

Zugang zu rechtlichem Wissen

Der Zugang von Wissen zu Recht: Zur gerichtlichen Anerkennung fachwissenschaftlicher Erkenntnisse im Umweltrecht

Julia Hoffmann

Abstract: *Die Auseinandersetzung mit epistemischen Fragen im Recht beschränkt sich vorwiegend auf die Rechtswissenschaft. Ein Rückgriff auf die dort gefundenen Erkenntnisse durch die verwaltungsrechtliche Praxis bleibt bislang weitgehend aus. Dabei werden in der heutigen Wissensgesellschaft Fragen über den Umgang des Rechts mit Wissensbeständen und deren Zugang zum Recht immer drängender und praxisrelevanter.*

Dies zeigt auch der sog. „Rotmilan-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2018. Danach ist die gerichtliche Kontrolle auf eine Plausibilitätskontrolle zu beschränken, wenn ein Sachverhalt aufgrund fehlender gefestigter wissenschaftlicher Erkenntnisse vermeintlich unaufklärbar bleibt. Dass unter Berücksichtigung und Korrektur der dem Beschluss zugrundeliegenden Annahmen über Wissen und Wissensgenerierung ein anderes Ergebnis viel naheliegender erscheint, zeigt der vorliegende Beitrag.

Im demokratischen Rechtsstaat verpflichtet die verfassungsrechtlich verankerte Rationalitätspflicht den Gesetzgeber zur Schaffung einer Wissensinfrastruktur. Der Staat muss also nicht nur möglichst richtige Entscheidungen anstreben und sein Handeln an rationalen Maßstäben ausrichten, sondern auch die Richtigkeit der Entscheidungsgrundlagen gewährleisten.¹ Entscheidet der demokratisch legitimierte Gesetzgeber aber nicht, welche Erkenntnisse Eingang in das Recht finden oder stellt er kein Ver-

1 Schmidt-Aßmann, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen wissenschaftlicher Politikberatung: Demokratische und rechtsstaatliche Rationalität, in: Weingart/Lentsch (Hrsg.), Wissen – Beraten – Entscheiden, 2015, S. 211 (211); Voßkuhle, Sachverständige Beratung des Staates, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdStR, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 43 Rn. 1; zu den Wurzeln des Rationalitätsbegriffs und der heutigen Relativierung durch erkenntnistheoretische Beobachtungen Hoffmann-Riem, Wissen, Recht und Innovation, in: Röhl (Hrsg.), Wissen – Zur kognitiven Dimension des Rechts, 2010, S. 159 (163); zur notwendigen Gleichsetzung von rationalem Staat und Wissensstaat Voßkuhle, Expertise und Verwaltung, in: Trute et. al. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 637 (641-642).

fahren bereit, im Rahmen dessen die Integration von Wissen nicht nur legitimatorisch, sondern auch im Hinblick auf die Rationalität abgesichert ist, verlagert sich die Entscheidungsverantwortung und mit ihr die Auswahl und die Bewertung „außerrechtlichen“ Wissens auf die Behörden und die Gerichte. Der Beitrag zeichnet den Weg des Wissens in die Rechtsanwendung nach (I.), untersucht die Rolle von Sachverständigen, Behörden und Gerichten bei der Rezeption sich wandelnder Wissensbestände (II.) und hinterfragt die zunehmende Rücknahme gerichtlicher Kontrolle, die durch den sog. „Rotmilan-Beschluss“² des Bundesverfassungsgerichts von 2018 eine neue Ausprägung erfahren hat (III.).

I. Die Integration von Wissensbeständen in das Recht

Recht ist ohne die Bezugnahme auf Wissen nicht denkbar. Sowohl der Rechtssetzung als auch der Rechtsanwendung ist die Wissensgenerierung vorgelagert. Der Rechtssatz vermittelt in der Regel kein Wissen, sondern bezieht sich auf „außerrechtliche“ Wissensbestände³ und integriert somit Wissen in das Recht.

1. Die Verknüpfung von Wissen und Recht durch Rechtsanwendung

Einen einheitlichen Wissensbegriff gibt es nicht.⁴ Vorliegend wird der Begriff des Wissens als sog. „Relationsbegriff“ verstanden, wonach Wissen auf Daten und Informationen aufbaut und durch deren Kontextualisierung

2 BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, BVerfGE 149, 407.

3 Im hier behandelten Kontext bezieht sich die „Außerrechtlichkeit“ auf technisches oder fachwissenschaftliches Wissen, vgl. BVerwG, Urt. v. 9.7.2008 – 9 A 14/07, NVwZ 2009, 302 (308). Durch das Recht in Bezug genommen werden aber auch vielfältige sonstige Wissensbestände, vgl. etwa zur Abhängigkeit des modernen positiven Rechts von praktischem Wissen *Vesting*, Das moderne Recht und die Krise des gemeinsamen Wissens, in: Nach Feierabend. Zürcher Jahrbuch für Wissensgeschichte 11, Wissen, was Recht ist, 2015, S. 61 (61) und mit einer Aufzählung rechtserheblicher Wissensdimensionen *Hoffmann-Riem*, Innovation (Fn. 1), S. 159 (169 ff.).

4 *Münkler*, Wissen – ein blinder Fleck des Rechts?, in: dies. (Hrsg.), Dimensionen des Wissens im Recht, 2019, S. 3 (5); *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009, S. 29.

entsteht.⁵ Herausforderungen der Integration von Wissen in das Recht ergeben sich zunächst aufgrund der Ubiquität und Instabilität von Wissen. Die Wissensgewinnung ist nur noch bedingt bei einzelnen Akteur:innen konzentriert, vielmehr entsteht Wissen und ist verfügbar überall und zu jeder Zeit. Die weltweite digitale Vernetzung ermöglicht einen kontinuierlichen Wissensaustausch.⁶ Die damit einhergehende schnelle Weiterentwicklung von Wissen erfordert einen fortlaufenden Lernprozess und damit auch einen fortlaufenden Integrationsprozess von Wissen in das Recht.

Um dieser Dynamik gerecht zu werden, verwendet der Gesetzgeber unbestimmte Rechtsbegriffe. Wie die konkrete Verknüpfung von Recht und Wissen im Rahmen der Rechtsanwendung zustandekommt, zeigt eindrücklich ein von *B. Wollenschläger* entwickeltes Beispiel, wonach der Polizei bekannt wird, dass ein Löwe durch die Straßen einer belebten Innenstadt streunt.⁷ Die polizeirechtliche Generalklausel aktiviert hier über den Begriff der Gefahr das Erfahrungswissen der handelnden Beamt:innen, die für die Einschätzung der Gefährlichkeit des Tieres niemals einen Löwen gesehen haben müssen. Dennoch ist es ihnen aufgrund des allgemeinen Erfahrungsstandes einer:s jeden möglich, die Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintritts abzuschätzen und den Lebenssachverhalt unter die Generalklausel zu subsumieren.⁸

Das Umwelt- und Technikrecht wird hinsichtlich der Wissensintegration in mehrerlei Hinsicht herausgefordert. Einerseits ist es in besonderem Maße geprägt von der Entwicklung neuer Techniken und Technologien. Andererseits braucht es zur Ausfüllung umweltrechtlicher Tatbestände technisches und fachwissenschaftliches Wissen, dessen Handhabung und Bewertung bei den Gesetzesanwender:innen spezielle Kenntnisse und damit eine gewisse Vorbildung und kontinuierliche Fortbildung voraussetzen.⁹ Der Rückgriff auf einen etwaigen generellen, bei allen Gesetzesanwender:innen vorliegenden Erfahrungsstand scheidet aus.

5 *Spiecker gen. Döhmman*, Informationsverwaltungsrecht, in: Kahl/ Ludwigs (Hrsg.), HVwR Bd. 1, i.E. 2021, § 22 Rn. 13 - 15, die als Beispiel das Datum „1984“ heranzieht, das je nach Kontext die Höhe einer Schuld beziffert oder als Synonym für den Überwachungsstaat verwendet werden kann.

6 Zu Ubiquität und Instabilität von Wissensbeständen *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung (Fn. 4), S. 31 ff.

7 Das Beispiel geht auf ein Urteil des OVG Hamburg v. 24.9.1985, Az. Bf VI 3/85, NJW 1986, 2005 zurück, *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung (Fn. 4), S. 9 ff.

8 Zu dem Begriff des Erfahrungswissens und dem Rückgriff des Rechts auf gesellschaftliche Wissensbestände *B. Wollenschläger*, Wissensgenerierung (Fn. 4), S. 9 - 10.

9 Zudem ist mit der direkten Verhaltenssteuerung des Einzelnen keine, für das Umweltrecht aber notwendige, übergeordnete Steuerungsleistung möglich, „weil es an

Um dieses spezielle Wissen in die Rechtsanwendung einzubeziehen, nutzt der Gesetzgeber im Umweltrecht zum einen sog. technische Generalklauseln wie „allgemein anerkannter Stand der Technik“¹⁰ oder „beste verfügbare Techniken“¹¹, womit er auf die Anerkennung technischer Erkenntnisse durch eine breite Fachwissenschaft verweist. Zum anderen werden sonstige konkretisierungsbedürftige Begriffe verwandt wie „schädliche Umweltauswirkungen“, vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG, oder „besonders geschützte Arten“, vgl. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG, die durch die Komplexität der jeweils in Bezug genommenen Materie ebenfalls einen notwendigen Rückgriff auf spezielle Wissensbestände und damit Expert:innen implizieren.

Diese Begriffe sind Ausdruck einer durch den Gesetzgeber vorgenommenen inhaltlichen Risikoabwägung darüber, welches Maß an möglichen Umwelt- und Gesundheitsschäden die Gesellschaft bereit ist hinzunehmen, um von industriellen Anlagen oder Infrastrukturvorhaben zu profitieren.¹² Gleichzeitig handelt es sich dabei um Mechanismen, staatliches

einem wissenschaftsbegründeten Ableitungszusammenhang zwischen dem einzelnen Verhalten und der angezielten räumlichen Ordnung fehlt“, sodass das hier benötigte Wissen durch komplexe Verfahren und unter Beteiligung verschiedener Akteur:innen generiert wird und auch insofern von dem hier aufgezeigten klassischen Modell der entscheidungsbezogenen Wissensgenerierung abweicht, inkl. Wortzitat *Trute*, Wissen – Einleitende Bemerkungen, in: Röhl (Hrsg.), Wissen (Fn. 1), S. 11 (28 - 29). Zur Komplexität der Entscheidungssituation aufgrund multipolarer Interessenkonstellationen und damit einhergehenden Zielkonflikten *Vofßkühle*, Expertise (Fn. 1), S. 637 (642).

- 10 Diese Technik Klausel wird vorwiegend im Gewässerschutzrecht angewandt, vgl. nur §§ 36 Abs. 2, 50 Abs. 4, 60 Abs. 1 WHG, und wurde durch die Rechtsprechung wie folgt übersetzt: „Anerkannte technische Regeln sind diejenigen Prinzipien und Lösungen, die in der Praxis erprobt und bewährt sind und sich bei der Mehrheit der Praktiker durchgesetzt haben.“, BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, NJW 1979, 359 (362); BVerwG, Beschl. v. 30.9.1996 – 4 B 175/96, NVwZ-RR 1997, 214 (214).
- 11 Die Technik Klausel wird aus dem Englischen „best available techniques“ abgeleitet, vgl. die Legaldefinition in Art. 3 Nr. 10 der Richtlinie 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.11.2010 über Industrieemissionen (Abl. EU 2010, Nr. L 334, S. 17). Sie ist vergleichbar mit dem deutschen „Stand der Technik“, der die Anforderungen an die „Front der technischen Entwicklung“ verlagert, da allein die praktische Bewährung und Anerkennung hier nicht ausreichen, sondern eine vertiefte Auseinandersetzung damit notwendig ist, was im Hinblick auf den Vorsorgeaspekt technisch notwendig und angemessen ist, BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, NJW 1979, 359 (362).
- 12 Zu der Hinnahme eines sog. „Restrisikos“ im Hinblick auf die gesetzliche Anknüpfung an den jeweiligen Stand von Wissenschaft und Technik, BVerfG,

Handeln trotz Nichtwissens zu ermöglichen, indem die Entscheidung auf eine möglichst breite Grundlage verschiedener Wissensträger:innen gestellt wird.¹³

2. Die Ausfüllung der Rechtsbegriffe durch untergesetzliche Maßstäbe

Um die Rechtsanwendung zu lenken, hat der Gesetzgeber Ermächtigungen für den Erlass von Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften normiert. Die danach erlassenen untergesetzlichen Maßstäbe beziehen technische Standards in das normative Konzept des Rechts ein und sichern die Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe legitimatorisch ab. Diese Art von Standardisierung macht einerseits die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe für die Behörden handhabbar und für die Gesetzesadressat:innen vorhersehbar. Andererseits dient sie der Bewältigung der großen Fülle außerrechtlichen Wissens.¹⁴

Das umweltrechtliche untergesetzliche Regelwerk ist jedoch defizitär, da es lückenhaft und in Teilen veraltet ist. Zum einen ist von den zahlreichen Ermächtigungen¹⁵ nur teilweise und nur in bestimmten Fachbereichen Gebrauch gemacht worden.¹⁶ Zum anderen werden die Regelungen nicht in der gebotenen Kürze der Zeit den zugrundeliegenden fortschrei-

Beschl. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, NJW 1979, 359 (362); vgl. auch *Kloepfer*, Handeln unter Unsicherheit im Umweltstaat, in: *Gethmann/Kloepfer*, Handeln unter Risiko im Umweltstaat, 1993, S. 55 (80 - 81).

13 *Hoffmann-Riem*, Innovation (Fn. 1), S. 159 (174 ff.).

14 Um ein standardisiertes Entscheiden zu ermöglichen, also ein gleichbleibendes, regelförmiges Vorgehen in beliebig vielen Fällen, werden fachliche Erkenntnisse mit dem normativ in Bezug genommenen Lebenssachverhalt verknüpft und so für die Gesetzesanwender:innen nachvollziehbar und handhabbar gemacht. Zudem stellen Standards in Bezug auf die Sachverhaltsermittlung sog. Stopp-Regeln dar, die das Erforschen der tatsächlichen Umstände eines Falles optimieren, indem sie den vorhandenen Informationsstand festschreiben und die kontinuierliche Informationsgewinnung beschränken, *Spiecker gen. Döhmann*, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit, i.E. 2021, Teil 2, 1. Kap., F.

15 Vgl. nur §§ 7, 10 Abs. 10 und Abs. 11, 22 Abs. 1 S. 2, 48 und 48a BImSchG, §§ 45 Abs. 7 S. 4, 54 Abs. 5 und 11 BNatSchG und §§ 23, 57 Abs. 2, 61 Abs. 3, 62 Abs. 4 WHG.

16 Aufgrund des BImSchG sind bspw. 44 Rechtsverordnungen und zwei Allg. Verwaltungsvorschriften, die Technischen Anleitungen zur Reinhaltung der Luft und zum Schutz gegen Lärm, ergangen; bzgl. des Fehlens einer untergesetzlichen Maßstabbildung im Artenschutzrecht, BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40/11, NVwZ 2014, 524 (525).

tenden Erkenntnissen angepasst. Dies ist nicht nur auf einen fehlenden politischen Willen in Bezug auf die Regulierung fachwissenschaftlicher Sachverhalte zurückzuführen, sondern auch auf die Schwierigkeit eines politischen Konsenses im Rahmen komplexer Erlassverfahren. Im Umweltrecht werden an den Verordnungs- und Vorschriftenerlass erhöhte Anforderungen gestellt. Die aktuell mühselige Novellierung der TA Luft zeigt, wie schwerfällig das eigentlich als flexibel geltende Instrument der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift sein kann.¹⁷ Hinzu kommt, dass die auf europäischer Ebene entwickelten Standards, die sog. BVT-Merkblätter und BVT-Schlussfolgerungen, oftmals nicht rechtzeitig Eingang in das nationale Recht finden. Nach § 7 Abs. 1a und § 48 Abs. 1a BImSchG ist die Beachtung dieser Standards zu gewährleisten. Ein zuverlässiges und effizientes Verfahren zur Integration der Merkblätter in die deutschen untergesetzlichen Normen fehlt jedoch.¹⁸ Eine weitere Hürde effizienter Wissensintegration in den untergesetzlichen Normapparat stellen rechtsstaatliche Anforderungen dar, die lediglich die Bezugnahme eines technischen Standards in einer bestimmten, genau bezeichneten Fassung erlauben, sog. statische Verweisungen.¹⁹ Dynamische Verweisungen, die es ermöglichen, auf den Standard in seiner jeweils geltenden Fassung Bezug zu nehmen und damit im Falle technischer Neuerungen auf den entsprechenden Fortschritt reagieren zu können, scheiden für die Bezugnahme privatverbandlicher Normen aus.²⁰

3. Die informelle Wissensbeschaffung

Weil die Form der Wissensbewältigung durch Standardisierung die Rechtsanwendung wesentlich vereinfacht und vereinheitlicht, hat der

17 Die Novellierung der aus dem Jahr 2002 stammenden TA Luft ist seit Juni 2014 im Gespräch und sollte urspr. bis zum Jahr 2017 abgeschlossen sein; erst dieses Jahr ist mit dem Inkrafttreten der Novelle zu rechnen. Zu der zunehmenden Ähnlichkeit von Verordnung und Verwaltungsvorschrift im Hinblick auf Verfahren und Wirkkreise *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 178 f.

18 Zu den damit einhergehenden Problemen *Keller*, UPR 2013, 128.

19 S. bspw. Nr. 5.5.2 TA Luft, deren Abs. 5 auf die „Richtlinie VDI 3781 Blatt 4 (Ausgabe November 1980)“ verweist, obwohl die aktuelle Fassung der Richtlinie aus dem Jahr 2017 stammt.

20 Zu den engen, durch das Demokratieprinzip vermittelten Grenzen im Hinblick auf Verweisungen auf Regelwerke Privater *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 118 f.

Mangel an verlässlichen Maßstäben gleichwohl nicht zu einem Mangel an sonstigen informellen Standards²¹ geführt. Im Gegenteil, schon im Jahr 1996 wies ein Umweltgutachten auf einen „Wildwuchs von Standards“²² hin. Ein abnehmender gegensätzlicher Trend ist bis heute nicht erkennbar.²³ Diese sog. informellen Normen stammen nicht nur von privaten Verbänden wie dem DIN e.V., sondern auch von Regelsetzungsgremien, die zwar durch private Expert:innen besetzt sein können, die aber an die Verwaltung angegliedert sind und deren Standardsetzung auf die staatliche Übernahme ausgerichtet ist.²⁴ Daneben werden informelle Normen wie „Merkblätter“, „Vollzugsempfehlungen“ und „Leitfäden“²⁵ durch staatliche Fachgremien, Landesanstalten und Bundesämter sowie durch die mit umweltrelevanten Fragen befassten Ministerien²⁶ entwickelt. Da alle diese Normen von kollektiven und teilweise institutionalisierten Fachgremien stammen, stellen sie potenzielle Erkenntnisquellen für die Ausfüllung der technischen Generalklauseln dar. Obwohl ihnen keine Rechtsverbindlichkeit zukommt, werden sie zuweilen der behördlichen Entscheidung zugrunde gelegt.

Zusammengefasst lässt sich sagen, dass der rechtsverbindliche untergesetzliche Normapparat das fortschreitende Wissen nicht adäquat mit dem

-
- 21 Normen, die nicht in einem gesetzlich geregelten, förmlichen Verfahren zustande kommen, vgl. *Schulze-Fielitz*, Technik und Umweltrecht, in: Schulte/Schröder (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, 2011, S. 455 (472), der das hier zu untersuchende Phänomen wie folgt beschreibt: „Neben oder ‚unterhalb‘ solcher Verwaltungsvorschriften gibt es in bestimmten Bereichen des Umweltrechts eine Fülle von verwaltungspraktisch bedeutsamen Regelwerken, maßstäblichen Empfehlungen und Prüfungshinweisen, die sich einer klaren Zuordnung zum Spektrum der herkömmlichen Rechtsquellen entziehen.“
- 22 Umweltgutachten 1996 des Rates von Sachverständigen für Umweltfragen. Zur Umsetzung einer dauerhaft-umweltgerechten Entwicklung, BT-Drucks. 13/4108 v. 14.3.1996, 313 Ziff. 916.
- 23 Allein für den naturschutzfachlichen Bereich existieren ca. 145 Veröffentlichungen, *Wulfert/Lau et al.*, Standardisierungspotenzial im Bereich der arten- und gebietsschutzrechtlichen Prüfung, FuE-Vorhaben i. R. d. Umweltforschungsplanes des BMU, 2015, S. 10.
- 24 Mit einer generellen Kategorisierung untergesetzlicher Normen *Lamb*, Kooperative Gesetzeskonkretisierung, 1995, S. 71 ff.
- 25 Die Aufzählung ist mitnichten abschließend, vgl. die Auflistung bei *Wulfert/Lau et al.* (Fn. 23), S. 22 - 27.
- 26 S. bspw. Hinweise zur Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen (Windenergie-Erlass – BayWEE) v. 19.7.2016, AllMBI. Nr. 10/2016, 1642.

formellen Recht verknüpft. Damit überlässt der Gesetzgeber die Wissensintegration zwangsläufig dem Feld des Informellen.²⁷

II. Die Verlagerung der Entscheidungsverantwortung auf Behörden und Gerichte

Letztlich wird die Entscheidungsverantwortung maßgeblich auf die Behörden und die Gerichte verlagert. Wenn der Gesetzgeber nicht vorgibt oder steuert, welche Standards als allgemein anerkannte Regeln der Technik gelten, bildet sich durch die behördliche Anwendung der informellen Standards und die Rezeption derselben durch die Gerichte sowie unter Beteiligung Sachverständiger allmählich heraus, welche Standards als in Wissenschaft und Praxis anerkannt gelten und damit auch zukünftig als Maßstab heranzuziehen sind.

1. Der Amtsermittlungsgrundsatz und die Rolle der Sachverständigen

Nach § 86 Abs. 1 Hs. 1 VwGO erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen, wobei die Beteiligten nach Hs. 2 dabei heranzuziehen sind. Grundsätzlich gilt also der Untersuchungsgrundsatz, wonach das Verwaltungsgericht das Tatsachenmaterial unabhängig von der behördlichen Ermittlung vollumfänglich zusammenträgt, um sich in die Lage zu versetzen, im Rahmen der richterlichen Überzeugungsbildung nach § 108 Abs. 1 S. 1 VwGO die Informationen über die Tatsachen als wahr oder unwahr zu bewerten.²⁸ Im Grundsatz wird der Sachverständigenbeweis bemüht, um dem Gericht fehlende Erfahrungssätze zu vermitteln oder um durch eine besondere fachliche Expertise Tatsachen festzustellen.²⁹

Anders als es die Idealvorstellung des Prozessgesetzgebers vorsieht, nach der gerichtlich bestellte Sachverständige alle relevanten Fachfragen klä-

27 Diese Beobachtung ist indes nicht neu, vgl. die aus dem Jahr 1976 stammende Analyse, die gleichfalls zu dem Ergebnis der Entkopplung fachwissenschaftlicher Erkenntnisse von dem formellen Recht kommt, *Breuer*, AöR 101 (1976), 46 (52 ff.).

28 *Dawin*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO-Kommentar, 39. EL 2020, § 86 Rn. 8 f., 23.

29 *Rudisile*, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), VwGO-Kommentar, 39. EL 2020, § 98 Rn. 101 f.

ren,³⁰ zeichnen sich umwelt- und planungsrechtliche Gerichtsverhandlungen durch ein großes Aufgebot an Sachverstand und einen extrem hohen Ermittlungsaufwand im Vorfeld eines umweltrelevanten Projekts aus.³¹ Regelmäßig gibt schon der:die Vorhabenträger:in umfangreiche Gutachten in Auftrag und beschäftigt im Vorfeld des Genehmigungsantrags Fachleute, Institute und Bioconsult-Unternehmen.³² Diese Gutachten sind zwar Privatgutachten, werden aber infolge eines „Kunstgriffs“ der Rechtsprechung, „von der fachlichen Qualität auf die legitimatorische Dignität zu schließen“, den behördlichen Gutachten meist gleichgestellt.³³

Um diese zu entkräften, lässt auch die Gegenseite Gutachten erstellen, sodass sich das Gericht regelmäßig mehreren Gutachten gegenüberstellt, die es zu würdigen gilt. Enthalten diese sich widersprechende Aussagen,³⁴ kann seitens des Gerichts ein sog. Obergutachten in Auftrag gegeben werden.³⁵ Diese Taktik scheitert aber in umweltrelevanten Fragen häufig daran, dass es schlicht keine Sachverständigen mehr gibt, da der Expert:innenkreis zu bestimmten Fachfragen sehr klein ist und die spezialisierten Gutachter:innen bereits durch die bestehende Begutachtung „verbraucht“ sind.³⁶

2. Die zunehmende Zurücknahme der gerichtlichen Ermittlungstiefe

Das deutsche Prozessrecht geht von der Wahrheitsfähigkeit und -bedürftigkeit der Tatsachengrundlage aus, sieht aber auch Beweislastregeln vor, die eine „wahrheitsimmunisierende Funktion“ haben.³⁷ Im öffentlichen Recht fehlt es überwiegend an ausdrücklich normierten Beweislastregeln.³⁸

30 Rennert, DVBl 2017, 69 (77).

31 Von „Faktenflut“ sprechend Rennert, DVBl 2017, 69 (77).

32 Hien, DVBl 2018, 1029 (1031).

33 Rennert, DVBl 2017, 69 (78), Wortzitat in Fn. 72.

34 Zu dem damit einhergehenden Problem des schwindenden Vertrauens in die Rationalität wissenschaftlicher Beratung, dem sog. Expertendilemma, Voßkuhle, Expertise (Fn. 1), S. 637 (637 - 638).

35 Die Einholung eines Obergutachtens steht im Ermessen des Gerichts und ist dann geboten, wenn die bereits bestehenden Gutachten Mängel aufweisen, Schenke, in: Kopp/Schenke (Hrsg.), 26. Aufl. 2020, § 108 Rn. 10.

36 Hien, DVBl 2018, 1029 (1031).

37 Inkl. Wortzitat Möllers, Kognitive Gewaltengliederung, in: Röhl (Hrsg.), Wissen (Fn. 1), S. 113 (127).

38 Sachs, DVBl 2020, 311 (317).

Vor diesem Hintergrund hat sich in der gerichtlichen Praxis ein umstrittenes Konstrukt herausgebildet, das es ermöglicht, fachwissenschaftlichen Sachverstand ohne nähere inhaltliche Prüfung zu rezipieren und damit letztlich den Grad der gerichtlichen Ermittlungstiefe gegen den Willen des Gesetzgebers zu modifizieren; es handelt sich um die sog. naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative.³⁹ Dass dieses Erklärungsmodell mittlerweile im Anlagenzulassungsrecht breite Anwendung findet, geht auf die Rechtsprechung des EuGH zurück, in deren Folge das Tötungs- und Verletzungsverbot besonders geschützter Arten des § 44 Abs. 1 BNatSchG auf nicht absichtliche Handlungen ausgeweitet wurde.⁴⁰ Da eine Kollision mit einer geschützten Tierart regelmäßig nicht ausgeschlossen werden kann, wurde die artenschutzrechtliche Prüfung für fast jedes Bau- und Infrastrukturvorhaben relevant.

Das Bundesverwaltungsgericht hat daher das Erfordernis des „signifikant“ erhöhten Tötungsrisikos eingeführt, wonach der Tötungstatbestand dann nicht mehr erfüllt ist, wenn das Vorhaben in einem Risikobereich bleibt, der mit einem Verkehrsweg im Naturraum immer verbunden ist, vergleichbar dem ebenfalls stets gegebenen Risiko, dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens Opfer einer anderen Art werden.⁴¹ Aufgrund des Fehlens von gesicherten fachwissenschaftlichen Erkenntnissen und administrativen Konkretisierungen verweise der Gesetzgeber das Gericht auf die behördliche Einschätzung. Danach sind die Annahmen der Behörde „vom Gericht hinzunehmen, sofern sie im konkreten Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar sind und nicht auf einem Bewertungsverfahren beruhen, das sich als unzulängliches oder gar

39 Die dogmatische Einordnung der Figur ist umstritten, die Begründungsansätze für die Einordnung als Unterfall des Beurteilungsspielraumes erfüllen jedenfalls nicht die Voraussetzungen der sog. normativen Ermächtigungslehre, *Kahl*, Objektive Grenzen der gerichtlichen Kontrolle im Artenschutzrecht, in: Gärditz/Keller/Niesler (Hrsg.), *Der Kontrollauftrag der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 2020, S. 167 (171 ff.).

40 EuGH, Urt. v. 10.1.2006 – C-98/03, ECLI:EU:C:2006:3, NVwZ 2006, 319.

41 BVerwG, Urt. v. 9.7.2008 – 9 A 14/07, NVwZ 2009, 302 (311); zu der höchstrichterlichen Rechtsprechung hinsichtlich des Artenschutzes *Kment*, NuR 2020, 361, insb. zu artenschutzrechtlichen Zugriffsverboten, S. 363 f. Die Signifikanzlösung hat durch eine Gesetzesänderung im Jahr 2017 Eingang in § 44 Abs. 5 BNatSchG gefunden, Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes v. 15.10.2017, BGBl. I S. 3434.

ungeeignetes Mittel erweist, um den gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden.“⁴²

III. Der „Rotmilan-Beschluss“ im Lichte moderner Wissensgenerierung

Die Debatte um die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative gipfelte im Jahr 2018 in einen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, der einen ungewohnten Einblick gewährt in die bundesverfassungsgerichtliche Wahrnehmung von Wissen und Wissensgenerierung im Recht. Die Entscheidung kann als Ausdruck „konservativer Wissenschaftsgläubigkeit“⁴³ gesehen werden oder aber als logische Antwort auf die Anforderungen einer modernen Wissensgesellschaft.

1. Objektive Grenzen und Plausibilitätskontrolle

Der Beschluss geht auf einen Streit über die Zulassung von Windenergieanlagen zurück. Aufgrund eines prognostizierten signifikant erhöhten Tötungsrisikos für die Greifvogelart des Rotmilans untersagte die Behörde eine Genehmigung.⁴⁴ Im Anschluss an die ständige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts beließen es die Gerichte des Instanzenzugs bei einer Vertretbarkeitskontrolle der behördlichen Einschätzung, da hinsichtlich der Wahl der Methode zur Ermittlung des Risikos und hinsichtlich der Risikoeinschätzung ornithologische Kriterien maßgeblich seien, für die „allgemein anerkannte standardisierte Maßstäbe und rechenhaft handhabbare Verfahren“ bzw. „standardisierte Erfassungsmethoden“ fehlten.⁴⁵ Die Vorhabenträgerinnen griffen mit ihrer Verfassungsbeschwerde die ver-

42 BVerwG, Urt. v. 9.7.2008 – 9 A 14/07, NVwZ 2009, 302 (308); zu den Ursprüngen der Figur der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative im Kontext der Eingriffsregelungen *Gellermann*, NuR 2014, 597 (597) m. w. N. Die Unvertretbarkeit nachzuweisen gelingt in der Praxis nur selten, da es nicht ausreicht, die Vertretbarkeit einer anderen Methode darzulegen, *Kahl*, Objektive Grenzen (Fn. 39), S. 167 (169).

43 So in Bezug auf das Bundesverwaltungsgericht *Berkemann*, Sinn und Funktionsgrenzen des Rechtsschutzes im Umweltrecht, in: Klopfer (Hrsg.), Rechtsschutz im Umweltrecht, 2014, S. 14 (31).

44 Zum Verwaltungsverfahren VG Halle, Urt. v. 25.11.2008 – 2 A 4/07 HAL, juris Rn. 1 ff.

45 OVG Magdeburg, Urt. v. 26.10.2011 – 2 L 6/09, NuR 2012, 196 (200); BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40/11, NVwZ 2014, 524 (525).

kürzte gerichtliche Kontrolle an und machten eine Verletzung in Art. 19 Abs. 4 GG mit der Begründung geltend, dass das Verhalten des Rotmilans hinreichend erforscht und eine Berechnung über die Höhe der statistischen Wahrscheinlichkeit einer Kollision möglich sei.⁴⁶

Das Bundesverfassungsgericht stellte keine Grundrechtsverletzung fest, lehnte jedoch das Erklärungsmodell der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative für den vorliegenden Fall ab. Die Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle folge nicht aus einer gesetzlichen Ermächtigung, sondern aus der bloßen Tatsache, dass es an einem verlässlichen Erkenntnisstand naturschutzfachlicher Wissenschaft und Praxis fehle, und damit der gerichtlichen Kontrolle „objektive Grenzen“ gesetzt seien.⁴⁷ Aufgrund der objektiven Unmöglichkeit, „den Sachverhalt vollständig aufzuklären und eine abschließende Überzeugung davon zu gewinnen, ob das Ergebnis der Entscheidung der Behörde richtig oder falsch ist“,⁴⁸ sei es mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar, lediglich eine Plausibilitätskontrolle der behördlichen Entscheidung vorzunehmen.⁴⁹ Denn unabhängig davon, ob das Gericht zur gleichen Einschätzung gelangte wie die Behörde oder nicht, seien beide Einschätzungen stets mit Unsicherheit behaftet, und eine eigene Einschätzung des Gerichts daher nicht zu rechtfertigen.⁵⁰

2. Die gerichtliche Wahrnehmung von Wissen und Wissensgenerierung

Der Verwendung von Wissen liegen Annahmen über Wissen selbst und seiner Generierung zugrunde, die den Umgang mit Wissen beeinflussen.⁵¹ Wie über Wissen nachgedacht wird, genauer, welche Bedingungen vorliegen müssen, um von Wissen sprechen zu können, hat daher auch Einfluss auf konkrete verwaltungsrechtliche Fragen, etwa wie mit administrativen Spielräumen umzugehen ist.⁵² Grundannahmen über Wissen

46 Zum Vortrag der Beschwerdeführerinnen, BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, BVerfGE 149, 407 (411).

47 Inwiefern hiermit eine neue Rechtsfigur begründet wird und wie diese rechtsdogmatisch zu verorten ist, stv. für viele *Dolde*, NVwZ 2019, 1567.

48 BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, BVerfGE 149, 407 (413).

49 BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, BVerfGE 149, 407 (413 f.).

50 BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, BVerfGE 149, 407 (415).

51 *Grosche*, Fehlbarkeit von Wissen. Wissen über (Nicht-)Wissen und staatliche Entscheidungen, in: Münkler (Hrsg.), Dimensionen (Fn. 4), S. 27 (28 - 29) bezugnehmend auf das Ideengerüst *Karl Poppers*.

52 Zu dem fortbestehenden Forschungsbedarf über das Verständnis von Wissen im Recht, insb. im Zhg. mit konkreten Streitfragen *Münkler*, Wissen (Fn. 4), S. 3

liegen auch dem „Rotmilan-Beschluss“ zugrunde, der als „Grundsatzentscheidung über den Umgang mit Fällen der Unaufklärbarkeit des Sachverhalts mangels gefestigter wissenschaftlicher Erkenntnisse“⁵³ einzuordnen ist. Diesen Grundannahmen wird im Folgenden nachgespürt.

a) *Die Wissenschaft als eindeutige Erkenntnisgeberin*

Der Beschluss ist im Hinblick auf Wissensbestände geprägt durch das Register von „richtig und falsch“, „Richtigkeit“ und „unrichtig“. Des Weiteren benutzt das Gericht besonders häufig den Begriff „eindeutig“, und zwar wie folgt: „eindeutige Antwort“, „eindeutige wissenschaftliche Erkenntnis“ und „eindeutiger Erkenntnisgeber“.⁵⁴ Den Begriff des Wissens selbst gebraucht das Gericht nur im Zusammenhang mit „privatem Fachwissen“, wobei auch in Bezug auf die Beurteilung von „richtig und falsch“ von „Gewissheit“ gesprochen wird. Der häufige Verweis auf die Eindeutigkeit der Erkenntnisse und die Bezugnahme von „richtig und falsch“ und „Gewissheit“ auf der einen Seite und „Plausibilität“ auf der anderen Seite sind Ausdruck eines antagonistischen Verständnisses von Wissensbeständen. Entweder die Wissenschaft weiß etwas oder sie weiß es eben nicht. Dies führte im vorliegenden Fall zu der Schlussfolgerung, dass, wenn es die Fachwissenschaft nicht wisse, es auch die Behörden und Gerichte nicht wissen – und damit auch nicht entscheiden – können.⁵⁵

Vor dem Hintergrund der bereits vorgestellten Erwägungen über Wissensgenerierung und Wissen erscheint aber eine differenziertere Betrachtung notwendig, und zwar insbesondere aufgrund der Ubiquität und der Instabilität der Wissensgenerierung. Hiernach kann die Wissenschaft nicht immer eindeutige Ergebnisse liefern, weil die Wissensgenerierung von einer Entwicklung abhängig ist, die nur selten zu einem Abschluss der

(5 ff.) und explizit im Hinblick auf das Gewaltenteilungsverhältnis und Fragen der gerichtlichen Kontrolldichte, S. 21.

53 *Kahl*, Objektive Grenzen (Fn. 39), S. 167 (168).

54 BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, BVerfGE 149, 407 (415, 417, 418), zurückgehend auf bundesverwaltungsgerichtliche Urteile, die die Einschätzungsprärogative mit dem Versagen der „ökologische[n] Wissenschaft [...] als eindeutiger Erkenntnisgeber[in]“ rechtfertigten, BVerwG, Urt. v. 9.7.2008 – 9 A 14/07, NVwZ 2009, 302 (308); BVerwG, Urt. v. 27.6.2013 – 4 C 1/12, KommJur 2013, 394 (397).

55 Auf den damit einhergehenden Widerspruch hinweisend, dass danach zwar nicht das Gericht, aber die Behörde „ins Blaue“ hinein entscheiden müsste, *Gassner*, DVBl 2019, 1370 (1372).

wissenschaftlichen Betrachtung führt.⁵⁶ In der Regel werden durch die wissenschaftliche Bearbeitung neue Fragen aufgeworfen. Dies stellt das Postulat einer endgültigen Antwort grundlegend in Frage.⁵⁷ Erkenntnisunsicherheiten sind in jedem wissenschaftlichen Diskurs der Normalfall und nicht die Ausnahme und eignen sich daher nicht als Legitimation der Beschränkung gerichtlicher Kontrolle.⁵⁸

b) Wissenschaftliche Erkenntnisse als wertfreie Erkenntnisse

Der strikten Trennung zwischen naturschutzfachlicher Einschätzung und wertender normativer Konkretisierung im Falle des Signifikanzkriteriums hinsichtlich des Risikos der Tötung geschützter Arten⁵⁹ liegt zudem das unterkomplexe Verständnis zugrunde, dass wissenschaftliche Erkenntnisse aufgrund ihrer Tatsachenbezogenheit wertfrei sind. Damit erfolgt eine fragwürdige Gleichsetzung von wissenschaftlicher Forschung bzw. sachverständiger Begutachtung und Wertungsfreiheit, die die normative Dimension von Wissen außer Acht lässt.⁶⁰

Die Beeinflussung fachwissenschaftlicher Wissensgenerierung ist vielfältig. Jenseits etwaiger Erwägungen zur Beeinflussung von Wissenschaft und Forschung durch die Auftraggeber:innen stellt schon allein die Fragestel-

56 Zur Komplexität der Wissensgenerierung im wissenschaftlichen Kontext *Trute*, Wissen (Fn. 9), S. 11 (31): „Dies erfolgt in überlappenden Netzwerken von wissenschaftlichen Gemeinschaften, in denen bestimmte Wissensbestände, Methoden, Fragestellungen, spezifiziertes Nichtwissen, für Anschlussfragen fruchtbar gemacht werden, deren Ergebnisse wiederum in Kommunikationen zunächst mit allgemeinen Beständen verglichen, geprüft, verworfen und modifiziert werden“.

57 Der Trend der Naturwissenschaften, gesichertes Wissen (reliable knowledge) bereitzustellen, verleitet zur Marginalisierung noch nicht gefestigter Beobachtungen und ist überdies getragen „von der fortschrittsoptimistischen Annahme, Nichtwissen sei immer nur vorläufiges Noch-Nicht-Wissen, das im Laufe der Zeit in neues Wissen überführt werden könnte“, *Voßkuhle*, Expertise (Fn. 1), S. 637 (652). *Voßkuhle* plädiert daher für die Ergänzung des Ideals des reliable knowledge um eine „reflektierte ‚Kultur der Unsicherheit‘, die Nichtwissen [...] zum zentralen Bestandteil der Selbstwahrnehmung der Wissenschaft macht“ (653).

58 *Brandt*, ZNER 2019, 92 (93).

59 Eindeutig unter Bezugnahme der Argumentation des OVG, BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, BVerfGE 149, 407 (420).

60 Zur „Unreinheit“ von Wissen *Münkler*, Wissen (Fn. 4), S. 3 (10): Wissen „durchbricht [...] zwingend die noch immer rechtswissenschaftlich vielfach hochgehaltene Trennung von tatsachen- bzw. gegenstandsbezogenen Aussagen auf der einen und Wertungen auf der anderen Seite“.

lung, die einer wissenschaftlichen Erhebung zugrunde liegt, Weichen für das Ergebnis. Selbst wenn die Fragestellung nicht von den Geldgeber:innen formuliert ist, bleibt sie eingebettet in ein wertorientiertes Denken.⁶¹ Auch die Auswahl und Anwendung einer Methodik von vielen kann die wissenschaftliche Untersuchung in eine bestimmte Richtung lenken, ganz zu schweigen von den Schlüssen, die letztlich aus den Ergebnissen der Untersuchung gezogen werden.⁶²

Zugleich ist das Ermitteln der tatsächlichen Umstände im vorliegenden Kontext normativ geprägt.⁶³ Die Frage nach der signifikanten Erhöhung des Tötungsvorkommens einer bestimmten Art durch ein Vorhaben gibt den „Erkenntnisgebern“ eine Prognoseentscheidung auf, die die Abfolge der naturschutzfachlichen Prüfung bereits vorzeichnet. Konkret müssen die Entscheidenden eine ökologische Bestandsaufnahme vornehmen und diese bewerten; sodann sind mögliche Betroffenheiten zu quantifizieren und etwaige individuen- oder populationsbezogene Wirkungen zu beurteilen. Schließlich sind ökologische Wirkungszusammenhänge zu beachten.⁶⁴ Der Sachverständigenauftrag ist also normativ vorgezeichnet und damit auch die Sachverständigenantwort, die umgekehrt Einfluss hat auf die konkrete Auslegung des jeweils auszufüllenden unbestimmten Rechtsbegriffs.⁶⁵

61 Zur Bedeutung der gesellschaftlichen Einbettung von Wissenspraktiken und der „sozialen Epistemologie“ sowie zu „sozialen Kontextgebundenheiten und kulturellen Normalitätsunterstellungen“, die in wissenschaftliches Wissen einfließen, *Vesting*, *Krise des gemeinsamen Wissens* (Fn. 3), S. 61 (64 – 68).

62 In diesem Zhg. auf wissenschaftssoziologische Betrachtungen verweisend, wonach Forschungsergebnisse das „Resultat eines vielschichtigen Selektionsprozesses sind, der jedenfalls zum Teil auf ungesicherten Annahmen, persönlichen Vorverständnissen, speziellen Forschungsbedingungen und anderen externen Faktoren beruht“, *Voßkuhle*, *Expertise* (Fn. 1), S. 637 (639 und 649 ff.).

63 Bzgl. der „Verschleifung von kognitiven und normativen Elementen“ *Münkler*, *Wissen* (Fn. 4), S. 3 (9).

64 *Berkemann*, *Funktionsgrenzen* (Fn. 43), S. 14 (28).

65 Für einen Versuch der Trennung von durch Sachverständige zu stützende Elemente des Auslegungsvorgangs und genuin juristischen Aufgaben *Hofmann*, *Externer Sachverstand im Verwaltungsverfahren*, in: *Spiecker gen. Döhmman/Collin* (Hrsg.), *Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts*, 2008, S. 176 (177 - 185).

c) *Nichtwissen als nur vorläufiges Noch-Nicht-Wissen*

Die Wortwahl des Bundesverfassungsgerichts („Erkenntnislücken“, „Erkenntnisvakuum“, „Erkenntnisdefizit“ und „objektiv unzureichende Erkenntnislage“)⁶⁶ ist insofern irreführend, als der Eindruck eines generellen Mangels an Wissen entsteht. Tatsächlich ist das Gegenteil der Fall. Es mangelt nicht grundsätzlich an Forschungsvorhaben und gezieltem Wissenserwerb, sondern an der Systematisierung der zahlreichen Forschungsergebnisse und ihrer verlässlichen Einordnung und Standardisierung.⁶⁷

Auch die bundesverwaltungsgerichtliche Begründung zur Rechtfertigung der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative war stets getragen von dem Verweis auf das Fehlen untergesetzlicher Konkretisierung.⁶⁸ Insofern unterscheidet sich die Entscheidungssituation des Artenschutzrechts aber nicht grundlegend von dem Entscheiden unter Unsicherheit in sonstigen, etwa immissionsschutzrechtlichen Konstellationen. Zum einen wird wie dargestellt auch im Bereich Luft und Lärm die Wissensintegration in weiten Teilen dem Feld des Informellen überlassen.⁶⁹ Zum anderen geht der Schluss fehl, dass ein bestehender untergesetzlicher Normapparat auf die wissensbasierte Durchdringung einer Materie hindeutet. Auch immissionsschutzrelevanten Entscheidungen lagen nicht immer letztgültige fachwissenschaftliche Erkenntnisse zugrunde und auch hier gibt es Bereiche, in denen auch heute noch hinreichende wissenschaftliche Erkenntnisse fehlen, und zwar nicht nur in Bezug auf Fragen, die noch nicht erforscht sind und bezüglich derer ein Wissenserwerb noch aussteht, sondern auch in Bezug auf Wissensbestände, die dauerhaft nicht zu durchdringen sind.⁷⁰

Der Unterschied hinsichtlich der Wissensbestände liegt hier allenfalls darin, dass aufgrund von politischen Entscheidungen das Nichtwissen im Wege von Standardisierung⁷¹ überwunden worden ist. Dies ist im Hinblick auf jegliches umweltrelevante Fachgebiet denkbar, denn die unter-

66 BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, BVerfGE 149, 407 (414, 416, 417, 418).

67 Vgl. nur die Auswertung der bestehenden 145 Dokumente durch *Wulfert/Lau et. al.* (Fn. 23), die im Übrigen schon von einer ausreichenden Standardisierung in einzelnen Themenbereichen ausgehen, S. 36 und S. 47 - 48.

68 Vgl. für das vorliegende Verfahren BVerwG, Urt. v. 21.11.2013 – 7 C 40/11, NVwZ 2014, 524 (525).

69 S. oben S. 5 f.

70 *Hoffmann-Riem*, Innovation (Fn. 1), S. 159 (174); *Vesting*, Krise des gemeinsamen Wissens (Fn. 3), S. 61 (67 – 68).

71 *Spiecker gen. Döhmann*, Staatliche Entscheidungen (Fn. 14), Teil 2, 2. Kap., C, III.

gesetzliche Konkretisierung orientiert sich zwar an wissenschaftlichen Erkenntnissen, übernimmt diese aber nicht Ein-zu-Eins. Beispielsweise gibt es Stoffe, für deren Auswirkungen keine Dosis-Wirkungs-Beziehung, sondern nur eine Dosis-Häufigkeits-Beziehung angegeben werden kann.⁷² Die Festsetzung eines Grenzwertes muss sich dann zwangsläufig auch anhand sonstiger Erwägungen orientieren. Darüber hinaus fließen selbst im Falle eindeutiger Dosis-Wirkungs-Relationen politische Wertungen und Verhältnismäßigkeitserwägungen in die Standardisierung mit ein, und zwar insbesondere im Hinblick darauf, welches Maß an gesundheitlichen oder Umweltbelastungen auf der einen und welches Maß an Beschränkung wirtschaftlicher Betätigung auf der anderen Seite noch zumutbar ist.

3. Die problematischen Folgen des Beschlusses

Das Bundesverfassungsgericht hat diese epistemologischen Erwägungen außen vor gelassen und als Lösungsweg die Plausibilitätskontrolle gewählt, die die folgenden Probleme nach sich zieht.

a) Unklare Prüfmaßstäbe

Einheitliche Maßstäbe für die als Plausibilitätskontrolle beschriebene reduzierte Prüfung fehlen und nähren die Befürchtung, dass aufgrund der nur überschlägigen Prüfung, „ob ein Vortrag [...] einleuchtend oder nachvollziehbar ist“, Rechtsmängel nicht erkannt werden.⁷³ Denn wann liegt Plausibilität vor und wann nicht? An welchem Wahrscheinlichkeitsgrad von Überzeugung der Plausibilitätsmaßstab ansetzt, ist zudem schwierig zu konkretisieren, weil auch in der Wissenschaft die Begriffsbedeutung unklar ist und von der Bewertung des Plausibilitätsbegriffs als Gegenbegriff zur Wahrheit bis zu der Einordnung der Plausibilität zwischen Absurdität und Offenkundigkeit reicht.⁷⁴ Zwar gehen Teile der Literatur im

72 Es ist bspw. für einige kanzerogene Stoffe nicht möglich zu bestimmen, ab welchem Wert eine Gefährdung eintritt, sondern nur, dass mit der zugeführten Dosis eines Kanzerogens die Wahrscheinlichkeit steigt, an Krebs zu erkranken, vgl. Gerhardt, NJW 1989, 2233 (2236), der in diesem Zusammenhang den Begriff der „Nicht-Schwellen-Stoffe“ verwendet.

73 Beckmann, Plausibilität als richterlicher Kontrollmaßstab, in: Gärditz/Keller/Niesler (Hrsg.), Kontrollauftrag (Fn. 39), S. 13 (16).

74 Beckmann, Plausibilität (Fn. 73) S. 13 (17) m. w. N.

Anschluss an den „Rotmilan-Beschluss“ davon aus, dass die verwaltungsgerichtliche Kontrolle nunmehr umfangreicher ausfallen dürfte.⁷⁵ Diese Einschätzung erscheint allerdings insofern fernliegend, als die Plausibilitätsprüfung gerade als Gegenmodell zur Vollprüfung gewählt wurde und dem pragmatischen Bedürfnis einer Zurücknahme gerichtlicher Kontrollintensität dient, sodass zu befürchten steht, dass sich die Gerichte einer weiteren Sachverhaltsaufklärung entziehen oder gar ihre Rechtsprüfung unzulässig verkürzen.⁷⁶

Problematisch ist hierbei insbesondere, dass es im Ermessen der Gerichte liegt, das Vorliegen der Voraussetzung für eine Plausibilitätskontrolle zu bejahen, und es auch hierfür keine Maßstäbe gibt. Denn darüber, wann ein akzeptierbares Maß an wissenschaftlichem Konsens erreicht ist, das die Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle ausschließt, hat das Bundesverfassungsgericht keine Aussage getroffen.

In Anerkennung des oben dargelegten epistemischen Spektrums ist außerdem der von der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung übernommene, aber gleichwohl nicht zwingende Ankerpunkt der „allgemeinen Anerkennung wissenschaftlicher Maßstäbe und Methoden“ zu hinterfragen. Dieser findet im Gesetzeswortlaut des § 44 Abs. 1 BNatSchG keine Grundlage, denn eine technische Generalklausel ähnlich der „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ sieht das Gesetz im Naturschutzrecht nicht vor. Wie dargestellt gibt es fachwissenschaftliche Bereiche, die auf unbestimmte Zeit letzt- oder allgemeingültigen wissenschaftlichen Aussagen verschlossen bleiben oder in denen bislang einzelne Forschungsvorhaben auch nur annähernd Antworten geben können. Anhand der insofern verkürzten Ausführungen durch das Bundesverfassungsgericht gehen die Verwaltungsgerichte aber auf die Suche nach etwas, das es im Zweifel gar nicht gibt, und zwar nach einem „allein vertretbaren methodischen und maßstabbildenden Ansatz“⁷⁷.

75 Eichberger, NVwZ 2019, 1560 (1565 - 1566) zu der Prüfung, ob es tatsächlich an allgemein anerkannten Maßstäben fehlt, das Erkenntnisdefizit zum Zeitpunkt der Entscheidung noch besteht, die auf dieser Grundlage gewonnen Erkenntnisse der Behörde plausibel sind und ob die Behörde den allgemeinen Vorgaben der ordnungsgemäßen Entscheidungsfindung genügt, S. 1565.

76 So auch *Kabl*, Objektive Grenzen (Fn. 39), S. 167 (180).

77 OVG Koblenz, Urt. v. 6.10.2020 – 1 A 11357/19.OVG, juris Rn. 82.

Hier ist dann die Fülle an unverbindlichen informellen Papieren, wie sie eigentlich jedes umweltrechtliche Fachgebiet kennt, kein Hinweis auf einen mangelnden gesicherten Kenntnisstand.⁷⁸

b) Zunehmender Einfluss durch nicht regulierten Sachverstand

Der durch das Bundesverfassungsgericht befürchtete „ungesteuert weitreichende Einfluss auf staatliche Entscheidungen“⁷⁹ durch privates Fachwissen könnte durch den Beschluss gerade noch begünstigt werden. Nicht die private Wissensgenerierung selbst ist problematisch, denn der Austausch des Staates mit privaten Forschungseinrichtungen und Unternehmen ist ein wichtiger Bestandteil der fortlaufenden Wissensgenerierung.⁸⁰ Als bedenklich ist es jedoch zu bewerten, wenn im Rahmen des Rechtsvollzugs einzelne Gutachter:innen entscheidend Einfluss auf die staatliche Entscheidung nehmen, ohne dass sich im Streitfall eine gerichtliche Prüfung anschließt.

Die Kontrolle der behördlichen Entscheidung ist eine Kontrolle auch der Sachverständigenaussagen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Behörde nicht viel eigene Expertise beiträgt, sondern sich auf die von den Vorhabenträger:innen eingeholten Sachverständigengutachten verlässt.⁸¹ Durch die hier dargestellte unabdingbare Verknüpfung von normativen und wissenschaftlichen Fragen bestimmen so die Gutachter:innen die Auslegung des Gesetzes.⁸² Diese Beobachtung gilt unabhängig davon, ob sie ihr Gutachten zugunsten ihrer Auftraggeber:innen formulieren oder nicht. Eine trichterförmige Überprüfung, ob die Sachverhaltsermittlung wissenschaftlichen Maßstäben gerecht geworden ist, ist deshalb wichtig.⁸³

78 So aber OVG Koblenz, Urt. v. 6.10.2020 – 1 A 11357/19.OVG, juris Rn. 142: „Dieses Meinungsspektrum belegt jedoch, dass sich insoweit bis dato kein gesicherter Stand der Wissenschaft herausgebildet [...] hat.“

79 BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, BVerfGE 149, 407 (416).

80 Zur Verlagerung wissensbezogener Aufgaben auf Private *Hoffmann-Riem*, Innovation (Fn. 1), S. 159 (176 – 178) und *Stoll*, Wissensarbeit als staatliche Aufgabe, in: Spiecker gen. Döhmman/Collin (Hrsg.), Generierung (Fn. 65), S. 34 (42-43).

81 *Brandt*, NuR 2013, 482 (484); *Gellermann*, NuR 2014, 597 (597).

82 *Beckmann*, Plausibilität (Fn. 73), S. 13 (21), der den Verzicht auf die Vollkontrolle an der „Schwelle zwischen einer beschränkten Kontrolle der erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen und der Gesetzesauslegung“ verortet.

83 Hinweisend auf die elementare Bedeutung des Austausches im Gerichtssaal, der erst ein „tieferes Verständnis“ des Gerichts ermöglicht, *Brandt*, ZNER 2019, 92 (93); zur wichtigen Funktion des Gerichts, durch die richterliche Unabhängigkeit

Dass vor diesem Hintergrund die prognostische Entscheidung nicht den Sachverständigen überantwortet werden kann, wird durch die Vergegenwärtigung ihrer Rolle im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren deutlich. Sie sind Helfer:innen des Gerichts, die durch ihren speziellen Sachverstand einen Teil der Entscheidungsgrundlage aufbereiten und für das Gericht verständlich machen.⁸⁴ Sie geben jedoch keine endgültigen und allumfassenden Antworten, an die sich das Gericht im Sinne der Maxime „*da mihi factum, dabo tibi ius*“ binden könnte.⁸⁵

IV. Fazit

Solange eine untergesetzliche Maßstabsbildung fehlt oder aus anderen Gründen das sich stetig wandelnde Wissen nicht zeitnah in das normative Konzept des Rechts integriert wird, sind sowohl Behörden als auch Gerichte herausgefordert, sich den damit einhergehenden Unsicherheiten im Umgang mit Wissen zu stellen. Zwar ist es nicht Aufgabe der Gerichte, „fachwissenschaftliche Erkenntnislücken selbständig zu schließen“ oder „über Ermittlungen im Rahmen des Stands der Wissenschaft hinaus Forschungsaufträge zu erteilen“,⁸⁶ sie dürfen sich aber auch nicht dem wissenschaftlichen Diskurs verschließen, der über die normative Rezeption wissenschaftlicher und technischer Fragen in das Recht hineinragt und integraler Bestandteil einer modernen Rechtsordnung ist. Im System der Integration fachwissenschaftlicher Wissensbestände in das Recht gewährleistet die gerichtliche Rezeption von außerrechtlichen Standards eine verlässliche und einheitliche Rechtsausfüllung und -anwendung.⁸⁷ Ein „arbeitsteiliges, stark prozedural-diskursives Verhältnis zwischen Gesetzgebung, Exekutive, Justiz und Wissenschaft“⁸⁸, das die Rechtsprechung im

Distanzverlusten der Behörde oder sonstigen Stellen entgegenzuwirken und die Streitigkeit zu befrieden, *Sachs*, DVBl 2020, 311 (315).

84 *Rudisile* (Fn. 29), § 98 Rn. 101; *Sendler*, NJW 1986, 2907 (2908); BVerfG, Beschl. v. 16.12.1992 – 1 BvR 167/87, BVerfGE 88, 40 (59 f.).

85 *Berkemann*, Funktionsgrenzen (Fn. 43), S. 14 (20).

86 BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, BVerfGE 149, 407 (414).

87 Zu dem durch unbestimmte Rechtsbegriffe angestoßenen und auf „wechselseitige Erhellung“ zwischen Behörde und Gericht angewiesenen, induktiven Prozess der Rechtsfindung und der mit dem Gerichtsverfahren „idealtypisch“ einhergehenden Verwirklichung von Rationalität *Gassner*, DVBl 2019, 1370 (1372 - 1373).

88 *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 19 Abs. 4 Rn. 205.

Technikrecht seit jeher kennzeichnet, ist vor dem Hintergrund der Herausforderungen der modernen Wissensgenerierung aufrechtzuerhalten.

