnisstandes der ökologischen Wissenschaft und Praxis stoße, zwingt Art. 19 IV 1 GG das Gericht nicht zu weiteren Ermittlungen, sondern erlaube es ihm, die Einschätzung der Behörde zu der fachlichen Frage zugrunde zu legen, wenn diese aus gerichtlicher Sicht plausibel sei.<sup>33</sup> Jene Grenze des Erkenntnisstandes der ökologischen Wissenschaft und Praxis liege dort, wo es einerseits an normativen Konkretisierungen im

Gesetz fehle und andererseits in Fachkreisen und Wissenschaft bislang keine allgemeine Meinung über die fachlichen Zusammenhänge und die im Einzelfall anzuwendenden Ermittlungsmethoden bestehe.<sup>34</sup>

Außerdem sei es dem Fachgericht nach dem Sinn und Zweck der Rechtsschutzgarantie nicht auferlegt, das außerrechtliche tatsächliche Erkenntnisdefizit aufzulösen, insbesondere fachwissenschaftliche Erkenntnislücken selbständig zu schließen oder über Ermittlungen im Rahmen des Stands der Wissenschaft hinaus Forschungsaufträge zu erteilen.<sup>35</sup> Eine eigene Einschätzung des Gerichts sei gleichermaßen mit Unsicherheiten behaftet und stelle insofern keine „richtigere“ Entscheidung dar, sodass eine Ersetzung der Behördenentscheidung nicht zum Schutz der Rechte des Betroffenen beitrage.<sup>36</sup> Das BVerfG betont dabei, dass das beschränkte Kontrollmaß nicht aus einer der Verwaltung eingeräumten naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative, sondern schlicht aus dem Umstand folge, dass es insoweit am Maßstab zur sicheren Unterscheidung von richtig und falsch fehle; es bedürfe auch keiner gesetzlichen Ermächtigung.<sup>37</sup>

Dennoch sei ein (hier: ökologisches) Erkenntnisvakuum, das weder die Behörde noch die Gerichte ausfüllen können, mit Blick auf den Wesentlichkeitsgrundsatz verfassungsrechtlich problematisch.<sup>38</sup> Selbst wenn die fachlichen Zusammenhänge weiterhin ungeklärt blieben, müsse der Gesetzgeber auf lange Sicht einen untergesetzlichen Maßstab bilden, um die behördlichen Entscheidungen anzuleiten.<sup>39</sup> Andernfalls würde privater Expertise ein ungesteuerter und weitreichender Einfluss auf staatliche Entscheidungen ermöglicht und zugleich die einheitliche Rechtsanwendung gefährdet werden.<sup>40</sup>

## C. Analyse

### I. Kritische Auseinandersetzung mit dem tatsächlichen Erkenntnisdefizit

Im Folgenden werden zunächst die Probleme der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative skizziert.

<sup>27</sup> BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – 7 C 40/11, NVwZ 2014, 524, Rn. 15.

<sup>28</sup> BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – 7 C 40/11, NVwZ 2014, 524, Rn. 19.

<sup>29</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, NVwZ 2019, 52 Rn. 8–34.

<sup>30</sup> Ebd. Rn. 35 ff.

<sup>31</sup> Ebd. Rn. 9, 33.

<sup>32</sup> Ebd. Rn. 12.

<sup>33</sup> Ebd. Rn. 19.

<sup>34</sup> Ebd. Rn. 20.

<sup>35</sup> Ebd. Rn. 20.

<sup>36</sup> Ebd. Rn. 22.

<sup>37</sup> Ebd. Rn. 23.

<sup>38</sup> Ebd. Rn. 24.

<sup>39</sup> Ebd.

<sup>40</sup> Ebd.

Daran anknüpfend wird erläutert, wieso aus der Rechtsfigur des tatsächlichen Erkenntnisdefizits keine Monopolisierung der Letztentscheidungszuständigkeit bei der Exekutive folgt und dass diese Abkehr vom Beurteilungsspielraum den Umgang mit Erkenntnisdefiziten im Recht einer rechtsstaatlichen gebotenen Lösung zuführt.

## 1. Dogmatische Einordnung

### a) Probleme der Einschätzungsprärogative im Artenschutzrecht

Aus dogmatischer Sicht handelt es sich bei der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative in § 44 I Nr. 1 BNatSchG um einen Unterfall des Beurteilungsspielraums.<sup>41</sup> Grundlegend muss für die Zuerkennung einer administrativen Letztentscheidungsbefugnis nach der normativen Ermächtigungslehre eine Kombination aus formellen und materiellen Voraussetzungen vorliegen: eine gesetzliche Grundlage und ein sachlicher Grund der Rechtfertigung.<sup>42</sup> Wie das BVerfG in seiner Investitionszulagen-Entscheidung im Jahr 2011 feststellte, muss die normative Ermächtigung entweder ausdrücklich im Gesetz angeordnet oder durch Auslegung „hinreichend deutlich“ ermittelbar sein.<sup>43</sup> Ansonsten verbleibe den Gerichten die Schaffung von Beurteilungsspielräumen durch letztverbindliche Normauslegung.<sup>44</sup> Der Spielraum darf also nicht durch Verwaltung oder Gerichte erfunden, sondern muss vielmehr im Gesetz gefunden werden.<sup>45</sup> Dies ergibt sich aus der grundlegenden verfassungsrechtlichen Kompetenzzuschreibung, von der nicht ohne Begründung abgewichen werden darf.<sup>46</sup> Insbesondere die mangelnde Rückbindung an die Dogmatik der normativen

Ermächtigungslehre stößt im Schrifttum auf deutliche Kritik an der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative.<sup>47</sup>

#### aa) Sachgrund

Zunächst erscheint zweifelhaft, ob ein ausreichend gewichtiger Sachgrund die Beschränkung der Rechtsschutzgarantie rechtfertigt. Die Begründung des BVerwG stützt sich auf das Kriterium der komplexen Risikobewertung.<sup>48</sup> Das strukturelle Fehlen von ökologischen Erkenntnissen im Artenschutz rechtfertigt eine Einschätzungsprärogative der Verwaltung.<sup>49</sup> Bestandserfassung und Risikobewertung, konkret die Quantifizierung möglicher Betroffenheiten und die Beurteilung ihrer populationsbezogenen Wirkungen, würden prognostische Elemente aufweisen, die keine administrative Letztentscheidungsbefugnis begründen könnten.<sup>50</sup> Zu Recht können reine Prognoseunsicherheiten, wie es sie auch bei der polizeilichen Gefahrenabwehr gibt, keinen polizeilichen Beurteilungsspielraum rechtfertigen.<sup>51</sup> Selbst eine Zuordnung zur klassischen Fallgruppe der Risiko- und Prognoseentscheidungen ersetzt nicht die Feststellung der formellen Voraussetzungen des Beurteilungsspielraums durch Auslegung der konkreten Norm.<sup>52</sup> Von einem ökologischen Erkenntnisdefizit als Sachgrund kann kaum ohne Zirkelschluss auf die normative Ermächtigung geschlossen werden.<sup>53</sup>

Ob eine normative Ermächtigung tatsächlich vorlag, war bereits vor der Novellierung des § 44 V 2 Nr. 1 BNatSchG im Jahr 2017 umstritten.<sup>54</sup> Während der anhängigen Verfassungsbeschwerden wurde das „Signifikanzkriterium“ eingefügt, jedoch ohne jedwede Äußerung in Richtung einer Einräumung eines Beurteilungsspielraums.<sup>55</sup> Hätte ein notwendiger hinreichender gesetzgeberischer Wille vorgelegen, hätte eine normative Verankerung der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative z. B. nach dem Vorbild des § 10 II 2

<sup>41</sup> Riese in: Schoch/Schneider, Verwaltungsgerichtsordnung, 43. EL, August 2022, § 114 Rn. 143.

<sup>42</sup> Schmidt-Aßmann in: Dürg/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 100. EL, Januar 2023, Art. 19 IV, Rn. 185 ff.

<sup>43</sup> BVerfG, Beschluss vom 31.05.2011 – 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062, Rn. 72.

<sup>44</sup> Riese in: Verwaltungsgerichtsordnung (Fn. 41), § 113, Rn. 24.

<sup>45</sup> Jacob/Lau, NVwZ 2015, S. 241 (242).

<sup>46</sup> Münkler, Der Beurteilungsspielraum als dogmatischer Knotenpunkt, DÖV 2021, S. 615 (616).

<sup>47</sup> Vgl. etwa Gassner, DVBl. 2012, S. 1479 (1482); Meßerschmidt, Profileration und Privatisierung von Beurteilungsspielräumen im Umweltrecht, EurUP 2014, S. 11 (15 f.); Gellermann, Zugriffsverbote des Artenschutzrechts und behördliche Einschätzungsprärogative, NuR 2014, S. 597 (600 ff.); Kahl, Objektive Grenzen der gerichtlichen Kontrolle im Artenschutzrecht. Anmerkungen zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Oktober 2018 – 1 BvR 2523/13 und 1 BvR 595/14 – BVerfGE 149, 407 in: Gärditz/Keller/Niesler (Hrsg.), Kontrollauftrag der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Liber Amicorum für Max-Jürgen Seibert, 2020, S. 167 (172).

<sup>48</sup> BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – 7 C 40/11, NVwZ 2014, 524, Rn. 15 ff.

<sup>49</sup> Kahl/Burs, Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Naturschutzrecht (Teil 1), DVBl. 2016, S. 1157 (1160).

<sup>50</sup> Gassner, DVBl. 2012, S. 1479 (1482).

<sup>51</sup> Vgl. Kahl/Burs, DVBl. 2016, S. 1157 (1160).

<sup>52</sup> Kahl/Burs, DVBl. 2016, S. 1157 (1159); ebenso zweifelnd Münkler, DÖV 2021, S. 615 (621 f.).

<sup>53</sup> Schuster, Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Naturschutzrecht, 2020, S. 213; ebenso zweifelnd am Begründungsansatz der gerichtlichen Praxis des BVerwG Lenz, Die gerichtliche Kontrolldichte bei der Zulassung von Vorhaben, DVBl. 2018, S. 605 (612).

<sup>54</sup> Ablehnend insb. Gassner, DVBl. 2012, S. 1479 (1479); Meßerschmidt, EurUP 2014, S. 11 (15 f.); wohl auch Kahl in: FS für Max-Jürgern Seibert (Fn. 47), S. 167 (173).

<sup>55</sup> BT-Drucks. 18/11939, S. 17 ff.

Telekommunikationsgesetz (TKG)<sup>56</sup> oder zumindest eine Erwähnung in den Gesetzesmaterialien nahegelegen. Auf diese Weise hätten auch Bedenken hinsichtlich des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots ausgeräumt werden können. Dies war jedoch nicht der Fall.

## bb) Normative Ermächtigung

Aus dem unbestimmten Rechtsbegriff in § 44 I Nr. 1 BNatSchG eine auf den Fortschritt der ökologischen Erkenntnisse auflösend bedingte Ermächtigung des Gesetzgebers zu entnehmen, erscheint den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht zu genügen.<sup>57</sup> Einerseits ist es bei unverändertem Wortlaut kaum begründbar, dass sich dessen Auslegungsergebnis ändert, sobald die jeweilige fachwissenschaftliche Erkenntnislücke geschlossen wurde.<sup>58</sup> Andererseits folgt aus der fortlaufenden Wissensgenerierung die zeitliche Instabilität von Wissen.<sup>59</sup> Mangels „objektiv überzeitlicher Wahrheit“<sup>60</sup> sind daher punktuell überwundene ökologische Erkenntnislücken nicht dauerhaft geschlossen. Wie das BVerfG in seiner Kalkar-Entscheidung im Jahr 1978 feststellte, sind selbst naturwissenschaftliche Gesetze nur eine Annäherung und damit bei Vorliegen neuer Erkenntnisse korrigierbar.<sup>61</sup>

Spinnt man vor diesem Hintergrund die zugrunde liegende Argumentation des BVerwG weiter, so könnten sich dort Beurteilungsspielräume – gewissermaßen eigenständig – auftun, wo neue wissenschaftliche Erkenntnisse die bisher anerkannten Methoden der Wissenschaft und Praxis in Frage stellen. Diese bisherige Rechtsprechungspraxis des weitgehenden Einflusses von wissenschaftlichen Erkenntnissen, aus denen Vorrechte (Prärogativen) der Verwaltung abgeleitet werden, erscheint mit Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 II 1, III GG nur schwerlich vereinbar. Denn es kann zu Verwerfungen mit der Rechtssicherheit kommen, wenn die Einschätzungsprärogative der Verwaltung derart eng an den ökologischen Erkenntnisstand gekoppelt ist.<sup>62</sup> Zusätzlich stellt

sich die Frage, ob die Behörde noch die Entscheidungshoheit innehat oder vielmehr eine Einschätzungsprärogative der (privaten) Gutachterbüros „an Verwaltung statt“<sup>63</sup> zur behördlichen Praxis geworden ist.<sup>64</sup> Die Gerichte betonen zwar, dass die uneingeschränkte Übertragung der Prärogative auf Gutachter ausgeschlossen sei.<sup>65</sup> Insbesondere bei naturwissenschaftlich-technischem Wissen ist aber der Experteneinfluss besonders hoch<sup>66</sup>, sodass die zurückhaltende Kontrolle der Aussagen des Sachverständigen seitens der Gerichte und Behörden in der Praxis häufig auf eine *faktische Einschätzungsprärogative* des Fachgutachters hinausläuft.<sup>67</sup> Allerdings verlangt das Demokratieprinzip, dass sich die Behörde die Entscheidung zu eigen macht, da für Handlungen nichtstaatlicher Gewalt demokratische Sanktionsmöglichkeiten fehlen.<sup>68</sup>

Zusammenfassend ist eine weitgehend ungeprüfte Institutionalisierung von Wissen problematisch. Der Umfang der Probleme der Einschätzungsprärogative verdeutlicht, dass es aus dogmatischer Sicht eines differenzierten Ansatzes bedurfte.

## b) Neue Rechtsfigur der beschränkten gerichtlichen Kontrolle

### aa) Systematische Einordnung in die bestehende Typologie

Der Rotmilan-Beschluss wirft eine Vielzahl an Fragen über den Umgang mit Nichtwissen im Recht auf. Der ausdrückliche Hinweis des BVerfG, dass die reduzierte Kontrolldichte nicht einer bewussten Verschiebung der Entscheidungszuständigkeit via naturschutzfachlicher Einschätzungsprärogative entstammt, sondern einem tatsächlichen Erkenntnisdefizit<sup>69</sup>, liefert eine grundlegende Antwort. Gleichzeitig stellt sich die Frage nach dessen dogmatischer Verordnung im Gefüge der bestehenden Typologie der beschränkten gerichtlichen Kontrolle. Im

<sup>56</sup> Darin heißt es „Diese Märkte werden von der Bundesnetzagentur im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums bestimmt“.

<sup>57</sup> Schuster (Fn. 53), S. 179.

<sup>58</sup> Schuster (Fn. 53), S. 179; ähnlich Gellermann, NuR 2014, S. 597 (599); Brandt, Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – / C 40.11 –, ZNER 2014, S. 112 (115).

<sup>59</sup> Hoffmann, Der Zugang von Wissen zu Recht: Zur gerichtlichen Anerkennung fachwissenschaftlicher Erkenntnisse im Umweltrecht, in: Huggins/Herrlein/Werpens et al. (Hrsg.), Zugang zu Recht, 2021, S. 29 (31).

<sup>60</sup> Hoffmann-Riem, „Außerjuridisches“ Wissen, Alltagstheorien und Heuristiken im Verwaltungsrecht, VerwArch 2016, S. 1 (7).

<sup>61</sup> BVerfG, Beschluss vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77, NJW 1979, 359 (364).

<sup>62</sup> Meßerschmidt, EurUP 2014, S. 11 (17); Kahl/Burs, Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Naturschutzrecht (Teil 2), DVBl. 2016, S. 1222 (1227); Steenhoff, Die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative oder die Grenzen der naturschutzfachlichen Erkenntnis, UPR 2017, S. 467 (471).

<sup>63</sup> Hong, Chancen und Risiken externen Sachverständigen in den Verwaltungsverfahren der Wissensgesellschaft, Die Verwaltung 2018, S. 367 (369).

<sup>64</sup> Meßerschmidt, EurUP 2014, S. 11 (18 ff.).

<sup>65</sup> Vgl. etwa BVerwG, Beschluss vom 08.03.2018 – 9 B 25.17, BeckRS 2018, 7740, Rn. 18.

<sup>66</sup> Minkler, Expertokratie. Zwischen Herrschaft kraft Wissens und politischem Dezisionismus, 2020, S. 48.

<sup>67</sup> So auch Seibert, Tatsachenermittlung und Kontrolldichte, NWVBl. 2015, S. 372 (373).

<sup>68</sup> Kahl/Burs, DVBl. 2016, S. 1222 (1228); Minkler (Fn. 66), S. 213.

<sup>69</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, NVwZ 2019, 52, Rn. 17, 23.

Folgendes wird die Rezeption des Beschlusses im Schrifttum<sup>70</sup> diskutiert und aufgezeigt, dass es sich bei der neuen Rechtsfigur nicht um einen Unterfall des Beurteilungsspielraums, sondern um ein neue Rechtsfigur sui generis handelt.

## (1) Funktionsgrenzen der Rechtsprechung

Das BVerfG hat sich in seiner Investitionszulagen-Entscheidung im Jahr 2011 der normativen Ermächtigungslehre angeschlossen.<sup>71</sup> Das Gericht ließ jedoch offen, ob Beurteilungsspielräume ausnahmsweise ohne gesetzliche Grundlage angenommen werden können, wenn die sog. „Funktionsgrenzen der Rechtsprechung“ erreicht werden.<sup>72</sup> Angesichts der oben angeführten Argumente wurde dies im Schrifttum wohl zu Recht als „Angstklausele“<sup>73</sup> rezipiert.

Im Rotmilan-Beschluss stellt das BVerfG nun fest, dass für die reduzierte Kontrolldichte bei tatsächlichen Erkenntnisdefiziten keine gesetzliche Ermächtigung notwendig ist.<sup>74</sup> Unter Zugrundelegung dieser Lesart wird teilweise vertreten, dass beim tatsächlichen Erkenntnisdefizit ein Fall jener „Funktionsgrenzen der Rechtsprechung“ anzunehmen sei.<sup>75</sup> Begründet wird dies damit, dass das Gericht seine Funktion als Kontrollinstanz der Exekutive nicht mehr ausführen könne, wenn die richterliche Einschätzung keine höhere Richtigkeit verspreche.<sup>76</sup> Das scheint jedoch aus mehreren Gründen fernliegend. Das BVerfG verwendet in seinem Beschluss den Begriff der „Funktionsgrenze“ an keiner Stelle. Die Begründung des tatsächlichen Erkenntnisdefizits erfolge vielmehr aufgrund der „faktischen“ und „objektiven“ Grenzen.<sup>77</sup> Zudem verweist das Gericht an der konkreten Stelle im Rotmilan-Beschluss auch nicht auf die Investitionszulagen-Entscheidung. Denn es legt explizit dar,

dass ein solcher Fall der „Funktionsgrenze“ nicht vorläge.<sup>78</sup> Letztlich ist das BVerfG in seiner neueren Rechtsprechung erkennbar von dieser Position abgerückt.<sup>79</sup> Dennoch werden teilweise vermeintliche Gemeinsamkeiten zu den Fallgruppen der Funktionsgrenzen der Rechtsprechung gesehen.<sup>80</sup> Angesichts der augenscheinlichen Distanzierung von der früheren Rechtsprechungslinie erscheint das tatsächliche Erkenntnisdefizit als Funktionsgrenze der Rechtsprechung zweifelhaft.

## (2) Funktionell-rechtliche Herleitung

Des Weiteren existiert der funktionell-rechtliche Begründungsansatz für die Zuerkennung einer Letztentscheidungskompetenz ohne normative Ermächtigung.<sup>81</sup> Nach diesem ist die rechtliche Funktion bzw. Leistungsfähigkeit von Verwaltung und Gerichten ausschlaggebend.<sup>82</sup> Anknüpfend an den Gewaltenteilungsgrundsatz soll diejenige Gewalt, die nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügt, die hoheitliche Entscheidung treffen.<sup>83</sup> Hierbei nimmt die besondere Sachkunde der Verwaltung eine gewichtige Stellung ein.<sup>84</sup> Zurückzuführen ist dies auf die atomrechtlichen Entscheidungen im Risikoverwaltungsrecht in den 70er und 80er Jahren.<sup>85</sup> Damals wurde der Exekutive zugesprochen, an den Grenzen des Wissens über institutionell bessere Voraussetzungen zu verfügen, um Entscheidungen zu treffen.<sup>86</sup>

Bezogen auf Windenergieanlagen ist die Genehmigungsbehörde häufig nicht mit der Naturschutzbehörde identisch und verfügt somit in der Regel nicht über naturschutzfachlichen Sachverstand.<sup>87</sup> Vielmehr

<sup>70</sup> Vgl. zu den zumeist referierenden Anmerkungen etwa *Helmes*, NVwZ 2019, 52 ff.; *Ritzler*, jurisPR-UmR 1/2019 Anm. 1; *Muckel*, Begrenzung gerichtlicher Kontrolle durch den Erkenntnisstand der Fachwissenschaft, JA 2019, S. 156 (156 ff.); *Stüer*, DVBl. 2019, 47 ff.; *Grages*, RdL 2019, 97 ff.

<sup>71</sup> BVerfG, Beschluss vom 31.05.2011 – 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062, Rn. 93.

<sup>72</sup> BVerfG, Beschluss vom 31.05.2011 – 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062, Rn. 74.

<sup>73</sup> *Eichberger*, Die Rechtsschutzgarantie vor Bundesverwaltungs- und Bundesverfassungsgericht. Aspekte eines Kooperationsverhältnisses anhand der Beispiele von Beurteilungsspielraum und Vollprüfungsanspruch, NVwZ-Beilage 2013, S. 18 (21).

<sup>74</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, NVwZ 2019, 52, Rn. 23.

<sup>75</sup> *Ludwigs*, Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte. Dogmatische Grundlagen, verfassungsrechtlicher Rahmen und europarechtliche Herausforderungen, DÖV 2020, S. 405 (411).

<sup>76</sup> *Ludwigs*, DÖV 2020, S. 405 (411).

<sup>77</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, NVwZ 2019, 52, Rn. 20-26.

<sup>78</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, NVwZ 2019, 52, Rn. 23.

<sup>79</sup> *Lenz*, DVBl. 2018, S. 605 (609).

<sup>80</sup> *Münkler*, DÖV 2021, S. 615 (621), im Ergebnis jedoch nicht überzeugend, siehe den unter C. I. 1. b) aa) (5) angestellten Vergleich mit etablierten Fallgruppen des Beurteilungsspielraums.

<sup>81</sup> *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum: zur Einheitlichkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse und zu deren Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren – Versuch einer Modernisierung, 2001, S. 76 ff.

<sup>82</sup> *Geis* in: Verwaltungsverfahrensgesetz (Fn. 20), § 40 Rn. 145.

<sup>83</sup> BVerfG, Urteil vom 18.12.1984 – 2 BvE 13/83, NJW 1985, 603 (605); BVerfG, Beschluss vom 17.07.1996 – 2 BvF 2/93, NJW 1997, 383 (383).

<sup>84</sup> *Pache* (Fn. 81), S. 41.

<sup>85</sup> Grundlegend *Pache* (Fn. 81), S. 83 ff.

<sup>86</sup> Vgl. BVerfG, Urteil vom 19.12.1985 – 7 C 65/82, NVwZ 1986, 208 (212); *Poscher*, Geteilte Missverständnisse. Theorien der Rechtsanwendung und des Beurteilungsspielraums der Verwaltung – zugleich eine Kritik der normativen Ermächtigungslehre in: Appel/Hermes/Schönberger (Hrsg.), Öffentliches Recht im offenen Staat, Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag, 2011, S. 527 (543 f.).

<sup>87</sup> Vgl. *Brandt*, Tötungsrisiko und Einschätzungsprärogative. Zugleich Anmerkung zum Urteil des OVG Magdeburg vom 16.05.2013, NuR 2013, 514, NuR 2013, S. 482 (483 f.).

bedient sich die Behörde üblicherweise ebenso wie die Gerichte externer Sachverständiger.<sup>88</sup> Im Rotmilan-Beschluss stellt das BVerfG fest, dass die gerichtliche Einschätzung inhaltlich nicht „richtiger“ als die Entscheidung der Behörde ist.<sup>89</sup> Dementsprechend entscheiden die Behörden bei objektiv nicht aufklärbarer Tatsachenlage gleichermaßen „ins Blaue“ hinein wie die Gerichte.<sup>90</sup> *Münklers* Verweis auf die Expertise der Verwaltung bei Erkenntnisvakua verfängt daher nicht.<sup>91</sup> Letztlich überzeugt eine funktionell-rechtliche Herleitung nicht.

### (3) Verbindung der normativen Ermächtigungslehre mit dem funktionell-rechtlichen Ansatz

*Sachs* argumentiert diametral dazu: Die Ermächtigung zu Grundrechtseingriffen bei nicht aufklärbaren Erkenntnisdefiziten stelle eine implizite Ermächtigungsgrundlage dar. Dies ergebe sich aus der möglicherweise rechtswidrigen Grundrechtsbeschränkung, die bestünde, bis der Gesetzgeber normativ nachverdichtet habe, um die Anforderungen an § 44 I Nr. 1 BNatSchG zu konkretisieren. Aus der Feststellung des BVerfG, dass der Gesetzgeber im grundrechtsrelevanten Bereich langfristig einen (unter-)gesetzlichen Maßstab bilden müsse, eröffne sich für die Behörden im Umkehrschluss eine kurzfristige Eingriffsermächtigung in die materiellen Grundrechte der Windenergieanlagenbetreiber, aus der ein Beurteilungsspielraum folge. Die Behörden seien keiner gerichtlichen Kontrolle unterworfen.<sup>92</sup>

Anders formuliert würde das bedeuten, dass ein Beurteilungsspielraum dort bestünde, wo der Gesetzgeber keine normkonkretisierenden Vorschriften erlassen hat, und daraus justizfreie Grundrechtseingriffe folgen. Diese Argumentationslinie kann als Mittelweg zwischen normativer Ermächtigungslehre und den funktionellen Ansätzen verstanden werden<sup>93</sup>, aber auch als Absage an die etablierte Dogmatik. Das Argument stellt allerdings nur die

Wiederholung eines bereits bekannten Arguments dar, wobei der Schwerpunkt von der Kritik an der fehlenden Normkonkretisierung auf den Grundrechtseingriff verlagert wird und der Sachgrund mit funktionell-rechtlichen Überlegungen substituiert wird.<sup>94</sup>

Die zugrunde gelegte Annahme eines justizfreien Grundrechtseingriffs ist außerdem unzutreffend, da das BVerfG umfassende Kriterien für einen Prüfraumen vorgegeben hat.<sup>95</sup> Außerdem setzt die normative Ermächtigungslehre gerade den positiven Willen und nicht die bloße Duldung des Gesetzgebers voraus, um ein Abweichen vom Grundsatz der gerichtlichen Vollkontrolle zur Verlagerung der Entscheidungskompetenz der Verwaltung zu begründen.<sup>96</sup> Letztlich wurde bereits dargelegt, dass die Behörden bei Erkenntnisdefiziten keinen funktionellen Vorteil haben. Folglich vermag die sog. implizierte Ermächtigung nicht zu überzeugen.

### (4) Trennung von Tatsachen und Wertungen

Bereits in seinen früheren Entscheidungen erkannte das BVerfG keinen Beurteilungsspielraum für Tatsachenfragen, sondern lediglich für die Rechtsauslegung und Rechtsanwendung an.<sup>97</sup> Diese grundsätzliche Gemeinsamkeit aller Beurteilungsspielräume findet auch im Schrifttum breite Zustimmung.<sup>98</sup> Dies gilt auch weiterhin, denn die Beschränkung der gerichtlichen Nachprüfungspflicht bei nicht aufklärbaren Tatsachenfragen rechtfertigt das BVerfG im Rotmilan-Beschluss hinsichtlich der Risikoerhöhung nicht mit einer bewussten Kompetenzverschiebung durch den Gesetzgeber, sondern durch das faktische Fehlen anerkannter Maßstäbe und Methoden in der Fachwissenschaft.<sup>99</sup> Die Würdigung der Signifikanz der Risikoerhöhung ist hingegen eine Wertungsfrage und insofern grundsätzlich gerichtlich voll

<sup>88</sup> *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, S. 241 (247).

<sup>89</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, NVwZ 2019, 52 Rn. 22.

<sup>90</sup> So auch *Buchheim*, Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, JZ 2019, S. 92 (94); *Gassner*, Zur Rücknahme richterlicher Kontrolle einer Verwaltungsentscheidung im Falle ökologischer Erkenntnisdefizite – Der Beschluss des BVerfG vom 23.10.2018 im Lichte des Art. 20a GG, DVBl. 2019, S. 1370 (1372); *Sachs*, Verwaltung an den „Funktionsgrenzen der Rechtsprechung“, DVBl. 2020, S. 311 (314).

<sup>91</sup> Vgl. *Münkler* (Fn. 66), S. 265.

<sup>92</sup> *Sachs*, Grundrechte: Grenzen des gerichtlichen Rechtsschutzes, JuS 2019, S. 184 (185).

<sup>93</sup> *Ludwigs*, DÖV 2020, S. 405 (411).

<sup>94</sup> Siehe oben C. I. 1. a) zur normativen Ermächtigungslehre.

<sup>95</sup> Siehe nachfolgend C. I. 1. b) bb) Auswirkung auf die Rechtsschutzgarantie.

<sup>96</sup> Vgl. *Pache* (Fn. 81), S. 69 ff.

<sup>97</sup> BVerfG, Beschluss vom 31.05.2011 – 1 BvR 857/07, NVwZ 2011, 1062, Rn. 73; BVerfG, Beschluss vom 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07, NVwZ 2010, 435, Rn. 59 Das Gericht müsse feststellen, dass die von der Behörde angenommenen Tatsachen wirklich gegeben seien und nicht nur „in vertretbarer Weise“ angenommen wurden.

<sup>98</sup> So schon *Bachoff*, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 97 (95); *Pache* (Fn. 81), S. 45 ff. mit weiteren Nachweisen.

<sup>99</sup> *Eichberger*, Gerichtliche Kontrolldichte, naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative und Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnis, NVwZ 2019, S. 1560 (1563).

überprüfbar.<sup>100</sup> Für letztere kann den Behörden ein Beurteilungsspielraum zukommen, falls sich dies bei der Auslegung der Norm ergibt.<sup>101</sup> Somit divergiert der Begründungsansatz des tatsächlichen Erkenntnisdefizits im Vergleich zur Übertragung der Letztentscheidungsbefugnisse an die Exekutive.<sup>102</sup>

### (5) Vergleich mit etablierten Fallgruppen des Beurteilungsspielraums

Diese Trennung zeigt sich insbesondere bei der vergleichenden Betrachtung des tatsächlichen Erkenntnisdefizits mit etablierten Fallgruppen des Beurteilungsspielraums. Bei der Fallgruppe der Prüfungsentscheidungen und prüfungsähnlichen Entscheidungen, z. B. bei prüfungsspezifischen Wertungen im juristischen Staatsexamen, beruhen diese auf der Besonderheit der Prüfungssituation, die im verwaltungsgerichtlichen Prozess kaum reproduzierbar ist.<sup>103</sup> Hierunter fällt etwa die Gewichtung und Schwere einzelner Fehler i. S. e nicht mathematisch determinierten Punktevergabe.<sup>104</sup> Bei der Fallgruppe der dienstlichen Beurteilungen im Beamtenrecht ist dies ebenso der Fall.<sup>105</sup> Daneben treten im Prüfungsrecht die Wertungen der Chancengleichheit des Art. 3 I GG.<sup>106</sup> Zurückzuführen ist dies darauf, dass das Gericht den zurückliegenden Sachverhalt nicht in vollem Umfang nachvollziehen kann, was an der subjektiv wertenden Sicht des Prüfers bzw. Vorgesetzten liegt.<sup>107</sup> In beiden Fällen handelt es sich um unvertretbare Werturteile.<sup>108</sup>

Bei vergleichender Betrachtung der Begründungsansätze dieser Fallgruppen mit dem tatsächlichen Erkenntnisdefizit gibt es durchaus Gemeinsamkeiten. In beiden Fällen ist das Gericht nicht dazu in der Lage, „richtigere“ Bewertungen zu treffen als die Behörden. Daher mag der Schluss naheliegen, dass es sich beim tatsächlichen Erkenntnisdefizit ebenso um eine Prärogative „aus der Natur der Sache“<sup>109</sup> handelt. Dem ist jedoch nicht so, denn es sind Unterschiede festzustellen. Allem voran ist beispielsweise der beamtenrechtliche

Beurteilungsspielraum explizit aus § 21 Bundesbeamtengesetz (BBG) zu entnehmen. Der Begründungsansatz folgt daher – zumindest in Teilen – der normativen Ermächtigungslehre.<sup>110</sup> Nicht zuletzt ist auch der sachliche Grund der Beschränkung der gerichtlichen Nachprüfung ein anderer. Die Beschränkung ergibt sich beim tatsächlichen Erkenntnisdefizit gerade nicht aus der fehlenden Reproduzierbarkeit der Entscheidungsfindung des Prüfers oder Vorgesetzten, denn das Gericht ist ohne Weiteres dazu in der Lage, die zugrunde gelegte naturfachliche Tatsachenbasis der Behörde mit arithmetischen Mitteln nachzuvollziehen. Der Sachgrund ist vielmehr in der gänzlich fehlenden Produzierbarkeit der ornithologisch korrekten Entscheidung angelegt, die sich mangels gefestigter wissenschaftlicher Erkenntnisse nicht bestimmen lässt. Das Wesen der eingeschränkten gerichtlichen Nachprüfungspflicht ist somit schwerlich vergleichbar.

### (6) Bewertung

Anders als *Schuster* resümiert<sup>111</sup>, erfolgt die normative Auflösung des tatsächlichen Erkenntnisdefizits anders als beim Institut des Beurteilungsspielraums nicht ausschließlich bei den Behörden, sondern auch bei den Gerichten: Aus der faktischen Kontrollreduzierung folgt kein typisches Vorrecht (Prärogative) der Verwaltung. Vielmehr wird bei tatsächlichen Erkenntnisdefiziten die Bedeutung der Erstentscheidung unterstrichen.<sup>112</sup> Statt einer Letztentscheidungsbefugnis der Verwaltung ist semantisch ein Erstentscheidungsprivileg näherliegend. Rechtlich bedeutet das, dass sich die reduzierte Kontrolldichte bei der gerichtlichen Nachprüfung erst aus einer Kombination der verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilung zwischen Gerichten und Behörden und dem Erkenntnisdefizit ergibt.<sup>113</sup> Anschaulich wird dies in (seltenen) Situationen, in denen die Behörde untätig bleibt und somit keine Erstentscheidung trifft. Denn dem Beschluss ist lediglich zu entnehmen, dass die Gerichte bereits getroffene Entscheidungen nicht durch eigene ersetzen sollen. Die

<sup>100</sup> *Eichberger*, NVwZ 2019, S. 1560 (1563); *Bader/Deißler/Dietrich*, Genehmigungsrahmen für Windenergieanlagen mit Antikollisionssystemen, NVwZ 2023, S. 803 (803); anders *Huggings*, Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot als abgestuftes Schutzregime. Das Zusammenspiel von Signifikanz, Erkenntnischwierigkeiten und Vermeidungsmaßnahmen sowie weiterer Differenzierungen als Abstufungen einer Verbotsnorm, NuR 2021, S. 73 (82). Empfindlichkeit und Robustheit einer Vogelart seien Tatsachenfragen.

<sup>101</sup> *Eichberger*, NVwZ 2019, S. 1560 (1564); BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, NVwZ 2019, 52, Rn 34 nimmt zwar wertende Elemente an, lässt aber die Frage nach normativer Ermächtigung offen.

<sup>102</sup> Eindrücklich *Eichberger*, NVwZ 2019, S. 1560 (1563).

<sup>103</sup> *Decker* in: BeckOK VwGO, 65. Edition, Stand 01.04.2023, § 114 Rn. 36a.

<sup>104</sup> *Niehues/Fischer/Jeremias*, Prüfungsrecht, 8. Auflage 2022, Rn. 435.

<sup>105</sup> *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Auflage 2023, Rn. 11.

<sup>106</sup> *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht (Fn. 105), Rn. 11; *Schmidt-Aßmann* in: Grundgesetz-Kommentar (Fn. 42), Art. 19 IV Rn. 193.

<sup>107</sup> *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 21. Auflage 2021, § 25 Rn. 37.

<sup>108</sup> *Riese* in: Verwaltungsgerichtsordnung (Fn. 41), § 114 Rn. 126.

<sup>109</sup> *Schübel-Pfister* in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, 16. Auflage 2022, § 114 Rn. 67, also einer „Funktionsgrenze der Rechtsprechung“.

<sup>110</sup> Siehe oben C. I. 1. a) zur normativen Ermächtigungslehre.

<sup>111</sup> Vgl. *Schuster* (Fn. 53), S. 215 ff.

<sup>112</sup> Ähnlich *Buchheim*, JZ 2019, S. 92 (94).

<sup>113</sup> So auch *Buchheim*, JZ 2019, S. 92 (94).

originäre Spruchreifmachung durch die Gerichte im Rahmen ihrer Amtsermittlungspflicht nach § 86 I VwGO ist folglich nicht erfasst.<sup>114</sup> Statt einer Monopolisierung der Entscheidungen bei der Exekutive bleibt somit die einfachgesetzliche Zuständigkeitsverteilung zwischen Gerichten und Behörden maßgeblich.

Letztlich wirkt die Separation vom Beurteilungsspielraum dogmatisch klarheitsstiftend und bestätigt die Rechtsprechungslinie des BVerfG, sodass die normative Zuweisung der zentrale Systemgedanke von Beurteilungsspielräumen bleibt, wie es im Schrifttum<sup>115</sup> gefordert wurde. Dies trägt der Abgrenzbarkeit des Anwendungsbereichs von Beurteilungsspielräumen bei.<sup>116</sup> Das BVerfG verhindert damit – anders als noch das BVerwG – durch die Entkopplung von Beurteilungsspielraum und Erstentscheidungsprivileg einen verfassungsrechtlichen Dammbreach, aus Erkenntnisdefiziten Rechte der Exekutive abzuleiten. Im Hinblick auf die Problematik der „normativen Kraft des Faktischen“<sup>117</sup> sei in diesem Zusammenhang daran erinnert, dass dem tatsächlichen Erkenntnisdefizit (*Sein*) keine Aussagen über die Einräumung von Beurteilungsspielräumen in einer Norm (*Sollen*) zu entnehmen sind.<sup>118</sup> Äußerungen<sup>119</sup>, die die Notwendigkeit des getrennten Ansatzes bezweifeln oder eine Bestätigung des BVerwG erkennen wollen, verkennen diese Dimension der Entscheidung.

Im Ergebnis ist das tatsächliche Erkenntnisdefizit zwischen der Vollkontrolle durch die Gerichte und der administrativen Letztentscheidung angesiedelt.

## bb) Auswirkung auf die Rechtsschutzgarantie

Anknüpfend an die dogmatische Grundlage wird nun in einem weiteren Schritt das Prüfprogramm des tatsächlichen Erkenntnisdefizits analysiert, um eine Aussage über die Veränderung des Rechtsschutzniveaus im Vergleich zur Einschätzungsprärogative treffen zu können. Die allgemeinen Grundsätze nach § 4a II Nr. 1–4 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG) a. F.<sup>120</sup> werden bei der Betrachtung ausgeklammert, da diese Prüfungsmöglichkeit unverändert besteht und damit auf das Ergebnis der Untersuchung keine Auswirkung hat.<sup>121</sup>

### (1) Erkenntnisdefizit zum maßgeblichen Entscheidungszeitpunkt

Das BVerfG stellt klar, dass im Rahmen des § 44 I Nr. 1 BNatSchG sowohl die Bestandserfassung der betroffenen Tierart als auch die Ermittlung des Tötungsrisikos voll gerichtlich überprüfbar sind, wenn kein tatsächliches Erkenntnisdefizit besteht.<sup>122</sup> Ob im Artenschutzrecht tatsächlich ein Erkenntnisdefizit besteht, entschied das BVerfG nicht.<sup>123</sup> Dies entspricht dem Grundsatz des *judicial self restraint*<sup>124</sup> und damit kluger höchstrichterlicher Zurückhaltung.<sup>125</sup> Die Fachgerichte sind dadurch angehalten, sich nicht dem wissenschaftlichen Diskurs zu verschließen.<sup>126</sup>

Festzustellen, ob ein tatsächliches Erkenntnisdefizit besteht, ist für Gerichte und Verwaltung keine triviale Aufgabe.<sup>127</sup> Zahlreiche Auslegungshilfen gibt es bereits: Leitfäden, Arbeitshilfen, Handreichungen oder Windenergieerlasse der Bundesländer etc. zählen ca. 145 einschlägige Dokumente und erstrecken sich von der Kommunal- bis zur Unionsebene.<sup>128</sup> Die Erkenntnislücke sei eher auf eine fehlende Systematisierung der Forschungsergebnisse als auf eine generelle Abwesenheit von Wissen zurückzuführen.<sup>129</sup> Hinzu

<sup>114</sup> So auch *Eichberger*, NVwZ 2019, S. 1560 (1563); *Sachs*, DVBl. 2020, S. 311 (315); wohl auch *Buchheim*, JZ 2019, S. 92 (94); anders *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, S. 241 (247), Entscheidungsfindung sei stets Kernaufgabe der Exekutive.

<sup>115</sup> *Schmidt-Aßmann* in: Grundgesetz-Kommentar (Fn. 42), Art. 19 IV Rn. 185c.

<sup>116</sup> *Gläß*, GVRZ 2021, S. 20 Rn. 47.

<sup>117</sup> *Jellinek*, (Fn. 6) S. 337 ff.

<sup>118</sup> *Grundlegend Kelsen*, Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 2. Auflage 1960, 2. Auflage, 2017, S. 26 ff.

<sup>119</sup> *Gläß*, GVRZ 2021, S. 20 Rn. 53, es bestünde kein zwingendes Bedürfnis; *Klipmann*, Anmerkungen zum gegenwärtigen Stand des Umweltrechtsschutzes, DVBl. 2019, S. 140 (144), die Entscheidung des BVerwG sei „im Kern gebilligt“ worden; *Erbguth*, Faktische Kontrollrestriktion der Judikative versus Einschätzungsprärogative der Verwaltung? – zu BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 1 BvR 2523/13, DVBl. 2019, 42, DVBl. 2020, S. 1050 (1053), geht von der gleichen dogmatischen Grundlage aus.

<sup>120</sup> Darin hieß es „Maßgaben zur Anwendung der VwGO: Soweit der Verwaltungsbehörde bei der Anwendung umweltrechtlicher Vorschriften eine Beurteilungsermächtigung eingeräumt ist, ist eine behördliche Entscheidung im gerichtlichen Verfahren nur daraufhin zu überprüfen, ob der Sachverhalt vollständig und zutreffend erfasst wurde, die Verfahrensregeln und die rechtlichen Bewertungsgrundsätze eingehalten wurden, das anzuwendende Recht verkannt wurde, sachfremde Erwägungen vorliegen.“; siehe auch *Kment/Vorwalter*, Beurteilungsspielraum und Ermessen, JuS 2015, S. 193 (197 f.).

<sup>121</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, NVwZ 2019, 52, Rn. 30; BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 – 7 C 40/11, NVwZ 2014, 524 Rn. 18.

<sup>122</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, NVwZ 2019, 52, Rn. 26.

<sup>123</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, NVwZ 2019, 52, Rn. 33.

<sup>124</sup> *Achterberg*, Bundesverfassungsgericht und Zurückhaltungsgebote – Judicial, political, processual, theoretical self-restraints, DÖV 1977, S. 649 (649 f.).

<sup>125</sup> Ähnlich *Buchheim*, JZ 2019, S. 92 (93).

<sup>126</sup> *Buchheim*, JZ 2019, S. 92 (93).

<sup>127</sup> *Schröder*, Auswirkungen ökologischer Erkenntnisdefizite auf die verwaltungsgerichtliche Kontrolle. Zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, EurUP 2019, S. 91 (94).

<sup>128</sup> EuGH, Urt. v. 07.09.2004 – C-127/02, ECLI:EU:C:2004:482, Rn. 54 – Waddenvereinigung und Vogelschutzvereinigung.

<sup>129</sup> *Hoffmann* in: Der Zugang von Wissen zu Recht (Fn. 59), S. 44.

kommt, dass es für den Rechtsanwender meist nicht ersichtlich ist, inwiefern rechtspolitische Wertungen eingeflossen sind, die Erkenntnisse bereits überholt sind, oder „beste verfügbare wissenschaftliche Erkenntnisse“ zugrunde gelegt wurden, wie es der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) für das europäische Naturschutzrecht verlangt.<sup>130</sup> Dieser Umstand macht das Hinzuziehen externer Expertise in Gestalt von Sachverständigen unausweichlich, um festzustellen, ob es in den einschlägigen Fachkreisen und der einschlägigen Wissenschaft tatsächlich an allgemein anerkannten Maßstäben und Methoden für die fachliche Beurteilung der entscheidungserheblichen Frage fehlt. Zutreffend wird im Schrifttum darauf hingewiesen, dass unklar bleibt, nach welchen Kriterien eine anerkannte Fachmeinung zu bestimmen ist und wie eine Nachprüfung des Gerichts stattfinden kann, wenn die anerkannten Experten bereits von der Behörde „verbraucht“ wurden.<sup>131</sup>

Unter Rekurs auf die Probleme der Einschätzungsprärogative ist festzustellen, dass der Lösungsansatz des BVerfG dem Rechtssicherheitsaspekt dienlich ist, indem das Gericht eine eingehende Auseinandersetzung mit dem aktuellen Stand der Wissenschaft voraussetzt.<sup>132</sup> Obwohl die Annahme des tatsächlichen Erkenntnisdefizits der uneingeschränkten Nachprüfung unterliegt<sup>133</sup>, dürfte dessen Ermittlung wohl weiterhin an externe Expertise ausgelagert werden. Dem damit verbundenen Problem der Institutionalisierung des Fachwissens wurde im Beschluss nicht ausreichend begegnet.

Das Erkenntnisdefizit muss als dynamische Kontrollbeschränkung zum maßgeblichen Zeitpunkt noch bestehen und darf nicht durch neue Erkenntnisse oder Normkonkretisierung bereits überholt sein.<sup>134</sup> Der vom BVerfG zugrunde gelegte aktuelle wissenschaftliche Erkenntnisstand kann lediglich einen „Wahrheitsanspruch auf Zeit“ vermitteln.<sup>135</sup> Für die Anforderungen an die Aktualität ist ein enger Rahmen naheliegend. Dies ergibt sich aus einer systematisch-vergleichenden Auslegung mit anderen Rechtsfiguren der beschränkten gerichtlichen Kontrolle. Der Beurteilungsspielraum erfordert nach der normativen Ermächtigungslehre eine hinreichende Verankerung in der Norm, um die eigene Festlegung der Kontrolldichte durch die

Gerichte zu vermeiden.<sup>136</sup> Folglich wird ein „Plus“ im Vergleich mit einer nur vertretbaren Auslegungsmöglichkeit gefordert.

Die Besonderheit des tatsächlichen Erkenntnisdefizits ist die zeitliche Dynamik der Kontrollreduzierung. Um auch bei diesem Typus der beschränkten gerichtlichen Kontrolle eine vorschnelle Annahme durch die Gerichte zu minimieren, ist das Erfordernis des aktuellen Erkenntnisstandes eng auszulegen. Hierbei sind aus teleologischen Gründen auch die Unterschiede zum Beurteilungsspielraum zu berücksichtigen: Anders als bei der Auslegung einer Norm ist das Gericht bei der Feststellung der aktuellen Erkenntnisse auf externe Expertise angewiesen. Da dies gewisse Zeit in Anspruch nehmen kann, sind keine tagesaktuellen Maßstäbe anzusetzen. Dieser Aspekt wurde bisher weder im Beschluss noch im Schrifttum näher untersucht.

Einigkeit dürfte jedenfalls darin bestehen, dass der Zeitpunkt der ursprünglichen Genehmigung maßgeblich bleibt, wenn sich neue Standards erst nach der abschließenden Entscheidung der Behörde etabliert haben oder in einem ergänzenden Verfahren lediglich punktuelle Fehler einer früheren Entscheidung zu heilen sind.<sup>137</sup>

## (2) Plausibilitätsmaßstab und Vertretbarkeit

Sofern keine allgemein anerkannte fachliche Meinung existiert, muss das Fachgericht in einem zweiten Schritt kontrollieren, ob die von der Behörde verwendeten fachlichen Maßstäbe und Methoden vertretbar sind und die behördliche Entscheidung der fachlichen Frage aus Sicht des Gerichts plausibel ist.<sup>138</sup> Mit der Feststellung, dass das Gericht bei selbstständiger Einschätzung keine „richtigere“ Entscheidung treffen könne, knüpft das BVerfG an die Kernaussagen der Vertretbarkeitslehre der 60er Jahre an.<sup>139</sup> Nach dieser sollen die Gerichte die vertretbaren Werturteile der Verwaltung, die typischerweise über besondere Sachkunde verfügt, nicht durch ihr eigenes vertretbares Werturteil ersetzen.<sup>140</sup> Dieser Ansatz wurde vom BVerfG auf die „Patt-Situation“ bei nicht aufkläraren Tatsachenfragen ausgeweitet.<sup>141</sup> Im Schrifttum wird teilweise von einem

<sup>130</sup> *Bick/Wulfert* in: Frenz/Müggenborg, Bundesnaturschutzgesetz, 3. Auflage 2020, § 44 Rn. 8 ff.

<sup>131</sup> *Hien*, Quo Vadis Umweltrechtsschutz?, DVBl. 2018, S. 1029 (1031).

<sup>132</sup> *Klüppmann*, DVBl. 2019, S. 140 (144); *Gellermann* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 99. EL, September 2022, § 44 Rn. 25.

<sup>133</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 595/14, NVwZ 2019, 52, Rn. 27.

<sup>134</sup> *Eichberger*, NVwZ 2019, S. 1560 (1562).

<sup>135</sup> *Brandt*, ZNER 2019, S. 92 (93).

<sup>136</sup> Siehe C. I. 1. a) zur normativen Ermächtigungslehre.

<sup>137</sup> *Fellenberg*, Kumulation, Kontrolldichte und Kohärenzsicherung – aktuelle Streitfragen im Habitatschutzrecht, NVwZ 2019, S. 177 (185).

<sup>138</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 595/14, NVwZ 2019, 52 Rn. 25.

<sup>139</sup> *Grundlegend Pache* (Fn. 81), S. 63 ff.

<sup>140</sup> *Pache* (Fn. 81), S. 68.

<sup>141</sup> *Brandt*, ZNER 2019, S. 92 (93).

gänzlich unveränderten Prüfraumen ausgegangen.<sup>142</sup> *Berkemann* weist bzgl. der Plausibilitäts- und Vertretbarkeitsprüfung zutreffend darauf hin, dass sich das BVerfG auf Rechtsfolgenseite der Struktur der Beurteilungsspielräume annähert.<sup>143</sup> Sich allein aus dieser Erkenntnis auf eine de facto Anerkennung eines „nicht anerkennungsfähigen Beurteilungsspielraum[s]“<sup>144</sup> zu berufen, vermag dem Diskurs über die dogmatische Einordnung nicht viel hinzuzufügen, sondern ist vielmehr als Bestätigung der Gegenargumente zu sehen. Insgesamt kann angenommen werden, dass das BVerfG in Bezug auf die Nachprüfungspflicht der Gerichte im Ergebnis keinen neuen grundlegenden Ansatz anstrebte.

Zu Recht erfolgt für die Dauer bis zur Normkonkretisierung durch den Gesetzgeber die Umstellung „von einer substanziellen (ergebnisrichtigen) Rationalität auf eine prozedurale Rationalität“<sup>145</sup>, da das Problem auf andere Weise kaum zu bewältigen ist.<sup>146</sup> Jedoch ist der Äußerung, dass es nur eine Notlösung sein könne, Annahmen außerhalb der gesicherten Erkenntnisse auf ihre Plausibilität zu prüfen,<sup>147</sup> nur teilweise zuzustimmen: Einerseits betont das BVerfG, dass sich der Gesetzgeber nicht langfristig seiner inhaltlichen Entscheidungsverantwortung entziehen dürfe.<sup>148</sup> Es sei eine normativ legitimierte Entscheidung zur Auflösung des Erkenntnisvakuums zu treffen.<sup>149</sup> Das tatsächliche Erkenntnisdefizit wurde richtigerweise primär im Verantwortungsbereich des Gesetzgebers verortet. Unklar bleibt, wie lange dieser auf das Schließen von Erkenntnislücken vertrauen darf und welche Rechtsfolge daran geknüpft ist.<sup>150</sup> Andererseits kann die Entscheidung auch als Appell an die Gerichte verstanden werden, bestmöglich auf das Schließen von Erkenntnisdefiziten auf „judikative Art“ hinzuwirken.<sup>151</sup>

*Beckmann* attestiert den Gerichten eine mangelhafte Rationalitätsprüfungskompetenz, da sie von Richtern ohne entsprechende ökologische Fachkompetenz lediglich auf laienhafter Ebene vorgenommen werden könne. Dies gelte insbesondere dort, wo die Plausibilität von Fachgutachten und Fachkonventionen technisch-wissenschaftlicher Expertengremien in Frage gestellt werde. Spiegelbildlich sei dies auch auf die Feststellung des ökologischen Erkenntnisvakuums übertragbar.<sup>152</sup>

Im Hinblick auf das Verständnis von Demokratie als Laienherrschaft<sup>153</sup> und der fachlichen Anforderungen an die Richterschaft nach § 5 Deutsches Richtergesetz (DRiG), ist die institutionelle Kritik zurückzuweisen: Der Richter ist kein „Obergutachter“<sup>154</sup>. Bei genauerer Betrachtung war es den Gerichten in der Vergangenheit möglich, die Expertise von Sachverständigen erfolgreich in Frage zu stellen.<sup>155</sup> Kernaufgabe der justiziellen Nachprüfung ist es, von den Behörden eine qualifizierte und stichhaltige Begründung zu verlangen.<sup>156</sup> Jedoch ist der Kritik insoweit zuzustimmen, dass fachliche Expertise der wirkungsvollen Plausibilitätsprüfung dienlich sein kann. Dass die Gerichte in der Lage sind, dem normativen Einfluss wissenschaftlicher Unsicherheiten wirkungsvoll zu begegnen, kann auch aus Sicht des BVerfG ein Grund dafür gewesen sein, die Vereinbarkeit der faktischen Kontrollreduzierung noch als verfassungsgemäß anzusehen.

Zusammenfassend wird im Schrifttum eine Aufweichung der Rechtsschutzgarantie angenommen.<sup>157</sup> Im Vergleich zur naturschutzfachlichen Einschätzungsprerogative, die vom Gericht lediglich im Gesetz gefunden werden musste, stellt das BVerfG zwar extensive Anforderungen an die Ermittlung des Erkenntnisdefizits.<sup>158</sup> Diese gestiegenen quantitativen Anforderungen vermögen es dennoch nicht, die fehlende

<sup>142</sup> *Erbguth*, DVBl. 2020, S. 1050 (1051 f.).

<sup>143</sup> *Berkemann*, Beurteilungsspielraum oder Einschätzungsprerogative versus gerichtliche Kontrolle im Naturschutzrecht – Zugleich eine Rezension zu Marielle Schuster, Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Naturschutzrecht, 2020, ZUR 2021, S. 280 (290 f.); ähnlich *Beckmann*, Effektiver Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten? Zur Rolle der Anwaltschaft im Verwaltungsrechtsstreit, DVBl. 2019, S. 1172 (1179).

<sup>144</sup> *Beckmann*, DVBl. 2019, S. 1172 (1179).

<sup>145</sup> *Ladeur*, Recht – Wissen – Kultur, Die fragmentierte Ordnung, 2016, S. 79; dem beipflichtend *Sow*, Über Wissen und Nichtwissen im Verwaltungsrecht.

Zugleich eine Anmerkung zum Beschluss des BVerfG v. Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, DÖV 2019, S. 317 (318).

<sup>146</sup> *Rubel*, Umweltrechtsschutz in der gerichtlichen Praxis, EurUP 2019, S. 386 (392).

<sup>147</sup> *Gärditz*, Effektiver Verwaltungsrechtsschutz im Zeichen von Migration und Europäisierung. Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Verwaltungsprozessrecht 2014–2019, Die Verwaltung 2019, S. 259 (269); ähnlich *Berkemann*, ZUR 2021, S. 280 (290 f.).

<sup>148</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, NVwZ 2019, 52 Rn. 24.

<sup>149</sup> *Reinhardt*, Umweltschutz ist wesentlich. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Standardsetzung mit unbestimmten und unbestimmbaren Rechtsbegriffen, NVwZ 2019, S. 195 (196).

<sup>150</sup> *Dolde*, Naturschutzfachliche Einschätzungsprerogative – Normkonkretisierung tut not!, NVwZ 2019, S. 1567 (1568).

<sup>151</sup> *Kment*, Faktische Grenzen judikativer Kontrolle und eingeforderte Maßstabbildung in der (Nicht-)Wissensgesellschaft, EurUP 2020, S. 317 (323).

<sup>152</sup> *Beckmann*, Plausibilität als richterlicher Kontrollmaßstab in: Gärditz/Keller/Niesler (Hrsg.), Kontrollauftrag der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Liber Amicorum für Max-Jürgen Seibert, 2020, S. 13 (19 ff., 22 f.).

<sup>153</sup> Vgl. *Münkler*, (Fn. 66), S. 282 ff., 460 f.

<sup>154</sup> *Seibert*, NWVBl. 2015, S. 372 (374).

<sup>155</sup> Vgl. BVerwG, Urteil vom 06.11.2013 – 9 A 14/12, NVwZ 2014, 714 Rn. 45 ff., 113 zur Belastung von Haselmäusen.

<sup>156</sup> *Kment*, EurUP 2020, S. 317 (323).

<sup>157</sup> *Brandt*, ZNER 2019, S. 92 (93).

<sup>158</sup> *Eichberger*, NVwZ 2019, S. 1560 (1566).

normative Ermächtigung zu kompensieren.<sup>159</sup> Ob tatsächlich eine solche Aufweichung vorliegt, wird eine Analyse der Rechtsprechungspraxis zeigen. Das tatsächliche Erkenntnisdefizit wurde zutreffend als Aliud zur naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative beschrieben.<sup>160</sup> Obgleich sich die Dogmatiken unterscheiden, ähneln sich die Prüfungstiefen.<sup>161</sup>

## 2. Praktische Bedeutung in der aktuellen Rechtsprechung

Zwar erkennen die Gerichte einerseits die Relevanz des Rotmilan-Beschlusses und zitieren ihn entsprechend, trotzdem nehmen sie häufig weiterhin eine Einschätzungsprärogative an<sup>162</sup>, sodass diese noch nicht der Rechtsgeschichte angehört. Andererseits wurde oft nur die Bezeichnung des Prüfungsmaßstabs ausgetauscht.<sup>163</sup> Dass gerade nicht von einer veränderten Dogmatik ausgegangen wird, zeigt sich vor allem dort, wo eine Erstentscheidung der Behörde fehlt. Obwohl die Gerichte bei tatsächlichen Erkenntnisdefiziten nach Auffassung des BVerfG genauso selbst eine Einschätzung treffen können<sup>164</sup>, tun sie das auch dann nicht, wenn es der Entscheidung zur Spruchreife verhelfen würde. In einer Verpflichtungssituation, in der der Antragsteller einen gebundenen Genehmigungsanspruch nach § 6 I BImSchG hatte, nahm das Gericht – trotz Untätigkeit der Behörde – keine eigene Einschätzung vor, sondern zwang die zuständige Behörde unter Androhung von Zwangsmitteln dazu, eine (Erst-)Entscheidung zu treffen.<sup>165</sup> Dies steht im klaren Widerspruch zur hier vertretenen Auffassung, nach der das Gericht die Erstentscheidung im Fall der Untätigkeitsklage selbst zu treffen hat. Eine Zurückverweisung aus prozessökonomischen Gründen überzeugt jedenfalls nicht. Eine andere Möglichkeit wäre, dass das Gericht einen Beurteilungsspielraum für das

Merkmal der Signifikanz annahm, was das BVerfG ausdrücklich offenließ. Davon ging der VGH Mannheim hier wohl aus.<sup>166</sup>

Im Schrifttum wurde die Übertragbarkeit von Erkenntnisdefiziten auf andere Bereiche außerhalb des Artenschutzrechts diskutiert.<sup>167</sup> Zurückzuführen ist dies wohl auf die abstrakte Darstellung im Beschluss.<sup>168</sup> Außerhalb des Umweltrechts sind z.B. naturwissenschaftlich-technische Erkenntnisdefizite im Medizin- und Arzneimittelrecht sowie ökonomische Erkenntnisdefizite im Regulierungsrecht denkbar.<sup>169</sup> Bisher wurde lediglich vereinzelt, z. B. im Infektionsschutzrecht<sup>170</sup>, ein medizinisches Erkenntnisvakuum angenommen. Im Bereich des Umweltrechts wurde die außerrechtliche Frage, ab welcher Intensität, Art und Frequenz des Schattenwurfs einer Windenergieanlage diese eine schädliche Umwelteinwirkung i.S.v. § 3 I BImSchG darstellt, für ein immissionsschutzrechtliches Erkenntnisdefizit angenommen.<sup>171</sup> Im Wasserhaushaltsrecht sehen die Gerichte den Rotmilan-Beschluss als Bestätigung der sog. wasserrechtlichen Einschätzungsprärogative in Bezug auf die Wahl des Verfahrens zur Bestimmung der Mindestwassermenge nach § 33 Wasserhaushaltsgesetz (WHG).<sup>172</sup> Dies folgt aus der irrigen Annahme, dass das BVerfG die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative bestätigt hätte.<sup>173</sup>

Insgesamt etablieren sich die Folgen des Beschlusses im Artenschutzrecht nur langsam. Außerhalb des BNatSchG ist der Einfluss der neuen Rechtsfigur bisher gering. Die Gerichte wenden sie zumeist dort an, wo bisher Letztentscheidungsbefugnisse der Exekutive angenommen wurden, sodass aufgrund der Ähnlichkeit der

<sup>159</sup> Schuster (Fn. 53), S. 211, spricht daher vom „Umgehen“ der normativen Ermächtigung.

<sup>160</sup> Kahl in: FS für Max-Jürgen Seibert (Fn. 47), S. 176.

<sup>161</sup> So auch Schröder, EurUP 2019, S. 91 (94).

<sup>162</sup> Bick/Wulfert, Artenschutzrechtliche Ausnahme für Vogelarten, NuR 2020, S. 250 (252) m. w. N. vgl. etwa OVG Münster, Beschluss vom 01.04.2019 – 8 B 1013/18, BeckRS 2019, 8843, Rn. 10; OVG Koblenz, Beschluss vom 08.05.2019 – 8 B 10483/19, BeckRS 2019, 9332, Rn. 12.

<sup>163</sup> Vgl. BVerfG, Urteil vom 31.03.2023 – 4 A 11.21, BeckRS 2023, 19504, Rn. 39; Bick/Wulfert, NuR 2020, S. 250 (252) m. w. N. vgl. etwa OVG Lüneburg, Beschluss vom 28.06.2019 – 12 ME 57/19, BeckRS 2019, 13064, Rn. 25; VGH Mannheim, Beschluss vom 28.10.2022 – 14 S 1991/22, BeckRS 2022, 30669, Rn. 17.

<sup>164</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, NVwZ 2019, 52, Rn. 21.

<sup>165</sup> VGH Mannheim, Beschluss vom 28.10.2022 – 14 S 1991/22, BeckRS 2022, 15699, Rn. 37, dem beipflichtend Enders in: BeckOK UmweltR, 65. Edition, Januar 2023, BImSchG, § 6 Rn. 25a.

<sup>166</sup> Vgl. VGH Mannheim, Beschluss vom 28.10.2022 – 14 S 1991/22, BeckRS 2022, 15699, Rn. 39.

<sup>167</sup> Eichberger, NVwZ 2019, S. 1560 (1566); Fellenberg, NVwZ 2019, S. 177 (184); siehe etwa Meier, Der Rotmilan im SGB II. Neue Wege zur Problemlösung bei der Bedarfsfeststellung durch Beschränkung gerichtlicher Kontrolle?, ZFSH/SGB 2020, S. 267 ff. (Übertragbarkeit auf das Sozialrecht); Eibenstein in: Sangs/Eibenstein, Infektionsschutzgesetz: IfSG, Einführung C Rechtsschutz im Infektionsschutzrecht, 1. Auflage 2022, Rn. 24 ff. (Übertragbarkeit auf das Infektionsschutzrecht).

<sup>168</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, NVwZ 2019, 52, Rn. 13.

<sup>169</sup> Schmidt-Aßmann in: Grundgesetz-Kommentar (Fn. 42), Art. 19 IV Rn. 185b.

<sup>170</sup> OVG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 05.11.2020 – 3 MR 56/20, BeckRS 2020, 29770, Rn. 33; OVG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 18.11.2020 – 3 MR 76/20, BeckRS 2020, 32125, Rn. 42.

<sup>171</sup> VG Augsburg, Urteil vom 06.11.2019 – Au 6 K 19.1128, BeckRS 2019, 34159, Rn. 40.

<sup>172</sup> VGH Mannheim, Urteil vom 24.03.2021 – 3 S 2506/18, BeckRS 2021, 8510, Rn. 80 ff.

<sup>173</sup> VGH Mannheim, Urteil vom 24.03.2021 – 3 S 2506/18, BeckRS 2021, 8510, Rn. 80 ff.

Prüfungsmaßstäbe nicht die Rede von einer tatsächlichen Absenkung des Rechtsschutzniveaus sein kann.

## II. Überwindung des Nichtwissens durch Maßstabsbildung

Als Reaktion auf den Rotmilan-Beschluss wurde das Tötungsverbot durch § 45b BNatSchG normativ nachverdichtet.<sup>174</sup> Im Übrigen wies auch auf europäischer Ebene die Generalanwältin *Kokott* auf die notwendige gesetzgeberische Konkretisierung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots hin.<sup>175</sup> Mit der vierten BNatSchG Novelle im Jahr 2022 wurde durch politische Entscheidung das Nichtwissen im Wege von Standardisierung überwunden. Der gewählte Ansatz der Einbeziehung von extrajuridischen Erkenntnissen ins Recht überzeugt dennoch nicht vollends. Die Befürchtung, dass bundeseinheitliche Regelungen rein fachwissenschaftliche Standards „verwässern“<sup>176</sup> könnten, hat sich – jedenfalls in Teilen – bestätigt.<sup>177</sup> Beispielsweise sind die Abstandsfestsetzungen beim vom Aussterben bedrohten Schreiadler um 50 % hinter den Empfehlungen der ökologischen Wissenschaft zurückgeblieben, ohne dass diese Abweichung näher begründet wurde.<sup>178</sup>

Diese Entwicklung zeigt das Spannungsverhältnis zwischen Demokratie und erkenntnisgerechter Rechtsanwendung im Umweltrecht anschaulich. Es entsteht der Eindruck, dass die demokratische Rückbindung der tatsächlichen Entscheidungsträger der erkenntnisgerechten Rechtsanwendung alternativlos gegenübersteht. Umso mehr stellt sich die Frage, wie Entscheidungsträger zukünftig mit wissenschaftlichen Erkenntnissen und Erkenntnisdefiziten umgehen sollten, ohne dabei die Wirklichkeit (unter-)gesetzlich zu vereinfachen oder Entscheidungen der Expertise privater Gutachterbüros zu überlassen.

## D. Einbeziehung wissenschaftlicher Erkenntnisse mittels Umweltspruchkörpern

Die gesetzliche Einräumung der Möglichkeit, dass Tatsacheninstanzen fachlich spezialisierte Umweltspruchkammern schaffen können, ist für die Einbeziehung wissenschaftlicher Erkenntnisse und Erkenntnisdefizite ein nächster Schritt in der modernen Wissensgesellschaft für das „Streben nach der bestmöglichen Rechtsverwirklichung“<sup>179</sup> im Sinne des Art. 19 IV 1 GG. Ziel ist es, die Rezeptionsfähigkeit von wissenschaftlichen Erkenntnissen in der Richterschaft zu erhöhen und dadurch Effizienz- und Kompetenzgewinne in der Judikative einzufahren. Konkret soll der interdisziplinäre Dialog zwischen Richtern und Experten gefördert werden. Die bereits existierenden Beispiele zeigen, dass fachlich erfahrene Richter von einer schnellen und zuverlässigen Erfassung des Sachverhalts profitieren und sich kurzfristig auf neue Sachvorträge einstellen können,<sup>180</sup> zumal der erhöhte Sachverstand die inhaltliche Richtigkeit der Gerichtsentscheidung in immer komplexer werdenden Rechtsstreitigkeiten fördert.<sup>181</sup> Aus den zunehmend komplexer werdenden Sach- und Rechtsfragen folgt der Spezialisierungsbedarf in der Richterschaft.<sup>182</sup> Am BVerwG sind für umweltrechtliche Streitigkeiten bereits spezielle Senate zuständig, was in der Vergangenheit zu einer fachlichen Spezialisierung beigetragen hat.<sup>183</sup> Dadurch haben die Richter spezifische Erfahrungen mit dem Umgang mit Sachverständigen erworben.<sup>184</sup> Trotz allem wird das Verhältnis von juristischem und außerrechtlichem Wissen der Richter als „prekär“ beschrieben.<sup>185</sup>

In Bezug auf die Folgen der Rotmilan-Entscheidung können durch die Schaffung von Umweltspruchkörpern die verbleibenden Problemkreise teilweise kompensiert werden. Insbesondere soll die demokratische Institutionalisierung von wissenschaftlichen Erkenntnissen im Allgemeinen und in Bezug auf die Plausibilitätsprüfung bzw. Spruchreifmachung

<sup>174</sup> Vgl. BT-Drucks 20/2354, S. 25. Mittlerweile wurde die Artenschutzprüfung bei Windenergieanlagen für die Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren stark eingeschränkt, vgl. § 6 I 3 Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG), dazu etwa *Ruge*, Die EU-Notfallverordnung – Revolution im EU-Umweltrecht?, NVwZ 2023, 870 ff.; *Rieger*, § 6 WindBG – die nächste Runde im Konflikt zwischen dem Ausbau der Windenergie und dem Artenschutz, NVwZ 2023, 1042 ff.

<sup>175</sup> *Kokott*, Schlussanträge vom 10.09.2020 C-473/19, C-474/19, ECLI:EU:2020:699, Rn. 91.

<sup>176</sup> *Bick/Wulfert*, Der Artenschutz in der Vorhabenzulassung aus rechtlicher und naturschutzfachlicher Sicht, NVwZ 2017, S. 346 (355).

<sup>177</sup> *Gellermann*, Das Vierte Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes, NuR 2022, S. 589 (591).

<sup>178</sup> *Gellermann*, NuR 2022, S. 589 (591).

<sup>179</sup> *Schmidt-Jortzig*, Effektiver Rechtsschutz als Kernstück des Rechtsstaatsprinzips nach dem Grundgesetz, NJW 1994, S. 2569 (2572).

<sup>180</sup> Vgl. *Sedemund-Treiber*, Braucht ein europäisches Patentgericht den technischen Richter?, GRUR 2001, S. 1004 (1008), in Bezug auf den technisch geschulten Richter.

<sup>181</sup> *Guckelberger*, Erschließung extrajuridischen Fachwissens durch die Verwaltungsgerichte und Verbesserung der verwaltungsgerichtlichen Wissenspotenziale, VerwArch 2017, S. 143 (164).

<sup>182</sup> *Guckelberger*, VerwArch 2017, S. 143 (168).

<sup>183</sup> *Köck*, Der Umgang mit wissenschaftlicher Unsicherheit in der Rechtsprechung zum EU-Naturschutzrecht, ZUR 2021, S. 259 (263).

<sup>184</sup> *Köck*, ZUR 2021, S. 259 (263).

<sup>185</sup> *Köck*, ZUR 2021, S. 259 (263).

gestärkt werden. Die gesteigerte fachliche Kompetenz der Richter vermag zu stichhaltigeren Prüfungen der von Behördenseite vorgebrachten Argumente beitragen. Dadurch fließen die Erkenntnisse der Wissenschaft stärker in die normative Entscheidung ein.<sup>186</sup> Letztlich können auch Kommunikationshürden im Experten-Laien-Verhältnis verbessert werden.<sup>187</sup> Spiegelbildlich zu den Behördenentscheidungen können sich die Gerichte den notwendigen Sachverstand aus komplexen Gutachten besser zu eigen machen.

Dieser Ansatz bietet im Vergleich zu interdisziplinär besetzten Umweltgerichten nach schwedischem Vorbild<sup>188</sup> eine niedrigschwellige Umsetzbarkeit. Spezialisierte Kammern an Verwaltungsgerichten sind keine Neuheit. Der Gesetzgeber hat bereits in der Vergangenheit, z. B. bei der Einführung des § 83 Asylgesetz (AsylG), mit den Vorteilen der Spezialisierung argumentiert.<sup>189</sup> In der VwGO bieten §§ 188a, 188b VwGO die Möglichkeit, Wirtschafts- und Planungsrechtskammern und -senate zu bilden, um die Kenntnisverdichtung in diesem Gebiet zu fördern.<sup>190</sup> Nach diesem Vorbild sollte folgende Norm in die VwGO eingefügt werden:

#### § 188c [Umweltkammern, Umweltsenate]

*<sup>1</sup>Für Angelegenheiten des Umweltrechts können besondere Kammern oder Senate gebildet werden (Umweltkammern, Umweltsenate). <sup>2</sup>Die Sachgebiete des Naturschutzes und Landschaftsschutzes sowie des Wasserhaushalts- und Immissionsschutzrechts sollen in den Umweltkammern oder Umweltsenaten zusammengefasst werden. <sup>3</sup>Darüber hinaus können den Umweltkammern oder Umweltsenaten weitere Streitigkeiten mit einem Bezug zum Umweltrecht zugewiesen werden.*

Auf diese Weise würden naturwissenschaftlich-technische sowie ökologische Sachverhalte gebündelt. Die Kann-Vorschrift gewährt den Gerichten darüber hinaus die Möglichkeit, die Spruchkammerbildung flexibel an den Bedarf anzupassen und weitere Rechtsgebiete des Umweltrechts einzugliedern.<sup>191</sup> Im Vergleich zur Struktur des BVerwG wird

dabei der Fokus auf die Tatsacheninstanzen gelegt, die die Sachverhalte aufklären. Dieser Lösungsansatz vermag einen Teil dazu beizutragen, dass die Richterschaft nicht zum „Vollzugsgehilfe[n] des Sachverständigen“<sup>192</sup> verkommt, sondern dem oben beschriebenen Auftrag des BVerfG an die Judikative nachkommt und die Einbeziehung von extrajuridischem Wissen ins Recht demokratie- und rechtsstaatsfreundlich fördert.

### E. Schlussbetrachtung

Die Entscheidung des BVerfG ist positiv zu bewerten. Die Rechtsfigur der faktischen Kontrollbeschränkung ist keine auf das ökologische Erkenntnisdefizit reduzierte, naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative.<sup>193</sup> Der Ansatz zeigt erstmals die Dichotomie von gewillkürter und faktischer Kontrollreduzierung auf und konturiert gleichzeitig den Umgang mit Nichtwissen. Er entstammt einer praktischen Notwendigkeit, die nur in äußerst begrenzten Einzelfällen eine Übergangslösung bietet.<sup>194</sup> Durch die Separierung der Dogmatik erteilt das BVerfG die längst überfällige Absage an Verwaltung und Gerichte, aus fehlender Normkonkretisierung und wissenschaftlichen Erkenntnisdefiziten auf ein Vorrecht der Exekutive zu schließen. Den verfassungsrechtlichen Warnschuss scheinen die Fachgerichte bislang nicht wahrgenommen zu haben. Zu begrüßen ist, dass sich das BVerfG erneut zur normativen Ermächtigungstheorie als dem zentralen Gedanken des Beurteilungsspielraums bekennt und damit dem Einfluss des Faktischen auf das Recht notwendige Grenzen setzt. Die Kontrolldichte ist angesichts der Prüfungstiefe nicht intensiver, aber umfangreicher.<sup>195</sup>

Trotz der berechtigten Kritik ist die Appellentscheidung des BVerfG, die langjährige Praxis der Gerichte nicht für verfassungswidrig zu erklären, rechtspolitisch sinnvoll.<sup>196</sup> Wohlwissend, dass Erkenntnisdefizite nicht nur im Artenschutzrecht existieren können, bietet der Beschluss den Gerichten eine Handreichung, die sich auf andere Rechtsgebiete übertragen lässt. Die Annahme von medizinischen, wasserrechtlichen und immissionsschutzrechtlichen Erkenntnisdefiziten zeigt die

<sup>186</sup> Vgl. Schönfelder, Umweltgerichte – eine mögliche und gebotene Institution der deutschen Gerichtsbarkeit?, EurUP 2021, S. 302 (310).

<sup>187</sup> Minkler (Fn. 66), S. 184 f.

<sup>188</sup> Schönfelder, EurUP 2021, S. 302 (304 ff.).

<sup>189</sup> BT-Drucks. 18/6185, S. 36.

<sup>190</sup> BT-Drucks. 19/22139, S. 20.

<sup>191</sup> Vgl. BT-Drucks. 19/22139, S. 20 f.

<sup>192</sup> Sendler, Richter und Sachverständige, NJW 1986, S. 2907 (2909).

<sup>193</sup> So aber Schuster (Fn. 53), S. 216 f.

<sup>194</sup> So auch Schmidt-Aßmann in: Grundgesetz-Kommentar (Fn. 42) Art. 19 IV Rn. 185c; ähnlich Ludwigs, DÖV 2020, S. 405 (411).

<sup>195</sup> So auch Eichberger, NVwZ 2019, S. 1560 (1566).

<sup>196</sup> So auch Stüer, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13 – (Harzer Windmüller) und – 1 BvR 595/14 – (e.n.o. energie), DVBl. 2019, S. 47 (48), „goldene Worte“.

bisherige Reichweite andeutungsweise. Damit ist das Umweltrecht wie schon in der Vergangenheit Referenzgebiet für neue Rechtsentwicklung geworden.<sup>197</sup>

Die Bildung von Umweltspruchkörpern bietet einen niedrigschwelligen Lösungsansatz, die naturwissenschaftlich-technischen und ökologischen Fachkenntnisse in der Richterschaft zu erhöhen und damit eine erkenntnisgerechte Rechtsanwendung zu fördern. Langfristig sollte weitergedacht werden. Interdisziplinär besetzte Umweltspruchkörper können in der Lage sein, wissenschaftliche Erkenntnisse

demokratieverträglich und effizient normativ ins Recht zu übersetzen. Hierfür ist insbesondere eine eingehende Auseinandersetzung mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Rechts auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 I 1 GG unabdingbar. Im Hinblick auf die moderne Wissensgesellschaft verbleiben trotz vermeintlicher Schließung wissenschaftlicher Erkenntnislücken dennoch Irrtümer, die durch den Wissenstand determiniert sind. Daher ist und bleibt es Aufgabe aller drei Gewalten, den Einfluss des Extrajuridischen auf das Recht zu lenken, statt nur zu „nicken“.

---

<sup>197</sup> Schröder, EurUP 2019, S. 91 (91).