Braunschweigische Rechtswissenschaftliche Studien

Edmund Brandt

Artenschutzrechtliche Erfordernisse bei der Genehmigung von Windenergieanlagen

Berliner Wissenschafts-Verlag

Vorwort

Vor knapp zehn Jahren erschien der Sammelband „Das Spannungsfeld Windenergieanlagen – Naturschutz in Genehmigungs- und Gerichtsverfahren".[1] Er bildete so etwas wie den Startschuss für die Arbeit der Koordinierungsstelle Windenergierecht (k:wer), in der zwischen 2012 und 2019 versucht wurde, sowohl dezidiert disziplinär als auch inter- und transdisziplinär zentrale windenergierechtliche Fragestellungen in den Blick zu nehmen.[2] In der Neuauflage des Sammelbandes[3] wurde die Brisanz, die artenschutzrechtliche Anforderungen im Zusammenhang mit der Genehmigung von Windenergieanlagen besitzen, nachdrücklich hervorgehoben.[4] Der seinerzeit konstatierte Diskussions- und Klärungsbedarf dürfte unverändert fortbestehen. Daran haben weder das Gesetz zur Änderung des Bundes-Naturschutzgesetzes vom 15.09.2017[5] noch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.2018[6] etwas geändert – eher im Gegenteil.[7]

Offenkundig ist zweierlei: Es fehlt einerseits an einer konsequent normorientierten Durchdringung der einschlägigen Bestimmungen – mit § 44 BNatSchG im Zentrum. Und es fehlen grundlegende, wissenschaftlichen Anforderungen gerecht werdende differenzierte naturschutzfachliche Erörterungen. Bis es gelingt, diesen Anforderungen auch nur ansatzweise gerecht zu werden, bedarf es gewiss noch erheblicher Anstrengung, müssen längere Wege zurückgelegt werden. Mit dem vorliegenden Band wird versucht, dazu einige Beiträge zu liefern. Abgedruckt werden überwiegend Studien, die im Laufe der letzten Jahre im Auftrag des Wissenschaftlichen Beirats der k:wer entstanden und nicht ohne Weiteres zugänglich sind (abgedruckt unter B bis G). Ein neuer Beitrag (unter A) beschäftigt sich mit der Aktualität des Implementationsforschungsansatzes für die hier behandelte Fragestellung.

Meiner Sekretärin, Frau Sabine Claußen, die mit großer Umsicht die Texte in eine für den Druck geeignete Fassung gebracht hat, danke ich herzlich.

Braunschweig, Juli 2020 Edmund Brandt

1 *Edmund Brandt* (Hrsg.), Berlin 2011 (Braunschweigische Rechtswissenschaftliche Studien).

2 Die Arbeit der k:wer lässt sich gut an den Jahrbüchern ablesen, die, redaktionell von Bernd Günter betreut, zwischen 2012 und 2018 erschienen.

3 *Edmund Brandt* (Hrsg.), Das Spannungsfeld Windenergieanlagen – Naturschutz in Genehmigungs- und Gerichtsverfahren, 2. Auflage Berlin 2015 (k:wer-Schriften).

4 *Sebastian Willmann*, Artenschutz und Windenergie – Rechtliche Rahmenbedingungen, in: Das Spannungsfeld Windenergieanlagen – Naturschutz in Genehmigungs- und Gerichtsverfahren (FN 3), S. 29 ff., sowie *Günter Ratzbor*, Naturschutzfachliche Grundlagen zu naturschutzrechtlichen Entscheidungen, a. a. O., S. 63 ff.

5 BGBl. I S. 3434.

6 BvR 2523/13, ZNER 2018, S. 527 ff.

7 Ein Indiz dafür ist, dass die ZNER dem Themenfeld im Jahre 2020 gleich zwei Schwerpunkthefte widmete.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort 5

A Zur Aktualität des Implementationsforschungsansatzes – Konsequenzen für die Beschäftigung mit den §§ 44, 45 BNatSchG 11

I Zentrale Parameter des Implementationsforschungsansatzes 11
II Zum Stellenwert des Normprogramms im Spektrum möglicher Implementationsdefizite 13
III Fragestellungen im Hinblick auf das in den §§ 44, 45 BNatSchG enthaltene Normprogramm 13

B Die artenschutzrechtliche Ausgangslage in § 44 BNatSchG – unter besonderer Berücksichtigung des Tötungsverbots 15

I Rechtspolitische Entwicklung – Generelle Bedeutung – Aufbau der Vorschrift 15
1) Jüngste rechtspolitische Entwicklung 15
2) Übergreifende Bedeutung und Bedeutungswandel 15
3) Aufbau der Vorschrift 17
II Speziell: Das Tötungsverbot 17
1) Die Tatbestandsmerkmale des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG 17
a) Wild lebende Tiere der besonders geschützten Arten 17
b) Töten 18
c) Signifikanztheorem 20
d) Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative 22
2) Einschränkungen gemäß § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG 23
3) Fazit 26

C Die Ausnahmeregelung des § 45 Abs. 7 BNatSchG 29

I § 45 BNatSchG im Normgefüge des besonderen Artenschutzes 31
II Rechtsdogmatische Durchdringung der Ausnahmeregelung in § 45 Abs. 7 BNatSchG 32
1) Fehlende zumutbare Alternative 33
2) Vorliegen eines Ausnahmegrundes 36
a) Die Ausnahmegründe nach § 45 Abs. 7 S. 1 bis 3 BNatSchG 36
b) Der Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG 37
c) Der Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG 39
3) Keine Verschlechterung des Erhaltungszustands der Population einer Art 41

III Rechtsfolge: Abwägungs- und Ermessensentscheidung ... 43
IV Sonderproblem: Grundsätzliche Möglichkeit der Ausnahmeerteilung vom Tötungsverbot? ... 45

D Rückgriff auf Auslegungshilfen/Handlungsempfehlungen ... 47

I Der Stellenwert untergesetzlicher Regelwerke für behördliche Entscheidungen ... 47
1) Begriffliche Annäherung ... 48
2) Rechtliche Verortung ... 49
a) Untergesetzliche Regelwerke als Rechtsquelle des Verwaltungshandelns ... 50
b) Rechtsverordnungen und Satzungen ... 53
c) Verwaltungsvorschriften ... 54
d) Fachkonventionen ... 56
e) Antizipierte Sachverständigengutachten ... 57
II Die Rechtsnatur des Helgoländers Papiers ... 59
1) Denkbare Klassifikationen im Kontext der Rechtsquellen des Allgemeinen Verwaltungsrechts ... 59
2) Das Helgoländer Papier als untergesetzliches Regelwerk? ... 60
3) Das Helgoländer Papier als Fachkonvention? ... 61
4) Das Helgoländer Papier als Ausdruck/Ausprägung des allgemein anerkannten Standes der Wissenschaft? ... 62
5) Das Helgoländer Papier als antizipiertes Sachverständigengutachten? ... 62
6) Das Helgoländer Papier als Ausprägung des Vorsorgegedankens? ... 63
7) Folgerungen ... 63
III Konsequenzen im Hinblick auf die Heranziehung des Helgoländer Papiers ... 64
1) Begrifflich-kategoriale Klärungen ... 64
2) Speziell: Auswirkungen von Gutgläubigkeit/Bösgläubigkeit ... 68
3) Konsequenzen für die an dem Verfahren Beteiligten ... 69

E Zum Zusammenwirken von Genehmigungs- und Fachbehörden sowie außerbehördlichem Sachverstand ... 71

I Zur verwaltungsverfahrensrechtlichen Ausgangslage ... 71
1) §§ 24, 25, 26 Abs. 2 VwVfG ... 71
2) Exkurs: § 86 VwGO ... 75
II Stellungnahme ... 76
III Begriffliche Klärungen ... 77
IV Zum Verhältnis Genehmigungs- und Naturschutzbehörde ... 78

F Zuschnitt und Reichweite der gerichtlichen Prüfungskompetenz 85

I Bedeutungsgehalt und Reichweite von Art. 19 Abs. 4 GG 85
1) Zur Normstruktur von Art. 19 Abs. 4 GG 85
2) Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolldichte 86
a) Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolldichte auf der Tatbestandsseite 86
b) Einschränkungen auf der Rechtsfolgenseite 88
II Folgerungen für die Beurteilung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG 88
1) Bestandserfassung und sog. Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative ... 88
2) Risikobewertung und sog. Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative 89
III Konsequenzen aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.2018 93
1) Klärungen 93
2) Klärungsbedarf 97

G Ansätze zur Überwindung der gegenwärtigen Blockadesituation 101

I Spielräume aufgrund der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts 101
1) Urteil des 4. Senats vom 27.06.2013 101
2) Urteil des 7. Senats vom 21.11.2013 102
3) Stellungnahme 103
II Spielräume aufgrund des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23 10.2018 106
1) Prozessuale Gesichtspunkte 107
2) Zentrale Aussagen 108
3) Stellungnahme 115

Literaturverzeichnis 119

A Zur Aktualität des Implementationsforschungsansatzes – Konsequenzen für die Beschäftigung mit den §§ 44, 45 BNatSchG

Dass der Vollzug – hier weit verstanden – sich mit dem Normprogramm in den §§ 44, 45 BNatSchG schwertut, steht außer Frage. Sich vielfach im Kreise drehende Diskussionsprozesse auf Behördenebene, nicht zuletzt aber auch die Fülle von Gerichtsentscheidungen, die in den letzten Jahren dazu ergangen sind, legen ein mehr als beredtes Zeugnis ab.

Schon auf der Analyseebene dürfte es einen Versuch wert sein, mit Hilfe von Parametern der Implementationsforschung zu Erkenntnissen zu gelangen. Möglicherweise müsste man dabei nicht zwingend stehen bleiben, könnte vielmehr weitergehend Ansätze für eine Problemlösung identifizieren.

Vor dem Hintergrund werden im Folgenden (unter I) zunächst zentrale Parameter des Implementationsansatzes rekapituliert und kommentiert. Ein besonderes Augenmerk hat im hier interessierenden Zusammenhang dem Normprogramm zu gelten (unter II), das führt zur Entwicklung einiger Fragestellungen im Hinblick auf das in den §§ 44, 45 BNatSchG enthaltene Normprogramm (unter III).

I Zentrale Parameter des Implementationsforschungsansatzes

In den 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts hat die Implementationsforschung als neuer Zweig der Verwaltungswissenschaft einen beträchtlichen Aufschwung genommen, der allem Anschein nach bis heute trägt.[1] Ausgehend von der Prämisse, dass das politisch-administrative System über eigene Machtbasen verfüge und deshalb nicht völlig extern determiniert und ohne Handlungsspielräume sei,[2] lag es nahe, die jedenfalls partiell weitgehende Wirkungslosigkeit von politischen Plänen oder Programmen auf ihren mangelhaften Vollzug zurückzuführen. Zwischen der Erkenntnis, dass es notwendig sei, Implementationsforschung zu betreiben und ihrer Durchführung lagen allerdings beträchtliche Hindernisse: Zunächst fehlte es weitgehend an theoretischen Konzeptionen, die empirischen Untersuchungen zugrunde gelegt werden konnten[3] und es bedurfte explizit unter der Implementationsfragestellung durchgeführte Untersuchungen, um ihre Validität in der Praxis überprüfen zu können.

Auch im Abstand mehrerer Jahrzehnte bildet die theoretische Fundierung durch R. Mayntz über „Die Implementation politischer Programme“[4] eine erhebliche Bedeutung. Damit wurden erstmals die einzelnen Theorieelemente in einen systematischen Zusammenhang gestellt. Deshalb erscheint es lohnend, einige zentrale Aussagen zu resümieren und zu kommentieren.

1 Siehe dazu etwa *Wollmann*, in Lehrbuch der Politikfeldanalyse 2.0, 2009, S. 379 ff. (382 ff.).
2 Grundlegend dazu Planungsorganisation 1973.
3 Siehe dazu etwa *Scharpf,* Politikformulierung und Implementierung als Forschungsgegenstand am IIMV: Fragestellungen und Ansätze, WZB/78–22, S. 4 ff.
4 *Mayntz*, Die Verwaltung 10 (1977), S. 51 ff.

Für R. Mayntz liegt die Bedeutung der Implementation in der Tatsache, dass die Wirkung politischer Programme wesentlich von der Art ihrer Durchführung abhängt. Bei den analytischen Bemühungen um den Implementationsprozess liegt der außertheoretische normative(!) Bezugspunkt dementsprechend in der Realisierung der vorgegebenen politischen Programmziele.[5] Um nun aber eine Verengung des Blickwinkels auf die Urteilsperspektive des hypothetischen Gesetzgebers zu vermeiden, muss die Untersuchung der Programmverwirklichung und die Beurteilung des jeweils erreichten Verwirklichungsgrades aus anderen, übergeordneten Gesichtspunkten ergänzt werden.[6]

Die bedeutsamsten Faktorenkomplexe für eine Analyse der Vorgänge in der Implementationsphase liegen

- bei den Merkmalen der durchzuführenden Programme,
- bei den Merkmalen der Durchführungsinstanzen und
- bei den Merkmalen der Zielgruppe beziehungsweise der Normadressaten.

Die für die Implementation eingesetzten Regelungsinstrumente lassen sich deskriptiv in Typen (zum Beispiel Ge- und Verbote, Anreize) und analytisch nach Merkmalsdimensionen – etwa ursachenorientierte versus zielorientierte Regelung – unterteilen. Den jeweiligen Instrumenten kann man bestimmte Durchführungstätigkeiten staatlicher Instanzen zuordnen.

Bei der Implementation politischer Programme kann man zwischen solchen, bei denen keine administrativen Durchführungsinstanzen vorhanden sind, und solchen unterscheiden, bei denen die öffentliche Verwaltung im weiteren Sinne mit der Durchführung befasst ist. Kommt es zu mehrstufigen Implementationsstrukturen, besteht prinzipiell die Gefahr, dass Zielverschiebungen eintreten.[7] Die Verwirklichung der Programmziele hängt nach R. Mayntz ab von der Kombination von Problemstruktur, dem Typ des gewählten Regelungsinstruments, der Implementationsstruktur und dem Verhalten der Adressaten. Einer empirisch fundierten Implementationstheorie kommt vor dem Hintergrund die Aufgabe zu, die jeweils wirksam werdenden komplexen Wechselbeziehungen herauszuarbeiten.[8]

Eine derartige empirisch fundierte Implementationstheorie hängt freilich in der Luft, wenn und solange nicht in ausreichendem Maße fundierte Untersuchungen über die einzelnen Einflussfaktoren vorliegen, die Wirkungsmängel hervorrufen.[9] Rechnung getragen beziehungsweise unterlaufen wurde in den folgenden Jahrzehnten diese Kritik durch die verwaltungswissenschaftliche Forschungspraxis, indem sie ihr Augenmerk zentral auf die Implementationsinstanzen gerichtet hat.[10] Im Verhältnis dazu wurden denkbare Defizite im Normprogramm deutlich weniger inten-

5 *Mayntz*, (FN 4), S. 56 f.
6 A. a. O., S. 57.
7 A. a. O. (FN 4), S. 63 f.
8 A. a. O. (FN 4), S. 66.
9 So schon früh *Ronge*, in: Handlungsspielräume der Staatsadministration, 1974, S. 84 ff.
10 Instruktiv insoweit der Sammelband Politik im Dickicht der Bürokratie: Beiträge zur Implementationsforschung, 2012.

siv untersucht.[11] Dass die Ausgestaltung des Normprogramms selbst für Vollzugsdefizite ursächlich sein kann, steht gleichwohl selbstverständlich außer Frage.

II Zum Stellenwert des Normprogramms im Spektrum möglicher Implementationsdefizite

Normprogramme enthalten einen Verhaltensappell. Vielfältige Ausprägungen sind denkbar. Genannt seien nur klassische Normbefehle, die direkt vom Normgeber an den Normadressaten gerichtet sind und die Form eines Imperativs haben,[12] mit der gleichen Botschaft, allerdings von der Sanktionierung her[13], oder in einer dreistufigen Konstruktion unter Einschaltung einer Behörde mit der Formulierung des wechselseitigen Verhältnisses.[14]

Einfallstore für Vollzugsdefizite liegen schon bei flüchtiger Betrachtung der genannten Ausprägungen auf der Hand: Sie können etwa in dem nicht von vornherein erkennbaren Bedeutungsgehalt einzelner Termini liegen,[15] sie können in der Verzahnung verschiedener Normelemente innerhalb oder außerhalb der jeweiligen Normwerke begründet liegen, nicht zuletzt auch damit zusammenhängend, dass nicht klar ist, welche Vorschriften von wem in welchem Stadium zu beachten sind.

Anders formuliert: Vielfach läuft es darauf hinaus, dass es einer enormen rechtlichen Interpretationsleistung bedarf, bevor feststeht, ob überhaupt ein Normbefehl vorhanden ist und worin er genau besteht.

Mit Blick auf die §§ 44, 45 BNatSchG stellen sich diese Fragen in besonderer Weise.

III Fragestellungen im Hinblick auf das in den §§ 44, 45 BNatSchG enthaltene Normprogramm

Vom Grundansatz vergleichsweise einfach stellt sich die Problematik in Bezug auf die Einräumung von Ausnahmen dar: In § 45 Abs. 7 BNatSchG wird der Terminus ausdrücklich verwendet, darüber hinaus wird durch die Verwendung des Terminus „kann" ausgedrückt, dass die Behörde insoweit über ein Ermessen verfügen soll. Wie weit es geht beziehungsweise unter welchen Voraussetzungen es zum Tragen kommen kann, ist demgegenüber an eine Kaskade von Voraussetzungen geknüpft, deren Bedeutungsgehalt sich nicht ohne Weiteres erschließt.

Bei der Grundnorm des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG scheint es auf den ersten Blick mit dem eigentlichen Normbefehl keine Probleme zu geben: Die passivische Wendung „Es ist verboten, …"

11 Eine Ursache mag darin begründet sein, dass die Implementationsforschung maßgeblich von Politik- bzw. Verwaltungs-, nicht von Rechtswissenschaftlern betrieben wurde.

12 Etwa das fünfte Gebot: „Du sollst nicht töten!"

13 Etwa § 212 StGB: „Wer einen Menschen tötet, … wird … bestraft."

14 Etwa § 6 Abs. 1 BImSchG: „Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn … sichergestellt ist, dass … Pflichten erfüllte werden, und … öffentlich-rechtliche Vorschriften … der Errichtung und dem Betrieb der Anlage nicht entgegenstehen."

15 In dem BImSchG-Beispiel erschließt sich auf Anhieb nicht, was unter „öffentlich-rechtliche Vorschriften" zu verstehen ist.