

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1541

Aufgaben- und Leistungsgrenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Zur Dogmatik administrativer Letztentscheidungsbefugnisse
unter Berücksichtigung des bundesverfassungsgerichtlichen
Rotmilan-Beschlusses

Von

Lennart Marquard



Duncker & Humblot · Berlin

LENNART MARQUARD

Aufgaben- und Leistungsgrenzen
der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1541

Aufgaben- und Leistungsgrenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Zur Dogmatik administrativer Letztentscheidungsbefugnisse
unter Berücksichtigung des bundesverfassungsgerichtlichen
Rotmilan-Beschlusses

Von

Lennart Marquard



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen
hat diese Arbeit im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-19252-6 (Print)
ISBN 978-3-428-59252-4 (E-Book)
Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2023/24 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im September 2022 fertiggestellt. Auf diesem Stand sind auch Rechtsprechung und Literatur.

Großer Dank gebührt zuallererst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Thomas Mann, für die unterstützende Begleitung, das große Vertrauen in mich und meine Fähigkeiten und all die mir eingeräumten Freiheiten. Frau Prof. Dr. Angela Schwerdtfeger danke ich für die Zweitbegutachtung und die wertvollen Anregungen, die in die veröffentlichte Fassung Eingang finden konnten. Dem Verlag Duncker & Humblot danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe und die Begleitung der Veröffentlichung.

Die Anfertigung dieser Arbeit wäre mir nicht gelungen ohne die großartige Unterstützung all derjenigen Menschen, die mir in diesem Lebensabschnitt und darüber hinaus zur Seite standen und stehen. Für fachlichen Austausch und fleißiges Korrekturlesen danke ich insbesondere Jakob Eh, Sina Fontana und Ronja Westermeyer. Diese Arbeit wird für immer mit der schönen Zeit am Lehrstuhl verbunden sein, für die ich der gesamten „Mannschaft“ danke. Meiner Familie und vor allem meinen Eltern danke ich für den bedingungslosen Rückhalt in allen Lebenslagen. Lennart Schott danke ich neben der unermüdlichen Ermutigung für jene Momente, in denen ich während der Entstehung Ablenkung finden konnte.

Hamburg, im April 2024

Lennart Marquard

Inhaltsübersicht

Einführung: Vom Flügelschlag des Rotmilans und seinen Auswirkungen: Ein Blitzschlag im Gewölbe des Rechtsstaats?	19
---	-----------

Erster Teil

Administrative Letztentscheidungsbefugnisse	25
A. Zur Begrifflichkeit: Administrative Letztentscheidungsbefugnisse	26
B. Rechtfertigungsbedürftigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse: Der Grundsatz der Vollkontrolle	27
C. Rechtfertigungsfähigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse	36
D. Kategoriale Systematik und Sachgründe administrativer Letztentscheidungsbefugnisse	45
E. Funktionsgrenzen der Rechtsprechung: Die Hintertür?	100
F. Fazit: Administrative Letztentscheidungsbefugnisse	111

Zweiter Teil

Der Rotmilan-Beschluss und seine Folgen: Administrative Letztentscheidungsbefugnisse ohne normative Ermächtigung	113
A. Ausgangspunkt: Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot	113
B. Rotmilan-Verfahren	119
C. Rezeption des Rotmilan-Beschlusses in der Rechtswissenschaft	126
D. Rezeption des Rotmilan-Beschlusses in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung: Rechtsprechungsanalyse	133
E. Definition außerrechtlicher wissenschaftlicher Erkenntnisdefizite	160
F. Unvereinbarkeit mit der normativen Ermächtigungslehre	162
G. Fazit: Letztentscheidungsbefugnisse ohne normative Ermächtigung sind Realität ...	164

Dritter Teil

Aufgaben- und Leistungsgrenzen als neue Theorie verwaltungsgerichtlicher Kontrolldichte	166
A. Die Unvollkommenheit der normativen Ermächtigungslehre	166
B. Neuordnung: Aufgaben- und Leistungsgrenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit	170
C. Folgen	196
Schluss: Von Ermächtigung zu Steuerung: Der lange Flügelschlag des Rotmilans	209
Zusammenfassung in Thesen	211
Literaturverzeichnis	218
Stichwortverzeichnis	228

Inhaltsverzeichnis

Einführung: Vom Flügelschlag des Rotmilans und seinen Auswirkungen: Ein Blitzschlag im Gewölbe des Rechtsstaats?	19
---	-----------

Erster Teil

Administrative Letztentscheidungsbefugnisse	25
A. Zur Begrifflichkeit: Administrative Letztentscheidungsbefugnisse	26
B. Rechtfertigungsbedürftigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse: Der Grundsatz der Vollkontrolle	27
I. Der Grundsatz der Vollkontrolle in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	28
II. Der Grundsatz der Vollkontrolle in der Rechtswissenschaft	29
III. Der Grundsatz der Vollkontrolle als Ausfluss der Menschenwürde	30
IV. Der Grundsatz der Vollkontrolle als Schutz kollektiver Selbstbestimmung	32
V. Der Grundsatz der Vollkontrolle als Verwirklichung des Rechtsstaates	33
VI. Der Grundsatz der Vollkontrolle als grundlegende Funktion der dritten Gewalt	34
VII. Zusammenfassung: Grundgesetzliche Wurzeln des Grundsatzes der Vollkontrolle	36
C. Rechtfertigungsfähigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse	36
I. Die normative Ermächtigungslehre als grundlegende Rechtfertigungsidee	37
II. Kritik an der normativen Ermächtigungslehre: Funktionell-rechtlicher Ansatz als konkurrierende oder ergänzende Idee?	40
III. Tatbestandliche Abwägung als Alternativmodell	42
IV. Zwischenergebnis: Verbleibende Zweifel trotz grundsätzlicher Überzeugungskraft	43
D. Kategoriale Systematik und Sachgründe administrativer Letztentscheidungsbefugnisse	45
I. Kategorien nach etablierter Systematik	46
1. Allgemeines Verwaltungsermessen	46
2. Gestaltungsfreiheit des Ordnungsgebers	48
3. Planungsermessen	49
4. Regulierungsermessen	51
5. Beurteilungsspielraum	55

II.	Beurteilungsspielraum: Historische Entwicklung	56
	1. Lehre vom Beurteilungsspielraum	56
	2. Vertretbarkeitslehre	57
	3. Gemeinsamkeiten	57
	4. Aufnahme in der Rechtsprechung	58
	5. Aufnahme in der Rechtswissenschaft	58
III.	Systematisierung von Beurteilungsspielräumen	60
	1. Beurteilungsspielräume bei Prüfungsentscheidungen	60
	a) Entwicklung in der Rechtsprechung	61
	b) Die Fallgruppe in der Literatur	62
	c) Zusammenfassung: Sachgründe	64
	2. Beurteilungsspielräume bei beamtenrechtlichen Beurteilungen	64
	a) Entwicklung in der Rechtsprechung	64
	b) Die Fallgruppe in der Literatur	65
	c) Zusammenfassung: Sachgründe	66
	3. Beurteilungsspielräume aufgrund besonderer organisatorischer Ausgestaltung der behördlichen Entscheidungsfindung („Gremienspielräume“)	66
	a) Entwicklung in der Rechtsprechung	66
	b) Die Fallgruppe in der Literatur	69
	c) Zusammenfassung: Sachgründe	70
	4. Beurteilungsspielräume bei (politischen) Prognoseentscheidungen und Risikobewertungen	71
	a) Entwicklung in der Rechtsprechung	71
	aa) Prognoseentscheidungen	71
	bb) „Politische“ Entscheidungen	72
	cc) Risikobewertungen	74
	b) Die Fallgruppe in der Literatur	76
	c) Zusammenfassung: Sachgründe	77
	5. Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogativen	78
	a) Entwicklung in der Rechtsprechung	78
	aa) Schutzgebiete	78
	bb) Eingriffsregelungen	80
	cc) Besonderer Artenschutz	81
	b) Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogativen in der Literatur	83
	c) Zusammenfassung: Sachgründe	84
	6. Im Wortlaut eindeutig angelegte Beurteilungsspielräume	84
	a) Kartellrecht	85
	b) Telekommunikationsrecht	85
	c) Umweltverträglichkeitsprüfung	86
	d) Fazit	87

7. Zusammenfassung: Sachgründe in der Fallgruppensystematik	87
IV. Tragfähigkeit einer sachgrundorientierten Systematik	88
1. Wertende Elemente	89
2. Eingrenzung: Höchstpersönlichkeit der Bewertung?	91
3. Prognosecharakter	91
4. Komplexität	92
5. Fachliche Entscheidungen	93
6. Fachkundiges/pluralistisch besetztes Entscheidungsorgan/besondere Behördenorganisation	93
7. Risikoverantwortung i. V.m. funktionalen Erwägungen	93
8. Vergleichsrahmen und Prüferfahrung i. V.m. Grundsatz der Chancengleichheit	94
9. Nichtreproduzierbarkeit der Entscheidungsgrundlage	94
10. Planerische Elemente	95
11. Politisch determinierte Entscheidungen	95
12. Zusammenfassung: Sachgrundorientierte Systematisierung nur bedingt tauglich	97
V. Zusammenfassung: Kategorien der Letztentscheidungsbefugnisse und ihre Sachgründe	98
E. Funktionsgrenzen der Rechtsprechung: Die Hintertür?	100
I. Funktionsgrenzen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	100
II. Funktionsgrenzen in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	103
1. Atomrechtlicher Funktionsvorbehalt	103
2. Rezeption der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	104
3. Tatsächliches Erreichen der Funktionsgrenzen	105
4. Begriffsverständnis des Bundesverwaltungsgerichts	106
III. Funktionsgrenzen in der Literatur	108
1. Begriffsverständnis der Literatur	108
2. Verhältnis zur normativen Ermächtigungslehre	109
3. Fazit: Verbleibende Desiderata	109
IV. Funktionsgrenzen und normative Ermächtigungslehre	110
V. Zusammenfassung: Funktionsgrenzen der Rechtsprechung	111
F. Fazit: Administrative Letztentscheidungsbefugnisse	111

Zweiter Teil

Der Rotmilan-Beschluss und seine Folgen: Administrative Letztentscheidungsbefugnisse ohne normative Ermächtigung 113

A. Ausgangspunkt: Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot	113
I. Vogelschutz- und FFH-Richtlinie	114

II.	Umsetzung im BNatSchG	115
1.	Kein subjektives Tatbestandsmerkmal	116
2.	Signifikanzansatz	117
3.	Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative	118
III.	Zusammenfassung	118
B.	Rotmilan-Verfahren	119
I.	Vorhaben: Nördliches Harzvorland	119
II.	Vorhaben: Östliches Harzvorland	121
III.	Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts	122
1.	Unzulässigkeit wegen Subsidiarität	122
2.	Verfassungsmäßigkeit der Kontrolldicherücknahme	123
3.	Verbleibender Prüfungsmaßstab: Stufenmodell	124
4.	Anwendbarkeit auf das artenschutzrechtliche Tötungsverbot	125
5.	Verhältnis von Beurteilungsspielraum und Einschätzungsprärogative zur Kontrolldicherücknahme durch Erkenntnisdefizit	125
C.	Rezeption des Rotmilan-Beschlusses in der Rechtswissenschaft	126
I.	Bedeutung des Beschlusses für die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative	127
II.	Bedeutung für die Dogmatik administrativer Letztentscheidungsbefugnisse	128
III.	Auswirkungen auf Rechtsprechung und Praxis	129
IV.	Konkretisierung der Voraussetzungen eines außerrechtlichen wissenschaftlichen Erkenntnisdefizits	130
1.	Außerrechtlichkeit	130
2.	Erkenntnisdefizit	131
V.	Zusammenfassung	132
D.	Rezeption des Rotmilan-Beschlusses in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung: Rechtsprechungsanalyse	133
I.	Untersuchungsziele	133
1.	Unterscheidung von normativ eingeräumten Letztentscheidungsbefugnissen und nicht normativ verankerten Letztentscheidungsbefugnissen	133
2.	Theoretisches Konstrukt oder etabliertes Rechtsinstitut?	134
3.	Bereichsspezifität oder Universalität?	134
4.	Konkretisierung der Kriterien des außerrechtlichen wissenschaftlichen Erkenntnisdefizits	134
II.	Untersuchungsgegenstand	135
III.	Darstellungsweise	136
IV.	Unterscheidung von normativ eingeräumten Letztentscheidungsbefugnissen und nicht normativ verankerten Letztentscheidungsbefugnissen	136
V.	Theoretisches Konstrukt oder etabliertes Rechtsinstitut?	141
VI.	Bereichsspezifität	143
1.	Kategorie: Artenschutzrechtliches Tötungsverbot	144

2. Kategorie: Artenschutzrechtliche Verbotstatbestände	146
3. Kategorie: Naturschutzrecht	147
4. Kategorie: Umweltrecht	147
5. Nicht bereichsspezifische Entscheidungen	148
6. Zusammenfassung	149
VII. Konkretisierung der Kriterien des außerrechtlichen wissenschaftlichen Erkenntnisdefizits	150
1. Außerrechtlichkeit	150
2. Wissenschaftliches Erkenntnisdefizit	155
3. Zusammenfassung	158
VIII. Fazit	159
E. Definition außerrechtlicher wissenschaftlicher Erkenntnisdefizite	160
I. Rechtsprechung und Literatur	160
II. Schlussfolgerungen	161
F. Unvereinbarkeit mit der normativen Ermächtigungslehre	162
I. Die normative Ermächtigungslehre im Rotmilan-Beschluss	162
II. Keine ausdrückliche Abkehr des Bundesverfassungsgerichts von der normativen Ermächtigungslehre	163
III. Folge: Kein Alleingültigkeitsanspruch der normativen Ermächtigungslehre ..	163
G. Fazit: Letztentscheidungsbefugnisse ohne normative Ermächtigung sind Realität ...	164

Dritter Teil

Aufgaben- und Leistungsgrenzen als neue Theorie verwaltungsgerichtlicher Kontrolldichte

166

A. Die Unvollkommenheit der normativen Ermächtigungslehre	166
I. Die Schwäche der Fallgruppen und Sachgründe	167
1. Fallgruppen von Beurteilungsspielräumen	167
2. Sachgründe	168
II. Die Umgehung der normativen Ermächtigungslehre durch die Funktionsgrenzen-Rechtsprechung	168
III. Außerrechtliche wissenschaftliche Erkenntnisdefizite im Widerspruch zur normativen Ermächtigungslehre	169
IV. Schwierigkeiten der Integration finaler Normprogramme als Folge der Verwechslung von Kategorial- und Rechtfertigungsdimension	169
B. Neuordnung: Aufgaben- und Leistungsgrenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit	170
I. Dimensionen einer Letztentscheidungsdogmatik	170
II. Die Rechtfertigungsdimension	172
1. Entscheidungsfreiheit im Verhältnis der drei Gewalten	172

2. Aufgabengrenzen	174
a) Kontrolle als Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit	175
b) Zweckmäßigkeit als Aufgabengrenze?	175
c) Auflösung von Interessenkollisionen	176
d) Keine Beschränkung auf finale Normstruktur: Einbeziehung des Verwaltungsermessens	178
e) Tatbestandsseite konditional strukturierter Normen	178
f) Resultat: Keine Begrenzung auf bestimmte Normstrukturen	180
g) Schlussfolgerung: Bereiche gestalterischer Freiheit als Aufgabengrenze	180
3. Leistungsgrenzen	181
a) Nichtreproduzierbarkeit der Entscheidungsgrundlage: Dauerhafte Leistungsgrenzen	182
b) Unklarer Entscheidungsmaßstab: Temporäre Leistungsgrenzen	184
4. Zusammenfassung	187
III. Die Kategorialdimension im System der Aufgaben- und Leistungsgrenzen	188
1. Grundsatz: Orientierung der Kategorialdimension an der Rechtfertigungsdimension	188
2. Herkömmliche Kategorien innerhalb der Aufgabengrenzen	188
a) Klassisches Verwaltungsermessen	189
b) Planungsermessen	189
c) Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers	190
d) Regulierungsermessen	190
e) Atomrechtlicher Funktionsvorbehalt, normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften und Beurteilungsspielräume im Risikoverwaltungs-, Umwelt- und Technikrecht	191
f) Letztentscheidungsbefugnisse im Bereich der Außen- und Verteidigungspolitik	192
3. Herkömmliche Kategorien innerhalb der Leistungsgrenzen	194
4. Zusammenfassung: Integrationsfähigkeit der überkommenen Kategorialabgrenzung	194
5. Schlussfolgerung: Das Ende der Beurteilungsspielräume als eigenständige Kategorie	194
IV. Zusammenfassung: Aufgaben- und Leistungsgrenzen als Theorie administrativer Letztentscheidungsbefugnisse	195
C. Folgen	196
I. Folgen für die Rechtsanwendung: Vorgehensweise zur Identifizierung von Aufgaben- und Leistungsgrenzen	196
1. Aufgabengrenzen	197
2. Leistungsgrenzen	198
II. Folgen für die Rechtswissenschaft: Was bleibt von der normativen Ermächtigungslehre?	198

III. Folgen für den Gesetzgeber: Möglichkeiten der einfachgesetzlichen Normierung von Letztentscheidungsbefugnissen und Handlungspflichten bei Leistungsgrenzen 200

 1. Einfachgesetzliche Normierung von Letztentscheidungsbefugnissen 200

 2. Das Beispiel des § 44 AtG 201

 3. Handlungsmöglichkeiten und -pflichten des Gesetzgebers bei Leistungsgrenzen 205

 4. Beseitigung einer temporären Leistungsgrenze in Reaktion auf den Rotmilan-Beschluss 206

Schluss: Von Ermächtigung zu Steuerung: Der lange Flügelschlag des Rotmilans 209

Zusammenfassung in Thesen 211

Literaturverzeichnis 218

Stichwortverzeichnis 228

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
A-Drs.	Ausschuss-Drucksache
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
a. F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AtG	Atomgesetz
AtG-ÄnderungsG	Atomgesetzänderungsgesetz
BAföG	Bundesausbildungsförderungsgesetz
BArtSchV	Bundesartenschutzverordnung
BauGB	Baugesetzbuch
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH n. F.	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, neue Folge
Bbg NatSchG	Brandenburgisches Naturschutzgesetz
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Onlinekommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
ber.	berichtigt
betr.	betreffend
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
CDU	Christlich Demokratische Union
CSU	Christlich-Soziale Union
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselben

DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
ECLI	European Case Law Identifier
EG	Europäische Gemeinschaft
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EU-GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EuRUP	Europäisches Umwelt- und Planungsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende (Seite)
ff.	fortfolgende (Seiten)
FFH	Flora-Fauna-Habitat
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hrsg.	Herausgeber
i. d. R.	in der Regel
IFG	Informationsfreiheitsgesetz
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
jurisPR-UmwR	juris PraxisReport Umweltrecht
JurStPrNotV	Verordnung über eine Noten- und Punkteskala für die erste und zweite juristische Prüfung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KEK	Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich
KHG	Krankenhausfinanzierungsgesetz
KommJur	Kommunaljurist
lat.	lateinisch
lit.	littera
Lit.	Literatur
LMRKM	Loewenheim/Meesen/Riesenkampff/Meyer-Lindemann
LNatSchG M-V	Landesnaturauschutzgesetz Mecklenburg-Vorpommern
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LVG	Landesverwaltungsgericht
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nds.	Niedersächsische
NDSchG	Niedersächsisches Denkmalschutzgesetz
n. F.	neuer Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NordÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland
NPOG	Niedersächsisches Polizei- und Ordnungsbehördengesetz
Nr.	Nummer
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport
OVG	Oberverwaltungsgericht
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S./s.	Seite/Satz/siehe
SEWD	Schutz vor Einwirkungen und Störmaßnahmen Dritter
s. o.	siehe oben
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SÜG	Sicherheitsüberprüfungsgesetz
TA	Technische Anleitung
TKG	Telekommunikationsgesetz
UAbs.	Unterabsatz
UmwRG	Umweltrechtsbehelfsgesetz
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
UVPG	Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz
v.	von/vom
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

Einführung: Vom Flügelschlag des Rotmilans und seinen Auswirkungen: Ein Blitzeinschlag im Gewölbe des Rechtsstaats?

Der ausgewachsene Rotmilan hat eine Flügelspannweite von 154 bis 170 Zentimetern.¹ Er ist damit kleiner als das Wappentier der Bundesrepublik Deutschland,² hat in den vergangenen Jahren aber wesentlich mehr Beachtung in Rechtswissenschaft, Politik und Öffentlichkeit erhalten. Grund dafür ist der Ausbau der Windenergienutzung und die Anfälligkeit des Rotmilans, mit den Rotoren der Windenergieanlagen zu kollidieren. Wegen des artenschutzrechtlichen Tötungsverbotens verursacht dies eine Vielzahl juristischer Auseinandersetzungen. Und das ist nicht nur Symptom des anthropozänen Zeitalters, es gipfelte auch in einem Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes,³ dessen Tragweite über das Arten- und Naturschutzrecht hinauswirkt. Der Rotmilan-Beschluss stellt die normative Ermächtigungslehre als vorherrschenden Ansatz der Rechtswissenschaft zur Rechtfertigung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse in Frage. Dies bietet Anlass für eine umfassende Auseinandersetzung mit den Folgen des Beschlusses und seiner Bedeutung für Reichweite und Rechtfertigung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse.

Diese gehören seit jeher zu den umstrittensten Bereichen des Verwaltungsrechts.⁴ Was aus der Außenperspektive nach Verirrungen im endlosen Labyrinth juristisch-dogmatischer Auseinandersetzungen klingt, verhandelt Grundsatzfragen des demokratischen Rechtsstaats: Wer hat das letzte Wort? Es geht letzten Endes um nicht weniger als den „Schlussstein im Gewölbe des Rechtsstaats“.⁵ Nicht ohne Grund war Art. 19 Abs. 4 GG bereits im Gründungsjahr der Bundesrepublik Gegenstand der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer.⁶ Die Grenzen der Entscheidungsgewalt

¹ *Mebis/Schmidt*, Die Greifvögel Europas, Nordafrikas und Vorderasiens, S. 321.

² Der Seeadler hat eine Flügelspannweite von circa 210 (Männchen) respektive 230 (Weibchen) Zentimetern; *Mebis/Schmidt*, Die Greifvögel Europas, Nordafrikas und Vorderasiens, S. 341.

³ BVerfGE 149, 407. Im Folgenden meist bezeichnet als Rotmilan-Beschluss.

⁴ Schon 1955 sprach *Bachof*, JZ 1955, 97 (97), vom „gegenwärtig meistbehandelte[n] Thema des Verwaltungsrechts“. Vgl. zur Umstrittenheit bis heute nur *Ludwigs*, DÖV 2020, 405 (405) m. w. N. Als „ewiges Thema“ bezeichnet durch *Ossenbühl*, in: *Bender/Breuer/Ossenbühl/Sendler*, FS Redeker, S. 55 (56).

⁵ Die häufig rezipierte Formulierung geht zurück auf *Thoma*, Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 9, hier zitiert nach: *Dreier*, Richard Thoma, S. 468.

⁶ Vgl. VVDStRL 8 (1949).

von Institutionen auszutarieren ist eine Daueraufgabe⁷ – die nie beruhigten „Wellenbewegungen“⁸ im Kontext der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte verdeutlichen dies. Dabei müssen immer wieder auch neue Entwicklungen einbezogen werden – auch dann, wenn sie durch den Tod oder vermeintlich drohenden Tod nichtsahnender Greifvögel offengelegt werden. Wenn der Flügelschlag eines Schmetterlings weit entfernte Wetterereignisse zu beeinflussen vermag, dann ist es schließlich fast schon eine Lappalie, wenn aus Streitigkeiten um die Gefährdung des Rotmilans ein Wandel der Dogmatik administrativer Letztentscheidungsbefugnisse erwächst.

Grundsätzlicher Anspruch des Art. 19 Abs. 4 GG ist, effektiven Rechtsschutz dergestalt zu gewährleisten, dass Entscheidungen der Verwaltung, die in subjektive Rechte eingreifen, vollständig in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vor Gericht überprüft werden. Die zentrale Problemstellung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte ist diese Gewährleistung, ohne gleichzeitig den Gerichten Entscheidungen aufzutragen, die sie entweder nicht zu treffen imstande sind oder die sie nach den Organisationsstrukturen des gewaltenteiligen, demokratischen Rechtsstaats nicht zu treffen ermächtigt sind, respektive sein sollten.

Die verwaltungsrechtliche Dogmatik hat hierbei auf der einen Seite verschiedene Kategorien hervorgebracht, die unterschiedliche Spielarten von Kontrolldichtebeschränkungen abbilden. In erster Linie geht es um die wegweisende Unterscheidung von Beurteilungsspielraum und Ermessen, die sich in den 1950er Jahren durchsetzte⁹ und die später durch die Kategorien des Planungsermessens, der Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers und in jüngster Entwicklung des Regulierungsermessens erweitert worden ist. Im Bereich der Beurteilungsspielräume hat sie eine weitere Ausdifferenzierung erfahren, die vor allem auf Rechtsprechungsentwicklungen gründet. Daneben ist es die normative Ermächtigungslehre, die sich auf der anderen Seite als herrschende Rechtfertigungs-idee etablieren konnte. Dem folgend liegt die Lösung nach der Frage des Vorliegens einer administrativen Letztentscheidungsbefugnis stets in der Norm.

Der Rotmilan-Beschluss schlägt in diese Ordnung ein wie ein Blitz, dessen Zerstörungskraft allerdings noch zu bemessen ist. Die verursachte Zerstörung birgt die Chance, Platz für etwas Neues freizugeben. Ziel dieser Arbeit ist, das vorherige Konstrukt inklusive der mehr oder weniger verborgen gebliebenen Risse ebenso zu erfassen wie die Zerstörung – aber auch, aus den verbliebenen Teilen Neues zu entwickeln.

Konkreter formuliert soll dies bedeuten, dass mit der vorliegenden Arbeit ein Versuch unternommen wird, die Dogmatik administrativer Letztentscheidungsbefugnis

⁷ „Daueraufgabe“: *Buchheim/Möllers*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, § 46, Rn. 115.

⁸ Solche schrieb *Bachof* der Kontrolldichtediskussion schon 1975 zu, vgl. *VVDStRL* 34 (1975), 275 (276); ebenso *Wahl*, *NVwZ* 1991, 409 (409).

⁹ Weichenstellend: *Bachof*, *JZ* 1955, 97.

fugnisse in Loslösung von der normativen Ermächtigungslehre grundlegend neu zu entwickeln und hierbei gleichzeitig anschlussfähiger für neue, auch unionsrechtliche, Einflüsse zu machen – der Blitzableiter wird gewissermaßen gleich mit angebracht.¹⁰

Zu beantworten sind dafür folgende Fragen:

- Wie wird der allgemein anerkannte Grundsatz der Vollkontrolle begründet? Was steht hinter dem Grundprinzip, dass die Verwaltungsgerichte das letzte Wort haben?
- Wie werden administrative Letztentscheidungsbefugnisse als Durchbrechungen des Grundsatzes begründet?
- Erweist sich die Begründung und Systematisierung administrativer Letztentscheidungsbefugnisse nach herkömmlicher Art als tragfähig?
- Können die im Zentrum des Rotmilan-Beschlusses stehenden außerrechtlichen wissenschaftlichen Erkenntnisdefizite in die bestehende Dogmatik administrativer Letztentscheidungsbefugnisse integriert werden?
- Wie wurde der Rotmilan-Beschluss in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung rezipiert? Insbesondere: Bleiben seine Wirkungen bereichsspezifisch auf das Artenschutzrecht begrenzt? Wird ein dogmatischer Wandel angenommen? Wie wird das außerrechtliche wissenschaftliche Erkenntnisdefizit konkretisiert, und ergibt sich die Möglichkeit, eine Begriffsdefinition vorzunehmen?
- Schließlich: Welche Folgen ergeben sich aus den gewonnen Erkenntnissen für die Dogmatik administrativer Letztentscheidungsbefugnisse? Wie könnte ein mögliches Alternativmodell aussehen?

Begrenzt wird der Untersuchungsgegenstand dabei von vornherein auf die verfassungsrechtliche Garantie effektiven Rechtsschutzes unter Außerachtlassung europa- und völkerrechtlicher Rechtsschutzgarantien.¹¹ In Bezug auf die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte gehen die Gewährleistungen nicht über diejenigen des Art. 19 Abs. 4 GG hinaus.¹² Die zunehmende Determination nationaler Verwaltungsakte durch Unionsrecht ändert nichts an der Relevanz einer allein verfassungsgebundenen Betrachtung der Kontrollgrenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

¹⁰ Als wenig anschlussfähig, da ein Alleinstellungsmerkmal, gilt insoweit im europäischen Rechtsraum insbesondere die Unterscheidung von Ermessen und Beurteilungsspielraum, vgl. *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, S. 449 ff.; *Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, S. 68.

¹¹ In erster Linie: Art. 6 EMRK, Art. 47 EU-GRCh, Art. 8 und 10 AEMR. Ausführliche Betrachtungen etwa bei *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, S. 237 ff.

¹² *Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, S. 428 f.; in Bezug auf den Einfluss der EMRK *Gärditz*, Gutachten D zum 71. Deutschen Juristentag: Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts – Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand, S. 12; in Bezug auf das Unionsrecht ebenda S. 90.