



MOHR · RECHTSANWÄLTE
Partnerschaftsgesellschaft

Mohr Rechtsanwälte Postfach 500929 22709 Hamburg

Sekretariat: Frau Edge
Durchwahl: 040/30 62 4-228
Telefax: 040/30 62 4-222
E-Mail: sarah.edge@mohrpartner.de

Hamburg, 04.02.2010
Az: 00026/10 6 / V / RN
(Az. bitte stets angeben)

Stellungnahme

zu den Abweichungskompetenzen des hamburgischen Gesetzgebers bzgl. der naturschutzrechtlichen Eingriffsre- gelung, insbesondere zum sog. „Hafenprivileg“

Mit der am 01.03.2010 in Kraft tretenden Neufassung des BNatSchG nimmt der Bundesgesetzgeber die ihm seit der Verfassungsreform 2006 zustehende konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis gem. Art. 74 Abs. 2 Nr. 29 GG in Anspruch. Die durch die Neufassung geschaffenen bundesrechtlichen Vollregelungen führen gem. Art. 31 GG im Kollisionsfall zur Unanwendbarkeit bisheriger Landesregelungen. Der Landesgesetzgeber ist aber nach Maßgabe des Art. 72 Abs. 3 GG befugt, von den Regelungen des Bundes landesrechtlich abzuweichen, sofern es sich nicht um die in

Dr. Peter C. Mohr

Holger Lau-Siemssen
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Dr. Precht Fischer
*Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Mietrecht und
Wohnungseigentumsrecht*

Rüdiger Nebelsieck, LL. M.¹⁾
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Oliver Kroll
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Jan Mittelstein, LL. M.²⁾
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Anna Lena Rueß
als angestellte Rechtsanwältin

In Kooperation mit

Norbert Peters
Steuerberater

Dipl.-Kfm. Frank Hasenbach
Steuerberater

¹⁾ Master in Environmental Law

²⁾ Master of Laws in European Community Law

Max-Brauer-Allee 81
22765 Hamburg-Altona

e-Mail: info@mohrpartner.de
www.mohrpartner.de

Gerichtskasten 238

Partnerschaft
Sitz Hamburg
AG Hamburg PR 550

Dresdner Bank
BLZ 200 800 00
Kto. 5029 673 00

Hamburger Sparkasse
BLZ 200 505 50
Kto. 1 268 117 171

Postbank Hamburg
BLZ 200 100 20
Kto. 1 41 441 204



Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GG benannten abweichungsfesten Kerne dieses Regelungsgebietes handelt. Zu den abweichungsfesten Kernen gehören die verfassungsrechtlich nicht weiter konkretisierten „allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes“, deren Auslegung im Detail umstritten ist.

Fraglich ist insbesondere, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Länder von der bundesrechtlich in den §§ 13 ff. BNatSchG n.F. geregelten naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung abweichen dürfen. Diese bundesweit diskutierte Frage hat für Hamburg im besonders hohen Maße deshalb Relevanz, weil die derzeit geltende Eingriffsregelung in § 9 HmbNatSchG das sog. „Hafenprivileg“ enthält, das selbst große Infrastrukturvorhaben nach Maßgabe der Sonderregelungen in § 9 Abs. 2 und 3 HmbNatSchG für den Regelfall bzw. sogar absolut privilegiert und von der Eingriffsregelung ausnimmt. Dabei war und ist die Bundesrechtskonformität der vollständigen und nicht nur regelhaften Privilegierung in § 9 Abs. 3 HmbNatSchG im hohen Maße umstritten, obwohl das OVG Hamburg sie in einer Eilentscheidung zur Hafenerweiterung Altenwerder im Jahr 1996 nicht beanstanden wollte.

Jüngst hat nun die Bürgerschaftsfraktion der SPD eine Novellierung des Hamburgischen Naturschutzgesetzes unter Beibehaltung des Hafenprivilegs gefordert und dem Senat sowie den Regierungsfractionen vorgeworfen, keine entsprechenden Aktivitäten zur Rettung des Hafenprivilegs entfaltet zu haben. In ihrem Antrag macht sie geltend, dass Hafenausbauprojekte und Hochwasserschutzmaßnahmen in Zukunft mit nicht vertretbaren Ausgleichs- und Ersatzpflichten verbunden wären, beklagt also den Fortfall einer wirtschaftlichen Besserstellung der Hafenprojekte gegenüber allen anderen Eingriffsvorhaben in Deutschland.

Vor diesem Hintergrund ist ungeachtet der politischen Bewertung des Antrages zu untersuchen, ob und ggf. in welcher Reichweite das „Hafenprivileg“ vom hamburgischen Landesgesetzgeber abweichend von den §§ 13 ff. des BNatSchG n.F. ausgestaltet werden dürfte.

Zu diesem Zweck wird in einem ersten Teil zunächst das „Hafenprivileg“ dargestellt und am heute geltenden Recht gemessen. Im zweiten Teil der Untersuchung werden zunächst die Neuregelungen im BNatSchG dargestellt und ausgelegt, sodann verfassungsrechtlich eingeordnet und so der dem



hamburgischen Landesgesetzgeber vorgegebene Handlungsspielraum ermittelt. Abschließend wird das „Hafenprivileg“ in seiner derzeitigen Form verfassungsrechtlich gewürdigt.

Teil 1: Das „Hafenprivileg“ der Eingriffsregelung nach heutigem Recht

Das heute geltende „Hafenprivileg“ wird zunächst kurz vorgestellt (dazu I.) und sodann kritisch gewürdigt (dazu II.).

I. Überblick über das „Hafenprivileg“

Für Vorhaben im Gebiet des Hafens gem. den Anlagen 1 und 2 zum Hamburgischen Naturschutzgebiet bestehen zwei Besonderheiten gegenüber den in § 9 Abs. 1 S. 1 legaldefinierten Eingriffen sowie gegenüber der Positivliste in § 9 Abs. 1 S. 2 HmbNatSchG.

Zunächst sieht § 9 Abs. 2 HmbNatSchG vor, dass die Beseitigung und wesentliche Umgestaltung von Gewässern und ihren Ufern innerhalb des Hafengebiets „in der Regel“ nicht als Eingriff anzusehen ist.

Ferner sind die in § 9 Abs. 3 HmbNatSchG benannten Maßnahmen von der Eingriffsdefinition nicht nur für den Regelfall, sondern vollständig ausgenommen.

Im hier interessierenden Kontext relevant ist zunächst § 9 Abs. 3 Nr. 3 HmbNatSchG, der den Ausbau von Kaianlagen, das Herstellen und die Unterhaltung von Gewässern und auch die Beseitigung und wesentliche Umgestaltung von Gewässern oder ihren Ufern betrifft, soweit sie bereits bestimmungsgemäß zu Hafenzwecken genutzt werden. Relevant sind ferner gem. § 9 Abs. 3 Nr. 4 und 5 HmbNatSchG, nach denen auch Hochwasserschutzmaßnahmen und Maßnahmen an dem Gewässer Elbe zur nachhaltigen Stabilisierung der Wasserstände nicht als Eingriffe anzusehen sind. Sie werden also vollständig von den Rechtsfolgen der Vermeidung, der Kompensation, ggf. der Abwägung



sowie der Ersatzzahlung¹ ausgenommen.

II. Konfliktpunkte mit derzeitigem Bundesrecht

Die Sonderregelungen für den Hafen basieren auf § 18 Abs. 4 BNatSchG g.F.. Er gestattet den Ländern den Erlass näherer Vorschriften zu den Absätzen 1 – 3 und insbesondere die Bestimmung von sog. „Positivlisten“ für Vorhaben, die regelmäßig die Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 BNatSchG erfüllen, sowie von „Negativlisten“ für Veränderungen, die **im Regelfall** nicht zu einer Beeinträchtigung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts oder des Landschaftsbildes führen.

1. Würdigung des § 9 Abs. 2 HmbNatSchG

Die für den Regelfall geltende Privilegierung in § 9 Abs. 2 HmbNatSchG entspricht jedenfalls grundsätzlich der in § 18 Abs. 4 BNatSchG g.F. enthaltenen Struktur. Kritik sieht sich die Vorschrift trotzdem und deshalb ausgesetzt, weil sie auch Vorhaben außergewöhnlicher Dimension erfasst, deren bau-, anlage- und betriebsbedingtes Beeinträchtigungspotenzial sehr hoch erscheint.

Eine Aufnahme von Vorhaben in die sog. „Negativlisten“ soll aber nur dann erfolgen, wenn für den Eingriffstyp in der Mehrheit der vorstellbaren Fälle eine erhebliche Beeinträchtigung von Schutzgütern nicht zu erwarten ist und nur atypische Fälle den Eingriffstatbestand erfüllen². Davon kann angesichts der durchschnittlichen Größe und Beeinträchtigungspotenziale der in § 9 Abs. 2 HmbNatSchG ohne weitere Differenzierung enthaltenen Gewässer- und Uferbeseitigungen bzw. ihrer wesentlichen Umgestaltung schwerlich die Rede sein.

Für eine Bundesrechtskonformität des § 9 Abs. 2 HmbNatSchG g.F. kann immerhin angeführt werden, dass derartige Listen den bundesrechtlich vorgegebenen Rahmen nicht verändern können, sondern lediglich als „praktische Handreichung“ fungieren und im Übrigen nur widerlegliche Vermu-

¹ vgl. § 9 Abs. 4 – 8 HmbNatSchG

² vgl. Kuchler, NuR 1997, 463 ff., und Louis, BNatSchG, § 8 Rdnr. 204



tungen für das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen eines Eingriffs begründen können³.

Andererseits fällt ins Gewicht, dass der Rechtsanwender auch bei beeinträchtigungsintensiven Vorhaben gegen die gesetzliche Regelvermutung argumentieren und eine – gemessen an der Fallgruppenbildung des Landesgesetzes gar nicht vorhandene - „Atypik“ des Falles darlegen muss, um die Eingriffsregelung zur Anwendung bringen zu können. Insoweit besteht eine Konfliktsituation zwischen dem bundesrechtlich vorgegebenen Erheblichkeitsbegriff und der landesrechtlichen Regelvermutung, mithin die Gefahr bundesrechtswidriger Ergebnisse auf der Ebene der Rechtsanwendung.

2. Würdigung des § 9 Abs. 3 Nr. 3 – 5 HmbNatSchG

Noch anders ist es nach der Systematik und dem ausdrücklichen Wortlaut der Norm mit den Privilegierungen in § 9 Abs. 3 Nr. 3 – 5 HmbNatSchG. Die Norm nimmt die dort bezeichneten Vorhaben gerade abweichend von dem Wortlaut des § 9 Abs. 2 HmbNatSchG vollständig von der Eingriffsregelung aus. Der ohne Normverwerfungskompetenz agierende Rechtsanwender ist daher gezwungen, die Eingriffsregelung auch dann nicht anzuwenden, wenn er die Eingriffsqualität in der Sache gemessen am Bundesrecht bejaht.

Die insoweit bestehenden Spielräume der Länder bei der Ausfüllung des derzeitigen bundesrechtlichen Rahmens sind nach der Rechtsprechung des BVerwG sehr eng. So hat das BVerwG in seinem Urteil vom 27.09.1990⁴ zur strukturgleichen Vorgängerregelung in § 8 BNatSchG a.F. wie folgt formuliert:

„Der Bund kann von einer ihm zustehenden Befugnis zur Rahmengesetzgebung (hier aufgrund des Art. 75 Nr. 3 GG) auch in der Weise Gebrauch machen, daß er Regelungen trifft, die zwar nicht aufgrund eines eigenen Gesetzgebungsbefehls unmittelbar - und damit als Bundesrecht - gelten, sondern noch vom Landesgesetzgeber umzusetzen sind, um den Bürger zu berechtigen und zu ver-

³ vgl. Gellermann in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 55. Ergänzungslieferung 2009, § 18 BNatSchG, Rdnr. 18

⁴ 4 C 44/87, NVwZ 1991, 364 ff.



pflichten, die aber dennoch eine bestimmte Frage inhaltlich voll regeln und dem Landesgesetzgeber keinen oder allenfalls nur geringen und genau bezeichneten Spielraum für abweichende Bestimmungen belassen. Eine abschließende Regelung dieser Art in einem Rahmengesetz des Bundes kommt insbesondere bei grundlegenden Begriffsbestimmungen in Betracht (vgl. Maunz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 75 Rdz. 25). Solche für das Naturschutzrecht grundlegenden Begriffsbestimmungen sind in der Umschreibung des Eingriffs und der Bestimmung der Voraussetzungen des Ausgleichs in § 8 BNatSchG enthalten. Sie stellen für den Landesgesetzgeber verbindliche Festlegungen dar, die er seiner ausfüllenden Gesetzgebung zugrunde zu legen hat. Die im Urteil des erkennenden Senats vom 14. Oktober 1988 - BVerwG 4 C 58.84 - (Buchholz 406.401 § 1 BNatSchG Nr. 3 = UPR 1989, 108) enthaltene Aussage, bei § 8 BNatSchG handele es sich um eine Rahmenvorschrift für die Landesgesetzgebung, die auf Ergänzung durch das Landesrecht angelegt und angewiesen sei, bedarf deshalb insoweit der weiteren Verdeutlichung: Was als Eingriff in Natur und Landschaft zu gelten hat, und ebenso die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Eingriff als ausgeglichen anzusehen ist und deshalb einem sich auf Natur und Landschaft auswirkenden Vorhaben nicht mehr gemäß § 8 Abs. 3 BNatSchG (§ 5 Abs. 2 LPflG) entgegenstehen kann, kann im Interesse eines notwendigen Mindestmaßes an Rechtseinheit in der Bundesrepublik Deutschland nur übereinstimmend beantwortet werden. Insofern besteht ein starkes Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung (vgl. Art. 72 Abs. 2 GG). Den Landesgesetzgebern bleibt auch dann, wenn ihnen die genannten Begriffsbestimmungen vom Bundesgesetzgeber grundsätzlich ohne die Möglichkeit abweichender Regelung vorgegeben sind, bezogen auf die Regelungsmaterie "Natur- und Landschaftsschutz" im Ganzen, genügend Spielraum für ausfüllende eigenständige Regelungen von substantiellem Gewicht (vgl. BVerfGE 4, 115 <127 ff.>; 43, 291 <343>; 67, 382 <387>)."

Der so aufgezeigte enge Konkretisierungsspielraum der Landesgesetzgeber wird durch den vollständigen und unwiderleglichen Ausschluss der Eingriffsregelung nach diesseitiger Auffassung deutlich überschritten.

Die von Seiten der Wirtschaft häufig zitierte gegenteilige Auffassung des OVG Hamburg in dessen



Eilbeschluss vom 23.09.1996 zur Hafenerweiterung Altenwerder ⁵ überzeugt nicht. Im Einzelnen:

Das OVG unterstellt bei seiner Bewertung der damaligen Fassung des § 9 HmbNatSchG, dass die mit den betroffenen Hafenausbauvorhaben verbundenen Veränderungen der Gestalt oder Nutzung der Flächen einer generellen, auf einen Regelfall bezogenen Qualifizierung unter dem Gesichtspunkt des Schutzes von Natur und Landschaft trotz der z.T. außergewöhnlichen Dimension der Vorhaben zugänglich seien ⁶.

Dabei stellt das OVG zum einen auf einen „regelmäßig“ so schlechten Zustand des Landschaftsbildes und des Wertes des Naturhaushalts ab, dass selbst Großvorhaben nicht zu erheblichen Beeinträchtigungen führen könnten. Eine solche generalisierend abwertende Betrachtungsweise entspricht allerdings nicht einmal ansatzweise dem heute vorhandenen Erkenntnisstand zur Existenz naturschutzfachlich hochwertiger, empfindlicher und schutzbedürftiger Flächen im Hafengebiet. Sie verkennt zudem, dass die Ziele des Naturschutzes sich gem. § 1 BNatSchG g.F. auch auf den besiedelten Bereich erstrecken und zudem das Wiederherstellungsgebot beinhalten.

Exemplarisch sei bezogen auf die Existenz und Vielfalt schutzwürdiger Flächen hier verwiesen auf

- die großflächigen, vom geplanten Ausbau des Blumensandhafens aktuell betroffenen gesetzlich geschützten Biotopie nebst dort vorkommenden, z.T. besonders und streng geschützten Tier –und Pflanzenarten,
- Tideröhrichtflächen im östlichen Bereich des Grasbrookhafens und des Sandtorhafens,
- Wattflächen im Holzhafen (Reiherstieg) und im Neuhöferkanal,

⁵ Bs III 68/96, hier zitiert nach juris, dort Rdnr. 243 ff.

⁶ vgl. Rdnr. 245



- Röhrlichtzonierung und Weichholzaunen im Rodewischhafen⁷,
- Brutgebiete von Vögeln, z.B. die Möwenkolonie an der Hohen Schaar⁸, z.B. Kiebitzbrutgebiet im Bereich des Petroleumhafens⁹,
- Reptilienvorkommen auf Sekundärstandorten im Hafen¹⁰,
- Vorkommen der endemischen und prioritären Art Schierlings-Wasserfenchel als vom Aussterben bedrohte Pflanzenart¹¹,
- verbreitete Vorkommen der Trockenrasenarten *Anchusa officinalis*, *Euphorbia cyparissias* und *Corynephorus canescens* mit z.T. sehr großen Sekundärvorkommen auf Sandaufschüttungen im Hafengebiete¹²,
- Rote Liste Arten, die im Herbst 2006 im Bereich des Petroleumhafens kartiert wurden, z.B. Blutrote Fingerhirse (*Digitaria sanguinalis*), RL Hamburg 2 (stark gefährdet), Esels-Wolfsmilch (*Euphorbia esula*), RL Hamburg 2 (stark gefährdet) Sand-Segge (*Carex arenaria*), RL 3, (gefährdet) Frühe Haferschmiele (*Aira praecox*), RL Hamburg 3 (gefährdet)¹³,

⁷ Quelle: „Erhebung potenzieller Standorte für ökologisch aufwertende Maßnahmen im Hamburger Hafen“, ARGE Voigt/Krieg, 2001

⁸ einziger binnenländischer Koloniebrutplatz auf Hamburger Gebiet, Quelle: LBP zum Bau der Fernwärmehautportleitung Moorburg-Haferweg, 2008

⁹ Quelle: UVS Westerweiterung CTH, 2009

¹⁰ Quelle: BSU, Artenhilfsprogramm Reptilien und Amphibien, 2004, S. 5

¹¹ Quelle: Botanischer Verein, Kartierung des Lebensraumes, verfügbar unter: www.bg-web.de

¹² Quelle: Botanischer Verein, www.bg-web.de

¹³ Quelle: Botanischer Verein, www.bg-web.de



- die Einstufung von Hafensflächen in den Bereichen Peute, Veddel, Spreehafen und Reiherstieg als regionale Dichtezentren der Artenvielfalt durch das Naturschutzamt der BSU im November 2009¹⁴.

Nicht zu überzeugen vermag auch die Auffassung des OVG, die selbst nach seiner Überzeugung nicht gänzlich verdrängte Natur könnte im Regelfall nicht erheblich beeinträchtigt werden, weil sie nur „in dem Maße gedeihen“ könne, das die Bedürfnisse des Hafens zuließe¹⁵. Insoweit unterliegt das OVG einem Zirkelschluss, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen der Eingriffsregelung von den Rechtsfolgen angenommener Eingriffe nach der bundesrechtlich vorgegebenen Stufenfolge der Eingriffsregelung zu trennen sind. Die Frage, inwieweit Bedürfnisse des Hafens sich gegenüber der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung vorhabenbezogen durchsetzen, wird nicht über die Erheblichkeitsbewertung, sondern über die bei Kompensationsdefiziten erforderliche gesonderte naturschutzrechtliche Abwägung und im Übrigen durch das jeweilige Fachrecht gesteuert.

Dieselbe Kritik gilt für den Ansatz des OVG, dem Landesgesetzgeber bereits bei der Eingriffsdefinition eine generalisierende Bewertung der für das Vorhaben streitenden Gründe zuzugestehen. Auch insoweit vermengt das OVG die bundesrechtlich vorgegebene und nur in engen Grenzen modifizierbare Struktur des Eingriffstatbestandes mit den Rechtsfolgen einer anwendbaren Eingriffsregelung.

Das für diesen Ansatz zu Recht vielfältig kritisierte OVG¹⁶ hat seiner vorläufigen Einschätzung offenbar selbst nicht vollständig vertraut, indem es – auch das in bemerkenswerter Form – hilfsweise von der Erlaubnis einer nur widerleglichen Vermutung ausgegangen ist und insoweit angenommen hat, die hamburgische Regelung sei dann - entgegen der Systematik und dem Wortlaut des Gesetzes – bundesrechtskonform im Sinne einer bloßen Vermutungsregel auszulegen.

¹⁴ vgl. „Grüne Quelle – Qualität der Stadt –, Strategie für die Entwicklung der Biodiversität in Hamburg, BSU, November 2009, S. 8

¹⁵ vgl. Rdnr. 245 a.E.

¹⁶ vgl. z.B. Anmerkung von Kuchler, Nur 1997, 463 ff., Gassner, NuR 1999, 79 ff.



III. Zwischenergebnis zu Teil 1:

Die in § 9 Abs. 3 Nr. 3 – 5 HmbNatSchG g.F. enthaltenen Privilegierungen kollidieren mit dem bundesrechtlichen Rahmen der §§ 18 ff. BNatSchG g.F., da sie die dort bezeichneten Vorhaben generell von der Eingriffsregelung freistellen, obwohl sie in der Mehrzahl der Fälle mit erheblichen Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft einhergehen.

Das für den Regelfall geltende „Hafenprivileg“ in § 9 Abs. 2 HmbNatSchG widerspricht dem Bundesrecht insoweit, als es ohne weitere Differenzierung auch Gewässerbeseitigungen und Umgestaltungen in Größenordnungen erfasst, die im Regelfall tatsächlich mit erheblichen Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft einhergehen.

Teil 2: Möglichkeiten und Grenzen des Fortbestandes des „Hafenprivilegs“ nach neuem Bundesrecht

Um die dem hamburgischen Gesetzgeber nach Inkrafttreten des BNatSchG hinsichtlich des Hafenprivilegs verbleibenden Handlungsspielräume zu ermitteln, wird zunächst die Eingriffsregelung im neuen BNatSchG in den Blick genommen und ausgelegt (dazu I.). Da es sich im Ergebnis aber um eine verfassungsrechtliche Kompetenzabgrenzung handelt, wird sodann die Abgrenzung im BNatSchG einer verfassungsrechtlichen Kontrolle unterzogen (dazu II.) und schließlich unter Berücksichtigung der Ergebnisse der hamburgische Spielraum beleuchtet (dazu III.).

I. Auslegung des BNatSchG

Der Bundesgesetzgeber ist davon ausgegangen, dass ihm die Befugnis zusteht, im BNatSchG allgemeine Grundsätze zu benennen. Dies ergibt sich aus der Begründung zum Gesetzesentwurf vom 11.03.2009. Dort heißt es in Ziffer A. 1.2., zum Zweck des Gesetzesentwurfs gehörten (u.a.) folgende wesentliche Zielsetzungen: ...



“Ausdrückliche Benennung der allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes“

Weiter heißt es dort:

“Die im Sinne des Artikels 72 Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 GG abweichungsfesten Bereiche sind im Gesetzentwurf in den Kapiteln 5 und 6 sowie in den als allgemeine Grundsätze bezeichneten Vorschriften enthalten. Allgemeine Grundsätze sind in § 1 Absatz 1, § 6 Absatz 1, §§ 8, 13, 20 und 30 Absatz 1 sowie § 59 geregelt. Es wäre widersprüchlich, diese allgemeinen Grundsätze in § 2 BNatSchG g.F. gleichzusetzen, da diese die Ziele des § 1 BNatSchG g. F. konkretisieren, welche dann aber ihrerseits nicht abweichungsfest wären. Vielmehr kann wie über die allgemeinen Grundsätze nach Artikel 75 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 a GG a.F. auch ein instrumenteller Rahmen vorgegeben werden. Die nähere Bestimmung der Grundsätze als allgemein qualifiziert insoweit keine zusätzlichen verstärkenden Schranken, denn jeder Grundsatz ist definitionsgemäß allgemeiner Natur. Sie dient lediglich der Klarstellung, dass die Gesamtarchitektur eines Naturschutzinstruments, wie „beispielsweise“ die Landschaftsplanung (...), weder bis ins letzte Detail noch in ihrer bisherigen rahmenrechtlichen Ausprägung abweichungsfest geregelt werden kann.“

Auf Seite 56 der Begründung heißt es dann im Kapitel B zu § 13 wie folgt:

“Allgemeine Ausführungen zur Begründung der Regelung instrumentenbezogener allgemeiner Grundsätze erfolgen vorstehend im Allgemeinen Teil der Begründung.//Die Vermeidung und Kompensation von Eingriffen in Natur und Landschaft stellt ein grundlegendes Instrument des Naturschutzes und der Landschaftspflege dar. In der Eingriffsregelung spiegelt sich die Bedeutung des Verursacher- und des Folgenbewältigungsprinzips in besonderer Weise. Ohne eine Kompensationsverpflichtung für Eingriffe ist die mit § 1 beabsichtigte Sicherung der biologischen Vielfalt, der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts und der Vielfalt, Eigenart und Schönheit sowie des Erholungswertes von Natur und Landschaft auf Dauer nicht möglich. Der Charakter der Vorschrift als allgemeiner Grundsatz kommt darin zum Ausdruck, dass sowohl der Tatbestand der Eingriffsregelung – eine erhebliche Beeinträchtigung von Natur und Landschaft – als auch ihre



Rechtsfolgenkaskade – Vermeidungspflicht, vorrangiger Ausgleich und Ersatz sowie Ersatzzahlung als jeweils nachrangige Mittel – geregelt werden. “

Aus dieser Begründung sowie aus dem systematischen Zusammenhang der §§ 13 ff. BNatSchG folgt die Erkenntnis, dass der Bundesgesetzgeber nur die Strukturvorgaben des § 13 BNatSchG im oben bezeichneten Umfang als Instrument des Naturschutzes, nicht aber deren Konkretisierungen in den §§ 14 ff. BNatSchG als allgemeinen und damit abweichungsfesten Grundsatz ausgestalten wollte.

Teil des abweichungsfesten Kerns sind damit aus Sicht des Bundesgesetzgebers:

- hinsichtlich des Tatbestandes das Kriterium der „erheblichen Beeinträchtigung von Natur und Landschaft“ und

- hinsichtlich der Rechtsfolge die Vermeidungspflicht, vorrangiger Ausgleich und Ersatz sowie Ersatzzahlung als jeweils nachrangige Mittel.

Nicht abweichungsfest erfasst ist damit nach dem Willen des Bundesgesetzgebers das in § 15 Abs. 5 BNatSchG n.F. enthaltene gesonderte Abwägungsgebot bei defizitärer physisch-realer Kompensation.

Bei der abweichend von den §§ 14 ff. BNatSchG möglichen Konkretisierung durch die Länder sind wiederum die in der Begründung genannten Funktionen des Instruments der Eingriffsregelung zu beachten, mithin

- das Verursacher- und Folgenbewältigungsprinzip und

- die Sicherung der in § 1 genannten Ziele über Kompensationsverpflichtungen.

Zu den insoweit gem. § 1 Abs. 1 BNatSchG n.F. relevanten und ihrerseits abweichungsfesten Zielen des Naturschutzes und der Landschaftspflege zählen dabei:



der Schutz von Natur und Landschaft auf Grund ihres eigenen Wertes und als Grundlage für Leben und Gesundheit des Menschen auch in Verantwortung für zukünftige Generationen im besiedelten und unbesiedelten Bereich in einer Art und Weise, dass

- (1.) die biologische Vielfalt,
- (2.) die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts einschließlich der Regenerationsfähigkeit und nachhaltigen Nutzungsfähigkeit der Naturgüter sowie
- (3.) die Vielfalt, Eigenart und Schönheit sowie der Erholungswert von Natur und Landschaft

auf Dauer gesichert sind. Dabei umfasst der Schutz auch die Pflege, die Entwicklung und, soweit erforderlich, die Wiederherstellung von Natur und Landschaft.

II. Verfassungsrechtliche Prüfung der Auslegung „allgemeiner Grundsätze des Naturschutzes“ i.S.d. Art. 72 Abs. 3 Nr. 2 GG

Die dargelegte Auffassung des Bundesgesetzgebers bei der Novellierung des BNatSchG ist nicht allein maßgeblich, weil es sich um eine verfassungsrechtliche Kompetenzabgrenzung handelt. Nachfolgend soll deshalb der verfassungsrechtliche Rahmen der Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusreform dargestellt und anhand der verfassungsrechtlichen Vorgaben eine Auslegung des abweichungsfesten Kerns der „allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes“ in Art. 72 Abs. 3 Nr. 2 GG und damit eine Kontrolle der Auffassung des Bundesgesetzgebers bei der Novellierung des BNatSchG vorgenommen werden.

1. Gesetzgebungszuständigkeiten nach der Föderalismusreform

Die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten ist im Abschnitt VII. des Grundgesetzes geregelt.



Die am 1. September 2006 in Kraft getretene Föderalismusreform¹⁷ hat die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern neu geregelt. Ziele der Reform waren insbesondere die Stärkung der Gesetzgebung von Bund und Ländern durch eine Entflechtung der Gesetzgebungskompetenzen, der Abbau von Zustimmungsrechten des Bundesrates sowie die Stärkung der Europatauglichkeit des Grundgesetzes.¹⁸ Im Umweltbereich sollte die Schaffung der erforderlichen Gesetzgebungskompetenzen für den Erlass eines einheitlichen Umweltgesetzbuches, welches insbesondere auch den Naturschutz und die Landschaftspflege umfassend kodifizieren sollte, erreicht werden¹⁹.

Die Rahmengesetzgebung des Art. 75 GG a.F. wurde durch die Föderalismusreform abgeschafft. Die einzelnen Rechtsbereiche des Art. 75 GG a.F. sind überwiegend in den Katalog der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Art. 74 GG übergegangen. Der früher in Art. 75 Abs. 1 Nr. 3 GG a.F. enthaltene Rahmenkompetenztitel für „*das Jagdwesen, den Naturschutz und die Landschaftspflege*“ ist nun getrennt in Art. 74 Abs. 1 Nr. 28 GG (Jagdwesen) und Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG (Naturschutz und Landschaftspflege) enthalten. Im Gegensatz zur alten Rechtslage verfügt der Bund durch den neuen Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG über eine echte Vollkompetenz im Bereich des Naturschutzes. Dieser Zuwachs an Gesetzgebungszuständigkeit wird durch das neu geschaffene Abweichungsrecht der Länder in Art. 72 Abs. 3 GG kompensiert.²⁰

Nach Art. 72 Abs. 1 GG haben die Länder im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Die früher nach Art. 72 Abs. 2 GG a.F. notwendige Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnis-

¹⁷ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c) vom 28. August 2006, BGBl I S. 2034 ff.

¹⁸ Stettner in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. Band II, Supplementum 2007, Art. 72 GG Rn. 5 m.w.N.

¹⁹ Begründung des Gesetzentwurfes der Föderalismusreform, BT-Drs. 16/813, S. 8; Hendrichke „Allgemeine Grundsätze“ als abweichungsfester Kern der Naturschutzgesetzgebung des Bundes“, NuR 2007, 454.

²⁰ Degenhart „Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform“ NVwZ 2006, 1209, 1212; Mammen „Der neue Typus der konkurrierenden Gesetzgebung mit Abweichungsrecht“ DÖV 2007, 376 f.



se im Bundesgebiet oder der Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse ist nach der Föderalismusreform erheblich eingeschränkt worden. Sie ist nur noch für die wenigen, in Art. 72 Abs. 2 GG aufgeführten Zuständigkeiten zu beachten. Ein Großteil der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 GG, hierunter auch der Naturschutz, ist hiervon nicht umfasst. Auf allen anderen Gebieten der konkurrierenden Gesetzgebung kann der Bund ohne weitere Voraussetzungen tätig werden. Bund und Länder gingen übereinstimmend davon aus, dass bei diesen Kompetenzmateria-rien die Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung stets bestehe²¹.

Hat der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht, können die Länder im Rahmen des Art. 72 Abs. 3 GG hiervon abweichende Regelungen treffen. Der abschließende Katalog des Art. 72 Abs. 3 GG enthält in seiner Nr. 2 „den Naturschutz und die Landschaftspflege (ohne die allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes, das Recht des Artenschutzes oder des Meeresnaturschutzes)“. Den Ländern ist es also im Bereich des Naturschutzes gestattet, von dem zunächst als bundesrechtlicher Vollregelung getroffenen Gesetz Abweichungen durch Landesgesetze vorzunehmen. Ob ein Land von seinem Abweichungsrecht Gebrauch macht und in welchem Umfang es das tut, steht in seinem gesetzgeberischen Ermessen.²² Dieses wird jedoch dahingehend eingeschränkt zu verstehen sein, dass eine „Negativgesetzgebung“ ausgeschlossen ist. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 72 Abs. 3 GG, der von „abweichenden Regelungen“ spricht. Ein Landesgesetz, welches ohne Regelung nur den Inhalt hat, das Bundesgesetz nicht anzuwenden, ist unzulässig.²³ Der Landesgesetzgeber kann aber eine Abweichungsgesetzgebung im Sinne der Konkretisierungs- oder Änderungsgesetzgebung vornehmen²⁴.

Von der Abweichungsbefugnis sind wiederum in Art. 72 Abs. 3 GG einige Bereiche ausgenommen.

²¹ Begründung des Gesetzesentwurfs der Föderalismusreform, BT-Drs. 16/813, S. 9; Stettner in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. Band II, Supplementum 2007, Art. 72 GG Rn. 6 m.w.N.

²² Haug „Die Abweichungsgesetzgebung – ein Kuckucksei der Föderalismusreform?“ DÖV 2008, 851, 854; Franzius „Die Abweichungsgesetzgebung“ NVwZ 2008, 492, 494.

²³ Degenhart a.a.O., NVwZ 2006, 1209, 1213; Hendrichke a.a.O., NuR 2007, 454, 455; Franzius a.a.O. NVwZ 2008, 492, 494; a.A. Haug a.a.O. DÖV 2008, 851, 854.



So kann nach Art. 72 Abs. 3 Nr. 2 GG der Landesgesetzgeber keine abweichenden Regelungen treffen, die die allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes, das Recht des Artenschutzes oder des Meeresnaturschutzes betreffen. Hier bleibt es bei der Vollkompetenz des Bundesgesetzgebers.

Kollidieren Bundes- und Landesrecht im Rahmen der Abweichungsgesetzgebung, bestimmt Art. 72 Abs. 3 S. 3 GG, dass das spätere Gesetz vorgeht.

2. Verfassungsrechtliche Eingrenzung des Begriffs der „allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes“ i.S.v. Art. 72 Abs. 3 GG

Zu den abweichungsfesten Materien im Sinne des Art. 72 Abs. 3 GG gehören die „allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes“. Im Grundgesetz ist dieser Begriff nicht näher erläutert; er bedarf deshalb der Auslegung. Die Auslegung einer Kompetenzvorschrift hat sich an Wortlaut (dazu nachfolgend a.), Gesetzesgeschichte (dazu nachfolgend b.), Systematik (dazu nachfolgend c.) und Normzweck (dazu nachfolgend d.) zu orientieren²⁵.

a. Wortlaut

Betrachtet man den Wortlaut des Art. 72 Abs. 3 GG, so ist der Ausdruck „allgemeine Grundsätze“ insofern redundant, als Grundsätze stets etwas Allgemeines enthalten²⁶. Er wird als stehende Wendung gebraucht, so dass der Versuch, den Begriff der allgemeinen Grundsätze etwa dadurch abzugrenzen, dass man ihnen schlichte „Grundsätze“ gegenüberstellt, wenig Erfolg versprechend ist²⁷. Der Wortlaut der Norm erweist sich deshalb als unergiebig.

²⁴ Messerschmidt „Das künftige Naturschutzrecht“ UPR 2008, 361, 365; Franzius a.a.O. NVwZ 2008, 492, 495.

²⁵ BVerfG, Urt. v. 10.02.2004, BVerfGE 109, 190.

²⁶ Fischer-Hüftle, Zur Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet „Naturschutz und Landschaftspflege“ nach der Föderalismusreform, NuR 2007, 78, 82; Kotulla, Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen und „Föderalismusreform“, NVwZ 2007, 489, 492



b. Gesetzesgeschichte

Durch die Föderalismusreform sollten – wie oben ausgeführt – die erforderlichen Gesetzgebungskompetenzen für den Erlass eines einheitlichen Umweltgesetzbuches, welches insbesondere auch den Naturschutz und die Landschaftspflege umfassend kodifizieren sollte, geschaffen werden²⁷. Dies spricht zunächst allgemein für eine enge Auslegung der Abweichungsbefugnisse der Länder und damit für eine weite Auslegung der abweichungsfesten Kerne.

Die Begründung des Entwurfs zur Änderung des Grundgesetzes vom 03.07.2006²⁹ ist hinsichtlich der Umgrenzung der abweichungsfesten Kerne des Art. 72 Abs. 3 GG vergleichsweise knapp. In Bezug auf den Begriff der allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes wird dort lediglich aus der Koalitionsvereinbarung (Anlage 2, Rn. 42) die folgende Passage zitiert:

„Die Kompetenz für die Grundsätze des Naturschutzes gibt dem Bund die Möglichkeit, in allgemeiner Form bundesweite verbindliche Grundsätze für den Schutz der Natur, insbesondere die Erhaltung der biologischen Vielfalt und zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts festzulegen. Nicht davon erfasst sind beispielsweise die Landschaftsplanung, die konkreten Voraussetzungen und Inhalte für die Ausweisung von Schutzgebieten, die gute fachliche Praxis für die Land- und Forstwirtschaft und die Mitwirkung der Naturschutzverbände.“³⁰

Der Erkenntnisgewinn aus den Gesetzesmaterialien erschöpft sich damit in einer sehr allgemein gehaltenen Definition sowie einem Negativkatalog, der beispielhaft Teilbereiche bezeichnet, die nicht zum abweichungsfesten Kern gehören sollen.

²⁷ Fischer-Hüftle, a.a.O.

²⁸ Hendrichke, a.a.O., S. 454.

²⁹ BT-Drs. 16/813.

³⁰ BT-Drs. 16/813, S. 11.



Einen Hinweis hinsichtlich der Frage, ob nach dem gesetzgeberischen Willen die Eingriffsregelung von den allgemeinen Grundsätzen des Naturschutzes umfasst sein soll, enthält die Antwort der Bundesregierung³¹ auf eine kleine Anfrage im Bundestag. Die Anfrage einzelner Abgeordneter sowie der FDP-Fraktion umfasste unter anderem die Frage:

„Ist nach Ansicht der Bundesregierung die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung unter die abweichungsfesten Grundsätze für den Schutz der Natur zu subsumieren?“³²

Die Antwort der Bundesregierung auf diese Frage lautete:

„Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in ihrer bisherigen rahmenrechtlichen Ausprägung im Bundesnaturschutzgesetz ist eine Konkretisierung des Verursacherprinzips. Sie stellt eine grundlegende Regelung zum Ausgleich und Ersatz von Eingriffen in Natur und Landschaft dar, die auch im Hinblick auf die Rechts- und Wirtschaftseinheit von bundesweiter Bedeutung ist. ...“³³

Der Hinweis der Bundesregierung auf die bundesweite Bedeutung der Eingriffsregelung unter dem Aspekt der Rechts- und Wirtschaftseinheit lässt den Schluss zu, dass diese nach Auffassung der Bundesregierung ein grundlegendes Prinzip des deutschen Naturschutzrechts darstellt, das zur Gewährleistung eines gleichmäßigen Regelungsniveaus einer bundesrechtlichen Normierung in Form eines allgemeinen Grundsatzes des Naturschutzes bedarf³⁴.

³¹ BT-Drs. 16/767.

³² BT-Drs. 16/606, Frage 19.

³³ BT-Drs. 16/767, S. 5 f.

³⁴ vgl. zur Bedeutung der Antwort der Bundesregierung auch Fischer-Hüftle, a.a.O., S. 83.



c. Systematik

Möglicherweise können aus der Gesetzessystematik Rückschlüsse darauf gezogen werden, ob die „allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes“ als abweichungsfester Kern eher weit oder eng auszulegen sind.

Betrachtet man dabei die grundsätzliche Zuständigkeit der Länder für die Gesetzgebung nach Art. 70 Abs. 1 GG als Ausgangspunkt, stellen sich die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes gemäß Art. 74 Abs. 1 GG als Ausnahme und die Abweichungsrechte gemäß Art. 72 Abs. 3 GG als Rückausnahme dar. Danach wären die dem Bund vorbehaltenen abweichungsfesten Kerne Ausnahmen von der Rückausnahme und müssten als solche eng ausgelegt werden³⁵. Erblickt man hingegen in der Zuständigkeit des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 GG die Grundregel, so ist die Abweichungsbefugnis der Länder die eng auszulegende Ausnahme. Die abweichungsfesten Kerne müssten dann als Rückausnahme von der Ausnahme weit ausgelegt werden³⁶.

Die dargestellten gegensätzlichen Betrachtungsmöglichkeiten zeigen, dass die Systematik des Grundgesetzes keine eindeutigen Rückschlüsse auf eine enge oder weite Auslegung der abweichungsfesten Kerne zulässt.

Auf den ersten Blick scheint die Systematik des Grundgesetzes, die den Ländern grundsätzlich die Gesetzgebungskompetenz zuweist, für die erstgenannte Auffassung und damit für eine enge Auslegung der abweichungsfesten Kerne zu sprechen. Für die letztgenannte Auffassung streitet jedoch die folgende Überlegung:

³⁵ So Haug, a.a.O., S. 855.

³⁶ so Schulze-Fielitz, „Umweltschutz im Föderalismus – Europa, Bund und Länder“, NVwZ 2007, 249, 256; Köck, „Grenzen der Abweichungsgesetzgebung im Naturschutz – Sind Eingriffsregelung und Landschaftsplanung allgemeine Grundsätze des Naturschutzes?“, NVwZ 2008, 353, 356.



Wie bereits oben unter 1. dargestellt, gingen Bund und Länder im Gesetzgebungsverfahren übereinstimmend davon aus, dass hinsichtlich der Materien, die nicht der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 unterfallen, das Bedürfnis einer bundeseinheitlichen Regelung stets bestehe. In diesen Bereichen kann die Regelungskompetenz des Bundes also durchaus als „Grundregel“ betrachtet werden. Dies spricht deutlich dafür, die Abweichungskompetenzen der Länder auf diesen Gebieten als Ausnahme von der Regel dementsprechend eng auszulegen.

d. Normzweck

Bei der Auslegung von Gesetzen kommt dem Normzweck eine entscheidende Bedeutung zu.

Allgemeine Grundsätze des Naturschutzes sollen gewährleisten, dass das Naturschutzrecht in Deutschland seinen Zweck – Schutz, Pflege und Entwicklung von Natur und Landschaft nach Maßgabe der Ziele von § 1 BNatSchG auf einem einheitlichen Niveau – trotz der Aufspaltung der Gesetzgebungskompetenzen erfüllen kann. Dies muss für die nähere Eingrenzung des Begriffs der „allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes“ maßgeblich sein³⁷.

Anhaltspunkt für die Klärung der Frage, welcher Rechtssatz den Rang eines „allgemeinen Grundsatzes des Naturschutzes“ hat, kann der Umstand sein, dass die Regelung seit jeher zum Grundbestand der Normen gehört³⁸; damit ist jedoch nicht gesagt, dass zu den allgemeinen Grundsätzen nur gehören kann, was eine lange Tradition hat. Denn es kann sich die Notwendigkeit neuer Grundsätze ergeben, die der Bund entsprechend formulieren kann³⁹.

Klärungsbedürftig ist, wie weit das Gestaltungsermessen des Bundesgesetzgebers bei der Regelung der allgemeinen Grundsätze ist. In der Literatur besteht weitgehende Einigkeit darüber, dass der

³⁷ Fischer-Hüftle, a.a.O. S. 82; Schulze-Fielitz, a.a.O. S. 257; Köck, a.a.O. S. 358; Messerschmidt, „Das künftige Naturschutzrecht – Naturschutz und Landschaftspflege im Dritten Buch des Umweltgesetzbuchs und die mögliche Abweichungsgesetzgebung der Länder –“ UPR 2008, 361, 365, 366; Hendrichke, a.a.O. S. 456.

³⁸ Fischer-Hüftle, a.a.O. S. 82.



Bund nur abstrakt-generelle bzw. – ähnlich wie bei der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich des Naturschutzrechts nach der alten Rechtslage – konkretisierungsfähige und –bedürftige Regelungen als abweichungsfeste Kerne ausgestalten darf⁴⁰. Zusätzlich wird zum Teil das Erfordernis der „Allgemeinheit“ der Regelung gesehen, nach dem die allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes nur solche sein könnten, die gerade keine räumliche Differenzierung zulassen sollten⁴¹.

Vor dem Hintergrund des Normzwecks, ein bundeseinheitliches Schutzniveau des Naturschutzrechts zu gewährleisten, und bei Beachtung des Maßstabs einer konkretisierungsfähigen und –bedürftigen Regelung umfasst die Gestaltungsbefugnis des Bundesgesetzgeber zunächst jedenfalls die Ausgestaltung der Ziele des Naturschutzes als abweichungsfester Kern⁴².

Fraglich ist, ob und ggf. inwieweit der Bundesgesetzgeber dazu befugt ist, die Eingriffsregelung in seiner Eigenschaft als Instrument des Naturschutzrechts als „allgemeinen Grundsatz des Naturschutzes“ zum abweichungsfesten Kern zu erklären.

Köck vertritt hierzu, dass auch Instrumente des Naturschutzes als allgemeine Grundsätze geregelt werden könnten, sofern sie konkretisierungsfähig seien; danach könnten jedenfalls die Eingriffsdefinition sowie die Verursacherpflichten abweichungsfest ausgestaltet werden⁴³.

Nach *Ramsauer* hingegen sind Instrumente des Naturschutzes einer Regelung als allgemeine Grundsätze des Naturschutzes zwar i.d.R. nicht zugänglich⁴⁴. Mit Blick auf die dem heutigen § 13 BNatSchG n.F. entsprechende Fassung des § 13 des Entwurfs eines UGB III sieht er diese Rege-

³⁹ Fischer-Hüftle, a.a.O.

⁴⁰ Ramsauer, „Die Reform des Naturschutzrechts im Umweltgesetzbuch“, in: „Auf dem Weg zu einem Umweltgesetzbuch nach der Föderalismusreform“, 2009, 89, 92; Schulze-Fielitz, a.a.O. S. 257; Köck, a.a.O. S. 358.

⁴¹ Schulze-Fielitz, a.a.O. S. 257; Köck, a.a.O. S. 358.; Franzius, a.a.O. S. 495.

⁴² Fischer-Hüftle, a.a.O. S. 82; Schulze-Fielitz, a.a.O. S. 257.

⁴³ Köck, a.a.O. S. 360.



lung trotz seines allgemein zurückhaltenden Ansatzes als Ausdruck eines Mindestschutzes von Flächen, die keinen besonderen Schutz genießen, und damit zugleich als Regelung des Verursacherprinzips, des Vermeidungsgebots, des Gebots der Realkompensation und des Ausgleichs als allgemeinen Grundsatz des Naturschutzes als zulässig und für das Naturschutzrecht unverzichtbar an⁴⁵.

Einigkeit dürfte in der Literatur daher im Ergebnis zumindest dahingehend bestehen, dass die Verursacherpflichten, nämlich das Unterlassen vermeidbarer Eingriffe in Natur und Landschaft sowie Kompensation und Ausgleich unvermeidbarer Eingriffe, als allgemeine Grundsätze ausgestaltet werden dürfen und dass diese Regelungen tatbestandlich abweichungsfest an erhebliche Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft anknüpfen dürfen und müssen⁴⁶.

Unterschiedlich beurteilt wird damit im Ergebnis nur die Frage, ob der Tatbestand der Eingriffsregelung weitergehend als in § 13 BNatSchG n.F. als Teil eines allgemeinen Grundsatzes des Naturschutzes so konkret ausgestaltet werden kann oder gar muss, wie dies offenbar der Verfassungsgesetzgeber ausweislich der oben zitierten Antwort auf die Anfrage der FDP-Fraktion gemeint hat. Folgte man dem, wären landesrechtliche Konkretisierungen der tatbestandlichen Eingriffsdefinition nur in einer Art und Weise möglich, wie sie auf Grundlage der bisherigen Kompetenzabgrenzung zur Ausfüllung des bundesrechtlichen Rahmens in § 18 BNatSchG g.F. derzeit möglich sind.

Dafür, dass auch die Konkretisierung des an der Ausgestaltung der Eingriffsregelung als allgemeiner Grundsatz teilhaben kann bzw. dies sogar muss, sprechen die folgenden Erwägungen:

⁴⁴ Ramsauer, a.a.O. S. 92.

⁴⁵ Ramsauer, a.a.O. S. 98.

⁴⁶ Fischer/Hüftele, a.a.O., S. 83; Schulze-Fielitz, a.a.O. S. 257; Ramsauer, a.a.O. S. 98; Köck, a.a.O. S. 359;

Meßerschmidt a.a.O. S. 366.



Die Eingriffsregelung stellt - wie bereits in der Gesetzesbegründung zum BNatSchG von 1976 so bezeichnet - ein Instrument des flächendeckenden Mindestschutzes dar⁴⁷. Vor diesem Hintergrund hat das BVerwG bereits zur rahmenrechtlichen Eingriffsregelung entschieden, was als Eingriff in Natur und Landschaft zu gelten habe, könne im Interesse eines notwendigen Mindestmaßes an Rechtseinheit in der Bundesrepublik Deutschland grundsätzlich nur übereinstimmend beantwortet werden⁴⁸. Ein Bedürfnis nach der Sicherung des durch die Eingriffsregelung bezweckten Mindestschutzes besteht insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Gemeinschaftsrecht mit Ausnahme der nur begrenzt anwendbaren FFH-Verträglichkeitsprüfung kein vergleichbar stringentes Prüfprogramm für die Zulässigkeit eines Eingriffs in Natur und Landschaft vorsieht; auch die Präventiv- und Sanierungspflichten der Umwelthaftungsrichtlinie verfügen über ein solches Prüfprogramm nicht⁴⁹.

Angesichts dieser herausgehobenen Bedeutung der Eingriffsregelung für das deutsche Naturschutzrecht muss auch die Tatbestandsvoraussetzung der „erheblichen Beeinträchtigung von Natur und Landschaft“ als allgemeiner Grundsatz ähnlich konkret ausgestaltet werden dürfen wie nach der früheren Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Ländern. Denn wäre der allgemeine Grundsatz lediglich auf der Rechtsfolgenseite verortet, so bestünde die Gefahr, dass die Eingriffsregelung mit ihrem Ansatz des flächendeckenden Mindestschutzes aufgrund der dann für die Tatbestandsebene bestehenden umfassenden Gesetzgebungskompetenz der Länder letztlich ins Leere liefe.

Ein einheitliches Schutzniveau im Bereich des Naturschutzrechts kann damit nur gewährleistet werden, wenn der abweichungsfeste Schutz von Natur und Landschaft bereits auf der Tatbestandsebene der Eingriffsregelung ansetzt.

⁴⁷ vgl. hierzu Sachverständigenrat für Umweltfragen, „Der Umweltschutz in der Föderalismusreform, Stellungnahme“, S. 12.

⁴⁸ BVerwG, Urt. v. 31.08.2000, Az.: 4 CN 6/99, juris Rn. 13; Urt. v. 27.09.1990, Az.: 4 C 44/87, juris Rn. 31.

⁴⁹ Sachverständigenrat für Umweltfragen, a.a.O.



e. Zwischenergebnis

Die Gesetzesgeschichte sowie der Sinn und Zweck der Regelung der allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes als abweichungsfester Kern, ein gleichwertiges Schutzniveau in dem Bereich des Naturschutzrechts zu gewährleisten, sprechen für eine weite Auslegung des Begriffs der „allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes“.

Die Systematik des Grundgesetzes lässt zwar keinen eindeutigen Schluss hinsichtlich der Frage zu, ob die abweichungsfesten Kerne weit oder eng auszulegen sind; der Umstand, dass es einhellige Auffassung von Bund und Ländern war, dass in den Rechtsgebieten, die nicht der Erforderlichkeitsregelung des Art. 72 Abs. 2 GG unterfallen, ein bundeseinheitliches Regelungsbedürfnis stets gegeben ist, spricht jedoch ebenfalls stark für eine weite Auslegung abweichungsfesten Kerne.

Hinsichtlich der möglichen Einstufung der Eingriffsregelung als „allgemeiner Grundsatz des Naturschutzes“ ist festzuhalten, dass dem Bund die Befugnis zusteht und es auch erforderlich ist, die Eingriffsregelung zumindest mit ihrer Tatbestandsvoraussetzung der „erheblichen Beeinträchtigung von Natur und Landschaft“ und den Verursacherpflichten auf der Rechtsfolgenseite als allgemeinen Grundsatz festzulegen. Dies ist angesichts der Bedeutung der Eingriffsregelung als Instrument des flächendeckenden Mindestschutzes dringend geboten.

Die damit im Einklang erfolgte Abgrenzung des Bundesgesetzgebers in § 13 BNatSchG n.F. beachtet damit die oben aufgezeigten verfassungsrechtlichen Abgrenzungskriterien. Der Bundesgesetzgeber belässt zugleich den Ländern – insbesondere durch die Möglichkeit, auf eine gesonderte naturschutzrechtliche Abwägung bei defizitärer Kompensation zu verzichten - einen weitergehenden als den nach bisherigem Verfassungsrecht verbleibenden Betätigungsraum. Bei der möglichen Konkretisierung der Vorgaben aus § 13 BNatSchG müssen die Länder beachten, dass die Konkretisierung geeignet ist, die in § 1 Abs. 1 BNatSchG ebenfalls abweichungsfest geregelten Ziele des Naturschutzes zu erreichen. In diesem Kontext spricht Überwiegendes dafür, dass die landesrechtlichen Konkretisierungsmöglichkeiten auf der tatbestandlichen Ebene ähnlich sind wie die im Rahmen des noch geltenden Rechts möglichen Konkretisierungsmöglichkeiten der Länder.



III. Anwendung auf das „Hafenprivileg“ in seiner derzeit geltenden Fassung

Nimmt man die derzeitige Fassung des „Hafenprivilegs“ vor dem Hintergrund der oben skizzierten allgemeinen Grundsätze aus §§ 13 i.V.m. 1 BNatSchG in den Blick, ergibt sich gemessen an den aufgezeigten Maßstäben Folgendes:

1. Soweit die Anwendung des Hafenprivilegs im Ergebnis vom Abwägungserfordernis des § 15 Abs. 5 BNatSchG n.F. befreit, begegnet dies keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, da das Abwägungserfordernis der Eingriffsregelung nicht zu den in § 13 BNatSchG n.F. aufgeführten allgemeinen Grundsätzen gehört.

2. Soweit der Negativkatalog aus § 9 Abs. 2 HmbNatSchG beibehalten werden soll, muss sichergestellt werden, dass nur solche Vorhaben regelhaft ausgeklammert werden, die in der Mehrzahl der Fälle nicht zu erheblichen Beeinträchtigungen i.S.d. § 13 BNatSchG führen. Soweit dabei hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit der von den Vorhaben betroffenen Flächen auf hafenspezifische Besonderheiten Bezug genommen wird, verbietet sich angesichts der abweichungsfesten Ziele des Naturschutzes in § 1 BNatSchG n.F. und der Funktion der Eingriffsregelung eine generalisierende Betrachtungsweise. Differenziertere Kriterien, wie sie in anderen Bundesländern vorhanden und erprobt sind, bieten sich an.

3. Eine Aufrechterhaltung des schon bislang bundesrechtswidrigen § 9 Abs. 3 HmbNatSchG wäre mangels Gesetzgebungskompetenz Hamburgs verfassungswidrig. Die naturschutzfachliche Bewertung des Hafengebiets ist nicht generalisierend in einer Art und Weise möglich, die erhebliche Beeinträchtigungen i.S.d. § 13 BNatSchG n.F. unter Wahrung der ebenfalls abweichungsfesten Kerne des § 1 BNatSchG n.F. selbst bei Großvorhaben wie den in § 9 Abs. 3 HmbNatSchG genannten ausschließt.

Für die Abgrenzung kommt es vor dem Hintergrund der Funktion der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung als eigenständiges Instrument eines flächendeckenden Mindestschutzes nicht auf die



Frage an, ob im Hafengebiet daneben andere Instrumente des Naturschutzrechts einen immerhin partiellen Schutz ermöglichen können. Tatsächlich erlangen im Hafengebiet derzeit nennenswerte praktische Bedeutung nur der gesetzliche Biotopschutz sowie Teile des besonderen Artenschutzrechts. Beide Instrumente erfassen von vornherein nur einen Teilbereich der im Hafengebiet vorhandenen schutzwürdigen Flächen. Zudem gestatten sie selbst innerhalb ihres Anwendungsbereichs die Zulassung eingriffsbehafteter Ausbauvorhaben ohne Kompensation. Damit wird der vom Bundesgesetzgeber zutreffend betonte zwingende Zusammenhang zwischen der Kompensationsverpflichtung sowie der Erreichung der in § 1 BNatSchG abweichungsfest enthaltenen Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege insoweit gleich in mehrfacher Hinsicht verfehlt.

Rüdiger Nebelsieck, LL.M.

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Jan Mittelstein, LL.M.

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Anna Lena Rueß

Angestellte Rechtsanwältin