

Bundesfachtagung Naturschutzrecht 2021

# **Aktuelle gesetzliche Entwicklungen und Vollzugsfragen im Naturschutzrecht**

**Schriftenreihe des Fachgebiets  
Landschaftsentwicklung / Umwelt- und Planungsrecht  
Universität Kassel  
Band 8**

Herausgeber: Prof. Dr.-Ing. Dr. iur. Andreas Mengel

**Schriftenreihe des Fachgebiets  
Landschaftsentwicklung / Umwelt- und Planungsrecht  
Universität Kassel  
Band 8**

Herausgeber: Prof. Dr.-Ing. Dr. iur. Andreas Mengel



# **Aktuelle gesetzliche Entwicklungen und Vollzugsfragen im Naturschutzrecht**

Bundesfachtagung Naturschutzrecht 2021



Diese Veröffentlichung - ausgenommen Zitate und anderweitig gekennzeichnete Teile – ist unter der Creative-Commons-Lizenz Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International (CC BY-SA 4.0: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>) lizenziert.

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

ISBN 978-3-7376-1139-8  
DOI: <https://doi.org/10.17170/kobra-202308158619>  
© 2023, kassel university press, Kassel  
<https://kup.uni-kassel.de>

Druck: Print Management Logistik Service, Kassel  
Printed in Germany

## VORWORT DES HERAUSGEBERS

Am 23. und 24. September 2021 fand in digitaler Form die fünfte Bundesfachtagung Naturschutzrecht statt, die im Zwei-Jahres-Rhythmus gemeinsam vom Bundesverband Beruflicher Naturschutz (BBN) und dem Fachgebiet Landschaftsentwicklung/Umwelt- und Planungsrecht der Universität Kassel veranstaltet wird. Die Tagung war wie immer sehr gut besucht, auch wenn sich die Veranstalter aus Gründen der Corona-Pandemie diesmal für eine digitale Ausrichtung entschieden hatten. Für die professionelle Organisation und die technische Durchführung danke ich der Geschäftsstelle des BBN, namentlich Frau Dr. Kirsten Koropp, für die Moderation Professor Klaus Werk und Dr. Juliane Albrecht. Thore Möller danke ich für die Endredaktion des Tagungsbands und Birgit Schön für die organisatorische Unterstützung. Schließlich geht mein Dank an das BBN-Kuratorium der Bundesfachtagung Naturschutzrecht unter Vorsitz von Dietwalt Rohlf, das in bewährter Weise das Thema der Tagung entwickelte und sich sehr erfolgreich um die Gewinnung geeigneter Referentinnen und Referenten kümmerte.

Der Titel der Veranstaltung „Aktuelle gesetzliche Entwicklungen und Vollzugsfragen im Naturschutzrecht“ machte bereits deutlich, dass diesmal ein besonderes breites Spektrum an Einzelthemen vorgestellt werden würde und dass die Frage des Praxisbezugs einen besonders hohen Stellenwert einnehmen sollte. Ergänzt wurden die acht diesbezüglichen Vorträge um einen – ebenfalls mittlerweile zur Tradition gehörenden – thematisch übergreifenden Beitrag von Dr. Stefan Lütkes vom Bundesumweltministerium, der über neue Entwicklungen in den Bereichen Gesetzgebung und Rechtsprechung informierte.

Mit diesem Tagungsband werden die Vorträge der fünften Bundesfachtagung Naturschutzrecht in schriftlicher Form veröffentlicht. Dafür bin ich den Referentinnen und Referenten aus diesmal wieder sehr dankbar, denn neben den Vorträgen vor Ort erlaubt eine Textfassung doch nochmal eine gründlichere Reflexion der Vortragsinhalte. Außerdem werden die Beiträge so, auch durch die digitale und frei zugängliche Publikationsform, einem deutlich breiteren Leser- und Leserinnenkreis zur Verfügung gestellt – also ganz herzlichen Dank dafür!

Nun steht bereits die sechste Bundesfachtagung im kommenden September vor der Tür und erst jetzt war es möglich, diesen Band zu veröffentlichen. BBN, Kuratorium und das Fachgebiet Landschaftsentwicklung/Umwelt- und Planungsrecht haben mittlerweile aber einen neuen Modus vereinbart, der zukünftig eine rasche Veröffentlichung zeitnah eingegangener Beiträge ermöglicht und auch die Gesamtveröffentlichung des Tagungsbands deutlich verkürzen wird. Die Textfassungen befinden sich dabei überwiegend auf dem Stand des Sommers des vergangenen Jahres. Ich freue mich sehr,

dass der Tagungsband nun erscheinen kann und wünsche eine die tägliche Naturschutzarbeit motivierende Lektüre.

Kassel im Juli 2023

Prof. Dr.-Ing. Dr. iur. Andreas Mengel

Fachgebiet Landschaftsentwicklung/Umwelt- und Planungsrecht

Universität Kassel

## Inhaltsverzeichnis

PROF. DR. DR. ANDREAS MENGEL

**Entwicklungslinien im Kontext „Zielbestimmung, Landschaftsplanung und Eingriffsregelung“ – zugleich ein Beitrag zur Standardisierung und Konkretisierung im Naturschutzrecht.....1**

PROF. DR. MARTIN WICKEL

**Baugesetzbuch-Novelle und ihre Auswirkungen auf den Naturschutz.....64**

DR. STEFAN LÜTKES

**Aktuelle Rechtsentwicklungen.....76**

DR. STEFAN MÖCKEL

**Rechtliche Anforderungen für mehr Naturschutz bei der landwirtschaftlichen Bodennutzung.....83**

DR. ELLEN KRÜSEMANN

**§ 3 BNatschG als Rechtsgrundlage für nachträgliche naturschutzrechtliche Anordnungen.....99**

PROF. DR. MICHAEL PFOHL

**Die Rolle des Ordnungswidrigkeiten- und Strafrechts bei der Durchsetzung von naturschutzrechtlichen Entscheidungen.....111**

PROF. DR. MAX-JÜRGEN SEIBERT

**Umsetzung von Naturschutzrecht über Nebenbestimmungen – von der Entscheidung bis zum Vollzug.....131**

URSULA PHILIPP-GERLACH

**Vollzug naturschutzfachlicher Festsetzungen in Bebauungsplänen – welche Möglichkeiten haben Kommunen und Behörden?.....141**





# KONKRETISIERUNG UND STANDARDISIERUNG IM NATURSCHUTZRECHT

Prof. Dr.-Ing. Dr. iur. Andreas MENGEL, Universität Kassel

## 1 Problemstellung

Das Naturschutzrecht in Gestalt des Bundesnaturschutzgesetzes sowie der ergänzenden Landesnaturschutzgesetze enthält, wie die meisten Fachgesetze, eine Fülle an unbestimmten Rechtsbegriffen. Diese auszulegen bzw. anzuwenden stellt die Vollzugspraxis nicht selten vor Herausforderungen. Sind die betreffenden Bestimmungen für Streitentscheidungen vor Gericht relevant, ergibt sich die Frage der Reichweite der gerichtlichen Kontrolle gegenüber der durch die Verwaltung vorgenommenen Auslegung bzw. Anwendung.

Dabei bestehen durchaus Gemeinsamkeiten mit den stärker technisch ausgerichteten Umweltfachgesetzen. So geht es etwa auch im Immissionsschutzrecht um den Umgang mit wissenschaftlicher Unsicherheit im Hinblick auf die Auswirkungen von bestimmten Anlagen auf die Umwelt. Man spricht daher von einem Risikoverwaltungsrecht, das beispielsweise auch das Atomrecht oder das Gentechnikrecht umfasst.<sup>1</sup> Zumindest auf den ersten Blick unterscheidet sich die Entscheidungssituation etwa des Artenschutzrechts nicht grundlegend von dem Entscheiden unter Unsicherheit in sonstigen, etwa immissionsschutzrechtlichen Konstellationen.<sup>2</sup> Der Unterschied liege hier, so HOFFMANN, allenfalls darin, „dass aufgrund von politischen Entscheidungen das Nichtwissen im Wege von Standardisierung überwunden worden“ sei, wobei sich die untergesetzliche Konkretisierung dabei zwar an wissenschaftlichen Erkenntnissen orientiere, diese aber nicht Eins-zu-Eins übernehme.<sup>3</sup> Es wird zu untersuchen sein, wie weit diese Gemeinsamkeiten tatsächlich reichen und wie weit das Naturschutzrecht spezifische Merkmale aufweist, die nach eigenständigen Lösungsansätzen verlangen.

In den letzten Jahren standen insbesondere naturschutzrechtliche Bestimmungen im Fokus, die im Kontext von Zulassungsentscheidungen für Infrastrukturprojekte von Bedeutung sind. Dabei geht es sowohl um die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe einschließlich der Bezugnahme auf Fachkonventionen, Leitfäden und ähnliche der Konkretisierung dienende Dokumente als auch um die Reichweite der gerichtlichen Kontrolle der diesbezüglichen Entscheidungen der Verwaltung. Es wird unter anderem beklagt, dass „das Fehlen allgemein anerkannter fachlicher Maßstäbe zu einem erheblichen Anwachsen des Prozessstoffs“ führe und mit ursächlich für die oftmals beklagte

---

<sup>1</sup> KÖCK, ZUR 2022: 259 (259 ff.).

<sup>2</sup> HOFFMANN, DÖV 2021: 970 (976 f.)

<sup>3</sup> HOFFMANN, DÖV 2021: 970 (976 f.).

Planungsunsicherheit“ sei.<sup>4</sup> Dabei wurde bereits 2015 konstatiert, dass der vom BVerwG erkannten Regelungstechnik (auf die in diesem Beitrag noch näher einzugehen sein wird) die „berechtigte Hoffnung zugrunde“ liege, dass „die in Bezug genommenen Fachwissenschaften durch entsprechende Forschungsvorhaben und Konventionsbildungen in absehbarer Zeit einen belastbaren Handlungs- und Kontrollmaßstab bereitstellen werden.“<sup>5</sup> Diese Hoffnung hat sich bis heute jedenfalls nur sehr bedingt erfüllt. Aufgrund der Tatsache, dass dem Bundesverwaltungsgericht in bestimmten Fällen eine erstinstanzliche Zuständigkeit zukommt, befasst sich sogar das an der Spitze der Hierarchie der Verwaltungsgerichtsbarkeit angesiedelte Gericht auch in aktuellen Entscheidungen mit Fragestellungen, denen ein besonderer Bezug zu fachlichen Aspekten eigen zu sein scheint. So merkte der damalige Präsident des Bundesverwaltungsgerichts, RENNERT, pointiert an: Das BVerwG „wandelt sich zum bestbezahlten Amtsgericht der Republik, obendrein zu dem mit der größten ornithologischen Expertise, von unserer hydromorphologischen Kompetenz zu schweigen. Wer künftig Bundesrichter in Leipzig werden will, braucht kein Lehrbuch des Allgemeinen Verwaltungsrechts mehr zu studieren. Aber in Limnologie (Süßwasserbiologie) sollte man fit sein.“<sup>6</sup> Die Thematik hat mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2018 zum Verhältnis von Artenschutz und Windenergie nochmals eine besondere Brisanz erlangt. In dem besagten Beschluss mahnt das Gericht an, dass der „Gesetzgeber in grundrechtsrelevanten Bereichen Verwaltung und Gerichten nicht ohne weitere Maßgaben Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen ‚Erkenntnisvakuum‘ übertragen“ darf, sondern „jedenfalls auf längere Sicht selbst für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung“ sorgen muss.<sup>7</sup> Weiter stellt es fest, dass im Falle eines nicht hinreichenden Erkenntnisstandes der naturschutzfachlichen Wissenschaft und Praxis Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG das Gericht nicht zu weiteren Ermittlungen zwingt, sondern ihm erlaubt, seiner Entscheidung insoweit die plausible Einschätzung der Behörde zugrunde zu legen. Die Einschränkung der Kontrolle folge hier allerdings nicht aus einer der Verwaltung eingeräumten Einschätzungsprärogative und bedürfe daher auch keiner gesetzlicher Ermächtigung.<sup>8</sup>

Über die aktuellen Diskurse insbesondere im Kontext der gerichtlichen Kontrolle von infrastrukturbezogenen Zulassungsentscheidungen und deren Konflikten mit dem Naturschutzrecht (oder dem Wasserrecht) hinaus, ist das Themenfeld der Konkretisierung und Standardisierung im Naturschutzrecht allerdings eigentlich sehr viel weiter aufzuspannen. Insbesondere gehört auch die Frage dazu, wie durch „Gute Gesetzgebung“ zunächst durch das Parlamentsgesetz selbst (darauf aufbauend etwa auch durch Rechtsverordnungen) eine gewisse Klarheit und Konkretheit erreicht werden kann.

---

<sup>4</sup> STEINKÜHLER, UPR 2022: 281 (282).

<sup>5</sup> JACOB/LAU, NVwZ 2015: 241 (248).

<sup>6</sup> RENNERT, DVBl 2019: 133 (133).

<sup>7</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, NuR 2019: 33 (33) („Rotmilan“).

<sup>8</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, NuR 2019: 33 (33).

Dies schließt die „Stärkung einer fakten- und wissensbasierten Rechtsetzung“<sup>9</sup> mit ein. Kriterien wie Verständlichkeit, Klarheit, Bestimmtheit und Beständigkeit von Gesetzen werden z. B. ebenso im Diskurs um „Gute Gesetzgebung“ genannt wie eine hohe Steuerungswirkung des Rechts, „weswegen insbesondere Effektivität, Effizienz, Vollzugseignung und Funktionsgerechtigkeit verlangt werden.“<sup>10</sup>

Um diese breitere Sichtweise zu untermauern, werden in diesem Beitrag ausdrücklich nicht nur die vieldiskutierten Prüf- und Folgenbewältigungsinstrumente des Naturschutzrechts, sondern auch die Normenkomplexe der Zielbestimmung (§ 1 BNatSchG) und der Landschaftsplanung (§§ 8-12 BNatSchG) behandelt. Dabei geht die Untersuchung zunächst auf die beiden letztgenannten Normenkomplexe ein und berücksichtigt hier insbesondere neuere gesetzliche Entwicklungen. Sodann wird die Eingriffsregelung (§§ 13-18 BNatSchG) als national gesetzlich determiniertes Prüf- und Folgenbewältigungsinstrument betrachtet, um anschließend die durch das europäische Naturschutzrecht geprägte FFH-Verträglichkeitsprüfung (§ 34 BNatSchG) und die spezielle artenschutzrechtliche Prüfung (§§ 44, 45 BNatSchG) in den Blick zu nehmen. Auf dieser Grundlage wird dann untersucht, wie die in Schrifttum und Rechtsprechung behandelten Begriffe „Beurteilungsspielraum“ bzw. „naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative“ sowie „Erkenntnisdefizite“ einzuordnen und in welchem Verhältnis generell naturschutzfachliche und naturschutzrechtliche Aspekte stehen. Anschließend werden Perspektiven für die Konkretisierung und Standardisierung in Form von Paragrafen, Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften und Fachkonventionen aufgezeigt.

## 2 Zielbestimmung

### 2.1 Struktur der Zielbestimmung (Zieldimensionen)

§ 1 Abs. 1 BNatSchG benennt die grundlegenden Ziele von Naturschutz und Landschaftspflege, die aufgrund ihres basalen Charakters auch als Zieldimensionen bezeichnet werden.<sup>11</sup> Im naturschutzfachlichen Diskurs haben sich drei Zieldimensionen herausgebildet, die in der Summe die Zielausrichtung von Naturschutz und Landschaftspflege vollständig beschreiben:

- Zieldimension 1: Sicherung und Qualifizierung des natürlichen/kulturellen Erbes im Kontext „Natur und Landschaft“ (Vielfalt von Natur und Landschaft)

---

<sup>9</sup> KAHL/MÖDINGER, DÖV 2021: 93 (94).

<sup>10</sup> KAHL/MÖDINGER, DÖV 2021: 93 (94).

<sup>11</sup> BT-Drs. 16/12274, S. 50.

- Zieldimension 2: Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts im jeweiligen Bezugsraum –essenzielle Grundfunktionen, wie saubere Luft, gesundheitsverträgliches Bioklima, ausreichendes Trinkwasser, fruchtbare Böden oder Schutz vor Gefahren (etwa durch Hochwasser)
- Zieldimension 3: Erleben und Wahrnehmen von Natur und Landschaft im jeweiligen Bezugsraum – besondere Naturerlebnisse, bewusstes Wahrnehmen der Jahreszeiten, Genuss von Naturschönheit, landschaftsgebundene Erholung u.v.m.<sup>12</sup>

Im Grundansatz finden sich diese drei Zieldimensionen in der Aufzählung des § 1 Abs. 1 Nr. 1-3 BNatSchG wieder. Die Absätze 2 bis 4 der Vorschrift greifen dann diese Systematik auf und nehmen entsprechende Zielkonkretisierungen vor.<sup>13</sup> Im Falle der ersten Zieldimension, bei der es um die Erhaltung der Vielfalt von Natur und Landschaft geht, hat der Gesetzgeber allerdings die Sicherung der biologischen Vielfalt (also der Vielfalt von Tier- und Pflanzenarten einschließlich der innerartlichen Vielfalt sowie der Vielfalt von Formen von Lebensgemeinschaften und Biotopen, siehe § 7 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) in § 1 Abs. 1 Nr. 1 explizit aufgeführt, während weitere Aspekte der Sicherung von Vielfalt in § 1 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG aufgefangen werden (Vielfalt von Natur und Landschaft). Dementsprechend bezieht sich die (nicht abschließende) Zielkonkretisierung in § 1 Abs. 4 BNatSchG sowohl auf Zieldimension 1, nämlich bezüglich des Schutzgutes „Landschaft“ in § 1 Abs. 4 Nr. 1 BNatSchG, während die Nr. 2 und 3 Ausdruck der Zieldimension 3 sind (Naturerlebnis; landschaftsgebundene Erholung). Die Bestimmungen in § 1 Abs. 5-7 BNatSchG sind übergreifender Natur und beziehen sich auf alle Zieldimensionen.

Die Ziele in § 1 Abs. 1 BNatSchG stehen gleichberechtigt nebeneinander, ein Vorrang oder eine Gewichtungentscheidung ist der Norm – etwa aufgrund der Reihenfolge der Aufzählung – nicht zu entnehmen.<sup>14</sup> § 1 Abs. 1 BNatSchG ist als allgemeiner Grundsatz abweichungsfest. Damit ist die systematische Struktur der Zielausrichtung von Naturschutz und Landschaftspflege bundesweit einheitlich geregelt und trägt so zur konkreten Ausgestaltung des Aufgabenfeldes bei.

Die 2009 neugefasste Zielbestimmung des § 1 ist deutlich stringenter aufgebaut als die Vorgängernormen der §§ 1 und 2 BNatSchG a. F., die noch zwischen Zielen und Grundsätzen unterschieden und denen keine klare inhaltliche Struktur zu entnehmen war. § 1 BNatSchG wurde sodann im Jahr 2021 ergänzt und weiterentwickelt, allerdings ohne Absatz 1 in den Blick zu nehmen. Tatsächlich wäre es sinnvoll, jede der drei Nummern in § 1 Abs. 1 BNatSchG explizit für jeweils eine der drei Zieldimensionen vorzusehen und in den Folgeabsätzen 2 bis 4 konsequent darauf Bezug zu nehmen. Hierfür müsste § 1 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG um andere Schutzgüter erweitert werden, für die der

---

<sup>12</sup> Vgl. HEILAND et al. 2017, S. 30 ff.

<sup>13</sup> Siehe näher MENGEL 2021, § 1 Rn. 28.

<sup>14</sup> Siehe auch PIROCH 2017: 141.

Auftrag der Sicherung der Vielfalt bzw. des natürlichen und kulturellen Erbes sachgerecht ist. § 1 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG könnte in Folge strikt auf Zieldimension 3 im Sinne des Erlebens und Wahrnehmens ausgerichtet werden.

Im Rahmen eines F+E-Vorhabens mit Unterstützung des Bundesamtes für Naturschutz und des Bundesumweltministeriums<sup>15</sup> wurde folgende textliche Empfehlung entwickelt:

§ 1 Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege

(1) Natur und Landschaft sind auf Grund ihres eigenen Wertes und als Grundlage für Leben und Gesundheit des Menschen auch in Verantwortung für die künftigen Generationen im besiedelten und unbesiedelten Bereich nach Maßgabe der nachfolgenden Absätze so zu schützen, dass

1. die biologische Vielfalt, **die Vielfalt von Böden und Geotopen sowie die Vielfalt der Landschaften, Landschaftsbestandteile und Freiräume als natürliches und kulturelles Erbe,**

2. die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushaltes einschließlich der Regenerationsfähigkeit und der nachhaltigen Nutzungsfähigkeit dieser Naturgüter sowie

3. die Vielfalt, Eigenart und Schönheit von Natur und Landschaft **in ihrer Bedeutung für das Natur- und Landschaftserlebnis sowie für die natur-, landschafts- und freiraumgebundene Erholung**

auf Dauer gesichert sind; der Schutz umfasst auch die Pflege, die Entwicklung und, soweit erforderlich, die Wiederherstellung von Natur und Landschaft (allgemeiner Grundsatz).

Mit dieser gezielten Ergänzung wäre die mit der Neuformulierung 2009 bereits vollzogene Systematisierung für die Rechtsanwender besser verständlich. Eine derartige Klarstellung hätte auch eine positive Wirkung bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und der Ausübung von Ermessens- und Abwägungsentscheidungen. Der Gesetzgeber sollte im Rahmen der nächsten Novellierung des Bundesnaturschutzgesetzes die Gelegenheit nutzen, eine entsprechende Verankerung vorzunehmen.

## 2.2 Einzelne Zielkonkretisierungen

Die in § 1 Abs. 2-7 BNatSchG verankerten Zielkonkretisierungen weisen eine unterschiedliche Stringenz und Detaillierung auf.

In § 1 Abs. 2 fehlt das zweite entscheidende Kriterium der Biodiversitätssicherung neben der Gefährdung, nämlich die Verantwortungsrelevanz (vgl. die Verordnungsermächtigungen in § 54 Abs. 1, 2 BNatSchG, bei denen beide Kriterien aufgeführt sind). Sollte der Gesetzgeber der in Abschnitt 2.1 beschriebenen Empfehlung einer Ergänzung des § 1 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG folgen, wären entsprechende Zielkonkretisierungen für

---

<sup>15</sup> MENGEL et al., in Vorbereitung.

die Schutzgüter Böden, Geotope, Landschaften, Landschaftsbestandteile und Freiräume erforderlich.

In § 1 Abs. 3 BNatSchG werden einige Schutzgüter durchaus konkret und handlungsorientiert im Hinblick auf die Zieldimension 2 behandelt, wie Luft und Klima oder auch Wasser und Gewässer. Inkonsistent ist die Zielformulierung zum Ausbau der erneuerbaren Energien in § 1 Abs. 3 Nr. 4 BNatSchG, da es sich zwar um eine wichtige fachpolitische Zielstellung handelt, aber eben nicht um ein Ziel des Aufgabenfeldes Naturschutz und Landschaftspflege.<sup>16</sup> Sinnvoll wäre eine Verstärkung der Zielausrichtung des Naturschutzes im Hinblick auf den globalen Klimaschutz in anderer Form, nämlich unter Bezugnahme auf die Sicherung und Entwicklung relevanter Ökosysteme und deren Leistungen, also etwa Moore oder Wälder.<sup>17</sup>

Im Hinblick auf § 1 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG wird empfohlen, die fachlich etablierte Differenzierung in Bodenfunktionen auch im Gesetzestext abzubilden. Dabei sollte auch die Bedeutung von Böden für den Klimaschutz (insbesondere im Hinblick auf die Funktion von Böden als Treibhausgasspeicher oder –senken) und ihre Bedeutung für die Anpassung an den Klimawandel (z. B. Böden mit besonderen Funktionen als Wasserspeicher) textlich aufgenommen werden.<sup>18</sup>

Positiv hervorzuheben ist die im Jahr 2021 eingefügte Klarstellung in § 1 Abs. 3 Nr. 5 BNatSchG. Mit dem Verweis auf die Stoffumwandlungs- und Bestäubungsleistungen wird deutlich gemacht, in welchem Kontext Tiere, Pflanzen, Lebensgemeinschaften und Biotope hier betrachtet werden, nämlich in dem der Zieldimension 2, die auf die funktionalen Leistungen des Naturhaushalts abzielt.

§ 1 Abs. 4 BNatSchG nimmt in Nr. 1 zunächst Bezug auf Zieldimension 1 und zwar fokussiert auf das Schutzgut „Landschaft“. Die Vorschrift nennt als wichtige Beispiele für erhaltenswerte Landschaften die Naturlandschaften und die historisch gewachsenen Kulturlandschaften. Mittlerweile wurde eine bundesweite Kulisse sogenannter Bedeutsamer Landschaften erarbeitet, die für die beiden im Gesetz genannten sowie für zwei weitere Landschaftskategorien eine räumliche Konkretisierung in Form einer gutachtlichen Einschätzung unter Beteiligung zahlreicher FachexpertInnen vornimmt.<sup>19</sup>

Der Gesetzgeber hat mit der Novelle im Jahr 2021 eine für das Aufgabenfeld sehr wichtige Ergänzung hinzugefügt, indem er nunmehr das Natur- und Landschaftserlebnis in § 1 Abs. 4 Nr. 2 BNatSchG explizit als ein Ziel von Naturschutz und Landschaftspflege verankert. Nr. 3 der Regelung wurde erweitert und ist nun besser verständlich.

Von den übergreifenden Zielkonkretisierungen in § 1 Abs. 5-7 BNatSchG soll Absatz 6 hervorgehoben werden. Die Vorschrift wurde mit der Novelle im Jahr 2021 systematischer gefasst und um wichtige Freiraumelemente erweitert. Insbesondere wurde die Handlungsorientierung deutlich verbessert: Freiräume sind nun zu erhalten und dort,

---

<sup>16</sup> Dazu näher MENGEL 2021, § 1 Rn. 74.

<sup>17</sup> Siehe MENGEL et al., in Vorbereitung; REHBINDER, NuR 2011: 241 (244).

<sup>18</sup> Siehe MENGEL et al., in Vorbereitung.

<sup>19</sup> SCHWARZER et al. 2018; SCHWARZER et al. 2022.

wo sie nicht in ausreichendem Maße und hinreichender Qualität vorhanden sind, neu zu schaffen oder zu entwickeln.

Insgesamt sind die mit der Novelle 2021 vorgenommenen Konkretisierungen sehr zu begrüßen, an einigen Stellen besteht gleichwohl Bedarf für eine weitere Ergänzung und Präzisierung.

### 3 Landschaftsplanung

#### 3.1 Gesetzliche Regelungen zur Landschaftsplanung

Die Landschaftsplanung hat die Aufgabe, die Ziele von Naturschutz und Landschaftspflege räumlich zu konkretisieren und den Einsatz von Steuerungsinstrumenten zur Erreichung dieser Ziele vorzubereiten. Hierfür muss sie zunächst den Bestand von Natur und Landschaft erfassen, bewerten und einer Konflikt- bzw. Potenzialanalyse unterziehen. Erst durch die räumliche Konkretisierung der generellen, insbesondere in § 1 BNatSchG verankerten Ziele (siehe Kapitel 2) wird deren Gehalt in vielen Fällen fassbar. Mit der konzeptionellen Vorbereitung der instrumentellen Umsetzung sind schließlich Rationalitätsgewinne aufgrund der gedanklichen Prüfung von Handlungsoptionen verbunden.<sup>20</sup>

Eine Sonderstellung des Aufgabenbereichs „Vorbereitung der instrumentellen Umsetzung“ nimmt dabei die räumliche Gesamtplanung ein (siehe § 9 Abs. 3 S. 2 BNatSchG). Aus Sicht der Landschaftsplanung lässt sich von einer Qualifizierung der Raumordnung und der Bauleitplanung sprechen, ist es doch das Ziel der Umweltfachplanungen, die von ihnen vertretenen Belange in die gesamthaften räumlichen Planungsentscheidungen möglichst umfassend zu integrieren.<sup>21</sup>

Ungeachtet dessen ist es zuvorderst Aufgabe der Landschaftsplanung, als Fachplanung für Naturschutz und Landschaftspflege die eigene Fachverwaltung, also die Naturschutzbehörden, durch die räumliche Darstellung von Grundlageninformationen, Bewertungen, Zielaussagen und möglichen Steuerungsoptionen konzeptionell zu unterstützen.

Während die Wendung „Konkretisierung von Zielen“ in §§ 8, 9 Abs. 1, 2 BNatSchG aus sich selbst heraus verständlich ist, bereitet das Begriffspaar „Erfordernisse und Maßnahmen“ in den genannten Normen hinsichtlich seines Sinngehalts Probleme. Im Bundesnaturschutzgesetz selbst sind diese beiden Begriffe nicht näher erläutert. Eine übliche Auslegung in der Kommentarliteratur ist, dass sich Maßnahmen auf die Umsetzung von Zielen durch die Naturschutzbehörden beziehen und Erfordernisse sich an alle anderen öffentlichen Stellen und Planungsträger richten.<sup>22</sup> Sachlogisch ist aller-

---

<sup>20</sup> MENGEL 2019: 35 f.

<sup>21</sup> Vgl. BRUNS et al. 2005, S. 185.

<sup>22</sup> APPEL 2021: § 9 Rn. 8 ff.; A. SCHUMACHER/J. SCHUMACHER 2021: § 9 Rn. 6 ff.



dings zwischen physischen Maßnahmen und dem Umgang mit Instrumenten zu unterscheiden.<sup>23</sup> Die Landschaftsplanung kann einerseits Empfehlungen zu konkreten physischen Maßnahmen formulieren, d. h. Maßnahmen, die sich auf das Tun oder Unterlassen in der realen Umwelt beziehen. Beispiele hierfür sind die Pflanzung eines Baumes, der Rückbau eines Querbauwerks in einem Gewässer, die Mahd einer Wiese oder die Einstellung einer forstwirtschaftlichen Bewirtschaftung. Diese physischen Maßnahmen sind häufig eng mit den Zielen verknüpft, teilweise lassen sich Ziele und Maßnahmen gar nicht sinnvoll trennen (z. B. das Ziel, eine artenreiche Wiese durch eine zweimalige Mahd im Jahr dauerhaft zu pflegen). Andererseits kann und sollte die Landschaftsplanung den Einsatz von Instrumenten vorbereiten bzw. Grundlagen und wichtige Informationen für die Anwendung von Instrumenten zur Verfügung stellen. Hierbei sind neben Instrumenten der Naturschutzverwaltung (z. B. Vorbereitung der Ausweisung oder Qualifizierung von Schutzgebieten, Anwendung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung) auch Instrumente anderer Verwaltungen, Behörden und Planungsträger anzusprechen. Hierzu gehören insbesondere Empfehlungen für die räumliche Gesamtplanung, d. h. z. B. für die Regionalplanung auf Ebene der Landschaftsrahmenplanung und für die Flächennutzungsplanung auf Ebene der kommunalen Landschaftsplanung sowie weitere Instrumente, z. B. der Wasserwirtschaft, der Agrarverwaltung, der Forstverwaltung etc. Der Gesetzgeber sollte im Rahmen einer Novellierung der Vorschriften hier für eine Klarstellung sorgen, die die sachlogische und planungspraktische Perspektive berücksichtigt.

Auch der Katalog der Regelinhalte in § 9 Abs. 3 S. 1 BNatSchG unterscheidet nicht zwischen physischen Maßnahmen und Steuerungsinstrumenten, sondern vermengt in unsystematischer Art und Weise Maßnahmen, Instrumente und übergreifende Aspekte. Auch in diesem Fall ist eine klarere Sortierung und Zuordnung angezeigt.

Von zentraler Bedeutung für die praktische Wirkung der Landschaftsplanung ist es, dass ihre Inhalte sowohl auf überörtlicher als auch auf örtlicher Ebene eine eigenständige Erarbeitung und Darstellung erfahren. Zum einen ist es für eine transparente Abwägung einschließlich einer sachgerechten Beteiligung der Behörden und der Öffentlichkeit erforderlich, dass sich die Naturschutzbelange zunächst eigenständig artikulieren und erst in einem zweiten Schritt in Abwägung mit konfligierenden Belangen eine Zurückstellung von bestimmten Zielen und Umsetzungsempfehlungen erfolgt.<sup>24</sup> Zum anderen besteht die Gefahr, dass die vollständige und ausschließliche Integration in die Planwerke der Raumordnung und der Bauleitplanung dazu führt, dass die Inhalte der Landschaftsplanung keine hinreichende Darstellungsmöglichkeit finden. Denn in den Planwerken der räumlichen Gesamtplanung wird definitionsgemäß ein breites Spektrum an Themenfeldern, Belangen und Zielen behandelt, sodass für eine Darstellung

---

<sup>23</sup> MENGEL 2018: § 9 Rn. 12.

<sup>24</sup> SCHLACKE 2021, § 10 Rn. 26: „größere Verfahrenstransparenz“ bei der Sekundärintegration.

sämtlicher fachplanerischer Inhalte regelmäßig gar kein Raum bleibt. Insofern ist die sogenannte Primärintegration, bei der die Landschaftsplanung im formellen Sinn aus den auf Naturschutz und Landschaftspflege bezogenen Inhalten der räumlichen Gesamtplanung besteht, zwar nicht generell ausgeschlossen. Eine konzeptionelle Grundlage vorsorgenden Handelns (siehe § 8 BNatSchG) kann jedoch nur ein Planwerk bieten, das die Ziele und Umsetzungsmöglichkeiten eines derart breit gefächerten Aufgabenbereichs wie Naturschutz und Landschaftspflege für den jeweiligen Planungsraum in einem entsprechenden Dokument auch wirklich entfalten kann.<sup>25</sup> Der Gesetzgeber hat diese Problematik erfreulicherweise im Rahmen der Novellierung des BNatSchG im Jahr 2021 aufgegriffen und in § 10 Abs. 5 S. 1 BNatSchG sowie in § 11 Abs. 7 S. 1 BNatSchG bestimmt, dass die Inhalte der Landschaftsplanung eigenständig erarbeitet und dargestellt werden müssen. Danach lässt sich das Modell der Primärintegration nur in einer „Hybridform“ beibehalten, in der die fachplanerischen Inhalte entwickelt und als eigenständige Fachbeiträge in die Gesamtplanung eingebracht werden.<sup>26</sup> Eine gleichlautende klarstellende Ergänzung in § 8 BNatSchG ist empfehlenswert

Weiter ist von Bedeutung, dass flächendeckend aktuelle und qualifizierte Planwerke vorliegen. Für die Sicherstellung einer ausreichenden Aktualität der Planwerke ist es empfehlenswert, eine Verpflichtung für die Fortschreibung insbesondere von Landschaftsrahmenplänen spätestens 10 Jahre nach der Ertaufstellung oder der letzten Fortschreibung des Gesamtplans gesetzlich festzulegen. Auch dieser für die Praxis relevante Aspekt ist durch die Novelle im Jahr 2021 geregelt worden, in dem § 10 Abs. 4 S. 1 BNatSchG bestimmt, dass Landschaftsrahmenpläne und Landschaftsprogramme, die die Funktion von Landschaftsrahmenplänen übernehmen, mindestens alle zehn Jahre fortzuschreiben sind. Für die kommunalen Landschaftspläne wurde in § 11 Abs. 4 BNatSchG immerhin die Pflicht verankert, mindestens alle zehn Jahre die Erforderlichkeit der Fortschreibung zu prüfen.

Das Instrument des Grünordnungsplans<sup>27</sup> als vierte Planungsebene der Landschaftsplanung bleibt derzeit hinter seinen Potenzialen deutlich zurück.<sup>28</sup> Um das Instrument der Grünordnungsplanung zu stärken, hat der Gesetzgeber 2021 begrüßenswerterweise einen neuen § 11 Abs. 6 BNatSchG geschaffen, in dem wichtige Themenbereiche und Anwendungsmöglichkeiten beispielhaft präzisiert werden. Damit kann die Grünordnungsplanung im Siedlungskontext zu einer umfassenden Freiraumplanung unter Einbeziehung aller Schutzgüter des Naturschutzes erstarken. In der freien Landschaft kann der neu akzentuierte Grünordnungsplan u. a. wichtige Funktionen im Kontext „Kulturlandschaftsentwicklung“ übernehmen.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> MENGEL 2019: 32; MENGEL 2018, § 8 Rn. 10, § 10 Rn. 13.

<sup>26</sup> Huggins/Zimmermann, DVBl 2022: 20 (23).

<sup>27</sup> Die Bezeichnung ist im Hinblick auf das breite Anwendungsspektrum zu überdenken, siehe dazu Mengel et al. (in Vorbereitung).

<sup>28</sup> MENGEL 2019: 33; MENGEL et al. (in Vorbereitung).

<sup>29</sup> MENGEL et al. (in Vorbereitung).

Gemäß § 11 Abs. 3 BNatSchG können die konkretisierten Ziele, Erfordernisse und Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege als Darstellungen und Festsetzungen nach den §§ 5 und 9 des Baugesetzbuchs in die Bauleitpläne aufgenommen werden. Hier stellt sich in der Praxis allerdings die Frage, ob dies in umfassender Form geschehen kann oder ob es Darstellungs- und Festsetzungsgrenzen gibt – etwa im Hinblick auf das Kriterium der städtebaulichen Erforderlichkeit. Nimmt man eine solche Grenze an, wäre das Modell der Primärintegration mit noch größeren Zweifeln behaftet, denn dann würden die Inhalte eines zentralen Umweltfachplans von bauleitplanungsrechtlichen Voraussetzungen abhängig gemacht. Der Gesetzgeber sollte hier für Klarstellung sorgen. Unabhängig hiervon wäre es sinnvoll, dass Grünordnungspläne auch als eigenständige rechtsverbindliche Satzungen verabschiedet werden können – hierfür sollte der Bundesgesetzgeber eine Ermächtigungsgrundlage schaffen.

Insgesamt ist festzuhalten, dass die gesetzlichen Grundlagen mit der letzten Novellierung im Jahr 2021 eine Konkretisierung und Weiterentwicklung erfahren haben, die aus Sicht der Planungspraxis und der Funktion der Landschaftsplanung im Planungs- und Vollzugsgefüge sehr zu begrüßen ist. Es besteht allerdings an einigen wichtigen Stellen auch weiter Bedarf, gesetzlich für eine bessere Systematisierung und für Klarstellungen zu sorgen.

### 3.2 Planzeichenverordnung

Nach § 9 Abs. 3 S. 3 BNatSchG ist das Bundesumweltministerium ermächtigt, eine Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates zu erlassen, die die Planzeichen zur Darstellung der Inhalte der Landschaftsplanung regelt. Von dieser Ermächtigung wurde bislang noch kein Gebrauch gemacht.

Nach der Gesetzesbegründung dient die Rechtsverordnungsermächtigung zur Vorgabe von Planzeichen dem Zweck, eine Vereinheitlichung der Planungssprache zu bewirken. Dafür sollten die Planzeichen und die ihnen zuzuordnenden Inhalte einheitlich bestimmt werden.<sup>30</sup> Damit werde es möglich, die Pläne lesbarer zu gestalten und die Planaussagen bei Bedarf einfacher auch zu größeren, gebietsüberschreitenden Planungsräumen zusammenzuziehen. Gleichzeitig werde mit einer verbesserten, einheitlichen Lesbarkeit auch die Verwertbarkeit der Darstellungen der Landschaftsplanungen insbesondere für Raumordnungspläne und Bauleitpläne und andere Planungen und Verwaltungsverfahren mit Auswirkungen auf Natur und Landschaft verbessert. In der Planungspraxis habe sich insbesondere auf Grund moderner GIS- und internetbezogener Planungstechniken ein starkes praktisches Bedürfnis für eine solche Vereinheitlichung und eine verbesserte Kompatibilität zur Plansprache der Raumordnung und Bauleitplanung ergeben. Insbesondere erfordere auch der zunehmende Einsatz Geographischer Informationssysteme und internetbezogener Planungstechniken eine

---

<sup>30</sup> J. Schumacher/A. Schumacher 2021, § 9 Rn. 63.

Vereinheitlichung und eine verbesserte Kompatibilität zur Plansprache der Raumordnung und Bauleitplanung.<sup>31</sup>

Auch im Fachdiskurs wird seit längerer Zeit eine Standardisierung der Landschaftsplanung mit einer entsprechenden Rechtsverordnung gefordert. So bieten Standards nach HACHMANN et al. (2010) „aus technischer Sicht die Möglichkeit, multifunktionale, interoperable Softwarelösungen zu entwickeln und so zu einer effizienten und effektiven Planerstellung beizutragen.“<sup>32</sup> Die Definition eigener Objektmodelle oder Objektkataloge wie sie beispielsweise in anderen Fachbereichen existiere, werde damit möglich. Dies bilde eine wesentliche Grundlage für einen plattformunabhängigen verlustfreien Datenaustausch. Darüber hinaus könne durch die Definition einheitlicher Mindestinhalte und deren Darstellung sowohl in fachlicher als auch terminologischer Sicht eine Vereinheitlichung stattfinden. Interpretationsfähige bzw. missverständliche Planaussagen ließen sich damit reduzieren bzw. vermeiden.<sup>33</sup>

Im Rahmen eines F+E-Vorhabens mit Unterstützung des Bundesamtes für Naturschutz und des Bundesumweltministeriums aus dem Jahr 2017<sup>34</sup> wurde ebenfalls der Erlass einer entsprechenden Rechtsverordnung empfohlen. Eine solche Verordnung solle danach so gestaltet sein, dass sie einerseits eine grundlegende Standardisierung der Planzeichen (und damit indirekt auch wesentlicher Inhalte) der Planwerke durch konkrete und grundsätzlich verbindliche Vorgaben in Form einzelner Planzeichen sicherstellt. Andererseits müsse eine solche Verordnung aber auch ausreichend Spielraum für Anpassungen und Abweichungen im konkreten Einzelfall lassen. Zwar solle es grundsätzlich verbindliche Vorgaben für die wesentlichen Inhalte bzw. Planzeichen geben, zugleich solle zum einen jedoch die Möglichkeit bestehen, diese ergänzen und erweitern zu dürfen, zum anderen müsse zudem die Möglichkeit bestehen, im Einzelfall bei Vorliegen von Gründen, die dies notwendig erscheinen lassen (z. B. Art der verfügbaren Daten), von den grundsätzlich verbindlichen Vorgaben für die wesentlichen Inhalte abzuweichen.<sup>35</sup>

Diese Empfehlungen sind auch aus aktueller Perspektive sachgerecht. Eine Planzeichenverordnung auf der Grundlage des § 9 Abs. 3 S. 3 BNatSchG kann die Qualität der Landschaftspläne inhaltlich und graphisch verbessern, ihre Verwertbarkeit für Raumordnung und Bauleitplanung (vgl. § 9 Abs. 3 S. 2 BNatSchG) steigern, die digitale Bearbeitung und den Datenaustausch mit anderen Planungen erheblich erleichtern und nicht zuletzt die Effizienz der Landschaftsplanung verbessern. Das Bundesumweltministerium sollte daher von seiner Regelungskompetenz Gebrauch machen.

---

<sup>31</sup> BT-Drs. 16/12274, S. 55.

<sup>32</sup> HACHMANN et al. 2010, S. 29.

<sup>33</sup> HACHMANN et al. 2010, S. 29.

<sup>34</sup> HOHEISEL et al. 2017.

<sup>35</sup> HOHEISEL et al. 2017, S. 210 f.

## 4 Eingriffsregelung

### 4.1 Handlungstatbestand und Bestandserfassung/-bewertung

Der Eingriffstatbestand des § 14 Abs. 1 BNatSchG besteht bekanntlich aus dem Handlungstatbestand und dem Beeinträchtigungstatbestand. Dabei spielen Auslegungsfragen beim Handlungstatbestand insbesondere im Kontext „landwirtschaftliche Nutzungen“ eine Rolle, während die Aspekte Bestandserfassung und -bewertung sowie die Beurteilung der potenziellen Beeinträchtigungen durch ein Vorhaben bei der Zulassung von Infrastrukturvorhaben besonders relevant werden.

#### **Handlungstatbestand**

§ 14 Abs. 1 BNatSchG definiert Eingriffe in Natur und Landschaft zunächst als Veränderungen der Gestalt oder Nutzung von Grundflächen oder Veränderungen des mit der belebten Bodenschicht in Verbindung stehenden Grundwasserspiegels.

Besonders umstritten ist die Auslegung des Begriffs „Veränderung von Nutzungen“. Während es sich bei der Umwandlung von Grünland in Ackerland oder in Wald um klar abgrenzbare, nach der Verkehrsanschauung als unterschiedliche Nutzungsarten einzuordnende Kategorien handelt,<sup>36</sup> bestehen Probleme bei der Subsumtion von Veränderungen innerhalb dieser Nutzungsarten unter den Eingriffstatbestand bzw. bei der Definition dessen, was eine Nutzungsart ausmacht.<sup>37</sup> Dabei ist festzuhalten, dass es sowohl bei der Veränderung der Gestalt von Grundflächen als auch bei der Veränderung der Nutzung von Grundflächen nicht darauf ankommt, ob sich die betreffende Maßnahmen positiv oder negativ auf die Schutzgüter auswirkt,<sup>38</sup> denn diese Frage ist der Prüfung des Beeinträchtigungstatbestandes vorbehalten. Vielmehr hat der Gesetzgeber mit dem Handlungstatbestand einen „Filter“ der Beeinträchtigungsprüfung vorgeschaltet. Die Auslegung muss also am Begriff der Nutzung selbst ansetzen. Hier besteht insbesondere darüber keine Einigkeit, wie mit Nutzungsintensivierungen umzugehen ist.<sup>39</sup> Dabei ist REHBINDER grundsätzlich zuzustimmen, dass man kaum „jede Wahl von Kulturen oder jegliche Form der Intensivierung der Bewirtschaftung als Nutzungsänderung im Sinne des § 13 BNatSchG erfassen“ könne, weil sonst der „Eingriffsbegriff seine Funktion als Filter für die Rechtsanwendung“ verlöre.<sup>40</sup> FISCHER-HÜFTLE/CZYBULKA bejahen das Vorliegen einer Nutzungsänderung beispielsweise, wenn „die Nutzungsintensivierung einem Konzept folgt, das z. B. in systematischer Aufdüngung und häufigeren Mahdterminen besteht.“<sup>41</sup> Nach der hier vertretenen Auf-

---

<sup>36</sup> Ebenso GUCKELBERGER 2021, § 14 Rn. 21.

<sup>37</sup> Vgl. MENGEL et al. 2018a, S. 55.

<sup>38</sup> So auch GUCKELBERGER 2021, § 14 Rn. 15.

<sup>39</sup> Siehe GUCKELBERGER 2021, § 14 Rn. 22 mit Nachweisen.

<sup>40</sup> REHBINDER, NuR 2011: 241 (244).

<sup>41</sup> Fischer-Hüftle/Czybulka 2021, § 14 Rn. 10.

fassung ist darauf abzustellen, ob durch die neue Nutzung in zeitlich klar zuzuordnender und konkret fassbarer Form der Naturhaushalt oder das Landschaftsbild markant verändert werden. Dies kann in gravierenden Fällen auch eine Intensivierung (z. B. Intensivdüngung einer jahrzehntelang extensiv genutzten Wiese) oder ein Wechsel der Fruchtfolge sein.<sup>42</sup> Es ist bedauerlich, dass eine so zentrale Frage, die immerhin rund 50% der Fläche Deutschlands betrifft, rund fünf Jahrzehnte nach Einführung der Eingriffsregelung aufgrund der unbestimmten („unkonkreten“) Regelungsausgestaltung unbeantwortet ist.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die mit der angesprochenen Thematik eng verknüpfte Privilegierung der landwirtschaftlichen Nutzung bei Einhaltung der guten fachlichen Praxis (§ 14 Abs. 2 BNatSchG) häufig ins Leere läuft, weil die Maßgaben des § 5 Abs. 2 BNatSchG ausgesprochen unkonkret gefasst sind und eine Verordnungsermächtigung zur näheren Ausgestaltung der Grundsätze fehlt. Der Gesetzgeber sollte den angesprochenen Themenkomplex dringend bearbeiten und einer Konkretisierung zuführen.

### **Bestandserfassung und -bewertung**

Ein Eingriff im Sinne des § 14 Abs. 1 BNatSchG setzt neben der definierten Handlung die Feststellung bzw. die Prognose voraus, dass durch diese Handlung die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts oder das Landschaftsbild erheblich beeinträchtigt werden können. Bei diesem Beeinträchtigungstatbestand ist hinsichtlich der erforderlichen Arbeitsschritte zu differenzieren zwischen der Bestandserfassung und -bewertung einerseits und der eigentlichen Prognose der erheblichen Beeinträchtigung der Schutzgüter durch das jeweilige Handeln andererseits.

Die Bestandteile des Naturhaushalts werden in § 7 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG legaldefiniert, nämlich Boden, Wasser, Luft, Klima, Tiere und Pflanzen sowie das Wirkungsgefüge zwischen ihnen. Damit sind allerdings noch keine Aussagen verbunden, die Auskunft darüber geben, mit welcher Zielrichtung diese Handlungsgegenstände zu sichern bzw. zu entwickeln sind und nach welchen Maßstäben der vorhandene Bestand vor dem möglichen Eingriff zu bewerten ist. Dies ist aber erforderlich, um überhaupt von einer erheblichen Beeinträchtigung durch die zu prüfenden Veränderungen sprechen zu können. Dabei fällt zunächst auf, dass der Gesetzgeber offensichtlich übersehen hat, dass mit dem 2009 neu formulierten § 1 BNatSchG (siehe Abschnitt 2.1) dem Gesetz eine veränderte, im Ergebnis stringentere Zielausrichtung zugrunde liegt. Während früher die biologische Vielfalt als Bestandteil der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts aufgefasst wurde, ist diese nun zentraler Bestandteil der Zieldimension 1. Der Wortlaut in Verbindung mit der systematischen Auslegung spricht eigentlich da-

---

<sup>42</sup> MENGEL et al. 2018a, S. 55; für die Bejahung einer Nutzungsänderung, wenn „die Nutzungsintensivierung einem Konzept folgt, das z. B. in systematischer Aufdüngung und häufigeren Mahdterminen besteht“.

für, dass die Eingriffsregelung damit das Schutzziel „Sicherung der biologischen Vielfalt“ nicht mehr abdeckt. Da dies aber vom Gesetzgeber offensichtlich nicht gewollt ist<sup>43</sup> und die Rechtsfolgen einer Reduktion des zentralen, umfassenden Prüfinstrumentes im Naturschutzrecht auf die Funktionen des Naturhaushalts im Sinne der Zieldimension 2 (und das Landschaftsbild) offensichtlich nicht mit dem Sinn und Zweck der Regelung vereinbar ist, wird im Schrifttum ganz überwiegend davon ausgegangen, dass die Schutzziele der Eingriffsregelung auch die Sicherung der biologischen Vielfalt umfassen.<sup>44</sup> Es ist aber doch bedauerlich, wenn im Zuge der Diskussion um Beurteilungsspielräume bzw. naturschutzfachliche Einschätzungsprärogativen (siehe dazu sogleich) immer wieder darauf verwiesen wird, die „ökologische Wissenschaft“<sup>45</sup> habe zu entsprechenden Bewertungsfragen noch keine einheitliche Position, der Gesetzgeber es aber selbst versäumt, die Steuerungsinstrumente seines Fachgesetzes stringent auf die einschlägigen Ziel- und Zweckbestimmungen auszurichten.

Die Bestandsbewertung (und somit auch die Bestandserfassung) hat sich an der Zielbestimmung des § 1 BNatSchG sowie an weiteren naturschutzbezogenen Maßstäben, z. B. „konkretisierenden Vorgaben der Landschaftsplanung“<sup>46</sup> oder vergleichbaren räumlichen Konkretisierungen zu orientieren.

Dies gilt gerade auch für das Landschaftsbild. Hier hat der Gesetzgeber in § 1 Abs. 4 BNatSchG sowohl die Bedeutung von Landschaft als natürliches und kulturelles Erbe im Sinne der Zieldimension 1 (§ 1 Abs. 4 Nr. 1 BNatSchG) als auch ihre Relevanz im Kontext von Landschaftserlebnis und die landschaftsgebundene Erholung im Sinne der Zieldimension 3 verankert (§ 1 Abs. 4 Nr. 2, 3 BNatSchG). Die in der Rechtsprechung regelmäßig genutzte Wendung, dass für die Beurteilung des Landschaftsbildes bzw. für dessen Beeinträchtigung auf den Standpunkt des „für den Natur- und Landschaftsschutz“ bzw. „für die Schönheit der natürlichen Landschaft“ „aufgeschlossenen Durchschnittsbetrachters“ abgestellt werden müsse,<sup>47</sup> kann nur als erste Annäherung zur Entwicklung von Bewertungsmaßstäben verstanden werden. Jedenfalls sollen damit Extrempositionen ausgeschlossen werden. Eine gesetzliche Präzisierung in § 1 BNatSchG und ein entsprechender Verweis in § 14 Abs. 1 BNatSchG wäre ebenso hilfreich wie eine qualifizierte Landschaftsplanung, die Beiträge zur räumlichen Konkretisierung der landschaftsbezogenen Ziele und Bewertungen leistet.

---

<sup>43</sup> BT-Drs. 16/12274, S. 50.

<sup>44</sup> Siehe für viele GUCKELBERGER 2021, § 14 Rn. 40; EKHARDT/HENNING, NuR 2013: 694 (695) sprechen von einem „Redaktionsversehen“.

<sup>45</sup> Es wurde bereits in Abschnitt 1.2 darauf hingewiesen, dass es sich dabei gar nicht um ökologische, sondern um naturschutzfachliche Fragen handelt.

<sup>46</sup> GUCKELBERGER 2021, § 14 Rn. 44; vgl. auch FISCHER-HÜFTLE/CZYBULKA 2021, § 14 Rn. 28.

<sup>47</sup> Siehe die Nachweise bei GUCKELBERGER 2021, § 14 Rn. 50; FISCHER-HÜFTLE/CZYBULKA 2021, § 14 Rn. 42.

## 4.2 Prüfung einer möglichen erheblichen Beeinträchtigung und Kompensation

### Erhebliche Beeinträchtigung

Sowohl im Rahmen der Prüfung einer möglichen Beeinträchtigung (die sowohl im Schrifttum als auch in der Rechtsprechung mit der vorlaufenden Bestandserfassung und –bewertung verknüpft wird) als auch bei der Festlegung von Art und Umfang der Kompensation wurde der Zulassungsbehörde seit der grundlegenden Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts im Jahr 2004 („Michendorf“)<sup>48</sup> bis in jüngerer Zeit regelmäßig ein Beurteilungsspielraum bzw. eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zugestanden.<sup>49</sup> So hat das Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung vom 22.11.2016 festgestellt: „Bei der Bewertung der Eingriffswirkungen eines Vorhabens steht der Planfeststellungsbehörde ebenso wie bei der Bewertung der Kompensationswirkung von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu. Die im Planfeststellungsbeschluss vorgenommenen Quantifizierungen bei Eingriffswirkungen und Kompensationsmaßnahmen sind daher nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle zugänglich; sie sind vom Gericht hinzunehmen, sofern sie im Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar sind und auch nicht auf einem Bewertungsverfahren beruhen, das sich als unzulängliches oder gar ungeeignetes Mittel erweist, um den gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden (stRspr, ...).“<sup>50</sup>

Wie weit die gerichtliche Kontrolle konkret reicht, muss den einzelnen Entscheidungen entnommen werden. In seinem Urteil zum Ausbau der Bundeswasserstraße Weser vom 11.8.2016 führt das Bundesverwaltungsgericht beispielsweise aus: Der Planfeststellungsbeschluss verkennt, „dass die Vorhaben zu erheblichen Beeinträchtigungen des Naturhaushalts führen, indem sie die schon bisher stattfindende Erosion der Flussufer der Unteren Wümme verstärken.“ (...) Es komme am Unterlauf der Wümme „nicht nur an den Prallhängen, sondern auch an den Gleithängen zu starken Uferabbrüchen, durch die Vegetationsflächen verlorengehen. Dies wurde bei der Ortsbesichtigung des Berichterstatters festgestellt und durch in der mündlichen Verhandlung gezeigte Fotos bestätigt.“ Die vorgenommene Wertung sei nicht zu rechtfertigen. Das Gericht urteilt: „Durfte hiernach eine erhebliche Beeinträchtigung nicht verneint werden, so musste, soweit möglich, durch Anordnung von Vermeidungsmaßnahmen Abhilfe geschaffen oder andernfalls durch Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen eine Kompensation der Beeinträchtigung gewährleistet werden.“<sup>51</sup>

Bezüglich der Beeinträchtigung des Landschaftsbildes hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil zur Uckermark-Stromnetzleitung am 21.1.2016 entsprechend

<sup>48</sup> BVerwG, Urteil vom 9.6.2004 – 9 A 11/03, juris Rn. 118.

<sup>49</sup> Zur Entwicklung der Rechtsprechung siehe SCHUSTER 2020, S. 100.

<sup>50</sup> BVerwG, Urteil vom 22.11.2016 – 9 A 25/15, juris Rn. 16.

<sup>51</sup> BVerwG, Urteil vom 11.8.2016 – 7 A 1.15, NuR 2016: 845 (859 f.).



der obigen Ausführungen zum Schutzgut Landschaftsbild entschieden: „Eine erhebliche Beeinträchtigung des Landschaftsbildes ist anzunehmen, wenn die Veränderung von einem gegenüber den Belangen des Naturschutzes und der Landschaftspflege aufgeschlossenen Durchschnittsbetrachter als nachteilig und störend empfunden wird.“<sup>52</sup>

In einem jüngeren Urteil vom 27.7.2021<sup>53</sup> zum Stromnetzausbau wird diese „klassische“ Formulierung ebenso wiederholt wie die Formel von der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative. Mit ihren Einwänden dringen die Kläger nicht durch, das Bundesverwaltungsgericht begründet dies wie folgt: „Der Eingriff in das Landschaftsbild wird durch die Masten als prägende Bauteile genügend erfasst. Es bedarf keiner eigenständigen Berücksichtigung der Leiterseile, weil diesen die massive Wirkung eines Bauwerks fehlt; der Begriff des "Leiterseilvorhangs" führt insoweit nicht weiter. Auch Breite und Zahl der Traversen müssen nicht gesondert betrachtet werden. Denn maßgeblich für die Störung des Landschaftsbildes ist die Errichtung eines hohen Bauwerks industriellen Charakters, das auf das Landschaftsbild einwirkt.“<sup>54</sup>

Das Oberverwaltungsgericht Münster hat in einer jüngeren Entscheidung (Urteil vom 13.7.2022) unter ausdrücklicher Anführung des soeben genannten Bundesverwaltungsgerichts-Urteils vom 27.7.2021 entschieden: „Ob hinsichtlich der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts die Bagatellschwelle überschritten ist oder ob eine Veränderung i.S.d. § 14 BNatSchG von einem Durchschnittsbetrachter als nachteilig und störend empfunden wird, kann demgegenüber ohne Rückgriff auf naturschutzfachliches Spezialwissen beantwortet werden. Daher ist die Frage der Quantifizierung eines Vorhabens – also danach, ob überhaupt ein Eingriff vorliegt – gerichtlich voll überprüfbar.“<sup>55</sup>

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass insbesondere das Bundesverwaltungsgericht im Kontext der Beeinträchtigungsprüfung der Eingriffsregelung die Formel von der Einschätzungsprärogative der Zulassungsbehörde bis in die jüngere Zeit (also auch nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2018)<sup>56</sup> weiterhin verwendet. Die konkrete gerichtliche Kontrolldichte des Bundesverwaltungsgerichts wie auch der Obergerichte lässt sich allein aus diesem Befund allerdings nicht zuverlässig ableiten, da sich innerhalb des begrifflich aufgespannten Rahmens verschiedene Facetten der Kontrolle finden, die nicht zuletzt von der jeweiligen Fallkonstellation und den sich daraus ergebenden Fragestellungen abhängen.

---

<sup>52</sup> BVerwG, Urteil vom 21.1.2016 – 4 A 5.14, juris Rn. 146.

<sup>53</sup> BVerwG, Urteil vom 27.7.2021 – 4 A 14/19, juris.

<sup>54</sup> BVerwG, Urteil vom 27.7.2021 – 4 A 14/19, juris Rn. 95.

<sup>55</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 13.7.2022 – 8 D 241/21.AK, Nur 2022: 723 (724).

<sup>56</sup> Siehe Kapitel 1 und näher Abschnitt 7.1.

### **Kompensation (Ausgleich und Ersatz)**

Die am Ende des vorangegangenen Abschnitts getroffene Feststellung gilt in ähnlicher Form für Art und Umfang der Kompensation (Ausgleich und Ersatz im Sinne des § 15 Abs. 2 BNatSchG).<sup>57</sup> Im Rahmen seines Urteils zur S-Bahn-Trasse Fürth vom 9.11.2017 hat das Bundesverwaltungsgericht allerdings auf den Aspekt der Selbstbindung der Behörde hingewiesen: „Wenn sich die Planfeststellungsbehörde bei der Bewertung der Eingriffswirkungen und der Kompensationswirkung von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen für ein bestimmtes Verfahren entschieden hat, darf sie hiervon jedoch nur abweichen, wenn dies durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Die Entscheidung für ein bestimmtes Bewertungsverfahren im Rahmen der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative führt zu einer Selbstbindung, von der sich die Planfeststellungsbehörde nicht willkürlich wieder lösen kann.“<sup>58</sup>

Im Schrifttum wird teilweise auf notwendige Differenzierungen hingewiesen. Während der „naturschutzfachliche Nutzen einzelner Ausgleichsmaßnahmen in weitem Umfang eine Tatsachenfrage“ sei, für deren Beantwortung in Einzelfällen allgemein anerkannte wissenschaftliche Maßstäbe ebenfalls fehlen dürften, sei „die Gesamtbewertung eines Ausgleichskonzepts sicher ganz wesentlich eine Frage rechtlicher Wertung.“<sup>59</sup> Auf die Möglichkeit und Sinnhaftigkeit derartiger Unterscheidungen wird nach der Untersuchung der weiteren Prüfinstrumente (FFH-Verträglichkeitsprüfung und Spezielle artenschutzrechtliche Prüfung) in Abschnitt 7.1 zurück zu kommen sein.

### **4.3 Bundeskompensationsverordnung**

Vor dem Hintergrund der Vielzahl an unbestimmten Rechtsbegriffen und der Konstruktion der Eingriffsregelung, die ohne gesetzliche Benennung von einzelnen Arten, Biotopen oder sonstigen Ausprägungen von Natur und Landschaft als Schutzgüter auskommt, die bei der Prüfung möglicher Beeinträchtigungen besonders in den Blick genommen werden, ist es nicht verwunderlich, dass sich in der Vollzugspraxis eine große Heterogenität von Auslegungs- und Anwendungsvarianten entwickelt hat. Diese Heterogenität wird noch gesteigert durch die unterschiedliche Handhabung in den einzelnen Ländern. Dabei haben die Länder häufig landesspezifische Leitfäden und Hinweise entwickelt, in einigen Fällen gibt es auch Landesverordnungen.<sup>60</sup> Schließlich besteht auch noch die Möglichkeit der Abweichung von den Bestimmungen der §§ 14-18 BNatSchG durch das jeweilige Landesgesetz.

---

<sup>57</sup> Siehe etwa BVerwG, Urteil vom 22.11.2016 – 9 A 25/15, juris Rn. 16.

<sup>58</sup> BVerwG, Urteil vom 9.11.2017 – 3 A 4 /15, juris Rn. 22.

<sup>59</sup> EICHBERGER, NVwZ 2019: 1560 (1566).

<sup>60</sup> Siehe zum Ganzen die Analyse bei MENGEL et al. 2018a.

Von besonderer Bedeutung für ein einheitlicheres Verständnis der Eingriffsregelung sind daher die in § 15 Abs. 7 und Abs. 8 BNatSchG enthaltenen Verordnungsermächtigungen. Eine Verordnung auf der Grundlage des § 15 Abs. 7 BNatSchG kann das Nähere zur Kompensation von Eingriffen regeln, eine solche auf der Grundlage des Absatz 8 bezieht zusätzlich auch die Vermeidung mit ein. § 15 Abs. 7 BNatSchG gilt für alle Formen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung, bedarf aber der Zustimmung des Bundesrates. Für eine Verordnung nach § 15 Abs. 8 BNatSchG ist keine Zustimmung des Bundesrates erforderlich, sie gilt aber nur für Vorhaben der Bundesverwaltung. Eine Bundeskompensationsverordnung nach § 15 Abs. 7 BNatSchG ist bislang an der fehlenden Zustimmung des Bundesrates gescheitert, die Bundeskompensationsverordnung für Bundesvorhaben ist im Juni 2020 in Kraft getreten.

Im Schrifttum finden sich verschiedene Positionierungen zu den die mit einer Bundeskompensationsverordnung verbundenen Potenzialen. So sei die bundeseinheitliche Standardisierung der Methodik der Eingriffsregelung überfällig.<sup>61</sup> Insbesondere die zunehmende Heterogenität der gesetzlichen und untergesetzlichen Normen, Verwaltungsvorschriften, Erlasse und Leitfäden auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene, die zum Teil auch noch sektorale Unterscheidungen enthalten, führe zwangsläufig zu einer unterschiedlichen Bewertung vergleichbarer Sachverhalte in den Ländern und über Ländergrenzen hinweg.<sup>62</sup> Eine bundeseinheitliche Standardisierung der Methodik der Eingriffsregelung in Form einer Rechtsverordnung sei sinnvoll.<sup>63</sup> Der Vollzug würde erleichtert und es würde für eine gleichmäßige Anwendung im gesamten Bundesgebiet gesorgt, was zu einem Mehr an Rechtssicherheit führe.<sup>64</sup> „Normative Vorgaben“ im Sinne einer Konkretisierung des Naturschutzrechts mahnen auch BICK und WULFERT an und führen aus: „Ein erster vernünftiger Ansatz wäre eine Bundeskompensationsverordnung (...).“<sup>65</sup> Ziel einer Bundeskompensationsverordnung für Bundesvorhaben sei es, die gesetzlichen Verpflichtungen für diese Vorhaben weiter zu konkretisieren und zu standardisieren. Diese Notwendigkeit bestehe aber nicht nur für Vorhaben des Bundes und nicht nur für die Eingriffsregelung. Sie bestehe für alle Vorhaben und auch im Hinblick auf die Anforderungen des FFH-Gebietsschutzes und des besonderen Artenschutzes.<sup>66</sup>

Auch der UMWELTRECHTSAUSSCHUSS DES DEUTSCHEN ANWALTSVEREINS hat zu der Thematik „Bundeskompensationsverordnung“ Stellung genommen: „Es ist aus Sicht der im Umweltrecht tätigen Anwaltschaft sehr zu begrüßen, dass das Bundesumweltministerium zügig von der neu geregelten Verordnungsermächtigung in § 15 Abs. 8 BNatSchG

---

<sup>61</sup> SCHÜTTE/WITTRÖCK, ZUR 2013: 259 (259).

<sup>62</sup> SCHÜTTE/WITTRÖCK, ZUR 2013: 259 (259).

<sup>63</sup> KERKMANN/KOCH 2017, § 15 Rn. 51.

<sup>64</sup> GUCKELBERGER 2021, § 15 Rn. 130.

<sup>65</sup> BICK/WULFERT, NVwZ 2017: 346 (355).

<sup>66</sup> DOLDE, NVwZ 2019: 1567 (1570).

Gebrauch macht. Die BKompV dient der Rechtsvereinheitlichung und damit der Rechtssicherheit. Für die vom Anwendungsbereich der Verordnung erfassten Bundesvorhaben wird die Vielfalt und Heterogenität bei der Anwendung der Eingriffsregelung beendet, die bisher durch unterschiedliche Regelungen und Anwendungserlasse geprägt ist.<sup>67</sup> Ausdrücklich wird empfohlen, „erneut zu versuchen, auf der Grundlage von § 15 Abs. 7 BNatSchG mit Zustimmung des Bundesrates eine Bundeskompensationsverordnung zu erlassen, die eine bundeseinheitliche Anwendung der Eingriffsregelung regelt.“<sup>68</sup>

Ohne speziell auf eine Bundeskompensationsverordnung einzugehen heben EKhardt und Henning auf die Grundproblematik von „auf Detailgenauigkeit abzielenden Steuerungsinstrumenten von Naturschutz und Biodiversität“ ab: „Will man im Sinne des Ziels „kein Netto-Verlust“ einerseits eine möglichst weitgehende qualitative Äquivalenz von Eingriff und Ausgleich gewährleisten, wäre es nötig, relativ komplexe Bewertungsverfahren zu implementieren. Diese sind nicht nur kaum vollständig möglich; sie erhöhen auch noch die Transaktionskosten und machen das System in puncto Kosteneffizienz und Akzeptanz potenziell deutlich unattraktiver.“<sup>69</sup>

Tatsächlich berücksichtigt die Bundeskompensationsverordnung für Bundesvorhaben aus dem Jahr 2020 diesen Aspekt, in dem sie der Grundregel folgt: Je wertvoller die beeinträchtigte Funktion (bzw. das betroffene Schutzgut) und je intensiver die zu erwartenden Auswirkungen des Vorhabens (und somit die Beeinträchtigung), desto strikter sollte der Funktionsbezug bei Ausgleich und Ersatz verstanden werden. Damit wird anerkannt, dass die Eingriffsregelung aufgrund der Breite des Schutzgutkatalogs und ihrer Regelungsstruktur einen anderen Steuerungsansatz als die FFH-Verträglichkeitsprüfung bzw. die besondere artenschutzrechtliche Prüfung verfolgt und dass Flexibilität bei der Entwicklung eines Kompensationskonzepts auch Vorteile bieten kann. Andererseits soll die Eingriffsregelung aber bei massiven Beeinträchtigungen wertvoller Schutzgüter auf der Rechtsfolgenseite und hier insbesondere auch bei der Realkompensation ernst genommen und damit gestärkt werden. Diese materielle Stärkung gelingt umso besser, je klarer für den Rechtsanwender (und für die die Anwendung kontrollierenden Gerichte) wird, wann eine besonders schwere Beeinträchtigung aufgrund der naturschutzfachlichen Relevanz der betroffenen Schutzgüter und der zu erwartenden Wirkungen des Vorhabens vorliegt. Mittelbar hat diese materielle Stärkung auch Auswirkungen auf das Vermeidungsgebot, die Abwägung und die Ersatzzahlung.<sup>70</sup>

Insgesamt ist mit der Bundeskompensationsverordnung ein wichtiger Schritt hin zur Konkretisierung und Standardisierung der Eingriffsregelung vorgenommen worden. Zur Untersetzung einiger Themenfelder und Fragestellungen, die sich aus der praktischen Anwendung ergeben, wurde darüber hinaus mittlerweile eine Handreichung

---

<sup>67</sup> Umweltausschuss des Deutschen Anwaltsvereins, NuR 2019: 790 (790).

<sup>68</sup> Umweltausschuss des Deutschen Anwaltsvereins, NuR 2022: 241 (241).

<sup>69</sup> EKhardt/HENNING, NuR 2013: 694 (703).

<sup>70</sup> MENGEL et al. 2018a, S. 425.

vom Bundesamt für Naturschutz und dem Bundesumweltministerium herausgegeben.<sup>71</sup> Bayern und Baden-Württemberg haben in ihren Landesnaturschutzgesetzen allerdings eine Regelung zur Abweichung von der Bundeskompensationsverordnung erlassen.<sup>72</sup> Dies ist vor dem Hintergrund der Zielsetzung einer bundesweit einheitlichen Handhabung der Eingriffsregelung jedenfalls bei Vorhaben der Bundesbehörden und der damit verbundenen Stärkung dieses zentralen Steuerungsinstruments sehr zu bedauern.

## 5 Europäischer Gebietsschutz

Der europäische Gebietsschutz mit seinen FFH- und Vogelschutzgebieten und der damit verbundenen FFH-Verträglichkeitsprüfung wird zunächst stark durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs geprägt.<sup>73</sup> Das BVerwG knüpft zwar an diese Rechtsprechung an, verwendet aber gleichwohl gewissermaßen eigenständig den Begriff „Beurteilungsspielraum“, der nach Einschätzung im Schrifttum keine Entsprechung in den Entscheidungen des EuGH findet.<sup>74</sup> Dabei sind drei Themenkomplexe zu unterscheiden, nämlich:

- die Auswahl und Abgrenzung von FFH- und Vogelschutzgebieten
- die Prüfung der Verträglichkeit eines Vorhabens mit den Schutzgebietszielen und
- die Prüfung der Zulässigkeit einer Abweichung bei einer Beeinträchtigung von Schutzgebietszielen.

### 5.1 Schutzgebietsauswahl und -abgrenzung

Gemäß Art. 4 Abs. 1 Unterabs. 4 V-RL erklären die Mitgliedstaaten insbesondere die für die Erhaltung der in Anhang I der V-RL aufgeführten Vogelarten zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete zu Schutzgebieten. Grundlage für die Auswahlentscheidung sind ornithologische Kriterien, wie sie in Art. 4 Abs. 1 V-RL aufgeführt sind. Die konkrete Identifizierung der Schutzgebiete unterliegt nur einer eingeschränkten Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte.<sup>75</sup> Art. 4 Abs. 1 Unterabs. 4 V-RL eröffnet den Mitgliedstaaten einen „fachlichen Beurteilungsspielraum“ in der Frage, welche Gebiete nach ornithologischen Kriterien für die Erhaltung der Anhang I-Arten zahlen- und

---

<sup>71</sup> BfN/BMU (Hrsg.), Handreichung zum Vollzug der Bundeskompensationsverordnung, 2021.

<sup>72</sup> Siehe Art. 8 Abs. 3 BayNatSchG und § 15 Abs. 3 LNatSchG BW; zu landesrechtlichen Abweichungen von der Bundeskompensationsverordnung unter verfassungsrechtlichen Aspekten siehe FARBENDER, NuR 2020: 649; GÄRDITZ, EurUP 2020: 367.

<sup>73</sup> Vgl. KÖCK, ZUR 2022: 259 (270).

<sup>74</sup> BERKEMANN, ZUR 2021: 280 (287).

<sup>75</sup> J. Schumacher/A. Schumacher 2021, § 31 Rn. 67.

flächenmäßig am besten geeignet sind.<sup>76</sup> Die Prüfung beschränke sich dabei auf die Frage, ob die Auswahlentscheidung ornithologisch vertretbar ist.<sup>77</sup> Ob andere als ornithologische Kriterien herangezogen wurden, ist allerdings gerichtlich voll überprüfbar.<sup>78</sup>

Nach Art. 4 Abs. 1 FFH-RL legt jeder Mitgliedstaat anhand der in Anhang III (Phase 1) FFH-RL festgelegten Kriterien und einschlägiger wissenschaftlicher Informationen eine Liste von Gebieten vor, in der die in diesen Gebieten vorkommenden natürlichen Lebensraumtypen des Anhangs I und einheimischen Arten des Anhangs II aufgeführt sind (Vorschlagsliste). Ähnlich wie bei den Vogelschutzgebieten stehe den Mitgliedstaaten für die Aufnahme von Gebieten in die nationale Vorschlagsliste ein „naturschutzfachlicher Beurteilungsspielraum“ zu.<sup>79</sup> Dies folge daraus, dass die in Anhang III (Phase 1) FFH-RL aufgeführten Kriterien eine unterschiedliche fachliche Wertung zuließen.<sup>80</sup> Sowohl bei der Auswahl der Vogelschutzgebiete als auch bei der Auswahl für die Vorschlagsliste der FFH-Gebiete sei mehr als eine Entscheidung als richtig anzusehen, somit bestehe ein Beurteilungsspielraum bezüglich der Anwendung der ornithologischen bzw. naturschutzfachlichen Kriterien.<sup>81</sup>

Die Gebietsauswahl wird zwar als weitgehend abgeschlossen angesehen.<sup>82</sup> Allerdings sieht Art. 4 Abs. 1 S. 4 FFH-RL explizit vor, dass die Mitgliedstaaten gegebenenfalls die Anpassung der Vorschlagsliste im Lichte der Ergebnisse der Überwachung des Erhaltungszustands der in Art. 2 FFH-RL genannten Arten und Lebensräume (Art. 11 FFH-RL) vornehmen. Insofern ist eine gewisse Dynamik bei der Gebietsauswahl in der Richtlinie angelegt,<sup>83</sup> die beispielsweise im Kontext des Klimawandels noch von erheblicher Bedeutung sein kann. Dies sollte neben der Hinzunahme weiterer Gebiete auch die Gebietsabgrenzung betreffen.

## 5.2 Prüfung der Verträglichkeit eines Vorhabens

Gemäß § 34 Abs. 1 BNatSchG sind Projekte vor ihrer Zulassung oder Durchführung auf ihre Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen eines Natura 2000-Gebiets zu überprüfen, wenn sie einzeln oder im Zusammenwirken mit anderen Projekten oder Plänen

---

<sup>76</sup> J. SCHUMACHER/A. SCHUMACHER 2021, § 31 Rn. 67; BVerwG, Beschluss vom 13.3.2008 – 9 VR 10/07, juris, Rn. 16; kritisch zur Verwendung des Begriffs „fachlicher Beurteilungsspielraum“ für die „Auslegung einer unionsrechtlichen Entscheidungsstruktur“ BERKEMANN, ZUR 2021: 280 (287).

<sup>77</sup> J. Schumacher/A. Schumacher 2021, § 31 Rn. 67.; BVerwG, Beschluss vom 13.3.2008 – 9 VR 10/07, juris, Rn. 16.

<sup>78</sup> SCHUSTER 2020, S. 133.

<sup>79</sup> J. Schumacher/A. Schumacher 2021, § 31 Rn. 96.

<sup>80</sup> J. Schumacher/A. Schumacher 2021, § 31 Rn. 96.

<sup>81</sup> SCHUSTER 2020, S. 132.

<sup>82</sup> SCHUSTER 2020, S. 120.

<sup>83</sup> Siehe auch J. SCHUMACHER/A. SCHUMACHER 2021, § 31 Rn. 140.

geeignet sind, das Gebiet erheblich zu beeinträchtigen. Ergibt die Prüfung der Verträglichkeit, dass das Projekt zu erheblichen Beeinträchtigungen des Gebiets in seinen für die Erhaltungsziele maßgeblichen Bestandteilen führen kann, ist es nach § 34 Abs. 2 BNatSchG unzulässig. Dabei ist im Hinblick auf die hier zu untersuchte Fragestellung zwischen zwei Aufgabenkomplexen der Prüfung zu unterscheiden, nämlich der Bestandserfassung und -bewertung zum einen und der Einschätzung der Auswirkungen bzw. der Beeinträchtigungen eines Vorhabens auf die Erhaltungsziele zum anderen. Erfasst und bewertet werden im Hinblick auf die Erhaltungsziele insbesondere:

- die Lebensräume nach Anhang I FFH-RL unter Berücksichtigung ihrer charakteristischen Arten (bei FFH-Gebieten)
- die Arten nach Anhang II FFH-RL (bei FFH-Gebieten)
- die Vogelarten nach Anhang I und Art. 4 Abs. 2 V-RL einschließlich ihrer Habitate (bei Vogelschutz-Gebieten)
- weitere Teile von Natur und Landschaft innerhalb und außerhalb des Gebietes, soweit sie für die Erhaltungsziele von Bedeutung sind.<sup>84</sup>

Aus der Aufstellung wird deutlich, dass einerseits ganz konkrete Arten benannt werden, auf die sich die einzelnen Erhaltungsziele in den jeweiligen Natura 2000-Gebieten beziehen (Anhang II-Arten der FFH-RL, Anhang I-Arten der V-RL sowie die Zugvogelarten des Art. 4 Abs. 2 V-RL). In diesem Fall besteht der entsprechende Arbeitsbaustein der FFH-VP in der Erfassung des Artenbestands (durch Geländeuntersuchungen und durch Auswertung vorhandener Quellen) sowie in der Erfassung weiterer Merkmale, die für die fachliche Einschätzung der Situation dieser Arten im Gebiet erforderlich sind. Zu letzteren können etwa die Populationsgröße, Habitatanalysen im Gebiet oder positive und negative Einflussfaktoren außerhalb des Gebiets gehören (z. B. Vernetzungs- und Verbundstrukturen).<sup>85</sup> Die Einschätzung der Situation der Arten bezieht sich auf die für das Gebiet festgelegten Erhaltungsziele und schließt die Beurteilung des aktuellen Erhaltungszustands ein. Noch weitergehend sind die Fragestellungen bei den Lebensraumtypen.<sup>86</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht hat nach seiner grundlegenden Entscheidung zur „Westumfahrung Halle“<sup>87</sup> die Konturen für die Verträglichkeitsprüfung in verschiedenen Folgeentscheidungen geschärft: Nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL habe „eine sorgfältige Bestandserfassung und -bewertung in einem Umfang zu erfolgen, der es zulässt, die Einwirkungen des Projekts zu bestimmen und zu bewerten. Die Methode der Bestands-

---

<sup>84</sup> Vgl. J. SCHUMACHER/A. SCHUMACHER 2021, § 31 Rn. 58.

<sup>85</sup> J. Schumacher/A. Schumacher 2021, § 31 Rn. 58.

<sup>86</sup> Siehe dazu näher Abschnitt 7.1.

<sup>87</sup> BVerwG, Urteil vom 17.1.2007 – 9 A 20/05, juris, siehe insbesondere Rn. 62.

aufnahme ist nicht normativ festgelegt; die Methodenwahl muss aber die für die Verträglichkeitsprüfung allgemein maßgeblichen Standards der ‚besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse‘ einhalten.“<sup>88</sup>

In einem entschiedenen Fall (Fledermausvorkommen im FFH-Gebiet "Segeberger Kalkberghöhlen"), bei dem der Gutachter ausdrücklich von der Standardmethode abgewichen war, genügte das methodische Vorgehen diesen Anforderungen nach Einschätzung des Gerichts nicht.<sup>89</sup> Ebenfalls beanstandet wurde in der genannten Entscheidung der gewählte Prüfungsmaßstab in Bezug auf die charakteristischen Arten des FFH-Gebiets "Segeberger Kalkberghöhlen". Laut Bundesverwaltungsgericht sind für die Verträglichkeitsprüfung „auch die in den einschlägigen Lebensraumtypen vorkommenden charakteristischen Arten maßgeblich (Art. 1 Buchst. e FFH-RL). Charakteristische Arten sind solche Pflanzen- und Tierarten, anhand derer die konkrete Ausprägung eines Lebensraums und dessen günstiger Erhaltungszustand in einem konkreten Gebiet und nicht nur ein Lebensraumtyp im Allgemeinen gekennzeichnet wird. Es sind deshalb diejenigen Arten auszuwählen, die einen deutlichen Vorkommensschwerpunkt im jeweiligen Lebensraumtyp aufweisen bzw. bei denen die Erhaltung der Populationen unmittelbar an den Erhalt des jeweiligen Lebensraumtyps gebunden ist und die zugleich eine Indikatorfunktion für potentielle Auswirkungen des Vorhabens auf den Lebensraumtyp besitzen.“<sup>90</sup>

In einem anderen Fall (hier: charakteristische Arten der LRT 6410 und 6510 und Zuordnung von Flächen zu diesen LRT im FFH-Gebiet „Lichenauer Hochland“) hat das Bundesverwaltungsgericht dagegen im Sinne einer zurückgenommenen gerichtlichen Kontrolle entschieden: „Bei der Erfassung von Lebensraumtypen besteht ein besonderes Problem darin, dass sie eine wertende Zuordnung erfordert, die Zuordnungskriterien aber nicht rechtlich definiert sind. Die Lebensraumtypen stellen vielmehr außerrechtliche Kategorien der Pflanzensoziologie dar, die - wie für Typen kennzeichnend - eine Bandbreite von Erscheinungsformen aufweisen. Verweist eine Rechtsnorm auf einen solchen Typ, ohne selbst eine weitergehende Inhaltsbestimmung zu treffen, so werden damit die herrschenden fachwissenschaftlichen Auffassungen über die typprägenden Merkmale für maßgeblich erklärt. Die Verträglichkeitsprüfung hat sich deshalb bei der Typzuordnung an den einschlägigen Konventionen und Standardwerken zu orientieren. Angesichts der Vielzahl von Arten, die in wechselnden Zusammensetzungen in einem Lebensraum bestimmten Typs vorkommen können, ist bei der konkreten Zuordnungsentscheidung mehr als Plausibilität und Stimmigkeit nicht erreichbar. Deshalb ist

---

<sup>88</sup> BVerwG, Urteil vom 6.11.2013 – 9 A 14/12, juris Rn. 45.

<sup>89</sup> BVerwG, Urteil vom 6.11.2013 – 9 A 14/12, juris Rn. 45 f.

<sup>90</sup> BVerwG, Urteil vom 6.11.2013 – 9 A 14/12, juris Rn. 54.



es unabweisbar, die gerichtliche Kontrolle insoweit zurückzunehmen und der Behörde eine fachliche Einschätzungsprärogative zuzuerkennen.“<sup>91</sup>

Generell verwendet das Bundesverwaltungsgericht in seinen Entscheidungen immer wieder die Formulierung, dass der Planfeststellungsbehörde bei der Bestandserfassung und der Bestandsbewertung, „soweit sich in der ökologischen Fachwissenschaft keine allgemeinen Standards herausgebildet haben, eine Einschätzungsprärogative“ zukomme, wobei allerdings die Bestandsaufnahme „auch insofern plausibel und stimmig sein“ müsse.<sup>92</sup> Ob und in welcher Genauigkeit sich solche Standards herausgebildet haben und wie weit die gerichtliche Kontrolle im Rahmen der Plausibilitäts- und Stimmigkeitsprüfung reicht, ist für den konkreten Einzelfall aber damit noch nicht beantwortet. Allein die Tatsache, dass die Gerichte von einem Beurteilungsspielraum sprechen oder darauf verweisen, dass es sich um eine naturschutzfachliche Frage handele, ist jedenfalls noch kein hinreichender Befund dafür, dass keine dezidierte Prüfung erfolgt.<sup>93</sup>

Bei der Feststellung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung von Erhaltungszielen bzw. Erhaltungszuständen die von einem Projekt ausgehen, soll nach Einschätzungen in der Literatur von der Rechtsprechung grundsätzlich kein Beurteilungsspielraum zugestanden werden.<sup>94</sup> Allerdings hat das Bundesverwaltungsgericht noch in seiner Gandersse-Entscheidung am 6.4.2017 festgestellt: „Die bei der Erfassung und Bewertung projektbedingter Beeinträchtigungen zugrunde zu legende Untersuchungsmethode ist normativ nicht geregelt. Die Zulassungsbehörde ist also nicht auf ein bestimmtes Verfahren festgelegt. Sie muss aber, um zu einer zuverlässigen Beurteilung zu gelangen, auch insoweit den für die Verträglichkeitsprüfung maßgeblichen Standard der ‚besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse‘ einhalten (...).“<sup>95</sup> Weiter heißt es dann aber: „Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgericht besteht bei der Entwicklung einer fallbezogenen Methode für die Behörden ein erweiterter Spielraum. Anzuwenden ist eine Methode, die transparent, funktionsgerecht und schlüssig ausgestaltet ist. Unverzichtbar ist dabei, dass die angewandten Kriterien definiert werden und ihr sachlich untersetzter Sinngehalt nachvollziehbar dargelegt wird.“<sup>96</sup> Letzten Endes konnte die „naturschutzfachliche Meinung“ des Klägers die Ergebnisse der in der Planfeststellung zugrunde gelegten Studie nicht erschüttern. Eine durch das Gericht feststellbare „Überlegenheit“ der Einschätzungen des Klägers gelte

---

<sup>91</sup> BVerwG, Urteil vom 12.3.2008 – 9 A 3.06, juris Rn. 74.; kritisch hierzu KAHL/BURS, DVBl 2016b: 1222 (1227), da der Verweis auf den unsicheren Stand der Wissenschaft als Argument wenig überzeugend sei, da bereits standardisierte Ergebnisse vorlägen (siehe § 30 BNatSchG).

<sup>92</sup> BVerwG, Urteil vom 6.4.2017 – 4 A 16/16, NVwZ-RR 2017: 768 (770).

<sup>93</sup> SCHUSTER 2020, S. 148, spricht zurecht von einer „floskelhaften Feststellung“, die nach der Analyse der Rechtsprechung eine eingehende Prüfung nicht ausschließt.

<sup>94</sup> SCHUSTER 2020, S. 159; KÖCK, ZUR 2022: 259 (267); KAHL/BURS, DVBl 2016a: 1157 (1165).

<sup>95</sup> BVerwG, Urteil vom 6.4.2017 – 4 A 16/16, NVwZ-RR 2017: 768 (771).

<sup>96</sup> BVerwG, Urteil vom 6.4.2017 – 4 A 16/16, NVwZ-RR 2017: 768 (773).

erst dann, „wenn sich eine Auffassung als allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft durchgesetzt hat und die gegenteilige Meinung als nicht mehr vertretbar angesehen wird.“<sup>97</sup>.

2018 hat dann aber das Bundesverwaltungsgericht im Beschluss zur Ortsumgehung Celle ausdrücklich entschieden: „Ein naturschutzfachlicher Beurteilungsspielraum, wie er in der Rechtsprechung etwa für die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände anerkannt ist, besteht bei der Prüfung der Beeinträchtigung nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL und § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG nicht. Das schließt allerdings nicht aus, dass die gerichtliche Kontrolle, auch soweit es um eine FFH-Verträglichkeitsprüfung geht, in einzelnen Zusammenhängen an funktionale Grenzen stößt.“<sup>98</sup> Von der Figur des Beurteilungsspielraums ist das Gericht schließlich in seinem Urteil zur Fahrrinnenanpassung von Unter- und Außenelbe 2020 in Reaktion auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.2018 ganz abgerückt.<sup>99</sup>

Ungeachtet des Verzichts auf die Rechtsfigur „Beurteilungsspielraum“ spricht das BVerwG in seinem Urteil vom 3.11.2020 (Fehmarnbeltquerung) allerdings weiter von einer „beschränkten gerichtlichen Kontrolle“. Die Klägerinnen hatten gerügt, dass der Verträglichkeitsprüfung nicht die Fachkonvention von Lambrecht/Trautner, sondern eigene Schwellenwerte der Vorhabenträger zugrunde gelegt wurden. Das Bundesverwaltungsgericht führt dazu aus: „Im Rahmen der auf eine Plausibilitätsprüfung beschränkten gerichtlichen Kontrolle begegnet die vorliegend gewählte Methode keinen rechtlichen Bedenken. Die in der Konvention von Lambrecht/Trautner vorgeschlagenen Orientierungswerte wurden unter breiter Beteiligung der Fachöffentlichkeit erarbeitet. Die Konvention ist daher, wenngleich sie keine normative Geltung beanspruchen kann, im Regelfall anzuwenden (...). Ein Abweichen hiervon ist aber vorliegend dadurch gerechtfertigt, dass die Konvention speziell Beeinträchtigungen durch direkten Flächenentzug zum Gegenstand hat (Lambrecht/Trautner, Fachkonvention S. 10), wohingegen hier vorübergehende Beeinträchtigungen durch das Aufwirbeln von Sedimenten inmitten stehen. Zwar können ihre Vorschläge auch bei anderen Wirkfaktoren, die mit flächenhaften Auswirkungen auf Lebensraumtypen oder Arten verbunden sind, angewendet werden. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die jeweilige Intensität des Wirkfaktors skaliert, d.h. in (anteilige) Flächenverluste umgerechnet werden kann (Lambrecht/Trautner, Fachkonvention S. 83).“<sup>100</sup> Weiter heißt es: „Unter Zugrundelegung dieser fachwissenschaftlich anerkannten Maßstäbe ist der Planfeststellungsbeschluss zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Prüfung der charakteristischen Arten nicht zu beanstanden ist (PFB S. 636 f.). (...) Der Planfeststellungsbeschluss legt sei-

---

<sup>97</sup> BVerwG, Urteil vom 6.4.2017 – 4 A 16/16, NVwZ-RR 2017: 768 (773).

<sup>98</sup> BVerwG, Beschluss vom 20.3.2018 – 9 B 43.16, NuR 2019: 109 (111).

<sup>99</sup> BVerwG, Urteil vom 4.6.2020 – 7 A 1.18, NuR 2020: 709 (715), hier allerdings im Kontext „Kohärenzsicherungsmaßnahmen“, dazu sogleich.

<sup>100</sup> BVerwG, Urteil vom 3.11.2020 – 9 A 12/19, juris Rn. 373.

ner Prüfung insoweit in den einschlägigen Fachkreisen und der einschlägigen Wissenschaft allgemein anerkannte Maßstäbe und Methoden zugrunde, die in den vorstehend zitierten Leitfäden ihren Niederschlag gefunden haben und daher auch für die rechtliche Bewertung von besonderer Bedeutung sind (...).“<sup>101</sup>

Bemerkenswert ist allerdings, dass das Bundesverwaltungsgericht in der eben angesprochenen Entscheidung an anderer Stelle, nämlich im Abschnitt „Bewertung der Auswirkungen des Vorhabens auf die Umwelt“ (hier: Sedimentfreisetzung) ausführt: „Für die Ermittlung der vorhabenbedingt freigesetzten Sedimentmenge und ihrer Verteilung gibt es keine normativen Vorgaben, Fachkonventionen oder anderweitigen vorgegebenen Standards. Ist damit die naturschutzrechtliche Prüfung auf außerrechtliche, insbesondere ökologische Bewertungen einschließlich technischer und naturwissenschaftlicher Prognosen angewiesen, für die weder normkonkretisierende Maßstäbe noch in den einschlägigen Fachkreisen und der einschlägigen Wissenschaft allgemein anerkannte Maßstäbe und Methoden bestehen, so unterliegen diese keiner Richtigkeitsgewähr, sondern ist die gerichtliche Kontrolle darauf beschränkt, ob die Einschätzungen der Planfeststellungsbehörde im konkreten Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar sind, sie insbesondere nicht auf einem unzulänglichen oder gar ungeeigneten Bewertungsverfahren beruhen, und ob die Behörde zu einer plausiblen Einschätzung gelangt ist. Der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle obliegt darüber hinaus die Prüfung, ob der Behörde bei der Ermittlung und Anwendung der von ihr gewählten - vertretbaren - Methode Verfahrensfehler unterlaufen, sie von einem unrichtigen oder nicht hinreichend tiefgehend aufgeklärten Sachverhalt ausgeht, allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe verletzt oder sich von sachfremden Erwägungen leiten lässt (...).“<sup>102</sup> Diese Formulierungen entsprechen weitgehend im Wortlaut der bisherigen Rechtsprechung zum naturschutzrechtlichen Beurteilungsspielraum, wobei offen bleibt, auf welche Regelungen sich der besagte Abschnitt bezieht.

Der Begriff des Beurteilungsspielraums ist nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.2018 im Kontext naturschutzrechtlicher Prüfinstrumente in der Regel überholt. Im europäischen Gebietschutzrecht gilt dies für die eigentliche Beeinträchtigungsprüfung in besonderer Weise. Es bleibt aber bei der grundsätzlichen Position der Rechtsprechung, dass der gerichtlichen Kontrolle bei der Prüfung der Verträglichkeit eines Vorhabens Grenzen gesetzt sind, wobei im Rahmen dieser Kontrolle durchaus eine Auseinandersetzung mit dem jeweiligen Stand der fachlichen Konkretisierung und Standardisierung stattfindet. Jedenfalls bei der Prüfung der Beeinträchtigungen des Vorhabens im Rahmen der FFH-VP wird diese Auseinandersetzung in der jüngeren Entscheidung zur Fehmarnbeltquerung auch ernsthaft geführt.

---

<sup>101</sup> BVerwG, Urteil vom 3.11.2020 – 9 A 12/19, juris Rn. 398.

<sup>102</sup> BVerwG, Urteil vom 3.11.2020 – 9 A 1/.19, juris Rn. 259.

### 5.3 Abweichungsprüfung

Die nach § 34 Abs. 2 BNatSchG angeordnete Rechtsfolge der Unzulässigkeit eines Projekts bei einer möglichen Beeinträchtigung der Erhaltungsziele des betroffenen Natura 2000-Gebiets wird durch § 34 Abs. 3-5 BNatSchG insofern relativiert, als unter bestimmten Voraussetzungen eine Abweichung hiervon möglich ist. Die Zulassung im Rahmen der Abweichung setzt voraus, dass das Projekt aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses notwendig ist und dass keine zumutbaren Alternativen gegeben sind (§ 34 Abs. 3 Nr. 1, 2 BNatSchG). Weiter sind in diesem Fall gemäß § 34 Abs. 5 BNatSchG die notwendigen Maßnahmen zur Sicherung des Zusammenhangs des Netzes Natura 2000 vorzusehen (Kohärenzsicherungsmaßnahmen). Die Überprüfung der zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses und die Alternativenprüfung unterliegen der „uneingeschränkten“ gerichtlichen Kontrolle.<sup>103</sup>

Bezüglich der Kohärenzsicherungsmaßnahmen sollte der Zulassungsbehörde dagegen nach der hergebrachten Rechtsprechung eine naturschutzrechtliche Einschätzungsprärogative zustehen.<sup>104</sup> Begründet wurde dies unter anderem mit dem Prognosecharakter der Eignungsbeurteilung der Kohärenzsicherungsmaßnahmen.<sup>105</sup> Wie bereits oben ausgeführt verzichtet das Bundesverwaltungsgericht allerdings nun in dem hier interessierenden Zusammenhang auf diesen Begriff.<sup>106</sup> In der angesprochenen Entscheidung zur Fahrrinnenanpassung von Unter- und Außenelbe vom 4.6.2020 sieht das Bundesverwaltungsgericht die Kontrolle der Standorte, an denen Lebensraum für den Schierlings-Wasserfenchel als Kohärenzmaßnahme geschaffen werden kann, als Überprüfung einer Abwägungsentscheidung. Es handele sich nicht um „die Frage der Grenzen der tatbestandsbezogenen Erkenntnis- und Sachaufklärungsmöglichkeiten des Gerichts angesichts eines strukturellen Erkenntnisdefizits“, sondern um eine „Rechtsfrage, deren Kontrolle immer den Gerichten obliegt.“<sup>107</sup>

Die hergebrachte Rechtsprechung, die bei der Kohärenzsicherung einen nur eingeschränkt gerichtlich kontrollierbaren Beurteilungsspielraum der Zulassungsbehörde annahm, während dieser Spielraum bei der eigentlichen Beeinträchtigungsprüfung gar nicht oder nur bedingt eingeräumt wurde (allerdings, wie oben aufgezeigt, mit dann doch unterschiedlicher Reichweite der Kontrolldichte), hat Fragen aufgeworfen. In beiden Fällen handelt es sich um Prognosen, einmal wird die Beeinträchtigung prognostiziert, ein andermal die Eignung der Kohärenzsicherungsmaßnahme. Wenn bei der Beeinträchtigungsprüfung Zweifel zulasten des Projekts gehen sollen, warum dann nicht

---

<sup>103</sup> SCHUSTER 2020, S. 161.

<sup>104</sup> FRENZ 2021, § 34 Rn. 158; J. SCHUMACHER/A. SCHUMACHER 2021, § 34 Rn. 154.

<sup>105</sup> BVerwG, Urteil vom 6.11.2013 – 9 A 14/12, juris Rn. 94.

<sup>106</sup> BVerwG, Urteil vom 4.6.2020 – 7 A 1/18, NuR 2020: 709 (715).

<sup>107</sup> BVerwG, Urteil vom 4.6.2020 – 7 A 1/18, NuR 2020: 709 (715).

auch bei der Prüfung der Eignung von Maßnahmen, die trotz der grundsätzlichen Untersagung des Vorhabens nach § 34 Abs. 2 BNatSchG die Gesamtkohärenz sicherstellen sollen? Es bleibt abzuwarten, wie sich die höchstrichterliche Rechtsprechung im Kontext der gerichtlichen Kontrolldichte entwickeln wird, zumal in der zitierten Fahrinnen-Entscheidung nur ein bestimmter Teilaspekt (Standortalternativen der Maßnahmen) bezüglich der Kohärenzsicherung zu betrachten war.

## 6 Besonderer Artenschutz

### 6.1 Artenschutzrecht und die Zulassung von Infrastrukturvorhaben

§ 44 Abs. 1 BNatSchG enthält in den Nummern 1 bis 3 verschiedene Zugriffsverbote für Tiere der besonders oder der streng geschützten Arten und in Nummer 4 solche für besonders geschützte Pflanzen. Gemäß § 44 Abs. 5 BNatSchG gelten diese Zugriffsverbote für nach § 15 Abs. 1 BNatSchG unvermeidbare Beeinträchtigungen durch Eingriffe in Natur und Landschaft, die nach § 17 Abs. 1 oder Abs. 3 BNatSchG zugelassen werden, nur nach bestimmten Maßgaben, soweit Anhang IV-Arten der FFH-Richtlinie oder europäische Vogelarten betroffen sind. Für andere besonders geschützte Arten gelten die Zugriffsverbote nicht (§ 44 Abs. 5 S. 5 BNatSchG). In diesem Fall geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Konfliktbewältigung über die Eingriffsregelung abgearbeitet wird. § 45 Abs. 7 BNatSchG enthält schließlich eine Ausnahmeregelung. Eine Ausnahme kann insbesondere zugelassen werden aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art, soweit zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert. Dieser Dreiklang der Ausnahmeregelung weist Gemeinsamkeiten mit der Abweichungsprüfung als Teil der FFH-Verträglichkeitsprüfung (siehe Abschnitt 5.3) auf.

Wie diese Regelungen insbesondere beim Ausbau der Verkehrs- und Energieinfrastrukturanlagen (hier stehen die Windenergieanlagen besonders im Fokus) angewendet werden sollen, in welchem Verhältnis dabei naturschutzfachliche und naturschutzrechtliche Fragestellungen stehen<sup>108</sup> und wie weit die gerichtliche Kontrolle der entsprechenden Zulassungsentscheidungen reichen soll, ist Gegenstand eines breiten Diskurses im Schrifttum und hat auch die Rechtsprechung intensiv beschäftigt. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Rotmilan-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.2018 wird dabei verbreitet eine Standardisierung des Artenschutzes, insbesondere im Zusammenhang mit der Genehmigung von Windenergieanlagen an Land, gefordert.<sup>109</sup> Aus Sorge um den Bestand der Genehmigung von Windenergieanlagen

---

<sup>108</sup> Siehe dazu BERKEMANN, ZUR 2021: 280 (290).

<sup>109</sup> Für viele Umweltrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins, NuR 2022: 241 (241).

wird etwa die präzise Einhaltung der „im maßgeblichen Leitfaden bzw. der Fachkonvention vorgesehenen oder mit der Behörde besprochenen Erfassungszeiten“ empfohlen.<sup>110</sup> So sei eine der größten Fehlerquellen bei der Prüfung des § 44 BNatSchG etwa der Kartierbericht: „Die meisten Leitfäden enthalten Vorgaben, welche Angaben zu Ort, Zeit, Umfang, Sichtverhältnissen und anderen Umständen der Erfassung der Kartierbericht enthalten muss. (...) Die Gerichte, die nicht mit Zoologen besetzt sind, achten demgegenüber teilweise präzise auf die Einhaltung aller Vorgaben. Zahlreiche Genehmigungen sind aufgehoben worden, weil nicht nachgewiesen wurde, dass in den frühen Morgenstunden kartiert wurde, die in den Leitfäden geforderten Beobachtungstage unterschritten oder nicht nachvollziehbar dargelegt wurde, weshalb das Tötungsrisiko für eine Art nicht signifikant erhöht sein soll, obwohl sie im Bereich der geplanten Anlage beobachtet wurde.“<sup>111</sup>

Gleichzeitig wurden verschiedene fachmethodische Ansätze entwickelt, um die Zugriffsverbote des Artenschutzes im Kontext von Infrastrukturzulassungen zu operationalisieren. Dies gilt insbesondere für den Umgang mit der Figur der Signifikanz, die zunächst von der Rechtsprechung entwickelt und dann vom Gesetzgeber in § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG verankert wurde. Dabei liegt ein Verstoß gegen das Tötungs- und Verletzungsverbot nach § 44 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BNatSchG nur vor, wenn das Vorhaben das Tötungs- und Verletzungsrisiko für Exemplare der betroffenen Arten signifikant erhöht. Von besonderer Bedeutung ist dabei der von BERNOTAT und DIERSCHKE entwickelt Mortalitäts-Gefährdungsindex (MGI).<sup>112</sup> Die naturschutzfachliche Bestimmung der Signifikanzschwelle müsse nämlich verschiedene artbezogene, vorhabenbezogene und raumbezogene Aspekte berücksichtigen. Dies betrifft „insbesondere die häufigen, weit verbreiteten europäischen Vogelarten, da diese als besonders geschützte Arten (§ 7 Abs. 2 Nr. 13 BNatSchG) – der Rechtsgenese geschuldet – formalrechtlich alle gleichermaßen geschützt sind.“<sup>113</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat den MGI-Ansatz ausdrücklich anerkannt.<sup>114</sup> Im Schrifttum wird ebenfalls die besondere Relevanz dieses Ansatzes betont. Es komme darauf an, ob eine signifikante Risikoerhöhung vor dem Hintergrund des allgemeinen Lebensrisikos im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgericht beurteilt werden könne und dies könne am ehesten der Mortalitäts-Gefährdungsindex leisten, weil hier artspezifische Parameter, wie z. B. natürliche Mortalitäts- und Reproduktionsraten, Lebenserwartung, Bestandsgefährdung in die Betrachtung eingingen.<sup>115</sup>

---

<sup>110</sup> SCHOBER/CALABRO, NVwZ 2022: 115 (119).

<sup>111</sup> SCHOBER/CALABRO, NVwZ 2022: 115 (121).

<sup>112</sup> BERNOTAT/DIERSCHKE 2021, 4. Fassung.

<sup>113</sup> BERNOTAT 2018: 594 (595).

<sup>114</sup> HUGGINS, NuR 2021: 73 (80).

<sup>115</sup> WULFERT/LAU/KÖSTERMEYER, NuR 2022: 441 (444).

## 6.2 Rechtsprechungsanalyse

Das Bundesverwaltungsgericht hat seit seiner grundlegenden Entscheidung vom 9.7.2008<sup>116</sup> („Nordumfahrung Bad Oeynhausen“) auch im Artenschutz mit der Figur der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative argumentiert. In seinem Urteil vom 27.6.2013 hat das Gericht entschieden, dass „die in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entwickelten Grundsätze zur naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative der Planfeststellungsbehörde im Planfeststellungsverfahren (...) auch in Genehmigungsverfahren gelten.“ Dabei beziehe sich die behördliche Einschätzungsprärogative sowohl auf die Erfassung des Bestands der geschützten Arten als auch auf die Bewertung der Gefahren, denen die Exemplare der geschützten Arten bei Realisierung des zur Genehmigung stehenden Vorhabens ausgesetzt sein würden.<sup>117</sup> Grund für die Zuerkennung einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative sei „der Umstand, dass es im Bereich des Naturschutzes regelmäßig um ökologische Bewertungen und Einschätzungen geht, für die normkonkretisierende Maßstäbe fehlen. Die Rechtsanwendung ist daher auf die Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft und Praxis angewiesen, die sich aber nicht als eindeutiger Erkenntnisgeber erweist. Bei zahlreichen Fragestellungen steht - jeweils vertretbar - naturschutzfachliche Einschätzung gegen naturschutzfachliche Einschätzung, ohne dass sich eine gesicherte Erkenntnislage und anerkannte Standards herauskristallisiert hätten. Sind verschiedene Methoden wissenschaftlich vertretbar, bleibt die Wahl der Methode der Behörde überlassen. Eine naturschutzfachliche Meinung ist einer anderen Einschätzung nicht bereits deshalb überlegen oder ihr vorzugswürdig, weil sie umfangreichere oder aufwändigere Ermittlungen oder ‚strengere‘ Anforderungen für richtig hält. Das ist erst dann der Fall, wenn sich diese Auffassung als allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft durchgesetzt hat und die gegenteilige Meinung als nicht (mehr) vertretbar angesehen wird (Urteil vom 9. Juli 2008 a.a.O. Rn. 66).“<sup>118</sup> Die Überprüfung behördlicher Einschätzungsprärogativen sei „wirksamer gerichtlicher Rechtsschutz, nämlich bezogen auf die Einhaltung der rechtlichen Grenzen des behördlichen Einschätzungsspielraums, und genügt damit den verfassungsrechtlichen Erfordernissen (Urteil vom 9. Juli 2008 a.a.O. Rn. 67). Die Einräumung einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative führt zwar zu einer Rücknahme gerichtlicher Kontrollen. Das Gericht bleibt aber verpflichtet zu prüfen, ob im Gesamtergebnis die artenschutzrechtlichen Untersuchungen sowohl in ihrem methodischen Vorgehen als auch in ihrer Ermittlungstiefe ausreichen, um die Behörde in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände sachgerecht zu überprüfen.“<sup>119</sup>

---

<sup>116</sup> BVerwG, Urteil vom 9.7.2008 – 9 A 14/07, juris Rn. 65.

<sup>117</sup> BVerwG, Urteil vom 27.6.2013 – 4 C 1/12, juris Rn. 14.

<sup>118</sup> BVerwG, Urteil vom 27.6.2013 – 4 C 1/12, juris Rn. 15.

<sup>119</sup> BVerwG, Urteil vom 27.6.2013 – 4 C 1/12, juris Rn. 16.

Das Gericht präzisiert diese Aussagen in einer Entscheidung vom 21.11.2013. Die Behörde müsse „im Genehmigungsverfahren stets den aktuellen Stand der ökologischen Wissenschaft - gegebenenfalls durch Einholung fachgutachtlicher Stellungnahmen - ermitteln und berücksichtigen. Ob sie diesem Erfordernis genügt, unterliegt in einem sich anschließenden gerichtlichen Verfahren der Überprüfung. Die behördliche Einschätzungsprerogative bezieht sich mithin nicht generell auf das Artenschutzrecht als solches, sondern greift nur dort Platz, wo trotz fortschreitender wissenschaftlicher Erkenntnisse weiterhin ein gegensätzlicher Meinungsstand fortbesteht und es an eindeutigen ökologischen Erkenntnissen fehlt.“<sup>120</sup>

In einer jüngeren Entscheidung zum Ausbau der Fahrrinne der Elbe vom 4.6.2020 betont das Gericht zwar, dass die gebotenen artenschutzrechtlichen Untersuchungen eine ausreichende Ermittlung und Bestandsaufnahme der im Vorhabenbereich vorhandenen Pflanzen- und Tierarten sowie von deren Lebensräumen voraussetzen. Dabei sei aber kein lückenloses Arteninventar zu erstellen. Die Untersuchung hänge vielmehr von den naturräumlichen Gegebenheiten im Einzelfall ab: „Die hierbei anzuwendenden Methoden sind normativ nicht vorgegeben, sondern ergeben sich aus außerrechtlichen Maßstäben. Regelmäßig liegt der Ermittlung artenschutzrechtlicher Betroffenheiten neben einer Auswertung bereits vorhandener Erkenntnisse und Fachliteratur eine - unter Zuhilfenahme einschlägiger, im Interesse einer Standardisierung erarbeiteter Leitfäden und Arbeitshilfen vorgenommene - Bestandserfassung an Ort und Stelle zugrunde (stRspr, ...). Bei dieser muss sich der Gutachter an den - soweit vorhanden - allgemein anerkannten fachwissenschaftlichen Standards orientieren; fehlen diese, ist die gerichtliche Überprüfung insoweit auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle beschränkt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23. Oktober 2018 - 1 BvR 2523/13 - BVerfGE 149, 407 Rn. 26 ff.).“<sup>121</sup>

Aufschlussreich im Zusammenhang mit den hier zu untersuchenden Fragestellungen ist auch der Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.7.2020 („Rheinbrücke“). Bei der Unterscheidung zwischen generell planungsrelevanten und sonstigen Arten - so die Terminologie in Nordrhein-Westfalen - handele es sich um eine naturschutzfachliche Bewertungsfrage.<sup>122</sup> Dies gelte auch für Frage der Zulässigkeit einer solchen Differenzierung, sie müsse in Abhängigkeit von der jeweiligen Planungssituation und den örtlichen Verhältnissen (Naturausstattung) beantwortet werden, es handele sich nicht um eine allgemein zu beantwortende Rechtsfrage: „Denn es geht nicht um die Auslegung der Verbotstatbestände, die ausschließlich vom Gericht vorzunehmen ist, sondern um die naturschutzfachliche Frage, mit welcher Methodik und Prüfungstiefe die vom Gericht ausgelegten unbestimmten Rechtsbegriffe - etwa der signifikanten Erhöhung der Tötungsgefahr - bei bestimmten Vogelarten anzuwenden sind. Dies zeigt sich auch

---

<sup>120</sup> BVerwG, Urteil vom 21.11.2013 - 7 C 40/11, juris Rn. 19.

<sup>121</sup> BVerwG, Urteil vom 4.6.2020 - 7 A 1/18, NuR 2020: 709 (716).

<sup>122</sup> BVerwG, Beschluss vom 15.7.2020 - 9 B 5/20, juris Rn.16.



daran, dass die in Rede stehende Unterscheidung nach "Allerweltsvogelarten", die gruppenbezogen geprüft werden, und solchen, die einer Art-für-Art-Prüfung zu unterziehen sind, auf naturschutzfachliche Kriterien wie die Seltenheit und die Anpassungsfähigkeit einer Art abstellt.<sup>123</sup> Das Gericht fährt fort: „Soweit ersichtlich entspricht die Unterscheidung der durchgängigen naturschutzfachlichen Praxis (vgl. hierzu etwa die nordrhein-westfälische Verwaltungsvorschrift zur Anwendung der nationalen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinien 92/43/EWG und 2009/147/EG - VV-Artenschutz -, Stand Juni 2016, Anlage 1 Nr. 2: Planungsrelevante Arten; Albrecht u.a., Leistungsbeschreibungen für faunistische Untersuchungen, März 2015, Heft 1115, S. 25 ff. sowie Runge u.a., Rahmenbedingungen für die Wirksamkeit von Maßnahmen des Artenschutzes bei Infrastrukturvorhaben, Endbericht, Juni 2010, S. 25 ff.). Mit vergleichbaren Kriterien argumentiert auch der im Hinblick auf das Zugriffsverbot aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG gerade für Vögel entwickelte Mortalitäts-Gefährdungs-Index (vgl. hierzu Bernotat/Dierschke, Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen, 3. Fassung, Stand September 2016, S. 7). Es entspricht dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, dass solche Konzepte praxisbezogen weiterentwickelt werden (BT-Drs. 18/11939 S. 17).“<sup>124</sup> Auch der Umfang der gerichtlichen Kontrolle solcher naturschutzfachlichen Bewertungsfragen sei bereits grundsätzlich geklärt: Für die Erfassung und Bewertung vorhabenbedingter Einwirkungen fehle es bisher an gesetzlichen Vorgaben oder einer untergesetzlichen Maßstabsbildung durch verbindliche Festlegungen etwa mittels Durchführungsverordnungen oder Verwaltungsvorschriften (das Gericht verweist hier auf den Beschluss des BVerfG vom 23.10.2018) Die Planfeststellungsbehörde müsse daher auf außerrechtliche naturschutzfachliche Maßgaben zurückgreifen, zu denen vor allem Fachkonventionen und Leitfäden gehörten. Es sei Aufgabe der Gerichte zu überprüfen, ob diese den „aktuell besten wissenschaftlichen Erkenntnisstand“ widerspiegeln. Fehlen derartige vereinheitlichende Vorgaben, müsse das Gericht auf die konkrete Kritik der Kläger hin überprüfen, ob die vorliegenden Untersuchungen sowohl in ihrem methodischen Vorgehen als auch in ihrer Ermittlungstiefe ausreichen, um die Behörde in die Lage zu versetzen, die Voraussetzungen der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände sachgerecht zu prüfen.<sup>125</sup> Das Gericht müsse also immer zunächst feststellen, ob es eine anerkannte Fachmeinung zu Methode oder Inhalt der aufgeworfenen Frage gibt; dies sei eine Tatsachenfeststellung, die notfalls mit sachverständiger Hilfe erfolgen könne. Gibt es einen solchen "Standard", dann prüfe das Gericht dessen Befolgung bzw. die Gründe für eine Abweichung. Gibt es ihn nicht, sondern stattdessen ein wissenschaftliches "Erkenntnisvakuum", gelte der Plausibilitätsmaßstab.<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> BVerwG, Beschluss vom 15.7.2020 – 9 B 5/20, juris Rn.16.

<sup>124</sup> BVerwG, Beschluss vom 15.7.2020 – 9 B 5/20, juris Rn.17.

<sup>125</sup> BVerwG, Beschluss vom 15.7.2020 – 9 B 5/20, juris Rn.18.

<sup>126</sup> BVerwG, Urteil vom 15.7.2020 – 9 B 5/20, juris Rn. 20.

Für die Untersuchung sind neben der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch die Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte bzw. der Verwaltungsgerichtshöfe relevant. Denn hier wird oftmals erst im Detail deutlich, wie weit die gerichtliche Kontrolldichte tatsächlich reicht und welche Bedeutung die Gerichte den verschiedenen Leitfäden und anderen Fachhinweisen zubilligen.

So hat der Verwaltungsgerichtshof Bayern in einer Entscheidung vom 29.3.2016 zunächst auf den naturschutzfachlichen Beurteilungsspielraum Bezug genommen, der sich sowohl auf die Erfassung des Bestands als auch auf die Bewertung der Gefahren für die Exemplare beziehe, es sei denn, ein allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft habe sich durchgesetzt. Das Gericht folgt insoweit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.<sup>127</sup> In diesem Kontext habe der Windkrafterlass Bayern des Bayerischen Umweltministeriums zwar nicht den Rang bindender rechtlicher Bestimmungen, die darin enthaltenen Anforderungen seien aber als ein „antizipiertes Sachverständigengutachten von hoher Qualität“ anzusehen, in dem die aus fachlicher Sicht im Regelfall zu beachtenden Erfordernisse dargestellt werden; von diesen Vorgaben dürfe nicht ohne fachlichen Grund und ohne gleichwertigen Ersatz abgewichen werden.<sup>128</sup> Bei der Prüfung, wie die naturschutzfachliche Einschätzungsprerogative konkret ausgeübt wurde, kommt das Gericht zu Einschätzungen wie „sachgerecht“, „nachvollziehbar“ und „plausibel“.<sup>129</sup>

Das Oberverwaltungsgericht Sachsen-Anhalt stellt in seiner Entscheidung vom 20.4.2016 zunächst auch darauf ab, dass der Behörde eine naturschutzfachliche Einschätzungsprerogative zukomme, soweit ein gegensätzlicher Meinungsstand fortbesteht; die gerichtliche Prüfung sei grundsätzlich auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt.<sup>130</sup> Im konkreten Fall hält der Senat die naturschutzfachliche Einschätzung (hier bezüglich des Fledermauszugs im Herbst) für „zumindest vertretbar“. Sie werde gestützt durch die vom Beklagten ins Feld geführten Untersuchungen in Gestalt eines Gondel-Monitorings in einem ca. 15 km westlich gelegenen Windpark.<sup>131</sup>

Der Verwaltungsgerichtshof Bayern wiederholt in seiner Entscheidung vom 27.5.2016 die Einschätzung, der Windkrafterlass Bayern des Bayerischen Umweltministeriums sei als ein „antizipiertes Sachverständigengutachten von hoher Qualität“ anzusehen, in dem die aus fachlicher Sicht im Regelfall zu beachtenden Erfordernisse dargestellt werden.<sup>132</sup> Es sei aber davon auszugehen, dass sich mittlerweile ein von der derzeit geltenden Festlegung im Windkrafterlass abweichender allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft durch die Festlegung eines Mindestabstands von 1.500 m für

---

<sup>127</sup> VGH Bayern, Urteil vom 29.3.2016 – 22 B 14/1875, Nur 2016: 564 (564).

<sup>128</sup> VGH Bayern, Urteil vom 29.3.2016 – 22 B 14/1875, Nur 2016: 564 (565).

<sup>129</sup> VGH Bayern, Urteil vom 29.3.2016 – 22 B 14/1875, Nur 2016: 564 (567 ff.).

<sup>130</sup> OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 20.4.2016 – 2 L 64/14, NuR 2016: 497 (500).

<sup>131</sup> OVG Magdeburg, Urteil vom 20.4.2016 – 2 L 64/14, NuR 2016: 497 (500).

<sup>132</sup> VGH Bayern, Urteil vom 27.5.2016 – 22 BV 15/1959, Nur 2017: 643 (644).

den Rotmilan durch die „Abstandsempfehlungen für WEA zu bedeutsamen Vogellebensräumen sowie Brutplätzen ausgewählter Vogelarten (Stand April 2015) der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten (LAG VSW)“ durchgesetzt habe.<sup>133</sup> Darüber hinaus fehle es in dem zu entscheidenden Fall an einem schlüssigen, prüffähigen Vermeidungskonzept.<sup>134</sup>

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hat in einer Entscheidung vom 6.7.2016 bezüglich der LUBW-Hinweise zur Bewertung und Vermeidung von Beeinträchtigungen von Vogelarten bei der Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen vom 1.7.2015 ausgeführt, dass diese zwar keine rechtssatzmäßige Verbindlichkeit für sich beanspruchten. „Aufgrund der besonderen Sachkunde der Verfasserin bieten sie jedoch im Rahmen der gebotenen Einzelfallprüfung eine wichtige Orientierungshilfe.“<sup>135</sup> In der Entscheidung wird dann dezidiert geprüft, inwieweit das Planungsbüro Abweichungen von den LUBW-Hinweisen plausibel begründet, was teilweise bejaht und teilweise verneint wird.<sup>136</sup>

Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen stellt in seiner Entscheidung vom 9.6.2017 zunächst auch darauf ab, dass § 44 Abs. 1 BNatSchG im Wege der Auslegung eine Einschätzungsprärogative der Zulassungsbehörden zu entnehmen sei.<sup>137</sup> Im konkreten Fall befinde sich die Zulassungsbehörde insoweit in Übereinstimmung mit dem Leitfaden „Umsetzung des Arten- und Habitatschutzes bei der Planung und Genehmigung von WEA in NRW“. Das Verwaltungsgericht habe sich eingehend mit der Veröffentlichung der Länderarbeitsgemeinschaft der Vogelschutzwarten zu Abstandsempfehlungen (2015) sowie mit einschlägigen publizierten Untersuchungen auseinandergesetzt und sei zu dem Schluss gekommen, dass hinsichtlich der Gefährdung von Waldschnepfen durch Windenergieanlagen noch keine eindeutigen, allgemein anerkannten Antworten vorliegen.<sup>138</sup>

In der Entscheidung vom 4.3.2019 hat der Verwaltungsgerichtshof Bayern die Bindungswirkung des Windkrafterlasses etwas relativiert: „Es ist nicht generell und ausnahmslos ausgeschlossen, von den Vorgaben des Windenergieerlasses hinsichtlich der Ermittlung der artenschutzrechtlichen Betroffenheiten normalerweise erforderlichen Maßnahmen abzuweichen. Dies hat seinen Grund darin, dass ausschließlich im Weg der Subsumtion des Sachverhalts unter die gesetzlichen Genehmigungsvoraussetzungen (nicht aber unter die Vorgaben des WEE) zu entscheiden ist.“<sup>139</sup> So dürften „Änderun-

---

<sup>133</sup> VGH Bayern, Urteil vom 27.5.2016 – 22 BV 15/1959, Nur 2017: 643 (645).

<sup>134</sup> VGH Bayern, Urteil vom 27.5.2016 – 22 BV 15/1959, Nur 2017: 643 (646).

<sup>135</sup> VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 6.7.2016 – 3 S 942/16, NuR 2016: 712 (717).

<sup>136</sup> VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 6.7.2016 – 3 S 942/16, NuR 2016: 712 (717 ff.).

<sup>137</sup> OVG NW, Beschluss vom 9.6.2017 – 8 B 1264/16, NWVBl. 2017: 473 (478).

<sup>138</sup> OVG NW, Beschluss vom 9.6.2017 – 8 B 1264/16, NWVBl. 2017: 473 (478 f.).

<sup>139</sup> VGH Bayern, Beschluss vom 4.3.2019 – 22 CS 18/2310, NVwZ-RR 2019: 809 (810).

gen der Auffassung über a) das naturschutzfachlich gebotene Herangehen bei der Ermittlung eines Tatbestandsmerkmals und b) über die aus naturwissenschaftlicher (hier: ornithologischer) Sicht für oder gegen die Bejahung des Tatbestandsmerkmals sprechenden Gesichtspunkte“ zugunsten des Genehmigungsinhabers berücksichtigt werden.<sup>140</sup>

Bei den analysierten Entscheidungen wird deutlich, dass die Plausibilitätsprüfung im Kontext der naturschutzrechtlichen Einschätzungsprärogative durchaus auch negativ ausgehen kann. So entschied das Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen (1.4.2019): Die Ausübung der naturschutzrechtlichen Einschätzungsprärogative dahin, dass die in den Nebenbestimmungen vorgesehenen brutzeitbedingten täglichen Abschaltzeiten zwischen 9:00 Uhr und 16:00 Uhr ausreichen, um das Tötungsrisiko unter die Signifikanzschwelle zu senken, „ist nicht plausibel.“<sup>141</sup>

Das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz macht in seiner Entscheidung vom 8.5.2019 deutlich, wie mit der Situation umzugehen ist, bei der sich noch keine gesicherte Einschätzung ergeben hat (hier: Wespenbussard als windkraftsensible Art). Das Gericht verweist auf unterschiedliche Beurteilungen im „Naturschutzfachlichen Rahmen zum Ausbau der WE-Nutzung in Rheinland-Pfalz“ im Vergleich zum sogenannten „Helgoländer Papier“ und zu entsprechenden fachlichen Hinweisen in Baden-Württemberg. Indessen zeige sich an diesem Meinungsspektrum, dass sich hinsichtlich der Frage der Windkraftsensibilität der Art „Wespenbussard“ bisher kein gesicherter Stand der Wissenschaft herausgebildet habe. Daher bestehe für die Behörde weiterhin eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative.<sup>142</sup>

Nach dem Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen (Beschluss vom 6.8.2019) sind nicht alle behördlichen Einschätzungen, die nicht wissenschaftlich widerlegt sind, ohne Weiteres zu akzeptieren. Vielmehr müssten die Gerichte auch in solchen Fällen prüfen, ob sich die Einschätzung auf nachvollziehbare Überlegungen stützt.<sup>143</sup> Der von sachkundigen Fachbehörden erstellte Leitfaden sei grundsätzlich als maßgebliche Erkenntnisquelle für die Anforderungen an den Arten- und Habitatschutz bei der Genehmigung von Windenergieanlagen zugrunde zu legen. Das Gericht prüft dann dezidiert die Abweichungen von den Maßgaben des Leitfadens<sup>144</sup> sowie die Frage, ob in diesem

---

<sup>140</sup> VGH Bayern, Beschluss vom 4.3.2019 – 22 CS 18/2310, NVwZ-RR 2019: 809 (811).

<sup>141</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 1.4.2019 – 8 B 1013/18, NuR 2019: 425 (427).

<sup>142</sup> OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 8.5.2019 – 8 B 10483/19.ovg, NuR 2019: 480 (481).

<sup>143</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 6.8.2019 – 8 B 409/18, NuR 2019: 696 (697).

<sup>144</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 6.8.2019 – 8 B 409/18, NuR 2019: 696 (698).

konkreten Fall das Störungsverbot im Hinblick auf den Mornellregenpfeifer greift (was im Ergebnis bejaht wird).<sup>145</sup>

Das Oberverwaltungsgericht Niedersachsen betont in seiner Entscheidung vom 13.3.2019, dass die mit der Annahme einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative verbundene Rücknahme der Kontrolldichte voraussetze, dass von Seiten der Behörde eine den wissenschaftlichen Maßstäben und den vorhandenen Erkenntnissen entsprechende Sachverhaltsermittlung vorgenommen worden ist. In diesem Fall stelle sich die Annahme der Behörde, von der Windenergieanlage gehe ein signifikantes Tötungsrisiko für verschiedene Fledermausarten aus, als nicht mehr vertretbar dar.<sup>146</sup>

In der Entscheidung vom 28.6.2019 hebt das Oberverwaltungsgericht Niedersachsen die Bedeutung des einschlägigen Leitfadens hervor, die über diejenige eines Erkenntnismittels hinausgehe. Dem Antragsgegner sei ein Rechtsfehler unterlaufen, weil er der rechtlichen Bedeutung des niedersächsischen Leitfadens zum Artenschutz nicht genügend Rechnung getragen habe. Es „dürfte“ eine Selbstbindung der Genehmigungsbehörde an die durch den Leitfaden gelenkte (ggf. vorweggenommene) Verwaltungspraxis im Land Niedersachsen eintreten. „Von dieser Selbstbindung dürfte sich eine einzelne Genehmigungsbehörde rechtmäßig nur lösen können, wenn das sachlich gerechtfertigt ist“ (eine solche Rechtfertigung sah das Gericht nicht als gegeben an).<sup>147</sup>

Der Verwaltungsgerichtshof Hessen hat in seiner Entscheidung vom 14.1.2021 die Bedeutung einer neueren hessischen Verwaltungsvorschrift relativiert. Das Verwaltungsgericht habe zutreffend darauf abgestellt, dass es dem aktuellen Stand der Wissenschaft entspricht, einen Mindestabstand von 1.500 m zwischen Rotmilanhorst und den Windenergieanlagen zu fordern (verwiesen wird auf das „Helgoländer Papier“ 2015 und auf „Fachliche Empfehlungen“ der LAG VSW vom April 2020 sowie auf den „Methodenvorschlag des Bundes zur Prüfung und Bewertung eines signifikant erhöhten Tötungsrisikos von Vögeln an WEA des Bundesamtes für Naturschutz). Da es bisher für die Erfassung und Bewertung vorhabenbedingter Einwirkungen an gesetzlichen Vorgaben oder einer untergesetzlichen Maßstabsbildung durch verbindliche Festlegungen fehle, müssten die Genehmigungsbehörden auf außerrechtliche naturschutzfachliche Maßgaben zurückgreifen, zu denen vor allem Fachkonventionen und Leitfäden gehören. Es sei Aufgabe der Gerichte zu überprüfen, ob diese den aktuell besten wissenschaftlichen Erkenntnisstand widerspiegeln. Das „Helgoländer Papier“ sei weiter anzuwenden, dagegen stelle der Leitfaden „Berücksichtigung der Naturschutzbelange bei der Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen (WKA) in Hessen“ vom 29.11.2012 insoweit nicht die aktuell beste wissenschaftliche Erkenntnis dar.<sup>148</sup> Die von der Beigeladenen in Bezug genommene und seit dem 1.1.2021 in Kraft getretene

---

<sup>145</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 6.8.2019 – 8 B 409/18, NuR 2019: 696 (699).

<sup>146</sup> OVG Niedersachsen, Urteil vom 13.3.2019 – 12 LB 125/18, Nur 2019: 335 (339).

<sup>147</sup> OVG Niedersachsen, Beschluss vom 28.6.2019 – 12 ME 57/19, NuR 2019: 642 (644 f.).

<sup>148</sup> VGH Hessen, Beschluss vom 14.1.2021 – 9 B 2223/20, ZUR 2021: 243 (245).

Verwaltungsvorschrift „Naturschutz/Windenergie“ des Hessischen Umweltministeriums, die für den Rotmilan einen Mindestabstand vom Brutvorkommen zur WEA von nur 1.000 m empfiehlt, rechtfertigt keinen anderen Befund. Bei der Verwaltungsvorschrift 2020 handele es sich nach den eigenen Angaben in der Einleitung und Zielsetzung lediglich um eine „norminterpretierende Verwaltungsvorschrift“, die gegenüber Gerichten keine Bindungswirkung entfaltet.<sup>149</sup>

Ähnlich äußert sich das Oberverwaltungsgericht Niedersachsen (24.9.2021) zu dem in Rede stehenden niedersächsischen Windenergieerlass. Es handele sich „nicht um eine normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift“, der Leitfaden sei deshalb nicht geeignet, auch die Verwaltungsgerichte normkonkretisierend im Grundsatz zu binden und ihre Kontrollfunktion im Umfang einer solchen Bindung einzuschränken. „Er besitzt nach der Rechtsprechung des beschließenden Senats auch nicht etwa den Status einer Fachkonvention (...), die den aktuell besten wissenschaftlichen Erkenntnisstand widerspiegelt und deshalb von den Gerichten ihren Entscheidungen zugrunde gelegt werden dürfte, weil die Grenzen der gerichtlich möglichen und gebotenen Aufklärung und Kontrolle insoweit erreicht sind.“ „Die gerichtliche Prüfung der Selbstbindung an den Leitfaden könne vielmehr im Grundsatz erst (nachrangig) dort einsetzen, wo allgemein anerkannte fachliche Erkenntnisse in solchem Maße fehlen, dass sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf eine Plausibilitätskontrolle (...) beschränken darf, und diese Kontrolle dazu geführt hat, dass der artenschutzfachliche Standpunkt der Behörde gerichtlich als plausibel zu akzeptieren ist (...). Nur zwischen akzeptablen Standpunkten vermöge nämlich der Leitfaden eine Entscheidung zu treffen, die kraft einer Selbstbindung auch im Außenverhältnis Bedeutung erlangt.“<sup>150</sup>

Dagegen entschied das Oberverwaltungsgericht Mecklenburg-Vorpommern (5.10.2021), dass die „Artenschutzrechtliche Arbeits- und Beurteilungshilfe für die Errichtung und den Betrieb von WEA des LUNG“ von 2016 auf landesweiten fachlichen Erkenntnissen und Erfahrungen beruhe. Ihr komme deshalb eine besondere Bedeutung im Land Mecklenburg-Vorpommern zu. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass sich der im „Helgoländer Papier“ empfohlene Mindestabstand von 1.500 m bundesweit als allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft durchgesetzt hätte.<sup>151</sup>

Nach der Bejahung eines Verstoßes gegen das Störungsverbot im Hinblick auf den Mornellregenpfeifer im Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 6.8.2019 hat das Gericht am 2.12.2021 in einem neuen Fall die Prüfung des Verstoßes gegen das Störungsverbot verneint. Der Hinweis, diese Vögel würden leicht übersehen, reiche für sich genommen ebenso wenig aus wie die generalisierende Einschätzung der ornithologischen Fachwelt, dass die Art wegen ihres Zugverhaltens und

---

<sup>149</sup> VGH Hessen, Beschluss vom 14.1.2021 – 9 B 2223/20, ZUR 2021: 243 (246).

<sup>150</sup> OVG Niedersachsen, Beschluss vom 24.9.2021 – 12 ME 45/21, juris, Rn. 103.

<sup>151</sup> OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 5.10.2021 – 1 M 245/21, NuR 2022: 187 (188 f.).

aufgrund ihrer äußeren Merkmale wohl häufig übersehen werde: „Denn es ist eben genauso wahrscheinlich, dass sie deswegen nicht registriert wurden, weil sie nicht da waren.“<sup>152</sup>

Der Verwaltungsgerichtshof Bayern hebt in seiner Entscheidung vom 23.3.2022 noch einmal die hohe Relevanz des bayerischen Windenergieerlasses von 2016 hervor und ordnet den Erlass wieder als „ein antizipiertes Sachverständigengutachten von hoher Qualität“ ein. Von dessen Vorgaben dürfe nicht ohne fachlichen Grund und ohne gleichwertigen Ersatz abgewichen werden. Eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos sei nicht gegeben, wenn die erforderlichen Abstände überschritten werden, es seien dann auch keine weitergehenden Untersuchungen erforderlich.<sup>153</sup>

Der Verwaltungsgerichtshof Hessen hat am 31.3.2022 klargestellt, dass es sich bei den Abstandempfehlungen des „Helgoländer Papiers“, dem einschlägigen Beschluss der Umweltministerkonferenz („Signifikanzrahmen der UMK“) vom 11.12.2020 und dem entsprechenden Runderlass des hessischen Umweltministeriums und des hessischen Wirtschaftsministeriums vom 17.12.2020 jeweils um gutachterliche Stellungnahmen handelt, die unter Einbeziehung des über den nötigen Sach- und Fachverstand verfügenden Kreises aufgestellt wurden.<sup>154</sup> Der Verwaltungsgerichtshof prüft auf dieser Grundlage die Plausibilität der behördlichen Entscheidung unter anderem im Hinblick auf die Arten Schwarzstorch, Uhu, Rotmilan und Mäusebussard und kommt zu dem Ergebnis, dass die Entscheidung nicht zu beanstanden ist.<sup>155</sup>

In der Entscheidung vom 9.6.2022 hat das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen den Ansatz des Bundesverwaltungsgerichts einer „zweischrittigen“ Prüfung bei naturschutzfachlichen Bewertungsfragen aufgegriffen. Das Gericht müsse zunächst feststellen, ob es eine anerkannte Fachmeinung zu Methode oder Inhalt der aufgeworfenen Frage gibt; das sei eine Tatsachenfeststellung, die notfalls mit sachverständiger Hilfe erfolgen könne. Gibt es einen solchen „Standard“, prüfe das Gericht dessen Befolgung bzw. die Gründe für eine Abweichung. Gibt es ihn nicht, sondern stattdessen ein wissenschaftliches „Erkenntnisvakuum“ im Sinne einer Grenze der tatbestandsbezogenen Erkenntnis- und Sachaufklärungsmöglichkeiten, gelte der Plausibilitätsmaßstab.<sup>156</sup> Anschließend an diese Ausführungen erfolgt dann eine sehr dezidierte Prüfung der Plausibilität der Einschätzungen der Behörde zum Störungsverbot gegenüber dem Mornellregenpfeifer, im Ergebnis hält das Gericht die Einschätzungen für nicht plausibel, das Störungsverbot sei konkreten Fall einschlägig.<sup>157</sup>

---

<sup>152</sup> OVG Nordrhein-Westfalen. Beschluss vom 2.12.2021 – 2 B 1217/21, NuR 2022: 364 (366).

<sup>153</sup> VGH Bayern, Beschluss vom 23.3.2022 – 22 ZB 21/2317, NuR 2022: 798 (799).

<sup>154</sup> VGH Hessen, Beschluss vom 31.3.2022 – 3 B 214/21.T, NuR 2022: 337 (340).

<sup>155</sup> VGH Hessen, Beschluss vom 31.3.2022 – 3 B 214/21.T, NuR 2022: 337 (340 ff.).

<sup>156</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 9.6.2022 – 8 B 407/22, NuR 2022: 876 (877).

<sup>157</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 9.6.2022 – 8 B 407/22, NuR 2022: 876 (878 ff.).

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Verwaltungsgerichte im Artenschutzrecht fast ausnahmslos die Rechtsfigur der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative verwendet haben und teilweise auch nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18.10.2018 noch verwenden. Dabei wird häufig auf sogenannte „naturschutzfachliche Bewertungen“ abgestellt, die nur eingeschränkt von den Gerichten überprüfbar seien. Soweit eine solche Beschränkung im Sinne einer Plausibilitätskontrolle erfolgt, fällt die konkrete Prüfung aber dann in Abhängigkeit von der Fallgestaltung und der Fragestellung unterschiedlich umfassend aus, wie dies auch schon für die Eingriffsregelung und die FFH-Verträglichkeitsprüfung festgestellt worden war. Leitfäden und Verwaltungsvorschriften spielen eine wichtige Rolle bei der gerichtlichen Prüfung, wobei deren faktische Steuerungswirkung unterschiedlich weit reicht.

## **7 Einordnungen und Empfehlungen zur Konkretisierung und Standardisierung im Naturschutzrecht**

### **7.1 Beurteilungsspielraum, Erkenntnisgrenzen und naturschutzfachliche Fragestellungen**

#### **Naturschutz und Landschaftspflege als Aufgabenfeld**

Naturschutz und Landschaftspflege haben die Aufgabe, Natur und Landschaft in spezifischer Weise zu schützen und zu entwickeln. Die verbindliche Ausgestaltung der Ziele von Naturschutz und Landschaftspflege und damit die Festlegung dessen, was „spezifischer Schutz“ und „spezifische Entwicklung“ bedeuten, ist Aufgabe des parlamentarischen Gesetzgebers, und zwar zuvorderst des Bundesgesetzgebers (Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 74 Abs. 1 Nr. 29 GG). Aus diesem Grund ist die inhaltliche und die textlich-systematische Qualität von § 1 BNatSchG von so großer Bedeutung. Soweit das Naturschutzrecht vom europäischen Gesetzgeber mitgeprägt wird, sind auch die in den entsprechenden Richtlinien und Verordnungen enthaltenen Zielmaßgaben von Relevanz. Wie auch in anderen fachgesetzlichen Kontexten, etwa des sonstigen Umweltrechts, ist es für die Qualität der grundlegenden Zielaussagen im Naturschutzrecht wichtig, den dazu gehörigen Fachdiskurs in Naturschutz und Landschaftspflege zu berücksichtigen und tragende Erkenntnisse bei der gesetzlichen Verankerung heranzuziehen.

Die Ökologie ist eine Naturwissenschaft, die zentrale Grundlagen für Naturschutz und Landschaftspflege bereitstellt. In Verbindung mit anderen Teildisziplinen der Biologie (etwa der Systematik oder der Evolutionsbiologie) leistet sie wichtige Beiträge für die Benennung und Ansprache der einzelnen Tier- und Pflanzenarten, ermittelt deren Habitatansprüche, entwickelt Methoden zur Arterfassung und stellt Prognosen zur zukünftigen Entwicklung des Artenbestands in einem bestimmten Raum einschließlich der Prognose bei Einwirkungen durch einzelne oder summierte Projekte und Vorhaben. Die Ökologie (hier stellvertretend für die einschlägigen Naturwissenschaften und



ihre Teildisziplinen) ist aber keine normative Disziplin. Sie sagt, was ist und wie es voraussichtlich unter bestimmten Rahmenbedingungen werden wird, nicht aber, was sein soll. Der in Rechtsprechung und teilweise auch im Schrifttum verwendete Begriff „ökologische Bewertung“ ist daher zumindest missverständlich. Präzise angewandt kann er sich nur auf sachliche Einschätzungen beziehen, wie etwa auf die Frage, ob eine bestimmte Art in einem Raum vorkommt, ob es sich um eine stabile Population handelt oder wie sich diese Population voraussichtlich nach einem Eingriff entwickeln wird. Im Kontext der einzelnen Prüf- und Arbeitsschritte bei den naturschutzrechtlichen Prüf- und Folgenbewältigungsinstrumenten kommen noch weitere Disziplinen bzw. Expertisen ohne spezifische disziplinäre Zuordnung hinzu, die ebenfalls sachliche Einschätzungen abgeben, zum Beispiel zu baulich-technischen Fragen bei der Neuanlage von Gewässern oder der Renaturierung von Bachläufen im Zuge von Kompensations- oder Kohärenzmaßnahmen. Im Kern betreffen diese sachbezogenen Fragestellungen also die Bestandsanalyse und die Wirkungsprognose sowohl von potenziellen Beeinträchtigungen als auch von Vermeidungs- und Kompensationsmaßnahmen. Nach Einschätzung von Steinkühler (Richter am Bundesverwaltungsgericht) wären die zahlreichen Prognosen „umso belastbarer, könnten sie auf wissenschaftlich validierte Erfahrungen bei der Verwirklichung anderer Vorhaben gestützt werden.“<sup>158</sup>

Eine bewertende Komponente tritt allerdings dann hinzu, wenn beurteilt werden soll, mit welchem Aufwand die Bestandsanalyse betrieben werden soll, wie groß also das Risiko sein darf, dass einzelne Arten oder Teile einer Population übersehen werden. Auch die Wirkungsprognose ist mit wertenden Elementen verknüpft, soweit es nämlich um ein Urteil zum Ausmaß des vertretbaren Risikos einer Beeinträchtigung bzw. etwa der Zuverlässigkeit der Kompensationsmaßnahmen geht.

Noch weitergehend sind die Fragestellungen bei den Lebensraumtypen. Hier stellt sich im Kontext der Untersuchung zunächst die Frage der Zuordnung von vorhandenen Lebensräumen bzw. Lebensraumausprägungen zu den in Anhang I der FFH-RL aufgeführten Typen. Damit teilweise verknüpft, aber insbesondere bei Tierarten darüber hinaus gehend, ist dann der Aspekt der charakteristischen Arten, die zu diesen Lebensraumtypen gehören und die für eine hinreichende Einschätzung der Situation des Lebensraums für erforderlich gehalten werden. Wenn das Bundesverwaltungsgericht also wie oben aufgeführt, darauf abstellt dass „Lebensraumtypen (...) außerrechtliche Kategorien der Pflanzensoziologie“ darstellen, „die - wie für Typen kennzeichnend - eine Bandbreite von Erscheinungsformen aufweisen“ und für die inhaltliche Auslegung des jeweiligen Typusbegriffs auf die „herrschenden fachwissenschaftlichen Auffassungen“ verweist,<sup>159</sup> dann ist dies im Grundsatz sicher richtig.<sup>160</sup> Allerdings ist dabei zu beachten, dass auch hier ziel- und bewertungsbezogene Elemente einfließen, denn es ist

---

<sup>158</sup> STEINKÜHLER, UPR 2022: 281 (283).

<sup>159</sup> BVerwG, Urteil vom 12.3.2008 – 9 A 3.06, juris Rn. 74.

<sup>160</sup> Unabhängig ist allerdings die Frage zu beantworten, ob dies generell zu einer zurückgenommenen gerichtlichen Kontrolle führen muss.

durchaus eine normative Frage, wie eng oder weit man einen bestimmten Lebensraumtypus definiert. Sollen beispielsweise Lebensraumtypen, die aufgrund des Klimawandels in der Artenzusammensetzung oder in anderer Form von den „klassischen“ Ausprägungen etwas abweichen, zukünftig von den Definitionen des Anhang I der FFH-Richtlinie erfasst sein oder nicht? Und welche Auswirkungen hat diese Abweichung auf die Bestimmung der Erhaltungszustände? Noch stärker wertungsbezogen ist die Benennung der charakteristischen Arten der Lebensraumtypen, insbesondere von Tierarten. Das Bundesverwaltungsgericht nennt als Kriterium unter anderem, dass Arten „einen deutlichen Vorkommensschwerpunkt im jeweiligen Lebensraumtyp aufweisen“ bzw. dass „die Erhaltung der Populationen unmittelbar an den Erhalt des jeweiligen Lebensraumtyps gebunden ist“<sup>161</sup>. Die Feststellung, ob diese Tierarten einen Vorkommensschwerpunkt in dem betreffenden Lebensraumtyp haben, ist in einer ersten Annäherung eine sachbezogene Frage. Im Detail erfordert diese Einschätzung aber auch wieder wertende Komponenten, zum Beispiel hinsichtlich der Frage, welche Tierartengruppen dabei überhaupt berücksichtigt werden und wie eng oder weit man den Begriff „Schwerpunkt“ definiert.

Naturschutzfachliche Einschätzungen oder Beurteilungen können also sowohl stärker sachbezogene als auch fachlich-wertende Elemente enthalten. Sie sind nicht begrenzt auf naturwissenschaftlich-ökologische oder technisch-umsetzungsbezogene Fragestellungen. Daraus ergeben sich Konsequenzen für das Zusammenspiel des naturschutzfachlichen Diskurses und der naturschutzfachlichen Expertise einerseits und der Rolle von Gesetzgebung, Verwaltung und kontrollierender Rechtsprechung andererseits.<sup>162</sup>

Hinzu tritt die Problematik, dass das Aufgabenfeld „Naturschutz und Landschaftspflege“ in Schrifttum und Rechtsprechung allzu rasch auf den Schutz von gefährdeten bzw. verantwortungsrelevanten Arten und Lebensräumen verengt wird. Mitumfasst sind aber tatsächlich nach § 1 BNatSchG auch die geökologischen Schutzgüter (nicht nur als dienender Bestandteil im Hinblick auf Lebensräume), die Freiräume (insbesondere im Siedlungskontext) und die Landschaft. Als Prüf- und Folgenbewältigungsinstrument umfasst nur die Eingriffsregelung das Schutzgut Landschaft bzw. Landschaftsbild. In diesem Kontext wird von der Rechtsprechung zwar weniger auf „die ökologische Wissenschaft“, dafür aber umso mehr auf den „aufgeschlossenen Durchschnittsbetrachter“ verwiesen. Dabei sind der Fachdiskurs und die naturschutzfachliche Expertise hier schon deutlich weiter, sodass mittlerweile auch substantziellere Bewertungsmaßstäbe vorliegen.<sup>163</sup> Auch darauf wird im Fortgang der Untersuchung einzugehen sein.

---

<sup>161</sup> BVerwG, Urteil vom 6.11.2013 – 9 A 14/12, juris Rn. 54.

<sup>162</sup> Dazu sogleich in diesem Abschnitt.

<sup>163</sup> Siehe dazu nur Anlage 1 der Bundeskompensationsverordnung mit der Berücksichtigung von Zieldimension 1 und 3 im Kontext „Landschaftsbild“.

### Rotmilan-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

In seiner Rotmilan-Entscheidung stellt das Bundesverfassungsgericht zunächst klar, dass aus der Garantie effektiven Rechtsschutzes grundsätzlich die Pflicht der Gerichte folgt, „angefochtene Verwaltungsakte in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig nachzuprüfen, wobei sich ggf. Behörde und Gericht zur fachlichen Aufklärung außerrechtlicher fachlicher Tatbestandsmerkmale unmittelbar der Erkenntnisse der Fachwissenschaft und -praxis bedienen müssen.“<sup>164</sup> Dabei ist die „Frage nach der Existenz anerkannter fachwissenschaftlicher Maßstäbe und Methoden (...) eine von der jeweiligen Fachwissenschaft zu beantwortende Tatsachenfrage, die dem Sachverständigenbeweis zugänglich ist (...).“<sup>165</sup> Einschränkend sagt das Gericht aber: „Fehlt es in den einschlägigen Fachkreisen und der einschlägigen Wissenschaft an allgemein anerkannten Maßstäben und Methoden für die fachliche Beurteilung, kann die gerichtliche Kontrolle des behördlichen Entscheidungsergebnisses mangels besserer Erkenntnis der Gerichte an objektive Grenzen stoßen. Sofern eine außerrechtliche Frage durch Fachkreise und Wissenschaft bislang nicht eindeutig beantwortet ist, lässt sich objektiv nicht abschließend feststellen, ob die behördliche Antwort auf diese Fachfrage richtig oder falsch ist (...). Dem Gericht ist durch Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nicht auferlegt, das außerrechtliche tatsächliche Erkenntnisdefizit aufzulösen.“<sup>166</sup> In diesem Fall „kann das Gericht seiner Entscheidung insoweit die - auch aus seiner Sicht plausible - Einschätzung der Behörde zugrunde legen.“<sup>167</sup> Das Bundesverfassungsgericht hält also in diesen Fällen eine auf Plausibilität beschränkte Prüfung für mit Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG vereinbar.<sup>168</sup>

Stößt das Verwaltungsgericht bei der Kontrolle naturschutzrechtlicher Entscheidungen an die objektiven Grenzen „der Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft und Praxis, folgt das eingeschränkte Kontrollmaß nicht etwa aus einer der Verwaltung eigens eingeräumten Einschätzungsprärogative, sondern schlicht aus dem Umstand, dass es insoweit am Maßstab zur sicheren Unterscheidung von richtig und falsch fehlt. Es handelt sich damit nicht um eine willkürte Verschiebung der Entscheidungszuständigkeit vom Gericht auf die Behörde, sondern um eine nach Dauer und Umfang vom jeweiligen ökologischen Erkenntnisstand abhängige faktische Grenze verwaltungsgerichtlicher Kontrolle. Dafür bedarf es nicht eigens der gesetzlichen Ermächtigung, wie sie für die Einräumung administrativer Letztentscheidungsrechte bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe erforderlich ist (...).“<sup>169</sup> Das Gericht führt hier den Begriff der „Erkenntnisgrenze“ ein und stellt fest, dass die beschriebene Problematik

---

<sup>164</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, juris Rn. 19.

<sup>165</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, juris Rn. 13.

<sup>166</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, juris Rn. 20.

<sup>167</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, juris Rn. 21.

<sup>168</sup> Kritisch zu dieser eingeräumten Zurücknahme der gerichtlichen Kontrollrechte GASSNER, DVBl 2019: 1370 (1375).

<sup>169</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, juris Rn. 23.

nichts mit einem Beurteilungsspielraum bzw. einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative zu tun hat.

Für die Kontrolltätigkeit der Gerichte bedeutet dies: „Existiert keine allgemein anerkannte fachliche Meinung, kann und muss das Gericht kontrollieren, ob die von der Behörde verwendeten fachlichen Maßstäbe und Methoden vertretbar sind und die Behörde insofern im Ergebnis zu einer plausiblen Einschätzung der fachlichen Tatbestandsmerkmale einer Norm gelangt ist (...). Sofern im gerichtlichen Verfahren sachhaltige Einwände gegen die von der Behörde verwendete Methode geltend gemacht werden, muss das Gericht prüfen, ob diese Einwände die Methodik, Grundannahmen und Schlussfolgerungen der Behörde substantiell in Frage stellen (...). Hat die Behörde eine nach aktuellem Erkenntnisstand nicht mehr vertretbare Methode entscheidungstragend zugrunde gelegt, ergibt sich die Rechtswidrigkeit, ohne dass die faktischen Grenzen außerrechtlicher Erkenntnis überhaupt entscheidungsrelevant würden.<sup>170</sup> Auch im Falle einer Vertretbarkeits- bzw. Plausibilitätskontrolle „bleibt aber auch dann noch verwaltungsgerichtlicher Kontrolle unterworfen, ob der Behörde bei der Ermittlung und der Anwendung der von ihr aus dem Spektrum des Vertretbaren gewählten fachlichen Methode Verfahrensfehler unterlaufen, ob sie anzuwendendes Recht verkennt, von einem im Übrigen unrichtigen oder nicht hinreichend tiefgehend aufgeklärten Sachverhalt ausgeht, allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe verletzt oder sich von sachfremden Erwägungen leiten lässt (...).<sup>171</sup>

Es muss also zuerst geprüft werden, ob eine allgemein anerkannte fachliche Meinung existiert. Ist das nicht der Fall, prüft das Gericht, ob die von der Behörde verwendete Methode substantiell in Frage zu stellen ist. Ist auch das nicht gegeben, ist zu untersuchen, ob von der Behörde konkrete Fehler gemacht wurden, etwa bei der Sachverhaltsaufklärung oder bei der Anwendung allgemein gültiger Bewertungsmaßstäbe. Die zugestandene Rücknahme der gerichtlichen Kontrolldichte bedeutet also keineswegs Kontrollfreiheit oder eine faktisch substanzlose Kontrolle.

Bezogen auf das in der Entscheidung maßgebliche Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG führt das Gericht aus, dass die Regelung „naturschutzfachliche Einschätzungen“ verlangt, die nicht etwa im Wege untergesetzlicher Normierung generalisierend vorab erfolgt sind und für die nach den - von den Beschwerdeführerinnen nun freilich bestrittenen - Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts auch keine in Fachkreisen und Wissenschaft allgemein anerkannten Maßstäbe und Methoden existieren.“<sup>172</sup> „Naturschutzfachliche Einschätzungen sind insofern erforderlich, als das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 S. 1 BNatSchG nach ständiger Rechtsprechung der Fachgerichte erst eingreift, wenn sich durch das Vorhaben das Kollisionsrisiko für die geschützten Tiere signifikant erhöht (...). Danach ist der Tatbestand des § 44 Abs. 1 S. 1

---

<sup>170</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, juris Rn. 28.

<sup>171</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, juris Rn. 30.

<sup>172</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, juris Rn. 31.

BNatSchG nicht bereits wegen der an keinem Ort völlig auszuschließenden Gefahr erfüllt, dass einzelne Exemplare geschützter Arten durch ein Vorhaben getötet werden. Erfüllt ist der Tatbestand erst dann, wenn das Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren unter Berücksichtigung artspezifischer Verhaltensweisen, häufiger Frequentierung des Einwirkungsbereichs der Anlage und der Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen einen Risikobereich übersteigt, der mit einem Vorhaben der zur Genehmigung stehenden Art im Naturraum immer und an jedem Ort verbunden ist (...). Ob ein solches spezifisches Risiko vorliegt, kann nicht ohne naturschutzfachliche Einschätzung beurteilt werden, soweit sich dies nach außerrechtlichen, nämlich naturschutzfachlichen Kriterien richtet. Nach außerrechtlichen Kriterien beurteilt sich insbesondere, wie der Bestand der geschützten Tiere zu bestimmen und die Wahrscheinlichkeit zu ermitteln ist, dass ein geschütztes Tier bei Realisierung des zur Genehmigung stehenden Vorhabens getötet wird. Falls insoweit, wie die Gerichte hier angenommen haben, in Fachkreisen und Wissenschaft anerkannte Maßstäbe und Methoden der Ermittlung dieses Tötungsrisikos fehlen, kann dies die verwaltungsgerichtliche Kontrolle begrenzen.“<sup>173</sup> Ob in Fachkreisen und Wissenschaft anerkannte Maßstäbe und Methoden existieren oder nicht, könne aber nicht erst im Verfassungsbeschwerdeverfahren geklärt werden. Die Beschwerdeführerinnen hätten dies schon im fachgerichtlichen Verfahren rechtzeitig vorbringen müssen.<sup>174</sup> Entscheidend ist hier, dass das Bundesverfassungsgericht den Begriff der „naturschutzfachlichen Einschätzung“ in einem rein sachbezogenen, nicht mit Wertungen verknüpften Sinn versteht.<sup>175</sup>

„Sofern hingegen, wie das Oberverwaltungsgericht hier annimmt, die Feststellung, ob im konkreten Fall ein Tötungs- oder Verletzungsrisiko signifikant erhöht ist, auch Elemente wertender, nicht der naturschutzfachlichen Einschätzung unterliegender Betrachtung enthält, die sich daher nicht beweisen lassen (...), wäre dies eine Frage der weiteren, auf bestimmte Risikoerhöhungen bezogenen normativen Konkretisierung des unbestimmten Kriteriums der Signifikanz der Risikoerhöhung. Diese obliegt grundsätzlich den Verwaltungsgerichten (...). Insoweit bedürfen der Verwaltung überlassene Beurteilungsspielräume eines hinreichend deutlichen gesetzlichen Anknüpfungspunkts (...).“<sup>176</sup> Auf die damit verbundene Frage des Verhältnisses naturschutzfachlicher Expertise und naturschutzrechtlicher Wertungen wird nachfolgend noch genauer einzugehen sein.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts enthält neben den wiedergegebenen Feststellungen zu den Erkenntnisgrenzen und den daraus folgenden Maßgaben für die Verwaltungsgerichte eine weitere prägnante und für diese Untersuchung wichtige

---

<sup>173</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, juris Rn. 32.

<sup>174</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, juris Rn. 33.

<sup>175</sup> BICK/WULFERT, BNatSchG, Vor § 44 Rn. 34 sprechen von einem „neutralen“ Verständnis, „ohne gleich eine wertenden Betrachtung mitzudenken.“

<sup>176</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, juris Rn. 34;..

Aussage: „In grundrechtsrelevanten Bereichen darf der Gesetzgeber der Rechtsanwendung nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen "Erkenntnisvakuum" übertragen, das weder Verwaltung noch Gerichte selbst auszufüllen vermögen (...). Der Gesetzgeber mag, je nach Grundrechtsbetroffenheit, kurzfristig darauf vertrauen können, dass sich fachliche Wissenslücken durch Erkenntnisfortschritte in Fachkreisen und Wissenschaft schließen. Längerfristig dürfte der Gesetzgeber dem jedoch nicht tatenlos zusehen, weil er sich so seiner inhaltlichen Entscheidungsverantwortung entzieht, privatem Fachwissen ungesteuert weitreichenden Einfluss auf staatliche Entscheidungen eröffnet und eine einheitliche Rechtsanwendung nicht gewährleistet ist. Der Gesetzgeber muss dann, sofern die fachlichen Zusammenhänge weiter ungeklärt sind, für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung beispielsweise durch Einsetzung fachkundiger Gremien zur Festlegung einheitlicher Maßstäbe und Methoden sorgen oder wenigstens genauere Regeln für die behördliche Entscheidung zwischen mehreren vertretbaren Auffassungen vorgeben.“<sup>177</sup>

Das Gericht benennt zwar keine konkrete Frist („längerfristig“), bis zu deren Erreichen der Gesetzgeber handeln muss.<sup>178</sup> Es macht aber gleichwohl deutlich, dass der Gesetzgeber aufgerufen ist, geeignete Schritte zur Auflösung des „Erkenntnisvakuum“ zu unternehmen. Wohl weil der Zeitpunkt der „Klärung“ fachlicher Zusammenhänge aus Sicht des Gerichts nicht einschätzbar ist, werden als Beispiele institutionelle bzw. verfahrensbezogene Ansätze genannt.

### **Beurteilungsspielraum, Erkenntnisgrenzen und naturschutzbezogene Bewertung**

Nach der Lehre vom Beurteilungsspielraum (im Kontext des Naturschutzrechts mutierte der Begriff zur „naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative“) ermächtigt der Gesetzgeber durch die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen die Verwaltung zu eigenverantwortlichen, gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Entscheidungen,<sup>179</sup> jedenfalls in bestimmten Fall-Regelungs-Konstellationen. Als Gründe werden angeführt, „dass die unterschiedlichen Rechtsbegriffe unterschiedliche Wertungen zuließen, dass es schon aus normlogischen Gründen nicht nur eine ‚richtige‘ Lösung geben könne, dass die Verwaltung die größere Sachkunde und Erfahrung besitze und den konkreten Verwaltungsproblemen näher stehe, dass gewisse Entscheidungen unvertretbar oder unwiederholbar seien (und) dass der Verwaltung als eigenständiger Staatsgewalt ein eigener Verantwortungsbereich auch gegenüber der Gerichtsbarkeit zugestanden werden müsse.“<sup>180</sup> Dabei bezieht sich der Beurteilungsspielraum nur auf die konkrete Rechtsanwendung, nicht auf die Interpretation der Rechtsnorm und nicht

---

<sup>177</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, juris Rn. 24.

<sup>178</sup> Vgl. SCHRÖDER, EurUP 2019: 91 (95).

<sup>179</sup> MAURER/WALDHOFF 2020, § 7 Rn. 30.

<sup>180</sup> MAURER/WALDHOFF 2020, § 7 Rn. 30.

auf die Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen.<sup>181</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rotmilan-Entscheidung allerdings ausgeführt, dass es neben Beurteilungsspielräumen auch die Möglichkeit gebe, dass aufgrund von Erkenntnisdefiziten die gerichtliche Kontrolle beschränkt sei, ohne dass es dafür auf die Voraussetzungen und Begründungen der Rechtsfigur des Beurteilungsspielraums ankäme.

Letztlich ist für diesen Problemkreis zu untersuchen, welche Akteure (insbesondere Verwaltungsgerichte, Zulassungsbehörden, Naturschutzbehörden, private Gutachter, Fachwissenschaft) in welcher Form an der Auslegung und Anwendung bzw. der Anwendungskontrolle der gesetzlichen Maßgaben mitzuwirken haben. Diese Frage wird im Schrifttum intensiv diskutiert.

So wird die Auffassung geäußert, es sei problematisch, wenn bei der Bestandsaufnahme ein Beurteilungsspielraum angenommen wird, zumal dann, wenn die „Behörde selbst keine naturschutzfachliche Expertise hat und die Methodenentscheidung regelmäßig ein privater Gutachter trifft.“<sup>182</sup> Als bedenklich sei es zu bewerten, „wenn im Rahmen des Rechtsvollzugs einzelne GutachterInnen entscheidend Einfluss auf die staatliche Entscheidung nehmen, ohne dass sich im Streitfall eine gerichtliche Prüfung anschließt. Die Kontrolle der behördlichen Entscheidung ist eine Kontrolle auch der Sachverständigenaussagen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Behörde nicht viel eigene Expertise beiträgt, sondern sich auf die von den Vorhabenträgerinnen eingeholten Sachverständigengutachten verlässt. So bestimmten die GutachterInnen die Auslegung des Gesetzes.“<sup>183</sup> Andererseits sei auch von Bedeutung, dass „die Verwaltungsbehörde (bzw. ihr Träger) Partei im Rechtsstreit ist und dass die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative der Planfeststellungsbehörde und nicht etwa der Naturschutzbehörde zustehen soll.“<sup>184</sup>

In diesem Zusammenhang wird auch generell an der Argumentation des „begrenzten ökologischen Wissensstandes“ Kritik geübt. Die Problematik unterscheide sich nicht von anderen Materien des Umweltrechts, bei denen die Auslegung und Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe Schwierigkeiten bereiten.<sup>185</sup> Den gerichtlichen Kontrollmaßstab hierbei auf die Vertretbarkeit oder Plausibilität zu reduzieren, sei sowohl in Bezug auf Untersuchungsgrundsatz als auch auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG problematisch.<sup>186</sup>

Ebenso wird die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kritisiert. Die Behauptung des Bundesverfassungsgerichts, „fachliche Erkenntnis (und damit auch ihre gerichtliche Kontrolle) stoße immer dort an ‚objektive Grenzen‘, wo es an ‚eindeutiger‘ Erkenntnis fehle“, verkenne, dass „zwischen (wie zumeist) fehlender Eindeutigkeit und

---

<sup>181</sup> BICK/WULFERT, BNatSchG, Vor § 44 Rn. 13.

<sup>182</sup> KAHL/BURS, DVBl 2016b: 1222 (1226).

<sup>183</sup> HOFFMANN, DÖV 2021: 970 (978).

<sup>184</sup> GASSNER, DVBl 2012: 1479 (1482); ähnlich GELLERMANN, NuR 2014: 597 (597).

<sup>185</sup> HUGGINS, NuR 2021: 73 (76).

<sup>186</sup> HUGGINS, NuR 2021: 73 (76).

objektiver Unentscheidbarkeit ein breites epistemisches Spektrum liegt und dass deshalb – etwa – auch eine zwar nicht ‚eindeutig‘, aber doch mit ganz überwiegender Wahrscheinlichkeit fachlich falsche Einschätzung im Rechtsstaat weder bei der Normanwendung noch bei ihrer Kontrolle zugrunde gelegt werden darf.“<sup>187</sup> Der häufige Verweis des Gerichts „auf die Eindeutigkeit der Erkenntnisse und die Bezugnahme von ‚richtig und falsch‘ und ‚Gewissheit‘ auf der einen Seite und Plausibilität auf der anderen Seite“ seien „Ausdruck eines antagonistischen Verständnisses von Wissensbeständen. Entweder die Wissenschaft weiß etwas oder sie weiß es eben nicht. Dies führte im vorliegenden Fall zu der Schlussfolgerung, dass, wenn es die Fachwissenschaft nicht wisse, es auch die Behörden und Gerichte nicht wissen – und damit auch nicht scheiden – können.“<sup>188</sup> Erkenntnisunsicherheiten seien aber in jedem wissenschaftlichen Diskurs der Normalfall und nicht die Ausnahme und eigneten sich daher nicht als Legitimation der Beschränkung gerichtlicher Kontrolle.<sup>189</sup>

Die Existenz anerkannter fachwissenschaftlicher Maßstäbe und Methoden sei „eine von der jeweiligen Fachwissenschaft zu beantwortende Tatsachenfrage, die auch vollständiger gerichtlicher Überprüfung und dem Sachverständigenbeweis zugänglich ist.“<sup>190</sup> Bestehen aber in Fachkreisen und Wissenschaft allgemein anerkannte Maßstäbe über die fachlichen Zusammenhänge und die im Einzelfall anzuwendenden Ermittlungsmethoden, dann seien die Behörden und die Verwaltungsgerichte daran gebunden.<sup>191</sup>

DOLDE weist zwar darauf hin, dass es (grundsätzlich) einer sorgfältigen Unterscheidung „zwischen der naturschutzfachlichen Erkenntnis einerseits und der rechtlichen Bewertung auf der Grundlage naturschutzfachlicher Erkenntnis andererseits“ bedürfe,<sup>192</sup> bezweifelt aber, ob eine strikte Trennung zwischen naturschutzfachlicher Ermittlung und Bewertung einerseits und rechtlicher Subsumtion andererseits möglich ist.<sup>193</sup> Auf die angesprochene Differenzierung geht auch EICHBERGER ein „Während die Bestandserfassung und das Flugverhalten der Rotmilane auf ökologische Tatsachenfeststellungen zurückzuführen sind und deshalb hier nur ein tatsächliches Erkenntnisdefizit auftreten kann, ist bei der Frage nach der Risikoerhöhung zu unterscheiden zwi-

---

<sup>187</sup> HONG, Die Verwaltung 2018: 367 (384); siehe dagegen EICHBERGER, NVwZ 2019: 1560 (1565): Nicht die fehlende Eindeutigkeit wissenschaftlicher Erkenntnisse sei entscheidendes Kennzeichen dieser Fallgruppe zurückgenommener gerichtlicher Prüfung, sondern die Feststellung, dass es in den einschlägigen Fachkreisen und der einschlägigen Wissenschaft an allgemein anerkannten Maßstäben und Methoden für die fachliche Beurteilung der maßgeblichen Frage fehlt.

<sup>188</sup> HOFFMANN, DÖV 2021: 970 (975).

<sup>189</sup> HOFFMANN, DÖV 2021: 970 (976).

<sup>190</sup> FELLEBERG, NVwZ 1019: 177 (184).

<sup>191</sup> DOLDE, NVwZ 2019: 1567 (1567) mit Verweis auf BVerfG („Rotmilan“).

<sup>192</sup> DOLDE, NVwZ 2019: 1567 (1568).

<sup>193</sup> DOLDE, NVwZ 2019: 1567 (1569).



schen der statistisch feststellbaren Erhöhung des Schadensrisikos durch die Windenergie als Tatsachenfrage und der normativen Bewertung einer solchen Risikoerhöhung als signifikant. Letzteres ist eine Rechtsfrage, für welche die Figur der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative nicht greift.<sup>194</sup> „Die Frage, ob und in welchem Ausmaß ein bestimmter Eingriff des Menschen in die Natur tatsächlich zu einem erhöhten Tötungs- oder Verletzungsrisiko einer besonders geschützten Art führt“, könne nicht allein mit den Instrumenten der juristischen Methodenlehre beantwortet werden und bedürfe daher der Unterstützung der belastbaren fachwissenschaftlichen Expertise im einzelne Fall.<sup>195</sup> Anders hingegen sei die Situation für das quantitativ einschränkende Merkmal der Signifikanz, dem die die Funktion zukomme, bei der Rechtsanwendung eine rechtsstaatlich gebotene Verhältnismäßigkeitsprüfung zu initiieren, hier sei umfassender Rechtsschutz geboten.<sup>196</sup> Würde man diese Bewertung dem „außerjuristischen Sachverstand“ übertragen, so würde letztlich dieser auch darüber entscheiden, „ob im konkreten Sachverhalt ein Eingriff in die betroffenen Grundrechte gerechtfertigt ist oder nicht.“<sup>197</sup> „Eine gerichtliche Kontrolle, die sich auf den bloßen Nachvollzug der außerjuristischen Beurteilung nach dem Vertretbarkeitsmaßstab bzw. auf die Überprüfung möglicher Beurteilungsfehler beschränkt, nicht aber die letztlich zentrale verhältnismäßigkeitsrechtliche Abwägung vornimmt“, eröffne weitreichendem Einfluss des privaten Fachwissens auf die Entscheidung einen Weg.<sup>198</sup>

Wie bereits im ersten Teil dieses Abschnitts aufgezeigt wurde, ist die Differenzierung zwischen sachbezogenen Fragestellungen (zum Beispiel: Welche Arten kommen in dem Einwirkungsbereich eines Vorhabens vor?, Wie ist die Population dieser Arten ausgeprägt?, Welche Auswirkungen sind von dem Vorhaben auf die Population zu erwarten?, Welcher Erfolg ist von bestimmten Kompensationsmaßnahmen zu erwarten?) und wertenden Fragestellungen im analytischen Sinn sachgerecht. Tatsächlich ist diese Differenzierung aber nicht trennscharf zu führen, weil zum Beispiel die Frage des Aufwands der Arterfassung bzw. der Erfassung der Populationsstruktur immer auch Verhältnismäßigkeitsüberlegungen umfasst. Insofern sind die Übergänge hier fließend. Man wird aber als Richtschnur festhalten können: Je mehr bewertende Elemente die naturschutzfachliche Einschätzung erfordert, desto größer ist zum einen der Bedarf für normative Konkretisierungen und, soweit diese (noch) fehlen, für eine gerichtliche Kontrolle unter Zugrundelegung der normativen Grundwertungen, die dem Gesetz zu entnehmen sind. Daher kann der Aussage von KAHL/BURS, wonach die Beurteilungsspielräume im Rahmen der Eingriffsregelung weniger kritisch zu sehen seien, „weil hier

---

<sup>194</sup> EICHBERGER, NVwZ 2019: 1560 (1563 f.).

<sup>195</sup> REINHARDT, NVwZ 2019: 195 (198).

<sup>196</sup> REINHARDT, NVwZ 2019: 195 (198).

<sup>197</sup> REINHARDT, NVwZ 2019: 195 (198).

<sup>198</sup> REINHARDT, NVwZ 2019: 195 (198).

eine gänzlich objektivierte Nachprüfung ökologischer Werturteile unmöglich erscheint<sup>199</sup> gerade nicht zugestimmt werden. Erstens geht es hierbei nicht um „ökologische“ Werturteile, sondern um naturschutzbezogene und zweitens sind für diese naturschutzbezogenen Wertungen substanzielle Bewertungsmaßstäbe in § 1 BNatSchG verankert, die ein Mehr an gerichtlicher Kontrolle durchaus möglich und angebracht erscheinen lassen. Dass sich die Kontrollmaßstäbe mit der Bundeskompensationsverordnung jedenfalls für Vorhaben mit Zuständigkeit der Bundesbehörden noch verdichtet haben, ist begrüßenswert, ändert daran aber nichts.

Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe ist gerichtlich grundsätzlich voll kontrollierbar. Soweit untergesetzliche Normierungen fehlen, sind aber sowohl die Behörden als auch die Gerichte gehalten, die naturschutzfachliche Expertise von Gutachtern und der Fachwissenschaft bei dieser Auslegung zu berücksichtigen. Als untergesetzliche Normierung kommen Rechtsverordnungen, normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften oder Fachkonventionen in Frage (siehe dazu Abschnitt 7.2).

Weiter müssen die Zulassungsbehörden unter umfassender Einbeziehung des Sachverstands der Naturschutzbehörden prüfen, ob sich in schwierigen Fragen der konkreten Rechtsanwendung im naturschutzfachlichen Diskurs eine bestimmte Methode oder ein bestimmtes Verständnis bei der Anwendung von naturschutzrechtlichen Regelungen als allgemein anerkannt durchgesetzt hat. Je eindeutiger die allgemeine Anerkennung und je geringer der wertende Anteil bei der in Rede stehenden Einschätzung durch die Anwender der Vorschrift, desto mehr spricht dafür, dass diese Einschätzung zugrunde gelegt werden sollte. Das Ergebnis der Prüfung durch die Zulassungsbehörde ist als Teil der Sachverhaltsermittlung ebenfalls gerichtlich kontrollierbar. Das Gericht kann also zu dem Ergebnis kommen, dass tatsächlich entgegen der Feststellung der Behörde doch eine allgemein anerkannte Auffassung besteht oder dass dies umgekehrt gerade nicht der Fall ist. Grundsätzlich muss es auch möglich sein, dass das Gericht feststellt, dass eine etablierte Praxis nicht mit den Anforderungen und Wertungen des Gesetzes übereinstimmt.

Kommt die Behörde zu der Feststellung, dass keine allgemein anerkannte Einschätzung besteht, muss sie selbst eine Entscheidung treffen. Das Gericht prüft die Entscheidung auf Vertretbarkeit und Plausibilität. Wie auch bei Abwägungs- und Ermessensentscheidungen darf sich zwar das Gericht nicht als das kompetentere Entscheidungsorgan verstehen und seine Präferenz an die Stelle der Präferenz der Behörde setzen. Gleichwohl ist aber auch eine auf Vertretbarkeit und Plausibilität beschränkte Prüfung eine „echte“ Kontrolle durch das Gericht. Sie setzt eine sorgfältige Begründung der Behördenentscheidung voraus, sodass fehlende oder oberflächliche Begründungen dazu führen können, dass das Verwaltungsgericht die Entscheidung für unvertretbar oder unplausibel halten muss. Die Rechtsprechungsanalyse hat gezeigt, dass grundsätzlich eine

---

<sup>199</sup> KAHL/BURS, DVBl 2016b: 1222 (1227).

substanzielle gerichtliche Prüfung auch bei einer Beschränkung auf die genannten Kriterien möglich und sinnvoll ist.

## 7.2 Konkretisierung durch Gesetz, untergesetzliche Regelungen und Konventionen

### Materielle Regelungen im Gesetz

In Kapitel 2 wurde die besondere Relevanz einer inhaltlich umfassenden und stringenten Aufgabenbestimmung von Naturschutz und Landschaftspflege aufgezeigt. Mit der letzten Novellierung des § 1 BNatSchG hat der Gesetzgeber nochmals einige Weiterentwicklungen vorgenommen, nachdem bereits die grundlegende Neuformulierung im Jahr 2009 eine erhebliche Verbesserung der systematischen Stimmigkeit erreicht hatte. Weitere Empfehlungen wurden in Kapitel 2 benannt.

Es wird andererseits deutlich, dass der Gesetzgeber im instrumentellen Teil wenig Bezug zu seiner grundlegenden Zielbestimmung nimmt und so die systematisierenden und konkretisierenden Potenziale einer substanziellen Zweck- und Zielbestimmung teilweise verschenkt oder gar konterkariert. Aufgezeigt wurde dies in Abschnitt 4.1 am Beispiel des Beeinträchtigungstatbestands der Eingriffsregelung. Dieser Befund gilt aber auch an anderer Stelle, beispielsweise im Rahmen der Schutzzwecke und Schutzvoraussetzungen von Landschaftsschutzgebieten in § 26 Abs. 1 BNatSchG.<sup>200</sup>

Unabhängig von der unzureichenden Verknüpfung mit § 1 BNatSchG gibt es weitere Regelungsbereiche, die dringend eine gesetzliche Konkretisierung erfordern, beispielsweise das Handlungsfeld „Landwirtschaftliche Nutzung und Eingriffsregelung/gute fachliche Praxis“ (siehe Abschnitt 4.1). Dabei ist allerdings auch zu prüfen, ob entsprechende Konkretisierungen der Maßgaben für die landwirtschaftliche Nutzung ergänzend nicht auch an anderer Stelle sinnvoll wären, beispielsweise im (abweichungsfesten) allgemeinen und besonderen Artenschutzrecht.

Auch im Bereich des europäischen Gebietsschutzes und des besonderen Artenschutzes sind Konkretisierungen auf der gesetzlichen Ebene denkbar. Im Schrifttum wurde beispielsweise vorgeschlagen, allgemeine Vorgaben zur Beurteilung des mit der Errichtung von Windkraftanlagen verbundenen Tötungs- und Verletzungsverbots (Signifikanzschwelle) in einem Anhang zum Bundesnaturschutzgesetz aufzunehmen. Denkbar sei eine solche Vorgehensweise auch in Bezug auf die gesetzlichen Ausnahmevoraussetzungen gemäß § 45 Abs. 7 BNatSchG.<sup>201</sup>

---

<sup>200</sup> Siehe dazu näher MENGEL et al. 2018b, S. 58 f.

<sup>201</sup> UMWELTRECHTSAUSSCHUSS DES DEUTSCHEN ANWALTSVEREINS, NuR 2022: 241 (248); der Gesetzgeber hat mittlerweile tatsächlich Konkretisierungen im Gesetzestext und in Form von Anlagen betreffend die Problematik „Windenergienutzung und Artenschutz“ vorgenommen (siehe BGBl 2022 Teil I Nr. 28, Viertes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 20.7.2022). Auf diese Bestimmungen kann im Rahmen dieser Untersuchung allerdings nicht mehr eingegangen werden.

## Rechtsverordnung

Verordnungen auf Bundesebene sind beispielsweise empfehlenswert für die Konkretisierung der Grundsätze der guten fachlichen Praxis, insbesondere in der Landwirtschaft (siehe Abschnitt 4.1), für die Planzeichen und die damit verbundenen Inhalte in der Landschaftsplanung (siehe Abschnitt 3.2) oder für Regelungen zur Vermeidung und zur Kompensation von Eingriffen für alle Formen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung (siehe Abschnitt 4.3). Sachgerecht wäre es auch, wenn das Bundesumweltministerium von der Verordnungsermächtigung in § 54 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG Gebrauch machen würde.

Für das Verhältnis der Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG zur landwirtschaftlichen Nutzung hat der Bundesgesetzgeber immerhin zur Konkretisierung der Privilegierungsregelung des § 44 Abs. 4 BNatSchG in § 54 Abs. 10 BNatSchG eine Verordnungsermächtigung für die Länder verankert. In der entsprechenden Verordnung können allgemeine Anforderungen an Bewirtschaftungsvorgaben für die land-, forst- und fischereiwirtschaftliche Bodennutzung im Sinne des § 44 Abs. 4 BNatSchG festgelegt werden. Es wäre wünschenswert, wenn die Länder von dieser Ermächtigung Gebrauch machen würden, sofern derzeit keine Bundesverordnung möglich ist.

Eine Sonderstellung nehmen Schutzgebietsverordnungen für die nationalen Schutzgebietskategorien sowie für Natura 2000-Gebiete ein. Hier bestehen erhebliche Konkretisierungspotenziale mit einer sehr hohen Relevanz für ein effektives Naturschutzrecht, auf die in dieser Untersuchung aber nicht näher eingegangen werden kann.<sup>202</sup>

Auch im besonderen Artenschutzrecht und hier insbesondere im Konfliktfeld Artenschutz und Infrastrukturausbau wird im Schrifttum diskutiert, ob und in welcher Form Rechtsverordnungen zu einer Konkretisierung und Vereinheitlichung der naturschutzrechtlichen Anforderungen beitragen könnten. Dabei wird teilweise die Mahnung der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung („Rotmilan“) angeführt, wonach der Gesetzgeber in grundrechtsrelevanten Bereichen der Rechtsanwendung nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen "Erkenntnisvakuum" übertragen dürfe. Im Kontext der verfassungsrechtlichen Argumentationsführung des Senats sollte nach Einschätzung von REINHARDT wenigstens ein Gesetz im materiellen Sinn gemeint sein.<sup>203</sup> Erforderlich seien nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts „normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften oder – besser noch, weil unionsrechtlich unbedenklich – (...) untergesetzliche Rechtsverordnungen.“<sup>204</sup> Auch der UMWELTRECHTSAUSSCHUSS DES DEUTSCHEN ANWALTSVEREINS plädiert für eine Rechtsverordnung, die die Voraussetzungen und Bedingungen, unter denen von einer Erfüllung der Zugriffsverbote Nr. 1-4 auszugehen ist ebenso konkretisiert wie die

---

<sup>202</sup> Siehe dazu MENGEL et al. 2018b.

<sup>203</sup> REINHARDT, NVwZ 2019: 195 (196; siehe auch 197).

<sup>204</sup> KÖCK, ZUR 2022: 259 (270).

Voraussetzungen und Bedingungen, unter denen die Zugriffsverbote nach § 44 Abs. 5 nicht erfüllt sind.<sup>205</sup>

Nach BICK und WULFERT sprechen für Rechtsverordnungen oder auch (normkonkretisierende) Verwaltungsvorschriften die hohe Durchsetzungskraft und die Rechtssicherheit, zudem die demokratische Legitimation in Verbindung mit einem transparenten Prozess unter Beteiligung verschiedener Gremien. Allerdings wird unter Verweis auf den Entstehungsprozess der Bundeskompensationsverordnung daran erinnert, wie schwer es dabei werden könne, eine Einigung zu finden. Außerdem seien derartige Regelungen politisch beeinflusst und drohten daher „die rein fachwissenschaftlichen Maßstäbe mit dem Anspruch der ‚besten wissenschaftlichen Erkenntnisse‘ zu ‚verwässern‘“. <sup>206</sup> Der letztgenannte Aspekt ist insofern kritisch zu sehen, als es ja gerade der Sinn einer transparenten, demokratisch legitimierten Regelung ist, Methodenfragen und Bewertungsmaßstäbe nicht ausschließlich privaten Fachgutachtern zu überlassen. Das bedeutet umgekehrt nicht, dass diese Fachgutachter wie auch die Fachwissenschaft nicht ganz entscheidend mit ihrer Expertise die Qualität derartiger Regelungen mitprägen sollten – aber eben eingebettet in einen strukturierten Entscheidungsprozess und letztlich verantwortet von den demokratisch legitimierten Institutionen.

Rechtsverordnungen erreichen als materielle Gesetze eine hohe Verbindlichkeit und ermöglichen gleichzeitig für spezifische Regelungsbereiche einen hohen Detaillierungsgrad. Dies gilt erst recht, wenn mit entsprechenden Anlagen gearbeitet wird, wie dies beispielsweise bei der Bundeskompensationsverordnung der Fall ist. Ähnlich wie bei normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften setzt eine Rechtsverordnung allerdings voraus, dass der zu regelnde Aufgabenbereich eine hohe naturschutzfachliche und sonstige fachbezogene Durchdringung erfahren hat, mithin einen gewissen „Reifeegrad“<sup>207</sup> aufweist.

### **Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften**

Neben Rechtsverordnungen kommen Verwaltungsvorschriften als konkretisierende untergesetzliche Regelungen in Frage. Als Verwaltungsvorschriften werden abstrakt-generelle Vorgaben bezeichnet, die eine vorgesetzte einer nachgeordneten Behörde bzw. ein Behördenleiter den ihm unterstellten Bediensteten macht, um den Verwaltungsvollzug zu vereinheitlichen. Sie werden etwa als ‚Richtlinie‘, ‚Rundschreiben‘ oder ‚Erlass‘ bezeichnet.<sup>208</sup> Norminterpretierende Verwaltungsvorschriften legen unbestimmte Rechtsbegriffe aus. Die Gerichte sind an diese Interpretationsvorgaben der Verwaltung nach ganz herrschender Meinung aber nicht gebunden.<sup>209</sup> Das Bundesver-

---

<sup>205</sup> Umweltausschuss des Deutschen Anwaltsvereins, NuR 2022: 241 (252).

<sup>206</sup> BICK/WULFERT, BNatSchG, Vor § 44 Rn. 37.

<sup>207</sup> HENDRISCHKE, Vortrag auf dem Deutschen Naturschutztag 2022.

<sup>208</sup> VORKUHLE/KAUFHOLD, JuS 2016: 314 (314).

<sup>209</sup> VORKUHLE/KAUFHOLD, JuS 2016: 314 (315).

waltungsgericht hat die Kategorie der normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften kreiert.<sup>210</sup> Sie unterscheidet sich von der norminterpretierenden Verwaltungsvorschrift dadurch, dass sie für die Verwaltungsgerichte (grundsätzlich) verbindlich ist.<sup>211</sup> Lediglich in atypischen Einzelfällen ist eine Abweichung berechtigt bzw. verpflichtend.<sup>212</sup> Allerdings müssen mehrere Voraussetzungen erfüllt sein. So beschränkt sich diese Form der Normkonkretisierung auf bestimmte Verwaltungsgebiete, insbesondere auf das Umwelt- und Technikrecht. Dabei ist der Vorrang des Gesetzes, vor allem im Hinblick auf dort festgelegte Wertungen, zu beachten. Ihre Regelungen müssen dem aktuellen Erkenntnisstand in Wissenschaft und Technik entsprechen, dürfen also nicht überholt sein. Schließlich müssen sie in einem sorgfältigen Verfahren unter Beteiligung des wissenschaftlichen und technischen Sachverständigen zustande gekommen sein.<sup>213</sup>

Im Jahr 2011 hat der Bund in § 54 Abs. 11 BNatSchG eine § 48 Abs. 1 BImSchG vergleichbare Ermächtigungsgrundlage für den Erlass normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften insbesondere im Bereich des Habitatschutzrechts geschaffen.<sup>214</sup> Nach Einschätzung von FELLEBERG sei das Verfahren „zwar unzureichend geregelt“, doch sollte von der Ermächtigung nach dem bewährten Modell der TA Luft und der TA Lärm „im Interesse der Rechtssicherheit baldmöglichst Gebrauch gemacht werden.“<sup>215</sup> Die in § 54 Abs. 11 BNatSchG verankerte Ermächtigung gelte auch für das Artenschutzrecht und die Eingriffsregelung.<sup>216</sup> Dabei seien normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften zum Gebietsschutz, zum Artenschutz und zur Eingriffsregelung dringend erforderlich und sie seien geeignet, den Konkretisierungsauftrag des Bundesverfassungsgerichts zu erfüllen.<sup>217</sup> Auf der Grundlage wissenschaftlicher Erkenntnisse sei dabei „nach Anhörung der beteiligten Kreise innerhalb der verbleibenden Bandbreite von Meinungen eine demokratisch legitimierte Entscheidung zu treffen.“<sup>218</sup> Durch normkonkretisierende Vorschriften würden die gesetzlichen Grundlagen „aufgrund fachlichen Sachverständigen, politischer Legitimation und verantwortlicher Bewertung konkretisiert.“<sup>219</sup> Das ergebe sich schon daraus, dass die normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften nach § 54 Abs. 11 BNatSchG „nicht nur naturschutzfachliche Fragen und die Ausfüllung des fachwissenschaftlichen Erkenntnisvakuums betreffen, sondern auch

---

<sup>210</sup> MAURER/WALDHOFF 2020, § 24 Rn. 31.

<sup>211</sup> MAURER/WALDHOFF 2020, § 24 Rn. 31.

<sup>212</sup> VOBKUHLE/KAUFHOLD, JuS 2016: 314 (316).

<sup>213</sup> VOBKUHLE/KAUFHOLD, JuS 2016: 314 (316); MAURER/WALDHOFF 2020, § 24 Rn. 33.

<sup>214</sup> FELLEBERG, NVwZ 2019: 177 (185).

<sup>215</sup> FELLEBERG, NVwZ 2019: 177 (185).

<sup>216</sup> DOLDE, NVwZ 2019: 1567 (1570), unter Bezugnahme auf Lau Rn. 19; so auch der UMWELTRECHTSAUSSCHUSS DES DEUTSCHEN ANWALTSVEREINS, NuR 2022: 241 (247).

<sup>217</sup> DOLDE, NVwZ 2019: 1567 (1570).

<sup>218</sup> DOLDE, NVwZ 2019: 1567 (1571).

<sup>219</sup> Verweis auf BVerwG 11.12.2003 7 C 19.02.

die Ausfüllung normativer Bewertungsspielräume und damit die rechtliche Konkretisierung.“<sup>220</sup> An dieser Stelle wird wieder die etwas unscharfe Einordnung des Terminus „naturschutzfachliche Fragen“ deutlich, die eben auch selbst wertende Aspekte mit einschließen und zwar auf der Basis und in Ausfüllung des geltenden Rechts. Dies ändert aber nichts daran, dass der vorgeschlagene Weg einer Einbindung des naturschutzfachlichen und sonstigen Sachverständs in ein geordnetes Verfahren zur Konkretisierung der gesetzlichen Maßgaben grundsätzlich sinnvoll ist.

Zu diskutieren bleibt, für welche Bereiche eine solche Normkonkretisierung in Ergänzung zu konkretisierten materiellen gesetzlichen Regelungen und Normierungen in Rechtsverordnungen praktikabel ist. So wird im Schrifttum beispielsweise die Einschätzung gegeben, eine „abschließende TA Artenschutz“ sei „aufgrund der Vielfalt der Einzelthemen völlig undenkbar“,<sup>221</sup> während andere Stimmen die Entwicklung einer TA Artenschutz jedenfalls bezogen auf Konflikte mit der Windenergienutzung für „dringend erforderlich“ halten.<sup>222</sup>

### **Räumliche Konkretisierung durch Pläne**

Auf die überragende Bedeutung der Landschaftsplanung zur räumlichen Konkretisierung der Ziele von Naturschutz und Landschaftspflege wurde bereits in Abschnitt 3.1 hingewiesen. Der Bundesgesetzgeber hat im Rahmen der Novellierung des Bundesnaturschutzgesetzes im Jahr 2021 bereits deutliche strukturelle Verbesserungen gesetzlich verankert. Empfehlungen zur Weiterentwicklung der gesetzlichen Maßgaben wurden in Abschnitt 2.1 benannt. Die hohe Leistungsfähigkeit der Landschaftsplanung, gerade auch im Hinblick auf die zunehmende Digitalisierung der „Planungslandschaft“ und die großen Potenziale des digitalen Datenaustauschs, sollte noch deutlicher aufgezeigt werden. Nicht zuletzt würde eine Planzeichenverordnung (siehe den Abschnitt „Rechtsverordnung“) einen wichtigen Baustein zur Standardisierung dieses Instruments liefern.

Neben der flächendeckenden Landschaftsplanung sind spezifische Pflege- und Managementpläne für Schutzgebiete von Bedeutung für eine räumliche Konkretisierung im Naturschutzrecht. Ein erster räumlicher Konkretisierungsansatz ist bereits die Gliederung von Schutzgebieten mit einem nach dem jeweiligen Schutzzweck abgestuften Schutz (§ 22 Abs. 1 S. 3; siehe auch § 25 Abs. 3 S. 1 BNatSchG). Für Großschutzgebiete sowie insbesondere für Naturschutzgebiete kennt die Praxis, teilweise auf expliziter landesrechtlicher Grundlage, naturschutzfachliche Planwerke, die beispielsweise konkrete Pflege- und Managementmaßnahmen enthalten. Weiter sind Managementpläne für Natura 2000-Gebiete von erheblicher Relevanz für die Konkretisierung der naturschutzrechtlichen Maßgaben des europäischen Gebietsschutzrechts (§ 32 Abs. 5

---

<sup>220</sup> Umweltrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins, NuR 2022: 241 (247).

<sup>221</sup> BICK/WULFERT, BNatSchG, Vor § 44 Rn. 38.

<sup>222</sup> MASLATON, NVwZ 2019: 1081 (1082).

BNatSchG).<sup>223</sup> Derartige schutzgebietsbezogene Planungen sollten gesetzlich konturiert sein und ggf. durch untergesetzliche Regelungen inhaltlich präzisiert werden. Von besonderer Bedeutung ist in all diesen Fällen allerdings eine sachgerechte Finanzierung, weil nur so die erforderlichen Planwerke in hinreichender Qualität zeitnah erarbeitet werden können.

### **Fachkonventionen**

Als Alternative oder als Ergänzung zu den zuvor vorgestellten Formen von Normierung werden Fachkonventionen diskutiert. Sie würden „rein fachlich, also ausschließlich unter Beteiligung der betreffenden Wissenschaft und Fachkreise entwickelt“ und seien zwar rechtlich unverbindlich, böten jedoch, „im Gegensatz zu langwierigen Änderungsverfahren bei normkonkretisierenden Regelungen, den Vorteil einer flexibleren Anpassung im Falle fortschreitender Erkenntnisse.“<sup>224</sup> Als Mindeststandards werden dabei genannt: die Entwicklung in transparenter und nachvollziehbarer Form sowie auf der Basis fachwissenschaftlicher Erkenntnisse durch eine neutrale bzw. unabhängige Stelle, wie beispielsweise das Bundesamt für Naturschutz oder das Umweltbundesamt; eine Abstimmung mit den Experten für den jeweiligen (Fach-) Bereich bspw. Forschungsbegleitkreise, mindestens aber eine Beteiligung; die Etablierung durch breite Anerkennung und Anwendung in Wissenschaft und/oder Praxis, ggf. mit einer Anerkennung durch die Rechtsprechung.<sup>225</sup> Fachkonventionen müssten „in repräsentativer Weise unter Beteiligung aller relevanten Vertreter der betroffenen Fachkreise“ erarbeitet werden.<sup>226</sup>

Einschränkend wird darauf hingewiesen, dass für die Vollzugspraxis faktisch jedenfalls derzeit erst hinreichend Verlässlichkeit besteht, „wenn ein Konventionsvorschlag mit der Würde höchstrichterlicher Billigung ausgestattet ist.“<sup>227</sup> Klageverfahren um die Zulassung konkreter umstrittener Vorhaben seien indes ein wenig geeignetes Forum zur Konkretisierung des Naturschutzrechts. Wünschenswert sei es aber, wenn in einem ersten Schritt ein normativer Rahmen für ein transparentes Verfahren zur Etablierung solcher Fachkonventionen entwickelt würde, die konkret auf die Anwendung in Zulassungsverfahren abzielen.<sup>228</sup> Der Gesetzgeber sollte, auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, den Begriff einer Fachkonvention

---

<sup>223</sup> Siehe dazu CZYBULKA, EurUP 2016: 276; DOLDE/LANGE, VBIBW 2015: 1.

<sup>224</sup> BICK/WULFERT, BNatSchG, Vor § 44 Rn. 38.

<sup>225</sup> BICK/WULFERT, BNatSchG, Vor § 44 Rn. 38.

<sup>226</sup> STOROST, UPR 2015: 47 (49).

<sup>227</sup> FELLEBERG, NVwZ 2019: 177 (185).

<sup>228</sup> FELLEBERG, NVwZ 2019: 177 (185).



selbst festlegen.<sup>229</sup> LUKAS entwickelt hierzu eine an den „Professoren-Entwurf“ des allgemeinen Teils zum Umweltgesetzbuch angelehnte Vermutungsregelung<sup>230</sup> in Verbindung mit mehreren gesetzlich festgelegten Voraussetzungen.<sup>231</sup> Ob die verankerten Voraussetzungen vorliegen, sei im Zweifelsfall durch die Gerichte überprüfbar.<sup>232</sup>

Andere Stimmen wenden ein, dass Fachkonventionen und Leitfäden keine ausreichende Klarheit schaffen würden.<sup>233</sup> Zudem führten sie zu dem vom Bundesverfassungsgericht kritisierten Missstand, „dass im grundrechtsrelevanten Bereich nicht nur privates Fachwissen, sondern auch normative Bewertungen ungesteuert weitreichenden Einfluss auf staatliche Entscheidungen haben.“<sup>234</sup> Leitfäden und Erlasse schafften nicht die dringend erforderliche Planungs- und Rechtssicherheit, ihnen fehle die für eine Normsetzung notwendige demokratische und durch entsprechende Verfahren begründete Legitimation.<sup>235</sup>

Insgesamt spricht viel dafür, Fachkonventionen als ein weiteres Element normativer Konkretisierung zu nutzen und hierfür eine rechtliche Grundlage zu schaffen. Es handelt sich aber nicht um eine Alternative zu Konkretisierungen im Gesetz, in einer Rechtsverordnung oder einer normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift, sondern um eine Erweiterung des Handlungsspektrums. Dabei ist auch die zeitliche Entwicklung zu berücksichtigen. Sowohl Änderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen und Maßgaben als auch Erkenntnisfortschritte und Annäherungen in Fachdiskursen können die Etablierung von Konkretisierungen auch in stärker verbindlichen und breiter legitimierten Regelwerken möglich machen.

## 8 Ausblick

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Thematik der Konkretisierung und Standardisierung im Naturschutzrecht weiter reicht, als es die aktuelle Diskussion um die naturschutzrechtlichen Prüf- und Folgenbewältigungsinstrumente vermuten lässt. Tatsächlich ist das gesamte Aufgabenfeld mit seinen unterschiedlichen Steuerungsinstrumenten in den Blick zu nehmen. Normative Konkretisierungen sind auf verschiedenen Ebenen möglich und sinnvoll, angefangen beim Parlamentsgesetz selbst über Rechtsverordnungen, (normkonkretisierenden) Verwaltungsvorschriften und ggf. auch Fach-

---

<sup>229</sup> LUKAS 2022, S. 127.

<sup>230</sup> „Es wird vermutet, dass naturschutzfachliche Beiträge in Wissenschaft und Praxis allgemein anerkannte Maßstäbe und Methoden für die fachliche Beurteilung wiedergeben, wenn sie ...“, LUKAS 2022, S. 130.

<sup>231</sup> LUKAS 2022, S. 130.

<sup>232</sup> LUKAS 2022, S. 130.

<sup>233</sup> DOLDE, NVwZ 2019: 1567 (1570).

<sup>234</sup> DOLDE, NVwZ 2019: 1567 (1569).

<sup>235</sup> Umweltrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins, NuR 2022: 241 (244).

konventionen. Ebenfalls bedeutsam sind räumliche Konkretisierungen durch Schutzgebietsverordnungen und naturschutzbezogene Planungen, namentlich die Landschaftsplanung.

Der Begriff „naturschutzfachlich“ ist nicht gleichzusetzen mit „ökologisch“. Vielmehr nimmt er Bezug auf das durch § 1 BNatSchG aufgespannte Aufgaben- und Handlungsfeld, ist also selbst nicht als losgelöster, eigenständiger Bereich „der Fachwelt“ zu verstehen. Vielmehr sind naturschutzfachliche Fragestellungen normativ eingefasst durch die naturschutzrechtlichen Bestimmungen, umgekehrt sind der Gesetzgeber und die für untergesetzliche Normierung zuständigen Institutionen gut beraten, die naturschutzfachliche Expertise der Wissenschaft und Praxis aufzunehmen und entsprechend zu berücksichtigen.

Bei aller unbestrittenen Notwendigkeit einer weitreichenderen Konkretisierung und Standardisierung im Naturschutzrecht darf nicht übersehen werden, dass konkrete Festlegungen sich auf die Erreichung von Naturschutzzielen grundsätzlich auch negativ auswirken können. Soweit beispielsweise einer Normierung fachliche Fehleinschätzungen zugrunde liegen, wirkt sich dies umso massiver aus, je weniger Spielräume für die Anwender verbleiben. Weiter ist daran zu denken, dass grundlegende Änderungen der Rahmenbedingungen, etwa hervorgerufen durch den Klimawandel, eine gewisse Flexibilität verlangen können. Dem sollte sowohl durch eine entsprechende Ausgestaltung der konkretisierenden Normen als auch durch eine regelmäßige Überprüfung und ggf. Weiterentwicklung Rechnung getragen werden. Insofern geht es nicht um irgendeine, sondern um sachgerechte und aktuelle Entwicklungen berücksichtigende Formen der normativen Konkretisierung.

## Quellen

APPEL, M. (2021): Kommentierung § 9 Bundesnaturschutzgesetz. In: Frenz, W.; Mügenborg, H.-J. (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz – Kommentar, 3., Auflage, S. 254 – 292, Erich Schmidt Verlag, Berlin.

BICK, U.; WULFERT, K. (2021): Kommentierung Vor § 44 BNatSchG, In: Frenz, W.; Mügenborg, H.-J. (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz – Kommentar, 3., Auflage, S. 1128-1146, Erich Schmidt Verlag, Berlin.

BICK, U.; WULFERT, K. (2017): Der Artenschutz in der Vorhabenzulassung aus rechtlicher und naturschutzfachlicher Sicht. NVwZ 6/2017, S. 346 – 355.

BERKEMANN, J. (2021): Beurteilungsspielraum oder Einschätzungsprärogative versus gerichtliche Kontrolle im Naturschutzrecht – Zugleich eine Rezension zu Marielle Schuster, Beurteilungsspielräume der Verwaltung im naturschutzrecht, 2020, ZUR 2021, S. 280-292.

BERNOTAT, D. (2018): Naturschutzfachliche Bewertung eingriffsbedingter Individuenerluste – Hinweise zur Operationalisierung des Signifikanzansatzes im Rahmen des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots, Zeitschrift für Umweltrecht 11/2018, S. 594-603.

BERNOTAT, D.; DIERSCHKE, V. (2021): Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen, 4. Fassung, Stand 31.08.2021.

BRUNS, D.; MENGEL, A.; WEINGARTEN, E. (2005): Beiträge der flächendeckenden Landschaftsplanung zur Reduzierung der Flächeninanspruchnahme. Naturschutz und biologische Vielfalt 25, Bundesamt für Naturschutz, Bonn-Bad Godesberg.

Bundesamt für Naturschutz/Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (Hrsg.) (2021): Handreichung zum Vollzug der Bundeskompensationsverordnung, Bonn.

CZYBULKA, D. (2016): Der Managementplan als multifunktionales Instrument des europäischen und deutschen Naturschutzrechts. EurUP 4/2016, S. 276-289.

DOLDE, K.-P. (2019): Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative – Normkonkretisierung tut not!. NVwZ 21/2019, S. 1567-1572.

DOLDE, K.-P.; LANGE, M. (2015): Sicherstellung der Kohärenz von Natura 2000 durch Maßnahmen aus Managementplänen. VBlBW 1/2015, S. 1-7.

EICHBERGER, M. (2019): Gerichtliche Kontrolldichte, naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative und Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnis. NVwZ 21/2019, S. 1560-1566.

EKHARDT, F.; HENNIG, B. (2013): Chancen und Grenzen von naturschutzrechtlichen Eingriffsregelungen und Kompensationen. NuR (2013) 35, S. 694 – 703.

FAßBENDER, K. (2020): Verfassungsrechtliche Fragen zur landesrechtlichen Abweichung von der Bundeskompensationsverordnung. NuR 2020, S. 649 – 654.

FELLENBERG, F. (2019): Kumulation, Kontrolldichte und Kohärenzsicherung – aktuelle Streitfragen im Habitatschutzrecht. NVwZ 4/2019, S. 177 – 185.

FISCHER-HÜFTLE, P.; CZYBULKA, D. (2021): Kommentierung § 14 Bundesnaturschutzgesetz. In: Schumacher, J; Fischer-Hüftle, P. (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz – Kommentar mit Umweltrechtsbehelfsgesetz und Bundesartenschutzverordnung, 3. Auflage, S. 321 – 356, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart.

FRENZ, W. (2021): Kommentierung § 34 Bundesnaturschutzgesetz. In: Frenz, W.; Müggenborg, H.-J. (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz – Kommentar, 3. Auflage, S. 883 – 972, Erich Schmidt Verlag, Berlin.

GÄRDITZ, K. F. (2020): Landesrechtliche Abweichungen von der Bundeskompensationsverordnung als föderales Verfassungsproblem. EurUP 2020, S. 367 – 378.

GASSNER, E. (2019): Zur Rücknahme richterlicher Kontrolle einer Verwaltungsentscheidung im Falle ökologischer Erkenntnisdefizit – Der Beschluss des BVerfG vom 23.10.2018 im Lichte des Art. 20a GG. DVBl 21/2019, S. 1370 – 1375.

GASSNER, E. (2012): Die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative, ein ungerichtfertigtes Vorrecht. DVBl 23/2012, S. 1479 – 1483.

GELLERMANN, M. (2014): Zugriffsverbote des Artenschutzrechts und behördliche Einschätzungsprärogative. NuR (2014) 36, S. 597 – 605.

GELLERMANN M. (2022): Das Vierte Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes. Natur und Landschaft (2022) 44, S. 589-599.

GUCKELBERGER, A. (2021): Kommentierung § 14 Bundesnaturschutzgesetz. In: Frenz, W.; Müggenborg, H.-J. (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz – Kommentar, 3. Auflage, S. 341 – 397, Erich Schmidt Verlag, Berlin.

HACHMANN, R.; KLEINSCHMIDT, B.; LIPSKI, A.; THAMM, R. (2010): Planzeichen für die Landschaftsplanung – Untersuchung der Systematik und Darstellungsgrundlagen von Planzeichen, BfN Skript 266.

HEILAND, S.; MENGEL, A.; HÄNEL, K.; GEIGER, B.; ARNDT, P.; REPPIN, N.; WERLE, V.; HOKEMA, D.; HEHN, C.; MERTELMEYER, L.; BURGHARDT, R.; OPITZ, S. (2017): Bundeskonzept Grüne Infrastruktur Fachgutachten, BfN Skript 457.

HENDRISCHKE, O. (2022): Standardisierung im Naturschutz – rechtliche Erfordernisse und Instrumente. Vortrag auf dem Deutschen Naturschutztag 2022.

HOFFMANN, J. (2021): Der Zugang zu Wissen und Recht: Zur gerichtlichen Anerkennung fachwissenschaftlicher Erkenntnisse im Umweltrecht, Die Öffentliche Verwaltung, S. 970-978.

HOHEISEL, D.; MENGEL, A.; HEILAND, S.; MERTELMEYER, L.; MEURER, J.; RITTEL, K. (2017): Planzeichen für die Landschaftsplanung, F+E-Vorhaben (FKZ 3511 82 0900), BfN-Skripten 461/1 und 461/2, Bundesamt für Naturschutz, Bonn-Bad Godesberg.

HONG, M. (2018): Chancen und Risiken externen Sachverständigen in den Verwaltungsverfahren der Wissensgesellschaft. Die Verwaltung 51 (2018), S. 367 – 392.

HUGGINS, B. (2021): Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot als abgestuftes Schutzregime – Das Zusammenspiel von Signifikanz, Erkenntnisschwierigkeiten und Vermeidungsmaßnahmen sowie weiterer Differenzierungen als Abstufungen einer Verbotsnorm, *Natur und Recht* (2021) 43, S. 73-82.

HUGGINS, B.; ZIMMERMANN, J. (2022): Gesetz zum Schutz der Insektenvielfalt – Novelierungen des Natur- und Pflanzenschutzrechts. *DVBl* 2022, S. 20-28.

JACOB, T.; LAU, M.: Beurteilungsspielraum und Einschätzungsprärogative. Zulässigkeit und Grenzen administrativer Letztentscheidungsmacht am Beispiel des Naturschutz- und Wasserrechts. *NVwZ* (2015) 34, S. 241 – 248. KAHL, W.; BURS, M. (2016a): Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Naturschutzrecht (Teil 1). *DVBl* 18/2016, S. 1157 – 1165.

KAHL, W.; BURS, M. (2016b): Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Naturschutzrecht (Teil 2). *DVBl* 19/2016, S. 1222 – 1228.

KAHL, W.; MÖDINGER, M. (2021): Gute Gesetzgebung und Nachhaltigkeit. *DÖV* 2021, S. 93 – 103.

KERKMANN, J.; KOCH, H.-J. (2017): Kommentierung § 15 Bundesnaturschutzgesetz. In: Schlacke, S. (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar zum Bundesnaturschutzgesetz*, 2. Auflage, S. 249 – 274, Carl Heymanns Verlag, Köln.

KÖCK, W. (2022): Der Umgang mit wissenschaftlicher Unsicherheit in der Rechtsprechung zum EU-Naturschutzrecht, *ZUR* 2022, S. 259-271.

LUKAS, A. (2022): Artenschutz in Planungs- und Zulassungsverfahren. Schriftenreihe des Fachgebietes Landschaftsentwicklung/Umwelt- und Planungsrecht, Universität Kassel, Band 7, kassel university press. Kassel.

MASLATON, M. (2019): Die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Klimaschutz und Artenschutz durch eine TA Artenschutz/Wind?. *NVwZ* 15/2019, S. 1081-1085.

MAURER, H.; WALDHOFF, C. (2020): *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 20. Auflage, Beck Verlag, München.

MENGEL, A. (2021): Kommentierung § 1 Bundesnaturschutzgesetz (Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege). In: Frenz, W.; Müggenborg, H.-J. (Hrsg.), *Bundesnaturschutzgesetz – Kommentar*, 3., Auflage, S. 3 – 70, Erich Schmidt Verlag, Berlin.

MENGEL, A. (2019): Naturschutzbelange in der Bauleitplanung, in: *Naturschutzrecht und Städtebaurecht*, Bundesfachtagung Naturschutzrecht 2017, Schriftenreihe des Fachgebietes Landschaftsentwicklung/Umwelt- und Planungsrecht, Universität Kassel, Band 4, S. 24 – 47, kassel university press. Kassel.

MENGEL, A. (2018): Kommentierung §§ 8-12 Bundesnaturschutzgesetz (Landschaftsplanung). In: Lütkes, S.; Ewer, W. (Hrsg.), *Bundesnaturschutzgesetz – Kommentar*, 2. Auflage, S. 105 – 155. C.H. Beck Verlag, München.

MENGEL, A.; HOHEISEL, D.; REPPIN, N.; BARTHELMES, B.; ZACHOW, O.; WICKERT, J. (in Vorbereitung): *Urbane Naturschutzkonzepte zur Entwicklung urbaner und suburbaner Frei-*

räume – Planerische Steuerung der naturschutzgerechten Siedlungsentwicklung in urbanen und suburbanen Räumen unter besonderer Berücksichtigung naturverträglicher Landnutzung, F+E-Vorhaben (FKZ 3517840400), erscheint als BfN-Skript, Bundesamt für Naturschutz, Bonn-Bad Godesberg.

MENGEL, A.; MÜLLER-PFANNENSTIEHL, K.; SCHWARZER, M.; WULFERT, K.; STROTHMANN, T.; VON HAAREN, C.; GALLER, C.; WICKERT, J.; PIECK, S.; BORKENHAGEN, J. (2018a): Methodik der Eingriffsregelung im bundesweiten Vergleich, F+E-Vorhaben (FKZ 3510 82 2900), Naturschutz und Biologische Vielfalt 165, Bundesamt für Naturschutz, Bonn-Bad Godesberg.

MENGEL, A.; HOHEISEL, D.; LUKAS, A.(2018b): Naturschutzrechtliche Steuerungspotenziale des Gebietsschutzes – Schwerpunkt Landschaftsschutzgebiete, F+E-Vorhaben (FKZ 3515 81 1000), Naturschutz und Biologische Vielfalt 166, Bundesamt für Naturschutz, Bonn-Bad Godesberg.

MÖCKEL, S. (2018): Gute fachliche Praxis, Eingriffsregelung und Landwirtschaft. *Natur und Recht* (2018) 40, S. 742-745.

PIROCH, INGMAR (2017): Schutzziel Biodiversität. Flächenbezogener Schutz der Biodiversität nach dem Leitbild der differenzierten Umweltnutzung unter besonderer Berücksichtigung des Planungsrechts. Duncker & Humblot, Berlin.

REHBINDER, E. (2011): Biodiversitäts- und Klimaschutz in der Landwirtschaft: Reichen die gesetzlichen Rahmenbedingungen?. *Natur und Recht* 2011, S. 241 – 250.

REINHARDT, M. (2019): Umweltschutz ist wesentlich. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Standardsetzung mit unbestimmten und unbestimmbaren Rechtsbegriffen. *NVwZ* 4/2019, S. 195 – 198.

RENNERT, K. (2019): Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Umweltrecht. *DVBl* 3/2019, S. 133 – 139.

SCHEIDLER, A. (2019): Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung und Landwirtschaft, *Agrar- und Umweltrecht* 3/2019, S. 88-93.

SCHLACKE, S. (2021): *Umweltrecht*. 8. Auflage, Nomos-Verlag, Baden-Baden.

SCHRÖDER, M. (2019): Auswirkungen ökologischer Erkenntnisdefizite auf die verwaltungsgerichtliche Kontrolle. Zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13, 1 BvR 595/14. *EurUP* 1/2019, S. 91 – 95.

SCHOBER, K.; CALABRO, C. (2022): Qualitätssicherung bei artenschutzrechtlichen Prüfungen von Windenergieprojekten. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2022, S. 115-122.

SCHÜTTE, P.; WITTRÖCK, E. (2013): Der Entwurf der Bundeskompensationsverordnung, *ZUR* 5/2013, S. 259-264.

SCHUMACHER, A.; SCHUMACHER, J. (2021): Kommentierung § 9 BNatSchG, in: Schumacher, J.; Fischer-Hüftle, P. (Hrsg.): *Bundesnaturschutzgesetz – Kommentar mit Umweltschutzbehelfsgesetz und Bundesartenschutzverordnung*, 3. Auflage, S. 259 – 287, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart.

SCHUMACHER, J.; SCHUMACHER, A. (2021): Kommentierung § 31 Bundesnaturschutzgesetz. In: Schumacher, J; Fischer-Hüftle, P. (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz – Kommentar mit Umweltrechtsbehelfsgesetz und Bundesartenschutzverordnung, 3. Auflage, S. 798 – 835, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart.

SCHUMACHER, J.; SCHUMACHER, A. (2021): Kommentierung § 34 Bundesnaturschutzgesetz. In: Schumacher, J; Fischer-Hüftle, P. (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz – Kommentar mit Umweltrechtsbehelfsgesetz und Bundesartenschutzverordnung, 3. Auflage, S. 876 – 948, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart.

SCHUMACHER, J.; SCHUMACHER, A.; KRÜSEMANN, E.; REBSCH, S.; BECKER, R.; NIEDERSTADT, F.; KONOLD, W.; WATTENDORF, P. (2014): Naturschutzrecht im Klimawandel. Juristische Konzepte für naturschutzfachliche Anpassungsstrategien. Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg.

SCHUSTER, M. (2020): Beurteilungsspielräume der Verwaltung im Naturschutzrecht, Duncker & Humblot, Berlin.

SCHWARZER, M.; MENGEL, A.; KONOLD, W.; REPPIN, N.; MERTELMEYER, L.; JANSEN, M.; GAUDRY K.-H.; OELKE, M. (2018): Bedeutsame Landschaften in Deutschland. Gutachtliche Empfehlungen für eine Raumauswahl. Bände 1 und 2, BfN-Skripten 516 und 517, Bundesamt für Naturschutz, Bonn-Bad Godesberg.

SCHWARZER, M.; MENGEL, A.; REPPIN, N.; WIECHMANN, S. (2022): Bedeutsame Landschaften in Deutschland. Fachbroschüre zur konsolidierten Fassung. kassel university press. Kassel.

STEINKÜHLER, M. (2022): Infrastrukturvorhaben vor Gericht. Betrachtungen am Beispiel (nicht nur) der Verfahren gegen die Feste Fehmarnbeltquerung – Teil II. Umwelt- und Planungsrecht 8/2022, S. 281-285.

STOROST, U. (2015): Erforderlichkeit von Fachkonventionen für die arten- und gebietsschutzrechtliche Prüfung aus verwaltungsrichterlicher Sicht. UPR 2/2015, S. 47 – 49.

UMWELTRECHTSAUSSCHUSS DES DEUTSCHEN ANWALTSVEREINS (2022): Beschleunigungsmöglichkeiten für die Genehmigung von Windenergieanlagen an Land: Artenschutz. NuR 2022 (44), S. 241-253.

UMWELTRECHTSAUSSCHUSS DES DEUTSCHEN ANWALTSVEREINS (2019): Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins zum Entwurf der Verordnung über die Kompensation von Eingriffen in Natur und Landschaft im Zuständigkeitsbereich der Bundesverwaltung (Bundeskompensationsverordnung – BKompV) vom 13.09.2019.

VOßKUHLE, A.; KAUFHOLD, A.-K. (2016): Grundwissen – Öffentliches Recht: Verwaltungsvorschriften, Juristische Schulung 4/2016, S. 314-316.

WULFERT, K.; LAU, M.; KÖSTERMEYER, H. (2022): Vögel und Windenergienutzung – Vorgaben zur Signifikanzbewertung und Ausnahme. Natur und Recht 2022 (44), S. 441-451.

**Gesetze**

In diesem Beitrag wird das Bundesnaturschutzgesetz vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2542), zuletzt geändert durch Art. 1 zum Schutz der Insektenvielfalt in Deutschland und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 18.8.2021 (BGBl. I S. 3908), zugrunde gelegt.

Das Vierte Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 20.7.2022 (BGBl. 2022 Teil I Nr. 28) konnte nicht mehr berücksichtigt werden.



# DIE BAUGESETZBUCH-NOVELLE UND IHRE AUSWIRKUNGEN AUF DEN NATURSCHUTZ

**Prof. Dr. Martin WICKEL, HafenCity Universität Hamburg**

Betrachtet man die jüngste BauGB-Novelle, das Baulandmobilisierungsgesetz,<sup>1</sup> zeigt sich vordergründig kein besonderer Bezug zum Naturschutz. Dieses Thema wird allenfalls gestreift. Zum einen gibt es in der Gesetz gewordenen Fassung keine zentrale Vorschrift, die im Kern auf den Naturschutz zielt. Aber auch die mittelbaren Auswirkungen sind – allerdings mit einer gewichtigen Ausnahme – begrenzt. Das Gesetz zielt im Wesentlichen auf die Erleichterung bestimmter Bereiche der Siedlungsentwicklung. Siedlungsentwicklung steht allgemein in einem Spannungsverhältnis zum Naturschutz, das dementsprechend auch im Baulandmobilisierungsgesetz deutlich wird. Aber darüber geht der Bezug zum Naturschutz im Wesentlichen auch nicht hinaus.

## 1 Einführung

Die BauGB-Novelle, das Baulandmobilisierungsgesetz, zielt darauf, den Gemeinden Instrumente an die Hand zu geben, mit denen sie leichter Bauland erschließen können. Der Fokus liegt dabei auf dem Wohnungsbau. Diese Zielsetzung war bereits im Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode vereinbart worden.<sup>2</sup> Auf diesem Wege wird ein sozialer Belang, der im BauGB eine zentrale Rolle spielt, die Versorgung der Wohnbevölkerung mit Wohnraum, gestärkt.

Die möglichen Auswirkungen auf den Naturschutz werden bereits im Namen des Gesetzes deutlich. Bei der Erschließung von Bauland wird in der Regel auf Freiflächen zugegriffen, die häufig eine ökologische Funktion erfüllen. Diese wird durch die Bebauung der Fläche gestört oder geht vollständig verloren. Aus der Sicht des Naturschutzes lässt sich dabei differenzieren, abhängig von der Art der Fläche, auf die die Siedlungsentwicklung zugreift. Der stärkste Eingriff in den Naturschutz dürfte mit der Ausdehnung des Siedlungsbereichs in den Außenbereich einhergehen. Es werden also Flächen in Anspruch genommen, die bislang von der Siedlungsentwicklung nicht berührt waren. Diese Problematik hat der Gesetzgeber bereits vor einiger Zeit erkannt. Aus diesem Grund wurde in den letzten anderthalb Jahrzehnten im BauGB eine Betonung auf die Innenentwicklung gelegt. Zwei Novellen der jüngeren Zeit tragen die Innenentwicklung im Namen und bringen damit zum Ausdruck, dass es sich um ein zentrales Anliegen der

---

<sup>1</sup> Gesetz zur Mobilisierung von Bauland (Baulandmobilisierungsgesetz) v. 14.06.2021, BGBl. I S. 1802.

<sup>2</sup> Vgl. Bundestag (2021a): S. 16

jeweiligen Regelungen handelte.<sup>3</sup> Der deutlichste Ausdruck dieser Entwicklung sind die Einführung des Bebauungsplans der Innenentwicklung in § 13a BauGB im Jahr 2007 und die Einfügung des § 1 Abs. 5 S. 3 BauGB im Jahr 2013. Letzterer betont, dass die städtebauliche Entwicklung vorrangig durch Maßnahmen der Innenentwicklung erfolgen soll.

Aber auch der Zugriff auf Flächen innerhalb des bereits entwickelten Siedlungsbereichs ist nicht ohne Folgen für den Naturschutz, da gerade auch innerstädtische Freiflächen wichtige ökologische Funktionen erfüllen können. Eng damit verbunden ist das Konzept der doppelten Innenentwicklung.<sup>4</sup> Danach soll sich die Innenentwicklung nicht allein darin erschöpfen, quantitativ den Siedlungsbereich nachzverdichten. Zugleich sollen auch die städtischen Grünflächen entwickelt werden, was attraktive urbane Räume im Sinne einer qualitativen Innenentwicklung schafft. Die ökologischen Funktionen sind dabei wiederum ein Aspekt, der zu einer qualitativen Innenentwicklung beitragen kann.

Im BauGB finden sich bislang wenig konkrete Anhaltspunkte für qualitative Anforderungen an die Innenentwicklung. Demgegenüber wird beispielsweise auf „Brachflächen, Gebäudeleerstand, Baulücken und andere Nachverdichtungsmöglichkeiten“ (§ 1a Abs. 2 S. 4 BauGB) Bezug genommen. Solche Nachverdichtungsmöglichkeiten dürften aber eher die quantitativen Aspekte der Innenentwicklung repräsentieren. Eine Betonung der qualitativen Elemente der doppelten Innenentwicklung lässt sich am ehesten in der neu eingefügten Regelung des § 1 Abs. 6 Nr. 14 BauGB finden, wonach „die ausreichende Versorgung mit Grün- und Freiflächen“ in der Abwägung zu berücksichtigen ist (dazu sogleich). Ansonsten spiegelt sich dieser Ansatz bislang im BauGB kaum wider.

## 2 Regelungen, die den Naturschutz unmittelbar adressieren

Zwar zielt das Baulandmobilisierungsgesetz primär auf die Förderung des Wohnungsbaus. Der Gesetzgeber trifft aber gleichwohl eine Reihe von Regelungen, die mit diesem zentralen Thema nicht unmittelbar verbunden sind. Hier wird – wie bei anderen BauGB-Novellen auch – die Gelegenheit ergriffen, im Rahmen einer ohnehin anstehenden Gesetzesnovelle auch andere Änderungsbedarfe abzuarbeiten. So finden sich im Baulandmobilisierungsgesetz drei Regelungen, die den Naturschutz unmittelbar betreffen.

---

<sup>3</sup> Gesetz zur Erleichterung von Planungsvorhaben für die Innenentwicklung der Städte v. 21.12.2006, BGBl. I S. 3316; Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts v. 11.6.2013, BGBl. I S. 1548.

<sup>4</sup> Vgl. dazu Bundesamt für Naturschutz (2017).

## 2.1 Berücksichtigung der ausreichenden Versorgung mit Grün- und Freiflächen (§ 1 Abs. 6 Nr. 14 BauGB)

§ 1 Abs. 6 BauGB enthält eine Aufzählung von Belangen, die bei der Aufstellung von Bauleitplänen zu berücksichtigen sind. Diese Liste ist umfangreich und enthält die zentralen sozialen, ökologischen und ökonomischen Aspekte, die die Bauleitplanung berühren kann. Das Baulandmobilisierungsgesetz hat die Liste durch eine Nr. 14 erweitert. Danach ist bei der Aufstellung von Bauleitplänen die ausreichende Versorgung mit Grün- und Freiflächen zu berücksichtigen.

Die Bedeutung dieser Ergänzung ist begrenzt und dürfte sich im Wesentlichen in einer symbolischen Hervorhebung dieses Belangs erschöpfen. Das ergibt sich zum einen daraus, dass die Liste des § 1 Abs. 6 BauGB nur eine beispielhafte Aufzählung enthält, was sich aus der Verwendung des Begriffs „insbesondere“ am Beginn der Aufzählung ergibt.<sup>5</sup> Auch andere, nicht ausdrücklich benannte Belange können berücksichtigt werden. Somit war es auch bisher schon durchaus möglich und im konkreten Fall gegebenenfalls auch angezeigt, die Versorgung mit Grün- und Freiflächen als Belang in die Bauleitplanung mit einzubeziehen. Weiterhin sind ökologische Belange in der Liste bereits breit vertreten. So sind beispielsweise die Darstellungen von Landschaftsplänen gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 7 lit. h BauGB zu berücksichtigen. Soweit diese eine Freiraumstruktur vorsehen, ergibt sich das Erfordernis zur Berücksichtigung auch schon aus dieser Regelung.

Aus der ausdrücklichen Nennung im Katalog des § 1 Abs. 6 BauGB folgt auch keine Gewichtungsvorgabe.<sup>6</sup> Die Versorgung mit Grün- und Freiflächen erhält somit auch kein stärkeres Gewicht in der Abwägung als zuvor.

Und schließlich ist festzuhalten, dass es sich lediglich um ein Berücksichtigungsgebot handelt. Der Belang ist somit mit anderen Belangen in die Abwägung einzustellen. Die planende Gemeinde kann diesen Belang aber zugunsten anderer Belange in der Abwägung auch zurückstellen. Die Berücksichtigung führt also nicht dazu, dass der Belang sich in jedem Fall auch im fertigen Plan durchsetzt oder wiederfindet.

## 2.2 Naturerfahrungsräume (§ 9 Abs. 1 Nr. 15 BauGB)

Die zweite Regelung des Baulandmobilisierungsgesetzes, die den Naturschutz unmittelbar adressiert, ist eine Ergänzung des § 9 Abs. 1 Nr. 15 BauGB. § 9 Abs. 1 BauGB erfüllt eine zentrale rechtliche Funktion. Da Bebauungspläne Inhaltsbestimmungen im Sinne des Art. 14 Abs. 2 GG darstellen und damit die Grundrechte der Grundstückseigentümer tangieren, bedürfen Festsetzungen in diesen Plänen einer gesetzlichen Grundlage. Nur was im Gesetz vorgesehen ist, kann im Bebauungsplan auch festgesetzt werden.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Battis (2022a), Rn. 48.

<sup>6</sup> Söfker/Runkel (2021), Rn. 112.

<sup>7</sup> Vgl. Mitschang/Reidt (2022): Rn. 2.

§ 9 Abs. 1 Nr. 15 BauGB sieht als möglichen Inhalt von Bebauungsplänen öffentliche und private Grünflächen vor. Hierbei belässt es die Regelung jedoch nicht, sondern erlaubt zusätzlich, dass diese Grünflächen mit einer besonderen Zweckbestimmung verbunden werden. Hier zählte das Gesetz bislang Parkanlagen, Dauerkleingärten, Sport-, Spiel-, Zelt- und Badeplätze und Friedhöfe auf. Durch das Baulandmobilisierungsgesetz treten nun Naturerfahrungsräume als weitere Zweckbestimmung hinzu.

Auch von dieser Ergänzung gehen jedoch keine wesentlichen Änderungen der Rechtslage aus. Die Regelung des § 9 Abs. 1 Nr. 15 BauGB versteht die Nennung der Zweckbestimmungen als beispielhaft.<sup>8</sup> Zunächst erlaubt das Gesetz also, die Grünflächen überhaupt mit einer Zweckbestimmung zu versehen. Dann werden in einer nicht abschließenden Aufzählung mögliche spezifische Zweckbestimmungen genannt. Nach dieser Betrachtungsweise war es also auch vor dem Baulandmobilisierungsgesetz bereits möglich, eine Grünfläche mit der Zweckbestimmung Naturerfahrungsraum zu versehen. Dies wird durch das Gesetz jetzt deutlicher hervorgehoben.

### **2.3 § 136 Abs. 3 Nr. 2 lit. c BauGB**

Die Liste der Regelungen, die den Naturschutz unmittelbar betreffen, ist schließlich mit dem Hinweis auf § 136 Abs. 3 Nr. 2 lit. c BauGB zu vervollständigen. Die §§ 136 ff. BauGB regeln die städtebauliche Sanierungsmaßnahme, die als eine der städtebaulichen Gesamtmaßnahmen zum besonderen Städtebaurecht gehört. Sanierungsmaßnahmen zielen auf die Behebung städtebaulicher Missstände und setzen solche dementsprechend voraus. Ob städtebauliche Missstände vorliegen, wird gemäß § 136 Abs. 3 Nr. 2 lit. c BauGB auch mit Blick auf die Ausstattung eines Gebiets mit Grünflächen beurteilt. Es handelt sich dabei um einen Aspekt unter zahlreichen anderen.

Hier ändert sich, dass die Regelung nunmehr nicht mehr allein auf die Ausstattung mit Grünflächen abhebt. Zusätzlich wird der Begriff der Freifläche neben den der Grünfläche gestellt. Weiterhin geht es nicht mehr nur um die Ausstattung, sondern auch um die Vernetzung dieser Flächen. Dabei sollen die Belange des Klimaschutzes und der Klimaanpassung berücksichtigt werden.<sup>9</sup> Die Regelung erfährt somit eine Akzentuierung. Grünflächen werden nicht mehr allein um ihrer selbst willen, sondern durch die Betonung der Vernetzung auch im Hinblick auf ihre ökologischen Funktionen sowie ihren Beitrag zum Klimaschutz und zur Klimaanpassung betrachtet.

Aber auch hier gilt, ebenso wie bei den anderen unmittelbar auf den Naturschutz bezogenen Änderungen, dass die Regelung auch zuvor schon in dieser Weise gehandhabt werden konnte. Die Neufassung betont somit bestimmte Funktionen, ohne den Handlungsrahmen der Gemeinden an dieser Stelle entscheidend zu erweitern.

---

<sup>8</sup> Mitschang/Reidt (2022): Rn. 82.

<sup>9</sup> Bundestag (2021a): S. 29.

## 2.4 Keine Einführung eines Ersatzgeldes

Der ursprüngliche Gesetzentwurf enthielt auch noch eine Ergänzung des § 1a Abs. 3 BauGB. Dieser regelt die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung, also den Ausgleich von Eingriff in Natur und Landschaft in ihrer besonderen Ausformung im Bauplanungsrecht. Die Vorschrift sollte um einen S. 5 ergänzt werden, der vorsah, dass, soweit „ein Ausgleich nicht möglich ist, [...] nach Aufstellung des Bebauungsplans Ersatz in Geld nach Maßgabe des § 135d zu leisten“ ist.<sup>10</sup> Damit wäre die Regelung der Eingriffsregelung im BNatSchG angeglichen worden. Dort sieht § 15 Abs. 6 BNatSchG als letztes Mittel der Kompensation für einen Eingriff in Natur und Landschaft die Zahlung eines Ersatzgeldes vor. Hierfür besteht derzeit im Bauplanungsrecht keine Rechtsgrundlage.

Die Regelung ist während der Ausschussberatungen aus dem Gesetz gestrichen worden, da sie vor dem Hintergrund des eigentlichen Gesetzeszwecks, der raschen Schaffung preiswerten Baulands, nicht zielführend sei.<sup>11</sup> Offenbar sollten hier mögliche finanzielle Belastungen der Gemeinden bei der Erschließung neuen Baulands vermieden werden.

Hieran lässt sich deutlich erkennen, dass der Schutz von Natur und Landschaft nicht im Fokus des Baulandmobilisierungsgesetzes stand. Während die anderen Regelungen sich gegenüber dem Gesetzeszweck der erleichterten Erschließung von Bauland weitgehend neutral verhalten, da sie im wesentlichen klarstellenden Charakter hatten, hätte die Einführung des § 1a Abs. 3 S. 5 BauGB-E tatsächlich eine Rechtsänderung zugunsten des Natur- und Landschaftsschutzes bedeutet. Das wollte der Gesetzgeber offenbar vor dem Hintergrund des Grundmotivs der Novelle nicht zugestehen.

## 3 Beispiele für Änderungen mit geringen Auswirkungen auf den Naturschutz

Die beschriebenen Gesetzesänderungen stehen nicht im Mittelpunkt des Baulandmobilisierungsgesetzes. Wie eingangs angemerkt, handelt es sich eher um Vorschriften, die anlässlich einer BauGB-Novelle in das Gesetz aufgenommen wurden. Von der zentralen Motivation des Gesetzes sind sie hingegen nicht umfasst.

Eine unvollständige Durchsicht des Baulandmobilisierungsgesetzes zeigt die folgenden Änderungen:

neuer sektoraler Bebauungsplantyp für den Wohnungsbau (§ 9 Abs. 2d BauGB)

Verlängerung der Anwendung des § 13b BauGB

erweiterte Befreiungsmöglichkeiten (§ 31 BauGB)

erleichtertes Bauen im nicht beplanten Innenbereich (§ 34 BauGB)

erleichtertes Bauen im Außenbereich (§ 35 BauGB)

---

<sup>10</sup> Bundestag (2021a): S. 5 f.

<sup>11</sup> Bundestag (2021b): S. 59.

Erweiterung des Anwendungsbereichs des gemeindlichen Vorkaufrechts (§§ 24, 25 BauGB)

Erweiterung des Baugebots (§ 176 BauGB)

Gebiete mit angespanntem Wohnungsmarkt (§ 201a BauGB)

städtebauliche Konzepte der Innenentwicklung (§ 176a BauGB)

Einführung eines dörflichen Wohngebiets (§ 5a BauNVO)

Maße der baulichen Nutzung in § 17 BauNVO nur noch als Orientierungswerte

An dieser unvollständigen Liste wird bereits deutlich, dass der Gesetzgeber im Baulandmobilisierungsgesetz viele Stellschrauben im Gesetz nachjustiert hat. Eine bahnbrechende Neuerung – ein neues Instrument oder eine grundlegende Neubestimmung der Gewichtungen des BauGB – sucht man vergebens. Die Gesetzesbegründung hebt aus der Liste als wesentliche Regelungsinhalte die Einführung des § 9 Abs. 2d BauGB, die erweiterten Befreiungsmöglichkeiten und Erleichterungen im Innen- und Außenbereich, die Erweiterung des Vorkaufsrechts, die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Baugebots und die Schaffung der städtebaulichen Konzepte der Innenentwicklung hervor.<sup>12</sup>

Vorliegend ist vor allem die Perspektive des Naturschutzes gefragt und gemäß dieser Strategie des Gesetzgebers lässt sich auch unter diesem Blickwinkel feststellen, dass sich bei erster Betrachtung auch für den Naturschutz die Gewichte innerhalb des BauGB durch das Gesetz nicht dramatisch verändert haben. Im Folgenden sollen exemplarisch zwei Änderungen herausgegriffen werden, anhand derer sich die Auswirkungen beschreiben lassen.

### **3.1 Ausweitung der Vorkaufsrechte (§§ 24 und 25 BauGB)**

Gemeinden steht in bestimmten Situationen ein Vorkaufsrecht zu, das sie berechtigt, im Falle des Verkaufs eines Grundstücks den Kaufvertrag anstelle des Käufers gleichsam zu „übernehmen“. Eine der Fallgruppen, in denen ein Vorkaufsrecht ausgeübt werden kann, regelt der § 24 Abs. 1 Nr. 6 BauGB. Danach besteht ein Vorkaufsrecht in Gebieten, die gemäß §§ 30, 33 oder 34 Abs. 2 BauGB vorwiegend mit Wohngebäuden bebaut werden können. Voraussetzung ist, dass die Grundstücke unbebaut sind. Die Anforderungen an diese letzte Voraussetzung wurden insofern abgesenkt, als ein Grundstück nunmehr auch dann als unbebaut gilt, wenn es lediglich mit einer Einfriedung oder zu erkennbar vorläufigen Zwecken bebaut ist.

Weiterhin wird eine neue Fallgruppe hinzugefügt. Es handelt sich um den neu eingefügten § 24 Abs. 1 Nr. 8 BauGB. Diese Vorschrift knüpft das Vorkaufsrecht an das Vorliegen bestimmter Missstände. Es kann in Gebieten Anwendung finden, die den §§ 30, 33 oder 34 BauGB unterliegen, also im Wesentlichen der beplante und der nicht beplante Innenbereich. Ein Vorkaufsrecht kann hier zum einen gegeben sein, wenn ein städtebaulicher Missstand im Sinne des § 136 Abs. 2 S. 2 in Verbindung mit § 136 Abs.

---

<sup>12</sup> Bundestag (2021a): S. 1.

3 BauGB vorliegt. Hier knüpft die Regelung also an das Vorliegen der Voraussetzungen einer städtebaulichen Sanierungsmaßnahme an. Zum anderen kommt das Vorkaufsrecht in Betracht, wenn bauliche Anlagen einen Missstand nach § 177 Abs. 2 BauGB aufweisen. Missstände liegen danach insbesondere vor, wenn die bauliche Anlage nicht den Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse entspricht. Weiterhin müssen in beiden Fallgruppen die Grundstücke erhebliche nachteilige Auswirkungen auf das soziale und städtebauliche Umfeld aufweisen.

Neben den in § 24 BauGB geregelten allgemeinen Vorkaufsrechten, die qua gesetzlicher Regelung bestehen, gibt es auch noch besondere Vorkaufsrechte nach § 25 BauGB, die durch die Gemeinden zunächst begründet werden müssen. Auch hier eröffnet das Baulandmobilisierungsgesetz eine neue Fallgruppe. Wiederum im beplanten oder nicht beplanten Innenbereich können die Gemeinden gemäß § 25 Abs. 1 Nr. 3 BauGB insbesondere an brachliegenden Grundstücken durch Satzung ein Vorkaufsrecht begründen, wenn diese vorwiegend mit Wohngebäuden bebaut werden können und in einem Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt nach § 201a BauGB liegen.

Die Auswirkungen dieser Neuregelung unter dem Gesichtspunkt des Naturschutzes sind sehr begrenzt. Am ehesten kann auf das Vorkaufsrecht nach § 24 Abs. 1 Nr. 8 lit. b BauGB bei Grundstücken mit Gebäuden, die einen Missstand nach § 177 Abs. 2 BauGB aufweisen, verwiesen werden. Diese Regelung kann dazu beitragen, dass sich städtebauliche Entwicklung auf Flächen vollzieht, die bereits bebaut sind. Diese Flächen sind für den Naturschutz zumeist bereits verloren. Durch die bessere Nutzung solcher Grundstücke kann die Neuinanspruchnahme von Freiflächen an anderer Stelle vermieden werden. Hier wird der Gedanke eines Flächenrecyclings erkennbar. Ähnliches mag auch bei brachliegenden Grundstücken bei Anwendung des Vorkaufsrechts nach § 25 Abs. 1 Nr. 3 BauGB gelten. Hier werden zwar unter Umständen nicht bebaute Grundstücke einbezogen, die durchaus auch eine ökologische Funktion erfüllen können. Aber die Nutzbarmachung solcher Grundstücke, die sich im bereits vorhandenen Siedlungszusammenhang befinden, entspricht dem Gedanken der Innenentwicklung, der ebenfalls positive Effekte für den Naturschutz nach sich ziehen kann.

### **3.2 Städtebauliches Entwicklungskonzept zur Stärkung der Innenentwicklung (§ 176a BauGB)**

Die in § 176a BauGB neu eingeführten städtebaulichen Entwicklungskonzepte zur Stärkung der Innenentwicklung haben den Zweck, den Gemeinden ein zusätzliches Instrument an die Hand zu geben, auf die bauliche Nutzung von unbebauten und brachliegenden Grundstücken im Gemeindegebiet hinzuwirken. Das Instrument zielt vor allem auf Grundstücke, die verteilt liegen und keinen Zusammenhang aufweisen.

Solche Grundstücke gezielt einer baulichen Nutzung zuzuführen, dürfte dem Naturschutz insoweit dienen, als wiederum die städtebauliche Entwicklung auf den bereits erschlossenen Siedlungsraum konzentriert wird. Dadurch können Freiflächen im Außenbereich geschont werden. Zwar ist auch hier zu beachten, dass auch brachliegende

Grundstücke im Siedlungsbereich ökologische Funktionen erfüllen können, hier also mitunter wertvolle Freiflächen verloren gehen. Aus naturschutzfachlicher Sicht wäre die Schonung des Außenbereichs gegen den Verlust von Freiflächen im Siedlungsbereich abzuwägen. Aber die städtebaulichen Entwicklungskonzepte könnten gerade auf ökologische Funktionen von Freiflächen im Innenbereich Rücksicht nehmen und bestimmte Grundstücke von der baulichen Entwicklung gezielt ausnehmen. Versteht man unter der „Stärkung der Innenentwicklung“ im Sinne des § 176a Abs. 1 BauGB auch die Sicherung und Förderung der Qualität des Innenbereichs im Sinne einer doppelten Innenentwicklung (siehe oben), wäre die gezielte Bewahrung von Freiflächen auch vom Zweck der Vorschrift getragen. Unabhängig hiervon ist es den Gemeinden ohnehin möglich, auch weitere Inhalte in die Konzepte aufzunehmen.<sup>13</sup>

Allerdings ist festzustellen, dass die städtebaulichen Entwicklungskonzepte zur Stärkung der Innenentwicklung die bauliche Nutzung noch nicht selbst herbeiführen. Sie stellen lediglich die Grundlage für andere Maßnahmen dar. So lassen sich Baugebote nach § 176 BauGB mit Blick auf übergeordnete städtebauliche Ziele, wie die Versorgung der Bevölkerung mit Wohnraum, leichter rechtfertigen, wenn ein über ein einzelnes Grundstück hinausreichendes Konzept zugrunde liegt. Legt man, wie hier erwogen, den Konzepten des § 176a BauGB eine freiraumbewahrende Funktion bei, müsste dies regelmäßig mit Änderungen von Bebauungsplänen einhergehen, die die Bebaubarkeit der betroffenen Grundstücke einschränken oder ausschließen würde.

Einschränkend ist zu bemerken, dass es die Gemeinden auch vor der Einführung des § 176a BauGB entsprechende städtebauliche Konzepte aufstellen konnten.<sup>14</sup> Die Regelung hat somit vor allem einen klarstellenden und symbolischen, die Gemeinde ermutigenden Charakter.

### 3.3 Begrenzte Wirkung für die den Naturschutz

Die beiden näher betrachteten Regelungen hatten somit jeweils keine besonderen Auswirkungen auf den Naturschutz. Das heißt nicht, dass sie für den Naturschutz nicht auch von Bedeutung wären. Die Änderungen unterstützen die Siedlungsentwicklung und Siedlungsentwicklung steht allgemein in einem Spannungsverhältnis zum Naturschutz, vor allem wenn Freiflächen verbraucht werden. Dabei hat sich aber die Betrachtungsweise durchgesetzt, dass eine Entwicklung im bereits bestehenden Siedlungsraum, also die Innenentwicklung, einer Entwicklung in den Außenbereich hinein vorzuziehen ist. Insofern kann man die beiden betrachteten Änderungen begrüßen, weil sie diese Innenentwicklung unterstützen. Eine ähnliche Wirkung lässt sich auch für weitere, hier nicht näher behandelte Instrumente feststellen, zum Beispiel den sektoralen Bebauungsplan zur Wohnraumversorgung im neu eingeführten § 9 Abs. 2d BauGB oder die Erweiterung des Baugebots in § 176 Abs. 1 Nr. 3 BauGB.

---

<sup>13</sup> Vgl. Mitschang (2022): Rn. 2.

<sup>14</sup> Mitschang (2022): Rn. 1.



## **4 Einbeziehung von Außenbereichsflächen in das beschleunigte Verfahren (§ 13b BauGB)**

### **4.1 Entstehungsgeschichte und Inhalt des § 13b BauGB**

Während sich die bislang betrachteten Änderungen in das allgemeine Bestreben des BauGB zur Priorisierung der Innenentwicklung einordnen lassen, liegt die Regelung des § 13b BauGB gleichsam quer zu diesem Grundsatz des BauGB.

Die Regelung ist nicht grundsätzlich neu. Sie wurde bereits 2017 in das BauGB aufgenommen.<sup>15</sup> Gleichwohl spielt sie im Gefüge des Baulandmobilisierungsgesetzes eine wichtige Rolle. Die BauGB-Novelle hat hier insofern eine Änderung bewirkt, als die Regelung in ihrer ursprünglichen Fassung bis zum 31.12.2019 befristet und zwischenzeitlich im Wesentlichen außer Kraft getreten war. Lediglich bereits im Verfahren befindliche Bebauungspläne konnten bis zum 31.12.2021 noch beschlossen werden. Durch die Novelle wurde der Zeitraum für die Anwendung des § 13b BauGB bis zum 31.12.2022 verlängert. Bis zu diesem Zeitpunkt kann das Aufstellungsverfahren eingeleitet werden. Der Satzungsbeschluss muss nunmehr bis zum 31.12.2024 erfolgen.

In der Sache erweitert der § 13b BauGB den Anwendungsbereich des beschleunigten Verfahrens des § 13a BauGB. Das beschleunigte Verfahren geht mit einer Reihe von Erleichterungen bei der Aufstellung von Bebauungsplänen einher, die durchaus nicht nur, wie der Name nahelegt, verfahrensrechtlich wirken, sondern auch inhaltliche Änderungen der Anforderungen an Bebauungspläne mit sich bringen.

Zunächst gelten gemäß § 13a Abs. 2 Nr. 1 BauGB die Vorschriften des vereinfachten Verfahrens nach § 13 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 BauGB entsprechend. § 13 Abs. 2 BauGB erlaubt die Modifizierung oder das Absehen von Standardelementen des Bauleitplanverfahrens wie der frühzeitigen Beteiligungsphase, der Öffentlichkeitsbeteiligung und der Beteiligung der Träger öffentlicher Belange. Daneben wird gemäß § 13 Abs. 3 S. 1 BauGB von der Durchführung einer Umweltprüfung abgesehen.

Die materiell-rechtlichen Lockerungen ergeben sich aus § 13a Abs. 2 Nr. 2 – 4 BauGB. Von besonderer Relevanz ist die gesetzliche Annahme des § 13a Abs. 2 Nr. 4 BauGB. Danach gelten in bestimmten Fällen Eingriffe in Natur und Landschaft als vor der planerischen Entscheidung erfolgt und zulässig. Hierbei handelt es sich der Sache nach um eine Suspendierung der Eingriffsregelung in ihrer bauplanungsrechtlichen Ausformung des § 1a Abs. 3 BauGB.

---

<sup>15</sup> Gesetz v. 04.05.2017 zur Umsetzung der Richtlinie 2014/52/EU im Städtebaurecht und zur Stärkung des neuen Zusammenlebens in der Stadt, BGBl. I S. 1057.

## 4.2 Verzicht auf die Umweltprüfung im Außenbereich

Der Verzicht auf die Umweltprüfung wirkt sich im räumlichen Anwendungsbereich des § 13b BauGB stärker aus als bei § 13a BauGB. § 13a BauGB regelt den Bebauungsplan der Innenentwicklung. Innenentwicklung ist zwar im BauGB nicht definiert, aber in vielen Fällen wird es sich um die Umnutzung oder Wiedernutzbarmachung von Flächen handeln, die bereits baulich genutzt werden und die im ökologischen Sinn bereits verbraucht sind. Zwar sind auch hier Aspekte des Umwelt- und Naturschutzes nicht ohne Relevanz. Aber der Verzicht auf eine ausführliche Prüfung im Rahmen der Umweltprüfung wird hier in vielen Fällen nicht schwer wiegen. Auch die naturschutzrechtlichen Eingriffe werden häufig begrenzt bleiben. Die gesetzliche Annahme, dass der Eingriff bereits vor der planerischen Entscheidung erfolgt ist, dürfte in vielen Fällen der tatsächlichen Situation entsprechen.

Der hier zu betrachtende § 13b BauGB löst das beschleunigte Verfahren aus dem Zusammenhang der Innenentwicklung und überträgt es auf die Erweiterung der Siedlungsfläche in den Außenbereich. Umweltbelange spielen hier regelmäßig eine größere Rolle. Durch den Wegfall der verfahrensrechtlichen Umweltprüfung wird das materielle Entscheidungsprogramm der Bauleitplanung zwar nicht geändert. Die ökologischen Belange sind weiterhin in der Abwägung zu berücksichtigen.<sup>16</sup> Aber die Umweltprüfung dient gerade der Ermittlung dieser Belange. Ein Verzicht kann dazu führen, dass die Belange nicht in der gleichen Tiefe ermittelt werden.

## 4.3 Suspendierung der Eingriffsregelung im Außenbereich

Noch gravierender stellt sich die Übertragung der Aussetzung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung auf § 13b BauGB dar. Die gesetzliche Annahme, der Eingriff sei bereits vor der planerischen Entscheidung erfolgt, dürfte in vielen, wenn nicht den allermeisten Fällen, an der tatsächlichen Situation vorbeigehen. Der Gesetzgeber nimmt hier nicht ausgeglichene Eingriffe in Natur und Landschaft in Kauf, um das Ziel des § 13b BauGB, insbesondere die erleichterte Schaffung von Bauland für den Wohnungsbau, zu erreichen. Dabei kann sich § 13b BauGB auch auf erhebliche Ausdehnungen des Siedlungsbereichs erstrecken. Zwar ist die Größe der Vorhaben mit weniger als 10000 qm gegenüber § 13a BauGB reduziert. Aber die Fläche von 10000 qm bezieht sich auf die Grundfläche und damit die bebaubaren Teile des Gebiets. Bei einer für Wohngebiete nach § 17 BauNVO nicht untypischen Grundflächenzahl von 0,4 nehmen die Grundstücke bereits bis zu 25000 qm ein. Entsprechende öffentliche Verkehrsflächen kommen noch hinzu.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Battis (2022b): Rn. 4.

<sup>17</sup> Vgl. BVerwG (2016): Rn. 16; Krautzberger (2021), in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 13a Rn. 41.

#### 4.4 Gegenläufige Zwecke des beschleunigten Verfahrens

Die Möglichkeit, mit § 13b BauGB das beschleunigte Verfahren auch für die Erweiterung der Siedlungsfläche in den Außenbereich hinein zu nutzen, läuft dem ursprünglichen Zweck der Einführung des beschleunigten Verfahrens diametral entgegen. Wie gesehen, wurde das beschleunigte Verfahren mit § 13a BauGB in das BauGB eingeführt. Diese Vorschrift regelt den damals neu geschaffenen Bebauungsplan der Innenentwicklung. Die Idee hinter dieser Regelung besteht darin, Anreize für die Innenentwicklung zu setzen, gerade um den Flächenverbrauch im Außenbereich durch die Ausdehnung der Siedlungsfläche möglichst zu vermeiden.<sup>18</sup> Der § 13b BauGB hingegen zielt auf die Erleichterung genau dieser Ausdehnung der Siedlungsfläche. Die beiden Vorschriften, die das beschleunigte Verfahren nutzen, sind in ihrer Zwecksetzung also miteinander nicht zu vereinbaren.

### 5 Fazit

Die Bedeutung des Baulandmobilisierungsgesetzes für den Naturschutz ist begrenzt. Das Gesetz zielt auf die Erschließung neuen Baulands und unterstützt damit die Siedlungsentwicklung. Siedlungsentwicklung hat allgemein Auswirkungen auf den Naturschutz. Aber über diese allgemeinen Auswirkungen geht das Gesetz nicht hinaus. Die Ausnahme ist die Wiederbelebung und Verlängerung des § 13b BauGB. Diese Regelung hat erhebliche Auswirkungen auf den Naturschutz. Sie fällt in der Novellierung aber deshalb nicht so stark auf, weil hier lediglich eine bereits bekannte Regelung erhalten wird, was die Auswirkungen für den Naturschutz aber nicht schmälert.

Dass der Naturschutz in dieser BauGB-Novelle keine besondere Rolle gespielt hat, ist zu verschmerzen. Das BauGB wird normalerweise ein- bis zweimal pro Legislaturperiode novelliert. Bei der vorliegenden Änderung hat der Gesetzgeber den Schwerpunkt auf den Wohnungsbau gesetzt. Das hindert ihn nicht daran, in einer der künftigen Novellen auch das Verhältnis der Siedlungsentwicklung zum Naturschutz einer Revision zu unterziehen und Änderungen zugunsten des Naturschutzes auf den Weg zu bringen.

Aktuelle Anknüpfungspunkte für eine thematisch auf den Natur- und Umweltschutz bezogene BauGB-Novelle sind vorhanden. Zu nennen ist hier etwa die doppelte Innenentwicklung, deren Anforderungen gesetzlich genauer ausgestaltet werden könnten. Auch die Klimaanpassung und die Frage, welche Schlüsse aus den Hochwasserereignissen des Sommers 2021 zu ziehen sind, könnten zum Gegenstand einer Weiterentwicklung des BauGB gemacht werden. Weitere Themen in dieser nicht abschließenden Aufzählung könnten Artenschutz oder die Schaffung von Ansätzen einer Flächenkreislaufwirtschaft sein.

---

<sup>18</sup> Vgl. Bundestag (2006): S. 9.

## Quellen

BATTIS (2022a), in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, § 1, 15. Auflage, 2022

BATTIS (2022b), in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, § 13b, 15. Auflage, 2022

BUNDESAMT FÜR Naturschutz (2017): Doppelte Innenentwicklung – Perspektiven für das urbane Grün ([https://www.bfn.de/sites/default/files/BfN/planung/siedlung/Dokumente/dopi\\_brosch.pdf](https://www.bfn.de/sites/default/files/BfN/planung/siedlung/Dokumente/dopi_brosch.pdf), zuletzt abgerufen 4.3.2022)

BUNDESTAG (2006): Bundestags-Drucksache 16/2496

BUNDESTAG (2021a): Bundestags-Drucksache 19/24838

BUNDESTAG (2021b): Bundestags-Drucksache 19/29396

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT (2016): Urt. v. 8.12.2016 – 4 CN 4.16 –.

KRAUTZBERGER (2021), in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, § 13a, Werkstand 143. Erg-Lfg., 2021

MITSCHANG (2022), in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, § 176a, 15. Auflage, 2022

MITSCHANG/REIDT (2022), in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, § 9, 15. Auflage, 2022

SÖFKER/RUNKEL (2021), in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, § 1, Werkstand: 143. Erg-Lfg., 2021

## AKTUELLE RECHTSENTWICKLUNGEN

**Dr. Stefan LÜTKES, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz, Bonn**

### 1 Erfolgreiche Verabschiedung des „Insektenschutzpakets“

Durch das Aktionsprogramm Insektenschutz<sup>1</sup> erfolgte eine politische Schwerpunktsetzung für die 19. Legislaturperiode, die erforderlichen Rechtsetzungsmaßnahmen durch eine Kombination von Regelungen auf Gesetzes- und Verordnungsebene vorzunehmen. Dabei handelte es sich um eine Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes und eine Novelle der Pflanzenschutzanwendungsverordnung. Nachdem die Bundesregierung ihre Vorschläge dazu bereits Anfang des Jahres 2021 vorgelegt hatte<sup>2</sup>, schloss sich in den parlamentarischen Gremien ein längerer Abstimmungsprozess an, der erst kurz vor Beendigung der Legislaturperiode zu einem Ergebnis geführt werden konnte, das es erlaubte sowohl Gesetz wie Verordnung zu verabschieden.

#### 1.1 Gesetz zum Schutz der Insektenvielfalt in Deutschland und zur Änderung weiterer Vorschriften (Insektenschutzgesetz)

Das Insektenschutzgesetz enthält im Wesentlichen Änderungen des Bundesnaturschutzgesetzes. Die Veröffentlichung im BGBl. erfolgte am 30.8.2021, vgl. BGBl. I vom 30.8.2021, S. 3908. Ausschlaggebend für ein eigenständiges Gesetz zum Schutz der Insektenvielfalt ist die Erkenntnis, dass Insekten ein integraler Bestandteil der biologischen Vielfalt sind. Da sowohl die Artenvielfalt bei den Insekten wie auch die Gesamtmasse an Insekten in den vergangenen Jahrzehnten stark zurückgegangen sind, wurde in das Aktionsprogramm Insektenschutz die Verabschiedung eines eigenständigen Gesetzes zugunsten des Insektenschutzes als Zielvorgabe mit aufgenommen. Inhaltlich betreffen dessen Inhalte dabei unterschiedliche Abschnitte des BNatSchG, die durch die gemeinsame Ausrichtung auf die Ermöglichung eines effektiveren Insektenschutzes mit den Mitteln des Naturschutzrechts verknüpft sind.

##### 1.1.1 Änderungen in der Zielbestimmung des § 1 BNatSchG

Insekten sind essenzieller Teil der nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG auch für zukünftige Generationen zu schützenden biologischen Vielfalt. Sie spielen in Ökosystemen eine

---

<sup>1</sup> Aktionsprogramm Insektenschutz, 2019, abrufbar unter <https://www.bmu.de/publikation/aktionsprogramm-insektenschutz/>.

<sup>2</sup> Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes, BR-Drs. 150/21; Fünfte Verordnung zur Änderung der Pflanzenschutz-Anwendungsverordnung, BR-Drs. 305/21; vgl. dazu Jürging/Lütkes/Unkelbach, Rechtliche Fortschritte bei der Umsetzung des Aktionsprogramms Insektenschutzgesetz, NuR 2021, S. 237 ff.

zentrale Rolle. Unter anderem wird mit der Novelle nunmehr in § 1 Abs. 5 BNatSchG besonders hervorgehoben, dass zur dauerhaften Sicherung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts wild lebende Tiere und ihre Lebensgemeinschaften, Biotope und Lebensstätten gerade auch wegen ihrer „Stoffumwandlungs- und Bestäubungsleistungen“ zu erhalten sind. Insekten sind integraler Bestandteil der biologischen Vielfalt und spielen in Ökosystemen eine wichtige Rolle. Weitere Änderungen am bestehenden Text des § 1 BNatSchG werden mit dem Insektenschutzgesetz auch an den Absätzen 4, 5 und 6 vorgenommen und zielen dabei insbesondere auf die Betonung und Hervorhebung der Bedeutung von Freiräumen für die Verwirklichung der Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege ab. Mit der Einfügung einer neuen Nr. 2 in § 1 Abs. 4 BNatSchG wird aber auch klargestellt, dass Vorkommen von Tieren und Pflanzen sowie Ausprägungen von Biotopen und Gewässern auch im Hinblick auf ihre Bedeutung für das Natur- und Landschaftserlebnis zu bewahren und zu entwickeln sind, eine Änderung, die also einen anthropozentrischen Anknüpfungspunkt hat.

#### **1.1.1.1. Einführung des Themas „Natur auf Zeit“ in §§ 1 und 2 BNatSchG**

Sodann wird mit dem Insektenschutzgesetz der Zielbestimmung des § 1 BNatSchG ein neuer Abs. 7 hinzugefügt. Mit dieser Vorschrift sowie dem korrespondierenden neuen Abs. 7 in § 2 BNatSchG wird das Thema „Natur auf Zeit“ erstmals ausdrücklich in das BNatSchG eingeführt. Die Vorschrift stellt klar, dass auch solche Maßnahmen den Zielen des Naturschutzes und der Landschaftspflege dienen können, die den Zustand von Biotopen und Arten durch Nutzung, Pflege oder das Ermöglichen un gelenkter Sukzession nur für einen begrenzten Zeitraum auf einer Fläche verbessern. Während der Text des neuen Abs. 7 in § 1 BNatSchG unverändert übernommen wurde, hat der Bundestag am Text des Regierungsentwurfs für den neuen § 2 Abs. 7 im Rahmen des parlamentarischen Verfahrens noch eine Änderung vorgenommen.

Der Text lautet jetzt in der verabschiedeten Fassung: „Soweit sich der Zustand von Biotopen und Arten aufgrund freiwilliger Maßnahmen wie vertraglicher Vereinbarungen oder der Teilnahme an öffentlichen Programmen zur Bewirtschaftungsbeschränkung auf einer Fläche verbessert, ist dieser Beitrag bei behördlichen Entscheidungen nach diesem Gesetz oder nach dem Naturschutzrecht der Länder im Zusammenhang mit der Wiederaufnahme einer Nutzung oder einer sonstigen Änderung des Zustandes dieser Fläche, auch zur Förderung der [zukünftigen und] allgemeinen Kooperationsbereitschaft, begünstigend zu berücksichtigen.“

Die Streichung der Worte „zukünftigen und“ soll noch deutlicher die entscheidungslenkende Vorgabe des neuen § 2 Abs. 7 BNatSchG herausstellen. Bei der Wiederaufnahme der Nutzung einer Fläche, die für eine bestimmte Zeit der Natur zur Verfügung gestellt wurde, soll der darin liegende Beitrag zur Verwirklichung der Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege entscheidungslenkend Berücksichtigung finden. Berücksichtigung kann der erbrachte „Natur auf Zeit“-Beitrag z.B. in ermessenslenkender Weise bei der biotopschutzrechtlichen Ausnahme nach § 30 Abs. 3 BNatSchG oder

der artenschutzrechtlichen Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG finden, also Ausnahmeerteilungen, die im Ermessen der zuständigen Behörde liegen.

Die Einführung der Vorschriften der §§ 1 Abs. 7 und 2 Abs. 7 BNatSchG markieren damit auch ein Ende der Diskussion über den Mehrwert von Natur auf Zeit. Wie es inzwischen üblich ist, sollen diese Vorschriften evaluiert werden und zwar drei Jahre nach Erlass einer Rechtsverordnung, die erst noch erarbeitet werden soll<sup>3</sup>. Und zwar sieht der neue § 54 Abs. 10a den Erlass einer Rechtsverordnung vor für mögliche rechtliche Auswirkungen von Natur auf Zeit Maßnahmen auf Flächen mit einer zugelassenen Gewinnung mineralischer Rohstoffe, die den Zustand von Biotopen und Arten zu verbessern sollen. Die Evaluierung soll auch Entscheidungshilfe geben, ob von der weiteren Rechtsverordnungsermächtigung nach § 54 Abs. 10b für Natur auf Zeit Maßnahmen, die darauf abzielen, auf Flächen mit einer zugelassenen gewerblichen, verkehrlichen oder baulichen Nutzung den Zustand von Biotopen und Arten zu verbessern, Gebrauch gemacht werden soll.

#### **1.1.1.2. Freiwillige Vereinbarungen zur Förderung der Biodiversität**

Mit Blick auf die Neuregelung des § 4 PflSchAnwV, der ein Verbot der Anwendung bienen- und bestäubergefährlicher Insektizide sowie von allen Herbiziden in bestimmten Schutzgebieten vorsieht, wurde in § 2 ein neuer Absatz 8 eingeführt. Danach können die Länder in Naturschutzgebieten, Nationalparks, Nationale Naturmonumente, Naturdenkmälern, Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung im Sinne des § 7 Absatz 1 Nummer 6 und gesetzlich geschützten Biotope im Sinne des § 30 freiwillige Vereinbarungen zur Förderung der Biodiversität und zu einer nachhaltigen Bewirtschaftungsweise anbieten. Als freiwillige Vereinbarung nach Satz 1 gelten insbesondere von den Landesregierungen mit den Verbänden der Landwirtschaft und des Naturschutzes geschlossene Grundsatzvereinbarungen und Maßnahmenpakete für den Naturschutz. Bestandteil freiwilliger Vereinbarungen nach Satz 1 können auch finanzielle Anreize durch Förderung oder Ausgleich sein. Auch wenn die Bedeutung der Vorschrift begrenzt erscheint, wird hier der enge Konnex des Insektenschutzgesetzes zu der Novelle der Pflanzenschutzanwendungsverordnung deutlich.

#### **1.1.2. Änderungen bei der Landschaftsplanung**

Zur Freiflächensicherung und wie auch zur Stärkung der Erholungsfunktion von Freiräumen enthält das Kapitel Landschaftsplanung eine Reihe von Änderungen, die auch im Zusammenhang mit den beschriebenen Änderungen in der Zielbestimmung des § 1 zu sehen sind. Wichtiges Instrument dazu ist die nunmehr in § 10 Abs. 4 BNatSchG aufgenommene Fortschreibungspflicht alle 10 Jahre für Landschaftsrahmenpläne und **Landschaftsprogramme** im Sinne des § 10 Abs. 2. Diese gilt nunmehr von der aus § 9 Abs. 4 Satz 1 folgenden Verpflichtung, dass die Landschaftsplanung, weil

---

<sup>3</sup> BT-Drs. 19/28182; S. 19.

wesentliche Veränderungen von Natur und Landschaft im Planungsraum eingetreten, vorgesehen oder zu erwarten sind. Für die örtliche Ebene der Landschaftspläne behält § 9 Abs. 4 Satz 1 aber nach wie vor Gültigkeit. Die Landschaftsplanung soll damit zu einer attraktiveren Quelle naturschutzrelevanter Informationen entwickelt werden, um nutzungsbezogene Planungen auf regionaler und kommunaler Ebene sowie Fachplanungen effektiver mit aktuellen naturschutzrelevanten Informationen „beliefern“ zu können<sup>4</sup>.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang die in dem neu eingeführten § 10 Absatz 5 enthaltene Festlegung, dass landschaftsplanerische Inhalte eigenständig zu erarbeiten und darzustellen sind. Im Fall der Primärintegration bezieht sich der hier vorgegebene Fortschreibungs- und Prüfungsturnus allein auf die eigenständige Erarbeitung landschaftsplanerischer Inhalte, vgl. Lütkes/Jürging/Unkelbach EURuP 2022, S. 109, 112.

Neben den genannten Punkten bei den Änderungen der Landschaftsplanung durch das Insektenschutzgesetz ist insbesondere der reformierte Inhaltskatalog des § 11 Abs. 6 zur Grünordnungsplanung hervorzuheben, der das Ziel eines verbesserten Freiraumschutzes verfolgt. § 11 Abs. 6 BNatSchG enthält jetzt einen Katalog möglicher Inhalte der Grünordnungspläne. Hierdurch sollen beispielsweise Festsetzungsmöglichkeiten zu Freiraumsicherung und -pflege betont werden, vgl. § 11 Abs. 6 Nummer 1. Durch die Benennung von weiteren Beispielen für Festsetzungsmöglichkeiten für die Freiraumentwicklung wie die Flächen mit besonderer Bedeutung für die siedlungsbezogene Erholung erhält der neue Katalog des Absatz 6 plakative Bedeutung für die Möglichkeiten der Grünordnungsplanung.

### 1.1.3. Erweiterung der gesetzlich geschützten Biotope

Die Liste der gesetzlich geschützten Biotope hat mit der neu eingefügten Nummer 7 eine nicht unerhebliche Ergänzung erfahren. Artenreiches Grünland in Form der FFH-Lebensraumtypen 6510 „magere Flachland-Mähwiesen“ und 6520 „Bergmähwiesen“, Streuobstwiesen, Steinriegel und Trockenmauern werden in den Kreis der nach Bundesrecht gesetzlich geschützten Biotope einbezogen, wobei in einigen Bundesländern für diese Biotope auch zuvor bereits gesetzlicher Biotopschutz bestand.

Die erfassten Wiesenbiotope zeichnen sich dadurch aus, dass sie Lebensraum für zahlreiche heimische Tier- und Pflanzenarten bieten. Bei den Streuobstwiesen handelt es sich flächig angelegte, extensiv genutzte Obstbaumbestände mit mindestens 25 lebenden Bäumen, überwiegend aus Hochstämmen mit mindestens 160 cm Stammhöhe. Weiteres Kriterium ist eine Mindestfläche von 1500 qm. Typisch für Streuobstwiesen ist dabei der Obstanbau verbunden mit wenig intensiven Grünlandnutzung, vgl. Begründung zum Gesetzentwurf, BR-Drs. 150/21, S. 23. Zu beachten ist allerdings, dass die Unberührtheitsklausel des § 30 Absatz 8 ergänzt wurde um bestehende landesrechtliche Regelungen, die in Absatz 2 Satz 1 Nummer 7 neu aufgenommen wurden.

---

<sup>4</sup> Vgl. Lütkes/Jürging/Unkelbach, Eurup 2022, S. 109, 112.



Danach gelten auch landesrechtliche Regelungen zur Definition von Streuobstwiesen weiter; diese Sonderregelung trägt der Tatsache Rechnung, dass kurz vor der Novelle des Insektenschutzgesetzes in mehreren Ländern auf Grund von Volksbegehren neue Regelungen mit Insektenschutzbezug getroffen wurden, vgl. Gesetzesbegründung BR-Drs. 150/21, S. 25.

#### **1.1.4. Neue Regelungen zur Biozidausbringung**

Zur Einschränkung der Anwendung von bestimmten Bioziden wurde die neue Vorschrift des § 30a in das BNatSchG aufgenommen. Damit wird eine Vorgabe des Aktionsprogramms Insektenschutz umgesetzt, vgl. Aktionsprogramm S. 36. Die Vorschrift zielt auf ein Anwendungsverbot in bestimmten Schutzgebieten bei Mitteln gegen Arthropoden, wie Mücken z.B. und für Holzschutzmittel, Produktart 8 des Anhangs V der Verordnung (EU) Nr. 528/2012. Die Anwendung von letzteren ist insoweit untersagt, als diese nicht mehr durch Spritzen oder Sprühen ausgebracht werden dürfen. Es geht also um das Verbot des flächigen Einsatzes von Holzschutzmitteln. Per Pinsel dürfen Holzschutzmittel aber weiter aufgetragen werden. Das Anwendungsverbot gilt außerhalb geschlossener Räume und gilt ab dem 1.3.2022.

Auch der flächige Einsatz von Biozidprodukten der Produktart 18 des Anhangs V der Verordnung (EU) Nr. 528/2012 (Mittel gegen Arthropoden) verboten. Erfasst sind davon im Kern Mittel zur Bekämpfung von Mückenlarven und dem Eichenprozessionsspinner. Die Befugnis zur Erteilung von Ausnahmen durch die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständige Behörde ist begrenzt auf Fälle, in denen eine Ausnahme zum Schutz der Gesundheit von Mensch und Tier erforderlich ist, und damit deutlich eingeschränkter als die Ausnahmebefugnis der zuständigen Behörde in § 4 Abs. 2 PflSchAnwV. Die Koalitionsfraktionen haben auf Wunsch des Bundesrates, vgl. BT-Drucks. 19/28182, S. 36, ausdrücklich klargestellt, dass sich die Ausnahme auch auf die tierische Gesundheit bezieht, vgl. BT-Drucks. 19/30713, S. 6.

Im parlamentarischen Verfahren wurde der Anwendungsbereich der Vorschrift noch auf die Kern- und Pflegezonen von Biosphärenreservaten ausgedehnt, vgl. BT-Drucks. 19/30713, S. 20, so dass diese nunmehr das Anwendungsverbot in Naturschutzgebieten, Nationalparks, nationalen Naturmonumenten und gesetzlich geschützten Biotopen ergänzen.

#### **1.1.5. Neue Regelungen zur Reduktion der Lichtverschmutzung**

Bekanntermaßen bilden nächtliche Lichtquellen eine Gefahr für fliegende Insekten. Deshalb wurde das Thema Lichtverschmutzung auf zweifache Weise im Insektenschutz angesprochen.

Unmittelbare Geltung hat nunmehr nach § 23 Abs. 4 das Verbot der Neuerrichtung von Beleuchtungen an Straßen und Wegen sowie von beleuchteten und lichtemittierenden Werbeanlagen. Dieses Verbot gilt entsprechend in Nationalparks und Kern- und Pflegezonen von Biosphärenreservaten, vgl. § 24 Absatz 3 Satz 2 und § 25 Absatz 3 Satz 2.

Außerdem wird ein neuer § 41a in das BNatSchG aufgenommen, der den Titel trägt „Schutz von Tieren und Pflanzen vor nachteiligen Auswirkungen von Beleuchtungen“. Dessen Inkrafttreten ist allerdings gekoppelt an das vorherige Inkrafttreten einer Rechtsverordnung nach § 54 Absatz 4d. § 41a findet sich daher noch nicht in der aktuellen Ausgabe des BNatSchG. Die neue Verordnung soll Vorgaben zur Vermeidung nachteiliger Auswirkungen durch Lichtimmissionen auf Tiere und Pflanzen wild lebender Arten, Anforderungen an neu zu errichtende Beleuchtungen an Straßen und Wegen, Außenbeleuchtungen baulicher Anlagen und Grundstücke, beleuchtete oder lichtemittierende Werbeanlagen sowie deren wesentliche Änderung enthalten.

## 1.2 Änderungen im Pflanzenschutzrecht

Das Aktionsprogramm Insektenschutz enthält ein Maßnahmenkapitel zum „Anwendung von Pestiziden mindern“, vgl. Aktionsprogramm S. 35 ff. Die Biozide fanden Aufnahme in das BNatSchG, für die Pflanzenschutzmittel erfolgte die Umsetzung in der 5. Novelle der Pflanzenschutzanwendungsverordnung (PflSchAnwV). Deren Änderungen sind einen Tag nach ihrer Verkündung im BGBl., also am 8. September 2021, in Kraft getreten, vgl. BGBl. I vom 7.9.2021, S. 4111.

Die Änderungen in der PflSchAnwV lassen sich den drei Bereichen „Anwendungsbeschränkungen in Schutzgebieten“, „Gewässerabstände“ und „Glyphosatausstieg“ zuordnen.

Nach § 3b PflSchAnwV gelten bereits jetzt einige spezifisch glyphosatbezogene Anwendungsbeschränkungen. Zudem enthält die novellierte PflSchAnwV auch ein volles Anwendungsverbot von Glyphosat ab dem 1.1.2024, vgl. §§ 1, 5 Abs. 1, 9 i.V.m. Anlage 1 PflSchAnwV.

Zudem wurden mit § 14 Abs. 2a und Abs. 6 zwei neue Absätze in das PflSchG aufgenommen, vgl. Beschluss-Drs. Nr. 19/30713, S. 21 des Deutschen Bundestages. Daraus ergibt sich, dass die nach § 14 Absatz 2a PflSchG eröffnete Möglichkeit der Länder zur Abweichung von einzelnen Vorschriften der PflSchAnwV lediglich klarstellende Wirkung hat. Nach dem neuen Absatz 6 kann auf Antrag ein angemessener Ausgleich nach Maßgabe des jeweiligen Haushaltsgesetzes gezahlt werden, wenn eine wesentliche Erschwerung der land- oder forstwirtschaftlichen Nutzung vorliegt und dafür kein Ausgleich nach § 54 PflSchG zu leisten ist. Mit dieser Vorschrift ist eine vergleichbare Vorschrift zu § 68 Abs. 4 BNatSchG geschaffen worden; diese Vorschrift sieht eine Aus-

gleichsmöglichkeit vor, wenn die land- oder forstwirtschaftliche Nutzung auf Grund naturschutzrechtlicher Vorgaben wesentlich erschwert wird, ohne dass eine Entschädigung zu leisten ist.

## **2 Vorschlag der Kommission für eine Verordnung zur nachhaltigen Anwendung von Pflanzenschutzmitteln (SUR) vom 22. Juni 2022**

Der Verordnungsvorschlag der Kommission hat das Ziel, den Einsatz von Pestiziden deutlich zu reduzieren. Dazu sieht der Entwurf verbindliche Reduktionsziele sowie Anwendungsverbote in besonders empfindlichen Gebieten, darunter auch einige Schutzgebietstypen nach deutschem Recht vor. Es bleibt abzuwarten, wie der mitgliedstaatliche Gesetzgebungsprozess im Hinblick auf die anspruchsvolle Zielsetzung des Verordnungsentwurfs vor dem Hintergrund der Ukraine Krise, durch die auch das Thema Versorgungssicherheit mit Lebensmitteln wieder stärker in den Fokus gerückt wurde, verlaufen wird.

# RECHTLICHE ANFORDERUNGEN FÜR MEHR NATURSCHUTZ BEI DER LANDWIRTSCHAFTLICHEN BODENNUTZUNG

Dr. iur. Stefan MÖCKEL, Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung – UFZ, Leipzig

## 1 Landwirtschaft und Umwelt

Rund die Hälfte der deutschen Landfläche wird landwirtschaftlich genutzt (45,8 % konventioneller, 4,9% ökologischer Landbau) und dies oftmals intensiv (Abbildung 1).<sup>1</sup> Während die Anbauflächen für Grün- und Silomais zunahmen, ist Dauergrünland seit 1965 stetig zurückgegangen.<sup>2</sup> Deutschland weist weiterhin einen sehr hohen Nutztierbestand auf, wobei ein Drittel der Futtermittel aus dem Ausland importiert werden. Zusammen mit den eingesetzten mineralischen Düngemitteln verursachen sie die zu hohen nationalen Stickstoffüberschüsse (Abbildung 2).<sup>3</sup> Seit 2015 sind der Einsatz von Mineraldünger und mit ihm die Stickstoffüberschüsse gesunken; trotz steigender Futtermittelimporte.

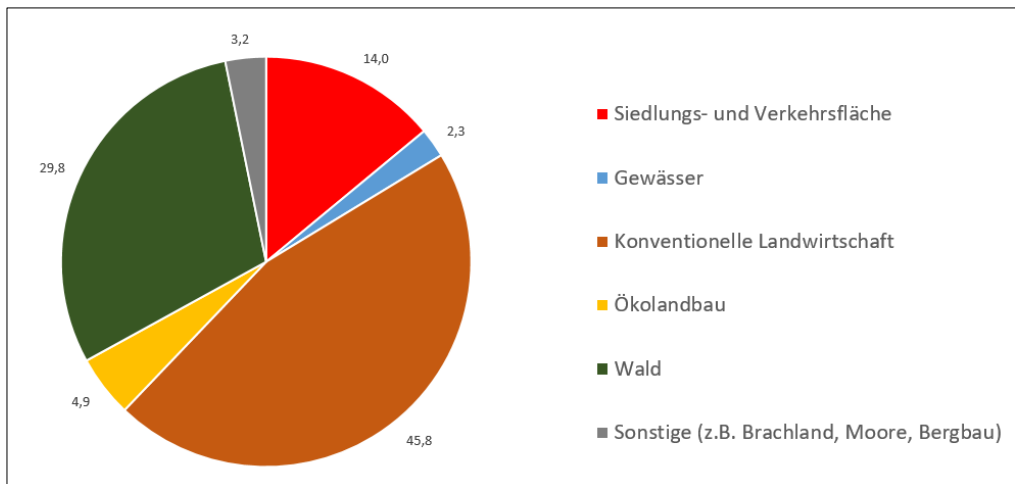


Abbildung 1: Bodennutzungen in Deutschland 2020 (Eigene Darstellung anhand Daten von DESTATIS)

<sup>1</sup> EEA 2015.

<sup>2</sup> Deutsche Agrarforschungsallianz 2015.

<sup>3</sup> BMEL 2021c; BMEL 2021b.

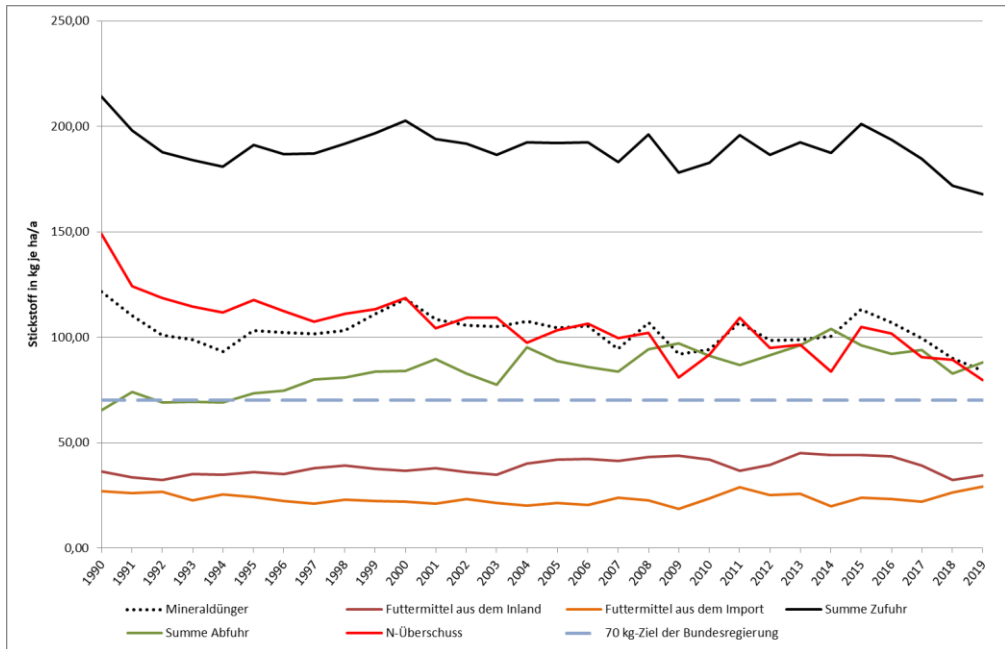


Abbildung 2: Stickstoffbilanz je Hektar Landwirtschaftsfläche 1990 – 2018 (Gesamtbilanzierung in Kilogramm je Hektar und Jahr) (Eigene Darstellung nach Daten des BMEL 2021b und Ziel der Bundesregierung 2016, S. 65)

Zugleich bedingt eine intensive Stickstoffdüngung einen hohen Einsatz an Pestiziden. Dies erklärt, warum die Behandlungsintensität weiter steigt und auch mengenmäßig der Absatz an Pflanzenschutzmitteln sich weiter auf hohem Niveau bewegt (Abbildung 3 und 4), trotz wachsender Ökolandbauflächen sowie immer wirksamerer und entsprechend niedrigdosierter Mittel.<sup>4</sup>

Die Nährstoff- und Pestizideinträge wie auch die Veränderungen in den Agrarlandschaften (u.a. Schlagvergrößerung, Entwässerung, Umwandlung von Dauergrünland) zählen zu den Hauptgründen für den Rückgang der Vielfalt und Populationsgrößen wildlebender Arten (insbesondere Insekten und Vögel) und die schlechten Zustände von Biotopen.<sup>5</sup> Sie wirken bis in Schutzgebiete hinein.<sup>6</sup> Insgesamt besteht ein nachgewiesener Zusammenhang zwischen landwirtschaftlicher Intensivierung und Rückgang der Biodiversität.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> BVL 2020; Neumeister in: Möckel et al. 2021, S. 25-40.

<sup>5</sup> BMEL 2021a; BMU/BfN 2020; Heinze et al. 2019; Settele 2019; BfN 2016.

<sup>6</sup> Sorg/Ssymank/Hörren 2019; Hallmann et al. 2017.

<sup>7</sup> Beckmann et al. 2019.

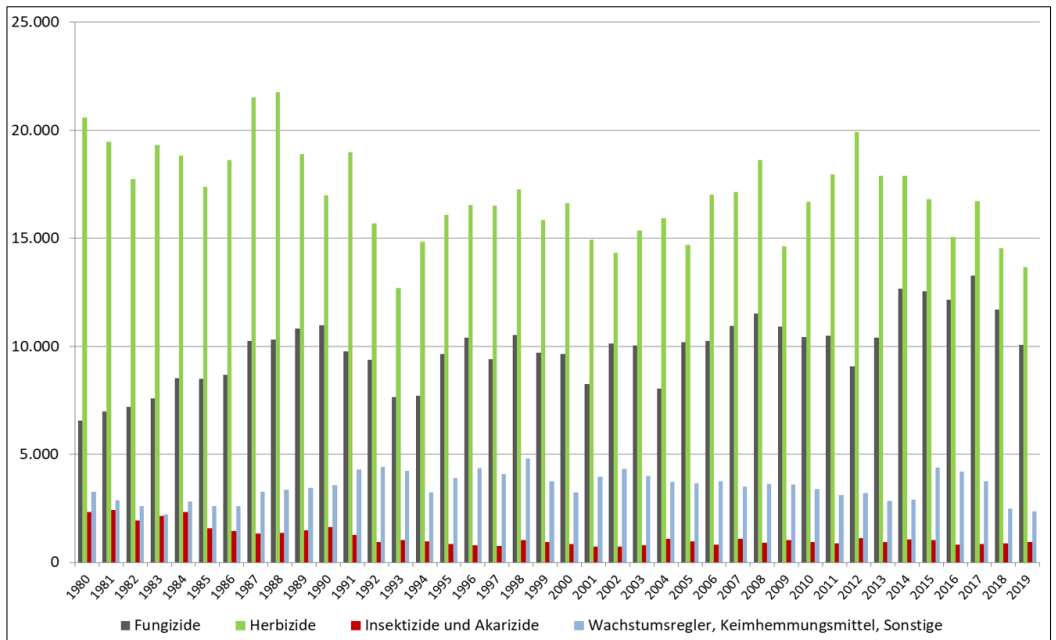


Abbildung 3: Verkaufte Menge an Wirkstoffen (Pestiziden) in t in D 1980-2019 (ohne inerte Gase zum Vorratsschutz) (Eigene Darstellung nach Daten von Eurostat und BVL)

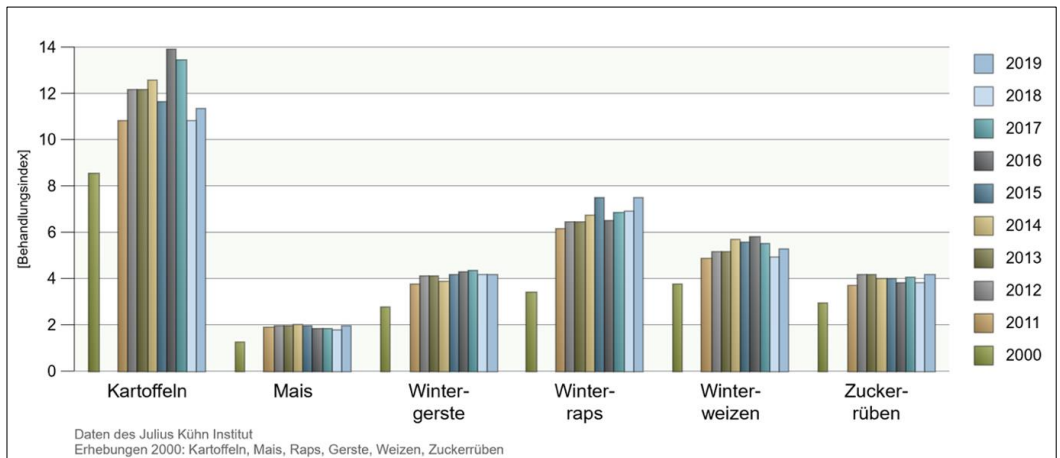


Abbildung 4: Intensität des Pestizideinsatzes in Deutschland 2000 – 2019 (Lars Neumeister in Möckel et al., Wirkung verschiedener Abgabekonzepte zur Reduktion des Pestizideinsatzes in Deutschland – eine Simulationsanalyse, 2021, S. 27)

## 2 Defizite bestehender rechtlicher Anforderungen an die landwirtschaftliche Bodennutzung

Der Schutz von Natur und Umwelt im deutschen Umwelt- und Agrarrecht weist trotz der seit Jahrzehnten bekannten Problemlage weiterhin vielfältige instrumentelle wie auch regulative Defizite auf (Tabellen 1 und 2). Dies gilt sowohl für das Bundesrecht als auch für Landesrecht und für viele Schutzgebiete.<sup>8</sup> Dabei bestehen größere Wirksamkeitsunterschiede zwischen den umweltrechtlichen Regelungen und den agrarrechtlichen Vorschriften. Des Weiteren konkurrieren zwei Regelungskonzepte. Zum einen ordnungsrechtliche Vorgaben zur guten fachlichen Praxis als Mindeststandard im nationalen Umwelt- und Agrarrecht; zum anderen Beihilfen in Form von Direktzahlungen mit ökologischen Auflagen als Mindestanforderungen sowie in Form von Honorierungen für besondere Agrarumweltmaßnahmen. Zwar sind die Direktzahlungen mit ökologischen Auflagen europarechtlich vorgegeben, allerdings können die Mitgliedstaaten die Auflagen durchaus im Ordnungsrecht verankern und als Cross Compliance Anforderungen mit der Beihilfeauszahlung verlinken, um das Nebeneinander ordnungs- und beihilferechtlicher Mindeststandards zu vermeiden.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Vgl. *Mühlenberg/Möckel/Sattler* 2021; Europäische Kommission (Generalsekretariat) 2020; *Möckel et al.* 2014.

<sup>9</sup> *Möckel* 2016c.

Tabelle 1: Umweltrecht und seine Effektivität gegenüber landwirtschaftlichen Bodennutzungen

Rechtsgebiet	Regelungen mit Relevanz für Landwirtschaft	vorhandene Regelungsdefizite	konkrete rechtlich verbindliche Anforderungen	behördliche Durchsetzung
<b>Bodenschutzrecht</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Grundsätze zur gfP</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Sonderregelung für Landwirte in §§ 7, 17 BBodSchG mit unverbindlichen Grundsätzen zur gfP</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- nein</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- gering, da keine Anordnungsbefugnisse</li> </ul>
<b>Naturschutzrecht</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Grundsätze zur gfP</li> <li>- Landschaftsplanung</li> <li>- Schutzgebiete</li> <li>- gesetzlich geschützte Biotop</li> <li>- Eingriffsregelung</li> <li>- Natura 2000-Verträglichkeitsprüfung</li> <li>- Artenschutzverbote</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- gfp unverbindlich (BVerwG 4 C 4.15)</li> <li>- eingeschränkter Eingriffstatbestand</li> <li>- freistellende Regelvermutungen zugunsten der gfp-Landwirtschaft in §§ 14 II, 44 IV BNatSchG</li> <li>- Freistellung von FFH-VP (BVerwG 9 A 17.11, Rn. 89)</li> <li>- Bagatell- und Irrelevanzschwellen für Stickstoffemissionen und -immissionen bei Natura 2000 Verträglichkeitsprüfung nach BVerwG und TA Luft 2021, Anhang 8</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- im BNatSchG selbst kaum (Ausnahme: gesetzlich geschützte Biotop)</li> <li>- in Schutzgebieten</li> <li>- in NRW und Berlin in Landschaftsplänen möglich</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- gering bzgl. gfp, Landschaftsplanung, Eingriffsregelung und Artenschutz</li> <li>- besser bei Schutzgebieten und geschützten Biotopen sowie bei Natura 2000-Verträglichkeitsprüfung von Anlagen</li> </ul>
<b>Wasserrecht</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Gewässerrandstreifen</li> <li>- Schutzgebiete</li> <li>- Überschwemmungsgebiete</li> <li>- Maßnahmenprogramme</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Freistellung von Entwässerungsgräben und Kleingewässern</li> <li>- diffuse Einträge nach h.M. keine erlaubnispflichtige Benutzung</li> <li>- gewöhnliche Entwässerung erlaubnisfrei</li> <li>- keine Emissionsnormen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- bzgl. Grünlandumbruch und immissionsbezogene Umweltqualitätsnormen, die aber nur Behörden verpflichtet</li> <li>- in Schutzgebieten möglich</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- gering, da viele Freistellungen zugunsten der Landwirtschaft sowie Geldausgleichspflichten der Länder bei strengerer Anforderungen als gfp</li> </ul>



Rechtsgebiet	Regelungen mit Relevanz für Landwirtschaft	vorhandene Regelungsdefizite	konkrete rechtlich verbindliche Anforderungen	behördliche Durchsetzung
Immissions-schutzrecht	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Genehmigungspflichten für bestimmte Anlage</li> <li>- Grundpflichten bei nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- trotz Emissionen sind Acker- und Grünlandflächen nach h.M. keine Anlagen i.S.v. § 3 Abs. 5 BImSchG</li> <li>- Genehmigungsvorbehalt nur bei sehr großen Anlagen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- nur für genehmigungspflichtige Anlagen in der untergesetzlichen TA Luft</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- hoch bei genehmigungspflichtigen Anlagen (Masttierhaltungsanlagen, größere Biogasanlagen)</li> </ul>
Umwelt-schadensrecht	<ul style="list-style-type: none"> <li>- grundsätzlich ja</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Bodenschaden nur wenn dadurch Gesundheitsgefahr entsteht</li> <li>- nur Biotope und Arten, die durch FFH-RL und Vogelschutz-RL geschützt sind</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>-kaum</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- bisher sehr gering</li> </ul>

Tabelle 2: Agrarrecht und seine Effektivität gegenüber landwirtschaftlichen Bodennutzungen

Rechtsgebiet	Relevanz für Landwirtschaft	vorhandene Regelungsdefizite	konkrete verbindliche Anforderungen	behördliche Durchsetzung
Düngemittelrecht	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Typisierung von Düngemitteln (ab 2022: Schadstoffhöchstgehalte nach EU-VO 1009/2019)</li> <li>- Anforderungen an Anwendung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- keine Zulassungsgenehmigung für Düngemittel erforderlich</li> <li>- zulässige Düngemenge knüpft an Pflanzenbedarf an</li> <li>- keine Obergrenze für Tierbesatz je Hektar</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ja, allerdings viele Ausnahmemöglichkeiten in Düngeverordnung 2017</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- höhere Kontrollintensität, da Cross Compliance Anforderung bei Direktzahlungen</li> <li>- i.d.R. nur Bilanzkontrollen</li> <li>- Vor-Ort-Kontrolle nur bei Anlässen (z.B. Beschwerden)</li> </ul>
Pflanzenschutzrecht	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Zulassung von Pflanzenschutzmitteln (PSM)</li> <li>- Anforderungen an Pflanzenschutz und PSM-Anwendung (u.a. integrierter Pflanzenschutz, PSM-Zulassungsauflagen)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- unzureichende Wirkungsabschätzung bei Zulassung</li> <li>- keine Anzeige- oder Genehmigungspflichten für PSM-Anwendung</li> <li>- keine Konkretisierung des integrierten Pflanzschutzes</li> <li>- keine Begrenzung der Zahl je ha/a eingesetzten PSM</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- bei PSM-Zulassung und flächenbezogenen PSM-Verboten</li> <li>- Anwendungsvorgaben bei jedem PSM</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- sehr geringe Kontrollintensität</li> <li>- bisher auch keine Cross Compliance Anforderung bei Direktzahlungen</li> <li>- Vor-Ort-Kontrollen schwierig (u.a. da für jedes PSM unterschiedliche Anwendungsvorgaben)</li> </ul>
Ökolandbaurecht	<ul style="list-style-type: none"> <li>- nur für zertifizierte Betriebe</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>- teilweise (z.B. Tierbesatzgrenzen)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- gut, wegen Zertifizierungs- und Kontrollsystem (Kosten tragen Landwirte)</li> </ul>
Direktzahlungsrecht	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Cross Compliance-Anforderungen für bestimmte europarechtliche Umweltvorschriften sowie an guten landwirtschaftlichen und ökologischen Zustand</li> <li>- Greening-Anforderungen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- fehlende Abstimmung mit gfp und sonstigem Umweltrecht</li> <li>- Rechtszersplitterung bei Grünlandumbruch</li> <li>- Wiederherstellungspflichten bleiben hinter Eingriffsausgleich zurück</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- teilweise</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- höher als bei ordnungsrechtlichen Anforderungen, da europarechtliche Mindestkontrolldichte von 5 % der Betriebe und Prämienkürzungen bei Verstößen</li> </ul>

### 3 Verbesserungserfordernisse

Ein effektives und effizientes Agrarumweltrecht bedarf einer umfassenderen Nutzung der verschiedenen staatlichen Instrumente als bisher (Abbildung 5). Der Staat sollte hierbei nicht vor verbindlichen ordnungsrechtlichen Grundanforderungen an eine ökologisch nachhaltige – d.h. dauerhaft umweltgerechte – landwirtschaftliche Bodennutzung zurückschrecken, da sich mit ordnungsrechtlichen Vorschriften wesentlich effektiver und effizienter als mit beihilferechtlichen Auflagen allgemeine Mindeststandards festlegen lassen (Tabelle 3).

Bei der staatlichen Steuerung der landwirtschaftlichen Bodennutzung sind zwei grundsätzliche Erfordernisse zu unterscheiden (Abbildung 6):

Einerseits die **Gesamteinträge** an Nährstoffen, Pestiziden, Treibhausgasen und anderen Stoffen in die Umwelt zu verringern, um Atmosphäre, Gewässer und Meere zu entlasten sowie die allgemeine Hintergrundbelastung zu verringern.

Andererseits sind die **lokalen Ökosysteme und Habitats** entsprechend ihrem jeweiligen Erhaltungszustand sowie vorhandenen Vulnerabilitäten und unter Berücksichtigung der jeweiligen Standortverhältnisse vor negativen Beeinträchtigungen zu schützen.

Gesetzgeber und Verwaltung sind bei der Steuerung der landwirtschaftlichen Bodennutzung an die Grundrechte der Bürger und juristischen Personen sowie an rechtsstaatliche Prinzipien gebunden. Wegen der Nichtvermehrbarkeit und der räumlichen Situationsgebundenheit von Grund und Boden ist der Staat allerdings zu weitreichenden allgemeinwohlorientierten Regulierungen von Bodennutzungen befugt.<sup>10</sup> Der Umstand, dass Grundstücke unmittelbare und unlösbare Bestandteile der Umwelt, der Landschaft und der Ökosysteme sind, hat auch entsprechende rechtliche Konsequenzen, wie das Bundesverwaltungsgericht ausführt:

„Wenn die natürlichen oder landschaftsräumlichen Gegebenheiten eines Grundstücks im Interesse der Allgemeinheit erhaltenswert sind und des Schutzes bedürfen, so ergibt sich hieraus eine Art immanenter, d. h. dem Grundstück selbst anhaftender Beschränkung der Eigentümerbefugnisse, die durch natur- und landschaftsschutzrechtliche Regelungen lediglich nachgezeichnet wird.“<sup>11</sup>

Zusammenfassend sind für ein dauerhaft umweltgerechtes Agrarumweltrecht und die Erreichung der europäischen sowie internationalen Umweltschutzziele folgende Aspekte von besonderer Bedeutung:

---

<sup>10</sup> Bundesverfassungsgericht: Beschl. v. 12.1.1967 – 1 BvR 169/63, BVerfGE 21, 73 (82 f.); Beschl. v. 30.11.1988 – 1 BvR 1301/84, BVerfGE 79, 174 (198); Beschl. v. 22.5.2001 – 1 BvR 1512, 1677/97, BVerfGE 104, 1 (12) sowie Bundesverwaltungsgericht Urt. v. 16.5.1991 – 4 C 17/90, BVerwGE 88, 191 (194); Urt. v. 15.02.1990 – 4 C 47/89, BVerwGE 84, 361 (370 f.); Urt. v. 24.6.1993 – 7 C 26/92, BVerwGE 94, 1 (4) m.w.N.

<sup>11</sup> BVerwG Urt. v. 24.6.1993 – 7 C 26/92, BVerwGE 94, 1 (4).

**Reduzierung der Gesamteinträge** an Nährstoffen, Pestiziden und Schadstoffen in die Umwelt durch ordnungsrechtliche Mindeststandards und lenkende Steuern bzw. Abgaben.<sup>12</sup>

Orientierung agrarumweltrechtlicher Mindeststandards auch bei der landwirtschaftlichen Bodennutzung an **ökologisch fortschrittlichen Techniken und Bewirtschaftungsweisen**.<sup>13</sup>

Einführung einer **pauschalierten Kompensationspflicht** in § 15 Bundesnaturschutzgesetz für die verbleibenden unvermeidbaren Eingriffe in Natur und Landschaft in Form z.B. eines bestimmten Anteils ökologischer Vorrangflächen oder produktionsintegrierter Maßnahmen statt der gegenwärtigen Freistellung in § 14 Abs. 2 Bundesnaturschutzgesetz.<sup>14</sup>

Eine kostenlose, aber verbindliche **ökologische Officialberatung** für alle landwirtschaftlichen Betriebe sowie die Normierung periodischer Weiterbildungs Pflichten.<sup>15</sup>

**Schutz der lokalen Ökosysteme** durch eine räumlich differenzierte ordnungs- und planungsrechtliche<sup>16</sup> Regulierung der landwirtschaftlichen Bodennutzung, welche den natürlichen Standortbedingungen sowie den Erhaltungszuständen und Vulnerabilitäten der betroffenen Ökosysteme, Habitats und Arten Rechnung trägt.

Angemessene Regulierung der landwirtschaftlichen Bodennutzung in **Schutzgebieten** statt Freistellung der guten fachlichen Praxis.<sup>17</sup>

Genehmigungspflichten für relevante Bewirtschaftungsmaßnahmen in oder in der Nähe von **Natura 2000-Gebieten** und verpflichtende behördliche FFH-Verträglichkeitsprüfung mit Vorprüfung und gegebenenfalls Hauptprüfung.<sup>18</sup>

Ein ordnungsrechtliches Umbruchverbot bzw. Wiederherstellungsgebot für **Dauergrünland**, welches im Jahr 2000 oder früher bestand, sowie für Grünland auf erosionsgefährdeten Hängen, in Überschwemmungsgebieten, auf Standorten mit hohem Grundwasserstand sowie auf Moorstandorten.<sup>19</sup>

---

<sup>12</sup> Vgl. zu Anforderungen an die gute fachliche Praxis *Möckel* 2014; zu einer Abgabe auf Pestizide *Möckel et al.* 2021; SRU/WBBGR 2018 und zu einer Abgabe auf Düngemittel SRU 2015; *Gawel et al.* 2011, S. 234 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Thünen-Institut 2019; *Möckel* 2015.

<sup>14</sup> *Möckel* 2018.

<sup>15</sup> Vgl. § 9 Pflanzenschutzgesetz; SRU 2015, Tz. 308; *Rutz/Schramek* in: *Möckel et al.* 2014.

<sup>16</sup> Ausführlicher *Möckel* 2013 bzw. *Möckel* in: *Möckel et al.* 2014, S. 405-423.

<sup>17</sup> Vgl. die umfassende Untersuchung von *Mühlenberg/Möckel/Sattler* 2021.

<sup>18</sup> EuGH, Urt. 7.11.2018 - C-293/17 und C-294/17, 59-73. Ausführlicher *Möckel* 2021 sowie *Mühlenberg/Möckel/Sattler* 2021, S. 124 ff.

<sup>19</sup> Vgl. *Möckel* 2016a; *Möckel* 2016b.

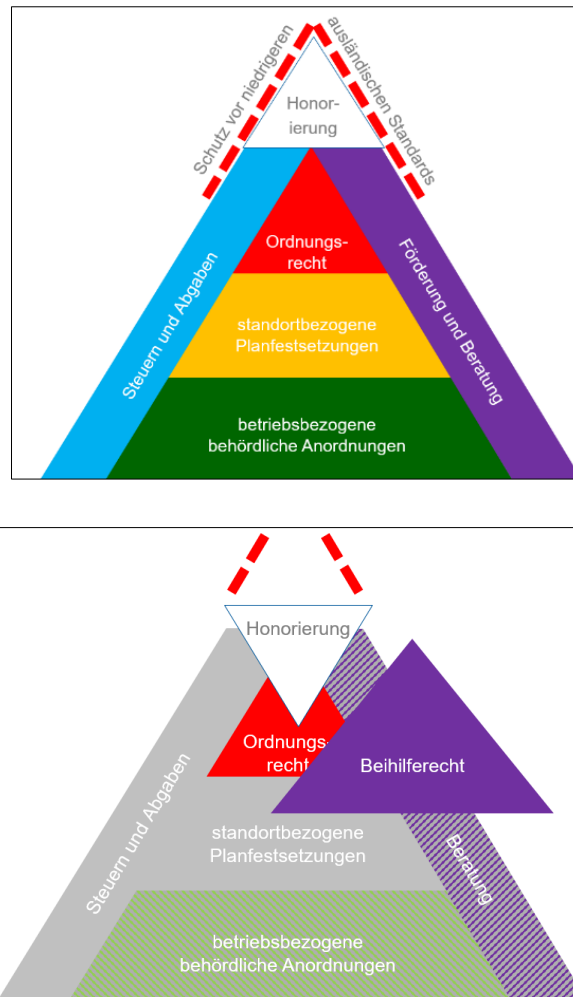


Abbildung 5: Optimaler Instrumentenverbund für eine dauerhaft umweltgerechte Landwirtschaft (oben) und aktueller Instrumenteneinsatz in Deutschland (unten) (Eigene Darstellung).

Tabelle 3: Instrumentenvergleich von ökologischen Mindestanforderungen als ordnungsrechtliche Anforderungen und als beihilferechtliche Auflagen bei Direktzahlungen

	Ordnungsrechtliche Anforderungen	Beihilferechtliche Auflagen bei Direktzahlungen
<b>Zweck</b>	ökologischer Mindeststandard für Landwirtschaft	
<b>Verbindlichkeit</b>	gegenüber jedem Landwirt	nur gegenüber Direktzahlungsempfänger
<b>Kontrolle</b>	nötig und aufwendig	
<b>Durchsetzung</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Anordnungen mit Möglichkeit des Verwaltungszwangs</li> <li>• teilweise Ordnungswidrigkeit</li> </ul>	nachträgliche Kürzung der Direktzahlungen
<b>Genehmigung</b>	keine	jährliche Antragsstellung
<b>Effektivität</b>	<b>hoch</b>	<b>mittel</b>
<b>Kosten</b>	Kontrolle	Kontrolle + Beihilfeverwaltung + Beihilfe selbst (ca. 5 Mrd. €/a in D)
<b>Effizienz</b>	<b>hoch</b>	<b>niedrig</b>

Quelle: eigene Darstellung<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Ausführlicher Möckel 2016c.

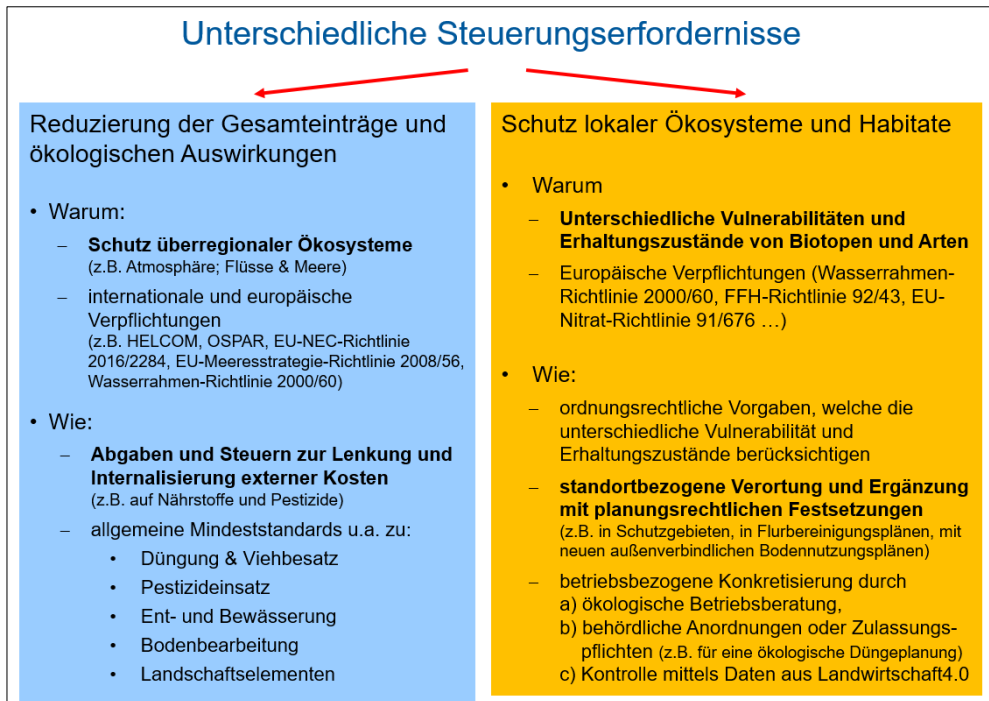


Abbildung 6: Steuerungserfordernisse beim Umweltschutz (Eigene Darstellung).

## Quellen

BECKMANN, M.; GERSTNER, K.; AKIN-FAJIYE, M.; CEAŞU, S.; KAMBACH, S.; KINLOCK, N.L.; PHILIPS, H.R.P.; VERHAGEN, W.; GUREVITCH, J.; KLOTZ, S.; NEWBOLD, T.; VERBURG, P.H.; WINTER, M.; SEPPELT, R. (2019): Conventional land-use intensification reduces species richness and increases production: A global meta-analysis. *Global Change Biology* 25, S. 1941– 1956. <https://doi.org/https://doi.org/10.1111/gcb.14606>.

BFN - Bundesamt für Naturschutz (2016): Daten zur Natur 2016. Bonn.

BMEL - Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (2021a): Ackerbaustrategie 2035 - Perspektiven für einen produktiven und vielfältigen Pflanzenbau. Berlin, <https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/ackerbaustrategie2035.pdf>.

BMEL - Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (2021b): Nährstoffbilanz insgesamt von 1990 bis 2019 - in kg N/ha. <https://www.bmel-statistik.de/fileadmin/daten/MBT-0111260-0000.xlsx>.

BMEL - Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (2021c): Nährstoffbilanz insgesamt von 1990 bis 2019 - in kt N. <https://www.bmel-statistik.de/fileadmin/daten/MBT-0111290-0000.xlsx>.

BMU/BfN (2020): Die Lage der Natur in Deutschland. [https://www.bmu.de/fileadmin/Daten\\_BMU/Download\\_PDF/Naturschutz/bericht\\_lage\\_natur\\_2020\\_bf.pdf](https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Naturschutz/bericht_lage_natur_2020_bf.pdf).

BUNDESREGIERUNG (2016): Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie - Neuauflage 2016. [https://www.bundesregierung.de/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/Nachhaltigkeit/0-Buehne/2016-05-31-download-nachhaltigkeitsstrategie-entwurf.pdf?\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bundesregierung.de/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/Nachhaltigkeit/0-Buehne/2016-05-31-download-nachhaltigkeitsstrategie-entwurf.pdf?_blob=publicationFile&v=4).

BVL - BUNDESAMT FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ UND LEBENSMITTELSICHERHEIT (2020): Absatz an Pflanzenschutzmitteln in der Bundesrepublik Deutschland: Ergebnisse der Meldungen gemäß § 64 Pflanzenschutzgesetz für das Jahr 2019. Braunschweig.

DEUTSCHE AGRARFORSCHUNGSALLIANZ (2015): Grünland innovativ nutzen und Ressourcen schützen - Forschungsstrategie der Deutschen Agrarforschungsallianz. [http://literatur.ti.bund.de/digbib\\_extern/dn056163.pdf](http://literatur.ti.bund.de/digbib_extern/dn056163.pdf).



EEA - EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY (2015): Agricultural land use intensity. Data and Maps, <http://www.eea.europa.eu/data-and-maps/figures/agricultural-land-use-intensity-1>.

EUROPÄISCHE KOMMISSION (Generalsekretariat) (2020): Mit Gründen versehene Stellungnahme – Vertragsverletzung Nr. 2014/2262: C(2020) 261 final vom 22.1.2020. Brüssel.

GAWEL, E.; KÖCK, W.; KERN, K.; MÖCKEL, S.; ROBERT, H.; FÄLSCH, M.; VÖLKNER, T. (2011): Weiterentwicklung von Abwasserabgabe und Wasserentnahmeentgelten zu einer umfassenden Wassernutzungsabgabe. Umweltbundesamt, Dessau.

HALLMANN, C.A.; SORG, M.; JONGEJANS, E.; SIEPEL, H.; HOFLAND, N.; SCHWAN, H.; STENMANS, W.; MÜLLER, A.; SUMSER, H.; HÖRREN, T.; GOULSON, D.; KROON, H.D. (2017): More than 75 per cent decline over 27 years in total flying insect biomass in protected areas. PLOS ONE 12, 10, S. 22. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0185809>.

HEINZE, S.; FINCK, P.; RATHS, U.; RIECKEN, U.; SSYMANK, A. (2019): Analyse der Gefährdungsursachen von Biotoptypen in Deutschland. Natur und Landschaft 94, 11, S. 453-462. <https://doi.org/10.17433/11.2019.50153745.453-462>.

MÖCKEL, S. (2013): Erfordernis einer umfassenden außenverbindlichen Bodennutzungsplanung auch für nichtbauliche Bodennutzungen. Die öffentliche Verwaltung, 11, S. 424 - 436.

MÖCKEL, S. (2014): Verbesserte Anforderungen an die gute fachliche Praxis der Landwirtschaft. Zeitschrift für Umweltrecht, 1, S. 15-23.

MÖCKEL, S. (2015): 'Best available techniques' as a mandatory basic standard for more sustainable agricultural land use in Europe? Land Use Policy 47, 9, S. 342 - 351. <https://doi.org/10.1016/j.landusepol.2015.04.021>.

MÖCKEL, S. (2016a): Schutz von Dauergrünland vor Umwandlung, Umbruch oder Intensivierung – Teil 1: Förderrecht. Natur und Recht 38, 11, S. 741 - 748. <https://doi.org/10.1007/s10357-016-3090-z>.

MÖCKEL, S. (2016b): Schutz von Dauergrünland vor Umwandlung, Umbruch oder Intensivierung – Teil 2: Ordnungsrecht. Natur und Recht 38, 12, S. 814 - 823. <https://doi.org/10.1007/s10357-016-3103-y>.

MÖCKEL, S. (2016c): Verhältnis ordnungs- und beihilferechtlicher Mindestanforderungen im Agrarumweltrecht. Zeitschrift für Umweltrecht, 12, S. 655 - 665.

MÖCKEL, S. (2018): Gute fachliche Praxis, Eingriffsregelung und Landwirtschaft. Natur und Recht 40, 12, S. 742-745. <https://doi.org/10.1007/s10357-018-3426-y>.

MÖCKEL, S. (2021): Natura 2000-Gebiete und land-, forst- und fischereiwirtschaftliche Bodennutzungen. Agrar- und Umweltrecht 51, 1, S. 2-9.

MÖCKEL, S.; GAWEL, E.; LIESS, M.; NEUMEISTER, L. (2021): Wirkung verschiedener Abgabekonzepte zur Reduktion des Pestizideinsatzes in Deutschland – eine Simulationsanalyse. GLS Bank, [https://www.gls.de/media/PDF/Presse/Studie\\_Pestizid-Abgabe\\_in\\_Deutschland\\_2021.pdf](https://www.gls.de/media/PDF/Presse/Studie_Pestizid-Abgabe_in_Deutschland_2021.pdf).

MÖCKEL, S.; KÖCK, W.; SCHRAMEK, J.; RUTZ, C. (2014): Rechtliche und andere Instrumente für vermehrten Umweltschutz in der Landwirtschaft. Umweltbundesamt, Dessau, [http://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/378/publikationen/texte\\_42\\_2014\\_rechtliche\\_und\\_andere\\_instrumente.pdf](http://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/378/publikationen/texte_42_2014_rechtliche_und_andere_instrumente.pdf).

MÜHLENBERG, H.; MÖCKEL, S.; SATTLER, C. (2021): Regelungen zur Anwendung von Pestiziden in Schutzgebieten. Umweltbundesamt, [https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/5750/publikationen/2021-05-17\\_texte\\_49-2021\\_pestizide\\_schutzgebiete.pdf](https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/5750/publikationen/2021-05-17_texte_49-2021_pestizide_schutzgebiete.pdf).

SETTELE, J. (2019): Insektensterben: Beunruhigender Sinkflug. Spektrum der Wissenschaft, 5, S. 12-21.

SORG, M.; SSYMANK, A.; HÖRREN, T. (2019): Bestandsrückgänge von Insekten in Schutzgebieten – bisherige Erkenntnisse aus einem laufenden Forschungsprogramm. Natur und Landschaft 94, 6/7, S. 255–260.

SRU - SACHVERSTÄNDIGENRAT FÜR UMWELTFRAGEN (2015): Stickstoff: Lösungsstrategien für ein drängendes Umweltproblem - Sondergutachten. Berlin.

SRU/WBBGR - SACHVERSTÄNDIGENRAT FÜR UMWELTFRAGEN / WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT FÜR BIODIVERSITÄT UND GENETISCHE RESSOURCEN (2018): Für einen flächenwirksamen Insektenschutz. [https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/04\\_Stellungnahmen/2016\\_2020/2018\\_10\\_AS\\_Insektenschutz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=17](https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/04_Stellungnahmen/2016_2020/2018_10_AS_Insektenschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=17).

THÜNEN-INSTITUT - JOHANN HEINRICH VON THÜNEN-INSTITUT (2019): Leistungen des ökologischen Landbaus für Umwelt und Gesellschaft. Thünen Report Band 65, [https://www.thuenen.de/media/publikationen/thuenen-report/Thuenen Report 65.pdf](https://www.thuenen.de/media/publikationen/thuenen-report/Thuenen-Report-65.pdf).

## § 3 ABSATZ 2 BNATSchG ALS RECHTSGRUNDLAGE FÜR NACHTRÄGLICHE NATURSCHUTZRECHTLICHE ANORDNUNGEN – AM BEISPIEL DER IMMISSIONSSCHUTZRECHTLICHEN GENEHMIGUNG FÜR WINDENERGIEANLAGEN

**DR. ELLEN KRÜSEMANN, Ministerium für Umwelt, Naturschutz und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf<sup>1</sup>**

### 1 Anlass und Eingrenzung der Fragestellung

Naturvorgänge sind dynamisch: Tierarten können im Laufe langdauernder Planungs- und Genehmigungsverfahren in ein Gebiet zu- oder abwandern. Amphibien können während der Phase der Freiräumung eines Baustellengeländes einwandern. Vogelarten können sich in der Nähe von Windenergieanlagen ansiedeln. Gesetzlich geschützte Biotope können neu entstehen, aber auch durch natürliche Sukzession wieder verfallen und ihren Schutzstatus verlieren. Durch den Klimawandel können sich naturräumliche Gegebenheiten grundlegend ändern, so dass Tiere neue Verhaltensweisen oder die Vegetation Veränderungen erfährt.

Auf diese Weise kann sich erst nach Genehmigungserteilung herausstellen, dass der bereits genehmigte Betrieb bzw. Bau wider Erwarten doch mit Naturschutzrecht kollidiert, z.B. mit dem artenschutzrechtlichen Tötungsverbot. Ändern können sich auch die fachwissenschaftlichen Erkenntnisse – etwa über die Sensibilität von Tierarten gegenüber bestimmten Nutzungen oder durch neu entdeckte Vorkommen einer Art. Gerade bei der Genehmigung großer Infrastrukturvorhaben mit langer Phase zwischen Genehmigung, Baubeginn und Inbetriebnahme können sich Änderungen ergeben. Vor allem bei Dauerverwaltungsakten können sich in der lang dauernden Betriebsphase Änderungen der Sach- oder Erkenntnislage ergeben.

Damit stellt sich die Frage, ob bzw. welche Möglichkeiten der § 3 Absatz 2 Bundesnaturschutzgesetz eröffnet, um bei Bedarf auch auf nachträgliche Änderungen der Sachlage zu reagieren. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich dabei auf die in der Praxis besonders häufige Frage, ob § 3 Abs. 2 BNatSchG die Option zur nachträglichen Anordnung von Artenschutzmaßnahmen bei immissionsschutzrechtlichen genehmigten Windenergieanlagen eröffnet.

---

<sup>1</sup> Die Ausführungen geben die persönliche Auffassung der Verfasserin wieder. Der Beitrag ist eine erweiterte Fassung des Vortrags auf der 5. Bundesfachtagung Naturschutzrecht am 23.09.2021.

In einem ergänzenden Ausblick wird die Bedeutung des am 29.07.2022 in Kraft getretenen Gesetzes zur Vierten Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes<sup>2</sup> auf seine Implikationen für nachträglicher Anordnungen im Zusammenhang mit dem Ausbau der erneuerbaren Energien untersucht. Fragestellungen nachträglicher Anordnungen auf Grundlage des § 3 Abs. 2 BNatSchG im Fall bestandskräftiger Baugenehmigungen<sup>3</sup> oder Planfeststellungsbeschlüssen<sup>4</sup> werden im Folgenden ausgeklammert.

## 2 Grundsätzlich: § 3 Absatz 2 BNatSchG eröffnet nachträgliche Anordnungen

§ 3 Absatz 2 BNatSchG sieht vor, dass die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden die Einhaltung der Vorschriften dieses Gesetzes und der auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften überwachen und nach pflichtgemäßem Ermessen die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen treffen, um deren Einhaltung sicherzustellen, soweit nichts Anderes bestimmt ist.

Ausdrücklich ist zwar nicht geregelt, dass nachträgliche Anordnungen nach einer Zulassungsentscheidung eröffnet sind.

§ 3 Absatz 2 BNatSchG ist eine „sonderordnungsrechtliche Generalklausel“, also eine in einem Fachgesetz enthaltene spezielle Variante der „ordnungsrechtlichen Generalklauseln“ im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht. Der Gesetzgeber betont die Funktion einer als Generalklausel ausgestalteten Befugnisnorm.<sup>5</sup>

§ 3 Absatz 2 BNatSchG trifft zwar keine ausdrückliche Aussage zur Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von nachträglichen Anordnungen nach Genehmigungserteilung. Der Wortlaut umfasst aber uneingeschränkt jede Art von „Maßnahmen“. <sup>6</sup> Damit wären auch Anordnungen nach Genehmigungserteilung nicht ausgeschlossen. Die historische Auslegung bzw. der Sinn und Zweck der Regelung - die Schaffung einer „sonderordnungsrechtlichen Generalklausel“ - sprechen ebenfalls für einen breiten Anwendungsbereich, der ein nachträgliches Einschreiten nicht ausschließt, wenn dies erforderlich ist, um dem Naturschutzrecht Geltung zu verschaffen. Voraussetzung ist, dass die Grenzen der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden.

---

<sup>2</sup> BGBl. I 2022, S. 1362, berichtigt durch BGBl. I 2022, S. 1436.

<sup>3</sup> Zu den Besonderheiten nachträglicher Anordnungen auf Grundlage des § 3 Abs. 2 BNatSchG im Fall bestandskräftiger Baugenehmigungen siehe etwa Seibert, UPR 2022 (1): 2 ff. oder Lau, NuR 2018 (653): 657 f.

<sup>4</sup> Vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 28.3.2013 – 9 A 22/11, Rn. 123 – Juris; OVG Lüneburg, Urteil vom 05.07.2022 – 12 KS 121/21, Rn. 38 - Juris.

<sup>5</sup> Vgl. BT-Drs. 16/12274, S. 51; OVG Lüneburg, Urteil vom 05.07.2022 – 12 KS 121/21, Rn. 40 Juris; vgl. auch Lütkes, in: Lütkes/Ewer BNatSchG, § 3, Rdn. 6.

<sup>6</sup> OVG Lüneburg, Urteil vom 05.07.2022 – 12 KS 121/21, Rn. 37 - Juris.

Das Bundesverwaltungsgericht hat entschieden, dass die §§ 17 ff. BImSchG die sicherheitsrechtlichen Untersagungstatbestände aus dem allgemeinen Ordnungsrecht nicht verdrängen.<sup>7</sup> Entsprechend ist auch in der Rechtsprechung anerkannt, dass die sonderordnungsrechtliche Generalklausel des § 3 Abs. 2 BNatSchG nicht schlechthin durch die §§ 17 ff. BImSchG verdrängt wird.<sup>8</sup> Liegen die Voraussetzungen einer nachträglichen Anordnung nach § 3 Abs. 2 BNatSchG vor, dann sind auch etwaige fachgesetzliche Sonderregelungen für einen Widerruf (z.B. die Widerrufsfrist gem. § 21 Abs. 2 BImSchG) – von dem eine nachträgliche Anordnung ja gerade abzugrenzen ist – weder direkt noch analog auf § 3 Abs. 2 BNatSchG anwendbar.<sup>9</sup>

### **3 Einschränkung der Auslegung des § 3 Abs. 2 BNatSchG aufgrund der Bestandskraft von Genehmigungen**

Die Notwendigkeit zur einschränkenden Auslegung des § 3 Abs. 2 BNatSchG im Fall nachträglicher Anordnungen ergibt sich allerdings aufgrund der Bestandskraft von Genehmigungen. Gem. § 43 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) bleibt ein Verwaltungsakt wirksam, solange er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder erledigt ist. Der Regelungsgehalt einer Genehmigung kann es daher verbieten, den Inhaber der Genehmigung für ein Verhalten in Anspruch zu nehmen, das Gegenstand dieser Genehmigung ist.<sup>10</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat klargestellt, dass die so genannte „Legalisierungswirkung“ der erteilten Genehmigung ein Einschreiten auf Grundlage von ordnungsbehördlichen Generalklauseln beschränkt.<sup>11</sup> Die Befugnisse der Naturschutzbehörde enden damit dort, wo die nachträgliche Anordnung eine teilweise Aufhebung oder Abänderung nach Fachrecht voraussetzt.<sup>12</sup> Enthält also eine Genehmigung die Feststellung der Vereinbarkeit des Vorhabens mit Naturschutzrecht (so etwa Planfeststellungen, immissionsschutzrechtliche Genehmigung oder Genehmigungen, bei denen allgemein die Vereinbarkeit mit öffentlich-rechtlichen Vor-

---

<sup>7</sup> BVerwG, Beschluss vom 02.12.1977 - 4 C 75/75, Rn. 16 - Juris.

<sup>8</sup> Vgl. dazu etwa VG Würzburg, Urteil vom 22.01.2019 - W 4 K 17.789, Rn. 42 - Juris; OVG Lüneburg, Urteil vom 05.07.2022 - 12 KS 121/21, Rn. 37 - Juris.

<sup>9</sup> OVG Niedersachsen, Urteil vom 05.07.2022 - 12 KS 121/21, Rn. 99 ff. - Juris.

<sup>10</sup> Allgemein zur Bestandskraft von Zulassungsentscheidungen Kautz (2018), UPR, 474 (476).

<sup>11</sup> BVerwG, Beschluss vom 02.12.1977 - 4 C 75/75, Rn. 16 f. - Juris.

<sup>12</sup> Vgl. etwa OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 9.11.2016 - 2 L 112/14, Rdn. 63 - Juris; VG Würzburg, Urteil vom 22.01.2019 - W 4 K 17.987, Rn. 43 f. - Juris; OVG Lüneburg, Urteil vom 13.03.2019 - 12 LB 125/18, Rn. 39, f., 49 - Juris; OVG Koblenz, Urteil vom 03.08.2016 - 8 A 10377/16, Rn. 41 - Juris.

schriften festgestellt wird), darf diese Feststellung nicht durch eine nachträgliche Anordnung der Naturschutzbehörde nach § 3 Abs. 2 BNatSchG unterlaufen werden.<sup>13</sup> Es ist weder nach dem Wortlaut noch nach der Gesetzesbegründung ersichtlich, dass eine substantielle Durchbrechung der Bestandskraft von immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen ermöglicht werden soll. Das OVG Lüneburg stellt insoweit klar, dass sich die Feststellungswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nicht auf die Zukunft bezieht. Bei Genehmigung könne artenschutzrechtlich nicht der gesamte Betriebszeitraum mitsamt etwaigen später entstehenden Konflikten in den Blick genommen werden. Dies würde die Genehmigungsbehörde „wegen des Wandels in der Natur andernfalls vor kaum zu bewältigende Probleme stellen. Einen unbeschränkten Bestandsschutz für einen ungeprüften Zeitraum zu bejahen, liegt ebenfalls fern.“<sup>14</sup> Die Anwendung des § 3 Abs. 2 BNatSchG sei von daher auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil im Zeitpunkt der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ein Auflagenvorbehalt zur Bewältigung von zukünftigen artenschutzrechtlichen Konflikten hätte aufgenommen werden können. Ein derartiger Auflagenvorbehalt würde die Bindungs- und Legalisierungswirkung der Genehmigung unterlaufen.<sup>15</sup>

Nachträgliche Anordnungen auf Grundlage des § 3 Abs. 2 BNatSchG kommen daher nur in Betracht, wenn das Einschreiten auf nach Genehmigungserteilung eingetretenen Umständen beruht und wenn durch die Maßnahme keine (Teil-)Aufhebung oder Änderung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bewirkt wird. Für eine solche Aufhebung oder Änderung wäre allein die Fachbehörde nach Maßgabe der fachgesetzlichen Regelungen zuständig (§ 48 VwVfG (Rücknahme) bzw. § 21 BImSchG (Widerruf)).<sup>16</sup>

Nach Genehmigungserteilung eingetretene neue Umstände werden etwa bejaht bei neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen, z.B. über die Sensibilität der betroffenen Arten, oder bei einer geänderten Tatsachenlage, etwa durch Einwandern von Arten nach Genehmigungserteilung. Nicht ausreichend ist dagegen eine im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung unrichtig ermittelte Sachlage bzw. Ermittlungsdefizite oder eine nachträglich geänderte behördliche Bewertung bei ansonsten unveränderter Sachlage. Eine der immissionsschutzrechtlichen Betreiberpflicht entsprechende naturschutzrechtliche Verpflichtung zur Eigenüberwachung wird dagegen nicht anerkannt.<sup>17</sup>

Die Abgrenzung zu (Teil-)Aufhebung oder Rücknahme der Genehmigung kann im Einzelfall schwierig sein. Die Rechtsprechung bewertet insbesondere die Zulässigkeit

---

<sup>13</sup> VG Würzburg, Urteil vom 22.01.2019 – W 4 K 17.987, Rn. 43 ff. – Juris; Reicherzer/Todorov/Arenz, NVwZ 2020: 1165 (1166); Schumacher, NuR 2019: 323 (324); Fachagentur Wind an Land (2016): 16.

<sup>14</sup> OVG Niedersachsen, Urteil vom 05.07.2022 – 12 KS 121/21, Rn. 42 – Juris.

<sup>15</sup> Seibert, UPR 2022 (1): 6.

<sup>16</sup> Vgl. etwa OVG Lüneburg, Urteil vom 05.07.2022 – 12 KS 121/21, Rn. 46 ff. - Juris; OVG Lüneburg, Urteil vom 13.03.2019 - 12 LB 125/18, Rn. 39 f., 49 - Juris; OVG Koblenz, Urteil vom 03.08.2016 - 8 A 10377/16, Rn. 41 - Juris; VG Augsburg, Urteil vom 29.03.2021, Au 9 K 18.1392, Rn. 40 f. - Juris.

<sup>17</sup> Barner-Gaedicke, NuR 2018: 663, 666 m.w.N.

temporärer Abschaltanordnungen von Windenergieanlagen auf Grundlage des § 3 Abs. 2 BNatSchG recht uneinheitlich.<sup>18</sup> Ein Kriterium ist die Frage, ob die Fachgenehmigungsbehörde nach den fachrechtlichen Maßstäben die Genehmigung (teilweise) versagt hätte, wenn die geänderten Umstände im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung bereits vorgelegen hätten. Ein weiteres Prüfkriterium ist die Frage, ob eine nachträgliche Anordnung unverhältnismäßig gewesen wäre und ob ein Eingriff in den „Genehmigungskern“ vorliegt.<sup>19</sup> So wurde die Anwendbarkeit des § 3 Abs. 2 BNatSchG bejaht (und damit die Wirkung einer Teilaufhebung verneint) im Fall einer einmaligen Abschaltanordnung von 1,5 Monaten für drei Windenergieanlagen eines Windparks tagsüber (trotz „beträchtlicher Einnahmeverluste“)<sup>20</sup> und bei einer jährlichen Abschaltanordnung über die Dauer von vier Monaten in der Nachtzeit und nur bei bestimmten Windgeschwindigkeiten (angesichts eines „geringen Ertragsausfalls“).<sup>21</sup> Andere Gerichte haben die Anwendbarkeit des § 3 Abs. 2 BNatSchG verneint und eine Entscheidung der Immissionsschutzbehörde über einen Widerruf verlangt bei einer jährlichen Abschaltanordnung für die Dauer von drei Monaten in der Nachtzeit<sup>22</sup> oder bei einer jährlichen Abschaltanordnung für die Dauer von 3,5 Monaten tagsüber.<sup>23</sup>

Allerdings kann der europarechtliche Effektivitätsgrundsatz zur Annahme einer Bestandskraftdurchbrechung zwingen. Dieser besagt, dass Normen des EU-Rechts eine möglichst optimale Wirkung zu verleihen ist. Die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote der §§ 44 ff. BNatSchG basieren auf den Bestimmungen des Art. 12 Abs. 1 und Art. 13 der FFH-Richtlinie sowie Art. 5 der Vogelschutzrichtlinie. Im Einzelnen sind die Reichweite des europarechtlichen Effektivitätsgrundsatzes und die damit verbundenen Auswirkungen auf die Ermessensreduktion umstritten. Teils wird vertreten, dass in der Phase nach Genehmigungserteilung, aber vor Baubeginn bzw. vor Inbetriebnahme nur ein verminderter Vertrauensschutz greift,<sup>24</sup> während ab der Inbetriebnahme generell von einem Einschreiten abzusehen ist, sofern nicht sehr gefährdete Arten betroffen sind, bei denen die Gewährleistung eines stabilen Erhaltungszustands aus naturschutzfachlichen Gründen unverzichtbar erscheint.<sup>25</sup>

---

<sup>18</sup> Vgl. etwa Seibert, UPR 2020: 1 (6).

<sup>19</sup> OVG Lüneburg, Urteil vom 13.03.2019 - 12 LB 125/18, Rn. 40, 49 – Juris.

<sup>20</sup> VG Kassel, Beschl. v. 2.8.2018, 2 L 1764/18. KS, Rn. 123 ff. – Juris.

<sup>21</sup> OVG Lüneburg, Urteil vom 13.03.2019 - 12 LB 125/18 – Rn. 46 f. - Juris; OVG Lüneburg, Urteil vom 05.07.2022 – 12 KS 121/21, Rn. 88 f., 93 - Juris.

<sup>22</sup> OVG Magdeburg, Urteil vom 9.11.2016 - 2 L 112/14, Rn. 63 - Juris.

<sup>23</sup> VG Würzburg, Urteil vom 22.01.2019 - W 4 K 17.987- Rn. 46 - Juris.

<sup>24</sup> So Lau, NuR 2018: 840 (844 f.); anderer Auffassung Reicherzer/Todorov/Arenz, NVwZ 2020: 1165 (1167).

<sup>25</sup> Lau, NuR 2018: 658 (663).



## 4 Zuständigkeit der Naturschutzbehörden für nachträgliche Anordnungen nach § 3 Abs. 2 BNatSchG

Maßnahmen nach § 3 Abs. 2 BNatSchG trifft „die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständige Behörde“. Gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG sind dies „die nach Landesrecht für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden“. Die Zuständigkeit für den Vollzug von Naturschutzrecht im Genehmigungsverfahren hängt ab vom Verfahrenstyp und vom konkret betroffenen Naturschutzinstrument.

Wegen der Konzentrationswirkung einer Genehmigung nach § 13 BImSchG ist die Immissionsschutzbehörde auch zuständig für die Einhaltung von Naturschutzrecht. Die Konzentrationswirkung bezieht sich allerdings allein auf die Genehmigungserteilung. Nach Erteilung der Genehmigung fällt die Zuständigkeit zum Vollzug der öffentlich-rechtlichen Vorschriften außerhalb des Immissionsschutzrechts wieder an die zum Vollzug dieser Vorschriften zuständigen Behörden zurück. Diese sind daher für etwaige nachträgliche Anordnungen nach den entsprechenden Vorschriften zuständig.<sup>26</sup> Diese Eingriffsermächtigung nach § 3 Abs. 2 BNatSchG tritt grundsätzlich neben konkurrierende Eingriffsbefugnisse anderer Behörden.<sup>27</sup>

Soweit § 3 Abs. 2 BNatSchG nach den oben genannten Maßstäben nicht anwendbar sein sollte, muss seitens der Immissionsschutzbehörde über die Teil-Aufhebung oder Änderung der BImSchG-Genehmigung entschieden werden. Sollte diese sich weigern, von ihrer Aufhebungs- bzw. Rücknahmekompetenz Gebrauch zu machen, wäre die Naturschutzbehörde auf die Einschaltung der Fachaufsicht angewiesen. Hoheitliche Anordnungen gegenüber der Fachbehörde scheiden aus.<sup>28</sup> Damit stellt sich das vollzugspraktische Problem, dass „die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden auf ihrem Spielfeld oft nicht alleiniger, unabhängiger Hauptakteur“ sind, sondern „sich häufig nur in der Rolle des Mitspielers, Beraters oder gar des Statisten“ sehen.<sup>29</sup> Dies begründet die Gefahr von Umsetzungsdefiziten aufgrund mangelnder Fachkenntnis oder doch zumindest von Koordinationsproblemen.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> OVG Lüneburg, OVG Lüneburg, Urteil vom 05.07.2022 – 12 KS 121/21, Rn. 45 - Juris; OVG Lüneburg, Urteil vom 13.09.2019 - 12 LB 125/18, Rn. 39 - Juris; vgl. auch Seibert, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 13 BImSchG, Rdn. 117 m.w.N.

<sup>27</sup> BVerwG, Urteil vom 01.06.2017 - 9 C 2/16, Rn. 21 - Juris; vgl. auch Lütkes, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, 2. Auflage 2018, § 3, Rdn. 9a.

<sup>28</sup> Krohn, GK Schlacke, § 3 Rdn. 19.

<sup>29</sup> Seibert, UPR 2020: 1.

<sup>30</sup> Seibert, a.a.O. im Zusammenhang mit der Beifügung von Nebenbestimmungen.

## 5 Sonderproblem: Nachträgliche Anordnung der Gefahrerforschung?

§ 3 Abs. 2 BNatSchG ist eine sonderordnungsrechtliche Generalklausel. Wie im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht muss daher eine „Gefahr“ vorliegen, um ein Einschreiten der für Naturschutz zuständigen Behörden zu begründen. Als Gefahr im polizei- oder ordnungsrechtlichen Sinne wird die „hinreichende Wahrscheinlichkeit eines nicht unerheblichen Schadenseintritts“ angesehen. Eine „konkrete Gefahr“ liegt vor bei einer Sachlage, die bei ungehindertem Ablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden führen wird.<sup>31</sup> Davon zu unterscheiden ist die Konstellation des Gefahrenverdachts, bei der lediglich eine unklare Sachlage gegeben ist, bei der einerseits die Besorgnis einer Gefahr bestehen muss, andererseits aber noch Erkenntnislücken vorhanden sind, die geschlossen werden müssen.<sup>32</sup> Für so genannten „Gefahrerforschungseingriffe“ zur Klärung der Sachlage kann der Betreiber daher auch nicht als Störer in Anspruch genommen werden. Er kann zwar auf Grundlage des § 3 Abs. 2 BNatSchG zur Duldung der behördlichen Gefahrerforschung verpflichtet werden, Durchführung und Kostentragung obliegen aber der Behörde im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung.<sup>33</sup>

Umstritten ist, ob diese Beschränkung auch bei Klärung des Schadensumfangs gilt. Nach einer Ansicht bleibt die Klärung des genauen Schadensumfangs wegen der Legalisierungswirkung der Genehmigung Teil der behördlichen Sachverhaltsaufklärung gem. § 26 Abs. 2 S. 1 und 2 VwVfG. Nachträgliche Anordnungen nach § 17 Abs. 2 BImSchG rechtfertigten grundsätzlich keine Anordnung der „Eigenüberwachung“ durch den Betreiber.<sup>34</sup> Nach anderer Auffassung liegt hier eine echte Gefahr im Rechtssinne vor, der Betreiber sei verantwortlicher Zustandsstörer. Dies erscheint plausibel: Wenn dem Betreiber sogar eine temporäre Abschaltung auferlegt werden kann, dann kann er - erst recht - auch zur Ermittlung der Dimension der Gefahr herangezogen werden.<sup>35</sup> Als „schwierig“ für die zuständigen Behörden wird gewertet, dass nach Genehmigungserteilung die Darlegungs- und Beweislast grundsätzlich vollumfassend bei den Behörden liegt.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> Krohn, GK Schlacke, § 3 Rdn. 21 m.w.N.

<sup>32</sup> Barner-Gaedicke, NuR 2018: 663 (665, 666).

<sup>33</sup> VG Oldenburg, Urteil vom 6.12.2017 – 5 A 2869/17; Barner-Gaedicke, NuR 2018: 663 (665).

<sup>34</sup> OVG Lüneburg, Urteil vom 13.3.2019 - 12 LB 125/18; Barner-Gaedicke, NuR 2018: 663 (666).

<sup>35</sup> Schumacher, NuR 2019: 323 (325).

<sup>36</sup> Lau (2018): 594 (691).

## 6 Zwischenfazit

Der auf den ersten Blick breit gefasste Anwendungsbereich des § 3 Abs. 2 BNatSchG wird durch die einschränkende Auslegung im Fall von bestandskräftigen Genehmigungen stark beschränkt. Die genaue Reichweite dieser Beschränkungen ist wenig konturiert und abhängig vom Einzelfall. So können erhebliche Rechtsunsicherheiten vor allem im Zusammenhang mit der Entscheidung über Abschaltanordnungen von Windenergieanlagen aus Gründen des EU-Artenschutzrechts entstehen. Diese Rechtsunsicherheiten könnten durch den Gesetzgeber im Wege einer Konkretisierung der Regelung behoben werden.

## 7 Ausblick: Konkretisierung der Anforderungen an nachträgliche Anordnungen durch die Änderungen des BNatSchG?

Im Rahmen des „Eckpunktepapers“ der Bundesministerien für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz sowie für Wirtschaft und Klimaschutz zur Beschleunigung des naturverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land vom 4. April 2022 wurde angekündigt, dass gesetzlich eine Klarstellung erfolgen solle, dass nachträgliche Anordnungen nur in Ausnahmefällen und nur unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit für den Anlagenbetreiber möglich sind.<sup>37</sup> Eine ausdrückliche Klarstellung enthalten die am 29.07.2022<sup>38</sup> in Kraft getretenen Regelungen des Bundesnaturschutzgesetzes nicht.<sup>39</sup>

Die Neuregelung zum „Betrieb von Windenergieanlagen an Land“, § 45 BNatSchG sieht in Absatz 6 allerdings differenzierte Vorgaben für die Zumutbarkeit von Abschaltanordnungen vor. Dabei ist von Unzumutbarkeit auszugehen, wenn sich der Jahresenergieertrag bei überdurchschnittlich windhöffigen Standorten um mehr als 8 Prozent, bei anderen Standorten um mehr als 6 Prozent verringert. Die Berechnung erfolgt dabei nach detaillierten Vorgaben in Anlage 2. Dieser differenzierten Zumutbarkeitsschwelle für Abschaltungen muss daher auch im Fall etwaiger nachträglicher Anordnungen zumindest eine starke Indizwirkung für die Verhältnismäßigkeit (bzw. Unzulässigkeit) zukommen.

Von Bedeutung für die Zulässigkeit nachträglicher Anordnung dürfte außerdem der neue § 45d Absatz 2 in Verbindung mit § 45b Abs. 8 Nr. 5 BNatSchG sein. Danach muss ein Vorhabenträger für die Dauer des Betriebs eine Sonderabgabe leisten, wenn ihm

---

<sup>37</sup> Vgl. auch den Hinweis in OVG Niedersachsen, Urteil vom 05.07.2022 – 12 KS 121/21, Rn. 43 – Juris, wonach eine solche Klarstellung „bislang, soweit ersichtlich“ nicht erfolgt sei.

<sup>38</sup> BGBl. I 2022, S. 1362, berichtigt durch BGBl. I S. 1436.

<sup>39</sup> So wohl auch Gellermann (2022), 14; vgl. auch OVG Lüneburg, Urteil vom 05.07.2022 – 12 KS 121/21, Rn. 43 – Juris.

eine Ausnahme erteilt wurde, ohne dass er Maßnahmen zur Sicherung des Erhaltungszustandes durchführen musste.<sup>40</sup> Die Zahlung wird „für die Dauer des Betriebs“ der Anlage als jährlich zu leistender Betrag „im Zulassungsbescheid“ festgesetzt. Soll in dieser Konstellation nachträglich die Durchführung tatsächlicher Schutzmaßnahmen angeordnet werden, dann muss zunächst der Zulassungsbescheid durch Widerruf bzw. (Teil-)Aufhebung geändert werden.

Hinzuweisen ist noch auf den Umstand, dass der neue § 45 b BNatSchG in den Absätzen 1 bis 5 Standards für die fachliche Beurteilung, ob sich „nach § 44 Absatz 5 Satz 1 Nummer 1 das Tötungs- oder Verletzungsrisiko für Brutvögel beim Betrieb von Windenergieanlagen im Umfeld ihrer Brutplätze signifikant erhöht“.<sup>41</sup> Behörden werden im so genannten erweiterten Prüfbereich nunmehr explizit angehalten, auf bereits verfügbare Daten zurückzugreifen. Kartierungen durch den Vorhabenträger sind nicht erforderlich. § 45b Absatz 4 Satz 2 soll der Beschleunigung dienen, indem „eine zusätzliche zeitintensive Kartierung durch den Vorhabenträger entfällt“.<sup>42</sup> Aus dem Umstand, dass eine vergleichbare Regelung für den Nahbereich nach Absatz 2 und im zentralen Prüfbereich nach Absatz 3 fehlt, kann geschlossen werden, dass dort eine Kartierung zur Sachverhaltsaufklärung erforderlich ist und dass diese dem Vorhabenträger obliegt. Dies könnte dafür sprechen, dass dem Vorhabenträger im Nahbereich und im zentralen Prüfbereich auch nach Genehmigungserteilung bei unklarer Sachlage die Sachverhaltsaufklärung auferlegt werden kann. Gegen eine solche stillschweigende Einführung einer Eigenüberwachung spricht allerdings der Umstand, dass der Gesetzgeber mit den Neuregelungen eine Beschleunigung der Genehmigungsvorhaben durch Entlastung des Vorhabenträgers vorsieht.<sup>43</sup> Auch angesichts des Bruchs mit der bisherigen Konzeption einer rein immissionsschutzrechtlichen Pflicht zur Eigenüberwachung wäre hier eine ausdrückliche Klarstellung zu erwarten gewesen.

Damit bleibt festzuhalten, dass die Neuregelungen zwar Ansatzpunkte für eine Konkretisierung nachträglicher Anordnungen enthalten, dass eine rechtssichere Klarstellung jedoch weiterhin fehlt. Eine solche Konkretisierung könnte es zudem ermöglichen, flexibel auf nachträgliche Änderungen zugunsten des Betreibers zu reagieren – also auch nachträglich wieder von Abschaltanordnungen abgesehen werden kann, wenn

---

<sup>40</sup> Entwurfsbegründung, BT-DRs. 20/2354, S. 30.

<sup>41</sup> So die Entwurfsbegründung in BT-Drs. 20/2354, S. 24.

<sup>42</sup> Änderungsanträge der Fraktionen der SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes – Drucksache 20/2354 –, Ausschussdrucksache 20 (16)74 des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz, Nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages vom 05.07.2022.

<sup>43</sup> So etwa durch Einführung eines intendierten Ermessens in § 45b Absatz 8 Nummer 6 oder durch ein Wahlrecht des Vorhabenträgers zur vorgezogenen Anwendung der § 45b Absätze 1 bis 6 nach Maßgabe der Übergangsregelung

dazu kein Bedarf ist.<sup>44</sup> Dabei könnte es sich anbieten, ausgehend von den Zumutbarkeitsschwellen für den eng umrissenen Problembereich der Abschaltanordnung artenschutzrechtliche Betreiberpflichten zu definieren. Dies könnte den Umgang mit unvorhersehbaren Naturentwicklungen wesentlich erleichtern, ohne den Vertrauensschutz, unionsrechtliche Erfordernisse und das Interesse an einem hohen Energieertrag zu unterlaufen.

---

<sup>44</sup> Gellermann 2022: 1 (14) fordert eine Ermächtigung für nachträgliche Anordnungsbefugnisse.

## Quellen

BARNER-GAEDICKE, E. (2018): Der Gefahrerforschungseingriff im Naturschutzrecht. In: *Natur und Recht* 40, 663 – 668.

FACHAGENTUR WIND AN LAND (Hrsg.) (2016): *Nachträgliche Anpassung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen aufgrund artenschutzrechtlicher Belange*. Berlin.

GELLERMANN, M. (2022): *Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, Bündnis90/Die Grünen und FDP aus Anlass der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz, Nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 4. Juli 2022, Ausschussdrucksache 20(16)66*.

KROHN, S. (2016): In: Schlacke, S. (Hrsg.) (2016): *Gemeinschaftskommentar zum Bundesnaturschutzgesetz*. 2. Aufl. Köln.

KAUTZ, S. (2018): *Artenschutz vs. Bestandsschutz?* In: *UPR* 2018, 474 – 482.

LAU, M. (2018): *Einwandern besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich genehmigter Vorhaben – gemeinsame Fragen*. In: *NuR* 40, 594 – 691.

LAU, M. (2018): *Einwandern besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich von Vorhaben nach Bau und Inbetriebnahme*. In *NuR* 40, 653 – 658.

LAU, M. (2018): *Einwandern besonders geschützter Arten in den Gefahrenbereich von Vorhaben nach Genehmigungserteilung*. In: *NuR* 40, 840 – 845.

LÜTKES, S.; EWER, W. (2018): *Bundesnaturschutzgesetz. Kommentar*. 2. Aufl. München.

REICHERZER, M.; TODOROV, A.; ARENZ, L. (2020): *Wenn der Rotmilan kommt – rote Zahlen für den Windpark?* In *NVwZ* 16, 1165 – 1169.

SCHLACKE, S. (Hrsg.) (2016): *Gemeinschaftskommentar zum Bundesnaturschutzgesetz*. 2. Aufl. Köln.

SCHUMACHER, J. (2019): Nachträgliche naturschutzrechtliche Betriebseinschränkungen für Windenergieanlagen. Anmerkungen zum Urteil des OVG Lüneburg vom 13.3.2019 – 12 LB 125/18. In: Natur und Recht 41, 323 – 325.

SEIBERT, M.-J.: In: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 13 BImSchG.

SEIBERT, M.-J. (2002): Umsetzung von Naturschutzrecht über Nebenbestimmungen – von der Entscheidung bis zum Vollzug. In UPR 2002, 1 – 5.

# DIE ROLLE DES ORDNUNGSWIDRIGKEITEN- UND STRAFRECHTS BEI DER DURCHSETZUNG NATURSCHUTZRECHTLICHER ENTSCHEIDUNGEN

**Prof. Dr. Michael PFOHL, Leitender Oberstaatsanwalt a.D., Tübingen**

## 1 Einführung

Das breit gewählte Thema bietet Gelegenheit, sich einerseits intensiver mit den Bestimmungen des strafrechtlichen Naturschutzes zu befassen (dazu unter 2 und 3), andererseits aber auch auf die Strafverfolgungspraxis und die Zusammenarbeit der Naturschutz- und Strafverfolgungsbehörden einzugehen (unten 4 und 5). Bevor dies geschieht, sind einführend einige grundsätzliche Überlegungen anzustellen:

Mit dem (Verwaltungs-) Naturschutzrecht sollen die in § 1 BNatSchG genannten Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege planerisch, gestaltend, ordnend umgesetzt werden. Mit dem Ordnungswidrigkeiten- und dem Strafrecht wird auf ein Fehlverhalten reagiert, gewissermaßen mit einem Blick auf die Vergangenheit geurteilt. Insofern unterscheiden sich beide Rechtsmaterien grundlegend.

Abgesehen davon, dass das BNatSchG auf dem RNatSchG aus dem Jahr 1935 gründet, haben sich das Naturschutzrecht und das Naturschutzstrafrecht seit den 1970-er/1980-er Jahren parallel zueinander entwickelt. Das BNatSchG wurde in den Jahren 1976, 2002 und 2010 neu geregelt bzw. neu gefasst. Das heute geltende Umweltstrafrecht geht auf das 1. und das 2. Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität aus den Jahren 1980 und 1994 sowie das 45. StrÄndG aus dem Jahr 2011 zurück. Beide Materien waren und sind laufend Änderungen unterworfen. Dabei ist für das Strafrecht darauf zu achten, dass die einzelnen Tatbestände möglichst deckungsgleich und zeitnah an das Naturschutzrecht angepasst werden.<sup>1</sup>

Sowohl das Naturschutzrecht als auch das Naturschutzstrafrecht sind maßgeblich durch das europäische Recht geprägt. Zu beachten sind insbesondere die Vogelschutzrichtlinie, die FFH-Richtlinie sowie die artenschutzrechtlichen Bestimmungen der VO (EG) Nr. 338/97 i.V.m. der DurchführungsVO Nr. 865/2006. Die EU-Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt wurde mit dem 45. StrÄndG umgesetzt. Wie unter

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa zur verspäteten Übernahme des Begriffs der „streng geschützten Art“ in § 330 StGB Alt 2019, StGB, § 330 Rn. 11.



anderem der damals eingeführte Tatbestand des § 329 Abs. 4 StGB zeigt, kann das Gemeinschaftsrecht zu sehr kompliziert abgefassten und nur schwer handhabbaren Strafnormen führen (vgl. unten 3).

In Deutschland gibt es kein eigenständiges reines Naturschutzstrafrecht. Die maßgeblichen Straftatbestände sind im Wesentlichen im 29. Abschnitt des StGB („Straftaten gegen die Umwelt“) sowie hinsichtlich des Artenschutzstrafrechts im BNatSchG zu finden. Naturdenkmale werden im 27. Abschnitt des StGB durch den Tatbestand der gemeinschädlichen Sachbeschädigung geschützt. Wie im Umweltstrafrecht sind die Bestimmungen zwar in unterschiedlicher Form, aber doch generell durch den Grundsatz der Verwaltungsakzessorität geprägt. Strafbar macht sich nur, wer entgegen „einer zum Schutz eines Naturschutzgebiets ....erlassenen Rechtsvorschrift“ oder „unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten“ handelt. Nach ganz überwiegender Ansicht gibt es keine vorzugswürdige Alternative zu diesem, die Einheit der Rechtsordnung gewährleistenden Prinzip. Es hat allerdings zur Folge, dass das Verwaltungsrecht bzw. die Verwaltungsentscheidung darüber bestimmt, welche Reichweite das Strafrecht entfaltet. Ein sehr großzügig gestattendes Verwaltungsrecht führt zu einem sehr beschränkten Strafrecht.

Die naturschutzrechtlichen Regelungen im 4. Kapitel des BNatSchG (Schutz bestimmter Teile von Natur und Landschaft) sind entweder objekt- oder gebietsbezogen ausgestaltet. Dies gilt auch für die artenschutzrechtlichen Bestimmungen des 5. Kapitels. Allerdings wurden nur die auf das 4. Kapitel des BNatSchG bezogenen Tatbestände in das Kernstrafrecht (StGB) aufgenommen, während die Artenschutzstraftatbestände als Annex im BNatSchG verblieben sind. Auf diese sehr kompliziert ausgestalteten Normen kann hier aus räumlichen Gründen nicht näher eingegangen werden.<sup>2</sup>

## **2 Schutzkategorien nach § 22 Abs. 2 BNatSchG**

### **2.1 Abgleich von Verwaltungs- und Sanktionenrecht**

Die unterschiedliche Gewichtung der einzelnen Schutzkategorien aus dem 4. Kapitel des BNatSchG findet sich auch im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht wieder. Schwerwiegendere Zuwiderhandlungen werden als Straftaten, geringfügigere Verstöße als Ordnungswidrigkeiten eingestuft.

---

<sup>2</sup> Näher dazu Pfohl, NuR 2017: 812.

Dies zeigt folgende tabellarische Gegenüberstellung:

<b>Schutzkategorien nach § 20 Abs. 2 BNatSchG</b>	<b>Erklärung</b> im Sinne des § 22 BNatSchG <b>durch</b> (beispielhaft nach § 23 NatSchG BW)	<b>Strafrecht</b>	<b>Ordnungswidrigkeiten</b>
Naturdenkmal (§ 28 BNatSchG)	Rechtsverordnung	§ 304 StGB: Gemeinschädliche Sachbeschädigung	a) § 69 Abs. 1 Nr. 3 NatSchG BW: Verstoß gegen Einzelanordnungen nach § 30 Abs. 2 NatSchG BW b) Bußgeldtatbestand in der Rechtsverordnung
Geschützter Landschaftsbestandteil (§ 29 BNatSchG)	Gemeindegenehmigung	-----	a) Bußgeldtatbestand im Landesrecht, z.B. § 69 Abs. 1 Nr. 4 NatSchG BW (Beseitigung einer Allee) b) kommunale Baumschutzsatzungen
Naturschutzgebiet (§ 23 BNatSchG)	Rechtsverordnung	§ 329 Abs. 3 StGB: Gefährdung schutzbedürftiger Gebiete	a) § 69 Abs. 3 Nr. 4a BNatSchG unerlaubtes Errichten einer Fracking-Anlage b) Bußgeldtatbestand in der Schutzgebietsverordnung
Nationalpark (§ 24 BNatSchG)	Gesetz	§ 329 Abs. 3 StGB: Gefährdung schutzbedürftiger Gebiete	a) § 69 Abs. 3 Nr. 4a BNatSchG unerlaubtes Errichten einer Fracking-Anlage b) Bußgeldtatbestand im Nationalpark-Gesetz

<b>Schutzkategorien nach § 20 Abs. 2 BNatSchG</b>	<b>Erklärung im Sinne des § 22 BNatSchG durch (beispielhaft nach § 23 NatSchG BW)</b>	<b>Strafrecht</b>	<b>Ordnungswidrigkeiten</b>
Nationales Naturmonument (§ 24 Abs. 4 BNatSchG)	Rechtsverordnung	----- Lücke!	U.U. Bußgeldtatbestand in der Rechtsverordnung
Biosphärenreservat (§ 25 BNatSchG)	Rechtsverordnung	Kein eigenständiger Straftatbestand, aber wenn eine Ausweisung als Naturschutzgebiet erfolgt ist, § 329 Abs. 3 StGB anwendbar.	Kein eigenständiger Bußgeldtatbestand, aber wenn eine Ausweisung als Landschaftsschutzgebiet erfolgt ist, Ordnungswidrigkeit nach der einschlägigen Rechtsverordnung möglich.
Landschaftsschutzgebiet (§ 26 BNatSchG)	Rechtsverordnung	-----	Bußgeldtatbestand in der einschlägigen Rechtsverordnung möglich.
Naturpark (§ 27 BNatSchG)	Rechtsverordnung	Kein eigenständiger Straftatbestand, aber wenn eine Ausweisung als Naturschutzgebiet erfolgt ist, § 329 Abs. 3 StGB anwendbar.	Kein eigenständiger Bußgeldtatbestand, aber wenn eine Ausweisung als Landschaftsschutzgebiet erfolgt ist, Ordnungswidrigkeit nach der einschlägigen Rechtsverordnung möglich.
Biotop (§ 30 BNatSchG)	Unmittelbarer gesetzlicher Schutz	Kein eigenständiger Straftatbestand, aber unter Umständen § 324 StGB (Gewässer- verunreinigung) oder § 329 Abs. 3 StGB einschlägig.	a) § 69 Abs. 3 Nr. 5 BNatSchG b) § 69 Abs. 1 Nr. 5 NatSchG BW (als Ergänzung).

Ergänzend ist dabei zu beachten:

Bei allen einstweilig sichergestellten Flächen, deren Schutz beabsichtigt ist, kann der Bußgeldtatbestand des § 69 Abs. 3 Nr. 3 i.V.m. § 22 Abs. 3 S. 3 BNatSchG zur Anwendung kommen.

Im Verhältnis zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten gilt der Grundsatz des § 21 OWiG. Wenn eine Handlung gleichzeitig Straftat und Ordnungswidrigkeit ist, wird nur das Strafgesetz angewendet. Die Handlung kann jedoch als Ordnungswidrigkeit geahndet werden, wenn eine Strafe nicht verhängt wird.

Im Folgenden sollen die einzelnen Schutzkategorien näher betrachtet werden:

## 2.2 Objektbezogener Schutz

### 2.2.1 Naturdenkmal nach § 28 BNatSchG

Die erhöhte Schutzbedürftigkeit von Naturdenkmälern ergibt sich zum einen daraus, dass sie der Bevölkerung leicht zugänglich und deshalb besonders verletzlich sind, zum anderen aber insbesondere aus ihrer Unersetzlichkeit.<sup>3</sup> Die rechtsverbindliche Erklärung nach § 22 BNatSchG erfolgt in Baden-Württemberg durch eine Rechtsverordnung (§ 23 Abs. 5 NatSchG BW).

Einschlägiger Straftatbestand ist § 304 StGB, die gemeinschädliche Sachbeschädigung, bei dessen Anwendung insbesondere Folgendes zu beachten ist:

- Anders als bei der einfachen Sachbeschädigung müssen die geschützten Objekte nicht fremd sein, d.h. auch die Zerstörung des Naturdenkmals durch den Eigentümer selbst ist strafbewehrt.
- § 28 Abs. 1 BNatSchG verlangt eine Einzelschöpfung der Natur oder eine entsprechende Fläche bis zu 5 Hektar. Diese Voraussetzungen kann ein Strafrichter eigenständig prüfen. § 28 Abs. 1 BNatSchG verlangt des Weiteren, dass ein besonderer Schutz erforderlich ist. Hier hat der Ordnungsgeber eine (verwaltungsrechtliche) Ermessensentscheidung zu treffen, die nach dem Grundsatz der Verwaltungsakzessorietät auch für die strafrechtliche Beurteilung bindend sein müsste. Eine einschlägige obergerichtliche Entscheidung zu dieser Frage liegt jedoch, soweit ersichtlich, noch nicht vor.
- Vom Strafrichter eigenständig zu prüfen ist wiederum, ob eine rechtsverbindliche Festsetzung im Sinne des § 28 Abs. 1 BNatSchG erfolgt ist. In Baden- Württemberg wäre gemäß § 23 Abs. 5 NatSchG BW die Festschreibung in einer Rechtsverordnung

---

<sup>3</sup> So Kloepfer/Heger 2014, Rn. 346.

erforderlich.<sup>4</sup> Allein die Aufnahme eines Naturdenkmals in einen landschaftspflegerischen Begleitplan zur Flurbereinigung wurde als nicht ausreichend angesehen.<sup>5</sup>

- Der Straftatbestand erfasst nur die Tathandlungen der Beschädigung oder Zerstörung eines Naturdenkmals sowie über § 304 Abs. 2 StGB den Versuch einer entsprechenden Tat. Abweichend von § 28 Abs. 2 BNatSchG werden damit aber nicht „alle Handlungen, die zur Veränderung des Denkmals führen können“, strafrechtlich sanktioniert. Solche Zuwiderhandlungen sind auch nicht nach § 69 BNatSchG bzw. § 69 NatSchG BW bußgeldbewehrt. Sie können nur als Ordnungswidrigkeit verfolgt werden, wenn es einen entsprechenden Bußgeldtatbestand in der einzelnen Rechtsverordnung gibt.
- Über § 28 BNatSchG hinaus ermöglicht es § 30 Abs. 2 NatSchG BW, Verbote sowie Schutz- und Pflegemaßnahmen durch eine Einzelanordnung zu treffen, und zwar auch, ohne dass eine Rechtsverordnung erlassen worden ist. Zuwiderhandlungen gegen solche vollziehbare Einzelanordnungen können gemäß § 69 Abs. 1 Nr. 3 NatSchG BW als Ordnungswidrigkeit verfolgt werden.

### 2.2.2 Geschützter Landschaftsbestandteil (§ 29 BNatSchG)

Diese zweite jüngere Kategorie des Objektschutzes ist (dem Landschaftsschutzgebiet vergleichbar) weniger streng ausgestaltet. Sie betrifft u.a. Alleen, Friedhöfe, Moore, Trockenmauern. Die rechtliche Ausweisung erfolgt hier gemäß § 23 Abs. 6 NatSchG BW durch eine Gemeindefestsetzung.

Gemäß § 29 Abs. 2 BNatSchG sind die Beseitigung des geschützten Landschaftsbestandteils sowie alle Handlungen, die zur Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung des geschützten Landschaftsbestandteils führen können, nach Maßgabe näherer Bestimmungen verboten. Zuwiderhandlungen sind nicht straf- und auch nicht generell über § 69 BNatSchG bußgeldbewehrt. Einzelne Verstöße sind jedoch nach Landesrecht als Ordnungswidrigkeiten eingestuft. So sanktioniert etwa § 69 Abs. 1 Nr. 4 NatSchG BW die unerlaubte Beseitigung einer Allee bzw. solcher Maßnahmen, die zu einer Zerstörung oder einer sonstigen erheblichen Beeinträchtigung einer Allee führen können.

---

<sup>4</sup> Zum Problem der Fortgeltung alter Unterschutzstellungen nach dem RNatSchG Hönes, NuR 2006: 750.

<sup>5</sup> OLG Oldenburg, Urteil vom 14.9.1987- Ss 403/87, NJW 1988: 924.

Auf § 29 Abs. 1 S. 2 BNatSchG basieren auch kommunale Baumschutzsatzungen bzw. -verordnungen, die in der Regel ebenfalls Bußgeldtatbestände enthalten, bei deren Festlegung insbesondere auf eine hinreichende Bestimmtheit zu achten ist.<sup>6</sup>

## 2.3 Gebietsbezogener Naturschutz

### 2.3.1 Naturschutzgebiet (§ 23 BNatSchG)

Hierbei handelt es sich um die älteste und strengste Kategorie des Flächenschutzes. Die einzelnen Schutzzwecke sind in § 23 Abs. 1 Nr. 1 - 3 BNatSchG aufgezählt. Nach Abs. 2 sind alle Handlungen, die zu einer Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung des Naturschutzgebiets oder seiner Bestandteile oder zu einer nachhaltigen Störung führen können, nach Maßgabe näherer Bestimmungen verboten.

Die Erklärung nach § 22 Abs. 1 BNatSchG erfolgt in Baden-Württemberg durch eine Rechtsverordnung der höheren Naturschutzbehörde (§ 23 Abs. 3 NatSchG BW).

Das strafrechtliche Pendant zu § 23 BNatSchG findet sich in § 329 Abs. 3 StGB. Schutzgegenstand dieser Bestimmung sind u.a. Naturschutzgebiete. Ebenfalls geschützt sind als Naturschutzgebiet einstweilig sichergestellte Flächen im Sinne des § 22 Abs. 3 BNatSchG. Damit soll vermieden werden, dass der jeweilige Schutzzweck durch vorzeitige Veränderungen oder Störungen gefährdet wird, d.h. vollendete negative Tatsachen geschaffen werden.

Abweichend von § 23 Abs. 2 BNatSchG („alle Handlungen, die....“) sind die Tathandlungen in § 329 Abs. 3 StGB im Einzelnen aufgeschlüsselt.<sup>7</sup> Strafbar macht sich nur, wer verbotswidrig

1. Bodenschätze oder andere Bodenbestandteile abbaut oder gewinnt,
2. Abgrabungen oder Aufschüttungen vornimmt,
3. Gewässer schafft, verändert oder beseitigt,
4. Moore, Sümpfe, Brüche oder sonstige Feuchtgebiete entwässert,
5. Wald rodet,
6. Tiere einer im Sinne des Bundesnaturschutzgesetzes besonders geschützten Art tötet, fängt, diesen nachstellt oder deren Gelege ganz oder teilweise zerstört oder entfernt,
7. Pflanzen einer im Sinne des Bundesnaturschutzgesetzes besonders geschützten Art beschädigt oder entfernt oder
8. ein Gebäude errichtet.

---

<sup>6</sup> So soll z.B. der Geltungsbereich mit der Klausel: „innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile und des Geltungsbereichs der Bebauungspläne“, noch hinreichend bestimmt sein, BGH, Beschluss vom 15.3.1996 - 3 StR 506/95, NJW 1996: 1482.

<sup>7</sup> Ausführlich erläutert u.a. von Möhrenschrager 2020, StGB, § 329 Rn. 44ff. und Sack, 2020, StGB, § 329 Rn. 89ff..

Durch eine der genannten Handlungen muss der Schutzzweck nicht unerheblich beeinträchtigt werden. Dieser Schutzzweck ist in aller Regel aus der jeweiligen Schutzgebietsausweisung, d.h. der Rechtsverordnung, zu entnehmen.

Die Handlung selbst muss nicht im Schutzgebiet vorgenommen werden. Es genügt auch, wenn von außen entsprechend in das Gebiet hineingewirkt, also z.B. durch außerhalb vorgenommene Baumaßnahmen der Grundwasserspiegel im Schutzgebiet gesenkt wird.

Dem Grundsatz der Verwaltungsakzessorietät entsprechend muss die Handlung entgegen einer zum Schutz des Gebiets erlassenen Rechtsvorschrift oder vollziehbaren Untersagung erfolgen. Maßgeblich ist hier vor allem die einschlägige Rechtsverordnung. Sehr häufig korrespondieren einzelne Tathandlungen des § 329 Abs. 3 Nr. 1 - 8 StGB mit entsprechenden Verboten der Rechtsverordnung. So enthält etwa die im Kommentar von Schumacher/Fischer-Hüftle abgedruckte Musterverordnung ein Verbot, „Eingriffe vorzunehmen, wie fließende oder stehende Gewässer anzulegen, zu beseitigen oder zu verändern.“<sup>8</sup> Dies entspricht der Tathandlung des § 329 Abs. 3 Nr. 3 StGB.

Bei einer verwaltungsrechtlichen Untersagungsanordnung ist insbesondere darauf zu achten, ob der Verwaltungsakt vollziehbar geworden ist, d.h. seine verwaltungsrechtliche Vollstreckbarkeit eingetreten ist. In strafrechtlicher Hinsicht wenig hilfreich sind hier Vereinbarungen in öffentlich-rechtlichen Verträgen. Nehmen wir an, die Naturschutzbehörde vereinbart mit einem Grundstückseigentümer, dass er eine (umstrittene) Aufschüttung auf der Parzelle 1 vornehmen darf, er verpflichtet sich im Gegenzug dazu, weitere Aufschüttungen auf der Parzelle 2 mit sofortiger Wirkung zu unterlassen. Falls sich der Grundstückseigentümer anschließend nicht an diese Vereinbarung hält, liegt keine vollziehbare Untersagungsanordnung im Sinne des § 329 Abs. 3 StGB vor. Eine strafrechtlich verfolgbare Zuwiderhandlung käme nur dann in Betracht, wenn die weitere Aufschüttung entgegen einer Bestimmung in der Rechtsverordnung erfolgte. Die vertragliche Vereinbarung allein böte keine taugliche Grundlage für eine strafrechtliche Verfolgung.

Wie bei den meisten Umweltstraftatbeständen ist auch bei § 329 Abs. 3 StGB sowohl die vorsätzliche als auch die fahrlässige Tatbegehung unter Strafe gestellt (§ 329 Abs. 3 und 5 StGB).

Führt eine gemäß § 329 Abs. 3 StGB verbotswidrige Handlung nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Schutzzwecks oder ist der Straftatbestand aus einem anderen Grund nicht erfüllt, ist zu prüfen, ob eine Ordnungswidrigkeit vorliegt. Einschlägig ist hier meist der am Ende der jeweiligen Schutzgebietsverordnung aufgeführte Bußgeldtatbestand.

---

<sup>8</sup> J. Schumacher et al. 2021, BNatSchG, § 23 Rn. 67.

Eine besondere Regelung gilt für Fracking-Anlagen, die gemäß § 23 Abs. 3 BNatSchG in Naturschutzgebieten nicht errichtet werden dürfen. Zuwiderhandlungen können gemäß § 69 Abs. 3 Nr. 4a BNatSchG als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Ein weiteres ausdrückliches Verbot, derartige Anlagen zu betreiben, wurde nicht statuiert. Für Zuwiderhandlungen wäre insoweit konsequenterweise eine weitere Tatbestandsvariante des § 327 Abs. 2 StGB (unerlaubtes Betreiben von Anlagen) in Betracht gekommen. Größere Strafbarkeitslücken sind jedoch nicht zu erwarten, da in den meisten Fällen eines Anlagenbetriebs § 329 Abs. 3 Nr. 1 StGB anzuwenden sein dürfte. Durch den Fracking-Betrieb würden entgegen der Schutzgebietsverordnung Bodenschätze (Erdöl, Erdgas) abgebaut oder gewonnen und dadurch der jeweilige Schutzzweck des Gebiets meist nicht unerheblich beeinträchtigt.

### **2.3.2 Nationalpark (§ 24 BNatSchG)**

Nationalparke sind als rechtsverbindlich festgesetzte einheitlich Gebiete wie Naturschutzgebiete zu schützen (§ 24 Abs. 3 BNatSchG). Die Unterschutzstellung erfolgt durch Erklärung gemäß § 22 Abs. 1 BNatSchG, die im Benehmen mit dem Bundesministerium für Umwelt zu ergehen hat (§ 22 Abs. 5 BNatSchG). In Baden-Württemberg erfolgt die Erklärung durch Gesetz (§ 23 Abs. 1 NatSchG BW).

Der strafrechtliche Schutz erfolgt hier ebenfalls über den bereits erläuterten § 329 Abs. 3 StGB. Anders als bei Naturschutzgebieten werden hier jedoch als Nationalpark einstweilig sichergestellte Flächen vom Straftatbestand (inkonsequent) nicht erfasst.

### **2.3.3 Nationales Naturmonument (§ 24 Abs. 4 BNatSchG)**

Diese Schutzkategorie wurde 2010 in das BNatSchG aufgenommen. Mit ihr soll eine Lücke geschlossen werden, die sich im Dreieck Naturschutzgebiet, Naturdenkmal und Nationalpark aufgetan hat.<sup>9</sup> Die Unterschutzstellung erfolgt durch Erklärung gemäß § 22 BNatSchG, in Baden-Württemberg formal durch eine Rechtsverordnung der obersten Naturschutzbehörde (§ 23 Abs. 2 NatSchG BW).

Gemäß § 24 Abs. 4 S. 2 BNatSchG sind nationale Naturmonumente wie Naturschutzgebiete zu schützen. Dieses Petikum wurde im Strafrecht noch nicht umgesetzt. Nahelegend wäre es, § 329 Abs. 3 StGB entsprechend zu ergänzen. Bislang können Zuwiderhandlungen nur als Ordnungswidrigkeiten nach der jeweiligen Rechtsverordnung verfolgt werden.

---

<sup>9</sup> Heugel 2018, BNatSchG, § 24 Rn. 16.



### 2.3.4 Biosphärenreservat (§ 25 BNatSchG)

Biosphärenreservate wurden im Jahr 1998 als Schutzkategorie für großräumige Gebiete aufgenommen. Die Erklärung gemäß § 22 BNatSchG erfolgt in Baden-Württemberg durch eine Rechtsverordnung der obersten Naturschutzbehörde (§ 23 Abs. 2 NatSchG BW).

Biosphärenreservate genießen keinen eigenständigen strafrechtlichen Schutz. Zuwiderhandlungen sind auch nicht nach dem BNatSchG oder NatSchG BW bußgeldbewehrt. Anders verhält es sich nur, wenn Teile von Natur und Landschaft zur Unterschutzstellung nach § 22 Abs. 3 BNatSchG einstweilig sichergestellt sind. Werden entgegen § 22 Abs. 3 BNatSchG Handlungen oder Maßnahmen vorgenommen, greift der Bußgeldtatbestand des § 69 Abs. 3 Nr. 3 BNatSchG ein. Eine eigenständige Sanktionsdrohung besteht somit nur für den Zeitraum des einstweiligen Rechtsschutzes.

Dies erscheint auf den ersten Blick inkonsequent, hat aber letztlich keine gravierenden Folgen. Biosphärenreservate erfüllen in wesentlichen Teilen ihres Gebiets die Voraussetzungen eines Naturschutzgebiets, im Übrigen überwiegend eines Landschaftsschutzgebiets. Für sie gelten daher auch die Vorgaben der §§ 23 bzw. 26 BNatSchG, somit auch der Strafnorm des § 329 Abs. 3 StGB bzw. der für Landschaftsschutzgebiete einschlägigen Bußgeldtatbestände.

### 2.3.5 Landschaftsschutzgebiet (§ 26 BNatSchG)

Hierbei handelt es sich nach dem Naturschutzgebiet um die 2. Grundkategorie des naturschutzrechtlichen Flächenschutzes, für die ein weniger strenges Schutzregime gilt. Für diese Gebiete gelten nur relative, insbesondere Veränderungsverbote nach § 26 Abs. 2 BNatSchG. In Baden-Württemberg erfolgt die Ausweisung von Landschaftsschutzgebieten durch eine Rechtsverordnung der unteren Naturschutzbehörde (§ 23 Abs. 4 NatSchG BW).

Anders als bei Naturschutzgebieten sind Zuwiderhandlungen gegen Landschaftsschutzgebietsverordnungen nicht strafbewehrt.

Wie bei den Biosphärenreservaten kennt das BNatSchG auch hier nur den Bußgeldtatbestand des § 69 Abs. 3 Nr. 3 BNatSchG für Zuwiderhandlungen bei einstweilig sichergestellten Flächen. Weitere Bußgeldnormen sind im BNatSchG und auch in den Naturschutzgesetzen der Länder nicht vorgesehen, können aber auf Grundlage der Naturschutzgesetze der Länder (z.B. § 69 Abs. 1 Nr. 1 NatSchG BW) in die jeweiligen Rechtsverordnungen oder Satzungen für Landschaftsschutzgebiete aufgenommen werden. Dabei ist aber darauf zu achten, dass die zugrundeliegende Rechtsgrundlage des § 69 Abs. 1 Nr. 1 NatSchG BW richtig angeführt und nicht eine Bestimmung getroffen wird, wie sie heute noch in einer Landschaftsschutzgebietsverordnung des Landkreises Reutlingen auf der Homepage des baden-württembergischen Umweltministeriums wiedergegeben wird:

„Wer den Bestimmungen dieser Verordnung zuwiderhandelt, wird nach den §§ 21 und 22 Reichsnaturschutzgesetz und dem § 16 der Durchführungsverordnung bestraft.“<sup>10</sup>

### 2.3.6 Naturpark (§ 27 BNatSchG)

Naturparke sind ihrem Wesen nach Landschaftsschutzgebiete besonderer Art.<sup>11</sup> Die Erklärung zur Unterschutzstellung erfolgt in Baden- Württemberg durch eine Rechtsverordnung der höheren Naturschutzbehörde (§ 23 Abs. 1 Nr. 3 NatSchG BW).

Für Naturparke gibt es, abgesehen von § 69 Abs. 3 Nr. 3 i.V.m. § 22 Abs. 3 S. 3 BNatSchG, keinen eigenständigen Straf- oder Bußgeldtatbestand. Da sie jedoch überwiegend Naturschutz- oder Landschaftsschutzgebiete sind (§ 27 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG), können auch hier § 329 Abs. 3 StGB und die Bußgeldnormen der Landschaftsschutzgebietsverordnungen zur Anwendung kommen.

### 2.3.7 Biotop (§ 30 BNatSchG)

Biotope dienen einem Flächenschutz mit starken Bezügen zum Artenschutz. Sie benötigen keine Unterschutzstellung nach § 22 BNatSchG, sondern genießen einen unmittelbaren gesetzlichen Schutz. § 30 Abs. 2 S. 1 BNatSchG führt einen Katalog von sechs Biotoptypen an, der durch weitere länderrechtliche Festlegungen ergänzt werden kann (Abs. 2 S. 2). Für die genannten Biotoptypen gilt ein Zerstörungs- und Beeinträchtigungsverbot, das in Abs. 2 S. 1 Nrn. 1 - 6 näher umschrieben wird. In Abs. 3 - 6 werden bestimmte Ausnahmen zugelassen.

Für Zuwiderhandlungen gegen die Verbote des § 30 Abs. 2 Nr. 1 BNatSchG besteht kein eigenständiger Straftatbestand. Die unerlaubte Zerstörung oder erhebliche Beeinträchtigung eines Biotops kann jedoch gemäß § 69 Abs. 3 Nr. 5 BNatSchG als Ordnungswidrigkeit verfolgt werden. Für die zusätzlich nach Landesrecht geschützten Biotope können in den Naturschutzgesetzen der Länder weitere Bußgeldtatbestände vorgesehen sein (z.B. § 69 Abs. 1 Nr. 5 NatSchG BW).

Einzelne Verstöße nach § 30 Abs. 2 BNatSchG können auch Vergehen nach den §§ 324 ff. StGB begründen. So kann die nach § 30 Abs. 2 Nr. 1 BNatSchG unerlaubte Trockenlegung eines fließenden oder stehenden Binnengewässers eine Gewässerverunrei-

---

<sup>10</sup> Homepage des Umweltministeriums Baden-Württemberg, Schutzgebietsverzeichnis, Landschaftsschutzgebiet, Steckbrief, Reutlingen, Landschaftsschutzgebiet Achalm.

<sup>11</sup> Heugel 2018, BNatSchG, § 27 Rn. 2.

nigung (nachteilige Veränderung eines Gewässers) im Sinne des § 324 StGB darstellen.<sup>12</sup> Das Entwässern eines im Naturschutzgebiet gelegenen Moores (§ 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BNatSchG) kann von § 329 Abs. 3 StGB, das gemäß § 30 Abs. 2 Nr. 4 BNatSchG unerlaubte Roden von Wäldern von § 329 Abs. 3 oder Abs. 4 StGB erfasst sein. Mit Blick auf § 21 OWiG sollte hier also nicht voreilig nur eine Ordnungswidrigkeit nach § 69 Abs. 3 Nr. 5 BNatSchG angenommen werden.

### 2.3.8 Fazit

Der komplizierten Vielfalt der einzelnen Schutzkategorien des BNatSchG steht ein ebenfalls kompliziertes Geflecht an Straftatbeständen und Bußgeldvorschriften zur Seite. Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass das unterschiedliche Schutzniveau der einzelnen naturschutzrechtlichen Kategorien in einer entsprechenden Abstufung der Sanktionsnormen sachgerecht aufgegriffen wird. Zu bemängeln ist, dass auf die Einführung der Kategorie des nationalen Naturmonuments in strafrechtlicher Hinsicht bislang nicht reagiert und § 329 Abs. 3 StGB insoweit noch nicht ergänzt wurde.

## 3 Europäisches Recht: Natura 2000-Gebiete

### 3.1 Richtlinien

Auch hier sind- wie im nationalen Recht- parallel verlaufene Richtliniensetzungen der EU im Verwaltungsrecht und im Strafrecht zu verzeichnen. Die Vogelschutzrichtlinie wurde 1979 erlassen und 2009 kodifiziert. Die FFH- Richtlinie vom 13.5.1992 will ein kohärentes europäisches Netz besonderer Schutzgebiete, sog. Natura 2000-Gebiete, schaffen. Mit der Umweltstrafrechts-Richtlinie 2008/99/EG sollte eine einheitliche, effektive Verfolgung von Umweltstraftaten in der EU sichergestellt werden. Zu ihrer Umsetzung wurde im Jahr 2011 das 45. StrÄndG verabschiedet, mit dem u.a. der Straftatbestand des § 329 Abs. 4 neu in das StGB aufgenommen wurde.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> OLG Oldenburg, Urteil vom 22.1.1990 -Ss 1/90, NuR 1990: 480; OLG Stuttgart, Urteil vom 26.8.1994 – 2 Ss 38/94, NSTz 1994: 590.

<sup>13</sup> Näher dazu Pfohl, NuR 2013: 311; Schall 2016, StGB, § 329 Rn. 56.

## 3.2 § 329 Abs. 4 StGB

### 3.2.1 Natura 2000-Gebiete

Die Strafnorm gilt für Natura 2000-Gebiete. Gemäß § 7 Abs.1 Nr. 8 BNatSchG sind dies Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung und Europäische Vogelschutzgebiete. Diese beiden Gebiete werden in § 7 Abs. 1 Nr. 6 und 7 BNatSchG legal definiert. Die Unterschutzstellung der Gebiete richtet sich nach § 32 BNatSchG. Gemäß § 32 Abs. 3 S. 1 BNatSchG bestimmt die Schutzerklärung den Schutzzweck entsprechend den jeweiligen Erhaltungszielen und die erforderlichen Gebietsbegrenzungen. In Baden-Württemberg wird gemäß § 36 Abs. 2 NatSchG BW die höhere Naturschutzbehörde ermächtigt, die Gebiete mit Namen und Lage, Gebietsabgrenzungen, geschützten Lebensraumtypen und Arten sowie Erhaltungszielen durch eine Rechtsverordnung festzulegen.

Geschützt werden grundsätzlich nur Gebiete, die für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck des jeweiligen Gebiets maßgeblich sind. Unwesentliche Bereiche der jeweiligen Gebiete sind nicht tatbestandsrelevant.<sup>14</sup>

### 3.2.2 Schutzobjekte

Die Schutzobjekte des § 329 Abs. 4 StGB erschließen sich nur bei genauerer Lektüre der Verweisungen. Die Aufgliederung der Gebiete folgt dem Gemeinschaftsrecht:

Gemäß § 329 Abs. 4 Nr. 1 StGB wird zunächst der Lebensraum solcher Arten geschützt, die in der Vogelschutzrichtlinie in Art. 4 Abs. 2 aufgeführt sind, d.h. sämtlicher Zugvogelarten. Zusätzlich wird der Lebensraum der Arten geschützt, die in Anhang 1 dieser Richtlinie aufgelistet sind, d.h. die dort angeführten „Arten mit besonderem Schutz“. Bei der unübersichtlichen Verweisung leicht zu überlesen, aber ebenso geschützt ist der Lebensraum einer Art, die in Anhang II der FFH-Richtlinie aufgenommen ist, d.h. der Tier- und Pflanzenarten von gemeinschaftlichem Interesse, für deren Erhaltung besondere Schutzgebiete ausgewiesen werden müssen. Erfasst werden dort u.a. Säugetiere, Reptilien, Amphibien, Fische, Gliederfüßler, Pflanzen. In Deutschland sind dies derzeit 133 Arten.<sup>15</sup>

Der Begriff „Lebensraum“ wurde im 45. StrÄndG aus Artikel 3 h der EU-Richtlinie zum strafrechtlichen Umweltschutz wörtlich übernommen. Dort wird er in Artikel 2 c (wenig hilfreich) dahin bestimmt, dass es sich um jeden Lebensraum einer Art handelt, für die ein Gebiet zu einem Schutzgebiet gemäß der Vogelschutzrichtlinie oder zu einem besonderen Schutzgebiet nach der FFH-Richtlinie erklärt wurde.

Im BNatSchG wird der Begriff nicht definiert. Hier findet er sich lediglich als Grundlage für die Biotopbestimmung in § 7 Abs. 2 Nr. 4. Der Begriff „natürlicher Lebensraum“

<sup>14</sup> Vgl. näher zu dieser reichlich unbestimmten Klausel Schall 2016, StGB, § 329 Rn. 56.

<sup>15</sup> Heugel 2018, BNatSchG, § 32 Rn. 2.

wiederum wird in Artikel 1 b der FFH-Richtlinie bestimmt als „durch geographische, abiotische und biotische Merkmale gekennzeichnete völlig natürliche oder naturnahe terrestrische oder aquatische Gebiete“.

Alternativ zu den angeführten Lebensräumen schützt § 329 Abs. 4 Nr. 2 StGB die natürlichen Lebensraumtypen, die in Anhang I der FFH-Richtlinie aufgeführt sind. Dort werden u.a. Dünen an der Nord- und Ostsee und, für den Bereich der Waldwirtschaft von Bedeutung, Hainsimsen-Buchenwälder, Waldmeister-Buchenwälder, Auenwälder, alpine Lärchenwälder aufgeführt. Insgesamt sind in Deutschland derzeit 91 Lebensraumtypen erfasst.<sup>16</sup>

### 3.2.3 Tathandlungen

Anders als in § 329 Abs. 3 StGB werden die in Betracht kommenden Tathandlungen in § 329 Abs. 4 StGB nicht ausdrücklich angeführt. Tathandlung kann jedes Tun oder (garantenpflichtwidriges) Unterlassen sein, das zum ausdrücklich erwähnten Taterfolg der erheblichen Schädigung führt, und zwar unabhängig davon, ob die Handlung innerhalb oder außerhalb des Gebiets vorgenommen wird.<sup>17</sup> Als Tathandlungen kommen also z.B. die Rodung entgegen einem partiellen Nutzungsverzicht, die übermäßige Rodung alter Biotopbäume, die pflichtwidrige Bepflanzung mit Douglastannen statt der angeordneten Waldmeister-Buchen oder das Unterlassen einer auferlegten Buchenverjüngung in Betracht.

### 3.2.4 Taterfolg

Das Vorgehen muss zu einer erheblichen Schädigung des Lebensraums einer Art (Nr. 1) oder natürlichen Lebensraumtyps (Nr. 2) führen. Zur Konkretisierung der Erheblichkeit kann die in § 33 Abs. 1 und § 34 Abs. 2 BNatSchG verankerte Unzulässigkeitschwelle herangezogen werden.<sup>18</sup> Dabei ist aber zu beachten, dass der Straftatbestand nicht nur eine Beeinträchtigung, sondern eine Schädigung voraussetzt.

Damit weicht § 329 Abs. 4 StGB von § 329 Abs. 3 StGB ab, der nur auf eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung abstellt. Zurückzuführen ist diese unterschiedliche Wortwahl wohl darauf, dass die Formulierung in § 329 Abs. 4 StGB wörtlich aus der europäischen Richtlinie über den strafrechtlichen Umweltschutz übernommen wurde. Zur Erläuterung können hier die Umschreibungen zur Sachbeschädigung und gemeinschädli-

---

<sup>16</sup> Kraft/Heugel 2018, BNatSchG, § 7 Rn. 10.

<sup>17</sup> Heine/Schittenhelm 2019, StGB, § 329 Rn. 46c.

<sup>18</sup> So Saliger 2021, StGB, § 329 Rn. 14 m.w.N.

chen Sachbeschädigung (§§ 303, 304 StGB) herangezogen werden. Dort wird unter Beschädigung jede nicht ganz unerhebliche körperliche Einwirkung auf eine Sache verstanden, durch die ihre stoffliche Zusammensetzung verändert oder ihre Unversehrtheit derart aufgehoben wird, dass die Brauchbarkeit für ihre Zwecke gemindert ist.<sup>19</sup> Als Beeinträchtigung wird hingegen eine nicht nur vorübergehende Störung von einer gewissen Intensität verstanden, die den Eintritt konkreter Gefahren für die in der Schutzanordnung beschriebenen Güter wahrscheinlich macht.<sup>20</sup> Der Abgleich ergibt, dass Beeinträchtigungen in diesem Sinne bereits vorliegen können, ohne dass es bereits zu Schäden gekommen ist. § 329 Abs. 4 StGB ist somit erheblich enger gefasst als § 329 Abs. 3 StGB.

### 3.2.5 Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten

Dem Grundsatz der Verwaltungsakzessorietät entsprechend, verlangt § 329 Abs. 4 StGB, dass die Tat unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten (vgl. § 330d Abs. 1 Nr. 4 StGB) geschieht. Als Pflichten kommen hier zunächst Rechtsvorschriften in Betracht, also etwa Rechtsverordnungen oder Satzungen über Schutzgebiete. Ebenso können einzelfallbezogene Verwaltungsakte der Verwaltungsbehörden herangezogen werden. Vorausgesetzt ist allerdings, dass der jeweilige Verwaltungsakt vollziehbar ist. Theoretisch möglich wäre auch die Festlegung entsprechender Pflichten in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag (§ 330d Abs. 1 Nr. 4e StGB). Diese Regelungstechnik wird jedoch wegen der Vielzahl möglicherweise betroffener Grundeigentümer zu Recht als wenig praktikabel angesehen.<sup>21</sup> Dies gilt auch in strafrechtlicher Hinsicht: vereinbart etwa die zuständige Behörde mit einem Waldbesitzer, dass er bestimmte alte großkronige Bäume erhält, gilt diese Verpflichtung nur für ihn. Fällt ein Dritter diese Bäume ohne Zutun des Besitzers, scheidet § 329 Abs. 4 StGB aus, da die vereinbarte Pflicht nur die Vertragspartner, nicht aber Dritte bindet.

Als Grundlage verwaltungsrechtlicher Pflichten nicht ausreichend sind in Gesetzen oder Verordnungen niedergelegte allgemeine Programmsätze.<sup>22</sup> Dies gilt auch für § 33 BNatSchG, der statuiert, dass alle Veränderungen und Störungen, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Schutzgebiets führen können, unzulässig sind. Diese Vorschrift enthält noch keine hinreichend konkretisierten Pflichten, an denen sich der jeweils Betroffene orientieren könnte. Hier sind genauere Vorgaben, etwa in einer Schutzgebietsatzung oder in einem Verwaltungsakt, erforderlich.<sup>23</sup> Beispiele für vage,

<sup>19</sup> Wieck-Noodt 2019, StGB, § 303 Rn. 24 m.w.N..

<sup>20</sup> Alt 2019, StGB, § 329 Rn. 38 m.w.N..

<sup>21</sup> Heugel 2018, BNatSchG, § 32 Rn. 10.

<sup>22</sup> Heine/Schittenhelm 2019, StGB, § 329 Rn. 46d; Schall 2016, StGB, § 329 Rn. 60.

<sup>23</sup> Vgl. zu den hier geltenden Bestimmtheitsanforderungen BVerfG, Beschluss vom 15.9.2011- 1 BvR 519/10, NVwZ 2012: 504.

aber auch für zureichend bestimmte Anknüpfungen enthält die baden-württembergische Rechtsverordnung zu Vogelschutzgebieten, die etwa pauschal die Erhaltung von Streuobstwiesen, aber auch konkreter die Erhaltung von alten, großkronigen Bäumen mit freier Anflugmöglichkeit an Waldrändern einzeln vorgegebener Gebiete fordert.<sup>24</sup>

Ebenfalls nicht ausreichend sind Vorgaben, die sich nur in (nach außen nicht verbindlichen) Verwaltungsvorschriften, ministeriellen Runderlassen, u.Ä. finden.<sup>25</sup> Dies gilt auch für Bewirtschaftungs-, Maßnahmen- oder Managementpläne, die zumindest in einigen Bundesländern erstellt werden, um die aktiven Pflege- und Entwicklungsmaßnahmen festzulegen.<sup>26</sup> Bei diesen Plänen handelt es sich nicht um Rechtsvorschriften, aber auch nicht um einzelfallbezogene behördliche Verwaltungsakte. Diese Pläne bedürfen somit erst einer Umsetzung in Satzungen oder behördlichen Entscheidungen, wenn sie zur Grundlage einer strafrechtlichen Ahndung nach § 329 Abs. 4 StGB genommen werden sollen.

Erfolgt die Festlegung nach der FFH-Richtlinie im Rahmen einer Ausweisung zum Naturschutzgebiet mit entsprechender Rechtsverordnung oder Satzung, bleibt im Übrigen § 329 Abs. 3 StGB zu beachten, der, wie dargelegt, über die Voraussetzung einer (nur) nicht unerheblichen Beeinträchtigung zum Teil weiter gefasst ist und neben § 329 Abs. 4 StGB anwendbar bleibt.

### 3.2.6 Vorsatz - Leichtfertigkeit

§ 329 Abs. 4 StGB verlangt, dass die Tat vorsätzlich begangen wird, d.h. mit Wissen und Wollen des Täters. Auch bedingter Vorsatz reicht aus, d.h., es genügt, wenn der Täter zumindest billigend in Kauf nimmt, einen Lebensraum oder einen natürlichen Lebensraumtyp erheblich zu schädigen.

Abweichend von § 329 Abs. 3 StGB (vgl. dort Absatz 5 Nr. 2) ist bei Verletzungen in Natura 2000-Gebieten die fahrlässige Tat nicht unter Strafe gestellt. In § 329 Abs. 6 StGB wird, um eine „Überkriminalisierung“ zu vermeiden, Leichtfertigkeit verlangt.<sup>27</sup> Leichtfertigkeit ist mit grober Fahrlässigkeit im Zivilrecht gleich zu setzen. Sie liegt vor, wenn der Täter grob achtlos handelt und nicht beachtet, was sich unter den Voraussetzungen seiner Erkenntnisse und Fähigkeiten aufdrängen muss.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> BaWü GBl 2010, S. 37.

<sup>25</sup> So auch aus verwaltungsrechtlicher Sicht Möckel 2017, BNatSchG, § 32 Rn. 90ff.

<sup>26</sup> So auch Schall, 2016, StGB, § 329 Rn. 60: „pflichtenuntauglich“; aus verwaltungsrechtlicher Sicht Möckel 2017, BNatSchG; § 32 Rn. 98ff.; Niederstadt, NVwZ 2008: 126.

<sup>27</sup> Vgl. zur Begründung BR-Drs. 58/11, S. 27.

<sup>28</sup> Fischer 2021, StGB, § 15 Rn. 35.

## 4 Praktische Bedeutung des § 329 Abs. 3 und 4 StGB

Die praktische Bedeutung der beiden Naturschutzstraftatbestände ist gering.<sup>29</sup> Ausweislich der Strafverfolgungsstatistik des Statistischen Bundesamtes wurden in den Jahren 2011 bis 2019 jährlich zwischen 2 und maximal 6 Verfahren wegen Vergehen nach § 329 StGB bei deutschen Strafgerichten angeklagt. Davon betraf nur ein Teil Vergehen nach § 329 Abs. 3 und 4 StGB. Nach der letzten Statistik für das Jahr 2019 waren es 3 Fälle nach Abs. 3 und 2 Fälle nach Abs. 4, wobei in der Statistik eine angeblich fahrlässige Tatbegehung bei einem Natura 2000 - Verstoß erwähnt wird, die, wie oben dargelegt, gar nicht strafbar ist. Von diesen 5 Verfahren kam es in 2 Fällen zu rechtskräftigen Verurteilungen und zwar je einmal nach Abs. 3 und Abs. 4.

## 5 Zusammenarbeit der Naturschutz- und der Strafverfolgungsbehörden

Schon Anfang der 1980-er Jahre wurde darüber diskutiert, ob die Umweltverwaltungsbehörden, d.h. auch der Naturschutzbehörden, gesetzlich verpflichtet werden sollten, beim Verdacht einer Umweltstraftat Anzeige zu erstatten. Von einer entsprechenden gesetzlichen Regelung wurde abgesehen, u.a. auch, weil die Gefahr gesehen wurde, dass sich der Amtsträger bei einer Nichtbefolgung der Pflicht wegen Strafvereitelung durch Unterlassen schuldig machen könnte.<sup>30</sup>

An Stelle einer gesetzlichen Anzeigepflicht haben die Bundesländer jeweils Verwaltungsvorschriften über die Zusammenarbeit der Umweltschutzbehörden mit den Strafverfolgungsbehörden bei der Bekämpfung von Verstößen gegen die Umwelt erlassen, die sich nicht nur mit der Frage der Anzeigerstattung befassen, sondern die Zusammenarbeit insgesamt regeln. So sieht etwa die im Jahr 2019 neu gefasste Verwaltungsvorschrift des Landes Baden-Württemberg u.a. Folgendes vor:<sup>31</sup>

„Die Umweltschutzbehörden unterrichten die Strafverfolgungsbehörden zeitnah über den Verdacht einer“ Umweltstraftat, „wenn dies wegen der Bedeutung der Tat oder aus anderen Gründen im öffentlichen Interesse geboten ist“. Dies gilt etwa, wenn der Tatverdächtige wiederholt gegen Rechtsvorschriften .....verstoßen hat. Ebenso wird dargelegt, wann eine Unterrichtung der Strafverfolgungsbehörden unterbleiben kann,

---

<sup>29</sup> o auch Kloepfer/Heger 2014, Rn. 338 („praktisch weitgehend bedeutungslos“); Saliger 2021, StGB, § 329 Rn. 2 („kriminalpolitisch bedeutungslos“).

<sup>30</sup> Vgl. Schall 2016, StGB, Vor §§ 324ff Rn. 128.

<sup>31</sup> Gemeinsame Verwaltungsvorschrift des Justizministeriums, des Innenministeriums, des Sozialministeriums, des Umweltministeriums und des Verkehrsministeriums über die Zusammenarbeit der Umweltschutzbehörden mit den Strafverfolgungsbehörden bei der Bekämpfung von Verstößen gegen die Umwelt (VwV Umweltstraftaten)“ vom 24.10.2019, Die Justiz 2019, 245.



so etwa, wenn ein Schaden von nur geringem Ausmaß eingetreten ist. Welchen Inhalt die schriftliche Mitteilung haben sollte, wird ausführlich erläutert und ausdrücklich betont, dass die ordnungsbehördlichen Aufgaben der Umweltschutzbehörden durch die Einschaltung der Strafverfolgungsbehörden unberührt bleiben. Um jedoch laufende strafrechtliche Ermittlungen nicht zu beeinträchtigen, sind beabsichtigte Maßnahmen mit den Strafverfolgungsbehörden abzustimmen.

In einem eigenen Abschnitt wird ausgeführt, in welchen Fällen und wann die Staatsanwaltschaft die Umweltschutzbehörden am Verfahren zu beteiligen hat. So ist die Staatsanwaltschaft u.a. verpflichtet, die Umweltschutzbehörde vor einer etwaigen Verfahrenseinstellung anzuhören. Ein solcher Kontakt empfiehlt sich aber ohnehin. So kann es für die Ermittlungsbehörden ratsam sein, bereits zu Beginn eines Ermittlungsverfahrens die Expertise der Naturschutzbehörden nutzbar zu machen und sich erklären zu lassen, ob eine bestimmte Tat innerhalb eines (wirksam ausgewiesenen?) Schutzgebiets nach § 329 Abs. 4 StGB, ggf. mit welcher Schädigung, erfolgt ist.

Gemäß der Verwaltungsvorschrift ist die Staatsanwaltschaft auch gehalten, bei Ordnungswidrigkeiten wegen Umweltverstößen an der Hauptverhandlung teilzunehmen, sofern Art, Umfang und Schwere des Verstoßes hierzu Anlass geben. Schließlich sind generell gegenseitige Ansprechpartner zu benennen und regelmäßige gemeinsame Dienstbesprechungen abzuhalten.

Entscheidend ist, dass diese ausgewogenen und sinnvollen Vorgaben mit Leben erfüllt werden. Ein wesentlicher (weicher) Faktor dabei ist der unmittelbare vertrauensvolle persönliche Kontakt der Beteiligten untereinander. Dieser wird allerdings, so ein Ergebnis der letzten umfangreichen Studie des Umweltbundesamtes über die Rechtswirklichkeit im Umweltstrafrecht, durch die gelegentlich hohe Fluktuation der Umweltsachverständigen bei den Staatsanwaltschaften und bei den Umweltverwaltungsbehörden erheblich erschwert.<sup>32</sup> Abgesehen davon, dass bei der schwierigen und sich ständig verändernden Materie des Naturschutzrechts ein hohes, häufig auf Erfahrung basierendes Spezialwissen erforderlich ist, spricht auch das geschilderte Erfordernis einer guten Zusammenarbeit dafür, die hier maßgeblichen Personalstellen längerfristig und nicht nur vorübergehend zu besetzen.

---

<sup>32</sup> Umweltbundesamt 2019, Status quo, S. 131ff.

## Quellen

- Alt, R. (2019): Kommentierung § 329 und § 330 StGB: In: Joecks/Miebach (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., C.H. Beck Verlag, München.
- Fischer, T. (2021): Kommentierung § 15 StGB. In: Fischer, Strafgesetzbuch, 68. Aufl., C.H. Beck Verlag, München.
- Heine, G./Schittenhelm, U. (2019): Kommentierung § 329 StGB. In: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., C.H.Beck Verlag, München.
- Heugel, M. ((2018): Kommentierung § 27 und § 32 BNatSchG. In: Lütkes/Ewer (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz, 2. Aufl., C.H.Beck Verlag, München.
- Hönes, E.-R. (2006): Zum Schutz öffentlicher Denkmäler und Naturdenkmäler nach § 304 StGB. *Natur und Recht* 28 (12), S. 750 - 757.
- Kloepfer, M./ Heger, M. (2014): Umweltstrafrecht, 3. Aufl., C.H.Beck Verlag, München.
- Kraft, V./ Heugel, M. (2018): Kommentierung § 7 BNatSchG. In: Lütkes/Ewer (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz, 2.Aufl., C.H.Beck Verlag, München.
- Möckel, S. (2017): Kommentierung § 32 BNatSchG. In: Schlacke, S. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Bundesnaturschutzgesetz, 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln.
- Möhrenschlager, M. (2020): Kommentierung § 329 StGB. In: Laufhütte, H.W./Rissing-van Saan, R./Tiedemann, K. (Hrsg.), Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 12. Aufl., De Gruyter Verlag, Berlin.
- Niederstadt, F. (2008): Die Ausweisung von Natura-2000-Gebieten unter Verzicht auf klassische Schutzgebietsverordnungen. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 27 (2), S. 126 – 132.
- Pfohl, M. (2017): Artenschutz-Strafrecht 2017, *Natur und Recht* 39 (12), S. 812-821.
- Pfohl, M. (2017): Strafbarkeitsrisiken bei der Waldbewirtschaftung in Natura 2000-Gebieten, *Natur und Recht* 35 (5) S. 311-316.
- Sack, H.-J. (2020), *Umweltschutz-Strafrecht, Loseblattkommentar*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart.
- Saliger, F. (2021): Kommentierung § 329 StGB. In: Satzger, H. /Schluckebier, W./ Widmaier, G. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 5.Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln.
- Schall, H. (2016): Kommentierung § 329 StGB. In: Wolter, J. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Carl Heymanns Verlag, Köln.

Schumacher, J./ Schumacher, A./Fischer-Hüftle, P. (2021): Kommentierung § 23 BNatSchG. In: Schumacher, J./Fischer-Hüftle, P. (Hrsg.), Bundesnaturschutzgesetz, 3. Aufl., W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart.

Umweltbundesamt (2019): Status Quo und Weiterentwicklung des Umweltstrafrechts und anderer Sanktionen: Instrumente zur Verbesserung der Befolgung von Umweltrecht (Compliance), Texte 135/2019, S. 131-135, abrufbar von der Homepage des Umweltbundesamts.

Wieck-Noodt, B. (2019): Kommentierung § 303 StGB. In: Joecks/Miebach (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., C.H. Beck Verlag, München.

# UMSETZUNG VON NATURSCHUTZRECHT ÜBER NEBENBESTIMMUNGEN

## – VON DER ENTSCHEIDUNG BIS ZUM VOLLZUG

Prof. Dr. Max-Jürgen Seibert<sup>1</sup>, Vorsitzender Richter am OVG Münster a.D.

### 1 Problemstellung

Das Thema ist veranlasst durch das Unbehagen vieler Naturschutzbehörden, dass der Naturschutz im Zusammenhang mit Vorhaben unterschiedlichster Art nicht immer hinreichend umgesetzt wird. Die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden sind auf ihrem Spielfeld oft nicht alleiniger, unabhängiger Hauptakteur, sondern sehen sich häufig nur in der Rolle des Mitspielers, des Beraters oder gar des Statisten. Dies gilt insbesondere bei allen genehmigungs- oder planfeststellungsbedürftigen Projekten, die Auswirkungen auf Natur oder Landschaft haben können. Hier handeln Naturschutzbehörden nicht selbstständig und unabhängig von anderen Behörden, sondern sind lediglich an den Zulassungsverfahren beteiligt. Regelmäßig wird der Naturschutz in Zulassungsentscheidungen über Neben- oder Inhaltsbestimmungen umgesetzt, was zu Koordinationsproblemen in dem Beziehungsgeflecht verschiedener Behörden zueinander führen kann. Die Gefahr von Umsetzungsdefiziten speziell im Naturschutz ist umso größer, als dieser Bereich besondere Fachkenntnisse erfordert, über die andere Fachbehörden in der Regel nicht verfügen.

Im Folgenden soll daher der Frage nachgegangen werden, welche Funktion Naturschutzbehörden bei der Entscheidung über naturschutzrechtliche Nebenbestimmungen und deren Vollzug zukommt.

### 2 Beifügung von Nebenbestimmungen: Entscheidungs- und Mitwirkungskompetenzen

Eine Antwort auf diese Fragen erfordert vor allem eine nähere Betrachtung der Zuständigkeiten und Beteiligungsrechte.

---

<sup>1</sup> Vortrag gehalten auf der 5. Bundesfachtagung Naturschutzrecht am 24.9.2021.

## 2.1 Konzentrationsvorschriften in Fachgesetzen

### 2.1.1 Immissionsschutzrechtliche Genehmigung

Nach § 13 BImSchG schließt die immissionsschutzrechtliche Genehmigung weitgehend andere die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen ein, verdrängt also andere sonst erforderliche Entscheidungen. Stellt die Errichtung einer immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlage einen Eingriff in Natur und Landschaft dar, ist die nach § 15 Abs. 5 BNatSchG zu treffende (anlagenbezogene) Entscheidung über die Zulässigkeit des Eingriffs von der Konzentrationswirkung erfasst. Naturschutzrechtliche Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen nach § 15 Abs. 6 BNatSchG werden als Nebenbestimmung zur Genehmigung festgesetzt. Ferner hat die Genehmigungsbehörde nach § 15 Abs. 6 Satz 4 BNatSchG eine ggf. erforderliche Ersatzzahlung festzusetzen.<sup>2</sup> Auch die Beifügung artenschutzrechtlicher Nebenbestimmungen jeglichen Inhalts obliegt der Genehmigungsbehörde. Zu denken ist etwa an Genehmigungen für Windenergieanlagen, denen häufig Nebenbestimmungen zum Schutz von bestimmten Vogelarten oder Fledermäusen beigefügt werden.

### 2.1.2 Planfeststellungen und Plangenehmigungen

Im Grundsatz Gleiches gilt für Planfeststellungs- und Plangenehmigungsverfahren, denen eine allumfassende Konzentrationswirkung zukommt (§ 74 Abs. 6 Satz 2 i. V. m. § 75 Abs. 1 VwVfG). Durch die Planfeststellung wird die Zulässigkeit des Vorhabens im Hinblick auf alle berührten öffentlichen Belange festgestellt.

## 2.2 Entscheidungskonzentrierung nach § 17 Abs. 1 BNatSchG („Huckepackverfahren“)

In Baugenehmigungsverfahren entscheidet ebenfalls nicht die Naturschutzbehörde, sondern die (Bau-)Genehmigungsbehörde über etwaige naturschutzrechtliche Anforderungen. Voraussetzung für die Erteilung einer Baugenehmigung ist grundsätzlich, dass dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, dass also alle, auch die naturschutzrechtlichen Vorschriften eingehalten werden.

Zur Vermeidung von parallelen Doppelzuständigkeiten sieht § 17 Abs. 1 BNatSchG vor, dass die Behörde, die nach anderen Rechtsvorschriften über die Zulassung eines

---

<sup>2</sup> Vgl. zum Vorstehenden Seibert, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 13 BImSchG Rn. 89b m.w.N.

Eingriffsvorhabens entscheidet, zugleich die zur Durchführung des § 15 BNatSchG erforderlichen Entscheidungen und Maßnahmen trifft. Das Erfordernis einer eigenständigen Entscheidung der Naturschutzbehörde über die Eingriffsregelung und Maßnahmen nach § 15 BNatSchG wird verdrängt zu Gunsten einer einheitlichen Zulassungsentscheidung der zuständigen Fachbehörde. Es findet also nicht lediglich eine bloße Zuständigkeitsbündelung statt, sondern das Verfahren und die Entscheidungen werden in einer einzigen Entscheidung konzentriert. Verbreitet wird auch von einem „Huckepackverfahren“ gesprochen.<sup>3</sup> Die Konzentration in Form des „Huckepackverfahrens“ bewirkt keine Änderung der materiell-rechtlichen Voraussetzungen. Die zur Bewältigung der Eingriffsfolgen erforderlichen Entscheidungen werden mithin nicht von der Naturschutzbehörde, sondern von der jeweiligen für die Zulassungsentscheidung zuständigen Fachbehörde getroffen.

### 2.3 Mitwirkungs- und Beteiligungsrecht der Naturschutzbehörde

Im Gegenzug wird die „verdrängte“ Naturschutzbehörde am Zulassungsverfahren beteiligt. Nach § 17 Abs. 1 BNatSchG<sup>4</sup> trifft die zuständige Zulassungsbehörde die Entscheidungen nach § 15 BNatSchG „im Benehmen“ mit der für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörde. Die Pflicht zur Beteiligung der „verdrängten“ Naturschutzbehörde stellt eine Kompensation für den Verlust ihrer Sachentscheidungskompetenz dar. Der naturschutzfachliche Sachverstand soll im Interesse der Wahrung der Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege einbezogen werden. „Benehmen“ bedeutet nicht Einvernehmen, sondern lediglich die Pflicht, der Naturschutzbehörde die Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Die Zulassungsbehörde hat sich zwar sachlich-inhaltlich mit der Auffassung der Naturschutzbehörde auseinanderzusetzen, ist aber nicht an diese gebunden. Die Fachbehörde wird im Regelfall die Vorschläge der Naturschutzbehörde in ein Maßnahmenkonzept zur Eingriffsbewältigung aufnehmen, entscheidet aber in eigener Verantwortung.

Die bundesrechtliche Regelung wird allerdings vielfach durch landesrechtliche Vorschriften modifiziert, die ein „Einvernehmen“ mit der Naturschutzbehörde verlangen. § 17 Abs. 1 BNatSchG sieht ausdrücklich vor, dass eine über das Benehmen hinaus weitergehende Form der Beteiligung nach Bundes- oder Landesrecht der allgemeinen Regelung des Abs. 1 vorgeht. Die landesrechtlichen Einvernehmensregelungen sind in ihrer

---

<sup>3</sup> Auch die Gesetzesbegründung verwendet diesen Ausdruck, BT-Drs. 16/12274, S. 59.

<sup>4</sup> In Kraft seit dem 1.3.2010.

Reichweite sehr unterschiedlich. Teils sind sie umfassend, teils beziehen sie sich nur auf einzelne spezielle naturschutzrechtliche Fallkonstellationen.<sup>5</sup>

Zu beachten ist, dass diese landesrechtlichen Einvernehmens- oder Zustimmungserfordernisse wiederum von den dominanten Konzentrationsvorschriften im Planfeststellungsrecht verdrängt werden. Die Konzentrationswirkung nach § 75 VwVfGG und vergleichbaren Landesvorschriften ist allumfassend<sup>6</sup> und schließt auch Zustimmungen<sup>7</sup> jeglicher Form mit ein; das Land kann insoweit keine abweichende Regelung treffen. Im Unterschied hierzu werden von der Konzentrationswirkung nach § 13 BImSchG keine verwaltungsinternen Zustimmungs- oder Einvernehmenserfordernisse erfasst<sup>8</sup>; es verbleibt also bei der Notwendigkeit einer Zustimmung durch die Naturschutzbehörde.

In drei Bundesländern (NRW<sup>9</sup>, Hessen<sup>10</sup> und Sachsen-Anhalt<sup>11</sup>) wird die Naturschutzbehörde auf derselben Verwaltungsstufe wie die Genehmigungsbehörde für zuständig erklärt. Diese Regelung vermeidet ein Über-/Unter-Ordnungsverhältnis zwischen Zulassungs- und Naturschutzbehörde und ermöglicht im Regelfall eine Entscheidung innerhalb derselben Behörde im verwahrungsverfahrensrechtlichen Sinne (z.B. Stadt, Kreis, Bezirksregierung); die verschiedenen Abteilungen oder Dezernate innerhalb der Behörde müssen sich dann koordinieren. Die Fachbehörden begegnen sich gewissermaßen auf Augenhöhe.

### 3 Durchführungskontrolle und Vollzug

Mit der Beifügung von naturschutzrechtlichen Nebenbestimmungen allein ist die Beachtung des Naturschutzrechts nicht gewährleistet. Die Umsetzung und Befolgung der

<sup>5</sup> § 19 Abs. 2 Satz 1 NatSchG Bln; § 11 Abs. 2 Bay NatSchG (für Eingriffe durch land-, forst- oder fischereiwirtschaftliche Bodennutzung); § 7 Abs. 1 Bbg NatSchAG; § 8 Abs. 1 BremNatG (bei Fachplänen); § 8 Hmb BNatSchG; § 9 Abs. 1 LNatSchG RP (für Zugriffsverbote nach § 44 Abs. 1 BNatSchG); § 29 Abs. 1 Saarl NG; § 12 Abs. 1 Sächs NatSchG; § 11 Abs. 1 LNatSchG SH (für Ausgleich, Ersatz oder Ersatzzahlung); § 7 Abs. 1 Thür NatG.

<sup>6</sup> Die Gesetzgebungskompetenz ergibt sich aus dem jeweiligen Fachrecht kraft Sachzusammenhangs; vgl. Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 72 Rdnr. 61 m.w.N.

<sup>7</sup> Die „Zustimmung“ ist lediglich eine andere Formulierung für „Einvernehmen“.

<sup>8</sup> Ausführlich Seibert, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 13 BImSchG Rn. 103 bis 107 m.w. N.; OVG NRW, Urteil vom 28.8.2008 – 8 A 2138/06 -, juris Rn. 184; NdsOVG, B. v. 22.1.2015 – 12 ME 39/14 -, juris Rn. 19; a. A. Jarass, BImSchG, 13. Auflage 2020, § 13 BImSchG, Rn. 10 ff.

<sup>9</sup> § 33 Abs. 1 Satz 1 LNatSchG NRW.

<sup>10</sup> § 17 Abs. 1 Satz 1 HeNatG.

<sup>11</sup> § 10 Abs. 2 NatSchG LSA.

Nebenbestimmungen durch den Projektträger und Eingriffsverursacher muss auch kontrolliert werden. Nicht selten ist der Vollzug von Nebenbestimmungen unzureichend, weil die angeordneten Vermeidungs- und Kompensationsmaßnahmen nicht oder nicht in der vorgeschriebenen Weise durchgeführt oder die dauerhaft erforderlichen Maßnahmen (Unterhaltungsmaßnahmen wie z. B. Mahd) nicht aufrechterhalten werden.

Hier stellt sich wiederum die Frage, wer für die Durchführungskontrolle und die Durchsetzung der erforderlichen Maßnahmen zuständig ist. Dabei ist zu unterscheiden zwischen

- (1.) der Überwachung im Sinne einer Überprüfung und Kontrolle,
- (2.) der Durchsetzung der getroffenen Festsetzungen durch Verwaltungszwang und
- (3.) möglichen ergänzenden Anordnungen.

### 3.1 Prüfpflicht

Grundsätzlich erfassen Konzentrationsvorschriften wie z. B. § 13 BImSchG lediglich das Genehmigungsverfahren, nicht jedoch nachfolgende Überwachungs- und Eingriffsbefugnisse. Nach Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung sind deshalb grundsätzlich die verdrängten Fachbehörden zur Überwachung und Kontrolle des genehmigten Betriebs sowie für den Erlass nachträglicher Anordnungen aufgrund des einschlägigen Fachrechts zuständig.

Das ist allerdings dann anders, wenn und soweit eine Konzentration der Aufsichtsbefugnisse ausdrücklich gesetzlich angeordnet ist. Eine solche Zuständigkeitsverlagerung sieht § 17 Abs. 7 BNatSchG vor. Danach ist die Zulassungsbehörde verpflichtet, die frist- und sachgerechte Durchführung der Vermeidungsmaßnahmen sowie der festgesetzten Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen einschließlich der erforderlichen Unterhaltungsmaßnahmen zu prüfen. Der Gesetzgeber verfolgte damit das Ziel sicherzustellen, dass die in den Zulassungsentscheidungen festgesetzten Maßnahmen auch tatsächlich durchgeführt werden bzw. worden sind.<sup>12</sup>

Ob auf diese Weise Vollzugsdefizite effektiv vermieden werden können, ist aber nicht zweifelsfrei. Vorteil der Regelung ist sicherlich, dass die Zulassungsbehörde den Verfahrensablauf des Zulassungsverfahrens und den Inhalt der jeweiligen Zulassungsentscheidung kennt und deshalb auch über den unmittelbaren Zugang zu den Informationen über die zu überwachenden Maßnahmen verfügt. Die Durchführungskontrolle wird

---

<sup>12</sup> BT-Drs. 16/12274, S. 59 f.



zudem dadurch erleichtert, dass die Zulassungsbehörde – insbesondere bei großen und komplexen Maßnahmen - vom Eingriffsverursacher einen „Bericht“ zur Umsetzung verlangen kann (§ 17 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG). Andererseits ist die Zulassungsbehörde häufig auf die Sach- und Fachkenntnis der Naturschutzbehörde angewiesen, die im Wege der Amtshilfe beratend hinzugezogen werden muss, um die Überprüfungsaufgabe sachgerecht erfüllen zu können. Letztlich fallen damit Zuständigkeit und sachkompetente Prüfung häufig auseinander.

Das ist offenbar Grund für den baden-württembergischen Gesetzgeber gewesen, eine von § 17 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG abweichende Regelung zu treffen. Nach § 17 Abs. 4 BW NatSchG prüft bei immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen die beteiligte Naturschutzbehörde die frist- und sachgerechte Durchführung der Vermeidungs- sowie der festgesetzten Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen; sie kann auch die Vorlage eines Berichts vom Eingriffsverursacher verlangen. Der baden-württembergische Gesetzgeber sieht augenscheinlich in der Aufgabenwahrnehmung durch die Naturschutzbehörde eine erfolgsversprechendere Verfahrensweise, um Umsetzungsdefizite zu vermeiden.

Zu beachten ist, dass die allgemeine Prüfungspflicht nach § 17 Abs. 7 BNatSchG lediglich die Kontrolle und Feststellung umfasst, ob die auferlegten naturschutzrechtlichen Pflichten ordnungsgemäß erfüllt sind. Nicht erfasst ist eine sog. Erfolgskontrolle, ob die angeordneten Maßnahmen tatsächlich das gewünschte Ergebnis bewirken. Die Prüfungspflicht nach § 17 Abs. 7 BNatSchG ermächtigt nicht zu Eingriffen wegen Nicht- oder Schlechterfüllung der auferlegten Maßnahmen. Derartige Befugnisse ergeben sich aus den allgemeinen Vorschriften bzw. dem Naturschutzrecht.

### **3.2 Verwaltungszwang**

Der Vollzug der Nebenbestimmung bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln des Verwaltungsvollstreckungsrechts. Handelt es sich bei der Nebenbestimmung um eine Auflage, also eine so genannte selbstständige Nebenbestimmung, so kann diese – nach Unanfechtbarkeit oder Anordnung der sofortigen Vollziehung - unmittelbar vollstreckt werden. Vollstreckungsbehörde ist grundsätzlich diejenige Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat (§ 7 Abs. 1 VwVG sowie die entsprechenden Landesvollstreckungsgesetze), also die Zulassungsbehörde. Die Naturschutzbehörde hat lediglich die Möglichkeit, die Zulassungsbehörde über Umsetzungsdefizite zu informieren und eine Vollstreckung aus nicht befolgten Nebenbestimmungen zu empfehlen. Im äußersten Fall muss sie die Fachaufsicht einschalten.

### 3.3 Ergänzende Ordnungsverfügungen oder Nebenbestimmungen

Bisweilen ergibt sich nach Erlass der Zulassungsentscheidung das Bedürfnis, naturschutzrechtlich nachzusteuern. Die angeordneten Kompensationsmaßnahmen können nicht zu dem angestrebten Erfolg geführt oder neue Gefahren naturschutzrechtlicher Art sich ergeben haben. Sind daher nachträgliche naturschutzrechtliche Anordnungen erforderlich, können sich zum Teil nicht einfache rechtliche Probleme stellen. Insoweit soll hier auf den Vortrag von Frau Dr. Krüsemann verwiesen werden.

## 4 Rechtsschutz

### 4.1 Klagen auf Vollstreckung aus Nebenbestimmungen

Wird eine naturschutzrechtliche Nebenbestimmung vom Genehmigungsinhaber nicht befolgt und setzt auch die Zulassungsbehörde die Nebenbestimmung nicht zwangsweise durch, stellt sich die Frage, ob Dritte die Zulassungsbehörde auf dem Klagewege zu einer Verwaltungsvollstreckung zwingen können.

Für private Dritte scheidet diese Möglichkeit grundsätzlich aus, weil die unterlassene Durchsetzung naturschutzrechtlicher Anordnungen sie nicht in ihren Rechten verletzt. Etwas anderes gilt für Umweltschutzverbände, denen die Möglichkeit einer Umweltverbandsklage seit der Novelle des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes 2017 offensteht. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 UmwRG fallen auch Verwaltungsakte über Aufsichts- und Überwachungsmaßnahmen zur Umsetzung oder Durchsetzung von Entscheidungen nach den Nrn. 1 bis 5, die der Einhaltung umweltbezogener Rechtsvorschriften dienen, in den Anwendungsbereich des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes. Der Begriff der Aufsichts- und Überwachungsmaßnahmen in § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 UmwRG ist weit zu verstehen. Er erfasst u.a. die naturschutzrechtliche Überwachung von genehmigten Anlagen im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 bis 5 UmwRG, also etwa von planfestgestellten oder immissionsschutzrechtlich oder baurechtlich genehmigten Vorhaben. Unter die Aufsichtsmaßnahmen fallen auch behördliche Anordnungen, die ergehen, weil ein Vorhabenträger von der erteilten Genehmigung abweicht oder Nebenbestimmungen nicht erfüllt. Ferner gehören zu den Aufsichts- und Überwachungsmaßnahmen auch Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung (Zwangsgeldsetzung, Ersatzvornahme, unmittelbarer Zwang).<sup>13</sup> Erfasst werden nicht nur Rechtsbehelfe gegen eine Entscheidung nach Nr. 6, sondern gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 UmwRG auch solche, die sich gegen ein Unterlassen richten.

---

<sup>13</sup> Fellenberg/Schiller, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 1 UmwRG Rn. 117 f.; ferner Schlacke, in: Gärditz, VwGO, 2. Aufl. 2018, § 1 UmwRG Rn. 57.

Hieran anknüpfend eröffnet § 2 UmwRG Umweltverbänden die Klagemöglichkeit, im Wege der Verpflichtungsklage von der zuständigen Behörde die Durchsetzung von Nebenbestimmungen im Wege der Verwaltungsvollstreckung zu verlangen.

## 4.2 Klagen auf nachträgliche Nebenbestimmungen

2016 hatte das BVerwG<sup>14</sup> noch entschieden, dass die Klage eines Umweltverbands gegen eine nachträgliche Nebenbestimmung zu einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung unzulässig sei, weil die nachträgliche Hinzufügung einer Nebenbestimmung keine Zulassungsentscheidung sei.<sup>15</sup> Diese Rechtsprechung ist im Ergebnis seit der Novelle des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes 2017 überholt. Wie ausgeführt erweitert § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 UmwRG den Rechtsschutz und erfasst nunmehr auch Aufsichts- und Überwachungsmaßnahmen zur Umsetzung oder Durchsetzung von umweltbezogenen Zulassungsentscheidungen. Dazu gehören auch nachträgliche Anordnungen zu Zulassungsentscheidungen<sup>16,17</sup> Ein Umweltverband hat damit die Berechtigung, eine Verpflichtungsklage auf nachträgliche Hinzufügung einer naturschutzrechtlichen Nebenbestimmung zu einer Genehmigungsentscheidung zu erheben. Gleiches gilt für die Klage eines Umweltverbandes gegen eine nachträgliche Abänderung einer dem Genehmigungsinhaber auferlegten Auflage.<sup>18</sup>

## 4.3 Klagen gegen Nebenbestimmungen

Dass Genehmigungsinhaber als Adressaten belastender Nebenbestimmungen klagebefugt sind, wirft keine Probleme auf. Dies gilt auch für Klagen gegen nachträgliche Anordnungen.

---

<sup>14</sup> BVerwG, U. v. 28.9.2016 - 7 C 1/15 -, NuR 2017, 397 = juris Rn. 29.

<sup>15</sup> Im Fall des BVerwG war die Klage gegen eine nachträgliche Nebenbestimmung gerichtet; nichts anderes würde bei einer auf nachträgliche Hinzufügung einer Nebenbestimmung gerichteten Klage gelten.

<sup>16</sup> Für nachträgliche Anordnungen nach § 17 Abs. 1a BImSchG, die gegen Betreiber einer sog. E-Anlage erlassen wird (Anlagen nach der Industrieemissions-Richtlinie, die in Spalte d des Anhangs 1 zur 4. BImSchV mit dem Buchstaben „E“ gekennzeichnet sind), gilt die Regelung des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 2. Variante UmwRG. Dies hat Auswirkungen auf den Prüfungsumfang bei einer Umweltverbandsklage: Die Einschränkung des § 2 Abs. 1 Satz 2 UmwRG, dass nur umweltbezogene Vorschriften gerügt werden können, gilt hier nicht.

<sup>17</sup> Ebenso Fellenberg/Schiller, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 1 UmwRG Rn. 118; VG Augsburg, U. v. 29.3.2021 – Au 9 K 18.1392 -, juris Rn. 31.

<sup>18</sup> Vgl. VG Minden U. V. 19.2.2020 – 11 K 1015/19 -, juris Rn. 47 ff.

## 5 Verminderung von Umsetzungsdefiziten

Auch wenn die Überprüfungs- und Kontrollpraxis anfällig zu sein scheint für Umsetzungslücken, dürfte es jedoch keinen sich aufdrängenden Königsweg geben, um dem vorzubeugen. Vielmehr wird es für das reibungslose Funktionieren des behördlichen Vollzugs darauf ankommen, einzelnen Stellschrauben mehr Aufmerksamkeit zu schenken. Notwendig ist ein möglichst intensiver und offener Informationsaustausch zwischen Genehmigungsbehörden und Naturschutzbehörden, und zwar in beide Richtungen. Von essenzieller Bedeutung ist ferner die Koordination und Zusammenarbeit beider Behörden beziehungsweise Fachabteilungen. Sie ist insbesondere dort gefordert, wo nachträgliche Verfügungen nicht ohne Beteiligung der Genehmigungsbehörde getroffen werden können oder wo die Genehmigungsbehörde auf die Fachkompetenz der Naturschutzbehörde angewiesen ist. Die Kooperation wird allerdings durch das strukturelle Problem erschwert, dass die verschiedenen Fachbereiche unterschiedliche Interessen und Zielsetzungen verfolgen, wobei die Naturschutzbehörde in der politischen und öffentlichen Wahrnehmung häufig den schwereren Stand hat. Dieses Spannungsverhältnis dürfte auch weitgehend unabhängig davon sein, ob es sich um zwei Behörden oder lediglich zwei Dezernate derselben Behörde handelt. Bei unüberbrückbaren Konflikten bleibt der Naturschutzbehörde notfalls nur die Möglichkeit, sich an die Aufsichtsbehörde zu wenden.

Ein nicht zu unterschätzendes Gegengewicht und Korrektiv kann das Engagement von Umweltverbänden bei der Kontrolle der Umsetzung von Auflagen darstellen. Die Hinweise und Informationen von Umweltverbänden über mögliche Defizite können ein Tätigwerden der zuständigen Behörden anregen, wo es angezeigt ist. Zudem steht den Verbänden ein Klagerecht offen, das vor allem auch präventiv wirkt und ihren Anliegen bereits im Vorfeld gewissen Nachdruck verleiht. Diese Einbeziehung der Zivilgesellschaft in die Aufgabe, Naturschutzrecht effektiv umzusetzen, ist gerade ein Anliegen der unionsrechtlich determinierten Verbandsklage.

## VOLLZUG NATURSCHUTZFACHLICHER FESTSETZUNGEN IN BEBAUUNGSPLÄNEN – WELCHE MÖGLICHKEITEN HABEN KOMMUNEN UND BEHÖRDEN?

**Ursula PHILIPP-GERLACH, Fachanwältin für Verwaltungsrecht,  
Frankfurt am Main**

Die Möglichkeiten der planerischen Festsetzungsmöglichkeiten für den Ausgleich von Eingriffen in Natur und Landschaft sowie anderweitigen naturschutzrechtlich erforderlichen Kompensationsmaßnahmen sind vielfältig. Diese zu nutzen, wird von § 1a Abs. 3 BauGB vorgegeben. Dass die Kommunen bzw. die von diesen beauftragten Planungsbüros in zunehmendem Maße entsprechende Festsetzungen in qualifizierter Art und Weise vorsehen, dürfte dabei nicht zuletzt auch dem Engagement von im Verfahren beteiligten Umweltvereinigungen geschuldet sein. Diese geben in den Verfahren häufig entsprechende Anregungen bzw. fordern solche Festsetzungen. Dass Umweltverbände ein Fehlen von hinreichenden Festsetzungen potenziell auch im Wege eines Normenkontrollverfahrens zur gerichtlichen Beurteilung stellen können, spielt dabei sicherlich eine nicht unwesentliche Rolle.

Während sich die Situation der Vornahme solcher Festsetzungen zunehmend verbessert, fehlt es indessen leider häufig an einer Kontrolle der Umsetzung. Während „Papier geduldig ist“, gilt dies allerdings nicht für eingriffsbetroffene Schutzgüter, wie insbesondere Tiere und Pflanzen. Wenn die für deren Bestandserhalt erforderliche Kompensation von Eingriffen und Lebensraumverlusten nicht realisiert wird, vergrößert dies die ohnehin schon dramatische Situation des fortschreitenden Biodiversitätsverlustes.

Zur Umsetzung der Maßnahmen verpflichtet sind „private“ Bauherren bzw. mit der Projektrealisierung beauftragte Unternehmen oder auch die Kommune selbst; für eine Kontrolle der Maßnahmenrealisierung sind diese ebenfalls zuständig. Während für die Durchsetzung der Verpflichtung gegenüber „Privaten“ rechtliche Möglichkeiten aufgezeigt werden können, bestehen bei der Nicht- oder Schlechterfüllung durch Kommunen Regelungslücken, denen lediglich im Rahmen der Kommunalaufsicht zu begegnen ist.

## 1 Überwachungspflichten gem. § 4 c BauGB

Die Gemeinden sind verpflichtet, die nachteiligen Auswirkungen ihrer Bauleitplanung auf die Umwelt zu überwachen. Überwachen bedeutet aber nicht die Durchsetzung der Pflichten aus dem Bebauungsplan, sondern beinhaltet vielmehr erst einmal eine Dokumentationspflicht, ob und wie die Festsetzungen des Bebauungsplanes umgesetzt worden sind.

### *„§ 4c Überwachung*

*Die Gemeinden überwachen die erheblichen Umweltauswirkungen, die auf Grund der Durchführung der Bauleitpläne eintreten, um insbesondere unvorhergesehene nachteilige Auswirkungen frühzeitig zu ermitteln und in der Lage zu sein, geeignete Maßnahmen zur Abhilfe zu ergreifen; Gegenstand der Überwachung ist auch die Durchführung von Darstellungen oder Festsetzungen nach § 1a Absatz 3 Satz 2 und von Maßnahmen nach § 1a Absatz 3 Satz 4. Sie nutzen dabei die im Umweltbericht nach Nummer 3 Buchstabe b der Anlage 1 zu diesem Gesetzbuch angegebenen Überwachungsmaßnahmen und die Informationen der Behörden nach § 4 Absatz 3.“*

Der Wortlaut der Regelung bestätigt, dass es sich lediglich um eine Überwachungsvorschrift handelt, diese jedoch der Gemeinde keine Befugnis einräumt, dann, wenn die Festsetzungen eines Bebauungsplanes nicht eingehalten werden, oder sich im Nachhinein erhebliche Umwelteinwirkungen einstellen, die vorher nicht absehbar waren, Anordnungen gegenüber Verursachern zu treffen. Hier ist die Gemeinde auf die ihr – sehr eingeschränkten – Eingriffsbefugnisse, z. B. § 178 BauGB reduziert.

Dieses Überwachungskonzept gilt für die seit 2017 in B-Plänen festgesetzten Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen. Bei Fehlen oder Mangelhaftigkeit eines solchen Überwachungskonzepts besteht die Möglichkeit, dass Bebauungspläne im Wege der Normenkontrolle für unwirksam erklärt werden (§ 1 Abs. 2 S. 2 Ziffer 4 UmwRG<sup>1</sup>).

Standardisierte Kriterien für ein qualifiziertes Monitoringkonzept existieren nicht. Je bestimmter jedoch die Überwachung in zeitlicher, qualitativer und quantitativer Art festgelegt wird, desto eher kann anhand der vorzunehmenden Dokumentation gegenüber den Verantwortlichen der Vollzug angemahnt und durchgesetzt werden.

---

<sup>1</sup> Zu §§ 214, 215 vgl. Battis/Krautzberger/Löhr/Battis, 15. Aufl. 2022, BauGB § 4c Rn. 8.

Folgende Inhalte können für ein Monitoring-Konzept relevant sein:<sup>2</sup>

- Festlegung einer behördlichen Abnahme der vereinbarten Ausgleichsmaßnahmen
- Festlegung der Verantwortlichkeit zur Überwachung
- Dokumentation der Ausgleichsmaßnahmen in einem Kataster aller offenen Ausgleichsmaßnahmen der Kommune
- Überprüfung nach mindestens zwei, fünf und zehn Jahren, ob diese Ausgleichsmaßnahmen noch existieren und funktionstüchtig sind
- Erstellung eines entsprechenden Überwachungsberichts mit Dokumentation im Kataster und Veröffentlichung des Berichts
- Pflicht zur Vorlage des aktualisierten Katasters einmal jährlich im zuständigen Gemeinderat mit einer Berichtspflicht an das zuständige Landratsamt

Das Monitoring-Konzept ist Bestandteil des Umweltberichts (Anlage 1 zu § 2 Abs. 4 und §§ 2a und 4c BauGB). In Anlage 1 Ziffer 3b zum BauGB wird geregelt, dass der Umweltbericht als „zusätzliche Angabe“ eine Beschreibung der geplanten Maßnahmen zur Überwachung der erheblichen Auswirkungen der Durchführung des Bauleitplans auf die Umwelt enthalten muss.

Das Konzept ist also im Rahmen des Umweltberichtes eine Beschreibung der vorgesehenen Überwachung, der über § 4c BauGB eine Rechtsverbindlichkeit zukommt.

Von der Erstellung eines Monitoringkonzepts gem. § 4c BauGB unabhängig ist jedoch die Fragestellung, ob Festsetzungen aus Bebauungsplänen, die vor 2017 erstellt worden sind, befolgt, bzw. umgesetzt werden müssen. Dies ist eindeutig mit „Ja“ zu beantworten. Festsetzungen in Bebauungsplänen sind verbindliche Regelungen, die von dem, der Eigentümer des Grundstücks ist, zu befolgen sind. Die Pflichten bestanden auch schon bevor nach § 4c BauGB Monitoringkonzepte zu erstellen waren.

## **2 Festsetzungen im Bebauungsplan zum Ausgleich von Eingriffen in Natur und Landschaft**

Für die Durchsetzung festgesetzter Ausgleichsmaßnahmen stehen verschiedene rechtliche Instrumente zur Verfügung. Allerdings muss je nachdem, wie und wo die Festsetzung erfolgt ist, differenziert werden. Grünordnerische Festsetzungen zum Ausgleich von Eingriffen in Natur und Landschaft gem. § 1a Abs. 3 Satz 2 BauGB können sowohl

---

<sup>2</sup> Vgl. <http://lnv-bw.de/ausgleichsmaßnahmen-und-überwachung/>

auf privaten Grundstücksflächen als auch auf gemeindeeigenen Flächen festgesetzt werden. Flächen oder Maßnahmen zum Ausgleich im Sinne des § 1a Abs. 3 können auf den Grundstücken, auf denen Eingriffe in Natur und Landschaft zu erwarten sind, oder an anderer Stelle sowohl im sonstigen Geltungsbereich des Bebauungsplans als auch in einem anderen Bebauungsplan festgesetzt werden. Die Flächen oder Maßnahmen zum Ausgleich an anderer Stelle können den Grundstücken, auf denen Eingriffe zu erwarten sind, ganz oder teilweise zugeordnet werden; dies gilt auch für Maßnahmen auf von der Gemeinde bereitgestellten Flächen (§ 9 Abs. 1a BauGB).

Die Eingriffsregelung gilt nicht im vereinfachten Verfahren gem. §§ 13, 13a Abs. 2 Nr. 4, 13b BauGB. Trotzdem können solche Bebauungspläne auch weiterhin grünordnerische Festsetzungen enthalten. Wenn solche Festsetzungen getroffen worden sind, gilt das nachfolgend dargestellte Regelungsregime ebenfalls.

Grundsätzlich stellen Festsetzungen von Bebauungsplänen verbindliche Pflichten dar, die jeweils von den betroffenen Grundstückseigentümern zu erfüllen sind. Eine andere Frage ist, was passiert, wenn die Grundstückseigentümer ihren Pflichten nicht nachkommen. Hier ist zu unterscheiden zwischen dem „Privaten“ (Ziffer 1) und den „gemeindeeigenen Flächen“ bzw. Flächen von Dritten, auf denen Maßnahmen festgesetzt werden (Ziffer 2).

## **2.1 Festsetzungen auf Grundstückseigentum des Vorhabensträgers/Eigentümers**

Gem. § 135a Abs. 1 BauGB ist der Vorhabensträger als Verursacher des Eingriffs verpflichtet, den Ausgleich durchzuführen. Kommt der Vorhabensträger dieser Pflicht nicht nach, bestehen folgende Möglichkeiten der Durchsetzbarkeit:

### **2.1.1 Städtebaulicher Vertrag**

Als in der Praxis relevantes Instrument zur Durchsetzung von Festsetzungen und anderen Verpflichtungen hat sich der städtebauliche Vertrag gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 BauGB bewährt. Danach kann die Kommune städtebauliche Verträge schließen. Gegenstand eines solchen Vertrages ist die Förderung und Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele, insbesondere die Grundstücksnutzung, auch hinsichtlich der Durchführung des Ausgleichs im Sinne des § 1a Abs. 3 BauGB.

Ist ein städtebaulicher Vertrag geschlossen und kommt ein Vertragspartner seinen Verpflichtungen nicht nach, kann diese Pflicht gerichtlich durchgesetzt werden. Für



Umweltverbände besteht allerdings das Dilemma, dass sie weder Einfluss auf diese städtebaulichen Verträge nehmen noch deren Einhaltung kontrollieren können. I.d.R. werden die städtebaulichen Verträge nicht zugänglich sein. Ob ein Anspruch nach dem Umweltinformationsgesetz bzw. den entsprechenden Landesregelungen besteht, ist vom Einzelfall abhängig.

Zwar sieht § 1 Abs. 1 Nr. 5 UmwRG mittlerweile eine Klagemöglichkeit für Umweltverbände auch hinsichtlich öffentlich-rechtlicher Verträge vor. Allerdings ist unklar, ob auch eine Nichteinhaltung einer Verpflichtung, die sich aus dem Vertrag ergibt (und hierdurch eine umweltrechtliche Norm, wie z.B. der § 1a Abs. 3 Satz 2 BauGB verletzt wird) einklagbar ist.

### 2.1.2 Pflanzgebot gem. § 178 BauGB

Sind bestimmte Ausgleichsmaßnahmen im B-Plan festgesetzt und kommt der „Dritte“ den ihm auferlegten Bepflanzungen nicht nach, so kann die Gemeinde im Rahmen des Pflanzgebotes gem. § 178 BauGB ihn zur Umsetzung verpflichten. Voraussetzung ist, dass es sich bei den Maßnahmen um grünordnerische Maßnahmen handelt, die gem. § 9 Abs. 1 Nr. 25 BauGB im Bebauungsplan festgesetzt sind.

#### *„§ 178 Pflanzgebot*

*Die Gemeinde kann den Eigentümer durch Bescheid verpflichten, sein Grundstück innerhalb einer zu bestimmenden angemessenen Frist entsprechend den nach § 9 Abs. 1 Nr. 25 getroffenen Festsetzungen des Bebauungsplans zu bepflanzen.“*

*In § 9 Abs. 1 Nr. 25 BauGB ist geregelt:*

*„Im Bebauungsplan können aus städtebaulichen Gründen festgesetzt werden:*

*a) das Anpflanzen von Bäumen, Sträuchern und sonstigen Bepflanzungen, ...“*

Nach § 9 Abs. 1 Nr. 25a BauGB sind grundsätzlich zulässig solche Bepflanzungsfestsetzungen im Bebauungsplan, mit denen neben siedlungsökologischen (Ortsrandbegrünung, Verbesserung des Stadtklimas) und naturschutzrechtlichen (Schutz wertvollen Grünbestands) auch städtebauliche Ziele verfolgt werden. Mit der Festsetzung können auch der Umfang und die Qualität der Bepflanzung geregelt werden. Die Gemeinde kann festsetzen, dass Bäume oder Sträucher in einer bestimmten Dichte und in einem bestimmten Mischverhältnis angepflanzt werden müssen. Generelle Vorgaben wie etwa das Anpflanzen von „heimischen, standortgerechten Gehölzen“ unterliegen keinen Bedenken hinsichtlich ihrer Bestimmtheit.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> VG Augsburg, Urteil vom 8. Juli 2021 – Au 5 K 20.2764 –, Rn. 47, juris.

D. h., dass das Pflanzgebot bei anderen Festsetzungen, wie z. B. nach Nr. 20 (Flächen oder Maßnahmen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Boden, Natur und Landschaft) nicht greift.

Für das Pflanzgebot weiterhin erforderlich ist die alsbaldige Durchführung der Anpflanzung, wenn hinreichend gewichtige städtebauliche Gründe die baldige Verwirklichung des mit der Festsetzung verfolgten städtebaulichen Anliegens rechtfertigen.

Denn wie jede planerische Festsetzung müssen auch grünordnerische Festsetzungen gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB städtebaulich erforderlich sein und nach § 9 Abs. 1 BauGB städtebaulichen Gründen dienen. Dies ist bei Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen der Fall, wenn die Gemeinde in ihrer Abwägungsentscheidung zu dem Ergebnis kommt, dass ein ausgleichspflichtiger Eingriff in die Natur und Landschaft vorliegt. Dann stehen ihr verschiedene Kompensationsmaßnahmen zur Verfügung, die in § 1 a Abs. 3, Sätze 2-4 BauGB aufgeführt werden. Gem. § 1 a Abs. 3 S. 2 und 3 BauGB kann der Ausgleich durch die Darstellung im Flächennutzungsplan oder durch Festsetzungen im B-Plan gem. § 9 Abs. 1 BauGB festgesetzt werden. Der Katalog des § 9 Abs. 1 BauGB eröffnet dabei zahlreiche Möglichkeiten für Festsetzungen, die direkt und indirekt bei der Anwendung der Eingriffsregelung von Bedeutung sind. Für die Bewältigung von Eingriffsfolgen sind in der Regel die Festsetzungsmöglichkeiten nach § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB (Festsetzung von Flächen oder Maßnahmen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Boden, Natur und Landschaft) hervorzuheben.

Wichtig: Von Bedeutung für das Pflanzgebot gem. § 178 BauGB ist nur die Festsetzung § 9 Abs. 1 Nr. 25 (Festsetzung für das Anpflanzen von Bäumen, Sträuchern und sonstigen Bepflanzungen).

Steht die Bepflanzung im Zusammenhang mit der baulichen oder sonstigen Nutzung auf einem Grundstück oder im Baugebiet, so ist in zeitlicher Hinsicht die Anpflanzung zusammen mit der Verwirklichung der Hauptnutzung vorzunehmen. Das Pflanzgebot kann also nicht schon vorher bzw. unabhängig von der Verwirklichung der Hauptnutzung erlassen werden.<sup>4</sup>

Im Übrigen stellt das Pflanzgebot einen Verwaltungsakt dar. Der Bescheid kann und sollte auch eine Fristsetzung enthalten. Kommt der Adressat der Pflicht zur Bepflanzung nicht nach, kann die Kommune im Wege der Zwangsvollstreckung (Zwangsgeld, Ersatzvornahme) die Pflicht durchsetzen.<sup>5</sup>

Denkbar ist hier eine Klagemöglichkeit für anerkannte Umweltverbände gem. § 1 Abs. 1 Nr. 6 UmwRG, wonach Verwaltungsakte über Überwachungs- oder Aufsichtsmaßnahmen zur Umsetzung oder Durchführung von Entscheidungen nach den Num-

---

<sup>4</sup> Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, Werkstand: 135. EL September 2019, § 178, Rn. 4; vgl. hierzu: (VG Augsburg, Urteil vom 8. Juli 2021 – Au 5 K 20.2764 –, Rn. 51, juris).

<sup>5</sup> Mitschang/Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 14. Auflage 2019, § 178, Rn. 2.

mern 1 bis 5, die der Einhaltung umweltbezogener Rechtsvorschriften des Bundesrechts, des Landesrechts oder unmittelbar geltender Rechtsakte der Europäischen Union dienen oder deren Unterlassen gerichtlich überprüfbar sind. Ob diese Regelung auch auf Fälle, bei denen die Durchsetzung einer Festsetzung eines Pflanzgebots gem. § 9 Abs. 1 Nr. 25a BauGB in Gestalt eines Pflanzgebots gem. § 178 BauGB angeordnet werden kann, greift, ist rechtlich offen. Rechtsprechung hierzu liegt noch nicht vor.

### **2.1.3 Baugenehmigung – bauaufsichtliche Verfügung**

Sowohl ein Pflanzgebot gem. § 9 Abs. 1 Nr. 25a BauGB als auch andere grünordnerische Festsetzungen, wie u.a. § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB können dann durch eine behördliche Anordnung durchgesetzt werden, wenn

- a) Bereits die Bauantragsunterlagen diese Pflichten enthalten<sup>6</sup> oder
- b) diese Pflichten als Nebenbestimmung (Auflage) zur Baugenehmigung aufgenommen worden ist.

Deshalb muss aus Sicht des Naturschutzes ein großer Wert daraufgelegt werden, dass die Pflichten in bauordnungsrechtlichen Bescheiden (Baugenehmigungen) Eingang finden. In vielen Bundesländern bzw. bei den Bauaufsichtsbehörden ist dies jedoch nicht gängige Praxis. Häufig werden die Unteren Naturschutzbehörden in Baugenehmigungsverfahren nicht gehört, bzw. wird auf die Aufnahme von Nebenbestimmungen, solange diese Naturschutzbelange betreffen, verzichtet.

In den Fällen, in denen Bauvorhaben nicht mehr genehmigungspflichtig sind (sog. Freistellungen von der Baugenehmigungspflicht) besteht auch diese Möglichkeit nicht.

## **2.2 Gemeindeeigene Flächen oder Flächen von Dritten, auf denen Maßnahmen durchgeführt werden sollen**

Die Inanspruchnahme von Flächen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Boden, Natur und Landschaft betrifft nicht nur den Grundstücksbesitzer, der von dem Bebauungsplan in Gestalt von Baurechten profitiert, sondern es können auch gemeindeeigene Flächen und sogar Eigentumsflächen beplant werden, die mit dem geplanten Eingriff nichts zu tun haben. Diese Eigentümer können gem. §§ 40ff BauGB entschädigt werden (§ 41 Abs. 2 BauGB), müssen jedoch die Inanspruchnahme dulden bzw. haben einen Übernahmeanspruch (§ 40 Abs. 2 BauGB).

---

<sup>6</sup> Die Baupläne werden durch Architekten erstellt. Häufig jedoch nur für das Gebäude an sich und nicht für die Freiflächenplanung.

Für die hier relevanten Fragen, wer verpflichtet ist, die Festsetzungen letztendlich durchzuführen und wer die Durchführung kontrolliert und ggfs. Anordnungen trifft, um Defiziten zu begegnen, wird die Sache hierdurch noch komplexer.

### **2.2.1 § 135a BauGB Pflichten des Vorhabenträgers; Durchführung durch die Gemeinde; Kostentragung**

Häufig kann der Ausgleich für die Eingriffe in Natur und Landschaft nicht auf dem Grundstück des Vorhabensträgers realisiert werden. In diesem Fall bieten die Regelungen der §§ 135a – c BauGB den Kommunen die Möglichkeit im Rahmen der Umlegung die Kosten von den Vorhabensträgern zu verlangen und den Ausgleich dann auf gemeindeeigenen oder sonstigen Flächen zu realisieren.<sup>7</sup> D.h. die Gemeinde kann die Kosten für die Realisierung der Maßnahmen auf diejenigen umlegen, die Grundstücke im Baugebiet haben und die Ausgleichsmaßnahme an anderer Stelle konkret einem Bauvorhaben zugeordnet werden kann. Vereinnahmt die Gemeinde das Geld, muss sie sich auch um die Realisierung der Maßnahme kümmern.<sup>8</sup>

### **2.2.2 Gemeinde kommt ihrer Pflicht zur Umsetzung nicht nach**

Wenn die Gemeinde ihrer Pflicht zur Umsetzung nicht nachkommt, bleibt nur der Weg über die Kommunalaufsicht. Grundsätzlich besteht die Möglichkeit, dass die Kommunalaufsicht eine Anordnung gegenüber der Gemeinde trifft.

*„§ 122 Anordnung*

*Erfüllt die Gemeinde die ihr gesetzlich obliegenden Pflichten nicht, kann die Rechtsaufsichtsbehörde anordnen, dass die Gemeinde innerhalb einer angemessenen Frist die notwendigen Maßnahmen durchführt.“*

Dieses Anordnungsrecht ermächtigt die Rechtsaufsichtsbehörde, von der Gemeinde ein bestimmtes positives Handeln zu verlangen, wenn sie untätig bleibt, obwohl sie zum Handeln verpflichtet ist. Pflichten im Sinne dieser Vorschrift sind alle auf einer gültigen Rechtsnorm beruhenden oder von ihr ausgehenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen. Die öffentlich-rechtliche Verpflichtung der Gemeinde muss wiederum auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Gesetze in diesem Sinne sind alle Rechtsnormen im materiellen Sinne wie Gesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen (hier B-Plan).

---

<sup>7</sup> aus der Rechtsprechung – rechtswidriger Kostenbescheid wegen fehlerhafter Zuordnung: VG Braunschweig, Beschluss vom 10. Juni 2004 – 2 B 77/04, BeckRS 2004, 24144.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu: EZBK/Krautzberger/Wagner, 144. EL Oktober 2021, BauGB § 4c Rn. 29b.

Kommt die Gemeinde einer solchen Anordnung der nicht innerhalb der bestimmten Frist nach, kann die Rechtsaufsichtsbehörde gem. § 123 Gemeindeordnung B-W die Anordnung an Stelle und auf Kosten der Gemeinde selbst durchführen oder die Durchführung einem Dritten übertragen.

### 3 Erhaltungspflichten als Festsetzung im Bebauungsplan

Gem. § 9 Abs. 1 Nr. 25b BauGB können Erhaltungspflichten festgesetzt werden:

*Abs. 1 Im Bebauungsplan können aus städtebaulichen Gründen festgesetzt werden:*

*Nr. 25: für einzelne Flächen oder für ein Bebauungsplangebiet oder Teile davon sowie für Teile baulicher Anlagen mit Ausnahme der für landwirtschaftliche Nutzungen oder Wald festgesetzten Flächen (b) Bindungen für Bepflanzungen und für die Erhaltung von Bäumen, Sträuchern und sonstigen Bepflanzungen sowie von Gewässern;*

Wenn ein Erhaltungsgebot festgesetzt ist, darf der vorhandene Bestand nicht beseitigt werden.

Werden entgegen dem Erhaltungsgebot Sträucher, Bäume oder sonstiger Bewuchs beseitigt, stellt dies eine Ordnungswidrigkeit dar und es besteht eine Wiederherstellungspflicht:

Die Beseitigung eines unter dem Erhaltungsgebot stehenden Bewuchses stellt eine Ordnungswidrigkeit gem. § 213 Abs. 1 Nr. 3 BauGB dar. Danach handelt ordnungswidrig, wer einer in einem Bebauungsplan nach § 9 Abs. 1 Nr. 25 b BauGB festgesetzten Bindung für Bepflanzungen und für die Erhaltung von Bäumen, Sträuchern und sonstigen Bepflanzungen sowie von Gewässern dadurch zuwiderhandelt, dass diese beseitigt, wesentlich beeinträchtigt oder zerstört werden. Mit der Einführung der verschuldensabhängigen Sanktionsmöglichkeit als Ordnungswidrigkeit wollte der Gesetzgeber der Beachtung des Erhaltungsgebots besonderen Nachdruck verleihen, weil die Praxis gezeigt habe, dass diese Sanktionsmöglichkeit, insbesondere im Interesse der Erhaltung des Grüns in Stadtgebieten, notwendig sei. Die Sanktionsmöglichkeit ergänzt das Planungsrecht, das an den objektiven Befund des Verlusts anknüpft und nicht nach dem

Grund für den Verlust fragt. Eine Begrenzung des Regelungsgehalts von Erhaltungsfestsetzungen i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 25 Buchst. b BauGB ist damit nicht verbunden.<sup>9</sup> Die Zuständigkeit richtet sich nach den Landesverordnungen zur Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten.

Zu den Pflichten, die sich aus einer auf § 9 Abs. 1 Nr. 25b BauGB gestützten Erhaltungssatzung ergeben, gehören im Falle des Verlustes des geschützten Grüns auch Ersatzpflanzungen. Die Verpflichtung zur Anpflanzung kann auf § 178 BauGB gestützt werden.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> BVerwG, Urteil vom 08. Oktober 2014 – 4 C 30/13 – Rn. 7, juris mit Verweis auf die Gesetzesbegründung: BTDrucks 8/2451 S. 32 zu Nr. 23.

<sup>10</sup> BVerwG, Urteil vom 08. Oktober 2014 - 4 C 30/13 - Rn 5, juris.

## Bisher erschienene Bände

Band 1: Detlef Kober

Konsistente Schutzgutbehandlung in Zulassungsverfahren

Band 2: Katrin Wulfert

FFH-Abweichungsverfahren und artenschutzrechtliches Ausnahmeverfahren:  
Untersuchung rechtlicher, naturschutzfachlicher und planungspraktischer  
Anforderungen

Band 3: Torsten Strothmann

Bewerten im Naturschutzrecht - untersucht am Beispiel der naturschutz-  
rechtlichen Eingriffsregelung

Band 4: Andreas Mengel (Hrsg.)

Naturschutzrecht und Städtebaurecht  
Bundesfachtagung Naturschutzrecht 2017

Band 5: Deborah Iljana Hoheisel

Landschaft, ein System? Analyse systemtheoretischer Ansätze mit Bezug zur  
Landschaftsplanung vor dem Hintergrund der vielfältigen Bedeutungen des  
deutschen Landschaftsbegriffs

Band 6: Andreas Mengel (Hrsg.)

Naturschutzrecht im Kontext von Klimawandel und Energiewende  
Bundesfachtagung Naturschutzrecht 2019

Band 7: Andreas Lukas

Artenschutz in Planungs- und Zulassungsverfahren

Am 23. und 24. September 2021 fand die Bundesfachtagung Naturschutzrecht, die in zweijährigem Turnus gemeinsam vom Bundesverband Beruflicher Naturschutz (BBN) und dem Fachgebiet Landschaftsentwicklung/Umwelt- und Planungsrecht (Universität Kassel) veranstaltet wird, zum fünften Mal statt. Schwerpunkt und Titel der Veranstaltung, die vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie als digitale Tagung durchgeführt wurde, waren aktuelle gesetzliche Entwicklungen und Vollzugsfragen im Naturschutzrecht. In verschiedenen Vorträgen wurden folgende Themen behandelt: „Entwicklungslinien im Kontext ‚Zielbestimmung, Landschaftsplanung und Eingriffsregelung‘ – zugleich ein Beitrag zur Standardisierung und Konkretisierung im Naturschutzrecht“, „Baugesetzbuch-Novelle und ihre Auswirkungen auf den Naturschutz“, „Rechtliche Anforderungen für mehr Naturschutz bei der landwirtschaftlichen Bodennutzung“, „§ 3 BNatschG als Rechtsgrundlage für nachträgliche naturschutzrechtliche Anordnungen“, „Rolle des Ordnungswidrigkeiten- und Strafrechts bei der Durchsetzung von naturschutzrechtlichen Entscheidungen“, „Umsetzung von Naturschutzrecht über Nebenbestimmungen – von der Entscheidung bis zum Vollzug“ und „Vollzug naturschutzfachlicher Festsetzungen in Bebauungsplänen – welche Möglichkeiten haben Kommunen und Behörden?“ Ergänzt wurden die inhaltlichen Schwerpunkte durch einen übergreifenden Vortrag zu aktuellen Entwicklungen im Naturschutzrecht. Die genannten Vorträge wurden im Anschluss an die Tagung in eine textliche Fassung gebracht und mit dem vorliegenden Band veröffentlicht.

ISBN 978-3-7376-1139-8



9 783737 611398 >