

Rechtliche Stellungnahme

zu den Neuerungen durch das vom Bundestag am 19.6.2009 beschlossene
Gesetz zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Land-
schaftspflege

erstattet im Auftrag des
Instituts für angewandtes Stoffstrommanagement (IfaS)
der FH Trier, Umwelt-Campus Birkenfeld,

im Rahmen eines Forschungsvorhabens
zu den Möglichkeiten der Etablierung extensiver Landnutzungsstrategien
als Eingriffskompensation (ELKE II)

des Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucher-
schutz (BMELV) sowie der
Fachagentur Nachwachsende Rohstoffe e.V. (FNR)

von

Prof. Dr. Hans-Peter Michler

Juli 2009

Nachdem das Gesetzgebungsverfahren für ein Gesetz zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege abgeschlossen ist¹, sollen die Neuerungen, die die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung² betreffen und die für das Projekt „ELKE“ von Interesse sein könnten, vorgestellt werden³. Dabei handelt es sich zunächst um einen Überblick über die wichtigsten Neuerungen, die ggffls. noch vertieft werden müssen.

Die „augenfälligsten“ Änderungen, die die Eingriffsregelung des Bundesnaturschutzgesetzes in seiner neuen Fassung (BNatSchG n.F.) gegenüber den alten, rahmenrechtlichen Vorgaben (BNatSchG a.F.), erfahren hat, betreffen das Ökokonto, wobei in diesem Zusammenhang auch auf das neue Verhältnis von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen eingegangen werden soll (dazu I.). Im BNatSchG n.F. finden sich darüber hinaus Regelungen zur Ersatzzahlung (dazu II.) und weitere Neuerungen, die von Interesse sein können (dazu III.).

I. Ökokonto

§ 16 BNatSchG n.F. führt unter der Überschrift „Bevorratung von Kompensationsmaßnahmen“ die Möglichkeit, sog. Flächenpools, Ökokonten oder vergleichbare Maßnahmen schaffen zu können, in das Bundesnaturschutzrecht⁴ ein.

¹ Der Bundestag hat in seiner Sitzung am 19.6.2009 beschlossen, die – inhaltlich identischen – Entwürfe eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege der Bundesregierung (BT-Drucksache 16/12785) und der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (BT-Drucksache 16/12274) in der Fassung der Empfehlungen des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BT-Drucksache 16/13430) anzunehmen (BT-Plenarprotokoll 16/228 v. 19.6.2009, S. 25451 ff.). Der Bundesrat hat in seiner Sitzung am 10.7.2009 beschlossen, dem Gesetz zuzustimmen und den Vermittlungsausschuss nicht anzurufen (BR-Plenarprotokoll 860 v. 10.7.2009, S. 309 ff.).

² Die Vorschriften über die Eingriffsregelung des Bauplanungsrechts sind nicht betroffen.

³ Im Folgenden wird vor allem auf den Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD (BT-Drucksache 16/12274) in der Fassung der Empfehlungen des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BT-Drucksache 16/13430) Bezug genommen.

⁴ Vgl. zu den landesrechtlichen Ökokonto-Regelungen *Hermann, Neisius, Michler, Stauffer, Thommes, Weyland, Zorn*, Rechtliche Stellungnahme zu den Möglichkeiten der Etablierung extensiver Landnutzungsstrategien als Eingriffskompensation, erstattet im Auftrag des Instituts für angewandtes Stoffstrommanagement (IfaS) der FH Trier, Umwelt-Campus Birkenfeld, Juli 2007, S. 56 ff.

Die Vorschrift lautet:

„§ 16 Bevorratung von Kompensationsmaßnahmen

(1) Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege, die im Hinblick auf zu erwartende Eingriffe durchgeführt worden sind, sind als Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen anzuerkennen, soweit

1. die Voraussetzungen des § 15 Absatz 2 erfüllt sind,
2. sie ohne rechtliche Verpflichtung durchgeführt wurden,
3. dafür keine öffentlichen Fördermittel in Anspruch genommen wurden,
4. sie Programmen und Plänen nach den §§ 10 und 11 nicht widersprechen und
5. eine Dokumentation des Ausgangszustands der Flächen vorliegt; Vorschriften der Länder zu den Anforderungen an die Dokumentation bleiben unberührt.

(2) Die Bevorratung von vorgezogenen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen mittels Ökokonten, Flächenpools oder anderer Maßnahmen, insbesondere die Erfassung, Bewertung oder Buchung vorgezogener Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen in Ökokonten, deren Genehmigungsbedürftigkeit und Handelbarkeit sowie der Übergang der Verantwortung nach § 15 Absatz 4 auf Dritte, die vorgezogene Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen durchführen, richtet sich nach Landesrecht.“

Danach müssen (Rechtsanspruch) vor der Durchführung eines Eingriffs vorgenommene Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege von der Behörde, die über die Zulässigkeit des Eingriffs entscheidet, als Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen anerkannt werden, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt werden⁵. Mit der Möglichkeit, vorgezogene Kompensationsmaßnahmen berücksichtigen zu dürfen, „zieht“ das Bundesnaturschutzrecht mit dem Bauplanungsrecht⁶ „gleich“.

1. Insbesondere: das neue Rangverhältnis von Ausgleich und Ersatz

Die Voraussetzungen des § 16 Abs. 1 BNatSchG n.F. lehnen sich an die landesrechtlichen Vorschriften zu Ökokontomaßnahmen an⁷. Erwähnenswert ist folgendes: Nach § 16 Abs. 1 **Nr. 1** BNatSchG n.F. muss ein Funktionszusammenhang zwischen Eingriff

⁵ BT-Drucksach 16/12274, S. 100.

⁶ Vgl. zum Ökokonto der bauplanungsrechtlichen Eingriffsregelung etwa *Hermann, Neisius, Michler, Stauffer, Thommes, Weyland, Zorn*, Rechtliche Stellungnahme zu den Möglichkeiten der Etablierung extensiver Landnutzungsstrategien als Eingriffskompensation, erstattet im Auftrag des Instituts für angewandtes Stoffstrommanagement (IfaS) der FH Trier, Umwelt-Campus Birkenfeld, Juli 2007, S. 38 ff.

⁷ Überblick bei *Hermann, Neisius, Michler, Stauffer, Thommes, Weyland, Zorn*, Rechtliche Stellungnahme zu den Möglichkeiten der Etablierung extensiver Landnutzungsstrategien als Eingriffskompensation, erstattet im Auftrag des Instituts für angewandtes Stoffstrommanagement (IfaS) der FH Trier, Umwelt-Campus Birkenfeld, Juli 2007, S. 56 ff.

und vorgezogener Kompensationsmaßnahme bestehen⁸. Die vorgezogenen Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege müssen insbesondere den Anforderungen an Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen des § 15 Abs. 2 S. 2 und 3 BNatSchG n.F. genügen:

„Ausgeglichen ist eine Beeinträchtigung, wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts in gleichartiger Weise wiederhergestellt sind und das Landschaftsbild landschaftsgerecht wiederhergestellt oder neu gestaltet ist. Ersetzt ist eine Beeinträchtigung, wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts in dem betroffenen Naturraum in gleichwertiger Weise hergestellt sind und das Landschaftsbild landschaftsgerecht neu gestaltet ist.“

Diese neuen Definitionen von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen klingen zwar anders als die des geltenden Rechts. In der Sache ist damit aber nichts anderes gemeint⁹. Ins Bundesrecht neu eingeführt wurde jedoch die Anforderung, dass Ersatzmaßnahmen „*in dem betroffenen Naturraum*“¹⁰ liegen müssen. Auch das ist allerdings nicht neu, da dem die räumlichen Vorgaben des Landesrechts weitgehend entsprechen¹¹.

Interessant dabei ist aber, dass das Verhältnis von „Ausgleichs-“ und „Ersatzmaßnahmen“ im Gesetzgebungsverfahren eine Änderung erfahren hat. Im Gesetzentwurf war noch davon die Rede, dass erhebliche Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft vom Verursacher „vorrangig zu vermeiden, auszugleichen und zu ersetzen“¹², im Übrigen in sonstiger Weise zu kompensieren seien (§ 13 BNatSchG i.d.F. des Gesetzentwurfs¹³). Dadurch sollte ein Vorrang der Realkompensation (Vermeidung, Ausgleich bzw. Ersatz) vor der finanziellen Kompensation (durch Ersatzzahlungen) festgelegt werden. Darüber hinaus, und das ist im vorliegenden Zusammenhang von Belang, sollte der Verursacher – wie im geltenden Recht (§ 19 Abs. 2 S. 1 BNatSchG a.F.) – verpflichtet sein, Beeinträchtigungen **vorrangig** auszugleichen (§ 15 Abs. 2 S. 1

⁸ BT-Drucksach 16/12274, S. 100.

⁹ BT-Drucksache 16/12274, S. 98.

¹⁰ Das orientiert sich an der Gliederung des Gebiets der Bundesrepublik Deutschland in 69 naturräumliche Haupteinheiten nach Ssymank, Neue Anforderungen im europäischen Naturschutz. Das Schutzgebietssystem Natura 2000 und die FFH-Richtlinie der EU, Natur und Landschaft 1994, S. 395, BT-Drucksache 16/12274, S. 98.

¹¹ Hermann, Neisius, Michler, Stauffer, Thommes, Weyland, Zorn, Rechtliche Stellungnahme zu den Möglichkeiten der Etablierung extensiver Landnutzungsstrategien als Eingriffskompensation, erstattet im Auftrag des Instituts für angewandtes Stoffstrommanagement (IfaS) der FH Trier, Umwelt-Campus Birkenfeld, Juli 2007, S. 56 ff.

¹² Hervorhebung durch den Verfasser.

¹³ BT-Drucksach 16/12274, S. 17.

BNatSchG i.d.F. des Gesetzentwurfs¹⁴⁾ mit der Folge, dass Ersatzmaßnahmen nur nachrangig, also erst möglich sein sollten, wenn Ausgleichsmaßnahmen nicht in Betracht kamen.

Dieser Vorrang von Ausgleichsmaßnahmen vor Ersatzmaßnahmen ist – auf Vorschlag des Bundesrats¹⁵ – in der Gesetz gewordenen Fassung entfallen. Jetzt sind erhebliche Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft vom Verursacher vorrangig zu vermeiden, § 13 S. 1 BNatSchG n.F. Nicht vermeidbare erhebliche Beeinträchtigungen sind durch Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen, oder, soweit dies nicht möglich ist, durch einen Ersatz in Geld zu kompensieren, § 13 S. 2 BNatSchG n.F. Der Vorrang der Ausgleichs- vor den Ersatzmaßnahmen, den § 15 Abs. 2 S. 1 des Gesetzentwurfs noch vorgesehen hatte, ist in der beschlossenen Fassung entfallen.

Das Rangverhältnis stellt sich danach wie folgt dar:

- Vermeidungsmaßnahmen haben Vorrang vor Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen. Das war jedoch schon nach dem alten Recht so; der Vorrang der Vermeidung vor den anderen Formen der Realkompensation wird dadurch allenfalls deutlicher gefasst¹⁶.
- Ausgleichs- bzw. Ersatzmaßnahmen stehen nunmehr gleichberechtigt nebeneinander. Das ist neu. Ausweislich der Gesetzesmaterialien soll es dem Einzelfall überlassen bleiben, ob die Durchführung einer Maßnahme zur Realkompensation die unmittelbare Nähe zum Eingriffsort (Ausgleich) erfordert oder im gelockerten räumlichen Zusammenhang des betroffenen Naturraums erfolgen kann¹⁷.
- Soweit eine Realkompensation nicht möglich ist, erfolgt – wie bisher – Ersatz in Geld.

Die Lockerung des Verhältnisses von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen kommt den sog. Flächenpool- bzw. Ökokontomaßnahmen des neuen § 16 BNatSchG n.F. zugute.

¹⁴ BT-Drucksach 16/12274, S. 18.

¹⁵ BT-Drucksache 16/13298.

¹⁶ BT-Drucksach 16/13430, S. 34.

¹⁷ BT-Drucksach 16/13430, S. 34.

Wäre es bei der strengen Stufenfolge der Verursacherpflichten, die das geltende Recht kennt, geblieben, kämen vorgezogene Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege als Ausgleichsmaßnahmen nur in Betracht, wenn sie die Anforderungen an Ausgleichsmaßnahmen in funktionaler, zeitlicher und insbesondere räumlicher Hinsicht erfüllen würden. Wenn nicht, wären Ökokontomaßnahmen allenfalls als Ersatzmaßnahmen denkbar mit der Folge, dass über ein Ökokonto – in den Fällen, in denen Ausgleichsmaßnahmen möglich sind, die Ökokontoflächen dafür aber, weil beispielsweise räumlich zu weit vom Eingriff abgerückt, nicht geeignet sind – eine vollständige „1 : 1“-Realkompensation eines Eingriffs nicht zu erreichen wäre. Jetzt hat die naturschutzrechtliche mit der bauplanungsrechtlichen Eingriffsregelung im Ergebnis „gleichgezogen“. Das erscheint auch sinnvoll. Denn die Verursacher von Eingriffen in Natur und Landschaft, deren Vorhaben den Anforderungen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung unterliegen, können in einem frühen Planungsstadium – anders als Gemeinden, die die künftige Siedlungsentwicklung (etwa aufgrund von Darstellungen in Flächennutzungsplänen) auch in räumlicher Hinsicht abschätzen können – häufig den Standort bzw. die Linienführung ihrer geplanten Vorhaben nicht so konkret „verorten“, um verlässlich abschätzen zu können, ob im Rahmen einer Ökokontomaßnahme getroffene, vorgezogene Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege noch in einem engen räumlichen Zusammenhang (dann Ausgleich) zum Eingriff liegen oder nicht (dann Ersatz).

D.h., der Wegfall des Vorrangs von Ausgleichs- vor Ersatzmaßnahmen kann, so umstritten diese Frage auch aus naturschutzfachlicher Sicht sein mag, für das Ökokonto von Vorteil sein.

2. Wiederaufnahme einer land-, forst- bzw. fischereiwirtschaftlichen Nutzung

In diesem Zusammenhang sei eine weitere Erleichterung erwähnt, die Eingang in das Bundes-Naturschutzgesetz gefunden hat. Sie gibt Antwort auf die Frage, ob ein Eingriff in Natur und Landschaft auch dann vorliegt, wenn eine land-, forst- oder fischereiwirtschaftliche Nutzung zu dem Zwecke aufgegeben oder eingeschränkt wurde, um auf den

Flächen vorgezogene Kompensationsmaßnahmen zu verwirklichen, und wieder aufgenommen werden soll. Das regelt § 14 Abs. 3 BNatSchG n.F.:

„(3) Nicht als Eingriff gilt die Wiederaufnahme einer land-, forst- und fischereiwirtschaftlichen Bodennutzung, wenn sie zeitweise eingeschränkt oder unterbrochen war

1. ...

2. auf Grund der Durchführung von vorgezogenen Kompensationsmaßnahmen, die vorgezogene Maßnahme aber nicht für eine Kompensation in Anspruch genommen wird.“

Das betrifft ausweislich der Gesetzesbegründung Fälle, in denen Flächen für eine Kompensation nicht tatsächlich in Anspruch genommen werden, etwa weil ihnen kein entsprechendes Eingriffsvorhaben zugeordnet wird¹⁸.

II. Ersatzzahlung

Neu ins Bundesrecht aufgenommen wurden – da der Bund nicht mehr nur auf den Erlass von Rahmenrecht beschränkt ist – Regelungen zur Ersatzzahlung in § 15 Abs. 6 BNatSchG n.F. Die Vorschrift lautet:

„(6) Wird ein Eingriff nach Absatz 5 zugelassen oder durchgeführt, obwohl die Beeinträchtigungen nicht zu vermeiden oder nicht in angemessener Frist auszugleichen oder zu ersetzen sind, hat der Verursacher Ersatz in Geld zu leisten. Die Ersatzzahlung bemisst sich nach den durchschnittlichen Kosten der nicht durchführbaren Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen einschließlich der erforderlichen durchschnittlichen Kosten für deren Planung und Unterhaltung sowie die Flächenbereitstellung unter Einbeziehung der Personal- und sonstigen Verwaltungskosten. Sind diese nicht feststellbar, bemisst sich die Ersatzzahlung nach Dauer und Schwere des Eingriffs unter Berücksichtigung der dem Verursacher daraus erwachsenden Vorteile. Die Ersatzzahlung ist von der zuständigen Behörde im Zulassungsbescheid oder, wenn der Eingriff von einer Behörde durchgeführt wird, vor der Durchführung des Eingriffs festzusetzen. Die Zahlung ist vor der Durchführung des Eingriffs zu leisten. Es kann ein anderer Zeitpunkt für die Zahlung festgelegt werden; in diesem Fall soll eine Sicherheitsleistung verlangt werden. Die Ersatzzahlung ist zweckgebunden für Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege möglichst in dem betroffenen Naturraum zu verwenden, für die nicht bereits nach anderen Vorschriften eine rechtliche Verpflichtung besteht.“

¹⁸ BT-Drucksache 16/12274, S. 98.

Die Vorschrift lehnt sich an Vorbilder an, die es bislang im Landesrecht¹⁹ dazu gab²⁰.

Von Interesse erscheint hier Satz 7 der Vorschrift:

„Die Ersatzzahlung ist zweckgebunden für Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege möglichst in dem betroffenen Naturraum zu verwenden, für die nicht bereits nach anderen Vorschriften eine rechtliche Verpflichtung besteht.“

Danach sind die Ersatzzahlungen „*zweckgebunden für Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege*“ zu verwenden. Ausweislich der Gesetzesbegründung ist dabei an „praktische, reale und unmittelbar wirkende Maßnahmen in Natur und Landschaft“ gedacht²¹. Das legt den Schluss nahe, dass die durch Ersatzgeldzahlungen geförderten Maßnahmen nicht nur mittelbar, sondern selbst – unmittelbar – Natur und Landschaft zugute kommen müssen. Das würde bedeuten, dass alternative Landnutzungsstrategien durch Ersatzgelder nur dann gefördert werden könnten, wenn sie in Natur und Landschaft „unmittelbar wirken“, also etwa zu einer Aufwertung des Landschaftsraums, in dem sie verwirklicht werden sollen, führen. Maßnahmen, die sich nur (und ausschliesslich) mittelbar auf die Umwelt auswirken (ohne Natur und Landschaft zugute zu kommen) – etwa dem Klimaschutz förderlich sind – würden dann nicht darunter fallen.

Mit der – im Gesetzgebungsverfahren eingefügten – Anforderung, dass nicht bereits „*nach anderen Vorschriften eine rechtliche Verpflichtung*“ bestehen dürfe, sollte klargestellt werden, dass aus den Ersatzgeldern keine Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege finanziert werden dürfen, für die bereits nach anderen Vorschriften eine rechtliche Verpflichtung besteht²².

¹⁹ Dazu *Hermann, Neisius, Michler, Stauffer, Thommes, Weyland, Zorn*, Rechtliche Stellungnahme zu den Möglichkeiten der Etablierung extensiver Landnutzungsstrategien als Eingriffskompensation, erstattet im Auftrag des Instituts für angewandtes Stoffstrommanagement (IfaS) der FH Trier, Umwelt-Campus Birkenfeld, Juli 2007, S. 56 ff.

²⁰ BT-Drucksache 16/12274, S. 100.

²¹ BT-Drucksache 16/12274, S. 100.

²² BT-Drucksache 16/13430, S. 39.

III. Weitere Neuerung

Folgende weitere Neuerungen, die sich in § 15 Abs. 3 BNatSchG n.F. findet, könnte ebenfalls von Interesse sein. Die Vorschrift lautet:

„(3) Bei der Inanspruchnahme von land- oder forstwirtschaftlich genutzten Flächen für Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen ist auf agrarstrukturelle Belange Rücksicht zu nehmen, insbesondere sind für die landwirtschaftliche Nutzung besonders geeignete Böden nur im notwendigen Umfang in Anspruch zu nehmen. **Es ist vorrangig zu prüfen, ob der Ausgleich oder Ersatz auch** durch Maßnahmen zur Entsiegelung, durch Maßnahmen zur Wiedervernetzung von Lebensräumen **oder durch Bewirtschaftungs- oder Pflegemaßnahmen, die der dauerhaften Aufwertung des Naturhaushalts oder des Landschaftsbildes dienen**, erbracht werden kann, um möglichst zu vermeiden, dass Flächen aus der Nutzung genommen werden.“

(Hervorhebung durch den Verfasser)

Ausgleich oder Ersatz durch Bewirtschaftungs- oder Pflegemaßnahmen soll verhindern, dass „Flächen aus der Nutzung genommen werden“²³. Dabei ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber eine vorsichtige Formulierung gewählt hat: die Vorschrift verpflichtet nämlich nicht dazu, vorrangig Bewirtschaftungs- oder Pflegemaßnahmen als Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen *vorzusehen*, sondern verpflichtet lediglich dazu, vorrangig „zu **prüfen**“, ob der Ausgleich durch solche Maßnahmen erbracht werden kann. Dem wird die zuständige Behörde im Rahmen ihres fachlichen Beurteilungsspielraums bei der Konzeption von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen Rechnung zu tragen haben²⁴, ohne dass sich daraus eine entsprechende Verpflichtung ergäbe, solche Maßnahmen vorrangig anzuordnen.

Die Anforderung, dass Bewirtschaftungs- und Pflegemaßnahmen „der dauerhaften Aufwertung des Naturhaushalts oder des Landschaftsbilds dienen“ müssen – die auf Anregung des Bundesrats²⁵ aufgenommen wurde – ergibt sich aus § 15 Abs. 2 BNatSchG n.F., wonach Kompensationsmaßnahmen die Wiederherstellung des Naturhaushalts in gleichartiger oder gleichwertiger Weise voraussetzen²⁶.

²³ BT-Drucksache 16/12274, S. 99.

²⁴ BT-Drucksache 16/12274, S. 99.

²⁵ BT-Drucksache 16/13298.

²⁶ BT-Drucksach 16/13430, S. 37.