

EDMUND BRANDT

DER STELLENWERT VON HANDLUNGS- EMPFEHLUNGEN BEI DER GENEHMIGUNG VON WINDENERGIEANLAGEN UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DES HELGOLÄNDER PAPIERS

K:WER-SCHRIFTEN



Inhaltsverzeichnis

Vorwort	9
Einleitung	11
1) Ausgangslage	11
2) Mit der Untersuchung verfolgte Ziele	11
3) Methodische Überlegungen und Gang der Untersuchung	12
A Die Ist-Situation	14
I Der Bedarf nach Handlungsempfehlungen/Handreichungen i. w. S.	14
1) Die Normstruktur des § 44 Abs. 1 Nr. 1 (in Verbindung mit § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1) BNatSchG	14
2) Die Auslegung von § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG/des Tatbestandsmerkmals „Tötungsverbot“ in § 44 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG	16
a) Signifikanz	16
b) Eintrittswahrscheinlichkeit	18
c) Einschätzungsprärogative	19
d) Modifikationen aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungs- gerichts	20
3) Zwischenfazit	22
II Übersicht: Handlungsempfehlungen/Handreichungen	24
1) Ausprägungen	24
2) Ansätze einer Systematisierung	25
III Zwischenfazit	25
B Das Helgoländer Papier	27
I Kategorisch zu verlangende Anforderungen	27
1) Anknüpfungspunkte in der Rechtsprechung	27
2) Zentrale Ausprägungen	30

3)	Rezeption durch Wissenschaftsgremien und Weiterentwicklung innerhalb und außerhalb des Wissenschaftsbereichs	33
4)	Zwischenergebnis	34
II	Immanente Analyse	35
1)	Aufbau	35
2)	Gedankengang – Argumentation	35
3)	Zwischenergebnis	44
III	Soll-Ist-Vergleich	44
1)	Normative Absicherung	45
2)	Umgang mit empirischen Befunden	46
3)	Argumentativer Umgang mit sekundäranalytisch erzielten Befunden	46
4)	Rückverfolgbarkeit von Belegen/Quellen	49
5)	Auseinandersetzung mit abweichenden Ansätzen	49
6)	Ableitung von Folgerungen	50
7)	Exemplarisch: Rotmilan	51
8)	Zwischenergebnis	53
IV	Die Rechtsnatur des Helgoländers Papiers	54
1)	Denkbare Klassifikationen im Kontext der Rechtsquellen des Allgemeinen Verwaltungsrechts	54
2)	Das Helgoländer Papier als untergesetzliches Regelwerk?	55
3)	Das Helgoländer Papier als Fachkonvention?	55
4)	Das Helgoländer Papier als Ausdruck/Ausprägung des allgemein anerkannten Standes der Wissenschaft?	57
5)	Das Helgoländer Papier als antizipiertes Sachverständigengutachten?	57
6)	Das Helgoländer Papier als Ausprägung des Vorsorgegedankens?	58
7)	Folgerungen	58
V	Exkurs: Die Rechtsnatur des Schreiber/Gellermann-Papiers	59
1)	Das Papier als untergesetzliches Regelwerk?	59
2)	Das Papier als Fachkonvention?	59
3)	Folgerungen	60

VI	Bedeutung für die Einstufung sonstiger Handlungsempfehlungen/ Handreichungen	61
1)	Generalisierbarkeit/Übertragung bzw. Übertragbarkeit der erzielten Befunde	61
a)	Übergreifende Typisierungen	62
b)	Sonstiges administratives Binnenrecht	63
c)	Handreichungen/Handlungsempfehlungen Dritter	63
2)	Folgerungen für den Umgang mit den einzelnen Handlungsempfehlungen/ Handreichungen	63
C	Rechtliche Konsequenzen aus der behördlichen Anwendung des Helgoländer Papiers	64
I	Kategoriale Anforderungen an das behördliche Handeln im Verwaltungsverfahren	64
1)	Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	64
2)	Ausprägungen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	64
3)	Maßgebliche Kriterien für die rechtlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts	65
II	Merkmale und Rechtsfolgen der Rechtswidrigkeit behördlichen Handelns im Verwaltungsverfahren	66
1)	Begriffliche Klärungen	66
2)	Die einzelnen Fehlerfolgen	67
3)	Charakteristika rechtswidriger Verwaltungsakte	68
4)	Folgerungen	70
III	Konsequenzen im Hinblick auf die Heranziehung des Helgoländer Papiers	70
1)	Begrifflich-kategoriale Klärungen	70
2)	Speziell: Auswirkungen von Gutgläubigkeit/Bösgläubigkeit	75
3)	Konsequenzen für die an dem Verfahren Beteiligten	75
IV	Haftungsfragen	76
1)	Der Folgenbeseitigungsanspruch	77
2)	Amtshaftung	78
3)	Entschädigung für Beeinträchtigungen des Eigentums	83
D	Zusammenfassung der Teilbefunde	85
	Literaturverzeichnis	89

Vorwort

Der 2016 vorgelegte Band „Das Helgoländer Papier – Grundsätzliche wissenschaftliche Anforderungen“¹ hat in der Fachöffentlichkeit eine starke Resonanz gefunden und ersichtlich dazu beigetragen, die Diskussion voranzubringen.² Mittlerweile ist der Band vergriffen, Fragestellungen sind hinzugekommen, denen der Verfasser im Auftrag des Fördervereins der Koordinierungsstelle Windenergierecht (k:wer) nachgegangen ist.³ Das legt es nahe, anders als ursprünglich beabsichtigt, sich nicht darauf zu beschränken, die ursprüngliche Studie lediglich neu aufzulegen, sondern den Zuschnitt zu erweitern, ohne allerdings die primäre Zielsetzung, bezogen auf das Helgoländer Papier mit grundsätzlichen wissenschaftlichen Anforderungen und der Klärung seiner Rechtsnatur, aus den Augen zu verlieren.

Gerade vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom Oktober 2018⁴ bekommt die Frage, wie das das Tötungs- und Störungsverbot betreffende Normprogramm des § 44 BNatSchG hinreichend klare Konturen bekommen könnte, nicht zuletzt, um verfassungsrechtliche Zweifel ausschließen zu können, eine neue Brisanz. Mit Handlungsempfehlungen/Handreichungen zu operieren, könnte jedenfalls solange durchaus attraktiv erscheinen, wie es normhierarchisch präzise verortete untergesetzliche Regelwerke nicht gibt. Handlungsmöglichkeiten und Risiken derartiger Verlautbarungen zu untersuchen, erscheint vor dem Hintergrund schon deshalb geboten, um das Beschreiten von Irrwegen bzw. Sackgassen zu vermeiden.

In Beiratssitzungen des Fördervereins der Koordinierungsstelle Windenergierecht (k:wer) hatte ich Gelegenheit, meine Befunde zur Diskussion zu stellen. Ich bedanke mich sehr herzlich für vielfältige hilfreiche Rückmeldungen, insbesondere beim Sprecher des Beirats, Herrn Jan Weber.

Meine Sekretärin, Frau Sabine Claußen, hat erneut mit großer Umsicht dazu beigetragen, dass aus den einzelnen Textbausteinen eine für den Druck geeignete Fassung wurde. Dafür danke ich ihr sehr.

Braunschweig, August 2019

Edmund Brandt

1 Berlin 2016 (k:wer-Texte).

2 Siehe zuletzt *Sprötge/Sellmann/Reichenbach*, Windkraft Vögel Artenschutz, Norderstedt 2018, S. 65 ff.

3 Kurzgutachten zum sog. Schreiber/Gellermann-Papier, Oktober 2016; Gutachtliche Stellungnahme zu den rechtlichen Konsequenzen der behördlichen Anwendung des Helgoländer Papiers, Dezember 2016; Handlungsempfehlungen/Handreichungen, April 2019.

4 Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13 und 1 BvR 595/14. Dazu *Brandt*, ZNER 2019, S. 92 ff.

Einleitung

1) Ausgangslage

Seit nunmehr über 10 Jahren wird darum gerungen, wie Belangen des Besonderen Artenschutzes im Zusammenhang mit der Genehmigung von Windenergieanlagen angemessen Rechnung getragen werden kann. Angemessen bedeutet in dem Zusammenhang mindestens zweierlei: den rechtlichen Anforderungen gerecht werdend und in der Vollzugspraxis leistbar. Beides ist mit einer Reihe von Unwägbarkeiten verbunden, ergeben sich doch sowohl bei der Obersatzbildung als auch bei der Ableitung immer wieder Probleme, die zu Verzögerungen, Rechtsstreitigkeiten und nicht selten zu alles andere als zufriedenstellenden Ergebnissen führen. Eine zentrale neuralgische rechtliche Bezugsgröße ist § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG mit dem dort normierten Tötungsverbot. Wo die imaginäre Schwelle der Überschreitung der noch tolerierbaren Erhöhung des Tötungsrisikos liegt, ist jedenfalls angesichts der in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Auslegung der Bestimmung ersichtlich nur schwer – wenn überhaupt – zu bestimmen. Das betrifft das abzuarbeitende Handlungsprogramm generell, aber auch – und erst recht – den Umgang mit einzelnen geschützten Arten.

Vor dem Hintergrund nimmt es nicht wunder, dass begierig nach Handlungsempfehlungen/Handreichungen gegriffen wird, die Antragstellern, Behörden und (!) Gerichten verheißen/suggerieren, ihre Zugrundelegung bzw. Abarbeitung würde a) die Gefährdungsanalyse vor Ort ganz oder jedenfalls weitgehend entbehrlich machen (womöglich die Bestandserfassung gleich dazu) und b) Rechtssicherheit schaffen. Mit Blick auf sowohl die Akteure als auch die Art und Weise des Tätigwerdens ergibt sich ein höchst heterogenes, unübersichtliches Bild. Schon das allein löst einen beträchtlichen Klärungsbedarf aus. In nochmals gesteigerter Weise gilt das, wenn man die Klassifikationen hinzunimmt, die diesbezüglich Literatur und Rechtsprechung „anbieten“. Schon die Terminologie mit Bezeichnungen wie Arbeitshilfen, Empfehlungen, Fachbeiträgen, Handreichungen und so weiter⁵ lässt erkennen, auf was für einem unsicheren Terrain man sich bewegt, sowohl in wissenschafts-systematischer Hinsicht als auch auf der Handlungsebene.

2) Mit der Untersuchung verfolgte Ziele

Das Oberziel besteht darin, hinsichtlich der Handlungsempfehlungen/Handreichungen⁶ einen Beitrag zur Erzielung von Rechtssicherheit und damit Handlungssicherheit zu leisten.

Um das Oberziel zu erreichen, muss eine Reihe von Unterzielen verfolgt werden: Angesichts der Heterogenität und Unübersichtlichkeit der kursierenden Handlungsempfehlungen/Handreichungen ist zunächst unabdingbar, in die Ist-Situation Transparenz hineinzubekommen. Das setzt voraus, die rechtlichen Anknüpfungspunkte namentlich in § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zu ermitteln und wenigstens ansatzweise zu durchdringen, logischerweise in Verbindung mit dem neu eingeführten § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG. Wiederum wenigstens ansatzweise sind die Handlungsempfehlungen/Handreichungen zu systematisieren.

5 Siehe dazu auch *Sprötge/Sellmann/Reichenbach*, Windkraft Vögel Artenschutz, 2018, S. 65 ff.

6 Der Vollständigkeit halber erfasst werden auch Windenergieerlasse der Länder, die in der Sache selbstverständlich ebenfalls das Verhalten der betroffenen Akteure determinieren.

Damit Klarheit hinsichtlich des rechtlichen Klärungsbedarfs entsteht, sind die diversen Klassifikationsansätze in Literatur und Rechtsprechung zu benennen und die maßgeblichen Fragen zu identifizieren. So, wie die Diskussion in den vergangenen Jahren geführt worden ist, hat bei alledem unvermeidlicherweise das sog. Helgoländer Papier im Mittelpunkt der Betrachtung zu stehen. Das schließt die Erörterung wissenschaftlicher Anforderungen, die an ein solches Dokument zu stellen sind, ein. Exemplarisch ist dann konsequenterweise – als weiteres Unterziel – die Rechtsnatur des Helgoländer Papiers zu klären. Die auf die Weise erzielten Befunde gestatten die Verfolgung eines weiteren Teilziels, nämlich die Einstufung sonstiger Handlungsempfehlungen/Handreichungen.

Aus den erzielten Befunden sind sodann rechtliche Konsequenzen aus der behördlichen Anwendung des Helgoländer Papiers abzuleiten, und ist das Thema Haftungsfragen wenigstens kurz zu streifen.

Aus der Zusammenfassung der Teilbefunde können am Ende einige Handlungsempfehlungen abgeleitet werden.

3) Methodische Überlegungen und Gang der Untersuchung

Im Kern handelt es sich um eine rechtsdogmatische Analyse. Um sie ertragreich, will sagen sowohl für den wissenschaftlichen Diskurs als auch für die Rechtspraxis belastbar werden zu lassen, ist demzufolge unabdingbar die strikte (!) Anwendung der juristischen Auslegungsregeln. Das beginnt mit der Wortsinninterpretation, erstreckt sich über die systematische und die historisch-genetische bis hin zur teleologischen Auslegung.

Mit der Klärung der Rechtsnatur der diversen Handlungsempfehlungen/Handreichungen werden zentrale Ausprägungen der Rechtsquellenlehre des Allgemeinen Verwaltungsrechts tangiert. Demzufolge sind die darauf bezogenen zentralen Erkenntnisse zu rezipieren und fruchtbar zu machen. Auf die Weise wird ein Fundament geschaffen, das es ermöglicht, eine abgewogene, differenzierte Auseinandersetzung mit in Rechtsprechung und Literatur kursierenden Auffassungen zu führen. Eine derartige Fundierung erscheint umso mehr geboten, als die – zumal überwiegend disparaten – dort vertretenen Positionen gerade nicht dadurch geprägt sind, stringent die rechtsdogmatisch verfügbaren Interpretationsmöglichkeiten auszuschöpfen.

Mit Blick auf die dezidierte Praxisorientierung der Untersuchung wird konsequent darauf verzichtet, so etwas wie Originalität in den Überlegungen anzustreben. Vielmehr wird zugrunde gelegt und mit Leben gefüllt das, was namentlich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und auch des Bundesverwaltungsgerichts ausmacht, ergänzt und abgerundet – insbesondere bei der Rechtsquellenlehre des Allgemeinen Verwaltungsrechts – durch das, was insoweit nach jahrzehntelanger Durchdringung durch die Literatur so etwas wie Allgemeingut geworden ist.

Vor allem dort, wo es zu untersuchen gilt, ob das Helgoländer Papier grundsätzlichen wissenschaftlichen Anforderungen gerecht wird, bedarf es der Rezeption grundlegender wissenschaftstheoretischer Erkenntnisse.

Die methodischen Überlegungen führen zu dem folgenden Gang der Untersuchung:

Unter A wird die Ist-Situation beleuchtet. Damit ist der Blick auf den Bedarf nach Handlungsempfehlungen/Handreichungen i. w. S. (unter I) zu richten. Daran schließt sich eine – keineswegs erschöpfende – Auflistung der kursierenden Handlungsempfehlungen/Handreichungen an (unter II).

Vorgestellt werden Klassifikationsansätze in Literatur und Rechtsprechung (unter III), bevor eine gewisse Bündelung in einem Zwischenfazit erfolgt (unter IV).

Im Teil B wird exemplarisch das Helgoländer Papier behandelt. Die Erörterung beginnt mit der Prüfung kategorisch zu verlangender Anforderungen (unter I), einer darauf bezogenen immanenten Analyse (unter II) sowie einem Soll-Ist-Vergleich (unter III). Daran schließt sich die Klärung der Rechtsnatur des Helgoländer Papiers an (unter IV). In einem Exkurs (unter V) wird sodann die Rechtsnatur des Schreiber-Gellermann-Papiers behandelt. Die erzielten Erkenntnisse erlangen Bedeutung für die Einstufung sonstiger Handlungsempfehlungen/Handreichungen (unter VI).

Im Teil C werden die rechtlichen Konsequenzen aus der behördlichen Anwendung des Helgoländer Papiers diskutiert. Zu dem Zweck müssen zunächst die kategorialen Anforderungen an das behördliche Handeln im Verwaltungsverfahren benannt werden (unter I). Daran schließt sich eine Darstellung der Merkmale und Rechtsfolgen der Rechtswidrigkeit behördlichen Handelns im Verwaltungsverfahren an (unter II), bevor die Subsumtion im Hinblick auf die Heranziehung des Helgoländer Papiers erfolgen kann (unter III) und wenigstens cursorisch auf Haftungsfragen eingegangen wird (unter IV).

Der Teil D ist der Zusammenfassung der Teilbefunde und einigen Handlungsempfehlungen vorbehalten.

Abgerundet wird die Studie durch ein Literaturverzeichnis.