



Gesetzentwurf

der Staatsregierung

zur Änderung des Bayerischen Naturschutzgesetzes und der Bayerischen Kompensationsverordnung

A) Problem

Mit Art. 8 Abs. 3 Satz 2 des Bayerischen Naturschutzgesetzes (BayNatSchG) ist Bayern von § 15 Abs. 8 des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG) abgewichen und hat von seiner Möglichkeit der Abweichungsgesetzgebung nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 des Grundgesetzes (GG) Gebrauch gemacht. Die bundesrechtliche Verordnungsermächtigung des § 15 Abs. 8 BNatSchG findet deshalb in Bayern keine Anwendung, was für den Bund die Möglichkeit ausschließt, auf dieser Grundlage Verordnungsrecht mit einem auf Bayern erstreckten örtlichen Geltungsbereich zu erlassen. Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BayNatSchG ordnet außerdem positiv und gesetzlich an, dass darauf gestützte Verordnungen des Bundes in Bayern keine Anwendung finden. Deshalb ist auch die auf § 15 Abs. 8 BNatSchG gestützte Bundeskompensationsverordnung auf dem Gebiet Bayerns nicht anwendbar. Stattdessen finden in Bayern auch bei Vorhaben, die lediglich der Zulassung durch Bundesbehörden unterliegen (v. a. HGÜ-Erdkabelleitungen), ausschließlich die Regelungen der Bayerischen Kompensationsverordnung Anwendung.

Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit (BMU) vertritt allerdings auf der Grundlage zweier vom Bundesamt für Naturschutz (BfN) in Bezug auf „Verfassungsrechtliche Fragen zur landesrechtlichen Abweichung von der Bundeskompensationsverordnung“ eingeholter Rechtsgutachten¹ die Auffassung, der Bund könne sich auch mit eigener Verordnungsgebung (Bundeskompensationsverordnung) jederzeit gegen Landesgesetzgebung durchsetzen. Das folge – so die Auffassung des BMU – aus den Regularien der Abweichungsgesetzgebung. Deshalb sei für Vorhaben der Bundesbehörden auch die eigene Verordnungsgebung des Bundes (Bundeskompensationsverordnung) und nicht die Rechtssetzung des Landes (BayNatSchG, Bayerische Kompensationsverordnung) maßgeblich. Auf Grundlage dieser Rechtsauffassung wurde den betroffenen Bundesbehörden empfohlen, bei zukünftigen Verwaltungsverfahren auch in Bayern die Bundeskompensationsverordnung anzuwenden. Hierdurch hat der Bund erhebliche Rechtsunsicherheiten geschaffen.

B) Lösung

Erklärtes Ziel der bayerischen Kompensationsnormgebung war und ist es, für alle in Bayern vorgenommenen naturschutzrechtlichen Eingriffe einheitliche Regelungen zur Kompensation zu schaffen – für alle geltend und damit auch für Eingriffe durch Bundesbehörden. Unter voller Aufrechterhaltung der dogmatischen Position Bayerns, wonach die Bundeskompensationsverordnung – weil in ihrer Erstreckung auf das Gebiet Bayerns aufgrund Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BayNatSchG nicht von einer tragfähigen Ermächtigunggrundlage gedeckt und damit insoweit nichtig – von Anfang an in Bayern keine Wirkung entfalten kann. Die vom Bund provozierte Rechtsunsicherheit soll zur Befriedung und eindeutigen Klärung gleichwohl positiv beseitigt und Rechtssicherheit zugunsten der Normgebung des Landes und ihrer einheitlichen Anwendung in Bayern geschaffen werden. Bayern hält weiterhin an der Möglichkeit zur Abweichungsgesetzgebung

¹ Siehe Gutachterliche Stellungnahme von Prof. Gärditz, Universität Bonn vom 02.09.2020 und Kurzgutachten von Prof. Faßbender, Universität Leipzig vom 06.09.2020 (in geringfügig überarbeiteter Fassung veröffentlicht in NuR 2020, 649).

fest und stellt nochmals ausdrücklich die Regelungsreichweite und Regelungswirkung der Landesgesetzgebung im Normgefüge des Abweichungsrechts dar.

C) Alternativen

Keine. Rechtsunsicherheit ist keine sinnvolle Alternative.

D) Kosten

Keine

Gesetzentwurf

zur Änderung des Bayerischen Naturschutzgesetzes und der Bayerischen Kompensationsverordnung

§ 1

Änderung des Bayerischen Naturschutzgesetzes

Dem Art. 8 Abs. 3 des Bayerischen Naturschutzgesetzes (BayNatSchG) vom 23. Februar 2011 (GVBl. S. 82, BayRS 791-1-U), das zuletzt durch Art. 9b Abs. 2 des Gesetzes vom 23. November 2020 (GVBl. S. 598) geändert worden ist, wird folgender Satz 3 angefügt:

„³Abweichend vom Bundesrecht gelten die Regelungen nach Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 sowie die auf dieser Grundlage erlassene Bayerische Kompensationsverordnung auch im Anwendungsbereich des § 15 Abs. 8 BNatSchG und der darauf gestützten Bundeskompensationsverordnung.“

§ 2

Änderung der Bayerischen Kompensationsverordnung

Die Bayerische Kompensationsverordnung (BayKompV) vom 7. August 2013 (GVBl. S. 517, BayRS 791-1-4-U) wird wie folgt geändert:

1. Die Inhaltsübersicht wird gestrichen.
2. § 1 Abs. 1 wird wie folgt geändert:
 - a) In Satz 1 werden nach dem Wort „auf“ die Wörter „alle in Bayern erfolgenden“ eingefügt.
 - b) Folgender Satz 3 wird angefügt:

„³Sie gilt auch für die Kompensation von Eingriffen im Anwendungsbereich des § 15 Abs. 8 BNatSchG und der darauf gestützten Bundeskompensationsverordnung.“

§ 3

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt mit Wirkung vom 3. Juni 2020 in Kraft.

Begründung:**1. Abweichungsgesetzgebung**

- a) Im Zuge der Föderalismusreform im Jahr 2006 wurde der Kompetenztitel für das Recht des Naturschutzes und der Landschaftspflege in die konkurrierende Gesetzgebung überführt. Seither ist in Art. 72 Abs. 3 GG auch die Möglichkeit der Abweichungsgesetzgebung durch die Länder vorgesehen. Hat der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit gemäß Art. 72 Abs. 1 GG Gebrauch gemacht, können die Länder gemäß Art. 72 Abs. 3 Satz 1 GG von der Bundesregelung abweichende Regelungen treffen. Diese Rechtsänderung, durch die einerseits weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten für den Bund im Bereich des Naturschutzes und der Landschaftspflege erhalten geblieben sind und andererseits den Ländern die Möglichkeit zur Umsetzung eigener Regelungskonzepte eröffnet wurde, sollte vor allem auch eine Stärkung des föderalen Systems bewirken. Die rechtlichen Anforderungen, die an eine landesrechtliche Abweichungsgesetzgebung nach Art. 72 Abs. 3 GG zu stellen sind, müssen insbesondere im Hinblick auf diesen verfolgten Regelungszweck beurteilt werden.

Die Abweichungsgesetzgebung versetzt den Bund damit aus der für ihn vorteilhaften Position des üblichen Vorrangs des Bundesrechts in die für ihn mühevollere Konkurrenz des Gleichrangs mit den Ländern. Das bedeutet zugleich, dass die Bestimmungen der Abweichungsgesetzgebung nicht mit einer Auslegung versehen werden dürfen, die praktisch den Bund privilegiert. Im Gegenteil war die Einführung der Abweichungsgesetzgebung länderfreundlich gedacht, sollte ihnen die Möglichkeit geben, eigene Konzeptionen zu verwirklichen und die nach Art. 72 Abs. 1 GG an sich originär bei den Ländern liegende Kompetenz wieder verstärkt zur Geltung bringen. Dass die Abweichungsgesetzgebung daher eher länder- als bundesfreundlich auszulegen ist, zeigt sich auch an Art. 72 Abs. 3 Satz 2 GG, der dem Bund, nicht aber den Ländern eine Karenzzeit auferlegt, um sich in Konkurrenzsituationen leichter durchsetzen zu können.

- b) Auf Basis der Abweichungsgesetzgebung hat Bayern mit Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BayNatSchG die Konzeption gewählt, im schwierigen Feld der Kompensation naturschutzrechtlicher Eingriffe keine Bundesregelung anwenden zu wollen, sondern eine für Bayern insgesamt einheitlich geltende bayerische Kompensationsregelung zu treffen. Dazu wurde der Weg gewählt, die Ermächtigungsgrundlagen des § 15 Abs. 7 und 8 BNatSchG für den örtlichen Geltungsbereich Bayerns auszuschließen. Die dem § 15 Abs. 7 und 8 BNatSchG zugrunde liegende Konzeption des Bundes ist es, normative Details zu Kompensationsfragen (1) durch das BMU lösen zu lassen und (2) dafür die in § 15 Abs. 7 und 8 BNatSchG vorausgesetzten Inhalte zugrunde zu legen. Bayern hat dem die eigene inhaltliche Entscheidung gegenübergestellt, die Details (1) durch die Staatsregierung lösen zu lassen – also eine andere Zuständigkeit zu wählen – und (2) zwar auf Basis einer durch Bayern nach Inhalt, Zweck und Ausmaß selbst gestalteten Verordnungsermächtigung nach Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BayNatSchG. Dadurch, dass Bayern durch abweichendes Landesgesetz die vom Bund eigentlich örtlich unbeschränkte Ermächtigungsgrundlage örtlich dahingehend beschränkt hat, dass der Bund auf Basis des § 15 Abs. 7 und 8 BNatSchG keine Regelungen mit einem örtlich auf Bayern bezogenen Anwendungsbereich erlassen kann, ergibt sich automatisch, dass nach dem ausdrücklichen Willen des Landesgesetzgebers auch die „darauf gestützten Verordnungen des Bundes (in Bayern) keine Anwendung (finden)“. So erklärt sich auch die Formulierung des Landesrechts. Sie wurde zuletzt in dieser Regelungskonzeption auf Drs. 18/5859 bestätigt.
- c) Das BMU hat mit verschiedenen Argumenten die Wirksamkeit des Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BayNatSchG gegenüber einer Bundeskompensationsverordnung bestritten, die es – trotz der bayerischen Regelung – gleichwohl mit örtlich unbeschränktem, auch auf Bayern bezogenen örtlichem Anwendungsbereich erlassen hat. Dieser juristische Ansatz, der grundsätzliche Fragen der Abweichungsgesetzgebung betrifft, überzeugt jedoch nicht:

- aa) Das BMU geht zunächst davon aus, die Länder dürften erst dann im Sinne des Art. 72 Abs. 3 GG von einer Bundesregelung abweichen, sobald der Bund eine inhaltliche Regelung getroffen habe. Eine Verordnungsermächtigung stelle aber keine inhaltliche Regelung dar, sondern bereite sie nur vor. Deshalb sei Abweichungsgesetzgebung der Länder erst möglich, wenn der Bund eine Verordnung erlassen habe. Eine solche Auslegung ist aber in vielfacher Hinsicht problematisch:
- Die Argumentation des BMU übersieht, dass der Bund mit § 15 Abs. 7 und 8 BNatSchG durchaus bereits **inhaltliche** Regelungen gesetzt und solche nicht nur vorbereitet hat. So wird z. B. über § 15 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG ein bundesfreundliches Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Bund und Land festgelegt, das ein Land durchaus anders beurteilen und – wie Bayern – durch Abweichung von § 15 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG zugunsten des Landes entscheiden kann. Auch die Verordnungsermächtigungen selbst sind inhaltliche Entscheidungen, weil sie (1) Zuständigkeiten für die weitere Regelung von Details festlegen, also den Ermächtigungsadressaten und (2) Inhalt, Zweck und Ausmaß der erlaubten Ordnungsregelung bestimmen. Wenn also Bayern über Art. 8 Abs. 3 Satz 1 **und** 2 BayNatSchG den Ermächtigungsadressaten vom BMU (Regelungsidee Bund) auf die Staatsregierung (Regelungsidee Land) verschiebt und zu Kompensationsfragen eine eigene Ermächtigungsgrundlage schafft, sind das inhaltlich vorgezeichnete Entscheidungen. Schon von daher kann das Argument des Bundes im konkreten Fall nicht überzeugen.
 - Für den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung ganz allgemein hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof festgestellt, dass der Bundesgesetzgeber von seinem Gesetzgebungsrecht im Sinne des Art. 72 Abs. 1 GG grundsätzlich bereits dann Gebrauch macht, wenn er eine gesetzliche Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen für eine bestimmte Materie schafft (VerfGH 43, 35/57 f.). Dementsprechend ist auch bei der Abweichungsgesetzgebung (als Sonderfall der konkurrierenden Gesetzgebung) auf die gesetzliche Ermächtigung abzustellen.
Im konkreten Fall scheint im Übrigen auch der Bund davon überzeugt, dass er bereits durch die Verordnungsermächtigung Abweichungsrecht setzte. Denn nur deshalb erklärt sich, dass er beim letzten Neuerlass des § 15 Abs. 8 BNatSchG bewusst die Karenzzeit des Art. 73 Abs. 3 Satz 2 GG eingehalten hat (vgl. Art. 25 Abs. 3 des Gesetzes zur Beschleunigung des Energieleitungsausbaus vom 13. Mai 2019 (BGBl. I S. 706)). Das ergibt sich ausdrücklich auch aus der seinerzeitigen Gesetzesbegründung in BT-Drs. 19/7375 (S. 94) zum damaligen Art. 21 Abs. 3 des Änderungsgesetzes. Beim späteren Erlass der Bundeskompensationsverordnung scheint dagegen aus Sicht des Bundes eher das Gegenteil der Fall zu sein – also keine Setzung von Abweichungsrecht –, da der Bund hier eine Karenzzeit nicht vorgesehen hat. Ein Blick auf die eigene Rechtsetzung des Bundes zeigt deutlich, dass er selbst davon ausging, schon durch bloße Verordnungsermächtigung Abweichungsrecht zu setzen.
 - Wäre es anders, entstünde auch ein sehr grundsätzliches Ungleichgewicht in der Frage, wie Bund und Länder im Rahmen der Abweichungsgesetzgebung jeweils auf Rechtsetzung des anderen reagieren dürften. Denn wenn die Länder eine bundesrechtliche Ermächtigungsgrundlage nicht durch Landesrecht abweichend korrigieren dürfen und daher der Gegenstand der jeweiligen Abweichung erst die inhaltlich gezogene Verordnung des Bundes wäre, dann könnten die Länder jeweils nur durch Parlamentsgesetz reagieren (also langsam und verfahrensaufwändig), während der Bund seinerseits wieder durch einfache Verordnung (also schnell und unbürokratisch) gegensteuern könnte. Das wäre ein Verstoß gegen die Waffengleichheit von Bund und Ländern, die sich

gleichberechtigt in der Regelungsdurchsetzung gegenüberstehen sollten, und würde damit diesen grundlegenden Gedanken der Abweichungsgesetzgebung einseitig und vollständig zu Gunsten des Bundes verdrängen.

Die vom BMU vertretene Rechtsauffassung würde die Möglichkeit der Länder zur Abweichungsgesetzgebung erheblich erschweren und deren Gebrauchmachung beträchtlich einschränken. Sie wäre eine erkennbar länderunfreundliche Auslegung und damit dem hinter der Abweichungsgesetzgebung stehenden länderfreundlichen Verfassungsinteresse diametral entgegengesetzt. Ein derartiger Wille kann dem Verfassungsgesetzgeber vor dem Hintergrund der beabsichtigten Stärkung des föderalen Systems nicht unterstellt werden.

- Unzutreffend sind daher auch die in den Rechtsgutachten aufgeführten Kriterien, unter welchen Voraussetzungen eine landesrechtliche Abweichungsgesetzgebung auf dem Gebiet des Ordnungsrechts erfolgen könne. Dies sei – so die vom BMU bemühten Gutachten – nur möglich, wenn bereits die gesetzliche Verordnungsermächtigung die wesentlichen Abweichungsinhalte und den Abweichungsumfang enthielte. Ein solches Verständnis der landesrechtlichen Abweichungsgesetzgebungskompetenz würde die Abweichungsmöglichkeit durch Verordnungserlass auf Landesebene ganz erheblich einschränken und den Ländern ein zentrales Mittel der Normsetzung – nämlich das flexible Ordnungsrecht – nehmen oder praktisch entwerten, weil sie wichtige Fragen gerade nicht mehr durch Verordnung, sondern nur durch Parlamentsgesetz regeln könnten, während der Bund sich jederzeit „Erweiterung“ durch einfache Ressortverordnung vorbehalte. Dies steht im Widerspruch zum oben dargestellten Sinn und Zweck der Abweichungsgesetzgebung. Im Ergebnis würde diese Auslegung des Art. 72 Abs. 3 GG ein ganz erhebliches Ungleichgewicht im föderalen System zwischen Bund und Länder mit sich bringen. Der Bund könnte sich ohne Weiteres über abweichendes Landesrecht, auch durch Verordnungserlass hinwegsetzen, während die Länder zur Normsetzung stets auf das Mittel der formellen Gesetzgebung beschränkt wären. Diese Ungleichbehandlung kann aus Sicht Bayerns nicht gerechtfertigt werden und findet im Übrigen auch keinen Niederschlag in den verfassungsrechtlichen Vorschriften.

- bb) Im Gegenteil gilt nach Überzeugung Bayerns: Der Bund kann im Gefüge der Abweichungsgesetzgebung eben seinerseits nur durch Parlamentsgesetzgebung und nicht durch einfaches Ordnungsrecht von einer jüngeren Landesregelung im Range eines Parlamentsgesetzes abweichen. Die Bundeskompensationsverordnung ist damit keine Regelung, die sich gegenüber Art. 8 Abs. 3 Satz 2 des Bayerischen Naturschutzgesetzes durchsetzen könnte. Denn nach Art. 72 Abs. 3 Satz 3 GG setzt sich nur „das jeweils spätere Gesetz“ durch, was sich im Kontext der Art. 70 ff. GG nur auf Parlamentsgesetze beziehen kann. Deshalb ist auch das Argument der vom BMU bemühten Gutachten unrichtig, der Erlass der Bundeskompensationsverordnung mache ihrerseits Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BayNatSchG unwirksam. Das Argument der Waffengleichheit von Bund und Ländern bei der Abweichungsgesetzgebung zeigt vielmehr:

Ein „Ping-Pong“ kann es nur auf der Ebene von Parlamentsgesetzen geben, nicht aber zwischen Verordnungen auf der einen und Parlamentsgesetzen auf der anderen Seite und auch nicht zwischen Verordnungen auf beiden Seiten. Nur das entspricht der föderalen Gleichrangigkeit der Regelungen von Bund und Ländern (Waffengleichheit) ebenso wie der Dogmatik der Abweichungsgesetzgebung, die sich allein auf Parlamentsgesetzgebung bezieht.

Damit ergibt sich aber zugleich, dass Parlamentsgesetzgebung in diesem Sinne auch gesetzliche Verordnungsermächtigungen sein können und sein

müssen, weil andernfalls Verordnungsgebung in Regelungsmaterien der Abweichungskompetenzen praktisch nicht möglich wären. Wenn und weil jede Verordnungsermächtigung „Inhalt, Zweck und Ausmaß“ (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) benennen muss, ist damit zugleich der nötigen Bestimmtheit genügt.

Es bedarf daher auch keines Neuerlasses von Art. 8 Abs. 3 Satz 1 und 2 BayNatSchG, um wirksame Ermächtigungsgrundlage für weitere bayerische Verordnungsgebung zu sein (weshalb Bayern auch auf den möglichen Neuerlass von Art. 8 Abs. 3 Satz 1 und 2 BayNatSchG im Rahmen dieses Gesetzgebungsverfahrens verzichtet). Die bayerische Ermächtigungsgrundlage würde sich nur durch neuerliche Bundesgesetzgebung zu § 15 Abs. 8 BNatSchG überholen, die aber ihrerseits die Karenzfrist des Art. 72 Abs. 3 Satz 2 GG einhalten und damit dem Land erlauben müsste, in laufender Karenzfrist z. B. Art. 8 Abs. 3 Satz 1 und 2 BayNatSchG erneut zu erlassen.

cc) Das BMU behauptet außerdem, bei Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BayNatSchG handle es sich um eine bloße Negativgesetzgebung, die als Abwehnormierung gegen eine seinerzeit noch nicht erlassene Bundeskompensationsverordnung nicht verfassungsgemäß sei. Auch das ist in der Sache mehrfach unzutreffend:

- Erstens führt das BMU in seiner Argumentation an, dass in Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BayNatSchG auch die „darauf gestützten (gegenwärtigen und künftigen) Verordnungen des Bundes“ abgewehrt werden sollen. Von Verordnungen, die es bundesseitig zum Zeitpunkt des bayerischen Normerlasses noch nicht gegeben habe, könne aber nicht „präventiv“ abgewichen werden. Dabei übersieht der Bund aber den bereits oben unter Ziff. 1 b) erläuterten Hintergrund der bayerischen Normformulierung. Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BayNatSchG enthält keine eigenständige Regelung der Nichtanwendung, sondern erläutert den Zusammenhang, dass künftige auf § 15 Abs. 7 und 8 BNatSchG gestützte Verordnungen des Bundes schon deshalb keine Anwendung finden, weil ihnen für eine örtliche Erstreckung auf Bayern die Ermächtigungsgrundlage fehlt. Das BMU gründet seine Argumentation also auf ein Missverständnis des bayerischen Regelungsgehalts.
- Zweitens ist Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BayNatSchG keine reine Negativregelung, weil er positiv den Ermächtigungsadressaten und Ermächtigungsinhalt anders normiert als der Bund.
- Drittens übersieht das BMU im konkreten Fall, dass Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BayNatSchG in der Fassung, die gegen die schließlich erlassene Bundeskompensationsverordnung streitet, auf bayerische Normgebung aus 2020 zurückgeht. Durch die Änderung des Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BayNatSchG hat Bayern gerade das Ziel verfolgt, die bewährten Regelungen der Bayerischen Kompensationsverordnung und damit ein eigenes landesrechtliches Regelungskonzept weiter zur Anwendung bringen zu können. Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des geltenden Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BayNatSchG (vgl. Drs. 18/5859). Es ging Bayern also gerade darum, die eigene positiv normierte Bayerische Kompensationsverordnung gegenüber einer nicht gewünschten Bundesnormierung inhaltlich zu schützen.

dd) Auf den Gebieten des Art. 72 Abs. 3 Satz 1 GG geht im Verhältnis von Bundes- und Landesrecht das jeweils spätere Gesetz vor (Art. 72 Abs. 3 Satz 3 GG). Das BMU folgert hieraus, dass die am 03.06.2020 in Kraft getretene Bundeskompensationsverordnung der zeitlich früher in Kraft getretenen Bayerischen Kompensationsverordnung vorgehen würde.

Diese Schlussfolgerung geht aber von falschen Voraussetzungen aus, weil sie auf der unrichtigen Annahme beruht, Anknüpfungspunkt der landesrechtlichen Abweichung Bayerns sei die vom Bund erlassene Bundeskompensationsverordnung. Diese Auslegung widerspricht aber dem Wortlaut

des Art. 72 Abs. 3 GG. Hiernach können Länder abweichende Regelungen treffen, sobald der Bund „von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht“ hat. Nach der Systematik der Art. 70 ff. GG umfasst der Begriff der „Gesetze“ allerdings formelle Gesetze (also Parlamentsgesetze). Anknüpfungspunkt der landesrechtlichen Abweichung Bayerns ist deshalb § 15 Abs. 8 BNatSchG, welcher die Ermächtigungsgrundlage des Bundes für den Erlass einer Bundeskompensationsverordnung darstellt. Durch die am 01.03.2020 in Kraft getretene Änderung des Art. 8 Abs. 3 BayNatSchG hat Bayern die bundesrechtliche Regelung des § 15 Abs. 8 BNatSchG für unanwendbar erklärt. Hierdurch konnte der Bund die am 03.06.2020 in Kraft getretene Bundeskompensationsverordnung in Bayern zu keiner Zeit zur Anwendung bringen.

Dieser Zusammenhang – die Anknüpfung an Parlamentsgesetzgebung – zeigt im Übrigen erneut, dass abweichungsfähige Bundesregelung nicht erst die Bundesverordnung sein kann, mit der der Bund von einer Verordnungsermächtigung Gebrauch macht (vgl. dazu bereits oben Ziff. 1 c) aa)). Denn die landesrechtliche **Abweichungsgesetzgebung** muss sich spiegelbildlich auf gleichem Regelungsinhalt bewegen wie die **parlamentsgesetzliche** Bundesregelung, von der sie abweichen will. Dieser Spiegelbildgedanke ist Kern der Waffengleichheit zwischen Bund und Land.

2. Vorrang der Bayerischen Kompensationsverordnung

a) Vorrang von Anfang an

Die Bundeskompensationsverordnung ist am 03.06.2020 in Kraft getreten. Sie konnte sich aber von Anfang an – schon auf Basis der damals geltenden Rechtslage – nicht gegen die Bayerische Kompensationsverordnung durchsetzen.

Denn der Bundeskompensationsverordnung fehlte eine wirksame Ermächtigungsgrundlage dafür, ihren örtlichen Anwendungsbereich auf das Gebiet des Freistaates Bayern zu erstrecken. Denn die (örtliche) Reichweite der Verordnungsermächtigung des § 15 Abs. 8 BNatSchG wurde durch Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BayNatSchG entsprechend beschränkt. Soweit die Bundeskompensationsverordnung also gleichwohl auf das Gebiet Bayerns erstreckt werden sollte, fehlte ihr von Anfang an eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung, was (insoweit) zur Nichtigkeit der Verordnung führt.

Dass deshalb nach Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BayNatSchG auch „die darauf [also § 15 Abs. 8 BNatSchG] gestützten Verordnungen des Bundes“ in Bayern keine Anwendung finden, war stets die logische Folge der fehlenden örtlichen Ermächtigung. Der bisherige Text normiert also keine präventive Negativregelung, sondern erläutert die Konsequenzen aus der örtlichen Reduktion der Verordnungsermächtigung des Bundes: Die Nichtanwendbarkeit von gleichwohl bundesweit erlassenen Verordnungen.

Gleichgültig, welche Haltung man in der diskutierten Frage vertritt, ob eine reine Verordnungsermächtigung eine abweichungsfähige Vollregelung sei (vgl. dazu oben Ziff. 1 c) aa)), so ist doch jedenfalls eindeutig, dass zumindest, **soweit** der Bund eine Regelung getroffen hat – und mag sie auch noch ganz rudimentär sein –, den Ländern hiervon eine Abweichung möglich sein muss und sie nicht etwa zum Zuwarten gezwungen sind, ob oder was der Bund zu einem unbekanntem Zeitpunkt ggf. zu regeln gedenkt. Denn ein Zwang zum Abwarten ist kein sinnvoller Gedanke der Rechtssicherheit. § 15 Abs. 7 und 8 BNatSchG haben aber **zumindest insoweit** einen Regelungsinhalt, als festgelegt wird, wer über **Kompensationsverordnungen** entscheiden soll: Das BMU, und zwar bundesweit. **Insoweit** konnte Bayern gegenüber der Bundesregelung Abweichendes regeln und hat das auch getan, indem es die Ermächtigung zugunsten der Staatsregierung ausgestaltet und das BMU auf eine Regelung für das übrige Bundesgebiet verwiesen hat.

Deshalb trifft auch die vom BMU vertretene Auffassung nicht zu, bei Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BayNatSchG würde es sich um eine bloße Negativgesetzgebung

handeln, die nicht vom Abweichungsrecht nach Art. 72 Abs. 3 GG gedeckt sei. Ungeachtet dessen, dass auch in der schlichten Anordnung der Nichtanwendbarkeit geltenden Bundesrechts eine abweichende Regelung liegen kann, weil auch in solchen Fällen ein Land in eigener Verantwortung eine sachlich abweichende Regelung trifft, stellt die landesrechtliche Abweichung Bayerns von § 15 Abs. 8 BNatSchG – wie bereits oben unter Ziff. 1 c) cc) ausgeführt – gerade keine bloße Negativgesetzgebung dar.

Drittens hält die Bundeskompensationsverordnung, wenn man dem Ansatz des Bundes folgen wollte, die Vorgabe des Art. 72 Abs. 3 Satz 2 GG nicht ein, weil sie verzögerungsfrei in Kraft gesetzt wurde (vgl. ihren § 18: „tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft“). Ein Verstoß gegen Art. 72 Abs. 3 Satz 2 GG führt nach allgemeinen Grundsätzen zur Nichtigkeit der Norm (und nicht lediglich zur geltungserhaltenden Reduktion hinsichtlich der vorzeitigen Inkraftsetzung), weil dem Bund andernfalls jederzeit gefahrlos ein Verstoß gegen Art. 72 Abs. 3 Satz 2 GG möglich wäre, ohne dass sich die darin enthaltene Warnfunktion durch Verfahrensvorgabe entfalten könnte.

b) Nun: Eindeutige Klarstellung zur Herstellung von Rechtssicherheit

Obwohl sich die Bundeskompensationsverordnung also von Anfang an nicht gegen die Bayerische Kompensationsverordnung durchsetzen konnte, haben die vom BMU ohne Not gestreuten Rechtszweifel an der weiteren Geltung der bayerischen Regelungen zur Verunsicherung der Rechtsanwender geführt. Dem soll durch die jetzige Rechtsänderung – die im Kern eine Bestätigung der Rechtslage sein will – begegnet werden, um wieder Rechtsklarheit zu schaffen.

Um zur Klarstellung der Rechtslage jeden Zweifel an der Nichtanwendbarkeit insbesondere der Bundeskompensationsverordnung in Bayern auszuschließen, wird dies flankiert durch Aufnahme eines Satzes 3 in Art. 8 Abs. 3 BayNatSchG, der explizit statt der Bundeskompensationsverordnung die ausschließliche Geltung landesrechtlicher Normierung festschreibt.

Um auch das (zweifelhafte, vgl. oben) Argument des BMU rechtssicher abzuwehren, dass Abweichung im Bereich der Verordnungsermächtigung nicht möglich sei und daher erst durch eine inhaltliche Positivnormierung erfolgen könne, wird daneben auch die Bayerische Kompensationsverordnung durch einen vom Gesetzgeber selbst getroffenen positiven Anwendungsbefehl ergänzt (§ 1) und so die Geltung der Bundeskompensationsverordnung für Bayern rechtssicher ausgeschlossen.

Unabhängig von der rein dogmatisch eingenommenen Position ist so eindeutig die Geltung der Bundeskompensationsverordnung für Bayern ausgeschlossen. Dass das BMU durch eine zweifelhafte Rechtsposition und bewusste Verunsicherung zu diesen regulativen „Verrenkungen“ zwingt, entspricht keiner länderkooperativen Grundhaltung, die verfassungsrechtlich auch die Pflicht des Bundes wäre.

Bayern geht auf Basis dieser Rechtslage davon aus, dass die ausschließliche Geltung der Bayerischen Kompensationsverordnung auf Basis der vorgeschlagenen bayerischen Rechtsänderungen vom Bund im Rahmen der Abweichungsgesetzgebung wiederum nur noch dadurch zugunsten des Bundes überholt werden könnte, indem der Bund – und zwar unter Wahrung der Karenzfrist des Art. 72 Abs. 3 Satz 2 GG – sowohl die bundesrechtliche Ermächtigung im BNatSchG als auch die darauf aufbauende Bundeskompensationsverordnung durch Gesetz- und Verordnungsverfahren neu erlässt. Bayern wäre bei einer solchen Regelung durch den Bund bereit, jederzeit innerhalb der nach Art. 72 Abs. 3 Satz 2 GG gesetzten Karenzfrist durch nochmals bestätigende Landesregelung zu reagieren und so erneut die Regelungskompetenz zugunsten des Landes in Anspruch zu nehmen.

3. Inkrafttreten

Die Klarstellung soll, um jeglichen Zweifel auszuräumen, zugunsten des Landesrechts rückwirkend zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Bundeskompensationsver-

ordnung in Kraft treten. Ein rückwirkendes Inkrafttreten ist zulässig, wenn eine unklare oder verworrene Rechtslage klargestellt bzw. Recht, dessen Gültigkeit zweifelhaft war, durch zweifelsfreie Gültigkeit ersetzt werden soll.