

Der gesetzliche Biotoptypschutz

Dissertation

**zur Erlangung des akademischen Grades
des Doktors der Rechtswissenschaft
an der Universität Konstanz
Fachbereich Rechtswissenschaft**

vorgelegt von

Jens Brambring

Tag der mündlichen Prüfung: 8. Januar 2003

Referent: Prof. Dr. jur. Winfried Brohm

Referent: Prof. Dr. jur. Dieter Lorenz

Inhaltsverzeichnis

1. Teil: Der gesetzliche Biotoptypsenschutz

A.	Artensterben und Verlust natürlicher Lebensräume	9
B.	Biotopschutz auf Bundes und Länderebene	10
I.	Bundesrechtliche Rahmenregelung	11
II.	Schutzobjekte	12
III.	Schutz unmittelbar kraft Gesetzes	13
IV.	Absolute Veränderungsverbote	14
V.	Fehlende Normierung von Pflegegeboten	15
C.	Konfliktpotential des gesetzlichen Biotoptypschatzes	17
D.	Gegenstand der Arbeit und Gang der Darstellung	18

2. Teil: Verhältnis des Biotoptypschatzes zur Bauleitplanung

A.	Problemstellung	21
B.	Überplanung gesetzlich geschützter Biotope	21
I.	Verneinung einer verfahrensrechtlichen Konfliktlösung	22
1.	Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung	22
2.	Einbeziehung der Eingriffsregelung in die Bauleitplanung	25
3.	Unanwendbarkeit des sog. Baurechtskompromisses	27
II.	Ansätze zur Lösung der Normenkonkurrenz	30
1.	Alternative Geltung	30
2.	Kumulative Geltung	32
3.	Stellungnahme	32
III.	Beachtung naturschutzrechtlicher Belange in der Planabwägung	36
IV.	Bauplanungsrechtliche Auswirkungen des Biotoptypschatzes	37
1.	Ausnahmetatbestände des Biotoptypschatzes	38
a)	Ausgleich der Beeinträchtigung	39
b)	Gemeinwohlklausel	44
c)	Ermessen	47
d)	Zwischenergebnis	47
2.	Naturschutzrechtliche Befreiungstatbestände	48

a)	Anwendbarkeit der Befreiungstatbestände auf den Biotoptypschutz	48
aa)	Bundesrechtliche Regelung	48
bb)	Landesrechtliche Befreiungstatbestände	49
b)	Befreiung aufgrund einer „nicht beabsichtigten Härte“	52
aa)	Einzelfallentscheidung	52
bb)	Tatbestandsmerkmal einer „nicht beabsichtigten Härte“	52
cc)	Vereinbarkeit mit den Belangen des Naturschutzes	55
dd)	Ermessensreduzierung	55
c)	Relevanz des Befreiungstatbestandes	56
3.	Rückwirkungen des Biotopschutzes über den Planvollzug auf die Planungsebene	57
4.	Anforderungen an die Bauleitplanung	59
5.	Gebot der Konfliktbewältigung	62
6.	Notwendigkeit der Beachtung des Biotoptypschutzes in der Bauleitplanung	64
7.	Fallgruppen mit Beispielen	65
a)	Aussichtslose Planung	65
b)	Unausweichliche Konflikte	66
c)	Geringfügige und nur mögliche Beeinträchtigungen	67
d)	Anmerkung	67
IV.	Ergebnis	68
	B. Auswirkungen des Biotopschutzes auf bestehende Bauleitpläne	68
I.	Zur Möglichkeit der Bildung von Spontanbiotopen	69
II.	Kollision der Bauleitpläne mit dem hinzutretenden Biotoptypschutz	71
1.	Geltung des gesetzlichen Biotoptypschutzes	71
2.	Rechtsfolgen	72
a)	Auswirkungen auf die bestehenden Bebauungspläne	73
b)	Verlust der Baulandqualität	74
III.	Möglichkeit der Erteilung von Ausnahmen und Befreiungen	75
1.	Ausgleich der Beeinträchtigung	75
2.	Gemeinwohlklausel	76
3.	Befreiung aufgrund einer „nicht beabsichtigten Härte“	77
IV.	Ergebnis	81

3. Teil: Vereinbarkeit des Biotoptypschatzes mit der Eigentumsgarantie

A.	Eigentumsrechtliche Qualifikation Biotoptypschatzes	83
I.	Gewährleistung des Eigentums und Eigentumsbegriff	83
II.	Inhalts- und Schrankenbestimmungen oder Legalenteignung	88
III.	Qualifikation als Inhalts- und Schrankenbestimmung	93
B.	Grenzen gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit	94
C.	Vereinbarkeit mit dem Verhältnismäßigkeitsgebot	95
I.	Biotopschutz als legitimes, gesetzgeberisches Ziel	97
II.	Geeignetheit des gesetzlichen Biotoptypschatzes	97
1.	Mangelnde Selbstregulierungsfähigkeit	98
2.	Zulässigkeit von Maßnahmen zur Pflege und Erhaltung	99
3.	Zielerreichung im Zusammenspiel mit weiteren Instrumentarien	99
III.	Erforderlichkeit des gesetzlichen Biotoptypschatzes	100
1.	Unterschiedliche Schutzwürdigkeit und Gefährdung der Typen	101
2.	Schutz von Kleinstbiotopen und isolierten Flächen	104
3.	Zwischenergebnis	106
IV.	Zumutbarkeit des gesetzlichen Biotoptypschatzes	106
V.	Ergebnis	108
D.	Ausgleichspflichtigkeit des gesetzlichen Biotoptypschatzes	108
I.	Entwicklung der ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung	109
II.	Erneuter Wandel in der Rechtsprechung des BVerfG	111
III.	Bestimmung der Ausgleichspflichtigkeit von Nutzungsbeschränkungen	115
1.	Schutz für ausgeübte Nutzungen	116
2.	Ansätze von BGH und BVerwG	117
3.	Kritische Würdigung	120
a)	Wahrung der Privatnützigkeit des Eigentums	120
b)	Verneinung einer Beschränkung auf ins Werk gesetzte Nutzungen	122
c)	Kritik an der Rechtsprechung von BGH und BVerwG	123
d)	Zusammenfassung	126
4.	Ergänzende Kriterien zur Bestimmung der Ausgleichspflichtigkeit	127
IV.	Anwendung auf den gesetzlichen Biotoptypschutz	129
1.	Verlust jeglicher Privatnützigkeit des Grundeigentums	129
a)	Verbot der baulichen Nutzung urbaner Grundstücke	129

b)	Exkurs: Ausgleich für den Entzug von „Baurechten“	131
aa)	Qualifikation der Baulandqualität	131
bb)	Verneinung einer generellen Ausgleichspflicht	134
c)	Beeinträchtigungsverbote in der Land- und Forstwirtschaft	135
2.	Ausgleichspflichtige Vernichtung von Investitionen	136
3.	Existenzbedrohung oder –vernichtung	138
4.	Zwischenergebnis	139
V.	Notwendigkeit der gesetzlichen Regelung des Ausgleichs	139
VI.	Ausgleichsregelungen in den Landesnaturschutzgesetzen	140
VII.	Anwendbarkeit der vorgefundenen Kompensationsregelungen	143
VIII.	Verfassungsmäßigkeit der fortgeltenden Entschädigungsregelungen	146
1.	Qualifizierung als salvatorische Klauseln	146
2.	Rechtsprechung zur Anwendung salvatorischer Klauseln	148
3.	Kritik an der Rechtsprechung	151
4.	Konkretisierung der Anforderungen durch das BVerfG	154
5.	Verfahrensrechtliche Absicherung des Ausgleichs	156
6.	Zwischenergebnis	158
IX.	Verfassungswidrigkeit mangels verfassungskonformer Ausgleichsregelungen	159
1.	Fehlende Ausgleichsregelungen	159
2.	Missachtung der vorrangigen Bestandsgarantie	160
3.	Fehlende verfahrensrechtliche Regelung des Ausgleichs	163
X.	Ergebnis	164

4. Teil: Vereinbarkeit mit der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie

A.	Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung	165
I.	Dogmatische Struktur	166
1.	Institutionelle Garantie und subjektives Recht	166
a)	Verneinung der Grundrechtsqualität	168
b)	Subjektives Recht der Gemeinden	169
aa)	Wortlaut und Systematik	169
bb)	Historische Auslegung	170
cc)	Auslegung nach Sinn und Zweck der Gewährleistung	171
2.	Parallelen zu Art. 14 I S. 2 GG	173

3.	Zwischenergebnis	175
II.	Inhalt des Selbstverwaltungsrechts	176
1.	Eigenverantwortlichkeit	176
2.	Gegenstand	176
3.	Gemeindliche Bauleitplanung als örtliche Angelegenheit	178
III.	Schrankenvorbehalt des Art. 28 II S. 1 GG	179
1.	Unantastbarer Kernbereich	180
2.	Gewährleistung außerhalb des Kernbereichs	182
3.	Stellungnahme	183
a)	Schwächen der Kernbereichstheorie	183
b)	Bindung des Gesetzgebers an das Gebot der Verhältnismäßigkeit	185
B.	Anwendung auf den gesetzlichen Biotoptypschutz	189
I.	Einschränkungen der kommunalen Planungshoheit	189
II.	Wahrung des Kernbereichs	190
III.	Verhältnismäßigkeit	191
1.	Legitimität und Geeignetheit	191
2.	Erforderlichkeit	191
3.	Angemessenheit	193
C.	Ergebnis	196

5. Teil: Verfassungsmäßigkeit des ipso-iure-Verfahrens

A.	Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot	197
I.	Zum Gebot hinreichender Bestimmtheit von Gesetzen	199
1.	Verfassungsrechtliche Verankerung	199
2.	Anforderungen an die Bestimmtheit von Gesetzen	200
3.	Anmerkung	202
II.	Anwendung auf den gesetzlichen Biotoptypschutz	203
1.	Tatbestandliche Bestimmtheit	203
a)	Vorlagebeschluss des OVG Münster	203
b)	Reaktionen	204
c)	Kritische Würdigung des Streitstandes	206
aa)	Mangelnde Erkennbarkeit für den Laien	206
bb)	Vielgestaltigkeit der zu regelnden Sachverhalte	207

cc)	Widersprüchlichkeit der Typenbezeichnungen	208
dd)	Unzumutbarkeit der tatbestandlichen Unbestimmtheit	210
2.	Unzureichende Kompensation durch deklaratorische Verfahren	212
III.	Zwischenergebnis	215
B.	Vereinbarkeit mit dem Gebot eines effektiven Rechtsschutzes	216
I.	Rechtsschutz im bzw. gegen den Biotoptypsenschutz	216
1.	Rechtsschutz unmittelbar gegen die landesrechtlichen Normen	216
2.	Widerspruch und Anfechtungsklage	217
a)	Qualifikation von Biotopkatastern und Benachrichtigungen	218
b)	Qualifikation sonstiger „Auskünfte“ auf Anfrage der Betroffenen	220
c)	Ausnahmen und Befreiungen sowie sonstige Genehmigungen	222
d)	Möglichkeit einer verbindlichen Feststellung ohne Ermächtigung	223
3.	Sonstige verwaltungsgerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten	227
a)	Leistungsklage	227
aa)	Zulässigkeit	227
bb)	Umfang der Rechtskraft	229
b)	Feststellungsklage	230
4.	Zwischenergebnis	231
II.	Verfassungsmäßigkeit der festgestellten Rechtsschutzverkürzungen	231
1.	Gebot eines effektiven Rechtsschutzes	231
2.	Anforderungen an die Ausgestaltung des Verfahrens	233
C.	Effektiver Biotopschutz im konstitutiven Verfahren	236
I.	Praktische Ineffizienz des gesetzlichen Biotoptypsenschutzes	236
II.	Untersuchung eines konstitutiven Verfahrens	238
1.	Einwände gegen ein konstitutives Verfahren	239
2.	Gegenargumente	239
3.	Vorzüge eines konstitutiven Verfahrens	243
D.	Ergebnis der Untersuchung des ipso-iure-Verfahrens	244

6. Teil: Zusammenfassung und Ausblick

A.	Zusammenfassung	245
B.	Ausblick	250
	<i>Literaturverzeichnis</i>	253

1. Teil: Der gesetzliche Biotoptypenschutz

A. Artensterben und Verlust natürlicher Lebensräume

„Wir stecken in einer Phase des Massenaussterbens, Vergleichbares hat es seit dem Verschwinden der Dinosaurier vor 65 Millionen Jahren nicht gegeben.“¹ „Die Zerstörung der biologischen Vielfalt unserer Erde ist der verhängnisvollste Fehler, den die Menschheit zur Zeit macht. Wir müssen uns auf ein sehr ungemütliches 21. Jahrhundert einstellen.“² Das weltweit festzustellende, sich beschleunigende Artensterben macht auch vor Deutschland nicht Halt³. Die Tendenz ist trotz Bemühungen im Naturschutz negativ⁴. Als wesentliche Ursache des Artenrückgangs gilt der Verlust natürlicher Biotope, insbesondere durch die fortschreitende Industrialisierung der Landwirtschaft und die damit einhergehende Strukturverarmung der Landschaft⁵. Natürliche oder zumindest naturnahe Lebensräume sind in Deutschland sowohl durch die unmittelbare Vernichtung, den direkten Verlust von Flächen, etwa durch die Beseitigung von Hecken und Gehölzen oder die Trockenlegung von Kleingewässern und feuchten Senken, als auch durch qualitative Veränderungen, die schleichende, mittelbare Degradierung der ökologischen Standortbedingungen, etwa durch die Eutrophierung von Böden und Gewässern, die Absenkung des Grundwassers oder die Intensivierung landwirtschaftlicher Nutzungen zur Ertragssteigerung und Sicherung, gefährdet⁶. Weitere Fakto-

¹ John Tuxill, Mitautor des Reports „State of the World 1999“, herausgeben vom Washingtoner Worldwatch Institut, zitiert nach: Simon, Biodiversität, in: GEO: DAS NEUE BILD DER ERDE, Juli 1999 (Heft 7) S. 16 (30).

² Edward O. Wilson, Evolutions- und Soziobiologe, zitiert nach: Simon, a.a.O.

³ Von den in der „Roten Liste gefährdeter Tiere Deutschlands“ erfassten Tierarten sind insgesamt bereits 3 % aller Arten ausgestorben oder verschollen und unterliegen 40 % einer Gefährdung. So sind von den in Deutschland lebenden bzw. ehemals vorkommenden Säugetieren bereits 13 % der Arten ausgestorben, während 38 % als gefährdet einzustufen sind. Von den heimischen Brutvögeln sind 6,25 % der Arten ausgestorben, 38 % gelten als gefährdet. Weiterhin sind 79 % aller Kriechtiere und 67 % aller Lurche bedroht. Vgl.: Binot, Bless, Boye u.a., Rote Liste gefährdeter Tiere Deutschlands, S. 19 sowie Tab. 2, S. 20 f. Die rote Liste der gefährdeten Pflanzenarten weist 32 % aller Farn- und Blütenpflanzen in Deutschland als ausgestorben, aktuell oder potentiell gefährdet aus. Vgl. Umweltbundesamt, 1992, zitiert nach: Barth, Naturschutz, S. 46.

⁴ Binot, Bless, Boye u.a., a.a.O. S. 25.

⁵ Vgl. Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Sondergutachten März 1985: „Umweltprobleme der Landwirtschaft“, BT-Drs 10/3613, Rn. 590 ff.; sowie: Peter, S. 8 f.

⁶ Binot, Bless, Boye u.a., a.a.O. S. 18 f. sowie S. 25.

ren für den Artenschwund sind die fortschreitende Umwandlung von Freiräumen in Siedlungsflächen und die Zerschneidung der Landschaft durch für viele Arten unüberwindbare Verkehrswege mit der daraus resultierenden zunehmenden Isolierung der verbleibenden Lebensräume⁷.

Für den Bereich der Bundesrepublik Deutschland sind über zwei Drittel aller vorkommenden Biotoptypen (69,4 %) als gefährdet einzustufen, 15,4 % sind gar von der völligen Vernichtung bedroht. Die verbleibenden, nicht gefährdeten Biotoptypen werden überwiegend als nicht schutzwürdig qualifiziert (24,5 % der vorkommenden Biotoptypen). Lediglich ein Anteil von 6,1 % der vorkommenden Biotoptypen ist schutzwürdig, aber derzeit nicht gefährdet⁸. Der hohe Anteil gefährdeter, schutzwürdiger Biotoptypen ist neben weiteren Einflüssen auf die anthropogene, insbesondere wirtschaftliche Bodennutzung in der Bundesrepublik Deutschland zurückzuführen. So nehmen heute solche Ökosysteme etwa 85 % der Fläche Deutschlands ein, die der Agrar- und Forstwirtschaft, also der biologischen Rohstoffherzeugung dienen; 2 % der Fläche entfallen auf Verkehrswege, während Siedlungsgebiete einschließlich der Industriegebiete weitere 10 % einnehmen. Es verbleiben lediglich 3 % der Fläche für ökologisch wertvolle und besonders artenreiche naturnahe Biotope. Von den 134 Ökosystemtypen Mitteleuropas entfallen allein 110 auf diesen Bereich⁹. Dieser Flächenanteil wird für einen dauerhaften Artenschutz als ungenügend erachtet. Für erforderlich wird ein flächendeckendes Biotopverbundsystem mit einem Flächenanteil von 10 – 15 % der Gesamtfläche Deutschlands angesehen¹⁰.

B. Biotopschutz auf Bundes und Länderebene

Die Notwendigkeit eines besonderen Biotopschutzes als wesentlicher Beitrag zur Erhaltung der Artenvielfalt in Deutschland wurde auch vom deutschen Gesetzgeber nicht verkannt. Die Erkenntnis, dass dem sich beschleunigenden, insbesondere durch den fortschreitenden Verlust ökologisch wertvoller Biotope und die Strukturverarmung der Landschaft bedingten, Arten-

⁷ Barth, Naturschutz, S. 43 f.

⁸ Riecken, Ries, Ssymank, Rote Liste der gefährdeten Biotoptypen der Bundesrepublik Deutschland, S. 25.

⁹ Plachter, Naturschutz, S. 306 ff.; vgl. auch die lediglich geringfügig abweichende Flächenbilanz bei: Barth, Naturschutz, S. 43 f.

¹⁰ Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Sondergutachten vom März 1985: „Umweltprobleme der Landwirtschaft“, BT-Drs 10/3613, Rn. 120; Barth, Naturschutz, S. 44; Hampicke u.a., Kosten und Wertschätzung des Arten- und Biotopschutzes, S. 297 ff., Peter, S. 12 f.

sterben in Deutschland ohne den Schutz der gefährdeten Lebensräume und eine Verknüpfung der verbleibenden Restflächen nicht Einhalt zu gebieten ist, hat den Bundesgesetzgeber 1986, nachdem zuvor schon auf Länderebene vereinzelte Regelungen zum Schutz ökologisch wertvoller Biotope ergingen¹¹, zur Normierung eines bundesweit einheitlichen Schutzes besonders wertvoller und gefährdeter Biotope in § 20 c der Neubekanntmachung des Gesetzes über Naturschutz und Landschaftspflege vom 12. März 1987¹² (BNatSchG 1986) veranlasst¹³.

Nach der Novellierung des BNatSchG 1986 durch Artikel 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Naturschutzes und der Landschaftspflege vom 25 März 2002 (BNatSchG)¹⁴, in Kraft getreten am 04. April 2002, findet sich die inhaltlich lediglich ergänzte Regelung des bundesrechtlichen Biotopschutzes nunmehr in § 30 BNatSchG.

I. Bundesrechtliche Rahmenregelung

§ 20 c I BNatSchG 1986 erklärte Maßnahmen, die zu einer Zerstörung oder sonstigen erheblichen oder nachhaltigen Beeinträchtigung der bezeichneten, als besonders wertvoll¹⁵ bzw. hochwertig¹⁶ qualifizierten Lebensräume führen konnten, für unzulässig. Obwohl der Gesetzeswortlaut einen unmittelbar geltenden gesetzlichen Verbotstatbestand anzudeuten schien, handelte es sich bei § 20 c BNatSchG 1986 um eine bundesrechtliche Rahmenregelung, die der Umsetzung durch die Bundesländer bedurfte, wie es § 4 BNatSchG 1986 ausdrücklich bestimmte¹⁷. Der rahmenrechtliche Charakter kommt nunmehr auch im Wortlaut der Neufassung der inhaltlich unveränderten Regelung in § 30 I BNatSchG deutlich zum Ausdruck. Ihrer Umsetzungsverpflichtung, § 4 S. 2 BNatSchG 1986, sind die Landesgesetzgeber nur mit z.T. erheblichen Verspätungen nachgekommen¹⁸. Die detaillierte Ausgestaltung des Biotopschut-

¹¹ Vgl. etwa: Art. 6 d BayNatSchG 1982/1986 zum Schutz von Feuchtbiotopen und Mager- und Trockenstandorten; nunmehr ersetzt durch: Art. 13 d BayNatSchG 1998; vgl. zur Entwicklung: Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 13 d Rn. 2 f.

¹² BGBl. I S. 889.

¹³ Vgl. die Gesetzesbegründung: BT-Drs 10/5064, S. 13 f., S. 39.

¹⁴ BGBl. I S. 1193.

¹⁵ So die Bewertung der Bundesregierung in: BT-Drs. 10/5064, S. 17.

¹⁶ So die Bewertung des Bundesrates in: BT-Drs. 10/5064, S. 39.

¹⁷ A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendomin-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 1; Kolodziejczok/Recken, § 20 c Rn. 1; Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398, 400.

¹⁸ Vgl. Übersicht der landesrechtlichen Regelungen zum Biotopschutz bei Schink, a.a.O. S. 398, 410-417.

zes in § 20 c I BNatSchG 1986, die einen Gestaltungsspielraum für die Länder praktisch nicht eröffnete, hat die Landesgesetzgeber zur im Grunde inhaltsgleichen Übernahme der Bundesregelung gezwungen¹⁹. Die Landesgesetzgeber durften hinsichtlich des Schutzzumfanges nicht hinter § 20 c I BNatSchG zurückbleiben²⁰. § 30 BNatSchG verpflichtet die Länder nunmehr zur Aufrechterhaltung und gegebenenfalls Ergänzung der aufgrund von § 20 c BNatSchG 1986 ergangenen Regelungen.

II. Schutzobjekte

§ 30 I BNatSchG bezeichnet verschiedene Biotoptypen, d.h. nach allgemeinen Merkmalen abstrakt zu bestimmende Lebensräume, und verpflichtet die Länder zum Schutz aller Flächen der bezeichneten Biotoptypen. Aufgrund dieses typisierenden Ansatzes ist daher begrifflich – auch in Anlehnung an die „Rote Liste der gefährdeten Biotoptypen der Bundesrepublik Deutschland“ – vom Biotoptypschatz zu sprechen²¹. Der Katalog der besonders erhaltenswerten Biotoptypen gliedert sich in sechs Gruppen: Binnengewässerbiotope einschließlich der Uferbereiche (Nr.1), Feuchtbiotope (Nr.2), Trockenbiotope (Nr.3), Waldbiotope (Nr.4), Küstenbiotope (Nr.5) und Gebirgsbiotope (Nr.6). Den Landesgesetzgebern ist es gem. § 30 I S. 2 BNatSchG (§ 20 c III BNatSchG 1986) freigestellt, den genannten Biotopen weitere landestypische Biotoptypen gleichzustellen. Von dieser Befugnis haben die Länder in erheblichem Umfang Gebrauch gemacht²². Gesetzliche Definitionen der besonders geschützten Biotoptypen finden sich mit Ausnahme der gesetzlichen Anlage zu § 24 a NatSchG BW weder auf Bundes- noch auf Länderebene. Zur näheren Bestimmung der in § 20 c I BNatSchG 1986 aufgelisteten Biotoptypen hat die Bundesregierung auf Ersuchen des Bundesrats lediglich durch die Bundesforschungsanstalt für Naturschutz und Landesökologie, nunmehr Bundesamt für Naturschutz, in Abstimmung mit den Landesforschungsanstalten der Länder eine Liste erstellen lassen, in der die einzelnen Lebensräume mit ihren typischen Vegetationsformen und

¹⁹A. Schmidt-Räntsch, a.a.O. § 20 c Rn.1.

²⁰Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (403); Kolodziejczok/Recken, § 20 c Rn. 7.

²¹So auch: OVG Münster, NuR 1995, S. 301.

²²Eine Übersicht der landesrechtlichen Regelungen findet sich bei: Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (410 – 417).

Arten definiert werden²³. Diese Liste der einzelnen Biotoptypen und ihrer Merkmale ist rechtlich unverbindlich, stellt jedoch eine Arbeitshilfe für die Rechtsanwendung dar²⁴.

III. Schutz unmittelbar kraft Gesetzes

Das Ziel des Bundesgesetzgebers war es, der fortschreitenden Biotopvernichtung und dem damit verbundenen Artensterben schnell und sofort wirksam entgegenzutreten²⁵. § 30 I S. 1 BNatSchG (§ 20 c I BNatSchG 1986) verpflichtet daher die Länder zum gesetzlichen Biotop-
 typschutz. Kennzeichnend für den landesrechtlichen, auf § 30 I BNatSchG (§ 20 c BNatSchG 1986) gestützten Schutz ist, dass sich der Schutz der Biotope unmittelbar kraft Gesetzes, also im ipso-iure-Verfahren²⁶, verwirklicht²⁷. Während Naturschutzgebiete oder Naturdenkmäler nach Maßgabe der gesetzlichen Vorgaben durch Rechtsverordnung bzw. Verwaltungsakt von den zuständigen Naturschutzbehörden auszuweisen, ihr Schutz durch Einzelakt zu begründen und ihr räumlicher Umfang, aber auch die verbotenen Maßnahmen zu konkretisieren sind, bedarf es einer vergleichbaren, konstitutiven Unterschutzstellung durch die Verwaltung im Rahmen des gesetzlichen Biotoptypsches nicht. Geschützt wird bereits durch Gesetz jede Fläche, die die Merkmale eines der in den Landesgesetzen aufgeführten Biotoptypen erfüllt. Der gesetzliche Biotoptypschutz knüpft also an das tatsächliche Vorliegen eines erhaltenswerten Biotops an²⁸. Die unmittelbare gesetzliche Unterschutzstellung hat zur Folge, dass der räumliche Anwendungsbereich der Regelung in Reaktion auf Veränderungen in der Natur ständig variiert. Auf die Ursprünglichkeit eines Biotops kommt es nicht an. Aus welchem Grund und auf welche Weise ein Gebiet zu einem schutzwürdigen Biotop geworden ist, bleibt für den Schutz ohne Relevanz²⁹. Es werden daher auch Sekundärbiotope, etwa Ton- und

²³ Die Liste ist abgedruckt bei: Kolodziejcok/Recken, § 20 c Rn. 3.

²⁴ A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 2; Kolodziejcok/Recken, § 20 c Rn. 3.

²⁵ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates: BT-Drs. 10/5064, S. 39; Schink, a.a.O. S. 403.

²⁶ Vgl. zum ipso-iure-Verfahren im Denkmalschutzrecht: Kummer, S. 71 ff.; Niebaum/Eschenbach, DÖV 1994, S. 12 (13 f.); Franzmeyer-Werbe, DÖV 1996, S. 950 (951 f.).

²⁷ Schink, VerwArch 86 (1995) S. 402, 403; Kolodziejcok/Recken, § 20 c Rn. 7; A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 13; Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216; Fischer-Hüftle, DÖV 1990, S. 1011 (1012).

²⁸ A. Schmidt-Räntsch, a.a.O. Rn. 3.

²⁹ VG Schleswig, NuR 1990, S. 41 f. und S. 231 ff.

Kiesgruben oder Gartenteiche, die aufgrund unmittelbarer oder mittelbarer menschlicher Einwirkung entstanden sind, geschützt³⁰.

IV. Absolute Veränderungsverbote

Verboten sind alle direkten und indirekten Einwirkungen, die zu einer erheblichen oder nachhaltigen Beeinträchtigung der bezeichneten Biotope führen können. Eine erhebliche Beeinträchtigung ist gegeben, wenn eine Handlung nach den Umständen des Einzelfalls geeignet ist, Einzelelemente oder das Wirkungsgefüge von Natur und Landschaft zu stören oder zu schädigen; eine nachhaltige Beeinträchtigung liegt dann vor, wenn sie nicht nur vorübergehende, sondern dauerhafte Wirkungen auslösen kann. Dies kann auch bei nicht erheblichen Einwirkungen der Fall sein, die dauerhaft oder in der Summation mit anderen Einwirkungen gravierend sind³¹. Exemplarisch sei auf die schleichende Degradierung von Böden und Gewässern durch den Einsatz von Kunstdüngern und Pestiziden in der Landwirtschaft verwiesen. Wie sich aus dem Wortlaut des § 30 I S. 1 BNatSchG (§ 20 c I BNatSchG 1986) und den landesrechtlichen Umsetzungen ergibt, ist eine Maßnahme bereits dann unzulässig, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Maßnahme zu einer nachhaltigen und dauerhaften Beeinträchtigung des geschützten Biotops führen wird³². Es genügt, wenn eine Beeinträchtigung des Biotops ernsthaft zu befürchten ist³³. Lediglich bereits vor Erlass der jeweiligen landesrechtlichen Norm durch Verwaltungsakt erteilte Nutzungsgenehmigungen werden durch das Veränderungsverbot nicht erfasst. Sie genießen Bestandsschutz. Allerdings kann gegebenenfalls ein Widerruf der Genehmigung unter der Voraussetzung des § 49 II S.1 Nr.4 des jeweiligen LVwVfG erfolgen³⁴. Auf die Ausnahmetatbestände des § 30 II BNatSchG (§ 20 c II BNatSchG 1986) wird im Rahmen der folgenden Untersuchung der Auswirkungen des gesetzlichen Biotoptypsches besonders eingegangen.

³⁰ OLG Hamm, NuR 1991, S. 43; OVG Münster, NuR 1994, S. 453; BayVGH, NuR 1995, S. 285; BGH, NuR 1993, S. 189; VG Schleswig, NuR 1990, S. 139 f.; A. Schmidt-Räntsch, a.a.O. Rn. 4.

³¹ Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (403); A. Schmidt-Räntsch, a.a.O. § 20 c Rn. 5.

³² Kolodziejcok/Recken, § 20 c Rn. 5; A. Schmidt-Räntsch, a.a.O. Rn.6; Schink, ebenda, S. 403.

³³ OVG Lüneburg, NuR 1994, S. 93 (95).

³⁴ Louis, NuR 1992, S.24 (27).

V. Fehlende Normierung von Pflegegeboten

Die landesrechtlichen Regelungen zum Biototypenschutz erfassen nicht nur ursprüngliche, vom Menschen weitgehend unberührte Lebensräume, sondern auch Sekundärbiotope, die sich erst unter menschlichem Einfluss, insbesondere durch bestimmte Formen der Land- oder Forstwirtschaft, entwickeln konnten³⁵. Einige dieser Typen, die aus natürlichen oder naturnahen Ökosystemen hervorgingen, sind nur bedingt selbstregulierungsfähig und bedürfen zu ihrer Erhaltung der fortgesetzten, regelmäßig extensiven, Bewirtschaftung oder Pflege durch den Menschen³⁶. Die Einstellung entsprechender Pflegemaßnahmen führt zum zumindest mittelfristigen Verschwinden dieser Biotope. So ist etwa die extensive Schafbeweidung oder Mahd die wichtigste Voraussetzung für die Entstehung und Erhaltung von Halbtrockenrasen, da die brachfallenden Flächen ansonsten nach wenigen Jahren verbuschen und den charakteristischen, lichtliebenden Arten kaum noch Lebensraum bieten³⁷. Nach dem Umweltgutachten 1994 des Rates von Sachverständigen für Umweltfragen zählen zu diesen halbnatürlichen Ökosystemen etwa Heiden, Trockenrasen, Streuwiesen und Niederwälder³⁸. Ein Verbot beeinträchtigender, aktiver Handlungen allein vermag die Erhaltung dieser nur bedingt selbstregulierungsfähigen Biotope nicht zu gewährleisten. Diskutiert wird daher, ob der Biototypenschutz auch Pflegemaßnahmen zur Erhaltung der halbnatürlichen Ökosysteme durch die betroffenen Eigentümer oder Nutzungsberechtigten gebietet.

Während das OVG Münster noch in seinem Beschluss vom 15.6.1995 davon ausging, dass der gesetzliche Biototypenschutz bestimmte Pflegepflichten der Eigentümer zur Erhaltung dieser Biotope normiere, hat es im Ergänzungsbeschluss vom 6.12.1995 diese Meinung aufgegeben³⁹. Die Literatur geht davon aus, dass der gesetzliche Biototypenschutz keine Erhaltungs- und Pflegegebote normiert, ein schlichtes Unterlassen also keine verbotene Maßnahme dar-

³⁵ Insofern darf bei aller Kritik nicht verkannt werden, dass von der Landwirtschaft auch ökologisch positive Effekte ausgehen, vgl.: Peter, S. 9 f.

³⁶ Vgl. OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (307); Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (221); Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (431).

³⁷ Vgl. OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (307).

³⁸ BT-Drs 12/6995, S. 127, Tabelle I. 8.

³⁹ OVG Münster, Beschl. v. 6.12.1995 - 7 A 2883/92, S.31, zitiert nach: Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (221) sowie Fn. 2.

stellen kann⁴⁰. Begründet wird diese Ansicht sowohl mit dem Wortlaut der landesrechtlichen Regelungen, die regelmäßig von verbotenen oder unzulässigen „Handlungen“ oder „Maßnahmen“ sprechen, als auch mit der Systematik der Naturschutzgesetze. Dieser Ansicht ist, sofern nicht ausdrücklich eine andere Regelung in den Landesnaturschutzgesetzen getroffen wurde, zu folgen. Denn zwischen Verboten im Sinne von Unterlassungspflichten und Geboten im Sinne von Handlungspflichten wird in den Landesnaturschutzgesetzen differenziert⁴¹. Pflegegebote werden ausdrücklich normiert⁴². So verpflichtet § 18 I NatSchG BW die Eigentümer und sonstigen Nutzungsberechtigten von Grundstücken im Bereich besonders geschützter Biotope zur Duldung von Pflege- und Erhaltungsmaßnahmen. Betroffene sollen nach Möglichkeit mit der Durchführung notwendiger Pflegemaßnahmen gegen eine Aufwandsentschädigung beauftragt werden. Im Umkehrschluss ist aus diesen Normen abzuleiten, dass ein gesetzliches Pflegegebot für besonders geschützte Biotope gerade nicht besteht. Weiterhin ist auf diejenigen landesrechtlichen Normen zum Biotoptypenschutz zu verweisen, die die verbotenen Maßnahmen in einer Art „Regelbeispielkatalog“ näher konkretisieren. In Bremen, § 22 a II BremNatSchG, Brandenburg, § 32 II BbgNatSchG, und Thüringen, § 18 IV Nr. 1 ThürNatG, werden lediglich die Intensivierung oder Änderung der Nutzungen oder Bewirtschaftungsformen von Flächen als mögliche Maßnahmen, die biotopschutzrechtlich verboten sein können, genannt, während die Aufgabe von Nutzungen ausgespart bleibt. Auch diese differenzierte Normierung der „Regelbeispiele“ spricht klar gegen die Begründung von Handlungsgeboten durch den gesetzlichen Biotoptypenschutz. Eine Ausnahme machen lediglich die Naturschutzgesetze von Berlin und Sachsen. Als mögliche Maßnahmen, die zu einer Zerstörung oder erheblichen oder nachhaltigen Beeinträchtigung im Sinne des Biotoptypenschutzes führen können, werden in § 26 a II Nr. 1 NatSchG Bln und § 26 II Nr. 1 SächsNatSchG nicht nur die Intensivierung, sondern auch die Änderung oder Aufgabe von Nutzungen oder Bewirtschaftungsformen von Flächen ausdrücklich genannt. Insofern werden Handlungspflichten zur Aufrechterhaltung bereits ausgeübter, ein Biotop erhaltender Bewirtschaftungen ausdrücklich normiert, während die Aufnahme neuer Pflegemaßnahmen auch in diesen Ländern nicht verlangt wird. Von den genannten Ausnahmen abgesehen werden Pflegegebote durch den gesetzlichen Biotoptypenschutz nicht begründet.

⁴⁰ Louis/Kortebein, a.a.O. S. 221; Gellermann, NuR 1995, S. 227 (229 f.); Schink, a.a.O. S. 431 f.; Kratsch, VBIBW 1998, S. 241 (244); Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 13 d Rn. 15.

⁴¹ Vgl. etwa: § 19 LG NW.

⁴² Vgl. etwa: §§ 26, 38 LG NW

C. Konfliktpotential des gesetzlichen Biototypschutzes

Im Zuge des gesetzlichen Biototypschutzes werden alle Biotopflächen der in den jeweiligen landesrechtlichen Katalogen bezeichneten Typen unter einen unmittelbaren, absoluten Schutz gestellt. Normiert wird ein generelles Flächenveränderungsverbot zum Schutz der bezeichneten Biototypen⁴³. Durch die landesrechtlichen Regelungen zur Umsetzung des § 30 I BNatSchG (§ 20 c I BNatSchG 1986) wurden erhebliche Flächen – insbesondere durch die landesrechtliche Aufnahme weiterer Biototypen, wie in § 30 I S. 2 BNatSchG (§ 20 c III BNatSchG 1986) grundsätzlich zugelassen, - unter umfassenden Schutz gestellt. So waren allein in Nordrhein-Westfalen bereits 1994 25.000 schutzwürdige Flächen, mehr als 3500 qkm oder 10,3 % der Landesfläche⁴⁴, in einem Biotopkataster der geschützten Flächen erfasst, ohne dass die Erfassung abgeschlossen war. Wird bedacht, dass der Schutz, den § 30 BNatSchG (§ 20 c BNatSchG 1986) über die landesrechtlichen Umsetzungen bewirkt, hinsichtlich seiner Qualität und Intensität dem Schutzzumfang von durch naturschutzrechtliche Schutzverordnungen ausgewiesenen Naturschutzgebieten, die lediglich 2,4 % der Fläche der Bundesrepublik Deutschland einnehmen⁴⁵, nicht nur gleichwertig ist, sondern sogar darüber hinaus gehen kann⁴⁶, so wird die rechtliche Relevanz und Brisanz des gesetzlichen Biototypschutzes deutlich. Die Folgen des gesetzlichen Biototypschutzes, der auch eine Mehrzahl von Biototypen einbezieht, die erst durch anthropogene Einflüsse entstehen konnten und wirtschaftlich genutzt werden, sind gravierende Einschränkungen der zulässigen Flächennutzungen. Die generelle Unterschützstellung aller Biotopflächen der in den landesrechtlichen Katalogen bezeichneten Biototypen unmittelbar kraft Gesetzes birgt daher sowohl in materieller als auch verfahrensrechtlicher Hinsicht ein erhebliches Konfliktpotential. Der Biotopschutz wirkt nicht nur im Spannungsverhältnis zwischen dem Naturschutz zum Wohle der Allgemeinheit und der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie in Art. 14 I GG, sondern tritt auch in Konkurrenz zur verfassungsrechtlich verbürgten Planungshoheit der Gemeinden. Jeweils stellt sich die Frage nach den rechtlichen Auswirkungen des gesetzlichen Biototypschutzes und seiner verfassungsrechtlichen Zulässigkeit.

⁴³ BT-Drs 10/5064, S. 39.

⁴⁴ Tabellarische Übersicht in Mitteilungen der Landesanstalt für Ökologie u.a. NW (Mitt. LÖLF) 1/1994, S. 15.

⁴⁵ Bundesamt für Naturschutz, <http://www.bfn.de/infos/infos2.htm>.

⁴⁶ Vgl.: Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (407).

Das OVG Münster⁴⁷ hat die nordrhein-westfälische Regelung zum Biotoptypenschutz in § 62 LG NW durch Beschluss vom 15.8.1994 dem BVerfG gemäß Art. 100 GG zur konkreten Normenkontrolle vorgelegt. Das Gericht erblickte in der Unterschützstellung der Flächen unmittelbar kraft Gesetzes und ohne konkretisierendes Verwaltungsverfahren einen Verstoß gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot⁴⁸ und rügte – in Anbetracht der absoluten Flächenveränderungsverbote nicht verwunderlich – eine Verletzung der Eigentumsgarantie in Art. 14 I S. 1 GG, da diese Regelung nicht nur zum Verbot bereits ausgeübter oder sich „aufdrängender“ Nutzungen des Grundeigentums führen würde, sondern auch zum Entzug bestehender Rechtspositionen – namentlich von Baurechten – ohne die Gewährung eines verfassungsrechtlich gebotenen Ausgleichs⁴⁹. Letztlich sah das OVG in der generellen Unterschützstellung aller Flächen der bezeichneten Biotoptypen einen Verstoß gegen die rechtsstaatlichen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbotes⁵⁰. Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung ist dieser Ansicht – jeweils für den Schutz anderer Biotoptypen – nicht gefolgt⁵¹. Das OVG Münster scheiterte mit seinem Prüfungsbegehren. Mit Beschluss vom 16.9.1998 wies das BVerfG⁵² mangels Entscheidungserheblichkeit den Vorlagebeschluss als unzulässig zurück, da es bei der gerichtlichen Entscheidung in der konkreten Sache auf die Gültigkeit des § 62 LG NW nicht angekommen sei. Die aufgeworfenen, verfassungsrechtlichen Fragen blieben ungeklärt und werden in der Literatur⁵³ nach wie vor kontrovers diskutiert. Sie bilden einen wesentlichen Gegenstand der vorliegenden Dissertation.

D. Gegenstand der Arbeit und Gang der Darstellung

Gegenstand der Arbeit ist die Untersuchung der Auswirkungen des gesetzlichen Biotoptypenschutzes auf die kommunale Bauleitplanung und die Rechte der betroffenen Grundeigentümer und Nutzungsberechtigten sowie die Überprüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der

⁴⁷ OVG Münster, NuR 1995, S. 301.

⁴⁸ OVG Münster, a.a.O. S. 305.

⁴⁹ OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (308 f.).

⁵⁰ OVG Münster, a.a.O. S. 309 f.

⁵¹ Vgl. etwa: OVG Lüneburg, NuR 1995, S. 470; OVG Schleswig, NuR 1998, S. 558.

⁵² BVerfG, NuR 1990, S. 99 (101).

⁵³ Vgl. zur Diskussion etwa: Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398; Gellermann, NuR 1995, S. 227; Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216; Krämer/Meyer, LKV 1998, S. 8; A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 14.

aufzuzeigenden Eingriffe und Beschränkungen. Unter dieser Zielsetzung lassen sich fünf Themenkomplexe unterscheiden, die in der nachstehenden Reihenfolge behandelt werden:

1. Zunächst gilt es, das Verhältnis des gesetzlichen Biotoptypsches zu der gemeindlichen Bauleitplanung zu klären. Der gesetzliche Biotoptypsches tritt sowohl in Fällen der Überplanung bestehender Biotope als auch in Fällen der Ansiedlung neuer Biotope auf bereits überplanten Flächen in Konkurrenz zur Bauleitplanung. Die Konflikte sind, insbesondere vor dem Hintergrund der Neuregelung des Verhältnisses der allgemeinen naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung zur Bauleitplanung, §§ 18 – 21 BNatSchG (§§ 8, 8 a BNatSchG 1986), 1 a II Nr. 2 BauGB, zu qualifizieren und zu lösen. Die Beschränkungen der gemeindlichen Planungshoheit werden schließlich aufzuzeigen sein.
2. In der Prüfung parallel werden entsprechend die Beeinträchtigungen der Eigentumsrechte der betroffenen Bauherren und der sonstigen Grundeigentümer oder Nutzungsberechtigten darzustellen sein.
3. In verfassungsrechtlicher Sicht ist im Anschluss auf die Vereinbarkeit der absoluten Veränderungsverbote mit der Eigentumsgarantie in Art. 14 I GG einzugehen. Der gesetzliche Biotoptypsches wird vor der darzulegenden Dogmatik des Art. 14 GG zu qualifizieren und an den einschlägigen, verfassungsrechtlichen Geboten zu messen sein. Wesentliche Aspekte werden die Verhältnismäßigkeitsprüfung und die Untersuchung der Ausgleichs- oder Entschädigungspflichtigkeit des Biotoptypsches sein. Gegebenenfalls wird zu hinterfragen sein, ob verfassungsrechtlich zulässige Entschädigungsregelungen in den jeweiligen Landesnaturschutzgesetzen vorhanden sind.
4. In vergleichbarer Weise werden die Beschränkungen der kommunalen Planungshoheit, die Einschränkungen der Gestaltungsfreiheit der Gemeinden in der Bauleitplanung, verfassungsrechtlich anhand der Schranken des Art. 28 II S. 1 GG zu untersuchen sein. Im Rahmen dieser Untersuchung wird auch auf die dogmatischen Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen der Eigentumsgarantie in Art. 14 GG und der Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung in Art. 28 II S. 1 GG eingegangen.
5. Den letzten Themenkomplex wird das ipso-iure-Verfahren des Biotoptypsches bilden. Verfassungsrechtlich sind insofern zwei Aspekte von besonderem Interesse: Es ist zum

einen zu fragen, ob der gesetzliche Biotopschutz unter Einbeziehung der deklaratorischen Verfahren zur Biotopkartierung hinreichend bestimmt ist. Zum anderen werden die Rechtsschutzmöglichkeiten im bzw. gegen den gesetzlichen Biotoptypschutz zu untersuchen und im Hinblick auf das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes zu würdigen sein. Dem gewählten ipso-iure-Verfahren wird die Möglichkeit eines Biotopschutzes im konstitutiven Verfahren gegenüberzustellen sein.

Auf diese Themenkomplexe wird sich die Arbeit beschränken. In Anbetracht der Tatsache, dass sich die landesrechtlichen Umsetzungen an den strengen Vorgaben des § 30 BNatSchG (§ 20 c BNatSchG 1986) zu orientierten hatten, wird sich die Untersuchung der Verfassungsmäßigkeit des gesetzlichen Biotoptypschatzes an den bundesweit einheitlichen Grundzügen des gesetzlichen Biotoptypschatzes, wie sie § 30 BNatSchG normiert, orientieren. Auf landesrechtliche Besonderheiten wird im Fortgang der Untersuchung lediglich am Rande, soweit dies erforderlich erscheint, eingegangen werden. Eine weitere Einschränkung ist insofern zu machen, als es im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich ist, jeden Biotoptyp einer gesonderten Würdigung zu unterziehen. Es werden nur einige Typen exemplarisch in die Untersuchung einbezogen werden, um die rechtlichen Fragestellungen und Probleme zu veranschaulichen.

2. Teil: Verhältnis des Biotoptypsches zur Bauleitplanung

A. Problemstellung

In zwei zeitlichen Konstellationen tritt der gesetzliche Biotoptypsches mit seinen Zielsetzungen in Konflikt zur kommunalen Bauleitplanung. Zum einen ist dies der Fall, wenn Gemeinden gesetzlich geschützte Biotope überplanen und städtebauliche Nutzungen vorsehen, deren Realisierung zur Beeinträchtigung oder Zerstörung der überplanten Biotopflächen führen kann oder muss (unter B.)⁵⁴. Zum anderen treten Konflikte auf, wenn sich auf überplanten und durch die Darstellungen in Bebauungsplänen zur baulichen Nutzung bestimmten Flächen neue Biotope im Sinne des § 30 BNatSchG bzw. genauer im Sinne der jeweiligen landesrechtlichen Schutzvorschriften ansiedeln (unter C.). Dieser Konstellation ähnlich sind die „Altfälle“ der Unterschützstellung bereits überplanter Biotopflächen durch die Umsetzung des § 20 c BNatSchG 1986 in den Bundesländern⁵⁵. Es stellt sich jeweils die Frage nach den Auswirkungen des gesetzlichen Biotoptypsches auf die kommunale Bauleitplanung, insbesondere auf die Aufstellung und den Bestand von Bebauungsplänen sowie die Rechtsstellung der betroffenen Bauherren und Grundeigentümer.

B. Überplanung gesetzlich geschützter Biotope

Im Fall der Überplanung von hochwertigen Biotopflächen ist der Konflikt vorprogrammiert, wenn Festsetzungen getroffen werden, deren Realisierung zur Biotopbeeinträchtigung führen kann oder muss. Der gesetzliche Biotoptypsches tritt mit seinen Zielen in Konkurrenz zur Bauleitplanung als dem zentralen Lenkungsinstrument der städtebaulichen Entwicklung⁵⁶. Dieser Normkonflikt bedarf der Klärung und Auflösung, insbesondere ist zu fragen, welches Steuerungsregiment sich wie durchzusetzen vermag⁵⁷.

⁵⁴ Vgl. zu dieser Konstellation: VG Hannover, NuR 1994, S. 457.

⁵⁵ Vgl.: OVG Lüneburg, NuR 1995, S. 470.

⁵⁶ Brohm, § 6 Rn. 2; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 1 Rn. 1; W. Schrödter, in: Schrödter, § 1 Rn. 1.

⁵⁷ Vgl. zur Fragestellung: Oldiges, S. 101.

I. Verneinung einer verfahrensrechtlichen Konfliktlösung

Als verfahrensrechtlicher Ansatz zur Lösung des Normkonflikts wird die Einbeziehung des gesetzlichen Biotoptypschatzes in die planungsbezogene Eingriffsregelung, der sog. Baurechtskompromiss gem. § 21 BNatSchG (§ 8 a BNatSchG 1986⁵⁸), § 1 a II Nr. 2 BauGB, diskutiert⁵⁹. Als Grundlage für die Erörterung der Anwendbarkeit der § 21 BNatSchG (§ 8 a BNatSchG 1986), § 1 a II Nr. 2 BauGB auf den gesetzlichen Biotoptypschatz sind zunächst die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung und deren Einbeziehung in die Bauleitplanung in Grundzügen darzustellen.

1. Naturschutzrechtliche Eingriffsregelung

§§ 18 - 20 BNatSchG (§ 8 BNatSchG 1986) sind als Rahmenregelung ergangen, die der Umsetzung durch die Länder bedurften⁶⁰. Die Grundzüge der Eingriffsregelung können aufgrund der weitgehenden Parallelität der landesrechtlichen Regelungen⁶¹ anhand der bundesrechtlichen Vorgabe dargelegt werden. § 18 I BNatSchG (§ 8 I BNatSchG 1986) definiert Eingriffe in Natur und Landschaft als „Veränderungen der Gestalt oder Nutzung von Grundflächen oder Veränderungen des mit der belebten Bodenschicht in Verbindung stehenden Grundwasserspiegels, die die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts oder das Landschaftsbild erheblich beeinträchtigen können“. Dieser Tatbestand ist in den Verletzungstatbestand der Veränderung der Gestalt oder Nutzung von Grundflächen und den Sachfolgentatbestand der möglichen erheblichen Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts oder des Landschaftsbildes zu zerlegen⁶². An die Möglichkeit eines Eingriffs durch ein Vorhaben knüpft die Regelung des § 19 BNatSchG (§ 8 BNatSchG 1986) einen abgestuften Katalog von Unterlassungs-, Ausgleichs- und Ersatzpflichten sowie eine Untersagungsmöglichkeit

⁵⁸ In das BNatSchG 1986 durch Art. 5 des Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz 1993 eingefügt.

⁵⁹ Zur Diskussion: Kratsch, NuR 1994, S. 278; Metz, NVwZ 1996, S. 247 f.; Oldiges, S. 98, 108 ff.; Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (406); A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendimir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 12; Weiblen, VBIBW 1996, S. 202 (205).

⁶⁰ Vgl.: § 4 BNatSchG; sowie: Gassner, in: Gassner/Bendimir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, vor § 8 Rn. 1; Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, vor Art. 6 Rn. 1.

⁶¹ Vgl. etwa: §§ 10 – 12 NatSchG BW; Art. 6 – 6 b BayNatSchG; §§ 5 – 6 c HENatG; §§ 7 – 16 NNatG; §§ 4 – 6 LG NW.

⁶² Gassner, in: Gassner/Bendimir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 8 Rn. 2; Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 6 Rn. 1.

für die den Eingriff genehmigende Behörde an. Auf der ersten Stufe normiert § 19 I BNatSchG (§ 8 II S. 1 BNatSchG 1986) eine Vermeidungspflicht für vermeidbare Eingriffe. Unter Vermeidbarkeit ist die Möglichkeit zu verstehen, einerseits die Beeinträchtigung zu unterlassen, andererseits das Projekt dennoch verwirklichen zu können. Es geht also nicht um die Unterlassung des Vorhabens, sondern um die Wahl der schonendsten Verwirklichung eines Vorhabens, wobei auch Aspekte der Verhältnismäßigkeit und der finanziellen Angemessenheit zu prüfen sind⁶³. Ist in diesem Sinne eine Beeinträchtigung unvermeidbar, so schließt sich auf zweiter Stufe die Pflicht an, diese innerhalb einer zu bestimmenden Frist durch Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege auszugleichen, soweit es zur Verwirklichung der Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege erforderlich ist, § 19 II S. 1, HS. 1 BNatSchG (§ 8 II S. 1 BNatSchG 1986). Inhalt der Ausgleichspflicht ist die gleichartige Wiederherstellung der beeinträchtigten Strukturen und Funktionen des Naturhaushalts und des Landschaftsbildes unter Wahrung eines sachlichen und räumlichen Bezugs zum Ort des Eingriffs, vgl. § 19 II S. 2 BNatSchG (§ 8 II S. 4 BNatSchG 1986)⁶⁴. Da § 19 II S. 2 BNatSchG strenge Anforderungen an einen Ausgleich stellt, wird die Ausgleichbarkeit für eine Vielzahl von Beeinträchtigungen im Hinblick auf die Komplexität des Naturhaushalts zu verneinen sein⁶⁵. Für diese Fälle sieht § 19 II S. 1, HS. 2 BNatSchG eine Kompensation in sonstiger Weise vor. In sonstiger Weise kompensiert ist eine Beeinträchtigung, wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts in gleichwertiger Weise ersetzt sind oder das Landschaftsbild landschaftsgerecht neu gestaltet ist, § 19 II S. 3 BNatSchG. Auf dieser Stufe geht es um eine möglichst ähnliche Wiederherstellung von Natur und Landschaft. Es wird also ein im Vergleich zum Ausgleich geringerer Anspruch an die erforderlichen Kompensationsmaßnahmen gestellt⁶⁶. Auf vierter Stufe verpflichtet § 19 III BNatSchG (§ 8 III BNatSchG 1986) die zuständige Behörde, einen Eingriff zu untersagen, wenn die Beeinträchtigungen nicht zu vermeiden und nicht zu kompensieren sind und die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege bei der Abwägung aller Anforderungen an Natur und Landschaft ande-

⁶³ VGH Mannheim, NuR 1996, S. 297 (300); Gassner, in: Gassner/Bendomin-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 8 Rn. 25; Louis, NNatG, § 8 Rn. 1 f.; Louis/Engelke, § 5 Rn. 3 ff.; Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 6 a Rn. 7 ff.; Schink, DVBl. 1992, S. 1390 (1397).

⁶⁴ Gassner, a.a.O., § 8 Rn. 31 ff.; Louis/Engelke, § 5 Rn. 21; Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 6 a Rn. 17 ff.; Schink, LG NW, S. 179 ff., Rn. 285 ff.; ders., DVBl. 1992, S. 1390, (1398).

⁶⁵ Auf Einzelheiten des Ausgleichs wird im Rahmen der Untersuchung der biotopschutzrechtlichen Ausnahmetatbestände eingegangen, vgl. S. 39.

⁶⁶ Gassner, a.a.O. § 8 Rn. 35 ff.; Schink, LG NW, S. 194 ff.; ders., DVBl. 1992, S. 1390 (1401); Louis/Engelke, § 5 Rn. 43 ff.; Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 6 a Rn. 36 ff.

ren Belangen im Range vorgehen. Die Behörde hat also nach bipolarer Abwägung eine Vorrangentscheidung zu treffen⁶⁷. Passiert ein Vorhaben auch diese Stufe – fällt die Abwägung also zugunsten des beeinträchtigenden Vorhabens aus – so bestimmt die Mehrzahl der Landesnaturschutzgesetze aufgrund von § 19 IV BNatSchG (§ 8 IX BNatSchG 1986), daß für nicht ausgleichbare oder in sonstiger Weise kompensierbare Beeinträchtigungen Ersatz in Geld zu leisten ist, der zweckgebunden zu verwenden ist⁶⁸. Bundes- und Landesgesetzgeber haben mithin ein strenges Stufenmodell zum Schutz der Integrität von Natur und Landschaft normiert. Dieses ist allerdings insofern suspendiert, als die ordnungsgemäße land-, forst- und fischereiwirtschaftliche Bodennutzung von der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung durch die in § 18 II BNatSchG (§ 8 VII BNatSchG 1986) normierte, unwiderlegbare Vermutung freigestellt ist⁶⁹.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist nachzutragen, dass die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung quasi als „Huckepack-System“⁷⁰ ausgestaltet ist, vgl. § 20 I BNatSchG (§ 8 II S. 3 BNatSchG 1986). Die Regelung ist regelmäßig nicht in einem eigenen Verfahren durchzusetzen, sondern einem nach anderen Rechtsvorschriften vorgesehenen behördlichen Zulassungsverfahren, wie beispielsweise einem Genehmigungs-, Planfeststellungs- oder Anzeigeverfahren, aufgesattelt. Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung greift also ein, wenn ein beeinträchtigendes Vorhaben nach anderen Normen genehmigungs- oder anzeigepflichtig ist. Sofern kein anderes Verfahren erforderlich ist, muss aber beachtet werden, dass in zahlreichen Landesgesetzen⁷¹ subsidiäre naturschutzrechtliche Genehmigungs- oder Anzeigepflichten zur Durchsetzung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung statuiert sind⁷². Erfasst werden insbesondere Eingriffe im Bereich der Land- und Forstwirtschaft, die nicht gem. § 18 II BNatSchG freigestellt sind.

⁶⁷ Vgl. BVerwGE 85, S. 348 (362); Berkemann, NuR 1993, S. 97 (103 f.); Gassner, a.a.O. Rn. 46 f.; Louis/Engelke, § 5 Rn. 34; Schink, LG NW, S. 188 ff.; ders., DVBl. 1992, S. 1390 (1399 f.).

⁶⁸ Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 6 a Rn. 42 ff.; Louis/Engelke, § 5 a Rn. 1 ff.; Gassner, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 8 Rn. 39.

⁶⁹ Gassner, a.a.O. § 8 Rn. 18; Louis/Engelke, § 4 Rn. 41; Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 6 Rn. 20 ff.

⁷⁰ So die Formulierung bei Gassner, a.a.O. § 8 Rn. 14; vgl. zum Verfahren auch: Louis/Engelke, § 6 Rn. 3 ff.; Schink, LG NW, S. 199 Rn. 320.

⁷¹ Vgl. etwa: §§ 11, 12 I NatSchG BW; § 7 III HENatG; § 6 IV LG NW.

⁷² Gassner, a.a.O., § 8 Rn. 17.

2. Einbeziehung der Eingriffsregelung in die Bauleitplanung

Das Verhältnis des Bauplanungsrechts zum Naturschutzrecht, insbesondere zur naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung, war bis zur Einführung des § 8 a BNatSchG 1986, jetzt § 21 BNatSchG, durch Art. 5 des Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetzes im Jahre 1993 aufgrund einer Vielzahl von nicht mit einander harmonisierten Regelungen zum Schutz von Natur- und Landschaft in beiden Regelungswerken in Literatur und Rechtsprechung umstritten⁷³. Über die Bedeutung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung herrschte weder auf der Ebene der Bauleitplanung noch der Baugenehmigung Einigkeit. Überwiegend wurde zwar die unmittelbare Anwendbarkeit der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung auf die Bauleitplanung verneint, da § 8 I BNatSchG 1986 als Eingriff nur Realakte qualifiziert und vorgelagerte Planungsentscheidungen nicht erfasst. Kontrovers diskutiert wurden aber die Einwirkungen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelungen unter den Aspekten der städtebaulichen Vorwirkung und unter dem Gebot der planerischen Konfliktbewältigung. Auf der Ebene des Baugenehmigungsverfahrens war bereits die Anwendbarkeit der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung lebhaft umstritten. Das Meinungsspektrum reichte von der Ansicht, dass das Bauplanungsrecht als Bundesrecht Vorrang gegenüber dem Naturschutzrecht genieße, bis zur konträren Meinung, dass die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung bei der Zulassung von Vorhaben volle Anwendung finde⁷⁴.

Diese Rechtsunsicherheit und die nicht unbestrittene These, dass eine konsequente Anwendung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung die Schaffung neuen Wohnraums behindere, haben in Anbetracht eines steigenden Wohnraumbedarfes zu einer grundlegenden Neuregelung des Verhältnisses von Bauplanungs- und Bauordnungsrecht zur naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung in § 8 a BNatSchG 1986, jetzt § 21 BNatSchG, geführt. Diese Regelung ist zwischenzeitlich durch das am 01.01.1998 in Kraft getretene BauROG in das BauGB integriert worden, § 1 a II Nr. 2 BauGB⁷⁵. Während die fachliche Bestimmung dessen, was Eingriff in Natur und Landschaft ist, und die Anwendbarkeit der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung in § 8 I BNatSchG 1986, nunmehr § 18 I BNatSchG, geregelt bleibt, bestimmen sich die

⁷³ Eine knappe Übersicht über die Rechtslage vor 1993 findet sich bei Schink, NuR 1993, S. 365 f.

⁷⁴ Vgl. zum damaligen Streitstand mit einer Vielzahl von Nachweisen: Gassner, in: Gassner/Bendomin-Kahlo/Schmidt-Räntsch, vor § 8 a Rn. 3 – 5; sowie vorherige Fußnote.

⁷⁵ Vgl.: Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 1 a Rn. 19 ff.; Brohm, § 6 Rn. 40 ff.; W. Schrödter, in: Schrödter, § 1 a Rn. 46, 51 ff.

Rechtsfolgen und der Vollzug der aufgrund der Bauleitplanung zu erwartenden Eingriffe nach Maßgabe des Bauplanungsrechts⁷⁶. Der 1993 eingeführte und durch das BauROG 1998 geänderte § 8 a I BNatSchG 1986, der anders als § 8 BNatSchG 1986 gem. § 4 III BNatSchG 1986 unmittelbare Geltung entfaltete, bestimmte, dass in den Fällen, in denen aufgrund der Aufstellungen, Änderungen, Ergänzung oder Aufhebung von Bauleitplänen oder von Satzungen nach § 34 IV S. 1 Nr. 3 BauGB Eingriffe in Natur und Landschaft zu erwarten waren, über die Vermeidung, den Ausgleich und den Ersatz nach den Vorschriften des Baugesetzbuches zu entscheiden war. Die wortgleiche, gem. § 11 BNatSchG unmittelbar geltende Regelung findet sich nunmehr in § 21 BNatSchG. Diese Verweisung aufgreifend normiert § 1 a II Nr. 2 BauGB, dass in der Abwägung nach § 1 VI BauGB auch die Vermeidung und der Ausgleich der zu erwartenden Eingriffe in Natur und Landschaft zu berücksichtigen sind. Die planende Gemeinde hat zunächst eine Bestandsaufnahme und Bewertung von Natur und Landschaft in dem für die Planung vorgesehenen Gebiet vorzunehmen und zu prüfen, in welchem Umfang die beabsichtigten Darstellungen und Festsetzungen, die Eingriffe zur Folge haben können, zur Verwirklichung der gemeindlichen Planung tatsächlich erforderlich sind. Die gemeindlichen Planungsziele als solche können durch das Vermeidungsgebot aber nicht in Frage gestellt werden⁷⁷. Sodann hat die Gemeinde festzustellen, ob Ausgleichsmaßnahmen naturschutzfachlich erforderlich sind und welche Flächen und Maßnahmen in Betracht kommen. Eine Erleichterung sieht § 200 a S. 1 BauGB gegenüber der Regelung des § 19 II S. 1 BNatSchG (§ 8 II BNatSchG 1986) insofern vor, als Ersatzmaßnahmen den Ausgleichsmaßnahmen im Rahmen der Bauleitplanung gleichgestellt sind. Ein Ausgleich kann daher auch durch eine nur gleichwertige Kompensation erfolgen⁷⁸. Nach der Durchführung dieser vorbereitenden Schritte hat die planende Gemeinde in der Planabwägung gem. § 1 VI BauGB unter Berücksichtigung der allgemein anerkannten Abwägungsanforderungen abschließend zu entscheiden, ob und welche Ausgleichsmaßnahmen für die durch den Planvollzug zu erwartenden Eingriffe in Natur und Landschaft festzusetzen sind⁷⁹. Wie die Gemeinde einer festgestellten Ausgleichspflicht nachzukommen hat, normiert § 1 a III BauGB⁸⁰.

⁷⁶ Brohm, a.a.O.; Krautzberger, a.a.O.

⁷⁷ Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 1 a Rn. 26; W. Schrödter, in: Schrödter, § 1a Rn. 57.

⁷⁸ Krautzberger, a.a.O. Rn. 27; W. Schrödter, a.a.O. § 1 a Rn. 58 ff.

⁷⁹ Brohm, § 6 Rn. 40.

⁸⁰ Louis, BNatSchG, § 8 a Rn. 1.

Die gesetzliche Neuregelung hat zur Folge, dass die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung als ein Belang in die Abwägung einzustellen ist und unter dem Abwägungsvorbehalt des § 1 VI BauGB steht. Sie genießt, wie § 1 a II Nr. 2 BauGB nun klarstellt, auch keine Vorrangwirkung i. S. eines Optimierungsgebotes⁸¹ gegenüber anderen städtebaulichen Belangen⁸², wie dies zum § 8 a BNatSchG 1986 anfangs noch diskutiert wurde. Die naturschutzrechtlichen Pflichten können daher in der Abwägung wie jeder andere städtebauliche Belang überwunden werden, wenn sie mit Belangen von zumindest gleichrangiger Wertigkeit konkurrieren⁸³. Gleichsam die Kehrseite dieser Verlagerung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung auf die Ebene der Bauleitplanung bildet die Regelung des § 21 II BNatSchG (§ 8 a II BNatSchG 1986), der vorsieht, dass die Vorschriften der Eingriffsregelung auf der Ebene des Baugenehmigungsverfahrens für Vorhaben in Gebieten mit Bebauungsplänen nach § 30 BauGB, während der Planaufstellung nach § 33 BauGB und im Innenbereich nach § 34 BauGB nicht anzuwenden sind. Der Baurechtskompromiss⁸⁴ bedeutet damit letztlich eine Relativierung der vormals auch im Rahmen der Bauleitplanung verbindlichen, naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung zum relevanten Belang der Planabwägung und somit eine Stärkung der kommunalen Planungshoheit.

3. Unanwendbarkeit des sog. Baurechtskompromisses

Vor dem Hintergrund der Neuregelung des Verhältnisses von naturschutzrechtlicher Eingriffsregelung und Bauleitplanung drängt sich die Frage auf, ob der sog. Baurechtskompromiss auf den gesetzlichen Biotopschutz zu erstrecken ist. Denn erhebliche oder nachhaltige Beeinträchtigungen der gesetzlich geschützten Biotope stellen sich zugleich als „qualifizierte“ Eingriffe in Natur oder Landschaft dar und erfüllen den allgemeinen naturschutzrechtlichen Eingriffstatbestand des § 18 I BNatSchG⁸⁵. Wäre der Baurechtskompromiss auf den gesetzlichen Biotopschutz als besonderen Anwendungsfall der allgemeinen Eingriffsregelung zu erstrecken, so stünde auch dieser in Fällen der „beeinträchtigenden“ Überplanung von Biotopen unter dem Abwägungsvorbehalt der §§ 1 VI, 1 a II Nr. 2 BauGB, § 21 I BNatSchG (§ 8 a

⁸¹ Vgl. zum Optimierungsgebot: Brohm, § 13 Rn. 6 ff.

⁸² Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 1 a Rn. 29.

⁸³ Schink, NuR 1993, S. 365, 367; Louis, a.a.O. § 8 a Rn. 41 ff., 46, 49.

⁸⁴ Vgl.: Schink, NuR 1993, 365 ff.

⁸⁵ A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendimir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 12; Oldiges, S. 99, 108.

I BNatSchG 1986)⁸⁶. Die biotopschutzrechtlichen Beeinträchtigungsverbote kämen im Baugenehmigungsverfahren nicht mehr zur Anwendung. Schließlich wäre der Biotoptypenschutz auf Vorhaben im Bereich des § 34 BauGB nur nach Maßgabe des § 21 II, III BNatSchG (§ 8 a II, III BNatSchG) anzuwenden. Als Ergebnis wäre eine bauleitplanungsfreundliche Lösung der Normenkonkurrenz und eine Reduzierung und Relativierung des gesetzlichen Biotoptypenschutzes zum städtebaulichen Belang in der Planabwägung festzustellen.

In der Literatur sind daher durchaus Stimmen zu vernehmen gewesen - insbesondere aus dem kommunalen Lager -, die den Biotoptypenschutz nur als abwägungsrelevanten Belang in der Bauleitplanung berücksichtigen wollen⁸⁷. Auch vertreten wird, dass der Biotoptypenschutz „neben dem Naturschutz als städtebaulichem Belang in § 1 V Nr.7 BauGB lediglich als Optimierungsgesetz zu verstehen sei. So wird etwa für den Biotoptypenschutz gem. § 23 HENatG eine strikte Verbindlichkeit verneint⁸⁸. Diese Meinung wird weder vom Wortlaut des § 23 HENatG noch vom Willen des Landesgesetzgebers gedeckt⁸⁹ und verkennt darüber hinaus die bundesrechtlichen Vorgaben in § 30 I BNatSchG (§ 20 c I BNatSchG 1986).

Richtigerweise konnten sich diese „Argumentationsversuche“ nicht durchsetzen. Der gesetzliche Biotoptypenschutz ist nicht in den Baurechtskompromiss einzubeziehen⁹⁰. Die gesetzlichen Beeinträchtigungsverbote bleiben als striktes Recht auch im Rahmen der Bauleitplanung verbindlich und können von den Gemeinden nicht zum Gegenstand planerischer Abwägung gemacht werden⁹¹. Ausnahmen können nur in den tatbestandlich genau umrissenen Fällen von den zuständigen Naturschutzbehörden für beeinträchtigende Maßnahmen erteilt werden, § 30 II BNatSchG (§ 20 c II BNatSchG 1986). Bereits die systematische Stellung des § 20 c BNatSchG 1986 als Norm des Artenschutzes im fünften Abschnitt des BNatSchG 1986 sprach gegen eine Einbeziehung des gesetzlichen Biotoptypenschutzes in den Baurechtskompromiss⁹². Nach der Novelle des Naturschutzgesetzes 2002 findet sich der Biotoptypenschutz

⁸⁶ A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 12.

⁸⁷ Mitteilung des deutschen Städtetages, Folge 18 - 939/39; nunmehr korrigiert in: NVwZ 1995, S. 876 f.; unklar: W.Schrödter, in: Schrödter, § 1 a Rn. 81 ff.

⁸⁸ Metz, NVwZ 1996, S.247 f.

⁸⁹ Hessischer Landtag, Drs 13/6234, S. 37 § 23.

⁹⁰ A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 12; Oldiges, S. 109; Kratsch, NuR 1994, S. 278; Louis, BNatSchG, § 8 a, Rn. 30; Weiblen, VBIBW 1996, S. 202 (205).

⁹¹ Louis, a.a.O. Rn. 30; Oldiges, S. 108.

⁹² A. Schmidt-Räntsch, a.a.O. Rn. 12; Oldiges, S. 109.

nunmehr im vierten Abschnitt des BNatSchG und wird systematisch dem Gebietsschutz zugeordnet. Zur eigenständigen Regelung des Biotopschutzes führt das BVerwG zutreffend aus, dass zum Schutz des Naturhaushalts, den die § 8 ff. BNatSchG 1986 objektbezogen regulieren wollen, der förmliche Gebietsschutz und der Artenschutz als selbständig normierte Schutzverfahren hinzutreten⁹³. Die Ausgestaltung eigener, gegenüber den allgemeinen Eingriffsregeln strengerer Ausnahmetatbestände belegt diese Feststellung⁹⁴ ebenso wie die historische Betrachtung des Gesetzgebungsverfahrens. Während der Bundestag eine Regelung des Biotopschutzes im Rahmen der Eingriffsregelung des § 8 BNatSchG 1986 präferierte und ihn dort geregelt sehen wollte⁹⁵, setzte sich der Bundesrat mit seinem Ansinnen durch, die Regelung des Biotopschutzes aus diesem Regelungszusammenhang herauszuhalten und als eigenständiges Instrument auszugestalten⁹⁶. Weitere Argumente offenbaren sich bei einem Blick in die verschiedenen landesrechtlichen Regelungen des gesetzlichen Biotopschutzes. So wäre etwa die Überleitungsvorschrift des § 67 VI NatSchG BW, die Vorhaben auf Biotopflächen im Bereich von Bebauungsplänen, die vor dem 01.01.1992 in Kraft getreten sind, freistellt, entbehrlich. Eine grundsätzliche Freistellung hätte sich im Rahmen des Baurechtskompromisses bereits aus § 8 a II BNatSchG 1986 ergeben. Nicht notwendig wäre auch der spezielle Ausnahmetatbestand des § 20 IV Nr. 2 NatSchG MV, wonach eine Ausnahme grundsätzlich zuzulassen ist, wenn bei einem rechtsverbindlichen Bebauungsplan nach dem Inkrafttreten der Satzung ein Biotop oder Geotop entstanden ist und die Ausnahme die Durchführung eines Vorhabens ermöglichen soll, das den Festsetzungen der Satzung entspricht.

Festzuhalten ist also, dass der gesetzliche Biotopschutz als eigenständige Spezialvorschrift des Artenschutzes neben den allgemeinen naturschutzrechtlichen Eingriffsregelungen steht. Er unterliegt keinem baurechtlichen Abwägungsvorbehalt, sondern ist im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens bzw. der Planrealisierung zwingend zu beachten. Die Normenkonkurrenz zwischen dem gesetzlichen Biotopschutz und der Bauleitplanung kann nicht über einen Rückgriff auf den Baurechtskompromiss bewältigt werden.

⁹³ BVerwG, NVwZ 1995, S. 601 (602).

⁹⁴ Schmidt-Räntsch, a.a.O. Rn. 12.

⁹⁵ Vgl.: BT-Drs 10/5064, S. 17.

⁹⁶ BT-Drs 10/5064, S. 39, 46.

II. Ansätze zur Lösung der Normenkonkurrenz

Wenn die Gemeinden gesetzlich geschützte Biotopflächen überplanen und für die betroffenen Biotopflächen städtebauliche Nutzungen festsetzen, deren Verwirklichung zur Zerstörung oder nachhaltigen Beeinträchtigung der Biotopflächen führen kann, so kommt es zum Normgeltungskonflikt⁹⁷. Es geht um die Fragen, welche Normen im Anwendungsfall gelten sollen und welchen Vorschriften ein Bauvorhaben zu genügen hat, um zulässig und ggf. genehmigungsfähig zu sein. Dieser Konflikt kann entweder im Sinne einer alternativen oder einer kumulativen Geltung der Normen gelöst werden. Bei der Lösung werden die rechtlichen Parallelen zum Verhältnis der Bauleitplanung zu Landschafts- oder Naturschutzverordnungen zu berücksichtigen sein⁹⁸.

1. Alternative Geltung

Stehen die biotopschutzrechtlichen oder bauplanungsrechtlichen Regelungen in einem alternativen Verhältnis zueinander, so kommt es darauf an, welches Regelungsregime für sich den Geltungsvorrang beanspruchen kann, sich also unter Verdrängung der konkurrierenden Normen durchzusetzen vermag. Nach der juristischen Methodenlehre wird der Geltungsvorrang konkurrierender Normen nach unterschiedlichen Kriterien bestimmt. So verdrängt die speziellere Norm die allgemeinere, die spätere die frühere und die ranghöhere die rangniedere Norm. Im Falle einer alternativen Geltung wäre der Normgeltungskonflikt im Sinne eines Geltungsvorranges des gesetzlichen Biotopschutzes aufzulösen. Denn der gesetzliche Biotopschutz ist als Landesgesetz gegenüber einem Bebauungsplan als kommunaler Satzung, § 10 BauGB, die ranghöhere Norm. Er müsste als unmittelbar geltende, landesgesetzliche Schutzbestimmung dem Bebauungsplan als Satzung und dem nur behördenverbindlichen Flächennutzungsplan vorgehen⁹⁹. Die Festsetzungen in Bebauungsplänen wären, soweit gesetzlich geschützte Biotopflächen überplant werden, an den Vorgaben des gesetzlichen Biotopschutzes zu messen. Werden städtebauliche Nutzungen vorgesehen, deren Verwirklichung zur Zerstörung oder Beeinträchtigung des überplanten Biotops führen kann, verstoßen sie gegen höherrangiges Recht. Der Bebauungsplan wäre dann rechtswidrig und nichtig. Etwas anderes hätte nur zu gelten, „ ... wenn bereits vorher

⁹⁷ Oldiges, S. 101.

⁹⁸ Vgl. zu diesen Parallelen: VGH Mannheim, VBIBW 1998, S. 64 (65); Kratsch, NuR 1994, S. 278; derselbe, VBIBW 1998, S. 241 (245).

⁹⁹ So: Kratsch, NuR 1994, S. 278; ders., VBIBW 1998, S. 241 (246); Louis, NuR 1992, S. 24 (26).

zu gelten, „ ... wenn bereits vorher eine Ausnahme vom Verbot der Beeinträchtigung dieser Biotope erteilt wurde“¹⁰⁰. Entsprechend müssten sich Regelungen in Landschafts- oder Naturschutzverordnungen gegen widersprechende Darstellungen in Bebauungsplänen im Konfliktfall durchsetzen.

Von diesem Geltungsvorrang geht der VGH Mannheim offenbar aus: „Als unbedingt formulierte Bestimmung, die nur durch eine von der zuständigen Naturschutzbehörde zugelassene Ausnahme aufgehoben werden kann, gehört § 24 a Abs. 2 NatSchG (BW) zu den zwingenden Rechtsvorschriften im Sinne des § 6 II in Verbindung mit § 11 BauGB (nunmehr § 10 BauGB). Ein Bebauungsplan, der ohne eine solche Ausnahme und damit in Widerspruch zu § 24 a NatSchG (BW) Handlungen erlaubt, die zu einer Zerstörung oder erheblichen oder nachhaltigen Beeinträchtigung eines durch diese Vorschrift besonders geschützten Biotops führen können, verstößt deshalb gegen höherrangiges Recht und ist damit nichtig.“¹⁰¹ Vergleichbar heißt es etwa bei Kratsch: „Schutzgebietsverordnungen und unmittelbar geltende gesetzliche Schutzbestimmungen gehen als striktes höherrangiges Recht dem Bebauungsplan als Satzung und erst recht dem nur behördenverbindlichen Flächennutzungsplan vor.“¹⁰² Und zumindest für den vergleichbaren Konflikt von Naturschutzverordnung und Bauleitplanung formuliert Louis, der diese Aussage aber trotz der Parallelität der Fragestellungen nicht auf den Biotopschutz übertragen will: „Werden durch Bauleitplanung unter Naturschutz stehende Bereiche berührt, so ist die Planung wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht unwirksam, wenn sie mit den Festsetzungen oder Verboten der Naturschutzverordnung nicht übereinstimmt.“¹⁰³ Und an anderer Stelle führt er aus: „Eine Überlappung von Bauleitplänen, insbesondere Bebauungsplänen, mit Naturschutzverordnungen ist grundsätzlich nicht unzulässig. Jedoch darf die Bauleitplanung den Festsetzungen der Naturschutzverordnung nicht widersprechen, sonst verstößt sie gegen höherrangiges Recht. Sie ist nichtig und von der Aufsichtsbehörde zu beanstanden.“¹⁰⁴

¹⁰⁰ Louis, DÖV 1994, 903, 906.

¹⁰¹ VGH Mannheim, VBIBW 1998, S. 64 (65).

¹⁰² Kratsch, NuR 1994, S. 278.

¹⁰³ Louis, NuR 1992, S. 24, 26.

¹⁰⁴ Louis, NdsNatSchG, Einf. §§ 24 – 34 Rn. 11 A.

2. Kumulative Geltung

Die Annahme eines Geltungsvorranges ist hingegen nicht zwingend¹⁰⁵. Eine Norm muss sich im Sinne eines Geltungsvorranges nur dann durchsetzen, wenn die Anwendung konkurrierender Normen zu einander ausschließenden Ergebnissen führen muss. Davon kann hingegen dann nicht ausgegangen werden, wenn unterschiedliche Normen, die unterschiedliche Zielsetzungen verfolgen, verschiedene Anforderungen an ein Vorhaben stellen. Ein Vorhaben muss dann den Anforderungen beider Regelungsregime gerecht werden. Genügt ein Vorhaben nicht allen Anforderungen, so stellt sich nicht die Frage eines Geltungsvorranges, vielmehr ist das Vorhaben unzulässig¹⁰⁶.

3. Stellungnahme

Der Ansatz einer alternativen Geltung vermag nicht zu überzeugen. Der Normgeltungskonflikt zwischen den Anforderungen des Biotopschutzes und der Bauleitplanung ist nicht im Sinne eines Entweder-oder mit der Folge der Nichtigkeit der dem Biotopschutz widersprechenden Darstellungen in den Bauleitplänen wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht zu lösen¹⁰⁷. Die gesetzlichen Verbote, die geschützten Biotope nicht zu beeinträchtigen, stellen keinen zwingenden Planungsleitsatz dar¹⁰⁸. Normiert wird also keine „Planungsschranke“, wie es der VGH Mannheim¹⁰⁹ unter Verweis auf die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verhältnis von Landschaftsschutzverordnung und Bauleitplan auch für den Biotopschutz annimmt. Der Verweis auf die Rechtsprechung des BVerwG¹¹⁰ geht insofern fehl. Das BVerwG führt in diesem Beschluss zur mangelnden Genehmigungsfähigkeit eines Bebauungsplanes, der den Festsetzungen einer Landschaftsschutzverordnung widerspricht, lediglich aus: „Es widerspricht insbesondere nicht Bundesrecht, einem Bebauungsplan die erforderliche Genehmigung dann zu versagen, wenn im Zeitpunkt des Inkrafttretens seiner Verwirklichung dauernde Hindernisse rechtlicher Art entgegenstehen. Daß ein derartiges Hindernis auch in den Regelungen einer Landschaftsschutzverordnung liegen kann, ist nicht zweifelhaft. Ein

¹⁰⁵ Oldiges, S. 103 f.

¹⁰⁶ Oldiges, S. 104; Louis, NuR 1992, S. 24.

¹⁰⁷ So auch: VG Hannover, NuR 1994, S. 457; Weiblen, VBIBW S. 202 (206 f.); Louis, BNatSchG, § 8 a Rn. 20; Oldiges, S. 104.

¹⁰⁸ W. Schrödter, in: Schrödter, § 1 a Rn. 81 f.

¹⁰⁹ VGH Mannheim, VBIBW 1998, S. 64 (65).

¹¹⁰ BVerwG, UPR 1989, S. 112.

Bebauungsplan vermag in diesem Fall seine Aufgabe, die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke in der Gemeinde vorzubereiten und planerisch zu leiten (vgl. § 1 Abs. 1 BauGB), nicht zu erfüllen.”¹¹¹ Das Gericht erblickt den Grund für die Unwirksamkeit des Bebauungsplans nicht in einem unmittelbaren Verstoß gegen die Verbote der Landschaftsschutzverordnung, sondern vielmehr in der mangelnden Durchführbarkeit des Plans und der damit verbundenen Verfehlung seiner Aufgaben und Zielsetzungen. Die Nichtigkeit des Bebauungsplans beruht auf einer Verletzung städtebaulicher Grundsätze und nicht auf einem Geltungsvorrang der Schutzverordnung.

Im Sinne einer kumulativen Geltung hat das OVG Hamburg¹¹² zutreffend entschieden: „Der Bebauungsplan kann weder als Gesetz noch als spätere oder speziellere Regelung einen Vorrang vor der Landschaftsschutzverordnung beanspruchen. Denn beide Regelungen verfolgen unterschiedliche Ziele, und keine von ihnen beansprucht für sich, eine abschließende Bestimmung über die Zulässigkeit von Bauvorhaben innerhalb des gemeinsamen räumlichen Geltungsbereichs zu treffen. Daher liegt keine Kollision der beiden Normen vor, die mit den genannten Kollisionsregeln gelöst werden und zum Vorrang einer Norm vor der anderen führen müßte.” Trotz des höheren Ranges des Bebauungsplans¹¹³ hat das OVG die Nichtigkeit des Planes festgestellt, da seine, der Landschaftsschutzverordnung widersprechenden Festsetzungen aus rechtlichen Gründen nicht realisiert werden konnten und damit funktionslos waren. Eine alternative Geltung der Normen hat das Gericht unter Hinweis auf den jeweils nicht abschließenden Regelungsanspruch für die Zulässigkeit eines Vorhabens zu Recht abgelehnt¹¹⁴. Entsprechend stehen die Festsetzungen eines Bebauungsplans und des gesetzlichen Biotopschutzes selbständig und gleichberechtigt nebeneinander¹¹⁵. Denn Bauleitplanung und Biotopschutz verfolgen unterschiedliche Zielsetzungen. Dient die Bauleitplanung der Steuerung der städtebaulichen Entwicklung, so ist es das Ziel des Biotopschutzes, die Biotop- und Artenvielfalt in Deutschland zu erhalten.

¹¹¹ BVerwG, UPR 1989, S. 112.

¹¹² OVG Hamburg, NuR 1991, S. 239 (240).

¹¹³ Bebauungspläne werden im Stadtstaat Hamburg als formelle Gesetze verabschiedet, vgl. § 246 II S. 1 BauGB.

¹¹⁴ OVG Hamburg, a.a.O., S. 240.

¹¹⁵ Oldiges, S. 104.

Dieser Befund wird sowohl durch § 29 II BauGB als auch die jeweiligen Normen der Landesbauordnungen zur Erteilung von Baugenehmigungen belegt. § 29 II BauGB bestimmt ausdrücklich, dass die Vorschriften des Bauordnungsrechts und andere öffentlich-rechtliche, nicht bodenrechtliche Vorschriften, etwa des Naturschutzrechts, von der Geltung der §§ 30 – 37 BauGB, also insbesondere der Bebauungspläne, unberührt bleiben¹¹⁶. Das Bauplanungsrecht trifft danach keine abschließende Entscheidung über die Zulässigkeit baulicher Maßnahmen. Hieran anknüpfend sehen die Landesbauordnungen, etwa § 59 I 1 HS. LBO BW, vor, dass eine Baugenehmigung nur zu erteilen ist, wenn einem beantragten Vorhaben keine von der Baurechtsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen¹¹⁷. Auch genehmigungsfreie Vorhaben oder Vorhaben, für die nur ein Kenntnissgabe- oder Anzeigeverfahren vorgeschrieben ist, sind nur dann zulässig, wenn sie den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entsprechen, vgl. etwa §§ 50 V, 51 IV LBO BW. Die Zulässigkeit eines Bauvorhabens richtet sich also nicht allein nach Maßgabe des Bauplanungsrechts. Aufgrund der kumulativen Geltung der Regelungsregime scheidet eine unmittelbare Kontrolle der Festsetzungen eines Bebauungsplans am Maßstab des Biotoptypsches aus Rechtsgründen aus¹¹⁸. Bebauungspläne, die die beeinträchtigende städtebauliche Nutzung geschützter Biotope vorsehen, sind daher nicht allein aus Gründen der Normenhierarchie nichtig.

Bereits dem Wortlaut der bundes- und landesrechtlichen Regelungen ist zu entnehmen, dass der gesetzliche Biotoptypschutz die Planaufstellung und den Planbeschluss als solche nicht erfasst. Verboten sind Realakte, „Maßnahmen“ oder „Handlungen“, die zu einer Biotopbeeinträchtigung oder –zerstörung führen können, nicht hingegen vorbereitende Planungsakte. Aufstellung und Verabschiedung von Bauleitplänen lassen die biotopschutzrechtlichen Veränderungsverbote unberührt, haben also keine unmittelbaren Beeinträchtigungen von Biotopen zur Folge¹¹⁹. Dies hat das BVerwG für die unmittelbar geltende Vorschrift des § 20 f I BNatSchG 1986, nunmehr § 42 I BNatSchG, die dem gesetzlichen Biotoptypschutz vergleichbar die Beeinträchtigung, Schädigung oder Zerstörung von Tieren und Pflanzen der besonders geschützten Arten verbietet, bestätigt. Es hat zutreffend ausgeführt, dass die Norm Zugriffs- und Be-

¹¹⁶ Vgl.: Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 29 Rn. 26; Kuchler, DVBl. 1989, S. 973 ff.; Schlichter, in: BK, § 29 Rn. 16; Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 29 Rn. 58.

¹¹⁷ Vgl.: Brohm, § 28 Rn. 10; Dürr, Rn. 217 ff.

¹¹⁸ Oldiges, S. 105.

¹¹⁹ Weiblen, VBIBW 1996, S. 202 (206); Oldiges, S. 105; Louis, NuR 1992, S. 24 (26).

einträchtigungsverbote enthält, die bestimmte Tathandlungen untersagen. Nicht der Bebauungsplan oder einzelne seiner Festsetzungen, sondern erst deren Verwirklichung stellt somit einen untersagten Eingriff dar¹²⁰. Erst der Planvollzug, die Realisierung der vorgesehenen städtebaulichen Nutzung, kann also zur Beeinträchtigung eines Biotops und somit zum Verstoß gegen die gesetzlichen Verbote führen. Dieser Vollzug richtet sich hingegen – wie bereits gezeigt – nicht abschließend nach den Anforderungen des Bauplanungsrechts. Der gesetzliche Biotoptypenschutz greift erst in diesem Stadium direkt durch.

Durch einen Bauleitplan werden grundsätzlich auch keine konkreten Vorhaben, die eine Biotopfläche zerstören können, genehmigt. Dem Flächennutzungsplan fehlt es bereits an der Außenwirkung, während der Bebauungsplan trotz seiner Außenwirkung regelmäßig eines weiteren Vollzugsaktes in Form einer Baugenehmigung bedarf¹²¹. Auch wenn es einer Baugenehmigung nicht bedarf, wie etwa bei verfahrensfreien Vorhaben, ist der Bauherr zur Beachtung aller, nicht nur der bauplanungsrechtlichen Vorschriften, verpflichtet, vgl. etwa §§ 50 V, 51 IV LBO BW. Entsprechend wurde zum früheren Verhältnis der Eingriffsregelung des § 8 BNatSchG 1986 a.F. zur Bauleitplanung, das nunmehr im Baurechtskompromiss durch § 21 BNatSchG, § 1 a II BauGB, neu geregelt ist, die Ansicht vertreten, dass die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung unmittelbar auf die Bauleitplanung keine Anwendung findet, da sie auf die Zulassungsentscheidung selbst abzielt und vorgelagerte Planungsentscheidungen nicht erfasst¹²². Eine Ausnahme ist lediglich für Planfeststellungen ersetzende Bebauungspläne zu machen, die selbst abschließend über die Zulässigkeit eines Vorhabens entscheiden¹²³, vgl. etwa § 37 III S. 1 StrG BW. Ein solcher Plan, der eine abschließende und verbindliche Regelung treffen soll und die Zerstörung eines Biotops genehmigt, tritt in unmittelbarem Widerspruch zum gesetzlichen Biotoptypenschutz, sofern nicht bereits in diesem Stadium die zuständige Naturschutzbehörde eine Ausnahme oder Befreiung vom gesetzlichen Biotoptypenschutz erteilt.

Es bleibt zusammenzufassen, dass der gesetzliche Biotoptypenschutz kein unmittelbares Planungsverbot für gesetzlich geschützte Flächen normiert. Einerseits ist ein Bebauungsplan

¹²⁰ BVerwG, BauR 1997, S. 978 (979).

¹²¹ Louis, a.a.O. S. 26.

¹²² Vgl. zur damaligen Rechtslage: Schink, NuR 1993, S. 365, 366; Gassner, in: Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, vor § 8 a Rn. 4 jeweils mit weiteren Nachweisen.

¹²³ Louis, NuR 1992, S. 24 (26); ungenau: Weiblen, VBIBW 1996, S. 202 (206).

grundsätzlich **nicht** aus Gründen der Normenhierarchie wegen eines Verstoßes gegen den Biotoptypenschutz als höherrangiger Norm nichtig, wenn er Festsetzungen trifft, deren Vollzug ein Biotop beeinträchtigen kann, andererseits bleiben die gesetzlichen Verbote durch die Aufstellung von Bauleitplänen unberührt und können also durch die Planaufstellung nicht suspendiert werden. Im Rahmen der Genehmigung eines Vorhabens oder der Realisierung eines genehmigungsfreien Werkes sind sowohl die planerischen Festsetzungen als städtebauliche als auch die Verbote des gesetzlichen Biotoptypenschutzes als artenschutzrechtliche Regime kumulativ zu beachten. Eine abschließende Aussage über die Wirksamkeit von Bebauungsplänen, die Darstellungen treffen, deren Realisierung zur Beeinträchtigung gesetzlich geschützter Biotope führen kann, ist mit dieser Feststellung aber noch nicht gemacht.

III. Beachtung naturschutzrechtlicher Belange in der Planabwägung

Wurde soeben der Normgeltungskonflikt zwischen dem gesetzlichen Biotoptypenschutz und der Bauleitplanung unter einem hierarchischen Ansatz quasi aus „naturschutzrechtlicher Perspektive“ untersucht und dabei festgestellt, dass die Überplanung von Biotopen naturschutzrechtlich nicht verboten ist, gilt es nunmehr, die Auswirkungen des Biotoptypenschutzes auf die Bauleitplanung aus „bauplanungsrechtlicher“ Perspektive zu erörtern. Es bietet sich an, vorab auf die Bedeutung des Biotopschutzes als naturschutzrechtlichem Belang in der Abwägung unabhängig von der gesetzlichen Ausgestaltung in § 30 BNatSchG einzugehen, denn auch bei vollständiger Ausblendung der naturschutzrechtlichen Regelungen zum Schutz hochwertiger Biotope sind Aspekte des Arten- und Biotopschutzes bereits nach Maßgabe des Baugesetzbuches von den Gemeinden bei der Bauleitplanung zu berücksichtigen. Als allgemeines Planungsziel bestimmt § 1 V S. 1 BauGB neben der Gewährleistung der nachhaltigen städtebaulichen Entwicklung und der sozialgerechten Bodennutzung auch, dass die Bauleitplanung zur Sicherung einer menschenwürdigen Umwelt und zum Schutz und zur Entwicklung der natürlichen Lebensgrundlagen beitragen soll¹²⁴. Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen hat nunmehr als Staatsziel durch die Einführung des Art. 20 a GG eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Verankerung erfahren¹²⁵. Dieses abstrakte Staats- und Planungsziel wird durch die Planungsleitlinie der §§ 1 V S. 2 Nr.7, 1 a II Nr. 2 BauGB konkretisiert, wonach bei der Aufstellung von Bauleitplänen auch die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege und die Eingriffsregelung nach dem BNatSchG zu berücksichtigen sind.

¹²⁴ Vgl. hierzu: W. Schrödter, in: Schrödter, § 1 Rn. 87 – 90.

¹²⁵ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 a Rn. 1 ff. mit weiteren Nachweisen.

Der Biotop- und Artenschutz stellt einen wesentlichen Belang des Naturschutzes dar¹²⁶, wie bereits § 1 Nr. 3, 4 BNatSchG klarstellt. Die durch das schnell fortschreitende Artensterben¹²⁷ bedingte Reduzierung der genetischen Vielfalt in unserer Umwelt berührt und bedroht darüber hinaus die natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen¹²⁸. Die Erhaltung ökologisch wertvoller Biotopflächen stellt daher einen wichtigen städtebaulichen Belang für die Planabwägung gem. § 1 VI BauGB dar¹²⁹. Eine planende Gemeinde kann daher die Erhaltung ökologisch wertvoller Biotope in der Abwägung nur aus besonders gewichtigen städtebaulichen Gründen zurückstellen. Je hochwertiger und schützenswerter ein Biotop aufgrund seiner Artenvielfalt, seiner ökologischen Funktionen für den Naturhaushalt oder der Bedrohung des betroffenen Biotoptyps im konkreten Einzelfall ist, desto schwerer wird die Festlegung einer beeinträchtigenden städtebaulichen Nutzung fallen. Es gelten in diesem Zusammenhang die allgemeinen Abwägungsanforderungen¹³⁰. Ein Bauleitplan, der die Belange des Biotopschutzes ignoriert, nicht zutreffend bewertet oder in ein unangemessenes Verhältnis zu anderen städtebaulichen Belangen setzt, ist daher abwägungsfehlerhaft. Die Überplanung von Biotopflächen, die zu Typen zählen, die vom völligen Untergang in Deutschland bedroht oder sehr stark gefährdet sind oder die sich durch ihre Einmaligkeit und landschaftliche Schönheit auszeichnen, wird daher bereits im Rahmen der Planabwägung bei richtiger Gewichtung regelmäßig nicht möglich sein¹³¹.

IV. Bauplanungsrechtliche Auswirkungen des Biotoptypsches

Der gesetzliche Biotoptypschutz ist auf der Ebene des Planvollzugs zwingend zu beachten. Planerische Darstellungen, die eine beeinträchtigende städtebauliche Nutzung vorsehen, können also nicht realisiert werden, sofern für die geplanten Eingriffe von den zuständigen Naturschutzbehörden keine naturschutzrechtlichen Ausnahmen oder Befreiungen erteilt werden. Die Planverwirklichung hängt am „seidenen Faden“ einer naturschutzrechtlichen Freistellung.

¹²⁶ Vgl.: BVerfG NJW 1990, S. 1229; BVerfGE 61, S. 291 (312 f.); sowie: Bendomir-Kahlo, in: Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, vor § 20 Rn. 1; Schink, LG NW, S. 109 Rn. 178.

¹²⁷ Vgl. zum Artensterben etwa: Binot, Bless, Boye u.a., Rote Liste gefährdeter Tier Deutschlands, S. 19 ff. sowie Tab. 2 und Abb. 2.

¹²⁸ Simon, in: GEO, Juli 1999 (Heft 7) S. 16 (30 ff.).

¹²⁹ Oldiges, S. 106 f.; Louis, NuR 1992, S. 24 (26).

¹³⁰ Louis, NuR 1992, S. 24, 26.

¹³¹ Noch weitergehend: Louis, NuR 1992, S. 24 (26); Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (406).

Diese Abhängigkeit der Planumsetzung gebietet es, die bisher nur erwähnten biotopschutzrechtlichen Ausnahmeregelungen und die generellen naturschutzrechtlichen Befreiungstatbestände zu erörtern und ihre Anwendbarkeit im Rahmen der Planverwirklichung zu untersuchen. Sodann wird auf die möglichen Rückwirkungen des gesetzlichen Biotoptypsches und seiner Verbote auf die Bauleitplanung einzugehen sein.

1. Ausnahmetatbestände des Biotoptypsches

Der Bundesgesetzgeber hat die unvermeidbaren Konflikte zwischen den Verboten des gesetzlichen Biotoptypsches und anderen Bedürfnissen und Interessen der Bodennutzung von Biotopflächen erkannt. Er hat den Ländern in § 30 II S. 1, 2 BNatSchG (§ 20 c II BNatSchG 1986) das Recht eingeräumt, Ausnahmen vom gesetzlichen Beeinträchtungsverbot zuzulassen. Allerdings ist der den Ländern gesetzte Rahmen insofern eng begrenzt, als bereits § 30 II BNatSchG (§ 20 c II BNatSchG 1986) selbst die zulässigen Ausnahmetatbestände bestimmt. Danach können die Länder Ausnahmen zulassen, wenn die Beeinträchtigungen der Biotope ausgeglichen werden können oder die Maßnahmen aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls notwendig sind. Obwohl der Bundesgesetzgeber die Umsetzung dieser Ausnahmetatbestände in das Ermessen der Länder gestellt hat¹³², verwundert es vor dem Hintergrund dieses engen Rahmens und der voraussehbaren Konflikte kaum, dass sich diese Ausnahmetatbestände in fast allen landesrechtlichen Ausgestaltungen des gesetzlichen Biotoptypsches wiederfinden. Die Diskussion darüber, ob sich das legislative Ermessen der Landesgesetzgeber bei verfassungskonformer Auslegung des § 20 c II S.1 BNatSchG 1986 auf Null reduzierte¹³³ und die Landesgesetzgeber daher zur Umsetzung der Ausnahmetatbestände verpflichtet waren, hat sich damit weitgehend erledigt. Von Bedeutung ist dieser Streit lediglich in Nordrhein-Westfalen und Hessen, da die dortigen Gesetzgeber auf eine Umsetzung des Ausnahmetatbestandes der Ausgleichbarkeit einer Beeinträchtigung verzichtet haben. Über die in § 20 c II BNatSchG 1986 vorgesehenen Tatbestände hinaus durften die Landesgesetzgeber keine weiteren Ausnahmeregelungen einführen¹³⁴.

¹³² A. Schmidt-Räntsch, a.a.O. § 20 c Rn. 15; Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (408).

¹³³ So: A. Schmidt-Räntsch, a.a.O. Rn. 15; a.A.: Schink, a.a.O. S. 408.

¹³⁴ Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (408).

a) Ausgleich der Beeinträchtigung

Nach § 30 II S. 1, HS. 1 BNatSchG (§ 20 c II S. 1, HS. 1 BNatSchG 1986) können die Länder Ausnahmen zulassen, wenn die Beeinträchtigungen der Biotope ausgeglichen werden. Entsprechend heißt es etwa in § 28 a V S. 1 Nr. 1 NNatG, dass die Naturschutzbehörde auf Antrag Ausnahmen von den Verboten des Absatzes 2 (des Biotopschutzes) zulassen kann, wenn die hierdurch entstehenden Beeinträchtigungen des Naturhaushalts oder des Landschaftsbildes durch Ausgleichsmaßnahmen ausgeglichen werden¹³⁵. Wann die Beeinträchtigung oder Zerstörung eines hochwertigen Biotops ausgeglichen ist, wird weder im § 30 II BNatSchG noch in den landesrechtlichen Normen bestimmt. Nach allgemeiner Meinung ist daher auf die Legaldefinition des Ausgleichs in § 19 II S. 2 BNatSchG (§ 8 II S.4 BNatSchG 1986) im Rahmen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung zurückzugreifen¹³⁶. Ein entsprechender Rückgriff ist berechtigt, da sich die erhebliche oder nachhaltige Beeinträchtigung eines Biotops, wie bereits erwähnt, auch als „allgemeiner“ Eingriff in Natur und Landschaft im Sinne der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung darstellt (§ 18 I BNatSchG¹³⁷) und § 19 II S. 2 BNatSchG einen verallgemeinerungsfähigen, mit § 30 II BNatSchG zu vereinbarenden Rechtsgedanken enthält¹³⁸. Ausgeglichen ist ein Eingriff nach § 19 II S. 2 BNatSchG, wenn nach seiner Beendigung keine erhebliche oder nachhaltige Beeinträchtigung des Naturhaushalts zurückbleibt und das Landschaftsbild landschaftsgerecht wiederhergestellt oder neu gestaltet ist.

Die Beurteilung der Ausgleichbarkeit einer Biotopbeeinträchtigung setzt zunächst eine Bestandsaufnahme und Bewertung der betroffenen Flächen voraus. Dieser Zustand ist in einer „Ökobilanz“ dem prognostizierten Zustand gegenüberzustellen, der nach Verwirklichung einer beantragten Maßnahme vorzufinden sein wird¹³⁹. Hinsichtlich der Methodik der Bewer-

¹³⁵ Vgl. etwa die entsprechenden Formulierungen in: § 24 a IV S.1 Nr.2, 2.Alt. NatSchG BW; § 13 d II S.1 Bay-NatSchG; § 30 a III S.1 NatSchG Bln; § 20 III S. 1 NatSchG M-V.

¹³⁶ Kolodziejcok/Recken, § 20 c, Rn.9; A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendimir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c, Rn. 16; Schink, a.a.O. S. 408; Louis, NNatG, § 28 a, Rn. 12; Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 13 d Rn. 21; vgl. auch obige Ausführungen zu § 8 a BNatSchG.

¹³⁷ Schink, a.a.O.

¹³⁸ Kolodziejcok/Recken, § 20 c, Rn. 9; A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendimir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c, Rn. 16; Schink, a.a.O. S. 408.

¹³⁹ Gassner, a.a.O. Rn. 28; Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 6 a Rn. 17.

tung und Bilanzierung von Flächen ist auf die einschlägige Fachliteratur zu verweisen¹⁴⁰. Das so bilanzierte, zu erwartende Defizit ist im Anschluss auf seine Ausgleichbarkeit zu untersuchen. Der Ausgleich, die Kompensation eines Eingriffs, erfolgt grundsätzlich nach dem Prinzip des alttestamentlichen „Auge um Auge, Zahn um Zahn“¹⁴¹, d.h. erforderlich ist die Wiederherstellung der beeinträchtigten Funktion und Strukturen des Naturhaushaltes und des Landschaftsbildes¹⁴². Bereits die Formulierung der Legaldefinition, wonach ein Eingriff bereits ausgeglichen ist, wenn keine erheblichen oder nachhaltigen Beeinträchtigungen des Naturhaushaltes zurückbleiben, trägt dem Umstand Rechnung, dass bei rein faktischer, naturwissenschaftlicher Betrachtung ein vollständiger Ausgleich der Eingriffsfolgen aufgrund der Komplexität der ökologischen Verknüpfungen in nahezu allen Fällen ausgeschlossen sein wird¹⁴³. Das Ziel des Ausgleich ist es daher, dem Status quo ante möglichst nahe zu kommen, den vorherigen Zustand im Rahmen des praktisch Möglichen, des von Menschen Machbaren zu erreichen¹⁴⁴. Eine gewisse Flexibilität in der Realisierungsphase ist daher zugelassen¹⁴⁵. Aus dieser Feststellung darf aber nicht abgeleitet werden, dass als Ausgleich eine beliebige Form der Kompensation, der Begleichung der „Ökobilanz“ im Sinne einer mathematischen Wertung, genügt. Vielmehr ist bei funktioneller Betrachtung die Ausgleichbarkeit einer Beeinträchtigung nur zu bejahen, wenn die Funktionen und Strukturen des Naturhaushaltes gleichartig und im engen räumlichen Bezug zum Ort des Eingriffs wiederhergestellt werden können¹⁴⁶. Hinsichtlich der Wiederherstellung des Landschaftsbildes verlangt das BVerwG, dass in dem betroffenen Landschaftsraum ein Zustand herzustellen ist, der den vorher vorhandenen Zustand in weitest möglicher Annäherung fortführt, d.h. in gleicher Art, mit gleichen Funktionen und ohne Preisgabe wesentlicher Faktoren des optischen Beziehungsgefüges¹⁴⁷.

¹⁴⁰ Vgl. die Nachweise bei: Gassner, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 8 Rn. 29.

¹⁴¹ Gassner, a.a.O. Rn. 27.

¹⁴² Schink, DVBl. 1992, S. 1390 (1398); Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 6 a Rn. 13, 19; Louis, NNatG, § 10 Rn. 3.

¹⁴³ Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 6 a Rn. 12; Schink, DVBl. 1992, S. 1390 (1398); Gassner, a.a.O. § 8 Rn. 30.

¹⁴⁴ Schink, DVBl. 1992, S. 1390 (1398); Kuchler, NuR 1991, S. 468; Gassner, a.a.O. Rn. 30.

¹⁴⁵ Gassner, a.a.O. Rn. 31.

¹⁴⁶ Schink, DVBl. 1992, S. 1390 (1399); Gassner, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 8 Rn. 33; Louis, NNatG, § 10 Rn. 3; Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 6 a Rn. 19.

¹⁴⁷ BVerwGE 85, S. 348 (360).

Der Ausgleich ist nach richtiger Ansicht trotz fließender Übergänge in der Praxis¹⁴⁸ von sonstigen Ersatzmaßnahmen im Sinne des § 19 II S. 1, HS. 2 BNatSchG (§ 8 IX BNatSchG 1986) abzugrenzen¹⁴⁹. Die Richtigkeit der Aussage, dass der Ersatz im Verhältnis zum Ausgleich ein aliud darstellt, belegt bereits das in § 19 II BNatSchG normierte, oben dargelegte Stufenverhältnis zwischen Ausgleich und Kompensation in sonstiger Weise¹⁵⁰. Eine Gleichstellung von Ausgleich und Ersatz, wie nunmehr durch § 200 a S. 1 BauGB im Rahmen des hier nicht anwendbaren Baurechtskompromisses geschehen, würde diese Differenzierung in § 19 BNatSchG egalisieren und den gesetzgeberischen Willen ignorieren. Der Ausgleich ist insofern vom Ersatz unterscheidbar, als er eine gleichartige Wiederherstellung der Funktionen des Naturhaushalts gebietet, die auf den Ort des Eingriffs funktional zurückwirkt, was eine räumliche Nähe zum Eingriffsort, nicht aber einen Ausgleich unmittelbar am Ort des Eingriffs voraussetzt¹⁵¹. Dagegen wird mit dem Ersatz, also einer nur gleichwertigen Kompensation, ein gegenüber dem Status quo ante reduziertes Ziel verfolgt. Es genügt, dass ein Zustand geschaffen wird, der den beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushaltes ähnlich ist und einen gelockerten räumlichen Bezug zum Ort des Eingriffs aufweist, d.h. im betroffenen Landschaftsraum erfolgt¹⁵².

Neben der funktionellen und räumlichen ist letztlich eine zeitliche Komponente zu beachten¹⁵³. Der zeitliche Rahmen für einen Ausgleich muss sich naturgemäß danach richten, was auszugleichen ist¹⁵⁴. Ein Ausgleich in dem Sinne, dass die verlorenen Funktionen sofort vollständig wiederherzustellen sind, der Ausgleichserfolg also sofort nach dem Eingriff eintritt, kann nicht verlangt sein, da dies angesichts der Unmöglichkeit natürliche Funktionen in ihrer Komplexität sofort wiederherzustellen die gesetzliche Verpflichtung ad absurdum führen würde. Neu geschaffene Gewässer, Ausgleichsbiotope und Anpflanzungen brauchen Zeit zur Entfaltung ihrer Funktionen und Wirkungen im Naturhaushalt. Bei Beeinträchtigungen des

¹⁴⁸ Louis, NNatG, § 10 Rn. 3; Gaentzsch, NuR 1986, S. 89 (90).

¹⁴⁹ Schink, DVBl. 1992, S. 1390 (1399).

¹⁵⁰ Schink, a.a.O. S. 1398 f., 1401; Gassner, Rn. 33, 35 f.; Louis, NNatG, § 10 Rn. 3; Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art 6 a Rn. 19.

¹⁵¹ Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, a.a.O. Rn. 19; Schink, a.a.O. S. 1398 f.; Louis, NNatG, § 10 Rn. 3; Gassner, a.a.O. Rn. 33.

¹⁵² Gassner, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 8 Rn. 36; Schink, DVBl. 1992, S. 1390 (1401); Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 6 a Rn. 38; Louis, NNatG, § 12 Rn. 3.

¹⁵³ Hierzu: Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art 6 a Rn. 24.

¹⁵⁴ Schink, a.a.O. S. 1399; Kuchler, NuR 1991, S. 469.

Landschaftsbildes verlangt die Rechtsprechung, dass die Landschaft innerhalb weniger Jahre landschaftsgerecht wiederhergestellt oder neugestaltet sein muss¹⁵⁵. Führt gerade eine zeitliche Lücke zwischen dem Eingriff und der ökologisch vollwertigen Kompensation zu weiteren Beeinträchtigungen des Naturhaushaltes, etwa dem vorübergehenden Verlust des Lebensraumes für eine vom Aussterben bedrohte Art mit der Folge, dass die Art zumindest in der betroffenen Region vollständig verschwindet, so sind diese Konsequenzen in die Beurteilung der Ausgleichbarkeit miteinzubeziehen und ist die Möglichkeit eines Ausgleichs ggf. zu verneinen¹⁵⁶. Die Bestimmung einer Ausgleichsfrist ist letztlich eine Frage des Planungshorizontes und hat sich daher auch am menschlichen Maß zu orientieren. Sie sollte daher nicht größer als der Erlebniszeitraum eines Menschen sein¹⁵⁷.

Wird der Maßstab des § 19 II S. 2 BNatSchG demgemäss im Rahmen des gesetzlichen Biotoptypschanutzes angewendet, so kann eine Ausnahme vom Beeinträchtigungsverbot aufgrund der Ausgleichbarkeit der Biotopbeeinträchtigung nur dann erteilt werden, wenn die gleichartige Wiederherstellung der Biotopfunktionen und -strukturen mit räumlicher Rückwirkung auf den Ort der Beeinträchtigung in angemessener Frist unter Berücksichtigung eines menschlichen Planungshorizontes nach einer ex ante Prognose als gesichert gelten kann. Die Erforderlichkeit einer gleichartigen Kompensation wird in einigen Landesnaturschutzgesetzen ausdrücklich normiert und bestätigt somit obige Anforderungen an den Ausgleich¹⁵⁸. In der Praxis kann daher der Ausgleich einer Biotopzerstörung oder Beeinträchtigung nur durch die Anlage eines Biotops gleichen Typs und zumindest gleichen Umfanges erfolgen, das in einem räumlichen Bezug zur verletzten Biotopfläche stehen muss¹⁵⁹. Entsprechend können die Abholzung eines Sumpfwaldes nicht durch die Anlage einer Wacholderheide oder die Überbau-

¹⁵⁵ VGH Mannheim, NuR 1984, S. 102 (105).

¹⁵⁶ BVerwG, NuR 1998, S. 305 (306); Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, a.a.O. Rn. 24.

¹⁵⁷ Gassner, a.a.O. Rn. 34.

¹⁵⁸ Vgl. etwa: § 24 a IV S. 1 Nr. 2, 2. Alt. NatSchG BW.

¹⁵⁹ Vgl. hierzu die Begründung zum Gesetzesentwurf der baden-württembergischen Landesregierung, LT-Drs 10/5340 S. 37, wo es heißt, dass zum Ausgleich ein „gleichartiger Biotop“ geschaffen werden muss: „Darunter ist ein Biotop vom selben Biototyp zu verstehen, der in den standörtlichen Gegebenheiten und der Flächenausdehnung mit dem zerstörten oder beeinträchtigten Biotop im wesentlichen übereinstimmt.“ Weiterhin: Schink, DVBl. 1992, S. 1390, (1399); ders., VerwArch 86 (1995), S. 398 (409); A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 16; Weiblen, DVBl. 1996 S. 202 (204); Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 6 a, Rn. 27 mit einer Vielzahl von Einzelfällen.

ung eines Trockenrasens nicht durch die Renaturierung eines Bachlaufes ausgeglichen werden, da die Funktionen des Naturhaushaltes nicht gleichartig wiederhergestellt werden.

Vor dem Hintergrund dieser strengen Anforderungen an die Ausgleichbarkeit von Biotopbeeinträchtigungen muss die Betrachtung der geschützten Biotoptypen zu der Einsicht führen, dass eine Wiederherstellung der ganz überwiegenden Mehrzahl dieser Biotoptypen bei Zugrundelegen eines menschlichen Planungshorizontes von vornherein ausgeschlossen ist, da es sich um Ökosysteme handelt, die in Jahrhunderten oder gar Jahrtausenden gewachsen sind oder die auf ganz spezifische Standortbedingungen angewiesen sind, die vom Menschen nicht künstlich nachgebildet werden können¹⁶⁰. So stuft die „Rote Liste der gefährdeten Biotoptypen der Bundesrepublik Deutschland“¹⁶¹, die mit dem Katalog der gesetzlich geschützten Biotoptypen zwar nicht identisch ist, aber die überwiegende Zahl dieser und weitere Typen erfasst, 35 % der gefährdeten Lebensraumtypen als nicht oder kaum regenerierbar ein. Als schwer regenerierbar werden 37,7 % der natürlichen oder naturnahen Biotoptypen qualifiziert, wobei von einem Regenerationszeitraum von 15 bis 150 Jahren ausgegangen wird. Erhebliche und nachhaltige Beeinträchtigungen von Biotopflächen dieser Typen werden daher regelmäßig nicht auszugleichen sein. Zu den Biotoptypen, deren Anlage durch den Menschen grundsätzlich unmöglich ist, gehören etwa Hochmoore, Auwälder, Quellbereiche, natürliche Trockenrasen oder „Urwälder“¹⁶². Als bedingt regenerierbar gelten lediglich 21,1 % der gefährdeten Typen, deren Regeneration in einem Zeitraum von bis zu 15 Jahren wahrscheinlich ist. Der Ausgleich von Beeinträchtigungen von besonders schützenswerten Biotopflächen der gesetzlich geschützten Typen wird daher bereits aus ökologischen Gründen nur bei einigen Biotoptypen und in wenigen Fällen möglich sein¹⁶³. Eine Ausgleichsmaßnahme, die erst nach Jahren oder Jahrzehnten zu greifen vermag, genügt den rechtlichen Anforderungen nicht. Sie vermag keinen wesentlichen Beitrag zum Erhalt der akut bedrohten Artenvielfalt in Deutschland zu leisten.

¹⁶⁰ Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 6 a Rn. 24, 27; Art. 13 d, Rn. 21; A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch: § 20 c Rn. 16; Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (409); Kolodziejczok/Recken, § 20 c Rn. 9.

¹⁶¹ Riecken, Ries, Ssymank, „Rote Liste der gefährdeten Biotoptypen der Bundesrepublik Deutschland“, S. 21, 32-35.

¹⁶² Vgl.: Riecken, Ries, Ssymank, Rote Liste der gefährdeten Biotoptypen der Bundesrepublik Deutschland S. 21.

¹⁶³ Kolodziejczok/Recken, § 20 c Rn.9.

Selbst wenn die Wiederherstellung eines beeinträchtigten Biotops, etwa einer Streuobstwiese, eines Feldgehölzes, Knicks oder Tümpels, aus naturwissenschaftlicher Sicht in Betracht kommt¹⁶⁴, ist zu berücksichtigen, dass auch der Ausgleich von Eingriffen in bedingt regenerationsfähige Biotope den Betroffenen aus einer Vielzahl von anderen Gründen im Einzelfall unmöglich sein kann. Denn auch die Anlage einer schlichten Streuobstwiese oder eines Tümpels setzt das Vorhandensein ökologisch geeigneter Flächen mit einem räumlichen Bezug zum Eingriffsort voraus, die für den Vorhabensträger zum Zwecke des Ausgleichs verfügbar sind. Private Investoren werden regelmäßig entsprechende Flächen nicht selbst besitzen, so dass sie auf die ungewisse Veräußerungsbereitschaft Dritter angewiesen sind. Eine hoheitliche Enteignung aus rein privaten oder wirtschaftlichen Gründen ist ebenfalls nicht möglich. Der notwendige Erwerb von geeigneten Flächen wie auch die erforderlichen Renaturierungs- und Pflegemaßnahmen zur Anlage eines Biotops verursachen weiterhin erhebliche Kosten, die zu den Kosten für das beeinträchtigende Vorhaben zu addieren sind und letztlich die Rentabilität des Gesamtvorhabens in Frage stellen können.

Der Ausgleich von Biotopbeeinträchtigungen wird daher insbesondere privaten Vorhabensträgern, aber auch den Gemeinden, wenn sie bereits im Rahmen der Planung Ausgleichsflächen ausweisen und den vorgesehenen Eingriffsflächen zuordnen, vgl. § 1 a III BauGB, nur in seltenen Ausnahmefällen ökologisch und räumlich möglich und wirtschaftlich auch vertretbar sein. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht ermessensfehlerhaft, dass die Landesgesetzgeber in Nordrhein-Westfalen und Hessen auf die Umsetzung dieses Ausnahmetatbestandes verzichtet haben. Sollte dem Eigentümer in einem exzeptionellen Fall ein Ausgleich tatsächlich möglich sein, so wird ihm regelmäßig eine Befreiung aufgrund einer nicht beabsichtigten Härte zu erteilen sein.

b) Gemeinwohlklausel

Ausnahmen vom Beeinträchtigungsverbot können gem. § 30 II S. 1, HS. 2 BNatSchG auch dann erteilt werden, wenn eine Maßnahme aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls notwendig ist¹⁶⁵. Der Ausnahmetatbestand, der in die biotopschutzrechtlichen Bestimmungen

¹⁶⁴ Zur Regenerationsfähigkeit der exemplarisch genannten Biotoptypen siehe: Riecken, Ries, Ssymank, a.a.O. S. 44, 58.

¹⁶⁵ Vgl. hierzu: A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 17; Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (409).

aller Landesnaturschutzgesetze mit Ausnahme von Hessen und Rheinland-Pfalz Eingang gefunden hat, setzt voraus, dass Gründe des Gemeinwohls für die Verwirklichung eines beeinträchtigenden Vorhabens sprechen, die Verwirklichung dieser Maßnahmen gerade im Bereich eines gesetzlich geschützten Biotops erforderlich ist und die betroffenen Gemeinwohlbelange die Schutzwürdigkeit des betroffenen Biotops übersteigen¹⁶⁶.

Öffentlichen Interessen und somit dem Gemeinwohl dient z.B. die Errichtung von sozialen und kulturellen Einrichtungen, von Verkehrs-, Ver- und Entsorgungsanlagen und von Anlagen, die der Gefahrenabwehr dienen. Als Beispiele können Krankenhäuser, Kindergärten, Schulen, Sporthallen für den Breitensport, Straßen, Deiche u.s.w. genannt werden¹⁶⁷. Umstritten ist, ob auch arbeitsplatzsichernde Investitionen durch Privatleute hierzu zu rechnen sind¹⁶⁸. Private, vornehmlich wirtschaftliche Interessen, fallen hingegen nicht in den Anwendungsbereich der Gemeinwohlklausel¹⁶⁹.

Aufgrund der mitunter gravierenden Eingriffe in die Rechtsstellung der Betroffenen, insbesondere das verfassungsrechtlich garantierte Eigentum, wird in der Literatur u.a. vorgeschlagen, die Ausnahmetatbestände § 30 II BNatSchG verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass eine Ausnahme auch dann zu erteilen ist, wenn das private Interesse des Einzelnen an einer wirtschaftlichen Nutzung des Biotops das öffentliche Erhaltungsinteresse überwiegt¹⁷⁰. Eine entsprechende Ausdehnung der Ausnahmetatbestände des gesetzlichen Biotoptypschutzes ist hingegen durch den eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut des § 30 II S. 1 BNatSchG verstellt¹⁷¹. Der Bundesgesetzgeber hat Ausnahmen ausdrücklich nur aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls für zulässig erklärt. Die Landesgesetzgeber haben diese Beschränkung bei der Umsetzung berücksichtigt. Entsprechend hat der niedersächsische

¹⁶⁶ Schink, a.a.O. S. 409; Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 13 d Rn. 23; sowie zum wortgleichen § 31 I Nr. 2 BNatSchG: Louis, NuR 1995, S. 62 (69); A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendimir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 31, Rn. 17 f.

¹⁶⁷ A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendimir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 17; Schink, a.a.O. S. 409; Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, ebenda.

¹⁶⁸ So: VG Hannover, NuR 1994, S. 457; A. Schmidt-Räntsch, a.a.O. Rn. 17; Louis, NuR 1995, S. 62, 69; a.A.: VG Karlsruhe, NuR 1990, S. 332 (333 ff.).

¹⁶⁹ OVG Lüneburg, NuR 1995, S. 470 (472); Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, a.a.O.

¹⁷⁰ A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendimir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 18.

¹⁷¹ OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (304); OVG Schleswig, NuR 1998, S. 558 (559); Apfelbacher, NuR 1987, S. 241 (249); Koldziejczok/Recken, § 20 c Rn. 8.

Gesetzgeber die im Gesetzesentwurf zunächst vorgesehene Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahme aus Gründen einer unzumutbaren Belastung der Grundeigentümer oder Nutzungsberechtigten verworfen¹⁷².

Sprechen Gemeinwohlbelange für die Verwirklichung eines Vorhabens, so ist im zweiten Schritt zu prüfen, ob die Verwirklichung eines Vorhabens auf einer konkret in Aussicht genommenen, gesetzlich geschützten Fläche erforderlich ist, wobei die Standortgebundenheit des Biotops zu berücksichtigen ist. Davon ist nur auszugehen, wenn das Bauvorhaben an anderer Stelle nicht schonender durchgeführt werden kann. Die Umsetzung eines Bauprojekts im Bereich eines Biotops muss zwar nicht das einzig denkbare Mittel sein, aber es muss vernünftigerweise zur Zielerreichung geboten sein. Bietet sich eine andere Möglichkeit an, so ist diese zu wählen, auch wenn sie aufwendiger und teurer ist¹⁷³. Wird die Erforderlichkeit bejaht und dient ein Vorhaben im Einzelfall zumindest auch öffentlichen Belangen, wie z.B. der Gesundheitsfürsorge oder der dauerhaften Sicherung von Arbeitsplätzen, so müssen diese Belange dem Biotoptypschutz vorgehen. Es hat mithin eine Abwägung der öffentlichen Interessen stattzufinden, wobei insbesondere die Schutzwürdigkeit des einzelnen Biotops zu beachten ist. In die Wertung sind die Größe und Lage des konkret betroffenen Biotops, seine ökologische Wertigkeit und der Umfang seiner Betroffenheit sowie der Gefährdungsgrad des betroffenen Biotoptyps einzustellen und mit den öffentlichen Belangen, die für ein beeinträchtigendes Vorhaben streiten, abzuwägen. Je bedeutender Funktionen eines Biotops für den Naturhaushalt sind oder auch je seltener ein Biotop oder die in ihm lebenden Arten sind, desto höhere Anforderungen sind an das öffentliche Interesse, das für eine Verwirklichung des geplanten Bauvorhabens spricht, zu stellen¹⁷⁴. Diese Abwägung wird bei privaten Vorhaben im Hinblick auf die besondere Bedeutung des Artenschutzes und dessen Wertschätzung in der Rechtsprechung des BVerfG „als überragenden Gemeinschaftsbelang“¹⁷⁵ regelmäßig zum Nachteil des Bauherrn ausfallen. Entspricht ein Vorhaben im Einzelfall diesen hohen Anforderungen, so ist zu beachten, dass auch für diese Beeinträchtigungen die Verursacher aufgrund der landesrechtlichen Regelungen zu Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen herangezogen werden können, so dass es auch in diesen Fällen zumindest zu einer finanziellen Belastung kommt.

¹⁷² Nds. LT-Drs 11/5154 S. 5.

¹⁷³ VGH München, NuR 1983, S. 121 f.; Louis, NuR 1995 S. 62 (70).

¹⁷⁴ Schink, VerwArch 86 (1995) S. 398 (409); Louis, NuR 1995, S. 62, 69 f.

¹⁷⁵ BVerfGE 61, S. 291 (312); BVerfG NJW 1990, S. 1229.

c) Ermessen

Die Landesnaturschutzgesetze stellen die Erteilung von Ausnahmen in das Ermessen der zuständigen Naturschutzbehörden¹⁷⁶. Sind die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahme von biotoptypenschutzrechtlichen Verboten, insbesondere wegen überwiegender Gründe des Gemeinwohls, zu bejahen, so verbleibt für eine Ermessensbetätigung der Naturschutzbehörden nur ein enger Spielraum. Bereits der Tatbestand der Gemeinwohlklausel setzt die Notwendigkeit des Eingriffs und die Abwägung der widerstreitenden öffentlichen Interessen voraus, so dass diese Aspekte im Rahmen der Ermessensausübung nicht erneut zu würdigen sind¹⁷⁷. In vielen Fällen wird daher nicht die Entscheidung über die grundsätzliche Freistellung eines Vorhabens, sondern lediglich über den Umfang, die möglichst umweltverträgliche Durchführung und die Art und Weise von festzusetzenden Kompensationsmaßnahmen im Ermessen der zuständigen Naturschutzbehörden liegen. Eine Reduzierung des Ermessens, ggf. bis auf Null,¹⁷⁸ kann sich darüber hinaus aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Eigentums, Art. 14 I S. 1 GG, oder der Planungshoheit der Gemeinden, Art. 28 II S. 1 GG, ergeben¹⁷⁹.

d) Zwischenergebnis

Der Ausgleich einer Biotopbeeinträchtigung ist nur in außergewöhnlichen Ausnahmefällen möglich, so dass diesem Tatbestand, sofern er landesrechtlich überhaupt vorgesehen ist, keine große Bedeutung zukommen kann. Viele der geschützten Biotope zeichnen sich gerade durch ihre Unwiederbringlichkeit aus. Aber auch eine Ausnahme aus überwiegenden Gründen des öffentlichen Interesses stellt hohe Anforderungen auf und kommt in Fällen, in denen es lediglich um die Verwirklichung privater Vorhaben geht, regelmäßig nicht in Betracht. Vorhaben, die der Allgemeinheit zu dienen bestimmt sind, werden aufgrund der hohen Wertschätzung des Arten- und Biotopschutzes¹⁸⁰ nur in Fällen von übergeordneter Bedeutung und fehlender

¹⁷⁶ Vgl.: Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 13 d Rn. 25; Louis, NNatG, § 28 a Rn. 15; Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (410).

¹⁷⁷ So auch: Schink, a.a.O. S. 410.

¹⁷⁸ In diesem Sinne: A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendomin-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 15.

¹⁷⁹ Näheres im verfassungsrechtlichen Teil der Arbeit, S. 83 ff. sowie S. 165 ff.

¹⁸⁰ Vgl. BVerfGE 61, S. 291 (312); NJW 1990, S. 1229; Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (222).

Alternative auf Biotopflächen zu verwirklichen sein. Liegen die strengen tatbestandlichen Voraussetzungen ausnahmsweise vor, so werden die Behörden trotz des ihnen eingeräumten Ermessens in der Regel Ausnahmen zu erteilen haben.

2. Naturschutzrechtliche Befreiungstatbestände

Sowohl im Bundesnaturschutzgesetz als auch in den Landesnaturschutzgesetzen¹⁸¹ ist die Möglichkeit der Erteilung von Befreiungen von den naturschutzrechtlichen Verboten und Geboten vorgesehen. Da die Ausnahmetatbestände des gesetzlichen Biotoptypsches, wie gezeigt, nur in seltenen Fällen greifen, soll im Folgenden auf die grundsätzliche Anwendbarkeit der Befreiungstatbestände auf den gesetzlichen Biotoptypsches unter aa), auf die Voraussetzungen für die Erteilung einer Befreiung unter bb) und gegebenenfalls auf die Relevanz dieser Befreiungen für das hier zu untersuchende Verhältnis des gesetzlichen Biotoptypsches zur Bauleitplanung unter cc) eingegangen werden.

a) Anwendbarkeit der Befreiungstatbestände auf den Biotoptypsches

aa) Bundesrechtliche Regelung

Zu denken ist zunächst an die Anwendung des § 62 I BNatSchG (§ 31 I BNatSchG 1986), der unmittelbar gilt, so dass innerhalb seines Anwendungsbereichs die landesrechtlichen Befreiungstatbestände keine Anwendung finden (vgl. Art. 31 GG¹⁸²). Hingegen erstreckt sich die Geltung des § 62 BNatSchG nicht auf die landesrechtlichen Normen zum Biotopschutz. Gem. § 62 I BNatSchG kann unter bestimmten Voraussetzungen von den Verboten und Geboten des Bundesnaturschutzgesetzes und den aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsvorschriften auf Antrag Befreiung gewährt werden. Erfasst werden lediglich die unmittelbar geltenden Vorschriften, nicht aber die rahmenrechtlichen Regelungen, zu denen § 30 BNatSchG zählt, die gegenüber dem Bürger keine Rechtswirkung entfalten¹⁸³. Auch sind die landesrechtlichen Regelungen zum Biotoptypsches nicht aufgrund, sondern lediglich im Rahmen des Bundesnaturschutzgesetzes ergangen. Diese Differenzierung ist im BNatSchG angelegt¹⁸⁴ und wird

¹⁸¹ §§ 62, 63 NatSchG BW; § 69 LG NW; § 53 NNatG; § 54 II NatSchG SH.

¹⁸² Louis, NuR 1995, S. 62 (63).

¹⁸³ Louis, ebenda.

¹⁸⁴ Gassner, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 3 Rn. 2; Louis, NuR 1995 S. 62 (63).

durch die Verteilung der Gesetzgebungskompetenz für den Naturschutz in Art. 75 I Nr. 3 GG bestätigt¹⁸⁵. § 62 I BNatSchG ist daher unanwendbar.

bb) Landesrechtliche Befreiungstatbestände

In nunmehr allen Landesnaturschutzgesetzen finden sich dem § 61 I BNatSchG vergleichbare generelle Befreiungstatbestände. Diese Regelungen sind in Abgrenzung zur bundesrechtlichen Regelung grundsätzlich auf die Gebote und Verbote der Landesnaturschutzgesetze, zu denen die Beeinträchtigungsverbote des gesetzlichen Biototypschutzes zählen, anwendbar. Fraglich ist aber, ob diese generellen Befreiungstatbestände der Landesnaturschutzgesetze neben den spezielleren Ausnahmetatbeständen des gesetzlichen Biototypschutzes Anwendung finden können¹⁸⁶.

Ausnahmen und Befreiungen sind grundsätzlich auseinanderzuhalten, wobei ihr materieller Unterschied nicht abschließend geklärt ist¹⁸⁷. Bei formaler Betrachtung ist zumindest festzuhalten, dass Ausnahmen zulässige Abweichungen von einzelnen zwingenden Vorschriften normieren, während Befreiungen Abweichungen für eine Vielzahl zwingender gesetzlicher Vorschriften eröffnen, die nicht unter abschließenden speziellen Ausnahmetatbeständen stehen¹⁸⁸. Zumindest in der Rechtstheorie betreffen Ausnahmen Sachverhalte, die dem Gesetzgeber bei Erlass einer entsprechenden Regelung bekannt waren und die nach dem Willen des Gesetz- oder Ordnungsgebers von den normierten Regelungen normalerweise nicht erfasst werden sollten. In diesen Fällen unterblieb aber ein Ausschluss in der Formulierung des Tatbestands, da er aus Gründen der Zweckmäßigkeit nicht möglich war oder da eine Kontrolle durch die Behörde erhalten bleiben sollte. Ausnahmen betreffen also typische, vom Gesetzgeber erkannte Sondersituationen¹⁸⁹. Befreiungen greifen hingegen Sachverhalte auf, die für den Gesetzgeber bei dem Erlass einer Vorschrift nicht vorhersehbar waren, die aber dennoch von den Verboten oder Geboten einer Regelung nicht erfasst werden sollten. Die Normierung von generellen Befreiungen trägt atypischen Sondersituationen Rechnung und eröffnet somit die Möglichkeit, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und den Grundrechten in nicht vorhergese-

¹⁸⁵ Louis, a.a.O.; Gassner, a.a.O.

¹⁸⁶ Dies wird bezweifelt vom: OVG Lüneburg, NuR 1995, S. 470 (472).

¹⁸⁷ Brohm, § 19 Rn. 6.

¹⁸⁸ Louis, a.a.O. S. 62; Schink, LG NW, Rn. 771; zum Baurecht: Schmaltz, in: Schrödter, § 31 Rn. 3.

¹⁸⁹ Louis, ebenda; zum Baurecht: Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 31 Rn. 24 f.; Brohm, § 19 Rn. 6.

nenen und ungewollten Einzelfällen gerecht zu werden¹⁹⁰. Wegen ihres unterschiedlichen Regelungsansatzes sind daher Ausnahme- und Befreiungstatbestände grundsätzlich nebeneinander anwendbar¹⁹¹.

Diese Unterscheidung von Ausnahme- und Befreiungstatbeständen hält der Gesetzgeber im Naturschutzrecht nicht konsequent durch, sondern vermischt die Begriffe. So kann von den landesrechtlichen Beeinträchtigungsverböten des gesetzlichen Biotoptypschatzes eine Ausnahme aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls erteilt werden, obwohl sich zugleich wortgleiche, generelle Befreiungstatbestände in den Landesnaturschutzgesetzen befinden¹⁹². Die formale Ausgestaltung der Gemeinwohlklausel sowohl als generelle Befreiung als auch als Ausnahmetatbestand im Rahmen des gesetzlichen Biotoptypschatzes belegt diese Vermischung. Es ist daher im Einzelnen, also für jedes Verbot oder Gebot gesondert, das Verhältnis der Ausnahme- zu den Befreiungsvorschriften nach Maßgabe der Intention des Gesetzgebers zu untersuchen¹⁹³.

Eine Anwendung der generellen Befreiungsvorschriften ist ausgeschlossen, wenn der Gesetzgeber mit der Normierung von Ausnahmetatbeständen eine abschließende Regelung treffen wollte. Entsprechend zulässig ist ein Rückgriff auf die generellen Befreiungen, wenn nach der Intention des Gesetzgebers eine abschließende Normierung nicht erfolgen und die Befreiungstatbestände ergänzend eingreifen sollen, da der Gesetzgeber bereits damit rechnet, dass die Ausnahmetatbestände nicht alle denkbaren, auch atypischen Sachverhalte erfassen würden¹⁹⁴. Diese Ausführungen zugrunde gelegt, ist zumindest die Anwendbarkeit des generellen Befreiungstatbestandes einer „nicht beabsichtigten Härte“ auf den Biotoptypschatz zu bejahen¹⁹⁵. Zwar ist nur in § 30 V S. 2 NatSchG LSA ausdrücklich normiert, dass die allgemeinen

¹⁹⁰ Schink, LG NW, Rn. 771; Louis, NuR 1995, S. 62; sowie für das Bauplanungsrecht: Brohm, § 19 Rn. 6; Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 31 Rn. 24 ff.

¹⁹¹ Louis, a.a.O.; Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 13 d Rn. 26.

¹⁹² Etwa: § 62 I Nr. 1 NatSchG BW; Art. 49 I Nr. 1 BayNatSchG; § 50 I Nr. 2 NatSchG Bln.

¹⁹³ Louis, a.a.O. S. 62; A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendömir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 31 Rn. 9; Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, a.a.O. Rn. 26.

¹⁹⁴ Louis, a.a.O.; A. Schmidt-Räntsch, ebenda.

¹⁹⁵ So auch: BVerfG, NuR 1998, S. 99 (101); OVG Münster, NuR 1995, S. 301, 304; OVG Schleswig, NuR 1998, S. 558 (559); sowie: Louis, NuR 1995, S. 62; A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendömir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 19 und § 31 Rn. 9; Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (408); bezweifelt wird diese Möglichkeit vom OVG Lüneburg, NuR 1995, S. 470 (472).

Befreiungsvorschriften in § 44 LSA neben den biotopschutzrechtlichen Ausnahmetatbeständen Anwendung finden dürfen, Entsprechendes hat aber im Hinblick auf die Befreiung aufgrund „einer nicht beabsichtigten Härte“ auch für die anderen Landesnaturschutzgesetze zu gelten. Während eine Befreiung vom Beeinträchtigungsverbot aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls neben dem wortgleichen Ausnahmetatbestand ohne Funktion bleibt¹⁹⁶, findet sich für den Tatbestand der Befreiung aufgrund einer „nicht beabsichtigten Härte“ keine Entsprechung in den Regelungen des gesetzlichen Biotoptypsches. Wird berücksichtigt, dass eine Befreiung in diesen atypischen Härtefällen bereits aufgrund des rechtsstaatlichen Gebots der Verhältnismäßigkeit unerlässlich ist¹⁹⁷, kann vor dem Hintergrund des umfangreichen und strengen Schutzes der in den Landesgesetzen aufgeführten Biototypen kraft Gesetzes unabhängig von ihrer Größe, Entstehung und ökologischen Bedeutung nicht davon ausgegangen werden, dass die Gesetzgeber eine Aufhebung des Beeinträchtigungsverbotes in diesen Fällen kategorisch ausschließen und eine abschließende Regelung treffen wollten. Eine Ausgestaltung des gesetzlichen Biotoptypsches, die jegliche Berücksichtigung der Rechte der Betroffenen auch in krassen Härtefällen, in denen die Anwendung der Norm zur Erreichung ihrer materiellen Ziele nicht erforderlich ist, von vornherein ausblenden wollte, würde diesen atypischen Einzelfällen nicht gerecht werden und wäre wegen eines evidenten Verstoßes gegen die Grundrechte der Betroffenen und das Verhältnismäßigkeitsgebot verfassungswidrig. Diese evidente Gefahr eines Verfassungsverstoßes wurde von den Landesgesetzgebern nicht verkannt. So ist etwa in der niedersächsischen Gesetzesbegründung zum Biotoptypsches ausdrücklich belegt, dass der Landesgesetzgeber keine abschließende Ausnahmeregelung treffen und einen Rückgriff auf den Befreiungstatbestand einer „nicht beabsichtigten Härte“ zulassen wollte. Im Gesetzgebungsverfahren war dort zunächst vorgesehen, Ausnahmen auch zugunsten Privater zuzulassen. Dieser Ansatz wurde aber unter Verweis auf § 20 c II BNatSchG 1986 und die bereits bestehende und anwendbare Befreiungsregelung in § 53 I Nr. 1 a NNatG verworfen¹⁹⁸. In Hessen und Rheinland-Pfalz wurde auf eine Normierung von Ausnahmetatbeständen für den Biotoptypsches in § 24 II Nr. 4 – 11 LPflG RP vollständig verzichtet, so dass mangels Sonderregelung eine Freistellung ausschließlich über die Befreiungsregelung in § 38 LPflG RP möglich ist.

¹⁹⁶ Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 13 d Rn. 26.

¹⁹⁷ A. Schmidt-Räntsch, a.a.O.; Louis, ebenda.

¹⁹⁸ Nds. LT-Drs. 11/5154, S. 6.

b) Befreiung aufgrund einer „nicht beabsichtigten Härte“

In Anlehnung an die Befreiungsregelung in § 31 I Nr. 1 a) BNatSchG 1986 (jetzt § 61 I Nr. 1 a) BNatSchG) haben die Länder zumeist wortgleiche Regelungen getroffen. Danach kann die zuständige Naturschutzbehörde Befreiungen von den Geboten und Verboten der jeweiligen landesrechtlichen Schutzvorschriften auf Antrag erteilen, wenn die Durchführung der Vorschriften im Einzelfall zu einer „nicht beabsichtigten Härte“ führen würde und die Abweichungen mit den Belangen des Naturschutzes und der Landschaftspflege vereinbar sind¹⁹⁹. Werden Befreiungen erteilt, so ordnen verschiedene Landesnaturschutzgesetze ausdrücklich an, dass Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen bestimmt werden können²⁰⁰. Diese Regelung ist überflüssig, da bereits § 36 II des jeweiligen Landesverwaltungsverfahrensgesetzes entsprechende Nebenbestimmungen erlaubt²⁰¹.

aa) Einzelfallentscheidung

Die Erteilung einer naturschutzrechtlichen Befreiung kommt nur in Einzelfällen in Betracht. Eine generelle Freistellung bestimmter Verhaltensweisen von naturschutzrechtlichen Geboten oder Verboten darf durch die Naturschutzbehörde grundsätzlich nicht erfolgen, da anderenfalls die normativen Regelungen sinnentleert wären und die gesetzgeberischen Wertungen durch die zuständige Naturschutzbehörde unterlaufen werden könnten²⁰². Befreiungen dürfen nicht durch Rechtsverordnungen erlassen werden und haben sich auf einzelne Verbotstatbestände eines Gesetzes oder einer Verordnung zu beschränken²⁰³.

bb) Tatbestandsmerkmal einer „nicht beabsichtigten Härte“

Eine „nicht beabsichtigte Härte“ ist gegeben, wenn der konkrete Sachverhalt und seine nachteiligen Auswirkungen für die Betroffenen vom Gesetzgeber bei dem Erlass der Rege-

¹⁹⁹ Etwa: § 62 I Nr. 2 NatSchG BW; Art. 49 I BayNatSchG; § 50 I 1 a) NatSchG Bln; § 72 I BbgNatSchG; § 48 I 1 a) BremNatSchG; § 48 I 1 a) HmbNatSchG, § 30 b I Nr. 1 a) HENatG; § 53 I Nr. 1 a) NNatG; § 69 I a) aa) LG NW.

²⁰⁰ Vgl. : Art. 49 IV BayNatSchG; § 38 II LPflG RP.

²⁰¹ Louis/Engelke, § 31 Rn. 58.

²⁰² Im Einzelnen: Louis, NuR 1995 S. 62 (66); ders., BNatSchG, § 31 Rn. 26 f.; A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 31 Rn. 13.

²⁰³ A. Schmidt-Räntsch. ebenda; Louis, a.a.O.

lung nicht erkannt wurden und auch nicht erkannt werden konnten und die Betroffenen durch die naturschutzrechtlichen Verbote unzumutbar benachteiligt wurden²⁰⁴. Abzustellen ist auf den Schutzzweck der das Gebot oder Verbot enthaltenen naturschutzrechtlichen Normen. Entsprechend hat das BVerwG in einer Entscheidung zum wortgleichen § 31 I S. 1 Nr. 1 BNatSchG 1986 ausgeführt, dass diese Befreiung ebenso wie andere Befreiungsvorschriften nur einer rechtlichen Unausgewogenheit begegnen soll, die sich ergeben kann, wenn aufgrund der besonderen Umstände des jeweiligen Einzelfalls Anwendungsbereich und materielle Zielrichtung einer Vorschrift nicht miteinander übereinstimmen. Fehlt es bereits an einem die Anwendbarkeit der Befreiungsvorschrift eröffnenden Sonderfall, so ist eine konkrete Abwägung der widerstreitenden Interessen nicht mehr erforderlich²⁰⁵. Ein nicht vorhersehbarer Sonderfall ist zu verneinen, wenn andere der Rechtsvorschrift unterliegende Bürger in gleicher Weise betroffen sind²⁰⁶. Für die Prüfung, ob der Schutzzweck der Norm die Anwendung des Gebotes oder Verbotes auf den konkreten Einzelfall erfordert, ist der objektiviert Wille des Normgebers maßgeblich²⁰⁷. Ein wichtiges Indiz ist sein tatsächlicher Wille²⁰⁸. Daraus folgt, dass eine naturschutzrechtliche Regelung, die in typischer und vorhersehbarer Weise unzumutbare Härtefälle hervorruft, nicht durch die Naturschutzbehörden über das Institut der Befreiung aufrecht erhalten werden darf, sondern wegen eines Verstoßes gegen die Grundrechte der Betroffenen und das Verhältnismäßigkeitsprinzip nichtig ist²⁰⁹. Insofern ist der Gesetzgeber und sind nicht die Naturschutzbehörden gefragt, eine generelle, verfassungskonforme Regelung zu treffen. Denn die Verwaltung ist an den Willen des Gesetzgebers gebunden²¹⁰. Sind die auftretenden Konfliktfälle bereits im Gesetzgebungsverfahren erörtert worden oder haben sie Eingang in die Abwägung gefunden, so scheidet die Erteilung einer Befreiung aus²¹¹. Entsprechendes gilt, wenn andere der Rechtsvorschrift unterliegende Bürger in glei-

²⁰⁴ Louis, BNatSchG, § 31 Rn. 28; ders., NuR 1995, S. 66; A. Schmidt-Räntsch, a.a.O. § 31 Rn. 14; Schink, LG NW, Rn. 782.

²⁰⁵ BVerwG, NuR 1993, S. 28; vgl. auch zur Befreiung vom Biotoptypenschutz in Niedersachsen: OVG Lüneburg, NuR 1995 470 (473); sowie im Allgemeinen: BVerwGE 40, S. 268 (271); 48, S. 123 (127).

²⁰⁶ BVerwG, NuR 1993 S. 28; Louis, NuR 1995 S. 62 (66).

²⁰⁷ A. Schmidt-Räntsch; in: Gassner/Bendomin-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 31 Rn. 13; Louis, ebenda.

²⁰⁸ BVerwG, NuR 1993 S. 28; Schink; LG NW, Rn. 783.

²⁰⁹ Louis, a.a.O. S. 66.

²¹⁰ OVG Lüneburg, NuR 1990, S. 281 f.

²¹¹ Louis, ebenda.

cher Weise betroffen und ein zu unterscheidendes Sonderinteresse eines Betroffenen daher zu verneinen ist²¹².

Umstritten ist, ob nur sachliche, grundstücksbezogene oder auch persönliche Umstände eine Härte begründen können. Schink bejaht dies unter Verweis auf den bauplanungsrechtlichen Befreiungstatbestand in § 31 II Nr. 3 BauGB, für den eine entsprechend enge Auslegung im Hinblick auf die städtebauliche Zielsetzung des Bauplanungsrechts anerkannt ist. Seine Argumentation will er auf die vermeintlichen Parallelen des Naturschutzrechts zum Bauplanungsrecht stützen. Auch das Naturschutzrecht beschränke die Nutzung von Grund und Boden unabhängig vom jeweiligen Eigentümer. Familiäre, wirtschaftliche oder finanzielle Besonderheiten dürften daher auch im Rahmen der Befreiung aufgrund einer nicht beabsichtigten Härte keine Rolle spielen²¹³.

Dieser Ansicht kann hingegen nicht gefolgt werden, da es bereits an der grundsätzlichen Vergleichbarkeit des Naturschutzrechts mit dem Bauplanungsrecht fehlt²¹⁴. Die Zielsetzungen des Naturschutzes sind völlig andere. Es geht nicht primär um die Steuerung der Bodennutzung, sondern um die Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen, § 1 BNatSchG. Eine Mehrzahl der Normen beschränkt zwar die zulässigen Nutzungen des Grundeigentums, es finden sich daneben aber auch Verbotstatbestände, denen jeglicher Bezug zur Nutzung von Grund und Boden fehlt. Der Schutz knüpft an das Vorliegen seltener Arten oder natürlicher Lebensgemeinschaften an und normiert umfängliche Beeinträchtigungsverbote, die nicht ausschließlich die Nutzung des Grundeigentums reglementieren. Es ist daher im Hinblick auf Schutzzweck und Regelungsgegenstand verfehlt, den Naturschutz als „besonderes Bodenrecht“ zu begreifen und die Wertungen des Baurechts auf die Auslegung der naturschutzrechtlichen Befreiungstatbestände zu übertragen. Eine entsprechende Auslegung würde dazu führen, dass etwa von den artenschutzrechtlichen Handels- und Verwertungsverböten in den Naturschutzgesetzen nie Befreiungen erteilt werden könnten, da es in diesen Fällen immer an grundstücksbezogenen Belangen fehlt. Wird darüber hinaus die erhebliche Grundrechtsrelevanz der naturschutzrechtlichen Gebote und Verbote betrachtet, so ist auch die Berücksichtigung persönlicher Belange im Rahmen der Befreiungsregelung geboten. Während im Bauplanungsrecht widerstreitende öffentliche und private Interessen zum Ausgleich gebracht werden müssen

²¹² BVerwG, NuR 93 S. 28.

²¹³ Schink, a.a.O., Rn. 782; ohne Begründung auch: Messerschmidt, BNatSchG, § 31 Rn. 4.

²¹⁴ Zutreffend: Louis, NuR 1995 S. 62 (67).

und der planerische Kompromiss regelmäßig auch Vorteile für die Grundstückseigentümer bringt, erfolgt im Naturschutzrecht eine wirtschaftlich nachteilige Beschränkung der Freiheiten der Betroffenen im ausschließlich öffentlichen Interesse. Anhaltspunkte für eine dem Bauplanungsrecht vergleichbare, einschränkende Auslegung des Befreiungstatbestandes der nicht beabsichtigten Härte sind im Naturschutzrecht nicht zu finden. Daher können sowohl sachbezogene als auch persönliche Umstände eine Härte begründen und in atypischen Fällen eine Befreiung rechtfertigen²¹⁵. Im Einzelfall können etwa erhebliche Gesundheitsrisiken für kranke oder gefährdete Personen die Beseitigung geschützter Arten legitimieren.

cc) Vereinbarkeit mit den Belangen des Naturschutzes

Die Erteilung einer Befreiung setzt neben dem Vorliegen einer atypischen Härte weiterhin die Vereinbarkeit der Abweichung von den naturschutzrechtlichen Geboten oder Verboten mit den Belangen des Naturschutzes und der Landschaftspflege voraus, die in § 1 BNatSchG genannt sind. Gefordert ist weder eine Förderung noch eine Vermeidung jeglicher Beeinträchtigung der bezeichneten Belange, da ansonsten die Erteilung einer Befreiung praktisch unmöglich und die Regelung ihren Sinn verlieren würde. Maßgebend ist vielmehr eine Abwägung der widerstreitenden Belange im Sinne der §§ 1, 2 BNatSchG²¹⁶. Eine Vereinbarkeit mit den naturschutzrechtlichen Belangen ist zu bejahen, wenn diese Belange offensichtlich gegenüber den anderen, das beeinträchtigende Verhalten begründenden Anforderungen von untergeordneter Bedeutung sind²¹⁷. Je gewichtiger die für ein grundsätzlich verbotenes Vorhaben sprechenden Belange sind, desto eher kann eine Vereinbarkeit mit den Belangen des Natur- und Landschaftsschutzes bejaht werden. Wesentliche Belange des Naturschutzes können aber nicht überwunden werden. Der Schutzzweck einer normativen Regelung, insbesondere einer Rechtsverordnung, darf im Wege der Befreiungserteilung nicht erheblich beeinträchtigt oder obsolet werden.

dd) Ermessensreduzierung

Die Erteilung der Befreiung steht im Ermessen der zuständigen Naturschutzbehörde. Dennoch wird den Naturschutzbehörden - ähnlich der Bindung des Ermessens im Rahmen der Ertei-

²¹⁵ Louis, ebenda; Louis/Engelke, LPflG RP, § 31 Rn. 28.

²¹⁶ VGH München, NJW 1999, S. 2914 (2916); Schink, LG NW, Rn. 785; Louis, a.a.O. S. 67.

²¹⁷ Louis, a.a.O. S. 68.

lung von Ausnahmen – ein nur geringer Entscheidungsraum verbleiben, da regelmäßig keine relevanten Gesichtspunkte auftauchen werden, die nicht bereits bei den Tatbestandsmerkmalen angesprochen wurden²¹⁸. Bindungen, in der Regel sogar die Verpflichtung zur Erteilung von Befreiungen, werden sich insbesondere aus den beeinträchtigten Grundrechten und Art. 28 II S. 1 GG ergeben. Weitergehende Entscheidungsfreiheit genießen die Behörden im Rahmen der Anordnung von Kompensationsmaßnahmen für die befreiten Eingriffe.

c) Relevanz des Befreiungstatbestandes

Für den Planungsakt selbst bedarf es keiner Befreiung oder Ausnahme, da der gesetzliche Biotoptypenschutz - wie bereits gezeigt²¹⁹ - keine Planungs-, sondern Eingriffsverbote normiert. Die Planaufstellung und Abwägung selbst kann mangels Verstoßes gegen das Beeinträchtigungsverbot nicht vom gesetzlichen Biotopschutz freigestellt werden. Insofern ist es falsch, wenn von „Befreiungen für Bauleitpläne“²²⁰ gesprochen wird²²¹. Richtigerweise ist zu prüfen, ob die Realisierung der Darstellungen von Bauleitplänen, die für gesetzlich geschützte Biotopflächen beeinträchtigende Nutzungen festlegen, über den naturschutzrechtlichen Befreiungstatbestand einer „nicht beabsichtigten Härte“ gewährleistet werden kann. Dies ist grundsätzlich zu verneinen. Werden geschützte Biotopflächen des Außenbereichs überplant, um neues Bauland auszuweisen, so fehlt es für die Erteilung der naturschutzrechtlichen Befreiungen vom Veränderungsverbot für die Realisierung der einzelnen Vorhaben bereits an der grundlegenden Voraussetzung eines Einzelfalls. Eine Vielzahl von geplanten Vorhaben ist in diesem Fall in gleicher Weise betroffen.

Weiterhin mangelt es im Fall der Überplanung von Biotopen regelmäßig an einer atypischen Sondersituation, die vom Gesetzgeber nicht vorhergesehen wurde. Die Befreiungstatbestände sollen, wie das BVerwG²²² zutreffend formuliert hat, einer rechtlichen Unausgewogenheit begegnen, die sich ergeben kann, wenn aufgrund der besonderen Umstände des jeweiligen Einzelfalls Anwendungsbereich und materielle Zielrichtung einer Vorschrift nicht miteinan-

²¹⁸ Louis, BNatSchG, § 31 Rn. 15; ders., NuR 1995, S. 62 (70); A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendomin-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 31 Rn. 19.

²¹⁹ Siehe S. 32 ff.

²²⁰ So aber: Louis, NuR 1995, S. 62 (66).

²²¹ Vgl. die Kritik bei: Oldiges, S. 103.

²²² BVerwG, NuR 1993, S. 26.

der übereinstimmen. Ein Auseinanderfallen von Regelungsziel und Anwendungsbereich der biotopschutzrechtlichen Vorschriften mit ihren Veränderungsverboten kann aber in diesen Fällen der Baulandausweisung auf ökologisch wertvollen Biotopflächen nicht festgestellt werden. Das Ziel der Gesetzgeber war gerade ein umfassender und flächendeckender Schutz der noch verbliebenen Biotopflächen²²³. Die Verhinderung der Gewinnung neuen Baulandes auf Biotopflächen im Außenbereich ist nicht ein atypischer Sonderfall, sondern der gesetzlich bezweckte Regelfall, eine generelle Folge des Biotoptypsches²²⁴. Die Bauleitplanung wurde bewusst nicht von den biotoptypschutzrechtlichen Beeinträchtigungsverböten freigestellt²²⁵, wie auch die Überleitungsvorschrift in § 64 IV S. 1, 2 NatSchG BW oder der spezielle Ausnahmetatbestand in § 20 IV Nr. 2 NatSchG MV belegen.

Letztlich fehlt es auch an einer „Härte“ i.S. des jeweiligen Befreiungstatbestandes für die Betroffenen. Dies folgt bereits aus dem Umstand, dass die Grundeigentümer keinen Anspruch auf die Aufstellung eines neuen Bebauungsplans und die Ausweisung von Bauland haben, § 2 III BauGB. Den naturschutzrechtlichen Befreiungstatbeständen kommt daher in der Konstellation der Überplanung gesetzlich geschützter Biotope keine wesentliche Funktion zu. Regelmäßig kann die Planrealisierung nicht über den Befreiungstatbestand einer „nicht beabsichtigten Härte“ erreicht werden. Die geplanten Vorhaben bleiben unzulässig.

3. Rückwirkungen des Biotoptypsches über den Planvollzug auf die Planungsebene

Nach der Klärung des Normkonflikts zwischen dem gesetzlichen Biotoptypschutz und der Bauleitplanung im Sinne einer kumulativen Geltung und der Darlegung der eingeschränkten Bedeutung der Ausnahme- und Befreiungstatbestände für die Planverwirklichung ist auf die Auswirkungen des gesetzlichen Biotoptypsches auf die Bauleitplanung, insbesondere die Wirksamkeit von planerischen Darstellungen, deren Realisierung den gesetzlichen Verböten widerspricht, zurückzukommen. Unter den obigen Ausführungen zur Normenkonkurrenz wurde nicht nur eine Nichtigkeit von Bauleitplänen aus Gründen der Normenhierarchie verneint, sondern zugleich gezeigt, dass der gesetzliche Biotoptypschutz als selbständige Regelung neben die städtebaulichen Festsetzungen der Bauleitplanung tritt und im Stadium des

²²³ BT-Drs 10/5064 S. 39.

²²⁴ So im Ergebnis zutreffend: Louis, NuR 1995, S.62 (66).

²²⁵ A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 7, Louis, NuR 1992, S. 24 (26).

Planvollzugs zwingend zu beachten ist²²⁶. Erst auf dieser Ebene drohen tatsächliche Eingriffe in geschützte Biotope, werden die Verbote des gesetzlichen Biototypschutzes also unmittelbar wirksam²²⁷, und zeigen sich die Rechtsfolgen für die Bauleitplanung. Sofern die Erteilung von Ausnahmen oder Befreiungen vom Beeinträchtigungsverbot – wie in der Regel – ausgeschlossen ist, bleibt die Realisierung der planerischen Festsetzungen, die zu erheblichen Beeinträchtigungen oder Zerstörungen geschützter Biotopflächen führen können, verboten. Genehmigungspflichtige Vorhaben dürfen trotz ihrer Plankonformität von der zuständigen Baubehörde nicht genehmigt, genehmigungsfreie Werke nicht realisiert werden. Bauleitpläne sind, soweit sie entsprechende Festsetzungen treffen, nicht vollziehbar. Die vorgesehenen städtebaulichen Nutzungen bleiben untersagt. Diese fehlende Vollzugsmöglichkeit bleibt nicht ohne Einfluss auf die Wirksamkeit der Darstellungen der Bauleitpläne.

Bauleitpläne, die Festsetzungen treffen, die bereits im Planungsstadium erkennbar nicht vollziehbar sind, also nicht realisierbare bauliche Nutzungen vorsehen, sind nicht geeignet, den planerischen Zielen der Vorbereitung und Lenkung der städtebaulichen Grundstücksnutzungen im Gemeindegebiet zu dienen, werden ihrem planerischen Anspruch nicht gerecht, § 1 I BauGB²²⁸. Sie stellen eine für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung nicht erforderliche Planung dar, verletzen daher den in § 1 III BauGB ausdrücklich verankerten Grundsatz der Planerforderlichkeit²²⁹. Nach dem aus § 1 III BauGB abzuleitenden Gebot der Durchführbarkeit der Bauleitplanung müssen Bauleitpläne grundsätzlich auf die Verwirklichung der in ihnen enthaltenen Festsetzungen angelegt sein. Pläne, die aus tatsächlichen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Gründen auf Dauer nicht vollzogen werden können, erweisen sich als im Abwägungsergebnis materiell fehlerhaft²³⁰. Diese Verknüpfung zwischen dem Abwägungsgebot auf der einen und der Durchführbarkeit der Bauleitplanung auf der anderen Seite wird vom BVerwG ausdrücklich anerkannt und bestätigt²³¹. Eine auf Dauer, d.h. auf unabsehbare Zeit nicht realisierbare Festsetzung eines Bebauungsplans führt von vornherein zu deren Nichtigkeit, ebenso wie unter diesen Voraussetzungen ein Bebauungsplan auch nachträglich

²²⁶ Louis, ebenda; Oldiges, S. 107; Weiblen, VBIBW 1996, S. 202 (206).

²²⁷ Vgl.: BVerwG, BauR 1997, S. 978 (979).

²²⁸ Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 1 Rn. 10 f.

²²⁹ Vgl. zum Grundsatz der Plandurchführbarkeit: Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 1 Rn. 217; Gierke, in: Brügelmann, § 10 Rn. 408 f.

²³⁰ BVerwGE 56, S. 283 (288).

²³¹ BVerwGE 54, 5; 56, 283, 288; BVerwG BauR 1997, S. 978 (979).

funktionslos und unwirksam werden kann.²³² Mit der Aufnahme nicht realisierbarer Festsetzungen in einem Bauleitplan geht zwangsläufig eine Fehleinschätzung der betroffenen Belange einher, die das Abwägungsergebnis unhaltbar werden lässt²³³. Bauleitpläne, die Festsetzungen treffen, die von vornherein aus Gründen des gesetzlichen Biototypschutzes dauerhaft nicht vollzogen werden dürfen, können daher nicht in Kraft treten²³⁴. Ihre Darstellungen sind, sofern sie nicht vollzogen werden können, nichtig²³⁵. Entsprechend werden Bauleitpläne, deren Darstellungen sich nach dem Satzungsbeschluss offenkundig als auf Dauer nicht realisierbar erweisen, funktions- und somit sinnlos. Die Nichtigkeit der unvollziehbaren, planerischen Darstellungen ist auch insofern die Rechtsfolge²³⁶. Sind nur einzelne planerische Festsetzungen betroffen, so werden diese obsolet. Nach den Grundsätzen der Teilnichtigkeit, § 139 BGB, die sinngemäß herangezogen werden können, bleiben die nicht betroffenen Darstellungen grundsätzlich wirksam, wenn der Restplan für sich einen dem § 1 BauGB genügenden Sinn ergibt und angenommen werden kann, dass dieser Teil auch ohne die unwirksamen Darstellungen wirksam bleiben soll²³⁷. Ist daher eine Vielzahl von Darstellungen oder sind wesentliche Festsetzungen, die für die städtebauliche Entwicklung des Plangebietes unverzichtbar sind, obsolet, so ist die Nichtigkeit des Gesamtplanes unvermeidbar.

4. Anforderungen an die Bauleitplanung

Über die Planvollzugsebene wirkt der gesetzliche Biototypschutz, der eine Überplanung grundsätzlich nicht verbietet, auf die Ebene der Bauleitplanung zurück. Die mittelbaren Konsequenzen des gesetzlichen Biototypschutzes zwingen die Gemeinden über das bauplanungsrechtliche Gebot der Planerforderlichkeit, den Beeinträchtigungsverboten bereits bei der Planaufstellung Rechnung zu tragen, um die Wirksamkeit ihrer Planungen sicherzustellen.

Eine Vermeidung von Konflikten kann selbstverständlich in der Form geschehen, dass die planenden Gemeinden von vornherein auf die Überplanung gesetzlich geschützter Biotope

²³² Söfker, a.a.O.

²³³ Weiblen, VBIBW 1996, S. 202 (207).

²³⁴ VG Hannover, NuR 1994, S. 457; Louis, NuR 1992, S. 25 (26); Oldiges, S. 107; Weiblen, a.a.O.; vgl. auch: BVerwG 56, S. 283 (288); BauR 1997, S. 978 (979).

²³⁵ Ausdrücklich: BVerwG, BauR 1997, S. 978 (979).

²³⁶ BVerwGE, 54, S. 5 (11); 67, S. 334; BauR, 1997, S. 590 sowie S. 803; Söfker, a.a.O.; W. Schrödter, in: Schrödter, § 2 Rn. 57; Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 10 Rn. 8.

²³⁷ BVerwG, NVwZ 1997, 896 (897); Löhr, ebenda.

verzichten bzw. für geschützte Biotopflächen lediglich Festsetzung treffen, die mit den Anforderungen des Biotopschutzes harmonieren, den Erhalt der Biotope gewährleisten²³⁸. So können gem. § 9 I Nr. 20 BauGB im Bebauungsplan Flächen oder Maßnahmen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Boden, Natur- und Landschaft festgesetzt werden. Diese Möglichkeiten bedeuten letztlich, dass die Gemeinden ihre städtebaulichen Ziele dem Biotop-
typschutz von vornherein unterordnen und sich um eine Alternativplanung bemühen. Einerseits ist die Vermeidung der Ausweisung von beeinträchtigenden Grundstücksnutzungen dann zwingend geboten, wenn eine Freistellung der vorgesehenen Vorhaben als von vornherein ausgeschlossen anzusehen ist, andererseits werden städtebaulich notwendige Vorhaben im Wege einer Alternativplanung nicht immer oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand zu verwirklichen sein, so dass die Inanspruchnahme gesetzlich geschützter Flächen erforderlich erscheint.

Wollen oder können die Gemeinden auf die Überplanung von geschützten Biotopflächen und die Festlegung von beeinträchtigenden städtebaulichen Nutzungen nicht verzichten, so ist – wie bereits gezeigt²³⁹ – die Planrealisierung, d.h. die Verwirklichung der geplanten Eingriffe in geschützte Biotope, nur nach erfolgten Freistellungen der beeinträchtigenden Vorhaben durch die zuständigen Naturschutzbehörden zulässig. Für die Bauleitplanung ist in diesen Fällen umstritten²⁴⁰, ob Ausnahmen oder Befreiungen von den biotopschutzrechtlichen Veränderungsverboten bereits vor der Verabschiedung der Bauleitpläne, bei Bebauungsplänen vor dem Satzungsbeschluss, vorzuliegen haben, um die Unwirksamkeit des Planes zu vermeiden. Liegen erforderliche Ausnahmen oder Befreiungen zum Zeitpunkt des Planbeschlusses noch nicht vor, so wird von einer Ansicht die Wirksamkeit der betroffenen Darstellungen verneint. Entsprechend wird die Genehmigungsfähigkeit von entsprechenden Flächennutzungsplänen bzw. – sofern erforderlich – Bebauungsplänen abgelehnt²⁴¹.

Dieser Ansicht, die generell die Freistellung beeinträchtigender Vorhaben bereits vor dem Planbeschluss verlangt, ist nicht zu folgen. Sie verkennt das rechtliche Verhältnis des Biotop-
typschutzes zur Bauleitplanung im Sinne einer kumulativen Geltung. Nochmals sei betont, dass naturschutzrechtlich die Überplanung von Biotopflächen, sofern konkrete Vorhaben

²³⁸ Kratsch, VBIBW 1998, S. 241 (246); Louis, NuR 1992, S. 24 (26).

²³⁹ Siehe oben, S. 32 ff., 36.

²⁴⁰ Siehe zum Streitstand: W. Schrödter, in: Schrödter, § 1 a Rn. 81; Weiblen, VBIBW 1996, S. 202 (206).

²⁴¹ So: Kratsch, VBIBW 1998, S. 241 (246); Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (420).

nicht ausnahmsweise im Bebauungsplan genehmigt werden, auch bei der Festsetzung beeinträchtigender Nutzungen nicht verboten ist. Zur Unwirksamkeit führen nicht unmittelbar die biotoptypenschutzrechtlichen Veränderungsverbote, sondern die Verletzung der bauplanungsrechtlichen Anforderungen, insbesondere des hier maßgeblichen Gebots der Planerforderlichkeit. Dieses Gebot erfordert lediglich, dass im Zeitpunkt des Planbeschlusses die Planverwirklichung aus Gründen des Biotopschutzes nicht offenbar ausgeschlossen ist²⁴². Nicht notwendig ist, wie das BVerwG²⁴³ zutreffend festgestellt hat, dass eine Ausnahmegenehmigung bereits zum Zeitpunkt der Planfeststellung vorliegt. Vielmehr genügt es für die Rechtmäßigkeit eines entsprechenden Planes, dass eine Freistellungslage zum Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses gegeben ist, in die der Satzungsgeber hineinplanen kann²⁴⁴. Es genügt also, wenn in späteren Baugenehmigungsverfahren die notwendigen Freistellungen noch erlangt werden können²⁴⁵. Zutreffend verweist Louis²⁴⁶ darauf, dass es widersinnig sei, einer Gemeinde die Überplanung eines Biotops zu untersagen, wenn die Voraussetzungen für eine Ausnahmegenehmigung vorliegen und eine Freistellung für ein Vorhaben im Rahmen einer Baugenehmigung nach § 34 oder 35 BauGB von der zuständigen Naturschutzbehörde zu erteilen wäre.

Weiterhin kann es im Rahmen der Bauleitplanung schwierig, im Einzelfall sogar unmöglich sein, zu bestimmen, ob und in welchem Umfang es im Rahmen der Planumsetzung zu Eingriffen in gesetzlich geschützte Biotope kommen wird. Erfolgt lediglich eine Auffangplanung²⁴⁷ und erlegt sich die Gemeinde planerische Zurückhaltung auf, so trifft sie keine detaillierten Festsetzungen, sondern räumt den Bauherren einen mitunter weiten Gestaltungsspielraum ein. Ob und in welchem Umfang Eingriffe erfolgen sollen, hängt dann von den Entscheidungen der Bauherren ab. Insbesondere bei der Überplanung kleinflächiger Biotope kann die Möglichkeit bestehen, dass Beeinträchtigungen in der Realisierungsphase vermieden werden können. Schwierigkeiten kann darüber hinaus die Bestimmung der Adressaten der für die Eingriffe erforderlichen naturschutzrechtlichen Genehmigungen im Planungsstadium bereiten. Dies wird etwa der Fall sein, wenn sich Bauerwartungsland noch im Eigentum der planenden

²⁴² Vgl.: VG Hannover, NuR 1994, S. 457; Oldiges, S. 107 f.; Louis, NuR 1992, S. 24 (26); Weiblen, VBIBW 1996, S. 202 (206 f.);

²⁴³ Zum vergleichbaren § 20 f I BNatSchG: BVerwG, BauR 1997, S. 978 (979 f.); W. Schrödter, in: Schrödter, § 1 a Rn. 82.

²⁴⁴ BVerwG, a.a.O.

²⁴⁵ VG Hannover, NuR 1994, S. 457.

²⁴⁶ Louis, NuR 1992, S. 24 (26).

²⁴⁷ Zur Auffangplanung: Brohm, § 1 Rn. 14 f.

Gemeinde befindet. Können aber weder die konkret zu erwartenden Eingriffe und die für sie streitenden Gründe noch die Adressaten auf der Planungsebene bestimmt werden, so ist eine Entscheidung über die Gewährung von Ausnahmen oder Befreiungen für die zuständige Naturschutzbehörde nicht möglich. Weder kann mangels konkreten Eingriffs die Möglichkeit eines Ausgleichs geprüft werden, noch ist eine Abwägung der unterschiedlichen Belange möglich, wenn diese noch unbekannt sind²⁴⁸. Insofern ist es nicht nur zulässig, sondern auch geboten, dass solche in der Planung angelegten, begrenzten Nutzungskonflikte, deren Bewältigung von den Gegebenheiten des noch unbestimmten Einzelfalls abhängt, auf die Ebene des Planvollzugs verlagert werden.

5. Gebot der Konfliktbewältigung

Die Verlagerung der Lösung der Nutzungskonflikte auf die Ebene des Planvollzugs ist hingegen nicht uneingeschränkt zulässig. Ein Bebauungsplan hat nach dem Gebot der Konfliktbewältigung die ihm zuzurechnenden Konflikte zu bewältigen, d.h. die von ihm berührten Belange in einen gerechten Ausgleich zu bringen, § 1 VI BauGB²⁴⁹. Die Harmonisierung von erkennbaren Konflikten darf nur insofern auf die Ebene des Planvollzugs verschoben werden, als auf dieser Stufe eine Konfliktbewältigung, ein Interessenausgleich, noch sachgerecht zu leisten ist²⁵⁰. Eine Gemeinde, die trotz voraussehbarer oder gar unvermeidlicher Konflikte zwischen dem gesetzlichen Biotopschutz und den geplanten städtebaulichen Nutzungen – etwa wenn wesentliche Teile des Plangebiets als geschützte Biotopflächen zu qualifizieren sind – diese im Rahmen der planerischen Abwägung ignoriert, sich also nicht um eine Abstimmung mit der Naturschutzbehörde bemüht und damit die Problemlösung auf die Ebene des Planvollzugs abdrängt, läuft Gefahr, sich in Widerspruch zum Gebot der Konfliktbewältigung zu setzen²⁵¹. Die Unwirksamkeit der planerischen Darstellungen ist die Folge, wenn die aufgeworfenen Konflikte in der Plandurchführung nicht mehr oder nur noch teilweise zu bewältigen sind. Maßgeblich ist, ob die Realisierung der beeinträchtigenden Vorhaben in den nachfolgenden Genehmigungsverfahren durch die Erteilung von Ausnahmen oder Befreiungen noch möglich ist. Geht es nicht um die Überplanung lediglich kleinflächiger Biotopflä-

²⁴⁸ So auch: Weiblen, VBIBW 1996, S. 202 (206 f.).

²⁴⁹ Weyreuter, BauR 1975, S. 1; ders., UPR 1981, S. 33; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 1 Rn. 219 ff.; Gierke, in: Brügelmann, § 9 Rn. 32 f.; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 1 Rn. 115.

²⁵⁰ Krautzberger, ebenda.

²⁵¹ Oldiges, S. 107; Louis, BNatSchG, § 8 a Rn. 30.

chen mit potentiellen, nicht konkret bestimmbareren Konflikten im Einzelfall, die, selbst wenn eine Freistellung nicht erfolgen kann, die Gesamtplanung nicht in Frage stellen²⁵², sondern um die drohende Zerstörung großflächiger, zusammenhängender Biotopflächen durch städtebauliche Nutzungen, so ist eine Konfliktbewältigung in der Regel auf der Ebene der Planvollzugs, in den Baugenehmigungsverfahren, ausgeschlossen. Den tatbestandlichen Voraussetzungen für die Erteilung von Ausnahmegenehmigungen von biototypenschutzrechtlichen Verboten – eine Befreiung für das gesamte Plangebiet muss i.d.R. mangels atypischen Sonderfalls ausscheiden – wird auf der Ebene des Planvollzugs nicht mehr Rechnung zu tragen sein. Die dargelegten Ausnahmetatbestände setzen entweder die Feststellung der Ausgleichbarkeit der Eingriffe oder im Rahmen der Gemeinwohlklausel das Vorliegen überwiegender Gründe des Gemeinwohls voraus. Auch in Fällen einer Ausnahme aus Gründen des Gemeinwohls können nach den Landesnaturschutzgesetzen zur Kompensation der Eingriffe Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen angeordnet werden²⁵³. Droht die großflächige Beeinträchtigung besonders schutzwürdiger Biotope durch eine Vielzahl von geplanten Vorhaben, so setzt dies eine Gesamtbetrachtung der Eingriffe, ihrer Folgen und Kompensationsmöglichkeiten voraus. Diese kann im Rahmen der Genehmigung eines einzelnen Vorhabens nicht sachgerecht vorgenommen werden. Die einzelnen Genehmigungen, die zudem unterschiedlich ausfallen könnten, werden weder dem städtebaulichen Gesamtkonzept des Planes noch der großflächigen Beeinträchtigung eines Biotops gerecht. Jedes Einzelvorhaben ist zum einen Element der vorgesehenen städtebaulichen Entwicklung und hat zum anderen aufgrund der Komplexität der ökologischen Funktionen in einem Lebensraum erhebliche Auswirkungen auf die Ökologie des Gesamtbiotops. Eine sinnvolle Konfliktbewältigung hat daher alle Folgen der durch einen Plan vorgesehenen Vorhaben in die Problemlösung einzustellen. So ist es unerlässlich, dass für die drohende Zerstörung eines intakten, großflächigen Biotops durch die Darstellungen eines Bebauungsplanes einheitliche Ausgleichs- oder im Rahmen der Gemeinwohlklausel auch Ersatzmaßnahmen geprüft und ggf. sichergestellt werden. Beispielsweise würde es nicht genügen, wenn jeder Bauherr für seine anteilige Zerstörung eines Biotops an anderer Stelle seinen Anteil auszugleichen versucht. Nur ein koordinierter Ausgleich durch die Anlage eines neuen, gleichartigen Biotops kann die verletzten Funktionen des Naturhaushaltes adäquat kompensieren. In den einzelnen Genehmigungsverfahren werden hingegen die erforderlichen, großflächigen Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen regelmäßig nicht mehr zu koordinieren sein. Sind die betroffenen Grundeigentümer zur Wiederherstellung der beeinträchtigten Funk-

²⁵² Vgl.: Louis, BNatSchG, § 8 a Rn. 30.

²⁵³ Siehe: § 24 a IV S. 2 NatSchG BW; § 28 a V Nr. 2 NNatG; § 62 II S. 2 LG NW.

tionen des Naturhaushaltes nicht in der Lage, so dürfen Ausnahmen von den biotopschutzrechtlichen Verboten mangels Ausgleichbarkeit der Eingriffe nicht erteilt werden. Entsprechend hat die bipolare Abwägung der naturschutzrechtlichen und städtebaulichen Belange im Rahmen der Gemeinwohlklausel einheitlich für das Gesamtbiotop und die planerischen Darstellungen zu erfolgen, da nur so die ökologischen und städtebaulichen Bedeutungen und ihre Verknüpfungen richtig zu erfassen und zu würdigen sind. Auch diese Interessenabwägung ist in den Baugenehmigungsverfahren nicht mehr sachgerecht zu leisten. Die Planvollzugsebene würde überfrachtet werden. Es wäre nicht nur über die naturschutzrechtliche Zulässigkeit des konkreten beantragten Vorhabens zu entscheiden, sondern es hätte eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Gemeinwohlbelange für die Gesamtheit der Vorhaben zu erfolgen.

6. Notwendigkeit der Beachtung des Biotoptypsches in der Bauleitplanung

Vor diesem Hintergrund ist es daher nicht nur sinnvoll, sondern im Sinne der angemessenen Konfliktbewältigung in der Abwägung geboten, dass sich die planende Gemeinde bereits auf der Ebene der Bauleitplanung Klarheit darüber verschafft, ob eine Freistellung der beabsichtigten Vorhaben möglich, der aufzustellende Plan also zu realisieren ist, und die Gemeinde die Voraussetzungen für die erforderliche Freistellung bereits im Stadium der Planung schafft, also etwa ausreichende Flächen für Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen ausweist. Enthält ein Bebauungsplan entsprechende Festsetzungen über Ausgleichsmaßnahmen, die den strengen naturschutzrechtlichen Anforderungen genügen, so werden die geplanten beeinträchtigenden Vorhaben in den Baugenehmigungsverfahren von den zuständigen Naturschutzbehörden freizustellen sein²⁵⁴. Das Vertrauen der Grundeigentümer auf den Bestand des Bebauungspläne wird in diesen Fällen regelmäßig zu einer Reduzierung des Ermessens der zuständigen Naturschutzbehörden bei der Entscheidung über die Ausnahme auf Null führen.

Um den biotopschutzrechtlichen Anforderungen zu genügen und ggf. die Voraussetzungen für die Freistellung der geplanten Vorhaben zu schaffen, werden die Gemeinden bereits bei der Überplanung von Biotopen auf den Sachverstand und die Einschätzungen der zuständigen Naturschutzbehörden zurückzugreifen haben²⁵⁵. Diese können im Planungsstadium eine einheitliche, ggf. differenzierte Gesamtentscheidung über die Zulässigkeit der geplanten Vorhaben in biotopschutzrechtlicher Hinsicht treffen, die von der Gemeinde im Interesse der

²⁵⁴ Schrödter, in: W. Schrödter, § 1 a Rn. 106.

²⁵⁵ VG Hannover, NuR 1994, S. 457; Weiblen, VBIBW 1996, S. 202 (207).

Rechtmäßigkeit des Satzungsbeschlusses zu berücksichtigen ist. Ist die Freistellung der geplanten städtebaulichen Nutzungen nicht oder nur teilweise möglich, so wird eine „unsinnige“ Planung vermieden. Zur Absicherung der Gemeinden ist neben einer informellen Absprache mit den zuständigen Naturschutzbehörden in rechtlicher Hinsicht sowohl denkbar, dass diese bereits entsprechende Ausnahmegenehmigungen für die geplanten Vorhaben, nicht für den Bebauungsplan selbst, erteilen²⁵⁶, wenn die Adressaten der biotopschutzrechtlichen Beeinträchtigungsverbote bekannt sind. Sofern die Adressaten, die späteren Eigentümer der Baugrundstücke, noch unbekannt oder Detailfragen der Beeinträchtigung und des Ausgleichs ungewiss sind, da sie von konkreten Umsetzungen des Bebauungsplanes abhängen, kann die grundsätzliche Zulässigkeit der Vorhaben und die spätere Erteilung entsprechender Ausnahmen durch die Naturschutzbehörde förmlich zugesichert werden²⁵⁷. Ausgeschlossen wird damit auch, dass die Naturschutzbehörde, sofern sich nicht die rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse grundlegend ändern, die Erteilung von Ausnahmen später verweigern kann, und der Plan damit obsolet und unwirksam wird, womit auch das Vertrauen der Grundeigentümer auf den Planfortbestand enttäuscht würde²⁵⁸.

7. Fallgruppen mit Beispielen

Zur Veranschaulichung sollen die unterschiedlichen Fallkonstellationen anhand von Beispielen belegt werden.

a) Aussichtslose Planung

Die Diskussion über den Zeitpunkt der Erteilung von Ausnahmegenehmigungen erübrigt sich von vornherein in denjenigen Fällen, in denen in Flächennutzungs- oder Bebauungsplänen städtebauliche Nutzungen vorgesehen werden sollen, die von vornherein unter keinen Umständen vollziehbar sind, da Ausnahmen oder Befreiungen von den biotopschutzrechtlichen Beeinträchtigungsverboten aufgrund der Einmaligkeit der Flächen und des besonderen öffentlichen Interesses am Schutz der überplanten Flächen nicht erteilt werden dürfen, die

²⁵⁶ So aber: Louis, BNatSchG, § 8 a Rn. 30.

²⁵⁷ Zutreffend: Weiblen, VBIBW 1996, S. 202, 206; Louis, NuR 1992, S. 24 (26); ders.; BNatSchG, § 8 a Rn. 30.

²⁵⁸ Louis, a.a.O. Rn. 30.

Ausnahmetatbestände der landesrechtlichen Regelungen also – wie in einer Vielzahl von Fällen - nicht eingreifen²⁵⁹.

Als drastisches Beispiel mag die Überplanung eines einzigartigen, bisher unberührten Hochmoores oder Auwaldes von überragendem ökologischen Wert durch einen Gewerbepark mit großflächiger Grundwasserregulierung und Bodenversiegelung für Parkplätze und Einkaufshallen dienen, dessen Ausweisung aus Gründen des Gemeinwohls nicht zwingend geboten ist. Ein solcher Bauleitplan, der Festsetzungen trifft, die bereits im Planungsstadium offenbar nicht vollziehbar sind, ist von vornherein funktionslos und daher nichtig.

b) Unausweichliche Konflikte

Werden in Bauleitplänen Festsetzungen getroffen, deren Verwirklichung mit Sicherheit zu erheblichen Beeinträchtigungen gesetzlich geschützter Biotope führen muss, aber über die Erteilung von Ausnahmegenehmigungen möglicherweise erlaubt werden kann, so ist das Gebot der Konfliktbewältigung zu beachten. Obiges Beispiel kann etwa dahin abgewandelt werden, dass es lediglich um die Überplanung einer großen Streuobstwiese durch einen Gewerbepark geht. Auch in diesem Fall ist die Zerstörung des geschützten Biotops als Folge der Realisierung der Darstellungen des Bebauungsplans evident. Hingegen ist die Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nicht von vornherein zu verneinen, da ein Ausgleich im Sinne des § 30 II S. 1 BNatSchG durch die Anpflanzung neuer Streuobstbäume möglich erscheint oder die Ansiedlung im überwiegenden öffentlichen Interesse geboten sein kann, etwa weil bisher eine Unterversorgung der Bevölkerung der Region bestanden hat und in der Umgebung des Plangebietes eine Vielzahl weiterer Streuobstwiesen vorhanden ist. Besteht die Möglichkeit zur Genehmigung der geplanten Vorhaben, so ist die Überplanung dieser Flächen auch ohne eine vorweg erteilte Freistellung wirksam, wenn dem Gebot der planerischen Konfliktbewältigung Rechnung getragen wird. Die Gemeinden haben daher regelmäßig zu prüfen, ob eine Freistellungslage besteht, und die notwendigen Festsetzungen für Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen zu treffen, die auf der Ebene der Plandurchführung nicht mehr bewältigt werden können. Die Absicherung der Planung durch entsprechende Absprachen mit den zuständigen Naturschutzbehörden wird bei offenbaren Konflikten regelmäßig unerlässlich sein.

²⁵⁹ Weiblen, VBIBW 1996, S. 202 (207).

c) Geringfügige und nur mögliche Beeinträchtigungen

Als dritte Variante sind diejenigen Konstellationen zu nennen, in denen eine Beeinträchtigung nur möglich und von der Form des konkreten Planvollzugs abhängt. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn von den Festsetzungen der Planung nur kleinflächige Biotopflächen auf einzelnen Teilflächen des Plangebietes berührt werden.

Es ist beispielsweise an die Überplanung eines bisher landwirtschaftlich genutzten Ackers, auf dem sich lediglich ein kleiner Tümpel und am Rand ein Feldgehölz befinden, durch einen Flächennutzungsplan zu denken, der die Fläche als Baugebiet ausweist. Insbesondere im Rahmen der Aufstellung von Flächennutzungsplänen, die regelmäßig keine parzellenscharfen Festsetzungen treffen, aber auch der Bebauungspläne, sofern sie nur einen Rahmen und keine detaillierten Vorgaben für die städtebauliche Nutzung normieren, wird nicht abschließend über die Erteilung von Ausnahmen auf der Ebene der Bauleitplanung zu entscheiden sein. Es stehen weder die konkreten Eingriffe fest, noch kann eine Feststellung über einen möglichen Ausgleich der Beeinträchtigung, der die Voraussetzung für die Erteilung von Ausnahmen sein kann, getroffen werden. Die Naturschutzbehörde würde also auf dieser insofern noch abstrakten Ebene vor eine unlösbare Aufgabe gestellt. Daher ist es zulässig und sogar notwendig, den Konfliktausgleich von der Ebene des Flächennutzungsplans auf die Ebene des Bebauungsplans und ggf. sogar auf die Ebene des Planvollzugs zu verlagern. Detailfragen und Konflikte können somit im Planvollzug geklärt werden. An einen Abwägungsfehler leidet ein entsprechender Bauleitplan nicht.

d) Anmerkung

Zu einer entsprechend differenzierten Betrachtung, die neben dem Biotopschutz auch die kommunale Planungshoheit zumindest zu berücksichtigen versucht, können nur diejenigen gelangen, die eine kumulative Geltung von Bauleitplanung und gesetzlichem Biotoptypenschutz bejahen. Die Gegner der hier befürworteten Lösung, die letztlich von einer alternativen Geltung ausgehen, müssen immer schon auf der Ebene der Bauleitplanung die Erteilung von Ausnahmen oder Befreiungen durch die Naturschutzbehörden verlangen, da ansonsten die Bauleitpläne, die beeinträchtigende Vorhaben festsetzen, aus Gründen der Normenhierarchie nichtig sind²⁶⁰. Durch diese verfehlte Forderung werden die Naturschutzbehörden vor eine

²⁶⁰ Kratsch, VBIBW 1998, S. 241 (246); VGH Mannheim, VBIBW 1998, S. 64 (65).

schwierige, in vielen Fällen unlösbare Aufgabe gestellt, wenn die möglicherweise drohenden Eingriffe auf der Planungsebene noch nicht zu konkretisieren sind. Auch aus diesem Grunde ist eine alternative Geltung von Biotopschutz und Bauleitplanung zu verneinen²⁶¹.

IV. Ergebnis

Der gesetzliche Biotoptypenschutz normiert kein Planungsverbot, da die biotopschutzrechtlichen Beeinträchtigungsverbote erst auf der Ebene des Planvollzugs zwingend eingreifen. Die Gemeinden können sich im Rahmen der Bauleitplanung dennoch grundsätzlich nicht über die biotopschutzrechtlichen Verbote hinwegsetzen. Denn über die bauplanungsrechtlichen Gebote der Planerforderlichkeit und der Konfliktbewältigung erlangt der gesetzliche Biotoptypenschutz bereits erhebliche Relevanz in der Bauleitplanung und schränkt die gemeindliche Planungshoheit, insbesondere da die strengen biotopschutzrechtlichen Ausnahme- und Befreiungsregelungen lediglich von geringer Relevanz sind, erheblich ein. Der gesetzlichen Biotoptypenschutz hindert die Gemeinden über die baurechtlichen Gebote regelmäßig an der neuen Überplanung von gesetzlich geschützten Biotopflächen und erschwert somit die Ausweisung neuen Baulandes im Außenbereich.

C. Auswirkungen des Biotoptypenschutzes auf bestehende Bauleitpläne

Nachdem zuvor die Rechtsfolgen der Überplanung gesetzlich geschützter Biotope erörtert und die Einschränkungen der planerischen Gestaltungsfreiheit der Gemeinden herausgestellt wurden, ist nunmehr die Rechtslage im zeitlich umgekehrten Fall zu untersuchen: Nach der Aufstellung eines Bauleitplanes, insbesondere eines Bebauungsplanes, und vor der Realisierung der planerischen Darstellungen siedeln sich auf den überplanten Flächen schützenswerte Biotope an. Eine parallel zu untersuchende Situation eröffnet sich im Fall der Bildung von Spontanbiotopen auf unversiegelten Flächen im nicht oder nicht qualifiziert überplanten Innenbereich, § 34 BauGB. Auch diese Spontanbiotope stehen, sofern sie einem der in den Landesnaturschutzgesetzen normierten Typen entsprechen, unter unmittelbarem und sofortigem Schutz, da der gesetzliche Schutz ausschließlich an die tatsächlichen Verhältnisse anknüpft und es

²⁶¹ Oldiges, S. 106.

mithin nicht darauf ankommt, aus welchem Grund und auf welche Weise ein Gebiet zu einem Biotop geworden ist²⁶².

Diesen Konstellationen vergleichbar sind in ihren bauplanungs- und eigentumsrechtlichen Auswirkungen auch diejenigen „Altfälle“, in denen zuvor überplante und zur baulichen Nutzung ausgewiesene Biotopflächen mit dem Inkrafttreten der jeweiligen landesrechtlichen Umsetzungen des § 20 c BNatSchG 1986 unter unmittelbarem gesetzlichen Schutz gestellt wurden. Der Unterschied zur Bildung von Spontanbiotopen besteht lediglich in dem Umstand, dass sich nicht die tatsächlichen, sondern die rechtlichen Verhältnisse durch die Unterschutzstellung der Flächen nachträglich verändert haben.

I. Zur Möglichkeit der Bildung von Spontanbiotopen

Gerade für die Neubildung und den damit verbundenen Schutz sogenannter Sekundärbiotope finden sich in Rechtsprechung und Literatur eine Vielzahl von Beispielen²⁶³: Als klassisch können die Fälle der Wiederbesiedelung von Ton- und Kiesgruben infolge von natürlicher Sukzession durch Trocken- oder Feuchtbiotope bezeichnet werden. Aber auch brachliegende Flächen, deren Bewirtschaftung oder Entwässerung aufgegeben oder vernachlässigt wurde, können, wenn weitere ökologische Faktoren wie ein hoher Feuchtigkeitsgrad oder eine Nährstoffarmut des Bodens hinzukommen, für die Wiederansiedlung einiger Pflanzen- und Tiergemeinschaften infolge von Sameneintrag und Zuwanderung geradezu prädestiniert sein²⁶⁴.

²⁶² OVG Schleswig, NuR 1990, S. 41 f.; A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 3.

²⁶³ VG Schleswig, NuR 1990, S. 41 f: Entwicklung eines Feuchtgebietes mit Seggen und Rieden aufgrund mangelnder Entwässerung; BayVG, NuR 1995, S. 285: Bildung von Tümpeln und Feuchtflächen mit Binsen in einer ehemaligen Sandgrube; BGH, NuR 1993, S. 188 f.: Schutzwürdigkeit eines Gartenteichs und der dort quakenden Frösche; VG Schleswig, NuR 1990, S. 139: Ansiedlung von Feuchtbiotopen auf ehemaligem Wirtschaftsgrünland nach der Aufgabe der Bewirtschaftung; OVG Münster, NuR 1994, S. 453: Entwicklung von Flachwasserzonen mit natürlichem Bewuchs in ehemaliger Tongrube; OLG Hamm, NuR 1991, S. 43: Bildung von Trockenrasen in ehemaligen Steinbrüchen; vgl. auch die Abgaben bei: Carlsen, NuR 1991, S. 44 ff.: Besiedlung einer künstlich aufgespülten Uferfläche für städtebauliche Nutzungen an der Elbe durch Feucht- und Trockenbiotope nach einigen Jahren der Brache.

²⁶⁴ Vgl. etwa: VG Schleswig, NuR 1990, S. 41 f. und S. 139.

Mit Blick auf die gesetzlich geschützten Typen ist einerseits festzustellen, dass einer Mehrzahl von ihnen bereits die Eignung zur spontanen Ansiedlung fehlt, andererseits aber einige Typen eine erstaunliche Neigung zur Okkupation vormals menschlich genutzter Flächen in kurzer Zeit zeigen. Dies muss um so mehr gelten, als die Landesgesetzgeber den Bundeskatalog der geschützten Biotoptypen erweitert und bei der Auswahl die Anforderungen an die Schutzwürdigkeit der weiteren Typen vermindert haben, so dass viele Erscheinungsformen natürlicher Sukzession infolge der Aufgabe der wirtschaftlichen Nutzung von Flächen in überschaubarer Zeit unter den gesetzlichen Schutz fallen können. Klar zum Ausdruck kommt diese Ausdehnung des Schutzes in Schleswig-Holstein, wo auch alle „... sonstigen Sukzessionsflächen außerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile, die länger als 5 Jahre nicht bewirtschaftet wurden,“ gesetzlich geschützt sind, § 15 a I Nr. 10 NatSchG SH.

Zwar werden sich Spontanbiotope überwiegend in der freien Landschaft und somit im Außenbereich bilden. Eine Entwicklung von gesetzlich geschützten Biotopen auf nicht versiegelten Flächen des Innenbereichs ist aber nicht auszuschließen. Erfolgt die Ausweisung neuen Baulandes auf freien, häufig zuvor landwirtschaftlich genutzten Flächen, wird die Folge der städtebaulichen Überplanung und Ausweisung als Bauland in der Regel die Aufgabe der bisherigen Nutzung und eine Brache dieser Flächen bis zur Verwirklichung der planerischen Darstellungen sein. Da von der Ausweisung eines Baugebietes durch Bebauungsplan bis zum vollständigen Planvollzug Jahre vergehen können, zumal ein Bebauungsplan regelmäßig nur ein „Angebot“ an den Eigentümer für eine bestimmte Grundstücksnutzung beinhaltet und nicht durch ein Baugebot zur zügigen Umsetzung verpflichtet²⁶⁵, kann gerade die Überplanung einer Fläche mit der Folge der Aufgabe der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung die Entwicklung von Spontanbiotopen ermöglichen. So hat sich in der Stadt Wilhelmshaven auf einer aufgeschwemmten Fläche, die gewerblich genutzt werden sollte, ein Feuchtbiotop mit Röhrrichtbewuchs gebildet. In der Stadt Braunschweig entwickelte sich im Bereich eines ausgewiesenen Gewerbegebiets ein Trockenrasenbiotop²⁶⁶. An der Elbe wurden künstlich aufgespülte Uferbereiche, die dem späteren Deichbau und der Ausweisung von Gewerbeflächen dienen sollten, nach Aufgabe der Eindeichungspläne mangels Erforderlichkeit und Verzögerungen bei der planerischen Ausweisung von hochwertigen Trockenrasen- und Feuchtbiotopen besiedelt²⁶⁷.

²⁶⁵ Brohm, § 1 Rn. 21

²⁶⁶ Beispiele wiedergegeben nach: Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 Fn.6/7.

²⁶⁷ Diesen Fall führt an: Carstens, NuR 1991, S. 44f.

II. Kollision der Bauleitpläne mit dem hinzutretenden Biotoptypschutz

1. Geltung des gesetzlichen Biotoptypschatzes

In diesen Fällen der Neuansiedlung von geschützten Biotopen auf als Bauland ausgewiesenen Flächen, aber auch in den sogenannten „Altfällen“ kommt es wiederum zur Konkurrenz zwischen dem sofort eingreifenden Biotoptypschatz und der Bauleitplanung, wenn die Realisierung der in den Bauleitplänen getroffenen Festsetzungen, die im Stadium der Planaufstellung und Abwägung nicht zu beanstanden waren, zu einer Zerstörung oder Beeinträchtigung dieser geschützten Biotope führen kann. Eine Beschränkung des gesetzlichen Biotoptypschatzes auf den Außenbereich, die diesen Konflikt vermeiden würde, ist nicht erfolgt. Das Veränderungsverbot ist in vollem Umfang auch im Innenbereich zu beachten²⁶⁸. Dies belegen etwa die Überleitungsvorschriften des § 67 VI NatSchG BW, die bestimmte Innenbereichsflächen, die bereits vor dem Inkrafttreten des § 24 a NatSchG BW überplant waren, vom Veränderungsverbot des gesetzlichen Biotoptypschatzes freistellen²⁶⁹, oder das Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung des Biotoptypschatzes in Niedersachsen. Der baden-württembergischen Überleitungsvorschrift für die aufgeführten „Altfälle“ hätte es nicht bedurft, wenn der gesetzliche Biotoptypschatz generell keine Anwendung im Innenbereich finden würde. Entsprechend sah sich der niedersächsische Gesetzgeber gezwungen, den ersten Entwurf zum gesetzlichen Biotoptypschatz in Niedersachsen zu verwerfen, da dieser eine Beschränkung des Biotopschatzes auf den Außenbereich vorsah und daher als nicht mit § 20 c I BNatSchG 1986 vereinbar erachtet wurde²⁷⁰.

Das Verhältnis des gesetzlichen Biotoptypschatzes zum Bauplanungsrecht wurde bereits eingehend erörtert²⁷¹ und im Sinne einer kumulativen Geltung beider Regelungsregime aufgelöst, d.h. dass sowohl die Regelungen des Biotoptypschatzes als auch eines Bebauungsplanes bzw. des § 34 BauGB im Realisierungsstadium nebeneinander zu beachten sind. Selbst wenn, ent-

²⁶⁸ OVG Lüneburg, NuR 1995, S. 470 f.; A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 7; Louis/Engelke, § 24 Rn. 30; Oldiges, S. 106; Weiblen, VBIBW 1996, S. 202, 205; vgl. zur räumlich umfassenden Geltung der naturschutzrechtlichen Verbote unter Einschluss des besiedelten Bereichs auch: VGH München, NJW 1999, S. 2914 (2915); BGH NJW 1993, S. 925 (926).

²⁶⁹ Vgl. Weiblen, VBIBW 1996, S. 202 (207).

²⁷⁰ Nds. Lt-Drs. 11/2585 S. 6 sowie 11/5154 S. 5.

²⁷¹ Vgl. S. 32 ff.

gegen der hier vertretenen Ansicht eine alternative Geltung der Normen befürwortet wird, so kann ein Bebauungsplan als Satzung nach dem allgemeinen Rangverhältnis aufgrund der Normenhierarchie²⁷² keinen Vorrang vor dem durch formelles Landesrecht normierten Biotoptypschutz beanspruchen. Dieses Ergebnis wird durch den Umstand bestätigt, dass § 5 VI BBauG a.F., der noch einen Vorrang des Bebauungsplans vor landschaftsschutzrechtlichen Normen begründete, 1976 gestrichen wurde²⁷³. Auch ein bereits wirksam aufgestellter Bebauungsplan oder der „Planersatz“ des § 34 BauGB vermögen daher nicht die hinzutretenden Anforderungen des gesetzlichen Biotoptypschutzes an die Zulässigkeit eines Vorhabens zu verdrängen, wenn sich nach der Planaufstellung im Plangebiet bzw. auf zuvor bebaubaren Flächen im nicht qualifiziert überplanten Innenbereich ein gesetzlich geschütztes Biotop entwickelt. Entsprechendes gilt für die bereits vor der gesetzlichen Normierung des Biotoptypschutzes aufgestellten „Altpläne“, die die Überbauung nunmehr geschützter Biotope festlegen, wenn es an einer Überleitungsvorschrift wie etwa in § 67 VI NatSchG BW fehlt. Die planerischen Festsetzungen gehen den Veränderungsverboten des gesetzlichen Biotoptypschutzes auch in diesen Konstellationen nicht vor²⁷⁴.

2. Rechtsfolgen

Damit bewirkt die Ansiedlung eines Spontanbiotops, dass ein Vorhaben, das den baurechtlichen Festsetzungen des Bebauungsplans bzw. den Anforderungen des § 34 BauGB genügt und in baurechtlicher Sicht auch sonst zu genehmigen wäre, nur noch realisiert werden kann bzw. darf, wenn es zugleich mit den Anforderungen des Biotopschutzes zu vereinbaren ist. Für die Verwirklichung beeinträchtigender Vorhaben ist wiederum die Freistellung vom Veränderungsverbot durch die zuständige Naturschutzbehörde zwingend erforderlich. Scheidet die Freistellung eines Vorhabens nach den landesrechtlichen Ausnahme-, Befreiungs- oder Überleitungsvorschriften, die sogleich unter Berücksichtigung der hier festgestellten Rechtsfolgen zu untersuchen sein werden, aus, so liegen die Auswirkungen der Biotopneubildung bzw. der Unterschützstellung bereits überplanter Biotopflächen auf der Hand. Vormalig zulässige und von den Gemeinden planerisch vorgesehene Vorhaben dürfen aufgrund des Verände-

²⁷² Maurer, § 4 Rn. 37 ff.

²⁷³ Vgl.: OVG Greifswald, NuR 1995, S. 149 (156); A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendomin-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 7.

²⁷⁴ OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (309); Louis, NuR 1992, S. 24 (27); Oldiges, S. 106; Weiblen, VBIBW 1994, S. 202 (208).

rungsverbot des gesetzlichen Biototypschutzes von den Grundeigentümern nicht mehr realisiert werden. Die weiteren rechtlichen Auswirkungen sind im Hinblick auf die betroffenen Gemeinden und Grundstückseigentümer zu betrachten.

a) Auswirkungen auf die bestehenden Bebauungspläne

Die Auswirkungen bzw. Rückwirkungen des gesetzlichen Biototypschutzes auf die Wirksamkeit von Bauleitplänen in Fällen der „beeinträchtigenden“ Überplanung von Biotopen wurden bereits dargelegt²⁷⁵. Ein solcher Bauleitplan, der Festsetzungen trifft, die bereits im Planungsstadium erkennbar nicht vollziehbar sind, also nicht realisierbare bauliche Nutzungen vorsieht, ist nicht geeignet, die gesetzten Ziele zu verwirklichen, so dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und damit § 1 III BauGB verletzt ist²⁷⁶ und der Plan nicht in Kraft treten kann²⁷⁷. Bauleitpläne, deren Darstellungen aufgrund der nachträglichen Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse erkennbar ganz oder teilweise dauerhaft nicht mehr realisiert werden können, teilen obiges Schicksal. Auch sie sind nicht mehr geeignet, den städtebaulichen Zielen zu dienen, und verlieren ihre Funktion. Ein Bebauungsplan, der funktionslose Darstellungen aufweist, ist insoweit nichtig²⁷⁸. Entsprechend formuliert das BVerwG²⁷⁹: „Eine bauplanerische Festsetzung tritt wegen Funktionslosigkeit außer Kraft, wenn und soweit die Verhältnisse, auf die sie sich bezieht, in der tatsächlichen Entwicklung einen Zustand erreicht haben, der eine Verwirklichung der Festsetzung auf unabsehbare Zeit ausschließt, und die Erkennbarkeit dieser Tatsache einen Grad erreicht hat, der einem etwa dennoch in die Fortgeltung der Festsetzung gesetzten Vertrauen die Schutzwürdigkeit nimmt.“ Die Folge der Unterschützstellung der bezeichneten Biototypen unmittelbar kraft Gesetzes ist somit die Nichtigkeit all derjenigen Festsetzungen der bereits bestehenden Altpläne, deren Realisierung zu einer nicht ausnahmsweise freizustellenden Beeinträchtigung der überplanten Biotope führen würde. Eine Überleitungsregelung wie in § 67 VI NatSchG BW, die bereits bei Inkrafttreten des Gesetzes bestehende Bebauungspläne vom gesetzlichen Bio-

²⁷⁵ Siehe oben, S. 57 ff.

²⁷⁶ Vgl. zum Grundsatz der Plandurchführbarkeit: Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 1 Rn. 217; Gierke, in: Brügelmann, § 10 Rn. 408 f.

²⁷⁷ BVerwGE 56, S. 283 (288).

²⁷⁸ Brohm, § 12 Rn. 32; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 1 Rn. 217.

²⁷⁹ BVerwGE 54, S. 5 (Leitsatz sowie S. 7 ff.).

toptypschutz freistellt und die aufgezeigte Rechtsfolge für die Altpläne verhindert, fehlt in den anderen landesrechtlichen Ausgestaltungen des Biotoptypsches.

Abgesehen von diesen Altfällen müssen Gemeinden im qualifiziert überplanten Innenbereich mit der jederzeitigen Nichtigkeit ihrer noch nicht vollzogenen, planerischen Darstellungen aufgrund der Ansiedlung von gesetzlich geschützten Spontanbiotopen rechnen. Bildet sich ein geschütztes Biotop, so werden auch diese Darstellungen, deren Realisierung die Beeinträchtigung eines Biotops zur Folge hätte, funktionslos und müssen außer Kraft treten. Die Erheblichkeit des gesetzlichen Biotoptypsches für die kommunale Planungshoheit wird auch in diesen Konstellationen offenbar. Der gesetzliche Biotoptypschutz hindert die Gemeinden nicht nur an der wirksamen Überplanung neuer Biotopflächen, sondern vermag vorbehaltlich der noch zu untersuchenden Freistellungsmöglichkeiten die Nichtigkeit bestehender Bauleitpläne zu bewirken.

b) Verlust der Baulandqualität

Die Unterschützstellung einer Vielzahl von Biotoptypen kraft Gesetzes durch die Landesgesetzgeber hat sowohl in den Fällen der Ansiedlung von Spontanbiotopen als auch in den „Altfällen“ weitreichende Folgen für die betroffenen Grundeigentümer. Die ehemals gegebene Möglichkeit der baulichen Nutzung des Grundeigentums im Sinne der planerischen Vorgaben bzw. des § 34 BauGB geht jeweils verloren. Der gesetzliche Schutz vorhandener oder sich ansiedelnder Biotope führt zum Verlust der Baulandqualität oder zumindest zur Beschränkung der baulichen Nutzungsmöglichkeiten der betroffenen Flächen. In Rechtsprechung und Literatur wird daher von der Vernichtung oder Entziehung von „Baurechten“ durch den gesetzlichen Biotoptypschutz gesprochen²⁸⁰. Unabhängig von dieser noch zu hinterfragenden, eigentumsdogmatischen Bewertung der Baulandqualität einer Fläche wird die Relevanz des gesetzlichen Biotoptypsches für die betroffenen Grundeigentümer und die wirtschaftliche Nutzung des Grundeigentums deutlich. Wenn naturschutzrechtliche Freistellungen nicht erfolgen können oder dürfen, muss sich die Frage aufdrängen, ob und ggf. wie der gesetzlichen Biotoptypschutz mit der Gewährleistung des Eigentums in Art. 14 I S. 1 GG zu vereinbaren ist.

²⁸⁰ OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (308 f.); Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (223); Schink; VerwArch 86 (1995), S. 398 (430); Gellermann, NuR 1995, S. 227 (231).

III. Möglichkeit der Erteilung von Ausnahmen und Befreiungen

Auf die Ausnahmetatbestände des gesetzlichen Biotoptyps schutzes sowie die allgemeinen naturschutzrechtlichen Befreiungsvorschriften und ihre hohen Anforderungen an die Zulässigkeit eines beeinträchtigenden Vorhabens wurde bereits eingegangen²⁸¹. Vor dem Hintergrund der dargelegten Rechtsfolgen und ihrer verfassungsrechtlichen Relevanz ist eine Konkretisierung dieser Freistellungsmöglichkeiten für die hier zu untersuchenden Konstellationen geboten.

a) Ausgleich der Beeinträchtigung

Eine Ausnahme von den biotopschutzrechtlichen Flächenveränderungsverboten darf erteilt werden, wenn die gleichartige Wiederherstellung der Biotopfunktionen und -strukturen mit räumlichem Bezug zum Ort der Beeinträchtigung unter Berücksichtigung eines menschlichen Planungshorizontes nach einer ex ante Prognose als gesichert gelten kann²⁸².

Die zügige Ansiedlung von Biotopen auf brachliegenden Flächen spricht vermeintlich für eine leichte Ausgleichbarkeit einer Beeinträchtigung von Spontanbiotopen durch die Neuanlage eines gleichartigen Biotops. Richtig dürfte zwar sein, dass die Ausgleichbarkeit einer Beeinträchtigung der hier zu betrachtenden Sekundärbiotope nicht generell aufgrund der ökologischen Eigenarten dieser Typen verneint werden kann, da die Fähigkeit zur spontanen Ansiedlung als ein Beweis für die Regenerationsfähigkeit zu werten ist. Zu beachten ist aber, dass ein Ausgleich im konkreten Einzelfall an einer Vielzahl von Gründen scheitern kann. Auch Spontanbiotope setzen spezifische Umweltbedingungen, wie etwa einen bestimmten Feuchtigkeitsgrad oder Nährstoffgehalt des Bodens oder eine bestimmte geologische Struktur der örtlichen Erdoberfläche voraus. Für den Ausgleich müssen also entsprechende Flächen mit räumlichem Bezug zum Ort des Eingriffs gefunden werden, die eine natürliche Prägung für die Anlage eines gleichartigen Biotoptyps aufweisen. So wird ein Trockenrasen nicht auf einem überdüngten Acker oder ein Feuchtbiotop nicht auf einer hochgelegenen Wiese ohne kontinuierlichen Wasserzufluss anzusiedeln sein. Weiterhin müssen die von der Ansiedlung eines Spontanbiotops betroffenen Eigentümer auch tatsächlich und finanziell in der Lage sein, entsprechende Flächen zu erwerben und ein gleichartiges Biotop anzulegen. Dies wird insbe-

²⁸¹ Vgl. oben, S. 38 ff. sowie S. 48 ff.

²⁸² Siehe oben, S. 39.

sondere private Bauherren regelmäßig überfordern oder die geplanten Investitionen unrentabel werden lassen.

Dies gilt auch dann, wenn einem Grundstück nach §§ 21 BNatSchG, 1 a II Nr. 2, III BauGB im Rahmen der Planabwägung Ausgleichsfestsetzungen zugeordnet werden²⁸³. Diese Festsetzungen können sich allein auf die ursprünglich erwarteten Eingriffe beziehen und die zeitlich der Planaufstellung nachfolgende Ansiedlung eines gesetzlich geschützten Biotops bzw. die gesetzgeberische Unterschutzstellung der in den „Altfällen“ bereits bestehenden Biotope nicht berücksichtigen. Wie die Eigentümer wird auch die Gemeinde von der Veränderung der tatsächlichen bzw. rechtlichen Verhältnisse „überholt“. Im Fall der Biotopneubildung bzw. der Unterschutzstellung bestehender Biotope im nicht qualifiziert überplanten Innenbereich wird ein Ausgleich regelmäßig bereits am innerörtlichen Mangel freier, unversiegelter Flächen scheitern. Es hat daher bei der bereits oben getroffenen Aussage zu verbleiben²⁸⁴, dass der Ausgleich der Beeinträchtigung eines gesetzlich geschützten Biotops – auch eines Spontanbiotops – insbesondere für einen privaten Bauherren nur in seltenen Fällen in Betracht kommen wird.

b) Gemeinwohlklausel

Eine Ausnahmegenehmigung darf nur erteilt werden, wenn Gründe des Gemeinwohls für die Verwirklichung eines beeinträchtigenden Vorhabens sprechen, die Verwirklichung dieser Maßnahmen gerade im Bereich eines gesetzlich geschützten Biotops erforderlich ist und die betroffenen Gemeinwohlbelange die Schutzwürdigkeit des betroffenen Biotops übersteigen²⁸⁵. Diskutiert wird in diesem Zusammenhang, ob die Realisierung planerischer Darstellungen immer öffentlichen Interessen dient, also aus Gründen des Gemeinwohls geboten ist²⁸⁶. Dies ist zu verneinen. Derartige Gründe sind nur dann anzunehmen, wenn die Verwirklichung der Darstellungen für die örtliche Gemeinschaft über das Interesse des Bauherrn hinaus von Bedeutung ist. Soweit es bei der Verwirklichung der Festsetzungen allein um die privaten Interessen der betroffenen Grundstückseigentümer geht, können sich diese nicht auf die

²⁸³ Vgl.: Brohm, § 6 Rn. 41 ff.; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 1 a Rn. 44 ff.

²⁸⁴ Siehe, S. 39 ff.

²⁸⁵ Schink, a.a.O. S. 409; zum wortgleichen § 31 I Nr.2 BNatSchG: Louis, NuR 1995, S. 62, 69; A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendimir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 31 Rn. 17 f.

²⁸⁶ Vgl.: Louis, NuR 1992, S. 24, 26; W. Schrödter, in: Schrödter, § 1 a Rn. 106 f.

Gemeinwohlklausel berufen²⁸⁷. Für beeinträchtigende private Bauvorhaben und Investitionen sind daher, sofern nicht ausnahmsweise überwiegende Gründe des Gemeinwohls für eine Verwirklichung im Bereich des Biotops sprechen, trotz der spontanen Neuansiedlung eines geschützten Biotops keine Ausnahmen zu erteilen²⁸⁸. Die Berücksichtigung privater Belange der betroffenen Grundeigentümer ist ausgeschlossen²⁸⁹. Auch in den Fällen der Neubildung von Biotopen bzw. den Altfällen der Unterschutzstellung von Bauland sind regelmäßig keine Ausnahmen vom Veränderungsverbot zu erteilen.

3. Befreiung aufgrund einer „nicht beabsichtigten Härte“

Zu erörtern bleibt, ob die Entziehung von „Baurechten“ durch die gesetzliche Unterschutzstellung von Bauland bzw. die spätere spontane Neuansiedlung von Biotopen einen atypischen Sonderfall darstellt, der eine „nicht beabsichtigte Härte“ zu begründen und bei gegebener Vereinbarkeit mit den Belangen des Natur- und Landschaftsschutzes die Befreiung der baulichen Vorhaben von den biotopschutzrechtlichen Verboten zu rechtfertigen vermag. Diese Frage ist grundsätzlich in allen hier zu untersuchenden Konstellationen zu verneinen. Die sowohl in den Fällen der Neubildung von Biotopen als auch in den Altfällen eröffnete Anwendung des gesetzlichen Biotoptypsches mit der Folge der Beschränkung der ehemals zulässigen baulichen Nutzungen des Grundeigentums steht mit dem Regelungsziel der biotopschutzrechtlichen Bestimmungen grundsätzlich im Einklang. Die Einschränkung von „Baurechten“ stellt für sich noch keine atypische Sondersituation dar²⁹⁰. So hat das OVG Schleswig²⁹¹ selbst im Falle der drohenden Zerstörung eines rechtmäßig errichteten Wochenendhaus durch die heranrückende Abbruchkante einer Steilküste, einem geschützten Biotop, die Möglichkeit der Erteilung einer Befreiung für Sicherungsmaßnahmen an der Abbruchkante verneint.

Das Ziel des Bundesgesetzgebers war es, einen schnellen und umfassenden Schutz der hochwertigen Biotopflächen durch die rahmenrechtlichen Vorgaben in § 20 c BNatSchG 1986 in

²⁸⁷ So nunmehr ausdrücklich: Louis, NuR 1995, S. 62 (69).

²⁸⁸ Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216.

²⁸⁹ Vgl. Fn. 171.

²⁹⁰ So auch: OVG Lüneburg, NuR 1995, S. 470 (473); OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (309); OVG Schleswig, NuR 1998, S. 558 (559); Gellermann, NuR 1995, S. 227 (232); differenzierend: Louis, NuR 1995, S. 62 (67 f.).

²⁹¹ OVG Schleswig, NuR 1998, S. 558.

den Bundesländern sicherzustellen. So konnte sich der Bundesrat mit seiner Forderung nach einem „generellen Flächenveränderungsverbot für bestimmte hochwertige Biotope“ zur Verbesserung des Biotopschutzes im Gesetzgebungsverfahren durchsetzen, der über den in der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung beinhalteten „flächendeckenden Mindestschutz“ hinausgehen sollte²⁹². Eine Beschränkung des gesetzlichen Biotoptypschesutzes auf den Außenbereich erfolgte nicht, da das Ziel der Regelung ein „genereller Flächenschutz“ war. Auch wurde eine Regelung des Biotopschutzes im Rahmen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung vom Bundesrat ausdrücklich als ungenügend verworfen²⁹³ und es unterblieb eine spätere Einbeziehung des gesetzlichen Biotoptypschesutzes in den Baurechtskompromiss. Die dargelegten Rechtsfolgen des umfassenden Biotoptypschesutzes entsprechen daher den vom Bundesgesetzgeber ins Auge gefassten Folgewirkungen der Norm²⁹⁴.

Bestätigt wird dieses Ergebnis durch die Betrachtung der landesrechtlichen Umsetzungen des Biotoptypschesutzes. Die Landesregierung von Nordrhein-Westfalen führt etwa in ihrer Gesetzesbegründung zum § 62 des Gesetzesentwurfes zum Landschaftsgesetz NW vom 03.11.1993 aus: „Es sind schon von Gesetzes wegen sämtliche, d.h. alle nur denkbaren Handlungen und Maßnahmen verboten, die zu einer schwerwiegenden oder längerfristigen Beeinträchtigung oder zu einer Zerstörung der geschützten Biotope führen können. Damit wird ein weitreichender gesetzlicher Schutz der in § 62 des Entwurfs genannten Biotope erreicht.“²⁹⁵ Aus dieser Begründung geht der Wille des Gesetzgebers hervor, jegliche Beeinträchtigung von Biotopflächen unabhängig von ihrer Lage zu verbieten. Eine Differenzierung zwischen Innen- und Außenbereich, zwischen ursprünglichen Biotopen oder Sekundärbiotopen oder zwischen verschiedenen, beeinträchtigenden Handlungen ist nicht beabsichtigt. Durch die biotopschutzrechtlichen Veränderungsverbote wird eine Vielzahl von Eigentümern und Nutzungsberechtigten von Bauland in gleicher Weise betroffen.

Aus der Überleitungs- und Durchführungsvorschrift zum NatSchG BW, § 67 VI NatSchG BW, die Flächen, für die vor dem 1. Januar 1992 ein Bebauungsplan im Sinne von § 30 BauGB in Kraft war, sowie Innenbereichsflächen gem. § 34 BauGB von dem Veränderungs-

²⁹² BT-Drs 10/5064, S. 39.

²⁹³ BT-Drs 10/5064, S. 17 und S. 39.

²⁹⁴ OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (309); OVG Lüneburg, NuR 1995, S. 470 (473); OVG Schleswig, NuR 1995, S. 558 (559 f.).

²⁹⁵ LT-Drs 11/6196, S. 85.

gebot gem. § 24 a NatSchG BW ausnimmt, ergibt sich, dass der baden-württembergische Gesetzgeber den Konflikt zwischen dem gesetzlichen Biotoptypschutz und dem Bauplanungsrecht erkannt und im Gesetzgebungsverfahren berücksichtigt hat. Dennoch hat er den Anwendungsbereich des § 24 a NatSchG BW nicht auf den Außenbereich begrenzt. Zumindest für Baden-Württemberg folgt daraus, dass das Verbot der beeinträchtigenden baulichen Nutzung von Biotopflächen außerhalb der durch § 67 VI NatSchG BW vom Verbot freigestellten Flächen vom Gesetzgeber gewollt war. Aufgrund der ausdrücklichen Berücksichtigung im Gesetz kann von einer atypischen Sondersituation keine Rede sein.

Verfestigt wird diese Wertung durch einen Blick auf das niedersächsische Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung des Biotoptypschatzes. Ursprünglich hieß es im Gesetzesentwurf zur Änderung des niedersächsischen NNatG in § 36 I: „Die Naturschutzbehörde erklärt durch Verwaltungsakt 1. Hochmoore ... zu geschützten Biotopen, soweit sie 1. in der freien Natur und Landschaft liegen und 2. insbesondere wegen ihrer typischen Pflanzenbestände für den Artenschutz bedeutsam sind“²⁹⁶. § 36 des Entwurfes wurde fallen gelassen und durch § 24 a NNatG ersetzt, da er u.a. eine Beschränkung des Biotoptypschatzes auf den Außenbereich vorsah. Dies wertete der Landesgesetzgeber als Verstoß gegen die rahmenrechtlichen Vorgabe des § 20 c I BNatSchG 1986²⁹⁷. Aus dieser Änderung ergibt sich klar, dass der Gesetzgeber den Konflikt mit der Bauleitplanung zunächst hat vermeiden wollen, sich letztlich aber für einen umfassenden Schutz unter Einschließung des Innenbereichs entschied.

Mit Blick auf die Ansiedlung von Spontanbiotopen auf Bauland ist ein weiterer Aspekt zu beachten. Insbesondere die Landesgesetzgeber haben ausdrücklich auch eine Mehrzahl von natürlichen Sukzessionsformen von Biotopen, etwa Halbtrockenrasen oder Röhrichte, unter gesetzlichen Schutz gestellt. Damit stellt sich die ständige Veränderung des Anwendungsbereichs des Biotoptypschatzes als erkannte, typische Erscheinung dar, die in der gesetzlichen Regelung zwingend angelegt ist²⁹⁸. Die Neuansiedlung von Biotopen ist ein gewöhnlicher Vorgang, der vom Gesetzgeber nicht nur in Kauf genommen, sondern zur Verbesserung des Artenschutzes erwünscht ist. So ist bereits das erklärte Ziel des Naturschutzes im Allgemeinen nicht nur die „restaurative“ Erhaltung der verbliebenen Natur und Landschaft, sondern

²⁹⁶ LT-Drs 11/2585 S. 6.

²⁹⁷ LT-Drs 11/5154 S. 5.

²⁹⁸ A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 3; Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 f.

auch ihre positive Entwicklung. Wird neben diesem Aspekt des ständigen Wandels des Anwendungsbereichs der bereits erörterte Umstand berücksichtigt, dass eine Reduzierung des Biotopschutzes auf den Außenbereich bewusst abgelehnt wird, so ist festzustellen, dass auch die Bildung von Spontanbiotopen im überplanten Innenbereich mit ihren harten, rechtlichen Folgen für die Betroffenen grundsätzlich nicht als atypische Sondersituation qualifiziert werden kann. Es sind keine Differenzierungsgründe ersichtlich, die die Veränderung der Natur im Innenbereich als atypisch erscheinen lassen, während sie im Außenbereich gewöhnlich ist²⁹⁹. Die Einschränkungen treffen die Nutzungsberechtigten jeweils in vergleichbarer Weise. Ergänzend ist zu bedenken, dass sich auch die „spontane“ Ansiedlung von Biotopen in einem evolutiven Prozess über mehrere Jahre vollziehen kann, der Eintritt des gesetzlichen Schutzstatus also nicht völlig überraschend für die Eigentümer kommen muss.

Louis³⁰⁰ will nun zumindest dann eine „nicht beabsichtigte Härte“ bejahen, wenn sich Spontanbiotope auf Flächen, die in einem Bebauungsplan als Bauland ausgewiesen sind, infolge der Überplanung und der damit verbundenen Aufgabe der vormals land- oder forstwirtschaftlichen Nutzungen ansiedeln und somit „Baurechte“ beeinträchtigen. Auch insofern dürfte eine pauschale Bejahung nicht möglich sein. Zu bedenken ist, dass die ganz überwiegende Zahl der in Deutschland vorkommenden Biotope nicht ursprünglich, sondern erst aufgrund unmittelbarer oder mittelbarer menschlicher Einwirkung entstanden ist oder entsteht, so dass die Entwicklung von Sekundärbiotopen grundsätzlich nicht als atypischer Sonderfall qualifiziert werden kann. Eine Differenzierung zwischen Innen- und Außenbereich ist auch insofern abzulehnen. Wenn sich Biotope auf brachliegenden Flächen ansiedeln, so ist dies eine typische und vom Gesetzgeber sogar erwünschte Folge. Eine „nicht beabsichtigte Härte“ kann aber im Einzelfall dann gegeben sein, wenn die Ansiedlung eines Biotops im engen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Ausweisung einer Fläche als Bauland erfolgt, die Ansiedlung also unmittelbar auf der Überplanung beruht. „Denn § 20 c Abs. 1 BNatSchG hatte nicht den Sinn, bestehende Baurechte zugunsten von Biotopen zu opfern, die ihre Existenz alleine der Bauleitplanung verdanken, weil in deren Folge die bisherige land- oder forstwirtschaftliche Nutzung aufgegeben wurde.“³⁰¹ Unterbleibt die Bebauung hingegen über längere Zeit und entwickelt sich ein Lebensraum mit umfänglichen ökologischen Funktionen, so wird die Vereinbarkeit einer Überbauung mit den biotopschutzrechtlichen

²⁹⁹ BT-Drs 10/5064, S. 39; vgl. auch: OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (309).

³⁰⁰ Louis, NuR 1995, S. 62 (68); ders., NuR 1992, S. 24 (27); vgl. auch: W. Schrödter, in: Schrödter, § 1 a Rn. 107.

³⁰¹ So zutreffend: Louis, a.a.O. S. 68.

einbarkeit einer Überbauung mit den biotopschutzrechtlichen Belangen zu verneinen sein. Ein Grundeigentümer wird sich aufgrund der tatsächlichen Änderungen und der verfestigten Lage nicht mehr mit Erfolg auf die planerischen Darstellungen berufen können³⁰². Die mangelnde Schutzwürdigkeit des Vertrauens von Grundeigentümern auf planerische Darstellungen bei zeitlichen Verzögerungen hat auch in der siebenjährigen Frist des § 42 II, III BauGB eine rechtliche Verankerung gefunden. Entsprechend wird zu entscheiden sein, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Überplanung einer Fläche und der Ansiedlung eines Biotops zu verneinen ist, wie es insbesondere im nicht oder nicht qualifiziert überplanten Innenbereich der Fall sein wird.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass allein das Verbot der baulichen Nutzung einer Fläche aufgrund des gesetzlichen Biotoptypsches keine atypische Sondersituation darstellt, die die Erteilung einer Befreiung rechtfertigt³⁰³. Die Relevanz der allgemeinen naturschutzrechtlichen Befreiungstatbestände für das Verhältnis des gesetzlichen Biotoptypsches zur Bauleitplanung ist daher auch in den hier untersuchten Konstellationen begrenzt. Über den Befreiungstatbestand einer „nicht beabsichtigten Härte“ sind die rechtlichen Folgen des gesetzlichen Biotoptypsches, d.h. die „Vernichtung von Bauland“ und die Funktionslosigkeit und Nichtigkeit planerischer Darstellungen aufgrund des gesetzlichen Biotoptypsches nur in atypischen Einzelfällen, aber nicht generell, zu vermeiden.

IV. Ergebnis

Die Auswirkungen des gesetzlichen Biotoptypsches auf bestehende Bebauungspläne und die Rechtspositionen der betroffenen Grundeigentümer sind gravierend. Die Baulandqualität der aufgrund der Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse nunmehr geschützten Flächen geht verloren, wenn eine Freistellung vom Veränderungsverbot nicht möglich ist. Die entsprechenden Festsetzungen der Bauleitpläne treten wegen Funktionslosigkeit außer Kraft. Für die Gemeinden heißt dies in den Altfällen, dass durch einen gesetzgeberischen Akt eine Vielzahl von aufgestellten Plänen zumindest teilweise nichtig wurde und jeder neue Plan im Falle der spontanen Ansiedlung eines gesetzlich geschützten Biotops entsprechend funktionslos werden kann, ihre kommunale Planungshoheit also durch den gesetzlichen Biotoptypschutz beschränkt ist. Für die betroffenen Grundeigentümer folgt aus der Unter-

³⁰² In diesem Sinne auch: W. Schrödter, § 1 a Rn. 107; sowie Louis, a.a.O. S. 68.

³⁰³ OVG Lüneburg, NuR 1995,470 (473).

schutzstellung von Biotopen die Einschränkung oder der Verlust der Möglichkeit der baulichen Nutzung der Grundstücke. Erhebliche Wertverluste des Grundeigentums werden regelmäßig die Folge sein. Die Untersuchung des gesetzlichen Biotoptypschatzes auf seine Verfassungsmäßigkeit, insbesondere im Hinblick auf 14 I GG und Art. 28 II, muss sich anschließen.

3. Teil: Vereinbarkeit des Biotoptypsches mit der Eigentumsgarantie

A. Eigentumsrechtliche Qualifikation des Biotoptypsches

Die folgenden Ausführungen orientieren sich an der Rechtsprechung des BVerfG sowie ergänzend des BVerwG und des BGH, die maßgeblich für den Schutz des Eigentums in der Praxis ist³⁰⁴. Dennoch werden Widersprüche in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, soweit für die Untersuchung des gesetzlichen Biotoptypsches relevant, aufzuzeigen und zu würdigen sein. Kritik an der Rechtsprechung zur verfassungsrechtlichen Eigentumsgewährleistung wird in die Erörterungen einfließen, ohne die gesamte Meinungsvielfalt und die Vielzahl der Streitstände zum Art. 14 GG abschließend darstellen und dem Eigentumsverständnis des Bundesverfassungsgerichtes ein eigenes, grundsätzlich neues Verständnis entgegenstellen zu wollen.

I. Gewährleistung des Eigentums und Eigentumsbegriff

„Art. 14 I S. 1 GG gewährleistet das Privateigentum sowohl als Rechtsinstitut wie auch in seiner konkreten Gestalt in der Hand des einzelnen Eigentümers. Das Eigentum ist ein elementares Grundrecht, das in einem inneren Zusammenhang mit der Garantie der persönlichen Freiheit steht. Ihm kommt im Gesamtgefüge der Grundrechte die Aufgabe zu, dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sicherzustellen und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen.“

Mit diesen Sätzen zur Gewährleistung des Eigentums leitet das BVerfG in seinem „Hamburger Deichurteil“³⁰⁵ die Urteilsbegründung ein und stellt die grundlegende Bedeutung der Gewährleistung des Eigentums im Grundgesetz heraus. Bereits in dieser frühen Entscheidung betont das BVerfG, „... daß der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG eine andere und umfassendere Bedeutung zukommt als der der Weimarer Reichsverfassung ...“³⁰⁶. Privates Eigentum hat zwei Seiten: Es ist sowohl ein persönliches Recht an einem Vermögensgegenstand,

³⁰⁴ Zutreffend stellt Ossenbühl, JuS 1993, S. 200 (203), letztlich resignierend, fest: „Eigentumsschutz gibt es ohnehin nur nach Maßgabe der Rechtsprechung des BVerfG.“ Leisner, DVBl. 1983, S. 61, formuliert: „Entscheidend ist heute die Rechtsprechung des BVerfG, in jedem Sinne dieses Wortes.“

³⁰⁵ BVerfGE 24, S. 367 (389).

³⁰⁶ BVerfGE 24, S. 367 (400).

also die Befugnis, diesen Gegenstand als „eigen“ zu haben, zu nutzen und über ihn zu verfügen, als auch ein Vermögenswert³⁰⁷. War bei den historischen Vorgängern des Art. 14 GG, auch noch in Art. 153 der Weimarer Reichsverfassung, allein die vermögensrechtliche Seite des Privateigentums von rechtlicher Relevanz, reduzierte sich die Gewährleistung auf eine relative Entschädigungsgarantie³⁰⁸, so gewährleistet Art. 14 I GG in Ergänzung der Freiheitsgrundrechte die persönliche Rechtsstellung des Eigentümers. Primäre Aufgabe der Gewährleistung ist es nicht, die entschädigungslose Wegnahme von Eigentum zu verhindern, sondern den Bestand des Eigentums in der Hand des Eigentümers zu sichern³⁰⁹. Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes ist in ihrer personenhaften Bezogenheit nicht zunächst Sach-, sondern Rechtsträgergarantie³¹⁰. Art. 14 GG verbürgt das Privateigentum sowohl als Rechtsinstitut wie auch als subjektives Recht des einzelnen Eigentümers. Diese Garantien stehen in komplementärer Funktion zueinander³¹¹.

Als Institutsgarantie verpflichtet Art. 14 GG den Gesetzgeber, einen Kernbestand von Normen zur Verfügung zu stellen, welche die Existenz, die Funktionsfähigkeit und die Privatnützigkeit von Eigentum ermöglichen und, auch verfahrensrechtlich, absichern³¹². Sie verbietet es, dass Sachbereiche, die zum elementaren Bestand grundrechtlich geschützter Betätigung im vermögensrechtlichen Bereich gehören, der Privatrechtsordnung entzogen werden³¹³. Zum Kernbereich der Eigentumsgarantie gehören sowohl die Privatnützigkeit, also die Zuordnung des Eigentumsobjektes zu einem Rechtsträger, dem es als Grundlage privater Initiative von Nutzen sein soll, als auch die grundsätzliche Verfügungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand³¹⁴. Art. 14 I GG garantiert daher nicht nur den Bestand des Eigentums, also die sachenrechtliche Zuordnung eines Rechtsobjektes zu einem Rechtsträger, sondern auch seine privatenützige Verwendung. Es soll ihm als Grundlage privater Initiative und in eigenverantwortli-

³⁰⁷ Böhmer, NJW 1988, S. 2561 (2562).

³⁰⁸ Böhmer, a.a.O. S. 2562.

³⁰⁹ BVerfGE 24, S. 367 (400).

³¹⁰ BVerfGE 24, S. 367 (400).

³¹¹ Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 11.

³¹² Papier, in: a.a.O. Rn. 14; Böhmer, NJW 1988, S. 2561 (2563); Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 22.

³¹³ BVerfGE 24, S. 367 (389); 58, S. 300 (339).

³¹⁴ Vgl. etwa: BVerfGE 26, S. 215 (222); 50, S. 290 (340); 52, S. 1 (30); 79, S. 174 (198); 83, S. 201 (209); 100, S. 226 (241); 102, S. 1 (15).

chem privatem Interesse von Nutzen sein³¹⁵. Denn das Eigentum soll lediglich „zugleich“ und nicht ausschließlich dem Wohl der Allgemeinheit dienen, Art. 14 II S. 2 GG. Tritt an die Stelle der Privatnützigkeit des Eigentums eine ausschließliche Fremd- oder Staatsnützigkeit, so nähert sich die Rechtsposition des Betroffenen einer Lage, „... in der sie den Namen „Eigentum“ nicht mehr verdient“³¹⁶. Dem Eigentümer muss daher trotz aller normativen Einschränkungsmöglichkeiten des Gesetzgebers aufgrund der Sozialbindung des Eigentums ein vernünftiger, ökonomisch sinnvoller privater Nutzen verbleiben. Der Schutz der eigentumsrechtlichen Rechtspositionen in Bestand, Nutzung und Veräußerung hindert den Gesetzgeber hingegen nicht daran, bestimmte Vermögensgüter, die für die Allgemeinheit von essentieller Bedeutung sind, aus der Privatrechtsordnung herauszulösen und zur Abwehr von Gefahren für überragende Gemeinwohlbelange unter ein verwaltungsrechtliches Regime zu stellen³¹⁷.

In Entsprechung der verfassungsrechtlichen Anerkennung des Instituts Eigentum verbürgt Art. 14 GG das Privateigentum auch als subjektives Recht³¹⁸, also den Schutz der bestehenden und neu entstehenden konkreten Rechte jedes einzelnen Rechtsträgers umfassend³¹⁹. Auch insofern ist der Schutz des Bestandes und der privatnützigen Nutzungen vorrangig. Um die Freiheit des einzelnen Rechtssubjektes zur eigenverantwortlichen Betätigung im vermögensrechtlichen Bereich zu bewahren, gewährt Art. 14 GG neben der objektiv rechtlichen Bindung der Staatsgewalt den betroffenen Eigentümern die Rechtsmacht, jede ungerechtfertigte Einwirkung auf den Bestand der geschützten Güter abzuwehren³²⁰. Diese Ausgestaltung eines umfassenden Rechtsschutzes gegen hoheitliche Eingriffe verdeutlicht den Wandel der Eigentumsgewährleistung von der bloßen Wertgarantie der Weimarer Reichsverfassung zur im Grundgesetz verwirklichten umfassenden Bestandsgarantie³²¹. Bereits im „Hamburger Deichurteil“ hat das BVerfG, von BGH und BVerwG zunächst unbeachtet, betont und im „Nassauskiesungsbeschluss“³²² ausdrücklich bestätigt, dass unter der Bestandsgarantie des Art. 14 GG der Satz des „dulde und liquidiere“³²³ keine Geltung mehr beanspruchen könne: „Die ers-

³¹⁵ So: BVerfGE 100, S. 226 (241); 102, S. 1 (15).

³¹⁶ BVerfGE 100, S. 226 (243); vgl. auch: Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14, Rn. 366.

³¹⁷ BVerfGE 24, S. 367 (390); 58, S. 300 (339).

³¹⁸ BVerfGE 24, S. 367 (389).

³¹⁹ Papier, a.a.O. Rn. 11.

³²⁰ BVerfGE 24, S. 367 (400).

³²¹ BVerfGE 24, S. 367 (388).

³²² BVerfGE 58, S. 300 (324); siehe auch: Ossenbühl, S. 219 ff.

³²³ Hierzu: Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 53.

te Frage ist immer, ob der Zugriff auf das Eigentum zulässig ist; wird das bejaht, so ist die Entschädigungspflicht eine selbstverständliche Folge.³²⁴ Die Bestandsgarantie als Verbotsnorm wird durch Art. 14 III GG ergänzt. Dieser normiert die unabdingbaren Voraussetzungen, unter denen der Bürger eine Enteignung, den staatlichen Zugriff auf sein Eigentum, zu dulden hat. Unter diesen strengen Voraussetzungen wandelt sich die vorrangige Bestandsgarantie in eine bloße Eigentumswertgarantie³²⁵.

Der Begriff des Eigentums, der Gegenstand der verfassungsrechtlichen Garantie, erfährt im Grundgesetz keine ausdrückliche Definition. Vielmehr richtet Art. 14 I S. 2 GG an den Gesetzgeber den Auftrag, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen. Ursprünglich ging das BVerfG davon aus, dass Art. 14 GG das Eigentum so schütze, „wie es das bürgerliche Recht und die gesellschaftlichen Anschauungen geformt haben“³²⁶. Noch in seinem Vorlagebeschluss zum Nassauskiesungsbeschluss nahm der BGH³²⁷, der sich in seiner Rechtsprechung zur Abgrenzung von Sozialbindung und Enteignung im Wesentlichen an dem vorgegebenen zivilrechtlichen Eigentumsbegriff orientierte, an, dass das Grundeigentum ein prinzipiell jede mögliche und wirtschaftlich vernünftige Nutzung umfassendes Recht sei, das in seinem Inhalt durch das bürgerliche Recht, insbesondere durch die §§ 903, 905 BGB, geprägt werde.

Dieser Ansicht hat das BVerfG im Nassauskiesungsbeschluss und den folgenden Entscheidungen eine klare Absage erteilt³²⁸. Das BVerfG fordert, dass der Begriff des von der Verfassung gewährleisteten Eigentums aus der Verfassung selbst gewonnen werden muss³²⁹, und führt aus, dass der Eigentumsbegriff des Grundgesetzes hinsichtlich seiner inneren Struktur nicht mit § 903 BGB identisch ist³³⁰. Das Grundgesetz gehe, wie Art. 14 II GG zu entnehmen sei, von einem sozial gebundenen Eigentum aus und erteile einer „... Eigentumsordnung, in der das Individualinteresse den unbedingten Vorrang vor den Interessen der Gemeinschaft hat

³²⁴ BVerfGE 24, S. 367 (401); 58, S. 300 (320).

³²⁵ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 14 Rn. 2; Böhmer, NJW 1988, S. 2561 (2564)

³²⁶ BVerfGE 1, S. 264 (278); 11, S. 64 (70); 14, S. 263 (278).

³²⁷ BGHZ 99, S. 126 ff; vgl. auch die Wiedergabe in: BVerfGE 58, S. 300 (334).

³²⁸ BVerfGE 58, S. 300 (335); vgl. auch Böhmer, NJW 1988, S. 2561 (2566 ff.).

³²⁹ BVerfGE, ebenda.

³³⁰ BVerfGE 58, S. 300 (335); vgl. die Ausführungen des Bundesverfassungsrichters i.R. Böhmer: NJW 1988, S.2561, 2571.

...“, eine Absage³³¹. Die bürgerlich-rechtliche Eigentumsordnung normiere weder abschließend Inhalt und Schranken des Eigentums, noch könne sie gegenüber den öffentlich-rechtlichen Vorschriften einen Vorrang beanspruchen. Das Grundgesetz richte in Art.14 I S.2 und II GG an den Gesetzgeber den Auftrag, „... eine Eigentumsordnung zu schaffen, die sowohl den privaten Interessen des Einzelnen als auch denen der Allgemeinheit gerecht wird“³³². Daher wirken bei der Bestimmung der verfassungsrechtlichen Rechtsstellung des Eigentümers bürgerliches Recht und öffentlich-rechtliche Gesetze gleichrangig zusammen³³³. Gem. Art.14 I S. 2 GG sei es der Gesetzgeber, der die Eigentumsbestimmung vorzunehmen habe. Auf der Ebene des objektiven Rechts habe er diejenigen Rechtssätze zu schaffen, welche den Inhalt des Rechtsinstituts Eigentum bestimmen, die subjektiven Rechte und Pflichten des Eigentümers normieren und seine Rechtsstellung begründen³³⁴. In seinem Nassauskie- sungsbeschluss stellt das BVerfG fest: „Welche Befugnisse einem Eigentümer in einem be- stimmten Zeitpunkt konkret zustehen, ergibt sich vielmehr aus der Zusammenschau aller in diesem Zeitpunkt geltenden, die Eigentümerstellung regelnden gesetzlichen Vorschriften. Ergibt sich hierbei, daß der Eigentümer eine bestimmte Befugnis nicht hat, so gehört diese nicht zu seinem Eigentum. Wie der Gesetzgeber ihren Ausschluß herbeiführt, ist lediglich eine Frage der Gesetzestechnik. Definiert er die Rechtsstellung zunächst umfassend, um in einer weiteren Vorschrift bestimmte Herrschaftsbefugnisse von ihr auszunehmen, so ist dem Betroffenen von vornherein nur eine in dieser Weise eingeschränkte Rechtsposition einge- räumt.“³³⁵

Kritisch anzumerken ist, dass das BVerfG den Eigentumsbegriff des Verfassungsrechts entgegen aller Beteuerungen nicht unmittelbar aus der Verfassung gewinnt, sondern einen Eigen- tumsbegriff nach Maßgabe der einfachen Gesetzgebung annimmt³³⁶, wenn es ausführt: „Der Gesetzgeber darf nicht nur nach Art. 14 I S. 2 GG Eigentumsrechten einen neuen Inhalt ge- ben. Ebenso wie er neue Rechte einführen kann, kann er auch das Entstehen von Rechten, die nach bisherigem Recht möglich waren, für die Zukunft ausschließen.“³³⁷ Aus der Legitimi- on des Gesetzgebers zur Neubestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums ergibt sich

³³¹ BVerfGE 21, S. 73 (83).

³³² BVerfGE 58, S. 300 (335).

³³³ BVerfGE 58, S. 300 (336); 70, S. 115 (122); 72, S. 66 (77); 74, S. 129 (148); 83, S. 182 (193).

³³⁴ BVerfGE 21, S. 73 (79); 58, S. 300 (336); Böhmer, a.a.O. S. 2572.

³³⁵ BVerfGE 58, S. 300 (336).

³³⁶ Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 38.

³³⁷ BVerfGE 83, S. 201 (212).

folglich, dass das Eigentum als Schutzobjekt des Art. 14 I S. 1 GG nicht starr ist, sondern einer ständigen Modifikation und Neubestimmung durch den Gesetzgeber unterworfen ist. Mit den Worten von Papier gesprochen beinhaltet das Grundgesetz „... keine starre, an der Tradition ausgerichtete, sondern eine dynamische, wenngleich nicht gänzlich „offene“ Eigentumsverfassung ...“³³⁸. Das BVerfG legt seiner Rechtsprechung einen „dynamischen“ Eigentumsbegriff zugrunde. Einen sich aus der „Natur der Sache“ ergebenden Eigentumsbegriff, an den der Gesetzgeber bei der Schaffung einer dem Grundgesetz gemäßen Güterordnung gebunden wäre, lehnt das BVerfG ab³³⁹. Art. 14 GG ist nach Maßgabe dieser Rechtsprechung des BVerfG ein normgeprägtes Grundrecht³⁴⁰.

II. Inhalts- und Schrankenbestimmungen oder Legalenteignung

Art. 14 I S. 2 GG richtet an den Gesetzgeber den Auftrag, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen. Art. 14 III GG ermächtigt den Staat unter strengen Voraussetzungen zur Enteignung durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes. Im Rahmen der Eigentumsgewährleistung sind daher als hoheitliche „Regelungs- oder Zugriffsinstrumente“ Legalenteignung, Administrativenteignung und Inhalts- und Schrankenbestimmungen zu unterscheiden. Die Abgrenzung der Institute gegeneinander ist von erheblicher verfassungsrechtlicher Bedeutung, da für die jeweilige Zulässigkeit unterschiedliche Voraussetzungen gelten und an die jeweilige Qualifizierung eines hoheitlichen Aktes spezifische Rechtsfolgen anknüpfen.

Wann eine Enteignung vorliegt, ist verfassungsrechtlich nicht bestimmt. Dies war nicht nur vor, sondern auch unter der Geltung des Grundgesetzes Gegenstand erheblicher Kontroversen. Die Definition der Enteignung hat sich mehrfach in der Rechtsprechung gewandelt. Eine umfassende Darstellung der historischen Entwicklung des Enteignungsbegriffs und seiner Abgrenzung zur Sozialbindung des Eigentums kann hier nicht erfolgen, vielmehr soll lediglich ein knapper Abriss der Entwicklung insofern gegeben werden, als er für das weitere Verständnis von Bedeutung ist.

Die Darstellung hat auszugehen vom klassischen Enteignungsbegriff des 19. Jahrhunderts. Die „klassische“ Enteignung war der von der Verwaltung vorgenommene (Teil-) Entzug von

³³⁸ Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 302.

³³⁹ BVerfGE 38, S. 300 (339); Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 37.

³⁴⁰ So auch: Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 29 f.

Grundeigentum oder beschränkten dinglichen Rechten daran zugunsten eines Unternehmens des öffentlichen Wohls, verbunden mit der Überführung des entzogenen Gutes auf das begünstigte Unternehmen³⁴¹. In der Weimarer Zeit erfolgt eine Öffnung des Enteignungstatbestandes³⁴²: Der Eigentumsschutz wurde auf alle vermögenswerten Rechte erweitert. Neben der Enteignung durch Einzelakt aufgrund Gesetzes, formale Einzelaktstheorie, wurde auch die Enteignung durch Gesetz anerkannt. Letztlich wurde auf das Kriterium der Rechtsübertragung verzichtet, so dass auch eine Beschränkung des Eigentums eine Enteignung darstellen konnte. Folge der Erweiterung des Enteignungsverständnisses war die Preisgabe der sicheren, formalen Abgrenzungskriterien zur Bestimmung der Grenze zwischen der Sozialbindung des Eigentums und der Enteignung, an deren Stelle unsichere, materielle Abgrenzungsformeln treten mussten. Das RG versuchte auch nach der Anerkennung der Möglichkeit einer Legalenteignung eine Abgrenzung anhand einer „modifizierten Einzelaktstheorie“³⁴³: Unter Enteignung wurde der Einzeleingriff in Rechte bestimmter Personen oder eines bestimmten oder bestimmbarer Personenkreises verstanden, während eine gesetzliche Inhalts- und Schrankenbestimmung angenommen wurde, wenn eine Eigentumsbeschränkung alle im Geltungsbereich eines Gesetzes befindlichen Personen oder Sachen gleichermaßen ergriff.

Die Einzelaktstheorie wurde vom BGH zur sogenannten „Sonderopfertheorie“ fortentwickelt. Bei der Enteignung handle es sich „... um einen zwangsweisen staatlichen Eingriff in das Eigentum, sei es in der Gestalt der Entziehung oder Belastung, der die betroffenen Einzelnen oder Gruppen im Vergleich zu den anderen ungleich, besonders trifft und sie zu einem besonderen, den übrigen nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit zwingt, und zwar zu einem Opfer, das gerade nicht den Inhalt und die Grenzen der betroffenen Rechtsgattungen allgemein und einheitlich festlegt, sondern das aus dem Kreis der Rechtsträger Einzelne oder Gruppen von ihnen unter Verletzung des Gleichheitssatzes besonders trifft. Der Verstoß gegen den Gleichheitssatz kennzeichnet die Enteignung.“³⁴⁴ In Abgrenzung zur Rechtsprechung des BGH hat sich das BVerwG zur materiellen Schweretheorie bekannt und das Abgren-

³⁴¹ Vgl. Papier, in: Maunz/Dürig Art. 14 Rn. 346; Leisner, Die Sozialbindung des Eigentums, S. 17 f.; Ossenhühl, S. 122 ff. (128).

³⁴² Hierzu im Überblick und mit weiteren Nachweisen: Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 347; Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 263 ff.

³⁴³ Siehe: Leisner, a.a.O. S. 22 f.; Kimminich, in: BK, Art. 14 Rn. 193 ff.

³⁴⁴ BGHZ 6, S. 270 (279 f.); siehe auch: Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 357; Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 266 ff.

zungskriterium des Sonderopfers als ungeeignet verworfen³⁴⁵. Die Qualifizierung einer hoheitlichen Beschränkung des Eigentums soll danach nicht von der Zahl der betroffenen Eigentümer abhängig sein, sondern von der Schwere und Tragweite eines Eingriffs. Auch der BGH hat in der Folgezeit in die Sonderopfertheorie zunehmend materielle Kriterien der Schwere und Tragweite sowie der Zumutbarkeit eines Eingriffs für die Betroffenen Eigentümer einfließen lassen und sich durch diese Modifikation der Rechtsprechung des BVerwG angenähert³⁴⁶. Ansatzpunkt für die Anreicherung der formalen Sonderopfertheorie mit materiellen Kriterien war im Natur- und Denkmalschutzrecht insbesondere die Idee der Pflichtigkeit des Grundeigentums kraft seiner Situationsgebundenheit, wonach eine Nutzungsbeschränkung dann keine Enteignung darstellen sollte, wenn eine Verwendungsweise verhindert wurde, die ein vernünftiger und einsichtiger Eigentümer, der das Wohl der Allgemeinheit berücksichtigt, von sich aus nicht ins Auge fassen würde³⁴⁷.

Der den Enteignungsbegriff zuvor prägenden, ausufernden Rechtsprechung des BGH und auch des BVerwG ist das BVerfG beginnend mit der Entscheidung zum Kleingartenrecht³⁴⁸ vom 12. Juni 1979 und dem Nassauskiesungsbeschluss³⁴⁹ vom 15. Juli 1981 mit entschiedener Vehemenz entgegengetreten und hat den Enteignungsbegriff einer Reduktion unterzogen, um so eine schärfere Konturierung der Rechtsinstitute des Art. 14 I S. 2 und III zu erreichen³⁵⁰. Das BVerfG betont die dreifachen Regelungs- und Eingriffsmöglichkeiten des Gesetzgebers im Schutzbereich des Art. 14 GG und stellt die Eigenständigkeit der Rechtsinstitute heraus, die das Grundgesetz deutlich voneinander absetzt: „Enteignung im Sinne des Art. 14 III GG ist der staatliche Zugriff auf das Eigentum des Einzelnen. Ihrem Zweck nach ist sie auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver Rechtspositionen gericht-

³⁴⁵ BVerwGE 5, S. 143 (145); 7, S. 297 (299); 11, S. 68 (75); sowie: Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 362; Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 271 f.

³⁴⁶ Vgl. etwa: BGHZ 72, S. 211 (216); 77, S. 351 (354); 87, S. 66 (71); 90, 4 (14); 105, S. 15 (17 f.) sowie die Zusammenstellungen bei: Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 363; Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 269 ff.

³⁴⁷ Siehe: BVerwGE 67, S. 84 (91); 67, S. 93 (95 f.); BGHZ 60, S. 124 (130 f.); 90, S. 17 (24 f.); 99, S. 24 (31 f.) sowie ausführlich unten, S. 117.

³⁴⁸ BVerfGE 52, S. 1.

³⁴⁹ BVerfGE 58, S. 300.

³⁵⁰ Hierzu auch: Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 345; Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 408 f.

tet, die durch Art. 14 I S.1 GG gewährleistet sind.”³⁵¹ „Demgegenüber versteht das Grundgesetz unter Inhaltsbestimmung im Sinne des Art. 14 I S.1 GG die generelle und abstrakte Festlegung von Rechten und Pflichten durch den Gesetzgeber hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum im Sinne der Verfassung zu verstehen sind. Sie ist auf die Normierung objektiv-rechtlicher Vorschriften gerichtet, die den „Inhalt“ des Eigentumsrechts vom Inkrafttreten des Gesetzes an für die Zukunft bestimmen.”³⁵² Eine inhalts- und schrankenbestimmende Vorschrift, welche die durch die Verfassung gezogenen Grenzen überschreitet, schlägt daher nicht in eine Enteignung um, sondern ist rechtswidrig und nichtig³⁵³. Die Umdeutung einer verfassungswidrigen Inhaltsbestimmung in eine Enteignung ist wegen des unterschiedlichen Charakters beider Rechtsinstitute ebenfalls ausgeschlossen³⁵⁴.

Mit dieser Rechtsprechung erteilte das BVerfG den materiellen Abgrenzungstheorien, den Schwellentheorien³⁵⁵, die es je nach Einzelfall dem zur Feststellung einer Entschädigung angerufenen Zivilrichter anhand von Kriterien wie der Schwere und Intensität des Eingriffs, der Zumutbarkeit für den Betroffenen und der Situationsgebundenheit des Eigentums überließen, über das Vorliegen einer Enteignung zu entscheiden, eine Absage und nähert sich mit dieser Begriffsreduktion dem „klassischen Enteignungsbegriff“ um einige Schritte. Eine gänzliche Rückkehr kann hingegen nicht vermerkt werden, da auch nach der Rechtsprechung des BVerfG „... das Vorliegen einer Enteignung nicht davon abhängt, daß es sich um einen Güterbeschaffungsvorgang handelt“³⁵⁶. In der Praxis dürften jedoch Enteignungen außerhalb von Güterbeschaffungsvorgängen angesichts der Ausdehnung des Anwendungsbereichs eigentumsrechtlicher Inhalts- und Schrankenbestimmungen außerordentlich selten sein³⁵⁷. Während das BVerfG noch in der Kleingartenentscheidung³⁵⁸ und dem Nassauskiesungsbeschluss³⁵⁹ davon ausging, dass eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums zugleich eine Legalenteignung sein könne, wenn und soweit nach altem Recht begründete und

³⁵¹ BVerfGE 52, S. 1 (27); 58, S. 300 (331); 83, S. 202 (211); 100, S. 226 (239 f.); 102, S. 1 (15 f.).

³⁵² BVerfGE, 52, S. 1 (27); 58, S. 300 (330); 100, S. 226 (240); 102, S. 1 (16).

³⁵³ BVerfGE 52, S. 1 (27 f.); 58 S. 300 (330); 70 S. 191 (199); 79 S. 174 (192).

³⁵⁴ BVerfG NJW 1998, S. 367.

³⁵⁵ Siehe nur: BGHZ 6, 270, 279ff.; BVerwGE 5, S. 143 (145); sowie die Darstellung bei: Lege, NJW 1990, S. 864 ff.

³⁵⁶ BVerfGE 83, S. 201 (211).

³⁵⁷ Hendl, DVBl. 1999 S. 1501 (1502).

³⁵⁸ BVerfGE 52, S. 1 (28).

³⁵⁹ BVerfGE 58, S. 300 (331).

ausgeübte Rechtspositionen für die Zukunft entzogen würden, so betont es nunmehr unter ausdrücklicher Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung die strikte Trennung beider Rechtsinstitute³⁶⁰. Eine generell-abstrakte Regelung, die Inhalt und Schranken des Eigentums für die Zukunft ausgestaltet, kann nicht zugleich eine Legalenteignung sein. Die Einordnung einer Norm als Inhalts- und Schrankenbestimmung erfolgt ausschließlich anhand formeller Gesichtspunkte und ist von der Intensität der den Rechtsinhaber treffenden Belastung unabhängig. Dies gilt nach Ansicht des BVerfG selbst in den Fällen, in denen der Eingriff in seinem Auswirkungen für den Betroffenen einer Enteignung nahe- oder gleichkommt³⁶¹. Dem Gesetzgeber wird bei der generellen Neugestaltung eines Rechtsgebiets im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums unter bestimmten Voraussetzungen auch die Befugnis zur völligen Beseitigung bisher bestehender, durch die Eigentumsgarantie geschützter Rechtspositionen eingeräumt³⁶².

Die formellen Kriterien zur Abgrenzung von Enteignung und Inhaltsbestimmung werden mittlerweile auch vom BVerwG³⁶³ und von BGH³⁶⁴ anerkannt und insbesondere im Natur- und Denkmalschutzrecht angewandt. Sie können nunmehr als ständige Rechtsprechung gelten³⁶⁵. Für das Rechtsinstitut der Legalenteignung verbleibt aufgrund dieser formellen Abgrenzung, die eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums unabhängig von der Schwere und Reichweite eines Eingriffs und der Abschaffung oder Beschränkung bestehender Rechte³⁶⁶ schon bei Vorliegen einer generell-abstrakten Regelung bejaht, kaum ein Anwendungsbereich. Dies gilt selbst dann, wenn die Eigentumsbeschränkung durch Gesetze im nur materiellen Sinne wie Rechtsverordnungen oder Satzungen erfolgt³⁶⁷. Bewältigt wird mit den formellen Abgrenzungskriterien des BVerfG hingegen wenig, denn die Begriffsreduktion der

³⁶⁰ BVerfGE 83, S. 201 (211 f.); 100, S. 226, (240); BVerfG NJW 1998, S. 367 (368).

³⁶¹ BVerfGE 100, S. 226 (240); 102, S. 1 (16).

³⁶² BVerfGE 83, S. 201 (212); NJW 1998, S. 367 (368).

³⁶³ BVerwGE 84, S. 361 (366 f.); BVerwG NuR 1993, S. 487 (489).

³⁶⁴ BGH DVBl. 1993, S. 430 (431); S. 1085 (1086); S.1092 (1093); DVBl. 1995, S. 104; DVBl. 1996, S. 671 (672); DVBl. 1997, S. 45 (46).

³⁶⁵ So ausdrücklich: BVerfGE 102, S. 1 (15 f.).

³⁶⁶ Vgl. BVerfGE 83, S. 201 (211 f.); BVerfG NJW 1998, S. 367 (368).

³⁶⁷ BVerfG NJW 1998, S. 367 f.

Enteignung hat lediglich eine Verlagerung der Abgrenzungsprobleme bewirkt³⁶⁸. Hierauf wird zurückzukommen sein³⁶⁹.

III. Qualifikation als Inhalts- und Schrankenbestimmung

Nach Maßgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist der gesetzliche Biotoptypschutz als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums zu qualifizieren³⁷⁰. Es erfolgt eine generell-abstrakte Regelung, die nicht auf den Entzug konkreter Eigentumspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben, sondern auf die Ausgestaltung der Eigentumsrechte für die Zukunft gerichtet ist. Der Biotoptypschutz entfaltet kraft formellen Gesetzes und ohne konkretisierenden Vollzugsakt unmittelbare Wirkung. Er beansprucht in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen Geltung. Der Kreis der derzeit und insbesondere zukünftig betroffenen Grundeigentümer und Nutzungsberechtigten ist weder bestimmt noch aufgrund des ständigen Wandels des Anwendungsbereiches für die Zukunft bestimmbar.

Die Beeinträchtigungsverbote des gesetzlichen Biotoptypschutzes richten sich an jedermann³⁷¹. Auch Personen, denen keinerlei dingliche oder auch nur obligatorische Berechtigung zur Nutzung der gesetzlich geschützten Fläche zusteht, ist es verboten, die geschützten Flächen zu schädigen. So sind etwa Freizeitaktivitäten wie Schwimmen, Surfen, Joggen usw., die Entnahme von Tier- oder Pflanzenarten oder der freie Auslauf von Haustieren verboten, wenn sie geeignet sind, das ökologische Gleichgewicht eines geschützten Biotops nachhaltig zu beeinträchtigen. Der gesetzliche Biotoptypschutz richtet sich daher nicht nur an die betroffenen Grundeigentümer, sondern auch an die Allgemeinheit. Ein finaler Zugriff auf das Eigentum ist entsprechend zu verneinen. Der gesetzliche Biotoptypschutz ist nicht als Legalenteignung, sondern als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums zu qualifizieren.

Bei dieser Qualifizierung hat es selbst dann zu verbleiben, wenn durch den gesetzlichen Biotoptypschutz konkrete Rechtspositionen von Alteigentümern entzogen werden sollten. Denn

³⁶⁸ Ossenbühl, VVDStRL 51 (1992), S. 287; Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 376.

³⁶⁹ Siehe unten, S. 115 ff.

³⁷⁰ OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (307); OVG Lüneburg, NuR 1995, S. 470 (471 f.); OVG Schleswig, NuR 1998, S. 558 (560); Gellermann, NuR 1995, S. 227 (230); Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (222); Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (426 ff.).

³⁷¹ A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendominir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 5 f.

das BVerfG³⁷² geht unter ausdrücklicher Aufgabe³⁷³ der Annahme, eine Inhalts- und Schrankenbestimmung könne zugleich eine Enteignung sein³⁷⁴, nun davon aus, dass aufgrund der klaren Abgrenzung der verschiedenen Rechtsinstitute in Art. 14 GG sich Inhalts- und Schrankenbestimmung und Enteignung ausschließen. Es sieht den Gesetzgeber im Rahmen von Art. 14 I S. 2 GG als ermächtigt an, nach altem Recht bestehende Rechtspositionen völlig zu beseitigen. Unabhängig von ihrer Intensität ist eine generell-abstrakte Regelung, die die Nutzungsmöglichkeiten des Grundeigentums beschränkt, daher als Inhalts- und Schrankenbestimmung zu qualifizieren³⁷⁵.

B. Grenzen gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit

Trotz der Beteuerung, den Eigentumsbegriff aus der Verfassung selbst gewinnen zu müssen, geht das BVerfG von einem Begriff nach Maßgabe der einfachen Gesetzgebung aus³⁷⁶. Eine schrankenlose Gestaltungsfreiheit genießt der Gesetzgeber bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums ungeachtet des Wortlauts des Art. 14 I S. 2 GG nicht. Bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums hat der Gesetzgeber sowohl der verfassungsrechtlichen Anerkennung des Privateigentums und dem Gebot einer sozialgerechten Eigentumsordnung Rechnung zu tragen und hierbei den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten als auch sich im Einklang mit den sonstigen Normen des objektiven Verfassungsrechts zu bewegen³⁷⁷, wobei insbesondere die Verpflichtung des Gesetzgebers zur Beachtung des Art. 3 I GG wiederholt herausgestellt wurde³⁷⁸. Zutreffend stellt Papier³⁷⁹ fest, dass es „... vor allem die allgemeinen, durchgehend für alle belastenden Gesetzgebungsakte geltenden rechtsstaatlichen Eingriffsschranken wie das Übermaßverbot, das Abwägungsgebot, das Gleichheitsgebot und das Vertrauensschutzprinzip ...“ sind, die die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit begrenzen.

³⁷² BVerfGE 83, S. 201 (212).

³⁷³ BVerfG NJW 1998, S. 367 (368).

³⁷⁴ So noch: BVerfGE 52, S. 1 (28); 58, S. 300 (331 f., 338).

³⁷⁵ BVerfG NJW 1998, S. 367 (368); BVerfGE 100, S. 226 (240); 102, S. 1 (16).

³⁷⁶ Siehe: Papier, in: Maunz/Dürig Art. 14 Rn. 38.

³⁷⁷ BVerfGE 58, S. 137 (145 f.); 83, S. 201 (212).

³⁷⁸ BVerfGE 52, S. 1 (29 f.); 58, S. 137 (150); 102, S. 1 (17).

³⁷⁹ Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 317.

C. Vereinbarkeit mit dem Verhältnismäßigkeitsgebot

„Der Gesetzgeber muß bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums i.S.v. Art. 14 I S. 2 GG die schutzwürdigen Interessen des Eigentümers und die Belange des Gemeinwohls in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis bringen.“³⁸⁰ Im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmungen hat der Gesetzgeber sowohl der Anerkennung und Gewährleistung des Privateigentums in Art. 14 I S.1 GG als auch dem Sozialgebot des Art. 14 II GG Rechnung zu tragen³⁸¹. Aus diesem Nebeneinander der verfassungsrechtlichen Direktiven leitet das BVerfG die Bindung des Gesetzgebers an das Verhältnismäßigkeitsgebot und das Gebot einer gerechten Abwägung ab. „Das Wohl der Allgemeinheit ist nicht nur Grund, sondern auch Grenze für die dem Eigentümer aufzuerlegenden Beschränkungen.“³⁸² Die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers ist abgestuft und richtet sich zum einen nach der Bedeutung eines Eigentumsobjektes für die persönliche Freiheit des Einzelnen und zum anderen nach seinem sozialen Bezug³⁸³. Die Gestaltungsfreiheit ist um so größer, je stärker der soziale Bezug des Eigentumsobjektes ausgeprägt ist³⁸⁴.

Seit der „Pflichtexemplarentscheidung“ des BVerfG³⁸⁵ wird angenommen, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums verpflichtet sein könne, ins Gewicht fallende Belastungen der betroffenen Eigentümer auszugleichen, um eine ansonsten im Einzelfall unverhältnismäßige Belastung zu vermeiden. Ausgleichsregelungen sind aber nicht generell ein verfassungsrechtlich zulässiges Mittel, unverhältnismäßige Eigentumsbeschränkungen mit Art. 14 I GG in Einklang zu bringen³⁸⁶. Eine Inhalts- und Schrankenbestimmung muss grundsätzlich auch ohne die Gewährung eines Ausgleichs den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen³⁸⁷. Ob ein Ausgleich im Einzelfall zu erfolgen hat, ist erst im Anschluss, gleichsam auf zweiter Stufe und in einem weiteren Abwägungsschritt, im Hinblick auf die Intensität der Belastung und die Schutzwürdigkeit des Vertrauens der

³⁸⁰ So zuletzt: BVerfGE 100, S. 226 (240 f.); 102, S. 1 (17).

³⁸¹ BVerfGE 21, S.73 (82 f.); 52, S. 1 (29); 100, S. 226 (240 f.); BVerfG NJW 1998, S. 367 (368).

³⁸² BVerfGE 52, S. 1 (29); 100, S. 226 (241); 102, S. 1 (17).

³⁸³ BVerfGE S. 1 (17).

³⁸⁴ BVerfGE 100, S. 226 (241).

³⁸⁵ BVerfGE 58, S. 137 (147, 150).

³⁸⁶ BVerfGE 100, S. 226 (244).

³⁸⁷ BVerfGE 79, S. 174 (198); 100, S. 226 (244); BVerfG NJW 1998, S. 367 (368).

betroffenen Grundeigentümer zu bestimmen³⁸⁸. In seiner Entscheidung zum rheinland-pfälzischen Denkmalschutzgesetz aus dem Jahre 1999 hat das BVerfG³⁸⁹ nunmehr die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Kompensation von im Einzelfall unverhältnismäßigen Belastungen infolge einer Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums konkretisiert und insofern die Eigentumsdogmatik fortentwickelt. Darauf wird zurückzukommen sein³⁹⁰.

Normen, die Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmen, müssen verhältnismäßig sein, d.h. dass sie einen legitimen Zweck verfolgen und zur Erreichung dieses Zwecks geeignet sind³⁹¹. Weiterhin dürfen sie den Eigentümer nicht mehr beeinträchtigen als es der gesetzliche Zweck erfordert. Es darf also kein milderes Mittel zur Verfügung stehen³⁹². Letztlich muss die Regelung angemessen und dem privaten Eigentümer zumutbar sein, wobei das Maß und der Umfang der dem Eigentümer von der Verfassung zugemuteten und vom Gesetzgeber zu realisierenden Bindung wesentlich vom Ausmaß des sozialen Bezugs des Eigentumsobjekts und seiner sozialen Funktion abhängen sollen³⁹³.

Bei der Überprüfung des gesetzlichen Biotoptypsches auf seine Vereinbarkeit mit dem Gebot der Verhältnismäßigkeit ist zwischen materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Aspekten zu differenzieren. Während unter dem verfahrensrechtlichen Aspekt die Notwendigkeit eines Schutzes unmittelbar kraft Gesetzes ohne konstitutiven Ausweisungsakt zu erörtern sein wird, soll hier zunächst die Verhältnismäßigkeit des Biotoptypsches als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums in materieller Hinsicht, also Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der absoluten Veränderungsverbote für die erfassten Biotopflächen, unter Ausparung der verfahrensrechtlichen Problematik geprüft werden. Diese Vorgehensweise dient nicht nur der Übersichtlichkeit der Prüfung, sondern ermöglicht es, das Verfahren eines Schutzes unmittelbar kraft Gesetzes, dessen Rechtsfolgen und die hieran anknüpfenden verfassungsrechtlichen Problemstellungen im Zusammenhang zu bearbeiten, insbesondere im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot und das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes.

³⁸⁸ BVerfGE 58, S. 137 (150); 83, S. 201 (212); vgl. ferner: Leisner, DÖV 1991, S. 781 (786).

³⁸⁹ BVerfG JZ 1999, S. 895 (897 f.).

³⁹⁰ Siehe S. 154.

³⁹¹ BVerfGE 70, S. 278 (286).

³⁹² BVerfGE 21, S. 73 (86); 52, S. 1 (29); 70, S. 278 (286).

³⁹³ BVerfGE 58, S. 137 (147).

I. Biotopschutz als legitimes, gesetzgeberisches Ziel

Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung. Zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen wurde das Grundgesetz um Art. 20 a GG als bindendes, verfassungsrechtliches Staatsziel³⁹⁴ ergänzt. Erfasst wird die gesamte natürliche Umwelt des Menschen mit ihren Umweltmedien Luft, Wasser und Boden unter Einschluss der Tier- und Pflanzenwelt in ihren Lebensräumen und des Naturhaushaltes³⁹⁵. Der Biotopschutz soll unmittelbar der Erhaltung natürlicher und naturnaher Lebensräume einer Vielzahl von Tier- und Pflanzenarten dienen, um dem durch die Zerstörung dieser Flächen bedingten, fortschreitenden Artensterben in Deutschland Einhalt zu gebieten³⁹⁶. Der Arten- und Biotop- typschutz hat mithin im Staatsziel des Art. 20 a GG eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Verankerung erfahren. Da es aber grundsätzlich Sache des Gesetzgebers ist, die zu verfolgenden politischen Ziele festzulegen und mit vernünftigen und sachgerechten Gründen des Gemeinwohls zu rechtfertigen³⁹⁷, wurde die Legitimität des Arten- und Biotopschutzes im Hinblick auf den weltweiten Artenschwund und die Vernichtung natürlicher Lebensräume durch den Menschen auch vor der Einführung des Art. 20 a GG einhellig anerkannt³⁹⁸.

II. Geeignetheit des gesetzlichen Biotoptypschutzes

An die Geeignetheit einer Regelung werden geringe Anforderungen gestellt. Dem Gebot der Geeignetheit ist bereits Rechnung getragen, wenn mit Hilfe der eingesetzten Mittel „der gewünschte Erfolg gefördert werden kann“³⁹⁹. Das BVerfG verlangt lediglich, dass eine Maß-

³⁹⁴ BT-Drs 12/6000, S. 47; zur Qualifizierung als Staatsziel: Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 a Rn. 1; Brockmeyer, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 20 a Rn. 1 ff.

³⁹⁵ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 a Rn. 2; Brockmeyer, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 20 a Rn. 13.

³⁹⁶ Vgl. BT-Drs 10/5064, S. 13 und 39.

³⁹⁷ Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 313 f.

³⁹⁸ Zum Artenschutz: BVerfGE 61, S. 291 (312); BVerfG NJW 1990, S. 1229; zum gesetzlichen Biotoptypschutz: OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (309); OVG Lüneburg, NuR 1995, S. 470 (472); Schink, VerwArch 86 (1995), S.398 (434), Louis/Kortebein, NuR 1997 S. 216 (221 f.).

³⁹⁹ BVerfGE 96, S. 10 (23).

nahme nicht „objektiv“ oder „schlechthin ungeeignet“ ist⁴⁰⁰, begnügt sich also mit der „Möglichkeit der Zweckerreichung“⁴⁰¹. Das benutzte Mittel muss nicht das bestmögliche oder geeignetste sein⁴⁰². Dem Gesetzgeber wird ein mitunter beträchtlicher Prognosespielraum eingeräumt, wobei von derjenigen Beurteilung der Verhältnisse auszugehen ist, „... die dem Gesetzgeber bei der Vorbereitung der Norm möglich war“⁴⁰³.

Verfahrensrechtliche Aspekte ausgeblendet, ist die Eignung der absoluten Beeinträchtigungsverbote zum Schutz bestehender, natürlicher und naturnaher Biotopsysteme⁴⁰⁴, deren Erhalt lediglich die Abwehr menschlicher Beeinträchtigungen erfordert, grundsätzlich zu bejahen. Einer eingehenden Würdigung bedarf hingegen die Einbeziehung von nicht selbstregulierungsfähigen Biotoptypen in die landesrechtlichen Kataloge der geschützten Typen.

1. Mangelnde Selbstregulierungsfähigkeit

Durch die landesrechtlichen Regelungen zum Biotoptypenschutz werden auch halbnatürliche Ökosysteme unter absoluten Schutz gestellt⁴⁰⁵. Diese Typen, die durch menschliche Nutzungen aus natürlichen oder naturnahen Ökosystemen hervorgingen, sind nur bedingt selbstregulierungsfähig und bedürfen zu ihrer Erhaltung der fortgesetzten Nutzung und Pflege durch den Menschen. Die Einstellung der regelmäßig extensiven Bewirtschaftung führt zumindest mittelfristig zum „Untergang“ dieser Biotope. Allein die Normierung der biotopschutzrechtlichen Beeinträchtigungs- und Zerstörungsverbote vermag, da die landesrechtlichen Regelungen mit Ausnahme von Berlin und Sachsen keine Bewirtschaftungs- oder Pflegegebote enthalten⁴⁰⁶, den Erhalt dieser halbnatürlichen Ökosysteme nicht zu gewährleisten⁴⁰⁷.

⁴⁰⁰ BVerfGE 16, S. 147 (181); 19, S. 119 (126 f.); 57, S. 139 (159).

⁴⁰¹ BVerfGE 67, S. 157 (163).

⁴⁰² Sachs, in: Sachs, Art. 20 Rn. 98; Stern, Staatsrecht, Bd. III/2, S. 776 f.

⁴⁰³ BVerfGE 25, S. 1 (12 f.); vgl. auch: Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 Rn. 62 mit weiteren Nachweisen.

⁴⁰⁴ Zur Differenzierung der Haupt-Ökosystemtypen Mitteleuropas nach zunehmender menschlicher Beeinflussung: Umweltgutachten 1994 des Rates von Sachverständigen für Umweltfragen, BT-Drs 12/6995 S. 127.

⁴⁰⁵ Zur Einbeziehung halbnatürlicher Typen siehe S. 15.

⁴⁰⁶ Vgl. zur Verneinung biotopschutzrechtlicher Pflegepflichten, S. 15 f.

⁴⁰⁷ OVG Münster, NuR 1995 S. 301 (307); Schink, VerwArch 86 (1995) S. 398 (431); Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (221).

2. Zulässigkeit von Maßnahmen zur Pflege und Erhaltung

Die Ungeeignetheit des gesetzlichen Biotoptypschatzes wäre zumindest dann festzustellen, wenn die normierten absoluten Veränderungsverbote auch die für die Erhaltung oder Wiederherstellung von Ökosystemen notwendigen Bewirtschaftungs- und Pflegemaßnahmen erfassen und verhindern. Dies ist zu verneinen. Selbst wenn Pflege- und Unterhaltungsmaßnahmen, die zur Erhaltung oder Wiederherstellung der besonders geschützten Biotope notwendig sind, nicht wie in Baden-Württemberg für generell zulässig erklärt sind (vergleiche § 24 a III Nr. 1 NatSchG BW), steht der Biotoptypschatz diesen Pflegemaßnahmen nicht entgegen. Werden Maßnahmen mit dem Ziel der Erhaltung oder Wiederherstellung gesetzlich geschützter Biotopflächen vorgenommen, so fallen diese Maßnahmen regelmäßig nicht unter das biotopschutzrechtliche Veränderungsverbot, da sie keine erhebliche oder nachhaltige Beeinträchtigung der Flächen zur Folge haben, sondern der Unterhaltung oder Wiederherstellung des für schutzwürdig befundenen Zustandes dienen. Im Hinblick auf das gesetzgeberische Ziel, den Schutzzweck der Norm, sind diese Pflegemaßnahmen erwünscht⁴⁰⁸. Sind in Ausnahmefällen erhebliche Beeinträchtigungen von Biotopen im Interesse des Naturschutzes notwendig – etwa im Zuge der großflächigen Renaturierung von Gewässern, die zunächst die Zerstörung oder erhebliche Beeinträchtigung noch bestehender „Restbiotope“ zur Folge haben können, um mittelfristig einen naturnahen Zustand und eine Verbesserung der betroffenen Gesamtfläche zu erreichen –, so können diese Maßnahmen freigestellt werden⁴⁰⁹.

3. Zielerreichung im Zusammenspiel mit weiteren Instrumentarien

Letztlich ist es für die Bejahung der Geeignetheit unerheblich, dass die Beeinträchtigungverbote des gesetzlichen Biotoptypschatzes für sich betrachtet nicht den „Erhalt“ der halbnatürlichen Ökosysteme auf Dauer zu gewährleisten vermögen und die Bestimmungen selbst keine Aussage treffen, ob, von wem und in welchem Umfang Bewirtschaftungs- und Pflegemaßnahmen zu erfolgen haben. Einer entsprechenden ausdrücklichen Regelung bedurfte es im

⁴⁰⁸ Schink, VerwArch 86 (1995) S. 398 (432 f.).

⁴⁰⁹ Diese Wertung zugunsten übergeordneter Ziele des Natur- und Landschaftsschutzes kommt in § 31 Nr. 1 b BNatSchG zum Ausdruck: Eine Befreiung kann erteilt werden, wenn die Durchführung der Vorschriften im Einzelfall zu einer nicht gewollten Beeinträchtigung von Natur- und Landschaft führen würde, vgl. Schink, LG NW, Rn. 787; Louis, NuR 1995 S. 62 (69); A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendimir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 31 Rn. 16; VG Stade, NuR 1989, S. 402 f.

Rahmen der Normierung des gesetzlichen Biototypschutzes nicht. Die landesrechtlichen Regelungen zum Biototypschutz mit ihren Zielsetzungen sind im Zusammenhang mit weiteren naturschutzrechtlichen Instrumenten zu sehen, insbesondere mit der Normierung verschiedener Pflichten der Eigentümer und Nutzungsberechtigten zur Duldung von staatlichen Pflegemaßnahmen und dem Vertragsnaturschutz⁴¹⁰. So heißt es etwa in § 18 I S. 1 NatSchG BW ausdrücklich, dass die Eigentümer oder sonstigen Berechtigten von Grundstücken u.a. von besonders geschützten Biotopen verpflichtet sind, Maßnahmen zum Schutz, zur Erhaltung und zur Pflege zu dulden. Sie sollen darüber hinaus nach Möglichkeit mit der Durchführung der Pflegemaßnahmen gegen eine Aufwandsentschädigung beauftragt werden, §§ 18 I S. 2, 53 II Nr. 1, III NatSchG BW. Entsprechende oder ähnliche Regelungen finden sich in allen Landesnaturschutzgesetzen⁴¹¹. Die Gesamtbetrachtung der jeweiligen landesrechtlichen Regelungen ergibt somit, dass Pflegemaßnahmen, die zur Unterhaltung halbnatürlicher Ökosysteme erforderlich sind, zulässig und vom Gesetzgeber intendiert wurden. Der gesetzliche Biototypschutz ist als „normativer“ Baustein im Gesamtgefüge zu verstehen. Das Ziel des Biototypschutzes ist es, die Beeinträchtigung von schützenswerten Biotopen durch den Menschen zu verhindern und so eine Art Grundschutz zu gewährleisten⁴¹², der zur Erreichung eines nachhaltigen Schutzes nicht selbstregulierungsfähiger Typen durch weitere naturschutzrechtliche Instrumentarien ergänzt werden kann und muss. Der gesetzliche Biototypschutz ist – Fragen des Verfahrens ausgeklammert – zur Erreichung eines nachhaltigen Schutzes der halbnatürlichen Ökosysteme zumindest nicht „schlechthin ungeeignet“⁴¹³.

III. Erforderlichkeit des gesetzlichen Biototypschutzes

Das Gebot der Erforderlichkeit ist verletzt, wenn das Ziel der staatlichen Maßnahme auch durch ein anderes, gleich wirksames Mittel erreicht werden kann, das die betroffenen Grundrechte - hier das Eigentum - nicht oder weniger fühlbar einschränkt⁴¹⁴. Eine Maßnahme darf

⁴¹⁰ Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (433); Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (221); Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 13 d Rn. 15.

⁴¹¹ Vgl. etwa: Art. 5 I Nr. 2 a) BayNatSchG; § 43 a I NatSchG Bln; § 16 II BremNatSchG; § 37 I HENatG; § 29 NNatG.

⁴¹² Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (433 f.); Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (221).

⁴¹³ So auch ohne nähere Auseinandersetzung: OVG Lüneburg, NuR 1995, S. 470 (472); OVG Schleswig, NuR 1998, S. 558 (560); Gellermann, NuR 1995, S. 227 (233).

⁴¹⁴ Vgl. im Allgemeinen: BVerfGE 53, S. 135 (147 f.); 67, S. 157 (177); 68, S. 193 (219); 92, S. 262 (273); Schmidt-Bleitreu/Klein, Art. 20 Rn. 27; zu Art. 14 I GG: BVerfGE 100, S. 226 (241).

nicht über das zur Verfolgung ihres Zwecks notwendige Maß hinausgehen. Uneingeschränkte Zustimmung verdient die einhellig in Rechtsprechung und Literatur vertretene Ansicht, dass ein Schutz für besonders hochwertige Biotopflächen als Beitrag zum Artenschutz in Deutschland zwingend erforderlich ist, um einen ausreichenden Lebensraum für ein möglichst großes Spektrum wildlebender Pflanzen- und Tierarten in der Kulturlandschaft zu sichern⁴¹⁵. Zweifel bestehen also nicht an der grundlegenden Notwendigkeit eines Biotopschutzes, sondern lediglich an der konkreten Ausgestaltung als gesetzlichem Biotoptypenschutz. Der verfahrensrechtliche Aspekt eines Schutzes unmittelbar kraft Gesetzes bleibt an dieser Stelle wiederum ausgespart. Die folgenden Ausführungen können weiterhin nur exemplarisch anhand einzelner Biotoptypen erfolgen. Eine naturwissenschaftlich fundierte Untersuchung der einzelnen Biotoptypen, ihrer Funktionen im Naturhaushalt und ihres Gefährdungsgrades kann im Rahmen dieser juristischen Arbeit nicht umfassend geleistet werden⁴¹⁶.

1. Unterschiedliche Schutzwürdigkeit und Gefährdung der Typen

Die Erforderlichkeit des gesetzlichen Biotoptypenschutzes in seiner jeweiligen landesrechtlichen Ausgestaltung wäre dann zu bejahen, wenn die Schutzwürdigkeit und der Gefährdungsgrad aller erfassten Biotopflächen so groß sind, dass zu ihrer Erhaltung ein absolutes Veränderungsverbot im Sinne des § 30 I BNatSchG notwendig ist. Am hohen Gefährdungsgrad einer Anzahl der im bundesrechtlichen Katalog vorgesehen Biotoptypen, der einen strengen Schutz dieser Flächen notwendig macht, bestehen auch für den naturwissenschaftlichen Laien keine Zweifel. So sind etwa großflächige Hochmoore, natürliche Bach- oder Flussläufe und Auwälder in Deutschland nur noch selten zu finden oder vom völligen Untergang bedroht⁴¹⁷. Diese Ökosysteme zeichnen sich durch ihren hohen ökologischen Wert, ihre besonderen Funktionen für den Naturhaushalt, ihren Artenreichtum oder den hohen Spezialisierungsgrad der auf diesen Flächen vorkommenden Arten aus. Gehen die letzten erhaltenen Flächen dieser Ökosysteme verloren, so ist das Aussterben der auf diese Umweltbedingungen angewiesenen Arten die zwingende Folge. So kommt etwa eine Vielzahl von Pflanzen nur im Moor vor, da

⁴¹⁵ Umweltgutachten des Rates von Sachverständigen für Umweltfragen, BT-Drs. 12/6995, Rn. 242, 893; Binot, Bless, Boye u.a., Rote Liste der gefährdeten Tiere Deutschlands, S. 25; OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (309); Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (221); Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (434).

⁴¹⁶ Zur Gefährdung der in Deutschland vorkommenden Biotoptypen vgl. Riecken, Ries, Ssyman, „Rote Liste der gefährdeten Biotoptypen der Bundesrepublik Deutschland“.

⁴¹⁷ Vgl.: Riecken, Ries, Ssyman, a.a.O. S. 42, 52, 54 und 60.

sie auf die besonderen Feuchtigkeitsverhältnisse, die Nährstoffarmut und den Säuregehalt im Boden zwingend angewiesen sind. Diese Pflanzen bilden wiederum die Nahrungs- und Lebensgrundlage für hochspezialisierte Tierarten. Ein vergleichbar hoher Gefährdungsgrad kann aber nicht für alle Typen generell und bundesweit festgestellt werden. Zu beachten ist insbesondere, dass die gewählten Typbezeichnungen verschiedene Untertypen erfassen, deren ökologische Bedeutung, Schutzwürdigkeit und Gefährdungsgrad erheblich differieren, wie die „Rote Liste der gefährdeten Arten“ belegt⁴¹⁸.

Die Landesgesetzgeber haben darüber hinaus von der Ermächtigung in § 30 I S. 2 BNatSchG (§ 20 c III BNatSchG 1986) großzügig Gebrauch gemacht und eine Vielzahl weiterer Biotoptypen in die Regelung einbezogen, die nunmehr auch Biotopflächen schützt, deren besondere ökologische Wertigkeit und regionale Gefährdung nur im Einzelfall festgestellt werden kann⁴¹⁹. Erhebliche Bedenken bestehen etwa gegen die Notwendigkeit eines generellen, absoluten Schutzes von Feldhecken und Feldgehölzen in der freien Landschaft⁴²⁰, § 24 a I Nr. 6 NatSchG BW, offenen natürlichen Block- und Geröllhalden, Art. 13 d I Nr. 4 BayNatSchG⁴²¹; Kies-, Sand- und Mergelgruben⁴²², § 26 a I Nr. 6 NatSchG Bln, landschaftsprägenden Einzelbäumen im Außenbereich, § 23 I Nr. 3 HENatG⁴²³, Nass- und Feuchtgrünland, § 62 I Nr. 2 LG NW⁴²⁴; Weihern, Tümpeln oder anderen Kleingewässern, § 15 a I Nr. 6 NatSchG SH⁴²⁵, und sonstigen Sukzessionsflächen außerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile, die länger als fünf Jahre nicht bewirtschaftet wurden⁴²⁶, § 15 a I Nr. 10 NatSchG SH.

⁴¹⁸ Vgl.: Riecken, Ries, Ssymank, a.a.O. S. 37 ff.

⁴¹⁹ OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (310); Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (435); hinsichtlich der Wertigkeit von Biotopen differenzierend: A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 18.

⁴²⁰ Vgl. zum geringeren Gefährdungsgrad: Riecken, Ries, Ssymank, a.a.O. S. 58.

⁴²¹ In der „Roten Liste“ werden diese Typen lediglich als potentiell gefährdet eingestuft, vgl.: Riecken, Ries, Ssymank, a.a.O. S. 46.

⁴²² Es besteht derzeit keine Gefährdung, vgl.: Riecken, Ries, Ssymank, a.a.O. S. 48.

⁴²³ Vgl. zum variierenden Gefährdungsgrad: Riecken, Ries, Ssymank, a.a.O. S. 58.

⁴²⁴ Die Gefährdung ist insbesondere vom Nährstoffgehalt des Bodens und der Art der Bewirtschaftung abhängig, vgl.: Riecken, Ries, Ssymank a.a.O. S. 52.

⁴²⁵ Die ökologische Bedeutung und Gefährdung von Kleingewässern bedarf einer differenzierten Betrachtung. So sind etwa hypertrophe, stehende Gewässer und Weiher sowie intensiv genutzte Fischteiche entweder nicht schutzwürdig und/oder nicht gefährdet, vgl.: Riecken, Ries, Ssymank, a.a.O. S. 44 ff.

⁴²⁶ Diese unspezifische Bezeichnung erfasst eine Vielzahl von Biotoptypen, deren Schutzwürdigkeit und Gefährdung nicht generell zu bestimmen sind. So sind etwa Ackerbrachen regelmäßig nicht gefährdet, vgl.: Riecken,

Der Stadtstaat Berlin hat kategorisch alle Sand-, Kies- und Mergelgruben einem absoluten Veränderungsverbot unterworfen, obwohl diese Flächen, insbesondere wenn sie noch bewirtschaftet werden, einen nur geringen ökologischen Wert aufweisen können und ihre Wertigkeit nur im Einzelfall und in Abhängigkeit von der Ansiedlung besonderer Lebensgemeinschaften zu bestimmen ist. Nicht jede Kiesgrube ist daher von vornherein und ausnahmslos ein besonders erhaltenswertes Biotop. Entsprechendes hat für intensiv bewirtschaftetes Feuchtgrünland und nährstoffreiche Kleingewässer zu gelten. Ad absurdum wird der Schutz getrieben, wenn – wie in Schleswig-Holstein – jede Sukzessionsfläche nach fünf Jahren, unabhängig von ihrer tatsächlichen Beschaffenheit und Struktur, als besonders hochwertiges Biotop qualifiziert wird, das einen unmittelbaren und absoluten Schutz verdient. Hier hat der Landesgesetzgeber einen Auffangtatbestand geschaffen, der ohne Berücksichtigung der tatsächlichen ökologischen Wertigkeit und somit willkürlich alle brachliegenden Flächen erfasst. Andere Biotoptypen, wie etwa Feldgehölze, Hecken und Knicks kommen in vielen Regionen erfreulicherweise noch zahlreich vor. Ihr Schutz ist sicherlich geboten. Der regional stark variierende Gefährdungsgrad erfordert aber zumindest keine rigide Unterschutzstellung in allen Landesteilen, die eine Berücksichtigung privater Belange der betroffenen Eigentümer oder Nutzungsberechtigten völlig ausklammert.

Die Indifferenz der gesetzlichen Regelung wird offenbar, wenn die Schutzwürdigkeit eines landschaftstypischen Feldgehölzes oder eines Spontanbiotops, das sich auf einer brachliegenden Fläche gebildet hat, mit derjenigen eines der wenigen noch in Deutschland verbliebenen Hochmoore verglichen wird. Die Landesgesetzgeber sind in diesen Fällen über das zur Verfolgung des Gesetzeszwecks, des Schutzes besonders wertvoller oder hochwertiger Biotope, notwendige Maß hinausgegangen⁴²⁷. Es fehlt bereits bei der Auswahl und Bestimmung der Typen an der im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Eigentums gebotenen Differenzierung ökologischer Wertigkeiten.

Ries, Ssymank a.a.O., S. 48. Ähnliches gilt für Kahlschläge oder Ruderalstandorte, vgl.: Riecken, Ries, Ssymank, a.a.O. S. 56.

⁴²⁷ OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (309 f.); Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (435).

2. Schutz von Kleinstbiotopen und isolierten Flächen

Das OVG Münster bestreitet in seinem Vorlagebeschluss, dass es die Ziele des Artenschutzes gebieten, jede noch so kleine, unter Umständen völlig isoliert inmitten von Bebauung oder naturfernen (anthropogenen) Ökosystemen gelegene Fläche, auf der sich mehr oder weniger zufällig oder auch durch menschlichen Einfluss ein Biotop im Sinne der jeweiligen landesrechtlichen Regelung gebildet hat, unter absoluten Schutz zu stellen⁴²⁸. Als weiterer Aspekt der Erforderlichkeit wird damit die Problematik des Schutzes von isolierten Klein- und Kleinstbiotopen angesprochen. Das OVG Lüneburg wendet gegen die Ansicht des OVG Münster ein, dass ein Biotop, um als solches angesehen zu werden, einen nach seiner Bedeutung und dem Schutzzweck im Einzelfall zu bestimmenden räumlichen Umfang haben müsse⁴²⁹, und Louis will die Unterschutzstellung der Biotoptypen unabhängig von der Größe und Verknüpfung der einzelnen Biotope mit anderen Flächen mit dem rasant voranschreitenden Artensterben in der Bundesrepublik rechtfertigen. Diese Entwicklung könne nur durch die Unterschutzstellung aller, aus gesetzgeberischer Sicht hochwertiger Flächen mit sofortiger Wirkung unterbrochen werden⁴³⁰.

Einer relativierenden Auslegung des gesetzlichen Biotoptypsches – wie sie das OVG Lüneburg für möglich hält - steht aber der eindeutige Wortlaut der landesrechtlichen Regelungen entgegen. Der gesetzliche Biotoptypschutz erfasst alle Flächen der aufgeführten Typen unter Einschluss der „Kleinstbiotope“. Eine Anknüpfung an das Vorliegen einer bestimmten Mindestgröße erfolgt nicht⁴³¹. Der Umkehrschluss aus der baden-württembergischen Regelung, die Flächen einiger Biotoptypen, die eine bestimmte Mindestgröße nicht aufweisen, ausdrücklich freistellt, beweist, dass die Biotopflächen der anderen Typen unabhängig von ihrer konkreten Größe und besonderen ökologischen Funktion erfasst werden. Für einen Ausschluss von Kleinbiotopen finden sich auch in den Gesetzesmaterialien der anderen Bundesländer keine Anhaltspunkte⁴³². Letztlich bleibt bei diesem Ansatz völlig unklar, wann ein nicht mehr

⁴²⁸ OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (309 f.); so auch: Schink, a.a.O. S. 436.

⁴²⁹ OVG Lüneburg, NuR 1995, S. 470 (472).

⁴³⁰ Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (221).

⁴³¹ So auch: Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (436 f.); A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 18; Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (221)

⁴³² Weitere Gerichte sind diesem Ansatz zu Recht nicht gefolgt. So hat der VGH Mannheim einen Großseggenbestand in einem Graben als Biotop qualifiziert, VBIBW 1998, S. 64 f.

schutzwürdiges Kleinbiotop vorliegen soll. Die unmittelbar angesprochenen Normadressaten wären mit der sich an die naturwissenschaftliche Qualifizierung anschließenden rechtlichen Würdigung der Bedeutung einer Biotopfläche zur Feststellung ihres Schutzes, die vom Gesetzgeber nicht vorgesehen ist, völlig überfordert. Auf den Aspekt der mangelnden Bestimmtheit der gesetzlichen Unterschützstellung wird zurückzukommen sein⁴³³. Entgegen dem OVG Lüneburg ist festzuhalten, dass eine relativierende Bewertung dieser Flächen im Hinblick auf ihre ökologische Schutzwürdigkeit nicht möglich ist, wenn eine Fläche als Biotop eines bestimmten Typs qualifiziert wurde. Der Gesetzgeber hat insofern eine zu kritisierende, abschließende Bewertung der Schutzwürdigkeit einer jeden Fläche eines Biotoptyps getroffen.

Die Ansicht von Louis⁴³⁴, der das absolute Beeinträchtigungsverbot des gesetzlichen Biotoptypschutzes pauschal und ohne Differenzierungen hinsichtlich der ökologischen Bedeutung einzelner Flächen rechtfertigen will, vermag nicht zu überzeugen. Der Ansatz ist bereits insoweit bedenklich, als die besondere ökologische Bedeutung dieser Kleinflächen unterstellt, aber nicht begründet wird. Der Schutz von Kleinstbiotopen, die über keinerlei Vernetzung mit anderen Biotopen verfügen, ist im Hinblick auf den Artenschutz zumindest nicht grundsätzlich zu rechtfertigen, da sie aufgrund ihrer Größe und Isolation nur von geringer ökologischer Bedeutung sein können. Ökosysteme sind auf Dauer nur dann überlebensfähig, wenn sie über eine bestimmte Größe verfügen und sich in einem ökologischen Gleichgewicht befinden. Ist dies nicht der Fall, so wandeln sie sich und verlieren mit der Zeit ihre charakteristische Struktur, typische Arten werden verdrängt. Im Hinblick auf die Erhaltung einer großen Vielzahl von Tier- und Pflanzenarten ist weiterhin wichtig, dass Biotopflächen miteinander verknüpft sind, damit ein Austausch zwischen den Spezies der verschiedenen Arten möglich bleibt⁴³⁵. Werden Biotopflächen isoliert, so sind sie von nur geringer Bedeutung für den Erhalt der Artenvielfalt. Diese Flächen werden trotz ihres Schutzes im Hinblick auf ihre Artenvielfalt verarmen, genetisch ausbluten. Arten werden durch natürliche Prozesse, wie etwa eine ungünstige Witterung, untergehen und können nicht durch den Zuzug neuer Spezies ersetzt werden. Arten sterben aus, wenn ihr Lebensraum durch Straßen, Feldbau oder Siedlungsgebiete iso-

⁴³³ Vgl. zum Verfahren, S. 197 ff.

⁴³⁴ Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (221).

⁴³⁵ Vgl. zu den negativen Isolationseffekten für die Artenvielfalt in einem Biotop: Barth, Naturschutz, S. 43.

liert wird⁴³⁶. Den Zielen des Artenschutzes kann der generelle Schutz kleiner, isolierter Flächen auf Dauer nicht dienen.

3. Zwischenergebnis

Die Erforderlichkeit absoluter Veränderungsverbote im Interesse des Biotopschutzes ist nur dem Grunde nach zu bejahen. Die Erforderlichkeit eines Typschutzes ist aufgrund des indifferenten Ansatzes zu verneinen. Dies gilt im Besonderen im Hinblick auf die unspezifischen Typbezeichnungen, die Einbeziehung verschiedener landesrechtlicher Typen und den Schutz von isolierten Kleinbiotopen. Dem Gebot der Erforderlichkeit wird so nicht Rechnung getragen. Geboten wäre, dass die Unterschutzstellung von Biotopflächen nicht generell, sondern im Einzelfall unter Berücksichtigung der besonderen ökologischen Funktionen der einzelnen Fläche für den Naturhaushalt, ihrer Größe und Einbindung in ein Biotopverbundsystem erfolgt.

IV. Zumutbarkeit des gesetzlichen Biotoptypsches

Im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmungen hat der Gesetzgeber sowohl der Anerkennung und Gewährleistung des Privateigentums in Art. 14 I S.1 GG als auch dem Sozialgebot des Art. 14 II GG Rechnung zu tragen⁴³⁷. Geboten ist eine Abwägung der widerstreitenden, verfassungsrechtlich geschützten Belange des Eigentümers gegen die Belange des Gemeinwohls, hier des Naturschutzes. Das Maß der den Einzelnen treffenden Belastung muss noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen stehen. Denn das Wohl der Allgemeinheit ist nicht nur Grund, sondern auch Grenze für die dem Eigentümer aufzuerlegenden Belastungen⁴³⁸. Zu prüfen ist daher, ob die Landesgesetzgeber im Rahmen der Normierung des gesetzlichen Biotoptypsches die schutzwürdigen Interessen der privaten Eigentümer und der Allgemeinheit in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis gebracht haben, ferner, ob sich die den Grundeigentümern und sonstigen Nutzungsberechtigten auferlegten Nutzungsbeschränkungen - unabhängig von der Gewährleistung eines finanziellen Ausgleichs in einzelnen Härtefällen - im Hinblick auf die ange-

⁴³⁶ Vgl. zur Notwendigkeit der Biotopvernetzung für einen wirksamen Artenschutz: Simon, in: „GEO – Das Neue Bild Der Erde“, Juli 1999 (Heft Nr. 7), S. 16 (32 f.).

⁴³⁷ BVerfGE 21, S. 73 (82 f.); 52, S. 1 (29); 100, S. 226 (240 f.); NJW 1998, S. 367 (368).

⁴³⁸ BVerfGE 100, S. 226 (241).

strebten Ziele des Artenschutzes als angemessen erweisen. Ein Ergebnis wäre zu akzeptieren, wenn die gravierenden Einschnitte in die Eigentümerfreiheiten durch besonders wichtige Gründe des Gemeinwohls, die für einen generellen und absoluten Schutz der geschützten Biotopflächen streiten, gerechtfertigt sind.

Hingegen lassen sich entsprechende Rechtfertigungsgründe nicht für den absoluten Schutz jeder, durch die Typenbezeichnungen pauschal erfassten Biotopfläche finden. Die generelle und somit undifferenzierte Unterschutzstellung von Biotopflächen unabhängig von ihrer ökologischen Funktion, Wertigkeit, Größe und regionalen Gefährdung gewährleistet keinen gerechten Ausgleich zwischen den schutzwürdigen Interessen der Eigentümer und den Zielen des Biotop- und Artenschutzes als öffentlichem Belang⁴³⁹. Zu bemängeln ist mithin nicht, dass besonders schützenswerte Biotope unter einen weitgehenden Schutz gestellt werden, sondern dass die gesetzgeberischen Regelungen trotz der gravierenden Nutzungsbeschränkungen einen Typschutz vorsehen, ohne sicherzustellen, dass tatsächlich nur besonders hochwertige und schützenswerte Flächen erfasst werden. Die Unzumutbarkeit des gesetzlichen Biototypschutzes folgt aus seinem pauschalen Ansatz. Trotz der völlig unterschiedlichen Bedeutung von einzelnen Biotopflächen werden sie alle „über einen Kamm geschoren“, werden entgegenstehende Interessen der Privateigentümer, unabhängig von ihrer Wertigkeit und Schutzwürdigkeit im Vergleich zu den Belangen des Arten- und Biotopschutzes, kategorisch zurückgestellt. Die Tatsache, dass Bundes- und Landesgesetzgeber bewusst auf die Normierung eines Ausnahmetatbestandes zugunsten gegenüber dem öffentlichen Erhaltungsinteresse überwiegender, privater Belange der betroffenen Grundeigentümer und Nutzungsberechtigten verzichtet haben, belegt diesen Befund. Eine sachgerechte Abwägung der widerstreitenden Belange unterbleibt⁴⁴⁰. Die Sozialbindung des Eigentums, die sowohl Legitimation als auch Grenze der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit ist, vermag die Einschränkungen der Nutzungsbefugnisse der Betroffenen in diesem durch den Typschutz vorgegebenen, generellen Ansatz nicht zu rechtfertigen.

⁴³⁹ Vgl. die Kritik von Leisner an der allgemeinen (Über-) Bewertung der Naturschutzbelange als „höchststrangige“ Gemeinschaftsinteressen: DÖV 1991, S. 781 (785).

⁴⁴⁰ Vgl.: Leisner, a.a.O.

V. Ergebnis

Der gesetzliche Biotoptypenschutz verletzt aufgrund der pauschalen und undifferenzierten Überbewertung der naturschutzrechtlichen Belange des Arten- und Biotopschutzes gegenüber den Belangen der betroffenen Grundeigentümer - unabhängig von möglicherweise bestehenden Ausgleichs- oder Kompensationsregelungen für einzelne Härtefälle - das Übermaßverbot und das Gebot einer gerechten Abwägung. Der verfassungsrechtlichen Garantie des Privateigentums wird nicht hinreichend Rechnung getragen. Der gesetzliche Biotoptypenschutz ist bereits aus diesem Grunde verfassungswidrig. Mit der Feststellung der Unverhältnismäßigkeit des gesetzlichen Biotoptypenschutzes soll die eigentumspezifische Untersuchung des gesetzlichen Biotoptypenschutzes hingegen nicht beendet werden. Es hat sich die Überprüfung der Ausgleichspflichtigkeit des gesetzlichen Biotoptypenschutzes anzuschließen. Dies ist nicht nur insofern von Bedeutung, als die Feststellung der Verfassungswidrigkeit ggf. bestätigt würde, sondern auch im Hinblick auf die weiteren, aus Art. 14 GG abzuleitenden Anforderungen, die an eine verfassungskonforme Normierung eines Biotopschutzes zu stellen sind.

D. Ausgleichspflichtigkeit des gesetzlichen Biotoptypenschutzes

Nach Ansicht des OVG Münster⁴⁴¹ verbiete die nordrhein-westfälische Regelung zum Biotoptypenschutz, § 62 LG NW, die Fortsetzung bereits ausgeübter sowie die Aufnahme, neuer sich „aufdrängender“ Grundstücksnutzungen. Sie entziehe darüber hinaus bereits bestehende Rechtspositionen, ohne einen auch im Rahmen des Art. 14 I S. 2 GG gebotenen Ausgleich zu gewähren und verletze daher die grundgesetzliche Garantie des Eigentums. Das OVG Lüneburg⁴⁴² hat die Notwendigkeit eines Ausgleichs der Nutzungsbeschränkungen des § 28 a II NNatG in besonderen Härtefällen bejaht, eine Verletzung der Eigentumsgarantie, Art. 14 I GG, hingegen verneint. Die Entschädigungsregelungen des Art. 50 NNatG trage der in Einzelfällen zu bejahenden Ausgleichspflichtigkeit der biotopschutzrechtlichen Inhalts- und Schrankenbestimmung Rechnung. Entsprechend hat das OVG Schleswig für die biotopschutzrechtlichen Beeinträchtigungsverbote des § 15 a LNatSchG SH entschieden⁴⁴³. Diese verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen sind zum Anlass zu nehmen, zum einen die Aus-

⁴⁴¹ OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (307 ff.); zur Unzulässigkeit des Vorlagebeschlusses: BVerfG NuR 1999, S. 99.

⁴⁴² OVG Lüneburg, NuR 1995, S. 470 (472).

⁴⁴³ So auch für § 15 a LNatSchG SH: OVG Schleswig, NuR 1998, S. 558 (561).

gleichspflichtigkeit der Nutzungsbeschränkungen des gesetzlichen Biotoptypschatzes in Einzelfällen zu klären und zum anderen ggf. zu untersuchen, ob verfassungskonforme Ausgleichsregelungen in den Landesnaturschutzgesetzen bereitstehen.

I. Entwicklung der ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung

Gesetzliche Nutzungsbeschränkungen des Grundeigentums, wie der gesetzliche Biotoptypschutz, die generell-abstrakt die Rechte und Pflichten der betroffenen Grundeigentümer und sonstigen Nutzungsberechtigten für die Zukunft neu bestimmen, sind nach Maßgabe des formalisierten Enteignungsbegriffs des BVerfG unabhängig von ihrer Eingriffstiefe Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Grundeigentums⁴⁴⁴. Sie sind im Rahmen der Sozialbindung des Eigentums grundsätzlich ausgleichslos zu dulden⁴⁴⁵. Dies gilt aber nicht ausnahmslos. Beginnend mit seiner Pflichtexemplarentscheidung⁴⁴⁶ ist das BVerfG der hergebrachten Vorstellung entgegengetreten, dass Inhalts- und Schrankenbestimmungen als Ausdruck der Sozialbindung des Eigentums und in Abgrenzung zur Enteignung stets entschädigungslos zu dulden seien. An diese Entscheidung knüpft die Entwicklung des neuen Rechtsinstituts der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung in Rechtsprechung⁴⁴⁷ und Literatur⁴⁴⁸ an. Danach ist der Gesetzgeber zur Vermeidung der Verfassungswidrigkeit einer Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums verpflichtet, Ausgleichsregelungen – nicht zwingend finanzieller Art - zu normieren, wenn sich eine Vorschrift in Einzelfällen übermäßig und unzumutbar belastend auswirkt und daher die Grenzen der Sozialbindung überschreitet. Ausgleichsregelungen sind aber nicht generell ein verfassungsrechtlich zulässiges Mittel, unverhältnismäßige Eigentumsbeschränkungen mit Art. 14 I GG in Einklang zu bringen⁴⁴⁹. Ausgleichspflichtig ist nur der von einer generellen Eigentumsregelung tatbestandlich auch erfasste Ausnahmefall⁴⁵⁰. Die vom BVerfG selbst angestoßene Entwicklung hin zur Anerken-

⁴⁴⁴ BVerfGE 79, S. 174 (192); 83, S. 201 (211 f.); 100, S. 226 (240); BVerfG NJW 1998, S. 367 f.

⁴⁴⁵ BVerfGE 58, S. 137 (148, 150); 79, S. 174 (198); 100, S. 226 (242 f.); BVerfG NJW 1998, S. 367 (368).

⁴⁴⁶ BVerfGE 58, S. 137 (149 f.).

⁴⁴⁷ Vgl. etwa: BVerwGE 77, S. 295 (298); 80 S. 184 (191 f.); 84, S. 361 (367 ff.); 94, S. 1 (3 ff.); BGHZ 100, S. 136 (144); 102, S. 350 (359 f.); 121, S. 73 (78 f.); 121, S. 328 (332 ff.), 123, S. 242 (244 ff.); 126, S. 379 (381 ff.); 128, S. 204 (205 f.).

⁴⁴⁸ Schulze-Osterloh, NJW 1981, S. 2537 (2543 ff.); Nüßgens/Boujong, Eigentum, Rn. 339 f.; Rozek, Unterscheidung, S. 76 ff.; Maurer, § 26 Rn. 79 ff.

⁴⁴⁹ BVerfGE 79, S. 174 (198); 100, S. 226 (244).

⁴⁵⁰ Ossenbühl, in: Festschrift für Friauf, S. 400; Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 244.

nung eines verfassungsrechtlich gebotenen Ausgleichsanspruchs wurde vom Gericht explizit bestätigt⁴⁵¹. Weitergehend stellt das BVerfG in seiner Entscheidung zur Beseitigung bergrechtlicher Vorkaufsrechte⁴⁵² fest, dass der Gesetzgeber auch zur völligen Beseitigung bestehender, durch die Eigentumsgarantie geschützter Rechtspositionen im Rahmen der Neugestaltung eines Rechtsgebiets berechtigt sein kann, er diese Beseitigung eines Rechts aber regelmäßig mit einer Entschädigungs- oder Übergangsregelung abmildern muss. Selbst wenn Art. 14 III GG nicht unmittelbar eingreift, will das BVerfG das in ihm zum Ausdruck kommende Gewicht des Eigentumsschutzes bei der Abwägung beachtet wissen⁴⁵³.

Die Anerkennung des eigentumsdogmatischen Instituts der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung ist letztlich die Konsequenz der Reformalisierung des Enteignungsbegriffs. Das Dogma entweder entschädigungslose Sozialbindung oder entschädigungspflichtige Enteignung gibt es nicht mehr. Neben die Entschädigungsansprüche nach Art. 14 III GG treten Ausgleichsansprüche im Rahmen des Art. 14 I S. 2 GG. Stellte sich vormals die Frage, ob eine entschädigungslos zu duldenende Sozialbindung des Eigentums oder eine Enteignung vorliegt, so ist nunmehr zu fragen, ob eine Inhalts- und Schrankenbestimmung aufgrund der Sozialbindung des Eigentums im Einzelfall noch entschädigungslos hinzunehmen ist⁴⁵⁴. Da es sich bei Inhalts- und Schrankenbestimmungen per definitionem stets um generell-abstrakte Regelungen handelt, hat die Abgrenzung zwischen ausgleichsloser und ausgleichspflichtiger Sozialbindung anhand materieller Kriterien zu erfolgen⁴⁵⁵. Die zuvor verworfenen materiellen Schwellentheorien, die vom BGH und BVerwG entwickelten Abgrenzungskriterien, erwachen im Rahmen des Art. 14 I S. 2 GG zu neuem Leben⁴⁵⁶. Zu konstatieren ist, dass die Reformalisierung des Enteignungsbegriffs durch die Rechtsprechung des BVerfG lediglich eine Verlagerung der bekannten Abgrenzungsprobleme und ihrer Lösungsansätze in das Rechtsinstitut der Inhalts- und Schrankenbestimmung bewirkt hat⁴⁵⁷. Die beim Enteignungsbegriff gewonnene Konturierung wurde zu Lasten der unsicheren Bestimmung und Abgrenzung der

⁴⁵¹ BVerfGE 79, S. 174 (192).

⁴⁵² BVerfGE 83, S. 201 (212 f.); bestätigt durch: BVerfG NJW 1998, S. 367 (368).

⁴⁵³ BVerfGE 83, S. 201 (S. 213); 102, S. 1 (23).

⁴⁵⁴ Papier, in: Maunz/Dürig Art. 14 Rn. 376; Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn 258 f.

⁴⁵⁵ Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 259.

⁴⁵⁶ BVerwG NuR 1993, S. 487 (490); BGH DVBl. 1993, S. 1085 (1087); S. 1092 (1093); DVBl. 1995, S. 104 (105); DVBl. 1997, S. 45 (46); vgl. auch: Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 272.

⁴⁵⁷ Ossenbühl, VVDStRL 51 (1992), S. 287; Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 258 ff., 271 ff.

ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmungen erlangt. Mit der Erweiterung des Anwendungsbereichs der Inhalts- und Schrankenbestimmungen sind die gesetzgeberischen Möglichkeiten eines entschädigungsfreien Zugriffs auf das private Eigentum hingegen nicht gewachsen⁴⁵⁸.

II. Erneuter Wandel in der Rechtsprechung des BVerfG

Diese nunmehr gefestigte Rechtsprechung wird durch die aktuelle Entscheidung des BVerfG⁴⁵⁹ zum Denkmalschutzrecht in Rheinland-Pfalz möglicherweise grundlegend in Frage gestellt. Zwar bestätigt das BVerfG⁴⁶⁰ einerseits, dass es dem Gesetzgeber grundsätzlich nicht verwehrt sei, „... eigentumsbeschränkende Maßnahmen, die er im öffentlichen Interesse für geboten hält, auch in Härtefällen durchzusetzen, wenn er durch kompensatorische Vorkehrungen unverhältnismäßige und gleichheitswidrige Belastungen des Eigentümers vermeidet und schutzwürdigem Vertrauen angemessen Rechnung trägt ...“, und konkretisiert die verfassungsrechtlichen Anforderungen an diese Ausgleichsregelungen. Andererseits stellt das Gericht aber zugleich fest, dass eine besonders schwerwiegende Belastung im Sinne einer nahezu vollständigen Beseitigung der Privatnützigkeit des Grundeigentums „nur“ als Enteignung zulässig, als ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung verfassungsrechtlich unzulässig ist⁴⁶¹. Diese Feststellung verbleibt vor dem Hintergrund der erneuten, ausdrücklichen Bestätigung eines formalisierten Enteignungsbegriffes⁴⁶² und der Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an Ausgleichsregelungen im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmungen⁴⁶³ unverständlich. Das Gericht verstrickt sich in nicht auflösbare Widersprüche und müsste, sofern es denn an dieser Aussage festhalten wollte, mit seiner bisherigen Rechtsprechung zur Abgrenzung von Inhaltsbestimmung und Legalenteignung brechen, ohne diesen Bruch auch nur mit einem Wort zu erklären⁴⁶⁴.

Auffallend konstatiert das BVerfG zwar zunächst, dass die angegriffene Norm des Denkmalschutzrechtes zur nahezu vollständigen Aufhebung der Privatnützigkeit des Grundeigentums

⁴⁵⁸ Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 GG Rn 376; Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 255.

⁴⁵⁹ BVerfGE 100, S. 226.

⁴⁶⁰ BVerfGE, aaO. S. 244.

⁴⁶¹ BVerfGE, aaO. S. 243.

⁴⁶² BVerfGE, a.a.O. S. 240.

⁴⁶³ BVerfGE, a.a.O. S. 243 ff.

⁴⁶⁴ Kritisch auch: Hendlar, DVBl. 1999, S. 1501 f.

führen kann, und sieht in dieser Rechtsfolge eine unzumutbare Belastung, die „nur“ im Wege der Enteignung erreicht werden könne, beendet sodann die Prüfung aber nicht, sondern untersucht inkonsequent, ob sich an der Unverhältnismäßigkeit der denkmalschutzrechtlichen Beseitigungsverbote durch die Anwendung der denkmalschutzrechtlichen Ausgleichstatbestände, sogenannter „salvatorischer Klauseln“⁴⁶⁵, etwas ändert. Das Gericht stellt fest, dass „... der Gesetzgeber unzumutbare Auswirkungen einer den Inhalt des Eigentums bestimmenden Regelung grundsätzlich – wenngleich nicht uneingeschränkt – durch Ausgleichsregelungen verhindern ...“⁴⁶⁶ könne, und verwirft diese Möglichkeit hinsichtlich der geprüften Norm allein aus dem Grund, dass die vorgefundene Ausgleichsregelung den vom ihm nunmehr konkretisierten Anforderungen an eine Ausgleichsregelung nicht zu genügen vermag und nicht, weil das angestrebte Ziel „nur“ auf dem Wege der Enteignung zu erreichen ist⁴⁶⁷. Diese Prüfung eines Ausgleichs wäre überflüssig, wenn das BVerfG seiner Aussage, im Falle der – bereits festgestellten - Aufhebung der Privatnützigkeit sei „nur“ eine Enteignung möglich, konsequent folgen würde. Mit der Frage, ob sich am gefundenen Ergebnis durch die Anwendung der „salvatorischen Klausel“ etwas „ändert“, stellt das Gericht seine erste Aussage also wieder in Frage.

Auch führt das Gericht aus, dass es im Rahmen des Ausgleichs einer ansonsten unzumutbaren Inhalts- und Schrankenbestimmung geboten sein könne, „... dem Eigentümer einen Anspruch auf Übernahme (des Grundstücks) durch die öffentliche Hand zum Verkehrswert einzuräumen ...“⁴⁶⁸. Somit anerkennt das Gericht die Möglichkeit eines Ausgleichs, der sich nicht in einer Geldentschädigung für die Nutzlosigkeit des Grundeigentums unter Belassung des entwerteten Objektes in der Hand des Betroffenen erschöpft. Eine entsprechende Ausgleichsregelung kommt in ihren Auswirkungen für die betroffenen Grundeigentümer einer Enteignung mit der damit verbundenen Enteignungsentschädigung gleich, bietet sogar Vorteile. Günstiger ist die Einräumung eines Übernahmeanspruchs insofern, als zum einen die Übernahme nach der Angabe des BVerfG zum Verkehrswert zu erfolgen hat⁴⁶⁹, während sich eine Enteignungsentschädigung auch unter dem Verkehrswert bewegen darf⁴⁷⁰, und zum anderen dem

⁴⁶⁵ BVerfGE, a.a.O. S. 243.

⁴⁶⁶ BVerfGE, a.a.O. S. 244.

⁴⁶⁷ BVerfGE, a.a.O. S. 246 f.

⁴⁶⁸ BVerfGE, a.a.O. S. 245 f.

⁴⁶⁹ BVerfGE a.a.O. S. 898.

⁴⁷⁰ BVerfGE 24, S. 367 (420); 41, S. 126 (161) 46, S. 268 (284 ff.); Bryde, in: v. Münch/Kunig, Art. 14 Rn. 92; Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14, Rn. 608.

Betroffenen die freie Entscheidung verbleibt, ob er sein Grundeigentum gegen Entschädigung übertragen oder die Belastung trotz der Unzumutbarkeit z.B. aus ideellen Gründen dulden will. Sofern obige Aussage trotz aller Zweifel an diesem Verständnis Bestand haben sollte, würde ein (nur) schwer belasteter Eigentümer, dem ein Übernahmeanspruch eingeräumt wird, besser gestellt als ein besonders schwer betroffener Grundeigentümer, der auch unterhalb des Verkehrswertes und gegen seinen Willen enteignet werden dürfte. Die Widersprüchlichkeit der Differenzierung ist offenbar. Es bleibt die Frage ungelöst, warum in Fällen einer besonders schweren Beeinträchtigung „nur“ eine Enteignung den verfassungsrechtlichen Anforderungen zu genügen vermag⁴⁷¹.

Gegen eine entsprechende Interpretation des BVerfG spricht die Durchbrechung und Auflösung der entwickelten Eigentumssystematik des Gerichts. Könnte eine Totalentleerung des Rechts „nur auf dem Wege der Enteignung erreicht werden“, ist sie also als Inhaltsbestimmung unzulässig, so hieße dies, wie Ossenbühl zutreffend feststellt: Eine Totalentleerung ist keine Inhaltsbestimmung, sondern „Enteignung der Sache nach“⁴⁷². Insofern müsste eine Rückbesinnung des BVerfG auf einen materiellen Enteignungsbegriff festgestellt werden, würde dieser zur Bestimmung der Grenzen einer zulässigen Inhaltsbestimmung herangezogen werden. Damit kämen im Rahmen des Art. 14 GG aber sowohl ein formeller als auch materieller Enteignungsbegriff zur Anwendung, käme es zur nicht auflösbaren Kollision zwischen den formellen und den materiellen Abgrenzungskriterien. Es gäbe Regelungen, die formell als Inhaltsbestimmung und materiell als Enteignung zu qualifizieren sind. Obwohl eine generelle und abstrakte Regelung der zulässigen Nutzungen des Grundeigentums unabhängig von ihrer Intensität nur Inhaltsbestimmung und nicht Legalenteignung sein kann, soll in Fällen der Totalenteignung nur eine Enteignung verfassungsrechtlich zulässig sein. Da aber eine generelle und abstrakte Regelung, auch wenn sie in ihrer Intensität also „materiell“ einer Enteignung gleichkommt, keine Enteignung sein kann, wäre eine entsprechende Nutzungsregelung rechtlich unmöglich. Der unauflösbare Widerspruch wird evident. Konsequenter müsste gefragt werden, warum eine Inhaltsbestimmung, die in Einzelfällen nur schwere, unzumutbare Belastungen, aber noch keine Aufhebung der Privatnützigkeit zur Folge hätte und daher ohne Entschädigung die Grenzen der Sozialbindung des Eigentums überschreiten würde, unter Gewährung eines Ausgleichs als Inhaltsbestimmung noch erfolgen könnte, während eine nur graduell schwerere Belastung, die zur „nahezu“ vollständigen – zu beachten ist die Relativierung -

⁴⁷¹ Hendl, DVBl. 1999, S. 1501 (1502).

⁴⁷² Ossenbühl, JZ 1999, S. 899 unter Verweis auf Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 320.

Aufhebung der Privatnützigkeit führt, nicht mehr zulässig wäre. Eine Differenzierung wäre – insbesondere da beide Regelungen die Grenzen der Sozialbindung des Eigentums überschritten – weder dogmatisch zu rechtfertigen, noch in der Praxis klar zu ziehen.

Letztlich bleibt völlig offen, wie sich diese Aussage in die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung einfügt, auf die vom BVerfG in der Entscheidungsbegründung ausdrücklich Bezug genommen wird. Noch in seiner Entscheidung zur Beseitigung bergrechtlicher Vorkaufsrechte nahm das BVerfG an, dass „... Art. 14 III GG nicht unmittelbar anwendbar ist, wenn der Gesetzgeber im Zuge der generellen Neugestaltung eines Rechtsgebietes bestehende Rechte abschafft, für die es im neuen Recht keine Entsprechung gibt ...“ und dass im Rahmen des Art. 14 I S. 2 GG „... selbst die völlige Beseitigung bisher bestehender, durch die Eigentumsgarantie geschützter Rechtspositionen ...“ unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein könne, sogar die völlige, übergangs- und ersatzlose Beseitigung eines Rechts unter besonderen Voraussetzungen in Betracht komme⁴⁷³. Ist aber nach dieser Rechtsprechung auch die vollständige Beseitigung einer eigenständigen Rechtsposition im Rahmen der Inhaltsbestimmung verfassungsrechtlich möglich, so muss dies entsprechend für die nahezu vollständige Aufhebung jeglicher Privatnützigkeit einer Eigentumsposition gelten. Ein sachlicher Grund für eine Differenzierung zwischen der Rechtsbeseitigung und der Rechtsentleerung findet sich nicht.

Ob das BVerfG mithin so verstanden werden wollte, dass die Beseitigung nahezu jeglicher Privatnützigkeit durch Inhalts- und Schrankenbestimmung auch bei Vorliegen einer verfassungskonformen Ausgleichsregelung unzulässig ist, muss daher bezweifelt werden. Sollte obige Aussage trotz der aufgezeigten Widersprüche Bestand haben, so wäre ein Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung zu vermerken. Es wäre eine Rückorientierung zu einem materiellen Enteignungsbegriff unter gleichzeitiger Beibehaltung eines formellen Enteignungsbegriffs festzustellen. Die Rechtsprechung des BVerfG würde vollends unverständlich. Aufgrund der aufgezeigten Widersprüche kann der Aussage des BVerfG, sollte es denn im obigen Sinne verstanden werden wollen, nicht gefolgt werden⁴⁷⁴. Es ist insofern an den Grundsätzen der bisherigen Rechtsprechung zur ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung festzuhalten. Auch in Fällen der Aufhebung der Privatnützigkeit eines Rechts ist ein Ausgleich im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung geboten. Die Gewährung eines Übernahmeanspruchs ge-

⁴⁷³ BVerfGE 83, S. 201 (212f.); BVerfG NJW 1998, S. 367.

⁴⁷⁴ Vgl. zur Kritik: Hendler, DVBl. 1999, S. 1501 (1502).

genüber der öffentlichen Hand ermöglicht es, eine unzumutbare Belastung der Betroffenen aufgrund einer Totalentleerung des Grundeigentums abzuwenden und der Eigentumsgarantie, wie bei der Enteignung, Rechnung zu tragen. Diese Möglichkeit darf nicht kategorisch ausgeschlossen werden. Davon geht, wenn es in seiner Entscheidung die Anwendbarkeit der vorhandenen Ausgleichsregelungen prüft, möglicherweise – wie in der Kritik dargelegt – auch das BVerfG aus⁴⁷⁵.

III. Bestimmung der Ausgleichspflichtigkeit von Nutzungsbeschränkungen

War es vormals die Abgrenzung der entschädigungslos zu dulddenden Sozialbindung des Eigentums zu der Enteignung, so rückt mit der Reformalisierung des Enteignungsbegriffs die Abgrenzung der ausgleichslos zu dulddenden von der im Einzelfall ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung in den Vordergrund⁴⁷⁶. Die für den Schutz des Eigentums maßgebliche Frage ist in ihrem Kern unverändert geblieben. Zu bestimmen bleibt auch nach dem Wandel der Rechtsprechung, wann Nutzungsbeschränkungen von den Betroffenen nicht mehr aufgrund der Sozialpflichtigkeit ihres Eigentums „entschädigungslos“ zu dulden sind und ein Ausgleich zur Vermeidung der Verfassungswidrigkeit vom Gesetzgeber vorzusehen ist. Die materiellen Abgrenzungskriterien, die Schwellentheorien, finden in der Rechtsprechungspraxis wieder Anwendung. Auf die bereits oben dargestellten Schwellentheorien wird verwiesen⁴⁷⁷. Das Ziel dieser Arbeit kann es nicht sein, die bis heute nicht abschließende Bestimmung der Grenzen der entschädigungslos zu dulddenden Sozialbindung – sofern denn möglich – hier zu leisten⁴⁷⁸. Vielmehr wird sich die Untersuchung nach der Darlegung und Würdigung der Abgrenzungsansätze und Kriterien, insbesondere im Natur- und Umweltschutzrecht, auf die Ausgleichspflichtigkeit des gesetzlichen Biototypschutzes in einigen wichtigen, aber nicht abschließenden Fallkonstellationen beschränken.

⁴⁷⁵ BVerfGE 100, S. 226 (243 ff.).

⁴⁷⁶ Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 GG, Rn 376; Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 259.

⁴⁷⁷ Oben, S. 88 ff.

⁴⁷⁸ Auch das BVerfG hat in seiner Entscheidung zum Denkmalschutzrecht offen gelassen, wo die Zumutbarkeitsgrenze im Einzelnen verläuft: BVerfGE 100, S. 226 (243). In der Literatur wird auf die Grenzen der abstrakten Bestimmungen der Sozialbindung hingewiesen: Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 278; Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 369.

1. Schutz für ausgeübte Nutzungen

Es ist auszugehen vom Nassauskiesungsbeschluss des BVerfG: Zur Frage, wann eine enteignungsfähige und mithin entschädigungspflichtige Rechtspositionen vorliegt, stellte das Gericht damals fest: „Die Problematik der Enteignung stellt sich bei Änderung des objektiven Rechts allerdings dann, wenn von einer nach früherem Recht möglichen Nutzungsbefugnis bereits Gebrauch gemacht worden ist und diese entzogen wird.“⁴⁷⁹ Neben der ausdrücklich aufgegebenen Aussage⁴⁸⁰, dass eine Inhalts- und Schrankenbestimmung im Falle der Entziehung einer nach altem Recht bestehender Rechtspositionen zugleich eine Enteignung sein könne, bejahte das BVerfG eine enteignungs- und entschädigungsfähige Rechtsposition offenbar nur, wenn von einer nach altem Recht bestehenden Nutzungsmöglichkeit bereits Gebrauch gemacht, diese bereits ins Werk gesetzt war⁴⁸¹. Die Gewährleistung des Art. 14 GG wurde auf den Schutz des nutzungsrechtlichen Status quo reduziert. Entsprechendes hätte konsequenterweise für die Ausgleichspflichtigkeit von Inhalts- und Schrankenbestimmungen zu gelten, da die Reformalisierung des Enteignungsbegriffs – wie dargelegt – lediglich eine Verlagerung des Abgrenzungsproblems und keine Veränderung des Umfanges der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Eigentums bewirkt⁴⁸². Trifft die Aussage zu, dass nicht ausgeübte Nutzungsmöglichkeiten keinen verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz genießen, so wäre ihre Beseitigung den Betroffenen auch im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung ohne weiteres zuzumuten und eine ausgleichspflichtige Rechtsposition bestünde nicht. An diese Negierung eines verfassungsrechtlichen Schutzes für nicht ausgeübte Nutzungsmöglichkeiten des Grundeigentums hat das BVerfG angeknüpft, wenn es die Untersagung des zukünftigen Kiesabbaus im Bereich eines Auwaldes durch eine Landschaftsschutzverordnung als Inhalts- und Schrankenbestimmung auch ohne Ausgleich für zumutbar erklärt, da kein bisher ausgeübtes, ins Werk gesetztes Recht zum Kiesabbau entzogen werde⁴⁸³.

In seiner aktuellen, bereits oben gewürdigten⁴⁸⁴ Entscheidung zum rheinland-pfälzischen Denkmalschutzrecht wählt das BVerfG⁴⁸⁵ nunmehr einen anderen Ansatz zur Bestimmung

⁴⁷⁹ BVerfGE 58, S. 300 (338).

⁴⁸⁰ Ausdrücklich: BVerfG NJW 1998, S. 367 (368); sowie BVerfGE 83, S. 201 (212 f.).

⁴⁸¹ Vgl. zum Verständnis dieser Aussage: Leisner, DVBl. 1983, S. 61 (67); Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 377.

⁴⁸² Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 GG Rn 376.

⁴⁸³ BVerfG NJW 1998, S. 367 (368).

⁴⁸⁴ Siehe oben, S. 111 ff.

der ausgleichslos zu duldenen Sozialbindung des Eigentums. Das Kriterium der Privatnützigkeit des Grundeigentums wird in dieser Entscheidung zur Abgrenzung in den Vordergrund gerückt. Das Gericht stellt fest: „Wenn selbst ein dem Denkmalschutz aufgeschlossener Eigentümer von einem Baudenkmal keinen vernünftigen Gebrauch machen und es praktisch auch nicht veräußern kann, wird dessen Privatnützigkeit nahezu vollständig beseitigt. ... Die Rechtsposition des Betroffenen nähert sich damit einer Lage an, in der sie den Namen „Eigentum“ nicht mehr verdient. Die Versagung einer Beseitigungsgenehmigung ist dann nicht mehr zumutbar.“⁴⁸⁶ Konsequenterweise stellt das BVerfG die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Norm fest. Maßgeblich ist daher zumindest in diesen Fällen der „Totalentleerung des Eigentums“⁴⁸⁷ durch Nutzungsbeschränkungen nicht mehr, ob die privatnützigen Nutzungen bereits ausgeübt wurden, sondern die Frage nach den verbleibenden privatnützigen Verwendungen. Die Grenze der Sozialbindung ist zumindest dann überschritten, wenn einem Eigentümer aufgrund von Inhalts- und Schrankenbestimmungen keinerlei sinnvolle Nutzungsmöglichkeit seines Eigentumsobjektes mehr verbleibt.

2. Ansätze von BGH und BVerwG

Zur Beurteilung der Frage, ob eine Nutzungsbeschränkung des Natur- oder Denkmalschutzes den betroffenen Eigentümer im Einzelfall unzumutbar belastet und deshalb einen Entschädigungs- oder Ausgleichsanspruch erfordert, ziehen der BGH und das BVerwG die Abgrenzungskriterien sinngemäß heran, die sie vormalig – noch auf dem Boden eines „weiten Enteignungsbegriffs“ - in ständiger Rechtsprechung zur Abgrenzung der Sozialbindung des Eigentums von Eingriffen mit enteignender Wirkung angewendet haben⁴⁸⁸. Dieser Wandel erfolgte in Reaktion auf die Kritik des BVerfG an der bisherigen Rechtsprechung, die – unter Verkennerung der Möglichkeit einer ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung – alle Eigentumsbeschränkungen in den Bereich der entschädigungspflichtigen Enteignung im Sinne des Art. 14 III GG verwies, die sich nicht mehr als entschädigungslose Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne des Art. 14 I S. 2 GG deuten ließen. Den „Transfer“ der Abgrenzungskriterien begründen die Gerichte mit der Feststellung, dass auch bisher die rechtliche Abgrenzung

⁴⁸⁵ BVerfGE 100, S. 226 (243).

⁴⁸⁶ BVerfG a.a.O.

⁴⁸⁷ Vgl.: Ossenbühl, JZ 1999, S. 899 (900).

⁴⁸⁸ BGH DVBl. 1993, S. 1085 (1087); DVBl. 1993, S. 1092 (1095) sowie DVBl. 1995, S. 104 (106); DVBl. 1997, S. 45 (46); BVerwG NuR 1993, S. 487 (490).

zwischen den entschädigungslos hinzunehmenden Nutzungsbeschränkungen und den Tatbeständen einer entschädigungspflichtigen Enteignung im Wesentlichen bestimmt wurde durch die Gesichtspunkte der Zumutbarkeit, des Vertrauensschutzes und einer hinreichenden Differenzierung zwischen den Grundstückseigentümern je nach Art und Schwere ihrer Belastungen und es diese Kriterien seien, die nunmehr im Rahmen der Bestimmung der Ausgleichspflichtigkeit von Inhalts- und Schrankenbestimmungen anzuwenden seien⁴⁸⁹. Ausgleichspflichtig soll dann eine Beeinträchtigung einer als Eigentum oder Eigentumsbestandteil geschützten Rechtsposition sein, wenn ein Eigentümer unverhältnismäßig oder im Verhältnis zu anderen ungleich in unzumutbarer Weise belastet wird. Die Entscheidung über die Ausgleichspflicht stellt sich als Ergebnis eines Abwägungsvorganges dar, in den einerseits die öffentlichen Interessen und andererseits die privaten Eigentümerbelange einzubeziehen sind⁴⁹⁰.

Das BVerwG⁴⁹¹ und der BGH⁴⁹² gehen insofern mit inhaltlich unveränderter Argumentation davon aus, dass nutzungsregelnde Maßnahmen des Natur- und Landschaftsschutzes und entsprechend des Denkmal- oder Grundwasserschutzes von den betroffenen Eigentümern grundsätzlich als Ausdruck der Situationsgebundenheit ihres Grundeigentums ohne Ausgleich hinzunehmen sind und dass nur unter besonderen Voraussetzungen eine Entschädigung zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall zu gewähren ist⁴⁹³. Die Gerichte ziehen nach wie vor die Situationsgebundenheit des Grundeigentums als „besonders wichtigen Abwägungsgesichtspunkt“⁴⁹⁴ zur Bestimmung und Konkretisierung der Grenzen der Sozialbindung, Art. 14 II GG, heran. Diese Annahme begründen BVerwG und BGH mit der Vorstellung, dass jedes Grundstück durch seine Lage und Beschaffenheit sowie die Einbettung in seine Umwelt, also seine jeweilige Situation, geprägt werde⁴⁹⁵. Eine situationsbedingte Belastung bestehe jedenfalls dann, „wenn ein - als Leitbild gedachter - vernünftiger und einsichtiger Eigentümer, der auch das Gemeinwohl nicht aus den Augen verliert, von sich im Blick auf die Lage und die Umweltverhältnisse des Grundstücks von bestimmten Formen der Nutzung“ absieht⁴⁹⁶. Die

⁴⁸⁹ BVerwG NuR 1993, S. 487 (490).

⁴⁹⁰ BGH DVBl. 1997, S. 45 (46).

⁴⁹¹ BVerwGE 67 S. 84 (87); 84 S. 361 (371).

⁴⁹² BGHZ 87, S. 66 (71 f.); 90, S. 4 (14 f.); BGH DVBl. 1993, S. 1085 (1086 f.); BGH DVBl. 1995, S. 104.

⁴⁹³ BVerwG NuR 1993, S. 487 (490).

⁴⁹⁴ BGH DVBl. 1997, S. 45 (46).

⁴⁹⁵ BVerwGE 49, S. 359 (368); 67 S. 84 (87); BGHZ 90 S. 4 (15); 105 S. 15 (18); BGH DVBl. 1993, S. 430 (431 f.); S. 1085 (1086 f.) und S. 1092 (1095).

⁴⁹⁶ BGHZ 87, S. 66 (71); 90 S. 4 (14); BGH DVBl. 1993, S. 1092 (1095) sowie DVBl. 1995, S. 104 (106).

Situationsgebundenheit berechtige den Gesetzgeber, der über eine um so größere Gestaltungsfreiheit verfügt, je größer der soziale Bezug eines Eigentumsobjekts sei, zu einer entsprechenden Beschränkung der Eigentümerbefugnisse. Aus den natürlichen oder landschaftsräumlichen Gegebenheiten eines Grundstücks, sofern diese im Interesse der Allgemeinheit erhaltenswert sind, soll sich eine Art immanente, d.h. dem Grundstück selbst anhaftende Beschränkung der Eigentümerbefugnisse ergeben, die durch natur- und landschaftsschutzrechtliche Regelungen lediglich nachgezeichnet wird⁴⁹⁷. Eine besondere, die Sozialbindung aktualisierende Situation soll sich etwa ergeben, wenn ein Grundstück nach dem jeweiligen Natur- oder Landschaftsschutzrecht eine erhaltenswerte Beschaffenheit hat, die entweder seine schützenswerte Substanz als solche betrifft oder auf seiner prägenden Wirkung für die Umwelt, etwa den Naturhaushalt oder die Landschaft, beruht⁴⁹⁸.

Zur Beantwortung der Frage, wann ein Eigentümer im Zuge der natur- oder denkmalschutzrechtlichen Nutzungsbeschränkungen seines Eigentums nicht mehr auf die Sozialbindung des Eigentums, Art. 14 II GG, verwiesen werden darf, haben der BGH und das BVerwG in ständiger Rechtsprechung noch zum herkömmlichen Eigentumsverständnis trotz einiger Differenzen im Detail zwei Fallgruppen herausgebildet, in denen sie eine Enteignung und somit eine Entschädigungspflicht bejahen. Auf die Sozialbindung des Eigentums soll der Eigentümer bei Eingriffen in bereits verwirklichte Nutzungen und beim Ausschluss von sich nach Lage der Dinge objektiv anbietenden oder sogar aufdrängenden Nutzungsmöglichkeiten nicht verwiesen werden können. Diesen Ansatz wenden das BVerwG und der BGH nunmehr ausdrücklich zur Bestimmung der Ausgleichspflichtigkeit von Inhalts- und Schrankenbestimmungen an. Die Zumutbarkeitsgrenze sei im Einzelfall durch eine wertende Beurteilung der Kollision zwischen den berührten Belangen des Allgemeinwohls und den betroffenen Eigentümerinteressen unter Berücksichtigung der Lage und der Umweltverhältnisse des Geländes zu bestimmen. Dabei seien i.d.R. die bisherige Nutzung und die in der Vergangenheit schon verwirklichte Benutzungsart sowie insbesondere der Umstand von Bedeutung, ob eine sich nach Lage und Beschaffenheit des Grundstücks objektiv anbietende, zulässige Nutzungsmöglichkeit untersagt oder wesentlich eingeschränkt wird⁴⁹⁹. Der BGH spricht in Gegenüberstel-

⁴⁹⁷ BVerwG NuR 1993, S. 487 (488); vgl. auch: BGH DVBl. 1993, S. 430 (431) und S. 1085 (1087) sowie DVBl. 1995, S. 104 (106).

⁴⁹⁸ BGH DVBl. 1993, S. 1092 (1095).

⁴⁹⁹ BGH DVBl. 1993, S. 1085 (1087) und S. 1092 (1095); BGH DVBl. 1997, S. 45 (46 f.).

lung zur Situationsgebundenheit von einer Situationsberechtigung der Grundeigentümer⁵⁰⁰. Das BVerwG hat vom gleichen Ansatz ausgehend, mit graduellen Unterschieden, die Zumutbarkeitsgrenze danach bestimmt, ob durch eine Maßnahme Nutzungsmöglichkeiten des Grundeigentums unterbunden werden, die sich nach der Verkehrsauffassung aus der gegebenen Situation „aufdrängen“ oder „geradezu vermißt“⁵⁰¹ würden. Eine noch weitergehende Angleichung der Rechtsprechung von BVerwG und BGH ist nunmehr im Rahmen der Bestimmung der Ausgleichspflichtigkeit von Inhaltsbestimmungen insofern zu erkennen, als die Gerichte auf ihre jeweilige Rechtsprechung gegenseitig Bezug nehmen und die Abgrenzungskriterien parallel anwenden⁵⁰². In neueren Entscheidungen stellt der BGH im Rahmen der Abwägung und der Bestimmung der Ausgleichspflicht nicht nur darauf ab, ob eine bereits ausgeübte Nutzung unterbunden wird, sondern will auch berücksichtigen, welche anderen Verwendungsmöglichkeiten den betroffenen Grundeigentümern verbleiben⁵⁰³. Insofern zeichnet sich eine neue, begrüßenswerte Tendenz in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ab, da neben der Situationsgebundenheit des Grundeigentums die verfassungsrechtliche Bestandsgarantie und die Privatnützigkeit⁵⁰⁴ des Eigentums verstärkt betont wird. Ob die begriffliche Betonung der Privatnützigkeit zu einer tatsächlichen Verlagerung der Wertungen zugunsten des Privateigentums führen wird, oder nur ein „Lippenbekenntnis“ ist, bleibt fraglich, da auch gravierende Nutzungsbeschränkungen bisher nicht wegen eines Verstoßes gegen die Gewährleistung des Eigentums verworfen wurden.

3. Kritische Würdigung

a) Wahrung der Privatnützigkeit des Eigentums

Die Eigentumsgarantie des Art. 14 I S. 1 GG soll dem Grundrechtsträger einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sichern und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens ermöglichen⁵⁰⁵. Art. 14 GG enthält daher eine Bestands- und Nutzungsgarantie des Privateigentums. Der Gebrauch des Eigentums soll lediglich „zugleich“ und nicht aus-

⁵⁰⁰ BGH DVBl. 1993, S. 1092 (1095).

⁵⁰¹ BVerwGE 49, S. 372; 67, S. 93 (97).

⁵⁰² Vgl.: BVerwG NuR 1993, S. 487 (491).

⁵⁰³ BGH DVBl. 1997, S. 45 (47f.).

⁵⁰⁴ BGH DVBl. 1993, S. 1085 (1088) und S. 1092 (1094) sowie DVBl. 1995, S. 104 (106).

⁵⁰⁵ BVerfGE 30, S. 292 (334); 68, S. 193 (222); 79, S. 292 (303 f.); 83, S. 201 (208); 102, S. 1 (15).

schließlich dem Wohle der Allgemeinheit dienen, Art. 14 II S. 2 GG. Gewährleistet wird daher nicht nur der Bestand des Eigentums, also die sachenrechtliche Zuordnung eines Eigentumsobjektes zu einem Rechtsträger, sondern auch dessen privatnützige Verwendung⁵⁰⁶. Daher darf an die Stelle der Privatnützigkeit des Eigentums keine ausschließliche Fremdnützigkeit treten. Verbleibt infolge eines hoheitlichen Eingriffs keine privatnützige, wirtschaftlich sinnvolle Verwendungsmöglichkeit, so kommt die Beeinträchtigung einem Rechtsentzug gleich und wird die Grenze zur entschädigungsfreien Sozialbindung des Eigentums überschritten⁵⁰⁷. Denn die entschädigungslose Aufhebung der Privatnützigkeit des Grundeigentums tastet den Kern der verfassungsrechtlichen Gewährleistung an, verletzt den Wesensgehalt der Eigentumsgarantie⁵⁰⁸. Der Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung von Inhalt und Schranken des Eigentums und des Ausgleichs der widerstreitenden privaten und öffentlichen Belange die Grundentscheidung der Verfassung zugunsten des privaten Eigentums zwingend zu beachten. Der Wesensgehalt der Eigentumsgarantie als Grundrecht und Institutsgarantie wird der dem Gesetzgeber in Art. 14 I S. 2 GG eingeräumten Dispositionsbefugnis durch Art. 19 II GG entzogen. Dem steht auch Art. 14 III GG mit der Möglichkeit des Eigentumsentzuges nicht entgegen. Unter den strengen Voraussetzungen des Art. 14 III GG wandelt sich die Bestandsgarantie lediglich in eine Wertgarantie. Die Enteignung führt wegen des Entschädigungsgebotes also nicht zum Wegfall des Eigentumsschutzes. Der Wertung des Art. 14 III GG, seiner subsidiären Wertgarantie, hat der Gesetzgeber vielmehr auch im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung sinngemäß Rechnung zu tragen, obwohl nach der nunmehr gefestigten Rechtsprechung des BVerfG eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt, weder qualitativ in eine Enteignung umschlagen, noch zugleich Enteignung sein kann, wenn sie nach früherem Recht bestehende Rechtspositionen beseitigt⁵⁰⁹. Zutreffend stellt daher das BVerfG fest: „Selbst wenn Art. 14 III GG nicht unmittelbar eingreift, ist das darin zum Ausdruck kommende Gewicht des Eigentumsschutzes bei der vorzunehmenden Abwägung zu beachten, da sich der Eingriff für den Betroffenen wie eine (Teil- oder Voll-) Enteignung auswirkt.“⁵¹⁰ Die Privat-

⁵⁰⁶ Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 275.

⁵⁰⁷ Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14, Rn. 328 sowie 413 ff.; Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 276 f.

⁵⁰⁸ So ausdrücklich: BVerfGE 100, S. 226 (241).

⁵⁰⁹ BVerfGE 83, S. 201 (212); BVerfG NJW 1998, S. 367 (368).

⁵¹⁰ BVerfGE 83, S. 201 (213); 102, S. 1 (23).

nützigkeit ist das zentrale Kriterium zur materiellen Abgrenzung ausgleichslos zulässiger von nur gegen Ausgleich zulässigen Nutzungsbeschränkungen des Grundeigentums⁵¹¹.

b) Verneinung einer Beschränkung auf ins Werk gesetzte Nutzungen

Dieses Kriterium zugrunde gelegt, vermag die Anerkennung einer Ausgleichspflicht nur in Fällen der Einschränkung oder Beseitigung von bereits ins Werk gesetzten Nutzungen durch das BVerfG in seinem Nassauskiesungsbeschluss nicht zu überzeugen. Die auch vom BVerfG herausgestellten Funktionen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung werden unterlaufen, wenn nicht ausgeübte Nutzungsmöglichkeiten aus dem Schutzbereich des Art. 14 I GG von vornherein ausgeklammert werden. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Privatnützigkeit des Eigentums müsste in den Hintergrund treten. Dem Gesetzgeber wäre die Befugnis eingeräumt, jede nicht ausgeübte wirtschaftliche Nutzung des Grundeigentums unabhängig von der Frage, ob es sich um die einzige sinnvolle, wirtschaftlich vertretbare Nutzung des Grundeigentums handelt, entschädigungslos auszuschließen. Die Eigentümer würden gleichsam gezwungen, eine wirtschaftliche Nutzung ihres Grundeigentums aufzunehmen bzw. nicht einzustellen, um nicht einen möglichen Entzug ihrer Nutzungsbefugnisse in der Zukunft zu vermeiden, und könnten auf die aktuell ins Werk gesetzte Nutzung festgelegt werden. Die Willkürlichkeit und Zufälligkeit einer entsprechenden Gewährleistung nur der ausgeübten Nutzungen wird offenbar. Das Ende der Eigentümerfreiheit wäre festzustellen⁵¹². Entgegen der Ansicht des BVerfG im Nassauskiesungsbeschluss ist für die Bestimmung der Ausgleichspflichtigkeit einer Inhalts- und Schrankenbestimmung nicht allein der nutzungsrechtliche Status quo maßgeblich. Die Grenze zwischen entschädigungsfreier und entschädigungspflichtiger Sozialbindung ist richtigerweise nach der Eingriffstiefe, der Belastungsintensität zu bestimmen⁵¹³. Die Abgrenzung hat sich also an dem Kriterium zu orientieren, was nach der hoheitlichen Einwirkung auf das konkrete Eigentum dem Eigentümer noch an privatnützigen Verwendungsmöglichkeiten verbleibt.

⁵¹¹ Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 275.

⁵¹² Zur Kritik: Leisner, Situationsgebundenheit, S. 17 f.

⁵¹³ Leisner, Sozialbindung des Eigentums, S. 147; Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 366 ff., 407; Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 274.

c) Kritik an der Rechtsprechung von BGH und BVerwG

Die Rechtsprechung des BGH und des BVerwG zur Ausgleichspflicht von Inhalts- und Schrankenbestimmungen fällt im Vergleich zum Ansatz des BVerfG im Nassauskiesungsbeschluss insofern weniger restriktiv aus, als ein Ausgleich nicht nur für ins Werk gesetzte Nutzungen vorgesehen wird. Anlass zur Kritik besteht dennoch. Zunächst ist festzustellen, dass eine Überschreitung der Grenzen zulässiger, entschädigungsfreier Sozialbindung nur bei einer Aufhebung oder Beschränkung einer bislang zulässigen Nutzung in Betracht kommt⁵¹⁴. Die Vorenthaltung von Grundstücksnutzungen, die dem Eigentümer ex lege nie eingeräumt waren, stellen in keinem Fall eine entschädigungspflichtige Eigentumsbeschränkung dar, sie kann allenfalls unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig sein, wenn sie zur Erreichung der verfolgten Ziele nicht erforderlich ist. Das BVerfG hat in seinem Nassauskiesungsbeschluss – insofern zutreffend – hervorgehoben, dass es keine „Eigentümerbefugnisse kraft Natur der Sache“ gibt⁵¹⁵, sondern der Gesetzgeber konstitutiv Inhalt und Schranken des Eigentums und somit die gewährleisteten Rechtspositionen bestimmt. Sofern der BGH in früheren Entscheidungen sich objektiv anbietende Nutzungsmöglichkeit „kraft Natur der Sache“ in die verfassungsrechtliche Gewährleistung einbezog, obwohl eine entsprechende Nutzungsbefugnis kraft Gesetzes nicht eröffnet war, ist diese Ansicht überholt. Nunmehr betont auch der BGH, dass nur zulässige, „legale“ Nutzungen gewährleistet werden⁵¹⁶.

Gibt es aber keine „Eigentümerbefugnisse kraft Natur der Sache“, so kann es im Umkehrschluss auch keine immanenten Beschränkungen kraft Situationsgebundenheit des Grundeigentums, keine Pflichtigkeit „aus der Natur der Sache“⁵¹⁷ geben⁵¹⁸. Aus der Situation des Grundeigentums, seiner Lage und Beschaffenheit, sind keine unmittelbaren Pflichten der Eigentümer, die vom Gesetzgeber lediglich deklaratorisch nachgezeichnet und konkretisiert werden, abzuleiten⁵¹⁹. Denn der Gesetzgeber bestimmt nach Art. 14 I S. 2 GG Inhalt und Schranken des Eigentums und hat dabei die widerstreitenden Interessen der privaten Eigentümer und der Allgemeinheit zum gerechten Ausgleich zu bringen. Art. 14 II GG ist Maxime

⁵¹⁴ Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 428.

⁵¹⁵ BVerfGE 58, S. 300 (339).

⁵¹⁶ BGH DVBl. 1993, S. 1092 (1095); so auch: BVerwGE 55, S. 272.

⁵¹⁷ So aber: BGHZ 48, S. 193 (196); 60, S. 126 (137); 105, S. 15 (19); BVerwGE 15, S. 1 (2).

⁵¹⁸ Hierzu eingehend: Leisner, Situationsgebundenheit, S. 7 f.; sowie: Peter, S. 121.

⁵¹⁹ Deppenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 291

für den Gesetzgeber und entfaltet keine unmittelbare Außenwirkung gegenüber dem Bürger⁵²⁰. Die nach Ansicht der Rechtsprechung durch die Situationsgebundenheit konkretisierte Sozialbindung des Eigentums wirkt als Regelungsvorbehalt des Gesetzgebers, beschränkt die Befugnisse der Eigentümer vor einer gesetzgeberischen Regelung also nicht immanent⁵²¹. Wäre eine immanente Bindung zu bejahen, so müsste, um ein Beispiel zu bilden, ein Grundeigentümer bereits vor der Ausweisung eines Schutzgebietes und/oder der Normierung von ökologisch gebotenen Nutzungsverböten von einer beeinträchtigenben Nutzung einer Fläche absehen, da eine entsprechende Nutzungsbefugnis von vornherein nicht zu seinem Eigentum gehören würde. Es bedürfte des Gesetzgebers nicht. Davon kann keine Rede sein⁵²². Handelt der Staat nicht, nimmt er die Eigentümer nicht im Namen der Sozialbindung in Anspruch, so steht die Verfügung über ihr Eigentum in ihrem Belieben. Fehlt es an einer gesetzgeberischen Regelung, so wäre selbst die Vernichtung eines unwiederbringlichen „Naturwunders“ zulässig. Die gesetzgeberische Konkretisierung der Situationsgebundenheit des Grundeigentums ist daher obligatorisch, sie wirkt konstitutiv gegen den Eigentümer⁵²³. Die Gegenauffassung, die eine verfassungsunmittelbare Bindung bejahen will, ist bereits im Hinblick auf das Rechtsstaatsgebot nicht haltbar, da sie den Eigentümer in völliger Ungewissheit belässt⁵²⁴. Entsprechend hat das BVerfG in seinem Urteil vom 10. März 1981 ausdrücklich festgestellt, dass der Gesetzgeber die soziale Bindung des Eigentums im Sinne von Art. 14 II GG im Rahmen des ihm nach Art. 14 I S. 2 GG obliegenden Regelungsauftrages zu bestimmen habe⁵²⁵. Ihrer eigenen Prämisse können BGH und BVerwG in den zitierten Entscheidungen denn auch nicht konsequent folgen⁵²⁶. In der Argumentation der Gerichte wird die Annahme einer verfehlten immanenten Sozialpflichtigkeit mit den erst durch den Gesetzgeber verwirklichten Bindungen der Eigentümer vermengt und verwechselt. Die Lage und Beschaffenheit eines Grundstücks, im Naturschutzrecht insbesondere die ökologische Wertigkeit einer Fläche, kann somit lediglich Anknüpfungspunkt und sachlicher Grund für eine gesetzgeberische Beschränkung der Eigentümerbefugnisse etwa aus Gründen des Natur- und Denkmalschutzes sein. Eine unmittelbare Pflichtigkeit des Eigentümers folgt aus der „Situation“ nicht.

⁵²⁰ Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 298 ff.; kritisch auch: Schwabe, DVBl. 1993, S. 840 (842).

⁵²¹ Papier, a.a.O. Rn. 299.

⁵²² Zur Kritik: Leisner, a.a.O. S. 8.

⁵²³ Leisner, a.a.O. S. 9; Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 291;

⁵²⁴ Leisner, a.a.O. S. 9.

⁵²⁵ BVerfGE 56, S. 249 (260); sowie: 58, S. 300 (336); 70, S. 191 (200).

⁵²⁶ Vgl.: BGH DVBl. 1993, S. 431.

Neben diesem verfehlten dogmatischen Ansatz ist gegen die „Situation“ als Abgrenzungskriterium die „Inhaltsarmut“⁵²⁷ des Begriffs einzuwenden. Tatsächlich verdeckt der schlagwortartig gebrauchte Topos der Situationsgebundenheit mit seinem „Konvolut aus deskriptiven Realfaktoren und normativen Wertbegriffen“⁵²⁸, dass es bei der Bestimmung der Ausgleichspflichtigkeit von Inhalts- und Schrankenbestimmungen um Wertungsfragen geht⁵²⁹, sich die Formel der Situationsgebundenheit durch ihre Beliebigkeit auszeichnet. Letztlich verbergen sich hinter dieser Formel wertende Kriterien der Schutzwürdigkeit, Zumutbarkeit und Eingriffstiefe⁵³⁰. Insbesondere Leisner⁵³¹ verweist zu Recht auf die Erweiterungen, die „Ausufe- rungen“, des Begriffs der Situation und der sich aus ihr ergebenden Bindungen. Kritisiert werden zu Recht der zunehmende Verzicht auf die zeitliche Beständigkeit, die Kontinuität der Grundstückssituation und die Möglichkeit, die Situation eines Eigentumsobjektes rechtlich zu beeinflussen, zu verändern und so über das Kriterium der Situationsgebundenheit rechtliche Beschränkungen ohne Ausgleich zu rechtfertigen.

Letztlich sind auch die von BVerwG und BGH entwickelten Kategorien, in denen ein Ausgleich aufgrund einer der Situationsgebundenheit entgegenwirkenden Situationsberechtigung gewährt werden soll, abzulehnen. Ob eine sich „objektiv anbietende“ oder „aufdrängende“ Nutzung nahe liegt, ist für die Eigentumsdogmatik völlig gleichgültig, ohne Belang für die Bestimmung der Ausgleichspflichtigkeit⁵³². Denn die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Eigentums erfasst alle legalen Nutzungsmöglichkeiten. Geschützt wird gerade die Freiheit des Eigentümers, über seine Eigentumsobjekte nach Belieben zu verfügen. Eine verfassungsrechtliche Reduktion des Eigentumsgebrauchs a priori auf umweltschonenden oder umweltverträglichen Gebrauch gibt es nicht⁵³³. Eine Bestimmung der Ausgleichspflichtigkeit danach, ob eine fragliche Nutzungsbefugnis sich objektiv anbietet bzw. bereits ausgeübt wird, findet keine verfassungsrechtliche Verankerung. Wird im Rahmen der Abgrenzung der ausgleichslosen zu der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung unter dem Topos der Situationsgebundenheit von BGH und BVerwG auf den „vernünftigen Eigentümer“ abge-

⁵²⁷ Leisner, a.a.O. S. 10, 12; Peter, S. 122 ff.

⁵²⁸ Schmidt-Aßmann, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 25.01.1973, DVBl. 1973, S. 627 (633).

⁵²⁹ Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 291.

⁵³⁰ Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 397; Peter, S. 127.

⁵³¹ Leisner, a.a.O. S. 10 ff.

⁵³² Leisner, a.a.O. S. 18.

⁵³³ Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 335.

stellt, so ist es letztlich der Richter, der diese Wertung zu treffen hat⁵³⁴. Dies birgt nicht nur die Gefahr, dass der Richter in beliebiger, gar willkürlicher Weise bestimmen kann, ob eine Grundstücksnutzung „nahe liegt“ und deren Untersagung daher ausgleichspflichtig ist, sondern auch dass – wie Leisner formuliert – der „vernünftige“ Eigentümer vom „vernünftigen“ Richter überholt wird⁵³⁵, also nicht mehr allein auf seine privatnützigen Interessen abgestellt wird, sondern er quasi das zu wollen hat, was der Staat von ihm verlangt. Dann würde die Differenzierung zwischen privaten und öffentlichen Interessen von vornherein aufgehoben sein. Der Eigentümer ist im Sinne der verfassungsrechtlichen Garantie richtigerweise auch dann „vernünftig“, wenn er seine privaten, eigennützigen Interessen verfolgt.

Die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien sind daher abzulehnen. Im Hinblick auf die Privatnützigkeit des Eigentums hat sich die Abgrenzung anhand des Kriteriums der Eingriffstiefe also daran zu orientieren, welche Nutzungsmöglichkeiten einem Eigentümer verbleiben, wenn die in Frage stehende Nutzung verboten wird. Zu prüfen ist also, ob dem Betroffenen andere, ebenfalls lukrative Nutzungsmöglichkeiten verbleiben und ihm daher die Umstellung der Nutzung zuzumuten ist⁵³⁶.

d) Zusammenfassung

Die Notwendigkeit eines Ausgleichs ist unabhängig vom nutzungsrechtlichen Status quo des Grundeigentums zu bestimmen. Maßgeblich ist auch nicht, ob sich bisher zulässige Nutzungsmöglichkeiten objektiv anbieten oder gar aufdrängen. Die von der Rechtsprechung im Natur- und Denkmalschutzrecht entwickelte Figur der Situationsgebundenheit des Grundeigentums ist zur Bestimmung der Ausgleichspflichtigkeit von Inhalts- und Schrankenbestimmungen ungeeignet, zeichnet sich durch ihre Beliebigkeit aus und birgt die Gefahr, die dahinter stehenden Wertungen zu verbergen, die Freiheitsrechte des Grundeigentümers von vornherein und entgegen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung zurückzustellen. Die Intensität einer Beschränkung kann nur danach bestimmt werden, welche wirtschaftlich sinnvollen, privatnützigen Verwendungen dem Grundeigentümer nach der gesetzgeberischen Einwirkung unter Berücksichtigung der Lage und Ortsgebundenheit des Grundeigentums verbleiben. Wird nur eine von mehreren wirtschaftlich sinnvollen Nutzungsmöglichkeiten beschränkt, so ver-

⁵³⁴ Peter, S. 123.

⁵³⁵ Leisner, a.a.O. S. 18, 20.

⁵³⁶ Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 428; Leisner, a.a.O. S. 18.

bleibt es bei der Privatnützigkeit des Grundeigentums, ist ein Ausgleich zumindest aus diesem Grunde nicht verfassungsrechtlich geboten. Die Hervorhebung und Betonung der Pflicht des Gesetzgebers zur Wahrung der Privatnützigkeit des Grundeigentums in der aktuellen Entscheidung des BVerfG zum Denkmalschutzrecht in Rheinland-Pfalz - trotz der Widersprüche hinsichtlich der systematischen Einordnung der Totalentleerung des Rechts - ist zu begrüßen⁵³⁷. Insofern bleibt zu hoffen, dass sich ein Wandel in der höchstrichterlichen Rechtsprechung abzeichnet.

4. Ergänzende Kriterien zur Bestimmung der Ausgleichspflichtigkeit

Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die zur vollständigen oder nahezu vollständigen Aufhebung der Privatnützigkeit des Grundeigentums führen können, überschreiten zumindest in diesen Härtefällen die Grenze der entschädigungslos zu duldenen Sozialbindung des Eigentums. Auf diesen verfassungsrechtlichen Extremfall darf sich eine Ausgleichsregelung hingegen nicht beschränken. Ein Ausgleich kann in weiteren Fällen verfassungsrechtlich geboten sein. Zur Bestimmung der Ausgleichspflicht, zur Abgrenzung der entschädigungspflichtigen von den entschädigungsfreien Nutzungsbeschränkungen, sind weitere Kriterien, insbesondere das Prinzip des Vertrauensschutzes⁵³⁸ heranzuziehen. Eine Nutzungsbeschränkung ist, auch wenn sie keine vollständige Aufhebung privatnütziger Verwendungen zur Folge hat, ohne Ausgleich nicht mehr zumutbar, wenn der betroffene Grundeigentümer von seinen bisherigen Befugnissen unter Einsatz von Arbeit und Kapital bereits Gebrauch gemacht, eine konkrete Nutzung also bereits ins Werk gesetzt hat und die getätigten Investitionen infolge der gesetzlichen Regelung entwertet werden. Art. 14 I S. 1 GG garantiert die Nutzung des Grundeigentums im Rahmen der Gesetze. Macht der Eigentümer von dieser Befugnis Gebrauch, so erfährt der Eigentumsschutz im Hinblick auf die Nutzungsgarantie eine Verdichtung⁵³⁹. Diese Verdichtung ist damit zu rechtfertigen, dass Art. 14 I GG den Freiheits- und Gestaltungsraum des Einzelnen auf vermögensrechtlichem Gebiet auch dadurch sichert, dass er Vertrauensschutz gewährt. Die Nutzungsbefugnisse des Grundeigentümers, die von diesem durch Dispositionen ins Werk gesetzt wurden, dürfen daher regelmäßig nicht entschädigungslos entzogen

⁵³⁷ Ossenbühl, JZ 1999, S. 899.

⁵³⁸ Zum Verhältnis von Eigentumsgarantie und Vertrauensschutz: BVerfGE 58, S. 81 (120 f.) unter Verweis auf: BVerfGE 31, S. 275 (293); 36, S. 281 (293); 45, S. 142 (168); 53, S. 257 (309), siehe auch: Minderheitsvotum von Benda/Katzstein, in: BVerfGE 58, S. 129 (131 f.).

⁵³⁹ Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 417.

werden. Wird etwa die bauliche Nutzungsmöglichkeit eines Grundstücks in zulässiger Weise, also im Rahmen der gesetzlichen und planerischen Vorgaben, unter Einsatz von Arbeit und Kapital realisiert, so gewährleistet Art. 14 GG nicht nur die Erhaltung einer beliebigen privaten nützigen Verwendung, sondern die durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch konkretisierte Privatnützigkeit⁵⁴⁰.

Die Zumutbarkeitsschwelle wird weiterhin überschritten, wenn eine Schrankenbestimmung im konkreten Einzelfall die Existenzgefährdung oder sogar -vernichtung eines Betroffenen zur Folge hat. So hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 16.02.2000 zu den Grenzen der Zustandsverantwortlichkeit eines Grundstückseigentümers für die Altlastensanierung zutreffend entschieden, dass eine Belastung mit den Sanierungskosten bis zur Höhe des Verkehrswertes in den Fällen unzumutbar ist, in denen das zu sanierende Grundstück den wesentlichen Teil des Vermögens des Pflichtigen bildet und die Grundlage seiner privaten Lebensführung und der seiner Familie darstellt⁵⁴¹. Diese Aussage hat entsprechende Gültigkeit im Natur- und Denkmalschutzrecht. Denn der Eigentumsgarantie kommt, wie bereits wiederholt betont wurde, im Gefüge der Grundrechte die Aufgabe zu, dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern und ihm dadurch eine eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens zu ermöglichen. Gefährden natur- oder denkmalschutzrechtliche Nutzungsbeschränkungen zum Wohle der Allgemeinheit die Fortführung eines Unternehmens oder Betriebes, so wirken sich „die Belastungen für den Betroffenen wie eine Enteignung ohne angemessene Entschädigung“ aus⁵⁴². Auch in diesen Härtefällen ist aufgrund der Eingriffstiefe eine unverhältnismäßige Belastung zu bejahen, die eine Übergangs- oder Ausgleichsregelung regelmäßig erforderlich macht⁵⁴³.

Die dargelegten Abgrenzungskriterien und Fallgruppen erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Der Inhalt und Schranken bestimmende Gesetzgeber wird aber zumindest dann, wenn er Nutzungsbeschränkungen normiert, die in einzelnen Härtefällen zur Aufhebung der Privatnützigkeit des Grundeigentums, zur Vernichtung nach bisherigem Recht rechtmäßig ins

⁵⁴⁰ Vgl. etwa zum Vertrauensschutz im städtebaulichen Planungsschadensrecht: Brohm, § 17 Rn. 5 ff. sowie zur Plankontinuität und Plangewährleistung im Baurecht: Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 417 ff.

⁵⁴¹ BVerfGE 102, S. 1 (21).

⁵⁴² BVerfGE 102, S. 1 (23).

⁵⁴³ BVerfGE 102, S. 1 (16 f., 23); 83, S. 201 (213); BGH DVBl. 1999, S. 257 (259); Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 433.

Werk gesetzter, durch Investitionen verdichteter Nutzungsbefugnisse oder zur Existenzgefährdung der Betroffenen führen können, eine verfassungskonforme Ausgleichsregelung zu treffen haben. Unterlässt der Gesetzgeber die Normierung einer Ausgleichsregelung, die diesen Härtefällen Rechnung zu tragen vermag, so riskiert er die Verfassungswidrigkeit der Gesamtregelung, wenn die Erforderlichkeit eines Ausgleichs festgestellt wird.

IV. Anwendung auf den gesetzlichen Biotoptypschutz

Die Prüfung der Ausgleichspflichtigkeit des gesetzlichen Biotoptypsches wird sich auf die aufgezeigten Kriterien der Privatnützigkeit, des Vertrauensschutzes und der Existenzgefährdung beschränken. Entsprechend wird zu prüfen sein, ob der gesetzliche Biotoptypschutz in Einzelfällen zur Aufhebung der Privatnützigkeit des Grundeigentums, zur Verletzung des eigentumsrechtlichen Vertrauensschutzes oder zur Existenzgefährdung führen kann. Es sind jeweils nur einzelne Sachverhalte exemplarisch zu untersuchen.

1. Verlust jeglicher Privatnützigkeit des Grundeigentums

Es bietet sich an, zwischen den Auswirkungen der absoluten Beeinträchtigungsverbote auf die baulichen Nutzungen urbaner Grundstücke und den Auswirkungen auf die Grundstücksnutzungen im Außenbereich insbesondere durch die Land- und Forstwirtschaft zu unterscheiden.

a) Verbot der baulichen Nutzung urbaner Grundstücke

Die Beeinträchtigungsverbote des gesetzlichen Biotoptypsches können – wie dargelegt⁵⁴⁴ – zum einen in den sogenannten Altfällen, in denen hochwertige Biotopflächen bereits vor der Normierung des gesetzlichen Biotoptypsches als Bauland ausgewiesen wurden⁵⁴⁵, und zum anderen in den Fällen der spontanen Neuansiedlung von Biotopen auf Bauland⁵⁴⁶ zur Aufhebung der Baulandqualität führen. Wird die bauliche Nutzung der Fläche, insbesondere im Innenbereich, verboten, so ist im Hinblick auf die Wahrung der Privatnützigkeit des Grundeigentums zu fragen, ob dem betroffenen Eigentümer eine andere sinnvolle, ökonomisch ver-

⁵⁴⁴ Siehe S. 81.

⁵⁴⁵ Vgl. etwa: OVG Lüneburg NuR 1995, S. 470; OVG Schleswig NuR 1998, S. 558.

⁵⁴⁶ Vgl. die Nachweise bei: Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 Fn. 6 f.

trebare Nutzungsmöglichkeit der Fläche verbleibt. Dies wird in einer Vielzahl von Fällen zu verneinen sein⁵⁴⁷.

Scheidet die Überbauung oder sonstige Versiegelung einer Biotopfläche aus, so verbleiben land- oder forstwirtschaftliche Nutzungsmöglichkeiten. Diese Nutzungen sind ihrerseits aber nur dann zulässig, wenn eine erhebliche oder nachhaltige Beeinträchtigung der geschützten Flächen ausgeschlossen werden kann. Daher kommen intensiv betriebene land- oder forstwirtschaftliche Nutzungen, wie etwa der Obst- oder Gemüseanbau, grundsätzlich nicht in Betracht, da auch sie zur Zerstörung der geschützten Biotope führen. Es verbleibt die im Einzelfall zu prüfende Möglichkeit einer extensiven Bewirtschaftung der Biotopfläche, etwa durch Beweidung oder Mahd. Da Baugrundstücke aber im Vergleich zu landwirtschaftlichen Flächen in der Regel von geringer Größe sind, wird eine extensive Nutzung solcher Kleinflächen in der Regel nicht ökonomisch sinnvoll sein. In Zeiten der „industriellen Produktion“ von Agrarerzeugnissen, der wachsenden Agrarüberschüsse in der EU und dem damit einhergehenden Preisverfall muss die Haltung eines einzelnen Nutztieres auf wenigen hundert Quadratmetern als wirtschaftlich unrentables Hobby, als Liebhaberei angesehen werden. Der notwendige Aufwand an Zeit und Kapital für die Pflege des Tiers, insbesondere im Winter, wird durch die gewonnenen Erträge nicht zu decken sein, geschweige denn, dass ein Gewinn zu erzielen sein wird. Zu bedenken ist auch, dass die betroffenen Eigentümer des ehemaligen Baulandes häufig keine Landwirte sind, also weder die notwendigen Kenntnisse noch die technischen Geräte haben, um die Fläche zu bewirtschaften.

Die Möglichkeit einer Verpachtung einer kleinen Biotopfläche im Innenbereich zur extensiven Bewirtschaftung an einen Landwirt muss ebenfalls ausscheiden, da sich eine kleinflächige, extensive Bewirtschaftung unter Beachtung des Biotopschutzes auch insofern nicht rentieren wird. Letztlich ist zu bedenken, dass die landwirtschaftliche Nutzung von Flächen, die von bebauten Grundstücken mit anderen städtebaulichen Nutzungen umgeben werden, aufgrund möglicher Emissionen oder Beeinträchtigungen etwa aus städtebaulichen oder immissionsschutzrechtlichen Gründen verboten sein kann. Es bedarf somit erheblicher Phantasie sich überhaupt vorzustellen, wie etwa eine brachliegende Fläche im städtischen Innenbereich anders als durch eine Bebauung wirtschaftlich sinnvoll genutzt werden kann. In der Praxis werden häufig den Betroffenen keine sinnvollen Verwendungen verbleiben, das Grundeigentum wird ihnen zwar nicht entzogen, aber jeglicher Privatnützigkeit entkleidet.

⁵⁴⁷ Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 415.

Besonders „dramatisch“ wird die Lage für die betroffenen Eigentümer, wenn der Erwerb des vormals teuren Baulandes über eine Hypothek finanziert wurde und Zins- und Tilgungszahlung trotz Untersagung der baulichen Nutzung weiterhin zu leisten sind. In diesen Fällen steht die wirtschaftliche oder private Existenz der Betroffenen auf dem Spiel. Endlich bleiben entsprechend betroffene Eigentümer zwar rechtlich zur Veräußerung des für sie nunmehr unbrauchbaren, ehemaligen Baulandes berechtigt, faktisch wird eine Veräußerung aber ausgeschlossen sein, da entsprechende Biotopflächen aufgrund der rechtlichen Beschränkungen wirtschaftlich wertlos geworden sind. Einen krassen Sonderfall stellt der Schutz von Steilküsten in Schleswig-Holstein dar, § 15 a I LNatSchG SH. In diesen Fällen des Biotoptypschutzes wird den Grundeigentümern zugemutet, den fortschreitenden Substanzverlust ihres Grundeigentums zu dulden. So hat das OVG Schleswig⁵⁴⁸ die Versagung der Erteilung einer naturschutzrechtlichen Genehmigung für Sicherungsmaßnahmen im Bereich eines Steilufers an der Ostsee zum Erhalt eines genehmigten, vom Abbruch bedrohten Wochenendhauses bestätigt.

b) Exkurs: Ausgleich für den Entzug von „Baurechten“

Zuvor wurden die Fälle erörtert, in denen urbane Grundstücke mit dem Verlust ihrer Bebaubarkeit aufgrund des biotopschutzrechtlichen Beeinträchtigungsverbotes jeglicher Privatnützigkeit entkleidet wurden und daher die zwingende Erforderlichkeit einer Entschädigung festgestellt ist. Es verbleibt in diesem sachlichen Zusammenhang zu erörtern, ob die Beseitigung der Baulandqualität stets, also unabhängig von der verbleibenden Privatnützigkeit, ausgleichspflichtig ist, wie es vom OVG Münster⁵⁴⁹ bejaht wird.

aa) Qualifikation der Baulandqualität

Das OVG Münster qualifiziert die Baulandqualität einer Fläche in Abgrenzung zu „sich aufdrängenden“ Nutzungen als bestehende Rechtsposition, als „Baurecht“ und bejaht daher eine Ausgleichspflicht. Auch in der Literatur finden sich Stimmen, die eine Bebauungsbefugnis bereits vor der Erteilung einer Baugenehmigung als Teilrechtsposition qualifizieren wollen,

⁵⁴⁸ OVG Schleswig NuR 1998, S. 558 ff.

⁵⁴⁹ OVG Münster NuR 1995, S. 301 (308 f.).

die ihrerseits der Eigentumsgarantie unterfällt und enteignungsfähig ist, da sie sich als das Endprodukt einer gesetzgeberischen Ausgestaltung präsentiert⁵⁵⁰.

Die Baufreiheit ist Bestandteil des Eigentums an Grund und Boden und vom Schutz des Art. 14 I GG umfasst⁵⁵¹. Inhalt und Schranken der eigentumsrechtlichen Baufreiheit werden gem. Art. 14 I S. 2 GG bestimmt, d.h. das Nutzungsrecht wird durch die Bauleitplanung inhaltlich ausgeformt und beschränkt. Es besteht auf der Ebene des Verwaltungsrechts ein „Planvorbehalt“. Das Prinzip der Baufreiheit hat damit wie jede grundrechtliche Freiheitsgewährleistung vor allem den Zweck, die gesetzliche Ausgestaltung als Einschränkung dem Gesetzesvorbehalt, dem Übermaßverbot und der Wesensgehaltssperre zu unterstellen. Die Mindermeinung⁵⁵², die die bauliche Nutzung – wie die Gewässerbenutzung, § 1 a III WHG, und die Nutzung bergfreier Bodenschätze - als vom Grundeigentum abgespalten ansehen und die Baubefugnis auf eine öffentlich-rechtliche Nutzungszuweisung, eine Verleihung durch das öffentliche Bauplanungsrecht, zurückführen will, verkennt, dass sich eine die Bebaubarkeit im Sinne einer statuszuweisenden Nutzungsbestimmung verleihende Planung letztlich im grundrechtsfreien Raum bewegen würde und von den rechtsstaatlichen Eingriffsschranken befreit wäre.

Zwar kann der Gesetzgeber, wie das BVerfG sowohl im Hamburger Deichurteil⁵⁵³ als auch im Nassauskiesungsbeschluss⁵⁵⁴ festgestellt hat, für die Allgemeinheit lebensnotwendige Güter zur Sicherung überragender Gemeinwohlbelange und zur Abwehr von Gefahren aus der Privatrechtsordnung herauslösen und einer öffentlich-rechtlichen Ordnung unterstellen, ohne die Gewährleistung des Rechtsinstitutes anzutasten, ihm ist es aber verwehrt, solche Sachbereiche der Privatrechtsordnung zu entziehen, die zum elementaren Bestand grundrechtlich geschützter Betätigung im vermögensrechtlichen Bereich gehören, und damit den durch das Grundrecht geschützten Freiheitsbereich aufzuheben oder wesentlich zu schmälern⁵⁵⁵.

⁵⁵⁰ Burgi, NVwZ 1994, 527, 532; vgl. auch: Finkelnburg/Ortloff, Öffentliches Baurecht I, S. 19.

⁵⁵¹ BVerfGE 35, S. 263 (276); Brohm, § 1 Rn. 17; Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 58; Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 42 Rn. 3.

⁵⁵² Vgl. etwa: Breuer, Die Bodennutzung, S. 162 ff.; Schulte, DVBl. 1979, S. 133.

⁵⁵³ BVerfGE 24, S. 367 (388 ff.).

⁵⁵⁴ BVerfGE 58, S. 300 (339).

⁵⁵⁵ BVerfGE 24, S. 367 (389); 58, S. 300 (339).

Eingedenk der Tatsache, dass das urbane Grundeigentum, wie zuvor gezeigt⁵⁵⁶, vielfach nur bei baulicher Verwendung wirtschaftlich sinnvoll genutzt werden kann, würde die Exemtion der Baufreiheit aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Grundeigentums – anders als die Nutzungen des Grundwassers – die eigentliche substantielle Verwendbarkeit des Grundeigentums tangieren⁵⁵⁷ und damit den elementaren Bestand des Grundeigentums antasten. Bereits die eigentumsrechtliche Rechtsinstitutsgarantie verbietet es, die Baufreiheit als essentiellen, in der historischen Entwicklung stets zugehörigen Bestandteil des privaten Grundeigentums aus diesem herauszulösen⁵⁵⁸. Darüber hinaus liegen die weiteren, vom BVerfG⁵⁵⁹ formulierten Voraussetzungen für die Herauslösung eines Sachgebietes aus der Privatrechtsordnung im Fall der Baufreiheit nicht vor. Weder lassen sich überragende Gemeinwohlbelange für eine Abspaltung der Baubefugnisse vom Grundeigentum finden, noch würde ein entsprechender Ausschluss mit dem Übermaßverbot und dem Gebot einer gerechten Abwägung zu vereinbaren sein⁵⁶⁰.

Gehört die bauliche Nutzung im Rahmen der Gesetze zum Grundeigentum und werden Inhalt und Schranken der Baufreiheit in der Bauleitplanung normiert, so folgt aus dieser verfassungsrechtlichen Gewährleistung, dass die nach Maßgabe der Bauleitplanung im konkreten Fall zulässige bauliche Nutzung des Grundeigentums kein eigenständiges Recht ist, das als hoheitlich verliehene, vermögenswerte Rechtsposition unabhängig neben dem Grundeigentum steht, sondern lediglich eine unter grundsätzlich mehreren möglichen Nutzungen des Grundeigentums und damit Teil dieses Rechtes ist. Ist die Baufreiheit aber ein wesentliches Element des verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundeigentums, so ist die Annahme verfehlt, dass durch einen Bebauungsplan eigentumsrechtlich geschützte Baurechte erst begründet werden⁵⁶¹. Wird neues Bauland im bisherigen Außenbereich ausgewiesen, so werden lediglich Schranken der Baufreiheit zurückgenommen und der Inhalt der Baufreiheit konkretisiert.

⁵⁵⁶ Vgl. oben, S. 129 ff.

⁵⁵⁷ Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 65.

⁵⁵⁸ Zur Baufreiheit als Element der eigentumsrechtlichen Institutsgarantie: Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 42 Rn. 3.

⁵⁵⁹ BVerfGE 24, S. 367 (389 f.); 58, S. 300 (339).

⁵⁶⁰ Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 64.

⁵⁶¹ So aber: Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (223).

bb) Verneinung einer generellen Ausgleichspflicht

Solange eine rechtmäßige Bebauung nicht tatsächlich verwirklicht, d.h. im Hinblick auf Art. 14 GG verfassungsrechtlich gebotenen Bestandsschutz genießt⁵⁶², oder zumindest durch vorbereitende Dispositionen zur eigentumskräftig verfestigten Nutzungsbefugnis erstarkt ist, folgt aus diesen Feststellungen, dass ein Ausgleich im Hinblick auf Art. 14 I GG zumindest nicht grundsätzlich geboten ist. So ist im Bauplanungsrecht anerkannt, dass der grundrechtliche Eigentumsschutz nicht die Beibehaltung einer einmal festgelegten Nutzungsmöglichkeit verlangt, die „Herabzonung“ also keine ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung ist, solange die Privatnützigkeit des Grundeigentums nicht aufgehoben und die zuvor eröffneten Nutzungsmöglichkeiten nicht verwirklicht wurden⁵⁶³. Diese Ansicht steht im Einklang mit der dargelegten Rechtsprechung des BVerfG, wonach ein Ausgleich nur geboten ist, wenn von Nutzungen bereits Gebrauch gemacht wurde⁵⁶⁴ oder es zur „nahezu“ vollständigen Aufhebung der Privatnützigkeit des Grundeigentums kommt⁵⁶⁵. Unter dem vertrauensschutzorientierten Sinngehalt des Art. 14 GG wird eine Ausgleichspflicht auch dann anzunehmen sein, wenn eine Verfestigung oder Verdichtung der baulichen Nutzung durch eigene Leistungen des Bauherren eingetreten ist⁵⁶⁶. Die bloße Eröffnung einer baulichen Nutzung im Zug der Bauleitplanung basiert hingegen im Allgemeinen nicht auf Eigenleistungen des Eigentümers. Die Bauland ausweisende Planung sowie die Erschließung und die Vornahme von Erschließungsfolgemassnahmen sind grundsätzlich Aufgaben der öffentlichen Hand, so dass die Bebaubarkeit in der Regel auf öffentliche Investitionen, nicht aber auf private Eigenleistungen zurückzuführen ist. Ein weitergehender, verfassungsrechtlicher Schutz des Vertrauens in den Planfortbestand besteht nicht. § 42 BauGB stellt daher lediglich eine begrüßenswerte, verfassungsrechtlich nicht gebotene Billigkeitsregelung im Interesse des Vertrauensschutzes dar⁵⁶⁷.

Die Ansicht⁵⁶⁸, dass die Möglichkeit zur baulichen Nutzung des Grundeigentums, als Endprodukt gesetzgeberischer Ausgestaltung ein selbständiger Eigentumsbestandteil, eine enteignungs- und damit entschädigungspflichtige Teilrechtsposition ist, vermag nicht zu über-

⁵⁶² Zum Bestandsschutz: Brohm, § 8 Rn. 17.

⁵⁶³ Brohm, § 17 Rn. 6.

⁵⁶⁴ BVerfGE 58, S. 300 (338).

⁵⁶⁵ BVerfGE 100, S. 226 (243); vgl. auch: Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 377.

⁵⁶⁶ Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 419.

⁵⁶⁷ Brohm, § 17 Rn. 6, 8.

⁵⁶⁸ Burgi, NVwZ 1994, S. 527 (532).

zeugen. Die gesetzgeberische Regelungsintensität eines Rechtsgebietes im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Grundeigentums ist kein geeignetes Kriterium zur Bestimmung ausgleichs- oder entschädigungspflichtiger Rechtspositionen. Auch im Bauplanungsrecht ist die gesetzgeberische Regelungsintensität hinsichtlich der Bodennutzung von stark differierendem Gewicht, was sich bereits an der unterschiedlichen Regelungsdichte im Innen- und Außenbereich, aber auch am möglichen Inhalt der Bauleitpläne zeigt. Wann ein qualifizierender Konturierungsvorgang, der das Erstarken einer Nutzungsmöglichkeit zum eigenständigen Teilrecht bedingt, vorliegt, bleibt eine ungeklärte Wertungsfrage. Die Kriterien für die Ausgleichspflichtigkeit sind daher nicht die gesetzgeberische Regelungsdichte, sondern die verbleibende Privatnützigkeit des Grundeigentums und der eigentumsrechtliche Vertrauensschutz. Somit bleibt festzuhalten, dass die Beseitigung von baulichen Nutzungsbefugnissen durch planerische Herabzonen keine Konstellation darstellt, in der in jedem Fall ein Ausgleich verfassungsrechtlich geboten wäre⁵⁶⁹. Ob ein Ausgleich im Einzelfall zu gewähren ist, bestimmt sich nach den dargelegten Kriterien⁵⁷⁰. Es ist daher verfehlt von „Baurechten“ im Sinne von eigenständigen, entschädigungspflichtigen Rechtspositionen zu sprechen.

Dieses Ergebnis ist auf den gesetzlichen Biotoptypenschutz zu übertragen⁵⁷¹. Die Aufhebung der Baulandqualität einer Fläche aufgrund des Biotoptypenschutzes begründet nicht durchgängig eine Ausgleichspflicht, sondern nur unter den zuvor genannten Voraussetzungen, insbesondere der Aufhebung der Privatnützigkeit des Grundeigentums.

c) Beeinträchtigungsverbote in der Land- und Forstwirtschaft

Neben dem Verlust der Baulandqualität von Innenbereichsflächen sind Fälle des Verlustes der Privatnützigkeit auch im land- oder forstwirtschaftlich genutzten Außenbereich denkbar. So finden sich unter den geschützten Biotoptypen besonders hochwertige Ökosysteme, deren Schutz aufgrund ihrer besonderen ökologischen Sensibilität zumindest jede ökonomisch sinnvolle, menschliche Nutzung verbietet. Zu diesen Ökosystemen werden etwa Moore und Sümpfe sowie Bruch-, Sumpf- und Auwälder zu zählen sein. Werden die Trockenlegung, der Torfabbau oder der Holzeinschlag verboten, so sind diese Flächen wirtschaftlich nicht (mehr)

⁵⁶⁹ Bryde, in: v.Münch/Kunig, Art. 14 Rn. 66;

⁵⁷⁰ Siehe S. 126 ff.

⁵⁷¹ Vgl. hierzu: Gellermann, NuR 1995, S. 227 (231 f.); Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (223).

privatnützig zu nutzen und in der Praxis auch nicht zu veräußern. Das Grundeigentum dient auch in den aufgezeigten und vergleichbaren Fällen nicht nur zugleich, sondern ausschließlich dem allgemeinen Wohl, also den öffentlichen Zielen des Arten- und Biotopschutzes. Die Rechtsposition der Betroffenen nähert sich mit den Worten des BVerfG „... einer Lage, in der sie den Namen „Eigentum“ nicht mehr verdient“⁵⁷². Es kommt zur Totalentleerung des Eigentums⁵⁷³.

2. Ausgleichspflichtige Vernichtung von Investitionen

Neben den Einzelfällen, in denen es zur Aufhebung jeglicher Privatnützigkeit des Grundeigentums aufgrund des gesetzlichen Biotoptypsches kommen kann, sind Konstellationen nicht nur theoretisch denkbar, in denen es infolge der gesetzlichen Unterschützstellung von Biotopen zum Verbot bereits ins Werk gesetzter und durch Arbeit und Kapital verfestigter Nutzungsmöglichkeiten kommt.

Das OVG Lüneburg⁵⁷⁴ ist davon ausgegangen, dass die Beibehaltung einer bereits ausgeübten Nutzung in der bisherigen Art und Weise keine Beeinträchtigung einer Biotopfläche zur Folge hat und daher nicht unter den Verbotstatbestand des § 28 a II NNatG fällt. Die Literatur folgt dieser Ansicht und trifft die Feststellung, dass der Fortbestand eines Biotops trotz der ausgeübten Bewirtschaftung der Fläche der Beleg dafür sei, dass die ausgeübte Nutzung keine nachhaltige Beeinträchtigung des Biotops zur Folge hat, das Beeinträchtungsverbot also im Hinblick auf bereits ausgeübte Nutzungen irrelevant ist⁵⁷⁵. Diese Vermutung mag in einer Mehrzahl von Fällen richtig sein. Aus ihr kann aber nicht abgeleitet werden, dass die Beeinträchtigung von geschützten Biotopen durch bereits ausgeübte Nutzungen kategorisch ausgeschlossen ist. Die wirtschaftlichen Nutzungen von Biotopflächen können u.U. zu einer schlechenden Beeinträchtigung oder Zerstörung von Biotopen führen⁵⁷⁶, so dass obige Vermutung widerlegbar ist. Wird das ökologische Gefüge eines Biotops betrachtet, so ist festzustellen, dass es sich aus einer Vielzahl von Faktoren zusammenfügt. Werden infolge der wirtschaftlichen Nutzungen einer Fläche einzelne Bedingungen verändert, so muss dies nicht den soforti-

⁵⁷² BVerfGE 100, S. 226 (243).

⁵⁷³ Vgl. Ossenbühl, JZ 1999, S. 899 f.

⁵⁷⁴ OVG Lüneburg, NuR 1995, S. 470 (471).

⁵⁷⁵ So auch: Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (430); Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (222).

⁵⁷⁶ Dies Möglichkeit wird auch von Louis/Kortebein eingeräumt, a.a.O. S. 222.

gen Untergang eines Biotops herbeiführen, sondern es kann zu einer langsamen, verzögerten Verschiebung einzelner Faktoren kommen, die erst nach Jahren einen Untergang des Biotopstyps zur Folge hat⁵⁷⁷. Werden Biotopflächen über das ökologisch vertretbare Maß hinaus bewirtschaftet, so können die Folgen erst nach Jahren offenbar werden und zur Vernichtung des Biotops führen. Entsprechendes gilt für die ebenfalls verbotenen, indirekten Beeinträchtigungen⁵⁷⁸.

Als Beispiel mag die Überweidung von Flächen dienen. Werden Trocken- und Halbtrockenrasenbiotope, Heidebiotope oder alpine Rasen intensiv beweidet, so können für die Biotope typische Pflanzenarten übermäßig abgefressen und von den Tierhufen zertreten werden, so dass sie sich nicht mehr im notwendigen Maße regenerieren können und die Pflanzenstruktur mit der Zeit dauerhaft geschädigt wird. Es besteht insbesondere die Gefahr, dass es zur Verdrängung, zum Untergang der bevorzugten Futterpflanzen kommt, da die Weidetiere selektiv fressen. So kommt es zu einer langsamen Verdrängung typischer Arten, zu einem Wandel der Biotopstruktur bis hin zum Verlust seiner typischen Eigenart.

Entsprechend können natürliche, intakte Gewässer etwa den Nährstoff- oder Pestizideintrag aufgrund einer intensiven landwirtschaftlichen Bewirtschaftung angrenzender Flächen je nach den spezifischen Gegebenheiten bis zu einem bestimmten Maße „verarbeiten“ und „abfedern“. Irgendwann wird jedoch eine kritische Konzentration erreicht und der unnatürliche Eintrag nicht mehr ökologisch bewältigt, so dass das Gewässer etwa aufgrund eines unnatürlichen Algenwachstums „umkippt“. Auch der Beginn der Trockenlegung von Feuchtbiotopen und die Aufnahme der Bewirtschaftung führen nicht zwingend zum sofortigen Verlust der Biotopqualität. Die Zerstörung oder erhebliche Beeinträchtigung der Biotope wird sich erst mit dem allmählichen Trockenfallen der Flächen einstellen. Der vorübergehende Fortbestand der Feuchtbiotope ist trotz der ausgeübten Bewirtschaftung in diesen Fällen kein Beweis für die Vereinbarkeit der Nutzungen mit den Zielen des Biotopschutzes. Denn verboten sind ausdrücklich auch alle Maßnahmen, die zu einer nachhaltigen Beeinträchtigung führen können. Wird der Grundwasserspiegel infolge der Trinkwassergewinnung oder aus Gründen des Bergbaus abgesenkt, so kann dies zum langsamen Austrocknen von Sümpfen, Mooren oder

⁵⁷⁷ So weist die „Rote Liste der gefährdeten Biotoptypen der Bundesrepublik Deutschland“ nicht nur die Gefährdung von Biotoptypen durch direkte Vernichtung (Flächenverluste) sondern auch durch qualitative Veränderungen (schleichende Degradierung) nach. Siehe: Riecken, Ries, Ssymank, a.a.O. S. 19.

⁵⁷⁸ A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendominir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 5.

anderen Wasser- und Feuchtbiotopen an anderer Stelle führen, wenn sie nicht mehr aus dem Grundwasser gespeist werden. Die mit der Trockenlegung oder Grundwasserabsenkung verbundenen, bereits ausgeübten wirtschaftlichen Nutzungen werden unzulässig, fallen unter das absolute Beeinträchtigungsverbot.

Diese Aufzählung ist exemplarisch und soll lediglich belegen, dass die schleichende Beeinträchtigung von geschützten Biotopen mit der Folge des Verbots von ins Werk gesetzten Nutzungen zumindest in Einzelfällen möglich ist. In diesen Fällen wird ein Ausgleich für bereits getätigte Investitionen der Betroffenen, die aufgrund des gesetzlichen Biotoptypschesutzes entwertet werden, zu gewähren sein. Damit ist eine weitere Fallgruppe gefunden, in der die durch den gesetzlichen Biotoptypschesutz in ihren Nutzungsbefugnissen beschränkten Grundeigentümer oder Nutzungsberechtigten nicht auf die Sozialbindung ihres Eigentums verwiesen werden dürfen. Diese Beschränkungen sind den Eigentümern nur gegen die Gewährung eines Ausgleichs zuzumuten.

3. Fälle der Existenzbedrohung oder -vernichtung

Trotz der Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit von ökologisch wertvollen Biotopflächen können die absoluten Beeinträchtigungsverbote eine unverhältnismäßige, dem Grundeigentümer nicht mehr zumutbare Schrankenbestimmung des Eigentums darstellen, wenn sie die konkrete Gefährdung oder Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz der betroffenen Eigentümer oder Unternehmen zur Folge haben⁵⁷⁹. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die Wirtschaftsflächen eines Land- oder Forstwirtes noch zu einem erheblichen Anteil von gesetzlich geschützten Biotopen besiedelt werden. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Normen des gesetzlichen Biotoptypschesutzes auch indirekte Beeinträchtigungen verbieten und insofern wirtschaftliche Betätigungen, etwa die intensiv betriebene Land- oder Forstwirtschaft, außerhalb der Biotopflächen selbst verboten sein können. Entsprechende Fälle sind ebenfalls denkbar, wenn die wirtschaftlich gebotene Erweiterung von Industrie- und Gewerbebetrieben aufgrund der biotopschutzrechtlichen Beeinträchtigungsverbote verhindert wird⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ BVerfGE 102, S. 1 (20 f.); BGH DVBl. 1999, S. 257 (259); Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 434; Schink, LG NW Rn. 662 sowie 664.

⁵⁸⁰ Vgl. zu dieser Konstellation: VG Hannover, NuR 1994, S. 457.

4. Zwischenergebnis

Nutzungsbeschränkungen im Interesse des Biotopschutzes erfordern, auch wenn tatsächlich nur besonders hochwertige Flächen erfasst werden⁵⁸¹, zumindest in Fällen, in denen das Grundeigentum jeglicher Privatnützigkeit entkleidet, ins Werk gesetzte und verfestigte Nutzungen entzogen oder die wirtschaftliche Existenz der Betroffenen konkret gefährdet wird, einen Ausgleich, überschreiten also in diesen Fällen die Grenzen zulässiger, entschädigungsfreier Sozialbindung des Eigentums. Über die bestehenden Ausnahme- und Befreiungsregelungen können diese unzumutbaren Härtefälle – wie bereits oben gezeigt⁵⁸² – nicht bewältigt werden.

V. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des Ausgleichs

Bereits in seinen Entscheidungen zum Kleingarten⁵⁸³- und Pflichtexemplarrecht⁵⁸⁴ hat das BVerfG ausdrücklich herausgestellt, dass eine im Einzelfall unverhältnismäßige und daher verfassungswidrige Inhaltsbestimmung nicht durch die Zubilligung einer gesetzlich nicht vorgesehenen Entschädigung geheilt werden kann. In seiner Entscheidung zum rheinland-pfälzischen Denkmalschutzgesetz hat das BVerfG⁵⁸⁵ die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für Ausgleichsansprüche bestätigt. Es sei grundsätzlich Sache des Gesetzgebers Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen. Dieser dürfe, wenn er ein zwingendes Verbot ausspricht, nicht darauf vertrauen, dass die Verwaltung oder die Gerichte Verletzungen der Eigentumsgarantie gegebenenfalls durch ausgleichende Vorkehrungen oder Geldleistungen vermeiden. Kompensatorische Entschädigungsansprüche könnten ohnehin nur mit Rücksicht auf das Budgetrecht des Parlamentes durch ein Gesetz begründet werden. Entsprechend entscheidet das BVerfG, dass ein nach Art. 14 I GG erforderlicher Entschädigungsanspruch dem Gesetzmäßigkeitsprinzip unterliegt und bei fehlender gesetzlicher Grundlage

⁵⁸¹ Zur Verneinung der grundsätzlichen Erforderlichkeit und Zumutbarkeit eines gesetzlichen Biotoptypschesutzes vgl. oben, S. 100 ff. sowie S. 106 ff.

⁵⁸² Siehe S. 38 ff., S. 48 ff. und S. 75 ff.

⁵⁸³ BVerfGE 52, S. 1 (28).

⁵⁸⁴ BVerfGE 58, S. 137 (147).

⁵⁸⁵ BVerfGE 100, S. 226 (245); insofern zustimmend: Ossenbühl, JZ 1999, S. 899 (900); Hendler, DVBl. 1999, S. 1501 (1503).

nicht in Anwendung des richterlich entwickelten Aufopferungsanspruchs zuerkannt werden darf⁵⁸⁶.

Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des Ausgleiches steht im Hinblick auf den Regelungsauftrag in Art. 14 I S. 2 GG und die sich daraus ableitende Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers sowie die Haushaltshoheit des Gesetzgebers außer Zweifel⁵⁸⁷. Der Gesetzgeber muss entscheiden, ob er einen schwerwiegenden Eingriff in das Eigentum mit der Entschädigungsfolge hinnehmen oder ob er im Blick auf die finanzielle Folge eine andere Regelung treffen will⁵⁸⁸.

VI. Ausgleichsregelungen in den Landesnaturschutzgesetzen

In den Landesnaturschutzgesetzen finden sich neben den förmlichen Enteignungstatbeständen entweder Entschädigungs- oder Ausgleichsregelungen, die sich in ihrer Ausgestaltung, insbesondere ihrer tatbestandlichen Bestimmtheit, ihrer systematischen Stellung und ihrer historischen Entstehung erheblich unterscheiden. Während die landesrechtlichen Entschädigungsregelungen noch an den weiten, materiellen und nunmehr überholten Enteignungsbegriff, den BGH⁵⁸⁹ und BVerwG⁵⁹⁰ ihrer eigentumsrechtlichen Rechtsprechung vor der Kleingartenentscheidung⁵⁹¹ und dem Nassauskiesungsbeschluss⁵⁹² des BVerfG zugrunde legten, anknüpfen, sind die Ausgleichsregelungen in einigen Landesnaturschutzgesetzen an den formalisierten Enteignungsbegriff und das Rechtsinstitut der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmungen, wie es in der neueren, höchstrichterlichen Rechtsprechung⁵⁹³ entwickelt wurde, angepasst.

⁵⁸⁶ BVerwG NuR 1993, S. 487 (489); vgl. auch unter Verweis auf die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit: BVerwGE 84, S. 361 (368).

⁵⁸⁷ Detterbeck, DÖV 1994, S. 273 (278); Pietzcker, NVwZ 1991, S. 418 (426); Maurer, DVBl. 1991, S. 781 (784); Melchinger, NJW 1991, S. 2524 (2530).

⁵⁸⁸ Maurer, DVBl. 1991, S. 781 (784); Melchinger, NJW 1991, S. 2524 (2530).

⁵⁸⁹ BGHZ 90, S. 17; 99, S. 24; 105, S. 15.

⁵⁹⁰ BVerwGE 67, S. 84; 67, S. 93.

⁵⁹¹ BVerfGE 52, S. 1 (26 ff.).

⁵⁹² BVerfGE 58, S. 300 (330 ff.).

⁵⁹³ BVerfGE 58, S. 137 (147 ff.); 79, S. 174 (192); 83, S. 201 (212 f.).

Beispielhaft für die Regelung einer Enteignungsentschädigung sei zunächst § 47 II S. 1 NatSchG BW zitiert, der zudem keinerlei Konkretisierung der Enteignungstatbestände vornimmt:

„Soweit Maßnahmen aufgrund dieses Gesetzes enteignende Wirkung haben, ist eine angemessene Entschädigung zu leisten.“⁵⁹⁴

Eine vergleichbare, aber etwas detailliertere Regelung findet sich in Art. 36 I BayNatSchG:

„Hat eine Behörde aufgrund dieses Gesetzes eine Maßnahme getroffen, die eine Enteignung darstellt oder einer solchen gleichkommt, insbesondere weil sie eine wesentliche Nutzungsbeschränkung darstellt, so ist dem Eigentümer oder dem sonstigen Berechtigten nach den Vorschriften des Bayerischen Gesetzes über die entschädigungspflichtige Enteignung Entschädigung in Geld zu leisten.“

Einen höheren Konkretisierungsgrad erreicht § 47 I NatSchG Bln:

„Soweit Bestimmungen aufgrund dieses Gesetzes, der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsvorschriften oder Maßnahmen auf Grund dieser Rechtsvorschriften enteignende Wirkung haben, insbesondere die zulässige Nutzung eines Grundstücks einschränken, und den Betroffenen hieraus nicht nur unwesentliche Vermögensnachteile entstehen, ist eine angemessene Entschädigung zu leisten.“⁵⁹⁵

Diesen überkommenen Regelungen der Aufopferungsenteignung sind die „modernen“ Ausgleichsregelungen im Rahmen des Art. 14 I S. 2 GG gegenüberzustellen. Diese Regelungen enthalten neben einer Generalklausel typische Regelfälle, in denen „insbesondere“ ein Ausgleich zu gewähren ist. Exemplarisch sei die niedersächsische Ausgleichsregelung in § 50 NNatG wiedergegeben, die sich nahezu wortgleich auch in den Landesnaturschutzgesetze der neuen Bundesländer wiederfindet:

(1) Werden Eigentümern oder anderen Nutzungsberechtigten durch Verbote nach den §§ 28 a und 28 b oder durch Maßnahmen aufgrund dieses Gesetzes Beschränkungen

⁵⁹⁴ Vgl. auch: § 39 II LPflG RP.

⁵⁹⁵ Entschädigungsregelungen finden sich auch in: § 37 I SNG und § 7 I LG NW.

ihrer Nutzungsrechte oder Pflichten in einem Ausmaße auferlegt, das über die Sozialbindung des Eigentums (Artikel 14 Abs. 2 des Grundgesetzes) hinausgeht, so haben sie Anspruch auf Entschädigung. Diese muß die Vermögensnachteile, die durch die Maßnahme verursacht wurden, angemessen ausgleichen.

(2) Eine Entschädigung ist insbesondere zu gewähren, soweit infolge von Verboten oder Geboten nach den §§ 24 bis 29 und 41 Abs. 2

1. bisher rechtmäßige Grundstücksnutzungen aufgegeben oder eingeschränkt werden müssen,

2. Aufwendungen an Wert verlieren, die für beabsichtigte bisher rechtmäßige Grundstücksnutzungen im schutzwürdigen Vertrauen darauf gemacht wurden, daß diese rechtmäßig bleiben, oder

3. die Lasten und Bewirtschaftungskosten von Grundstücken auch in absehbarer Zukunft nicht durch deren Erträge und sonstige Vorteile ausgeglichen werden können und hierdurch die Betriebe oder sonstigen wirtschaftlichen Einheiten, zu denen die Grundstücke gehören, unvermeidlich und nicht nur unwesentlich beeinträchtigt werden.“⁵⁹⁶

In Anlehnung an die Rechtsprechung zur ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung ist in diesen Ausgleichsregelungen konsequent nicht mehr von der „Enteignung“, der „enteignenden Wirkung“ einer Nutzungsbeschränkung oder von Maßnahmen, die „eine Enteignung darstellen oder einer solchen gleichkommen“ die Rede, sondern von „Maßnahmen, die über die Sozialbindung des Eigentums hinausgehen“. Durch die Normierung typischer Fallkonstellationen hat sich der Gesetzgeber im Vergleich zu den Enteignungstatbeständen um eine weitergehende Bestimmtheit bemüht. Als Ausnahme ist § 7 LG NW herauszustellen, der sowohl eine Enteignungsentschädigung als auch einen Ausgleich für Nutzungsbeschränkungen vorsieht, und somit indifferent bleibt.

Nach dieser Synopse der landesrechtlichen Entschädigungstatbestände eröffnet sich die Frage nach ihrer Anwendbarkeit auf den gesetzlichen Biotoptypenschutz. Bevor die verfassungsrechtlichen Fragen der Anwendung dieser Ausgleichs- oder Entschädigungsregelungen zu erörtern sind, ist zunächst durch die „einfache“ Gesetzessubsumtion zu klären, ob sich der Anwen-

⁵⁹⁶ Ähnliche, inhaltlich übereinstimmende Regelungen finden sich in: § 71 BbgNatSchG; § 38 BremNatSchG; § 39 HENatG; § 50 NatSchG MV; § 7 III LG NW; § 42 NatSchG SH; § 38 SächsNatSchG; § 42 NatSchG LSA; § 49 ThürNatG.

dungsbereich der jeweiligen landesrechtlichen Entschädigungsregelungen auf ausgleichspflichtige Nutzungsbeschränkungen des Biotoptypschatzes erstreckt.

VII. Anwendbarkeit der vorgefundenen Kompensationsregelungen

Die Anwendbarkeit der naturschutzrechtlichen Ausgleichsregelungen auf die Nutzungsbeschränkungen infolge des gesetzlichen Biotoptypschatzes ist – die verfassungsrechtlichen Fragen ausgeklammert – in den Landesnaturschutzgesetzen von Niedersachsen, § 50 I S. 1 NNatG, Mecklenburg-Vorpommern, 50 III NatSchG MV, Sachsen, § 38 III SächsNatSchG, Sachsen-Anhalt, § 42 II NatSchG LSA und Thüringen, § 49 II ThürNatG, durch ausdrückliche Verweisung bestimmt. Zu bejahen ist die Anwendbarkeit der Ausgleichs- oder Entschädigungsregelungen darüber hinaus in den Ländern, in denen sich die Regelungen nach ihrem ausdrücklichen Wortlaut auch auf Einschränkungen der Eigentümerbefugnisse unmittelbar durch das jeweilige Landesnaturschutzgesetz, wie im Falle des gesetzlichen Biotoptypschatzes, beziehen. So heißt es etwa in § 38 I S. 1 BremNatSchG:

„(1) Einschränkungen der Eigentümerbefugnisse, die sich aus diesem Gesetz oder ...ergeben, sind zu entschädigen, wenn“

Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 39 I LPflG RP:

„(1) Kann auf Grund dieses Gesetzes ... eine bisher rechtmäßig ausgeübte Nutzung nicht mehr fortgesetzt werden ..., so ist eine angemessene Entschädigung zu leisten.“⁵⁹⁷

Klärungsbedürftig ist die Rechtslage hingegen in Baden-Württemberg, § 47 II NatSchG BW, Bayern, Art. 36 I BayNatSchG, Nordrhein-Westfalen, § 7 LG NW, und dem Saarland, § 37 I SNG. So heißt es in § 47 II NatSchG BW:

„Soweit Maßnahmen aufgrund dieses Gesetzes enteignende Wirkung haben, ist eine angemessene Entschädigung zu leisten.“

⁵⁹⁷ Anwendbar auf die Nutzungsbeschränkungen des gesetzlichen Biotoptypschatzes sind nach ihrem Wortlaut auch die naturschutzrechtlichen Entschädigungsregelungen in Berlin, § 47 I NatSchG Bln, in Brandenburg, § 71 I BbgNatSchG, in Hessen, § 39 I HENatG, und in Schleswig-Holstein, § 42 I LNatSchG SH.

Entsprechend lautet § 7 III LG NW:

*„Soweit durch Gebote und Verbote nach den §§ 19 bis 23, § 34 Abs. 1 bis 4 und § 42 a Abs. 1 bis 3 oder durch Festsetzungen nach den §§ 25 und 26 oder durch andere Maßnahmen aufgrund dieses Gesetzes die rechtmäßige Nutzung eines Grundstücks ...
.“*

Der gesetzliche Biotoptypschutz bewirkt Nutzungsbeschränkungen unmittelbar kraft Gesetzes. Es darf, anders als bei der Ausweisung etwa von Natur- oder Landschaftsschutzgebieten, keines weiteren behördlichen Aktes, keiner weiteren Maßnahme. Daraus folgt, dass die Entschädigungsregelungen in den bezeichneten Ländern nach ihrem Wortlaut die biotopschutzrechtlichen Veränderungsverbote nicht mit einbeziehen⁵⁹⁸.

Bestätigt wird dieser Befund durch die Normverweisungen in § 7 I und III LG NW, die den gesetzlichen Biotoptypschutz gem. § 62 LG NW anders als die Regelungen in Niedersachsen oder in den neuen Bundesländern nicht einbeziehen. Für eine gezielte Ausklammerung des gesetzlichen Biotoptypschutzes aus dem Anwendungsbereich der Entschädigungsregelung spricht in Baden-Württemberg der Textvergleich zwischen § 47 I und II NatSchG BW. In Abgrenzung zu § 47 II, der nur von „Maßnahmen aufgrund dieses Gesetzes“ spricht, heißt es in § 47 I NatSchG BW:

„Einschränkungen der Eigentümerbefugnisse, die sich unmittelbar aus diesem Gesetz oder durch Maßnahmen aufgrund dieses Gesetzes ergeben, sind im Rahmen der Sozialbindung des Eigentums (Artikel 14 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes) entschädigungslos zu dulden.“

Der baden-württembergische Gesetzgeber hat also eine gezielte Differenzierung getroffen.

In Art. 36 a I BayNatSchG ist ein Erschwernisausgleich für die Land- und Forstwirtschaft nur in bestimmten Fällen des Biotoptypschutzes nach Art. 13 d BayNatSchG normiert: Wird dem

⁵⁹⁸ So ausdrücklich für § 7 LG NW: OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (308); insofern zustimmend: Gellermann, NuR 1995, S. 227 (232); a.A. aber ohne überzeugende Argumente: Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (428); Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (222).

Eigentümer oder Nutzungsberechtigten durch eine Versagung der Ausnahme nach Art. 13 d Abs. 2 die bestehende land-, forst- oder fischereiwirtschaftliche Bewirtschaftung einer Feuchtfläche (z.B. Streuwiese) wesentlich erschwert, wird ihm nach Maßgabe der verfügbaren Haushaltsmittel ein angemessener Geldausgleich gewährt. Art. 36 a I BayNatSchG ist nicht als Ausgleichsregelung im Sinne des Art. 14 I S. 2 GG, sondern als reine Billigkeitsregelung ausgestaltet⁵⁹⁹. Dies belegt die Tatsache, dass ein Ausgleich nur nach Maßgabe der verfügbaren Haushaltsmittel, nur für den Schutz von Feuchtflächen und nur für bestimmte Unternehmungen gewährt werden soll. Im Rahmen einer verfassungsrechtlich gebotenen Ausgleichsregelung wären entsprechende Differenzierungen und „Haushaltsvorbehalte“ nicht zulässig. Im Umkehrschluss folgt aus dieser Billigkeitsregelung, dass der Landesgesetzgeber eine allgemeine Ausgleichsregelung für Belastungen im Zuge des Biotoptypsches verfassungsrechtlich für nicht geboten hielt. Diese Wertung wird durch Art. 36 I BayNatSchG, der eine Entschädigung nur für Maßnahmen aufgrund des Gesetzes vorsieht, und die Ausgleichsregelung in Art. 36 a II BayNatSchG mit ihren Verweisungen, die die Verbote des gesetzlichen Biotopschutzes nicht erfassen, bestätigt.

Ein anderes Ergebnis lässt sich in Baden-Württemberg, Bayern und Nordrhein-Westfalen auch nicht aus den Gesetzesmaterialien ableiten: In der Gesetzesbegründung⁶⁰⁰ zu § 24 a NatSchG BW wurden die finanziellen Auswirkungen der Norm minutiös aufgegliedert, ohne dass die Möglichkeit oder Notwendigkeit eines finanziellen Ausgleichs für unzumutbare Nutzungsbeschränkungen auch nur angesprochen wurde. Erwartet wurden lediglich Personal- und Sachaufwendungen bei den zuständigen Naturschutzbehörden für die Verfahren zur Biotopkartierung. In der nordrhein-westfälischen Gesetzesbegründung⁶⁰¹ findet sich der ausdrückliche Hinweis auf die Kostenneutralität des Gesetzesentwurfs, der u.a. die Umsetzung des § 20 c BNatSchG 1986 vorsah. Von einer Kostenneutralität des gesetzlichen Biotoptypsches kann hingegen angesichts obiger Ausführung nicht die Rede sein. Würde die Entschädigungsregelung entgegen ihrem Wortlaut eingreifen, sähe sich das Land Nordrhein-Westfalen nicht einpflanzen, unmittelbar durch das Gesetz bedingten Mehrkosten in erheblichem Umfang ausgesetzt⁶⁰². Insofern ist zu bedenken, dass mehr als 25.000 Einzelflächen oder über 10 % der Landesfläche als geschützte Biotopflächen in den Biotopkatastern erfasst wurden. Auch

⁵⁹⁹ Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 36 a Rn. 2.

⁶⁰⁰ LT-Drs. BW 10/5340, S. 30.

⁶⁰¹ LT-Drs. NW 11/6196, S. 2 und 65.

⁶⁰² Vgl. die Argumentation des OVG Münster, NuR 1995, S. 301, 308.

der bayerische Gesetzgeber hat in seiner Gesetzesbegründung zur Reform⁶⁰³ des Bay-NatSchG, abgesehen von der oben dargelegten Billigkeitsentschädigung, eine Belastung des Staatshaushaltes durch Ausgleichsverpflichtungen infolge der Neufassung des Art. 13 d Bay-NatSchG verneint. Es findet sich lediglich der Hinweis, dass für die Wirtschaft und die Bürger durch die Anpassung des Landesgesetzes an § 20 c BNatSchG 1986 höhere Kosten entstehen könnten, die sich aber nicht beziffern ließen.

Festzuhalten bleibt, dass die Landesgesetzgeber in Baden-Württemberg, Bayern, Nordrhein-Westfalen und dem Saarland keine Ausgleichsregelungen für Nutzungsbeschränkungen aufgrund des gesetzlichen Biototypschutzes getroffen haben, da entsprechende Regelungen als verfassungsrechtlich nicht erforderlich erachtet wurden. Ob die fehlerhafte Wertung noch im Wege einer verfassungskonformen Auslegung der bestehenden Ausgleichsregelungen, durch ihre analoge Anwendung korrigiert werden darf, ist eine verfassungsrechtliche Frage und wird in diesem Zusammenhang sogleich zu erörtern sein.

VIII. Verfassungsmäßigkeit der fortgeltenden Entschädigungsregelungen

Neben der Prüfung, ob die naturschutzrechtlichen Ausgleichs- oder Entschädigungsregelungen auf die biotypenschutzrechtlichen Veränderungsverbote nach ihrem Wortlaut und dem Willen des Gesetzgebers anzuwenden sind, stellt sich jeweils die Frage nach ihrer Verfassungsmäßigkeit. Bereits oben wurde herausgestellt, dass sich in den Landesnaturschutzgesetzen entweder „moderne“ Ausgleichsregelungen oder „veraltete“ Regelungen zur Enteignungsentschädigung finden⁶⁰⁴.

1. Qualifizierung als salvatorische Klauseln

Bei den Entschädigungstatbeständen derjenigen Landesnaturschutzgesetze, die an die sog. Aufopferungsent eignung anknüpfen, handelt es sich je nach der konkreten Ausgestaltung um sog. „reine“ oder „qualifizierte“ salvatorische Entschädigungsklauseln⁶⁰⁵. Die salvatorischen Entschädigungsklauseln wurden ursprünglich, nach Maßgabe eines weiten, materiellen Enteignungsbegriffes des BGH als gesetzliche Grundlagen der Entschädigung im Rahmen der

⁶⁰³ Bay. LT-Drs. 13/10535, S. 2 f.

⁶⁰⁴ Siehe zuvor, S. 140 ff.

⁶⁰⁵ Melchinger, NJW 1991, S. 2524; vgl. auch: Peter, S. 196.

Enteignung, Art. 14 III GG, normiert⁶⁰⁶. Eingedenk der Möglichkeit, dass Inhalts- und Schrankenbestimmungen in Einzelfällen, in denen Grundeigentümer schwer und unzumutbar betroffen oder ihnen gleichheitswidrige Sonderopfer auferlegt wurden, in (Aufopferungs-) Enteignungen umschlagen konnten, trafen die Gesetzgeber mittels der salvatorischen Klauseln vorsorglich für die Fälle einer Enteignung allgemeine Entschädigungsregelungen. Das charakteristische Merkmal zumindest der „reinen“ oder „nackten“ salvatorischen Klauseln⁶⁰⁷ ist, dass der Gesetzgeber die inhaltliche Entscheidung, ob eine Enteignung vorliegt, vermieden und letztlich der Verwaltung und den Gerichten überlassen hat. Während die „reinen“ salvatorischen Klauseln in der tatbestandlichen Umschreibung lediglich eine Maßnahme mit enteignender Wirkung voraussetzen, ohne einzelne Entschädigungstatbestände näher zu qualifizieren, sahen und sehen andere, insofern „qualifizierte“ Klauseln neben einem allgemeinen Auffangtatbestand zumindest typische Beispielfälle vor, in denen eine unzumutbare Belastung und daher eine Enteignung zu bejahen ist. Exemplarisch für die in der Regel gleichlautenden, „reinen“ salvatorischen Entschädigungsklauseln sei § 7 S. 1 LG NW a.F., zu dem sowohl BVerwG⁶⁰⁸ als auch BGH⁶⁰⁹ Stellung genommen haben, zitiert:

„Hat eine Maßnahme nach diesem Gesetz enteignende Wirkung, so kann der hiervon Betroffene eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.“

Als Beispiel für eine qualifizierte Entschädigungsregelung sei auf § 37 I SNG und seine Enteignungstatbestände verwiesen.

Die „modernen“ Ausgleichsregelungen, die einen finanziellen Ausgleich für solche Nutzungsbeschränkungen des Eigentums vorsehen, die nicht mehr im Rahmen der Sozialbindung des Eigentums zu dulden sind, lehnen sich zwar nicht an den überholten, weiten Enteignungsbegriff an, treffen aber, sofern sie sich lediglich auf die Aussage beschränken, dass bei unzumutbaren Belastungen ein Ausgleich zu gewähren ist, ebenfalls keine inhaltliche Entscheidung, sondern verlagern sie auf die Normanwender. Daher werden auch diese inhaltlich offenen Ausgleichsregelungen als salvatorische Klauseln bezeichnet und wird im Rahmen der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung die Verfassungsmäßigkeit solcher

⁶⁰⁶ Vgl. die Darstellung bei: Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 246.

⁶⁰⁷ Zu den Begrifflichkeiten: Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 249.

⁶⁰⁸ BVerwGE 84, S. 361.

⁶⁰⁹ BGH DVBl. 1995, S. 104.

Klauseln diskutiert⁶¹⁰. Erneut zeigt sich, dass die Reformalisierung des Enteignungsbegriffs durch das BVerfG lediglich zu einer Verlagerung der Probleme geführt hat⁶¹¹. Hingegen finden sich zumindest reine salvatorische Ausgleichsregelungen in den an den reformalisierten Enteignungsbegriff angepassten Landesnaturschutzgesetzen nicht mehr. Die modernen Ausgleichsregelungen kommen zwar auch nicht ohne offene Generalklauseln aus, werden aber durch sie konkretisierende Rege lbeispiele angereichert.

Verfassungsrechtlich eröffnen sich zwei teilweise sich überschneidende Fragestellungen: Grundsätzlich ist zu fragen, in welcher Ausgestaltung Ausgleichsregelungen den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 14 I S. 2 GG genügen. Für die nach Maßgabe eines weiten Enteignungsbegriffes ergangenen salvatorischen Entschädigungsregelungen ist zudem zu klären, ob diese Klauseln bei verfassungskonformer Auslegung als Ausgleichsregelungen im Rahmen des Art. 14 I S. 2 GG angewandt werden dürfen.

2. Rechtsprechung zur Anwendung salvatorischer Klauseln

Das BVerfG hat dem weiten, materiellen Enteignungsbegriff eine deutliche Absage erteilt und sich zu einem formalisierten Enteignungsbegriff und einer strikten Trennung von Enteignung und Inhalts- und Schrankenbestimmung bekannt⁶¹². Einher ging mit diesem Prozess die Anerkennung der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung⁶¹³. Infolge dieser Entwicklung verloren die salvatorischen Klauseln, die für die Fälle eines Umschlagens einer Inhaltsbestimmung in eine Enteignung vorsorglich ergangen waren, ihr ursprüngliches Anwendungsgebiet und ihre Berechtigung. In Reaktion auf die Rechtsprechung des BVerfG vollzog sich ein Wandel in der Rechtsprechung von BVerwG und BGH zur Anwendung salvatorischer Klauseln. Erstmals in seiner „Fischteich-Entscheidung“⁶¹⁴ nahm das BVerwG unter ausdrücklicher Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung⁶¹⁵ an, dass salvatorische Klauseln, in der konkreten Entscheidung der oben zitierte § 7 LG NW a.F., den verfassungsrechtlichen

⁶¹⁰ Pietzcker, NVwZ 1991, S. 418 (426); Detterbeck, DÖV 1994, S. 273 (277); Melchinger, NJW 1991, S. 2524 (2531); Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 245 ff.; Papier, NWVBl. 1990, S. 397 (400 f.); Peter, S. 196 ff.

⁶¹¹ Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 259.

⁶¹² BVerfGE 52, S. 1 (26); 58, S. 300 (331).

⁶¹³ BVerfGE 58, 137 (150).

⁶¹⁴ BVerwGE 84, S. 361.

⁶¹⁵ BVerwGE 26, S. 131 (133).

Anforderungen des Art. 14 III S. 2 GG nicht genügen und insofern verfassungswidrig seien. Zur Begründung führt das Gericht aus, „... daß der Gesetzgeber selbst entscheiden muß, ob ein Eingriff enteignende Qualität im Sinne des Art. 14 III S. 1 besitzt ...“ und er dies nicht bewusst unentschieden lassen darf⁶¹⁶. Die innere Berechtigung für salvatorische Klauseln, die gesetzgeberische Schwierigkeit, den Tatbestand der zulässigen Enteignung von vornherein hinreichend genau festzulegen, sei mit der Konkretisierung des Enteignungsbegriffes entfallen.

Trotz dieser zutreffenden Feststellung hat das BVerwG die Entschädigungsregelung nicht dem BVerfG zur Normenkontrolle vorgelegt, sondern erklärt, dass die Norm „restriktiv – zumindest für eine Übergangszeit – verfassungskonform ausgelegt und angewandt werden“ kann, sie „als Grundlage eines Ausgleichsanspruchs im Rahmen einer Inhalts- und Schrankenbestimmung in Betracht“ komme⁶¹⁷. Eine verfassungskonforme Auslegung decke sich zwar nicht in jeder Hinsicht mit dem Willen des historischen Gesetzgebers, lasse aber seine objektive Zielsetzung in ihrem Kerngehalt unangetastet, da das gesetzgeberische Ziel, für einen rechtlich zulässigen, aber in seinen Wirkungen schwerwiegenden Eingriff in die Bestandsgarantie des Eigentums einen angemessenen Ausgleich in Geld vorzusehen, aufrechterhalten bleibe. In Reaktion auf die Entscheidung des BVerfG zur Aufhebung bergrechtlicher Vorkaufsrechte und in Abweichung seiner bisherigen Rechtsprechung hat das BVerwG anerkannt, dass auch eine Maßnahme, die die vollständige Beseitigung bestehender Rechtspositionen im Zuge einer generell-abstrakten Neuregelung eines Rechtsgebietes bewirkt, eine Inhalts- und Schrankenbestimmung bleibt, als solche zulässig sein kann und nicht in eine Enteignung umschlägt. Daher erfassen salvatorische Klauseln nach konsequenter Ansicht des Gerichts von vornherein nur noch unzumutbare und daher ausgleichspflichtige Nutzungsbeschränkungen im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmungen und keine Enteignungen mehr⁶¹⁸. Die Anwendbarkeit salvatorischer Klauseln als Ausgleichsregelung im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung hat das BVerwG in dieser Entscheidung für die vergleichbare Entschädigungsregelung des Art. 36 BayNatSchG ausdrücklich bestätigt. Eine Verletzung des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebotes hat es verneint, da die langjährige Rechtsprechung von BGH und BVerwG zur Abgrenzung von Enteignung und entschädi-

⁶¹⁶ BVerwGE 84, S. 361 (365).

⁶¹⁷ BVerwGE, a.a.O. S. 367 f.

⁶¹⁸ BVerwG NuR 1993, S. 487 (488 f.); so auch ausdrücklich: BGH DVBl. 1995, S. 104; DVBl. 1996, S. 671 (672).

gungsloser Nutzungsbeschränkung nunmehr im Rahmen der Bestimmung der Ausgleichspflichtigkeit von Inhalts- und Schrankenbestimmungen herangezogen werden könne⁶¹⁹.

Der BGH hat den Ansatz des BVerwG zur Anwendbarkeit salvatorischer Klauseln aufgegriffen und in einer Reihe von Entscheidungen ausgebaut⁶²⁰. Eine Begrenzung der Geltungsdauer der salvatorischen Entschädigungsklauseln als Grundlage eines Ausgleichsanspruchs im Rahmen der Inhaltsbestimmung des Eigentums hat der BGH zunächst im Falle des § 37 I SNG⁶²¹ und sodann auch für § 7 S. 1 LG NW a.F. entgegen der Ansicht des BVerwG für nicht geboten gehalten⁶²². Einen Verstoß gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot verneint der BGH unter Bestätigung der Rechtsprechung des BVerwG nunmehr auch im Fall „reiner“ salvatorischer Klauseln⁶²³, nachdem er diese Frage zunächst offen gelassen hatte⁶²⁴. Die Verwendung generalklauselartiger Entschädigungstatbestände rechtfertigt der BGH mit der andernfalls drohenden Verfassungswidrigkeit natur- und denkmalschutzrechtlicher Nutzungsbeschränkungen, wenn es im Einzelfall an einer wirksamen Ausgleichsanordnung fehlt. Das Gericht nimmt Bezug auf die unter der Anwendung eines weiten Enteignungsbegriffs festgestellte und nun im Rahmen der ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung fortbestehende Schwierigkeit, die Grenze der entschädigungslos zu duldenen Sozialbindung des Eigentums in einer generell-abstrakten Norm konkreter zu bestimmen, ohne das Fehlen einer Ausgleichsregelung in Einzelfällen zu riskieren⁶²⁵. Bedenken werden auch hinsichtlich der Bestimmtheit der Art und der Höhe des ggf. zu leistenden Ausgleichs nicht geäußert. Es sei auch bei der Entschädigung auf die enteignungsrechtlichen Grundsätze zurückzugreifen⁶²⁶. Sowohl der BGH als auch das BVerwG anerkennen als möglichen Ausgleich die Einräumung eines Übernahmeanspruchs gegen Entschädigung, wie ihn verschiedene salvatorische Entschädigungsregelungen normieren⁶²⁷. Hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Anforderungen, die an die Ausgestaltung einer Ausgleichsregelung zu stellen sind, hat der BGH angenommen, dass es

⁶¹⁹ BVerwG NuR 1993, S. 487 (490).

⁶²⁰ BGH DVBl. 1993, S. 430 (432); S. 1085 (1086 f.); S. 1092 (1093); DVBl. 1995, S. 104 (105); DVBl. 1996, S. 671 (672); DVBl. 1997, S. 45 (46).

⁶²¹ BGH DVBl. 1993, S. 1085 (1087).

⁶²² BGH DVBl. 1995, S. 104.

⁶²³ BGH DVBl. 1995, S. 104 (105); DVBl. 1997, S. 45 (46).

⁶²⁴ BGH DVBl. 1993, S. 1085 (1087); S. 1092 (1093).

⁶²⁵ BGH DVBl. 1995, S. 104 (105); DVBl. 1997, S. 45 (46).

⁶²⁶ BGH DVBl. 1993, S. 104 (105); BVerwG NuR 1993, S. 487 (490).

⁶²⁷ BGH DVBl. 1993, S. 430; S. 1085; BVerwG NuR 1993, S. 487.

die im Rahmen des Art. 14 I S. 2 GG zu beachtenden Grundsätze nicht gebieten, dass die für den Erlass eines beschränkenden Verwaltungsaktes zuständige Behörde zugleich über die Gewährung einer Ausgleichsleistung entscheidet. Vielmehr könne ein Ausgleich durch eine andere Behörde in einem selbständigen Verfahren festgesetzt werden⁶²⁸.

Uneinigkeit besteht zwischen dem BVerwG und dem BGH, ob für die Entscheidung über Ausgleichsansprüche aufgrund salvatorischer Klauseln die ordentlichen Gerichte oder die Verwaltungsgerichte zuständig sind. Das BVerwG⁶²⁹ reklamiert, dass Ausgleichsansprüche nicht auf den allgemeinen Aufopferungsgedanken gestützt werden können und es nicht nur um einen Ausgleich in Geld ginge, so dass § 40 II S. 1, 1. Alt. VwGO nicht anwendbar und die Verwaltungsgerichte zuständig seien, während sich der BGH⁶³⁰ auf das mit den salvatorischen Klauseln verknüpfte, unter der „Geltung“ eines weiten Enteignungsbegriffs eingeführte und noch fortbestehende Verfahrensrecht, etwa § 37 IV SNG, beruft und aufgrund der bestehenden Verweisungen auf die enteignungsrechtlichen Regelungen die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bejaht. In weiteren Entscheidungen hat der BGH die Eröffnung des Rechtsweges zu den ordentlichen Gerichten stillschweigend vorausgesetzt⁶³¹. Die offene Divergenz ist, soweit ersichtlich, bis heute nicht geklärt, hat aber den BGH nicht dazu veranlasst, den Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichte anzurufen.

3. Kritik an der Rechtsprechung

Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur verfassungskonformen Auslegung und Anwendung salvatorischer Klauseln als Ausgleichsregelungen im Rahmen der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung sieht sich neben Zustimmung⁶³² auch erheblicher Kritik⁶³³ ausgesetzt, die die schon früher geäußerten Bedenken gegen die Anwendung salvatorischer Klauseln im Rahmen des Art. 14 III GG aufgreift. Zutreffend wird zum einen die Umdeutung von bisherigen Entschädigungsregelungen in Inhalts- und Schrankenbestimmungen und zum

⁶²⁸ BGH DVBl. 1993, S. 430 (432).

⁶²⁹ BVerwG NuR 1993, S. 487 (489 f.).

⁶³⁰ BGH DVBl. 1993, S. 1085 (1087); vgl. auch DVBl. 1993, S. 430.

⁶³¹ BGH DVBl. DVBl. 1993, S. 1092; DVBl. 1995, S. 104.

⁶³² Steinberg/Lubberger, S. 229 f.; Nüßgens/Boujong, Rn. 340; Engelhardt, NuR 1991, S. 101, 103; Heinz/Schmidt, NVwZ 1992, S. 513 (521); Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 14 Rn. 248 ff., 252.

⁶³³ Melchinger, NJW 1991, S. 2524, 2531 f. m.w.N.; Peter, S. 197 ff.

anderen die völlige Offenheit der salvatorischen Klauseln, die fehlende Konkretisierung der Ausgleichstatbestände, kritisiert.

Die Rechtsprechung setzt sich bei der Umdeutung salvatorischer Entschädigungsklauseln bewusst über den Willen des Gesetzgebers, der mit den salvatorischen Klauseln allein auf die Rechtsprechung des BGH zur Enteignungsentschädigung reagieren und nur insofern eine gesetzliche Grundlage schaffen wollte, hinweg und greift so in die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit ein⁶³⁴. Art. 14 I S. 1 GG zwingt den Gesetzgeber nicht, unzumutbare Eigentumsbeschränkungen durch die Gewährleistung von Ausgleichszahlungen verfassungsrechtlich zu entschärfen. Anstatt eines finanziellen Ausgleichs kommt primär die Vermeidung unverhältnismäßiger Belastungen etwa durch Ausnahme-, Befreiungs- oder Übergangsregelungen oder auch tatsächliche Ausgleichsmaßnahmen in Betracht⁶³⁵. Letztlich bleibt unerfindlich, wie eine wegen eines Verstoßes gegen Art. 14 III S. 2 GG verfassungswidrige⁶³⁶, salvatorische Entschädigungsregelung im Rahmen eines anderen, strikt zu trennenden Rechtsinstituts Rechtsgrundlage für finanzielle Ausgleichsansprüche gegen den Staat sein kann. Eine verfassungswidrige Enteignungsvorschrift kann nicht zugleich eine verfassungskonforme Ausgleichsregelung darstellen⁶³⁷.

Schwerer noch wiegt die grundsätzliche Kritik an der mangelnden Vereinbarkeit salvatorischer Entschädigungs- oder Ausgleichsklauseln mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Ausgleichsregelungen. Zumindest „reine“ salvatorische Klauseln enthalten naturgemäß keine Bestimmungen darüber, in welchen Fällen und in welcher Höhe ein Ausgleich zu gewähren ist. Sie geben dem Normanwender, insbesondere der Verwaltung, aufgrund ihrer inhaltlichen Offenheit und der fehlenden Konkretisierung der Ausgleichstatbestände keinen Orientierungsmaßstab an die Hand. Zutreffend wird daher geltend gemacht, dass der Gesetzgeber keine inhaltliche Entscheidung über einen zu gewährenden Ausgleich trifft, sondern den Gerichten die Entscheidung überträgt. Zwar fehlt es an einem dem Art. 14 III S. 2 GG vergleichbaren „Befehl“, einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Regelung bedarf es aber dennoch. Der Rechtsgedanke des Art. 14 III S. 2 GG, die Warnung des Gesetzgebers und die

⁶³⁴ Papier, NWVBl. 1990, S. 397 (400); Peter, S. 197; Melchinger, NJW 1991, S. 2524 (2526).

⁶³⁵ Detterbeck, DÖV 1994, S. 273 (277); Melchinger, NJW 1991, S. 2524 (2531); zum erweiterten Gestaltungsraum des Gesetzgebers im Rahmen des Art. 14 I S. 2 GG: Peter, S. 198.

⁶³⁶ Vgl. BVerwGE 84, S. 361 (364 f.)

⁶³⁷ De Witt, DVBl. 1995, S. 107 (108).

Voraussehbarkeit für die Betroffenen, kann unabhängig von einer verfassungsrechtlichen Regelung Geltung beanspruchen⁶³⁸.

Wird die Möglichkeit ausgleichspflichtiger Inhalts- und Schrankenbestimmungen anerkannt, so folgt daraus, dass die Normierung der Voraussetzungen eines Ausgleichs, der zur Vermeidung der ansonsten drohenden Verfassungswidrigkeit unzumutbarer Beschränkungen des Eigentums geboten ist, selbst Teil der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums und daher gem. Art. 14 I S. 2 GG vom Gesetzgeber selbst zu treffen ist⁶³⁹. Daraus folgt, dass der Gesetzgeber die Fälle, in denen er einen Ausgleich gewähren will, - soweit als möglich - inhaltlich bestimmen und konkretisieren muss. Er darf sich seinem verfassungsrechtlichen Auftrag in Art. 14 I S. 2 GG hinsichtlich der möglichst konkreten Normierung der Ausgleichstatbestände nicht dadurch entziehen, dass er die Entscheidung über die Gewährung eines Ausgleichs, die Abwägung, durch die Normierung inhaltsloser, salvatorischer Klausel auf die anderen Gewalten verlagert⁶⁴⁰. Diese Feststellung deckt sich mit der sogenannten Wesentlichkeitslehre⁶⁴¹ des BVerfG, nach der der Gesetzgeber wesentliche Entscheidungen, insbesondere im grundrechtsrelevanten Bereich, selbst zu treffen hat⁶⁴², und dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot, das den Gesetzgeber auch bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums bindet. Letztlich begibt sich der Gesetzgeber seiner Haushaltshoheit, wenn Verwaltung und Gerichte über die Gewährung finanzieller Kompensationen für unzumutbare Inhalts- und Schrankenbestimmungen ohne hinreichend konkretisierte, gesetzliche Maßstäbe zu entscheiden haben⁶⁴³.

Die gesetzgeberische Normierung „reiner“ salvatorischer Ausgleichsklauseln genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 14 I GG daher nicht. Entsprechend muss die Umdeutung bestehender, salvatorischer Enteignungsregelungen in gesetzliche Ausgleichsregelungen durch die rechtsprechende Gewalt als von vornherein unzulässig angesehen werden, da jegliche Beteiligung des Gesetzgebers fehlt. Die bisherige Rechtsprechung von BVerwG und BGH zur Anwendbarkeit der salvatorischen Enteignungsentschädigungen im Rahmen des

⁶³⁸ Pietzcker, NVwZ 1991, S. 418 (426); Peter, S. 197.

⁶³⁹ Papier, NWVBl. 1990, S. 397 (400 f.); Peter, S. 197.

⁶⁴⁰ Papier, NWVBl. 1990, S. 397 (400); Ehlers, VVDStRL 51 (1992), S. 211 (233 f.).

⁶⁴¹ Vgl.: Pieroth/Schlink, Rn. 262 ff., insbesondere Rn. 266.

⁶⁴² Pietzcker, JuS 1991, S. 369 (372); Melchinger, NJW 1991, S. 2524 (2531); Detterbeck, DÖV 1994, S. 273 (278).

⁶⁴³ Melchinger, NJW 1991, S. 2524 (2531).

Art. 14 I S. 2 GG ist daher verfassungsrechtlich unzulässig. Die Gerichte dürfen dem Gesetzgeber die Pflicht, „Farbe zu bekennen“, nicht gänzlich abnehmen.

Auch von den Kritikern der höchstrichterlichen Rechtsprechung wird aber zu Recht anerkannt, dass die nicht völlig antezipierbaren Umstände des Einzelfalls und die nicht beabsichtigten Nebenfolgen einer generell-abstrakten Regelung eine gewisse Offenheit der gesetzlichen Ausgleichsregelungen bedingen. Es ist dem Gesetzgeber daher bei der Normierung von Ausgleichsansprüchen nicht versagt, mit Generalklauseln und Regelbeispielen zu arbeiten⁶⁴⁴. Erforderlich ist aber eine gesetzliche Regelung, die anders als bei „reinen“ salvatorischen Klauseln zumindest die Fallgestaltungen tatbestandlich konkretisiert, in denen Ausgleichsleistungen angeordnet werden können. Die Beurteilung der Frage, ob ein Ausgleich im jeweiligen Einzelfall erforderlich ist, obliegt dann den Verwaltungsbehörden. Die Normierung typischer Fallgruppen kann und muss den zuständigen Behörden Anhaltspunkte für den gesetzgeberischen Willen an die Hand geben und einen hinreichend determinierten Rückschluss auf vergleichbare Fallgruppen im Wege der Gesetzesauslegung ermöglichen⁶⁴⁵. Positiv hervorzuheben ist etwa die Ausgleichsregelung in § 50 NNatG, dessen Generalklausel durch drei typische Beispielfälle ergänzt und konkretisiert wird. Werden Ausgleichsregelungen um typische Fallkonstellationen, in denen der Gesetzgeber einen Ausgleich für erforderlich hält, angereichert, so ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber eine substantielle, greifbare Abgrenzung getroffen hat, die zumindest die Eckpunkte, die grobe Grenzlinie zwischen den nach seinem Willen ausgleichslos zu duldenden und den ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmungen hinreichend bestimmt. Rein verbale „Kosmetik“, die Normierung einer Ausgleichspflicht für „unzumutbare“ oder „übermäßige“ Beschränkungen des Eigentums oder die Ersetzung der „enteignenden Wirkung“ durch „Überschreitung der Sozialbindung des Eigentums“, genügt nicht, da sich der Gesetzgeber auch insofern seiner Pflicht zur inhaltlichen Abgrenzung entzieht.

4. Konkretisierung der Anforderungen durch das BVerfG

Trotz der Kritik in der Literatur haben das BVerwG und insbesondere der BGH ohne Überprüfung und nähere Begründung an der verfehlten Umdeutung der salvatorischen Entschädi-

⁶⁴⁴ Pietzcker, NVwZ 1991, S. 418 (426); Melchinger, NJW 1991, S. 2524 82531); Detterbeck, DÖV 1994, S. 273 (278); Ehlers, VVDStRL 51 (1992), S. 211 (234);

⁶⁴⁵ Detterbeck, DÖV 1994, S. 273 (278); Pietzcker, NVwZ 1991, S. 418 (426)

gungsklauseln in Ausgleichsregelungen und der Bejahung der hinreichenden Bestimmtheit auch reiner salvatorischer Ausgleichsregelungen im Rahmen des Art. 14 I S. 2 GG festgehalten. Das BVerfG hat nunmehr in seiner Entscheidung zum rheinland-pfälzischen Denkmalschutzrecht⁶⁴⁶ die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Ausgleichsregelungen im Rahmen des Art. 14 I S. 2 GG konkretisiert. Nach zutreffender Ansicht des Gerichts bedürfen Ausgleichsregelungen nicht nur einer gesetzlichen Grundlage. Vielmehr hat der Gesetzgeber auf normativer Ebene mit der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums auch Voraussetzungen, Art und Umfang des Ausgleichs sonst unverhältnismäßiger Belastungen zu regeln. Zur Begründung verweist das Gericht zutreffend auf den Regelungsauftrag des Gesetzgebers in Art. 14 I S. 2 GG und das Budgetrecht des Parlaments⁶⁴⁷. Die dargelegte Kritik an der Rechtsprechung von BVerwG und BGH wird offenbar aufgegriffen, wenn auch das BVerfG eine abschließende Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit der Umdeutung von Normen der Enteignungsentschädigung in Ausgleichsregelungen vermieden hat.

In Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung betont das BVerfG die in Art. 14 I S. 1 GG vorrangig gewährleistete Bestandsgarantie, der – insofern wird die bisherige Rechtsprechung fortgeschrieben – vom Gesetzgeber auch bei der Normierung von Ausgleichsregelungen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit von Inhalts- und Schrankenbestimmungen in besonderen Härtefällen ein Vorrang vor einem lediglich finanziellen Ausgleich einzuräumen sei: „Die Bestandsgarantie des Art. 14 I S. 1 GG verlangt, daß in erster Linie Vorkehrungen getroffen werden, die eine unverhältnismäßige Belastung des Eigentümers real vermeiden und die Privatnützigkeit des Eigentums soweit wie möglich erhalten.“ Als Instrument stünden dem Gesetzgeber Übergangsregelungen, Ausgleichs- und Befreiungsvorschriften sowie der Einsatz sonstiger administrativer und technischer Vorkehrungen zur Verfügung. Die Einräumung eines finanziellen Ausgleichsanspruchs oder eines Anspruchs auf Übernahme des Grundeigentums zum Verkehrswert komme nur als *Ultima Ratio* in Frage⁶⁴⁸. Vor dem Hintergrund der elementaren Funktion der Eigentumsgarantie, dem Grundrechtsträger einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern und ihm eine eigenverantwortliche Gestaltung sei-

⁶⁴⁶ BVerfGE 100, S. 226 (245 f.).

⁶⁴⁷ BVerfGE 100, S. 226 (245); zustimmend: Ossenbühl, JZ 1999, S. 899 (900); Hendler, DVBl. 1999, S. 1501 (1503).

⁶⁴⁸ BVerfGE 100, S. 226 (245 f.); so schon: Ehlers, VVDStRL 51 (1992), S. 211 (233); zustimmend: Ossenbühl, JZ 1999, S. 899 (900).

nes Lebens zu ermöglichen⁶⁴⁹, ist die Betonung der Bestandsgarantie auch im Rahmen der Normierung von Ausgleichsregelungen zu begrüßen.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht verlangt das BVerfG⁶⁵⁰, anders als der BGH⁶⁵¹, dass die Verwaltung bei der Aktualisierung der Eigentumsbeschränkung zugleich, zumindest dem Grunde nach, über den gegebenenfalls erforderlichen Ausgleich zu entscheiden habe. Der Gesetzgeber habe seine materiellrechtlichen Ausgleichsregelungen entsprechend durch verfahrensrechtliche Vorschriften zu ergänzen. Zur Begründung führt das Gericht an, dass es einem Betroffenen nicht zuzumuten sei, einen Verwaltungsakt, den er für unverhältnismäßig hält, in der unsicheren Erwartung eines nachträglich in einem anderen Verfahren zu bewältigenden Ausgleichs bestandskräftig werden zu lassen. Letztlich müssten auch die Verwaltungsgerichte, um die Rechtmäßigkeit eines in Eigentumspositionen eingreifenden Verwaltungsaktes abschließend beurteilen zu können, wissen, ob und in welcher Weise eine anderenfalls unzumutbare Belastung ausgeglichen wird. Unverkennbar ist, dass das BVerfG in diesen Entscheidungen zum rheinland-pfälzischen Denkmalschutzrecht und auch zur Begrenzung der Zustandsstörhaftung verfahrensrechtlichen Aspekten der Inhalts- und Schrankenbestimmung ein neues, besonderes Gewicht beimisst.

5. Verfahrensrechtliche Absicherung des Ausgleichs

Die Bejahung des verfassungsrechtlichen Erfordernisses einer verfahrensrechtlichen Ausgestaltung der Ausgleichsregelung hat im Hinblick auf die Effektivierung des Rechtsschutzes und die Vermeidung eines gestuften bzw. nacheinander gestaffelten Verfahrens zum Teil Zustimmung⁶⁵², aber auch Ablehnung erfahren⁶⁵³. Kritisiert wird, dass eine sofortige behördliche Entscheidung mit dem belastenden Akt und eine gesetzliche Normierung des Ausgleichsverfahrens zwar wünschenswert, aber nicht verfassungsrechtlich geboten sei. Sofern eine materielle Ausgleichsregelung besteht, könne der Eigentümer einen entsprechenden Anspruch geltend machen, wenn er der Auffassung sei, ein eigentumsbeschränkender Akt stehe ohne Gewährung eines Ausgleichs mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht im Einklang. Erweise sich seine Auffassung als zutreffend,

⁶⁴⁹ Vgl. BVerfGE 30, S. 292 (334); 68, S. 193 (222); 79, S. 292 (303 f.); 83, S. 201 (208); 102, S. 1 (15).

⁶⁵⁰ BVerfGE 100, S. 226 (246); nunmehr bestätigt durch: BVerfGE 102, S. 1 (24).

⁶⁵¹ BGH DVBl. 1993, S. 430 (432).

⁶⁵² Ossenbühl, JZ 1999, S. 899 (900).

⁶⁵³ Hendler, DVBl. 1999, S. 1501 (1503).

sich seine Auffassung als zutreffend, so werde er den Ausgleich erhalten. Sei sie dagegen unzutreffend, gehe er leer aus. In diesem Fall hätte er aber auch dann keinen Erfolg gehabt, wenn er gegen den Verwaltungsakt vorgegangen wäre.

Diese nur scheinbar schlüssige Argumentation geht von der verfehlten Prämisse aus, dass eine materielle Ausgleichsregelung in jedem Härtefall, in dem eine Inhalts- und Schrankenbestimmung zu unzumutbaren Belastungen der Eigentümer führt, bereit steht. Sie verkennt, dass es der Gesetzgeber ist, der über die Gewährung eines materiellen Ausgleichsanspruch zu entscheiden hat, nur er die Wahl hat, eine gesetzliche Ausgleichsregelung zu treffen oder auf eine entsprechende Normierung zu verzichten, da er (fehlerhaft) davon ausgeht, dass eine Inhalts- und Schrankenbestimmung sich stets im Rahmen der Sozialpflichtigkeit des Eigentums hält und somit ggf. die Verfassungswidrigkeit einer Norm riskiert. So wurde für den gesetzlichen Biotoptypenschutz gezeigt⁶⁵⁴, dass in einigen Landesnaturschutzgesetzen ein Ausgleich auch in Härtefällen nicht vom Gesetzgeber vorgesehen ist. Neben den Fällen, in denen ein Ausgleich mangels unzumutbarer Härte nicht gewährt zu werden braucht oder in denen unzumutbare Härten aufgrund einer anwendbaren Ausgleichsregelung vermieden werden können, gibt es eben auch Fälle, in denen unzumutbare Belastungen mangels gesetzlicher Regelung nicht ausgeglichen werden können und daher die Beschränkung verfassungswidrig ist. Verzichtet ein Betroffener in diesen Fällen - im fehlerhaften Vertrauen auf einen Ausgleich - auf die Anfechtung des ihn unzumutbar belastenden Aktes, so erwächst dieser rechtswidrige Akt mit Ablauf der Anfechtungsfrist in Bestandskraft, obwohl dem Betroffenen ein Ausgleich nicht gewährt werden darf. Die Bewertung der Rechtslage und das Risiko ihrer Fehleinschätzung werden, wenn eine behördliche Entscheidung über einen Ausgleich nicht getroffen wird, auf die Betroffenen verlagert. Zumindest mit dem Prozessrisiko wird ein Betroffener belastet, wenn er mangels behördlicher Entscheidung irrtümlich einen unzumutbaren Akt angreift, obwohl ein gesetzlicher Ausgleichsanspruch normiert ist. Die Anfechtungsklage ist unbegründet, der Betroffene vielmehr auf seinen Ausgleichsanspruch zu verweisen.

Gegen die obige Kritik und die Ansicht des BGH⁶⁵⁵, dass die für den Erlass des belastenden Verwaltungsaktes zuständige Behörde nicht auch über die Gewährung einer verfassungsrechtlichen Ausgleichsleistung zu entscheiden habe, sondern diese von einer anderen Behörde in einem eigenständigen Verfahren festgesetzt werden könne, ist weiterhin einzuwenden, dass

⁶⁵⁴ Siehe S. 143 ff.

⁶⁵⁵ BGH DVBl. 1993, S. 430 (432).

der Verhältnismäßigkeitsausgleich Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der ansonsten unzumutbaren Maßnahme ist und deshalb zugleich mit der Belastung festgesetzt werden muss⁶⁵⁶. Eingriff und Ausgleich sind Teilakte, die in wechselseitigem Bezug zueinander stehen, über die zugleich zu entscheiden ist. Die Entscheidung des BVerfG⁶⁵⁷ verdient daher auch insofern Zustimmung. Dass die Ausgestaltung auch des behördlichen Ausgleichsverfahrens dem Gesetzgeber obliegt und das Verfahren nicht in das Belieben der Verwaltung gestellt werden darf, folgt unmittelbar aus Art. 14 I S. 2 GG. Denn das Verfahren ist Teil der Ausgleichsregelung, die ihrerseits Element der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums ist.

6. Zwischenergebnis

Die salvatorischen Entschädigungsregelungen in den Landesnaturschutzgesetzen von Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und dem Saarland, die noch an den weiten Enteignungsbegriff anknüpfen, können nicht als gesetzliche Grundlage für eine Ausgleichsregelung im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums herangezogen werden. Eine verfassungskonforme Auslegung und Übertragung dieser Entschädigungsregelungen in das Rechtsinstitut der Inhalts- und Schrankenbestimmung ist unzulässig. Die „reinen“ salvatorischen Klauseln verstoßen darüber hinaus gegen die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Inhalts- und Schrankenbestimmungen. Der Gesetzgeber darf sich seinem Regelungsauftrag in Art. 14 I S. 2 GG nicht durch die Normierung völlig offener Generalklauseln entziehen. Das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot und das Budgetrecht des Parlamentes verbieten dies.

In den Ländern, die qualifizierte Ausgleichsregelungen getroffen haben, ist obige Kritik nicht berechtigt. Die Regelungen ergingen in Reaktion auf die Rechtsprechung des BVerfG und sollen eine finanzielle Kompensation für im Einzelfall unzumutbare Inhalts- und Schrankenbestimmungen ermöglichen. Die Gesetzgeber haben anders als bei reinen salvatorischen Ausgleichsregelungen die Ausgleichstatbestände zumindest durch die Normierung typischer Regelfälle inhaltlich bestimmt und somit einen Maßstab vorgegeben, an dem sich die Normenwender im Einzelfall zu orientieren haben. Eine weitergehende Konkretisierung der Ausgleichsregelungen kann angesichts der Vielfältigkeit der denkbaren, ausgleichspflichtigen

⁶⁵⁶ De Witt, DVBl. 1995, S. 107 (108); Schmaltz, DVBl. 1996, S. 675.

⁶⁵⁷ BVerfGE 100, S. 226 (246).

Härtefälle vom Gesetzgeber nicht verlangt werden. Die Verwendung von Regelbeispielen und Generalklauseln ist daher hinzunehmen.

Ob diese naturschutzrechtlichen Ausgleichsregelungen den weiteren, vom BVerfG herausgestellten Anforderungen, insbesondere der Beachtung des vorrangigen, eigentumsrechtlichen Bestandsschutzes auch im Rahmen der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung und der verfahrensrechtlichen Absicherung des Ausgleichs, genügen, wird sogleich im Hinblick auf den gesetzlichen Biotoptypschutz zu untersuchen sein.

IX. Verfassungswidrigkeit mangels verfassungskonformer Ausgleichsregelungen

1. Fehlende Ausgleichsregelungen

Die absoluten Flächenveränderungsverbote des gesetzlichen Biotoptypschutzes stellen sich, wenn sie zur Aufhebung der Privatnützigkeit des Grundeigentums, zum Verbot von durch Investitionen ins Werk gesetzten Nutzungen oder zur Existenzgefährdung der Betroffenen führen, als ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen dar. Diesem Umstand haben die Landesgesetzgeber in Baden-Württemberg, Bayern, Nordrhein-Westfalen und dem Saarland, die keine Ausgleichsregelungen für Nutzungsbeschränkungen aufgrund des gesetzlichen Biotoptypschutzes vorsehen, da entsprechende Regelungen unter Verkennung der Rechtslage als verfassungsrechtlich nicht erforderlich erachtet werden, nicht Rechnung getragen. Darüber hinaus genügen die überkommenen salvatorischen Entschädigungsklauseln, wie sie noch in den Landesnaturschutzgesetzen von Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und dem Saarland normiert sind, nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, die an eine Ausgleichsregelung im Rahmen einer Inhalts- und Schrankenbestimmung zu stellen sind. Sie sind verfassungswidrig. Die oben offengelassene Frage, ob eine verfassungskonforme Auslegung und Anwendung derjenigen Entschädigungsregelungen, die nach ihrem Wortlaut und der gesetzgeberischen Intention auf die Nutzungsbeschränkungen des gesetzlichen Biotoptypschutzes nicht anwendbar sein sollen, in Betracht kommt, erübrigt sich, da die bestehenden salvatorischen Entschädigungsklauseln ihrerseits verfassungswidrig sind. In diesen Ländern darf ein Ausgleich für im Einzelfall unzumutbare Belastungen durch den gesetzlichen Biotoptypschutz mangels gesetzlicher Grundlage von den zuständigen Behörden bzw. letztlich den Verwaltungsgerichten nicht gewährt werden. In diesen Bundesländern führt der gesetzliche Biotoptypschutz in Härtefällen zu unzumutbaren,

aber mangels gesetzlicher Ermächtigung nicht kompensierbaren Belastungen der Grundeigentümer. Art. 14 I S. 1 GG wird auch insofern verletzt⁶⁵⁸.

2. Missachtung der vorrangigen Bestandsgarantie

Im Gegensatz zu den soeben genannten landesrechtlichen Regelungen sehen die übrigen Landesnaturschutzgesetze, etwa in Niedersachsen, Schleswig-Holstein oder den neuen Bundesländern, qualifizierte Ausgleichsregelungen vor und bestimmen ausdrücklich die Anwendbarkeit dieser Ausgleichsregelungen auf die Beeinträchtigungsverbote des gesetzlichen Biotopschutzes. Fraglich ist, ob diese qualifizierten Ausgleichsregelungen den weiteren, durch das BVerfG⁶⁵⁹ konkretisierten eigentumsrechtlichen Anforderungen genügen.

Der Gesetzgeber ist – wie das BVerfG⁶⁶⁰ richtig annimmt – auch im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmungen und der Normierung von Ausgleichsregelungen für unzumutbare Belastungen des Eigentums zur vorrangigen, weitest möglichen Erhaltung des Bestandes und der Privatnützigkeit des Grundeigentums verpflichtet. Hingegen sehen die auf die biotopschutzrechtlichen Nutzungsbeschränkungen anwendbaren naturschutzrechtlichen Ausgleichsregelungen lediglich einen finanziellen Ausgleichsanspruch und in bestimmten Fällen unzumutbarer Belastungen einen Übernahmeanspruch gegenüber der öffentlichen Hand vor⁶⁶¹. Nicht geregelt ist, dass eine in Härtefällen unzumutbare Inanspruchnahme des Eigentums in erster Linie durch Ausnahme- der Befreiungstatbestände sowie sonstige administrative und technische Vorkehrung vermieden wird. Einer ausdrücklichen Vorrangregelung bedürfte es nicht, wenn die bestehenden biotopschutzrechtlichen Freistellungsmöglichkeiten von vornherein der verfassungsrechtlichen Bestandsgarantie hinreichend Rechnung tragen könnten, die finanziellen Kompensationsregelungen also nur als Ultima Ratio eingriffen.

Werden die spezifischen, biotopschutzrechtlichen Ausnahme- und Überleitungsvorschriften sowie die allgemeinen naturschutzrechtlichen Befreiungstatbestände im Hinblick auf die vorrangige Vermeidung unzumutbarer Belastungen des Eigentums einer Revision unterzogen, so ist festzustellen, dass die Gesetzgeber auf Bundes- und Länderebene die Belange der Eigen-

⁶⁵⁸ So im Ergebnis auch: OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (307 ff.); Krämer/Meyer, LKV 1998, S. 8 (9).

⁶⁵⁹ BVerfGE 100, S. 226 (245).

⁶⁶⁰ BVerfGE 100, S. 226 (245 f.); zustimmend: Ossenbühl, JZ 1999, S. 899 (890).

⁶⁶¹ Vgl. etwa § 51 III NNatG.

tümer im Rahmen des Biototypschutzes kategorisch zurückgestellt haben und die normierten Freistellungsmöglichkeiten der vorrangigen Wahrung des Eigentumsbestandes und der Erhaltung einer möglichst weitgehenden Privatnützigkeit des Grundeigentums nicht Rechnung tragen. Der Ausnahmetatbestand des Ausgleichs einer Biotopbeeinträchtigung kommt nur in exceptionellen Fällen in Betracht⁶⁶². Den betroffenen Privateigentümern wird ein Ausgleich regelmäßig aus ökologischen, räumlichen oder finanziellen Gründen nicht möglich sein. Eine Freistellung beeinträchtigender, ausschließlich privaten Interessen dienender Vorhaben aufgrund der sogenannten Gemeinwohlklausel scheidet schon begrifflich aus⁶⁶³. Eine Ausnahme darf nur - dies ist bezeichnend für die verfehlte Intention des Gesetzgebers - aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls erteilt werden. Die durch Art. 14 I S. 1 GG geschützten Belange des privaten Eigentümers dürfen, auch wenn der gesetzliche Biototypschutz zur Aufhebung jeglicher Privatnützigkeit des Grundeigentums führen kann und die konkret zu erhaltenden Biotopflächen von geringer Schutzwürdigkeit sind, nach dem klaren Wortlaut des § 30 II BNatSchG und dem Willen des Gesetzgebers nicht berücksichtigt werden. So war in der niedersächsischen Regierungsvorlage zur Umsetzung des § 20 c II BNatSchG 1986 ursprünglich vorgesehen, Ausnahmen zugunsten Privater zuzulassen, „ ... wenn die Einhaltung der Verbote den Eigentümer oder Nutzungsberechtigten unzumutbar belastet.“⁶⁶⁴ Die Einführung eines entsprechenden Ausnahmetatbestandes wurde im weiteren Gesetzgebungsverfahren als nicht mit § 20 c II BNatSchG 1986 vereinbar angesehen. Unter Verweisung auf den bestehenden naturschutzrechtlichen Befreiungstatbestand der nicht beabsichtigten Härte, § 53 I Nr. 1 a NNatG, und die Entschädigungsregelung in § 50 NNatG, sofern eine Befreiung nicht zu erteilen ist, wurde auf die Normierung einer Ausnahmeregelung zugunsten Privater ausdrücklich verzichtet. Der in der Literatur⁶⁶⁵ unternommene Versuch § 20 c II S. 1 BNatSchG 1986 verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass auch eine Ausnahme in Analogie zu den bestehenden Ausnahmetatbeständen auch dann zu erteilen ist, wenn das private Nutzungsinteresse des Einzelnen das öffentliche Erhaltungsinteresse überwiegt, konnte sich zu Recht nicht durchsetzen. Der Wortlaut der Norm und der Wille des Gesetzgebers sind unmissverständlich, stehen auch einer verfassungskonformen Auslegung entgegen⁶⁶⁶.

⁶⁶² Vgl. oben, S. 39

⁶⁶³ Vgl. oben, S. 44.

⁶⁶⁴ Nds. LT-Drs. 11/5154 S. 6.

⁶⁶⁵ A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 18.

⁶⁶⁶ OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (304); OVG Lüneburg, NuR 1995, S. 470 (472); OVG Schleswig, NuR 1998, S. 558 (559); Kolodziejczok/Recken, § 20 c Rn. 8; Apfelbacher, NuR 1987, S. 247 (249).

Auch der allgemeine, naturschutzrechtliche Befreiungstatbestand einer im Einzelfall nicht beabsichtigten Härte vermag die grundsätzliche Rückstellung der eigentumsrechtlichen Bestandsgarantie im Rahmen des gesetzlichen Biotoptypsches zumindes nicht generell zu kompensieren. Wie bereits oben dargelegt⁶⁶⁷, greift der Befreiungstatbestand nur in atypischen, für den Gesetzgeber nicht erkennbaren Härtefällen ein. Die Aufhebung der Privatnützigkeit des Grundeigentums, das Verbot bereits ausgeübter Nutzungen oder die Existenzgefährdung von Unternehmen sind zwar besondere Härtefälle, die aber für die Gesetzgeber grundsätzlich erkennbar und vermeidbar waren⁶⁶⁸. So wollte der niedersächsische Gesetzgeber, wie soeben gezeigt, unzumutbare Härten zunächst durch die Normierung eines weiteren Ausnahmetatbestandes zugunsten Privater vermeiden. Die Problematik wurde im Gesetzgebungsverfahren also erkannt und erörtert. Belegt wird dieser Befund durch die Feststellung, dass sich gerade die oben genannten Konstellationen als typische Beispielsfälle in den „modernen“ Ausgleichsregelungen, die den gesetzlichen Biotoptypsches ausdrücklich einbeziehen, wiederfinden. Die Landesgesetzgeber haben die Möglichkeit von unzumutbaren Belastungen des Grundeigentümers mit den aufgezeigten Folgen des gesetzlichen Biotoptypsches erkannt, aber nicht der Vermeidung der Härten, sondern einer lediglich finanziellen Kompensation den Vorrang eingeräumt. Der Mangel eines fehlenden Ausnahmetatbestandes zugunsten Privater, der privaten, das öffentliche Erhaltungsinteresse überwiegenden Belangen und somit der eigentumsrechtlichen Bestandsgarantie Rechnung tragen könnte, kann durch die Ausdehnung des naturschutzrechtlichen Befreiungstatbestandes nicht kompensiert werden. Die grundlegend fehlerhafte gesetzgeberische Wertung in § 30 II S. 1 BNatSchG (§ 20 c II BNatSchG 1986) ist daher nicht zu korrigieren.

Die bestehenden Freistellungs- und Ausgleichsregelungen des gesetzlichen Biotoptypsches genügen nicht der Bestandsgarantie des Art. 14 I S. 1 GG, die verlangt, dass in erster Linie Vorkehrungen getroffen werden, die eine unverhältnismäßige Belastung des Eigentümers real vermeiden und die Privatnützigkeit des Eigentums soweit wie möglich erhalten. Der Grundeigentümer darf in Härtefällen nicht primär allein auf einen finanziellen Ausgleich verwiesen werden. Auch insofern ist eine Verletzung der Eigentumsgarantie festzustellen.

⁶⁶⁷ Siehe oben, S. 48 ff.

⁶⁶⁸ Vgl. OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (304f.); OVG Lüneburg, NuR 1995, S. 470 (472); OVG Schleswig, NuR 1998; S. 558 (559).

3. Fehlende verfahrensrechtliche Regelung des Ausgleichs

In der Entscheidung zum Denkmalschutzrecht und auch zur Begrenzung der Zustandsstörerhaftung hat das BVerfG die besondere Bedeutung des Verwaltungsverfahrens im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums betont und die Anforderungen an das eine Eigentumsbeschränkung aktualisierende Verwaltungsverfahren konkretisiert: „Wie der Gesetzgeber auf normativer Ebene mit der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums auch Voraussetzungen, Art und Umfang des Ausgleichs sonst unverhältnismäßiger Belastungen zu regeln hat, muß die Verwaltung bei der Aktualisierung der Eigentumsbeschränkung zugleich über den gegebenenfalls erforderlichen Ausgleich zumindest dem Grund nach entscheiden. Die Voraussetzungen dafür muß der Gesetzgeber schaffen.“⁶⁶⁹ Diesen Anforderungen genügen die Normen des gesetzlichen Biotopschutzes sowie die bestehenden naturschutzrechtlichen Ausgleichsregelungen nicht. Zum einen fehlen Normen zur verfahrensrechtlichen Durchführung und Absicherung des Ausgleichs. In den Naturschutzgesetzen ist nicht bestimmt, dass die zuständigen Verwaltungsbehörden mit der Aktualisierung der Belastung im Einzelfall zugleich über den gegebenenfalls erforderlichen Ausgleich zu entscheiden haben. Zum anderen verwirklicht sich der gesetzliche Biotoptypenschutz unmittelbar kraft Gesetzes, ohne konkretisierenden Eingriffsakt. Es fehlt also am Anknüpfungspunkt für eine behördliche Entscheidung über einen gegebenenfalls notwendigen Ausgleich. Insofern ist nicht ersichtlich, wie ein unmittelbarer Schutz kraft Gesetzes, der unzumutbare Belastungen des Eigentümers zur Folge haben kann und daher einer Kompensation bedarf, mit den vom BVerfG formulierten Anforderungen an die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des Ausgleichs zu vereinbaren ist, wonach mit dem belastenden Akt über die Gewährung eines Ausgleichs zu entscheiden ist. Ein Anknüpfungspunkt besteht allerdings, wenn die Behörden dem Betroffenen eine beantragte Genehmigung für eine konkrete Grundstücksnutzung, etwa eine Baugenehmigung, oder sonstige Grundstücksnutzungen aufgrund des Biotoptypschesutzes von Amts wegen untersagen. In diesen Fällen wäre zugleich über einen gegebenenfalls erforderlichen Ausgleich zu entscheiden. Da auch insofern normative Regelungen für die zeitgleiche Entscheidung über eine Kompensation fehlen, genügt der gesetzliche Biotoptypenschutz, genügen die naturschutzrechtlichen Ausgleichsregelungen auch insofern nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Auf weitere Fragen insbesondere des Rechtsschutzes wird im Rahmen der Untersuchung des ipso-iure-Verfahrens einzugehen sein⁶⁷⁰.

⁶⁶⁹ BVerfGE 100, S. 226, 3. Leitsatz.

⁶⁷⁰ Siehe unten, S. 197 ff.

X. Ergebnis

Der gesetzliche Biotoptypenschutz verletzt zum einen aufgrund der pauschalen und undifferenzierten Überbewertung der naturschutzrechtlichen Belange des Arten- und Biotopschutzes gegenüber den Belangen des betroffenen Grundeigentümers das Übermaßverbot und das Gebot einer gerechten Abwägung. Zum anderen führen die absoluten Veränderungsverbote des gesetzlichen Biotoptypenschutzes in Einzelfällen zu unzumutbaren, die Sozialbindung des Eigentums überschreitenden Belastungen des betroffenen Grundeigentümers und sonstigen Nutzungsberechtigten. Die in einigen Landesnaturschutzgesetzen normierten Ausgleichsregelungen genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht. Sie vermögen daher an der Unzumutbarkeit des gesetzlichen Biotoptypenschutzes in Härtefällen auch dann nichts zu ändern, wenn tatsächlich nur ökologisch wertvolle, besonders hochwertige Flächen erfasst würden.

Der gesetzliche Biotoptypenschutz ist aufgrund der fehlerhaften Überbewertung des Biotopschutzes und der Missachtung des in Art. 14 I S. 1 GG garantierten Privateigentums verfassungswidrig. Die Eigentumsgarantie in Art. 14 I S. 1 GG ist verletzt.

4. Teil: Vereinbarkeit mit der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie

Das Verhältnis des gesetzlichen Biotoptypschatzes zur gemeindlichen Bauleitplanung wurde bereits dargestellt⁶⁷¹. Der gesetzliche Biotoptypschatz führt zu nicht unerheblichen Einschränkungen der kommunalen Planungshoheit und kann die Funktionslosigkeit bestehender Bauleitpläne zur Folge haben. Diese Auswirkungen sind im Hinblick auf die Gewährleistung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden in Art. 28 II S. 1 GG auf ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit zu untersuchen.

A. Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltung

„Art. 28 II S. 1 GG gewährleistet den Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Die darin liegende Garantie der Einrichtung gemeindlicher Selbstverwaltung bedarf der gesetzlichen Ausgestaltung und Formung.“⁶⁷² Diese These zur Rechtsdogmatik des Art. 28 II S. 1 GG stellt das BVerfG seinem „Rastede-Beschluss“ vom 23. November 1988 voran. Die als „zentraler Markstein“⁶⁷³ der Konzeption der kommunalen Selbstverwaltung des Grundgesetzes bezeichnete Leitentscheidung hat Anlass zu einer fortdauernden wissenschaftlichen Diskussion über die dogmatische Struktur, den Inhalt und die Schranken der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der gemeindlichen Selbstverwaltung gegeben. Entgegen der Ansicht des BVerwG⁶⁷⁴ ist zu bezweifeln, dass Inhalt und Umfang der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie in der höchstrichterlichen Rechtsprechung geklärt sind⁶⁷⁵, wird die „Rodung des dogmatischen Dickichts“⁶⁷⁶ als misslungen und das BVerfG auf „verschlungenen“ Argumentationspfaden⁶⁷⁷ erblickt. Der Streit um die Systematik des Art. 28 II GG ist auch mehr als zehn Jahre nach dem Rastede-Beschluss nicht beendet und hat sich zum „Dauerbrenner“ entwickelt. Eine Überprüfung des gesetzlichen Biotoptypschatzes auf seine Vereinbarkeit mit Art. 28 II S. 1 GG setzt die Klärung der dogmatischen Konzeption der verfassungsrechtlichen Gewährleistung voraus. Denn die dogmatische Struktur und

Zuordnung der Verfassungsnorm bestimmen den Rahmen, die Schranken des Gesetzgebers⁶⁷⁸,

⁶⁷¹ Vgl. oben, S. 21 ff.

⁶⁷² BVerfGE 79, S. 127 (143).

⁶⁷³ Kenntner, DÖV 1998, S. 701.

⁶⁷⁴ BVerwG NVwZ 1994, S. 900 (901).

⁶⁷⁵ Kenntner, DÖV 1998, S. 701.

⁶⁷⁶ Ipsen, ZG 1994, S. 194.

⁶⁷⁷ Maurer, in: Schoch (Hrsg.), Selbstverwaltung der Kreise in Deutschland, 1996, S. 18.

Rahmen, die Schranken des Gesetzgebers⁶⁷⁸, an denen der gesetzliche Biotoptypschutz zu messen ist.

I. Dogmatische Struktur

Das BVerfG stellt in seiner Entscheidungsbegründung des „Rastede-Beschlusses“ zwei zentrale Thesen auf. Erstens sei Art. 28 II S. 1 GG als Einrichtungsgarantie zu qualifizieren und zweitens bedürfe die garantierte Institution der gemeindlichen Selbstverwaltung der gesetzlichen Ausgestaltung und Formung. Die Richtigkeit dieser Thesen zur Dogmatik der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie gilt es zu überprüfen. Angemerkt sei, dass es im Hinblick auf den vom BVerfG in Art. 28 II S. 1 GG gesehenen „Gestaltungsauftrag“ an den Gesetzgeber nicht verwundert, dass strukturelle Parallelen zu Art. 14 I S. 2 GG in der Literatur zumindest gesehen und diskutiert werden⁶⁷⁹. Es bleibt zu klären, ob sich das BVerfG tatsächlich und ggf. zu Recht in seinem dogmatischen Verständnis des Art. 28 II S. 1 GG inhaltlich an die von ihm - beginnend mit dem Kleingarten- und Nassauskiesungsbeschluss - entwickelte Eigentumssystematik des Art. 14 I GG als vom Gesetzgeber geprägtes Recht anlehnt.

1. Institutionelle Garantie und subjektives Recht

Während die Qualifikation des Art. 14 GG als Grundrecht, als subjektives Recht jedes einzelnen Rechtsträgers, zu Recht unbestritten ist, wird Art. 28 II S. 1 GG – nicht ohne Widersprüche - in der Rechtsprechung des BVerfG⁶⁸⁰ in Übereinstimmung mit einem Teil der Literatur⁶⁸¹ nur als Einrichtungs- oder institutionelle Garantie bezeichnet. Exemplarisch sei die lapidare Feststellung des BVerfG⁶⁸² in seinem sog. „Rück-Neugliederung-Beschluss“ vom 12. Mai 1992 hervorgehoben: „Art. 28 II S. 1 GG gewährleistet Gemeinden nur institutionell, nicht individuell.“ Dieses Verständnis des Art. 28 II S. 1 GG geht auf die in der Weimarer Reichsverfassung von Carl Schmitt begründete Lehre der institutionellen Garantie zurück, die

⁶⁷⁸ Schoch, VerwArch 81 (1991), S. 18 (24); Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1041); Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (702); Clemens, NVwZ 1990, S. 834 (835).

⁶⁷⁹ Schoch, VerwArch 81 (1991), S. 18 (27) und Fn. 51; Ipsen, ZG 1994, S. 194 (204); Maurer, DVBl. 1995, S. 1041, Fn. 40; Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (707).

⁶⁸⁰ BVerfGE 56, S. 298 (312); 76, S. 107 (119); 79, S. 127 (143); 86, S. 90 (106).

⁶⁸¹ Maunz, in: Maunz/Dürig, Art. 28 Rn. 45; Stern, Staatsrecht I, S. 408 ff.; Clemens, NVwZ 1990, S. 834 f.; Schoch, VerwArch 81 (1990), S. 18 (26 ff., 42); Gern, Kommunalrecht, S. 44 Rn. 25;

⁶⁸² BVerfGE 86, S. 90 (107).

u.a. auf den die gemeindliche Selbstverwaltung regelnden Art. 127 WRV angewandt wurde. In Abgrenzung zur zunächst vorherrschenden Ansicht⁶⁸³, dass Art. 127 WRV dem Gesetzgeber gegenüber keine Bindungswirkung entfaltet, betonte Carl Schmitt, dass Art. 127 WRV kein Grundrecht enthält, sondern die Einrichtung der kommunalen Selbstverwaltung als solche schützt und verbietet, dass sie durch die Gesetzgebung beseitigt oder ihrer wesentlichen Bestandteile beraubt wird⁶⁸⁴.

Dieses Verständnis des Art. 127 WRV fand zunehmend Anklang in der verfassungsrechtlichen Literatur und wurde letztlich – wenn auch nicht ausdrücklich – vom Staatsgerichtshof des Deutschen Reiches in der grundlegenden Entscheidung vom 10./11. Dezember 1929 übernommen: „Art. 127 RVerf. bedeutet kein bloßes Programm ohne rechtlichen Gehalt. Er setzt vielmehr bindend fest, daß den Gemeinden und Gemeindeverbänden das Recht der Selbstverwaltung zusteht. Die Landesgesetzgebung darf daher dieses Recht nicht aufheben und die Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten nicht den Staatsbehörden übertragen. Sie darf die Selbstverwaltung auch nicht derart einschränken, daß sie innerlich ausgehöhlt wird, die Gelegenheit zu kraftvoller Betätigung verliert und nur noch ein Scheindasein führen kann. Nicht aber ist aus Art. 127 herzuleiten, daß er den Gemeinden die Selbstverwaltungsrechte in ihren Einzelheiten verbürge, die ihnen zur Zeit der Verkündung der Verfassung zustanden, oder daß er den einzelnen Gemeinden, die damals vorhanden waren, ihre dauernde Erhaltung zusichere. Dafür läßt sich weder aus dem Wortlaut der Vorschrift etwas entnehmen noch aus ihrer Entstehungsgeschichte.“⁶⁸⁵

Die zu Art. 127 WRV entwickelte Dogmatik hat das BVerfG bereits in seiner Entscheidung⁶⁸⁶ vom 20. März 1952 auf die grundgesetzliche Konzeption in Art. 28 II GG übertragen und ausgeführt, dass der Grundgesetzgeber weder hinter der Gewährleistung der Weimarer Reichsverfassung zurückbleiben noch über sie hinausgehen wollte. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Wesen und der Dogmatik der institutionellen Garantie unterblieb. Verkannt wurde insbesondere, dass sich Art. 28 II S. 1 GG nach Wortlaut, Inhalt und Entstehungsgeschichte deutlich von Art. 127 WRV absetzt⁶⁸⁷. Die unreflektierte Bejahung der Kon-

⁶⁸³ Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Art. 127.

⁶⁸⁴ Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 170 f.

⁶⁸⁵ RGHZ 126, Anh. S. 22 f.

⁶⁸⁶ BVerfGE 1, S. 167 (175).

⁶⁸⁷ Vgl.: Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1042); Kenntner, DÖV 1998, S. S. 701 (703).

tinuität der grundgesetzlichen Selbstverwaltungsgarantie in die zu Art. 127 WRV entwickelte Dogmatik und die Übertragung der überkommenen Erkenntnisse mögen der Grund dafür sein, dass es der Rechtsprechung des BVerfG zur kommunalen Selbstverwaltungsgarantie an Stringenz fehlt, das Gericht zumindest auf Kosten der Verständlichkeit – wie noch zu zeigen ist – zum Spagat zwischen den gewandelten grundgesetzlichen Vorgaben in Art. 28 II S. 1 GG und der überkommenen Dogmatik mit den damit verbundenen Begrifflichkeiten gezwungen ist.

a) Verneinung der Grundrechtsqualität

Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 II S.1 GG ist – zumindest insofern dürfte weitgehende Einigkeit bestehen – kein Grundrecht⁶⁸⁸. Die Gemeinden sind im Staatsaufbau des Grundgesetzes als Teil der Staatsgewalt verfasst, sie sind selbst Untergliederungen des Staates. In Abgrenzung zur Weimarer Reichsverfassung wurde die kommunale Selbstverwaltung vom Grundgesetzgeber außerhalb der Grundrechte gesehen⁶⁸⁹. Diesem Verständnis ist durch die systematische Stellung der Garantie im staatsorganisationsrechtlichen Teil des Grundgesetzes Rechnung getragen. Es wird bestätigt durch die gesonderte Verankerung des prozessualen Instruments der Kommunalverfassungsbeschwerde in Art. 93 I Nr. 4 b GG, außerhalb der Regelung für die Grundrechtsverfassungsbeschwerde in Art. 93 I Nr. a GG. Gegen eine Qualifizierung des Art. 28 II S. 1 GG als Grundrecht spricht letztlich ein Verständnis der Grundrechte als individualbezogener Menschen- oder Bürgerrechte, wie es dem ersten Abschnitt des Grundgesetzes zugrunde liegt⁶⁹⁰.

Die Verneinung der Grundrechtsqualität der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie lässt hingegen nicht den Rückschluss zu, durch Art. 28 II S. 1 GG werde lediglich eine institutionelle Garantie und kein subjektives Recht begründet⁶⁹¹. Die Verneinung bleibt insofern dogmatisch unergiebig. Die Gegenmeinung⁶⁹² verkennt, dass nicht allein die Grundrechte subjektive Rechte gewährleisten. Zutreffend wird auf Art. 21 I GG verwiesen, der nach einhelliger Meinung subjektive Rechte der politischen Parteien begründet, obwohl er systematisch nicht

⁶⁸⁸ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 28 Rn. 5; Ipsen, ZG 1994, S. 194 (199); Schoch, VerwArch 81 (1990), S. 18 (24) sowie Fn. 39; Clemens, NVwZ 1990, S. 834 (835); Gern, S. 44 Rn. 25; Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (702 ff.; 706);

⁶⁸⁹ Vgl. hierzu: Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (703); Clemens, NVwZ 1990, S. 834 (835).

⁶⁹⁰ Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1041).

⁶⁹¹ Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1041); Ipsen, ZG 1994, S. 194 (199); Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (708).

⁶⁹² So aber: Clemens, NVwZ 1990, S. 834 (835);

den Grundrechten zugeordnet ist⁶⁹³, der Ausdruck „Recht“ nicht erscheint und eine ausdrückliche prozessuale Absicherung anders als in Art. 93 I Nr. 4 b GG unterblieben ist⁶⁹⁴.

b) Subjektives Recht der Gemeinden

Art. 28 II S. 1 GG garantiert den Gemeinden die eigenverantwortliche Regelung aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft als subjektives Recht⁶⁹⁵. Eine Deutung der grundgesetzlichen Gewährleistung als lediglich objektiv-rechtlicher Einrichtungsgarantie ist mit Art. 28 II S. 1 GG unvereinbar.

aa) Wortlaut und Systematik

Für die Qualifizierung des Art. 28 II S. 1 GG als subjektives Recht spricht bereits sein klarer Wortlaut. Gewährleistet wird nicht die gemeindliche Selbstverwaltung, sondern das „Recht“ der Selbstverwaltung. Die Formulierung wurde bei den Beratungen im Parlamentarischen Rat mit Bedacht gewählt, geht auf eine Intervention von Suhr zurück, der anregte, nicht nur einen Grundsatz, sondern ein Recht zu verankern⁶⁹⁶. Die Formulierung in Art. 28 II S. 1 GG, die nicht kurzerhand bestimmt, dass die Gemeinden das Selbstverwaltungsrecht „haben“, sondern es ihnen gewährleistet sein muss, erklärt sich aus dem Umstand, dass die Gewährleistung entsprechend der Kompetenzverteilungen in Kommunalangelegenheiten vor allem an die Länder adressiert wird und diese verpflichtet werden⁶⁹⁷. Untermauert wird diese Qualifizierung durch Art. 93 I Nr. 4 b 1. Hs. GG⁶⁹⁸. Das BVerfG entscheidet über Verfassungsbeschwerden von Gemeinden und Gemeindeverbänden wegen Verletzung des Rechts auf Selbstverwaltung nach Art. 28 durch ein Gesetz. Den Gemeinden ist das Recht eingeräumt, Eingriffe in das „Recht auf Selbstverwaltung“ im Wege der Kommunalverfassungsbeschwerde abzuwehren. Art. 28 II S. 1 GG hat mithin eine prozessuale Absicherung in der Verfassung erfahren. Auch von der Rechtsprechung und der ihr folgenden Literatur wird daher trotz der Betonung des

⁶⁹³ Vgl.: Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 21 Rn. 1.

⁶⁹⁴ Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1042); Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (706).

⁶⁹⁵ Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1041); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 28 Rn. 5; Ipsen, ZG 1994, S. 194 (212); Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (706).

⁶⁹⁶ Vgl.: Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (706),

⁶⁹⁷ Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1041); Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (706).

⁶⁹⁸ Ipsen, ZG 1994, S. 212; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 28 Rn. 1; Frenz, Die Verwaltung 1995, S. 33 (39); Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1041).

lediglich institutionellen Gehalts des Art. 28 II S. 2 GG die Beschwerdebefugnis der einzelnen Gemeinde gegen sie in ihrer gemeindlichen Selbstverwaltung betreffende Gesetze bejaht⁶⁹⁹. Entsprechend wird die Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage gegen sonstige, das kommunale Selbstverwaltungsrecht verletzende Rechtsakte allgemein anerkannt⁷⁰⁰. Die Annahme einer lediglich institutionellen Garantie lässt sich hingegen mit der zutreffend bejahten verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Klagebefugnis einzelner Gemeinden im Hinblick auf eine Verletzung des Art. 28 II S. 1 GG nicht vereinbaren, sondern setzt zwingend ein subjektives Recht der jeweils klagenden Gemeinde voraus.

bb) Historische Auslegung

Mit der Normierung des Art. 28 II GG hat der Verfassungsgeber den Art. 127 WRV nicht inhaltlich in das Grundgesetz übernommen, ihn quasi „inkorporiert“⁷⁰¹. Die Verfassungsmaterialien belegen, dass Art. 28 II GG auf eine eigenständige Entwicklung zurückzuführen ist, die insbesondere von den dem Grundgesetz zeitlich vorangehenden Ausgestaltungen der Landesverfassungen geprägt wurde. Die Ausgestaltung des Art. 28 II GG ist als bewusste Antwort auf die zentralistische Gleichschaltung des nationalsozialistischen Regimes zu betrachten. Bereits insofern verbietet sich die Annahme einer lückenlosen Kontinuität⁷⁰². Der Grundgesetzgeber hat anders als der Verfassungsgeber in Art. 127 WRV die kommunale Selbstverwaltung – wie bereits festgestellt – nicht im Grundrechtsteil des Grundgesetzes geregelt. Entsprechend fand eine Auseinandersetzung über die Rechtsfigur der institutionellen Garantie weder in den Beratungen des Herrenchiemseer Konvents noch in denen des Parlamentarischen Rates statt⁷⁰³. Ausgangspunkt der Entwicklung der Einrichtungsgarantien in der Weimarer Reichsverfassung war gerade die Wirkungsschwäche der Grundrechte gegenüber dem Gesetzgeber. Da das kommunale Selbstverwaltungsrecht aus diesem Zusammenhang durch die Regelung außerhalb des Grundrechtskataloges von vornherein herausgelöst wurde, fehlte bereits der Anknüpfungspunkt – die unter der Weimarer Reichsverfassung zunächst gegebene Wirkungsschwäche der Grundrechte – für die Anwendung der Lehre von den Einrichtungsgarantien. Belegt wird die grundgesetzliche

⁶⁹⁹ Vgl. etwa: BVerfGE 79, S. 127 (141); 86, S. 90 (106).

⁷⁰⁰ Gern, S. 407 ff.

⁷⁰¹ So aber schon: BVerfGE 1, S. 167 (175).

⁷⁰² Vgl. die Ausführungen bei: Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (702 ff.); sowie: Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1042);

⁷⁰³ Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 764; Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (703).

rantien. Belegt wird die grundgesetzliche Distanzierung von Art. 127 WRV insbesondere durch die inhaltliche Bestimmung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts.

cc) Auslegung nach Sinn und Zweck der Gewährleistung

Wie bereits der oben zitierten Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes zu entnehmen ist, vermag die dogmatische Figur der „institutionellen Garantie“ lediglich die Einrichtung „an sich“ zu erhalten, nicht hingegen die subjektive Rechtsstellung der einzelnen Gemeinde zu schützen. Sie setzt dem Gesetzgeber nur insofern Schranken, als sie die gänzliche Beseitigung oder schleichende Aushöhlung der kommunalen Selbstverwaltung verhindert, den gesetzgeberischen Zugriff im Vorfeld auf einzelne Zuständigkeiten der Gemeinden aber nicht zu begrenzen vermag. Eine entsprechende Deutung des Art. 28 II S.2 GG müsste zur Minimierung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung führen⁷⁰⁴. Diese Tatsache wird auch vom BVerfG⁷⁰⁵ nicht verkannt und es wird zutreffend festgestellt, dass dieser Minimalstandard den Zielen und Inhalten der verfassungsrechtlichen Gewährleistung aus Art. 28 II S. 1 GG nicht gerecht wird. Das Gericht verweist auf die grundgesetzliche Entscheidung zugunsten eines nach Verwaltungsebenen gegliederten, auf Selbstverwaltungskörperschaften ruhenden Staatsaufbau, die Ausstattung der Gemeinden mit der Allzuständigkeit für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft und die zum Ausdruck kommende Festlegung eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses als materiell verstandenen Prinzips dezentraler Aufgabenansiedlung im Sinne eines „Aufbaus der Demokratie von unten nach oben“⁷⁰⁶. Das BVerfG leitet aus Art. 28 II S. 1 GG ein verfassungsrechtliches Aufgabenverteilungsprinzip zugunsten der Gemeinden ab, das der Zuständigkeiten verteilende Gesetzgeber zu beachten hat, und stellt fest: „Auf diese Weise sichert Art. 28 II S. 1 GG den Gemeinden einen Aufgabenbereich, der grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfaßt.“⁷⁰⁷

In diesen Aussagen offenbart sich, dass auch das BVerfG stillschweigend ein durch Art. 28 II S. 1 GG gewährleitetes, subjektives Recht voraussetzt, einen der Grundrechtsdogmatik vergleichbaren „Schutzbereich“ anerkennt, durch Auslegung konkretisiert und insofern konsequent die Schranken des Gesetzgebers für Eingriffe in diesen „Schutzbereich“ auch außerhalb

⁷⁰⁴ Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1041); Ipsen, ZG 1994, S. 194 (195 f.).

⁷⁰⁵ BVerfGE 79, S. 127 (148); vgl. auch: BVerfGE 56, S. 298 (312 f.).

⁷⁰⁶ BVerfGE 79, S. 127 (148 f.).

⁷⁰⁷ BVerfGE 79, S. 127 (150) unter Verweis auf: BVerfGE 26, S. 228 (237 f.); 56, S. 298 (312); 59, S. 216 (226).

eines an die Institutsgarantie anknüpfenden Kernbereichs formuliert⁷⁰⁸. Die Entscheidung des BVerfG zur „Rück-Neugliederung“ belegt, dass das Gericht der eigenen These einer bloßen Einrichtungsgarantie in der Prüfung nicht folgt, sie in der Anwendung als Lippenbekenntnis widerlegt.

Im ersten Schritt bejaht das BVerfG die Beschwerdebefugnis der sich gegen die Wiederausgliederung von Teilen ihres Gebietsbestandes wehrenden Gemeinden, da sie schlüssig behaupten können, in „ihrem Recht auf Selbstverwaltung“ nach Art. 28 II S. 1 GG unmittelbar verletzt zu sein, um im zweiten Schritt, eingangs der Begründetheitsprüfung, festzustellen: „Die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II S. 1 GG steht Veränderungen des Gebietsbestandes einzelner Gemeinden nicht entgegen. Art. 28 II S. 1 GG gewährleistet Gemeinden nur institutionell, nicht individuell. Auflösungen von Gemeinden, Gemeindezusammenschlüsse, Eingemeindungen und sonstige Gebietsänderungen beeinträchtigen den verfassungsrechtlich geschützten Kernbereich des Selbstverwaltungsrechts deshalb grundsätzlich nicht.“ Nach dieser Aussage hätte die Beschwerdebefugnis der einzelnen Gemeinden bereits verneint werden müssen, da die angegriffene, gesetzliche Regelung weder darauf abzielte, die Gemeinden als Einrichtungen im Verwaltungsaufbau sowie die Institution gemeindliche Selbstverwaltung zu beseitigen noch ihre typischen Funktionen zu beschränken. In einem dritten Schritt wendet sich das BVerfG stillschweigend der hier vertretenen Prämisse zu, dass Art. 28 II S. 1 GG die Gemeinden auch als Rechtssubjekte schützt, arbeitet detailliert die aus Art. 28 II S. 1 GG abzuleitenden Schranken des Gesetzgebers heraus⁷⁰⁹ und vermag letztlich nicht zu verbergen, dass es einen Eingriff in eine individuelle Rechtsposition anhand eines der Grundrechtsdogmatik vergleichbaren Schemas prüft⁷¹⁰. Endlich stellt das Gericht als Ergebnis seiner Begründetheitsprüfung fest: „Die Verfassungsbeschwerde ist begründet. §§ 1 und 3 des Gesetzes vom 28. März 1990 verletzen die Beschwerdeführerinnen in ihrem durch Art. 28 II S. 1 GG geschützten Recht auf Selbstverwaltung.“⁷¹¹ Der Widerspruch, dass eine einzelne Gemeinde in einem subjektiven Selbstverwaltungsrecht individuell verletzt sein kann, während die verfassungsrechtliche Gewährleistung in Art. 28 II S. 1 GG als bloße Institutsgarantie qualifiziert und daher nach ihrer Definition nur die Institution an sich, nicht aber die einzelne Gemeinde gewährleistet, bleibt unerklärt.

⁷⁰⁸ Vgl.: BVerfGE 79, S. 127 (152), wo von einem „Gewährleistungsbereich des Art. 28 II S. 1 GG“ die Rede ist.

⁷⁰⁹ BVerfGE 86, S. 90 (107 ff.).

⁷¹⁰ Ipsen, ZG 1994, S. 194 (206 f.), Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (706).

⁷¹¹ BVerfGE 86, S. 90 (107).

Die zweifelhafte Feststellung, dass „... zum Inhalt des verfassungsrechtlich gewährleisteten Kernbereichs der kommunalen Selbstverwaltung (...) gehört (...), daß Bestands- und Gebietsänderungen nur aus Gründen des öffentlichen Wohls und nach Anhörung der betroffenen Gebietskörperschaften zulässig sind ...“, löst den aufgezeigten Widerspruch nicht auf. Schon dogmatisch bleibt unklar, wie der individuelle Bestand einer Gemeinde zum Kernbereich erhoben werden kann, wenn er gerade nicht von der verfassungsrechtlichen Gewährleistung erfasst werden soll⁷¹². Letztlich entscheidend bleibt, dass bei Verneinung einer individuellen Gewährleistung keine subjektive Rechtsverletzung der einzelnen Gemeinde festgestellt werden kann, auch wenn der so definierte Kernbereich tatsächlich angetastet wird. Die materiell richtige Prüfung und das festgestellte Ergebnis widerlegen die vom Gericht formulierte, fehlerhafte These. Eine Bindung des Gesetzgebers „auch außerhalb des Kernbereichs der Garantie“ widerspricht der Deutung des Art. 28 II S. 1 GG als bloßer Einrichtungsgarantie. Nur das hier vertretene Verständnis des Art. 28 II S. 1 GG als subjektivem Recht der einzelnen Gemeinde erklärt die vom BVerfG formulierten Schranken des Gesetzgebers.

Aus dem Umstand, dass einzelne Gemeinden etwa im Zuge einer Gemeindereform unter vom BVerfG formulierten, strengen Voraussetzungen aufgelöst werden können, wie es einhellige und richtige Meinung ist, steht der Annahme der Gewährleistung eines subjektiven Rechts der einzelnen Gemeinden nicht entgegen, denn jedes Recht bezieht sich auf die jeweils existierenden Rechtssubjekte⁷¹³. Es geht also um die verfassungsrechtliche Gewährleistung während der Zeit des Bestehens. Die Gemeinden sind in ihrem Bestand geschützt. Dieser Schutz steht aber unter dem Vorbehalt des Gesetzes⁷¹⁴. Selbst für die Grundrechtsträgerschaft etwa der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten oder der öffentlichen Universitäten und Fakultäten ist anerkannt, dass einzelne Rechtsträger keinen Bestandsschutz genießen⁷¹⁵.

2. Parallelen zu Art. 14 I S. 2 GG

Zu würdigen bleibt die zweite These des BVerfG in seinem „Rastede-Beschluss“. Das Gericht sieht den Gesetzgeber zur Ausgestaltung und Formung der Garantie der Einrichtung gemeind-

⁷¹² Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (706).

⁷¹³ Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1042); Ipsen, ZG 1994, S. 194 (206 f.).

⁷¹⁴ Ipsen, ZG 1994, S. 194 (206 f.).

⁷¹⁵ Frenz, Die Verwaltung 1995, S. 33 (39).

licher Selbstverwaltung berufen⁷¹⁶. Diese These ist bereits insofern ihrer Berechtigung, ihres ursprünglichen Anknüpfungspunktes, beraubt, als Art. 28 II S. 1 GG eben nicht (nur) eine institutionelle Garantie ist, sondern die kommunale Selbstverwaltung den Gemeinden als subjektives Recht gewährleistet. Auch außerhalb des sich aus der institutionellen Garantie ergebenden Kernbereichs⁷¹⁷ sind dem Gesetzgeber Schranken gesetzt. Zutreffend stellt Schoch in diesem Zusammenhang fest: „Wohl nirgends sonst sind die Spielräume von Gesetzgebern größer als bei der Ausstattung und Formung von Einrichtungsgarantien.“⁷¹⁸ Die Reduzierung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung auf diesen Minimalstandard wurde bereits oben abgelehnt. Verneint ist damit aber noch nicht die Frage, ob die gemeindliche Selbstverwaltung als Gegenstand der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der gesetzgeberischen Ausgestaltung bedarf. Dies belegt der Vergleich mit der Eigentumsgarantie. Art. 14 I GG knüpft im Unterschied zu anderen Grundrechten nicht an reale, natürliche oder soziale Gegebenheiten an. Das Eigentum bedarf vielmehr als Gegenstand der verfassungsrechtlichen Garantie der rechtlichen Ausgestaltung⁷¹⁹. Art. 14 I S. 2 GG richtet an den Gesetzgeber den Auftrag, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen. Er hat auf der Ebene des objektiven Rechts diejenigen Rechtssätze zu schaffen, welche den Inhalt des Rechtsinstituts Eigentum bestimmen, die subjektiven Rechte und Pflichten des Eigentümers normieren und seine Rechtsstellung begründen⁷²⁰.

Die deutliche, zumindest verbale Annäherung der höchstrichterlichen Rechtsprechung an die Eigentumsdogmatik verkennt einen gravierenden Unterschied in den grundgesetzlichen Ausgestaltungen der Garantien⁷²¹. Das Objekt der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie ist in Art. 28 II S. 1 GG inhaltlich bestimmt⁷²². Den Gemeinden wird das Recht gewährleistet, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln. Der materielle Gehalt gemeindlicher Selbstverwaltung, der mit einer räumlichen (örtlichen) und einer sozialen (Gemeinschaft) Komponente umrissen wird⁷²³, ist vom Grundgesetz selbst ~~vorgegeben und daher der verbindlichen einfachgesetzlichen Definition des Gesetzgebers~~

⁷¹⁶ BVerfGE 79, S. 127 (143, 152).

⁷¹⁷ Vgl. zur Verknüpfung von Kernbereich und institutioneller Garantie: Ipsen, ZG 1994, S. 194 ff.

⁷¹⁸ Schoch, in: Henneke/Maurer/Schoch, Die Kreise im Bundesstaat, 1994, S. 9, 30; Maurer, DVBl. 1995, S. 1037, 1042.

⁷¹⁹ Vgl. oben, S. 83 ff.

⁷²⁰ BVerfGE 21, S. 73 (79); 58, S. 300 (336); Böhmer, a.a.O. S.2572.

⁷²¹ Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (707 f.).

⁷²² Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1041).

⁷²³ Hierzu: Schmidt-Jortzig, DÖV 1989, S. 142 (144 ff.).

ben und daher der verbindlichen einfachgesetzlichen Definition des Gesetzgebers entzogen⁷²⁴. Diesem steht keine inhaltsbestimmende Gestaltungsfreiheit für einen verfassungsrechtlich offenen Begriff zu⁷²⁵. Einschränkend spricht das BVerfG an anderer Stelle lediglich vom „unbestimmten Verfassungsbegriff der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“⁷²⁶ und stellt weitergehend fest: „Art. 28 Abs. 2 Satz 2 GG sichert den Gemeindeverbänden – und damit den Kreisen – anders als Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG den Gemeinden gerade keinen bestimmten Aufgabenbereich.“⁷²⁷ Im Folgenden begnügt sich das Gericht mit der Auslegung der vorgefundenen, verfassungsrechtlichen Definition der Selbstverwaltung, ihrer Wesensmerkmale⁷²⁸. Entgegen der Eingangsthese des BVerfG⁷²⁹ hängt das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden also nicht von der Gestaltung und Formung des Gesetzgebers ab.

3. Zwischenergebnis

Art. 28 II S. 1 GG gewährleistet den Gemeinden die gemeindliche Selbstverwaltung als subjektives Recht. Ob es daneben noch einer Einrichtungsgarantie bedarf, wird vor dem Hintergrund der - anders als in der Weimarer Reichsverfassung – verfassungsrechtlichen Bindung auch des Gesetzgebers, insbesondere an das Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 III GG, bezweifelt⁷³⁰, bedarf aber an dieser Stelle keiner weiteren Erörterung. Der Gegenstand der verfassungsrechtlichen Gewährleistung ist anders als das Eigentum im Grundgesetz selbst inhaltlich bestimmt, bedarf also nicht der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber, sondern steht lediglich unter einem Gesetzesvorbehalt. Es ist daher verfehlt, wenn in der Literatur⁷³¹ in Reaktion auf die Widersprüche in der Rechtsprechung des BVerfG von einer Ausgestaltungsfreiheit des Gesetzgebers die Rede ist. Aus der dogmatischen Ausgestaltung der kommunalen Selbstverwaltung als subjektivem Recht der Gemeinden im Verhältnis zum Staat, dessen Gegenstand bereits durch das Grundgesetz inhaltlich konturiert ist, ergeben sich klare Strukturen. Staatliche

⁷²⁴ Schoch, VerwArch 81 (1990), S. 18 (26 f.); Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1042); Frenz, Die Verwaltung 1995, S. 33 (56 f.)

⁷²⁵ So ausdrücklich: Frenz, Die Verwaltung 1995, S. 33 (56 f.);

⁷²⁶ BVerfGE 79, S. 127 (154); hierzu: Frenz, a.a.O.

⁷²⁷ BVerfGE 79, S. 127 (150 f.).

⁷²⁸ BVerfGE 79, S. 127 (151 f.).

⁷²⁹ BVerfGE 79, S. 127 (143).

⁷³⁰ Die Erforderlichkeit einer institutionellen Garantie verneinend: Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1042); Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (706); kritisch auch: Ipsen, ZG 1994, S. 194 (195 ff.; 207 f.).

⁷³¹ Clemens, NVwZ 1990, S. 834 (836).

Maßnahmen, seien es Gesetze oder sonstige Akte, die zumindest auch von Relevanz für die örtliche Gemeinschaft sind, müssen im Konfliktfall daraufhin überprüft werden, ob sie in den „Gewährleistungs“- oder „Schutzbereich“ der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie eingreifen. Wird ein Eingriff bejaht, so ist zu fragen, ob er durch den Vorbehalt der gesetzlichen Schranken gedeckt ist.

II. Inhalt des Selbstverwaltungsrechts

Nachdem die Dogmatik der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie zumindest in ihren Grundzügen – auf den Schrankenvorbehalt „im Rahmen der Gesetze“ wird noch näher einzugehen sein – geklärt ist, bedarf es der Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Gewährleistungsbereichs. Eine umfassende Abgrenzung des Inhalts des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts kann hingegen unterbleiben. Die Erörterung hat sich wegen des Gegenstandes dieser Arbeit auf einige wenige Grundaussagen und die Überprüfung der Gewährleistung der gemeindliche Bauleitplanung durch Art. 28 II S. 1 GG zu beschränken.

1. Eigenverantwortlichkeit

Art. 28 II S. 1 GG gewährleistet den Gemeinden die eigenverantwortliche Regelung aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft. Die Selbstverwaltung ist durch die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinden bei der Wahrung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft charakterisiert⁷³². Der Grundgesetzgeber hat insofern für die Erledigung der noch zu bestimmenden Aufgaben einen autonomen Verwaltungsmodus vorgegeben⁷³³. Es ist den Gemeinden - im Rahmen der Gesetze - selbst die Entscheidung und die Verantwortung übertragen, ob, wann und wie sie diese Aufgaben wahrnehmen.

2. Gegenstand

Gegenstand des Selbstverwaltungsrechts sind „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff bedarf der Konkretisierung und Auslegung, was den Normanwender vor erhebliche Schwierigkeiten stellt⁷³⁴. Nach dem Verständnis des

⁷³² Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1043).

⁷³³ Ipsen, DÖV 1994, S. 194 (202).

⁷³⁴ Schmidt-Jortzig, DÖV 1989, S. 142 (144).

BVerfG⁷³⁵ sind „... Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben (...), die also den Gemeindegewohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und –wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen; auf die Verwaltungskraft der Gemeinde kommt es hierfür nicht an.“ Weiter betont das BVerfG⁷³⁶, dass diese Angelegenheiten keinen für allemal feststehenden Aufgabenkreis bilden. Herkömmlich hat das Gericht die Bestimmung und Abgrenzung der gegenwärtigen, gemeindlichen Aufgaben und nicht ohne Widerspruch⁷³⁷ zur Verneinung eines feststehenden Aufgabenkatalogs unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung und der verschiedenen historischen Erscheinungsformen der Selbstverwaltung vorgenommen⁷³⁸. In seinem „Rastede-Beschluss“ bestimmt das BVerfG – ohne auf historische Aspekte zu verzichten – nunmehr die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft auch funktional „nach der doppelten Funktion des Begriffs“: „Einerseits ist die gemeindliche Allzuständigkeit gegen den Zuständigkeitsbereich der allgemeinen Politik abzugrenzen (...), andererseits der grundgesetzlich gewollten Teilnahme der Bürger an der öffentlichen Verwaltung ihr Betätigungsfeld zuzuordnen.“⁷³⁹ Das Gericht rückt in begrüßenswerter Weise die Ziele, die Funktionen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung, in den Vordergrund. Richtigerweise wird der historischen Bestimmung der gemeindlichen Aufgaben vor dem Hintergrund eines stetigen gesellschaftlichen Entwicklungsprozesses und dem dadurch bedingten Wandel staatlicher Aufgaben nur eine Indizfunktion beizumessen sein. Zutreffend vermeidet die Ansicht des BVerfG jede Starrheit und steht der zukünftigen Entwicklung offen. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass einzelne Sachbereiche, die sachlogisch in ihrem Grundgedanken, nicht in ihren konkreten Ausprägungen, für eine gemeindliche Selbstverwaltung unverzichtbar sind, benannt werden⁷⁴⁰. Diese Sachbereiche, deren Aufgaben von den Gemeinden eigenverantwortlich wahrzunehmen sind, werden herkömmlich als „Gemeindehoheiten“ bezeichnet, wobei aber nicht verkannt werden darf, dass es sich nicht um eigenständige, verselbständigte Hoheitsrechte handelt⁷⁴¹, sondern ledig-

⁷³⁵ BVerfGE 79, S. 127 (151 f.).

⁷³⁶ BVerfGE a.a.O. S. 152.

⁷³⁷ Kritisch zum „historischen“ Ansatz: Schmidt-Jortzig, DÖV 1989, S. 142 (145); Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (706) Fn. 65.

⁷³⁸ BVerfGE 7, S. 358 (364); 11, S. 266 (274); 59, S. 216 (226); vgl. auch: Brohm, § 9 Rn. 2; Gern, S. 48 Rn. 33 a; Schmidt-Jortzig, DÖV 1989, S. 142 (145).

⁷³⁹ BVerfGE 79, S. 127 (151).

⁷⁴⁰ Brohm, § 9 Rn. 2.

⁷⁴¹ Ipsen, DÖV 1994, S. 194 (202).

lich um einzelne, nicht abschließend bezeichnete Elemente der verfassungsrechtlich gewährleisteten Allzuständigkeit der Gemeinden⁷⁴².

3. Gemeindliche Bauleitplanung als örtliche Angelegenheit

Diese knappe Ausführung zum Gewährleistungsbereich der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie vorangestellt, wird sowohl bei historischer als auch funktionaler Abgrenzung die gemeindliche Bauleitplanung in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Meinung⁷⁴³ als Regelung örtlicher Angelegenheiten zu qualifizieren sein. Das BVerfG hat die „kommunale Planungshoheit“ als Element des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden anerkannt und Eingriffe in diese auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüft⁷⁴⁴. Die Planung der Bodennutzung für das eigene Gemeindegebiet gehört zu den wichtigsten Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft und ist von erheblicher Relevanz für das Zusammenleben und –wohnen der Menschen in der Gemeinde⁷⁴⁵. Durch die Aufstellung von Bauleitplänen, insbesondere von Bebauungsplänen, lenken die Gemeinden die städtebauliche Entwicklung und bringen die widerstreitenden öffentlichen und privaten Interessen in der Gemeinde in der Planabwägung, § 1 VI BauGB, zum Ausgleich. Die Interessen und Bedürfnisse der Menschen im Gemeindegebiet werden dadurch in vielfältiger Weise gefördert, zurückgestellt oder in sonstiger Weise berührt. Der örtliche Bezug, die lokale „Verwurzelung“ und die Abgrenzung zum (alleinigen) Zuständigkeitsbereich der allgemeinen Politik ergeben sich zwingend aus der Begrenzung der Bauleitplanung auf das Gemeindegebiet und der Immobilität von Grund und Boden. Gerade die Regelung der Bodennutzung durch die Gemeinden selbst, also durch die von den Gemeindegewähltern gewählten Gemeinderäte, trägt der in Art. 28 II S. 1 GG angelegten und vom BVerfG⁷⁴⁶ herausgestellten Maxime eines Selbstbestimmungsrechts der Gemeindegewähltern, „des Aufbaus der Demokratie von unten nach oben“ und der damit verbundenen dezentralen Verwaltung, Rechnung⁷⁴⁷. Die örtliche Bauleitplanung ist ein wesentliches Element der durch

⁷⁴² Auch das BVerfG betont die Allzuständigkeit in: BVerfGE 79, S. 127 (146).

⁷⁴³ Brohm, § 9 Rn. 1; Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1143); Ipsen, DÖV 1994, S. 194 (202); Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 1 Rn. 4 sowie § 2 Rn. 4 f.

⁷⁴⁴ BVerfGE 56, S. 298 (313 f.); 76, S. 107 (118 f.).

⁷⁴⁵ Brohm, § 9 Rn. 1; Finkelnburg/Ortloff, Öffentliches Baurecht, Band I, S. 26; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr: § 1 Rn. 3; Dürr, S. 19 Rn. 10;

⁷⁴⁶ BVerfGE 79, S. 127 (149).

⁷⁴⁷ Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 2 Rn. 5;

Art. 28 II S. 1 GG gewährleisteten gemeindlichen Selbstverwaltung⁷⁴⁸. § 2 I S. 1 BauGB, wonach die Bauleitpläne von den Gemeinden in eigener Verantwortung aufzustellen sind, trägt diesem Umstand Rechnung.

III. Schrankenvorbehalt des Art. 28 II S. 1 GG

Die kommunale Planungshoheit als Element des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden ist nur im „Rahmen der Gesetzes“ gewährleistet. Art. 28 II S. 1 GG enthält einen den Grundrechten ähnlichen Eingriffsvorbehalt⁷⁴⁹. Zutreffend bestätigt und begründet das BVerfG im Einklang mit der herrschenden Lehre, dass der Gesetzesvorbehalt des Art. 28 II S. 1 GG nicht nur die Art und Weise der Erledigung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, sondern ebenso die gemeindliche Zuständigkeit für diese Angelegenheiten umfasst⁷⁵⁰. Bemerkenswert ist, dass das BVerfG entgegen seiner bereits oben widerlegten These, dass Art. 28 II S. 1 GG der gesetzlichen Ausgestaltung und Formung bedarf, in Anlehnung an die Grundrechtsdogmatik vom „Gesetzesvorbehalt“ spricht, was die hier vertretene Qualifizierung des Art. 28 II S. 1 GG als subjektivem Recht mit einem verfassungsrechtlich bestimmten „Schutzbereich“ bestätigt. Bereits aus dem Wortlaut des Art. 28 II S. 1 GG „im Rahmen der Gesetze“ folgt, dass Einschränkungen des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts durch die staatliche Exekutive nur aufgrund eines Gesetzes zulässig sind⁷⁵¹. Entscheidend für die hier zu führende Untersuchung sind die Grenzen, denen der Gesetzgeber bei Einschränkungen des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts trotz des Regelungsvorbehaltes in Art. 28 II S. 1 GG unterworfen ist. Über die dem Gesetzgeber gezogenen Schranken herrscht – bedingt durch das unterschiedliche dogmatische Verständnis der Garantie in Art. 28 II S. 1 GG - auch nach dem „Rastede-Beschluss“ des BVerfG vom November 1988 keine Einigkeit. Die Entscheidung des BVerfG erfährt unterschiedliche Interpretationen und wird zur Begründung differierender Schrankenvorbehalte, widerstreitender Ansichten, herangezogen⁷⁵².

⁷⁴⁸ Brohm, § 9 Rn. 2.

⁷⁴⁹ Brohm, § 9 Rn. 3, Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 28 II Rn. 12; Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1042).

⁷⁵⁰ BVerfGE 79, S. 127 (S. 143 ff. sowie Leitsatz 1); zustimmend: Schoch, VerwArch 81 (1990), S. 18 (28).

⁷⁵¹ Maurer, DVBl. 1995, S. 1995 (1042)

⁷⁵² Vgl. etwa: Schoch, VerwArch 81 (1990), S. 18 (22 ff.); Frenz, Die Verwaltung 1995, S. 33 (36 ff., 63); Clemens, NVwZ 1990, S. 834; Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1040 ff.); Ipsen, ZG 1994, S. 194 (207 ff.); Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (708 ff.).

1. Unantastbarer Kernbereich

In weitgehender Einigkeit mit der überwiegenden Lehre⁷⁵³ wird vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung⁷⁵⁴ als äußerste Schranke der gesetzgeberischen Befugnisse ein unantastbarer Kernbereich des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts postuliert. Es wird in Anlehnung an Art. 19 II GG vom Wesensgehalt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung, der nicht ausgehöhlt werden darf⁷⁵⁵, gesprochen. Die Annahme eines unantastbaren Kernbereichs knüpft unmittelbar an das Verständnis des Art. 28 II S. 1 GG als (zumindest auch) institutioneller Garantie an, wird aus dem Wesen der institutionellen Garantie abgeleitet⁷⁵⁶. Während die Institutsgarantie des Eigentums durch Strukturmerkmale wie etwa die „Privatnützigkeit“ und die „grundsätzliche Verfügungsbefugnis“ gekennzeichnet ist, sind in der Rechtsprechung zumindest bis zur Rastede-Entscheidung abstrakte Festlegungen unterblieben. In der Literatur wurde eine Umschreibung des Kernbereichs etwa von K. Stern versucht: „Der Wesensgehalt ist das Essentielle einer Einrichtung, das man aus einer Institution nicht entfernen kann, ohne deren Struktur und Typus zu verändern. Damit sind die typusbestimmenden Bestandteile, die essentiell und substantiell (...) die kommunale Selbstverwaltung prägen, geschützt. Gewährleistet ist also das typische Erscheinungsbild kommunaler Selbstverwaltung ...“⁷⁵⁷

Das BVerfG hat eine Benennung derjenigen gemeindlichen Aufgaben und Befugnisse, die in diesen Kernbereich, dem Minimum gemeindlicher Selbstverwaltung, konkret fallen sollen, stets vermieden: „Was zum Kernbereich zählt, läßt sich nicht allgemein, sondern nur von Fall zu Fall und unter Berücksichtigung vor allem der geschichtlichen Entwicklung und der verschiedenen historischen Erscheinungsformen der kommunalen Selbstverwaltung festlegen.“⁷⁵⁸ In seinem „Rastede-Beschluss“ stellt das Gericht zum Kernbereich fest: „Hiernach gehört zum Wesensgehalt der gemeindlichen Selbstverwaltung kein gegenständlich bestimmter oder nach feststehenden Merkmalen bestimmbarer Aufgabenkatalog, wohl aber die Befugnis, sich

⁷⁵³ Vgl. etwa: Maunz, in: Maunz/Dürig, Art. 28 Rn. 53; Stern, Staatsrecht, Bd. I, S. 416; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 28 Rn. 13; Brohm, § 9 Rn. 3; Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1044 f.); jeweils m.w.N.

⁷⁵⁴ BVerfGE 1, S. 167 (175 f.); 56, S. 298 (312); 76, S. 107 (118 f.); 79, S. 127 (146 f.); 91, S. 228 (238).

⁷⁵⁵ BVerfGE 76, S. 107 (118).

⁷⁵⁶ Vgl.: Stern, Staatsrecht, Bd. I, S. 416; Schoch, VerwArch 81 (1990), S. 418 (429); Ipsen, ZG 1994, S. 194 ff.

⁷⁵⁷ Stern, Staatsrecht, Bd. I, S. 416; zustimmend: Schmidt-Jortzig, Kommunale Organisationshoheit, S. 85; Koch/Steinmetz, JA 1982, S. 386 (388 f.).

⁷⁵⁸ BVerfGE 76, S. 107 (118).

aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, die nicht durch Gesetz bereits anderen Trägern öffentlicher Verwaltung übertragen sind, ohne besonderen Kompetenztitel anzunehmen“⁷⁵⁹. Als „Essentiale der gemeindlichen Selbstverwaltung“ leitet das BVerfG die Befugnis der Gemeinden her, bislang „unbesetzte“ Aufgaben in ihrem Bereich an sich zu ziehen⁷⁶⁰. Durchaus kritisch wird aber angemerkt: „Auch der Gedanke, Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG verbiete es, die gemeindliche Selbstverwaltung als solche – sei es durch ihre Aufhebung, sei es durch schleichende Aushöhlung – zu beseitigen, (...) greift erst, wenn sich positiv feststellen ließe, daß der den Gemeinden nach einem Aufgabenzug verbleibende Aufgabenbestand einer Betätigung ihrer Selbstverwaltung keinen hinreichenden Raum mehr beläßt. Dann aber wäre der Minimumstandard schon erreicht; er würde allenfalls verteidigt, aber nicht verhindert.“

Die Frage, ob und ggf. in welchem Umfang die gemeindliche Planungshoheit zum Kernbereich des Selbstverwaltungsrechts zu rechnen ist, hat das BVerfG bisher offengelassen. Einer Zuordnung bedurfte es nach dem institutionellen Verständnis der Wesensgehaltsgarantie nicht, da die jeweils mit der Kommunalverfassungsbeschwerde angegriffenen Gesetze „keine allgemeine Einschränkung oder gar Beseitigung der kommunalen Planungshoheit als Institution“ enthielten, sondern lediglich „einzelne“ Gemeinden betroffen waren⁷⁶¹. Die Entscheidungen belegen darüber hinaus, dass die Wesensgehaltssperre nur bei allgemeinen, die Gemeinden schlechthin treffenden Einschränkungen wirksam wird⁷⁶². In der einschlägigen Literatur zum öffentlichen Baurecht wird zwar überwiegend die Bauleitplanung als Element des Kernbereichs qualifiziert, ist der Umfang der Gewährleistung aber umstritten⁷⁶³. Relativierend heißt es, dass die Planungshoheit in ihren Grundgedanken und nicht in ihren einzelnen Ausprägungen unverzichtbar sei. Entscheidend soll lediglich sein, dass den Gemeinden ein substantieller Gestaltungsspielraum für die räumliche Ortsplanung verbleibt⁷⁶⁴. Als Eingriff in den Kernbereich wird zumindest der Entzug aller Möglichkeiten der Gemeinden, über das eigene Hoheitsgebiet planerisch zu entscheiden, qualifiziert⁷⁶⁵.

⁷⁵⁹ BVerfGE 79, S. 127 (146).

⁷⁶⁰ BVerfGE 79, S. 127 (147).

⁷⁶¹ BVerfGE 56, S. 298 (312 f.); 76, S. 107 (118 f.).

⁷⁶² Vgl.: Brohm, § 9 Rn. 5.

⁷⁶³ Brohm, § 9 Rn. 4 m.w.N.; Finkelnburg/Ortloff, Bd. I, S. 26 f.; a.A.: Clemens, NVwZ 1990, S. 834 (838).

⁷⁶⁴ Brohm, § 9 Rn. 4;

⁷⁶⁵ Schmidt-Aßmann, in: Festschrift für Sandler, S. 121 (134).

2. Gewährleistung außerhalb des Kernbereichs

Außerhalb des Kernbereichs, im „Vorfeld“ der Sicherung des Kernbereichs⁷⁶⁶, sieht das BVerfG den Gesetzgeber bei der Aufgabenausstattung der Gemeinden durch ein in Art. 28 II S. 1 GG statuiertes Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der Gemeinden im Sinne „eines auch materiell verstandenen Prinzips dezentraler Aufgabenansiedlung“ gebunden⁷⁶⁷. Eine Verwendung der Begriffe „Übermaßverbot“ oder „Verhältnismäßigkeit“ hat das Gericht beginnend mit seinem Rastede-Beschluss⁷⁶⁸ „geradezu peinlich genau“⁷⁶⁹ vermieden, ohne die zumindest verbale Abwendung von diesen elementaren Verfassungsgrundsätzen, die das Gericht zuvor zumindest bei Eingriffen in das Selbstverwaltungsrecht einzelner Gemeinden ausdrücklich angewandt hat⁷⁷⁰, zu erklären. Nunmehr will das BVerfG aus dem grundsätzlichen Zuständigkeitsvorrang, den Art. 28 II S. 1 GG in den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft den Gemeinden einräumt, ableiten, dass der Gesetzgeber eine Aufgabe mit relevantem örtlichen Charakter den Gemeinden nur aus Gründen des Gemeininteresses, vor allem also dann entziehen darf, wenn anders eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sichergestellt ist⁷⁷¹. Will der Gesetzgeber eine Aufgabe mit relevantem örtlichen Charakter den Gemeinden entziehen, so müssen die den Aufgabenentzug tragenden Gründe gegenüber dem verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilungsprinzip des Art. 28 II S. 1 GG überwiegen. Der Entscheidungsspielraum soll insofern normativ gebunden sein⁷⁷².

Die Betonung eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses und die zumindest verbale Aussparung des Verhältnismäßigkeitsgebots haben zu unterschiedlichen Reaktionen geführt. Einerseits wird behauptet, das BVerfG habe in der Rastede-Entscheidung eine Bindung des Gesetzgebers an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aufgegeben und ein eigenständiges Vorrangprinzip aus Art. 28 II S. 1 GG abgeleitet⁷⁷³. Andererseits beruft sich auch die konträre Meinung auf die Rechtsprechung des BVerfG. Sie vertritt die Ansicht, dass das Verhältnismäßig-

⁷⁶⁶ So: BVerfG DVBl. 1995, S. 290 (292) sowie Leitsatz 2 b).

⁷⁶⁷ BVerfGE 79, S. 127 (147, 149 ff.); hierzu: Schoch, VerwArch 81 (1990), S. 18 (27 f.).

⁷⁶⁸ BVerfGE 79, S. 127 (147 ff.), BVerfGE 90 (107, 109); BVerfG DVBl. 1995, S. 290 (292).

⁷⁶⁹ Schoch, VerwArch 81 (1990), S. 18 (32).

⁷⁷⁰ BVerfGE 56, S. 298 (313); 76, S. 107 (119).

⁷⁷¹ BVerfGE 79, S. 127 (153).

⁷⁷² BVerfGE a.a.O., S. 154.

⁷⁷³ Schoch, VerwArch 81 (1990), S. 18 (S. 32 f. sowie Fn. 93 – 95); Clemens, NVwZ 1990, S. 834 (835); Schmidt-Aßmann, in: FS für Sendler, S. 121 (135 f.).

keitsgebot erst seit dem „Rastede-Beschluss“ des BVerfG eine maßgebliche Rolle bei der Anwendung des Gesetzesvorbehalts i. S. des Art. 28 II S. 1 GG spielt bzw. seine Anwendbarkeit zumindest bekräftigt worden ist⁷⁷⁴.

3. Stellungnahme

Art. 28 II S. 1 GG gewährleistet – entgegen der verfehlten These des BVerfG - die gemeindliche Selbstverwaltung nicht nur als Institution, sondern als subjektives Recht der einzelnen Gemeinden und bestimmt selbst den Gegenstand der verfassungsrechtlichen Gewährleistung hinreichend. Auch außerhalb des „unantastbaren Kernbereichs“ besteht ein „Gewährleistungsbereich“, entfaltet Art. 28 II S. 1 GG – was insofern anerkannt sein dürfte – Rechts- und Bindungswirkung. Vor diesem Hintergrund sind die insbesondere in der Rechtsprechung des BVerfG entwickelten Gegenschranken des gesetzgeberischen Handelns im Rahmen des Eingriffsvorbehalts des Art. 28 II S. 1 GG zu würdigen.

a) Schwächen der Kernbereichstheorie

Unverkennbar ist, dass die Annahme eines unantastbaren Kernbereichs unmittelbar an das dogmatische Verständnis des Art. 28 II S. 1 GG als institutioneller Garantie anknüpft. Wird mit Stimmen in der Literatur die Notwendigkeit einer Einrichtungsgarantie verneint, so wird auch die Wesensgehaltssperre obsolet⁷⁷⁵. Wird angenommen, dass Art. 28 II S. 1 GG nicht nur das subjektive Recht der Gemeinden auf Selbstverwaltung verbürgt, sondern auch institutionelle Garantie ist, so bestehen gegen die Formulierung eines unantastbaren Wesensgehalts keine dogmatischen Einwände. Kritik ist dennoch anzubringen: Weder Rechtsprechung noch Literatur ist es gelungen, den Kernbereich, den Wesensgehalt des Selbstverwaltungsrechts, zu definieren, zu konkretisieren oder auch nur die wesentlichen Strukturelemente, anders als im Rahmen der Eigentumsgarantie, unstreitig herauszustellen. Kann der Kernbereich nicht abgegrenzt, der zwingend zu erhaltende Minimalstandard nicht bestimmt werden, so folgt aus dieser Tatsache letztlich – abgesehen vom in der Praxis nicht drohenden Fall der generellen Beseitigung des Selbstverwaltungsrechts - die praktische Unanwendbarkeit und mangelnde Wirksamkeit dieser Schranke⁷⁷⁶. Scharf wird von einer Leerformel gesprochen⁷⁷⁷ und gerügt,

⁷⁷⁴ Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1044); Ipsen, ZG 1994, S. 194 (207); Kronisch, S. 99 ff.

⁷⁷⁵ So: Ipsen, ZG 1994, S. 194 ff.; Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (706).

⁷⁷⁶ Vgl. Schoch, VerwArch S. 18, (31 f.).

dass der Kernbereich nicht handhabbar bzw. zumindest nur schwer fassbar ist⁷⁷⁸. So wird auch von K. Stern eingeräumt, dass es außerordentliche Schwierigkeiten bereitet, das typische Erscheinungsbild kommunaler Selbstverwaltung im Einzelnen zu ermitteln und festzumachen⁷⁷⁹. Diese Feststellung deckt sich mit dem Befund, dass, soweit ersichtlich, keine Entscheidung des BVerfG ergangen ist, die einen gesetzlichen Eingriff in die gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie wegen einer Verletzung des unantastbaren Kernbereichs für verfassungswidrig erklärt hat⁷⁸⁰.

Stellt das BVerfG in seinem „Rastede-Beschluss“ nunmehr ausdrücklich heraus, dass zum Wesensgehalt kein gegenständlich bestimmter oder nach feststehenden Merkmalen bestimmbarer Aufgabenkatalog gehört, so wird letztlich auch die in der Literatur vertretene These, die Planungshoheit der Gemeinden gehöre zum Kernbereich gemeindlicher Selbstverwaltung, vom Gericht in Frage gestellt⁷⁸¹.

Die anstelle einer gegenständlichen Abgrenzung des Kernbereichs vom BVerfG vorgenommene Zuordnung eines „Aufgabenzugriffsrechts“ der Gemeinden zum Kernbereich der Garantie bringt keinen Erkenntnisgewinn. Zutreffend wird kritisiert, dass ein verfassungsrechtlich garantierter Zugriff auf neue Aufgaben jedenfalls dann ohne wesentliche Funktion ist, wenn gleichzeitig die konkret wahrgenommenen Selbstverwaltungsaufgaben – wie die Bauleitplanung – dem Zugriff des Gesetzgebers schutzlos ausgeliefert sind⁷⁸². Der Hinweis auf die Allzuständigkeit der Gemeinden widerlegt sich selbst, wenn und weil sie von vornherein nur auf nicht besetzte Aufgabenfelder beschränkt wird und damit dem Zugriff offen bleibt⁷⁸³. Die Rechtsprechung des BVerfG beschränkt sich auf die Feststellung, dass es einen Kernbereich gibt, ohne seinen Inhalt tatsächlich bestimmen zu können.⁷⁸⁴

Wird entgegen der Verneinung eines gegenständlich bestimmten Kernbereichs durch das BVerfG und im Anschluss an die herrschende Lehre die gemeindliche Planungshoheit zumin-

⁷⁷⁷ Ipsen, ZG 1994, S. 194 (197);

⁷⁷⁸ Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1045).

⁷⁷⁹ Stern, Staatsrecht, Bd. I, S. 416.

⁷⁸⁰ Schoch, VerwArch 81 (1990), S. 18 Fn. 89;

⁷⁸¹ So auch: Clemens, NVwZ 1990, S. 834 (838).

⁷⁸² Kronisch, S. 47; Ipsen, ZG 1994, S. 194 (197).

⁷⁸³ Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1045, Fn. 82).

⁷⁸⁴ Ipsen, ZG 1994, S. 194 (197).

dest in ihren Grundgedanken, der verbindlichen Aufstellung von Bebauungsplänen, zum Kernbereich des Selbstverwaltungsrechts gerechnet und verlangt, dass den Gemeinden ein substantieller Gestaltungsspielraum für die räumliche Ortsplanung verbleibt, so ist eine für die Praxis nur unwesentliche Konkretisierung des Kernbereichs gelungen. Inhalt und Umfang dieses „substanziellen Gestaltungsspielraums“ bleiben unklar. Da Bundes- und Landesgesetzgeber regelmäßig nicht auf die Beseitigung der gemeindlichen Zuständigkeit für eine eigenverantwortliche Bauleitplanung abzielen, sondern die gemeindlichen Befugnisse lediglich inhaltlich modifizieren und beschränken, bleibt diese Schranke in der Praxis ohne Wirkung. Eine Beseitigung oder vollständige Aushöhlung der kommunalen Planungshoheit durch die konkret zu betrachtende Regelung wird in diesen Fällen zumindest nicht generell festzustellen sein. Die einzelne Gemeinde kann sich aber von vornherein nicht auf diesen objektiv-rechtlich verstandenen Kernbereichsschutz berufen.

b) Bindung des Gesetzgebers an das Gebot der Verhältnismäßigkeit

Verbleibt die Kernbereichstheorie ohne praktische Relevanz, so ist die Bestimmung der Schranken des Gesetzgebers im Vorfeld des „Kernbereichs“ von entscheidender Bedeutung. Die Bindung des Gesetzgebers an das Gebot der Verhältnismäßigkeit wird seit „Rastede“⁷⁸⁵ zu Unrecht in Frage gestellt⁷⁸⁶. Greift der Gesetzgeber in den verfassungsrechtlich vorgegebenen „Gewährleistungsbereich“ – inhaltlich dem Schutzbereich der Grundrechte vergleichbar – ein, so ist er kraft Verfassung an das Gebot der Verhältnismäßigkeit gebunden⁷⁸⁷. Das Vorliegen eines verfassungsrechtlich gewährleisteten, subjektiven Rechts der einzelnen Gemeinden auf Selbstverwaltung impliziert zwingend – wie es für die Grundrechte vom Bundesverfassungsgericht⁷⁸⁸ auch anerkannt ist – die Bindung eines eingreifenden Hoheitsträgers an das Gebot der Verhältnismäßigkeit⁷⁸⁹. Hiergegen kann weder eingewandt werden, dass Art. 28 II S. 1 GG kein Grundrecht, sondern ein sonstiges subjektives Recht ist⁷⁹⁰, noch dass die Anwendung des Übermaßverbotes allein auf gezielte, individuelle Eingriffe anwendbar

⁷⁸⁵ BVerfGE 79, S. 127 (143 ff.).

⁷⁸⁶ So aber: Schoch, VerwArch 81 (1990), S. 18 (31 ff.); Schmidt-Aßmann, FS für Sendler, S. 121 (135 f.); Clemens, NVwZ 1990, S. 834 (835 f.).

⁷⁸⁷ Ipsen, ZG 1994, S. 194 (207 ff.); Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1044); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 28 Rn. 13; Brohm, § 9, Rn. 3, 5; Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (708 ff.).

⁷⁸⁸ BVerfGE 19 S. 342 (348 f.); 61, S. 126 (134); 76, S. 1 (50 f.); 77, S. 308 (334).

⁷⁸⁹ Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (712).

⁷⁹⁰ Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1044).

sei⁷⁹¹. Denn das Verhältnismäßigkeitsgebot ist ein fundamentaler Rechtsgrundsatz, der seine verfassungsrechtliche Verankerung auch außerhalb der Grundrechte im Rechtsstaatsprinzip⁷⁹² des Art. 20 III GG gefunden hat. Seine Anwendung setzt weder einen Grundrechtseingriff noch die Finalität eines Eingriff voraus⁷⁹³. So sieht auch das BVerfG den Gesetzgeber bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums insbesondere an das Gebot der Verhältnismäßigkeit gebunden, obwohl weder ein Eingriff in ein Grundrecht noch eine finale Einzelfallregelung erfolgt, sondern es um die generell-abstrakte Ausgestaltung und Formung des Schutzobjektes, die inhaltliche Ausfüllung der Eigentumsgarantie, geht.

Es ist die fehlerhafte These des BVerfG, Art. 28 II S. 1 GG sei lediglich eine institutionelle Garantie, die den Versuch, das Verhältnismäßigkeitsgebot im Rahmen des Gesetzesvorbehalts des Art. 28 II S. 1 GG auszublenden, erklärt⁷⁹⁴. Diese unter falschen Prämissen vom Gericht gezogene Konsequenz ist im Zusammenhang mit dem, der Rastede-Entscheidung nachfolgenden, sog. „Kalkar-Urteil“⁷⁹⁵ des BVerfG vom 22. Mai 1990 zusehen. Die aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Schranken für Einwirkungen des Staates in den Rechtskreis des Einzelnen, insbesondere das Verhältnismäßigkeitsgebot, sollen auf Kompetenzabgrenzungen zwischen Hoheitsträgern nicht anwendbar seien, da das Denken in den Kategorien von Freiraum und Eingriff nicht übertragbar sei⁷⁹⁶. Dem Verhältnismäßigkeitsgebot komme eine die individuelle Rechts- und Freiheitssphäre verteidigende Funktion zu. Auch soll das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht für die Art und Weise von Kompetenzausübungen bestimmend sein⁷⁹⁷. Diese Ausführungen – ihre Richtigkeit unterstellt⁷⁹⁸ – stehen aber einer Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Verhältnis von Staatsorganen zueinander zumindest dann nicht entgegen, wenn diesen ein subjektives Recht kraft Verfassung eingeräumt ist⁷⁹⁹.

⁷⁹¹ So aber: Clemens, NVwZ 1990, S. 834 (835); Schmidt-Aßmann, FS für Sendler, S. 121 (136), hiergegen zutreffend: Ipsen, ZG 1994, S. 194 (208 f.); Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (709 f. sowie Fn. 96); Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1044 f.).

⁷⁹² Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 Rn. 56; Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 20 Rn. 16; Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1044).

⁷⁹³ Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1044); Ipsen, ZG 1994, S. 194 (209).

⁷⁹⁴ Vgl. hierzu ausführlich: Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (709 ff.).

⁷⁹⁵ BVerfGE 81, S. 310; zuvor schon: BVerfGE 79, S. 311 (341 ff.).

⁷⁹⁶ BVerfGE 81, S. 310 (338).

⁷⁹⁷ BVerfGE 79, S. 311 (341 ff.).

⁷⁹⁸ Zur Kritik am „Kalkar-Urteil“: Lange, NVwZ 1990, S. 928 (930 f.).

⁷⁹⁹ Schulze-Fielitz, in: Dreier, Art. 20, Rn. 176; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 Rn. 57; Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 20 VII Rn. 72; Lange, NVwZ 1990, S. 928 (930).

Besteht ein individuelles, verfassungsrechtlich bestimmtes Recht wie das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden, so geht es nicht lediglich um die Abgrenzung von Kompetenzen, sondern um die gesetzgeberischen Schranken für Eingriffe in diesen verfassungsrechtlich gewährleisteten Freiheitsraum. Entsprechend wird auch vom BVerfG anerkannt, dass sich die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips nicht auf „... die Einwirkung des Staates in den Rechtskreis des Einzelnen ...“ beschränkt, sondern auch dann Geltung beansprucht, wenn der Gesetzgeber die verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte von juristischen Personen des öffentlichen Rechts beschränkt, wie etwa die der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, der Universitäten oder der Kirchen⁸⁰⁰. Im Widerspruch zur Reduzierung des Anwendungsbereichs des Übermaßverbotes auf Eingriffe in die individuelle Rechts- und Freiheitsphäre des Bürgers steht auch die Maastricht-Entscheidung des BVerfG⁸⁰¹: „Dieses Prinzip enthält zunächst ein grundrechtliches Übermaßverbot, kann aber auch im Rahmen eines Staatenverbundes, der eben nicht eine staatlich organisierte Einheit ist, die Regelungsintensität von Gemeinschaftsmaßnahmen (...) beschränken und so die nationale Identität der Mitgliedsstaaten (...) gegen ein Übermaß europäischer Regelung wahren.“ Entscheidend ist daher nicht das Vorliegen eines Staat-Bürger-Verhältnisses, sondern die verfassungsunmittelbare Einräumung einer Rechtsposition, die auch der Gesetzgeber zu respektieren hat⁸⁰². Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bindet daher den Gesetzgeber auch im Rahmen des Gesetzesvorbehalts des Art. 28 II S. 1 GG⁸⁰³.

Die in der Literatur vertretene Lehre vom Gebot der kompetenziellen Rücksichtnahme⁸⁰⁴, die dem hier vertretenen individualrechtlichen Verständnis des Selbstverwaltungsrechts einen kompetenzrechtlichen Ansatz gegenübergestellt, das Selbstverwaltungsrecht als Kompetenzgarantie versteht und wegen der grundsätzlichen Verschiedenheit des staatsorganisatorischen Innenrechts von dem - das Verhältnis Staat Bürger betreffenden - Außenrecht eine besondere Rechtfertigung für die Übernahme individualrechtlicher Grundsätze verlangt, bejaht in den Fällen der gesetzgeberischen Einschränkung des Selbstverwaltungsrechts eine weitgehend der

⁸⁰⁰ Zur Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen des öffentlichen Rechts: BVerfGE 30, S. 112 (120); 31, S. 314 (322); 59, S. 231 (254); 85, S. 360 (370, 384); Pernice, in: H. Dreier, Art. 5 III Rn. 36.

⁸⁰¹ BVerfGE 89, S. 155 (212).

⁸⁰² Frenz, Die Verwaltung 1995, S. 33 (42); Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (711).

⁸⁰³ Ipsen, ZG 1994, S. 194 (209); Brohm, § 9 Rn. 3; Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1044); Dreier, in: Dreier, Art. 28 Rn. 119 f.; Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (709 ff., 712).

⁸⁰⁴ Brohm, § 9 Rn. 6 ff.

Grundrechtsdogmatik vergleichbare rechtliche Struktur⁸⁰⁵. Dieser für die Lösung von Kompetenzkonflikten zwischen gleichrangigen Kompetenzträgern (etwa planenden Nachbargemeinden) geeignete Ansatz sichert für die vorliegende Frage der gesetzgeberischen Regelungsgrenzen daher keinen Erkenntnisgewinn. Gesetzgeberische Beschränkungen der gemeindlichen Planungshoheit sind daher auch weiterhin am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen.

Die hier vertretene Ansicht wird schließlich durch die Rechtsprechung des BVerfG selbst bestätigt. Denn trotz seiner Bemühungen, das Verhältnismäßigkeitsgebot in den Entscheidungen zu Art. 28 II S. 1 GG seit „Rastede“ nicht mehr zu erwähnen, vermag sich das BVerfG tatsächlich nicht inhaltlich vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu lösen⁸⁰⁶. Das von BVerfG „entwickelte“ Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der Gemeinden, sein Zuständigkeitsvorrang für alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, ist nicht mehr als die Wiederholung der in Art. 28 II S. 1 GG verankerten Allzuständigkeit der Gemeinden, des Universalitätsprinzips, und noch kein Maßstab für gesetzgeberische Handeln. Ist der Entzug von Aufgaben, die Durchbrechung dieses Zuständigkeitsvorranges, wie das Gericht annimmt⁸⁰⁷, nur aus „überwiegenden Gründen des Gemeinwohls“ zulässig, so lehnt sich das Gericht inhaltlich an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit an. Die Feststellung, dass der Aufgabenentzug durch überwiegende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist, setzt eine Abwägung der widerstreitenden Interessen voraus. Eine entsprechende Abwägung impliziert aber zugleich, dass die Beschränkungen der gemeindlichen Zuständigkeiten zur Erreichung des Ziels geeignet und erforderlich sind⁸⁰⁸. Denn ein Aufgabenentzug, der zur Erreichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Ziels schon nicht geeignet oder nicht erforderlich ist, kann nicht aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt sein, verletzt das Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der Gemeinden. Bereits begrifflich kann das Aufgabenverteilungsprinzip nicht eingreifen, wenn es nicht um die Hochzonung von Aufgaben, sondern um sonstige Regelungen, etwa die Aufgabenbeschränkung oder den Modus der g-

⁸⁰⁵ Brohm, § 9 Rn. 8.

⁸⁰⁶ Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1044 f.); Kenntner, DÖV 1998, S. 701 (708 ff., 712).

⁸⁰⁷ BVerfGE 79, S. 127 (153, 154).

⁸⁰⁸ Maurer, DVBl. 1995, S. 1037 (1044); Kenntner, DÖV 1998, S. 701, 712; widersprüchlich: Frenz, Die Verwaltung 1995, S. 33 (58 ff.).

meindlichen Aufgabenwahrnehmung, geht. Eine Bindung des Gesetzgebers an das Übermaßverbot ist insofern unverzichtbar⁸⁰⁹.

Im bereits zitierten „Rück-Neugliederung-Beschluss“ prüft das BVerfG⁸¹⁰: „Insoweit hat sich die verfassungsgerichtliche Kontrolle eines Neugliederungsgesetzes auf die Prüfung zu beschränken, ob der gesetzgeberische Eingriff in den Bestand einer einzelnen Gemeinde offenbar ungeeignet oder unnötig ist, um die mit ihm verfolgten Ziele zu erreichen, oder ob er zu ihnen deutlich außer Verhältnis steht und ob das Gesetz frei von willkürlichen Erwägungen und Differenzierungen ist. Soweit Ziele, Wertungen und Prognosen des Gesetzgebers in Rede stehen, hat das Verfassungsgericht darauf zu achten, ob diese offensichtlich oder eindeutig widerlegbar sind oder ob sie den Prinzipien der verfassungsrechtlichen Ordnung widersprechen.“ Eine konsequente Abkehr der höchstrichterlichen Rechtsprechung vom Übermaßverbot kann daher nicht festgestellt werden. Den in der Literatur vertretenen Ansätzen, die in vermeintlichem Anschluss an die „Rastede-Entscheidung“ eine Abkehr vom Verhältnismäßigkeitsgebot postulieren, ist entgegenzuhalten, dass sie letztlich keinen eigenen, praktikablen Maßstab für die Bestimmung der Schranken des Gesetzgebers zu benennen vermögen.

B. Anwendung auf den gesetzlichen Biotoptypschutz

I. Einschränkungen der kommunalen Planungshoheit

Einschränkungen der gemeindlichen Planungshoheit erfolgen entsprechend den obigen Fallkonstellationen in unterschiedlicher Weise: Für die Zukunft hindert der gesetzliche Biotoptypschutz die Gemeinden, sofern Ausnahmen oder im Einzelfall Befreiungen nicht erteilt werden, an der Überplanung von geschützten Biotopflächen, erschwert also die Ausweisung neuen Baulandes im Außenbereich und schränkt so die Planungsfreiheit der Gemeinden ein. Betont sei ergänzend, dass nicht nur einzelne Gemeinden, wie in den Entscheidungen des BVerfG⁸¹¹ zu Eingriffen in die Planungshoheit, sondern alle Gemeinden zumindest potentiell durch die generell-abstrakte Regelung in ihrer Planungshoheit betroffen sind. In den sogenannten Altfällen bewirkt die Normierung des gesetzlichen Biotoptypschutzes, dass bestehende Bauleitpläne, die beeinträchtigende Nutzungen von hochwertigen Biotopflächen vorsehen,

⁸⁰⁹ Dreier, in: Dreier, Art. 28 Rn. 120.

⁸¹⁰ BVerfGE 86, S. 90 (109).

⁸¹¹ BVerfGE 56, S. 298; 76, S. 107.

insofern außer Kraft treten, als ihre Darstellungen nicht mehr zu realisieren sind. Die zunächst wirksamen Planungen der Gemeinden werden funktionslos. Die Ansiedlung von Spontanbiotopen droht auch in Zukunft, zunächst wirksam aufgestellte Bauleitpläne vor der Planrealisierung zunichte zu machen. Über den Planentscheidungen der Gemeinden schwebt das Damoklesschwert des Biotoptypsches. Die städtebauliche Entwicklung wird gefährdet.

II. Wahrung des Kernbereichs

Nach der hier vertretenen Ansicht handelt es sich bei der Kernbereichstheorie – abgesehen vom Minimalschutz des Verbotes der vollständigen Beseitigung der gemeindlichen Selbstverwaltung - um eine Schranke ohne praktische Relevanz. Sie beschränkt sich auf die Feststellung, dass es einen Kernbereich gibt, ohne diesen bestimmen zu können.

Der gesetzliche Biotoptypschutz betrifft regelmäßig nur einzelne Flächen in den Gemeindegebieten⁸¹² und verbietet die Überplanung dieser Flächen selbst nicht, sondern schränkt die Gemeinden lediglich in ihren planerischen Darstellungsmöglichkeiten für diese Flächen ein. Darüber hinaus können beeinträchtigende Maßnahmen, deren Ausgleich möglich ist oder die aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls geboten sind, von den zuständigen Naturschutzbehörden freigestellt werden. Der Biotoptypschutz führt also weder zur generellen Aufhebung noch zur vollständigen Aushöhlung der gemeindlichen Planungshoheit, geschweige denn des Selbstverwaltungsrechts. Selbst wenn im Einklang mit der herrschenden Lehre die Bauleitplanung im fraglichen Kernbereich des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts verortet wird, ist eine Verletzung des Wesensgehalts des Selbstverwaltungsrechts auszuschließen. Ohne Inhalt und Umfang des „substantiellen Gestaltungsspielraums“ im Detail abgrenzen zu können, ist festzustellen, dass den Gemeinden generell noch entsprechende Spielräume verbleiben, dass das Recht zur Bauleitplanung in seinen Grundzügen nicht angetastet wird.

Die Anknüpfung der Kernbereichstheorie an die institutionelle Garantie des Selbstverwaltungsrechts bedingt, dass der Einzelfall nicht maßgeblich ist. Ohne Relevanz ist daher, wenn in Ausnahmefällen die Gestaltungsfreiheit einzelner Gemeinden durch eine hohe „Biotopdichte“ im Gemeindegebiet erheblich eingeschränkt wird.

⁸¹² So wird der Anteil ökologisch wertvoller und artenreicher Biotope mit etwa 3 % der Fläche der Bundesrepublik Deutschland angegeben: Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (399) m.w.N.; vgl. zur Flächenbilanz auch: Barth, Naturschutz, S. 43 f.

III. Verhältnismäßigkeit

Gesetzgeberische Beschränkungen der kommunalen Planungshoheit sind primär am Gebot der Verhältnismäßigkeit zu prüfen.

1. Legitimität und Geeignetheit

Der gesetzliche Biotoptypschutz wurde bereits oben⁸¹³, im Rahmen der Untersuchung auf seine Vereinbarkeit mit Art. 14 I S. 1 GG, auf die Wahrung des Gebots der Verhältnismäßigkeit hin überprüft. Auf diese Ausführung kann insoweit verwiesen werden, als es um die Legitimität der verfolgten Ziele und die Geeignetheit des gesetzlichen Biotoptypschutzes geht. Denn die Beantwortung dieser Fragen ist unabhängig von dem konkret betroffenen, verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht. Maßstab für die Rechtmäßigkeit der verfolgten Ziele ist die gesamte Verfassung, nicht nur das konkret betroffene Recht, während sich die Geeignetheitsprüfung allein auf die Relation zwischen dem verfolgten Ziel und dem eingesetzten Mittel bezieht⁸¹⁴.

Der gesetzliche Biotoptypschutz hat die Erhaltung einer Vielzahl natürlicher und naturnaher Lebensräume für die einheimische Flora und Fauna und somit den Schutz der Artenvielfalt in Deutschland zum Ziel. Als Regelung zur Wahrung der natürlichen Lebensgrundlagen findet er seine verfassungsunmittelbare Legitimation in Art. 20 a GG. Zur Erreichung dieser Ziele ist der Biotoptypschutz – verfahrensrechtliche Fragen wiederum ausgeklammert⁸¹⁵ - zumindest nicht ungeeignet.

2. Erforderlichkeit

Keine staatliche Maßnahme, die in ein verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht eingreift, darf über das zur Verfolgung ihres Zwecks notwendige Maß hinausgehen. Das Gebot der Verhältnismäßigkeit ist verletzt, wenn das verfolgte Ziel auch durch ein anderes, gleich wirksames Mittel erreicht werden kann, das die betroffene Rechtsposition nicht oder weniger fühl-

⁸¹³ Siehe S. 95 ff.

⁸¹⁴ Pieroth/Schlink, Rn. 304.

⁸¹⁵ Hierzu sogleich: S. 197.

bar einschränkt. Die grundsätzliche Erforderlichkeit eines Schutzes besonders hochwertiger Biotope wird nicht in Abrede gestellt.

Anlass zur Kritik gibt – wie bereits oben ausgeführt – die pauschale Unterschutzstellung einer Vielzahl von Biotoptypen ohne eine Abwägung der widerstreitenden Belange im Einzelfall. Erfasst werden, insbesondere durch die Unterschutzstellung weiterer Typen durch die Länder, auch häufig vorkommender Biotope, deren besondere ökologische Wertigkeit für den Artenschutz und hohe Gefährdung zumindest nicht allgemein festgestellt werden kann⁸¹⁶. Die Erforderlichkeit der pauschalen Unterschutzstellung von Kleinstbiotopen, der Einbeziehung isolierter Flächen ohne hinreichende Biotopvernetzung sowie des absoluten Schutzes von Spontanbiotopen und von nicht selbstregulierungsfähigen Biotoptypen durch den Typenschutz muss auch im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung der gemeindlichen Selbstverwaltung verneint werden⁸¹⁷. Ein absoluter Schutz aller Flächen der in den Landesnaturschutzgesetzen bezeichneten Typen greift über das im Interesse des Arten- und Biotop-schutzes gebotene Maß in die Planungshoheit der Gemeinden ein. Nicht jedes „Allerweltsbiotop“, etwa ein Feldgehölz oder eine Streuobstwiese, rechtfertigt eine so weit gehende Einschränkung des gemeindlichen Gestaltungsspielraums.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Gemeinden als Hoheitsträger bereits unabhängig von der Normierung eines gesetzlichen Biotoptypsches und anders als die privaten Grundeigentümer im Rahmen der Bauleitplanung einer weitreichenden Bindung auch an die Ziele des Biotop- und Artenschutzes unterliegen, Art. 20 a GG. Entsprechend sind gem. §§ 1 V S. 2 Nr. 5, 1 a II Nr. 2 BauGB bei der Aufstellung der Bauleitpläne die Belange des Umwelt-, Natur- und Landschaftsschutzes unter Einschluss der naturschutzrechtlichen Ausgleichsregelung gem. §§ 18 – 21 BNatSchG (§§ 8, 8 a BNatSchG) zu berücksichtigen. Zu diesen Belangen ist – wie bereits dargelegt – auch die Erhaltung hochwertiger Biotope zu zählen⁸¹⁸. Daher sind die Gemeinden unabhängig von der gesetzlichen Normierung des Biotoptypsches verpflichtet, die Aspekte des Arten- und Biotoptypsches – soweit betroffen - in die Planabwägung einzustellen und zu gewichten, sie ins Verhältnis zu widerstreitenden Belangen zu setzen und mit diesen abzuwägen. Schon im Rahmen der Abwägung wird es Gemeinden daher kaum möglich sein, im Einzelfall tatsächlich besonders

⁸¹⁶ Es wird auf die differenzierte Bewertung der Gefährdung der verschiedenen Biotoptypen verwiesen, vgl.: Riecken, Ries, Ssymank, „Rote Liste der gefährdeten Biotoptypen der Bundesrepublik Deutschland“, S. 37 ff.

⁸¹⁷ Siehe S. 100.

⁸¹⁸ Siehe S. 36.

kaum möglich sein, im Einzelfall tatsächlich besonders schutzwürdige, ökologisch wertvolle Biotop zu überplanen⁸¹⁹. So wird es regelmäßig abwägungsfehlerhaft sein, wenn Gemeinden die städtebauliche Nutzung von in Deutschland stark bedrohten Lebensräumen, wie etwa intakten Hochmooren oder Auwäldern, vorsehen. Anders zu urteilen kann aber sein, wenn es um die Überplanung landschaftstypischer Biotop geht. Darf sich die Gemeinde über die Belange des Biotopschutzes aus zumindest entsprechend wichtigen Gründen des Gemeinwohls hinwegsetzen, so werden dann regelmäßig Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen zu treffen sein⁸²⁰. Bereits im Rahmen der Bauleitplanung stehen somit Regelungsmechanismen zur Verfügung, die dem differenzierten Schutz von Biotopflächen im konkreten Einzelfall und unter Berücksichtigung der ökologischen Funktionen und Bedeutungen der betroffenen Flächen zumindest auch Rechnung tragen können. Vermieden würde durch diesen Ansatz zum einen die pauschale Zurückstellung konkurrierender, städtebaulicher Belange gegenüber dem Biotopschutz. Zum anderen verbliebe die Zuständigkeit für den Biotopschutz im Rahmen der Bauleitplanung bei den Gemeinden, während im Rahmen des gesetzlichen Biotoptypschutzes die zuständigen staatlichen Naturschutzbehörden über Ausnahmen und Befreiungen vom Biotopschutz zu entscheiden haben, diese Kompetenzen also von vornherein den Gemeinden entzogen ist und sie über die planungsrechtlichen Grundsätze an die Gebote des Biotoptypschutzes gebunden sind. Ergänzend sei angemerkt, dass den Naturschutzbehörden auch andere Instrumentarien zum Schutz von besonders wertvollen Lebensräumen zur Verfügung stehen. So können ökologisch wertvolle Biotop durch Rechtsverordnung auch als Naturschutzgebiete oder Naturdenkmäler ausgewiesen und so unter weitergehenden Schutz gestellt werden.

Festzuhalten bleibt, dass über die bestehenden, bauplanungsrechtlichen Instrumente dem Biotoptypschutz hinreichend Rechnung getragen werden kann. Die Erstreckung der biotopschutzrechtlichen, absoluten Flächenveränderungsverbote auf den Innenbereich ist im Interesse des Biotop- und Artenschutzes daher nicht erforderlich.

3. Angemessenheit

Grundlegende Ausführungen zur Angemessenheit des gesetzlichen Biotoptypschutzes im Hinblick auf die gemeindliche Planungshoheit erübrigen sich, da bereits die Erforderlichkeit

⁸¹⁹ Noch weitergehend: Louis, NuR 1992, S. 24 (26).

⁸²⁰ Vgl. zur Berücksichtigung des Biotopschutzes in der Planabwägung: Louis, NuR 1992, S. 24 (26); Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (406).

eines absoluten Biotoptypschatzes im Innenbereich im gewählten Umfang verneint wurde. Angemerkt sei lediglich, dass der gemeindliche Gestaltungsspielraum bereits von vielen Seiten bedrängt wird und die Ausweisung neuen Baulandes für die Gemeinden zunehmend zur juristischen und finanziellen Herausforderung wird. Exemplarisch sei lediglich auf die großzügige Ausweisung von Natur- und Landschaftsschutzgebieten in den Ländern verwiesen. Die bestehenden, eng begrenzten Ausnahme- und Befreiungstatbestände vermögen der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie nicht hinreichend Rechnung zu tragen. Der begrenzte Anwendungsbereich dieser Freistellungsregelungen wurde bereits herausgestellt⁸²¹. Grundlegend ist zu beanstanden, dass die Entscheidung über den Erhalt einer Biotopfläche aus der planerischen Abwägung herausgehoben und in die Zuständigkeit der Naturschutzbehörden verlagert wurde, die Aufhebung der biotopschutzrechtlichen Beeinträchtigungsverbote also dem Einfluss der Gemeinden entzogen ist.

Ergänzend ist auf die Unverhältnismäßigkeit i.e.S. des gesetzlichen Biotoptypschatzes in den sog. Altfällen einzugehen. Die Landesgesetzgeber haben außer in Baden-Württemberg auf die Normierung von Übergangs- und Freistellungsregelungen für bereits bestehende Bauleitpläne verzichtet. Mit Inkrafttreten der Regelungen zum Biotoptypschutz wurden daher auch bereits überplante Biotopflächen unter unmittelbaren, absoluten Schutz gestellt mit der Folge, dass die Darstellungen zunächst wirksam aufgestellter und rechtsgültiger Bebauungspläne insofern obsolet wurden und die Pläne außer kraft treten mussten⁸²². Mit einem gesetzgeberischen Akt haben sich die Landesgesetzgeber bewusst und ohne konkrete Abwägung der widerstreitenden Belange im Einzelfall über die Planentscheidungen der Gemeinden zur weiteren Steuerung der städtebaulichen Entwicklung hinweggesetzt, obwohl Belange des Biotopschatzes bereits nach der alten Rechtslage in den Bebauungsplänen der Gemeinden Berücksichtigung gefunden haben.

Diese undifferenzierte Zurückstellung bereits konkretisierter Planungsentscheidungen verletzt das Verhältnismäßigkeitsgebot i.e.S. in eklatanter Weise. Zum Vergleich sei eine Entscheidung des VerfGH von Nordrhein-Westfalen⁸²³ herangezogen. Der VerfGH hatte über die Änderung eines Gebietsentwicklungsplanes und die durch ordnungsbehördliche Verordnung einstweilige Sicherstellung eines Naturschutzgebietes im Bereich eines bestehenden Bau-

⁸²¹ Siehe oben, S. 75 ff.

⁸²² Vgl. oben, S. 73

⁸²³ VerfGH NW; NuR 1993, S. 386.

ungsplanes mit der Folge der Unmöglichkeit der Planrealisierung zu entscheiden und hierzu ausgeführt: „Je konkretere und verbindlichere Gestalt der gemeindlichen Planvorstellungen angenommen haben, desto höheres Gewicht haben sie im Rahmen der Abwägung, ob ein regionalplanerischer Eingriff in die gemeindliche Bauleitplanung gerechtfertigt ist. Ein rechtsgültiger Bauleitplan ist die stärkste Ausdrucksform konkretisierter Planungsvorstellungen einer Gemeinde.“⁸²⁴ Insbesondere verweist das Gericht auf die zuvor erfolgte Erörterung des Planentwurfs mit allen sachlich betroffenen Trägern öffentlicher Belange, die Allgemeinverbindlichkeit eines gültigen Planes und auf die für eine sinnvolle örtliche Planung und ihre Umsetzung bedeutsame Kontinuität. Liegt der gerichtlichen Entscheidung auch ein anderer Sachverhalt zu Grunde, so können dennoch die Kernaussagen übertragen werden. Eine bereits konkretisierte und durch die wirksame Planaufstellung verfestigte Planungsentscheidung für eine bestimmte städtebauliche Entwicklung hat auch der parlamentarische Gesetzgeber grundsätzlich zu beachten. Eine gewisse Plankontinuität ist sowohl für eine städtebauliche Entwicklung als auch für die betroffenen Grundeigentümer von eminenter Bedeutung. Offenbar wird dies, wenn planerische Darstellungen bereits teilweise realisiert sind, sodann aber die vollständige Realisierung scheitert mit der Folge, dass gemeindliche und private Investitionen fehlgehen. Es sind daher strenge Anforderungen an einen gesetzgeberischen Eingriff zu stellen. Der VerfGH verlangt im zitierten Fall zutreffend gegenüber den gemeindlichen Belangen höhere, überörtliche Interessen.

Entsprechend wird für Eingriffe im Zuge des gesetzlichen Biotoptypschatzes zu fordern sein, dass zwingende, überörtliche Belange des Biotop- und Artenschutzes das Außerkrafttreten und die damit verbundene Gefahr einer unvollendeten, städtebaulichen Entwicklung zu rechtfertigen vermögen, was zumindest nicht ausnahmslos bejaht werden kann. Bereits die überörtliche Bedeutung von im städtischen Gebiet häufig isolierten Flächen oder von Kleinstbiotopen ist nicht pauschal festzustellen. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die bereits getätigten, allgemeinen Ausführungen verwiesen, die in Fällen der Vernichtung bereits konkretisierter Planungsentscheidungen von besonderem Gewicht sind.

Aus den gleichen Gründen ist die Angemessenheit des gesetzlichen Biotoptypschatzes in denjenigen Fällen zu verneinen, in denen die Neuansiedlung von Biotopen zur Unwirksamkeit der Darstellungen in Bauleitplänen führt. Weder kann die besondere Schutzwürdigkeit dieser Spontanbiotope generell festgestellt werden, noch dürfen die konkretisierten Planungsent-

⁸²⁴ VerfGH NW; NuR 1993, S. 386 (2. Leitsatz sowie S. 387).

scheidungen der Gemeinden, die im Interesse einer geordneten städtebaulichen Entwicklung ergingen, pauschal und ohne Würdigung des Einzelfalls zurückgestellt werden.

C. Ergebnis

Der gesetzliche Biotoptypenschutz schränkt die gemeindliche Planungshoheit in unverhältnismäßiger Weise ein. Dem Biotop- und Artenschutz kann im Innenbereich auch durch die bestehenden bauplanungsrechtlichen und naturschutzrechtlichen Bestimmungen Rechnung getragen werden. Die Notwendigkeit der absoluten und generellen biotopschutzrechtlichen Beeinträchtigungsverbote, die bei der Planverwirklichung zwingend zu beachten und daher in der Planabwägung nicht überwunden werden können, ist zu verneinen. Der gesetzliche Biotoptypenschutz ist daher auch wegen seines Verstoßes gegen Art. 28 II S. 1 GG verfassungswidrig.

5. Teil: Verfassungsmäßigkeit des ipso-iure-Verfahrens

Nach der materiell-rechtlichen Würdigung des gesetzlichen Biotoptypsches im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Garantien der Artt. 14 I S. 1 GG und 28 II S. 1 GG ist nunmehr die zuvor ausgeklammerte, verfahrensrechtliche Seite des Biotoptypsches, das ipso-iure-Verfahren, zu untersuchen. Im Vordergrund stehen die Untersuchung der Bestimmtheit der tatbestandlichen Verbote sowie die Fragen des Rechtsschutzes im bzw. gegen den gesetzlichen Biotoptypschutz. Das Verfahren wird am rechtsstaatlichen Gebot hinreichender Bestimmtheit von Normen und am Gebot eines effektiven Rechtsschutzes zu messen sein.

A. Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot

Die Landesgesetzgeber haben entsprechend der bundesrechtlichen Vorgabe in § 20 c I BNatSchG 1986(jetzt § 30 I BNatSchG) einen Biotopschutz unmittelbar kraft Gesetzes normiert. Die gesetzlichen Veränderungs- und Beeinträchtigungsverbote knüpfen direkt an das tatsächliche Vorliegen eines der in den landesrechtlichen Katalogen bezeichneten Biotoptypen an. Einer Unterschutzstellung der einzelnen Biotopflächen und einer Konkretisierung der Pflichtigkeit der Normadressaten mittels konstitutiven Einzelakts bedarf es nicht. Ergänzt wird die gesetzliche Unterschutzstellung in mehreren Bundesländern durch unterschiedlich ausgestaltete Regelungen zur deklaratorischen, d.h. lediglich informatorischen Biotopkartierung⁸²⁵. Die hohen Anforderungen, die dieser Schutz ipso-iure⁸²⁶ an die Normadressaten stellt, hat der 7. Senat des OVG Münster in seinem Beschluss vom 15.08.94 zutreffend formuliert⁸²⁷: „Der Normadressat muß erkennen können, welche biologischen Gegebenheiten ein bestimmter räumlicher Bereich der Erdoberfläche aufweisen muß, um überhaupt die Merkmale eines der gesetzlich festgelegten Biotoptypen zu erfüllen. Sodann muß er feststellen, ob diese biologischen Gegebenheiten in einem bestimmten Bereich vorliegen. Dabei muß er auch die in der jeweiligen Örtlichkeit real gegebenen räumlichen Grenzen erkennen können, innerhalb derer die Biotopeigenschaft der jeweiligen Fläche - unabhängig von ihrer kartenmäßigen

⁸²⁵ Vgl. etwa: § 24 a VII, VIII NatSchG BW. Eine Übersicht über die landesrechtlichen Verfahrensregelungen findet sich bei: Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (410 – 417).

⁸²⁶ Zum Begriff des ipsa-lege- bzw. ipso-iure-Verfahrens im Denkmalschutzrecht vgl. beispielsweise: Franzmeyer-Werbe, DÖV 1996, S. 950 (952); Steinberg, NVwZ 1992, S. 14; Moench, NVwZ 1988, S. 304 (307); Hönes, NVwZ 86, S. 190.

⁸²⁷ OVG Münster, NuR S. 301 (305).

Erfassung - vorliegt. Schließlich muß er die natürlichen Eigenheiten und Wirkungszusammenhänge des konkreten Biotops kennen, um die Feststellung treffen zu können, ob bestimmte Handlungen oder Maßnahmen - auch außerhalb der geschützten Fläche selbst - dieses Biotop erheblich beeinträchtigen oder zerstören können.“

Die tatbestandliche „Bestimmung“ der geschützten Biotopflächen erfolgt in den Landesnaturschutzgesetzen lediglich über die Nennung der Biotoptypen in mehrheitlich naturwissenschaftlichen Fachtermini. Lediglich in Baden-Württemberg findet sich eine gesetzliche Anlage mit naturwissenschaftlichen Definitionen der besonders geschützten Biotoptypen⁸²⁸. Vor welche Subsumtionsprobleme die Normadressaten in der Praxis durch den gesetzlichen Biotoptypenschutz gestellt sind, verdeutlicht ein Blick in die landesrechtlichen Kataloge der geschützten Biotope. Einige Typen seien exemplarisch herausgegriffen, um einen Eindruck zu vermitteln. Schutz genießen etwa: Trocken- und Magerrasen, § 24 a I Nr. 3 NatSchG BW, Borstgrasrasen, § 13 d I Nr. 4 BayNatSchG, Wälder und Gebüsche trockenwarmer Standorte, § 13 d I Nr. 5 BayNatSchG, Feucht- und Frischwiesen, § 30 a I Nr. 5 NatSchG Bln, Bruch-, Moor-, Auf- und Hangwälder sowie andere Restbestockungen von natürlichen Waldgesellschaften, § 32 I Nr. 5 BbgNatSchG, Nass- und Feuchtgrünland, § 62 I Nr. 2 LG NW, Kryptogamen- und Farnfluren auf primär offenen Felsbildungen, § 25 II Nr. 4 SNG. Wird auf die Erkennbarkeit des Norminhaltes für den Normadressaten, den naturwissenschaftlichen Laien, abgestellt, so drängt sich die Frage nach der Vereinbarkeit des gesetzlichen Biotoptypenschutzes mit dem Gebot hinreichender Bestimmtheit auf. Diese Problematik ist derjenigen im Denkmalschutzrecht der Bundesländer vergleichbar, die sich von der Unterschutzstellung von Kulturdenkmälern durch konstitutive Eintragung der Objekte in eine Denkmalliste abgewandt und sich für einen Schutz kraft Gesetzes entschieden haben⁸²⁹. Die Erörterung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines ipso-iure-Verfahrens im Rahmen des Biotopschutzes kann daher auf den Streitstand im Denkmalschutzrecht Rückgriff nehmen. Die Argumente sind – die spezifischen Eigenheiten der Sachgebiete beachtet - grundsätzlich austauschbar.

⁸²⁸ Anlage zu § 24 a NatSchG BW.

⁸²⁹ So etwa: § 5 S. 1 NDSchG, § 7 III HessDSchG, § 18 I DSchG LSA, § 4 ThDSchG. Vgl. zu den unterschiedlichen Verfahren: Kummer, S. 69 ff.; Niebaum/Eschenbach, DÖV 1994 S. 12 (13f.); Franzmeyer-Werbe, DÖV 1996, S. 950 (951 f.).

I. Zum Gebot hinreichender Bestimmtheit von Gesetzen

1. Verfassungsrechtliche Verankerung

Das Gebot hinreichender Bestimmtheit von Rechtsvorschriften – als Ausprägung des Gebots der Rechtssicherheit – findet seine allgemeine, verfassungsrechtliche Grundlage im Rechtsstaatsgebot⁸³⁰. Für Gesetze, die Grundrechte einschränken bzw. zur Einschränkung ermächtigen, wird das Bestimmtheitsgebot darüber hinaus aus dem Vorbehalt des Gesetzes abgeleitet⁸³¹. „Der Vorbehalt des Gesetzes erschöpft sich nicht in der Forderung nach einer gesetzlichen Grundlage für Grundrechtseingriffe. Er verlangt vielmehr auch, daß alle wesentlichen Fragen vom Parlamentsgesetzgeber selbst entschieden ...“ werden⁸³². Ein den Grundrechtsbereich des Bürgers wesentlich betreffendes Gesetz muss daher nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt sein⁸³³. Das Verhältnis des Parlamentsvorbehalts zum allgemeinen Bestimmtheitsgebot, insbesondere im Hinblick auf die zumindest vom Bundesverfassungsgericht als maßgeblich erachtete Wesentlichkeitstheorie, die nicht nur zur Beantwortung der Frage herangezogen werden soll, ob ein Gegenstand gesetzlich geregelt werden muss, sondern auch wie weit diese Regelung im Einzelnen gehen muss⁸³⁴, ist nicht abschließend geklärt⁸³⁵. Zwar versucht das BVerfG in neueren Entscheidungen zwischen Bestimmtheitsgebot und Wesentlichkeitstheorie zu trennen, stellt dem „im Demokratieprinzip wurzelnden“ Parlamentsvorbehalt das „aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende“ Bestimmtheitsgebot gegenüber⁸³⁶, lässt aber dennoch dieselben Maßstäbe, namentlich die Intensität eines Grundrechtseingriffs, Anwendung finden⁸³⁷ und greift zur Begründung der Anwendung des Parlamentsvorbehalts auf frühere Leitentscheidungen zum Bestimmtheitsgebot zurück⁸³⁸. Zutreffend wird daher in der Literatur festgestellt, dass die Anforderungen aufgrund des Vor-

⁸³⁰ BVerfGE 49, S. 168 (181); 59, S. 104 (114); 78, S. 205 (212); 80, S. 103 (107 f.); Schultze-Fielitz, in: Dreier, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 117; Schmidt-Aßmann, in: HBSr I § 24 Rn. 81, 85.

⁸³¹ BVerfGE 57, S. 295 (326); 62, S. 169 (182); 80, S. 137 (161); Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 Rn. 38; Schmidt-Bleitreu/Klein, Art. 20 Rn. 34.

⁸³² BVerfGE 95, S. 267 (307); 83, S. 130 (152); 98, S. 218 (251).

⁸³³ Schmidt-Bleitreu/Klein, Art. 20 Rn. 34.

⁸³⁴ BVerfGE 34, S. 165 (192); 49, S. 89 (127); 83, S. 130 (151).

⁸³⁵ Vgl. zum Meinungsstand: Gassner, DÖV 1996, S. 18.

⁸³⁶ BVerfGE 86, S. 90 (106).

⁸³⁷ BVerfGE 83, S. 130 (142 ff., 145).

⁸³⁸ Vgl.: Gassner, a.a.O., S. 20.

behalts des Gesetzes von den aus dem Rechtsstaatsgebot abzuleitenden, allgemeinen Anforderungen an die Bestimmtheit kaum zu trennen sind⁸³⁹. Ob bei grundrechtsbeschränkenden Gesetzen der Parlamentsvorbehalt⁸⁴⁰ oder das allgemeine Bestimmtheitsgebot⁸⁴¹ Vorrang genießen, bleibt daher letztlich ohne praktische Relevanz. Es werden keine grundsätzlich unterschiedlichen Anforderungen an die Bestimmtheit von Rechtsvorschriften gestellt⁸⁴². Eine ausdrückliche, das allgemeine Bestimmtheitsgebot verdrängende Sonderregelung findet sich für das Strafrecht in Art. 103 II GG⁸⁴³, der auch im Ordnungswidrigkeitenrecht zu beachten ist⁸⁴⁴.

2. Anforderungen an die Bestimmtheit von Gesetzen

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind gesetzliche Tatbestände so präzise zu formulieren, dass ein Normadressat sein Handeln kalkulieren kann, weil die Folgen der Regelung für ihn voraussehbar und berechenbar sind⁸⁴⁵. Dieser Maßstab, die Erkennbarkeit der sich aus einem gesetzlichen Tatbestand ergebenden Verhaltenspflichten für die jeweiligen Normadressaten, erfährt in der Praxis aber eine erhebliche Relativierung. Bereits die Bezeichnung des Verfassungsgrundsatzes als „Gebot hinreichender Bestimmtheit“ verdeutlicht, dass keine absolute Grenze, kein starrer Maßstab normiert wird. So wird die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln, die der Auslegung bedürften, als unvermeidbar erachtet, da der Gesetzgeber der Vielfalt der zu erfassenden Sachverhalte in generell-abstrakten Regelungen Rechnung zu tragen hat. Die Notwendigkeit der Auslegung einer Norm nimmt ihr daher nicht die hinreichende Bestimmtheit⁸⁴⁶. Darüber hinaus soll selbst die Auslegungsbedürftigkeit von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln durch den Richter unschädlich sein⁸⁴⁷. Dem Bundesverfassungsgericht kommt es somit auf

⁸³⁹ Schultze-Fielitz, a.a.O., Rn. 117; Papier/Möller, AöR 122 (1995) S. 177 (182 f.).

⁸⁴⁰ So für grundrechtsbeschränkende Gesetze: Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 GG, Rn. 38.

⁸⁴¹ So: Gassner, a.a.O., S. 24 f.

⁸⁴² Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 38; Papier/Möller, AöR 122 (1997), 177 (181 f., 199); Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Art. 20 Rn. 119; vgl. auch: BVerfGE 62, S. 169 (182 f.); 64, S. 261 (286).

⁸⁴³ Vgl.: Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 20 Rn. 38; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 48; Schmidt-Bleitreu/Klein, Art. 103 Rn. 7; Kunig, Jura 1990, S. 495 f.

⁸⁴⁴ BVerfGE 81, S. 132 (135); 87, S. 399 (411); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 41.

⁸⁴⁵ BVerfGE 83, S. 130 (145); 84, S. 133 (149); 87, S. 234 (263); siehe auch: BVerwGE 77, S. 214 (219); 92, S. 196 (207); Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 20 VII Rn. 62.

⁸⁴⁶ BVerfGE 47, S. 109 (120); 48, S. 48 (56); 57, S. 250 (262); 71, S. 108 (114); 78, S. 205 (212); 80, S. 1 (20); 82, S. 209 (224 f.).

⁸⁴⁷ BVerfGE S. 55, 144 (152); Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 1191.

die Verständlichkeit einer Norm für den professionellen Rechtsanwender an, der ihren Inhalt unter Zuhilfenahme juristischer Methodik ermittelt⁸⁴⁸. Die Betroffenen müssen lediglich den Inhalt einer Vorschrift ausreichend erfassen und ihr Verhalten ohne unzumutbares Risiko darauf einstellen können⁸⁴⁹.

Im Vordergrund steht nicht mehr die Erkennbarkeit der Norm für die betroffenen Normadressaten, wenn das BVerfG auf den Regelungszweck und die Regelungsfähigkeit einer Materie abstellt und in ständiger Rechtsprechung verlangt, dass der Gesetzgeber seine Vorschriften so bestimmt abfassen müsse, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich sei⁸⁵⁰. Vor allem bei vielgestaltigen oder sich rasch ändernden Sachverhalten seien daher geringere Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm zu stellen. Daneben stellt das Gericht auf die Grundrechtsrelevanz einer Norm ab. Je schwerwiegender die Grundrechtsbeschränkungen eines Gesetzes sind, desto genauer sollen die Vorgaben des förmlichen Gesetzes sein. Insofern greift das BVerfG auf die gleichen Kriterien zurück, die nach Maßgabe der Wesentlichkeitstheorie auch die Reichweite des Gesetzesvorbehalts bestimmen⁸⁵¹. Bei Normen, die sich an die Angehörigen spezieller Berufsgruppen, wie z.B. Ärzte oder Kaufleute, richten, setzt das Bundesverfassungsgericht entsprechende Fachkenntnisse zum Normverständnis voraus, legt also einen anderen Maßstab an. Schließlich warnt das BVerfG vor einer Übersteigerung der Anforderungen des Bestimmtheitsatzes und will die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes aus Gründen seiner Unbestimmtheit „grundsätzlich ... nur ausnahmsweise“ feststellen können⁸⁵².

Einen strengeren Maßstab will das BVerfG in Rahmen des Art. 103 II GG anlegen⁸⁵³. Die Normadressaten sollen von vornherein erkennen können, was strafrechtlich verboten ist und welche Strafe ihnen für den Fall einer Verletzung eines Verbotes droht, damit sie in der Lage sind, ihr Verhalten entsprechend auszurichten⁸⁵⁴. Dennoch wird die Verwendung von Generalklauseln und unbestimmten, wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen vom Gericht für

⁸⁴⁸ Vgl.: BVerfGE 26, S. 41 (42); 41, S. 314 (320); 55, S. 144 (152); Kunig, Jura 1990, S. 495.

⁸⁴⁹ BVerfGE 81, S. 70 (88).

⁸⁵⁰ BVerfGE 49, S. 168 (181); 59, S. 104 (114); 78, S. 205 (212); 87, S. 234 (263).

⁸⁵¹ BVerfGE 83, S. 130 (142, 145).

⁸⁵² BVerfGE 17, S. 67 (82).

⁸⁵³ BVerfGE 49, S. 168 (181); BVerfG NJW 1988, S. 2593 (2594); Jahn, JZ 1988, S. 545 (548).

⁸⁵⁴ BVerfGE 25, S. 269 (285); 78, S. 374 (381 f.); 87, S. 363 (391 f.); 92, S. 1 (12).

zulässig erachtet⁸⁵⁵. Der aus der Sicht des Bürgers zu bestimmende Wortsinn des Gesetzes wird als äußere Grenze zulässiger richterlicher Interpretation angesehen⁸⁵⁶, wobei aber letztlich doch auf das Verständnis des professionellen Rechtsanwenders abgestellt wird⁸⁵⁷. Ob in Anbetracht dieser auch im Strafrecht vorgenommenen Relativierungen in der Praxis tatsächlich ein strengerer Maßstab vom BVerfG angelegt und nicht nur postuliert wird, ist zweifelhaft. Das BVerfG zeigt eine deutliche Zurückhaltung bei der Überprüfung strafrechtlicher Normen auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 103 II GG sowohl hinsichtlich des Ergebnisses als auch der zur Ergebnisfindung entwickelten Maßstäbe⁸⁵⁸. Letztlich sollen mit der Höhe der Strafandrohung die Anforderungen an die tatbestandliche Bestimmtheit steigen⁸⁵⁹, obwohl eine entsprechende Differenzierung in Art. 103 II GG nicht angelegt ist.

3. Anmerkung

Das Bestimmtheitsgebot ist infolge der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum „relativen“, in der Praxis schwer anwendbaren Maßstab geworden. Das BVerfG hat dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum offengehalten und sich selbst nicht endgültig festgelegt. Der verbleibende materielle Gehalt des Bestimmtheitsgebots ist daher entsprechend gering. Er reduziert sich auf die Überprüfung einer gesetzlichen Regelung auf ihre Klarheit für den professionellen Rechtsanwender und letztlich auf die Zumutbarkeit der Unbestimmtheit einer Normierung für die betroffenen Normadressaten. Im Ergebnis nimmt das Gericht auch insofern eine Abwägung der widerstreitenden Belange vor. Eine unbestimmte, für den Normadressaten nicht verständliche Regelung wird erst dann gegen das Gebot hinreichender Bestimmtheit verstoßen, wenn dem Gesetzgeber eine im Hinblick auf den verfolgten Normzweck und die zu regelnde Materie entsprechend geeignete, bestimmtere Regelungsmöglichkeit offenstand. Bezeichnend ist insofern das Paradoxon, dass der unbestimmte Rechtsbegriff als hinreichend bestimmt gilt⁸⁶⁰.

⁸⁵⁵ BVerfGE 26, S. 186 (204); 92 S. 1 (12).

⁸⁵⁶ BVerfGE 71 S. 108 (113).

⁸⁵⁷ Vgl. etwa: BVerfG 55, S. 144 (152).

⁸⁵⁸ Kunig, Jura 1990, S. 495.

⁸⁵⁹ BVerfGE 14, S. 245 (251); 41 S. 314 (320); 75, S. 329 (342 f.); zurecht kritisch: Kunig, in: v.Münch/Kunig, Art. 103 Rn. 29.

⁸⁶⁰ Kunig, Jura 1990, S. 495 (497).

II. Anwendung auf den gesetzlichen Biotoptypschutz

1. Tatbestandliche Bestimmtheit

Über die hinreichende, tatbestandliche Bestimmtheit des gesetzlichen Biotoptypschatzes wird – angestoßen durch die Entscheidung des OVG Münster⁸⁶¹ – eine intensive Diskussion geführt, die auch Beleg für die Relativität des vom BVerfG entwickelten Maßstabes ist. Die Argumente für und gegen die hinreichende Bestimmtheit des gesetzlichen Biotoptypschatzes sind überwiegend ausgetauscht. Sie werden hier knapp dargestellt und gewürdigt.

a) Vorlagebeschluss des OVG Münster

Das OVG Münster hat das Gebot hinreichender Bestimmtheit durch die Normierung eines gesetzlichen Biotoptypschatzes in § 62 LG NW als verletzt angesehen⁸⁶². Die geschützten Biotoptypen seien für den Normanwender in vielen, in der Praxis relevanten Fällen nur schwer zu erkennen und nicht mit der notwendigen Sicherheit einzugrenzen. Das Gericht verweist auf die Uneinheitlichkeit und Widersprüchlichkeit der Definitionen der Biotoptypen auf Bundes- und Länderebene. Aus der Begriffs- und Definitionsvielfalt folgert es, dass eine Abgrenzung der Biotope in vielen Fällen schon begrifflich nicht möglich und die Feststellung, wann ein geschützter Biototyp vorliegt, für den Laien unmöglich sei. Die Prüfung durch einen Fachmann müsse je nach zugrunde gelegter Definition zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Es mangle mithin an einer hinreichenden tatbestandlichen Umschreibung der Biotope. Der Vorwurf der Unbestimmtheit des § 62 LG NW wird weiterhin aus der fehlenden räumlichen Abgrenzbarkeit der Biotope hergeleitet. Die geschützten Flächen seien nicht hinreichend gegeneinander und gegen sonstige Flächen abzugrenzen, da die Übergänge der verschiedenen Lebensbereiche fließend seien. Eine entsprechende Abgrenzung sei aber unerlässlich, wenn der Normadressat erkennen solle, wann er ein geschütztes Biotop beeinträchtige oder gar zerstöre. Letztlich sei es dem Normadressaten aufgrund des unbestimmten Tatbestandes bei verschiedenen Typen nicht möglich, die natürlichen Eigenheiten und Wirkungszusammenhänge mit den daraus folgenden Konsequenzen für das Verbot von Beeinträchtigungen zu erkennen. Aus der fehlenden begrifflichen und räumlichen Bestimmtheit der einzelnen geschützten Biotoptypen folge die Verfassungswidrigkeit des gesetzlichen Biotoptypschatzes,

⁸⁶¹ OVG Münster, NuR 1995, S. 301.

⁸⁶² OVG Münster, a.a.O., S. 305 ff.

da der Normadressat als Konsequenz des unmittelbaren gesetzlichen Biotoptypschatzes mit einem außergewöhnlich hohen Risiko der Fehleinschätzung belastet werde. Dieses sei dem Normadressaten auch in Anbetracht der hohen Bedeutung des Arten- und Biotopschatzes nicht zuzumuten⁸⁶³. Schließlich geht das OVG Münster davon aus, dass der Gesetzgeber, der die Problematik der hinreichenden Bestimmtheit der Biotoptypen erkannt hat, auch andere Lösungsmöglichkeiten zur normativen Regelung des Biotoptypschatzes, insbesondere die Ausweisung der geschützten Biotopflächen durch Verwaltungsakt, gehabt habe⁸⁶⁴.

b) Reaktionen

Die Bejahung der Verletzung des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots ist insbesondere in der naturschutzrechtlichen Literatur auf erhebliche Resonanz und überwiegende Kritik gestoßen⁸⁶⁵. Auch die Verwaltungsgerichte⁸⁶⁶ sind in Entscheidungen zu weiteren Biotoptypen den Wertungen des OVG Münster nicht gefolgt. Weitgehend eingestanden wird in der Literatur, dass es im Einzelfall für den Laien schwierig sein könne, festzustellen, ob ein geschütztes Biotop vorliege, und dessen räumliche Ausdehnung zu bestimmen. Aus dieser Schwierigkeit soll aber nicht eine Verletzung des Gebots der hinreichenden Bestimmtheit folgen. Es sei dem Gesetzgeber aufgrund der Vielgestaltigkeit der zu regelnden Sachverhalte nicht möglich, Lebensräume bestimmter Arten mit genauer fassbaren, für den Bürger ohne weiteres verständlichen Maßstäben zu umschreiben⁸⁶⁷. Der Gesetzgeber könne im Bereich des Naturschutzes entweder unscharfe, allgemeinverständliche Begriffe verwenden, um für den Bürger verständlich zu bleiben, oder sich der Fachsprache bedienen, die zwar exakter, dafür aber unverständlich sei⁸⁶⁸. Die Vornahme einer lückenlosen oder auch nur exemplarisch normativen Erfassung aller Umstände des Einzelfalls durch eine gesetzliche Regelung sei ausgeschlossen. Jedes Biotop weise charakteristische Eigenarten auf, die ohne Abstraktion der Tatbestands-

⁸⁶³ OVG Münster, a.a.O., S. 305.

⁸⁶⁴ OVG Münster, a.a.O., S. 307.

⁸⁶⁵ Gellermann, NuR 1995, S. 227 (228); Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (219); A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendornir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 14; Kratsch, VBIBW 1998, S. 241 (242); differenzierend: Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (417 ff.); a.A.: Krämer/Meyer, LKV 1998, S.8 (9).

⁸⁶⁶ Vgl. für den Biototyp Zwergstrauch- und Wachholderheiden: OVG Lüneburg, NuR 1995, S. 470 (471); für die Typen Röhrichte, Weiher, Tümpel und Kleingewässer: OVG Schleswig, NuR 1997, S. 256; für den Typ „sonstige Restbestockungen natürlicher Waldgesellschaften“: VG Potsdam, NVwZ 1998, S. 1216.

⁸⁶⁷ Gellermann, a.a.O., S. 229 (230); Louis/Kortebein, a.a.O., S. 218; Schink, a.a.O., S. 420.

⁸⁶⁸ Louis/ Kortebein, a.a.O., S. 218; Gellermann, a.a.O., S. 229.

merkmale nicht zu erfassen seien⁸⁶⁹. Die notwendige Klarstellung unbestimmter Rechtsbegriffe habe daher auch im Naturschutzrecht über die Verwaltungsbehörden und, wenn diese nicht eingeschaltet sind, über die Verwaltungsgerichte zu erfolgen⁸⁷⁰. Angesichts der Bedeutung des Biotopschutzes könne es dem Einzelnen zugemutet werden, sich notfalls mit Hilfe eines Fachmannes über das Bestehen einer gesetzlich geschützten Fläche und deren räumliche Grenzen zu unterrichten, falls er eine Maßnahme beabsichtige, die eine Beeinträchtigung oder Zerstörung des Biotops zur Folge haben könnte⁸⁷¹. Eine Abgrenzbarkeit der geschützten Biotoptypen untereinander sei irrelevant, da die genannten Biotoptypen alle in gleicher Weise geschützt seien. Für den Normadressaten komme es nur darauf an, erkennen zu können, ob eine geschützte Fläche vorliege⁸⁷².

Weiterhin wird geltend gemacht, dass die Unterschutzstellung der einzelnen Biotope durch Verwaltungsakt oder Rechtsverordnung dem Normzweck des § 30 I BNatSchG (§ 20 c BNatSchG 1986) nicht genüge. Es wird darauf verwiesen, dass durch den Bundesgesetzgeber ein umfassender und schnell wirksamer Biotoptypschutz verfolgt wird, um so dem fortschreitenden Artensterben und der Verarmung der Landschaft entgegenzutreten. Die Erfassung jedes einzelnen Biotops und die Unterschutzstellung durch Verwaltungsakte würden dieser Zielsetzung nicht gerecht werden, da es zu erheblichen Verzögerungen kommen müsse und jeder Verwaltungsakt angefochten werden könne⁸⁷³. Insbesondere Schink⁸⁷⁴ verweist darauf, dass zur Information des Bürgers die landesrechtlichen Ausgestaltungen des Biotoptypschutzes verfahrensrechtliche Bestimmungen enthielten. Schließlich wird angemerkt, dass ein Bürger, der tatsächlich nicht erkennen kann, dass ein gesetzlich geschütztes Biotop vorliegt, im Falle einer Beeinträchtigung straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlich durch die Regelung über den Tatbestandsirrtum geschützt wird⁸⁷⁵.

⁸⁶⁹ Louis/Kortebein, a.a.O., S.218.

⁸⁷⁰ Louis/Kortebein, a.a.O., S. 218.

⁸⁷¹ Schink, a.a.O., S. 420; Louis/Kortebein, a.a.O., S. 219; vgl. zum § 28 a NNatG: OVG Lüneburg, NuR 1995, S. 470 (471).

⁸⁷² Gellermann, a.a.O., S. 229; Louis/Kortebein, a.a.O., S. 218 (219); a.A. hinsichtlich der räumlichen Abgrenzbarkeit: Schink, a.a.O., S. 421.

⁸⁷³ Louis/Kortebein, a.a.O., S. 220.

⁸⁷⁴ Schink, a.a.O., S. 421 ff, vgl. auch Louis/Kortebein, a.a.O., S. 219.

⁸⁷⁵ A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendominir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn.14.

c) Kritische Würdigung des Streitstandes

aa) Mangelnde Erkennbarkeit für den Laien

Die Bestimmung der kraft Gesetzes geschützten Flächen und der an den Biotopschutz anknüpfenden Beeinträchtigungsverbote wird den betroffenen, naturwissenschaftlich unkundigen Normadressaten in einer Vielzahl von Fällen anhand der gesetzlichen Tatbestände nicht möglich sein. Diese Schwierigkeit wird auch von der herrschenden Meinung, die eine Verletzung des Gebots hinreichender Bestimmtheit verneint, gesehen⁸⁷⁶. In einer Vielzahl von Fällen erfolgt also eine Einschränkung der tatbestandlichen Verständlichkeit des Normbefehls für den naturwissenschaftlichen Laien. Weder in gegenständlicher noch in räumlicher Hinsicht wird dem Normadressaten bei der Mehrzahl der Biotope eine treffende Bestimmung sicher gelingen. Sofern in der Literatur⁸⁷⁷ geltend gemacht wird, dass das Umweltbewußtsein in den letzten Jahrzehnten erheblich zugenommen habe und von dem Bürger erwartet werden könne, schützenswerte Lebensräume zu erkennen, ist dies ein nicht belegtes Postulat. Abgesehen davon, dass die zunehmenden Umweltbelastungen und –zerstörungen in Deutschland eher für das Gegenteil sprechen, ändert allein der gute Wille des Bürgers nichts an seiner mangelnden fachlichen Befähigung, geschützte Flächen zu erkennen. Auch die Aussage⁸⁷⁸, dass sich der gesetzliche Biotoptypenschutz überwiegend an Land- und Forstwirte, also in Fragen des Naturschutzes erfahrene Personen, wende, ist nicht haltbar. Auf den Flächen, auf denen professionell und in ökonomischen Umfang Land- und Forstwirtschaft betrieben wird, kommen nur noch selten schutzwürdige Biotope vor. Es sind häufig – wie die in der Rechtsprechung entschiedenen Fälle zeigen – Laien, wie Bauherren⁸⁷⁹ oder Nebenerwerbslandwirte⁸⁸⁰, die von der Norm betroffen sind.

Gegen die in der Literatur vertretene Ansicht⁸⁸¹, dass es nur auf die Abgrenzbarkeit der geschützten Flächen gegen nicht geschützte Flächen ankomme, ist einzuwenden, dass auch die Unterscheidung der verschiedenen Typen untereinander notwendig ist. Abgesehen von dem

⁸⁷⁶ OVG Lüneburg, NuR 1995, S. 470 (471); OVG Schleswig, NuR 1997, S. 256; Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (218); Gellermann, NuR 1995, S. 227 (228).

⁸⁷⁷ Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (219).

⁸⁷⁸ Louis/Kortebein, a.a.O.

⁸⁷⁹ OVG Lüneburg, NuR 1995, S. 470; OVG Schleswig, NuR 1998, S. 558; VG Potsdam, NVwZ 1998, S. 1216.

⁸⁸⁰ OVG Münster, NuR 1995, S. 301.

⁸⁸¹ Gellermann, a.a.O., S. 229; Louis/Kortebein, a.a.O., S. 219 f.

Umstand, dass die mangelnde Abgrenzbarkeit von verschiedenen Biotoptypen gegeneinander ein Indiz für die fehlende tatbestandliche Bestimmtheit dieser Typen ist, kann die Gleichgültigkeit nicht damit begründet werden, dass das Gesetz an das Vorliegen jedes Typs die gleichen Rechtsfolgen, nämlich ein umfängliches Beeinträchtungsverbot, knüpft. Dies ist zwar bei abstrakter Betrachtung zutreffend, nicht aber in der Praxis. Jeder Biotoptyp hat sein eigenes, unterschiedliches Wirkungsgefüge, das jeweils durch verschiedene Maßnahmen gefährdet oder zerstört werden kann. Mithin hängt von der Qualifikation eines Biotops auch ab, welche Maßnahmen eine Beeinträchtigung bedeuten können. Eine Gleichstellung verbietet sich insofern. Die Begriffe des gesetzlichen Tatbestandes verlangen eine eindeutige Einordnung und gerade nicht die bloße Feststellung, irgendein Biotop werde schon gegeben sein⁸⁸². Können die Normadressaten in vielen Fällen anhand der Biotoptypen die in der Natur geschützten Flächen weder gegenständlich und räumlich bestimmen noch die konkret verbotenen Maßnahmen ermitteln, so wird ihnen durch den gesetzlichen Biotoptypenschutz zugemutet, sich bei dem geringsten Verdacht einer möglichen Biotopbeeinträchtigung fachwissenschaftlicher Hilfe zu bedienen.

bb) Vielgestaltigkeit der zu regelnden Sachverhalte

Der Gesetzgeber hat eine Vorschrift so bestimmt abzufassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist⁸⁸³. Wird auf die Regelungsfähigkeit des zu ordnenden Sachgebietes, der zu schützenden Biotope abgestellt, so ist einzuräumen, dass sich die Natur in einer Vielgestaltigkeit präsentiert, die sich einer dem Laien verständlicheren, konkreteren Regelung in einem durch seine Allgemeinheit und Abstraktheit geprägten Gesetz zumindest insofern entzieht, als ein Schutz ipso iure beabsichtigt ist⁸⁸⁴. Die Vielfalt und der Variantenreichtum der Biotope zwingen den Gesetzgeber zur Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, zur Abstraktion⁸⁸⁵. Ein Blick etwa in die in der gesetzlichen Anlage zum NatSchG BW aufgeführten Definitionen der geschützten Biotope wie auch auf die im Beschluss des OVG Münster wiedergegebenen biologischen Umschreibungen für Magerrasen und Feuchtwiesen verdeutlicht, dass die Verständlichkeit und

⁸⁸² So auch: Krämer/Meyer, a.a.O., S. 10.

⁸⁸³ BVerfGE 49, S. 168 (181); 59, S. 104 (114); 78, S. 205 (212); 87, S. 234 (263).

⁸⁸⁴ So: OVG Lüneburg, a.a.O., S. 471; Louis/Kortebein, a.a.O., S. 218; Gellermann, a.a.O., S. 230; Schink, a.a.O., S. 420.

⁸⁸⁵ Vgl. Louis/Kortebein, a.a.O., S. 218.

Erkennbarkeit des Tatbestandes für den naturwissenschaftlichen Laien mit der Aufnahme von biologischen Definitionen oder der Aufzählung von Indikatorpflanzen, z.T. mit lateinischer Bezeichnung, nicht gesteigert worden ist⁸⁸⁶.

cc) Widersprüchlichkeit der Typenbezeichnungen

Diese Feststellung befreit den Gesetzgeber hingegen nicht von der „Minimalpflicht“, die schützenswerten Biotoptypen im Tatbestand zumindest für den sachverständigen Normanwender verständlich zu charakterisieren⁸⁸⁷. In verschiedenen Fällen haben die Landesgesetzgeber naturwissenschaftlich unsinnige oder widersprüchliche Typenbezeichnungen und Definitionen gewählt, die sich selbst einer eindeutigen Auslegung durch den professionellen Rechtsanwender entziehen. Sie haben insofern bereits das Gebot der hinreichenden Bestimmtheit und Normklarheit, wonach Gesetze auch widerspruchsfrei⁸⁸⁸ und praktikabel⁸⁸⁹ sein müssen, verletzt⁸⁹⁰. Exemplarisch sei auf die kritischen Ausführungen des OVG Münster zur Widersprüchlichkeit der Biotoptypbezeichnungen „Feuchtgrünland“ sowie „Magerwiesen und -weiden“ verwiesen⁸⁹¹.

Ein weiteres Beispiel für die Verwendung naturwissenschaftlich widersprüchlicher und auch vom naturwissenschaftlichen Sachverständigen nicht anwendbarer, unverständlicher Bezeichnungen stellt der gem. § 32 I Nr. 5 BbgNatSchG geschützte Biotoptyp „Restbestockungen natürlicher Waldgesellschaften“ dar. Vor welche Probleme diese Typbezeichnung auch die Gerichte als professionelle Normanwender stellt, verdeutlicht das Urteil des VG Potsdam vom 30.01.1997⁸⁹², in dem es um die Zulässigkeit der Bebauung eines teilweise bewaldeten Grundstücks, das im Biotopkataster des Landes Brandenburg als sog. Eichen-Hainbuchenwald erfasst war, ging. Das Gericht hatte festzustellen, ob es sich bei der vorgefundenen Bewaldung um eine „sonstige Restbestockung natürlicher Waldgesellschaften“ handelt. Das Gericht führt zunächst aus, dass insbesondere die sachverständlichen Stellung-

⁸⁸⁶ Gellermann, a.a.O., S. 230; Louis/Kortebein, a.a.O., S. 219.

⁸⁸⁷ OVG Münster, a.a.O., S. 306; Schink, a.a.O., S. 420 f.

⁸⁸⁸ BVerfGE 1, 14 (37); 17, 306 (314); 25, 216 (227).

⁸⁸⁹ BVerfGE 25, 216 (226 f.); 78, 205 (212 f.).

⁸⁹⁰ OVG Münster, a.a.O., S. 305 ff.; zustimmend für die Typen „Feuchtgrünland“, „Magerwiesen- und Weiden“ in § 62 I LG NW: Schink, ebenda, S. 421; weiterhin: Krämer/Meyer, a.a.O. S. 10.

⁸⁹¹ OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (305 ff.); insofern zustimmend: Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (421).

⁸⁹² VG Potsdam, NVwZ 1998, S. 1216.

nahmen sowie die durchgeführten mündlichen Verhandlungen gezeigt haben, dass die im Gesetzestext verwendeten Begriffe bzw. Begriffspaare aus vegetationskundlicher, aber auch aus sprachlicher Sicht teilweise missverständlich oder auch irreführend sein können. Dennoch konstatiert es, dass die Vorschrift ausreichend bestimmt bzw. bestimmbar sei, da sich ohne weiteres ermitteln ließe, was nach dem Willen des Gesetzgebers mit der hierfür fraglichen Formulierung unter den Biotopschutz gestellt werden sollte⁸⁹³. Es sei dabei auf den fachkundigen Rechtsanwender abzustellen.

Im weiteren führt das Verwaltungsgericht aus, dass sich die Bezeichnung einer Waldgesellschaft als „natürlich“ nicht aus einer rein vegetationskundlichen Betrachtungsweise erschließe, sondern sich der eigentliche Inhalt dieses Begriffspaares im Rechtssinne aus einer mehrstufigen Auslegung nach Sinn und Zweck im Zusammenhang mit den anderen Tatbestandsmerkmalen ergebe. Da der Begriff der natürlichen Waldgesellschaft aus vegetationskundlicher Sicht irreführend sei, müsse die Qualifizierung „natürlich“ allein auf den Begriff des Waldes bezogen werden. Die Kammer ist aber nicht der Ansicht, dass mit „natürlichem Wald“ der Wald gemeint sein könne, der in Brandenburg als Urtyp, gewissermaßen als natürlicher Urwald, allenfalls noch an Extremstandorten vorkommen könne, sondern diejenigen waldartigen Baumbestände, die sich im Rahmen des natürlichen Sukzessions- und Alterungsprozesses ohne übermäßige – planende oder sonstige Einfluss nehmende – menschliche Formung haben entwickeln können und sich als „etwas“ darstellten, das hinsichtlich der zeitlichen Entwicklungsprozesse nur durch die Natur selbst geprägt wird. Obwohl der Sachverständige ausgeführt hatte, dass die zu qualifizierende Waldgesellschaft nicht als „natürlich“, sondern nur als „naturnah“ bezeichnet werden könne, setzte sich das Gericht hierüber hinweg, weil nicht eine vegetationskundliche, sondern vielmehr die rechtliche Einordnung dieses Begriffs maßgeblich sei. Letztlich genügt der Kammer die natürliche Ansiedlung der meisten Pflanzenarten zur Bejahung einer natürlichen Waldgesellschaft, die kraft Gesetzes geschützt ist.

Festzuhalten ist, dass es zur Bestimmung der Biotopeigenschaft der betroffenen Fläche der Hinzuziehung mehrerer Sachverständiger bedurfte, denen es dennoch nicht möglich war, den Biotoptyp aufgrund der gesetzlichen, fachwissenschaftlich irreführenden Bezeichnung zu bestimmen. Im Ergebnis stand es im Belieben des Gerichts - eine erläuternde Gesetzesbegründung fehlt in Brandenburg -, die Biotopqualität im Sinne der Norm zu bejahen oder zu

⁸⁹³ VG Potsdam, a.a.O.

verneinen. Das Gericht hat die ungenauen und missverständlichen Tatbestandsmerkmale nicht nur ausgelegt, sondern durch seine eigenen „rechtlichen“ Wertungen ergänzt und korrigiert. Bezeichnenderweise weist die „Rote Liste der gefährdeten Biotoptypen der Bundesrepublik Deutschland“, die alle in Deutschland vorkommenden Biotoptypen erfasst und beschreibt, den Biotoptyp „Restbestockungen natürlicher Waldgesellschaften“ nicht aus⁸⁹⁴.

Dieses Beispiel belegt, dass die Landesgesetzgeber zumindest in einigen Fällen vorschnell weitere „Typen“ ohne eingehende Analyse und Bestimmung des Biotoptyps und fachwissenschaftliche Beratung unter Schutz gestellt haben. Insofern führt auch die Verweisung des Normadressaten auf die Einholung sachverständigen Rates, wie es Stimmen in Literatur und Rechtsprechung dem Normadressaten zumuten wollen, nicht zur Bestimmbarkeit. Das Gebot einer zumindest fachwissenschaftlich korrekten und bestimmbaren Kategorisierung der Biotoptypen ist in diesen Fällen verletzt. Für die überwiegende Zahl von geschützten Biotoptypen wird die Widerspruchsfreiheit der Typbezeichnungen hingegen zu bejahen sein. Eine Bestimmung durch den naturwissenschaftlich geschulten Fachmann ist sowohl in gegenständlicher als auch in räumlicher Hinsicht – mit entsprechendem Aufwand, wie der Katalogisierung der Indikatorpflanzen, der Bestimmung der Struktur und des Feuchtigkeitsgrades des Bodens – möglich. Der Sachverständige wird sodann auch über die beeinträchtigenden und somit verbotenen Handlungen Auskunft geben können.

dd) Unzumutbarkeit der tatbestandlichen Unbestimmtheit

Zu prüfen bleibt, ob es Bundes- und Landesgesetzgeber bei diesem Befund unter Verweis auf die Unmöglichkeit einer konkreteren, dem Bürger verständlicheren Erfassung der Vielgestaltigkeit der schützenswerten Biotope in einem generell-abstrakten Gesetz belassen durften, es den Normadressaten im Hinblick auf das Gebot hinreichender Bestimmtheit also zuzumuten ist, sich bei dem geringsten Verdacht einer möglichen Biotopbeeinträchtigung fachwissenschaftlicher Beratung zu bedienen. In der naturschutzrechtlichen Literatur⁸⁹⁵ wird im Anschluss an die Entscheidung des OVG Lüneburg⁸⁹⁶ diese Ansicht unter Verweisung auf die überragende Bedeutung des Artenschutzes für das Gemeinwohl vertreten.

⁸⁹⁴ Riecken, Ries, Ssymank, „Rote Liste der gefährdeten Biotoptypen der Bundesrepublik Deutschland“, S.60 ff.

⁸⁹⁵ Louis/Kortebein, a.a.O., S. 219; Schink, a.a.O., S. 420.

⁸⁹⁶ OVG Lüneburg, a.a.O., S. 471.

Bereits dieser Ansatz gibt Anlass zur Kritik. Aufgrund der Unbestimmtheit des gesetzlichen Tatbestandes und der damit einhergehenden mangelnden Erkennbarkeit der geschützten Biotope in der Landschaft werden sich die Normadressaten vor einem Eingriff in einer Vielzahl von Fällen gar nicht vergegenwärtigen, dass es sich bei einer vorgesehenen Fläche um ein geschütztes Biotop handeln kann. Daher ist es fraglich, ob durch die für die betroffenen Laien unverständliche Bezeichnung der geschützten Flächen ein in der Praxis wirksamer Schutz zu erreichen ist. Erreicht der Normbefehl die Adressaten nicht, so werden sich diese vor einem Eingriff auch nicht veranlasst sehen, sich fachlich beraten zu lassen⁸⁹⁷. Grundeigentümer oder sonstige Nutzungsberechtigte, die trotz der tatbestandlichen Unbestimmtheit die Möglichkeit des Schutzes einer Biotopfläche erkennen, werden gezwungen, sich sachverständig beraten zu lassen, um sich Klarheit über den Normbefehl zu verschaffen. Im Zuge des gesetzlichen Biotoptypschutzes droht ihnen damit nicht nur der mitunter vollständige Verlust der Privatnützigkeit ihrer Flächen, sondern sie werden darüber hinaus in Zweifelsfällen verpflichtet, eine naturwissenschaftliche Untersuchung durch Sachverständige anzuregen und ggf. auf eigene Kosten und unter Inkaufnahme erheblicher zeitlicher Verzögerungen durchführen zu lassen⁸⁹⁸. Bis zur Klärung der Sach- und Rechtslage haben die Betroffenen auf die Wahrnehmung ihrer nur möglicherweise eingeschränkten Freiheiten generell zu verzichten. Selbst wenn sich Flächen nach einem Gutachten als nicht geschützt erweisen, können bereits die zeitlichen Verzögerungen etwa bei teuren, vorfinanzierten Bauvorhaben das Scheitern der Projekte oder zumindest erhebliche Kosten zur Folge haben. Die Verweisung des Normadressaten auf sachverständige Hilfe zur Bestimmung des Normbefehls erscheint, insbesondere vor dem Hintergrund der gravierenden Beschränkungen der Grundeigentümer durch die Inhalts- und Schrankenbestimmungen des gesetzlichen Biotoptypschutzes, als unzumutbar⁸⁹⁹.

Verschärft wird die aufgrund der vielfach unverständlichen Rechtslage missliche Situation der Betroffenen durch die Einstufung auch der fahrlässigen Verletzungen der biotopschutzrechtlichen Beeinträchtigungsverbote als Ordnungswidrigkeiten in den Landesnaturschutzgesetzen, die mit Geldbuße bis zu DM 100.000 geahndet werden können⁹⁰⁰. Unrichtig führt A.

⁸⁹⁷ Vgl. zu den Bedenken gegen die Geeignetheit eines ipso-iure-Verfahrens im Denkmalschutzrecht etwa: Erbuth/Paßlick/Püchel, S. 22: „Unkenntnis führt aber häufig zur Mißachtung von Denkmalschutzbelangen.“; sowie: Kummer, S. 75 ff.; Moench, NJW 1983, S. 1998 (2001).

⁸⁹⁸ Vgl. auch: Krämer/Meyer, LKV 1998, S. 8 (10).

⁸⁹⁹ So auch: OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (305 ff.); Kramer/Meyer, LKV 1998, S. 8 (10).

⁹⁰⁰ Vgl.: § 64 I Nr. 4 a NatSchG BW; Art. 52 I Nr. 2 BayNatSchG; § 49 I Nr. 8 a NatSchG Bln; § 49 I Nr. 5 a BremNatSchG; § 43 I Nr. 4 HENatG; § 64 I Nr. 8 NNatG; § 70 I Nr. 11 LG NW.

Schmidt-Räntsch⁹⁰¹ aus, dass ein Bürger, der tatsächlich nicht erkennen kann, dass der gesetzliche Biotoptypenschutz im Einzelfall eingreift, über den Tatbestandsirrtum, § 16 StGB, § 11 OWiG, geschützt wird. Denn § 16 I S. 2 StGB lässt im Falle eines Tatbestandsirrtums ausdrücklich die „Strafbarkeit“ wegen eines fahrlässigen Verstoßes unberührt. Die Forderung des Bundesverfassungsgerichts, nach der gesetzliche Tatbestände, insbesondere Straftatbestände⁹⁰², so präzise zu formulieren sind, dass ein Normadressat sein Handeln kalkulieren kann, weil die Folgen der Regelung für ihn voraussehbar und berechenbar sind⁹⁰³, wäre in diesen Fällen nur noch eine inhaltsleere Floskel.

2. Unzureichende Kompensation durch deklaratorische Verfahren

In der Erörterung bisher unberücksichtigt blieb die rechtliche Würdigung der verschiedenen deklaratorischen Verfahren zur Biotoperfassung und Bürgerinformation. Es gilt zu hinterfragen, ob die mangelnde Verständlichkeit des Normbefehls für die naturwissenschaftlichen Laien und die sich hieran anknüpfenden, verfassungsrechtlichen Bedenken durch die deklaratorischen Verfahren zur Biotopkartierung, Ausweisung und Information der Betroffenen beseitigt werden. Eine umfängliche Regelung des ergänzenden Verfahrens findet sich etwa in Baden-Württemberg⁹⁰⁴. So sieht § 24 a VII NatSchG BW vor, dass die geschützten Biotop von der Naturschutzbehörde erfasst und in Karten und Listen mit – so der ausdrückliche Gesetzeswortlaut - deklaratorischer Wirkung eingetragen werden. Diese Listen und Karten haben bei den Naturschutzbehörden und Gemeinden zur Einsichtnahme für jedermann auszuliegen. Die Gemeinden haben die Listen ortsüblich bekannt zu machen. Nach § 24 a VIII NatSchG BW hat die Naturschutzbehörde Eigentümern und sonstigen Nutzungsberechtigten auf Anfrage mitzuteilen, ob sich auf ihrem Grundstück ein besonders geschützter Biotop befindet und ob eine bestimmte Handlung verboten ist. Vergleichbare deklaratorische Verfahren finden sich in Niedersachsen, §§ 28 a III, IV, 31 I NNatG, Sachsen-Anhalt, §§ 30 III, IV, 24 I NatSchG LSA⁹⁰⁵, Schleswig-Holstein, § 15 a III, IV LNatSchG SH⁹⁰⁶. Kein Verfahren zur Biotopkar-

⁹⁰¹ A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendimir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 14.

⁹⁰² BVerfGE 25, S. 269 (285); 87, S. 363 (391 f.); 92 S. 1 (12).

⁹⁰³ BVerfGE 83, S. 130 (145); 84, S. 133 (149); 87, S. 234 (263); siehe auch: BVerwGE 77, S. 214 (219); 92, S. 196 (207); Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 20 VII Rn. 62.

⁹⁰⁴ Vgl. hierzu: Kratsch, VBIBW 1998, S. 241 (242 f.); sowie im Allgemeinen: Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (421 ff.).

⁹⁰⁵ Siehe zur deklaratorischen Wirkung der Eintragung: § 30 II S. 2 NatSchG LSA.

⁹⁰⁶ Zur Unabhängigkeit des gesetzlichen Schutzes vom Verfahren siehe: § 15 a IV S.1 LNatSchG SH.

tierung und Ausweisung sehen Berlin, § 30 a NatSchG Bln; Bayern, § 13 d BayNatSchG, und Rheinland-Pfalz, § 24 II LPflG RP, vor. Die übrigen Bundesländer haben differierende Regelungen getroffen, die in Umfang und Ausgestaltung hinter der oben beispielhaft dargelegten baden-württembergischen Regelung zurückbleiben. Die Untersuchung konzentriert sich daher auf diejenigen Bundesländer, die – wie Baden-Württemberg – das deklaratorische Verfahren umfänglich ausgestaltet haben.

Die vorgesehenen Verfahren zur ergänzenden Biotopkartierung vermögen hingegen die mangelnde tatbestandliche Bestimmtheit, die mangelnde Erkennbarkeit der geschützten Biotopflächen für den naturwissenschaftlichen Laien, selbst dann nicht vollständig zu kompensieren, wenn sie umfänglich ausgestaltet sind. Es sind weitgehend die gleichen Einwände, die auch im Denkmalschutzrecht gegen die deklaratorischen Verfahren angeführt werden⁹⁰⁷, gegen den gesetzlichen Biotoptypenschutz zu erheben. Erschwerend treten im Naturschutzrecht die hohe Variabilität der geschützten Lebensräume, die Notwendigkeit der räumlichen Abgrenzung der Biotopflächen und die Bestimmung beeinträchtigender Handlungen hinzu. Vergleichbar dem Wandel der Wertschätzung von Bauwerken in der Gesellschaft und den damit verbundenen Änderungen ihres Schutzstatus im ipso-iure-Verfahren⁹⁰⁸ unterliegen die natürlichen und naturnahen Lebensräume ständigen Veränderungen, die dazu führen, dass sich unmittelbar geschützte Biotope infolge natürlicher Sukzession oder menschlichen Wirkens neu bilden oder ehemals schutzwürdige Flächen ihren ökologischen Wert verlieren⁹⁰⁹. Insofern ist, wie bereits erwähnt⁹¹⁰, zu beachten, dass nicht nur ursprüngliche Biotope, sondern auch Sekundärbiotope, die erst durch menschliches Handeln oder die Einstellung von Bewirtschaftungsformen entstehen, unmittelbaren Schutz genießen. Beispiele für die Neuansiedlung von Feuchtbiotopen und Trockenrasenbiotopen auf brachliegenden Flächen finden sich bei Louis⁹¹¹. Aus dem Umstand, dass die Natur einerseits Flächen „zurückgewinnt“, andererseits Flächen ihren Schutzstatus verlieren oder sich die räumliche Ausdehnung verändert, folgt, dass Biotopkartierungen, wenn sie denn flächendeckend erfolgen, die natürlichen Veränderungen lediglich nachvollziehen und nie den aktuellen Stand mit Sicherheit wiedergeben können. Negativ her-

⁹⁰⁷ Kritisch: Niebaum/Eschenbach, DÖV 1994, S. 12 (15 ff., 18); Steinberg, NVwZ 1992, S. 14 (16); Moench, NVwZ 1988, S. 304 (307); Hönes, Die Unterschützstellung von Kulturdenkmälern, S. 169, S. 173 ff.

⁹⁰⁸ Schneider, BauR 1998, S. 733 (735); Niebaum/Eschenbach, a.a.O., S. 15, Fn. 47.

⁹⁰⁹ A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendomin-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 3.

⁹¹⁰ Siehe oben, S. 13 f.

⁹¹¹ Louis/Kortebein, a.a.O., S. 216, Fn. 6 f.

vorsticht, dass beispielsweise in Baden-Württemberg bis heute die erstmalige, flächendeckende Biotopkartierung nicht abschlossen wurde⁹¹² und eine regelmäßige, flächendeckende Überarbeitung der Biotopkartierung nicht vorgesehen ist. Die Konkretisierung der Register soll nur in bekannt gewordenen Einzelfällen erfolgen⁹¹³. Die Biotoplisten und -karten sind und bleiben daher unvollständig und drohen zu veralten. Sie sind wie die Denkmälbücher im ipso iure-Verfahren nicht mehr als unvollständige und unverbindliche Informationsquellen für die Normadressaten⁹¹⁴. So räumen auch die Befürworter der vorgefundenen Regelung – wenn auch in anderem Zusammenhang – ein, dass die räumlichen Grenzen eines Biotops einem ständigen Wandel unterliegen können⁹¹⁵. Damit wird aber offenbar, dass sich ein Eigentümer oder Nutzungsberechtigter, wenn er aus Zweifeln am Schutz einer Fläche Einsicht in die Biotopregister nimmt, nicht auf die Eintragungen und Bekanntmachungen verlassen kann und darf, er also keine sichere Dispositionsgrundlage für die Zukunft erhält. Sofern die Landesnaturschutzgesetze neben der Führung der Biotoplisten eine Benachrichtigung der Eigentümer über die Eintragung vorsehen⁹¹⁶, kann dies nur nach der Entdeckung und Kartierung eines Biotops erfolgen. Für die Fälle von Biotopneubildungen bleibt es bei obigem Befund. Weder kann ein Eigentümer aus dem Umstand, dass er nicht benachrichtigt wurde, schließen, dass er keinen Beschränkungen unterliegt, noch muss ein früher benachrichtigter Eigentümer davon ausgehen, dass die bezeichnete Fläche immer noch unter Schutz steht. Auch die Benachrichtigung gibt lediglich die momentane Bewertung einer Fläche durch die Naturschutzbehörde wieder, die jederzeit von der tatsächlichen Entwicklung mit den daran anknüpfenden gesetzlichen Folgen überholt werden kann. Entsprechendes gilt für sonstige behördliche Auskünfte⁹¹⁷.

Zu besonderer Kritik gibt letztlich der Umstand Anlass, dass die biotopschutzrechtlichen Bußgeldtatbestände in der überwiegenden Zahl der Bundesländer, anders als etwa in Bremen, § 49 I Nr. 5 a BremNatSchG, oder Niedersachsen, § 64 I Nr. 8 NNatG, unabhängig von einer

⁹¹² 1998 waren erst in 60 % der Gemeinden Baden-Württembergs die Felderhebungen zur Kartierung abgeschlossen, in einem weiteren Fünftel der Gemeinden sind sie in Arbeit, vgl. Kratsch, VBIBW 1998, S. 241 (242)

⁹¹³ Kratsch, VBIBW 1998, S. 241 (243).

⁹¹⁴ Franzmeyer-Werbe, DÖV 1996, S. 950 (952); Niebaum/Eschenbach, a.a.O., S. 19.

⁹¹⁵ A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 3; Louis/Kortebein, a.a.O., S. 220.

⁹¹⁶ So in Brandenburg: § 32 III S. 2 BbgNatSchG.

⁹¹⁷ Auf die rechtliche Qualifikation von Biotopkartierungen und Auskünften wird im Rahmen der Untersuchung der Rechtsschutzmöglichkeiten einzugehen sein.

vorherigen Biotopkartierung bzw. Bekanntgabe der Erfassung einer Fläche als Biotop eingreifen. Den Betroffenen droht damit schon vor der Biotopkartierung im Falle der fahrlässigen Verletzung der Beeinträchtigungsverbote eine Geldbuße⁹¹⁸.

III. Zwischenergebnis

Einerseits präsentieren sich die natürlichen, schutzwürdigen Lebensräume in einer Vielfalt und Individualität, die eine konkretere, dem Laien verständlichere Bestimmung der Schutzobjekte in einem generell-abstrakten Gesetz regelmäßig verhindern, andererseits gewährleistet allein die Nennung der abstrakten Biotoptypen in den landesrechtlichen Katalogen in einer Vielzahl von Fällen in der Praxis nicht die Bestimmung der geschützten Flächen durch die Betroffenen, verfehlt der Normbefehl die Adressaten oder führt die tatbestandliche Unbestimmtheit zu einer unzumutbaren Unsicherheit auf Seiten der Betroffenen. Eine verfahrensrechtliche Absicherung, eine Konkretisierung des Normbefehls, ist daher rechtsstaatlich geboten, um die Normadressaten vor dem Hintergrund der erheblichen Grundrechtsrelevanz des Biotoptypsches nicht mit unzumutbaren Risiken zu belasten. Sie dient darüber hinaus auch der Durchsetzung der Beeinträchtigungsverbote im Interesse des Biotopschutzes. Die deklaratorischen Verfahren genügen diesen Anforderungen nicht. Sie lindern allenfalls die Symptome der fehlenden tatbestandlichen Verständlichkeit des gesetzlichen Biotoptypsches. Die mangelnde Erkennbarkeit des Normbefehls für die Normadressaten und die sich anschließenden verfassungsrechtlichen Bedenken werden durch die deklaratorischen Verfahren aufgrund der erheblichen zeitlichen Verzögerungen bei der Erfassung, der Unvollständigkeit der Kataster und der unterbleibenden Aktualisierung zumindest nicht vollständig kompensiert. Rechtsicherheit gewährleisten die deklaratorischen Verfahren nicht. Es verbleibt zu prüfen, ob entgegen der Ansicht in der Literatur⁹¹⁹ ein wirksamer Schutz hochwertiger Biotope unter Vermeidung der Unbestimmtheit des Normbefehls im konstitutiven Verfahren zu erreichen ist. Es bietet sich an, die Untersuchung der Möglichkeit eines konstitutiven Verfahrens zurückzustellen und zunächst die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen den gesetzlichen Biotoptypsches als weiteren Aspekt, der im unmittelbaren Zusammenhang mit dem ipso-iure-Verfahren steht, zu erörtern.

⁹¹⁸ Zur Kritik am denkmalschutzrechtlichen ipso-iure-Verfahren im Hinblick auf Art. 103 II GG: Niebaum/Eschenbach, DÖV 1996, S. 12 (17).

⁹¹⁹ Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (220).

B. Vereinbarkeit mit dem Gebot eines effektiven Rechtsschutzes

Der gesetzliche Biotopschutz ist Verwaltung in Gesetzesform, ihm kommt eine „verwaltungs-ersetzende“ Funktion zu, da der Schutz der Biotopflächen unter Verzicht eines konstitutiven Verwaltungsverfahrens unmittelbar kraft Gesetzes begründet wird⁹²⁰. Im Folgenden sind die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen den gesetzlichen Biotoptypschutz zu untersuchen. Anzuschließen hat sich die verfassungsrechtliche Überprüfung der Vereinbarkeit des gefundenen Ergebnisses mit dem Gebot eines effektiven Rechtsschutzes.

I. Rechtsschutz im bzw. gegen den Biotoptypschutz

Zu erörtern sind die Möglichkeiten des Rechtsschutzes zum einen gegen die gesetzliche Unterschutzstellung von Biotopflächen an sich, zum anderen gegen einzelne Akte oder Handlungen im Anschluss bzw. im Zusammenhang mit der bereits erfolgten Unterschutzstellung, etwa der Versagung einer Baugenehmigung aufgrund der biotopschutzrechtlichen Veränderungsverbote⁹²¹.

1. Rechtsschutz unmittelbar gegen die landesrechtlichen Normen

Die Verbote des Biotoptypschutzes entfalten Rechtswirkung unmittelbar kraft Gesetzes. Eine Unterschutzstellung der erfassten Flächen durch konstitutiven Verwaltungsakt erfolgt nicht. In Erwägung zu ziehen ist daher die Möglichkeit des Rechtsschutzes unmittelbar gegen die biotopschutzrechtlichen Normen der Landesnaturschutzgesetze. Diesen Gedanken aufzuwerfen, heißt ihn aber sogleich zu verwerfen. Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle ist gegen die Normen des gesetzlichen Biotopschutzes als Landesgesetze nicht statthaft. Nach § 47 I Nr. 2 VwGO entscheiden die Oberverwaltungsgerichte nur über andere im Rang unter den formellen Landesgesetzen stehende Rechtssätze.

Eine Verfassungsbeschwerde gegen die jeweilige landesrechtliche Norm des gesetzlichen Biotoptypschutzes scheidet bereits an der einjährigen Ausschlussfrist des § 93 III BVerfGG, die mit dem Inkrafttreten des jeweils angegriffenen Gesetzes beginnt. Eine Wiedereinsetzung

⁹²⁰ So auch: Meyer/Krämer, LKV 1998, S. 8 (11).

⁹²¹ Vgl. etwa: OVG Lüneburg, NuR 1995, S. 470; VG Potsdam, NVwZ 1998, S. 1216.

in den vorherigen Stand gibt es nicht⁹²². § 20 c BNatSchG 1986 wurde trotz z.T. erheblicher Verzögerungen Anfang bzw. Mitte der neunziger Jahre von den Landesgesetzgebern umgesetzt. Zuletzt trat Art. 13 d BayNatSchG am 1.9.1998 in Kraft. Eine Rechtssatzverfassungsbeschwerde ist selbst in denjenigen Fällen unzulässig, in denen zum Zeitpunkt des Fristablaufs noch gar kein Biotop auf einer Fläche vorzufinden war, die spontane Besiedelung also erst später erfolgte. Abzustellen ist nämlich auf den Zeitpunkt, in dem das Gesetz formelle Geltung erlangt. Nicht maßgeblich ist, wann es tatsächliche Rechtswirkung gegenüber einem Betroffenen zeitigt⁹²³. „Mit dem Sinn des § 93 Abs. 2 BVerfGG (nunmehr Abs. 3) wäre es nicht vereinbar, eine erst nach Ablauf dieser Frist geschaffene oder eingetretene „Beschwerde“ als ausreichende Grundlage für eine Verfassungsbeschwerde anzusehen, mit der der Beschwerdeführer geltend macht, das angegriffene Gesetz sei von vornherein verfassungswidrig gewesen.“⁹²⁴ Von dieser Rechtsansicht ist das BVerfGG trotz der in der Literatur im Hinblick auf Art. 93 I Nr. 4 a GG vorgetragenen verfassungsrechtlichen Kritik wegen der sich eröffnenden Rechtsschutzlücke nicht abgerückt⁹²⁵.

2. Widerspruch und Anfechtungsklage

Ist die jeweilige landesrechtliche Regelung des Biotoptypsches mit Rechtsmitteln nicht unmittelbar anzugreifen, so ist zu fragen, ob und ggf. wie einzelne hoheitliche Handlungen im Zusammenhang mit dem gesetzlichen Schutz rechtlich angreifbar sind und ob auf diesem Wege die gesetzlichen Unterschützstellungen für den konkreten Einzelfall einer verbindlichen Rechtsprüfung zugeführt werden können. Die Form des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes wird maßgeblich durch die Qualifizierung der staatlichen Maßnahmen bestimmt. Stehen im konstitutiven Verfahren, das eine Begründung des gesetzlichen Schutzes erst durch hoheitlichen Einzelakt vorsieht, den von einer belastenden Unterschützstellung Betroffenen Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die verbindliche Verwaltungsentscheidung zur Seite⁹²⁶, so fehlen diese Akte im ipso-iure-Verfahren. Der Rechtsschutz hängt daher maßgeb-

⁹²² Lechner/Zuck, BVerfGG, § 93 Rn. 65 sowie 49.

⁹²³ Vgl. zur Rechtslage: Lechner/Zuck, BVerfGG, § 93 Rn. 74; Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, § 93 Rn. 46; Gusy, Die Verfassungsbeschwerde, S. 132 Rn. 210; Umbach/Clemens, BVerfGG, § 93 Rn. 30.

⁹²⁴ BVerfGE 30, S. 112 (126) unter Verweis auf BVerfGE 23, S. 153 (164).

⁹²⁵ Zur Kritik vgl.: Lechner/Zuck, a.a.O. Rn. 76; Gusy, S. 132 Rn. 210.

⁹²⁶ Vgl. zum konstitutiven Verfahren im Denkmalschutzrecht: Franzmeyer-Werbe, DÖV 1996, S. 950 (951); Niebaum/Eschenbach, DÖV 1994, S. 12 (13).

lich davon ab, ob die zuständigen Behörden auch im nachrichtlichen Verfahren der Biotopkartierung verbindliche Regelungen zu treffen haben, gegen die Widerspruch und Anfechtungsklage statthaft sind. Scheidet die Anfechtungsklage mangels angreifbarer Verwaltungsakte aus oder führt sie nicht zur verbindlichen Prüfung des Biotopschutzrechtlichen Status einer Fläche, so sind ggf. die weiteren verwaltungsgerichtlichen Klagen zu untersuchen.

a) Qualifikation von Biotopkatastern und Benachrichtigungen

Wie die Eintragung eines Kulturdenkmals ins Denkmalsbuch im ipso-iure-Verfahren⁹²⁷ ist auch die Kartierung einer Fläche in einem Biotopkataster und die Mitteilung an die Betroffenen, sofern diese denn gesetzlich vorgesehen ist und tatsächlich erfolgt, nicht als Verwaltungsakt zu qualifizieren⁹²⁸. Die Biotopkartierung hat keine unmittelbaren rechtlichen Auswirkungen auf die Betroffenen. Die unmittelbaren Rechtsfolgen ergeben sich bereits aus den jeweiligen Normen des Biotopschutzes der einzelnen Landesnaturschutzgesetze selbst. Es ist der belegte Wille des Bundes- und der Landesgesetzgeber⁹²⁹, dass sich der Schutz unmittelbar kraft Gesetzes verwirklichen soll, es also gerade nicht auf eine vorhergehende Ausweisung durch Verwaltungsakt ankommen soll, um so einen schnell wirksamen Schutz zu erreichen. So heißt es im § 28 a II S. 2 NNatG, der auf das Beeinträchtungsverbot Bezug nimmt: „Dies gilt auch dann, wenn der besonders geschützte Biotop noch nicht in das Verzeichnis geschützter Teile von Natur und Landschaft (§ 31 Abs. 1 NNatG) eingetragen worden ist.“⁹³⁰ Um Missverständnisse zu vermeiden, wird auch in den Verfahrensregelungen anderer Länder der rein „deklaratorische“⁹³¹ oder „nachrichtliche“⁹³² Charakter der Eintragung betont. Wenn es

⁹²⁷ Vgl. zur Verneinung der Verwaltungsaktqualität der nachrichtlichen Aufnahme von unbeweglichen Kulturdenkmälern in das Denkmalsbuch gem. § 9 I S. 1 HEDSchG mit eingehender Begründung und weiteren Nachweisen: VGH Kassel, NVwZ-RR 1993, S. 462 f.; so auch: OVG Berlin, BauR 1998, S. 773 (776).

⁹²⁸ Louis, NNatG, § 28 a Rn. 10; Schink, VerwArch 86 (1995), S. 399 (412); Weiblen, VBIBW 1996, S. 202 (203); Kratsch, VBIBW 1998, S. 242 (242); A. Schmidt-Räntsch, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, § 20 c Rn. 13.

Vgl. zum ipso-iure-Schutz im Denkmalschutz: Eberl/Martin/Petzet, Bayerisches Denkmalschutzgesetz, Art. 2, S. 114 ff. Rn. 2, 4; Backhaus, Denkmalrecht in Niedersachsen, S. 97; Dörffeldt/Viebrock, Hessisches Denkmalschutzrecht, § 9, S. 109 ff., Rn. 6, 9;

⁹²⁹ Vgl. die Gesetzesbegründung in: Baden-Württemberg, LT-Drs. 10/5340, S. 28 f.; Hessen, LT-Drs. 13/6234, S. 37, § 23; Niedersachsen, LT-Drs. 11/5154 S. 5; Nordrhein-Westfalen, LT-Drs. 11/6196, S. 85.

⁹³⁰ Wortgleich: § 30 II S.2 NatSchG SA; inhaltsgleich: § 15 a IV S. 1 NatSchG Schl.-H.

⁹³¹ § 24 a VII S.1 NatSchG BW.

⁹³² § 62 III S.3 LG NW.

aber für den Biotopschutz keine Rolle spielt, dass ein Biotop noch nicht erfasst ist, so gilt Entsprechendes im umgekehrten Fall. Die Eintragung wirkt keine unmittelbaren Rechtsfolgen, am Schutzstatus einer Fläche ändert sich nichts. Es erfolgt lediglich eine Dokumentation des kraft Gesetzes unmittelbar verwirklichten Schutzes. Zutreffend formuliert das Verwaltungsgericht München⁹³³ zur Biotopkartierung gem. Art. 6 d BayNatSchG a.F.: „Vom Sinn und Zweck her stellt die Biotopkartierung eine reine Bestandsaufnahme, d. h. die Beschreibung eines Ist-Zustandes dar.“ „Die Biotopkartierung löst hingegen keine Veränderungsverbote aus, sondern hat lediglich zur Folge, daß der Behörde das Vorliegen einer (...) schützenswerten Fläche bekannt ist.“

Für die Mitteilung über die Eintragung einer Fläche in ein Biotopverzeichnis, wie sie in Niedersachsen, § 28 a III S. 1 NNatG, Sachsen, § 26 V S. 2 SächsNatSchG und Brandenburg, § 32 III S. 2 BbgNatSchG ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist, gilt Entsprechendes⁹³⁴. Sie ist nach ihrem objektiven Sinngehalt nicht auf eine unmittelbare, für die Betroffenen verbindliche Regelung von Rechten und Pflichten oder eines Rechtsstatus gerichtet⁹³⁵. So heißt es beim Verwaltungsgericht Dessau⁹³⁶ zum Biotopschutz gem. § 26 I SächsNatSchG: „Denn die Information des Grundstückseigentümers bzw. Nutzungsberechtigten über die Eintragung in Verzeichnisse der besonders geschützten Biotope ist kein Verwaltungsakt, sondern eine Mitteilung über die Rechtslage, weil kein Rechtsverhältnis geregelt wird.“ Dies verkennen Krämer und Meyer⁹³⁷, die ohne nähere Begründung die Benachrichtigung über die Einordnung eines Grundstückes in die Liste der gesetzlich geschützten Biotope als feststellenden Verwaltungsakt qualifizieren. Die Bekanntgabe der Eintragung ist richtigerweise „... nicht mehr als ein offizieller Hinweis auf die Rechtslage ...“⁹³⁸, stellt eine unverbindliche Auskunft über die Rechtslage dar, an die sich keine Rechtsfolgen anknüpfen⁹³⁹. Sie dient allein der tatsächlichen Information der Betroffenen über die ihnen kraft Gesetzes obliegenden Pflichten, um so dem rechtlichen Schutz zur faktischen

⁹³³ VG München, NuR 1997, S. 304 (305).

⁹³⁴ VG Dessau, NuR 1997, S. 465 (466); Louis, NNatG, § 28 a Rn. 8.

Vgl. zur nachrichtlichen Mitteilung im Denkmalschutzrecht: VGH Mannheim, NVwZ 1983, S. 100; Dörfeldt/Viebrock, a.a.O., S. 111 Rn. 9.

⁹³⁵ Vgl. zu diesem essentiellen Merkmal des Verwaltungsaktes: Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn. 47 ff., 50 m.w.N.

⁹³⁶ VG Dessau; NuR 1997, S. 465 (466).

⁹³⁷ Krämer/Meyer, LKV 1997, S.8 (11).

⁹³⁸ Louis, a.a.O., Rn. 8.

⁹³⁹ So auch: Kopp/Schenke, VwGO, Anh. zu § 42, Rn. 28.

rechtlichen Schutz zur faktischen Wirksamkeit zu verhelfen⁹⁴⁰. Sowohl der Wortlaut der Landesgesetze als auch der gesetzgeberische Wille⁹⁴¹ sind unmissverständlich und lassen eine andere Deutung nicht zu. So heißt es in § 26 V S. 2 SächsNatSchG: „Über Eintragungen werden die Gemeinden, Grundstückseigentümer und ... Nutzungsberechtigten unter Hinweis auf die Verbote des Absatzes 2 schriftlich informiert.“ Gegen die Eintragung einer Fläche in das Biotopkataster oder die Information der Betroffenen über die Biotopqualität aus Anlass der Kartierung sind somit mangels angreifbaren Verwaltungsaktes weder Widerspruch noch Anfechtungsklage statthaft.

b) Qualifikation sonstiger „Auskünfte“ auf Anfrage der Betroffenen

Über die Biotopkartierung hinaus gewähren einige Landesnaturschutzgesetze den Eigentümern oder sonstigen Nutzungsberechtigten weitergehende Auskunftsansprüche. So teilen die Naturschutzbehörden in Baden-Württemberg den Betroffenen auf Anfrage mit, ob sich auf ihrem Grundstück ein besonders geschütztes Biotop befindet oder ob eine bestimmte Handlung verboten ist, § 24 a VIII NatSchG BW. Entsprechende Regelungen finden sich in § 28 a IV NNatG, § 30 IV NatSchG LSA und § 15 a IV S. 2 NatSchG S-H. Wären diese „Auskünfte“ als feststellende Verwaltungsakte zu qualifizieren, so hätten die Betroffenen über die Anfrage die Möglichkeit, eine verbindliche, behördliche Entscheidung über die Existenz eines geschützten Biotops auf ihren Flächen herbeizuführen, gegen die Widerspruch und Anfechtungsklage statthaft wären.

Die rechtliche Qualifizierung der „Auskünfte“ hängt von ihrem (Regelungs-) Inhalt ab. Es ist zu differenzieren: Die Mitteilung über die Existenz eines gesetzlich geschützten Biotops auf einem Grundstück und dessen räumliche Grenzen ist kein Verwaltungsakt, sondern wie die Bekanntgabe der Eintragung nur ein Hinweis auf die Rechtslage. Es fehlt an der Regelung eines konkreten Rechtsverhältnisses. Wird hingegen vom Eigentümer oder sonstigen Nutzungsberechtigten nachgefragt, ob eine bezeichnete Nutzung einer bestimmten Biotopfläche mit den Beeinträchtigungsverböten vereinbar ist, so ist diese Entscheidung als feststellender Verwaltungsakt zu qualifizieren⁹⁴². Die Regelung liegt in der verbindlichen Feststellung, dass ein konkretes Vorhaben gegen das Beeinträchtigungsverbot verstößt oder

⁹⁴⁰ Vgl. die Gesetzesbegründung des niedersächsischen Landtages: LT-Drs. 11/5154 S. 5 f.

⁹⁴¹ Vgl. die Gesetzesbegründung des niedersächsischen Landtages: a.a.O.

⁹⁴² Louis, NNatG, § 28 a Rn. 10; Schink, VerwArch S. 398 (412); VG Dessau, NuR 1997, S. 465 (466).

ein konkretes Vorhaben gegen das Beeinträchtigungsverbot verstößt oder nicht⁹⁴³. Widerspruch und Anfechtungsklage gegen diesen feststellenden Verwaltungsakt sind statthaft. Zu beachten ist aber, dass zwar die positive oder negative Bewertung einer Fläche als geschütztes Biotop im Sinne des jeweiligen Landesnaturschutzgesetzes von erheblicher Bedeutung für die Entscheidung über die Zulässigkeit einer konkreten Maßnahme sein kann, diese Feststellung aber lediglich als Vorfrage zu qualifizieren ist, der keine Bindungswirkung zukommt. Denn nur der durch den bekanntgegebenen Inhalt des Verwaltungsaktes bestimmte Entscheidungsgegenstand erwächst in Bestandskraft und erlangt Tatbestandswirkung gegenüber anderen öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern⁹⁴⁴. Die die Verfügung tragenden Tatsachenfeststellungen oder rechtlichen Bewertungen erlangen keine selbständige Verbindlichkeit⁹⁴⁵. Regelungsgegenstand des feststellenden Verwaltungsaktes ist nur die Zulässigkeit der konkret nachgefragten Nutzung in biotopschutzrechtlicher Hinsicht und nicht die rechtliche Bewertung, ob auf der vorgesehenen Fläche überhaupt ein gesetzlich geschütztes Biotop vorliegt. Dass beide Aspekte auch ohne weiteres zu trennen sind, also die Feststellung der Zulässigkeit einer konkreten Nutzung nicht die Verneinung der Biotopqualität einer Fläche zwingend bedingt, verdeutlicht folgende Überlegung: Eine bestimmte Grundstücksnutzung ist biotopschutzrechtlich zulässig, wenn kein geschütztes Biotop vorliegt. Sie ist aber auch erlaubt, wenn zwar ein geschütztes Biotop vorliegt, aber nicht erheblich beeinträchtigt wird. So ist etwa die extensive Beweidung oder Mahd bestimmter Trockenbiotopökosysteme ökologisch geboten⁹⁴⁶. Der Regelungsgegenstand ist also keineswegs identisch.

Eine verbindliche behördliche Entscheidung über die Biotopqualität einer Fläche vermag ein Betroffener auf diesem Wege nicht herbeizuführen. Als reine Vorfrage und ggf. Element der Begründung des Verwaltungsaktes entfaltet die Verneinung der Biotopqualität keine präjudizielle Wirkung für eine spätere Entscheidung. Wird etwa einem Landwirt zunächst die intensive Beweidung einer Feuchtwiese wegen fehlerhafter Verneinung der Biotopqualität erlaubt, so ist er nicht davor gefeit, dass ihm eine spätere Nutzungsänderung dennoch aus Gründen des

⁹⁴³ Vgl. vorherige Fußnote.

⁹⁴⁴ Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 43 Rn. 54; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 43 Rn. 15 f., 32.

⁹⁴⁵ Sachs, ebenda Rn. 57; Gaentzsch, NJW 1986, S. 2787 (2790); Ortloff, NJW 1987, S. 1665 (1666).

⁹⁴⁶ Vgl.: Umweltgutachten des Rates von Sachverständigen für Umweltfragen, BT-Drs 12/6995 S. 125; OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (306 f.) m.w.N.

Biotopschutzes verboten bleibt, da die zunächst erfolgte Beurteilung der Biotopqualität nicht in Bestandskraft und Tatbestandswirkung erwächst⁹⁴⁷.

c) Ausnahmen und Befreiungen sowie sonstige Genehmigungen

Die zuständigen Naturschutzbehörden können auf Antrag der Betroffenen unter den bereits erörterten Voraussetzungen Ausnahmen oder Befreiungen von den biotopschutzrechtlichen Verboten zulassen. Die Entscheidung über eine Ausnahme oder Befreiung wird in einigen Bundesländern durch die Entscheidung über eine nach anderen Vorschriften erforderliche behördliche Gestattung ersetzt, die im Benehmen mit der zuständigen Naturschutzbehörde zu treffen ist (vergleiche etwa § 24 a IV S. 4 NatSchG BW, Art. 13 d II S. 2 BayNatSchG⁹⁴⁸). Insofern ist zu fragen, ob den Naturschutzbehörden oder den für die sonstigen Genehmigungen zuständigen Behörden aufgrund dieser Ermächtigungen das Recht und ggf. die Pflicht zur verbindlichen Entscheidung über die Biotopqualität einer Fläche zukommen und ob die Betroffenen somit über den Antrag auf Gewährung einer biotopschutzrechtlichen Ausnahme oder Befreiung oder einer sonstigen Genehmigung, etwa einer Baugenehmigung, in deren Verfahren auch über die biotopschutzrechtliche Zulässigkeit zu entscheiden wäre, eine verbindliche Behördenentscheidung herbeiführen können, die ggf. angegriffen und so einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden kann.

Die diese Verfahren abschließenden Entscheidungen ergehen als Verwaltungsakte. Sie können rechtlich überprüft werden. Hingegen kann auch in diesen Verfahren keine verbindliche Entscheidung über die Biotopqualität einer Fläche herbeigeführt werden, die Bestandskraft und Tatbestandswirkung erlangen kann. Der Regelungsgegenstand der verfahrensbeendenden Entscheidung ist wiederum lediglich die Zulässigkeit bzw. Genehmigung einer konkret beantragten Grundstücksnutzung. Die naturschutzrechtliche Qualifizierung einer Fläche bleibt als Vorfrage unverbindlich⁹⁴⁹, erlangt weder Bestandskraft noch Tatbestandswirkung. Wird einem Bauherren - nach Anhörung der Naturschutzbehörde wegen eines „Biotopverdachts“ - unter fehlerhafter Verneinung der Biotopqualität eine Baugenehmigung für die Errichtung eines Gebäudes erteilt und erwächst diese in Bestandskraft, so sind Regelungsgegenstand der Baugenehmigung nur die fehlerhafte, aber verbindliche Feststellung, dass der Herstellung des

⁹⁴⁷ Vgl. zum Denkmalschutzrecht: VGH Kassel, NVwZ 1993, S. 462 (463).

⁹⁴⁸ Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 13 d Rn. 27 ff.

⁹⁴⁹ Vgl. zutreffend zum ipso-iure-Schutz im Denkmalschutzrecht: Niebaum/Eschenbach, a.a.O., S. 19.

Vorhabens und seiner beabsichtigten Nutzung keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, und die Aufhebung des präventiven Bauverbots⁹⁵⁰, nicht hingegen die Feststellung, dass sich auf dem Grundstück kein gesetzlich geschütztes Biotop befindet. Wird die Baugenehmigung nicht zurückgenommen, § 48 des jeweiligen LVwVfG, so darf der Bauherr sein Vorhaben trotz der biotopschutzrechtlichen Verbote verwirklichen⁹⁵¹. Macht er aufgrund geänderter Pläne von der erteilten Baugenehmigung keinen Gebrauch, sondern beantragt er nunmehr die Genehmigung eines anderen, beeinträchtigenden Bauvorhabens auf der Biotopfläche, die noch nicht beeinträchtigt wurde, bleibt ihm dies trotz der vorangegangenen Genehmigung gesetzlich verboten. Auf die Baugenehmigung kann er sich nicht berufen, da die Verneinung der Biotopqualität nicht Regelungsgegenstand der Baugenehmigung war. Entsprechendes hat für den Bauvorbescheid über die Bebaubarkeit einer Fläche zu gelten. Bindungswirkung kann er nur hinsichtlich der Feststellung der Zulässigkeit der Bebauung einer Fläche entfalten, nicht hinsichtlich der Verneinung des Vorliegens eines Biotops⁹⁵².

d) Möglichkeit einer verbindlichen Feststellung ohne Ermächtigung

Es verbleibt die Untersuchung der Möglichkeit einer verbindlichen Feststellung der Biotopqualität einer Fläche bzw. deren Verneinung durch einen feststellenden Verwaltungsakt ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung der Naturschutzbehörden, um so dem Bürger Rechtssicherheit und ggf. Rechtsschutz zu gewähren⁹⁵³. Eine entsprechende Möglichkeit wird im ipso-iure-Verfahren des Denkmalschutzrechtes diskutiert und von einigen bejaht⁹⁵⁴. Diese Ansicht überzeugt weder im Denkmalschutzrecht, noch darf sie auf den gesetzlichen Biotoptypenschutz übertragen werden. Gegen diese Meinung ist einzuwenden, dass es zum einen nach dem Vorbehalt des Gesetzes auch für feststellende, belastende Verwaltungsakte einer gesetzlichen Ermächtigung der Verwaltung bedarf, die im Biotopschutzrecht fehlt, und es zum anderen an einen regelungsfähigen Rechtsverhältnis ermangelt. Gegen die Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage für feststellende Verwaltungsakte wird zwar eingewendet, dass die den Adressaten treffende belastende Wirkung nicht aus dem feststellenden Verwaltungsakt,

⁹⁵⁰ Vgl. zur Feststellungs- und Verfügungsfunktion der Baugenehmigung: Brohm, § 28 Rn. 25 f.

⁹⁵¹ Louis, NuR 1992, S. 25 f.

⁹⁵² Vgl.: Niebaum/Eschenbach, DÖV 1994, S. 12 (20).

⁹⁵³ So zum § 16 a.F. NatSchG BW: VGH Mannheim, NuR 1993, S. 140, wonach die Abgrenzung eines Feuchtgebiets Gegenstand eines feststellenden Verwaltungsaktes sein kann.

⁹⁵⁴ VGH Mannheim, NVwZ 1983, S. 100; Franzmeyer-Werbe, DÖV 1996, S. 950 (954); Hönes, Die Unterschutzstellung von Kulturdenkmälern, S. 221 ff.

sondern aus dem Gesetz selbst resultiert, das von der Verwaltung lediglich im Verwaltungsakt konkretisiert wird. Diese Ansicht, die das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage für einen feststellenden Verwaltungsakt mangels belastender Wirkung verneint, lässt ungeklärt, worin die nach der Legaldefinition der Verwaltungsverfahrensgesetze für die Annahme eines Verwaltungsaktes erforderliche Regelungswirkung bestehen soll. Zutreffend wird darauf verwiesen, dass die Veränderung der Rechtslage dem Begriff der Regelung, auch derjenigen des feststellenden Verwaltungsaktes, immanent ist⁹⁵⁵, der Verwaltungsakt die autoritative Feststellung darüber enthält, was im Einzelfall Recht sein soll. Könnte eine Naturschutzbehörde rechtsfehlerhaft feststellen, dass eine bestimmte Fläche als geschütztes Biotop zu qualifizieren ist, und erwüchse diese Entscheidung in Bestandskraft, so hätte dieser „feststellende“ Verwaltungsakt rechtsgestaltende Wirkung. Daraus folgt aber, dass auch dem gesetzeskonformen Verwaltungsakt ein gestaltendes Element innewohnen muss, denn die Naturschutzbehörde will den feststellenden Verwaltungsakt in jedem Fall als maßgebliche Grundlage für die Rechtsbeziehungen zwischen Verwaltung und Bürger verstanden wissen. Solange ein ergangener Verwaltungsakt Bestand hat, ist ein Rückgriff unmittelbar auf das Gesetz versperrt⁹⁵⁶. Die obige Argumentation der Gegenseite ist nicht haltbar. Insofern zutreffend formuliert der VGH Mannheim⁹⁵⁷ hinsichtlich der Möglichkeit der Feststellung des Vorliegens eines gesetzlich geschützten Kulturdenkmals mittels Verwaltungsaktes, „... daß die Bejahung des Verwaltungsaktscharakters geeignet ist, nachhaltig in die Rechtssphäre des Bürgers einzugreifen. Dieser läuft nämlich Gefahr, nach Ablauf der wegen § 58 II VwGO regelmäßig geltenden Jahresfrist für die Einlegung eines Widerspruchs einer bestandskräftigen und damit verbindlichen Entscheidung über die Denkmalschutzwürdigkeit eines Anwesens gegenüberzustehen.“ Unverständlich bleibt, warum der VGH Mannheim trotz der erkannten Eingriffsqualität eines feststellenden Verwaltungsaktes eine gesetzliche Ermächtigung für entbehrlich hält.

Das Bundesverwaltungsgericht geht vom Bedürfnis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für feststellende Verwaltungsakte aus, schränkt dieses aber dahingehend ein, dass feststellende Verwaltungsakte jedenfalls dann einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, wenn ihr Inhalt etwas als rechtens feststellt, was der Betroffene erklärtermaßen für nicht rechtens hält⁹⁵⁸. Es erscheint fragwürdig, das Bedürfnis einer Ermächtigungsgrundlage vom Rechts-

⁹⁵⁵ Seibert, S. 95; Niebaum/Eschenbach, a.a.O. S. 20.

⁹⁵⁶ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 142.

⁹⁵⁷ VGH Mannheim, a.a.O.

⁹⁵⁸ BVerwGE 72, S. 265 (267); zustimmend: Maurer, § 9 Rn. 48.

standpunkt des Anfragenden und somit vom konkreten Entscheidungsergebnis abhängig zu machen⁹⁵⁹, denn dies führt zu dem verwunderlichen Ergebnis, dass beispielsweise die Naturschutzbehörde rechtsverbindlich die Biotopexistenz – wie es dem Standpunkt des Betroffenen regelmäßig entsprechen dürfte – durch feststellenden Verwaltungsakt verneinen, nicht aber – wegen der konkreten Belastung – bejahen dürfte. Das konkrete Entscheidungsergebnis hätte mithin Einfluss und Rückwirkung auf die Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis der Verwaltung⁹⁶⁰. Zu grotesken Ergebnissen muss eine entsprechende Differenzierung in den Fällen führen, in denen ein feststellender Verwaltungsakt von Amts wegen zu ergehen hat und der Rechtsstandpunkt des Betroffenen bei Verfahrensbeginn nicht bekannt ist. Überzeugender erscheint es daher, das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage von einer potentiellen Beeinträchtigung des Betroffenen durch den feststellenden Verwaltungsakt abhängig zu machen, mithin für alle grundrechtsrelevanten feststellenden Verwaltungsakte eine Ermächtigungsgrundlage zu verlangen.

Eine abschließende Erörterung dieses Problems des allgemeinen Verwaltungsrechts würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Sie ist auch entbehrlich, da die Naturschutzbehörden auch nach der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts nicht durch feststellenden Verwaltungsakt positiv über die Existenz eines Biotops entscheiden dürfen, wenn nach dem Rechtsstandpunkt des Betroffenen die Existenz zu verneinen ist. Gerade dieser Streitstand ist die praktisch vorkommende Konstellation, in der ein Betroffener um Rechtsschutz nachsucht. Mangels Ermächtigungsgrundlage darf die Naturschutzbehörde nicht durch feststellenden Verwaltungsakt positiv über die Existenz und die räumlichen Grenzen eines Biotops im Sinne des § 30 BNatSchG entscheiden. Wird entgegen der hier vertretenen Ansicht auf das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage verzichtet, so folgt aus der Befugnis der Verwaltung vorbehaltlich einer gesetzlichen Regelung keine Verpflichtung zur verbindlichen Feststellung der Biotopexistenz⁹⁶¹. Eine Ermächtigung oder gar Verpflichtung der Naturschutzbehörden widerspräche darüber hinaus der gesetzgeberischen Zielsetzung einer Begrenzung und Reduzierung des Verwaltungsaufwandes⁹⁶². So ist in einigen Landesnaturschutzgesetzen zwar eine

⁹⁵⁹ So aber ausdrücklich: BVerwG, NJW 1987, S. 969.

⁹⁶⁰ Zur Kritik vgl. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 143.

⁹⁶¹ VGH München, BayVBl. 1987, S. 499; Stelkens, a.a.O.

⁹⁶² Vgl. zum Denkmalschutzrecht: Steinberg, NVwZ 1992, S. 14 (15), der als gesetzgeberischen Zweck der Verfahrensumstellung auf das deklaratorische Verfahren die Ersparung des „lästigen Verfahrens“ mit der Anhörung von Eigentümern und Gemeinden bezeichnet.

Verpflichtung der Verwaltung zur Auskunftserteilung, nicht aber eine Pflicht zur verbindlichen Bescheidung über die Biotopexistenz vorgesehen. Diese Regelung zeigt, dass eine solche gerade nicht gewollt war.

Darüber hinaus fehlt es für die Rechtmäßigkeit eines feststellenden Verwaltungsaktes auch an der Voraussetzung der Regelung eines Rechtsverhältnisses⁹⁶³. Es ist auf die oben formulierten Ausführungen zu verweisen⁹⁶⁴. Nicht nachvollziehbar ist, dass einerseits weder Eintragung noch Benachrichtigung der Betroffenen als feststellender Verwaltungsakt qualifiziert werden, da es – wie zutreffend vermerkt wird⁹⁶⁵ – an einem regelungsfähigen Rechtsverhältnis fehlt und der Eintragung keine Regelungsfunktion zu kommt, andererseits unter Missachtung des vorgesehenen nachrichtlichen Eintragsverfahrens eben ein solches regelungsfähiges Rechtsverhältnis trotz des unmittelbar kraft Gesetzes wirkenden Schutzes bejaht wird⁹⁶⁶. Diese Argumentation ist inkonsequent⁹⁶⁷ und widerspricht darüber hinaus dem gesetzgeberischen Willen. Könnte die zuständige Behörde die Biotopqualität einer Fläche durch Verwaltungsakt verbindlich feststellen – sei es im oder unabhängig vom Eintragsverfahren –, so würde über die Bestandskraft des Verwaltungsaktes eine unberechtigte Ausweisung konstitutiv wirken, den Biotopschutz also erst begründen⁹⁶⁸. Den Umkehrschluss ziehend würde dies bedeuten, dass die unrichtige Verneinung der Biotopqualität – als *actus contrarius* – ebenfalls in Bestandskraft erwachsen und die Naturschutzbehörde sich somit über die Entscheidung des Gesetzgebers stellen und den unmittelbaren gesetzlichen Biotoptypenschutz aushebeln könnte. Dem nachrichtlichen Verfahren käme durch die Hintertür eine nicht beabsichtigte Verbindlichkeit zu. Sie hätte eine den Schutz begründende Funktion. Das gesetzgeberische System eines deklaratorischen Schutzes würde unstimmig.

⁹⁶³ VG Dessau, NuR 1997, S. 465 (466); Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (412).

⁹⁶⁴ Siehe oben, S. 218 ff.

⁹⁶⁵ Vgl. etwa: Louis, NNatG, § 28 a Rn. 8.

⁹⁶⁶ So aber im Denkmalschutzrecht: Franzmeyer-Werbe, DÖV 1996, S. 950 (952, 954); Hönes, Die Unterschutzstellung von Kulturdenkmälern, S. 219 ff.; im Naturschutzrecht: Louis, NNatG, § 28 a Rn. 8.

⁹⁶⁷ Zutreffend wenden sich gegen die Möglichkeit eines feststellenden Verwaltungsaktes bzw. einer Feststellungsklage: Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert, NBauO/NDSchG, §§ 4, 5 NdsDSchG Rn. 15; Eberl/Martin/Petzet, S. 116, Rn. 4; unter Verweis auf: OVG Lüneburg, Urt. v. 17.02.1989, 6 OVG A 31/87, sowie VG Hannover, Urt. v. 15.04.1981, 4 VG A 110/79.

⁹⁶⁸ Vgl. zur konstitutiven Wirkung feststellender Verwaltungsakte: Seibert, S. 96; zur Argumentation im Denkmalschutzrecht: Niebaum/Eschenbach, DÖV 1994, S. 12 (19).

Wie die Bezeichnung als ipso-iure-Schutz verdeutlicht, ist es allein die Legislative, die den Schutz der bezeichneten Flächen unmittelbar und unabhängig von der Exekutive begründet. Anders formuliert: Die Verwaltung hat keine Kompetenz zur verbindlichen Entscheidung über die Qualität einer Fläche. Sie kann die Betroffenen lediglich unverbindlich über ihre Kenntnisse und Erkenntnisse in Bezug auf den Schutz einer Fläche als Biotop informieren. Da die zuständigen Naturschutzbehörden weder ermächtigt noch verpflichtet sind, durch feststellenden Verwaltungsakt über die Biotopqualität einer Fläche zu entscheiden, sind Widerspruch und Anfechtungsklage nicht statthaft. Rechtsschutz können die Betroffenen insofern nicht erlangen.

3. Sonstige verwaltungsgerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten

Eine verbindliche behördliche Entscheidung über den Status einer Fläche als geschütztes Biotop ist nicht zu erlangen. Entsprechend führt die Anfechtungsklage nicht zur verbindlichen gerichtlichen Überprüfung der Biotopqualität. Es sind daher die subsidiären verwaltungsgerichtlichen Klagen, die Leistungs- und Feststellungsklage, auf ihre Relevanz für den Rechtsschutz im Rahmen des gesetzlichen Biotoptypsches zu untersuchen.

a) Leistungsklage

Erfolgt die Kartierung und Registrierung einer Fläche als geschütztes Biotop, so ist zu prüfen, ob ein Eigentümer oder sonstiger Nutzungsberechtigter im Wege der Leistungsklage die Löschung der seiner Meinung nach unrichtigen Eintragung einer Fläche im Biotopkataster begehren kann. Wird die Statthaftigkeit der Leistungsklage bejaht, so ist der Umfang der Rechtskraft des Leistungsurteils, das die Naturschutzbehörde zur Löschung verpflichtet, zu würdigen.

aa) Zulässigkeit

Ausgeschlossen ist die Leistungsklage auf Löschung der Eintragung im Biotopkataster in denjenigen Fällen, in denen eine Biotopkartierung noch nicht erfolgt ist. Die Erlangung von Rechtssicherheit und gerichtlicher Kontrolle sind also gerade in diesen, durch die tatbestandliche Unbestimmtheit bedingten Zweifelsfällen über die Leistungsklage nicht zu erlangen.

Ist eine Fläche hingegen im Biotopkataster erfasst, so ist die Leistungsklage auf Löschung der Eintragung statthaft. Die Eintragung und entsprechend auch ihre Löschung sind als bloße behördliche Wissenserklärungen, als Realakte, zu qualifizieren⁹⁶⁹. Die Klagebefugnis der Betroffenen, die von Rechtsprechung⁹⁷⁰ und herrschender Lehre⁹⁷¹ in Analogie zu § 42 II VwGO auch für die Leistungsklage verlangt wird, um so die Möglichkeit einer Popularklage auszuschließen, folgt im Falle einer möglicherweise unrichtigen Eintragung als Folgenbeseitigungsanspruch aus den Grundrechten des Klägers sowie dem Rechtsstaatsprinzip⁹⁷². Die unrichtige Eintragung einer Fläche in das Biotopkataster beeinträchtigt den Eigentümer oder sonstigen Nutzungsberechtigten in seinen Grundrechten und dauert an. Trotz des Fehlens unmittelbarer Rechtswirkungen hat die Eintragung einer Fläche in das Biotopkataster Eingriffsqualität, da mit der Eintragung erhebliche faktische Nachteile verknüpft sind. Der Eigentümer oder sonstige Nutzungsberechtigte einer zu Unrecht eingetragenen Fläche unterliegt zwar nicht dem gesetzlichen Veränderungsverbot, wird aber praktisch in seinen Freiheiten beschränkt. Die Veräußerung oder Verpachtung einer Fläche, die falsch im Biotopkataster erfasst ist und somit vermeintlich unter das gesetzliche Veränderungsverbot fällt, wird in der Praxis erheblich erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht. Kein privater Bauherr wird ein Grundstück erwerben, das nach der Ausweisung in der Biotopliste vermeintlich nicht verändert werden darf. Entsprechendes gilt für landwirtschaftliche Flächen. Sie werden in der Praxis regelmäßig unverkäuflich und wertlos. Abgesehen von einer Veräußerung werden sich die Betroffenen selbst auch nicht mehr trauen, eine Fläche anders als bisher zu nutzen, da sie nach ihrer durch die falsche Eintragung bedingten unrichtigen Vorstellung mit der Verhängung eines Bußgeldes zu rechnen haben. Vom Laien kann nicht verlangt werden, dass er den Fehler der Behörde erkennt und sich auf eigenes Risiko über die falsche behördliche Entscheidung hinwegsetzt. Die unrichtige Aufnahme einer Fläche stellt eine erhebliche Beeinträchtigung der durch Art. 14 I S. 1 GG geschützten Eigentümerfreiheiten dar. Die Gegenansicht⁹⁷³, die einen Grundrechtseingriff verneint, legt in ihrer Argumentation den überholten klassischen Eingriffsbegriff zugrunde. Diesem ist ein moderner Eingriffsbegriff entgegengesetzt worden. Als Eingriff ist jedes staatliche Handeln zu definieren, das dem Einzelnen ein

⁹⁶⁹ Louis, NNatG, § 28 a Rn. 8; Schink, VerwArch 86 (1995), S. 412.

⁹⁷⁰ BVerwGE 18, S. 157; 36, S. 199; BVerwG, NVwZ-RR 1992, S. 371.

⁹⁷¹ Kopp/Schenke, § 42 Rn. 62; Happ, in: Eyermann, § 42 Rn. 80; Wahl/Schütz, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, § 42 II Rn. 33 f.

⁹⁷² Vgl. zum Folgenbeseitigungsanspruch: Maurer, § 29 Rn. 5, 7 ff.; Ossenbühl, S. 286 ff. sowie 293 ff.

⁹⁷³ Insofern unrichtig: Niebaum/Eschenbach, a.a.O., S. 21.

Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht, gleichgültig ob diese Wirkung final oder unbeabsichtigt, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder tatsächlich (faktisch, informal), mit oder ohne Befehl und Zwang erfolgt⁹⁷⁴. Das BVerwG⁹⁷⁵ stellt in seiner „Glykolwein“-Entscheidung fest: „Der Verschlechterung der Wettbewerbsposition der Klägerin durch die Listenveröffentlichung kann der Charakter einer Grundrechtsbeeinträchtigung auch nicht mit der Begründung abgesprochen werden, es fehle an einem hoheitlichen Tätigwerden der staatlichen Stellen mit unmittelbarer und rechtsverbindlicher Wirkung. (...) Es ist daher inzwischen allgemein anerkannt, daß unter Berücksichtigung der Schutzfunktion des jeweiligen Grundrechts auch eine von einem schlicht-hoheitlichen staatlichen Handeln ausgehende bloß tatsächliche und mittelbare Betroffenheit des Grundrechtsträgers einen Grundrechtseingriff bedeuten kann.“

bb) Umfang der Rechtskraft

Hingegen führt ein Leistungsurteil über die Verpflichtung zur Löschung der Eintragung nicht zur verbindlichen Entscheidung über den Schutzstatus einer Fläche. Denn die materielle Rechtskraft erfasst lediglich die Entscheidung über den Streitgegenstand gemäß der Urteilsformel, nicht aber tatsächliche Feststellungen im Urteil oder die Beantwortung vorgreiflicher Rechtsfragen⁹⁷⁶. Streitgegenstand der Leistungsklage auf Löschung ist lediglich das Bestehen oder Nichtbestehen des Folgenbeseitigungsanspruchs. Der in Rechtskraft erwachsende Tenor der Entscheidung beschränkt sich auf die Verpflichtung der Behörde zur Löschung der Eintragung. Nur als Vorfrage ist im Rahmen der Leistungsklage inzident zu klären, ob der eingetragene Bereich unter einem der in den landesrechtlichen Katalogen aufgeführten Biotoptypen zu subsumieren ist⁹⁷⁷. Zutreffend hat daher das OVG Berlin⁹⁷⁸ für das ipso-iure-Verfahren im Denkmalschutzrecht festgestellt: „Denn durch die Verurteilung des Beklagten, im Wege der Folgenbeseitigung das zu Unrecht in die Liste eingetragene Bauwerk zu löschen, würde nur der dadurch im Rechtsverkehr bewirkte Rechtsschein beseitigt werden, ohne daß zwischen den Beteiligten durch ein der Rechtskraft fähiges Urteil die rechtliche Qualität als Baudenkmal verneint werden würde.“ Dem Kläger bleibt eine für die Zukunft verbindliche,

⁹⁷⁴ So die Definition bei Pieroth/Schlink, S. 58 Rn. 240; vgl. auch: BVerfGE 66, S. 39 (60); Bleckmann/Eckhoff, DVBl. 1988, S. 373 ff.

⁹⁷⁵ BVerwGE, 87, S. 37 m.w.N.

⁹⁷⁶ Kopp/Schenke, VwGO, § 121 Rn. 18; Rennert, in: Eyermann, § 121 Rn. 19 ff.

⁹⁷⁷ Vgl.: Louis, NNatG, § 28 a Rn. 8.

⁹⁷⁸ OVG Berlin, BauR 1998, S. 773 (782).

mal verneint werden würde.“ Dem Kläger bleibt eine für die Zukunft verbindliche, gerichtliche Entscheidung über die Qualität einer Fläche verwehrt. Bei jeder Nutzungsänderung muss er erneut fürchten, gegen das Beeinträchtigungsverbot des gesetzlichen Biotoptypsches zu verstoßen. Sowohl die Verwaltung als auch die Gerichte können in einem neuen Verfahren z.B. aus Anlass einer beantragten Baugenehmigung anders entscheiden.

b) Feststellungsklage

Zu erwägen ist noch die Möglichkeit einer Klage auf Feststellung, dass eine Fläche kein gesetzlich geschütztes Biotop ist. Diese Möglichkeit wird teils ohne Begründung teils im Widerspruch zu anderen Ausführungen von einer Ansicht bejaht⁹⁷⁹. Diese Meinung ist abzulehnen. Die Feststellungsklage ist statthaft, wenn die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt wird, § 42 I Hs. 1 VwGO. An einem konkreten Rechtsverhältnis fehlt es hingegen, wenn allgemein die Feststellung der Biotopeigenschaft einer Fläche oder ihres räumlichen Umfangs begehrt wird. Denn Tatbestandsmerkmale, hier die Biotopqualität, von deren Vorliegen die Rechtsbeziehung zwischen Kläger und Beklagten abhängt, sind keine feststellungsfähigen Rechtsverhältnisse⁹⁸⁰. Die Eigenschaft einer Sache ist kein zulässiger Gegenstand einer Feststellungsklage⁹⁸¹. Bereits oben⁹⁸² wurde die Möglichkeit des Erlasses eines feststellenden Verwaltungsaktes über die Biotopeigenschaft einer Fläche abgelehnt⁹⁸³. Entsprechendes hat für die Feststellungsklage zu gelten. Es fehlt an einem konkreten Rechtsverhältnis⁹⁸⁴. Die Biotopqualität einer Fläche ist lediglich Vorfrage für das Vorliegen konkreter Verhaltenspflichten. Sie ist einer gesonderten Feststellung nicht zugänglich⁹⁸⁵. Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis ist erst dann zu bejahen, wenn es um die Zulässigkeit einer konkret bezeichneten Grundstücksnutzung geht⁹⁸⁶, wobei aber die Subsidiarität der Feststellungsklage zu beachten ist.

⁹⁷⁹ So: Louis, NNatG, § 28 a Rn. 8; zum DSchG Bln: OVG Berlin, BauR 1998, S. 773 (782).

⁹⁸⁰ BVerwGE 24, S. 355 (358); 90, S. 220 (227 f.) sowie Kopp/Schenke, § 43 Rn. 13 und Fn. 7 m.w.N.

⁹⁸¹ BVerwG, BauR 32 Nr. 149.

⁹⁸² Siehe S. 223 ff.

⁹⁸³ Widersprüchlich: Louis, NNatG, § 28 Rn. 9.

⁹⁸⁴ Vgl. zum Denkmalschutzrecht: Eberl/Martin/Petz, S. 117 f. Rn. 4; Kleeberg/Eberl, S. 81 Rn. 81; Backhaus, S. 98; Haedrich, ThürVBl. 1999, S.73, 76; BayVG, Urt. v. 25.10.1985, 26 B 82 A. 1664, ebenso: VG Hannover, Urt. v. 15.4.1981, VGA 110/79, jeweils zitiert nach: Kleeberg/Eberl, a.a.O.

⁹⁸⁵ Kopp/Schenke, § 43 Rn. 13; Happ, in: Eyermann, § 43 Rn. 15.

⁹⁸⁶ In diesem Sinne: Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Art. 13 d Rn. 11.

4. Zwischenergebnis

Die Naturschutzbehörden sind nicht ermächtigt, verbindlich über den Schutzstatus eines Biotops zu entscheiden. Der Schutz verwirklicht sich unmittelbar kraft Gesetzes. Entsprechend erlangen die Betroffenen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz nur, wenn es um die Zulässigkeit oder Genehmigung einer konkreten Nutzung einer Fläche geht, unabhängig davon ist eine Überprüfung der Biotopqualität nicht möglich. Entscheidet das Gericht über die Zulässigkeit einer konkreten Nutzung im Hinblick auf den Biotopschutz, so erwächst nur die Entscheidung über den Streitgegenstand gem. der Urteilsformel in Rechtskraft, § 121 VwGO⁹⁸⁷, also die Entscheidung über die Zulässigkeit der konkreten Nutzung. Eine verbindliche gerichtliche Entscheidung über die Biotopqualität einer Fläche können die Betroffenen nicht herbeiführen.

Der ipso-iure-Schutz bewirkt im Vergleich zu einem konstitutiven Verfahren, in dem jeder Ausweisungsakt angreifbar und die Rechtmäßigkeit der Ausweisung einer Fläche als Biotop in Streitfall durch die Gerichte verbindlich zu prüfen ist, eine erhebliche Verkürzung der Rechtsschutzmöglichkeiten.

II. Verfassungsmäßigkeit der festgestellten Rechtsschutzverkürzungen

Zu untersuchen bleibt, ob die durch das ipso-iure-Verfahren bedingte Verkürzung des Rechtsschutzes gegen die Unterschützstellung von Biotopen zu rechtfertigen, mit dem Gebot eines effektiven Rechtsschutzes zu vereinbaren ist.

1. Gebot eines effektiven Rechtsschutzes

Das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes wird vom BVerfG zum einen aus den einschlägigen Grundrechten der jeweils Betroffenen⁹⁸⁸ abgeleitet, zum anderen aus Art. 19 IV GG⁹⁸⁹. Die Grundrechte sind nach der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht nur

⁹⁸⁷ Kopp/Schenke, § 121 Rn. 18.

⁹⁸⁸ Vgl. etwa zu Art. 14 GG: BVerfGE 51, S. 150 (156); 49, S. 220 (225); zu Art. 12 I GG: BVerfGE 39, S. 276 (294); zu Art. 2 II GG: BVerfGE 53, S. 30 (57); 51, S. 324 (346 ff.).

⁹⁸⁹ BVerfGE 37, S. 150 (153); 54, S. 39 (41); 69, S. 381 (385); 84, S. 34 (49).

maßgeblich für die Ausgestaltung des materiellen Rechts, sondern wirken zugleich auf das zugehörige Verfahrensrecht ein. So formuliert das BVerfG etwa für die Gewährleistung des Eigentums, dass die Regelung des Art. 19 IV GG „... durch den sich unmittelbar aus Art. 14 I S. 1 GG ergebenden Anspruch auf einen effektiven Rechtsschutz ...“⁹⁹⁰ ergänzt werde. Das Gericht führt aus: „Eröffnet die Rechtsweggarantie des Art 19 Abs. 4 GG dem Betroffenen den Weg zu einem staatlichen Gericht, das den Grundsätzen der Art 92 und 97 GG genügen muß, so bedeutet der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, daß die Gerichte im jeweiligen Verfahren der normativen Geltung der Grundrechte tatsächliche Wirksamkeit verschaffen müssen. Sie haben nicht nur die negative Verpflichtung, mit der Verfassung nicht in Einklang stehende Eingriffe in grundrechtlich geschützte Bereiche zu unterlassen, sondern auch die positive Verpflichtung, die Grundrechte durchzusetzen.“ Als gefestigte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht wird angesehen⁹⁹¹, dass die materiellen Grundrechte insgesamt auch Maßstäbe für eine den Grundrechtsschutz effektuierende Gestaltung des behördlichen und gerichtlichen Verfahrens setzen. Im Minderheitsvotum⁹⁹² von Simon und Heußner zur „Mühlheim-Kärlich-Entscheidung“ heißt es, dass die Grundrechte eine Verfahrensgestaltung fordern, die „... auf einen bestmöglichen Grundrechtsschutz hinwirkt ...“. Nach Papier⁹⁹³ soll diese Aussage jedoch den Stand der Rechtsprechung des Gerichts zutreffend wiedergeben.

Daneben hat das BVerfG in einer Vielzahl von Entscheidungen das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes unmittelbar aus Art. 19 IV GG abgeleitet. Art. 19 IV GG soll nicht nur den Zugang zu den Gerichten gewährleisten, sondern auch einen effektiven Rechtsschutz, d.h. eine tatsächlich wirksame Kontrolle durch die Gerichte garantieren und über das Gebot eines effektiven, zeitnahen Rechtsschutzes auch auf das vorgelagerte Verwaltungsverfahren zurückwirken⁹⁹⁴. In weiteren Entscheidungen hat das BVerfG das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes sowohl aus den Grundrechten als auch aus Art. 19 IV GG hergeleitet⁹⁹⁵. Eine gewisse Unsicherheit oder Gleichgültigkeit in der Rechtsprechung des BVerfG hinsichtlich

⁹⁹⁰ BVerfGE 49, S. 252 (257) unter Verweis auf: BVerfGE 24, S. 367 (407); 35, S. 348 (361); 37, S. 132 (148); 45, S. 297 (333); 46, S. 325 (334).

⁹⁹¹ So: Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 48.

⁹⁹² BVerfGE 53, S. 30 (75).

⁹⁹³ Papier, a.a.O., Rn. 48 Fn. 154.

⁹⁹⁴ BVerfGE 37, S. 150 (153); 54, S. 39 (41); 69, S. 381 (385).

⁹⁹⁵ BVerfGE 60, S. 253 (296 f.).

der verfassungsrechtlichen Verankerung des Gebots eines effektiven Rechtsschutzes ist jedoch nicht zu verkennen.

In der Literatur wird die Herleitung eines Rechtsschutzanspruchs unmittelbar aus den Grundrechten kritisiert und auf das bisher durch das BVerfG nicht geklärte Verhältnis der verfassungsrechtlichen Gewährleistungen zueinander im Hinblick auf das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes hingewiesen⁹⁹⁶. Diese Kritik ist berechtigt. Die effektive Durchsetzbarkeit der von den materiellen Grundrechten geschützten Interessen ist ein wesentlicher Bestandteil der Grundrechte selbst. Dieses umfängliche Effektivitätsgebot erfährt aber durch Art. 19 IV GG für Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt eine konkretisierende, verfassungsrechtliche Spezialregelung. Art. 19 IV GG stellt sich als die „... zentrale Verbürgung gerichtlichen Rechtsschutzes auch der Grundrechte dar ...“⁹⁹⁷. Im Gewährleistungsbereich der Rechtsschutzgarantie ist für einen unmittelbaren Rückgriff auf die materiellen Grundrechte daher weder Raum noch Bedarf⁹⁹⁸. Die vom BVerfG formulierten Anforderungen an die Ausgestaltung des gerichtlichen sowie des vorgelagerten Verwaltungsverfahrens⁹⁹⁹ zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes sind unmittelbar aus Art. 19 IV GG abzuleiten. Eines unmittelbaren Rückgriffs auf die materiellen Grundrechte bedarf es hierzu nicht.

2. Anforderungen an die Ausgestaltung des Verfahrens

Dem Verfahrensrecht kommt für die Verwirklichung der Grundrechte eine wesentliche Rolle zu. Es dient nicht nur dem Ziel, einen geordneten Verfahrensgang zu sichern, sondern ist im grundrechtlich relevanten Bereich auch das Mittel, dem Grundrechtsträger im konkreten Fall zu seinem verfassungsmäßigen Recht zu verhelfen¹⁰⁰⁰. Selbst wenn mit der Literatur davon ausgegangen wird, dass ein „gerichtsschutzfördernder“ optimaler Zuschnitt des Verwaltungsverfahrens aus Art. 19 IV S. 1 GG und den im Einzelfall einschlägigen, vom BVerfG herangezogenen Grundrechten nicht hergeleitet werden kann und dass dem Gesetzgeber auch bei

⁹⁹⁶ Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 19 IV Rn. 23 f.; Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 46; ders., in: HBStR VI, § 154 Rn. 15; Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 IV Rn. 375.

⁹⁹⁷ So auch: BVerfGE 60, S. 253 (296 f.).

⁹⁹⁸ Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 19 IV Rn. 23 f.; Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 46; ders., in: HBStR VI, § 154 Rn. 15; Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 IV Rn. 375.

⁹⁹⁹ BVerfGE 61, S. 82 (110); 69, S. 1 (49).

¹⁰⁰⁰ BVerfGE 37, S. 132 (141, 148); 46, S. 325 (334); 49, S. 220 (225); vgl. auch die Darstellung bei Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 43 ff. mit einer Vielzahl weiterer Nachweise.

der Ausgestaltung des Verfahrens ein weiter Regelungsspielraum eingeräumt ist¹⁰⁰¹, so bedarf es dennoch eines ausgewogenen Interessenausgleichs bei der Gestaltung des Verfahrens. Richtig ist, dass der Gesetzgeber nicht einseitig auf die Optimierung der Grundrechtsverwirklichung verpflichtet werden darf, es ihm andererseits aber auch nicht freistehen kann, das Verwaltungsverfahren und die daran anknüpfenden gerichtlichen Kontrollmechanismen aus Gründen der Effektivität und Funktionalität so auszugestalten, dass die Verwirklichung der grundrechtlich gewährleisteten Abwehrrechte erheblich erschwert oder unmöglich gemacht wird. Im Verwaltungsverfahren dürfen keine Barrieren errichtet werden, die die spätere Zugänglichkeit des Rechtsweges unzumutbar erschweren¹⁰⁰². Entsprechend der materiellrechtlichen Regelung von Inhalt und Schranken des Eigentums hat auch eine verfahrensrechtliche Regelung zumindest einen verhältnismäßigen¹⁰⁰³ Ausgleich der kollidierenden Interessen zu gewährleisten.

Der vom BVerfG herausgestellte, grundsätzliche Vorrang der Administrativenteignung gegenüber der Legalenteignung aus Gründen eines effektiven Rechtsschutzes festigt diese Wertung. Bereits im Hamburger Deichurteil hat das BVerfG ausgeführt, dass die Enteignung durch Gesetz (Legalenteignung) nur in eng begrenzten Fällen zulässig ist und der Gesetzgeber nicht die freie Wahl zwischen Administrativ- und Legalenteignung hat, da durch die Zulassung der Legalenteignung der dem Grundrecht zugehörige Rechtsschutz entscheidend gemindert werde und die Legalenteignung wesensgemäß „Verwaltung“ durch Gesetz ist¹⁰⁰⁴. Der Einsatz des Instruments der Legalenteignung gegenüber der Administrativenteignung muss daher aus wichtigen Gründen geboten und erforderlich sein. Nach der Flutkatastrophe von 1962 in Hamburg wurde eine Legalenteignung zum umfassenden Ausbau der Deiche für zulässig erklärt, da Einzelenteignungen nicht in angemessener Zeit hätten durchgeführt werden können. Vergleichbar hat das BVerfG im Hinblick auf die Rechtsschutzverkürzung in seiner Entscheidung zur „Südumfahrung Stendal“ geurteilt: „Eine Legalplanung hat vor der Verfassung jedenfalls dann Bestand, wenn eine mit ihr verbundene Enteignung nicht nur - wie jede Enteignung - im Sinne des Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG zum Wohle der Allgemeinheit erforderlich ist, sondern auch triftige Gründe für die Annahme bestehen, daß die Durchführung einer

¹⁰⁰¹ Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn. 52 ff.; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 19 IV Rn. 248.

¹⁰⁰² Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 19 IV Rn. 26; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 19 Rn. 44; Schultz-Fielitz, in: Dreier: Art. 19 IV Rn. 68 f. sowie: BVerfGE 61 S. 82 (110); 69, S. 1 (49).

¹⁰⁰³ BVerfGE 60, S. 253 (295); vgl. auch: BVerfGE 45, S. 422 (431).

¹⁰⁰⁴ BVerfGE 24, S. 367 (Leitsatz Nr. 6 sowie S. 398 ff.).

behördlichen Planfeststellung mit erheblichen Nachteilen für das Gemeinwohl verbunden wäre, denen nur durch eine gesetzliche Regelung begegnet werden kann.“

Diese zutreffende Wertung, die eine „Verwaltung durch den Gesetzgeber“, letztlich eine Durchbrechung des rechtsstaatlichen Grundsatzes der Gewaltenteilung, und die damit einhergehende Verkürzung des Rechtsschutzes nur ausnahmsweise, aus wichtigen Gründen des Gemeinwohls unter Wahrung des Gebots der Verhältnismäßigkeit, zulässt, hat Geltung im Rahmen der Enteignung (Art. 14 III GG) und auch der Inhalts- und Schrankenbestimmungen (Art. 14 I S. 2 GG). Zu bedenken ist, dass im Zuge der „Formalisierung“ des Enteignungsbegriffs die Inhalts- und Schrankenbestimmung zu Lasten der Enteignung eine erhebliche Aufwertung erfahren hat. So betont auch das BVerfG, dass das in Art. 14 III GG zum Ausdruck kommende Gewicht des Eigentumsschutzes auch im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung zu beachten ist¹⁰⁰⁵. Eine besondere Hervorhebung erfährt das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes in der aktuellen Entscheidung des BVerfG zum Denkmalschutzrecht in Rheinland-Pfalz¹⁰⁰⁶: Die Verwaltung hat bei der Aktualisierung einer Eigentumsbeschränkung - regelmäßig durch Verwaltungsakt - aus Gründen des Rechtsschutzes zugleich über den gegebenenfalls erforderlichen Ausgleich der ansonsten unzumutbaren Inhalts- und Schrankenbestimmung zu entscheiden. Denn die Betroffenen müssen sich, da der Grundsatz des „dulde und liquidiere“ im Rahmen des Art. 14 GG nicht mehr gilt¹⁰⁰⁷, entscheiden können, ob sie den die Eigentumsbeschränkung aktualisierenden Eingriffsakt hinnehmen oder anfechten wollen. Der Gesetzgeber seinerseits ist verfassungsrechtlich verpflichtet, entsprechende verfahrensrechtliche Regelungen zu normieren. Diese Entscheidung belegt, dass das Gericht der Ausgestaltung des Rechtsschutzes im Rahmen der (möglicherweise ausgleichspflichtigen) Inhalts- und Schrankenbestimmung ein besonderes Gewicht beibringt. An die Rechtfertigung der Einschränkungen des Rechtsschutzes sind daher hohe Anforderungen zu stellen. In Anbetracht der Folgen drängt sich die Frage nach der Erforderlichkeit eines Biotoptypsches im ipso iure-Verfahren auf, deren Beantwortung maßgeblich von den Handlungsalternativen des Gesetzgebers bestimmt wird.

¹⁰⁰⁵ BVerfGE 83, S. 201 (212 f.).

¹⁰⁰⁶ BVerfGE 100, S. 226 (246); bestätigt durch: BVerfGE 102, S. 1 (24).

¹⁰⁰⁷ BVerfGE 58, S. 300 (324).

C. Effektiver Biotopschutz im konstitutiven Verfahren

Neben der tatbestandlichen Unbestimmtheit, der mangelnden Erkennbarkeit des Normbefehls für die naturwissenschaftlichen Laien in einer Vielzahl von Fällen, bewirkt der Biotoptypschutz im ipso-iure-Verfahren eine erhebliche Verkürzung des Rechtsschutzes. Ob diese Folgen, insbesondere vor dem Hintergrund der gravierenden Beschränkungen der verfassungsrechtlich gewährleisteten Freiheiten des Eigentümers und sonstiger Nutzungsberechtigter, aber auch der kommunalen Planungshoheit, durch die unzweifelhaft wichtigen Belange des Biotop- und Artenschutzes¹⁰⁰⁸ zu rechtfertigen sind, also den rechtsstaatlichen Anforderungen der Gebote einer hinreichenden Bestimmtheit und eines effektiven Rechtsschutzes noch genügen, bestimmt sich im Wesentlichen danach, ob dem Gesetzgeber zur Erreichung seiner Ziele keine geeignete Regelungsalternative eröffnet, die Normierung eines anderen, entsprechend geeigneten Verfahrens nicht möglich ist. Eine Verletzung der rechtsstaatlichen Gebote wäre bereits dann festzustellen, wenn die Geeignetheit oder Notwendigkeit des ipso-iure-Verfahrens für einen effektiven Arten- und Biotopschutz gegenüber einem – wie im Denkmalschutz in mehreren Bundesländern weiterhin angewandten – konstitutiven Verfahren entgegen der überwiegenden Ansicht in der Literatur¹⁰⁰⁹ zu widerlegen ist.

I. Praktische Ineffizienz des gesetzlichen Biotoptypschutzes

Das Ziel des Bundesgesetzgebers und somit der Normzweck waren es, der fortschreitenden Biotopvernichtung und dem damit einhergehenden Artensterben durch die Verpflichtung der Länder, besonders wertvolle und hochwertige Biotope unter Schutz zu stellen, entgegenzutreten¹⁰¹⁰. Aufgrund der sich beschleunigenden Artenvernichtung und Gefährdung wurde ein schneller und sofort wirksamer Schutz gefordert. Es waren also Aspekte der Effektivität des Schutzes, die den Bundesgesetzgeber dazu bewogen, sich für einen unmittelbaren gesetzlichen Schutz der hochwertigen Biotope und gegen eine Ausweisung durch Einzelakt auszusprechen. Diese Entscheidung wäre falsch, wenn ein effektiver Schutz besonders wertvoller

¹⁰⁰⁸ Vgl.: BVerfGE 61, S. 291 (312); NJW 1990, S. 1229 f.

¹⁰⁰⁹ So: Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (220); Gellermann, NuR 1995, S. 227; differenzierend: Schink, VerwArch 86 (1995), S. 398 (417 ff.); a.A.: Krämer/Meyer, LKV 1998, S. 8 (11).

¹⁰¹⁰ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates: BT-Drs. 10/5064 S. 39.

Biotope auch oder gerade durch ein Verfahren der konstitutiven Unterschutzstellung der einzelnen Flächen zu erreichen ist¹⁰¹¹.

Die mangelnde Erkennbarkeit des Normbefehls in einer Vielzahl von Fällen für die in der Regel nicht sachkundigen Normadressaten wurde bereits herausgestellt. Dieses Problem hat auch der niedersächsische Gesetzgeber nicht verkannt¹⁰¹². In § 28 a III S. 1 NNatG ist eine ausdrückliche Benachrichtigung der betroffenen Eigentümer daher vorgesehen. Die deklaratorischen Verfahren weisen hingegen erhebliche Schwächen auf. Sie können, insbesondere wenn eine ausdrückliche Benachrichtigung der primär betroffenen Grundeigentümer und Nutzungsberechtigten nicht gesetzlich vorgesehen ist, - ein deklaratorisches Verfahren fehlt in Bayern, Berlin und Rheinland-Pfalz - oder aus praktischen Gründen – etwa einem erheblichen Rückstand bei der erstmaligen Biotopkartierung oder wegen einer nicht erfolgten Aktualisierung der Biotopkataster¹⁰¹³ – unterbleibt, die tatbestandliche Unbestimmtheit nicht vollständig kompensieren. Werden die Adressaten wegen dieser Mängel vom Normbefehl nicht erreicht, so verbleiben die biotopschutzrechtlichen Veränderungsverbote in der Praxis ohne Wirkung, ist die Regelung in diesen Fällen sinnlos, da sie nicht geeignet ist, einen effektiven Schutz der Flächen zu gewährleisten, den Normzweck zu verwirklichen¹⁰¹⁴. Es besteht die Gefahr, dass schützenswerte Flächen wegen der Unkenntnis der Betroffenen vernichtet werden und sich der unmittelbare Schutz der Biotope kraft Gesetzes in der Praxis nicht vollständig verwirklicht¹⁰¹⁵.

Selbst wenn dem Eigentümer oder Nutzungsberechtigten Zweifel an der Zulässigkeit einer Maßnahme wegen des möglicherweise eingreifenden Biotoptypsches kommen, bleibt zu befürchten, dass dieser sich über solche Bedenken aus wirtschaftlichen Gründen oder, um Zeit zu sparen, hinwegsetzt und damit ein möglicherweise geschütztes Biotop zerstört oder beeinträchtigt und vollendete Tatsachen schafft, anstatt bei der Naturschutzbehörde um Auskunft nachzufragen und „umfangliche Einschränkungen zu riskieren“. Die Bereitschaft diese B-

¹⁰¹¹ So auch: Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (220).

¹⁰¹² Nds. LT-Drs. 11/5154, S. 5 f.

¹⁰¹³ Eine regelmäßige, flächendeckende Überarbeitung der Biotopkartierungen ist in Baden-Württemberg nicht vorgesehen, vgl.: Kratsch, VBIBW 1998, S. 241 (243).

¹⁰¹⁴ Vgl. zu dieser Erkenntnis im Denkmalschutzrecht ausdrücklich: Erbguth/Paßlick/Püchel, S. 22: „Unkenntnis von der Denkmaleigenschaft führt aber häufig zur Mißachtung von Denkmalschutzbelangen.“; weiterhin: Moench, NJW 1983, S. 1998 (2001); Kummer, S. 69; Niebaum/Eschenbach, DÖV 1994, S. 13.

¹⁰¹⁵ Vgl. etwa zur Trockenlegung eines Tümpels: OVG Schleswig, NuR 1997, S. 256.

denken zu ignorieren wird regelmäßig bei denen höher sein, die aufgrund des ihnen nicht oder nicht voll verständlichen Gesetzes allenfalls Zweifel an der Zulässigkeit einer Maßnahme aus Gründen des Biotopschutzes haben, als bei denjenigen, deren Flächen durch das Gesetz konkretisierende Verwaltungsakte ausdrücklich unter Schutz gestellt wurden und denen mitgeteilt wurde, welche Maßnahmen zum Erhalt der Biotope zu unterlassen sind. Den Adressaten der konstitutiven Unterschutzstellungen ist das gebotene Verhalten klar. Die Verwaltungsakte erwachsen in Bestandskraft und bleiben auch bei tatsächlichen Veränderungen der Biotope bis zu ihrer Aufhebung bestehen. Die Adressaten werden sich daher nicht mit Erfolg auf ihre vermeintliche Unwissenheit berufen können, wenn sie dennoch die geschützten Flächen beeinträchtigen. Die psychologische Hemmschwelle ist wesentlich höher. Abschreckend wirkt auch, dass sie auf die Möglichkeit einer ordnungswidrigkeitenrechtlichen Verfolgung hingewiesen sind. Im ipso-iure-Verfahren besteht hingegen die Gefahr, dass verbotene Beeinträchtigungen von Biotopen überhaupt nicht bemerkt werden, wenn die Biotopkataster nicht aktuell sind und eine Kontrolle unterbleibt. Festzuhalten ist, dass das ipso-iure-Verfahren des Biotoptypschutzes aufgrund der tatbestandlichen Unbestimmtheit der Norm nur sehr bedingt einen tatsächlichen, schnell wirksamen Erhalt der erfassten Biotopflächen zu gewährleisten vermag. Diese erheblichen praktischen Schwächen müssen in der Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit des gesetzlichen Biotoptypschutzes beachtet werden.

II. Untersuchung eines konstitutiven Verfahrens

Dem ipso-iure-Verfahren ist als alternative Regelungstechnik ein Verfahren der konstitutiven Unterschutzstellung der einzelnen Biotope durch konkretisierende Einzelakte gegenüberzustellen. Dieses Verfahren würde die dargelegten Bedenken im Hinblick auf die mangelnde Erkennbarkeit des Normbefehls für die betroffenen Adressaten und die gravierende Verkürzung des Rechtsschutzes gegen die Unterschutzstellung von Biotopen vermeiden¹⁰¹⁶. Die aufgrund der Vielgestaltigkeit der schutzwürdigen Biotope nicht vollständig auszuräumende tatbestandliche Unbestimmtheit einer generell-abstrakten Norm des Biotopschutzes würde durch die zwingend erforderliche Ausweisung der einzelnen Flächen als geschützte Biotope vollständig kompensiert¹⁰¹⁷. Die als belastender Verwaltungsakt zu qualifizierende Unterschutz-

¹⁰¹⁶ OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (307); Krämer/Meyer, LKV 1998, S. 8 (11); zum Denkmalschutzrecht: Niebaum/Eschenbach, DÖV 1994, S. 12 (22).

¹⁰¹⁷ Zur Kompensation der Unbestimmtheit: BVerwG, DÖV 1988, S. 425 (426), sowie: Schneider, BauR 1998, S. 733 (735 ff.).

stellung einer Fläche wäre vor den Verwaltungsgerichten mit der Anfechtungsklage anzugreifen, so dass dem Gebot eines effektiven Rechtsschutzes Rechnung getragen wäre.

1. Einwände gegen ein konstitutives Verfahren

In der Literatur¹⁰¹⁸ wird gegen einen Schutz der hochwertigen Biotop im konstitutiven Verfahren eingewandt, dass eine zeitnahe und damit wirksame Unterschutzstellung durch Einzelakt praktisch nicht durchführbar sei. Es wird auf den zeitlichen und personellen Aufwand verwiesen, den die zuständigen Natur- und Landschaftsschutzbehörden betreiben müssten, um alle schützenswerten Biotop, ggf. unter Anordnung der sofortigen Vollziehung, die ihrerseits der Begründung bedarf, durch Verwaltungsakt unter Schutz zu stellen, ferner auf die Gefahr zahlreiche Verwaltungsgerichtsprozesse zu provozieren. Befürchtet wird eine Beeinträchtigung und Zerstörung von Biotop vor der Unterschutzstellung, die nicht sanktioniert werden könnte, und die Gefahr der Verzögerung der Unterschutzstellung durch politische Einflussnahme. Probleme werden auch bei der Bekanntgabe der Verwaltungsakte erblickt, die jedermann bekannt gegeben werden müssten, der eine Beeinträchtigung herbeiführen könnte. Letztlich wird hinsichtlich der landesrechtlichen Umsetzungen auf die rahmenrechtlichen Vorgaben des BNatSchG verwiesen.

2. Gegenargumente

Die vorgebrachten Argumente vermögen nicht zu überzeugen. Ein wirksamer Schutz ist unter Vermeidung der rechtsstaatlichen Bedenken nur durch die konstitutive Unterschutzstellung der einzelnen Biotop zu erreichen¹⁰¹⁹. Bis zur Bestandskraft der Verfügung ist ein sofortiger Schutz – wie es einige Länder im denkmalschutzrechtlichen classement-Verfahren praktizieren - durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung sicherzustellen¹⁰²⁰. Richtig ist, dass diese Anordnung ihrerseits der Begründung bedarf. Diese wird aber ohne großen Zeitaufwand vor dem Hintergrund der besonderen Schutzwürdigkeit einer Fläche, die schon bei der Kartierung festzustellen und zu begründen ist, und den einem Biotop drohenden Gefahren zu liefern sein. Nicht stichhaltig ist daher das Argument, dass im Falle eines konstitutiven Verfahrens

¹⁰¹⁸ Louis/Kortebein, a.a.O. S. 220 f.; Louis, NNatSchG, § 28 Rn. 1; Gellermann, a.a.O. S. 227.

¹⁰¹⁹ OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (307); Krämer/Meyer, LKV 1998, S. 8 (11).

¹⁰²⁰ Vgl. hierzu: Niebaum/Eschenbach, a.a.O. S. 22.

die Gefahr der mutwilligen, nicht sanktionierbaren Zerstörung von Biotopen bestünde¹⁰²¹. Vielmehr besteht beim derzeitigen Schutz unmittelbar kraft Gesetzes die Gefahr, dass von vornherein die natürliche Sukzession von vorübergehend brachliegenden Flächen unterbunden wird, um so die „unberechenbare“ Entwicklung von Spontanbiotopen, die sofortigen und absoluten Schutz unmittelbar kraft Gesetzes genießen, zu unterbinden, obwohl auch eine zeitweilige Brache von Flächen ökologisch sinnvoll ist¹⁰²². So hat der niedersächsische Städte- und Gemeindebund den Gemeinden empfohlen, ihre noch nicht bebauten, aber festgesetzten Baugebiete jährlich zu pflügen oder zu eggen¹⁰²³. Der gesetzliche Biotoptypenschutz, der unmittelbar und ohne Differenzierungen hinsichtlich der Entstehung einer Fläche eingreift, kann daher sogar dysfunktional wirken.

Im Denkmalschutzrecht ist nicht ersichtlich, dass es in denjenigen Ländern, die weiterhin am sogenannten „classement-Verfahren“ festhalten, zu einem gesteigerten Verlust von Kulturdenkmälern gekommen ist. Vielmehr wird gerade das konstitutive Verfahren von den Befürwortern eines wirksamen Denkmalschutzrechtes als vorbildlich gerühmt¹⁰²⁴, während der Schutz unmittelbar kraft Gesetzes als „Notlösung“¹⁰²⁵ bezeichnet wird. Auf Kritik stößt das ipso-iure-Verfahren wegen der mit ihm verbundenen Rechtsunsicherheit für den betroffenen Eigentümer, da befürchtet wird, dass die angestrebte Effektivität leide, wenn der Normadressat das sich an ihn richtende Gesetz aus Unkenntnis nicht nachvollziehe.

Entsprechend wird sich ein effektiver Schutz der zwar kraft Gesetzes geschützten Biotopflächen – abgesehen von wenigen, evidenten Fällen - erst dann verwirklichen, wenn die Normadressaten tatsächlich über den Schutz einer Fläche und die verbotenen Handlungen aufgeklärt sind¹⁰²⁶. Soll ein deklaratorisches Verfahren der Kompensation der tatbestandlichen Unbestimmtheit dienen, so setzt dies ebenfalls ein Handeln der zuständigen Behörden voraus, das hinsichtlich des zeitlichen und personellen Verwaltungsaufwandes der konstitutiven Unterschutzstellung zumindest nahe kommt¹⁰²⁷. Denn auch im deklaratorischen Verfahren ist es

¹⁰²¹ So aber: Louis/Kortebein, NuR 1997, S. 216 (221).

¹⁰²² Krämer/Meyer, LKV 1998, S. 8 (11).

¹⁰²³ Zitiert nach: Louis/Kortebein, a.a.O. S. 216.

¹⁰²⁴ Kummer, S. 63 ff.; Hönes, Die Unterschutzstellung von Kulturdenkmälern, S. 185 ff.

¹⁰²⁵ Steinberg, NVwZ 1992, S. 14.

¹⁰²⁶ So auch der niedersächsische Gesetzgeber: Nds. LT-Drs 11/5154, S. 5 f. sowie der nordrhein-westfälische Gesetzgeber: LT-Drs NW 11/6196, S. 85; vgl. auch: Schink, a.a.O. S. 422.

¹⁰²⁷ Für das Denkmalschutzrecht: Niebaum/Eschenbach, a.a.O. S. 22.

nicht zu vermeiden, dass jedes einzelne Biotop durch Fachleute erfasst, parzellenscharf abgegrenzt und registriert wird, wenn die Biotopregister die tatsächlichen Verhältnisse richtig wiedergeben sollen¹⁰²⁸. Weiterhin bedarf es im Interesse eines effektiven Schutzes der Benachrichtigung der Eigentümer und sonstigen Nutzungsberechtigten sowie einer Information der Öffentlichkeit, da sich die Beeinträchtigungsverbote an jedermann richten¹⁰²⁹. Richtig ist zwar, dass im konstitutiven Verfahren sich neu bildende, schützenswerte Biotope keinen sofortigen Schutz genießen und sich auch durch Einzelakt geschützte Flächen insbesondere in der räumlichen Ausdehnung so verändern können, dass der konkretisierte Schutzzumfang den tatsächlichen Gegebenheiten nicht mehr vollständig entspricht. Hieraus folgt aber nicht die Ungeeignetheit eines konstitutiven Verfahrens, sondern nur das Gebot einer neuen Unterschutzstellung bzw. Anpassung des Schutzes an die veränderten Gegebenheiten durch Verwaltungsakt. Diesen Aufwand vermeidet das deklaratorische Verfahren zwar bei abstrakter Betrachtung, nicht aber in der Praxis. Biotopregister bedürfen sowohl in einem deklaratorischen als auch in einem konstitutiven Verfahren des Biotopschutzes einer regelmäßigen Aktualisierung, wenn die Veränderungen in der Natur bemerkt und die sich neu bildenden Biotope erfasst werden sollen. Ein neues Biotop bleibt in der Praxis, auch wenn es gesetzlich geschützt ist, regelmäßig ohne effektiven Schutz, seine Beeinträchtigung ungeahndet, wenn die Existenz des Biotops weder vom Betroffenen, der mit einer Neubildung nicht rechnet und sie nicht erkennt, noch von der zuständigen Behörde bemerkt wird, da eine laufende Aktualisierung und Kontrolle der Biotoplisten nicht vorgesehen ist. Das gesetzgeberische Ziel eines wirksamen Schutzes wird verfehlt. Die verfassungsrechtlichen Einwände gegen das Verfahren des gesetzlichen Biotoptypschesutzes sind daher durch einen Verweis auf einen höheren personellen und zeitlichen Aufwand im konstitutiven Verfahren nicht zu rechtfertigen.

Bei Vergegenwärtigung der gesetzgeberischen Motivation ist bemerkenswert, dass § 20 c BNatSchG 1986, mit dem der Bundesgesetzgeber bereits 1987 einen schnell wirksamen Schutz anstrebte, der einem konstitutivem Verfahren nicht zugänglich sein sollte, von den Ländern nur mit erheblicher Verspätung unter Verletzung der gesetzten Fristen umgesetzt wurde, obwohl sie die bundesrechtliche Regelung aufgrund ihrer konkreten Vorgaben im Wesentlichen nur nachvollziehen mussten. Obwohl die Länder weiterhin um das Problem der mangelnden Erkennbarkeit der Biotope in der Natur wussten und zumindest einige Länder ein

¹⁰²⁸ OVG Münster, a.a.O. S. 307 m.w.N.

¹⁰²⁹ So auch: Schink, a.a.O. S. 421 ff.

unterstützendes Verfahren der Biotopkartierung für erforderlich hielten¹⁰³⁰, wurde dieses bis heute nicht abgeschlossen¹⁰³¹. Es erstaunt, wenn einerseits der Artenschutz als überragender Gemeinwohlbelang angesehen wird, andererseits die Gesetzgebungs- und Verwaltungsverfahren zur Umsetzung und Gewährleistung eines effektiven Schutzes z.T. erheblich verzögert werden.

Gegen einen konstitutiven Schutz kann auch nicht eingewandt werden, dass er unvollständig bleiben müsste, da eine Bekanntgabe der konstitutiven Unterschutzstellung an jedermann, der das Biotop neben dem Eigentümer oder sonstigen Nutzungsberechtigten beeinträchtigen könnte, nicht möglich sei. Die Eintragung eines Biotops in eine Biotopliste wäre wegen ihrer dinglichen Wirkung und der konstitutiven Begründung des Schutzstatus, wie die konstitutive Eintragung eines Kulturdenkmals in die Denkmalliste¹⁰³², als Allgemeinverfügung im Sinne des § 35 S. 2, 2. Alt. des jeweiligen Landesverwaltungsverfahrensgesetzes zu qualifizieren. Für diese lässt § 41 III S. 2 des jeweiligen Landesverwaltungsverfahrensgesetzes auch eine öffentliche Bekanntgabe zu, wenn eine Bekanntgabe an die Beteiligten untunlich ist. „Untunlich“ bedeutet, dass die individuelle Bekanntgabe wegen der Natur des in Frage stehenden Verwaltungsaktes nicht möglich oder jedenfalls mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre, etwa weil der Kreis der Adressaten nicht mit Sicherheit feststellbar ist¹⁰³³. Da neben dem Eigentümer und sonstigen Nutzungsberechtigten, gegenüber denen eine individuelle Bekanntgabe zu erfolgen hat, weitere von vornherein nicht bestimmbare Betroffene in Betracht kommen, ist insofern eine öffentliche Bekanntgabe zulässig. Ein vollständiger Schutz des Biotops ist somit auch im konstitutiven Verfahren durch eine ergänzende öffentliche Bekanntgabe der Eintragung zu erreichen. Zusätzlich können besonders gefährdete, der Allgemeinheit zugängliche Biotope in der Natur gekennzeichnet werden, um so die Befolgung der Beeinträchtigungsverbote in der Praxis sicherzustellen¹⁰³⁴.

Auch das Argument der Provokation einer verwaltungsgerichtlichen Verfahrensflut vermag nicht zu überzeugen. Durch den gesetzlichen Schutz werden Rechtsstreitigkeiten nicht ver-

¹⁰³⁰ Vgl. für Baden-Württemberg: LT-Drs. 10/5340 S. 38 f.; für Nordrhein-Westfalen: LT-Drs. 11/6196 S. 85; für Niedersachsen: LT-Drs. 11/5154 S. 5 f.

¹⁰³¹ Vgl. für Baden-Württemberg die Angaben bei: Kratsch, VBIBW 1998, S. 241 (242).

¹⁰³² Niebaum/Eschenbach, DÖV 1994, S. 13; Kummer, S. 70.

¹⁰³³ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 41 Rn. 58.

¹⁰³⁴ Vgl. etwa die derzeitige Regelung in Art. 47 BayNatSchG, die auf den Biotopschutz zu erweitern wäre.

mieden, sondern lediglich verlagert. Während sich die Frage, ob ein schützenswertes Biotop vorliegt, im Rahmen der Anfechtungsklage gegen die konstitutive Eintragung stellen würde, ist eben diese Frage spätestens inzident in einem gerichtlichen Verfahren über die Erteilung einer beantragten Genehmigung, z.B. einer Baugenehmigung, oder die Rechtmäßigkeit einer behördlichen Anordnung, z.B. dem Verbot der Entwässerung eines „Feuchtgebiets“, oder der Anordnung der Wiederherstellung einer zuvor beeinträchtigten Fläche zu stellen¹⁰³⁵. Eine verbindliche behördliche bzw. rechtskräftige gerichtliche Entscheidung über die Biotopqualität einer Fläche ist nicht zu erreichen, da jeweils nur inzident, als Vorfrage, die Biotopqualität einer Fläche zu erörtern ist. Schlimmstenfalls müsste wiederholt aus Anlass konkreter Anträge oder Verpflichtungsklagen über die Qualität eines Biotops entschieden werden¹⁰³⁶. Erfolgt die Eintragung hingegen durch Verwaltungsakt, so erwächst dieser gegebenenfalls nach Abweisung einer Anfechtungsklage in Bestandskraft. Weitere Verfahren würden vermieden. Unabhängig von der Frage, ob Gründe der Prozessökonomie die tatbestandliche Unbestimmtheit und die gravierende Verkürzung des Rechtsschutzes zu rechtfertigen vermögen, ist auch diese Argumentation daher nicht haltbar.

Nicht überzeugen können letztlich die Verweise auf die rahmenrechtlichen Vorgaben des Bundes. Anstatt die Verfassungswidrigkeit des § 30 BNatSchG (§ 20 c BNatSchG 1986), der einen gesetzlichen Schutz fordert, festzustellen, „verstecken“ sich die Landesgesetzgeber hinter dieser Norm. Ihren verfassungsrechtlichen Bindungen können sie sich trotz der bundesrechtlichen Regelung nicht entziehen.

3. Vorzüge eines konstitutiven Verfahrens

Eine Verletzung der Eigentumsgarantie und der Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung, insbesondere des Verhältnismäßigkeitsprinzips, wurde aufgrund der pauschalen Unterschutzstellung aller Flächen der bezeichneten Biotoptypen ohne eine Würdigung ihrer Schutzbedürftigkeit im Einzelfall bejaht. Kritisiert wurde die undifferenzierte Zurückstellung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Belange des Eigentümers und der Gemeinde hinter die Ziele des Arten- und Biotoptypsches.

¹⁰³⁵ Vgl. OVG Schleswig, NuR 1997 S. 256.

¹⁰³⁶ Vgl. zur jederzeitigen Überprüfbarkeit der Denkmaleigenschaft eines Objektes: Backhaus, S. 97; Niebaum/Eschenbach, a.a.O. S. 22.

Den Grundrechten des Betroffenen und der Planungshoheit der Gemeinden kann anders als im ipso-iure-Verfahren durch die konstitutive Unterschutzstellung besonders hochwertiger Biotopflächen im Einzelfall in differenzierender Weise und unter angemessener Abwägung der widerstreitenden Belange Rechnung getragen werden. Nur ein konstitutives Verfahren lässt eine Bewertung der Schutzwürdigkeit, insbesondere der ökologischen Funktionen, der einzelnen Biotope unter Berücksichtigung auch der verfassungsrechtlichen Garantien zu. Eine Unterschutzstellung, die nach Maßgabe der ökologischen Bedeutung einer Biotopfläche erfolgt, ist regelmäßig geeignet, einen verhältnismäßigen Ausgleich der widerstreitenden Interessen zu gewährleisten. Bei Flächen, deren Schutzwürdigkeit in der konkreten Situation als gering einzustufen ist, kann von einer Unterschutzstellung abgesehen werden. Denkbar ist auch ein abgestufter Schutzstatus mit differenzierten Beeinträchtigungs- und Veränderungsverboten.

D. Ergebnis der Untersuchung des ipso-iure-Verfahrens

Das ipso-iure-Verfahren des Biotoptypschutzes verletzt sowohl das Bestimmtheitsgebot als auch das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes. Ist die Geeignetheit eines Schutzes besonders hochwertiger Biotope unmittelbar durch Gesetz bereits aufgrund der mangelnden Erkennbarkeit des Normbefehls für den Betroffenen zu bezweifeln, so muss die zwingende Notwendigkeit eines ipso-iure-Verfahrens verneint werden. Die zu regelnde Materie ist einer anderen Regelungstechnik, einem Schutz im konstitutiven Verfahren, zugänglich¹⁰³⁷, wie es auch der niedersächsische Gesetzgeber ursprünglich vorgesehen hat¹⁰³⁸. Der Normzweck, ein schnell wirksamer Biotopschutz, würde durch ein die verfassungsrechtlichen Bedenken vermeidendes Verfahren nicht gefährdet, sondern – da Rechtsunsicherheit bei dem Normadressaten vermieden wird – gefördert.

¹⁰³⁷ OVG Münster, NuR 1995, S. 301 (307); Krämer/Meyer, LKV 1998, S. 8 (10).

¹⁰³⁸ Nds. Lt.-Drs. 11/2585 S. 11 (§36).

6. Teil: Zusammenfassung und Ausblick

Gegenstand der Arbeit war die Untersuchung des gesetzlichen Biotoptypschesutzes in rechtlicher, insbesondere verfassungsrechtlicher Hinsicht. Die Schwerpunkte der Arbeit bildeten die Klärung des Verhältnisses des gesetzlichen Biotoptypschesutzes zur gemeindlichen Bauleitplanung, die Verfassungsmäßigkeit von Eigentumsbeschränkungen durch den biotopschutzrechtlichen Flächenschutz, die Zulässigkeit der bewirkten Einschränkungen der gemeindlichen Planungshoheit sowie die verfassungsrechtlichen Fragen des Schutzes im ipso-iure-Verfahren.

A. Zusammenfassung

§ 30 BNatSchG (§ 20 c BNatSchG 1986) verpflichtet als bundesrechtliche Rahmennorm die Länder zum intensiven Schutz ökologisch hochwertiger, gefährdeter Biotope. Das charakteristische Merkmal der landesrechtlichen Regelungen ist der absolute Schutz der durch die Typenbezeichnungen erfassten Lebensräume unmittelbar kraft Gesetzes. Die Verfahren zur Biotopkartierung sind daher lediglich deklaratorischer Natur.

Als Spezialvorschrift des Artenschutzes tritt der Biotoptypscheschutz selbständig neben die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung und erfährt keine Relativierung zum abwägungsrelevanten Belang in der Bauleitplanung. Einen Geltungsvorrang gegenüber den Regelungen des Bauplanungsrechts beansprucht der gesetzliche Biotopschutz hingegen nicht. Der Normgeltungskonflikt beider Regime ist im Sinne einer kumulativen Geltung aufzulösen. Danach verbietet der gesetzliche Biotoptypscheschutz die Überplanung von Biotopen grundsätzlich nicht. Die biotopschutzrechtlichen Beeinträchtigungsverbote bleiben im Rahmen der Planrealisierung wirksam. Planerische Darstellungen, die beeinträchtigende Biotopnutzungen vorsehen, können lediglich dann realisiert werden, wenn sie von den biotopschutzrechtlichen Verboten freigestellt werden. Den biotopschutzrechtlichen Ausnahmetatbeständen kommt hingegen, insbesondere wenn es um die Verwirklichung privater Vorhaben geht, eine sehr geringe Bedeutung zu. Während der Ausnahmetatbestand des Ausgleichs einer Beeinträchtigung aufgrund der sehr hohen ökologischen Anforderungen und Schwierigkeiten bei der Wiederherstellung von Biotopen nur in seltenen Fällen Anwendung finden kann, klammert die sog. Gemeinwohlklausel private Belange von vornherein aus. Die Anwendbarkeit der allgemeinen naturschutzrechtlichen Befreiungstatbestände ist von vornherein auf atypische Einzelfälle begrenzt.

Bleibt die Realisierung der städtebaulichen Nutzungen verboten, werden die planerischen Darstellungen funktionslos, so dass der Bauleitplan insofern außer Kraft treten muss. Die planenden Gemeinden sind über die bauplanungsrechtlichen Gebote der Planerforderlichkeit und Konfliktbewältigung gehalten, diese Rechtsfolgen zu vermeiden. Bauleitpläne, deren Darstellungen auch unter Berücksichtigung der biotopschutzrechtlichen Freistellungsmöglichkeiten auf unabsehbare Zeit nicht realisierbar sind, können wegen des Verstoßes gegen das Gebot der Planerforderlichkeit nicht in Kraft treten. Evidente, auf der Ebene des Planvollzugs nicht mehr sachgerecht zu bewältigende Konflikte sind bereits auf der Planungsebene zu klären. Über die Planvollzugsebene wirken die Beeinträchtigungsverbote also auf die Ebene der Bauleitplanung zurück. Die Möglichkeiten der Freistellung von geplanten Vorhaben sind daher bereits in diesem Stadium mit den zuständigen Naturschutzbehörden zumindest informell abzustimmen. Als reine Planungsakte können die Bauleitpläne selbst aber nicht freigestellt werden. Die Wirksamkeit von Bauleitplänen ist hingegen nicht berührt, wenn lediglich die Möglichkeit eines Konflikts besteht, nur einzelne wenige Vorhaben betroffen sein können, und diese Probleme auf der Ebene des Planvollzugs noch oder erst sachgerecht zu bewältigen sind. Die restriktiven Flächenveränderungsverbote hindern die Gemeinden an der Überplanung von geschützten Biotopflächen, erschweren die Ausweisung neuen Baulandes und beschränken insofern die Planungshoheit der Gemeinden.

Siedeln sich Biotope der geschützten Typen spontan auf bereits ausgewiesenem Bauland an, so wirkt der gesetzliche Biotoptypenschutz auch auf diese bestehenden Bauleitpläne ein. Entsprechendes gilt für die Altfälle, in denen zuvor überplante und zur baulichen Nutzung ausgewiesene Biotopflächen mit dem Inkrafttreten der jeweiligen landesrechtlichen Umsetzungen des § 20 c BNatSchG 1986 unter unmittelbarem gesetzlichen Schutz gestellt wurden. Die nunmehr eingreifenden Flächenveränderungsverbote stehen, wenn ein Ausnahme- oder Befreiungstatbestand nicht einschlägig ist, der Planrealisierung entgegen. Die planerischen Darstellungen werden funktionslos und treten außer Kraft. Für die Gemeinden bedeutet dies, dass die vorgesehene städtebauliche Entwicklung behindert bzw. verhindert wird. Stets ist zu befürchten, dass zuvor wirksame Darstellungen aufgrund der Neuansiedlung von Biotopen obsolet werden. Gravierend trifft der Verlust der Baulandqualität auch die Grundeigentümer. Mit dem Verlust der Baulandqualität geht zumindest eine weitgehende Entwertung des Grundeigentums einher.

Nach Maßgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist der gesetzliche Biotoptypenschutz unabhängig von der Intensität der Eigentumsbeschränkungen als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums zu qualifizieren. Denn die landesrechtlichen Regelungen entziehen keine konkreten Eigentumspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben, sondern beschränken generell und abstrakt die Nutzungsmöglichkeiten des Grundeigentums. Bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums im Sinne von Art. 14 I S. 2 GG muss der Gesetzgeber die schutzwürdigen Interessen der Eigentümer und die Belange des Gemeinwohls in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis bringen. Diesen Anforderungen genügen die Regelungen des gesetzlichen Biotoptypsches hingegen nicht. Die pauschale und undifferenzierte Unterschutzstellung aller Flächen der bezeichneten Biotoptypen unter grundsätzlicher Zurückstellung der verfassungsrechtlich geschützten Belange der betroffenen Grundeigentümer verletzt trotz der anzuerkennenden Notwendigkeit eines Biotopschutzes das rechtsstaatliche Übermaßverbot und gewährleistet nicht einen gerechten Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen. Durch die landesrechtlichen Kataloge der geschützten Biotoptypen werden Lebensräume generell und ohne Würdigung der besonderen ökologischen Funktionen der Flächen im Einzelfall und ihrer Bedeutung für den Naturhaushalt unter absoluten Schutz gestellt. So ist etwa die Notwendigkeit eines generellen Schutzes von Kleinstbiotopen, von isolierten Flächen und Sekundär- sowie Spontanbiotopen zu verneinen.

Wird unterstellt, dass lediglich besonders schutzwürdige, ökologisch wertvolle Flächen erfasst werden, führen die biotopschutzrechtlichen Beeinträchtigungsverbote insbesondere dann zu unzumutbaren, die Sozialbindung des Eigentums überschreitenden Belastungen des Grundeigentümers und Nutzungsberechtigten, wenn infolge des gesetzlichen Schutzes die Privatnützigkeit des Grundeigentums nahezu vollständig aufgehoben wird, bereits durch Arbeit oder Investitionen verfestigte Nutzungen verboten oder die wirtschaftliche Existenz von Betroffenen bedroht werden. In diesen Fällen wird der Kernbereich der Eigentumsgarantie angetastet. Ungeachtet der Bedeutung des Biotopschutzes ist eine Kompensation, ein Ausgleich, zwingend zu gewähren. Der gesetzliche Biotoptypenschutz ist daher in diesen Härtefällen als ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung zu qualifizieren. Diesem Umstand haben die Landesgesetzgeber nicht bzw. nicht in verfassungskonformer Weise Rechnung getragen. Die noch nach Maßgabe eines weiten, materiellen Enteignungsbegriffs ergangenen salvatorischen Entschädigungsregelungen sind bereits ihrerseits verfassungswidrig. Sie dürfen nicht im Wege der verfassungskonformen Auslegung auf das Institut der ausgleichspflichtigen In-

halts- und Schrankenbestimmung übertragen werden. Denn gem. Art. 14 I S. 2 GG hat der Gesetzgeber Inhalt und Schranken einschließlich etwaiger Ausgleichsregelungen zu bestimmen. Aber auch die qualifizierten Ausgleichsregelungen, die in Reaktion auf den reformalisierten Enteignungsbegriff in mehreren Landesnaturschutzgesetzen Aufnahme gefunden haben, genügen den vom BVerfG herausgestellten verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht, da sie lediglich einen finanziellen Ausgleich vorsehen und nicht vorrangig die Vermeidung unzumutbarer, die Sozialbindung des Eigentums überschreitender Belastungen zum Ziel haben. So fehlt in den biotopschutzrechtlichen Regelungen insbesondere ein Ausnahmetatbestand zugunsten Privater, also für den Fall, dass das private Interesse des Einzelnen das öffentliche Erhaltungsinteresse überwiegt. Schließlich fehlen verfahrensrechtliche Regelungen zur zeitgleichen Entscheidung über den zu gewährenden Ausgleich. Die Eigentumsgarantie in Art. 14 I S. 1 GG ist auch insofern verletzt.

Es hatte sich die Überprüfung des gesetzlichen Biotoptypsches auf seine Vereinbarkeit mit Art. 28 II S. 1 GG anzuschließen. Art. 28 II S. 1 GG gewährleistet den Gemeinden die gemeindliche Selbstverwaltung als subjektives Recht. Ein wichtiges Element der gemeindlichen Selbstverwaltung ist die Bauleitplanung. Diese erfährt durch die Flächenveränderungsverbote des Biotoptypsches Beschränkungen. Der gesetzliche Biotoptypschutz hindert die Gemeinden über das Gebot der Planerforderlichkeit an der Ausweisung neuen Baulandes auf Biotopflächen. Darüber hinaus werden planerische Darstellungen funktionslos, wenn sie aufgrund der gesetzlichen Unterschutzstellung bzw. der Neuansiedlung von Biotopen nicht mehr vollzogen werden dürfen. Diese Beschränkungen verletzen zwar nicht den Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie, der gesetzliche Biotoptypschutz stellt sich aber aufgrund seines pauschalen Ansatzes und der generellen Unterschutzstellung aller Flächen der bezeichneten Typen als unverhältnismäßig dar. Unabhängig von der Normierung des gesetzlichen Biotoptypsches obliegt es den Gemeinden bereits im Rahmen der Planabwägung den Belangen des Naturschutzes, auch des Arten- und Biotoptypsches, angemessen Rechnung zu tragen. In diesem Rahmen können sowohl die Belange des Biotopschutzes als auch die widerstreitenden städtebaulichen Interessen im konkreten Einzelfall hinreichende Berücksichtigung finden und zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden. Es bedarf eines gesetzlichen Biotoptypsches insofern nicht. Die Normierung absoluter biotopschutzrechtlicher Beeinträchtigungsverbote auch im Innenbereich verletzt daher die gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie.

Die biotopschutzrechtlichen Flächenveränderungsverbote wirken unmittelbar *ipsa lege*. Die tatbestandlichen Bezeichnungen der gesetzlich geschützten Biotoptypen zeichnen sich durch einen hohen Abstraktionsgrad und ihre fachwissenschaftliche Prägung aus. Allein anhand dieser Bezeichnungen wird es dem Laien in einer Vielzahl von Fällen nicht möglich sein, die geschützten Biotopflächen und deren Grenzen in der Natur zu erkennen und sein Verhalten nach diesen Beeinträchtigungsverböten auszurichten. Der Normbefehl erreicht die Adressaten nicht oder bleibt unverständlich. Eine verfahrensrechtliche Absicherung, eine Konkretisierung des Normbefehls, ist daher rechtsstaatlich geboten, um die Normadressaten vor dem Hintergrund der erheblichen Grundrechtsrelevanz des Biotoptypsches nicht mit unzumutbaren Risiken zu belasten. Sie dient darüber hinaus auch der Durchsetzung der Beeinträchtigungsverböte im Interesse des Biotopschutzes. Die in einigen Ländern vorgesehenen deklaratorischen Verfahren zur Biotopkartierung genügen diesen Anforderungen nicht. Die mangelnde Erkennbarkeit des Normbefehls für die Normadressaten und die sich anschließenden verfassungsrechtlichen Bedenken werden durch die deklaratorischen Verfahren aufgrund der erheblichen zeitlichen Verzögerungen bei der Erfassung, der Unvollständigkeit der Kataster und der unterbleibenden Aktualisierung zumindest nicht vollständig kompensiert. Rechtssicherheit gewährleisten die deklaratorischen Verfahren nicht.

Infolge des *ipso-iure*-Verfahrens, des Schutzes unmittelbar kraft Gesetzes, sind die Naturschutzbehörden nicht ermächtigt, verbindlich über den Status einer Fläche zu entscheiden. Weder die Eintragung einer Fläche in ein Biotopkataster noch die Mitteilung oder Auskunft über die Qualität einer Fläche sind als Verwaltungsakt zu qualifizieren. Sie sind mit der Anfechtungsklage daher nicht anzugreifen. Die Feststellungsklage ist mangels konkreten, feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses nicht statthaft, während die Leistungsklage gegen die Eintragung einer Fläche zwar zulässig ist, aber nicht zur verbindlichen Entscheidung über den Schutzstatus einer Fläche führt. Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz erlangen die Betroffenen, wenn es um die Zulässigkeit oder Genehmigung der konkreten Nutzung einer Fläche geht. Dann erwächst aber lediglich die Entscheidung über den Streitgegenstand, die konkrete Nutzung, in Rechtskraft. Über die Vorfrage, ob und in welchen Grenzen ein gesetzlich geschützter Biotop vorliegt, können die Betroffenen auch auf diesem Wege keine verbindliche Entscheidung herbeiführen. Die Folgen des *ipso-iure*-Verfahrens sind somit zum einen die Gefahr der mangelnden Erkennbarkeit und Verständlichkeit des Normbefehls für die Normadressaten und zum anderen eine erhebliche Verkürzung der Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Flächenveränderungsverböte.

Diese Rechtsfolgen sind insbesondere im Hinblick auf die hohe Grundrechtsrelevanz des gesetzlichen Biotoptypsches nicht zu rechtfertigen. Entgegen der herrschenden Ansicht in der Literatur wird der Normzweck, der Schutz ökologisch wertvoller, gefährdeter Biotopflächen durch ein die verfassungsrechtlichen Bedenken vermeidendes, konstitutives Verfahren, in dem die schutzwürdigen Biotope durch Einzelakt unter Schutz gestellt werden, nicht gefährdet, sondern, da Rechtsunsicherheiten bei den Normadressaten vermieden werden, gefördert. Sowohl die Geeignetheit als auch die Erforderlichkeit des Schutzes von Biotopen ipsa lege sind daher zu verneinen. Das ipso-iure-Verfahren verletzt sowohl das rechtsstaatliche Gebot hinreichender Bestimmtheit als auch das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes. Für ein konstitutives Verfahren spricht darüber hinaus die Möglichkeit, dass die Schutzwürdigkeit jedes Einzelfalls gewürdigt und auf die Belange des betroffenen Grundeigentümers und der Gemeinden unter Wahrung der verfassungsrechtlichen Garantien Rücksicht genommen werden kann.

Der gesetzliche Biotoptypschutz ist verfassungswidrig.

B. Ausblick

Das gesetzgeberische Ziel eines wirksamen Biotopschutzes zur Erhaltung der Artenvielfalt, der Biodiversität, ist anzuerkennen. Biotop- und Artenschutz sind in Anbetracht des fortschreitenden, weltweiten Artensterbens wesentliche und unverzichtbare Elemente eines effektiven Naturschutzes zum Wohle der Allgemeinheit. Die Bedeutung dieser Belange rechtfertigt aber nicht die Missachtung elementarer verfassungsrechtlicher Garantien und Grundsätze sowie eine einseitige Überbewertung naturschutzrechtlicher Belange. Der vom Gesetzgeber eingeschlagene Weg der Normierung eines gesetzlichen Biotoptypsches ist nicht gangbar. Aus den zuvor festgestellten Verletzungen des Grundgesetzes durch das gewählte Mittel lassen sich im Umkehrschluss die Mindestanforderungen ableiten, die an eine gesetzliche Regelung und ein Verfahren zum Schutz wertvoller Biotope zu stellen sind. Sie seien am Ende dieser Arbeit kurz genannt:

Im Hinblick auf die Eigentumsgarantie in Art. 14 I S. 1 GG ist festzuhalten, dass Regelungen des Biotopschutzes unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Verfahrens als Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums zu qualifizieren sind. Bei der Normierung eines

Biotoptypschatzes muss der Gesetzgeber daher sowohl den verfassungsrechtlich geschützten Interessen der betroffenen Eigentümer und Nutzungsberechtigten als auch den Belangen des Gemeinwohls Rechnung tragen und diese Belange in einen gerechten Ausgleich und ein angemessenes Verhältnis bringen. Danach verbietet sich die pauschale Unterschutzstellung aller Flächen bestimmter Biotoptypen ohne Würdigung der tatsächlichen ökologischen Schutzwürdigkeit einer Biotopfläche im Einzelfall und der regionalen Gefährdung der betroffenen Typen. Die Verbürgung des Privateigentums in Art. 14 I S. 1 GG, die primäre Bestandsgarantie, macht es darüber hinaus erforderlich, dass in Fällen, in denen das private Interesse an einer wirtschaftlichen Nutzung des Grundeigentums das öffentliche Interesse an der Erhaltung eines schutzwürdigen Biotops überwiegt, Ausnahmen von den Beeinträchtigungsverböten auch zugunsten Privater zu gewähren sind. In Konfliktfällen, in denen die Erhaltung eines Biotops aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls geboten ist, die Nutzungsbeschränkungen aber zu unzumutbaren Beschränkungen des Grundeigentümers oder Nutzungsberechtigten, insbesondere der Aufhebung der Privatnützigkeit des Grundeigentums, der Vernichtung von Investitionen oder der Existenzgefährdung führen, hat der Gesetzgeber hinreichend bestimmte Kompensations- und Ausgleichsmechanismen zu normieren. Ein finanzieller Ausgleich der Beschränkungen kommt wegen der vorrangigen Bestandsgarantie in Art. 14 I S. 1 GG nur als Ultima Ratio in Betracht. Der Gesetzgeber hat die Verwaltung zu verpflichten, mit der Konkretisierung einer Beschränkung im Einzelfall zeitgleich über die Gewährung einer Kompensation oder eines Ausgleichs zu entscheiden.

Die Gewährleistung der gemeindlichen Planungshoheit gebietet neben dem bereits aus Art. 14 I S. 1 GG abgeleiteten Erfordernis einer in Anbetracht der unterschiedlichen ökologischen Bedeutung differenzierten Unterschutzstellung von Biotopen die Einbeziehung der biotopschutzrechtlichen Regelungen in die Bauleitplanung. Denkbar ist eine Ausgestaltung des Biotopschutzes als Sonderfall der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelungen und eine daran anknüpfende Suspendierung der biotopschutzrechtlichen Beeinträchtigungsverböte im Innenbereich im Rahmen der Planrealisierung. Denn über die Belange des Biotopschutzes werden sich die Gemeinden schon im Rahmen der Bauleitplanung nur aus entsprechend wichtigen Gründen des Gemeinwohls hinwegsetzen können.

Der Schutz hochwertiger, ökologisch wertvoller Biotope ist in einem konstitutiven Verfahren umzusetzen, das die aufgezeigten Mängel im Hinblick auf die Unbestimmtheit des Normbefehls und die gravierenden Rechtsschutzverkürzungen im ipso-iure-Verfahrens vermeidet und

den Garantien in Art. 14 I S. 1 GG und Art. 28 II S. 1 GG, der geforderten Bewertung der Schutzwürdigkeit der Flächen im konkreten Einzelfall, Rechnung trägt. Die Unterschutzstellung der einzelnen Flächen durch die Verwaltung sichert darüber hinaus die Verständlichkeit und die Beachtung des Normbefehls im Interesse des Biotopschutzes, dient also der gewünschten Erhaltung von Biotopen, während Verbote, die die Betroffenen nicht erreichen oder unverständlich verbleiben, ohne Wirkung bleiben, ihr Ziel verfehlen. Nicht zu leugnen ist, dass die geforderte Ausgestaltung eines Biotopschutzes im konstitutiven Verfahren mit höherem Verwaltungsaufwand und gesteigerten Kosten, insbesondere für die gebotenen Kompensations- oder Ausgleichsregelungen, verbunden wäre als die halbherzig vollzogene, verfassungswidrige Regelung des vorgefundenen gesetzlichen Biotoptypsches. Biotopschutz kann es nicht zum Nulltarif geben. Stellen der Biotop- und Artenschutz überragende Gründe des Gemeinwohls dar, wie es Politik und Rechtsprechung wiederholt betont haben, so müssen entsprechende Aufwendungen im Interesse des Gemeinwohls gerechtfertigt sein. Die Milliardenbeträge, die der Fiskus vom Bürger über die neue „Ökosteuer“ kassiert, könnten zumindest zu einem Bruchteil im Biotop- und Artenschutz eine ökologische Verwendung finden, die den Namen dieser Steuer rechtfertigen würde.

Literaturverzeichnis

Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 2. unveränderte Aufl., Berlin 1921.

Apfelbacher, Das Naturschutzrecht nach der ersten Novelle zum Bundesnaturschutzgesetz (Teil I), NuR 1987, S. 241 ff.

Backhaus, Denkmalrecht in Niedersachsen, Frankfurt am Main u.a. 1988.

Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch (BauGB), 6. Aufl., München 1998.

Barth, Naturschutz: das Machbare; praktischer Umwelt- und Naturschutz für alle, ein Ratgeber, 2. Aufl., Hamburg 1995.

Berkemann, Rechtliche Instrumente gegenüber Eingriffen in Natur und Landschaft (§ 8 BNatSchG), NuR 1993, S. 97 ff.

***Bino/Bless/Boye/Gruttke/Pretscher*, Rote Liste gefährdeter Tiere Deutschlands, Bundesamt für Naturschutz, Bonn-Bad Godesberg 1998.**

Bleckman/Eckhoff, Der „mittelbare“ Grundrechtseingriff, DVBl. 1988, S. 373 ff.

Breuer, Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie, München 1976.

Brohm, Öffentliches Baurecht, 2. Auflage, München 1999.

Brügelmann (Mitbegründer), Baugesetzbuch, Kommentar, Stuttgart u.a., Loseblattsammlung, Stand: Februar 2000.

Bull, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Heidelberg 1997.

Burgi, Die Enteignung durch „teilweisen“ Rechtsentzug als Prüfstein für die Eigentumsdogmatik, NVwZ 1994, S. 527 ff.

Clemens, Kommunale Selbstverwaltung und institutionelle Garantie: Neue verfassungsrechtliche Vorgaben durch das BVerfG, NVwZ 1990, S. 834 ff.

De Witt, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 7.7.1994 – III ZR 5/93 (DVBl. 1995, S. 104), DVBl. 1995, S. 107.

Detterbeck, Salvatorische Entschädigungsklauseln vor dem Hintergrund der Eigentumsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1994, S. 273 ff.

Dörffeldt/Viebrock, Hessisches Denkmalschutzrecht, Kommentar, 2. Aufl., Mainz-Kostheim 1991.

Dolzer/Vogel (Herausgeber), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand: Dezember 1999, 93. Lieferung.

Dreier (Herausgeber), Grundgesetz-Kommentar, Tübingen, Bd. I, Art. 1-19, 1996; Bd. II, Art. 20-82, 1998.

Dürr, Baurecht für Baden-Württemberg, 9. Aufl. 1998.

Eberl/Martin/Petzet, Bayerisches Denkmalschutzgesetz, Kommentar unter besonderer Berücksichtigung finanz- und steuerrechtlicher Aspekte, 5. Aufl., Köln 1997.

Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Naturschutzrecht in Bayern mit Kommentar zum Bayerischen Naturschutzgesetz, Loseblattausgabe, München, Stand: 16. Lieferung, April 1999.

Engelhardt, Entschädigungsfragen bei Naturschutzmaßnahmen, NuR 1991, S. 101 ff.

Erbguth/Paßlick/Püchel, Denkmalschutzgesetze der Länder, rechtsvergleichende Darstellung unter besonderer Berücksichtigung Nordrhein-Westfalens, 1984.

Erichsen (Herausgeber), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., Berlin u.a. 1998.

Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, Kommentar, München, Loseblattsammlung, Stand: 62. Lieferung, Februar 2000.

Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, begründet von Eyermann und Fröhler, 10 Aufl., München 1998.

Finkelburg/Orloff, Öffentliches Baurecht, Band I, Bauplanungsrecht, bearbeitet von Finkelburg, 5. Aufl., München 1998.

Fischer-Hüftle, Biotopschutz nach geltendem Recht und Möglichkeiten seiner Verbesserung, DÖV 1990, S. 1011 ff.

Franzmeyer-Werbe, Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des nachrichtlichen Listensystems im Denkmalschutzrecht, DÖV 1996, S. 950 ff.

Frenz, Gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie und Verhältnismäßigkeit, Die Verwaltung 1995, S.33 ff.

Friauf, (Festschrift zum 65. Geburtstag), herausgegeben von *Rudolf Wendt*, Staat, Wirtschaft, Steuern, Heidelberg 1996.

Gaentzsch, Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung – Das Verhältnis zwischen Fachrecht und Naturschutzrecht, NuR 1989, S. 89 ff.

Gaentzsch, Konkurrenz paralleler Anlagengenehmigungen, NJW 1986, S. 2787 ff.

Gassner, Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgebot, DÖV 1996, S. 18 ff.

Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, *Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG)*, *Kommen- tar, München 1996.*

Gellermann, Verfassungswidrigkeit des gesetzlichen Biotopschutzes in Nordrhein-Westfalen?

Anmerkung zum Beschluß des OVG Münster vom 15.8.1994, NuR 1995 S. 227 ff.

Gern, Kommunalrecht Baden-Württemberg, 6. Auflage, Baden-Baden 1996.

Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert, Niedersächsische Bauordnung/Niedersächsisches Denkmalschutzgesetz, Kommentar, 5. Aufl., Hannover 1992.

Gusy, Die Verfassungsbeschwerde – Voraussetzungen und Verfahren -, Heidelberg 1988.

Haedrich, Die Grundzüge des Denkmalschutzrechts in Thüringen, ThürVBl. 1999, S. 73 ff.

Hampicke u.a., Kosten und Wertschätzung des Arten- und Biotopschutzes, im Auftrag des Bundesumweltamtes, Berlin 1991.

Hartung, Ist das „nachrichtliche System“ im Denkmalschutzrecht verfassungsgemäß?, DWW 1989, S. 42 ff.

Heinz/Schmitt, Vorrang des Primärrechtsschutzes und ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung des Eigentums – Tendenzen und Wandlungen des Eigentumsschutzes aufgrund der neueren Rechtsprechung, NVwZ 1992, S. 513 ff.

Hendler, Anmerkung zu BVerfG, Beschluß vom 2.3.1999 (BVerfGE 100, S. 226), DVBl. 1999, S. 1501 ff.

Hönes, Denkmalrecht Rheinland-Pfalz, Kommentar, 2. Aufl., Mainz 1995.

Hönes, Die Unterschützstellung von Kulturdenkmälern, Köln 1987.

Hönes, Zur Zweistufigkeit des Denkmalschutzverfahrens, NVwZ 1986, S. 190.

Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, 3. Auflage, München 1998.

Ipsen, Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie und Einwirkungsmöglichkeiten des Gesetzgebers, ZG 1994, S. 194 ff.

Isensee/Kirchhof (Herausgeber), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundlagen von Staat und Verfassung, Heidelberg 1987; Band VI: Freiheitsrecht, Heidelberg 1989.

Jahn, Verfassungsrechtliche Probleme eines strafbewehrten Vermummungsverbot, JZ 1988, S. 545 ff.

Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 4. Aufl., München 1997.

Kenntner, Zehn Jahre nach „Rastede“ – Zur dogmatischen Konzeption der kommunalen Selbstverwaltung im Grundgesetz -, DÖV 1998, S. 701 ff.

Kleeberg/Eberl, Kulturgüter in Privatbesitz, Handbuch für Denkmal- und Steuerrecht, Heidelberg 1990.

Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar, begründet von Hans Joachim Knack, bearbeitet von Jost-Dietrich Busch u.a., 6. Aufl., Köln u.a. 1998.

Koch/Steinmetz, Grundlagen des Rechts auf kommunale Selbstverwaltung, JA 1982 S. 386 ff.

Kolodziejczok/Recken, Naturschutz, Landschaftspflege und einschlägige Regelungen des Jagd- und Forstrechts, Kommentar, Band I, Loseblattsammlung, Berlin, Stand: März 2000.

Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl., München 2000.

Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 11. Auflage, München 1998.

Krämer/Meyer, Gesetzlicher Biotopschutz verfassungsgemäß? LKV 1998, S. 8 ff.

Kratsch, Gesetzlicher Biotopschutz in Baden-Württemberg, VBIBW 1998, S. 241 ff.

Kratsch, Zur Berücksichtigung besonders geschützter Biotope in der Bauleitplanung, NuR 1994, S. 278 f.

Kuchler, Das Verhältnis von Bauplanungsrecht und Naturschutzrecht, DVBl. 1989, S. 973 ff.

Kummer, Denkmalschutzrecht als gestaltendes Baurecht, Zur Vollzugseignung des Denkmalschutzrechtes, München 1980.

Kunig, Zur „hinreichenden Bestimmtheit“ von Norm und Einzelakt, Jura 1990, S. 495 ff.

Lange, Probleme des Bund-Länder-Verhältnisses im Atomrecht, NVwZ 1990, S. 928 ff.

Lechner/Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 4. Aufl., München 1996.

Lege, Enteignung und „Enteignung“ – Zur Vereinbarkeit der BGH-Rechtsprechung mit Art. 14 GG, NJW 1990, S. 864 ff.

Leibholz/Rinck/Hesselberger, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Loseblattausgabe, Köln, Stand: 36. Lieferung, November 1999.

Leisner, Eigentumsschutz – im Naturschutzrecht eine Ausnahme?, DÖV 1991, S. 781 ff.

Leisner, Eigentumswende? – Liegt der Grundwasserentscheidung des Bundesverfassungsgerichts ein neues Eigentumsverständnis zugrunde?, DVBl. 1983, S. 61 ff.

Leisner, Sozialbindung des Eigentums, Berlin 1972.

Louis, Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar der unmittelbar geltenden Vorschriften, Braunschweig 1994.

Louis, Die Auswirkungen flächenbezogener naturschutzrechtlicher Verbote, vor allem des besonderen Biotopschutzes nach § 20 c BNatSchG, und Genehmigungsvorbehalte auf Ge-

nehmungungsverfahren und Genehmigungen nach anderen Fachgesetzen sowie die Bauleitplanung, NuR 1992, S. 24 ff.

Louis, Die naturschutzrechtliche Befreiung, NuR 1995, S. 62 ff.

Louis, Niedersächsisches Naturschutzgesetz (NNatG), Kommentar, Teil 1, §§ 1 – 34, Braunschweig 1990.

Louis/Engelke, Landespflegegesetz Rheinland-Pfalz, Kommentar, Braunschweig, 1997.

Louis/Kortebein, Zur Verfassungsmäßigkeit des in § 62 des Landschaftsgesetzes Nordrhein-Westfalen (§ 20 c BNatSchG) geregelten gesetzlichen Biotopschutzes – Eine Analyse des Vorlagebeschlusses des OVG Münster an das Bundesverfassungsgericht, NuR 1995, S. 216 ff.

Von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, München, Bd. 1, Art. 1-19, 4. Aufl. 1999 (MaK).

Maunz/Dürig u.a., Grundgesetz, Kommentar, Loseblattausgabe, München, 1957 ff., Stand: 35. Lieferung, Februar 1999.

Maunz/Schmidt-Bleitreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, Loseblattausgabe, München, Stand: 18. Lieferung, Februar 1999.

Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Auflage, München 1999.

Maurer, Der enteignende Eingriff und die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung des Eigentums, DVBl. 1991, S. 781 ff.

Maurer, Staatsrecht, München 1999.

Maurer, Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung, DVBl. 1995, S. 1037 ff.

Maurer, Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung, in: Schoch (Herausgeber), Selbstverwaltung der Kreise in Deutschland, 1996, S. 18.

Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I, unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Aufl., 1969.

Melchinger, Salvatorische Entschädigungsklauseln als Ausgleichsentschädigungsregelungen im Sinne des Art. 14 I GG, NJW 1991, S. 2524 ff.

Messerschmidt, Bundesnaturschutzrecht, Kommentar zum Bundesnaturschutzgesetz, Vorschriften und Entscheidungen, begründet von Aloys Bernatzky und Otto Böhm, Heidelberg, Band I, Stand: 35. Ergänzungslieferung, Juli 1999; Band II, Stand: 34. Ergänzungslieferung, November 1999.

***Metz*, Die Auswirkungen des Biotopschutzes auf das Baurecht in Hessen, NVwZ 1996, S. 247.**

Moench, Die Entwicklung des Denkmalschutzrechts, NVwZ 1988, S. 304 ff.

Moench, Reichweite und Grenze des Denkmalschutzes, NJW 1983, S. 1998 ff.

Von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, München, Bd. I, Art. 1-20, 4. Aufl. 1992; Bd. II, Art. 21-69, 3. Aufl. 1995; Bd. III, Art. 70-146, 3. Aufl. 1996.

Niebaum/Eschenbach, Von der Angst, ein Denkmal zu besitzen – Der Widerstreit zwischen effektivem Denkmalschutz und effektivem Rechtsschutz bei der Unterschutzstellung von Kulturdenkmalen -, DÖV 1994, S. 12 ff.

Nießgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, München 1987.

Obermayer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, begründet von Klaus Obermayer, herausgegeben von Roland Fritz, 3. Auflage, Neuwied u. a. 1999.

Oldiges, Rechtsfragen zur Bedeutung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung in der Bau- leitplanung, Rechtsgutachten 1996.

Ortloff, Inhalt und Bindungswirkungen der Baugenehmigung, NJW 1987, S. 1665 ff.

Ossenbühl, Anmerkung zu BVerfG, Beschluß vom 2.3.1999 – 1 BvL 7/91 (BVerfGE 100, S. 226), JZ 1999, S. 899 ff.

Ossenbühl, Inhaltsbestimmung des Eigentums und Enteignung – BVerfGE 83, 201, JuS 1993, S. 200 ff.

Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., München 1998.

Papier, Entwicklung der Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, NWVBl. 1990, S. 397 ff.

Peter, Grundeigentum und Naturschutz – die Situation des Grundeigentums im Bereich des Naturschutzes und der Landschaftspflege im Lichte der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie unter besonderer Berücksichtigung des nordrhein-westfälischen Landschaftsgesetzes, Frankfurt u.a. 1993.

Pieroth /Schlink, Grundrechte/Staatsrecht II, 15. Auflage, Heidelberg 1999.

Pietzcker, Die salvatorische Entschädigungsklausel – BVerwG, NJW 1990, S. 2572 -, JuS 1991, S. 369 ff.

Pietzcker, Zur Entwicklung des öffentlichrechtlichen Entschädigungsrechts – insbesondere am Beispiel der Entschädigung von Beschränkungen der landwirtschaftlichen Produktion, NVwZ 1991, S. 418 ff.

Plachter, Naturschutz, 110 Tabellen, korrigierter Nachdruck der 1. Aufl., Stuttgart 1991.

Redeker/von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 12. Auflage, Stuttgart u.a. 1997

Riecken/Ries/Ssymank, Rote Liste der gefährdeten Biotoptypen der Bundesrepublik Deutschland, Bundesamt für Naturschutz, Bonn-Bad Godesberg 1994.

Rozek, Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung – eine Bestandsaufnahme zur dogmatischen Struktur des Art. 14. GG nach 15 Jahren „Naßauskiesung“, Tübingen 1998.

Sachs (Herausgeber), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 1999.

Schink, Der Baurechtskompromiß – Zur Neuregelung des Verhältnisses der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung zum Bauplanungsrecht durch das Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz -, NuR 1993, S. 365 ff.

Schink, Die Eingriffsregelung im Naturschutz- und Landschaftsrecht, DVBl. 1992, S. 1390 ff.

Schink, Naturschutz- und Landschaftspflegerecht Nordrhein-Westfalen, Köln 1989.

Schink, Wertvolle Biotope – ohne gesetzlichen Schutz? - Regelungsgehalt und Verfassungskonformität des § 20 c BNatSchG, VerwArch 86 (1995), S. 398 ff.

Schlichter/Stich (Herausgeber), Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch, 2. Aufl., Köln u.a. 1995.

Schmalz, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15.02.1996 – III ZR 49/95 (DVBl. 1996, S. 671), DVBl. 1996, S. 675.

Schmidt-Aßmann, Kommunale Selbstverwaltung „nach Rastede“ – Funktion und Dogmatik des Art. 28 Abs. 2 GG in der neueren Rechtsprechung, S. 121, in: Bürger – Richter – Staat, Festschrift für Horst Sandler zum Abschied aus seinem Amt, herausgegeben von Eberhardt Franßen u.a., München 1991.

Schmidt-Bleibtrew/Klein u.a., Kommentar zum Grundgesetz, 9. Auflage, Neuwied u.a., 1999.

Schmidt-Jortzig, Gemeindliche Selbstverwaltung und Entwicklungszusammenarbeit, DÖV 1989, S. 142 ff.

Schmidt-Jortzig, Kommunale Organisationshoheit – staatliche Organisationsgewalt und körperschaftliche Selbstverwaltung, Göttingen 1979.

Schmitt, Verfassungslehre, unveränderter Neudruck der 1928 erschienenen 1. Aufl., Berlin 1954.

Schneider, Denkmalschutz zwischen Effizienz und Rechtsstaatlichkeit – Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Anforderungen an den Schutz von Denkmälern (zugleich Besprechung von OVG Berlin, Urteil vom 3.1.1997, - 2 B 10/93) -, BauR 1998, S. 733 ff.

Schoch, Zur Situation der kommunalen Selbstverwaltung nach der Rastede-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, VerwArch 81 (1990), S. 18 ff.

Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Loseblattausgabe, München, Stand: 4. Ergänzungslieferung, März 1999.

Schrödter, Baugesetzbuch, Kommentar, begründet von Hans Schrödter, bearbeitet von Rüdiger Breuer u. a., 6. Aufl., München 1998.

Schulte, Das Dogma Baufreiheit, DVBl. 1979, S. 133 ff.

Schulze-Osterloh, Entschädigungspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums und Enteignung, NJW 1981, S. 2537 ff.

Schwabe, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17.12.1992 – III ZR 112/91 (DVBl. 1993, S. 430), DVBl. 1993, S. 840 ff.

Seibert, Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten, Baden-Baden 1989.

Seifert u.a., Thüringer Denkmalschutzrecht, Erfurt 1992.

Sendler (Festschrift zum Abschied aus seinem Amt), herausgegeben von Everhardt Franssen, Bürger – Richter – Staat, München 1991.

Steinberg, Verfassungsfragen des ipso-iure-Systems im Hessischen Denkmalschutzgesetz, NVwZ 1992, S. 14 ff.

Steinberg/Lubberger, Aufopferung – Enteignung und Staatshaftung, Baden-Baden 1991.

Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 5. Aufl., München 1998 (zitiert: Bearbeiter, in: Stelkens/Bonk/Sachs).

Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl., München 1984, Bd. III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988.

Umbach/Clemens (Herausgeber), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Heidelberg 1992.

Weiblen, Der Biotoptypenschutz nach § 24 a des baden-württembergischen Naturschutzgesetzes und seine Bedeutung für die Bauleitplanung der Gemeinden, VBIBW 1996, S. 202 ff.

Wendt, Eigentum und Gesetzgebung, Hamburg 1985.

Weyreuter, Das bebauungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme und seine Bedeutung für den Nachbarschutz, BauR 1975, S. 1 ff.