©Bayerische Akademie für Naturschutz und Landschaftspflege (ANL)

Die Eingriffsregelung des Naturschutzrechts im Lichte empirischer Untersuchung

Joachim Burmeister, Gerd Winter

Im folgenden geben wir einige ausgewählte Ergebnisse einer Praxisbefragung[1] wieder und ziehen daraus Folgerungen für die Gesetzesinterpretation. Methodisch gesehen verwenden wir das empirische Material dabei in doppelter Weise, nämlich als Denkanstoß der Verwaltungspraxis für Rechtsprechung und Rechtswissenschaft und als Abgleich und Korrektur der Praxis im Hinblick auf anderslautendes Recht.

Das Naturschutzrecht stellt für Eingriffe in Natur und Landschaft 3 Strategien bereit[2], und zwar

- die Verhinderung
- die qualitative Kompensation
- die finanzielle Kompensation.

Verwaltet werden diese Strategien in der Form des »Huckepacks«, d. h. durch »Einhängen« materiell- und verfahrensrechtlicher Zusätze in bestimmte Hauptbefugnisse und -zuständigkeiten. Wir handeln in diesem Aufsatz nur die Strategien ab.

1. Verhinderung von Beeinträchtigungen

Das Konservierungsdenken des älteren Naturschutzrechts orientiert sich auf Schutzgebiete und Arten. Das neuere Recht hat es übernommen und auf sonstige Eingriffe ausgedehnt. In der Eingriffsregelung kommt es zweifach zum Ausdruck: In den Geboten, vermeidbare Beeinträchtigungen (§ 8 Abs. 2)[3] und (unvermeidbare oder unausgleichbare) nachrangige Eingriffe (§ 8 Abs. 3) zu untersagen.

Ein klärungsbedürftiges Problem liegt darin, ob dieses »harte« Instrumentarium womöglich von den »weicheren« Kompensationsstrategien in den Schatten gestellt wird.

a) Empirisches Material

aa) Auf die Frage, ob die befragten unteren Naturschutz-, Landschafts-, bzw. Landespflegebehörden (UNB's) der federführenden Behörde vorgeschlagen hätten,
(a) einzelne Beeinträchtigungen
(b) alle Beeinträchtigungen, also den gesamten Eingriff zu untersagen, weil sie vermeidbar seien,
und
ob die federführende Behörde in diesen Fällen auch aufgegeben hätte, einzelne Beeinträchtigungen oder den gesamten Eingriff zu unterlassen, antworteten die UNB's wie folgt:

bb) Befragt,
(a) in wieviel Fällen die federführende Behörde Eingriffe gegenüber den Belangen des Naturschutzes und der Landschaftspflege als nachrangig bewertet und folglich untersagt habe
und
(b) in wie vielen dieser Fälle die UNB die Untersagung vorgeschlagen habe, antworteten die UNB's folgendermaßen:
- 27 UNB's verweisen auf die Antwort, die sie abgegeben haben, als sie nach der Vermeidung von Eingriffen befragt wurden;
- 2 UNB's geben abweichende Antworten (10%

einzelne Beeinträchtigungen		alle Beeinträchtigungen	
UNB's	federf. Behörde	UNB's	federf. Behörde
15 UNB's: fast immer	ebenso	1 UNB: in 80% der Fälle	ebenso
6 UNB's: in 20 - 50% der Fälle	ebenso	2 UNB's: in 30 - 40% der Fälle	in 25 - 35% der Fälle
3 UNB's: manchmal	ebenso	12 UNB's: in 10 - 30% der Fälle	in 10 - 20% der Fälle
2 UNB's: noch nicht vorgeschlagen		4 UNB's: in 5 - 10% der Fälle	in 0 - 5% der Fälle
		2 UNB's: einige Fälle	Kleinvorhaben: ebenso Großvorhaben: zugelassen, wenn nicht öff. Druck
		2 UNB's: selten vorgeschlagen	k. A.
		7 UNB's: noch nie vorgeschlagen	

1) Im Rahmen eines von der Deutschen Forschungsgemeinschaft geförderten rechtssoziologischen Forschungsprojekts über die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung wurden bisher bundesweit 30 untere Naturschutzbehörden, 10 obere bzw. oberste Naturschutzbehörden und 9 Verursacher befragt;
in jedem Bundesland wurden - soweit möglich - 1 städtischer und 2 ländliche Land- bzw. Stadtkreise interviewt.
Im folgenden wird nur auf die Angaben der unteren Naturschutzbehörden zu einigen Punkten eingegangen.

2) Unberücksichtigt bleibt das arten- und das gebietsbezogene Instrumentarium (§§ 12 - 26 BNatG), das in manchen Regionen praktisch wichtiger ist als die Eingriffsregelung.

3) §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des Bundesnaturschutzgesetzes.

©Bayerische Akademie für Naturschutz und Landschaftspflege (ANL)

bzw. 50 % der Eingriffe abgelehnt und 5 % der Ablehnung durchgesetzt)

cc) Ferner wurden die UNB's befragt, ob die Wertigkeit von Natur und Landschaft der wesentliche Faktor gewesen sei, der zur Untersagung des Eingriffs geführt habe. Darauf antworteten

17 UNB's, die Untersagungen würden nie allein auf Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege gestützt

2 UNB's, manchmal sei allein die Wertigkeit von Natur und Landschaft ausschlaggebend

5 UNB's, primär komme es auf die Wertigkeit von Natur und Landschaft an (dann müsse aber die öffentliche Meinung die Untersagung fordern (1 UNB)

5 UNB's, keine Angaben machen zu können, da sie die Untersagung von Eingriffen aus Gründen des Naturschutzes und der Landschaftspflege noch nicht gefordert hätten

cc) Die Frage, wie sie denn die Vermeidbarkeit von Beeinträchtigungen geprüft hätten, wenn ihnen fachfremde z. B. technische oder ökonomische Argumente der Verursacher vorgehalten worden seien, beantworteten die UNB's folgendermaßen:

2 UNB's gehen auf fachfremde Argumente nicht ein;

10 UNB's beugen sich letztlich der Gegenargumentation

7 UNB's vertrauen ihrem eigenen Sachverstand

11 UNB's verfolgen bestimmte Strategien, um ihre Ziele durchzusetzen:
- stur bleiben
- Beirat einschalten
- Bezirksregierung einschalten
- Erkundigung bei Fachleuten
- Versuch, die andere Seite für Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege zu interessieren.

dd) Auf die Frage, ob sie Vorhaben, für die kein Bedarf bestand, für vermeidbar gehalten haben, erwiderten

21 UNB's, diese Vorhaben seien real nicht zu vermeiden, davon
- 13 UNB's, sie wünschten aber deren Untersagung
  - 4 UNB's, dabei handele es sich um eine politische Entscheidung, die sie nicht beeinflussen könnten oder wollten;

8 UNB's, derartige Eingriffe seien vermeidbar.

ee) Auf die Frage, in wieviel Fällen die UNB Ausgleichmaßnahmen (AM) gefordert und in wieviel Fällen AM tatsächlich angeordnet worden seien, antworteten

- 24 UNB's, in 60 - 100 % der Fälle AM gefordert (= ø 90 %) und in 60 - 100 % der Fälle auch durchgesetzt zu haben (= ø 85 %) zum Teil wird allerdings auf die Reduzierung der AM durch die federführende Behörde hingewiesen.
  - 4 UNB's, bisher kaum Ausgleichsmaßnahmen gefordert zu haben;

ff) Die Frage, wie oft Ersatzmaßnahmen (EM) gefordert und angeordnet wurden, beantworteten die UNB's folgendermaßen:

13 UNB's sehen keinen Unterschied zwischen AM und EM;

7 UNB's geben an, in 2 - 20 % der Fälle seien EM angeordnet worden (= ø 8 %)

4 UNB's haben selten EM gefordert;

2 UNB's haben einmal EM gefordert;

4 UNB's haben keinmal EM gefordert.

gg) Ausgleichszahlungen wurden nach Angaben der UNB's in folgender Fallzahl gefordert:

1 UNB in einigen Fällen
2 UNB's: in fünf Fällen
1 UNB in zwei Fällen
9 UNB's: in einem Fall

Ohne auf die erfragte Gesamtzahl von Eingriffen an dieser Stelle genauer eingehen zu wollen, sei darauf hingewiesen, daß nach Angaben der UNB's im Jahr 1984 zwischen 1 und 2400 Fällen nach der Eingriffsregelung bewertet und abgeschlossen wurden (Ø = 370 Eingriffe pro Jahr und Behörde).

hh) Ergebnis:

(a) Einzelne Beeinträchtigungen werden häufig untersagt, Eingriffe also minimiert.

(b) Volluntersagungen werden in ca. 20 % der Fälle vorgeschlagen und in einem etwas geringeren Prozentsatz durchgesetzt.

(c) Die UNB's unterscheiden bei Volluntersagung nicht zwischen vermeidbaren Beeinträchtigungen und nachrangigen Eingriffen. Da aber im Gesetz nur die Volluntersagung nachrangiger Eingriffe ausdrücklich geregelt ist, ist zu vermuten, daß die UNB's die Untersagung von Eingriffen auch nur auf diese Bestimmung stützen. Einige UNB's bestätigen ungefragt diese Annahme: »Erst Ausgleich, dann Untersagung.«

(d) Volluntersagungen können in der Regel nur durchgesetzt werden, wenn auch aus anderen Gründen als denen des Naturschutzes und der Landschaftspflege gefordert wird, den Eingriff zu verhindern.

(e) Die Teil- oder Volluntersagung von Eingriffen kann häufig deshalb nicht durchgesetzt werden, weil die UNB's fachlich nicht in der Lage sind, die Argumentation der Gegenseite zu widerlegen.

(f) Vorhaben, für die kein Bedarf besteht, können dennoch nicht verhindert werden.

(g) Ausgleichsmaßnahmen werden in der Regel, Ersatzmaßnahmen selten angeordnet; ca. die Hälfte der UNB's gibt ausdrücklich an, nicht zwischen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen zu unterscheiden.

(h) Danach ergibt sich:

Die konservierenden Instrumente der Eingriffsregelung sind demnach schwer, die reparierenden leicht umsetzbar.

b) Juristische Folgerungen

Gegenüber diesen Befunden ist deutlich zu machen, daß das rechtliche Instrumentarium mehr bietet als die Praxis benutzt.

aa) Zunächst ist begründbar, wenn auch umstritten, daß die Vermeidbarkeitsklausel auch die Untersagung von Eingriffen insgesamt beträgt. Begrifflich läßt sich zwar einwenden, daß § 8 Abs. 2 BNatG dem Verursacher eines Eingriffs p. p. »Beeinträchtigungen«, nicht den Eingriff selbst verbietet; wie aber, wenn sämtliche mit dem Eingriff verbundene Beeinträchtigungen vermeidbar sind und der Eingriff sich darin erschöpft?

Eine Untersagungsmöglichkeit in solchen Fällen ergibt sich auch aus dem Zweck der Vorschrift: Eingriffe, die für die Erreichung des mit ihnen verfolgten Zwecks nicht erforder-

©Bayerische Akademie für Naturschutz und Landschaftspflege (ANL)

lich und insofern »vermeidbar«, nicht »notwendig«[4] sind, sollen untersagt werden können. So hat das OVG Koblenz ein Wasserbecken auf einer Wiese als vermeidbar angesehen, weil es zu dem gesetzten Zweck der Entwässerung »nicht einmal geeignet, geschweige denn erforderlich sei[5]. Dies muß auch für gemeinnützige Planfeststellungen gelten, z. B. wenn die beantragte neue Trasse insgesamt vermeidbar ist, weil der Verkehrsbedarf auch durch Ausbau der vorhandenen Straßen befriedigt werden kann. Dagegen spricht auch nicht das systematische Argument BREUERS[6], über das »Ob« des Eingriffs sei nach den Fachplanungs- und Genehmigungsgesetzen zu entscheiden; denn unbestreitbar enthält das Naturschutzrecht ja zumindest in § 8 Abs. 3 eine eigene Untersagungsbefugnis in toto[7].

Selbst wenn man aber den hier vertretenen Standpunkt ablehnt, bleibt gegenüber einer eher zaghaften Praxis zu erinnern, daß untersagungsfähige Beeinträchtigungen zur Substanz des Vorhabens gehören können, und daß entsprechende Auflagen den Verursacher auch einmal »faktisch zur Aufgabe seines ganzen Produktes zwingen«[8] mögen. Jedenfalls sind Trassenverlegung, Reduktion der beanspruchten Fläche durch Kompaktbauweise oder durch verminderte Fahrbahnanzahl, Tunnelung oder Überbrükkung u. ä., wenn sie weniger beeinträchtigende Alternativen darstellen, als zulässige Auflagen anzusehen. Dabei wird letztlich viel davon abhängen, wie abstrakt die Naturschutzbehörde das Ziel des Eingriffs zu formulieren vermag. Nimmt sie z. B. die Verkehrsverbesserung zwischen A und B als Ziel an, kann sie u. U. eine zweispurige statt einer vierspurigen Vebindungsstraße fordern, was nicht möglich ist, wenn man die Vierspurigkeit selbst zum Ziel erhebt.

bb) Ein weiteres Problem der Vermeidbarkeitsklausel ist die *Kontrolldichte der Naturschutzbehörde* gegenüber technischen und finanziellen Aspekten der denkbaren Alternativen. Sollte die Behörde ihre eigenen Untersuchungen auf die ökologischen Auswirkungen beschränken und im übrigen so geschieht es wie gezeigt üblicherweise die Auffassung der federführenden Behörde unbefragt übernehmen?[9] Uns scheint eine Steigerung wenn nicht der originären Untersuchungskompetenzen so doch der Kritikfähigkeit gegenüber fremden Behauptungen unumgänglich zu sein. Abgesehen von verwaltungstaktischen Gründen spricht hierfür das Gesetz: Die Vermeidbarkeit von Beeinträchtigungen durch anderweitige *Dimensionierung* z. B. von Verkehrsanlagen oder Kraftwerken läßt sich schlicht nicht beurteilen, wenn es versagt ist, den behaupteten Verkehrs- oder Energiebedarf kritisch zu überprüfen. Das Gleiche gilt für die Vermeidbarkeit durch anderweitige *technische Ausführung*, wenn es versagt ist, die Kosten oder Machbarkeit von Alternativen zu beurteilen. Wenn die Prüfung der Vermeidbarkeit vom Gesetz der Naturschutzbehörde zugewiesen wird, deren Zuständigkeit also nicht auf die Auswirkungen auf Natur und Landschaft beschränkt wird, muß diese Behörde auch alle Aspekte untersuchen dürfen (§ 24 VwVfG).

cc) Allerdings ergeben sich *Überschneidungsmöglichkeiten* der Vermeidbarkeitsprüfung mit der Prüfung der Planrechtfertigung im Fachplanungsrecht[10]. Auch bei der Planrechtfertigung geht es um die Feststellung, ob das Vorhaben im Hinblick auf das ihm gesteckte Ziel erforderlich ist[11]. Unterschiedlich ist dagegen die Komponente des Vorhabens, die als Mittel in die Ziel-Mittel-Relation eingestellt wird. Bei der Planrechtfertigung ist dies nach h. M. die Komponente der potentiellen Eigentumsbeschränkung (z. B. der Projektanrainer)[12], bei der Vermeidbarkeitsprüfung dagegen die Komponente der potentiellen Beeinträchtigung von Natur und Landschaft. Diese unterschiedlichen Mittel verändern auch die Relation zum Ziel hin: Rechtfertigt das Ziel das eine Mittel, so nicht notwendig auch das andere. Ein Verkehrsbedarf mag z. B. die Enteignung der Trasseneigentümer rechtfertigen, nicht aber die Zerstörung des auf der Trasse liegenden Feuchtgebiets oder umgekehrt[13].

Bedarf ein Vorhaben keiner Planfeststellung, sondern lediglich einer spezialgesetzlichen Genehmigung, erübrigt sich eine Planrechtfertigung; geprüft werden muß aber, ob mit dem Eingriff verbundene Beeinträchtigungen (oder u. U. der Eingriff selbst) vermeidbar, also im Hinblick auf das angestrebte Ziel geeignet und erforderlich sind. Die Vorschrift des § 8 Abs. 2 S. 1 dehnt demnach das Rechtfertigungserfordernis auch (zumindest teilweise) auf lediglich genehmigungspflichtige Eingriffe aus.

dd) Eine *Untersagung* von Eingriffen wegen deren Vermeidbarkeit ist von einer solchen *wegen Nachrangigkeit des Eingriffs* (§ 8 S. 3) zu unterscheiden. Während es im einen Fall darum geht, daß das Mittel im Hinblick auf das gesetzte Ziel erforderlich ist, wird im anderen das Ziel selbst hinterfragt, indem es gegen konfligierende Ziele gehalten und abgewogen wird. So kommt es, daß nach § 8 Abs. 3 ein an sich unvermeidbarer Eingriff dennoch nachrangig sein kann: sein Ziel ist im Vergleich zu anderen nicht bedeutend genug.

Wenn das entscheidungsleitende Gesetz eine Planfeststellung fordert, ist diese Abwägung identisch mit (einem Ausschnitt) der planerischen Abwägung. Wenn das Gesetz einen Genehmigungstatbestand enthält, stellt § 8 Abs. 3, wie BREUER formuliert, »eine zusätzliche rechtliche Anforderung, welche die anderweitige rechtsbegriffliche Vollbindung ergänzt, durch inhaltliche Zurückhaltung gekennzeichnet ist und der gebundenen Genehmigung einen planungsrechtlichen Einschlag verleiht«[14]. Demgegenüber hat sich EBERSBACH jüngst gegen die Anwendbarkeit des § 8 Abs. 3 auf Genehmigungstatbestände ausgesprochen:

4) So § 8 Bndes NatSchG.

5) OVG Koblenz v. 13. 12. 1979, NuR 1981, 28.

6) BREUER, Die Bedeutung des § 8 BNatSchG für Planfeststellungen und qualifizierte Genehmigungen nach anderen Fachgesetzen, NuR 1980, 89; ebenso EBERSBACH, Rechtliche Aspekte des Landverbrauchs am ökologisch falschen Platz, Berichte 1/85 des Umweltbundesamts, 1985, S. 410.

7) Dazu noch unten S.

8) KOLODZIEJCOK/RECKEN, Naturschutz, Landschaftspflege § 8 Rz 18.

9) So ENGELHARD/BRENNER, Naturschutzrecht in Bayern, Art. 6 a Rz. 2.

10) Zur Anwendung des § 8 Abs. 2 u. 3 im Rahmen der Planfeststellung vgl. BVerwG v. 22. 3. 1985, DVBl. 1985, S 899 f: Nach dieser Entscheidung können diejenigen Vorschriften, die bei der öffentlichen Planung strikte Beachtung verlangen, nicht durch die planerische Abwägung überwunden werden, und sind demzufolge als gesetzliche Planungsleitsätze einzuordnen; dagegen sollen Vorschriften, die (nur) eine Berücksichtigung oder Optimierung bestimmter öffentlicher Belange fordern, diesen Belangen lediglich ein besonderes Gewicht verleihen, dem bei der Abwägung Rechnung zu tragen ist. Die Vorschrift, vermeidbare Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft zu unterlassen, führt - als strikt zu beachtende Vorschrift eingestuft - auf der Basis der Auffassung des BVerwG also dazu, daß derartige Beeinträchtigungen bei öffentlichen Planungen in jedem Fall zu unterlassen sind.

11) Grundlegend das B 42-Urteil, BVerwG 48, 56 ff.

12) Vgl. WINTER, Bedürfnisprüfung im Fachplanungsrecht, NUR 1985, 41 ff.

13) Nach Auffassung eines der Autoren ist das zu prüfende Mittel auch im Fachplanungsrecht primär die Beeinträchtigung von Natur und Landschaft (vgl. WINTER, a. a. O.). Legt man diese Auffassung zugrunde, so fallen Planrechtfertigung und Vermeidbarkeit ineins.

14) BREUER, a. a. O. (Anm. 6) S. 95; ebenso GASSNER, Eingriffe in Natur und Landschaft - ihre Regelung und ihr Ausgleich nach § 8 BNatSchG, NuR 1984, S. 81.

©Bayerische Akademie für Naturschutz und Landschaftspflege (ANL)

»Denn in diesem Fall hat die Behörde nicht eine Vielzahl von privaten und öffentlichen Belangen zu berücksichtigen und in eine Rangfolge zu bringen, sondern über den Konflikt von 2 Interessen zu entscheiden, Eine Abwägungsklausel, nach der darüberhinaus alle Nutzungsansprüche und ökologischen Erfordernisse in die Abwägung und Wertung einzubeziehen sind, ist unangebracht und gefährdet die Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege; denn indem sie Gegenstände und Maßstab der Abwägung völlig offenläßt, stellt sie die Verwirklichung dieser Ziele unbeschränkt zur Disposition der Vollzugsbehörden«[15]. Doch setzt sich diese Auffassung über den eindeutigen Wortlaut des § 8 Abs. 3 hinweg, dies zumal mit Zweckerwägungen, die ihrerseits nicht zutreffen, weil die Bestimmung die Ziele des Naturschutzes keineswegs »zur Disposition« (= willkürlichen Verfügung?) der Vollzugsbehörden stellt. (Vgl. hierzu den Beitrag von GAENTZSCH in diesem Heft.)

ee) Wenn in der Verwaltungspraxis, wie unter 2. noch näher darzulegen sein wird, zwischen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen kaum unterschieden wird, bedeutet dies für die Abwägung nach § 8 Abs. 3 zugleich, daß die gesetzliche Stufung der Prüfungsschritte eingeebnet wird. Über Ersatzmaßnahmen darf die Behörde erst nachdenken, wenn der Eingriff nach Abwägung der betroffenen Belange als vorrangig ausgewiesen wurde. Ist der Eingriff nachrangig (und unausgleichbar), so ist er nach dem Wortlaut des § 8 Abs. 3 zu untersagen; ob Ersatzmaßnahmen in Betracht kommen, wird nicht als relevant angesehen. Werden die Ersatzmaßnahmen vor der Abwägung geprüft, kann es sein, daß an sich nachrangige Eingriffe, berücksichtigt man die Ersatzmaßnahmen, doch als vorrangig anerkannt werden.

Diese Prüfungsabfolge, die noch um die letzte Stufe der Ausgleichsabgabe zu komplettieren wäre, scheint für die Verwaltungspraxis zu kompliziert zu sein, was ernst zu nehmen ist und zum Überdenken Anlaß geben sollte. Die Praxis stellt anscheinend in die Abwägung nicht den vollen, »unbereinigten« Eingriff ein, sondern einen Eingriff, der gedanklich um die vermeidbaren Beeinträchtigungen vermindert und durch die möglichen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen sowie ggf. auch Ausgleichsabgaben kompensiert wird. Wenn dieser bereinigte Resteingriff mit seinen Antipoden (der Nullösung ohne Eingriff) konfrontiert wird, scheint dieser dagegen unbereinigt vorgestellt zu werden. Den Resteingriff trifft dann das volle Gewicht mangelnder Befriedigung des Verkehrs-, Energie-, Arbeitsplätze-, Investitionsbedarfs. So werden die Gewichte jedoch von vornherein zuungunsten von Natur und Landschaft verschoben. Wenn man die komplizierte Prüfungsabfolge überwinden und ein Schmelztiegelverfahren überhaupt zulassen will, dann nur für *beide* Seiten. Deshalb muß auch die Nullösung »bereinigt« werden: Die Vermeidungs und Kompensationsmaßnahmen reduzieren auch den wirtschaftlichen Erfolg des Projekts, qualitativ wie finanziell. Es ist dann z. B. nicht mehr die restlose Befriedigung des Verkehrsbedarfs, die der Natureingriff einbringt, sondern, weil die vierspurige Schnellstraße zu einer wertvolle Biotope umfahrenden zweispurigen Landstraße zurechtgetrimmt wurde, lediglich die Auflösung der schlimmsten Berufsverkehrsstaus. So fragt man sich dann häufiger und man muß es tun ob der verbleibende Erfolg den Aufwand an Natur und Landschaft denn noch lohnt[16].

Mit dem Gesetzeswortlaut läßt sich die Schmelztiegellösung, wie oben gezeigt, freilich schwer vereinbaren. Immerhin wäre denkbar, die Berücksichtigung der teilweisen Ausgleichsmaßnahmen, der Ersatzmaßnahmen und der Ausgleichsabgaben als Gegenstand der Abwägung, genauer als korrekte Zuschneidung der abzuwägenden Belange anzusehen. Auch ist ins Feld zu führen, daß § 8 Abs. 9 Ersatzmaßnahmen ermöglicht bei nicht ausgleichbaren *oder* vorrangigen Eingriffen. Das heißt, daß sie auch bei (nicht ausgleichbaren) nachrangigen Eingriffen zulässig sind, woraus folgt, daß nicht alle (nicht ausgleichbaren) nachrangigen Eingriffe zu untersagen sind. § 8 Abs. 3 wäre insoweit qualifiziert zu lesen[17].

2. Qualitative Kompensation von Eingriffen

Das Ausgleichsdenken wird meist als Ausdruck des Verursacherprinzips angesehen; denn der Eingreifer wird nicht wie früher freigestellt, sondern zum Ausgleich verpflichtet. Das Ausgleichsdenken bringt aber zugleich etwas spezifisch Modernes in das neuere Naturschutzrecht, nämlich die im Vergleich zur Untersagung größere Flexibilität. Dem Vorteil dieser Flexibilität steht freilich die Gefahr gegenüber, daß sie in der Praxis zur bequemen Rechtfertigung für freiwillige oder aufgezwungene Nachgiebigkeit gegenüber Naturverbrauch gerät[18]. Inwieweit dies auf Kosten möglicher Strategien der Eingriffsverhinderung geschieht und vermieden werden kann, war Gegenstand des ersten Abschnitts. Gegenstand des folgenden Abschnitts ist die Frage, inwieweit derartiges vermieden werden kann, wenn Kompensationsmaßnahmen selbst anstehen: Wie häufig werden sie verhängt, was charakterisiert ihre beiden Varianten, die Ausgleichs- und die Ersatzmaßnahmen, wie die im Gesetz vorgesehene Priorität jener vor diesen auch praktiziert, welches ist das quid pro quo der Kompensation, und welches ist sie selbst?

a) Empirisches Material

aa) Zur Häufigkeit von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen vgl. oben 1. a) ee) ff).
Danach haben fast alle UNB's in ø 90 der Fälle Ausgleichsmaßnahmen vorgeschlagen und in ø 85 der Fälle (wenn auch teilweise reduziert) durchsetzen können.
Ersatzmaßnahmen wurden selten angeordnet; ca. die Hälfte der UNB's gibt ausdrücklich an, nicht zwischen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen zu unterscheiden.

bb) Auf die Frage, wie sie denn versucht hätten, den erforderlichen Ausgleich für bestimmte Eingriffe zu bestimmen, antworteten (bezogen auf Beeinträchtigungen des Naturhaushalts)

14 UNB's ausdrücklich, daß ein Ausgleich nicht möglich sei;

9 UNB's, daß sie Maßnahmen anordneten, die ihnen aus landespflegerischer Sicht sinnvoll erschienen;

Für aus landschaftspflegerischer Sicht sinnvoll hielten:

4 UNB's an anderer Stelle Natur zu intensivieren (1 UNB: Erhaltung und Pflege der bestehenden Grünanlagen)

2 UNB's zerstörte wertvolle Bereiche neu anlegen zu lassen

15) EBERSBACH a. a.o. (Anm. 3, S. 5) S. 418 f.

16) Auch dies ist vielleicht ein Beitrag zu der von GASSNER (a. a. O. S. 82 1. Sp.) geforderten Irrtumsfreiheit der Abwägung.

17) Die Autoren konnten über den letzten Absatz keine Einigkeit erzielen. Einer (BURMEISTER) hält an dem Stufungskonzept des Gesetzes fest

18) Vgl. dazu WINTER/UNGER, Interventionistisches und flexibles Verwaltungsrecht. Das Beispiel Zweckentfremdungsverbot für Wohnraum, Krit. Justiz 1984, S. 394 ff.

©Bayerische Akademie für Naturschutz und Landschaftspflege (ANL)

2 UNB's Bestandteile von Natur und Landschaft durch qualitativ andersartige zu ersetzen.

1 UNB soweit wie möglich wiederherstellen;

3 UNB's die gestörten Funktionen auszugleichen;

3 UNB's in Einzelfällen keine Ausgleichsmaßnahmen aufzuerlegen;

cc) Die Frage, ob und wie sie versucht hätten, den Zustand des Naturhaushalts oder des Landschaftsbildes vor dem Eingriff aufzunehmen, beantworteten die UNB's wie folgt:

16 UNB's manchmal bis generell Ortsbesichtigungen durchgeführt

7 UNB's Biotopkartierungen zu Rate gezogen bzw. Gutachter herangezogen (Verbände etc.)

5 UNB's eigene Fachkenntnis angewandt

4 UNB's Luftbilder größerer Eingriffsflächen angefertigt bzw. Vegetationskartierungen durchgeführt

2 UNB's Landschaftspläne herangezogen bzw. keine Methode angewandt

1 UNB einen Baumbestandsplan aufgestellt

1 UNB Einzelelemente (Ufersaum etc.) quantifiziert

dd) Befragt, wie sie die Flächengröße der Ausgleichsmaßnahmen bemessen hätten, antworteten

8 UNB's die Ausgleichsmaßnahmen nicht nach der Eingriffsfläche bemessen, sondern nur eine Eingrünung des Eingriffs auf den Restflächen

8 UNB's hochwertige kleine Flächen als Ausgleich für ökologisch geringwertige große Flächen

4 UNB's den Ersatz der vorhandenen Begrünung

3 UNB's Ausgleichsflächen in mindestens ebensolcher Größe wie die Eingriffsflächen

2 UNB's kleinere Ausgleichs- als Eingriffsflächen gefordert zu haben.

2 UNB's halten einen Flächenmaßstab für unwichtig und stellen allein auf den Erhalt der Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts ab.

5 UNB's erklärten, Ausgleichsmaßnahmen nur dort zu fordern, wo den Verursachern auch Flächen zur Verfügung stünden.

4 UNB's Ausgleichsmaßnahmen nach Gefühl festzulegen;

1 UNB nach Faustformeln vorzugehen;

1 UNB Ersatzlebensräume zu schaffen.

Auf bestimmte objektive Daten haben abgestellt:

2 UNB's Blattflächenquadratmeterzahl; Grünmassenzahl; Baumanzahl; Trockenrasenquadratmeterzahl etc.;

1 UNB monetärer Wert der zerstörten Bepflanzung

Ferner diente der unbestimmte Begriff des Ausgleichs 4 UNB's dazu, bestmögliche Ausgleichsmaßnahmen auszuhandeln, bzw. die Ausgleichsforderungen so hoch zu schrauben, daß der Eingriff uninteressant wurde für den Verursacher.

ee) Auf die Frage, ob sie die Differenzierung zwischen Ausgleich- und Ersatzmaßnahmen für sinnvoll halten, antworteten

19 UNB's sie hielten die Unterscheidung für sinnlos;

7 UNB's sie hielten die Unterscheidung für sinnvoll

4 dieser UNB's haben Ersatzmaßnahmen noch nicht angeordnet

- 2 UNB's differenzieren nur hinsichtlich der räumlichen Nähe zum Eingriffsort.

ff) Ergebnis: Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen werden nach Praktikabilitätskriterien (sinnvolle landschaftspflegerische Maßnahmen), nicht nach ökologischen Kriterien festgelegt; wenn die UNB's zwischen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen differenzieren, dann nur nach der Entfernung zum Eingriffsort.

Die Aufnahme des Landschaftszustands vor dem Eingriff erfolgt zumeist durch Ortsbesichtigung, nicht mit Hilfe aufwendiger Erhebungsmethoden.

b) Juristische Folgerungen

aa) § 8 unterscheidet Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen und gibt den ersteren den Vorrang. Erst wenn Ausgleich nicht möglich ist, öffnet Abs. 8 die Tür für Ersatz. Wie geht man juristisch damit um, daß die Praxis das anders sieht, nämlich beide Maßnahmen als zwei Seiten eines Kontinuums auffaßt und den Vorrang der Ausgleichsmaßnahmen nur als ein »möglichst nah am Eingriffsort« handhabt? Eine interpretatorische Anpassung des Gesetzes ist angesichts seines klaren Wortlauts nicht möglich, ein erhobener Zeigefinger in Richtung Praxis angesichts ihrer weiten Verbreitung kaum erfolgversprechend. Doch manchmal ist es sinnvoll, sich des »Kontrafaktischen« des Rechts zu erinnern. Rechtssoziologisch gesehen, sind Befugnisse, die ein Gesetz einer Behörde einräumt, häufig nicht die von Juristen ausgemalten vollen Eingriffsrechte, sondern bloße Tauschposten in der Auseinandersetzung mit den Kontrahenten, auf deren volle Ausreizung die Behörde verzichtet, wenn sie wenigstens etwas erreicht[19]. So könnte gerade die Tatsache, daß das Gesetz einen klaren Vorrang des Ausgleichs vor dem Ersatz statuiert, der Tauschposten sein, den die Behörde dreingibt, um im Strudel hin bis zum vagen Ersatz oder gar zur Abgabenzahlung wenigstens ihr »möglichst nah« durchzusetzen. Verhält es sich so, muß man jedenfalls an dem gesetzlichen Vorrang festhalten und (aus juristischer Sicht)[20] auf seine Einhaltung pochen

bb) Damit ist freilich für die Definition von Ausgleich und Ersatz noch nichts gewonnen. Es ist mehrfach versucht worden, Ausgleichsmaßnahmen begrifflich von einem Ausgleichsobjekt, m. a. W. dem quid pro quo her zu konstruieren. In Anknüpfung an naturwissenschaftliche Unterscheidung geht insbesondere GASSNER von einem holistischen Verständnis der totalen Interdependenz von Strukturen, Funktionen und Prozessen im Naturhaushalt aus. Eingriffe können einzelne Funktionen treffen und in einem »Laufmascheneffekt« das Ganze treffen. Die Konsequenz regelmäßig anzunehmender Unausgleichbarkeit, die gem. § 8 Abs. 3 häufiger zu Untersagungen (oder zu Ersatzmaßnahmen) führen müßte, zieht er freilich nicht, sondern hält ganz unholistisch an der Isolierbarkeit einzelner Funktionen und damit teilweisen Ausgleichbarkeit des Eingriffs fest[21]. Die Praxis scheint sich dagegen weder um Holismus noch um Isolationismus groß Gedanken zu machen. Sie denkt mehr an das »quo« (»sinnvolle landespflegerische Maßnahmen«) als an das »quid«. Der juristischen Begriffsbildung dürfte hier der notwendige Pragmatismus des Alltagsgeschäfts Grenzen setzen.

Unter Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen, die bestimmte Eingriffe in den Naturhaushalt kompensieren sollen, sind danach Maßnahmen zu verstehen, welche die durch den

19) Dazu näher WINTER, Bartering Rationality in Regulation, Law and Society Review 1985, S. 219 ff.

20) Es ist die Dialektik auch rechtssoziologischer Argumentation, daß sie durch Erkenntnis der Wirkungsbedingungen des Rechts dessen Geltungsgründe destruiert. Es schmeckt schal, Geltung (wie oben) strategisch zu begründen.

21) GASSNER, a. a. O.

©Bayerische Akademie für Naturschutz und Landschaftspflege (ANL)

Eingriff gestörten Funktionen der Art oder dem Wert nach kompensieren sollen; die Ausgleichsmaßnahme ist möglichst nah am Eingriffsort und jedenfalls im selben Funktionsraum wie der Eingriff durchzuführen, während die Ersatzmaßnahme örtlich weiter entfernt liegen kann. Diese Begriffsabgrenzung bedeutet für die Ersatzmaßnahmen wohlgemerkt nicht, daß sie aus irgendetwas, wenn es nur grün ist, bestehen könnten. Vielmehr muß der Ersatz dem durch den Eingriff Verlorenen gleichwertig sein. Die Abgrenzung zum Ausgleich liegt im Örtlichen, nicht im Qualitativen[22].

cc) Da der Landschaftsverbrauch trotz Geltung des Vermeidungs und Ausgleichsinstrumentariums weiter zunimmt, ist es an der Zeit, ernsthaft zu fragen, ob unter Ausgleich oder Ersatz nicht auch die Aufschließung einer dem verbrauchten Land entsprechenden Fläche verstanden werden kann? Auch dem Sinn und Zweck eines konsequenten Kompensationsdenkens würde dies entsprechen. Im Bewußtsein der Tatsache, daß die Praxis (noch?) nicht so denkt, begnügen wir uns damit, die Frage zunächst nur aufzuwerfen, statt eine Antwort zu versuchen.

3. Finanzielle Kompensation

Ausgleichsabgaben werden im Bundesrahmengesetz nicht erwähnt, aber als weitergehende Maßnahme gem. § 8 Abs. 9 als zulässig erachtet. Sämtliche Landesgesetze (bis auf Bayern) sehen sie denn auch in Form einer Verordnungsermächtigung bzw. direkt im Gesetz vor. Baden-Württemberg hat bereits 1979 als erstes Land eine solche Verordnung erlassen, in mehreren weiteren Ländern wird eine Verordnung vorbereitet.

Da die finanzielle Kompensation gegenüber der qualitativen noch um eine weitere Stufe flexibler ist (der Eingriffsverursacher braucht sich nicht um qualitative Maßnahmen zu kümmern, die Behörde kann das Geld vielfältig verwenden), ist zu vermuten, daß sie in der Praxis in den Vordergrund drängt. Von Interesse ist auch, wie sie bemessen und für welche Zwecke sie verwendet wird.

a) Empirisches Material

aa) Zur Häufigkeit von Ausgleichszahlungen vgl. oben 1 a), ggf. Danach wurden Ausgleichszahlungen von etwas weniger als der Hälfte der befragten UNB's in nur wenigen Fällen gefordert.

bb) 12 UNB's haben angegeben, Ausgleichszahlungen für Eingriffe erhalten zu haben, davon
- 8 UNB's für Großprojekte
- 4 UNB's für Kleineingriffe.

1 UNB hat eine Sicherheitsleistung für die Durchführung von Ausgleichsmaßnahmen, die für einen Großeingriff notwendig wurden, erhalten.

cc) 3 UNB's konnten die Höhe der Ausgleichsabgabe anhand einer Ausgleichsabgabenverordnung bemessen (Baden-Württemberg).

6 UNB's haben Ausgleichszahlungen verlangt, obwohl die Höhe der Abgabe noch nicht durch Verordnung festgelegt wurde (Berlin, Hamburg, Saarland).

2 UNB's haben sich Gelder zur Durchführung von Ersatzmaßnahmen zur Verfügung stellen lassen, obwohl das Landesrecht
- eine Ausgleichszahlung nicht kennt (Bayern).
- bzw. Ersatzmaßnahmen nur auf Kosten des Verursachers durchgeführt werden können, wenn der Verursacher nicht selbst für Ersatzmaßnahmen sorgen kann (§ 12 Abs. 2 Nieders. NatSchG).

dd) Bemessungskriterien für Ausgleichszahlungen waren nach Angaben von

2 UNB's Die Ausgleichsabgabenverordnung; dabei wurde die untere Grenze des Bemessungsrahmens gewählt, wenn das öffentliche Interesse den Bau der Vorhaben erforderte.

5 UNB's Die Kosten, die der Verursacher für Ausgleichs- bzw. Ersatzmaßnahmen hätte aufwenden müssen.
2 der Behörden haben die Bepflanzung der Grundstücke quantifiziert und monitär bewertet.

1 UNB Der Wert des Waldstücks, in das eingegriffen wird.

1 UNB Die ökologische Wertdifferenz zwischen dem Zustand des Grundstücks vor und nach dem Eingriff (Fachgutachten)

1 UNB Die eigene subjektive Wertung.

ee) Befragt, ob Verursacher (a) oder die UNB (b) qualitative oder monetäre Ersatzmaßnahmen bevorzugten, antworteten

(a) (vermutete Haltung der Verursacher)

11 UNB's die Verursacher lehnten Ausgleichsabgaben ab;

10 UNB's die Verursacher bejahten die Möglichkeit, finanziellen Ersatz zu leisten.

(b) (eigene Meinung der UNB)

16 UNB's sie lehnten den finanziellen Ersatz ab (teils aus erzieherischen Gründen, teils deshalb, weil die Ausgleichszahlungen nicht speziell für landespflegerische Maßnahmen verwendet würden, sondern in die allgemeine Haushaltskasse flössen (Berlin));

15 UNB's bejahten den monetären Ersatz (1 UNB teilweise).

ff) Ergebnis:

Ausgleichszahlungen wurden vermehrt für Großprojekte geleistet. Zum Teil wurden Ausgleichszahlungen angenommen, obwohl die gesetzliche Regelung dies nicht vorsieht bzw. die Höhe von Ausgleichszahlungen durch Rechtsverordnung noch nicht geregelt wurde.

Sofern eine Ausgleichsabgabenverordnung noch nicht bestand, wurde der finanzielle Ersatz überwiegend danach bemessen, was die Verursacher für Ersatzmaßnahmen hätten aufwenden müssen.

Die Verursacher (nach Auskunft der UNB's) und die UNB's bejahen Ausgleichszahlungen bzw. lehnen sie ab zu jeweils nahezu 50%.

b) Juristische Folgerungen

aa) Soweit die Abgabe in Ländern erhoben worden ist, die noch keine Verordnung besitzen, ist die Rechtsgrundlage brüchig. Zwar ließe sich an § 36 VwVfG denken. Doch hat der Gesetzgeber durch Schaffung der Verordnungsermächtigung zum Ausdruck gebracht, daß Abgaben nicht ohne deren Ausfüllung verlangt werden können.

bb) Die Abgabe ist von Landesgesetzen mehr oder weniger dezidiert als ultima ratio nach Ausschöpfung der Aus-

22) A. A. siehe RONELLENFITSCH in diesem Heft.

23) Daß - wie er mit LUHMANN belegt faktisch so gehandelt wird, rechtfertigt dies noch nicht.

©Bayerische Akademie für Naturschutz und Landschaftspflege (ANL)

gleichs- und Ersatzmaßnahmen konzipiert, entgegen einer von Ökonomen häufig vertretenen Version, nach der sie als primäres Instrument einen Anreiz zur Unterlassung von Eingriffen erzeugen soll. Die Praxis zeigt mit einigen Ausnahmen, daß sie sich nicht an diese Konzeption hält. Das gilt auch für den Bemessungsmaßstab. Nach der aus ökonomischer Sicht optimalen Version müßte dieser sich an dem Nutzen orientieren, den der Verursacher aus dem Eingriff zieht[24]. Tatsächlich entspricht dies nicht immer der Praxis, auch nicht in Baden-Württemberg, wo der Nutzen immerhin als Maßstab zur Auswahl innerhalb der Gebührenmarge gilt, die selbst nach Kostengesichtspunkten staffelt[25].

Nach welchen Gesichtspunkten die Kosten bewertet werden, variiert freilich enorm. In den Vordergrund tritt der Aufwand für Ersatzmaßnahmen, die die öffentliche Hand durchzuführen gedenkt. Dies scheint uns in der Tat der sinnvollste Gesichtspunkt zu sein, weil er die Priorität der qualitativen Kompensation unterstützt. Gesetzlich ist diese Bemessungsweise auch vom nds. NatG übernommen worden (§ 12 Abs. 2). Freilich können sich daraus Beträge ergeben, die die derzeit in den VO-Entwürfen ausgeworfenen Sätze erheblich übersteigen, zumal wenn man Ersatzmaßnahmen, wie oben skizziert, dahin versteht, daß sie auch Bodenaufschließungen umfassen.

Anschrift der Verfasser:
Prof. Dr. Gerd Winter
Universität Bremen
Postfach 33 04 40
2800 Bremen 33
Joachim Burmeister
Universität Bremen
Postfach 33 04 40
2800 Bremen 33

24) BENKERT/ZIMMERMANN, Abgabenlösungen in der Naturschutzpolitik, NuR 1979, S. 96.

25) § 3 bad.-württ. AusgleichsabgabeVO v. 1. 12. 1977, S. 704. Dazu s. HEIDERICH, Die Ausgleichsabgabe im System der Eingriffsregelung des Naturschutzgesetzes von Baden-Württemberg, NuR 1979, S. 19.

ZOBODAT - www.zobodat.at

Zoologisch-Botanische Datenbank/Zoological-Botanical Database

Digitale Literatur/Digital Literature

Zeitschrift/Journal: Laufener Spezialbeiträge und Laufener Seminarbeiträge (LSB)

Jahr/Year: 1985

Band/Volume: 1_1985

Autor(en)/Author(s): Burmeister Joachim, Winter Gerd

Artikel/Article: Die Eingriffsregelung des Naturschutzrechts im Lichte empirischer Untersuchung 6-12