

# **Beurteilungsspielraum und Einschätzungsprärogative – Zulässigkeit und Grenzen administrativer Letztentscheidungsmacht am Beispiel des Naturschutz- und Wasserrechts**

Richter am VG Dr. Thomas Jacob und Rechtsanwalt Dr. Marcus Lau\*

*In jüngerer Zeit waren sowohl das BVerfG als auch das BVerwG mehrfach mit der Frage befasst, inwieweit der Verwaltung auf Tatbestandsebene gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Entscheidungsspielräume zustehen. Zwei diesbezüglich prominente Rechtsgebiete sind das Naturschutz- und auch das Wasserrecht. Hier hagelte es zuletzt auch reichlich Kritik aus der Literatur. Dies gibt Anlass, sich des Themas nochmals genauer anzunehmen und zu versuchen, Leitlinien für das Bestehen behördlicher Beurteilungsspielräume und Einschätzungsprärogativen herauszuarbeiten, die sich auch auf andere Rechtsgebiete übertragen lassen.*

## **I. Einleitung und Grundsätzliches**

Entscheidungsspielräume der Verwaltung sind durch Wissenschaft und Rechtspraxis in beachtenswerter Tiefe beschrieben worden.<sup>1</sup> Dennoch hat sich bis heute keine "abschließende" Dogmatik durchgesetzt, die sämtliche Fallgruppen von administrativer Letztentscheidungsmacht einer einheitlichen systematischen Kategorisierung zuführt. Dies weist zurück auf die Komplexität des Phänomens. Sowohl unterschiedliche Normstrukturen als auch die Vielfalt der durch sie geregelten Lebensbereiche verhindern einen vereinfachten Zugriff auf die in ihnen angelegten Optionsräume.<sup>2</sup> Eine allgemeine Dogmatik administrativer Entscheidungsspielräume kann nur unter Einschluss der sich aus Norm und Lebenssachverhalt jeweils ergebenden Besonderheiten angestrebt werden. Die durch Letztere gezogenen Grenzen fordern Offenheit und Flexibilität, um der normativen Wirklichkeit gerecht zu werden, in der sich die Rechtsanwender bewegen müssen. Die im materiellen Recht angelegte Interdependenz von Gesetz und Lebenswirklichkeit zwingt, selbstverständlich vor dem Hintergrund allgemeiner

---

\* Der Autor *Jacob* ist Richter am VG Köln, derzeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter abgeordnet an das BVerwG. Der Autor *Lau* ist Rechtsanwalt und Partner in der Kanzlei *Füßer & Kollegen*, Leipzig ([www.fuesser.de](http://www.fuesser.de)).

<sup>1</sup> Vgl. BVerfG, NVwZ 2010, 435 Rn. 57.

<sup>2</sup> Zum Begriff *Hoffmann-Riem*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 10 Rn. 45.

Rechtsprinzipien<sup>3</sup>, zur Berücksichtigung der dem jeweiligen Sachgebiet inhärenten Besonderheiten, um "die Vernunft als die Rose im Kreuze der Gegenwart zu erkennen".<sup>4</sup> Sie verbietet zugleich eine Dogmatik, die diesen Sinnzusammenhang ausblendet.<sup>5</sup>

Der Gesetzgeber ist danach gehalten, vielfältigsten Fallkonstellationen durch eine hinreichende Offenheit der begrifflichen Beschreibung des vom Regelungsinhalt der Norm umfassten Lebensausschnitts Rechnung zu tragen. Legt man die dem deutschen Rechtskreis gebräuchlichste Normstruktur des Konditionalprogramms ("wenn ..., dann ...") und damit die Unterteilung in Tatbestands- und Rechtsfolgenseite zugrunde, muss die Tatbestandsseite der Norm, soll sie als "allgemeines Gesetz" Geltung beanspruchen, einen hinreichenden Abstraktionsgrad aufweisen. Zu diesem Zweck greift der Gesetzgeber auf unbestimmte Rechtsbegriffe zurück. Dadurch öffnen sich dem Rechtsanwender Optionenräume, die zu unterscheiden sind von denjenigen auf der Rechtsfolgenseite der Norm, bezeichnet gemeinhin als Ermessensermächtigung.<sup>6</sup> Die Ausfüllungsfähigkeit und -bedürftigkeit des tatbestandlichen Optionenraums besagt jedoch nichts über die Frage, inwieweit damit eine Ermächtigung zur letztgültigen Entscheidung einhergeht. Nur wenn die durch Administrativorgane vorgenommene Tatbestandsausfüllung der Kontrolle durch Gerichte (teilweise) entzogen ist, kann von einer Letztentscheidungsmacht gesprochen werden.<sup>7</sup> Dies ist in der Regel gemeint, wenn von Beurteilungsspielraum oder Einschätzungsprärogative die Rede ist.<sup>8</sup> Derartige behördliche Letztentscheidungsrechte stehen in einem Spannungsverhältnis zur Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV 1 GG und der Gesetzesbindung der Gerichte nach Art. 20 III, Art. 97 I GG. Verwaltungshandeln unterliegt daher grundsätzlich der vollständigen gerichtlichen Nachprüfung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht.<sup>9</sup> Eine Ausnahme von dieser "Vermutung" bedarf daher einer sorgfältigen

---

<sup>3</sup> *Kant*, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, § B: "Denn eine bloß empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in Phädrus' Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur schade! dass er kein Gehirn hat." Hierzu auch *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 212.

<sup>4</sup> *Hegel* (o. Fn. 3), Vorrede.

<sup>5</sup> Vgl. zu dieser Erkenntnisdimension des Rechts *Hegel* (o. Fn. 3), § 211.

<sup>6</sup> *Hoffmann-Riem* (o. Fn. 2), § 10 Rn. 65; vgl. zum Überblick *Rennert*, in: *Eyermann*, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 114 Rn. 4 f.; *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 70. EL 2013, Art. 19 IV Rn. 188 ff.

<sup>7</sup> Vgl. *Hoffmann-Riem* (o. Fn. 2), § 10 Rn. 89 ff.

<sup>8</sup> Grundlegend *Bachof*, JZ 1955, 97 (98).

<sup>9</sup> *BVerfGE* 15, 275 (282) = NJW 1963, 803; *Schmidt-Aßmann*, Das allg. VerwR als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, Kap. 4 Rn. 62.

Normanalyse im jeweiligen Fall.<sup>10</sup> Diese hat insbesondere zu hinterfragen, welcher Qualität der eingeräumte Beurteilungsspielraum ist, d. h. ob sich der tatbestandliche Optionsraum auf die Definition und Ausfüllung der Rechtsbegriffe und/oder sogar die Erkenntnis und Bewertung der entscheidungserheblichen Tatsachen erstreckt.

## II. Beurteilungsspielraum als anerkannte Rechtsfigur

Beurteilungsspielräume sind gängiger Topos im Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen. Verfassungsrechtlich waren sie auch bisher unter bestimmten Voraussetzungen unbedenklich. In seiner Entscheidung vom 31.5.2011<sup>11</sup> hatte das *BVerfG* zuletzt Gelegenheit, eine Konturierung von Zulässigkeit und Umfang administrativer Entscheidungsspielräume bei der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe vorzunehmen.

### 1. Verfassungsrechtliche Anforderungen

Dass Gerichte ihren Kontrollanspruch gegenüber der Verwaltung zurücknehmen, bedarf einer besonderen Begründung, die im rechtsstaatlich verfassten Gemeinwesen nur in einer gesetzlichen Anordnung liegen kann. Im Grundsatz haben Verwaltungsgerichte die angefochtenen Hoheitsakte in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig nachzuprüfen.<sup>12</sup> Exekutives Handeln ist rechtlich gebunden und insoweit durch die Judikative zu kontrollieren. Dem entspricht die a priori strikte Idee der Gewaltenteilung.<sup>13</sup> Das Grundgesetz trägt jedoch neben dem Gedanken der Gewaltenteilung auch denjenigen der Gewaltenschränkung in sich, der dem deutschen Staatsverständnis inhärenten Erkenntnis Rechnung tragend, dass die *eine* Staatsgewalt in "drei Personen" auftritt und damit in einer dem Freiheitsgesetz gerecht werdenden Komplexität zu bestimmen ist.<sup>14</sup> Daraus folgt, dass eine Bindung der rechtsprechenden Gewalt an Feststellungen und Wertungen seitens anderer Gewalten hinsichtlich dessen, was im Einzelfall rechtens ist, nur "im Grundsatz" ausgeschlossen ist.<sup>15</sup> Es steht dem Gesetzgeber zur Ausgestaltung staatlichen Handelns unter gewaltenteilend-funktionalen Gesichtspunkten daher unter gewissen

<sup>10</sup> So schon *Bachof*, JZ 1955, 97 (100).

<sup>11</sup> *BVerfGE* 129, 1 = NVwZ 2011, 1062.

<sup>12</sup> *BVerfGE* 15, 275 (282) = NJW 1963, 803.

<sup>13</sup> Vgl. zur Stellung der Justiz im gewaltenteiligen Staat *Köhler*, SchIHA 2001, 201 (202 f.).

<sup>14</sup> Grundlegend *Kant* (o. Fn. 3), Rechtslehre, § 45. Vgl. *BVerfGE* 3, 225 (247 f.); 7, 183 (188) = NJW 1958, 97; 34, 52 (59) = NJW 1973, 451; *Schmidt-Aßmann* (o. Fn. 9), Kap. 4 Rn. 1 ff.; *Hoffmann-Riem* (o. Fn. 2), § 10 Rn. 39.

<sup>15</sup> *BVerfGE* 129, 1 = NVwZ 2011, 1062 Rn. 68.

Voraussetzungen frei, gerichtliche Kontrolle gegenüber behördlichem Handeln zurückzunehmen. Die insbesondere mit der Eröffnung von Entscheidungsspielräumen einhergehende Beschränkung gerichtlicher Kontrolle ist mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes im Grundansatz ebenfalls vereinbar.<sup>16</sup> Art. 19 IV GG setzt dem Gesetzgeber jedoch Grenzen, wenn er entweder ganze Sachbereiche oder Rechtsgebiete der justiziellen Nachprüfung entzieht oder für die Rücknahme gerichtlicher Kontrolle keinen hinreichend gewichtigen Sachgrund anführen kann.<sup>17</sup> Letztverbindliche Normauslegung und Kontrolle der Rechtsanwendung im Einzelfall bleiben im Grundsatz Sache der Gerichte.<sup>18</sup> Der Gesetzgeber hat somit bei der Gestaltung des Umfangs gerichtlicher Kontrolle dem Prinzip der Gewaltenteilung auch inhaltlich Rechnung zu tragen. Zu berücksichtigen sind die Grundrechte, das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip und die hieraus folgenden Grundsätze der Bestimmtheit und Normenklarheit.<sup>19</sup> Innerhalb dieses verfassungsrechtlich gezogenen Rahmens ist nichts dagegen zu erinnern, dass der Gesetzgeber behördliche Letztentscheidungsbefugnisse einräumt.

Diese dürfen jedoch nicht durch Verwaltung oder Gerichte selbst erfunden, sie müssen im Gesetz gefunden werden. Erforderlich ist eine normative Ermächtigung, die entweder ausdrücklich angeordnet ist oder im Wege der Auslegung hinreichend deutlich ermittelt wird.<sup>20</sup> Für den hier relevanten Kontext ist damit bedeutsam, ob das einschlägige materielle Recht unter Beachtung der genannten verfassungsrechtlichen Grenzen von einer vollständigen Determination des administrativen Entscheidungsverhaltens absieht, der Verwaltung mithin Entscheidungen abverlangt, ohne dafür hinreichend bestimmte Entscheidungsprogramme vorzugeben.<sup>21</sup> Denn weiter als die derart zu ermittelnde materiellrechtliche Bindung der Verwaltung kann auch die gerichtliche Kontrolle nicht reichen.<sup>22</sup> Demgegenüber lässt das *BVerfG* zuletzt ausdrücklich offen ("Angstklausel"<sup>23</sup>), ob bei Fehlen einer gesetzlichen Grundlage behördliche Letztentscheidungsbefugnisse unmittelbar aus der Verfassung gefolgert werden

<sup>16</sup> *BVerfGE* 129, 1 = NVwZ 2011, 1062 Rn. 73; vgl. schon *BVerfGE* 61, 82 (111) = NJW 1982, 2173; 113, 273 (310) = NJW 2005, 2289; NVwZ 2012, 694 Rn. 23.

<sup>17</sup> *BVerfGE* 129, 1 = NVwZ 2011, 1062 Rn. 73. *Eichberger*, NVwZ-Beilage 2013, 18 (21) sieht den gesetzgeberischen Spielraum damit quantitativ wie materiell beschränkt.

<sup>18</sup> *BVerfGE* 129, 1 = NVwZ 2011, 1062 Rn. 73.

<sup>19</sup> *BVerfGE* 129, 1 = NVwZ 2011, 1062 Rn. 73.

<sup>20</sup> *BVerfGE* 129, 1 = NVwZ 2011, 1062 Rn. 72.

<sup>21</sup> *BVerfG*, NVwZ 2010, 435 Rn. 54.

<sup>22</sup> *BVerfGE* 129, 1 = NVwZ 2011, 1062 Rn. 71; so schon *BVerfGE* 88, 40 (61) = NVwZ 1993, 666; 103, 142 (156 f.) = NJW 2001, 1121; 116, 1 = NJW 2006, 2613 Rn. 46.

<sup>23</sup> So *Eichberger*, NVwZ-Beilage 2013, 18 (21).

dürfen, wenn eine weitergehende gerichtliche Kontrolle zweifelsfrei an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stieße.<sup>24</sup>

## 2. Erkenntniskriterien für die Annahme eines Beurteilungsspielraums

Das *BVerfG* zieht sich bei der Überprüfung fachgerichtlicher Annahmen von Beurteilungsspielräumen auf die Kontrolle der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts zurück, da nach der normativen Ermächtigungslehre<sup>25</sup> die administrative Letztentscheidungsbefugnis im materiellen Recht angelegt sein und daher im Wege methodengerechter Auslegung erkannt werden muss.<sup>26</sup> Die Normanalyse setzt den Rahmen, in welchem die gerichtliche Kontrolle eingeschränkt ist. Die Erkenntnis dieses Rahmens ist Teil richterlicher Rechtsfindung. Entscheidungsmerkmal ist, ob der Verwaltung Entscheidungen abverlangt werden, ohne dass dafür gesetzlich hinreichend bestimmte Entscheidungsprogramme vorgegeben sind, mithin der Verwaltung das abschließende Urteil über das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen übertragen ist.<sup>27</sup> Die Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs in der einschlägigen gesetzlichen Regelung allein lässt diesen Schluss nicht zu, denn schon die Bestimmung der Normunbestimmtheit ist ein offener Vorgang, wobei das *BVerfG* der Unbestimmtheit immerhin heuristischen Wert zumisst.<sup>28</sup> Entscheidend ist daher weniger eine abstrakt-formale Analyse des Grads der Unbestimmtheit, als vielmehr der jeweilige materiellrechtliche Regelungszusammenhang der Norm.<sup>29</sup> Dies schließt an die eingangs hervorgehobene Bedeutung des wechselbezüglichen Verhältnisses von Norm und Lebenssachverhalt an. Danach kann weder für ganze Sachbereiche pauschal die gerichtliche Kontrolle zurückgenommen noch können Optionenräume nur auf bestimmte, gleichsam abgeschlossene Fallgruppen beschränkt werden. Die erforderliche Normanalyse hat vielmehr zwei Elemente in den Blick zu nehmen: Die normative Ermächtigung und den materiellen Regelungsgehalt.

Auf dieser Einsicht ruhen die bislang herausgearbeiteten Konstellationen auf, in denen die Annahme von Beurteilungsspielräumen naheliegt. Jene lassen sich konturieren nach sachbezogenen und personalen Kriterien, je nachdem, ob der

---

<sup>24</sup> *BVerfGE* 129, 1 = NVwZ 2011, 1062 Rn. 74; NVwZ 2012, 694 Rn. 26.

<sup>25</sup> Statt vieler *Rennert* (o. Fn. 6), § 114 Rn. 51.

<sup>26</sup> *BVerfG*, NVwZ 2012, 694 Rn. 29.

<sup>27</sup> *BVerwGE* 94, 307 (309 f.) = NVwZ 1995, 707.

<sup>28</sup> *BVerfG*, NVwZ 2010, 435 Rn. 55.

<sup>29</sup> *BVerfG*, NVwZ 2010, 435 Rn. 55, unter Verweis u. a. auf *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 73 f.

Entscheidungsspielraum in der Natur der geregelten Sache oder in dem zur administrativen Entscheidung berufenen Akteur begründet ist.<sup>30</sup> Letzteres kann etwa der Fall sein, wenn der Gesetzgeber die Entscheidung einem Gremium überantwortet, zu dessen Wesen die Unersetzbarkeit seiner Meinungsbildung gehört.<sup>31</sup> Allein das aus der Komplexität des zu beurteilenden Sachverhalts folgende Erfordernis besonderer Sachkunde oder die Notwendigkeit wertender Erkenntnis rechtfertigen hingegen nicht pauschal die Rücknahme gerichtlicher Kontrollintensität.<sup>32</sup> Solange bspw. die Heranziehung sachverständiger Hilfe vernünftigerweise die Klärung der Sachfrage erwarten lässt, bleibt die richterliche Kontrolle umfassend. Stößt Letztere jedoch an ihre Funktionsgrenzen, weil unbestimmte Rechtsbegriffe wegen hoher Komplexität oder besonderer Dynamik der geregelten Materie höchst vage sind und ihre Konkretisierung im Nachvollzug der Verwaltungsentscheidung äußerst schwierig ist, kann es geboten sein, die Normausfüllung der Fachbehörde als sachnähere Instanz zu überlassen.<sup>33</sup> Derartige Konstellationen können nicht zuletzt in Entscheidungsprozessen mit wesentlich planerischen und prognostischen Elementen auftreten.<sup>34</sup> Die Herausarbeitung solcher gesetzgeberisch angeordneter Beurteilungsermächtigungen ist dabei nicht immer einfach.<sup>35</sup>

### 3. Gerichtliche Kontrolle

Die Erkenntnis des Beurteilungsspielraums und dessen Reichweite verlangt vom Gericht also zunächst die methodengerechte Auslegung des einschlägigen Normbereichs. Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte und Normzweck können genauso Anhaltspunkte bieten wie ein ggf. zu untersuchender unionsrechtlicher Hintergrund.<sup>36</sup> Sodann müssen tragfähige Sachgründe bestehen und durch das Gericht attestiert werden, die den Gesetzgeber zu einer Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte bewogen haben.<sup>37</sup> Erst dann modifiziert sich die gerichtliche Kontrolle. Diese ist darauf zu begrenzen, ob die Behörde die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des

<sup>30</sup> Vgl. statt vieler *Rennert* (o. Fn. 6), § 114 Rn. 59 ff. m. w. N.

<sup>31</sup> *BVerwGE* 94, 307 (311) = *NVwZ* 1995, 707.

<sup>32</sup> *BVerwGE* 94, 307 (311) = *NVwZ* 1995, 707.

<sup>33</sup> *BVerfG*, *NVwZ* 2010, 435 Rn. 55.

<sup>34</sup> Vgl. *BVerwGE* 94, 307 (310 f.) = *NVwZ* 1995, 707.

<sup>35</sup> Nur selten ist der Wortlaut so deutlich wie in § 3a Satz 4 i. V. m. § 3c S. 1 UVPg; vgl. dazu *BVerwG*, *NVwZ* 2014, 669 Rn. 32 f.

<sup>36</sup> Vgl. *BVerfG*, *NVwZ* 2012, 694 Rn. 31.

<sup>37</sup> Vgl. *BVerfG*, *NVwZ* 2012, 694 Rn. 37.

anzuwendenden Gesetzesbegriffs ausgegangen ist, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemein gültige Bewertungsmaßstäbe gehalten, insbesondere das aus Art. 3 I GG folgende Willkürverbot nicht verletzt hat.<sup>38</sup> Zudem wird eine die gerichtliche Nachprüfung ermöglichende Begründung der Entscheidung zu verlangen sein.<sup>39</sup> Die Beachtung dieser Kontrollmaßstäbe gewährleistet, dass der Beurteilungsspielraum nicht mit der Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 IV GG kollidiert. Jedoch können diese Kriterien auf weitere Problemfelder führen. So kann gerade die Tatsachenfeststellung, die nach allgemeiner Auffassung nicht der behördlichen Letztentscheidungskompetenz unterliegt<sup>40</sup>, insbesondere bei naturwissenschaftlich-bewertenden Sachverhalten erhebliche Unsicherheiten mit sich bringen. Anerkannt ist, dass alleine die tatsächliche Komplexität nicht ausreicht, um die gerichtliche Kontrolle zurückzunehmen.<sup>41</sup> Gleichwohl ist jeweils genau zu hinterfragen, wieweit die materiellrechtliche Bindung der Verwaltung auch für *diese* Frage reicht. Denn weiter als diese Bindung geht die gerichtliche Kontrolle nicht.<sup>42</sup> Eine solche Konstellation ist strikt von Fällen abzugrenzen, in denen sich Gerichte bei der Nachprüfung, ob die zugrunde gelegten Tatsachen wirklich gegeben sind, ohne materiellrechtliche Begründung auf eine bloße Vertretbarkeitsprüfung zurückziehen.<sup>43</sup>

### III. Entwicklungen im Naturschutz- und Wasserrecht

Zwei Rechtsgebiete, in denen in jüngerer Zeit verstärkt über behördliche Letztentscheidungskompetenzen diskutiert worden ist, sind das Naturschutz- und das Wasserrecht.

#### 1. Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative

a) *Allgemeine Grundsätze in der Rechtsprechung des BVerwG.* In den letzten Jahren wurden im insbesondere für Infrastrukturgroßvorhaben (z. B. Windparks, Fernstraßen, Gewässer- und Energieleitungsausbau) virulenten Naturschutzrecht Ansätze sichtbar, tatbestandliche Bewertungsfragen der Letztentscheidungskompetenz der Zulassungsbehörden zu überantworten. Das *BVerwG* hat hier in besonderer Weise Maßstäbe für den gerichtlichen Umgang mit

<sup>38</sup> *BVerfG*, NVwZ 2010, 435 Rn. 60; NVwZ 2012, 694 Rn. 40.

<sup>39</sup> *Rennert* (o. Fn. 6), § 114 Rn. 78 m. w. N. aus der Rspr.

<sup>40</sup> *Rennert* (o. Fn. 6), § 114 Rn. 56; so schon *Bachof*, JZ 1955, 97 (99).

<sup>41</sup> *BVerwGE* 94, 307 (311) = NVwZ 1995, 707.

<sup>42</sup> *BVerfGE* 129, 1 = NVwZ 2011, 1062 Rn. 71.

<sup>43</sup> Vgl. dazu *BVerfG*, NVwZ 2010, 435 Rn. 59.

administrativen Optionsräumen gesetzt. Hierzu sah es sich gezwungen, da die hergebrachten Fallgruppen anerkannter Beurteilungsspielräume den Anforderungen derartiger Verfahren nur unzureichend gerecht wurden. Die Problematik fasste der 9. Senat des *BVerwG* schon vor einigen Jahren zusammen<sup>44</sup>: Bei einer Vielzahl von Fragen auf dem Gebiet des europäischen und nationalen Naturschutzrechts werden Rechtsfolgen an ökologische Bewertungen und Einschätzungen geknüpft, für die nähere normkonkretisierende Maßstäbe fehlen. Eine derartige Maßstabsetzung gibt es zwar auch in anderen Bereichen des Umweltrechts, wie etwa dem Bundes-Immissionsschutzgesetz mitsamt seinen Durchführungsverordnungen und technischen Regelwerken und Verwaltungsvorschriften. Für Teilbereiche naturschutzfachlicher Fragen dagegen hat der Normgeber bislang weder selbst noch durch Einsetzung fachkundiger Gremien hinreichende Vorgaben für den Rechtsanwender geschaffen. Die Verwaltung ist damit auf Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft und Praxis angewiesen, deren Erkenntnisstand nicht in sämtlichen Bereichen so weit verfestigt ist, dass sie dem Rechtsanwender hinreichend verlässlich Antwort geben können.<sup>45</sup> Verfahrensbezogene Fachgutachten sowie einzelne Forschungsprojekte und – noch vereinzelter – Fachkonventionen bilden den vielschichtigen und z. T. diffusen Hintergrund des aktuellen Erkenntnisstands. Dies hat für zahlreiche Fragestellungen die für Planungsinstanz und nachfolgend Verwaltungsgerichte missliche Folge, dass nicht selten jeweils vertretbare naturschutzfachliche Einschätzung gegen naturschutzfachliche Einschätzung steht, ohne dass sich eine gesicherte Erkenntnislage und anerkannte Standards herauskristallisiert hätten.<sup>46</sup>

Dieser Auffassung sind auch die anderen für das Planungs- und damit zugleich für das Naturschutzrecht zuständigen Senate.<sup>47</sup> Das Gericht macht sich den Rückgriff auf die Rechtsfigur des Beurteilungsspielraums nicht einfach. Gerade in letzter Zeit ruht dieser auf einer sorgfältigen Normanalyse im Sinne der bundesverfassungsgerichtlich vorgegebenen Ermächtigungslehre auf, die – wie es den eingangs entfalteten Grundsätzen entspricht – in die Auslegung die normativ abstrahierte Lebenswirklichkeit, d. h. die materiellen Sachgegebenheiten miteinbezieht: "Damit hat der Gesetzgeber den Zulassungsbehörden, soweit

---

<sup>44</sup> Zum Folgenden z. T. wörtlich *BVerwGE* 131, 274 = NVwZ 2009, 302 Rn. 64 ff.

<sup>45</sup> Unter Hinweis auf *Vallendar*, UPR 2008, 1 ff.

<sup>46</sup> So wörtlich *BVerwGE* 131, 274 = NVwZ 2009, 302 Rn. 64.

<sup>47</sup> Zuletzt *BVerwGE* 147, 118 = NVwZ 2013, 1411 Rn. 14; NVwZ 2014, 524 Rn. 15.



anerkannte naturschutzfachliche Maßstäbe fehlen, eine sachlich gerechtfertigte Einschätzungsprärogative eingeräumt, der – mangels vollständig determinierender Handlungs- und Kontrollmaßstäbe – eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle korrespondiert.<sup>48</sup> Das *BVerwG* begreift die Erkenntnis von Beurteilungsspielräumen in naturwissenschaftlich-technischen Sachverhalten zu Recht nicht als statischen, sondern als qualitativ wie zeitlich dynamischen Prozess. Die ein Zulassungsverfahren verantwortenden Behörden können sich daher dann nicht auf eine Einschätzungsprärogative zurückziehen, wenn sie nicht den aktuellen Stand der ökologischen Wissenschaft ermitteln und berücksichtigen.<sup>49</sup> Das Gericht hat die Letztentscheidungsbefugnis auf die konkreten Fragen zu beschränken, bei denen "trotz fortschreitender wissenschaftlicher Erkenntnisse weiterhin ein gegensätzlicher Meinungsstand fortbesteht und es an eindeutigen ökologischen Erkenntnissen fehlt".<sup>50</sup> Der vor dem Hintergrund von Art. 19 IV 1 GG grundsätzlich berechtigten Sorge<sup>51</sup>, dass ganze Rechts- und Sachgebiete der gerichtlichen Kontrolle entzogen würden, begegnet die Verwaltungsgerichtsbarkeit in wünschenswerter Klarheit.

Die Besonderheit des naturschutzfachlichen Beurteilungsspielraums, wie er sich in der Rechtsprechung des *BVerwG* spiegelt, gegenüber den oben dargelegten "klassischen" Kategorien von administrativer Letztentscheidungskompetenz liegt darin, dass gerade auch Fragen der Sachverhaltsermittlung jedenfalls in gewissem Maße der Verwaltung letztgültig zugewiesen werden. Hierfür bestehen zwingende Sachgründe, wenn bereits die Tatsachenfeststellung methodisch keinem in Fachkreisen allgemein anerkannten Verfahren folgen kann. Da sich die gerichtliche Kontrolle darauf erstreckt, ob im Gesamtergebnis die von Seiten der Zulassungsbehörde und ihrer Fachgutachter vorgenommenen Untersuchungen in methodischem Vorgehen und Ermittlungstiefe ausreichen, um die entsprechenden Bewertungen zu tragen, genügt die Rechtsschutzintensität den allgemeinen Grundsätzen.<sup>52</sup>

*b) Anwendungsbereiche der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative.* Der sachlichen Dynamik im Erkenntnisprozess normativ eingeräumter Bewertungs- und

---

<sup>48</sup> *BVerwG*, NVwZ 2014, 524 Rn. 16.

<sup>49</sup> *BVerwG*, NVwZ 2014, 524 Rn. 19.

<sup>50</sup> *BVerwG*, NVwZ 2014, 524 Rn. 19.

<sup>51</sup> Vgl. *BVerfGE* 129, 1 = NVwZ 2011, 1062 Rn. 73.

<sup>52</sup> Vgl. *BVerwGE* 147, 118 = NVwZ 2013, 1411 Rn. 16; NVwZ 2014, 524 Rn. 20.

Entscheidungsspielräume korrespondiert die Reichweite derjenigen Rechtsfragen, in denen bisher eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative anerkannt wurde.

*aa) Eingriffsregelung.* An erster Stelle ist die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung (§§ 13 ff. BNatSchG<sup>53</sup>) zu nennen:<sup>54</sup> Die aus deren Umsetzung folgenden Vermeidungs-, Ausgleichs-, Abwägungs- und Ersatzpflichten erfordern ein ausreichendes Maß an Quantifizierung von Eingriffswirkungen wie Kompensationsmaßnahmen. Bei der Bewertung sowohl der Eingriffswirkungen eines Vorhabens als auch der Kompensationsmaßnahmen wird der zur Entscheidung berufenen Behörde eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zugestanden. Diese Annahme stützt sich auf die Erkenntnis, dass die Ausgestaltung des naturschutzrechtlichen Kompensationsmodells in erheblichem Umfang Elemente einer planerisch abwägenden Entscheidung aufweist. Die gerichtliche Kontrolle der in der Zulassungsentscheidung vorgenommenen Quantifizierung von Eingriffswirkungen und Kompensationsmaßnahmen ist daher darauf zu beschränken, ob sie im Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar ist und nicht auf einem Bewertungsverfahren beruht, das sich als unzulängliches oder gar ungeeignetes Mittel erweist, um den gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden.

*bb) Vogelschutzrichtlinie.* Durch Art. 4 I 4 Vogelschutzrichtlinie<sup>55</sup> wird den Mitgliedstaaten auferlegt, Identifizierung und Abgrenzung der "zahlen- und flächenmäßig geeignetsten" Schutzgebiete vorzunehmen. Schon der *EuGH* legt die Vorschrift dahin aus, dass die Mitgliedstaaten in dem Prozess der Bestimmung der Gebiete über einen gewissen "Ermessensspielraum" verfügen, bezogen auf die Anwendung der ornithologischen Kriterien.<sup>56</sup> Dieser auf die Anwendung der Kriterien beschränkte und damit auf Tatbestandsseite verortete Entscheidungsspielraum ist nach der Rechtsprechung des *BVerwG* im engeren Sinne ein fachlicher

<sup>53</sup> BNatSchG i. d. F. vom 29.7.2009, BGBl. I S. 2542, zuletzt geändert durch Gesetz vom 7.8.2013, BGBl. I S. 3154.

<sup>54</sup> Zum Folgenden z. T. wörtlich *BVerwGE* 145, 40 = NVwZ 2013, 805 (Ls.) = BeckRS 2013, 50523 Rn. 145; vgl. schon *BVerwGE* 121, 72 (84) = NVwZ 2004, 1486; NVwZ 2002, 1103 (1110 f.).

<sup>55</sup> Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.11.2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. EU Nr. L 20, S. 7.

<sup>56</sup> *EuGH*, C-418/04, Slg. 2007, 10997 = NuR 2008, 101 = BeckRS 2007, 71049 Rn. 39; C-3/96, Slg. 1998, 3054 = DVBl 1998, 888 Rn. 60; C-209/04, Slg. 2006, 2781 = NuR 2006, 429 = BeckRS 2006, 70226 Rn. 33.

Beurteilungsspielraum, was zu einer korrespondierend zurückgenommenen Prüfungstiefe der Verwaltungsgerichte führt.<sup>57</sup>

cc) *FFH-Gebietsschutz*. Im Kontext infrastruktureller Großvorhaben hat die FFH-Richtlinie (FFH-RL)<sup>58</sup> und deren Umsetzung besondere Bedeutung gewonnen. Zentrale Normen für den Schutz des Netzes "Natura 2000" sind Art. 6 FFH-RL und § 34 BNatSchG. Die Rechtsprechung hat hier für vielfältige Anwendungsbereiche naturschutzfachlichen Sachverständs administrative Spielräume eingeräumt. Parallel zur Bestimmung von Vogelschutzgebieten gilt dies zunächst für die Auswahl und Abgrenzung von FFH-Gebieten.<sup>59</sup> Zwingend ist eine Gebietsmeldung nur, soweit die fraglichen Flächen die in Art. 4 i.V.m. Anhang III Phase 1 FFH-RL geforderte ökologische Qualität zweifelsfrei aufweisen, sich deren Auswahl also geradezu aufdrängt. Darüber hinaus bestehen nach § 86 I VwGO gesteigerte Darlegungsanforderungen an Einwände gegen die Richtigkeit der Gebietsabgrenzung, da nach der Entscheidung der EU-Kommission über die Gebietslistung eine tatsächliche Vermutung für deren Richtigkeit spricht.

Einen Beurteilungsspielraum erkennt die Rechtsprechung zudem im Rahmen der FFH-Verträglichkeitsprüfung (Art. 6 III FFH-RL, § 34 I, II BNatSchG). Die Verträglichkeitsprüfung ist, ohne dass die Zulassungsbehörde auf ein bestimmtes Verfahren oder eine konkrete Methode festgelegt wäre, nach dem Standard der "besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse"<sup>60</sup> durchzuführen. Probleme treten dann auf, wenn gerügt wird, dass die maßgeblichen Gebietsbestandteile (Lebensraumtypen, Arten) fehlerhaft erfasst oder bewertet wurden. Hinsichtlich der Erfassung von Lebensraumtypen (Art. 1 lit. c FFH-Richtlinie, § 7 I Nr. 4 BNatSchG) besteht nach dem *BVerwG*<sup>61</sup> die Besonderheit darin, dass die Lebensraumtypen außerrechtliche Kategorien der Pflanzensoziologie darstellen, die eine Bandbreite von Erscheinungsformen aufweisen. Verweist eine Rechtsnorm auf einen solchen Typ, so werden damit die herrschenden fachwissenschaftlichen Auffassungen über

<sup>57</sup> *BVerwGE* 117, 149 (155 f.) = NVwZ 2003, 485; NuR 2008, 495 = BeckRS 2008, 33779 Rn. 17; vgl. *Steeck/Lau*, NVwZ 2009, 616 (617).

<sup>58</sup> Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl. EG Nr. L 206, S. 7, zuletzt geändert durch Richtlinie 2013/17/EU des Rates vom 13.5.2013, ABl. EU Nr. L 158, S. 193.

<sup>59</sup> Zum Folgenden z. T. wörtlich *BVerwGE* 146, 145 = NVwZ 2013, 1218 (Ls.) = BeckRS 2013, 52949 Rn. 36; vgl. schon *BVerwGE* 118, 15 (20) = NVwZ 2003, 1253; zuletzt NVwZ 2014, 714 Rn. 42.

<sup>60</sup> Vgl. nur *EuGH*, C-127/02, Slg. 2004, 7448 = EuZW 2004, 730 Rn. 54; zuletzt *BVerwG*, NVwZ 2014, 714 Rn. 45.

<sup>61</sup> Zum Folgenden z. T. wörtlich *BVerwGE* 130, 299 = NVwZ 2008, 1238 (Ls.) = BeckRS 2008, 38060 Rn. 74.

die typprägenden Merkmale für maßgeblich erklärt. Die Verträglichkeitsprüfung hat sich deshalb bei der Typzuordnung an den einschlägigen Konventionen und Standards zu orientieren, wobei bei der konkreten Zuordnungsentscheidung mehr als Plausibilität und Stimmigkeit nicht erreichbar ist. Deshalb ist es unabweisbar, die gerichtliche Kontrolle zurückzunehmen und der Behörde eine fachliche Einschätzungsprärogative zuzuerkennen. Gleiches gilt nach dem *BVerwG*<sup>62</sup> für die Bestandsbewertung, die nach den in der FFH-Richtlinie immerhin ansatzweise niedergelegten Bewertungskriterien zu erfolgen hat. Angesichts der Vielzahl der Kriterien, ihrer relativen Offenheit und ihres Angewiesenseins auf die Ausfüllung durch außerrechtliche Einschätzungen ist hier erst recht anzunehmen, dass in die Bestandsbewertung einer gerichtlichen Kontrolle nur eingeschränkt zugängliche Einschätzungen einfließen.

Sehr zurückhaltend ist das *BVerwG* hingegen bei der Erkenntnis von Entscheidungsspielräumen im Rahmen der Alternativenprüfung bei der Zulassung im Wege der Abweichung (Art. 6 IV FFH-RL, § 34 III, IV BNatSchG). Das Unionsrecht<sup>63</sup> gibt mit dem Ausnahmecharakter der Abweichung ein strikt beachtliches Vermeidungsgebot vor.<sup>64</sup> Zwar enthält das materielle Recht für die Definition und Gewichtung der in den Blick zu nehmenden öffentlichen Interessen – anders als hinsichtlich des bipolar gegenüberstehenden Integritätsinteresses – keine differenzierten Vorgaben<sup>65</sup>, doch obliegt den Gerichten die Aufgabe einer eigenständigen "nachvollziehenden" Abwägung; d. h. die als tragfähig erkannten Abweichungsgründe sind mit Blick auf den Ausnahmecharakter von Art. 6 IV FFH-RL erneut und konkret zu gewichten.<sup>66</sup>

In der bisherigen Rechtsprechung<sup>67</sup> anerkannt ist schließlich, dass die im Falle der Abweichungszulassung zur Sicherung des Zusammenhangs des Netzes "Natura 2000" vorzusehenden Kohärenzmaßnahmen (Art. 6 IV 1 FFH-RL, § 34 V BNatSchG) hinsichtlich der Beurteilung ihrer Eignung einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative unterliegen. Begründet wird dies mit dem prognostischen Charakter der Eignungsbeurteilung, da die Feststellung der Wirksamkeit derartiger Maßnahmen notwendigerweise mit Unwägbarkeiten behaftet ist. Da im Gegensatz

<sup>62</sup> Zum Folgenden z. T. wörtlich *BVerwGE* 130, 299 = NVwZ 2008, 1238 (Ls.) = BeckRS 2008, 38060 Rn. 75.

<sup>63</sup> Vgl. *EuGH*, C-239/04, Slg. 2006, 10199 = DVBl 2007, 379 = BeckRS 2006, 70816 Rn. 35.

<sup>64</sup> *BVerwG*, NVwZ 2014, 714 Rn. 74.

<sup>65</sup> *BVerwGE* 134, 166 = NVwZ 2010, 123 Rn. 15.

<sup>66</sup> *BVerwGE* 134, 166 = NVwZ 2010, 123 Rn. 25.

<sup>67</sup> Vgl. *BVerwGE* 134, 166 = NVwZ 2010, 123 Rn. 28; NVwZ 2014, 714 Rn. 94.

hierzu bei Schadensvermeidungs- und Schadensminderungsmaßnahmen, die bei der Verträglichkeitsprüfung schon auf der Ebene der Beurteilung einer erheblichen Beeinträchtigung (Art. 6 III 2 FFH-RL, § 34 II BNatSchG) zugunsten des Projekts berücksichtigungsfähig sind<sup>68</sup>, hinsichtlich ihrer Eignung der volle Nachweis ihrer Wirksamkeit verlangt wird<sup>69</sup>, ist fraglich, ob nicht auch die eingriffs- und zeitnahe Wirksamkeit von Kohärenzsicherungsmaßnahmen der vollen gerichtlichen Kontrolle unterworfen werden kann.

*dd) Artenschutz.* Bei der Prüfung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände erkennt das *BVerwG* grundsätzlich für alle (wertenden) Ebenen der naturschutzfachlichen Prüfung eine Einschätzungsprärogative an, also sowohl bei der Bestandsaufnahme als auch bei der fachlichen Bewertung, namentlich der Quantifizierung möglicher Betroffenheiten und ihrer individuellen bzw. populationsbezogenen Wirkungen.<sup>70</sup> Dies gilt auch im Rahmen der Ausnahmetatbestände (Art. 16 FFH-RL, § 45 VII BNatSchG).<sup>71</sup> Diese Einschätzungsprärogative ist jedoch nach einer neueren Entscheidung des *BVerwG*<sup>72</sup> in ihrem Anwendungsbereich eingeschränkt, nicht zuletzt um Einwänden im Hinblick auf Art. 103 II GG zu begegnen. Der Entscheidungsspielraum bezieht sich danach nicht auf die Funktion der artenschutzrechtlichen Verbotsvorschrift als Sanktionsnorm für die derselben widersprechenden Handlungen, sondern (nur) auf die normative Funktion als Zulassungsvoraussetzung. Die Zulassungsbehörde hat bei der Prüfung der Verbotstatbestände eine vorausschauende Risikoermittlung und -bewertung zu leisten, wobei ihr Einschätzungen und Beurteilungen auch zu Fragen abverlangt werden, die in der Fachwissenschaft ungeklärt oder umstritten sind. Nur für diese spezifische Verwaltungsaufgabe ist die Beurteilungsermächtigung eingeräumt, die dementsprechend nicht in § 44 I BNatSchG als solchem, sondern in § 44 I BNatSchG in Verbindung mit den Zulassungsregelungen des Planfeststellungs- und Genehmigungsrechts ihre Grundlage hat.

## 2. Wasserrechtliche Einschätzungsprärogative

<sup>68</sup> *BVerwGE* 146, 254 = NVwZ 2013, 1209 Rn. 28.

<sup>69</sup> *BVerwG*, NVwZ 2014, 714 Rn. 94.

<sup>70</sup> So wörtlich *BVerwGE* 131, 274 = NVwZ 2009, 302 Rn. 65; NVwZ 2014, 714 Rn. 107.

<sup>71</sup> *BVerwG*, NVwZ 2014, 714 Rn. 130.

<sup>72</sup> Zum Folgenden z. T. wörtlich *BVerwG*, NVwZ 2014, 524 Rn. 17 ff.

Ein von verwaltungsbehördlichen Spielräumen traditionell stark durchzogenes Rechtsgebiet ist das Wasserrecht. Auch hier verweist der Gesetzgeber vielfach auf die Fachwissenschaften, ohne eine eigene Begriffsausfüllung vorzunehmen. Dabei verschwimmt bisweilen die Grenze zwischen Tatbestands- und Rechtsfolgenseite, denn im Wasserrecht besteht die Besonderheit, dass hier gebundene Entscheidungen die große Ausnahme sind. Wesensmerkmal des Wasserrechts ist vielmehr das – grundsätzlich auf der Rechtsfolgenseite angesiedelte – wasserbehördliche Bewirtschaftungsermessen.<sup>73</sup> Manche Vorschriften enthalten darüber hinaus auch auf Tatbestandsseite Rechtsbegriffe, deren Ausfüllung der Gesetzgeber ersichtlich der Verwaltung überlassen hat. So regelt bspw. § 33 WHG, dass das Aufstauen eines oberirdischen Gewässers oder das Entnehmen oder Ableiten von Wasser aus einem oberirdischen Gewässer nur zulässig ist, wenn die Abflussmenge erhalten bleibt, die für das Gewässer und andere hiermit verbundene Gewässer erforderlich ist, um den wasserrechtlichen Bewirtschaftungszielen zu entsprechen. Hier wird z. T. eine materielle Verzahnung von Tatbestands- und Rechtsfolgenseite zu einer einheitlichen Ermessensvorschrift angenommen.<sup>74</sup> Jedenfalls aber sind die zuständigen Wasserbehörden etwa bei der Auswahl des konkreten Verfahrens zur Ermittlung der Mindestwasserführung weitestgehend frei.<sup>75</sup> Auftrieb hat der Diskussion um Beurteilungsspielräume im Wasserrecht aber vor allem die jüngere Rechtsprechung zu den §§ 27, 30, 44 und 47 WHG gegeben. Diese Vorschriften gehen auf Art. 4 Wasserrahmenrichtlinie (WRRL)<sup>76</sup> zurück und enthalten sowohl ein Verschlechterungsverbot als auch ein Verbesserungsgebot in Bezug auf den guten ökologischen Zustand bzw. das gute ökologische Potenzial (beim Grundwasser den guten mengenmäßigen Zustand) und den guten chemischen Zustand. Die Literatur orientierte sich bei der Ausfüllung der Begriffe der Verschlechterung und Verbesserung überwiegend an den Zustandsklassen nach Anlage 4 der Oberflächengewässerverordnung<sup>77</sup>, welche auf Anhang V WRRL

---

<sup>73</sup> Vgl. *Breuer*, Öffentliches und privates Wasserrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 156-158.

<sup>74</sup> *Niesen*, in: *Berendes/Frenz/Müggenborg*, WHG, 2011, § 33 Rn. 15.

<sup>75</sup> *Faßbender*, in: *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, 70. EL 2013, § 33 WHG Rn. 16.

<sup>76</sup> Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl. EU L 327, S. 1, zuletzt geändert durch Entscheidung Nr. 2455/2001/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.11.2001, ABl. EU L 331, S. 1.

<sup>77</sup> Verordnung zum Schutz der Oberflächengewässer (Oberflächengewässerverordnung – OGewV) vom 20.7.2011, BGBl. I S. 1429.

zurückgeht.<sup>78</sup> Demgegenüber gehen die deutschen Gerichte bislang einhellig davon aus, dass bereits jede Einwirkung in ökologischer oder chemischer Hinsicht oberhalb einer gewissen Bagatellgrenze eine Verschlechterung im Sinne des § 27 I Nr. 1 bzw. II Nr. 1 WHG darstellt.<sup>79</sup> Bei der Bestimmung der insoweit zugestandenen Bagatellgrenze soll der Verwaltung eine fachliche Einschätzungsprärogative zukommen.<sup>80</sup> Dabei wird zur Begründung ein Vergleich zum Naturschutzrecht gezogen.

#### IV. Systematisierungsversuch

In der Literatur ist darauf hingewiesen worden, dass es insbesondere im Immissionsschutz-, aber teils auch im Wasserrecht ähnlich offene Regelungsprogramme gibt, hinsichtlich derer die Rechtsprechung behördliche Beurteilungsspielräume aber verneint.<sup>81</sup> Dies ist ungeachtet der oben dargelegten generellen verfassungsrechtlichen Anforderungen solcher Spielräume im Hinblick auf Art. 3 I GG problematisch.<sup>82</sup> Es stellt sich mithin die Frage nach dem Sachgrund für die Annahme von Beurteilungsspielräumen in dem einen und ihrer Ablehnung in dem anderen Fall.

In allen hier näher betrachteten Fällen beruft sich die Rechtsprechung auf einen gesetzgeberisch eingeräumten Spielraum der Verwaltung. Die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung – sofern man diesen Grund für fachliche Einschätzungsprärogativen überhaupt anerkennt – schwingen nur im Hintergrund mit. Schaut man sich die bereits angeführten einschlägigen Entscheidungen des *BVerwG* genauer an, lassen sich im Wesentlichen zwei Begründungsansätze für die Annahme eines gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren fachlichen Entscheidungsspielraums identifizieren. So heißt es bspw. zur naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung, dass die Entscheidung über geeignete Kompensationsmaßnahmen „in erheblichem Umfang Elemente einer planerisch abwägenden Entscheidung aufweist.“<sup>83</sup>

<sup>78</sup> *Elgeti/Fries/Hurck*, NuR 2006, 745 (747 f.); *Wiedemann*, WuA 2007, 40; *Füßer/Lau*, NdsVBI 2008, 193 (194 ff.); *Köck*, ZUR 2009, 227 (229 f.); *Spieth/Ipsen*, NVwZ 2013, 391 (392 f.); diese Auffassung vertreten im Übrigen sowohl die *EU-Wasserdirektoren* als auch die *EU-Kommission*, hierzu *Austermann*, in: FS *Stüer*, 2013, S. 317 (320 ff.) m. w. N.; a. A. *Gellermann*, DVBI 2007, 1517 (1519 f.).

<sup>79</sup> *BVerwG*, NuR 2013, 662 = BeckRS 2013, 56579 Rn. 47; *OVG Hamburg*, ZUR 2013, 357 (362 ff.); *OVG Bremen*, ZUR 2010, 151 (152); *VGH München*, NuR 2006, 177 (178) = BeckRS 2006, 20093; *VG Cottbus*, ZUR 2013, 374 (375 f.); *VG Aachen*, BeckRS 2013, 48016.

<sup>80</sup> *OVG Bremen*, ZUR 2010, 151 (153).

<sup>81</sup> *Gassner*, DVBI 2012, 1479 (1481).

<sup>82</sup> *Gassner*, NuR 2013, 324 (325).

<sup>83</sup> *BVerwG*, NVwZ 2010, 66 Rn. 28; vgl. schon oben Fn. 54.

Beim besonderen Artenschutzrecht führt das *BVerwG* hingegen aus, der Gesetzgeber habe für die Prüfung, welche Anforderungen an die Art und den Umfang der artenschutzrechtlichen Bestandsaufnahme sowie die Erfassung und Bewertung der vorhabenbedingten Einwirkungen zu stellen sind, keine weiteren gesetzlichen Vorgaben festgelegt und kein formalisiertes Verfahren einer artenschutzrechtlichen Verträglichkeitsprüfung vorgesehen. An einer untergesetzlichen Maßstabsbildung, wie sie in anderen Bereichen des Umweltrechts mittels Durchführungsverordnungen oder normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften erfolgt ist, fehle es ebenfalls. Damit verweise das Gesetz die Behörden gezielt auf die Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft und Praxis als Orientierungshilfe. Vor dem Hintergrund, dass ökologische Fragestellungen noch in weitem Umfang keine eindeutigen, in den einschlägigen Fachkreisen allgemein anerkannten Antworten gefunden haben, könne dies nur als Ermächtigung verstanden werden, die artenschutzrechtliche Prüfung in Würdigung des jeweiligen naturschutzfachlichen Meinungsstandes eigenverantwortlich vorzunehmen. Damit habe der Gesetzgeber den Behörden, soweit anerkannte naturschutzfachliche Maßstäbe fehlen, eine sachlich gerechtfertigte Einschätzungsprärogative eingeräumt, der – mangels vollständig determinierender Handlungs- und Kontrollmaßstäbe – eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle korrespondiert.<sup>84</sup> Die Einschätzungsprärogative der Verwaltung wird also zum einen auf den planungsähnlichen Charakter der zu treffenden Entscheidung und zum andern auf den Verweis des Gesetzgebers auf nicht weiter konkretisierte fachliche Erkenntnisse zurückgeführt.

Was den zuerst genannten Grund angeht, so leuchtet dies unmittelbar ein. Planerische Entscheidungen steuert der Gesetzgeber nicht konditional, sondern final<sup>85</sup> und ermächtigt die zuständige Behörde damit gerade, ein eigenes Werturteil zu treffen. Planung ist nicht nur Gesetzesvollzug, sondern „Umsetzung politischer Willensbildung in Rechtsform“.<sup>86</sup> Eine gerichtliche Vollkontrolle würde den damit verbundenen Spielraum wieder zurücknehmen. Damit lässt sich nicht nur gut begründen, weshalb der zuständigen Behörde bei der Abarbeitung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung ein Beurteilungsspielraum zukommt, sondern auch, dass der Verwaltung im Rahmen des teilweise auf die

---

<sup>84</sup> *BVerwG*, NVwZ 2014, 524 Rn. 16; vgl. schon oben Fn. 70-72.

<sup>85</sup> Grundlegend *Hoppe*, DVBl 1974, 641.

<sup>86</sup> *Di Fabio*, in: FS *Hoppe*, 2000, S. 85.



Tatbestandsseite ausstrahlenden wasserbehördlichen Bewirtschaftungsermessens oder bei der Ausweisung naturschutz- bzw. wasserrechtlicher Schutzgebiete, also überall dort, wo es um nur final gesteuerte Entscheidungen geht, ebenfalls ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Gestaltungsspielraum eingeräumt ist.

Komplizierter ist dagegen der zuletzt genannte Grund für eine fachliche Einschätzungsprärogative. Dieser setzt nach Auffassung des *BVerwG* voraus, dass

- der Gesetzgeber auf außergesetzliche Maßstäbe verweist,
- es an einem formalisierten Verfahren fehlt oder diese außergesetzlichen Maßstäbe keine weitere, im weitesten Sinne normative Konkretisierung erfahren haben und
- die in Bezug genommene Fachwissenschaft zur konkreten Frage aktuell keine einen Kontrollmaßstab bietende "best practice" vorweist.

Dies erklärt auch, weshalb das *BVerwG* im Bereich der formalisierten FFH-Verträglichkeitsprüfung deutlich zurückhaltender ist, Beurteilungsspielräume zu bejahen als etwa beim Artenschutz.<sup>87</sup> Auch wird klar, weshalb das Phänomen der fachlichen Einschätzungsprärogative etwa in dem von derzeit 30 Durchführungsverordnungen und mehreren normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften durchwirkten Immissionsschutzrecht eher selten anzutreffen ist. Es ist also nicht allein der Umstand, dass es sich bei nahezu allen einschlägigen Fällen um Prognoseentscheidungen handelt, für die Zurücknahme richterlicher Kontrolle verantwortlich.<sup>88</sup> Dennoch ist den Kritikern dieser Rechtsprechung darin zuzustimmen, dass die Gerichte schon nach § 86 VwGO gehalten sind, den Sachverhalt – notfalls mit Hilfe gerichtlich bestellter Sachverständiger – möglichst vollständig aufzuklären und die in diesem Zusammenhang angesprochenen natur- bzw. gewässerschutzfachlichen Fragen letztlich Sachverhaltsfragen sind.<sup>89</sup> Die Überprüfung der Rechtskonformität des Verhaltens der gesellschaftlichen und hoheitlichen Akteure ist zuvörderst Aufgabe der Gerichte. Ein der richterlichen Kontrolle zumindest teilweise entzogener Entscheidungsraum bedarf nach den einleitend dargelegten Rechtsgrundsätzen in einem Rechtsstaat der besonderen Rechtfertigung.

---

<sup>87</sup> Dies verwundert etwas; das Bestehen eines formalisierten Verfahrens hätte wegen dessen „kompensatorischer“ Funktion vielmehr erwarten lassen, dass hier die Zurücknahme der gerichtlichen Ergebniskontrolle eher zu rechtfertigen ist als bei Fehlen eines solchen Verfahrens, vgl. *Pöcker*, DÖV 2003, 980 (982 f.). Daher erscheint diese Unterscheidung in der Tat nicht recht überzeugend. De facto bestehen inzwischen aber auch kaum noch Unterschiede zwischen dem Gebiets- und dem Artenschutz.

<sup>88</sup> So aber offenbar *Meßerschmidt*, NuR 2013, 168 (176).

<sup>89</sup> *Gellermann*, NuR 2009, 85 (90); *Brandt*, NuR 2013, 482 (484).

Liefert jedoch weder das Recht noch eine Fachwissenschaft bestimmbare Maßstäbe für die Beurteilung „rechtens“ oder „nicht rechtens“, so ist dem *BVerwG* beizupflichten, dass darin dann nur die Entscheidung des Gesetzgebers gesehen werden kann, dass insoweit die Verwaltung autonom entscheiden soll. Inwieweit dies der Fall ist, ergibt zuallererst die Auslegung der einschlägigen Vorschriften. Diese birgt – wie immer im Rechtserkenntnisprozess – Abgrenzungsschwierigkeiten, so dass die richterliche Entscheidung über das Bestehen eines Beurteilungsspielraums in dem einen Fall so und dem anderen Fall anders ausfallen kann, ohne dass damit gleich ein Gleichheitsverstoß verbunden sein muss. Mit den oben genannten Kriterien hat das *BVerwG* indes eine recht klare „Segelanweisung“ gegeben.

Damit bleibt nur noch die Frage, ob in den Fällen, in denen es an einem konkreten Handlungs- und Kontrollmaßstab fehlt, gleichwohl die Letztentscheidung besser bei den Gerichten aufgehoben wäre, also ob von dem Fehlen eines solchen Maßstabs tatsächlich auf die gesetzgeberische Übertragung der Letztverantwortung auf die Verwaltung geschlossen werden kann.<sup>90</sup> Die Antwort auf diese Frage ist im Gewaltenteilungsgrundsatz zu suchen, denn der Gewaltenteilungsgrundsatz zielt nicht nur auf die gegenseitige Machtbeschränkung der Staatsorgane, sondern auch darauf ab, dass staatliche Entscheidungen möglichst auch inhaltlich richtig sind. Dazu müssen sie indes von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen.<sup>91</sup> Der Verwaltung als Teil der Exekutive obliegt die Vollziehung von Gesetzen im Einzelfall; hierauf ist sie in Organisation und Ausstattung zugeschnitten. Demgegenüber kommt den Gerichten eine Kontrollfunktion zu.

Dass verwaltungsbehördlichen Einschätzungen zu fachlichen Fragen wegen der Vertrautheit der Behörde mit dem Gebiet und ihrer hohen fachlichen Kompetenz gegenüber anderen, etwa gerichtlicherseits beschafften fachlichen Einschätzungen ein Vorsprung zukommt<sup>92</sup>, kann zwar nicht zur Regel erhoben werden. Es gibt zahlreiche private Büros, deren Mitarbeitern zugetraut werden kann, aufgrund ihrer langjährigen ständigen Befassung innerhalb eines bestimmten Raums wesentlich besser mit den Verhältnissen vor Ort vertraut zu sein und zudem noch über eine

---

<sup>90</sup> Kritisch *Gassner*, DVBI 2012, 1479 (1481 f.).

<sup>91</sup> *BVerfGE* 95, 1 (15) = NJW 1997, 383; *BVerfGE* 68, 1 (86) = NJW 1985, 603.

<sup>92</sup> So etwa die st. Rspr. in Bayern in Bezug auf das Wasserwirtschaftsamt, siehe nur *VGH München*, BayVBI 2012, 245 (246) m. w. N.

bessere Ausbildung, jedenfalls aber über eine höhere Erfahrung und fachliche Expertise zu verfügen als die Mitarbeiter der zuständigen Zulassungs- oder gar Fachbehörde. Zudem bedient sich die Verwaltung zunehmend selbst der Dienste externer Fachleute. Sie ist also nicht typischerweise besser geeignet zur Erfassung des maßgeblichen Sachverhalts als die – durch Sachverständige unterstützten – Gerichte. Demgegenüber haben die Gerichte sogar den Vorteil, die institutionell neutralere Instanz zu sein.<sup>93</sup> Gleichwohl beschränkt sich die Aufgabe der Gerichte grundsätzlich darauf, einen bestimmten Sachverhalt anhand einer Norm zu überprüfen. Liefert die einschlägige Norm keinen Entscheidungsmaßstab, weil sie in ein Erkenntnisvakuum verweist, so handelt es sich streng genommen nicht mehr um Überprüfung, sondern um originäre Entscheidungsfindung. Dies aber, das von Verantwortungsbewusstsein geleitete Treffen von Entscheidungen im Normvollzug, ist Kernaufgabe der Verwaltung. Mithin ist dem *BVerwG* entgegen der in der Literatur vorgebrachten Kritik auch darin zuzustimmen, dass der Gesetzgeber mit dem Verweis auf eine noch keine klaren Antworten gebende Fachwissenschaft insoweit nur das Zugeständnis einer fachlichen Einschätzungsprärogative der Verwaltung geregelt haben kann.

## **V. Grenzen fachlicher Einschätzungsprärogativen**

Die Schaffung solcher Optionsräume muss aus den schon genannten Gründen auf einen engen Bereich beschränkt sein.<sup>94</sup> So hat bereits das *OVG Lüneburg* in Bezug auf die im besonderen Artenschutzrecht erkannte fachliche Einschätzungsprärogative der Verwaltung angenommen, dass eine solche Rücknahme gerichtlicher Kontrollrechte voraussetze, dass eine den wissenschaftlichen Maßstäben und den vorhandenen Erkenntnissen entsprechende Sachverhaltsermittlung vorgenommen worden ist.<sup>95</sup> Auch das *BVerwG* stellte insoweit klar, dass die Gerichte verpflichtet bleiben zu überprüfen, ob im Gesamtergebnis die angestellten Untersuchungen sowohl in ihrem methodischen Vorgehen als auch in ihrer Ermittlungstiefe ausreichen, um die Behörde in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen der betreffenden Norm sachgerecht zu prüfen.<sup>96</sup> Mithin ist wie auch sonst bei komplexen Prognosen die Entscheidung zumindest

---

<sup>93</sup> *Lau*, UPR 2010, 169 (171); *Gassner*, DVBl 2012, 1479 (1482).

<sup>94</sup> *Krebs*, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, S. 75.

<sup>95</sup> *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2011, 597 (598).

<sup>96</sup> *BVerwG*, NVwZ 2014, 524 Rn. 20.

daraufhin gerichtlich überprüfbar, ob sie methodisch einwandfrei erarbeitet worden ist, nicht auf unrealistischen Annahmen beruht und ob das Ergebnis einleuchtend begründet wurde.<sup>97</sup> Von einem "rechtsfreien" Raum kann insoweit nicht die Rede sein.

Soweit der Beurteilungsspielraum seinen Grund im planerischen Charakter der zu treffenden Entscheidung hat, wird man sich darüber hinaus an der Abwägungsfehlerlehre orientieren können und vergleichbare Grenzen des eingeräumten Freiheitsgrades annehmen müssen.<sup>98</sup> Hat der Beurteilungsspielraum seinen Grund in der Verweisung auf ein Erkenntnisvakuum, ist hingegen zu beachten, dass es im Lichte der vom *BVerfG* entwickelten Wesentlichkeitstheorie bedenklich wäre, wenn der Gesetzgeber sich seiner Leitlinienkompetenz in einem solchen von Unsicherheit geprägten Bereich auf Dauer entledigte. Der aktuellen, vom *BVerwG* erkannten Regelungstechnik liegt vielmehr die berechtigte Hoffnung zugrunde, dass die in Bezug genommenen Fachwissenschaften durch entsprechende Forschungsvorhaben und Konventionsbildungen in absehbarer Zeit einen belastbaren Handlungs- und Kontrollmaßstab bereitstellen werden. Die fachliche Einschätzungsprärogative ist insoweit also gleichsam eine auflösend bedingte; es geht lediglich um die Bewältigung eines unbefriedigenden Zwischenzustands. Damit sind die Gerichte zugleich aufgerufen, fortschreitend zu prüfen, inwieweit der zwischenzeitliche Erkenntnisfortschritt einen bestehenden verwaltungsbehördlichen Beurteilungsspielraum hat obsolet werden lassen. Auch dies kann und muss ggf. mit Hilfe eines Sachverständigen festgestellt werden. Darin, zu ermitteln, ab wann von einem gesicherten Erkenntnisstand auszugehen ist, ist die Rechtsprechung schließlich auch nicht ganz unerfahren.<sup>99</sup>

Europarechtliche Grenzen fachlicher Einschätzungsprärogativen der Verwaltung sind hingegen – auch gebietsschutzrechtlich – nicht zu erkennen.<sup>100</sup> Zum einen zählt die gerichtliche Kontrolldichte zum Kernbereich der den Mitgliedstaaten vorbehaltenen "Verfahrensautonomie"<sup>101</sup> und zum anderen zeichnet sich die Rechtsprechung des

<sup>97</sup> Vgl. *BVerwG*, ZUR 2011, 146 Rn. 21 m. w. N.

<sup>98</sup> Zur Abwägungsfehlerlehre *BVerwGE* 34, 301 (309); *BVerwGE* 45, 309 (314 ff.) = NJW 1975, 70; *BVerwGE* 56, 110 (122 f.) = NJW 1979, 64.

<sup>99</sup> Vgl. etwa *BVerwGE* 104, 203 (207) = NJW 1997, 3104; zu diesem Problem auch *Füßer*, in: *Ziekow*, Aktuelle Fragen des Fachplanungs-, Raumordnungs- und Naturschutzrechts 2006, 2007, S. 339 (346).

<sup>100</sup> *Meßerschmidt*, NuR 2013, 168 (176 f.); *Lau*, UPR 2010, 169 (172); a. A. *Gassner*, DVBl 2012, 1479 (1482 f.).

<sup>101</sup> *Meßerschmidt*, NuR 2013, 168 (176 f.); vgl. vertiefend *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 8. Aufl. 2014, EuR Rn. 126 ff.

*EuGH* selbst durch eine eher geringe, tendenziell auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle beschränkte Kontrolldichte aus.<sup>102</sup>

## **VI. Fazit**

Es kann mithin festgehalten werden, dass gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare fachliche Beurteilungsspielräume und Einschätzungsprärogativen der Verwaltung im Lichte der Grundrechte, des Rechtsstaatsprinzips und des Art. 19 IV GG die begründungsbedürftige Ausnahme bleiben müssen. Der Gesetzgeber hat gleichwohl an nicht wenigen Stellen hiervon Gebrauch gemacht. Dies betrifft vor allem komplexe Prognoseentscheidungen im Naturschutz- und im Wasserrecht. In zwei Konstellationen erscheint die Einräumung solcher Beurteilungsspielräume (verfassungs-)rechtlich gut vertretbar, nämlich 1. wenn die zu treffende Entscheidung planerischen Charakter aufweist, also die dahinterstehenden Rechtsvorschriften erkennbar nicht mehr dem konditionalen, sondern dem finalen Steuerungsprogramm folgen und 2. soweit und solange das Gesetz ohne nähere Konkretisierung auf die einschlägigen Fachwissenschaften verweist, diese aber in ihrem Erkenntnisstand noch nicht so weit fortgeschritten sind, dass sie für die zu beantwortende Frage einen greifbaren Handlungs- und Kontrollmaßstab zu geben in der Lage sind. Bislang hat sich die Rechtsprechung – soweit ersichtlich – an diesen Rahmen gehalten, weshalb die hiergegen in der Literatur vorgebrachte Kritik unberechtigt ist. Vor Ausweitungstendenzen auf dem Gebiet administrativer Letztentscheidungsmacht ist gleichwohl zu warnen; der Grundsatz der gerichtlichen Vollkontrolle ist ein hohes Gut, das nicht leichtfertig verspielt werden darf.

---

<sup>102</sup> Hierzu *Gärditz*, Europäisches Planungsrecht, 2009, S. 85 ff.