

Wilhelm Breuer

Was macht der Entwurf der Novelle
des Bundesnaturschutzgesetzes
aus der Eingriffsregelung?

Wilhelm Breuer
Plathnerstr. 64
30175 Hannover

1. Vorbemerkung

Der Bundesminister für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit hat den Entwurf des neuen Bundesnaturschutzgesetzes mit Stand vom 02. Februar 2001 im Internet bekanntgegeben (nachzusehen unter www.bmu.de). Dieser Entwurf ist dem Vernehmen nach mit allen Bundesressorts abgestimmt. Damit ist die Novellierung des Bundesnaturschutzgesetzes 25 Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes, nach mehreren Anläufen und gescheiterten Versuchen in erreichbare Nähe gerückt. Hier können nicht alle die von der Bundesregierung beabsichtigten Änderungen, sondern nur die der Eingriffsregelung vorgestellt und bewertet werden. Welche Änderungen sind vorgesehen? Was können der Naturschutz und die Landschaftspflege davon erwarten? Wird alles oder manches anders - nur anders oder auch besser, nur scheinbar besser oder gar schlechter? Was wird am Ende für die Sache des Naturschutzes gewonnen sein?

Was den Bundesminister für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit zu diesen Änderungen bewogen hat, geht aus der Begründung des Gesetzesentwurfes hervor (BMU Begründung der Novelle 02.02.01: 50): *"Die Vorschriften zur Eingriffsregelung ... werden insgesamt modifiziert und im Interesse der Rechtsklarheit und Vollzugsfreundlichkeit neu geordnet."*

2. Änderungen

Die Vorschriften der Eingriffsregelung finden sich auch künftig in dritten Abschnitt des Gesetzes, nun aber genügen nicht mehr zwei Paragraphen (nämlich die §§ 8 und 8 a), sondern an ihre Stelle treten die §§ 18 - 21. Was ein Eingriff ist, bestimmt § 18, die Verursacherpflichten und die Unzulässigkeit von Eingriffen regelt § 19, das Verfahren § 20, das Verhältnis zum Baurecht § 21. Die inhaltlichen Änderungen betreffen in der Hauptsache die Definition des Eingriffs, die Verursacherpflichten und die Vorschriften über die Unzulässigkeit von Eingriffen. Das Verhältnis zum Baurecht sowie das Verfahren bleiben unverändert. So sieht der Entwurf für die Anwendung der Eingriffsregelung kein eigenständiges Verfahren vor (es bleibt beim "Huckepackverfahren") und belässt es hinsichtlich hinsichtlich der Mitwirkungsrechte der Naturschutzbehörde

(anders als einige Ländergesetze) bei der Pflicht zum bloßen Benehmensherstellen.

Definition des Eingriffs

- **Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts**

§ 18 Absatz 1 entspricht weitgehend der Eingriffsdefinition des bisherigen § 8 Absatz 1. An der Struktur des geltenden Eingriffsbegriffs mit seinen Anknüpfungstatbeständen (Veränderung der Gestalt oder Nutzung von Grundflächen) und Folgetatbeständen (erhebliche Beeinträchtigung des Naturhaushalts oder des Landschaftsbildes) wird festgehalten. Allerdings ist nun nicht mehr allein von Beeinträchtigungen der Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts die Rede, sondern von seiner *Leistungsfähigkeit und Funktionsfähigkeit*. Dies dürfte praktisch folgenlos sein. Die Änderung ist aber notwendig, weil schon in § 1 des Entwurfes, also in der Zielbestimmung des Gesetzes, zum Schutz der Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts der Schutz der Funktionsfähigkeit hinzuge treten ist - wengleich auch dort folgenlos und unnötig, weil in der Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts seit jeher auch seine Funktionsfähigkeit gesehen worden ist.

- **Veränderungen des mit der belebten Bodenschicht in Verbindung stehenden Grundwassers**

Bedeutender und uneingeschränkt sinnvoll ist die Einbeziehung von Veränderungen des mit der belebten Bodenschicht in Verbindung stehenden Grundwasserspiegels in die Eingriffsdefinition. Die Novelle sucht darin Anschluss an einige fortschrittliche Landesnaturschutzgesetze zu finden, die bisher schon Grundwasserentnahmen zu den Eingriffen rechnen. Allerdings formuliert der BMU in der Begründung einschränkend (a.a.O.: 84): *"Veränderungen der Gestalt oder Nutzung von Grundflächen, die keine oder nur vorübergehende Auswirkungen auf die natürliche Schwankungsbreite des Grundwasserspiegels haben, werden ... von der Legaldefinition nicht erfasst. Für den Regelfall nicht tatbestandsmäßig sind damit u. a. Baumaßnahmen bzw. Sanierungsmaßnahmen im Zusammenhang mit Altlasten."*

- **Erhebliche Beeinträchtigung**

Im Gegensatz zum bisherigen § 8 Absatz

1 wird nun nicht mehr auf eine "erhebliche oder nachhaltige", sondern allein auf eine *"erhebliche Beeinträchtigung"* abgestellt. Dies ist weder vorteilhaft noch nachteilig. Für die Änderung spricht vielleicht, dass auch die Regelung über die Verträglichkeit und Unzulässigkeit von Projekten und Plänen gemäß FFH-Richtlinie allein an eine "erhebliche Beeinträchtigung" anknüpft. Außerdem steht der Begriff "Nachhaltigkeit" nun uneingeschränkt positiv besetzt einer Politik der Nachhaltigkeit zur Verfügung.

Verursacherpflichten

- **Ausgleichsbegriff**

Der Gesetzesentwurf hält an der Stufenfolge der Verursacherpflichten fest: Auch künftig gehen die Vermeidung von Beeinträchtigungen vor Ausgleichsmaßnahmen (§ 19 Absatz 1) und Ausgleichsmaßnahmen vor Ersatzmaßnahmen (§ 19 Absatz 2 Satz 1): *"Der Verursacher ist zu verpflichten, unvermeidbare Beeinträchtigungen ... vorrangig auszugleichen (Ausgleichsmaßnahmen) oder auf sonstige Weise zu kompensieren (Ersatzmaßnahmen)." Was als ausgeglichen und was als auf sonstige Weise kompensiert gelten soll, definiert der Entwurf abweichend von § 8 Absatz 2 so (§ 19 Absatz 2 Sätze 2 und 3): "Ausgeglichen ist eine Beeinträchtigung, wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts oder das Landschaftsbild in gleichartiger Weise wiederhergestellt sind. Kompensiert ist eine Beeinträchtigung, wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts in gleichwertiger Weise ersetzt sind oder das Landschaftsbild landschaftsgerecht neu gestaltet ist."* Ersatzmaßnahmen werden damit erstmals bundesrechtlich definiert; bisher war die Ausgestaltung von Ersatzmaßnahmen allein dem Landesrecht vorbehalten. Bei der Festlegung von Art und Umfang der Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen sind die Darstellungen der Landschaftsplanung zu berücksichtigen (§ 19 Absatz 2 Satz 4).

Aber trägt der Entwurf hier wirklich zur Klarheit der Begriffe bei? Wie wenig ein bundesweit einheitliches Verständnis erwartet werden kann und wie wenig ein solches offensichtlich angestrebt wird, zeigt bereits die Begründung des Entwurfs, der den Ländern einen weitreichenden Interpretationsspielraum eröffnet (a.a.O.: 83): *"So können die Länder*

einen engen räumlichen Zusammenhang (zwischen Eingriffs- und Kompensationsort, Anmerkung des Verfassers) vorgeben oder die zuständigen Behörden ermächtigen, *Naturalkompensation auch außerhalb des betroffenen Eingriffsraums anzuordnen ...*. Damit ist praktisch wieder alles offen bis hin zu einer vollständigen räumlichen Entkopplung von Eingriff und Kompensation, die der Begründung zufolge dann zulässig sein soll, wenn *„der Verursacher die Verfügbarkeit geeigneter Flächen zur Kompensation nachweist oder sicherstellt“* (a.a.O.: 83). Insofern wird das Verständnis der Eingriffsregelung an dieser Stelle auch künftig in sechzehn Einzelregelungen (so viele wie es Landesnaturschutzgesetze gibt) zerfallen - vermutlich noch weit mehr als bisher. - Dem Wortlaut des Entwurfs zufolge wären übrigens künftig alle Beeinträchtigungen, nicht nur die erheblichen, sondern auch die unerheblichen, auszugleichen oder auf sonstige Weise zu kompensieren. Aber ist eine solche Verschärfung gemeint? Der Entwurf vertraut vermutlich lediglich auf das Beibehalten der bisherigen Theorie und Praxis oder hat dieses Detail einfach übersehen.

Wie verschwommen das Verständnis von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen bereits im Bundesministerium ist, zeigt die Vielzahl der Begriffe und Hilfsbegriffe, die zur Erklärung bemüht werden: ausgleichen, ersetzen, kompensieren, auf sonstige Weise kompensieren, wiederherstellen, gleichartige und gleichwertige Wiederherstellung, Ausgleich, Ersatz, Kompensation, Naturalkompensation, Eingriffsort, Kompensationsort, Eingriffsraum, außerhalb des Eingriffsraums, Kompensationsflächen. Alles dies erhellt nur wenig und verdunkelt viel. Wie anders noch § 8 BNatSchG: Die Rahmenvorschrift kommt ganz ohne die Bezeichnungen Kompensation, Ersatz oder den Begriff ersetzbar aus und beschränkte sich auf Ausgleich, Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen. Auch das BauGB verzichtet auf den Begriff der Kompensation.

• Untersagung des Eingriffs

Allerdings würde die Unterscheidung zwischen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen nach der Novelle an Bedeutung verlieren: Die Abwägung zwischen den Belangen des Naturschutzes und der Landschaftspflege und denen des Eingriffes soll nämlich künftig erst erfolgen, wenn

die Beeinträchtigungen weder ausgeglichen noch auf sonstige Weise kompensiert werden können (§ 19 Absatz 3 Satz 1). Die Unterscheidung ist mithin für die Abwägung völlig bedeutungslos. Bisher war bereits abzuwägen, wenn die Eingriffsfolgen nicht ausgeglichen werden konnten.

Zwar wird man einräumen müssen, dass die Abwägung kaum jemals zur Untersagung von Eingriffen geführt hat. Mit der Novelle wird die Abwägung aber nicht nur de facto bedeutungslos, sondern sie wird es dann auch de jure sein. Wird sie an das Ende der Kompensation gestellt, ist sie auch buchstäblich "am Ende". Insofern passt der Entwurf gutes Recht schlechter Praxis an (nicht etwa umgekehrt). Künftig wird es kaum zur Abwägung kommen, - um so weniger, je weiter der Begriff des Kompensierens gefasst sein wird. Selbst wenn die Ersatzmaßnahmen auch künftig die vom Eingriff betroffenen Funktionen und Werte in ähnlicher Art und Weise wiederherstellen sollten, bleiben Ersatzmaßnahmen doch fast immer möglich. Auf diese Weise tritt der Abwägungsfall praktisch so gut wie nie ein, so dass zwischen konkurrierenden Belangen auch gar nicht abgewogen und der Eingriff folglich auch gar nicht - jedenfalls nicht mit Bezugnahme auf die Eingriffsregelung - untersagt werden kann.

Der BMU begründet diese Änderung so: *„Die Zusammenfassung der Maßnahmen im Rahmen eines vor der Abwägungsentcheidung zu prüfenden Kompensationsbestandes bringt ... erhebliche Vollzugserleichterungen. Zugleich dient die Zusammenfassung einer verbesserten Rechtsklarheit und damit einhergehend einer verbesserten Akzeptanz und Anwendung der Eingriffsregelung in der Vollzugspraxis.“*

Die Bedeutung der bisherigen Stellung der Abwägung darf im übrigen nicht allein an der Zahl der untersagten Eingriffe gemessen werden. Erfahrungsgemäß konnte nämlich mit Blick auf die Abwägungshürde von Gutachterbüros des Vorhabenträgers, den Zulassungs- und Naturschutzbehörden gar nicht so selten im Vorwege der Verzicht auf Eingriffe oder eine Lösung mit geringeren (nämlich ausgleichbaren) Eingriffsfolgen erreicht werden. Auf diese Weise hat die Stellung der Abwägung gewissermaßen vorbeugend gewirkt, zumindest aber zu einer Stärkung des schwachen Vermeidungsgebotes beigetragen.

Nimmt man den Entwurf beim Wort, setzt die Pflicht zur Abwägung übrigens viel früher und an mehreren Stellen ein: bereits bei unvermeidbaren Beeinträchtigungen, auch schon bei ausgleichbaren Beeinträchtigungen und erst dann bei nicht kompensierbaren Beeinträchtigungen. Alle drei Bedingungen sind nämlich nicht mit "und" sondern "oder" verknüpft, also alternativ, nicht additiv zu sehen. Diese Auslegung widerspricht allerdings der Begründung. Überhaupt ist der Entwurf nicht nur inhaltlich, sondern auch sprachlich ungewöhnlich nachlässig formuliert worden, wofür eine Vielzahl an Belegen angeführt werden kann.

Hingegen ändert der Wortlaut der Novelle nichts an der bisherigen Rangfolge in der Abwägung (§ 19 Absatz 3 Satz 1). Die Bundesregierung unternimmt nichts, die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege in der Abwägung zu stärken: So kann der Eingriff auch künftig nur untersagt werden, wenn die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege bei der Abwägung aller Anforderungen an Natur und Landschaft im Range vorgehen und nicht schon, wenn die Naturschutzbelange mit den konkurrierenden Interessen gleich aufliegen.

An sich positiv ist die Zulassungsveranschärfung für den Fall, *„dass der Eingriff Lebensräume zerstört, die für dort wild lebende Tiere und wild wachsende Pflanzen der streng geschützten Arten nicht ersetzbar sind“*. Der Eingriff ist dann nur zulässig, *„wenn er aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses gerechtfertigt ist“* (§ 19 Absatz 3 Satz 2). Allerdings dürfte auch diese Änderung (die den Vorschriften über die Zulassung von Projekten und Plänen nach der FFH-Richtlinie nachgebildet scheint) kaum halten, was sie zu versprechen vorgibt, denn auch hier steht und fällt das Ergebnis mit dem, was unter *ersetzbar* oder *nicht ersetzbar* verstanden werden soll (was wiederum der Entscheidung der Länder überlassen bleibt). Ist hier nicht ersetzbar also gleichbedeutend mit nicht ausgleichbar? Wohl kaum. Überdies ist die Beschränkung auf Lebensräume der streng geschützten Arten keinesfalls ausreichend, denn diese Arten sind längst nicht alle die Arten, die nach den Roten Listen zu den gefährdeten oder auch nur hochgradig gefährdeten Arten zählen. Die Novelle verknüpft hier die Vorschriften des besonderen Arten-

schutzes, die primär auf den Fang, den Handel und die Haltung von Arten ausgerichtet sind, mit den Vorschriften der Eingriffsregelung, was bei einem tiefen Verständnis des besonderen Artenschutzrechts kaum zu einem sinnvollen Ergebnis führen kann. Eine weitere Nachlässigkeit der Formulierung zeigt sich darin, dass die Lebensräume von Tieren und Pflanzen und nicht etwa Tieren oder Pflanzen der streng geschützten Arten betroffen sein müssen, was aber vermutlich nicht im strengen Wort-sinn auszulegen ist.

- **Weitergehende Regelungen der Länder, Ersatzzahlungen**

Die Länder können, wie schon gesagt, weitergehende Regelungen über die Verursacherpflichten und die Untersagung von Eingriffen erlassen. Vor allem können sie vorsehen, "dass bei zuzulassenden Eingriffen für nicht ausgeglichene oder kompensierte Beeinträchtigungen Ersatz in Geld zu leisten ist (Ersatzzahlung)" (§ 19 Absatz 4). (Gemeint sind vermutlich nicht ausgleichbare oder nicht kompensierbare Beeinträchtigungen - was uns wiederum einen Eindruck von der Sorgfalt vermittelt, mit der dieser Entwurf formuliert wurde.) Der Entwurf ermöglicht insoweit alternative als auch ultimative Ersatzzahlungen, d.h. Ersatzzahlungen anstelle von Ersatzmaßnahmen sowie Ersatzzahlungen als ultima ratio, dann nämlich, wenn Ersatzmaßnahmen nicht möglich sind. Auch hier bietet sich den Ländern ein beträchtlicher Spielraum, der wiederum von der (unklaren) Inhaltsbestimmung der Ersatzmaßnahmen bestimmt wird. Immerhin sind die Länder nicht verpflichtet, von der Möglichkeit zur Einführung einer Ersatzabgabe Gebrauch zu machen.

3. Zusammenfassende Bewertung

Was also ist von dem Entwurf zu halten, was mit der Novelle gewonnen? Wo sind Übersichtlichkeit, Klarheit, Vollzugsfreundlichkeit? Und vor allem: Wo die Stärkung des Naturschutzes und der Landschaftspflege? Am ehesten ist die bundesrechtliche Verankerung einer Klagebefugnis anerkannter Naturschutzverbände positiv herauszustellen (Verbandsklage), deren positive Wirkung im Hinblick auf die Durchsetzung der Eingriffsregelung kaum überschätzt werden kann. Allerdings ist diese Klagebefugnis

bereits in dreizehn von sechzehn Bundesländern Rechtswirklichkeit. Im übrigen wird man eher auf Verschlechterungen und Scheinverbesserungen treffen:

- **Zersplitterung der Eingriffsregelung wird noch zunehmen**

Der Entwurf wirkt der Zersplitterung der Eingriffsregelung in sechzehn Einzelregelungen nicht entgegen, sondern wird die Regulationsunterschiede noch vergrößern. Hierzu trägt insbesondere die den Ländern überlassene Ausgestaltung von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen bis hin zur völligen räumlichen Entkopplung von Eingriff und Kompensation bei.

- **Stufenfolge von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen verschwimmt**

Zwar hält der Entwurf an dem Vorrang von Ausgleichsmaßnahmen vor Ersatzmaßnahmen fest. Im Ergebnis ist aber eher mit "irgendeiner Form der Kompensation" zu rechnen ("irgendwas irgendwo für den Naturschutz"), zumal die Abwägung an das Ende der Stufenfolge von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen gerückt nicht mehr die Schwere der Eingriffsfolgen markiert und es auch deswegen auf die Unterscheidung zwischen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen weniger ankommen scheint als bisher. Die Tendenz, in der Eingriffsregelung weniger das Instrument zur Eingriffsfolgenbewältigung und statt dessen ein bloßes Finanzierungs- und Flächenbeschaffungsinstrument des Naturschutzes zu sehen, dürfte noch zunehmen. Im Unterschied zu der Vorstellung, die die Bauleitplanungsseite im Zusammenhang mit § 200 a BauGB entwickelt hat, nämlich dass es auf die Unterscheidung zwischen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen nicht mehr ankommen soll, bleibt die Unterscheidung aber auch mit dem Entwurf wegen des Vorrangs der Ausgleichsmaßnahmen beachtlich. Ob dies noch kommunizierbar ist, wird wesentlich von den Länderregelungen abhängen. Die Differenzierung wird aber gerade mit Blick auf die Rechtsprechung zwingend erforderlich sein.

- **Unterschiede zur Bauleitplanung bleiben**

Der Entwurf hat zwar darauf verzichtet, die Eingriffsregelung des Bundesnaturschutzgesetzes an die Eingriffsregelung in der Bauleitplanung anzugleichen. Andererseits hat die Novelle aber keinen Versuch unternommen, die Abweichun-

gen in der Bauleitplanung zu überwinden (womit realistischer Weise nach der Neufassung der Baugesetzbuches 1998 auch nicht gerechnet werden konnte). Insoweit bleibt es bei einer gewissermaßen schismatischen Situation: nämlich 1. dem Abwägungsvorbehalt, unter den die Maßnahmen zum Ausgleich in der Bauleitplanung gestellt sind, 2. der Möglichkeit, Maßnahmen zum Ausgleich bauleitplanerisch vorbereiteter Eingriffe zu bevorraten ("Ökokonto") und 3. der permanenten Herausforderung und latenten Verunsicherung, die die bauleitplanerische Vorstellung von der Eingriffsregelung in der Bauleitplanung für die Eingriffsregelung bei der Zulassung von Vorhaben mit sich bringt.

- **Sanktionsprogramm wird massiv eingeschränkt**

Mit der Verschiebung der Abwägungsentscheidung können Eingriffe aufgrund überwiegender Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege nun auch rechtlich kaum mehr untersagt werden. Dies bedeutet nicht nur einen beträchtlichen Ansehens- und Bedeutungsverlust der Eingriffsregelung, sondern selbst bei restriktiver Ausgestaltung des Begriffs der Ersatzmaßnahme eine massive Einschränkung des bisherigen Sanktionsprogramms.

- **Scheinverbesserung statt Akzentuierung eines an sich bewährten Instruments**

Statt einer Akzentuierung eines an sich bewährten Instruments (diese hatte der Bundesverband Beruflicher Naturschutz BBN noch kürzlich empfohlen) bietet der Entwurf überwiegend bestenfalls Scheinverbesserungen. Zumindest wurde die Chance für eine durchgreifende Weiterentwicklung zugunsten des Naturschutzes und der Landschaftspflege nicht genutzt. Regelungen etwa zur Untersuchungstiefe, zur Einbeziehung aller Schutzgüter in Eingriffs-Ausgleichs-Bewertungen, zu Fragen von Pflege, Gewährleistung oder Kontrolle von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen oder verbesserte Mitwirkungsrechte der Naturschutzbehörden (Einvernehmen statt Benehmen) sind überhaupt nicht vorgesehen; sie müssen weiterhin von fortschrittlichen Ländergesetzen erhofft werden.

- **Keine Nachbesserung der Vorschriften über die FFH-Verträglichkeitsprüfung**

Zwar kein Bestandteil der Eingriffsregelung, aber in diesem Zusammenhang sinnvoll anzusprechen, sind die Vorschriften über die Prüfung der Verträglichkeit von Projekten und Plänen nach der FFH-Richtlinie. Die vorherige Bundesregierung hatte diese Vorschriften mit den §§ 19 c-d BNatSchG im April 1998 in nationales Recht umgesetzt. Von Anfang an bestanden Zweifel, ob diese Umsetzung gemeinschaftsrechtskonform ist. Das Schreiben der EG-Kommission an den Bundesminister für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit vom 04.04.00 hat diese Zweifel noch beträchtlich vermehrt. Darin hat die EG-Kommission der Bundesregierung mitgeteilt, dass sie u. a. auch die Vorschriften der FFH-Richtlinie über die Verträglichkeitsprüfung in wichtigen Punkten nicht als umgesetzt ansieht und die Bundesregierung um Aufklärung ersucht. - Inwieweit die Bundesregierung eine kritische Überprüfung der bisherigen nationalen Vorschriften zur FFH-Verträglichkeitsprüfung in Erwägung zieht, ist unklar. Jedenfalls sieht der Entwurf des BNatSchG keine Nachbesserungen vor, sondern übernimmt diese Vorschriften unverändert in den §§ 34-36 des Gesetzesentwurfs.

Landschaftsplanung.NET

Fachbeiträge und Informationen für die Landschaftsplanung



Herausgeber und Redaktion:

Dr. B. Demuth
Dipl.-Ing. Rainer Fünkner

Kontakt:

E-Mail: redaktion@lapla-net.de

Tel.: 030 / 39831 - 896

Fax: 030 / 39731 - 898

Redaktionsanschrift:

Landschaftsplanung.NET
- Redaktion -
B. Demuth
Ringbahnstraße 7
10711 Berlin

Grafik, Layout und technische Umsetzung:

cultconcept Berlin