

<https://doi.org/10.1007/s10357-022-4100-y>

Zur Vereinbarkeit von vorzeitigem Baubeginn und Naturschutz: Zwischen realpolitischer Hektik und rechtsstaatlichen Grundsätzen

Maximilian Roth*

© Der/die Autor(en) 2023. Dieser Artikel ist eine Open-Access-Publikation.

Der vorzeitige Baubeginn ist in etlichen Fachplanungsrechten seit geraumer Zeit normiert, gewinnt aber erst in der jüngeren Vergangenheit eine deutlich wahrnehmbare und auch mediale Beachtung. Nach einer Einführung in das Instrument des vorzeitigen Baubeginns (1.) sollen drei aktuelle Beispiele vorgestellt (2.), ehe die Tatbestandsmerkmale (3.) auf deren Einschlag in naturschutzrechtliche Belange (4.) untersucht und hinsichtlich der drei Beispiele kritisch reflektiert werden. Ein Abriss über rechtsstaatliche Grundsätze (5.) und ihre Geltung auch in Zeiten realpolitischer Hektik (6.) runden den Beitrag mit einem Ausblick (7.) ab.

1. Das Instrument des vorzeitigen Baubeginns

Im Bau- und Planungsrecht gilt der Grundsatz des präventiven Errichtungsverbots: Errichtung und Betrieb eines Vorhabens unterliegen dem Vorbehalt einer Planfeststellung bzw. einer Genehmigung.¹ Aufgrund der als zu lange empfundenen Dauer dieser Planungs- und Genehmigungsverfahren, die in einer Art Dauerschleife nahezu jede Regierungskoalition insbesondere seit den 1990er Jahren beheben möchte,² gilt unter anderem das Instrument des vorzeitigen Baubeginns als eines der Beschleunigungselemente, indem das präventive Errichtungsverbot mit der Möglichkeit, vorbereitende und Teilmaßnahmen zu realisieren, partiell aufgehoben bzw. durchbrochen wird. Dabei unterscheiden sich die in den jeweiligen Fachrechten vorzufindenden Bezeichnungen des vorzeitigen Beginns.³ In § 17 Abs. 2 WHG und § 8a BImSchG heißt es „Zulassung vorzeitigen Beginns“; in § 37 KrWG „Zulassung des vorzeitigen Beginns“ und in § 57b BbergG „Vorzeitiger Beginn“. § 67a UVPG und § 44c EnWG sprechen indes von der „Zulassung des vorzeitigen Baubeginns“. In § 28 Abs. 3a PBefG, § 14 Abs. 2 WaStrG, § 17 Abs. 2 FStrG und § 18 Abs. 2 AEG wird die Bezeichnung der „vorläufigen Anordnung“ gewählt. Gravierende Unterschiede in Tatbestand und Rechtsfolge lassen sich nicht erkennen, vielmehr lassen sich all jene Normierungen unter den Oberbegriff des „vorzeitigen Baubeginns“ fassen.⁴ Dieser soll allerdings eine Ausnahmevorschrift darstellen, die unter zurückhaltendem Einsatz und restriktiver Auslegung der Tatbestandsmerkmale angewandt werden soll.⁵ Das Beschleunigungspotenzial ist dabei insbesondere aufgrund naturschutzrechtlicher jahreszeitbezogener Fäll- und Schneideverbote (§ 39 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2 BNatSchG vom 1. 3. bis 30. 9. eines jeden Jahres) oder möglicher mehrere Absammelperioden spezieller Tierarten nicht zu unterschätzen. Gerade bei Letzte-

ren kann bei z. B. drei notwendigen Absammelperioden ein Beschleunigungseffekt von 1,5 Jahren eintreten.

2. Drei aktuelle Beispiele

Anhand drei medial bekannt gewordener Beispiele des Baus des LNG-Terminals in Wilhelmshaven (2.1), des Tesla-Werks in Grünheide/Brandenburg (2.2) und des Abstellbahnhofs in Untertürkheim im Rahmen von „Stuttgart 21“ (2.3) soll der dort beantragte und genehmigte vorzeitige Baubeginn veranschaulicht werden.

2.1 LNG-Terminal in Wilhelmshaven

Vor dem Hintergrund des russischen Angriffskrieges in der Ukraine soll die Abhängigkeit Deutschlands von Gaslieferungen aus Russland schnellstmöglich reduziert werden. Als Alternative zu diesen Gaslieferungen kann der Import von LNG⁶ dienen. Das LNG soll dabei über Tankschiffe u. a. nach Wilhelmshaven verbracht und in Gasspeicher der FSRU⁷ umgeschlagen werden, wobei das LNG in die-

*) Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser am 1. 9. 2022 auf der 5. Promovierendenkonferenz „Umwelt und Recht“ in Osnabrück hielt.

1) Kupfer, in: Schoch/Schneider, VwVfG, Vorb. § 72 Rdnr. 36, 45; Jarass, BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 4 Rdnr. 42.

2) Vgl. Roth, ZRP 2022, 82 ff. m. w. N.

3) Trotz der unterschiedlichen Terminologie wird in diesem Beitrag stets der „vorzeitige Baubeginn“ gewählt.

4) So verwundert es auch nicht, dass die Kommentarliteratur die genannten Instrumente stets miteinander vergleicht bzw. als „ähnlich“ beschreibt; vgl. statt aller Mann, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, 82. EL, Januar 2017, § 8a Rdnr. 18. Auch das BVerwG hat gleiche Interpretationen zu § 15a BImSchG a. F., § 7a AbfG a. F. und § 9a WHG a. F. sowie § 57b Abs. 1 BbergG in seinem Beschl. v. 30. 4. 1991 – 7 C 35/90, NuR 1991, 428 vorgenommen.

5) BT-Drs. 7/888, S. 16; Hohnerlein, NVwZ 2022, 750/754). Sehr strikt die Verwaltungsvorschriften zur vorläufigen Anordnung nach § 14 Abs. 2 WaStrG: „Es muss angestrebt werden, dass in der Regel die Vorarbeiten und die Durchführung des Planfeststellungsverfahrens so rechtzeitig und so zügig vorstattengehen, dass eine vorläufige Anordnung nicht erforderlich wird“; VV-WSV 1401 (12/20), Zf. 13.2. Dagegen spricht allerdings die mit Wirkung zum 1. 3. 2010 geschaffene Änderung in § 8a BImSchG zur Soll-Vorschrift; Art. 15b des Gesetzes zur Neuordnung des Wasserrechts v. 31. 7. 2009, BGBl. I S. 2619. Gleiches gilt für die kürzliche Änderung des § 44c Abs. 1 EnWG von einer Kann- in eine Soll-Regelung; Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsrechts im Zusammenhang mit dem Klimaschutz-Sofortprogramm und zu Anpassungen im Recht der Endkundenbelieferung v. 19. 7. 2022, BGBl. I S. 1214.

6) Liquefied Natural Gas – verflüssigtes Gas.

7) Floating Storage and Regasification Unit – Tanklagerschiffe bzw. stationäre schwimmende LNG-Terminals mit Regasifizierungsanlagen.

Maximilian Roth, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Rechtstheorie der Justus-Liebig-Universität in Gießen (Prof. Dr. Franz Reimer), Gießen, Deutschland und Lehrbeauftragter an der Hessischen Hochschule für Öffentliches Management und Sicherheit

sen FSRU regasifiziert wird. Das so erzeugte Erdgas wird dann in eine (noch zu errichtende) Rohrleitung zum Einspeisepunkt in das ca. 20 km entfernte Etzel (Niedersachsen) geführt, wo eine Einspeisung in das Ferngasnetz erfolgt. Über das LNG-Terminal sollen LNG-Mengen zur Erzeugung von jährlich ca. 7,5 Mrd. Nm³ Erdgas importiert werden.

Das Planfeststellungsverfahren für die ausschließlich wasserseitige Errichtung der neuen Anlegestruktur an der Umschlaganlage dazu wurde am 25. 4. 2022 (einem Montag) eingeleitet; unter gleichem Datum erfolgte ein Antrag auf vorzeitigen Baubeginn, der bereits in der gleichen Kalenderwoche, am 29. 4. 2022 (einem Freitag) nach §§ 69 Abs. 2, 17 WHG positiv beschieden wurde. Er hat u. a. das Rammen von Pfählen zur Gründung einer Plattform, das Aufsetzen einer Stahlbetonplatte auf die Verladeplattform, den Bau einer Zugangsbrücke und Laufstegen zum Gegenstand. Eine Öffentlichkeitsbeteiligung im Planfeststellungsverfahren fand bis zum Zeitpunkt des Erlasses des vorzeitigen Baubeginns nicht statt und wird aller Voraussicht auch nie stattfinden.⁸ Das Vorhaben liegt im niedersächsischen Wattenmeer am Rande des Jedefahrwassers östlich von Wilhelmshaven, in welchem der nach Art. 12 Abs. 1 der FFH-RL i. V. m. Anhang IV (*cetacea*) streng geschützte Schweinswal (*Phocoena phocoena*) vorkommt. Ebenfalls werden ca. 10,3 Hektar des gem. § 30 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 BNatSchG geschützten Biotops „Meeresarme der äußeren Flussmündungen mit Grund aus Grobsand, Kies und/oder Ansammlungen von Muschelschalen, artenreiche Ausprägung“ durch das Vorhaben beeinträchtigt. Daher stellen sich für dieses Vorhaben mindestens die folgenden beiden Fragen: Wie ist mit dem streng geschützten Schweinswal und mit dem geschützten Biotop umzugehen? Wie wirkt sich die fehlende Öffentlichkeitsbeteiligung auf die Tatbestandsvoraussetzungen der Zulassung vorzeitigen Baubeginns aus?

2.2 Telsa-Werk in Brandenburg

Das Vorhaben umfasste die Errichtung und den Betrieb einer Anlage für den Bau und die Montage von Elektrofahrzeugen mit einer geschätzten jährlichen Produktion von 100 000 Elektrofahrzeugen, die folgende Produktionsschritte enthält: Presswerk, Gießerei, Karosserierohbau, Lackiererei, Sitzfertigung, Kunststofffertigung, Fertigung Antrieb, Endmontage sowie Batteriepackfertigung und Batteriezellproduktion. Zusätzlich sind weitere Nebeneinrichtungen vorgesehen, insbesondere eine Abwasserbehandlungsanlage, eine Ver- und Entsorgungsanlage, ein Umspannwerk, ein zentrales Tanklager, ein Gefahrstofflager, ein Logistikbereich, eine Werksfeuerwehr sowie ein Mitarbeiterparkplatz.

Das Genehmigungsverfahren dazu wurde am 20. 12. 2019 durch einen entsprechenden Antrag eingeleitet; das Ende der Einwendungsfrist wurde in der öffentlichen Bekanntmachung auf den 5. 3. 2020 datiert. Der erste positive Bescheid des vorzeitigen Baubeginns nach § 8a BImSchG wurde bereits am 13. 2020, also vor dem Fristende der Einwendungsfrist, erteilt und hatte u. a. die Rodung von ca. 92 Hektar⁹ Wald zum Gegenstand. Ausgehend davon ist zu fragen, ob bei einer Waldrodung noch von einer reversiblen Maßnahme gesprochen werden kann und ob die Einwendungsfrist hätte bis zu ihrem letzten Tag abgewartet werden müssen, ehe der vorzeitige Baubeginn ermöglicht wird.

2.3 Abstellbahnhof Untertürkheim („Stuttgart 21“)

Das Vorhaben umfasst den Umbau des derzeitigen Güterbahnhofs Untertürkheim in einen Abstellbahnhof mit Abstellgleisen, Außenreinigungsanlage sowie Innenreinigungsanlage mit einer entsprechenden Technikgebäude auf einer Länge von ca. 1,7 km. Die Hauptaufgaben des Ab-

stellbahnhofs sind dabei die Abstellung und Reinigung von Nah- und Fernverkehrszügen. Nach der Planung sollen die Bahn- und Gleisanlagen umgebaut und vorhandene Hochbauten im Bereich des Güterbahnhofs Untertürkheim rückgebaut werden.

Dazu wurde das Planfeststellungsverfahren am 11. 12. 2018 eingeleitet, die Umweltverträglichkeitsprüfung mit UVP-Bericht vom 25. 3. 2019 abgeschlossen und erfuhr bisher zwei Planänderungsverfahren (10. 7. 2020 und 15. 2. 2021). Die Öffentlichkeitsbeteiligung endete mit dem Erörterungstermin am 15. und 16. 1. 2020. Der 1. Planänderungsverfahren beinhaltet die Integration von zusätzlicher Mauereidechsen-Ersatzhabitate. Diesbezüglich wurde am 11. 12. 2020 von der zuständigen Einheit der DB Netz AG als Vorhabenträgerin ein Antrag auf vorläufige Anordnung gestellt, der auf Grundlage von § 18 Abs. 2 AEG am 4. 3. 2021, also knapp drei Monate später, positiv beschieden wurde und die beantragte artenschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahme, d. h. die fachgerechte Absammlung von Mauereidechsen auf einem der DB Netz AG gehörenden Grundstück und deren Umsiedlung als vorbereitende Maßnahme zum Vorhaben zum Gegenstand hatte. Um das Tötungs- und Störungsverbot nach § 44 BNatSchG nicht zu verwicklichen, wurden umfangreiche Auflagen (u. a. ein Reptilienschutzzaun, um eine weitere Abwanderung auf städtische Grundstücke zu verhindern, auf denen ebenfalls zeitnah gebaut werden sollte) verfügt.

3. Tatbestandsmerkmale

Formell verlangen die Fachrechte nur, dass ein entsprechendes „Hauptsache“-Genehmigungsverfahren bereits eingeleitet ist.¹⁰ Darüber hinaus bedarf es eines Antrags¹¹ des Vorhabenträgers und nach § 18 Abs. 2 Satz 1 AEG muss vor Erlass der von der Maßnahme des vorzeitigen Baubeginns betroffene Gemeinde vorher angehört werden.

In materieller Hinsicht setzen § 8a Abs. 1 BImSchG, § 17 Abs. 1 WHG und § 18 Abs. 2 AEG voraus, dass mit einer Entscheidung zugunsten des Vorhabenträgers zu rechnen sein muss¹² und an dem vorzeitigen Baubeginn als solchem ein öffentliches Interesse besteht¹³. Darüber hinaus sehen § 17 Abs. 1 Nr. 3 und § 8a Abs. 1 Nr. 3 BImSchG noch vor, dass sich der Benutzer bzw. Vorhabenträger verpflichten muss, alle bis zur Entscheidung durch die Benutzung verursachten Schäden zu ersetzen und, falls die Benutzung nicht bewilligt oder die Genehmigung bzw. Planfeststel-

8) Denn das UPVG ist nach § 4 Abs. 1 LNG-Gesetzes aufgrund seiner Anwendbarkeit nach § 2 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 i. V. m. der Anlage zu § 2 Nr. 1 nicht anzuwenden. Siehe dazu noch unter 4.2.2.3. Ob diese Regelung mit Blick auf Art. 2 Abs. 4 UVP-RL unionsrechtskonform ist, darf angesichts der dort vorgenommenen weiten Auslegung von „einem“ Vorhaben (vgl. Art. 2 Abs. 4 UVP-RL) und der in der Anlage zu § 2 LNG-Gesetz aufgeführten sechs Standorte in Brunsbüttel, Wilhelmshaven, Stade/Bützfleth, Hamburg/Moorburg, Rostock/Hafen und Lubmin stark bezweifelt werden.

9) Dies entspricht über 100 Fußballfeldern.

10) § 17 Abs. 1 WHG: „In einem Erlaubnis- oder Bewilligungsverfahren“; § 8a Abs. 1 BImSchG: „In einem Verfahren zur Erteilung einer Genehmigung“; § 18 Abs. 2 Satz 1 AEG: „Ist das Planfeststellungsverfahren eingeleitet“ (§ 18 Abs. 2 Satz 1 AEG)).

11) § 17 Abs. 1 WHG, § 8a Abs. 1 BImSchG. In § 18 Abs. 2 AEG setzt der Wortlaut dies zwar nicht voraus. Jedoch dürfte ein vorzeitiger Baubeginn, der von Amts wegen erlassen wurde, ermessensfehlerhaft sein, weil die mit ihr einhergehenden Pflichten (u. U. Wiederherstellungs- und/oder Entschädigungspflicht; vgl. § 18 Abs. 2 Satz 6–8 AEG) nicht einseitig zulasten des Vorhabenträgers ohne dessen Einwilligung verfügt werden dürfen.

12) § 17 Abs. 1 Nr. 1 WHG; § 8a Abs. 1 Nr. 1 BImSchG; § 18 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AEG.

13) § 17 Abs. 1 Nr. 2 WHG; § 8a Abs. 1 Nr. 2 BImSchG; § 18 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AEG.

lung nicht erteilt oder dort die verfügte Maßnahme für unzulässig erachtet wird, den früheren Zustand wiederherzustellen. Dies ist in § 18 Abs. 2 Satz 6 AEG ebenfalls normiert. § 18 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AEG verlangt zudem, dass die nach § 74 Abs. 2 VwVfG zu berücksichtigenden Interessen gewahrt werden müssen.

Darüber hinaus hat das BVerwG¹⁴ schon früh entschieden, dass die Maßnahmen beim vorzeitigem Baubeginn reversibel sein müssen: „Unter dem ‚Beginn‘ der Ausführung (Benutzung) können nur solche Maßnahmen verstanden werden, die sich wieder rückgängig machen lassen und bei denen das Risiko der Rückabwicklung den weiteren Entscheidungsprozess nicht unangemessen belastet.“ Diese in § 17 Abs. 1 und § 8a Abs. 1 BImSchG hineinzulesende Voraussetzung ist in § 18 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AEG *expressis verbis* tatbestandlich normiert.

Die Entscheidung liegt dabei nach § 17 Abs. 1 WHG und § 18 Abs. 2 Satz 1 AEG im Ermessen der Behörde; in Genehmigungsverfahren nach § 4 BImSchG ist die Entscheidung als „Soll“-Regelung in § 8a Abs. 1 BImSchG ausgestaltet.

4. Naturschutzrechtliche Belange

Naturschutzrechtliche Belange stellen sich vor allem bei den Merkmalen der „Reversibilität“ (4.1) und der „Prognose“ hinsichtlich des Hauptgenehmigungsverfahrens (4.2).

4.1 „Reversibilität“

Zunächst ist der allgemeingeltende Maßstab der Reversibilität darzulegen, ehe dieser auf die drei obigen Fallbeispiele angewendet und überprüft wird.

4.1.1 Maßstab

Nach Ansicht des BVerwG ist zur Beurteilung, ob eine Maßnahme reversibel ist, die technische Möglichkeit der Rückgängigmachung und in welchem Maße getätigte Investitionen entwertet würden, zu berücksichtigen.¹⁵ Ferner steht nach Ansicht des OVG Berlin-Brandenburg¹⁶ die Überlegung, dass durch die Schaffung vollendeter Tatsachen der Rechtsschutz Dritter gegen das Vorhaben wenn nicht rechtlich, so doch faktisch an Effektivität einbüßen könnte (mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG verfassungsrechtlich daher problematisch).¹⁷ Dies gilt insbesondere für naturschutzrechtliche Belange: Ein gerodeter Baum ist gerodet und lässt sich nicht mehr in den *status quo ante* zurückversetzen. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll eine Maßnahme reversibel sein, wenn die durch sie hervorgerufenen Beeinträchtigungen sowohl in zeitlicher wie räumlicher Hinsicht eingriffsnah rückgängig zu machen bzw. umkehrbar sind. Hierzu zählen solche Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft, die so behoben werden können, dass der ursprüngliche Zustand ohne bleibende Auswirkungen wiederhergestellt ist. Dies wäre der Fall, wenn insbesondere die geschädigten natürlichen Ressourcen und/oder beeinträchtigten Funktionen der natürlichen Ressourcen und/oder des Naturhaushaltes in den Ausgangszustand zurückversetzt werden können.¹⁸

Das BVerwG berücksichtigt zusätzlich, dass die in § 8a Abs. 1 Nr. 3 BImSchG und § 17 Abs. 1 Nr. 3 WHG geregelte Wiederherstellungspflicht des von der vorläufigen Zulassung begünstigten Vorhabenträgers in einen systematischen Zusammenhang mit dem Begriff des „Beginns“ der Errichtung gestellt werden müsse. Auch dieser Zusammenhang spräche dafür, die Zulassung auf solche Maßnahmen zu beschränken, deren Rückgängigmachung technisch möglich und wirtschaftlich vertretbar sei. Über diese Rechtsprechungslinien hinaus dürfte eine Rückgängigmachung ebenfalls nur dann zu bejahen sein, wenn diese selbst gegen keine gesetzliche Bestimmung verstößt.¹⁹

4.1.2 LNG-Terminal

Zwar lösen die Rammarbeiten zu den Stahlrohrpfählen beim Bau des LNG-Terminals Beeinträchtigungen des geschützten Biotops und des Schweinswals aus, die bei einer tatsächlichen Störung auch nicht mehr rückgängig zu machen sind. Jedoch sind diese unumkehrbaren, vollendeten Tatsachen nur mittelbar, sodass die Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten nach §§ 45 Abs. 7, 67 BNatSchG ausreichen. Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Reversibilität ist die Maßnahme als solche, d. h. das Hineinrammen der Stahlrohrpfähle, die wiederum aus dem Meer entfernt werden könnten.

4.1.3 Tesla-Werk

Das OVG Berlin-Brandenburg²⁰ bejahte die Reversibilität der Waldrodung für das Telsa-Werk mit folgender Begründung: „Würde die Beseitigung von Waldflächen zwecks Schaffung des Baugrundes für eine neu zu errichtende Anlage stets ausreichen, wäre dies geeignet, die Erreichung des Gesetzeszwecks, im Interesse einer Förderung des Wirtschaftsstandortes Deutschlands eine Verfahrensbeschleunigung zu erreichen, nicht unerheblich schmälern. Da die Wiederaufforstung einer gerodeten Waldfläche grundsätzlich möglich ist, ist aus Sicht des Senats auf deren Beschaffenheit abzustellen. Insoweit macht es einen erheblichen Unterschied, ob die Beseitigung eines über lange Zeit gewachsenen Naturwaldes oder gar von nicht wiederherstellbaren Naturdenkmälern in Rede steht oder aber, wie hier, die Beseitigung eines Wirtschaftswaldes, der zudem bauplanungsrechtlich als künftiges Industriegebiet ausgewiesen ist.“

4.1.4 Abstellbahnhof Untertürkheim

Die abgesammelten Mauereidechsen könnten auf dem umgesiedelten Grundstück theoretisch erneut abgesammelt und wieder auf das ursprüngliche Grundstück zurückgesiedelt werden, denn diese Flächen verblieben im Ausgangszustand und blieben damit als Lebensräume für die Mauereidechsen erhalten. Dass für eine etwaige Rückumsiedlung möglicherweise eine Ausnahme vom Zugriffsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nach § 45 Abs. 7 BNatSchG nötig ist, steht dem nicht entgegen. Denn über diese Ausnahme dürfte die Rückgängigmachung auch rechtlich zulässig sein.

4.2 „Prognose“

Auch für das Tatbestandsmerkmal, dass mit einer Entscheidung gerechnet werden kann („Prognose“), wird zunächst ein allgemeingeltender Maßstab vorgestellt, ehe dieser auf die drei obigen Fallbeispiele angewendet und überprüft wird.

4.2.1 Maßstab

Die in den Fachrechten angelegte Voraussetzung, dass mit einer Entscheidung, also im Hauptgenehmigungsverfahren

14) BVerwG, Beschl. v. 30. 4. 1991 – 7 C 35/90, NuR 1991, 428.

15) BVerwG, Beschl. v. 30. 4. 1991 – 7 C 35/90, NuR 1991, 428.

16) OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20. 2. 2020 – 11 S 8/20, NuR 2021, 49. Krit. dazu *van den Berg*, NuR 2020, 729.

17) An den Vorschriften des vorzeitigen Baubeginns bestehen dennoch keine verfassungsmäßigen Zweifel, weil sich der Betroffene gegen die Auswirkungen der zugelassenen Maßnahmen in den durch das Erfordernis der subjektiven Rechtsverletzung (vgl. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) gezogenen Grenzen gerichtlich zur Wehr setzen kann; vgl. zu § 14 Abs. 2 WaStrG BVerwG, Beschl. v. 29. 10. 2010 – 7 B 68/10, NVwZ 2011, 242.

18) BT-Drs. 19/7375, S. 64 zu § 44c EnWG.

19) Andernfalls müsste eine Ausnahmegenehmigung, z. B. nach § 45 Abs. 7 BNatSchG, erteilt werden.

20) OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20. 2. 2020 – 11 S 8/20, NuR 2021, 49.

ren, zu rechnen ist, bedingt eine Prognose, dass eine Ablehnung aller Voraussicht nach nicht in Betracht kommt, sondern es muss nach gewissenhafter, summarischer Prüfung die Mehrheit der Gründe deutlich und ganz überwiegend zugunsten des Vorhabens sprechen; eine mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit wird allerdings nicht verlangt.²¹ Die Prognose muss auf einer *ausreichenden* Beurteilungsgrundlage beruhen, wofür die Behörde alle für die Entscheidung notwendigen Gesichtspunkte kennen muss, d. h. die Antragsunterlagen müssen vollständig und die wichtigsten für ihre rechtliche Beurteilung notwendigen Fakten ermittelt sein (vgl. auch § 24 VwVfG).²² Das bedeutet zugleich, dass das Hauptgenehmigungsverfahren ein die Prognose tragfähiges Stadium erreicht haben muss.²³ Weil im Hauptgenehmigungsverfahren zudem in aller Regel andere Behörden zu beteiligen sind und Betroffene Einwendungen erheben können, ist eine ordnungsgemäße Prognoseentscheidung vielfach erst dann möglich, wenn diese Stellungnahmen und Einwendungen vorliegen bzw. erhoben wurden.²⁴ Hinsichtlich der Umweltverträglichkeits- und wohl auch FFH-Verträglichkeitsprüfung muss wiederum zumindest das Ergebnis absehbar sein.²⁵ Im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung ist dabei allgemein anerkannt, dass die Einwendungsfrist auch abgelaufen sein muss.²⁶ Grund dafür ist, dass die Behörde erst nach Ablauf der Einwendungsfrist eine seriöse Einschätzung darüber abgeben kann, ob berechnete Einwände – auch und insbesondere aus naturschutzrechtlichen Gründen (!) – gegen das Vorhaben bestehen, aus denen sich Konsequenzen für die Hauptgenehmigung ergeben, die dann wieder für die Prognose relevant sind.²⁷

4.2.2 LNG-Terminal

Fraglich ist für die zugelassenen Maßnahmen zum Bau des LNG-Terminals insbesondere, ob zwischen Einreichung des Planfeststellungsantrags am 25. 4. 2022 bei gleichzeitigem Antrag auf Zulassung des vorzeitigen Baubeginns für die oben dargestellten Maßnahmen und Entscheidung über letzteren Antrag am 29. 4. 2022, d. h. binnen einer Arbeitswoche, eine ausreichende Beurteilungsgrundlage anzunehmen ist. Auch hat keine Behörden- oder Öffentlichkeitsbeteiligung nach den einschlägigen Rechtsvorschriften vor Zulassung der Maßnahmen stattgefunden.²⁸ Demgegenüber wiegen die mit der Maßnahme einhergehenden Beeinträchtigungen in das nach § 30 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 BNatSchG geschützte Biotop und den streng geschützten Schweinswal schwer. Diese betroffenen Güter verlangen, insbesondere wenn mit ihr Befreiungen nach § 67 und Ausnahmen § 45 Abs. 7 BNatSchG einhergehen, eine besonders gründliche und sorgfältige Beurteilungsgrundlage hinsichtlich der Hauptentscheidung.

4.2.2.1 Auffassung der Planfeststellungsbehörde

Diesbezüglich sah sich die Planfeststellungsbehörde „jedoch auch ohne umfassende Beteiligung der (...) Stellen dazu in der Lage, die im Rahmen der Zulassung des vorzeitigen Beginns erforderliche prognostische Aussage zur Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens treffen zu können. Die Planfeststellungsbehörde hat in den Jahren 2019 und 2020 bereits zwei Scoping-Verfahren zum damaligen LNG-Vorhaben des Unternehmens Uniper durchgeführt, welches in unmittelbarer räumlicher Nähe zum hier beantragten Vorhaben errichtet werden sollte. Aufgrund dieser Vorerfahrungen und des umfassenden Wissens der einzelnen Fachgeschäftsbereiche (...) verfügt die Planfeststellungsbehörde über ein besonderes Fachwissen über mögliche Auswirkungen eines LNG-Terminals am vorgesehenen Standort.“

4.2.2.2 Scoping-Termine ausreichend?

Der Verweis auf die zwei durchgeführten Scoping-Termine i. S. d. § 15 Abs. 3 BImSchG kann nur bedingt weiterhelfen. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass der Behörde in dem der Umweltverträglichkeitsprüfung vorgelager-

ten Scopingverfahren umfangreiche Kenntnisse übermittelt werden, in dem der Vorhabenträger frühzeitig über Inhalt und Umfang der voraussichtlich nach § 16 UVPG beizubringenden Unterlagen über die Umweltauswirkungen des Vorhabens unterrichtet wurde.²⁹ Allerdings sind diese Termine zum einen schon über zwei bzw. drei Jahre (ver-)alt(et), dienen nur zur Klärung des Untersuchungsrahmens und es sollen keine Einwendungen Dritter gegen das Vorhaben behandelt werden.³⁰ Zum anderen hat sich an diese beiden Scoping-Termine keine Verträglichkeitsprüfung im eigentlichen Sinne angeschlossen; den Antragsunterlagen vom 25. 4. 2022 für den vorzeitigen Baubeginn war nur ein erstes Kapitel des UVP-Berichts (= Einleitung) für das Planfeststellungsverfahren mit Entwurfsstand vom 24. 4. 2022 beigefügt. Zum anderen haben sich die Planungen im Jahr 2022 dergestalt geändert, dass die wesentlichen landseitigen Planmerkmale entfielen, die wasserseitigen Vorhabensmerkmale reduziert und kleinräumig nach Norden verschoben wurden. Dies hatte zur Folge, dass sich für die lokalen Strömungsmuster, die Morphologie und Sedimentzusammensetzung aufgrund des geänderten Vorhabensbereiches die Notwendigkeit einer Aktualisierung der Bestandsdarstellung und in Bezug auf das Schutzgut „Tiere“ für den Teil „Makrozoobenthos“ eine textliche und graphische Ergänzung im UVP-Bericht ergab.³¹

Auch wenn sich diese Planänderungen nicht auf das besonders geschützte Biotop bzw. den Schweinswal beziehen, zeigt sich doch, dass diese Änderungen Einfluss auf allgemein umweltrelevante Belange, die die Schutzgüter des § 2 Abs. 1 Nr. 1–Nr. 5 UVPG betreffen, haben. Insofern darf unter Berücksichtigung der Ausführungen im UVP-Bericht vom 4. 7. 2022, der zeitlich deutlich nach Erlass des vorzeitigen Baubeginns vollständig vorlag, stark bezweifelt werden, ob die Informationen und Kenntnisse aus den zwei Scoping-Terminen aus 2019 und 2020 tatsächlich als Beurteilungsgrundlage für die Prognose über die Entscheidung im Planfeststellungsverfahren ausreichen konnten. Aufgrund der Planänderungen 2022 ist davon aus den öffentlich zugänglichen Dokumenten wohl nicht auszugehen. Inwiefern dem durch einen (informellen) Austausch

- 21) Knopp/Müller, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, 56. EL Juli 2021, WHG § 17 Rdnr. 45; BVerwG, Beschl. v. 22. 3. 2010 – 7 VR 1/10, BeckRS 2010, 48479 Rdnr. 16; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20. 2. 2020 – 11 S 8/20, NuR 2021, 49.
- 22) Guckelberger, in: BeckOK Umweltrecht, WHG, § 17 Rdnr. 6.1; Breuer/Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl. 2017 Rdnr. 684; Mann, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, 82. EL, Januar 2017, § 8a Rdnr. 40; VGH Kassel, Beschl. v. 14. 2. 1989 – 7 TH 2335/88, NVwZ-RR 1989, 631. Zur Sachverhaltsermittlung im Verwaltungsverfahren zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht jüngst Hartmann, Die Verwaltung 55 (2022), 91 ff.
- 23) Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 17 Rdnr. 12.
- 24) Grundlegend BVerwG, Beschl. v. 30. 4. 1991 – 7 C 35/90, NuR 1991, 428.
- 25) Peper/Schomerus, UPR 1992, 9 (14); Scheuing/Wirths, in: GK-BImSchG, § 8a Rdnr. 60, 63.
- 26) Jarass, BImSchG, § 8a Rdnr. 11; Riege, EnWZ 2020, 305 (306); Mann, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, 82. EL, Januar 2017, § 8a Rdnr. 52; wohl auch VGH Kassel, Beschl. v. 6. 4. 1989 – 3 TH 503/89, NVwZ-RR 1989, 635.
- 27) BVerwG, Beschl. v. 30. 4. 1991 – 7 C 35/90, NuR 1991, 428; Mann, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, 82. EL, Januar 2017, § 8a Rdnr. 52.
- 28) Der Bescheid über den vorzeitigen Baubeginn spricht insofern von einer „überschlägigen“ Umweltverträglichkeitsprüfung; vgl. Bescheid des Niedersächsischen Landesbetriebs für Wasserwirtschaft, Küsten- und Naturschutz v. 29. 4. 2022, S. 43.
- 29) Dazu Schink, NuR 2015, 21 (27).
- 30) Beckmann, NVwZ 1991, 427 (429); ders., in: Landmann/Rohmer, UVPG, 97. EL, Dezember 2021, § 15 Rdnr. 23.
- 31) Vgl. UVP-Bericht v. 4. 7. 2022, Zf. 4.2.2, 8.1.2.

bereits vor Stellung des offiziellen Antrags am 25.4.2022 Abhilfe schaffen könnte, kann aus der Ferne nicht hinreichend beurteilt werden.

4.2.2.3 Geänderte Sach- und Rechtslage aufgrund des LNG-Beschleunigungsgesetzes?

Die Lage könnte sich allerdings grundlegend dadurch geändert haben, dass nach § 4 Abs. 1 LNG-Beschleunigungsgesetz³² keine Umweltverträglichkeitsprüfung (und damit auch keine Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 16 UVPG) mehr notwendig ist (und somit eine Ausnahme i. S. d. Art. 2 Abs. 4 UVP-RL darstellt). Gemäß § 13 Abs. 1 LNG-Beschleunigungsgesetz gilt § 4 Abs. 1 auch für bereits vor Inkrafttreten dieses Gesetzes (am 1.6.2022) begonnene, aber noch nicht abgeschlossene Verfahren. Das wäre für den Bau des LNG-Terminals in Wilhelmshaven zutreffend. Unbeachtet der europarechtlichen Zweifel an diesem Gesetz³³ kann der Verzicht auf eine Umweltverträglichkeitsprüfung aber nicht dazu führen, dass an die anzustellende Prognose i. S. d. § 17 Abs. 1 Nr. 1 WHG reduzierte Anforderungen zu stellen sind. Vielmehr muss sich die Planfeststellungsbehörde die notwendigen Informationen anderweitig beschaffen (vgl. § 24 L/VwVfG) oder vom Vorhabenträger vorlegen lassen. Tut oder kann sie dies nicht, hat dies grundsätzlich zu Lasten der Entscheidung über den vorzeitigen Baubeginn zu gehen. Inwiefern die „auf summarischer Grundlage“ beteiligten „wesentlichen Fachbehörden und Stellen, welche von den Auswirkungen des Vorhabens voraussichtlich betroffen sein werden“³⁴ und die bereits im Vorfeld der Stellung des Antrags auf Planfeststellung zwischen Vorhabenträger und den zuständigen Fachbehörden bzw. den Fachgeschäftsbereichen der Planfeststellungsbehörde stattgefundenen „umfassenden“ Austausch hinreichend Rechnung getragen haben, kann ebenfalls ohne nähere Kenntnisse derer nicht beurteilt werden.

4.2.3 Tesla-Werk

Zum Bau des Tesla-Werks war bei der per vorzeitigem Baubeginn zugelassenen Waldrodung vom 13.2.2020 die Einwendungsfrist (bis zum 5.3.2020) im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung noch nicht abgelaufen. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob die von der Behörde angestellte Prognose daher auf einer ausreichenden Beurteilungsgrundlage nach obigem Maßstab beruhte. Das OVG Berlin-Brandenburg indes entschied, dass im konkreten Fall das Abwarten der Einwendungsfrist nicht notwendig war: „Jedoch kann die genehmigende Behörde im Einzelfall auch schon vor Abschluss der erforderlichen Beteiligungsverfahren Kenntnis der entscheidungserheblichen Tatsachen erlangt haben, die ihr eine solche Prognose ermöglicht. Hiervon geht der Senat bei summarischer Prüfung aller Umstände aus. (...) durfte davon ausgehen, dass sich durch den Abschluss der Öffentlichkeitsbeteiligung keine durchgreifenden weiteren Erkenntnisse ergeben werden. Das Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung ist bereits weit fortgeschritten. Wie bereits dargelegt, ist die Auslegung abgeschlossen. Damit hatte die Öffentlichkeit Gelegenheit, sich über den Genehmigungsantrag und die Antragsunterlagen zu informieren. (...)“ Sofern also entweder aus den bisherigen Einwendungen oder auch aus allgemeinen Erkenntnisquellen der Inhalt potentiell weiterer und relevanter Einwendungen antizipiert und zu dem Ergebnis gekommen werden kann, dass die bereits eingegangenen oder potenziell noch eingehenden Einwände voraussichtlich ohne Bedeutung sind, keine weiteren Erkenntnisse bringen oder dass ihnen zumindest durch Nebenbestimmungen Rechnung getragen werden kann, lässt sich eine tragfähige Prognose treffen.³⁵ Das trifft demnach auch auf die Waldrodung für den Bau des Tesla-Werks zu.

4.2.4 Abstellbahnhof Untertürkheim

In dem dortigen Planfeststellungsverfahren war die Umweltverträglichkeitsprüfung bereits im Jahr 2019 und die Öffentlichkeitsbeteiligung mit Einwendungsfrist und sogar der Erörterungstermin zu Beginn des Jahres 2020 abge-

schlossen. Für das 1. Planänderungsverfahren, der die Integration zusätzlicher Mauereidechsen-Ersatzhabitate vorsah, wurde eine erneute Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 22 Abs. 1 UVPG vorgenommen. Die erfolgte Prognose beruhte daher auf einer tragfähigen Grundlage.

5. Rechtsstaatliches Verhalten

Bei der Zulassung des vorzeitigen Baubeginns, insbesondere bei den drei genannten Beispielen, sind neben völkerrechtlichen Verpflichtungen (u. a. Art. 6 Abs. 4 Aarhus Konvention zur frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung zu einem Zeitpunkt, zu dem alle Optionen noch offen sind und Art. 14 Biodiversitätskonvention, der eine Umweltverträglichkeitsprüfung beinhaltet), auch die unionalen Umsetzungsrichtlinien (vor allem Art. 2, Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 UVP-RL) und Bestimmungen zur Erhaltung der biologischen Vielfalt (insbesondere durch Art. 3 ff., Art. 12 ff. FFH-RL) zu beachten, die zwar nicht unmittelbar, aber jedenfalls durch ihre Umsetzung in nationales Recht zwingend zu beachten sind. Nicht zuletzt ist die Exekutive auch Adressat des Umwelt- und Naturschutzes aus der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG, die in Ausübung ihrer Ermessensspielräume („Kann“-Regelungen in § 17 Abs. 1 WHG, § 18 Abs. 2 AEG; und „Soll“-Regelung in § 8a Abs. 1 BImSchG) den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen im Sinne des Art. 20a GG zu berücksichtigen haben. Jede Entscheidung über einen vorzeitigen Baubeginn hat diese höherrangigen Verpflichtungen bzw. Vorgaben zu beachten, um rechtsstaatliches Verhalten garantieren zu können. Sich dieser grundlegenden Bestimmungen bewusst zu machen, erscheint aufgrund realpolitischer Hektik (dazu sogleich) umso mehr angezeigt und gilt auch für die drei dargestellten Beispiele.

6. Realpolitische Hektik: Tatsächliche und rechtliche Auswirkungen

In einer immer schneller werdenden und sich verändernden Gesellschaft und Welt können in tatsächlicher Hinsicht die generell als zu lange dauernd empfundenen Planungs- und Genehmigungsverfahren durch den vorzeitigen Baubeginn in gewissen Fällen durchaus beschleunigt und der realpolitischen Hektik entsprechend begegnet werden: In den hier betrachteten Fällen konnte der Bau des Tesla-Werks zu einer Stärkung des Wirtschaftsstandorts Deutschland führen. Durch den vorzeitigen Baubeginn des LNG-Terminals in Wilhelmshaven kann ein wichtiger Beitrag zur Bewältigung der energiepolitischen Krise und die Versorgungssicherheit Deutschlands geleistet werden. Ebenfalls kann der vorzeitige Baubeginn in bereits fortgeschrittenen Vorhaben, die unter Umständen schon Planänderungsverfahren erteilt haben, einen Beschleunigungseffekt bringen (Abstellbahnhof Untertürkheim).

In rechtlicher Hinsicht gilt dabei allerdings zu beachten, dass der Ausnahmecharakter des vorzeitigen Baubeginns schnell zur Regel werden kann. So wurden zum Bau der Tesla-Fabrik insgesamt 20 Anträge für einen vorzeitigen Baubeginn gestellt.³⁶ Für den Bau des LNG-Terminals

32) Gesetz zur Beschleunigung des Einsatzes verflüssigten Erdgases (LNG-Beschleunigungsgesetz – LGG) v. 24.5.2022, BGBl. I S. 802.

33) Vgl. dazu Fn. 8.

34) Bescheid des Niedersächsischen Landesbetriebs für Wasserwirtschaft, Küsten- und Naturschutz v. 29.4.2022, S. 15.

35) Mann, in: Landmann/Rohmer, BImSchG, 82. EL, Januar 2017, § 8a Rdnr. 52.

36) Staatskanzlei des Landes Brandenburg (Hrsg.), Häufig gestellte Fragen zur Tesla-Ansiedlung, Stand: 1.9.2022, abrufbar unter: <https://www.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.658136.de> (Zf. 7.3).

dürfte mit weiteren zu rechnen sein, um das erste Anlandeterminale im Winter 2022/23 noch realisieren zu können. Außerdem geraten gefestigte völkerrechtliche und unionale Vorschriften, die auch ins nationale Recht umgesetzt wurden, durch nationale Sondervorschriften ins Wanken. Über Umsetzungsschwierigkeiten und -hürden durch die Verwaltung und Akzeptanzprobleme bei der Bevölkerung darf ebenfalls nicht ohne Weiteres hinweggeschaut werden. Ob das seit den 1990er-Jahren zur Problembehebung der Dauer von Planungs- und Genehmigungsverfahren vorzufindende „Recht im Krisenmodus“ daher zukunfts-fähig ist, bedarf ebenso einer stetigen wie kritischen Überprüfung.

7. Fazit

Der vorzeitige Baubeginn ist in immer mehr Fachrechten implementiert und findet nunmehr auch in die mediale Berichterstattung durch Vorhaben wie dem Bau des LNG-Terminals in Wilhelmshaven, des Tesla-Werks oder des Abstellbahnhofs in Untertürkheim Einklang.

Durch die angestregten (einstweiligen) Rechtsschutzverfahren sind inzwischen klare Rechtsprechungslinien erkennbar. Je früher der vorzeitige Baubeginn im anhängigen Hauptgenehmigungsverfahren zugelassen wird, desto eher lässt sich tendenziell eine nachteilige Auswirkung für den Umwelt- und Naturschutz im Sinne von vollendeten Tatsachen und einer Umkehr des Regel-/Ausnahmeverhältnisses befürchten. Dies ließ sich insbesondere beim Bau des LNG-Terminals durch mittelbare Beeinträchtigungen und

der Waldrodung für den Bau des Tesla-Werks beobachten. Ein typischer und zu befürwortender Anwendungsfall zeigte sich indes bei der Absammlung der Mauereidechsen für den Abstellbahnhof in Untertürkheim.

Auch in Zukunft ist weiterhin mit weiteren Maßnahmen per vorzeitigem Baubeginn zu rechnen. Allerdings darf realpolitische Hektik nicht dazu führen, dass rechtsstaatliches Verhalten auf des Messers Schneide steht. Es ist gerade auch in Krisenzeiten an den Tag zu legen. Ihre stetige Vergegenwärtigung kann dazu nur zuträglich sein.

Open Access. Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

Der rechtliche Rahmen für probabilistische Ansätze bei der artenschutzrechtlichen Signifikanzbewertung

Frank Sailer*

© Springer-Verlag GmbH Deutschland, ein Teil von Springer Nature 2023.

Mit der sog. Rotmilan-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) von 2018 forderte das Gericht den Gesetzgeber auf, für eine Maßstabbildung bei der artenschutzrechtlichen Prüfung zu sorgen, solange das Gesetz auf ungeklärte fachwissenschaftliche Zusammenhänge verweise, diese aber längerfristig ungeklärt seien. Im Zuge dieser Maßstabbildung beim artenschutzrechtlichen Tötungsverbot gibt es seit geraumer Zeit auch Überlegungen, die bisherigen verbal-argumentativen Prüfmethoden zur Signifikanzbewertung in Richtung probabilistischer Ansätze – also mit Wahrscheinlichkeitsrechnungen – weiterzuentwickeln und die Prüfung dadurch objektiver, vergleichbarer und vorhersehbarer zu machen. Der folgende Beitrag will den rechtlichen Rahmen dafür aufzeigen.

1. Einleitung und Hintergrund

In seiner Rotmilan-Entscheidung zur naturschutzfachlichen Einschätzungsprerogative entschied das BVerfG, dass gesetzliche Vorgaben wie die artenschutzrechtlichen Zu-

griffsverbote (§44 Abs. 1 BNatSchG) mit Blick auf die materiellen Grundrechte und den aus dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Wesentlichkeitsgrundsatz verfassungsrechtliche Zweifel aufwerfen können, wenn darin Tatbestandsmerkmale verwendet werden, die – wie bei der Prüfung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots – auf ungeklärte naturschutzfachliche Zusammenhänge verweisen.¹ In diesen Fällen dürfe nämlich der Gesetzgeber – mit Blick auf die Grundrechte – der Rechtsanwendung nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum“ übertragen, das weder Verwaltung noch Gerichte selbst ausfüllen können. Zwar könne der Gesetzgeber auch kurzfristig darauf vertrauen, dass sich fachliche Wissenslücken durch

* Der Beitrag basiert auf einem Statement des Autors bei dem Experten-Gespräch „Schwellenwerte“ im Rahmen der 17. Sitzung der von der Umweltministerkonferenz eingesetzten Unterarbeitsgruppe Probabilistik am 31.8.2022. Herzlicher Dank gilt dem Kollegen Maximilian Schmidt.

1) Hierzu und zu Folgendem BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14, juris Rdnr. 24; vgl. zu den zahlreichen Beiträgen und Anmerkungen dazu etwa Eichberger, NVwZ 2019, 1560 ff.; Dolde, NVwZ 2019, 1567 ff.; Erbuth, DVBl. 2020, 1050 ff.; Huggins, NuR 2021, 73 ff.; Köck, ZUR 2022, 259, 269 f.

Ass. iur. Frank Sailer,
Leiter Forschungsgebiet Energieanlagen- und Infrastrukturrecht,
Stiftung Umweltenergierecht,
Würzburg, Deutschland