

UFZ-Diskussionspapiere

**Department
Umwelt- und Planungsrecht**

10/2004

**Zur naturschutzrechtlichen Verpflichtung
der Verwendung autochthonen Saat- und
Pflanzguts bei der Straßenbegleitbegrünung**

Dorothee Ortner^{*}

September 2004

UFZ Umweltforschungszentrum Leipzig-Halle GmbH
Department Soziologie, Ökonomie und Recht (ÖKUS)
Postfach 500136
D-04301 Leipzig

e-mail: dorothee.ortner@ufz.de
Tel. +49 341 235-2330
Fax +49 341 235-2825

Zur naturschutzrechtlichen Verpflichtung der Verwendung autochthonen Saat- und Pflanzguts bei der Straßenbegleitbegrünung*

A. Einführung und Überblick

Jährlich wird in Deutschland bei Maßnahmen des Landschaftsbau – wie z.B. Begrünungsmaßnahmen im Zusammenhang mit dem Straßenbau – Saat- und Pflanzgut in großen Mengen in die Natur ausgebracht. Das Pflanzmaterial stammt in der Regel aus großen überregionalen Baumschulen. In vielen Bundesländern – allen voran Bayern und Baden-Württemberg– gibt es seit einigen Jahren Bestrebungen bei Begrünungsmaßnahmen autochthones Saat- und Pflanzgut zu verwenden. Die Länder Bayern und Baden-Württemberg empfehlen diese Praxis in besonderen Merkblättern¹. Neben naturschutzfachlichen und ökonomischen Gründen stützen die Befürworter autochthonen Saatguts ihre Forderung auch auf die Verpflichtungen des Bundesnaturschutzgesetzes. Von Seiten der Baumschulvertreter wird hingegen die Meinung vertreten, dass für die Verwendung autochthonen Saatguts keine haltbaren Argumente, weder in sachlicher noch in rechtlicher Hinsicht existieren. Die Beschränkung auf autochthones Pflanzmaterial führe zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung regionaler Saat- und Pflanzguterzeuger bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und sei in Bezug auf das Vergabe- und Verfassungsrecht bedenklich.

Im Folgenden soll zunächst geklärt werden, was unter dem ökologischen Begriff autochthon zu verstehen ist. Im zweiten Teil wird die Frage beleuchtet, ob es eine gesetzliche Verpflichtung zur Verwendung von autochthonem Saatgut gibt, und welche rechtlichen Probleme in diesem Zusammenhang auftreten können.

*Für wertvolle Anregungen und Kritik danke ich Herrn Dr. Herwig Unnerstall und Herrn Prof. Dr. Wolfgang Köck.

¹ *Staatliche Naturschutzverwaltung Baden-Württemberg* (1999) – Fachdienst Naturschutz – Naturschutz – Landschaftspflege, Merkblatt 4 „Gebietsheimische Gehölze – § 29a Naturschutzgesetz; Bayerisches Staatsministerium für Landesentwicklung und Umweltfragen und *Bayerisches Landesamt für Umweltschutz* (2001): „Autochthone Gehölze – Verwendung bei Pflanzmaßnahmen“ (siehe dazu Abschnitt D.)

B. Definition des Begriffs „autochthon“

Der Begriff „autochthon“ wird in verschiedenen Zusammenhängen uneinheitlich und missverständlich benutzt². Die Wortbedeutung von autochthon ist „an Ort und Stelle entstanden“³. Florengeschichtlich werden Pflanzenarten nach den Gebieten, in denen sie vorkommen – räumlicher Faktor– und ihrem Entstehungszeitraum –zeitlicher Faktor– eingeteilt. Zunächst wird zwischen *einheimischen* (indigenen) und *nichteinheimischen* Arten unterschieden. Als *einheimisch* gelten Pflanzen, die natürlicherweise in einem bestimmten Gebiet vorkommen. *Nichteinheimische* Pflanzen sind dagegen durch direktes oder indirektes Zutun des Menschen in ein Gebiet gelangt. Die nichteinheimischen Pflanzen werden nach dem Zeitpunkt des anthropogenen Einflusses in Archäophyten und Neophyten unterteilt, wobei das Jahr 1492 (Entdeckung Amerikas durch Columbus) die Trennungslinie bildet. Die *autochthonen* Sippen bilden eine Teilgruppe der einheimischen Pflanzen. Autochthon sind einheimische Sippen dann, wenn sie an Ort und Stelle entstanden sind⁴. Autochthon ist nicht gleichzusetzen mit einheimisch. Der Begriff autochthon bezieht sich innerhalb eines natürlichen Verbreitungsgebiets einer Art auf das Vorkommen an einem bestimmten Standort mit spezifischen Umweltbedingungen. Populationen sind also autochthon, wenn sie ohne menschlichen Einfluss über viele Generationen aus Naturverjüngung innerhalb ihres natürlichen Areals herangewachsen sind und sich durch natürliche Selektionsprozesse an die örtlichen Standortbedingungen angepasst haben⁵.

Zum Teil ist es schwierig, eindeutig zu bestimmen, wo eine Pflanzenart entstanden ist. Kowarik und Seitz⁶ schlagen daher vor, im Zusammenhang mit der Saatgutproblematik statt „autochthon“ den Begriff „gebietseigen“ zu verwenden. Folgende Kriterien müssen erfüllt sein um eine Art als gebietseigen zu charakterisieren. Erstens muss es sich um eine indigene (heimische) Art handeln. Ausgeschlossen sind daher Neophyten. Hinzu kommt als zweites Kriteri-

² Siehe umfassend zur Definitionsproblematik: I. Kowarik/B. Seitz (2003), Perspektiven für die Verwendung gebietseigener („autochthoner“) Gehölze in: B.Seitz/I.Kowarik (Hrsg.) NEOBIOTA 2, S. 3-26, 5f.

³ Duden, Bd.1: Die deutsche Rechtschreibung (2000), 22. Auflage, Dudenverlag

⁴ Im Gegensatz dazu sind allochthone Sippen in einem anderen Gebiet entstanden und sekundär in das betreffende Gebiet eingewandert, eingeschleppt oder absichtliche eingebracht worden.

⁵ Definition nach U. Riedl (2003), Grundlagen und offenen Fragen, in: Autochthones Saat- und Pflanzgut – Ergebnisse einer Fachtagung –, BfN-Skripten 96, S. 13

⁶ Kowarik/ Seitz (Fn. 2), S. 8 ff.

um der Populationsbezug⁷: Gebietseigene Populationen lassen sich von gebietsfremden Populationen der gleichen indigenen Art genetisch unterscheiden. Auch wenn sich die genetische Abweichung der Population nicht im Erscheinungsbild (Phänotyp) ausdrückt, so ist die Population aufgrund des Selektionsprozesses besonders an ihren Standort angepasst. Es ist nicht erforderlich, dass durch die genetische Veränderung eine eigene Unterart entstanden sein muss. Die genetische Differenzierung ist also das einzige und zugleich auch ausreichende Merkmal zur Unterscheidung gebietseigener von gebietsfremden Populationen einer Art. Drittes Kriterium ist die Kontinuität des Vorkommens. Gebietseigene Sippen sind durch lange Beständigkeit ihrer Vorkommen innerhalb des Populationsareals gekennzeichnet⁸.

„Als *gebietseigen* werden Pflanzen bzw. Sippen bezeichnet, die aus Populationen einheimischer Sippen stammen, welche sich in einem bestimmten Naturraum über einen langen Zeitraum in vielfacher Generationsfolge vermehrt haben, so dass eine genetische Differenzierung gegen Populationen der gleichen Art aus anderen Naturräumen anzunehmen ist.“⁹ Diese Definition wird zugrunde gelegt, wenn im folgenden die Begriffe *autochthon/gebietseigen* verwendet werden.

Welche Vorteile hat die Verwendung gebietseigenen Saatguts? In der Forstwirtschaft wird schon seit langem bevorzugt gebietseigenes Saatgut angepflanzt. Dies hat vor allem ökonomische Gründe¹⁰: In jahrelanger Praxis wurde festgestellt, dass gebietseigene Populationen besonders gut an die abiotischen (z.B. Klima, Boden) und biotischen Bedingungen (z.B. Schädlinge, Parasiten) angepasst sind und daher eine erhöhte Vitalität aufweisen. Bei der Anpflanzung von Saatgut aus gebietsfremden Populationen wurden dagegen vermehrt Ausfälle registriert. Diese Erfahrungssätze gelten jedoch nicht uneingeschränkt. Auch gebietsfremde Populationen können gut geeignet sein. Die Wahrscheinlichkeit einer standörtlichen Angepasstheit ist bei gebietseigenen Herkünften jedoch generell höher als bei gebietsfremden. Wirtschaftliche Vor- oder Nachteile durch die Verwendung gebietsfremden Saat- und Pflanzgutes außerhalb der Forstwirtschaft, insbesondere von Hecken, Sträuchern und Kräutern, sind bislang noch nicht so systematisch untersucht worden. Die bisherigen Erkenntnisse lassen aber drauf

⁷ Eine Population ist eine Gruppe von Artgenossen, die zur gleichen Zeit in einem begrenzten Territorium leben und in einem Fortpflanzungszusammenhang miteinander stehen. Eine taxonomische Differenzierung ist daher nicht möglich und auch nicht notwendig. Siehe Sedlag/Weinert (1987) zitiert in Kowarik/Seitz (Fn. 2)

⁸ Als zeitliche Rahmen schlagen Kowarik und Seitz eine standörtliche Kontinuität von mindestens 200 Jahren und mindestens fünf spontanen Generationen vor.

⁹ Kowarik/Seitz (Fn. 2), S. 10

¹⁰ Kowarik/Seitz (Fn. 2), S. 11

schließen, dass eine Verwendung gebietseigenen Saatguts trotz der höheren Anschaffungskosten¹¹ auch für Pflanzmaßnahmen außerhalb des Waldes ökonomisch sinnvoll sein kann¹².

Aus naturschutzfachlicher Sicht spricht das Ziel der Erhaltung der innerartlichen Vielfalt für eine Verwendung gebietseigenen Saat- und Pflanzguts. Eines der wichtigsten Ziele des Naturschutzes ist der Erhalt der biologischen Vielfalt. Die Biologische Vielfalt erstreckt sich auf drei Ebenen: die ökosystemare Vielfalt, die Artenvielfalt und die genetische Vielfalt innerhalb der Arten. Die innerartliche Vielfalt bildet sich durch räumliche Trennung einzelner Populationen einer Art über einen langen Zeitraum aus. Sie ist Teil des Evolutionsprozesses. Bleibt eine Population über einen sehr langen Zeitraum isoliert, so kann eine neue Art entstehen. Aber auch schon unterhalb der Artebenen ist eine Herausbildung von Populationen mit besonderen genetischen Merkmalen zu beobachten. Das zeigt sich vor allem daran, dass diese Populationen eine erhöhte Anpassungsfähigkeit an die abiotischen (z.B. Klima, Böden) und biotischen (z.B. Schädlinge, Parasiten) Bedingungen ihres Standortes aufweisen und daher besonders widerstandsfähig sind. Weiterer wichtiger Effekt ist die erhöhte Anpassungsfähigkeit der Art. Eine hohe genetische Variabilität innerhalb der Art gewährleistet eine erhöhte Möglichkeit sich zukünftigen Umweltveränderungen anzupassen.

Durch Verwendung von nicht autochthonem Saatgut kann es zu signifikanten Veränderungen der inner- und zwischenartlichen Vielfalt kommen. Zwar ist diese Problematik noch nicht abschließend wissenschaftlich untersucht worden, die nach dem heutigen Stand der Wissenschaft bekannten möglichen Beeinträchtigungen der biologischen Vielfalt durch die Ausbringung von Pflanzen gebietsfremder Herkünfte geben jedoch Anlass zur Besorgnis. Kowarik und Seitz¹³ weisen insbesondere auf folgende Gefahren hin:

- Ein ursprünglich breites regionales Sippenspektrum kann durch Massenpflanzungen weniger bzw. nicht gebietseigener Sippen stark eingeschränkt werden.
- Durch Ausbringen von Klonen kann es zur Einschränkung der genetischen Anpassungsfähigkeit kommen: in Baumschulen wird ein Großteil der Gehölzarten rein vegetativ (über Stecklinge) vermehrt. Daher werden bei Pflanzmaßnahmen auf vielen Flächen Pflanzen mit identischem genetischen Material ausgebracht.

¹¹ Die Kosten sind um etwa 10% höher: *A. Reif/E. Nickel* (2000), Pflanzungen von Gehölzen und „Begrünung“ – Ausgleich oder Eingriff in die Landschaft?, in: Naturschutz und Landschaftsplanung, Heft 10/2000, 299-308, 306

¹² *Kowarik/Seitz* (Fn. 2), S. 12

¹³ Eine detaillierte Darstellung der bisherigen wissenschaftlichen Erkenntnisse geben: *Kowarik/Seitz* (Fn. 2); sehr zurückhaltend bezüglich gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse: *M.B. Schröder* (2003), Biodiversität- populationsgenetische Grundlagen, in BfN-Skripten 96, S. 34-37

- Die genetische Vielfalt kann durch Hybridisierung verändert werden: kommt es zu Kreuzungen und Rückkreuzungen zwischen gebietseigenen und gebietsfremden Herkünften kann dies den Verlust lokal angepasster Genotypen zur Folge haben. Die aus Kreuzungen entstandenen Sippen können außerdem erfolgreicher sein als heimische Sippen und diese verdrängen.
- In der Folge können auch Tierarten und Lebensgemeinschaften betroffen sein, die an diese Pflanzengesellschaften gebunden sind. U. Riedl¹⁴ verwendet in diesem Zusammenhang das Bild von einem „Laufmaschen-Effekt“.

C. Rechtliche Verpflichtung zur Verwendung autochthonen Saatguts

I. Die Vorgaben des internationalen Übereinkommens über die biologische Vielfalt

1992 wurde in Rio de Janeiro die internationale Konvention über die Biologische Vielfalt (Convention on Biological Diversity-CBD) verabschiedet. Die CBD verpflichtet in Art 8 lit. h) die Vertragsstaaten „soweit möglich und sofern angebracht, die Einbringung gebietsfremder Arten, welche Ökosysteme, Lebensräume oder Arten gefährden, zu verhindern, zu kontrollieren oder zu beseitigen.“ Damit werden gebietsfremde invasive Arten erstmals in einem internationalen Abkommen als Faktor für die Gefährdung der biologischen Vielfalt aufgenommen.

Dem Charakter eines Rahmenübereinkommens entsprechend sind die einzelnen Verpflichtungen der CBD – so auch die des Art. 8 lit. h) – in der Formulierung sehr allgemein gehalten und bedürfen einer näheren Konkretisierung und Weiterentwicklung. Was unter „gebietsfremde Art“ zu verstehen ist, wird in der Konvention selbst nicht definiert. Die internationale Naturschutzbehörde IUCN¹⁵ definiert eine gebietsfremde Art als „Art, Unterart, oder niedrigere Taxa, die außerhalb ihres gewöhnlichen vergangenen oder gegenwärtigen Verbreitungsgebiets eingeführt wurde. Das schließt alle Teile, Keimzellen, Samen, Eier oder Verteilungseinheiten solcher Arten ein, die möglicherweise überleben und sich anschließend fortpflanzen.“ Diese Auffassung schließt die innerartliche Vielfalt eindeutig in den Schutzbereich der

¹⁴ U. Riedl (2003): Tierökologische Aspekte bei der Verwendung autochthoner Pflanzen-Diskussionsgrundlage für die Strukturierung eines Forschungskonzeptes, BfN-Skripten 96, 40-46, 40

¹⁵ IUCN –International Union for Conservation of Nature and Natural Resources– (2000), “Alien species means a species, subspecies, or lower taxon occurring outside of its natural range(past or present) and dispersal potential and includes any part, gametes or propagule of such species that might survive and subsequently reproduce.” (siehe C.Shine/N. Williams/L. Gündling (2000), A Guide to Designing Legal and Institutional Frameworks on Alien Invasive Species. IUCN, Environmental Policy and Law Paper No. 40.2)

CBD ein. Entscheidend für die Einordnung einer Art als gebietsfremd ist eine direkte oder indirekte Mitwirkung des Menschen. Nicht alle gebietsfremden Arten stellen eine Gefahr für die biologische Vielfalt dar. Von Art. 8 lit. h) CBD sind daher nur *invasive* gebietsfremde Arten erfasst. Also nur solche, deren Etablierung und Verbreitung mit einer Gefahr des ökonomischen oder ökologischen Schadens für Ökosysteme, Habitat oder Arten verbunden ist¹⁶. Welche gebietsfremden Arten ein solches Gefährdungspotential haben, ist wissenschaftlich nicht abschließend geklärt. Zur Klärung des Invasionspotenzials gebietsfremder Arten besteht ein großer Forschungsbedarf. Diese Unsicherheiten erlauben den Vertragsstaaten aber nicht untätig zu bleiben. Die Vertragsstaatenkonferenz hat in Bezug auf gebietsfremde invasive Arten in ihren „Guiding Principles“ die Anwendung des Vorsorgeprinzips betont¹⁷. Das Vorsorgeprinzip ermöglicht damit, auch auf unvollständiger Wissensgrundlage eingreifende Entscheidungen zu treffen, sofern „eine erhebliche Verringerung der biologischen Vielfalt oder ein erheblicher Verlust an biologischer Vielfalt droht.“¹⁸

II. Bundesnaturschutzgesetz

„Zur Sicherung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushaltes ist die biologische Vielfalt zu erhalten und zu entwickeln. Sie umfasst die Vielfalt der Lebensräume und Lebensgemeinschaften, an Arten sowie die genetische Vielfalt innerhalb der Arten.“ Mit diesem Grundsatz (§ 2 Abs. 1 Nr.8 BNatSchG) kommt das Bundesnaturschutzgesetz seiner internationalen Verpflichtung zur Erhaltung der biologischen Vielfalt nach. Maßgebliche Norm zum Schutz vor Florenverfälschung ist § 41 Abs. 2 BNatSchG, der der Umsetzung von Art. 8 lit. h) CBD, Art. 22 der FFH-Richtlinie und Art. 11 der Vogelschutzrichtlinie dient. Die Bestimmung ist als Rahmenvorschrift ausgestaltet und verpflichtet die Länder, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die Gefahr einer Verfälschung der Tier- und Pflanzenwelt der Mitglied-

¹⁶ *GISP* –Global Invasive Species Programme (2000), Global Strategy on Alien Invasive Species, Fundstelle: <http://www.gisp.org>

¹⁷ *COP*–*Conference of the Parties* (2000): Decision VI/23 on Alien species that threaten ecosystems, habitats and species, Annex: Guiding principles for the Prevention, Introduction and Mitigation of Impacts of Alien Species that threaten Ecosystems, Habitats or Species, UNEP/CBD/COP/6/23 ; das Vorsorgeprinzip findet auch im neunten Erwägungsgrund der Präambel der CBD Ausdruck

¹⁸ Das Vorsorgeprinzip entbindet aber nicht von der Verpflichtung die Weiterentwicklung des Wissenstands bezüglich des Invasionsverhaltens gebietsfremder Arten zu fördern und auszubauen. siehe W. Köck (2004), Invasive gebietsfremde Arten – Stand und Perspektive der Weiterentwicklung und Umsetzung der CBD-Verpflichtung unter besonderer Berücksichtigung der Umsetzung in Deutschland, in: N. Wolff/ W. Köck (Hrsg.), 10 Jahre Übereinkommen über die biologischen Vielfalt – eine Zwischenbilanz, S. 107 ff (110)

staaten durch Ansiedlung und Ausbreitung von Tieren und Pflanzen gebietsfremder Arten abzuwehren (§ 41 Abs. 2 S. 1 BNatSchG). Die Länder sind ermächtigt, besondere Vorschriften über die Genehmigung des Ansiedelns erstens von Tieren und zweitens von Pflanzen gebietsfremder Arten in der freien Natur zu erlassen. Nach § 41 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG ist die Genehmigung zu versagen, wenn die Gefahr einer Verfälschung der Tier- und Pflanzenwelt der Mitgliedstaaten oder eine Gefährdung des Bestandes oder der Verbreitung wildlebender Tier- und Pflanzenarten der Mitgliedstaaten oder von Populationen solcher Arten nicht auszuschließen ist. § 41 Abs. 3 BNatSchG erlaubt es den Ländern zusätzlich weitere Vorschriften zu erlassen. Die konkrete Ausgestaltung der bundesrechtlichen Bestimmung ist –im Rahmen der Vorgaben des BNatSchG– den Ländern überlassen. Nur die Naturschutzgesetze der Länder Hessen und Schleswig-Holstein wurde bisher mit dem aktuellen Bundesnaturschutzgesetz abgestimmt. Alle anderen geltenden Landesgesetze beziehen sich auf § 20d BNatSchG a.F., der mit der Novellierung durch § 41 BNatSchG abgelöst wurde. Die Ländergesetze halten sich mit geringen Abweichungen in der Formulierung eng an die bundesrechtliche Vorgabe. Gesetzliche oder untergesetzliche Regelungen zur Abwehr von Gefahren der Faunen- und Florenverfälschung, die über die bundesrechtliche Regelung hinausgehen, sind bisher von den Ländern nicht getroffen worden.

Es ist daher anhand des BNatSchG zu prüfen, ob eine gesetzliche Verpflichtung zur Verwendung von autochthonem Saat- und Pflanzgut besteht. Die Maßnahme müsste geeignet sein, eine Verfälschung der Tier- und Pflanzenwelt der Mitgliedstaaten durch Ansiedlung oder Ausbreitung von Tieren oder Pflanzen gebietsfremder Arten abzuwehren.

Zunächst ist zu klären, ob es sich bei Pflanzgut nichtautochthoner Herkunft um *gebietsfremde Arten* im Sinne des Naturschutzgesetzes handelt. Der Begriff *Art* ist in § 10 Abs. 2 Nr. 3 BNatSchG legal definiert. Als *Art* gilt „jede Art, Unterart oder Teilpopulation einer Art oder Unterart“. Die Vorschrift weicht damit von der wissenschaftlich biologischen Bestimmung des Begriffes *Art* ab, wonach mit *Art* eine bestimmte Ordnungsstufe der Taxonomie¹⁹ bezeichnet wird. *Art* im Sinne des BNatSchG umfasst dagegen auch untergeordnete Stufen der

¹⁹ Taxonomie ist ein Ordnungssystem der Biologie, das in Reiche, Abteilungen, Stämme, Klassen, Ordnungen, Familien, Gattungen und Arten, sowie Unterarten und Sippen gliedert. Population hingegen ist nach § 10 Abs. 2 Nr. 4 BNatSchG eine biologisch oder geographisch abgegrenzte Zahl von Individuen einer Art. Aus Populationen können nach langer räumlicher Trennung von anderen Populationen Unterarten entstehen. (vergleiche *Gassner in: Gassner/Bendorn/Kahlo/Schmidt-Räntsch* (2003), Bundesnaturschutzgesetz, zu § 10, Rdn. 33, 34, 38)

Taxonomie, also Unterarten und Teilpopulationen²⁰. Mit der Einbeziehung von taxonomisch nicht abgrenzbaren Teilpopulationen wird die genetische Ebene der biologischen Vielfalt unter dem Artbegriff subsumiert²¹. Für die Einbeziehung in den Artbegriff ist es nicht etwa erforderlich, dass Populationen eigene wissenschaftliche Bezeichnungen haben, wie aus dem zweiten Halbsatz von § 10 Abs. 2 Nr. 3 BNatSchG: „für die Bestimmung einer Art ist ihre wissenschaftliche Bezeichnung maßgebend“ entnommen werden könnte. Kowarik et al²² führen dazu aus: „Dieser Hinweis schränkt die im ersten Teil des Satzes gegebene Definition des Begriffes Art nicht ein. (...) die innerartliche Vielfalt kann grundsätzlich nicht umfassend taxonomisch typisiert werden, ist aber dennoch ein anerkanntes Schutzgut des Naturschutzes.“ Es wäre daher sachfremd den Schutz von Arten (im Sinne des BNatSchG) vom Vorhandensein einer wissenschaftlichen Bezeichnung abhängig zu machen. Strittig ist, ob diese Teilpopulationen durch Einteilung verschiedener Herkunftsgebiete hinreichend bestimmt werden können²³ oder eine Identifikation von unterartlichen Stufen nur durch genetische Analyse erfolgen kann.

Weitere gesetzliche Voraussetzung ist die *Gebietsfremdheit* der Art. In der Terminologie des Bundesnaturschutzgesetzes wird zwischen heimischen Arten und gebietsfremden Arten unterschieden. Gemäß § 10 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG ist eine *heimische Art*

„eine wildlebende Tier- oder Pflanzenart, die ihr Verbreitungsgebiet oder regelmäßiges Wanderungsgebiet ganz oder teilweise

a) im Inland hat oder in geschichtlicher Zeit hatte oder

b) auf natürliche Weise in das Inland ausdehnt;

als heimisch gilt eine wildlebende Tier- oder Pflanzenart auch, wenn sich verwilderte oder durch menschlichen Einfluss eingebürgerte Tiere oder Pflanzen der betreffenden Art im Inland in freier Natur und ohne menschliche Hilfe über mehrere Generationen als Population erhalten“.

Eine *gebietsfremde Art* ist nach § 10 Abs. 2 Nr. 6 BNatSchG:

²⁰ Gassner in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch (2003) Bundesnaturschutzgesetz, zu § 10, Rdn. 32, 33; Lorz/Müller/Stöckel (2003), Bundesnaturschutzgesetz-Kommentar, zu § 10 Rdn. 31

²¹I. Kowarik/U. Heink/ U. Starfinger (2003), Bewertung gebietsfremder Pflanzenarten. Kernpunkte eines Verfahrens zur Risikobewertung bei sekundärer Ausbringung“, in: Schriftenreihe des BMVEL „Angewandte Wissenschaft“, Heft 498 „Bedrohung der biologischen Vielfalt durch invasive gebietsfremde Arten“, 131-144, 136; F. Klingenstein/D. Eberhardt (2003): Heimisches Saat- und Pflanzgut aus Sicht des Naturschutzes auf Bundesebene, in Autochthones Saat- und Pflanzgut – Ergebnisse einer Fachtagung-, BfN-Skripten 96, 18-24, 21

²² Fn. 21: die Autoren schlagen zur Vermeidung terminologischer Missverständnisse zudem vor, von gebietsfremden *Organismen* anstelle von Arten zu sprechen.

²³ Heink/Seitz (2003), Leserbrief: Fehlschlüsse im Autochthon-Gutachten, in TASPO 39/2003

„eine wildlebende Tier- oder Pflanzenart, wenn sie im betreffenden Gebiet in freier Natur nicht oder seit mehr als 100 Jahren nicht mehr vorkommt.“

Die beiden Begriffe unterscheiden sich durch ihren räumlichen Anknüpfungspunkt. Während der Bezugspunkt für „heimisch“ das gesamte Inland ist, bezieht sich „gebietsfremd“ nur auf ein bestimmtes Gebiet²⁴. In der Systematik des BNatSchG können also Pflanzenarten, die an sich in der Bundesrepublik heimisch sind, in bestimmten Gebieten als gebietsfremd gelten, und zwar dann, wenn diese Art in dem betreffenden Gebiet nicht natürlicherweise vorkommt. Da nach § 10 Abs. 2 Nr. 3 BNatSchG unter dem Begriff Art auch Unterarten und Populationen zu verstehen sind, kann eine Unterart/Population in einem bestimmten Gebiet als gebietsfremd zu qualifizieren sein, wenn dort nicht ihr natürliches Vorkommen hat²⁵.

Solche Unterarten/Populationen einer Art erfüllen also die Tatbestandsvoraussetzung „gebietsfremde Art“. Ihre Ansiedlung ist nach § 41 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG genehmigungspflichtig.

Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die Gefahr einer Verfälschung der Tier- oder Pflanzenwelt der Mitgliedstaaten oder eine Gefährdung des Bestandes oder der Verbreitung wild lebender Tier- oder Pflanzenarten der Mitgliedstaaten oder von Populationen solcher Arten nicht auszuschließen ist (§ 41 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG). Diese Formulierung beinhaltet eine Beweislastumkehr²⁶. Es handelt sich um eine gesetzliche Ausformung des Vorsorgeprinzips, das auch bei nicht abschließend geklärter Sachlage ein Handeln fordert. Die Versagung kann also nicht erst erfolgen, wenn die Gefährdung positiv nachgewiesen ist. Sie kann vielmehr schon dann erfolgen, wenn eine Gefährdung nicht auszuschließen ist, also eine Realisierung der Gefahr nicht außerhalb jeglicher Wahrscheinlichkeit liegt. Zu klären ist, was unter *Gefahr der Florenverfälschung* bzw. unter einer *Gefährdung des Bestandes oder der Verbreitung* zu verstehen ist. Im Gesetz finden sich keine Definitionen dieser Begriffe. Als Verfälschung werden negative Veränderungen, also Beeinträchtigungen, der Tier- und Pflanzenwelt oder ihrer Bestandteile definiert²⁷. Darunter fällt die Verdrängung einer Art oder Population. Aber auch die Hybridisierung (die Kreuzung zwischen gebietseigenen und gebietsfremden Popula-

²⁴ Gassner (Fn. 20) zu § 10, Rdn. 41

²⁵ Klingenstein/Eberhard (Fn. 21), S. 21

²⁶ Schmidt-Räntsch in Gassner/Bendomin-Kahlo/Schmidt-Räntsch (Fn. 20) zu § 41 Rdn. 14; Lorz/Müller/Stöckel (Fn. 20) zu § 41 Rdn.23; Kowarik/Seitz (Fn. 2), S.16

²⁷ Kowarik/Heink/Starfinger (Fn. 21), S. 138: Der Begriff der Beeinträchtigung (=negativen Veränderung) umfasst den Verfälschungs- sowie den Gefährdungstatbestand. Das Ziel die Gefährdung von Arten oder Populationen auszuschließen ist von dem Oberziel, die Verfälschung der Tier- und Pflanzenwelt zu verhindern, mit umfasst.

tionen) mit der Folge einer Einschränkung der genetischen Variabilität bildet eine Gefahr und kann eine erhebliche Beeinträchtigung darstellen²⁸. Klarzustellen ist, dass von der Ausbringung gebietsfremder Organismen nicht zwangsläufig auf die Gefahr einer Florenverfälschung zu schließen ist²⁹. Vielmehr ist durch eine Gefahrenprognose im Einzelfall festzustellen, ob eine Beeinträchtigung, also eine negative Veränderung, der Tier- und Pflanzenwelt, zu befürchten ist.

Die Genehmigungspflicht erstreckt sich nur auf das Ansiedeln in der *freien Natur*. Der Begriff „freie Natur“ im Bundesnaturschutzgesetz ist eigenständig. Gemeint sind unbebaute nicht umfriedete Flächen³⁰. Diese können sowohl außerhalb als auch innerhalb des besiedelten Bereichs liegen. § 35 BauGB kann zur Auslegung nicht herangezogen werden. Für den Begriff freie Natur spielt es keine Rolle, ob sich das Gebiet im Bereich eines Bebauungsplanes oder im unbeplanten Außenbereich befindet. Ein weitläufiger Park mit naturnahem Bewuchs im Innenbereich kann daher freie Natur sein³¹. Ein Gartengrundstück im Außenbereich dagegen zählt nicht zur freien Natur. Folge dieser Regelung ist, dass der Anbau von Nutz- und Zierpflanzen in Gärten, umfriedeten Parks, Friedhöfen etc von der Genehmigungspflicht des § 41 Abs. 2 BNatSchG nicht erfasst ist. Fraglich ist, ob Straßenbegleitgrün dem Begriff der freien Natur zuzuordnen ist. Außerhalb des besiedelten Bereichs schließt der juristische Begriff freie Natur sämtliche Flächen unabhängig von deren Naturnähe ein³². Das schließt auch Verkehrswege und deren Randflächen ein. § 41 Abs. 2 BNatSchG enthält in Satz 4 umfangreiche Ausnahmen vom Erfordernis der Genehmigung. So ist

²⁸ Ein detailliertes Bewertungssystem zur Bestimmung der Beeinträchtigung der Tier- und Pflanzenwelt haben bieten *Kowarik/Heink/Starfinger* (Fn. 21), S139ff

²⁹ *I. Kowarik* (2003): Biologische Invasionen – Neophyten und Neozoen in Mitteleuropa, S. 11, 290; *Kowarik/Heink/Starfinger* (Fn. 21); anders: *Reif/Nickel* (Fn. 11), S. 300, die bei Ausbringung gebietsfremder Arten „in der Regel von einer Gefahr der Florenverfälschung ausgehen“

³⁰ *Lorz/Müller/Stöckel* (Fn. 20) zu § 41 Rdn. 21

³¹ so *Lorz/Müller/Stöckel* (Fn. 20) zu § 41 Rdn. 21; *Nickel* (2003): Autochthones Saat- und Pflanzgut- Anforderungen des Naturschutzes in BfN-Skripten 96, S. 26-31, 27; *A.Fisahn/G.Winter* (2000): Gebietsfremde Organismen als Rechtsproblem, in *Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR)* S. 8-15, 12, 9; anderer Ansicht: *Messerschmidt*, BNatSchG § 20d, Rn.6, zitiert in *Lorz/Müller/Stöckel* (Fn. 20), § 41 Rdn. 21; *Kowarik/Seitz*. (Fn. 2), S.16: hier wird die Ansicht vertreten, dass Pflanzenverwendungen in Gärten und öffentlichen Grünanlagen, der Einsatz von Straßenbäumen innerhalb von Siedlungen u.ä. nicht genehmigungsbedürftig ist; es sollen aber Ausnahmen möglich sein, wenn etwa von Anpflanzungen eine rasche Ausbreitung in die freie Natur wahrscheinlich ist.

³² *Kowarik/Seitz* (Fn. 2), S.16 ; im *Merkblatt 4 BW* (Fn.1) heißt es: “unter freier Natur versteht man alles, was außerhalb der geschlossenen Bebauung liegt. Damit sind z. B. Heckenpflanzungen, Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen, Straßenbepflanzung, Böschungsansaaten, Deponie-Rekultivierungen, Biotopvernetzungen, Pflanzungen im Zuge von Flurbereinigungen, Pflanzungen an Gewässern, Renaturierungen etc. gemeint.“

- „1. der Anbau von Pflanzen in der Land- und Forstwirtschaft,
2. das Einsetzen von Tieren
 - a) nicht gebietsfremder Arten,
 - b) gebietsfremder Arten, sofern das Einsetzen einer pflanzenschutzrechtlichen Genehmigung bedarf, bei der die Belange des Artenschutzes berücksichtigt sind, zum Zwecke des biologischen Pflanzenschutzes und
3. das Ansiedeln von dem Jagd- oder Fischereirecht unterliegenden Tieren nicht gebietsfremder Arten“

nicht genehmigungspflichtig. Alle Ausnahmebestimmungen betreffen Flächen, die an sich unter den Begriff der „freien Natur“ im Sinne des § 41 Absatz 2 Satz 2 fallen. Eine Möglichkeit, diesen Ausnahmekatalog zu erweitern ist nicht vorgesehen. Die Straßenbegleitbegrünung ist keiner dieser Ausnahmen zuzuordnen. Gerade der großzügige Ausnahmekatalog des § 41 Abs. 2 S. 4 BNatSchG spricht für eine weite Auslegung des Begriffs freie Natur. Würde freie Natur die Abwesenheit jeglicher menschlicher Nutzung voraussetzen, sich quasi nur auf die „unberührte“ freie Natur erstrecken, so wäre zum einen der Ausnahmekatalog überflüssig, denn er hätte allenfalls eine Klarstellungsfunktion. Zum anderen würde die Regelung des § 41 Abs. 2 BNatSchG ins Leere laufen. Der Anwendungsbereich wäre auf den Bereich der freien Natur beschränkt, in dem Begrünungsmaßnahmen eher selten bis überhaupt nicht die Regel sind. Doch der Großteil der Ausbringung von Saat- und Pflanzgut in die Natur findet nun einmal in anthropogen beeinflussten Gebieten statt. Gerade hier muss der Schutz von § 41 Abs. 2 BNatSchG ansetzen um signifikante Ergebnisse beim Erhalt der biologischen Vielfalt erreichen zu können.

III. Rechtliche Regelung in der Forstwirtschaft

Der Anbau von Pflanzen in der Land- und Forstwirtschaft ist von der Genehmigungspflicht des § 41 Abs. 2 BNatSchG ausgenommen (§ 41 Abs. 2 Satz 4 Nr. 1). Rechtliche Grundlage für die Berücksichtigung der Herkunftssicherheit und der genetischen Vielfalt bei der Gewinnung und dem Inverkehrbringen von forstlichem Vermehrungsgut ist in Deutschland das Forstvermehrungsgutgesetz (FoVG)³³. Das Forstvermehrungsgutgesetz³⁴ hat nach § 1 den Zweck „den Wald mit seinen vielfältigen positiven Wirkungen durch die Bereitstellung von hochwertigem und identitätsgesichertem forstlichen Vermehrungsgut in seiner genetischen

³³zu Details der gesetzlichen Anforderungen des FoVG siehe *aid* (Auswertungs- und Informationsdienst für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten) e. V. (2003), Forstliches Vermehrungsgut– Informationen für die Praxis

³⁴Das Forstvermehrungsgutgesetz (FoVG) ersetzt seit dem 1.1.2003 das aus dem Jahre 1957 stammende und zuletzt 1979 neu bekannt gemachte Gesetz über forstliches Saat und Pflanzgut (FSaatG) und dient der Umsetzung der Richtlinie 1999/105/EG des Rates vom 22. Dezember 1999 über den Verkehr mit forstlichem Vermehrungsgut

Vielfalt zu erhalten und zu verbessern sowie die Forstwirtschaft und ihre Leistungsfähigkeit zu fördern⁴⁰. Das FoVG unterscheidet zwischen verschiedenen Arten von forstlichem Vermehrungsgut: Saatgut³⁵, Pflanzenteile³⁶ und Pflanzgut³⁷. Pflanzenteile und Pflanzen, die nachweislich nicht für forstliche Zwecke³⁸ bestimmt sind, sind lediglich den Vorschriften zur Einfuhr (§15 FoVG) unterworfen. Saatgut der im Anhang des FoVG genannten Baumarten ist dagegen immer dem Gesetz unterworfen, auch wenn es nicht für forstliche Zwecke bestimmt ist. Die strengeren Anforderungen für Saatgut sind deshalb erforderlich, weil die Risiken der Vermischung und Fehldeklaration bei Saatgut deutlich höher sind als bei Pflanzgut und die Verwendung falsch gekennzeichneten Saatguts erhebliche wirtschaftliche und ökologische Schäden zur Folge haben kann³⁹. Für Saatgut ist nach dem FoVG ein System von strengen Qualitäts- und Kennzeichnungspflichten vorgeschrieben. Regelungsgegenstand ist die Erzeugung, das Inverkehrbringen und die Ein- und Ausfuhr von forstlichem Vermehrungsgut der im Anhang genannten Baumarten und Hybriden⁴⁰. Die *Verwendung* von Vermehrungsgut aus einem bestimmten Herkunftsgebiet ist jedoch nicht gesetzlich geregelt. Es bleibt also dem Waldbesitzer überlassen, ob er tatsächlich autochthones Vermehrungsgut anpflanzt. Damit ist das FoVG aber nicht gänzlich bedeutungslos für den Erhalt der innerartlichen Vielfalt. Die Bestimmungen zur Qualitätssicherung gewährleisten die Bereitstellung von hochwertigem und identitätsgesichertem Saatgut, nicht nur für die Verwendung im forstlichen Bereich (damit wird ein wichtiger Beitrag zum Gesetzeszweck „Erhalt der innerartlichen Vielfalt“ nach § 1 FoVG geleistet). Für forstwirtschaftliche Betriebe besteht ein nicht unbedeutender ökonomischer⁴¹ Anreiz autochthones Vermehrungsgut zu verwenden. Zudem haben der Bund und

³⁵ § 2 Nr. 2 a FoVG: Zapfen, Fruchtstände, Früchte und Samen, die zur Aussaat im Wald oder zur Erzeugung von Pflanzgut bestimmt sind

³⁶ § 2Nr. 2 b FoVG: Spross-, Blatt- und Wurzelstecklinge (...)Knospen, Ableger (...), die zur Anpflanzung in Wald oder zur Erzeugung von Pflanzgut bestimmt sind.

³⁷ § 2 Nr. 2c FoVG: aus Saatgut oder Pflanzenteilen angezogene oder aus Naturverjüngung geworbene Pflanzen, Baumschulpflanzen und Wildlinge

³⁸ *aid* (Fn. 33), S. 7: *forstliche Zwecke* umfassen: Verjüngung und Begründung von Wald, einschließlich Ausgleichs- und Ersatzaufforstungen, Weihnachtsbaum- und Schmuckreisigkulturen. *Nicht forstliche Zwecke* sind dagegen z.B. Anpflanzungen in Gärten, Parks oder auf Straßenböschungen

³⁹ *aid* (Fn. 33), S. 7

⁴⁰ die 47 Baumarten entsprechen denen in der Richtlinie 1999/105/EG der Europäischen Gemeinschaft. Das Recht über forstliches Vermehrungsgut ist somit EU-weit harmonisiert.

⁴¹ *aid* (Fn. 33), S. 15 f: „Es empfiehlt sich auch, nach der Verfügbarkeit von autochthonen Erntebeständen zu fragen. Autochthonie hat für die Anpassbarkeit einer Population an ökologische Bedingungen ihres Standorten(...)eine große Bedeutung(...).Besonders zu empfehlen ist die Verwendung von geprüftem Vermehrungsgut, weil es einen verbesserten Anbauwert erwarten lässt.“

die Länder- unter Beteiligung von Forst- und Naturschutzverbänden- die Strategie⁴² „Forstwirtschaft und Biologische Vielfalt“ entwickelt, die auch den Erhalt der innerartlichen Vielfalt als Teil der ordnungsgemäßen Waldwirtschaft fordert und Einzelprojekte zur Umsetzung fördert. Für den Bereich der Begrünungsmaßnahmen im öffentlichen Raum kann das bewährte Zertifizierungssystem des FoVG als Modell für eine Umsetzung der Landesnaturschutzgesetze auf Verordnungsstufe bilden.

D. Die Merkblätter der Bundesländer Bayern und Baden-Württemberg

I. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz

Die Landesregierungen der Bundesländer Bayern und Baden-Württemberg haben Merkblätter⁴³ herausgegeben, die zur Verwendung autochthonen Saat- und Pflanzguts auffordern. Die Merkblätter richten sich „an alle, die in der freien Natur Pflanzen oder Saatgut ausbringen“ (Baden-Württemberg) bzw. an „öffentliche Auftraggeber“ (Bayern). Bei diesen Merkblättern handelt es sich um Empfehlungen in Form von schlichtem Verwaltungshandeln⁴⁴, denen keine Rechtsnormqualität zukommt⁴⁵. Schlichtes Verwaltungshandeln bedarf grundsätzlich keiner Ermächtigungsgrundlage, es sei denn durch das schlichte Verwaltungshandeln werden Grundrechtseingriffe bewirkt. In Frage kommt ein Eingriff in die Grundrechte der Baumschulbetreiber und /oder Unternehmer im Pflanzenhandel nach Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsausübungsfreiheit) oder nach Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentumsgarantie).

Zu prüfen ist zunächst ein Eingriff in das durch Art. 12 GG gewährte Grundrecht der Berufsfreiheit. Nach der herrschenden Meinung ist unter Beruf „jede auf Dauer angelegte und nicht nur vorübergehende, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Betätigung“⁴⁶ zu verstehen. Das Betreiben einer Baumschule bzw. eines Unternehmens im Pflan-

⁴²siehe dazu: Bundesministerium für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft (2002): Bericht zur Umsetzung der Strategie Forstwirtschaft und Biologische Vielfalt (Quelle: www.verbraucherministerium.de)

⁴³ Siehe Fn. 1

⁴⁴ Unter schlichtem Verwaltungshandeln sind diejenigen Verwaltungsmaßnahmen zu verstehen, die nicht auf einen Rechtserfolg, sondern auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet sind. Siehe *Maurer* (1997), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., § 15 Rn. 1 bis 13

⁴⁵ Das bayerische Merkblatt stellt ausdrücklich klar, dass bislang nicht von der in Art. 18 Abs. 2 Nr.5 Bayerisches Naturschutzgesetz enthaltenen Ermächtigung Gebrauch gemacht wurde, Vorschriften über das Aussäen oder das Anpflanzen standortfremder Gewächse in der freien Natur zu erlassen.

⁴⁶ *Scholz* in: *Mauz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 2 Art 12 Rdn. 18

zenhandel ist unzweifelhaft ein Beruf im Sinne von Art. 12 GG. Das einheitliche Grundrecht des Art. 12 GG schützt sowohl die Freiheit der Berufswahl als auch die freie Berufsausübung. Der sachliche und persönliche⁴⁷ Schutzbereich ist somit eröffnet. In Frage kommt vorliegend ein Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung. Ein Eingriff könnte zum einen in den Merkblättern selbst, zum anderen in der durch die Merkblätter veränderten Vergabepraxis der Behörden liegen. Ziel der Merkblätter ist es, dass bei Anpflanzungen in der freien Natur nach Möglichkeit nur noch gebietsheimisches Material verwendet wird. Die Berufsausübung des Berufsbildes Baumschulbetreiber /Pflanzenzüchter wird in den Merkblättern nicht geregelt. Es liegt kein unmittelbarer, zielgerichteter Eingriff in die Grundrechte von Baumschulbetreibern vor.

Es könnte jedoch ein mittelbarer Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung gegeben sein. Staatliche Informationsakte, deren Ziel nicht in erster Linie eine Regulierung des Berufs ist, können in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eingreifen, wenn sie für die Berufstätigkeit von einigem Gewicht sind, in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stehen und objektiv eine berufsregelnde Tendenz deutlich erkennen lassen⁴⁸. Den Merkblättern kommt durch die Stärkung der Nachfrage nach autochthonem Saatgut eine Lenkungswirkung zu. Unzweifelhaft hat eine strikte Befolgung der Merkblätter Auswirkungen auf die Marktstruktur im Bereich des Pflanzenhandels und zwar in Form einer Verschiebung zu Gunsten regionaler Anbieter. Bei öffentlichen Ausschreibungen von Begrünungsmaßnahmen werden die zuständigen Behörden in ihrer Leistungsbeschreibung gebietseigenes Pflanzmaterial fordern. Kleinen regionalen Baumschulen könnte es leichter fallen sich auf die veränderte Nachfrage einzustellen. Überregionalen Betreibern hingegen könnte es dagegen kaum möglich sein, Saat- und Pflanzgut aller Arten für alle Herkunftsgebiete bereit zu halten⁴⁹. Es könnte auch zu Absatzschwierigkeiten für Altpflanzen kommen, also Pflanzen deren Anzucht schon vor der veränderten Marktlage erfolgte. Zwar kann eine Beeinträchtigung von Art. 12 Abs. 1 GG vorliegen, wenn staatliche Maßnahmen den Wettbewerb beeinflussen und so die

⁴⁷ Das Grundrecht ist nach Art. 19 Absatz 3 GG auch auf juristische Personen anwendbar, soweit sie eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ausüben, die ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise einer juristischen wie einer natürlichen Person offen steht. (ständige Rechtsprechung des BVerfG, siehe BVerfGE 50, 290 (263))

⁴⁸ *Wieland* in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar (1996) Art. 12 Rdn. 81; *Tettinger* in: Sachs, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. (1999), Art 12 Rdn. 72; *Scholz* in Mauz-Dürig (Fn. 46), Art 12 Rdn. 302

⁴⁹ Engelhardt meint hierzu: „Es liegt nicht am Produkt „autochthones Saat- und Pflanzgut“, wenn die bestehenden Produktionsstrukturen die gewünschte Leistung nicht erbringen können, sondern an der mangelnden Flexibilität dieser Produktionsstrukturen.“ umfassend zu den Problemen im Pflanzenhandel: *J. Engelhardt* (2003): Anforderungen an autochthones Saat- und Pflanzgut vor dem Hintergrund des europäischen Marktes, in: BfN-Skripten 96, 75-80

Ausübung des Berufs behindern⁵⁰. Die Begünstigung von Konkurrenten greift aber nur dann in das Grundrecht aus Art. 12 I GG ein, wenn sie von solcher Lenkungsintensität ist, dass sie erdrosselnde Wirkung entfaltet. Eine erdrosselnde Wirkung kann in der vorliegenden Konstellation nicht festgestellt werden. Es ist nicht Ziel der Maßnahme, die regionalen Anbieter zu stärken bzw. überregionale Anbieter zu schwächen, sondern ein bestimmtes Produkt (gebiets-eigenes Saat und Pflanzgut) zu fördern. Dadurch verschlechtern sich durch die Marktprinzipien von Angebot und Nachfrage die Absatzmöglichkeiten für überregionale Baumschulen. Es ist Sache der Unternehmer sich auf die veränderte Marktlage einzustellen⁵¹. Die Berufsausübung wird durch das veränderte Vergaberhalten der Behörden nicht beeinträchtigt.

Auch die Merkblätter selbst stellen keine Beschränkung der Berufsausübung dar. Das Grundrecht schützt nicht vor der Verbreitung von zutreffender, neutraler und sachkundiger Information⁵² soweit die rechtlichen Vorgaben für staatliches Informationshandeln⁵³ eingehalten werden. Voraussetzung dafür ist, dass eine staatliche Aufgabe vorliegt, die Zuständigkeit eingehalten wurde und die Information sachlich und richtig ist. Die von den jeweiligen Landesregierungen erlassenen Merkblätter dienen der Durchsetzung der staatlichen Aufgabe des Artenschutzes, wie sie in § 41 BNatSchG konkretisiert ist. Wie bereits dargestellt, ist darin auch eine Verpflichtung zum Schutz der innerartlichen Vielfalt enthalten. Aus naturschutzfachlicher Sicht ist die Verwendung von autochthonem Pflanzmaterial eine sinnvolle Maßnahme zur Erreichung dieses Ziel. Auch wenn Kenntnisstand über die Bedeutung der Autochthonie noch nicht abschließend geklärt ist, so gibt es doch ausreichende wissenschaftliche Hinweise, die ein solches Handeln- insbesondere unter Berücksichtigung des Vorsorgeprinzips- rechtfertigen⁵⁴. Damit ist die Aussage der Merkblätter inhaltlich richtig.

Auch das Gebot der Sachlichkeit wurde eingehalten. Die Umsetzung der Ziele der Merkblätter soll schrittweise erfolgen. Beide Merkblätter weisen darauf hin, dass zurzeit am Markt noch kein ausreichendes Angebot autochthonen Saatguts besteht. Durch verstärkte Nachfrage soll ein entsprechender Markt etabliert werden. Bis ein ausreichendes Angebot verfügbar ist,

⁵⁰ *Wieland* in: Dreier (Fn. 48) Art. 12 Rdn. 82

⁵¹ Regelmäßig noch kein Eingriff in die Berufsfreiheit ist gegeben, wenn sich infolge staatlicher Maßnahmen der Geschäftsumfang eines Unternehmens verringert oder weitere Erwerbsmöglichkeiten verschlossen werden. *Wieland* in Dreier (Fn.48) Art. 12 Rdn. 82; *Tettinger* in: Sachs (Fn. 48) Art. 12 Rdn. 75; BVerfGE 34, 252ff (256); BVerfGE 105, 252ff (265)

⁵² *Wieland* in: Dreier (Fn. 48) Art. 12 Rdn. 81; BVerfGE 105, 252ff (265 ff)

⁵³ BVerfGE 105, 252ff (268)

⁵⁴ siehe zu Rechtmäßigkeit von staatlichem Informationshandeln bei nicht abschließend geklärter Sachlage: BVerfGE 105, 252ff (272)

muss auf anderes heimisches Saatgut zurückgegriffen werden. Baden-Württemberg empfiehlt bei der Vergabe frühzeitig Anzuchtverträge zu schließen, um die Verfügbarkeit von Pflanzgut aus genau definierten Herkunftsgebieten sicherstellen. In Bayern wird eine Abstufung der Umsetzungsdringlichkeit gemacht: sachlich erforderlich ist danach die Verwendung gebiets-eigener Herkünfte z. B. bei Pflanzungen in naturschutzrechtlich gesicherten Gebieten, sowie bei Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen für Eingriffe in Natur und Landschaft, die außerhalb besiedelter Gebiete liegen. Vorrangig soll autochthones Saatgut verwendet werden bei Fördermaßnahmen im Rahmen des Kulturlandschaftsprogramms und bei Maßnahmen zur Flurerneuerung. Darüber hinaus wird grundsätzlich auch der Einsatz autochthonen Pflanzguts im besiedelten Bereich empfohlen. Der besiedelte Bereich fällt zwar nach herrschender Ansicht nicht unter den Begriff der „freien Natur“ nach § 41 Abs. 2 BNatSchG. Aus naturschutzfachlicher Sicht ist es aber durchaus sinnvoll auch im besiedelten Bereich autochthones Saatgut zu verwenden, da damit ausgeschlossen werden kann, dass sich gebietsfremde Organismen aus dem besiedelten Bereich in die Natur ausbreiten. Zudem besteht nach § 41 Abs. 3 BNatSchG ausdrücklich für die Länder die Kompetenz, Vorschriften zu erlassen, die über die Anforderungen von § 41 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG hinausgehen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass kein indirekter Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung gegeben ist⁵⁵.

Auch eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG ist nicht gegeben. Schon der Schutzbereich ist durch die Aussagen der Merkblätter nicht berührt, denn Art. 14 GG schützt nur den konkreten Bestand an vermögenswerten Gütern, entfaltet aber keine allgemeine Wertgarantie. Es werden nur Rechtspositionen erfasst, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen, nicht aber in der Zukunft liegende Chancen und Gewinnmöglichkeiten⁵⁶. Die Beeinträchtigung der Absatzmöglichkeiten –wie es hier der Fall ist– von bereits gezüchteten Pflanzen, die nicht den Anforderungen von autochthonem Material genügen, bildet kein Schutzgut der verfassungsrechtlichen

⁵⁵ sollte man entgegen der hier vertretenen Auffassung zudem Schluss kommen, dass in den Merkblätter ein indirekter Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung liegt, so müsste dieser Eingriff jedenfalls als gerechtfertigt angesehen werden. Nach der sog. Stufentheorie des BVerfG „kann die Freiheit der Berufsausübung beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen; der Grundrechtsschutz beschränkt sich auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil etwa übermäßig belastender und nicht zumutbarer Auflagen.“(BVerfGE 7, 378f.) Vorliegend sind sowohl vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gegeben (Biodiversitätsschutz), als auch die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit gewahrt.

⁵⁶ BVerfGE 68, 193 (222); 105, 252 (277)

Eigentumsgarantie. Während zwar die rechtliche Befugnis, Sachen zum Verkauf anzubieten, zum erworbenen und über Art 14 GG geschützten Bestand zu rechnen ist, gehört die tatsächliche Absatzmöglichkeit nicht zu dem bereits Erworbenen, sondern zur Erwerbstätigkeit, die allein durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt wird. Auch unter dem Gesichtspunkt des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ergibt sich bezüglich der Einordnung der Absatzmöglichkeiten keine andere Bewertung⁵⁷.

Im Ergebnis bedürfen die Merkblätter mangels Grundrechtsrelevanz keiner Ermächtigunggrundlage und genügen im Übrigen den Anforderungen für staatliches Informationshandeln.

II. Vergaberecht

Die Berücksichtigung der Empfehlungen⁵⁸ der Merkblätter bei der Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber ist auch unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden. In § 9 Ziff.5 VOB/A⁵⁹ heißt es:

„Bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren sowie bestimmte Ursprungsorte und Bezugsquellen dürfen nur dann ausdrücklich vorgeschrieben werden, wenn dies durch die Art der geforderten Leistung gerechtfertigt ist.“

Bei Vorliegen eines sachlichen Grundes ist eine Beschränkung des Leistungsgegenstandes also ausdrücklich erlaubt⁶⁰. Die Beschränkung auf autochthones Saatgut ist sowohl aus naturschutzfachlicher Sicht sinnvoll, wie auch aus rechtlicher Sicht eindeutig geboten, soweit eine Gefahr der Verfälschung der Pflanzenwelt nicht auszuschließen ist. Dies rechtfertigt auch mögliche höhere Kosten im Vergleich zu gebietsfremden Pflanzmaterial⁶¹. Die Merkblätter ermöglichen ebenfalls eine ausreichende Bestimmbarkeit des Leistungsgegenstandes bei der

⁵⁷ BVerfGE 68, 193 (222); 77, 84 (118); 195, 252 (278)

⁵⁸ Bei den Merkblättern handelt es sich nicht um Verwaltungsvorschriften, sondern lediglich um unverbindliche Empfehlungen (siehe oben Abschnitt D. I.)

⁵⁹ Grundsätzlich ist die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber als fiskalisches Handeln dem Zivilrecht zuzuordnen. Die Verdingungsverordnungen (VOB und VOL) sind keine Rechtsnormen mit Außenwirkung, sondern reines Innenrecht. Anders ist dies nur bei Aufträgen oberhalb der sog. Schwellenwerte (bei Bauaufträgen € 5 Mio.) Hier gelten europäische Richtlinien, §§97 ff GWB und die Vergabeordnung, durch die für die VOB in diesen Fällen ausnahmsweise Rechtsnormcharakter fingiert wird.

⁶⁰ Die EU-Kommission wertet eine Bevorzugung von autochthonem Pflanzgut bisher nicht als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot.

⁶¹ Nach Nickel werden die Mehrkosten dadurch aufgefangen, dass es zu weniger Ausfällen bei der Ausbringung naturräumlich angepasster Herkünfte kommt. Es müssen also nur geringere Stückzahlen angepflanzt werden: *Nickel* (Fn. 31) S. 30; anderer Ansicht: *Riedl* (Fn. 5), S. 15, Riedl ist der Ansicht, der meist höhere Preis autochthonen Saat- und Pflanzgutes übertreffe den möglichen Ermessensspielraum der öffentlichen Hand.

Vergabe öffentlicher Aufträge. Sowohl die bayerischen als auch die baden-württembergischen Empfehlungen enthalten Listen von Bäumen und Sträuchern, bei denen besonders auf die Verwendung gebietseigener Herkünfte zu achten ist. Des Weiteren sind Karten und Informationen zu den naturräumlichen Herkunftsgebieten beigelegt. Soweit Arten angepflanzt werden sollen, die dem Forstvermehrungsgutgesetz unterliegen, wird empfohlen, diese auch im Landschaftsbau entsprechend des FoVG zu behandeln.

Im Ergebnis bestehen keine rechtlichen Bedenken gegen die Merkblätter.

E. Probleme bei der praktischen Umsetzung

Im Folgenden soll am Beispiel der Straßenbegleitbegrünung gezeigt werden in welcher Weise die Vorgaben des § 41 Abs. 2 BNatSchG bzw. seine landesrechtlichen Ausgestaltungen in der Planung Berücksichtigung findet. Die überörtliche Straßenplanung findet durch das Planfeststellungsverfahren (§ 72 ff VwVfG i.V.m. § 17 FStrG) statt, dessen Abschluss der Planfeststellungsbeschluss bildet. Der Planfeststellungsbeschluss (§§ 74,75 VwVfG) entfaltet zwar eine formelle Konzentrationswirkung, indem er die Zuständigkeit auf eine Behörde bündelt. Ihm kommt jedoch keine materielle Konzentrationswirkung zu. Das heißt, der Planfeststellungsbeschluss ersetzt nicht alle anderen materiell beachtlichen Rechtsvorschriften. Die Planfeststellungsbehörde hat das materielle Recht im selben Umfang zu beachten wie die Behörden, deren Entscheidungen durch die Planfeststellung ersetzt werden⁶². § 41 Abs. 2 BNatSchG ist also in vollem Umfang zu prüfen und nicht nur in eine allgemeine naturschutzfachliche Abwägung einzubeziehen⁶³.

Die Regelung des § 41 Abs. 2 BNatSchG findet in der Praxis bisher kaum Anwendung⁶⁴. Die Ursachen für die Nichtbeachtung der Vorgaben des § 41 Abs. 2 BNatSchG sind vielfältig. Neben schlichter Unkenntnis der Reichweite der Regelung fehlt es vor allem an konkreten untergesetzlich Umsetzungshilfen in Form von Verordnungen oder Verwaltungsvorschriften auf Länderebene⁶⁵. Die Länder haben insbesondere von den in den jeweiligen Landesgesetzen enthaltenen Ermächtigungen keinen Gebrauch gemacht. Der Grund für die Zurückhaltung der

⁶² F.Kopp/U.Ramsauer, VwVfG- Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl. (2000), § 41 Rdn. 7a, 7b

⁶³ siehe BVerwGE 71, 163 (164)

⁶⁴ Kowarik/Seitz (Fn. 2) S. 16 f.; Reif/Nickel (Fn. 11), S. 1f.

⁶⁵ Die Merkblätter in Bayern und Baden-Württemberg sind zwar ein Ansatz in die richtige Richtung. Mangels rechtlicher Verbindlichkeit können sie aber nicht in gleicher Weise wie eine Verordnung wirken.

Länder ist vor allem in den noch unvollständigen wissenschaftlichen Erkenntnissen bezüglich der Bedeutung autochthoner Herkünfte zu sehen⁶⁶. Fundierte wissenschaftliche Fakten sind jedoch bei der praktischen Umsetzung unerlässlich, da die Behörden im Genehmigungsverfahren zumindest Anhaltspunkte für eine Gefahr der Verfälschung darlegen müssen⁶⁷. Es besteht ein erheblicher Forschungsbedarf hinsichtlich vieler Aspekte:

- es bestehen noch Probleme bei einer praktikablen Möglichkeit zur Identifizierung autochthoner Bestände. Denn streng genommen ist zur Unterscheidung gebietsheimischer und gebietsfremder Herkünfte eine aufwendige und teure genetische Analyse erforderlich. Kostengünstiger, aber natürlich weniger genau ist es, nach Kriterien wie der Unterteilung in Naturräume, dem Alter und der Kontinuität von Nutzungsbeständen auf eine genetisch abgrenzbare Population zu schließen.
- Uneinigkeit besteht auch darüber, wie die verschiedenen Herkunftsgebiete bestimmt werden sollen. Das betrifft zum einen die Größe der Herkunftsgebiete. Strittig ist aber auch, ob für jede Art eine eigene Aufteilung von Herkunftsgebieten bestimmt werden muss. Als praktikablen Mittelweg zur Definition von Herkunftsgebieten schlagen Reif und Nickel⁶⁸ eine Einteilung Deutschlands in Anlehnung an die naturräumliche Gliederung vor.
- Nicht jede gebietsfremde Population stellt eine Gefährdung der gebietsheimischen Arten dar. Im Bereich der Risikobewertung gebietsfremder Populationen fehlt es noch an zuverlässigen und praktikablen Methoden⁶⁹. So könnten bei hohem wirtschaftlichem Nutzen auch Genehmigungen für das Ausbringen gebietsfremder Organismen erteilt werden.

Weiteres praktisches Problem ist die derzeitige unzureichende Verfügbarkeit von autochthonem Saat- und Pflanzgut⁷⁰. Ein ausreichendes Angebot kann nur durch eine gezielte Nachfrage gestärkt werden. Für den Bereich der forstrelevanten Baumarten kann auf das nach den Anforderungen des Forstvermehrungsgutgesetzes erzeugten Materials zurückgegriffen werden. Das System des FoVG kann auch als Modell für die Saatguterzeugung anderer Baum- und Straucharten dienen. Ziel ist es, ein umfassendes Zertifizierungssystem gebietsheimische Saat- und Pflanzgut zu etablieren. Dazu gibt es bereits verschiedene Ansätze. Genannt sei hier die Erzeugergemeinschaft für Autochthone Baumschulerzeugnisse in Bayern (EAB)⁷¹. Bei

⁶⁶ Merkblatt Bayern (Fn. 1): „Da trotz des fortschreitenden Kenntnisstands über die Bedeutung der Autochthonie noch nicht alle Fragen abschließend geklärt sind, wurde von dieser Ermächtigung bisher kein Gebrauch gemacht.“

⁶⁷ Köck (Fn.18), S. 117

⁶⁸ A.Reif/E.Nickel (Fn. 11), S. 305, naturräumliche Gliederung nach E.Meynen/J.Schmithüsen (1953-1962): Handbuch der Naturräumlichen Gliederung Deutschlands. Bd. I und II, 133)

⁶⁹ Ein umfassender Ansatz zur Risikoanalyse wurde von der TU-Berlin im Auftrag des BMVEL erarbeitete: Kowarik/Heink/Starfinger (Fn. 21)

⁷⁰ Kowarik/Seitz (Fn.2), S. 17; umfassend zu den Problemen im Pflanzenhandel: Engelhardt (Fn. 49)

⁷¹ Die EAB (Zusammenschluss 1997) ist eine landwirtschaftliche Erzeugergemeinschaft. Sie ist als Wirtschaftsverein vom bayerischen Landwirtschaftsministerium anerkannt. Die Annerkennung nach dem Deutschen Marktstrukturgesetz ist mit der Maßgabe erfolgt, dass es sich um eine Erzeugung zur Verbesserung der Pflanzenqualität handelt. Die EAB legt in ihrer Sat-

Projekten mit langen Vorlaufzeiten bietet sich der Abschluss von Anzuchtverträgen an. Das sind in der Regel Projekte, die eine kompensierende Begrünung und Bepflanzung erfordern, wie z.B. Straßenbau, Trassenbau, oder Flurerneuerungsverfahren. Solange autochthones Saatgut noch nicht in ausreichendem Maße am Markt erhältlich ist, sollte auf sonstige heimische Pflanzen (im Gegensatz zu Neophyten) zurückgegriffen werden.

F. Zusammenfassung und Ausblick

Der Erhalt der biologischen Vielfalt – wozu auch die innerartliche (genetische) Vielfalt zählt – ist eines der wichtigsten Ziele des Naturschutzes. Die Beschränkung auf autochthones Saat- und Pflanzgut bei Begrünungsmaßnahmen in der freien Natur ist ein geeignetes Mittel um die innerartliche Vielfalt zu erhalten. Obwohl zu den Auswirkungen gebietsfremder Populationen auf die gebietseigene Flora und Fauna noch erheblicher Forschungsbedarf besteht, reichen die Erkenntnisse aus, um aus naturschutzfachlicher Sicht die Verwendung von gebietseigenem Pflanzmaterial für angebracht, wenn nicht sogar für geboten zu halten. In rechtlicher Hinsicht schreibt § 41 Abs. 2 BNatSchG –in Umsetzung der internationalen Verpflichtungen der CBD– eine Genehmigungspflicht für das Ausbringen gebietsfremder Populationen vor. Bisher wurde dieser Verpflichtung in der Praxis wenig Beachtung geschenkt. Ein Grund dafür ist im Fehlen praktikabler Ansätze der Risikoanalyse im Bereich gebietsfremder Arten zu sehen. Solange die Auswirkungen der Verwendung gebietsfremden Saat- und Pflanzgutes noch nicht abschließend geklärt sind, ist der Schutz der innerartlichen Vielfalt durch Anwendung des Vorsorgeprinzips, wie es in der CBD und dem Bundesnaturschutzgesetz Ausdruck findet, zu gewährleisten. Insbesondere die Naturschutzbehörden der Länder haben die Aufgabe durch untergesetzliche Normen die bundes- und landesrechtlichen Verpflichtungen zu konkretisieren. Nur so kann sichergestellt werden, dass der Erhalt der biologischen Vielfalt umfassend bei Begrünungsmaßnahmen berücksichtigt wird.

zung Maßnahmen zur Qualitätssicherung bayerischer Gehölze, vom Saatgut bis zum pflanzbaren Gehölz fest. Die ersten zertifizierten Gehölze sind seit Herbst 2000 im Verkauf. Quelle: Erzeugergemeinschaft Autochthoner Baumschulerzeugnisse in Bayern: „Autochthone Pflanzen für Bayern– Ursprung, Aufzucht, Kontrolle und Verwendung“