

Büro Stuttgart
GENO Haus
Heilbronner Straße 41
D-70191 Stuttgart
Fon (0711) 601 701-0
Fax (0711) 601 701-99

Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde
Dr. Rainard Menke
Dr. Andrea Vetter
Dr. Winfried Porsch
Dr. Tina Bergmann
Dr. Bernd Schieferdecker
Dr. Moritz Lange
Dr. Martin Prothmann
Dr. Matthias Hangst

Funktionsbezug von Ersatzmaßnahmen im Sinne von § 15 Abs. 2 BNatSchG

Büro Bonn
Rheinauen Carré
Mildred-Scheel-Straße 1
D-53175 Bonn
Fon (0228) 323 002-0
Fax (0228) 323 002-99

Prof. Dr. Thomas Mayen
Dr. Frank Hölscher
Dr. Markus Deutsch
Dr. Barbara Stamm
Dr. Christian Stelter
Dr. Julia Gerhardus
Dr. Nils Ipsen, LL.M.

Rechtliche Stellungnahme

erarbeitet im Auftrag der Senatsverwaltung für
Stadtentwicklung und Umwelt – Abteilung Stadt- und
Freiraumplanung des Landes Berlin

von Rechtsanwälten Dolde Mayen & Partner
hier: Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde, Stuttgart

Stuttgart, den 24. Oktober 2016

Inhaltsverzeichnis:

I.	Leitfaden Berlin	4
II.	Beschluss des Verwaltungsgerichts Berlin vom 24.09.2015	7
	1. Gegenstand der Entscheidung.....	7
	2. Auffassung des VG Berlin	7
III.	Gutachtensauftrag	10
IV.	Eingriffe in Natur und Landschaft	10
	1. Legaldefinition in § 14 Abs. 1 BNatSchG	10
	2. Naturhaushalt.....	10
	3. Landschaftsbild	10
	4. Erholung.....	11
V.	Kompensationsverpflichtung	12
	1. Ausgleichsmaßnahmen	12
	2. Ersatzmaßnahmen	14
	3. Bedeutung der Abgrenzung Ausgleich-Ersatz.....	15
	4. Rechtsfolgen einer fehlerhaften Kompensationsentscheidung	16
VI.	Anforderungen an den Funktionsbezug von Ersatzmaßnahmen	17
	1. Gesetzestext	17
	a) Naturhaushalt	17
	b) Landschaftsbild.....	18
	2. Kompensationsverordnungen	19
	a) Bayerische Kompensationsverordnung	19
	b) Kompensationsverordnung des Landes Hessen	21
	c) Entwurf der Bundeskompensationsverordnung	22
	3. Leitfäden des Bundes.....	24
	a) LANA	24
	b) RLBP	25
	c) F+E-Vorhaben „Methodik der Eingriffsregelung im bundesweiten Vergleich“	25
	4. Rechtsprechung	27
	a) Bundesverwaltungsgericht.....	27
	b) OVG Bremen	34
	c) OVG Lüneburg.....	35
	d) OVG Hamburg	35
	e) OVG Saarlouis.....	36
	f) VGH Mannheim	37
	g) VG Berlin	39
	5. Literatur	39
	6. Übertragbarkeit der früheren Rechtsprechung auf das BNatSchG 2010	42

VII. Konsequenzen und Empfehlungen	44
1. Trennung Naturhaushalt und Landschaftsbild.....	44
2. Auf den Naturhaushalt bezogene Ersatzmaßnahmen.....	45
a) Grundsatz	45
b) Ziel der Ersatzmaßnahmen.....	45
c) Mögliche Maßnahmen	46
d) Kriterien für die Eignung von Ersatzmaßnahmen	49
3. Ersatzmaßnahmen für Landschaftsbild/Erholung.....	51

I. Leitfaden Berlin

Zur Qualifizierung der Bewertung und Bilanzierung von Eingriffen in Natur und Landschaft im Land Berlin dient der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt der zuletzt im Jahre 2012 fortgeschriebene und im Mai 2013 aktualisierte Leitfaden „Verfahren zur Bewertung und Bilanzierung von Eingriffen im Land Berlin“. Er stellt unter Nr. 2 (S. 9 ff.) die Rechtsgrundlagen der Eingriffsregelung dar, in Nr. 3 (S. 15 ff.) das „Ausführliche Verfahren“ für eine sachgerechte Anwendung der Eingriffsregelung, in Nr. 4 (S. 84 ff.) das Verfahren zur Ermittlung von Kostenäquivalenten.

Mit dem „Ausführlichen Verfahren“ werden die wesentlichen Arbeits- und Entscheidungsschritte der Eingriffsregelung qualifiziert. Mit Anwendung dieses Verfahrens können (Nr. 3.1, S. 15)

- die mit einem Eingriff in Natur und Landschaft verbundenen, erheblichen Beeinträchtigungen der Leistungsfähigkeit des Naturhaushaltes und des Landschaftsbildes bewertet,
- Möglichkeiten der Vermeidung ermittelt,
- Möglichkeiten der Kompensation von erheblichen Beeinträchtigungen durch Ausgleichs- und/oder Ersatzmaßnahmen bewertet,
- in einer Bilanz festgestellt werden, ob die möglichen Beeinträchtigungen durch die Ausgleichs- und/oder Ersatzmaßnahmen ausgeglichen sind und
- ggf. notwendige Ersatzzahlungen berechnet werden.

Der Leitfaden benennt 19 Wertträger, mit denen die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts sowie das Landschaftsbild und die Erholungsfunktion abgebildet werden. Durch diese Wertträger wird festgelegt, welche Bewertungskriterien regelmäßig als Grundlage für die Ermittlung des Eingriffs- und Ausgleichsumfangs heranzuziehen sind. Innerhalb des Bewertungsverfahrens besteht in der konkreten Bewertung und Bilanzierung ein planerischer Ermessensspielraum, der sich

- in der Wahl der zugrunde zu legenden Wertträger,

- der konkreten Einstufung von Flächen in die ordinalen Wertstufen sowie
- in der Überprüfung der Angemessenheit des Biotopwertes widerspiegelt.

Die 19 Wertträger werden unter Nr. 3.5 (S. 21 ff.) beschrieben. Sie beruhen weitgehend auf aggregierten Indikatoren. Die Kriterien sind weitgehend unabhängig voneinander, um ein und denselben Sachverhalt nicht mehrfach zu bewerten. Dies schließt nicht aus, dass durch einen Wirkfaktor (z.B. Bodenversiegelung) mehrere Kriterien zugleich beeinflusst werden. Es werden daher immer grundsätzlich verschiedene Beeinträchtigungen des Naturhaushalts und des Landschaftsbildes bewertet. Folgende Wertträger werden benannt:

Abiotische Komponenten des Naturhaushalts

Schutzgut Boden:

- Natürliche Funktionen des Bodens und Archivfunktionen für die Naturgeschichte

Schutzgut Wasser:

- Abflussbildung und Wasserhaushalt
- Gewässerstrukturgüte
- Gewässerbelastung durch anthropogen induzierten Oberflächenabfluss

Schutzgut Klima:

- Vorhandensein von Kaltluftleitbahnen und Kaltluftabflüssen für den Luftaustausch
- Stadtklimatische Funktion

Biotische Komponenten des Naturhaushalts

- Hemerobie
- Vorkommen gefährdeter Arten (Pflanzen und Tiere)
- Seltenheit bzw. Gefährdung des Biototyps

- Vielfalt an Tieren und Pflanzen
- Dauer der Wiederherstellung der Lebensgemeinschaft des Biotoptyps
- Risiko/Ungewissheit der Wiederherstellbarkeit der abiotischen Standortbedingungen

Schutzgut Landschaftsbild/Erholung

- Erkennbarkeit des Stadt- und/oder Naturraumes
- Anteil landschaftstypischer und/oder gestalterisch wertvoller Elemente sowie Nutzungs- und Strukturvielfalt
- Visuelle Ungestörtheit
- Freiflächenversorgung
- Innere und äußere Erschließungs-/Verbindungsfunktion
- Freiheit von akustischen und/oder geruchlichen Beeinträchtigungen.

Nach dem Arbeitsschritt „Ermittlung des Wertverlustes durch unvermeidbare Beeinträchtigungen“ folgt der Arbeitsschritt „Planung und Bilanzierung von Ausgleich und/oder Ersatz“, nämlich Bilanzierung des Wertverlustes mit der durch Ausgleich und/oder Ersatz erzielten Aufwertung auf Basis der Wertträger (S. 8, 59). Der Summe der Wertpunkte nach Durchführung des Eingriffs (mit Vermeidungs- und Minderungsmaßnahmen, aber ohne Ausgleichs- und/oder Ersatzmaßnahmen) sind die Wertpunkte für Ausgleichs- und/oder Ersatzmaßnahmen gegenüberzustellen, daraus ergibt sich die Wertdifferenz nach Durchführung der Ausgleichs- und/oder Ersatzmaßnahmen. S. 59 nennt als letzten Arbeitsschritt:

„Verrechnen der Wertdifferenzen für die abiotischen und biotischen Komponenten des Naturhaushaltes sowie Landschaftsbild und Erholung (bei Wertdifferenz Null oder positivem Wert ist der Eingriff ausgeglichen).“

II. Beschluss des Verwaltungsgerichts Berlin vom 24.09.2015

1. Gegenstand der Entscheidung

Gegenstand des Beschlusses des VG Berlin vom 24.09.2015 (24 L 63.15 – juris) war die Durchführung von Baumfällarbeiten und von Arbeiten zur Vegetationsbeseitigung im Bereich des Grünzuges Wannseebahngraben. Für diesen Eingriff in Natur und Landschaft im Sinne von § 14 Abs. 1 BNatSchG war auf der Grundlage des im Leitfaden Berlin beschriebenen „Ausführlichen Verfahrens“ ein Eingriffsgutachten erstellt worden. Es kam zu dem Ergebnis, dass die negative Gesamtdifferenz bei den abiotischen und bei den biotischen Komponenten überkompensiert ist durch die positive Eingriffsbilanz bezüglich Landschaftsbild/Erholung, die Gesamtbilanz ergab einen Kompensationsüberschuss.

2. Auffassung des VG Berlin

Das VG Berlin hielt die Eingriffsbilanzierung für fehlerhaft, der Eingriff sei nicht kompensiert. Die Behörde und der Gutachter hätten verkannt, dass zur vollständigen Kompensation geeignete Ersatzmaßnahmen funktionell gleichwertig sein müssen. Zwar biete der Wortlaut des § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG, wonach für eine Ersatzmaßnahme eine gleichwertige Wiederherstellung ausreichend ist, gewisse Spielräume für eine gesamtbilanzierende Betrachtungsweise. Diese lasse das Bundesverwaltungsgericht im Hinblick auf den räumlichen Bezug der Ersatzmaßnahmen auch ausdrücklich zu. Der Wortlaut von § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG, wonach Ziel der Ersatzmaßnahme eine gleichwertige Wiederherstellung gerade der konkret „beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts“ ist, lege nahe, dass sich die Frage der Ersetzbarkeit auch und gerade auf die jeweilige Funktion des Naturhaushalts bezieht, die durch den Eingriff negativ betroffen ist.

Wenn ein gleichartiger Ausgleich nicht möglich ist, müsse grundsätzlich versucht werden, den durch die Beeinträchtigungen betroffenen Funktionen durch einen gleichwertigen Ersatz möglichst nahe zu kommen. Die Maß-

nahmen seien nicht beliebig wählbar. Sie müssten die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts so ähnlich wie möglich und insgesamt gleichwertig wiederherstellen. Die Ersatzmaßnahmen seien der Ausgleichsmaßnahme bei funktionsbezogener Betrachtungsweise dann möglichst ähnlich, wenn sie ihrer Art nach geeignet sind, eine anderweitige Kompensation der Eingriffsfolgen herbeizuführen. Wie bei Ausgleichsmaßnahmen bestehe auch bei Ersatzmaßnahmen eine funktionale Beziehung zum Eingriff. Die Kompensation könne zwar darauf hinauslaufen, dass die Ersatzmaßnahmen die Gesamtbilanz des Naturhaushalts aufbessern. Erhebliche Beeinträchtigungen an Arten und Habitattypen müssten allerdings in gleichwertiger Weise funktionsbezogen kompensiert werden.

Das im Land Berlin angewandte „Ausführliche Verfahren“ zur Bewertung und Bilanzierung von Eingriffen begegne keinen grundsätzlichen Bedenken. Eine Gesamtbilanzierung der Betrachtung, wie sie im Land Berlin zur Bewertung und Bilanzierung von Eingriffen vorgenommen wird, dürfe zwar bei „Ersetzungsmaßnahmen“ lockerer als Ausgleichsmaßnahmen verschiedene Kompensationsmaßnahmen wählen und mit Eingriffen bilanzieren, solange eine funktionelle Gleichwertigkeit gegeben ist. Das Bundesnaturschutzgesetz nenne in „§ 1 Abs. 1 die dauerhafte Sicherung der biologischen Vielfalt, die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts einschließlich der Regenerationsfähigkeit und nachhaltige Nutzungsfähigkeit der Naturgüter sowie der Vielfalt, Eigenart und Schönheit sowie der Erholungswert von Natur und Landschaft als gleichberechtigte Funktionen des Naturschutzes und der Landschaftspflege“ (a.a.O., Rn. 18). Daher sei es grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn im Rahmen des „Ausführlichen Verfahrens“ die Abiotischen Komponenten und die Biotischen Komponenten des Naturhaushalts sowie das Landschaftsbild und die Erholung vor und nach dem Eingriff bewertet und Wertdifferenzen in den jeweiligen Komponenten verrechnet werden. Eine Verrechnung von Wertdifferenzen zwischen abiotischen/biotischen Komponenten mit den Wertdifferenzen des Landschaftsbilds und der Erholung sei jedoch nur möglich, wenn dabei eine funktionelle Gleichwertigkeit gewährleistet bleibt. Die Ersatzmaßnahmen müssten im Vergleich zu dem geplanten Eingriff noch in einem solchen

funktionellen Zusammenhang stehen, dass die betroffenen Funktionen des konkreten Naturhaushalts am Ort des Eingriffs in gleichwertiger Weise ersetzt werden. Dies bedeute, dass die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts soweit wie möglich erhalten bleiben muss. Die „Ersetzungsmaßnahmen“ dürften „nicht beliebig andere naturschutzrechtliche und landschaftspflegerische Funktionen erfüllen“ (a.a.O. Rn. 19). Hierfür streite der Wortlaut des § 15 Abs. 2 BNatSchG, weil es auf die konkret beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts ankomme. Dass das Landschaftsbild davon gesondert zu betrachten ist, ergebe sich ebenfalls aus dem Gesetzeswortlaut. Werde sowohl in die Natur als auch in die Landschaft eingegriffen, müssten beide Facetten durch Ersatzmaßnahmen kompensiert werden. Eingriffe in den Naturhaushalt könnten deshalb nicht ohne Weiteres durch Verbesserung des Landschaftsbildes und der Erholung kompensiert werden. Auch die Systematik des § 15 BNatSchG streite dafür, dass in dem abgestuften System (Vermeidbarkeit, Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen, Abwägung) Ersatzmaßnahmen nicht schon in einer funktionsübergreifenden Gesamtbilanzierung aller Belange von Natur und Landschaft miteinander verrechenbar sind. Eine solche funktionsübergreifende Bilanzierung erfolge vielmehr erst im Rahmen einer Abwägung aller Anforderungen an Natur und Landschaft mit anderen Belangen nach § 15 Abs. 5 BNatSchG unter Beteiligung der anerkannten Naturschutzverbände. Würde diese Abwägung im Rahmen einer funktionsübergreifenden Bilanzierung vorweggenommen, würde das Beteiligungsrecht der Naturschutzverbände unterlaufen.

Nach dem Eingriffsgutachten verbleibe in den Bereichen „Biotische Komponenten des Naturhaushalts“ und „Abiotische Komponenten des Naturhaushalts“ nach Durchführung aller Kompensationsmaßnahmen ein erhebliches Defizit. Diese beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts würden durch die erheblichen Verbesserungen im Bereich „Landschaftsbild/Erholung“ nicht gleichwertig ersetzt. Es liege auf der Hand, dass sich die Funktionen der vorhandenen Biotope/Einzelbäume erheblich von den Funktionen des Landschaftsbildes und der Erholung unterscheiden.

III. Gutachtensauftrag

Unter Berücksichtigung des Beschlusses des VG Berlin ist zu prüfen,

welche Anforderungen § 15 Abs. 2 BNatSchG an den Funktionsbezug von Ersatzmaßnahmen stellt und ob, ggf. inwieweit, insofern das „Ausführliche Verfahren“ des Berliner Leitfadens der Überarbeitung bedarf.

IV. Eingriffe in Natur und Landschaft

1. Legaldefinition in § 14 Abs. 1 BNatSchG

Eingriffe in Natur und Landschaft im Sinne des BNatSchG sind nach der Legaldefinition des § 14 Abs. 1 BNatSchG

„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“.

Diese Legaldefinition nennt die beiden verschiedenen Schutzgüter der Eingriffsregelung: Den Naturhaushalt und das Landschaftsbild. Die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts ist nicht auf das Landschaftsbild bezogen (Guckelberger, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 14 Rn. 47).

2. Naturhaushalt

Der Naturhaushalt ist in § 7 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG definiert (dazu Berchter, Die Eingriffsregelung im Naturschutzrecht, 2007, S. 49 f.) als

„die Naturgüter Boden, Wasser, Luft, Klima, Tiere und Pflanzen sowie das Wirkungsgefüge zwischen ihnen“.

3. Landschaftsbild

Für das Landschaftsbild enthält das Bundesnaturschutzgesetz keine Legaldefinition.

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG sind Natur und Landschaft so zu schützen, dass „die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts einschließlich der Regenerationsfähigkeit und nachhaltige Nutzungsfähigkeit der Naturgüter“ auf Dauer gesichert sind. Zur dauerhaften Sicherung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts sind insbesondere die in § 1 Abs. 3 BNatSchG genannten Maßnahmen geboten. Das Landschaftsbild ist jeweils nicht genannt, es ist deshalb nach der Systematik des BNatSchG nicht Teil des Naturhaushalts und somit auch nicht Teil der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts im Sinne des § 14 Abs. 1 BNatSchG.

Nach der Zielbestimmung des § 1 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG sind Natur und Landschaft so zu schützen, dass „die Vielfalt, Eigenart und Schönheit sowie der Erholungswert von Natur und Landschaft“ auf Dauer gesichert sind. Dazu sind insbesondere die in § 1 Abs. 4 BNatSchG genannten Ziele zu verfolgen. Zur Bestimmung des Landschaftsbildes im Sinne des § 14 Abs. 1 BNatSchG werden die in § 1 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG genannten Eigenschaften Vielfalt, Eigenart und Schönheit herangezogen. Die Rechtsprechung definiert das Landschaftsbild primär als Gegenstand der visuellen Wahrnehmung (Fischer-Hüftle/Czybulka, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, 2. Aufl. 2011, § 14 Rn. 20 ff.; Guckelberger, a.a.O., § 14 Rn. 47 ff.; Gassner/Heugel, Das neue Naturschutzrecht, 2010, Rn. 272 m.w.N.).

4. Erholung

Die Erholung ist nicht als eigenes Schutzgut in § 14 Abs. 1 BNatSchG genannt. Sie wird in § 7 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG definiert als natur- und landschaftsverträglich ausgestaltetes Natur- und Freizeiterleben einschließlich natur- und landschaftsverträglicher sportliche Betätigung in der freien Landschaft, soweit dadurch die sonstigen Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege nicht beeinträchtigt werden. Der Erholungswert von Natur und Landschaft gehört zu den Schutzziele des § 1 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG. § 1 Abs. 4 Nr. 2 BNatSchG bestimmt ergänzend, dass insbesondere zum

Zweck der Erholung in der freien Landschaft nach ihrer Beschaffenheit und Lage geeignete Flächen vor allem im besiedelten und siedlungsnahen Bereich zu schützen und zugänglich zu machen sind. Diese Bestimmungen machen deutlich, dass die Erholung zu den Zielen des Naturschutzes gehört. Nur das natur- und landschaftsverträglich ausgestaltete Natur- und Freizeiterleben, das „die sonstigen Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege“ nicht beeinträchtigt, ist Erholung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG. Die amtliche Begründung geht davon aus, dass Aktivitäten in der freien Landschaft nur dann natur- und landschaftsverträglich sind, „wenn sie keine Beeinträchtigung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts und des Landschaftsbildes hervorrufen und wenn sie der Verwirklichung der Ziele und Grundsätze nicht zuwiderlaufen“ (BT-Drs. 14/6378, S. 730; Kraft/Heugel, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, 2011, § 7 Rn. 8). Die natur- und landschaftsverträgliche Erholung, die die sonstigen Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege nicht beeinträchtigt, ist im Rahmen der Eingriffsdefinition des § 14 Abs. 1 BNatSchG dem Landschaftsbild zuzuordnen (BVerwG, NVwZ 2016, 844 Rn. 153; VG Berlin, a.a.O., Rn. 18; Gassner/Heugel, a.a.O., Rn. 274, 96, 338; Abschlussbericht F+E-Vorhaben „Methodik der Eingriffsregelung im bundesweiten Vergleich“, April 2016, S. 94 f.).

V. Kompensationsverpflichtung

Der Verursacher eines Eingriffs hat gemäß § 15 Abs. 2 BNatSchG unvermeidbare Beeinträchtigungen durch Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege auszugleichen (Ausgleichsmaßnahmen) oder zu ersetzen (Ersatzmaßnahmen).

1. Ausgleichsmaßnahmen

Ausgeglichen ist eine Beeinträchtigung gemäß § 15 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG,

„wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts in gleichartiger Weise wiederhergestellt sind und das

Landschaftsbild landschaftsgerecht wiederhergestellt oder neu gestaltet ist.“

§ 15 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG knüpft an die ständige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Ausgleich im Sinne der Eingriffsregelung an. Der Ausgleich enthält danach ein räumliches und ein qualitatives Element. Ausgleich ist nicht mit Naturalrestitution gleichzusetzen. Der Verursacher soll vielmehr Maßnahmen treffen, die die Beeinträchtigungen „wieder gut machen“, er soll die durch den Eingriff gestörten Funktionen des Naturhaushalts und des Landschaftsbilds wiederherstellen. Ausgleichsmaßnahmen müssen so beschaffen sein, dass in dem betroffenen Landschaftsraum ein Zustand herbeigeführt wird, der den früheren Zustand in der gleichen Art und mit der gleichen Wirkung fortführt. Dies schränkt den räumlichen Bereich ein, in dem Ausgleichsmaßnahmen in Betracht kommen. Die Ausgleichsmaßnahmen müssen sich dort, wo die mit dem Vorhaben verbundenen Beeinträchtigungen auftreten, ausgleichend auswirken. Zwischen ihnen und dem Eingriffsort muss ein funktionaler Zusammenhang bestehen (BVerwGE 112, 140, 163; 85, 348; NVwZ 1997, 486; BVerwGE 125, 116 Rn. 532, zuletzt zu § 30 Abs. 3 BNatSchG BVerwG, B. v. 21.01.2016 – 4 BN 36/15 – juris Rn. 11; zusammenfassend Lütkes, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG 2011, § 15 Rn. 17 f.; Guckelberger, in: Frenz/Müggenborg, a.a.O., § 15 Rn. 41 ff.; Fischer-Hüftle/Schumacher, a.a.O., § 15 Rn. 36 ff.; Koch, in: Schlacke, GK-BNatSchG 2012, § 15 Rn. 8 ff.; Meßerschmidt, Bundesnaturschutzrecht, Stand Mai 2016, § 15 Rn. 59 ff.; Berchter, a.a.O., S. 95 ff.; Gassner/Heugel, a.a.O., Rn. 324 ff.; Louis, NuR 2004, 714, 715 je mit umfangreichen Nachweisen).

Der Ausgleich eines Eingriffs in das Landschaftsbild erfordert, dass „das Landschaftsbild landschaftsgerecht wiederhergestellt oder neu gestaltet ist“. Bei der landschaftsgerechten Neugestaltung wird das alte Landschaftsbild nicht wiederhergestellt, die beeinträchtigte Landschaft wird jedoch so neu gestaltet, dass der unvoreingenommene Beobachter sie nach der Neugestaltung nicht als Fremdkörper in der jeweiligen Landschaft erkennen

kann. Ein Rangverhältnis zwischen der landschaftsgerechten Wiederherstellung und der Neugestaltung besteht nicht. Beide Maßnahmen sind gleichermaßen für den Ausgleich geeignet (Lütkes, a.a.O., § 15 Rn. 19; Guckelberger, a.a.O., § 15 Rn. 48 m.w.N.).

2. Ersatzmaßnahmen

Nach der Legaldefinition in § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG ist eine Beeinträchtigung ersetzt,

„wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts in dem betroffenen Naturraum in gleichwertiger Weise hergestellt sind und das Landschaftsbild landschaftsgerecht neu gestaltet ist.“

Im Hinblick auf die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts ergeben sich zwei wesentliche Unterschiede zu den Ausgleichsmaßnahmen:

Der räumliche Zusammenhang zwischen dem Ort des Eingriffs und der Wirkung der Ersatzmaßnahme wird gelockert. Die Wirkung der Ersatzmaßnahme muss nicht in der Nähe des Eingriffsorts eintreten, sondern im betroffenen Naturraum. Der Gesetzgeber hat sich dabei an der Gliederung des Gebiets der Bundesrepublik Deutschland in 69 naturräumliche Haupteinheiten orientiert, die durchschnittliche Größe des Naturraums entspricht der Größe von drei bis vier Landkreisen (Guckelberger, a.a.O., § 15 Rn. 52; Gassner/Heugel, a.a.O., Rn. 334). § 17 Abs. 1 Satz 2 des Berliner Naturschutzgesetzes lockert diesen räumlichen Zusammenhang noch weiter, wenn er bestimmt, dass Ersatzmaßnahmen abweichend von § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG auch außerhalb des durch den Eingriff betroffenen Naturraums erfolgen können.

Der zweite wesentliche Unterschied zu Ausgleichsmaßnahmen besteht darin, dass die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts nicht „in gleichartiger Weise“ wiederhergestellt werden müssen, es reicht für die Er-

satzmaßnahme aus, dass sie „in gleichwertiger Weise hergestellt sind“. Unter welchen Voraussetzungen eine Maßnahme die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts in gleichwertiger Weise herstellt, d.h. in welchem Umfang ein Bezug der Ersatzmaßnahme zur beeinträchtigten Funktion erforderlich ist, wird unter VI. untersucht.

3. Bedeutung der Abgrenzung Ausgleich-Ersatz

§ 15 BNatSchG enthält – anders als die frühere Regelung des BNatSchG – keinen Vorrang der Ausgleichsmaßnahmen von den Ersatzmaßnahmen. Sie stehen gleichrangig nebeneinander und werden mit dem in § 15 Abs. 7 BNatSchG verwendeten Oberbegriff der „Kompensation“ erfasst (so auch § 2 BayKompV, § 1 Abs. 1 der hessischen Kompensationsverordnung). Die Gleichrangigkeit ergibt sich aus § 15 Abs. 2 BNatSchG, nach dem der Verursacher verpflichtet ist, Beeinträchtigungen auszugleichen oder zu ersetzen und aus § 15 Abs. 5 BNatSchG, nach dem ein Eingriff nicht zugelassen werden darf, der weder durch Ausgleich noch durch Ersatz kompensiert werden kann und wenn die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege bei der Abwägung aller Anforderungen an Natur und Landschaft anderen Belangen im Range vorgehen. Auch § 13 Satz 2 BNatSchG enthält keine Rangfolge, nicht vermeidbare erhebliche Beeinträchtigungen sind danach „durch Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen, oder, soweit dies nicht möglich ist, durch ein Entgelt zu kompensieren“. Ausgleich und Ersatz sind danach gleichrangig (BVerwG, B. 19.09.2014 – 7 B 6/14 – NuR 2015, 38 = NVwZ-RR 2015, 15 = juris m.w.N.; U. 06.11.2012- 9 A 17.11 – BVerwGE 145, 40). Die Kompensation durch Ausgleich und Ersatz ist vorrangig gegenüber dem Ersatz in Geld.

Die zuständige Behörde hat im Einzelfall darüber zu entscheiden, ob Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen sachgerecht sind. Die im Einzelfall oft schwierige und früher sehr kontrovers erörterte Abgrenzung zwischen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen hat für die Eingriffsregelung ihre rechtliche Bedeutung verloren. Entscheidend ist, ob der Eingriff kompensiert, d.h. ausgeglichen oder ersetzt ist (§ 15 Abs. 5 BNatSchG). Ob dem Verursacher ein

Wahlrecht zwischen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen zusteht, ist für die Frage, welche Anforderungen an den Funktionsbezug einer Ersatzmaßnahme zu stellen sind, ohne Bedeutung und kann deshalb hier offenbleiben (zum Verhältnis zwischen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen ausführlich Guckelberger, a.a.O., § 15 BNatSchG, Rn. 54 ff.; Lütkes, a.a.O., § 15 Rn. 29; Gellermann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand 01.02.2016, § 15 BNatSchG Rn. 20; Fischer-Hüftle/Schumacher, a.a.O., § 15 Rn. 59 ff.).

4. Rechtsfolgen einer fehlerhaften Kompensationsentscheidung

Gemäß § 15 Abs. 5 BNatSchG darf ein Eingriff nicht zugelassen oder durchgeführt werden, wenn die Beeinträchtigungen nicht zu vermeiden oder nicht in angemessener Frist auszugleichen oder zu ersetzen sind und die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege bei der Abwägung aller Anforderungen an Natur und Landschaft anderen Belangen im Rang vorgehen. Wird ein Eingriff nicht vollständig kompensiert, hat die Behörde abzuwägen, ob die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege bei der Abwägung aller Anforderungen an Natur und Landschaft anderen Belangen im Rang vorgehen. Ist dies der Fall, darf sie den Eingriff nicht zulassen. Gehen andere Belange im Rahmen der Abwägung vor, kann der Eingriff aufgrund einer fehlerfreien Abwägung trotz unvollständiger Kompensation zugelassen werden. In diesem Fall ist nach § 15 Abs. 6 BNatSchG ein Ersatzgeld festzusetzen.

Bejaht die Behörde zu Unrecht die Kompensation durch Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen, lässt sie den Eingriff ohne die nach § 15 Abs. 5 BNatSchG erforderliche Abwägung und ohne die nach § 15 Abs. 6 BNatSchG notwendige Festsetzung einer Ersatzzahlung zu. Ihre Entscheidung verstößt gegen § 15 Abs. 5, 6 BNatSchG und ist aus diesem Grund materiell rechtswidrig.

Außerdem wird dadurch das Mitwirkungsrecht einer nach § 3 des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes anerkannten Naturschutzvereinigung gemäß § 63 Abs. 2 Nr. 8 BNatSchG i.V.m. § 45 Abs. 1 Nr. 5 Berliner Naturschutzgesetz verletzt.

VI. Anforderungen an den Funktionsbezug von Ersatzmaßnahmen

1. Gesetzestext

a) Naturhaushalt

Ersetzt ist eine Beeinträchtigung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts nach § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG, „wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts...in gleichwertiger Weise hergestellt sind“.

Nach der eindeutigen Formulierung des Gesetzes knüpft die Definition der Ersatzmaßnahme ebenso wie die Definition der Ausgleichsmaßnahmen in § 15 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG an „die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts“ an. Diese Funktionen müssen in gleichwertiger Weise hergestellt werden. Der Unterschied zur Ausgleichsmaßnahme liegt darin, dass diese die beeinträchtigten Funktionen „in gleichartiger Weise“ wiederherstellen muss, während die Ersatzmaßnahme die beeinträchtigten Funktionen in „gleichwertiger Weise“ wiederherstellen muss. Der Unterschied liegt nur in der Art der Wiederherstellung, nicht jedoch in der Anknüpfung an die beeinträchtigten Funktionen. Auch die Ersatzmaßnahme muss deshalb an den beeinträchtigten Funktionen ansetzen. Es trifft deshalb zu, wenn das VG Berlin im Beschluss vom 24.09.2015 (24 L 63.15 – juris Rn. 16) feststellt, die Ersatzmaßnahmen seien „nicht beliebig wählbar“. Der Gesetzeswortlaut fordert zwingend, dass die Ersatzmaßnahmen den durch den Eingriff beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts dienen. Diese müssen „in gleichwertiger Weise hergestellt“ werden. Wann die Funktionen in gleichwertiger Weise hergestellt sind, sagt das Gesetz nicht. Die Verknüpfung mit der beeinträchtigten Funktion und deren Wiederherstellung ist im Gesetz jedoch zwingend vorgegeben und ist deshalb Voraussetzung für die Anerkennung einer Maßnahme als Ersatzmaßnahme im Sinne von § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG.

Die notwendige Verknüpfung mit den beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts fehlt für Maßnahmen, die nur Auswirkungen auf das Landschaftsbild und die Erholung haben, nicht jedoch auf die Leistungsfähigkeit und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts. Solche Maßnahmen sind keine Ersatzmaßnahmen i.S.v. § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG für Eingriffe, die die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts erheblich beeinträchtigen können. Insoweit ist dem Beschluss des VG Berlin (s.o. II. 2.) zuzustimmen, der eine Verrechnung der Wertdifferenzen zwischen abiotischen/biotischen Komponenten einerseits mit den Wertdifferenzen für Landschaftsbild und Erholung andererseits ablehnt.

Dies schließt die Berücksichtigung multifunktionaler Maßnahmen als Ersatzmaßnahmen nicht aus, wenn sie sowohl das Landschaftsbild neu gestalten als auch die Beeinträchtigung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts kompensieren (so ausdrücklich BVerwG, U. 24.03.2011 – 7 A 3/10 – NVwZ 2011, 1124; VGH München, U. 20.11.2012 – 22 A 10.40041 – NuR 2013, 357 = juris Rn. 49).

b) Landschaftsbild

Im Hinblick auf das Landschaftsbild ist eine Beeinträchtigung nach § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG ersetzt, wenn „das Landschaftsbild landschaftsgerecht neu gestaltet ist“. Die Formulierung ist identisch mit der zweiten Alternative des Ausgleichs für Eingriffe in das Landschaftsbild in § 15 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG. Das Gesetz stellt klar, dass ein Eingriff in das Landschaftsbild nur durch eine landschaftsgerechte Neugestaltung des Landschaftsbilds ersetzt werden kann, nicht durch Maßnahmen zur Verbesserung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts (Meßerschmidt, a.a.O., § 15 Rn. 80). Dies schließt die Berücksichtigung multifunktionaler Maßnahmen nicht aus, wenn diese sowohl der landschaftsgerechten Neugestaltung des Landschaftsbildes als auch der durch den Eingriff beeinträchtigten Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts dienen.

2. Kompensationsverordnungen

a) Bayerische Kompensationsverordnung

Die bayerische Kompensationsverordnung (BayKompV) vom 07.08.2013 bestimmt in § 2 die Grundsätze der Kompensation, die sowohl für Ausgleichs- als auch für Ersatzmaßnahmen gelten.

Der Bedarf an Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen (Kompensationsbedarf) ergibt sich nach § 7 BayKompV unter Berücksichtigung der zu treffenden Vermeidungsmaßnahmen aus einem wertenden Vergleich der Natur und Landschaft vor und nach dem Eingriff. Aus dieser Bestimmung ergeben sich keine Anhaltspunkte für einen notwendigen Funktionsbezug von Ersatzmaßnahmen.

§ 8 BayKompV regelt in Abs. 1 die Ermittlung des Kompensationsumfangs. Nach Abs. 3 Satz 1 sind entsprechend dem ermittelten Kompensationsumfang „gemäß § 15 Abs. 2 Sätze 2 und 3 BNatSchG geeignete Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen festzulegen“. Satz 2 lautet:

„Ist bei Ersatzmaßnahmen eine funktionale Kompensation nicht möglich, können die erheblichen Beeinträchtigungen durch gleichwertige andere Funktionen möglichst mit Wechselwirkungen zu den beeinträchtigten Funktionen ersetzt werden.“

Nach § 8 Abs. 3 Satz 4 sind geeignete Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen insbesondere die in den Anlagen 4.1 und 4.2 aufgeführten Maßnahmen.

Anlage 4.1 listet geeignete Kompensationsmaßnahmen für das Schutzgut Arten und Lebensräume auf, und zwar für sieben verschiedene Lebensraum-, Biotop- bzw. Nutzungstypen. Anlage 4.2 listet geeignete Kompensationsmaßnahmen für die Schutzgüter Boden, Wasser, Klima/Luft und das Landschaftsbild auf.

Anlage 4.1 und 4.2 unterscheiden nicht zwischen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen. Alle dort genannten Maßnahmen sind geeignete Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen zur Kompensation gemäß § 15 Abs. 2 Satz 2 und 3 BNatSchG im Sinne von § 8 Abs. 3 Satz 1 BayKompV. Diese Maßnahmen stellen die in § 8 Abs. 3 Satz 2 BayKompV geforderte „funktionale Kompensation“ der Ersatzmaßnahmen sicher. Der bayerische Verordnungsgeber hat dadurch die durch § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG geforderte Verknüpfung mit den beeinträchtigten Funktionen hergestellt.

Die in Anlagen 4.1 und 4.2 zur BayKompV genannten Maßnahmen sind beispielhaft als geeignete Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen bezeichnet. Es handelt sich dabei nicht um einen abschließenden Katalog. Für Maßnahmen, die in diesen Anlagen nicht aufgeführt sind, ist § 8 Abs. 3 Satz 2 BayKompV von Bedeutung, nach dem dann, wenn bei Ersatzmaßnahmen eine funktionelle Kompensation nicht möglich ist, die erheblichen Beeinträchtigungen „durch gleichwertige andere Funktionen möglichst mit Wechselwirkungen zu den beeinträchtigten Funktionen ersetzt werden“ können. Der bayerische Verordnungsgeber geht somit davon aus, dass Maßnahmen auch dann als Ersatzmaßnahmen anzuerkennen sind, wenn eine funktionale Kompensation der beeinträchtigten Funktion nicht möglich ist. Voraussetzung für die Anerkennung dieser Maßnahmen als Ersatzmaßnahmen ist, dass die erheblichen Beeinträchtigungen „durch gleichwertige andere Funktionen möglichst mit Wechselwirkungen zu den beeinträchtigten Funktionen“ ersetzt werden. Die Regelung stellt an erster Stelle darauf ab, dass die beeinträchtigte Funktion durch Wechselwirkungen mit der Ersatzmaßnahme ersetzt wird, dass also die Ersatzmaßnahme positive Auswirkungen auf die beeinträchtigte Funktion hat. Dies ist jedoch nicht unabdingbare Voraussetzung, sondern soll nur „möglichst“ angestrebt werden. Sind solche Wechselwirkungen nicht möglich, können die erheblichen Beeinträchtigungen durch gleichwertige andere Funktionen, die keine Wechselwirkung mit der beeinträchtigenden

Funktion haben, ersetzt werden. Was unter „gleichwertigen“ Funktionen in diesem Sinne zu verstehen ist, ergibt sich aus der BayKompV nicht. In der Begründung zu § 8 Abs. 3 der BayKompV wird dazu ausgeführt: Können bei Ersatzmaßnahmen nicht die beeinträchtigten Funktionen wiederhergestellt werden, können die Beeinträchtigungen auch durch andere Funktionen, die den beeinträchtigten möglichst nahe kommen und die möglichst Wechselbeziehungen zu den beeinträchtigten Funktionen aufweisen, ersetzt werden.

Der BayKompV liegt somit ein dreistufiges Modell für die Ersatzmaßnahmen zugrunde:

- In erster Linie sollen Ersatzmaßnahmen eine funktionelle Kompensation ermöglichen,
- ist dies nicht möglich, kommen in zweiter Linie als Ersatz gleichwertige Funktionen mit Wechselwirkungen zu den beeinträchtigten Funktionen in Betracht,
- ist auch dies nicht möglich, kann die erhebliche Beeinträchtigung durch andere, gleichwertige Funktionen ohne Wechselwirkung zu den beeinträchtigten Funktionen ersetzt werden.

b) Kompensationsverordnung des Landes Hessen

Die Verordnung über die Durchführung von Kompensationsmaßnahmen, Ökokonten, deren Handelbarkeit und die Festsetzung von Ausgleichsabgaben (Kompensationsverordnung – KV) des Landes Hessen vom 01.09.2005 mit späteren Änderungen bestimmt in § 1 Abs. 1, dass „Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen (Kompensationsmaßnahmen)“ so zu gestalten sind, dass sie zur Verwirklichung der Ziele und Grundsätze des Naturschutzes und der Landschaftspflege sowie insbesondere zur Erfüllung der sich aus der Vogelschutzrichtlinie und der FFH-Richtlinie ergebenden Verpflichtungen beitragen und zu einer dauerhaften Verbesserung in Bezug auf diese Schutzgüter führen. In

dieser allgemeinen Zweckbestimmung liegt keine Verknüpfung mit der Beeinträchtigung der Funktion, die durch die Maßnahmen kompensiert werden soll. Die Bestimmung enthält nur eine Zielbindung im Hinblick auf die Verwirklichung der Ziele und Grundsätze des Naturschutzes und der Landschaftspflege, der Vogelschutzrichtlinie sowie der FFH-Richtlinie.

Der Eingriff und die Kompensationsmaßnahmen sind gemäß § 1 Abs. 2 KV nach Maßgabe der Anlagen 2 bis 4 sowie des § 2 Abs. 2 a) zu bewerten. Anlage 2 regelt die Bewertung von Kompensationsmaßnahmen, Anlage 3 die Wertliste nach Nutzungstypen, Anlage 4 den Inhalt von Bestandsplan, Ausgleichsplan, Ausgleichsberechnung. Sie enthalten keine Kriterien für die Zuordnung einer Maßnahme zur beeinträchtigten Funktion.

§ 2 Abs. 2 KV enthält eine beispielhafte Aufzählung von Kompensationsmaßnahmen. Diese sind keinen beeinträchtigten Funktionen zugeordnet und sind deshalb für die nach § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG notwendige Verknüpfung mit den beeinträchtigten Funktionen ohne Aussagekraft.

Die hessische Kompensationsverordnung enthält keine Konkretisierung der notwendigen Zuordnung der Ersatzmaßnahmen zu den beeinträchtigten Funktionen. Auch die Arbeitshilfe des Hessischen Ministeriums für Umwelt, ländlichen Raum und Verbraucherschutz zur Kompensationsverordnung vom 01.09.2015 enthält dazu keine Ausführungen.

c) Entwurf der Bundeskompensationsverordnung

Der Entwurf des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit für eine „Verordnung über die Kompensation von Eingriffen in Natur und Landschaft (Bundeskompensationsverordnung – BKompV)“ vom 25.04.2013 (BR-Drs. 332/13) enthielt in Abschnitt 3

(§§ 7 ff.) Regelungen zu Ausgleich und Ersatz von Beeinträchtigungen. § 7 bestimmte die Anforderungen an den Ausgleich und den Ersatz „erheblicher Beeinträchtigungen von Biotopen“. Nach § 7 Abs. 1 des Entwurfs waren erhebliche Beeinträchtigungen von Biotopen „ausgeglichen oder ersetzt, wenn im betroffenen Naturraum und innerhalb einer angemessenen Frist eine Aufwertung des Naturhaushaltes oder des Landschaftsbildes erfolgt, deren Biotopwert dem nach § 6 Absatz 1 ermittelten biotopwertbezogenen Kompensationsbedarf entspricht“. Welche Maßnahmen als Ausgleich und Ersatz zu berücksichtigen sind, ist in dieser Bestimmung nicht geregelt. Sie enthält keine Aussage über die qualitativen Anforderungen an Ersatzmaßnahmen. Erhebliche Beeinträchtigungen besonderer Schwere von Biotopen waren nach Maßgabe von § 8 Abs. 2 bis 6 auszugleichen (§ 7 Abs. 2).

Nach § 8 Abs. 1 des Entwurfs waren erhebliche Beeinträchtigungen von Tieren, Pflanzen, Boden, Wasser, Klima und Luft durch die nach § 7 Abs. 1 Satz 1 erforderliche Aufwertung ausgeglichen oder ersetzt. Auch diese Bestimmung regelte nicht, welche Maßnahmen als Ausgleich und Ersatz herangezogen werden können.

Mindestens erhebliche Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes sowie erhebliche Beeinträchtigungen besonderer Schwere sonstiger Schutzgüter waren gemäß § 8 Abs. 2 nach Maßgabe von § 8 Abs. 3 bis 6 auszugleichen oder zu ersetzen. Dazu bestimmte § 8 Abs. 4, dass eine Beeinträchtigung ersetzbar ist, wenn die betroffene Funktion durch Maßnahmen im selben Naturraum und innerhalb einer angemessenen Frist hergestellt werden kann. Für Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes bestimmte § 8 Abs. 5, dass die Anforderungen an Ausgleich und Ersatz auch durch eine landschaftsgerechte Neugestaltung erfüllt werden können.

Gemäß § 8 Abs. 6 kamen als Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen insbesondere die in der Anlage 5 Abschnitt A Spalte 3 aufgeführten Maß-

nahmen in Betracht. Anlage 5 nennt in A Spalte 2 die einzelnen Funktionen und in Spalte 3 Maßnahmen zum Ausgleich und Ersatz für die in Spalte 2 genannten Funktionen. Diese Maßnahmen haben jeweils einen vergleichsweise engen Funktionsbezug, was nicht verwundert, da es sich sowohl um Maßnahmen zum Ausgleich als auch um Maßnahmen zum Ersatz handelt. Dieser enge Funktionsbezug ist nicht zwingend, da die in Anlage 5 Abschnitt A Spalte 3 genannten Maßnahmen nach § 8 Abs. 6 „insbesondere“ als Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen in Betracht kommen, die Anlage enthält deshalb keine abschließende Aufzählung. Sie macht allerdings das Konzept des Verordnungsentwurfs deutlich, bei erheblichen Beeinträchtigungen besonderer Schwere von Biotopen und sonstiger Schutzgüter sowie des Landschaftsbilds einen engen Funktionsbezug zu fordern. Dieser Funktionsbezug wurde nicht gefordert für Ersatzmaßnahmen zur Kompensation von erheblichen Beeinträchtigungen von Biotopen, Tieren, Pflanzen, Boden, Wasser, Klima und Luft. Diese Beeinträchtigungen sollten durch die biotopwertbezogene Aufwertung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 ausgeglichen oder ersetzt werden, konkrete funktionspezifische Maßnahmen wurden dafür nicht gefordert (vgl. die Begründung zu §§ 7, 8 des Verordnungsentwurfs, BR-Drs. 332/13, S. 109 f.).

3. Leitfäden des Bundes

a) LANA

Die Hinweise der LANA zur Eingriffsregelung des Bundesnaturschutzgesetzes (Beschluss v. 04./05.03.2010) enthalten keine weiterführenden Hinweise zu dem notwendigen Funktionsbezug von Ersatzmaßnahmen.

Dasselbe gilt für das „Grundsatzpapier zur Eingriffsregelung nach den §§ 18 bis 21 BNatSchG“ vom Dezember 2002, in dem auf S. 20 allgemein ausgeführt wird, durch Ersatzmaßnahmen seien „die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushaltes und das Landschaftsbild mit

Blick auf die Leistungs- und Funktionsfähigkeit der Schutzgüter in ihrem Zusammenhang vorrangig im betroffenen Natur- und Landschaftsraum gleichwertig wiederherzustellen oder hinsichtlich des Landschaftsbildes neu zu gestalten“.

b) RLBP

Die Richtlinien für die landschaftspflegerische Begleitplanung im Straßenbau (RLBP) des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung, Ausgabe 2011, führen auf S. 37 aus, durch Ersatzmaßnahmen „sollten ähnliche Funktionen oder Strukturen wiederhergestellt werden, die hinsichtlich ihrer zeitlichen Wiederherstellbarkeit und räumlichen Bindung weniger engen Vorgaben unterliegen“. Konkrete Aussagen zum Funktionsbezug enthalten die Richtlinien nicht.

c) F+E-Vorhaben „Methodik der Eingriffsregelung im bundesweiten Vergleich“

Im Abschlussbericht vom April 2016 zum Forschungs- und Entwicklungsvorhaben „Methodik der Eingriffsregelung im bundesweiten Vergleich“ werden Ersatzmaßnahmen auf S. 180 ff. definiert (Zusammenfassung S. 345 ff). Die (funktionsspezifischen) Ersatzmaßnahmen beziehen sich bei den typologischen Schutzgütern/Funktionen Tier- und Pflanzenarten, Biotoptypen, Bodentypen/Geotope und den Zielbereich 1 Landschaften auf die Ausprägungen mit einer vergleichbaren Bedeutung für die Erhaltung des Typus (z.B. bei Biotoptypen: gleiche Biotoptypengruppe mit einer vergleichbaren Bedeutung oder Gefährdungsstufe nach Rote Liste) und vergleichbarer Ausprägung (z.B. Offenlandcharakter, Wasserhaushalt, Nutzungsintensität).

Bei den anderen Schutzgütern/Funktionen (Boden, Wasser, Klima/Luft) beziehen sich die Ersatzmaßnahmen auf die konkret beeinträchtigte materiell-physische Funktion (Zielbereich 2), z.B. Ver-

besserung der betroffenen klimatischen und lufthygienischen Ausgleichsfunktion in dem vom Eingriff betroffenen klimatischen und lufthygienischen Belastungsraum/Stadtgebiet.

Bei der erlebnis- und wahrnehmungsbezogenen Funktion von Landschaften bzw. Landschaftsbildeinheiten (Zielbereich 3) ist der Bezug über die Erlebnis- und Wahrnehmungsqualität (z.B. Wiederherstellung oder Neugestaltung durch Rückführung bereits vorgenommener Eingriffe und der eingetretenen Veränderung der Ausprägung von charakteristischen Merkmalen) in einer von der Eigenart vergleichbaren Landschaftsbildeinheit herzustellen (a.a.O., S. 346).

In Tabelle 28 auf S. 181 sind die Kriterien für Ersatzmaßnahmen dargestellt. Spalte 1 nennt die Schutzgüter, Spalte 2 betroffene Funktionen, Spalte 3 Maßnahmen zum Ersatz im Naturraum, die nach ihrer Beschreibung jeweils einen Bezug zur beeinträchtigten Funktion des Schutzgutes haben und somit die durch den Eingriff beeinträchtigte Funktion des Naturhaushalts fördern. Die Ersatzmaßnahmen haben deshalb einen vergleichsweise engen Funktionszusammenhang mit der beeinträchtigten Funktion.

Nach S. 183 soll für erhebliche Beeinträchtigungen ohne besondere Schwere der Funktionszusammenhang gelockert sein. Eine funktions-spezifische Kompensation sei dabei nicht zwingend, es wird jedoch eine Orientierung der Kompensationsmaßnahmen an den beeinträchtigten Funktionen empfohlen. Bei dieser gelockerten Form des Funktionsbezugs handele es sich immer um Ersatzmaßnahmen.

Erhebliche Beeinträchtigungen besonderer Schwere des Naturhaushalts und des Landschaftsbilds sind nach dem Forschungsbericht – unter Bezugnahme auf den Entwurf der Bundeskompensationsverordnung – funktions-spezifisch wiederherzustellen.

Die Kompensation der sonstigen erheblichen Beeinträchtigungen der Funktionen des Naturhaushalts kann im Regelfall multifunktional über

Biotoptypen erfolgen. Bei Planung von nicht funktionsspezifischen Maßnahmen oder auch Ersatzmaßnahmen bietet sich nach dem Forschungsbericht die Einbindung von Maßnahmen aus Flächenpools und Ökokonten an.

Die Ausführungen lassen sich dahingehend zusammenfassen, dass bei erheblichen Beeinträchtigungen besonderer Schwere die Ersatzmaßnahmen funktionsspezifisch sein sollen. Für erhebliche Beeinträchtigungen ohne besondere Schwere ist der Funktionszusammenhang gelockert. Eine funktionsspezifische Kompensation ist nach dem F+E-Bericht nicht zwingend, wird jedoch empfohlen. Wieweit der Funktionsbezug in diesen Fällen gelockert werden kann, wird im F+E-Bericht nicht näher dargelegt.

4. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat sich mehrfach mit dem notwendigen Bezug der Ersatzmaßnahme zur beeinträchtigten Funktion des Naturhaushalts bzw. zur Beeinträchtigung des Landschaftsbilds geäußert.

a) Bundesverwaltungsgericht

aa) Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20.01.1989 (4 C 15/87 – BVerwGE 81, 220, 221 ff. = NuR 1989, 345 = NVwZ 1989, 867) betrifft die Zulässigkeit der Ausgleichsabgabe nach dem Landesnaturschutzgesetz Baden-Württemberg. Nach der damals geltenden Fassung des BNatSchG enthielt das Bundesrecht keine Regelung über Ersatzmaßnahmen und Ersatzgeld. Nach § 8 Abs. 9 BNatSchG war der Landesgesetzgeber zu weitergehenden Vorschriften ermächtigt, insbesondere über Ersatzmaßnahmen bei nicht ausgleichbaren aber vorrangigen Eingriffen in Natur und Landschaft. Das Bundesverwaltungsgericht führt dazu aus (juris, Rn. 7), dabei gehe es um zusätzliche Maßnahmen zur Verstärkung des Naturschutzes. Das Bundesnatur-

schutzgesetz sei auf die Erhaltung und Pflege umfassender Gemeinschaftsgüter gerichtet, die die Lebensgrundlage des Menschen bilden. Sie seien nicht nur in ihrer jeweiligen örtlichen Vorfindlichkeit verletzbar und entsprechend schutzbedürftig, sondern müssten auch insgesamt vor weiterer Minderung bewahrt werden. Diese Sicht führe zum Verständnis des Begriffs „Ersatzmaßnahme“ im Sinne von § 8 Abs. 9 BNatSchG: Die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) könne insgesamt erhalten oder jedenfalls geschont werden, wenn ein unvermeidbarer Eingriff mit landespflegerischen Maßnahmen an anderer Stelle einhergeht. Ähnliches gelte für die unter § 1 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 BNatSchG aufgeführten Schutzgüter. Dem Ziel dieser gesetzlichen Regelung entspreche es, dass unvermeidbare Störungen durch zusätzliche Förderungsmaßnahmen kompensiert werden können.

Konkrete Aussagen zum Funktionsbezug der Ersatzmaßnahmen lassen sich diesen Ausführungen nicht entnehmen. Die wesentliche Aussage geht dahin, dass Ersatzmaßnahmen den Schutzzielen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 BNatSchG dienen und dass sie an anderer Stelle verwirklicht werden.

- bb) Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23.08.1996 (4 A 29/95 – NuR 1997, 87 = NVwZ 1987, 486 – juris) betrifft den Planfeststellungsbeschluss für die B 101 n vom 22.09.1995 in Brandenburg. Nach der damals geltenden Fassung des § 8 BNatSchG waren Ersatzmaßnahmen nicht im BNatSchG geregelt. Gemäß § 8 Abs. 9 BNatSchG konnten die Länder zu § 8 Abs. 2, 3 weitergehende Vorschriften erlassen, insbesondere über Ersatzmaßnahmen der Verursacher bei nicht ausgleichbaren aber vorrangigen Eingriffen. Maßgebend für die Ersatzmaßnahmen war deshalb das jeweilige Landesrecht, im konkreten

Fall § 14 BbgNatSchG. § 14 des brandenburgischen Naturschutzgesetzes vom 25.06.1992 (GVBl. I S. 208) bestimmte unter der Überschrift „Ersatzmaßnahmen“:

„Ist ein Eingriff nicht ausgleichbar, aber nach § 13 zulässig, so hat der Verursacher die zerstörten Werte und Funktionen des Naturhaushalts an anderer Stelle des von dem Eingriff betroffenen Raumes in ähnlicher Art und Weise wiederherzustellen (Ersatzmaßnahmen). Art und Umfang der Ersatzmaßnahmen sollen den Aussagen der Landschaftsplanung Rechnung tragen. § 8 Abs. 3 des Landeswaldgesetzes bleibt unberührt.“

Das Bundesverwaltungsgerichts (juris, Rn. 21) hält es für ausreichend, dass die Maßnahme ihrer Art nach geeignet ist, eine anderweitige Kompensation der Eingriffsfolgen herbeizuführen. Es genüge, wenn ein Zustand geschaffen wird, der den beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts oder des Landschaftsbildes ähnlich ist. Der Gesetzgeber verlange nicht, dass die Maßnahme auf den Eingriffsort zurückwirkt. § 14 BbgNatSchG bestimmte den notwendigen Funktionsbezug von Ersatzmaßnahmen. Er bestand darin, einen Zustand zu schaffen, der die zerstörten Werte und Funktionen in ähnlicher Weise wiederherstellt, nach der Formulierung des Bundesverwaltungsgerichts „den beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts oder des Landschaftsbildes ähnlich ist“.

Der LBP legte dar, dass die Straßenbaumaßnahme dort, wo Gehölzstrukturen und die Rieselfelder durchschnitten werden, einen empfindlichen Eingriff in den Lebensraum einiger Tierarten bedeutet. Durch die Anpflanzung von Obstbäumen auf dem Areal, dem die Grundstücke der Kläger zuzurechnen waren, sollte ein funktionsbezogener Teilersatz für die im Auswirkungsbereich der Straße gestörten Habitate geschaffen werden. Das Bundesverwaltungsgericht stellte dazu fest, die vorgesehene Aufwertung der früher landwirtschaftlich genutzten und jetzt brach liegenden

Flächen sei ein Schritt auf dem Weg zu Vegetationsstrukturen, auf die verschiedene Tierarten, denen im Trassenbereich die Lebensgrundlage entzogen wird, angewiesen sind (Rn. 22). Es billigte die Maßnahme als Ersatzmaßnahme.

- cc) Der Gerichtsbescheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 10.09.1998 (4 A 35/97 – NuR 1999, 103 = NVwZ 1999, 532 = juris), auf den das VG Berlin Bezug nimmt, bezog sich auf den Planfeststellungsbeschluss vom 15.07.1997 für die A 20 im Bereich des Peenetales in Mecklenburg-Vorpommern. § 8 BNatSchG in der damals geltenden Fassung regelte die Ersatzmaßnahme nicht. Er sah in § 8 Abs. 9 BNatSchG vor, dass die Länder zu § 8 Abs. 2, 3 weitergehende Vorschriften erlassen können, insbesondere über Ersatzmaßnahmen der Verursacher bei nicht ausgleichbaren aber vorrangigen Eingriffen. Maßgebend war deshalb das Landesrecht Mecklenburg-Vorpommern, nämlich § 1 Abs. 3 Satz 1 LNatSchG MV. Er eröffnete die Möglichkeit, statt Ausgleichsmaßnahmen Ersatzmaßnahmen vorzusehen. Diese müssen der Ausgleichsmaßnahme möglichst ähnlich und gleichwertig sein. Unter Bezugnahme auf das unter bb) erwähnte Urteil vom 23.08.1996 führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dies seien sie, wenn sie als Ersatzmaßnahme „ihrer Art nach geeignet sind, eine anderweitige Kompensation der Eingriffsfolgen herbeizuführen“. Durch die Ersatzmaßnahme müsse

„ein Zustand geschaffen werden, der den durch das geplante Vorhaben beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushaltes oder des Landschaftsbildes zumindest ähnlich ist. § 1 Abs. 3 Satz 1 LNatSchG erfordert dagegen nicht, dass die Ersatzmaßnahme auf den Eingriffsort zurückwirkt. Vielmehr lässt es das Gesetz damit bewenden, dass überhaupt eine räumliche Beziehung zwischen dem Ort des Eingriffs und dem Vollzug der Ersatzmaßnahme besteht.“

Den Einwand des Klägers, die Entfernung von 17 km zwischen Eingriffsort und Ersatzmaßnahme widerspreche diesen Voraussetzungen, wies das Bundesverwaltungsgericht zurück. Welcher „betroffene Raum“ im Sinne von § 1 Abs. 3 Satz 1 LNatSchG für die Festsetzung einer Ersatzmaßnahme gegeben sein muss, lasse sich nicht metrisch festlegen. Wörtlich heißt es (juris, Rn. 24):

„Entscheidend ist der räumliche Bezug zwischen dem Eingriffsort und dem Ort der Ersatzmaßnahme. Beurteilungsgrundlage sind die ökologischen Gegebenheiten. Das Ziel der Ersatzmaßnahme ist es, zusammenhängende, ähnlich strukturierte Räume zu schaffen, die einen trennungs- und störungsfreien ökologischen Austausch ermöglichen. Die Erwartung muss bestehen, dass die Nachteile, die am Eingriffsort namentlich für die Leistungsfähigkeit des Naturhaushaltes gerade in dessen Wirkungsgefüge entstehen, in einer gesamtbilanzierenden Betrachtungsweise kompensiert werden können. Gleichartigkeit wird damit nicht gefordert, sondern – wie § 1 Abs. 3 Satz 1 LNatSchG festlegt – nur Ähnlichkeit.“

Anschließend (juris, Rn. 25) führt das Bundesverwaltungsgericht aus, zwischen dem Eingriffsort und dem für die Ersatzmaßnahme vorgesehenen Polder von 130 ha Fläche bestehe der vorausgesetzte Zusammenhang. Der Polder sei bereits gegenwärtig Bestandteil des Gesamtnetzes „Peenetal“. Das gesamte Peenetal, dessen Naturhaushalt durch die vorgesehene Querung stark beeinträchtigt werde, stelle einen zusammenhängenden ökologischen Funktionsraum dar.

- dd) Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.01.2004 (4 A 11/02 – BVerwGE 120, 1 = NuR 2004, 366 = NVwZ 2004, 732 = juris) betrifft eine Verbandsklage gegen den Planfeststellungsbeschluss vom 20.03.2002 für den Bau der A 73 Suhl-Lichtenfels in Bayern. Auch zu diesem Zeitpunkt regelte § 8 BNatSchG die Ersatzmaßnahmen nicht. Er ermächtigte in Abs. 9 die Länder, zu

§ 8 Abs. 2 und 3 weitergehende Vorschriften zu erlassen, insbesondere über Ersatzmaßnahmen der Verursacher bei nicht ausgleichbaren aber vorrangigen Eingriffen. Maßgebend war deshalb Art. 6a Abs. 3 des BayNatSchG in der damals geltenden Fassung. Satz 1 lautete:

„Ist der Eingriff nicht ausgleichbar und gehen die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege nicht vor, so können vom Verursacher Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege verlangt werden, die die durch den Eingriff gestörten Funktionen des Naturhaushalts oder Werte des Landschaftsbilds in dem vom Eingriff betroffenen Landschaftsraum möglichst gleichartig gewährleisten (Ersatzmaßnahmen).“

Das Bundesverwaltungsgericht führt dazu aus, Ersatzmaßnahmen seien auf eine gleichwertige Wiederherstellung gerichtet. Als Ersatz genüge die Herstellung ähnlicher, mit den beeinträchtigten nicht identischer Funktionen (juris, Rn. 67 unter Berufung auf Louis, BNatSchG, 2. Aufl. 2000, § 8 Rn. 212). Die von der Planfeststellungsbehörde vorgesehene Herstellung einer abwechslungsreicheren und natürlich wirkenden Pflanzenwelt anstelle eintönigen Ackerlands könne als Kompensation für die Beeinträchtigung von Kulturdenkmalen und ihrer Umgebung akzeptiert werden, mit dieser Begründung wurde der Einwand des Klägers zurückgewiesen, die Denkmalbelange des Landschaftsbildes seien nicht ausgeglichen bzw. ersetzt.

Die in Bezug genommene Kommentierung von Louis führt aus, die Länder könnten den Verursacher verpflichten, Ersatzmaßnahmen durchzuführen. Die jeweils unterschiedlichen Länderregelungen seien zu beachten. Gemeinsam sei Ersatzmaßnahmen, dass sie zu einer Kompensation der nicht vermeidbaren und nicht ausgleichbaren und zu erwartenden Beeinträchtigungen durch den Eingriff beitragen müssen. Ersatzmaßnahmen

seien auf eine gleichwertige Wiederherstellung gerichtet. Als Ersatz genüge die Herstellung ähnlicher, mit den beeinträchtigten nicht identischer Funktionen. Darüber hinaus könnten Ersatzmaßnahmen in erheblicher Entfernung vom Eingriffsort stattfinden. Louis nimmt Bezug auf die Ausführungen von Berkemann (NuR 1993, 97, 105), der feststellt, dass die Länder den Begriff der Ersatzmaßnahme unterschiedlich definiert haben. Das rechtliche Instrumentarium sei „disparat“ und bedürfe „jeweils genauerer Betrachtung“. Im Sinne der Zielsetzung der §§ 1, 2 BNatSchG werde man sich im Hinblick auf die Art der Ersatzmaßnahme damit begnügen können, dass durch die Ersatzmaßnahme eine Verbesserung in der naturalen Gesamtbilanz zu erwarten ist. Dazu könnten auch Maßnahmen der Gleichwertigkeit ausreichen. Allerdings gebe es Grenzen. Die Ersatzmaßnahme diene nicht dazu, ganz allgemein Verbesserungen vorzunehmen. Auch der Ersatz habe sich darauf zu beziehen, worin der Eingriff liegen wird. Werde die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts beeinträchtigt, müsse die Maßnahme gerade hierzu „ein Äquivalent bilden“.

- ee) Im Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts zur Kompensation für Eingriffe im Mühlenberger Loch in Hamburg heißt es (BVerwG, B. v. 28.01.2009 – 7 B 45/08 – NVwZ 2009, 521 = NuR 2009, 342 = juris, Rn. 20): Erweist sich eine Maßnahme in der naturschutzfachlichen Gesamtbilanz als günstig, stellt sie also insbesondere eine wesentliche Verbesserung des bestehenden Zustands dar, bedarf der mit der Maßnahme zunächst bewirkte Eingriff keiner weiteren Kompensation. Die an sich erforderliche Kompensation geht in die ökologische Gesamtbilanz ein. Maßgebend für die Kompensation ist danach die ökologische Gesamtbilanz.
- ff) Mit der Neufassung der Eingriffsregelung im BNatSchG 2010 hat sich das Bundesverwaltungsgericht in seinem Beschluss vom

19.09.2014 (7 B 6/14 – NuR 2015, 38 = NVwZ-RR 2015, 15 = juris) zur Planfeststellung für den Rückhalteraum Elzmündung auf baden-württembergischer Rheinseite befasst. Zu § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG führte es aus (juris, Rn. 18), in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sei geklärt, dass die Behörde zur Kompensation eines Eingriffs wegen eines naturschutznäheren Endziels auch Maßnahmen ergreifen darf, die zunächst eine Beeinträchtigung des bestehenden naturhaften Zustands darstellen. Erweise sich die Maßnahme in der naturschutzfachlichen Gesamtbilanz als günstig, stelle sie also insbesondere eine wesentliche Verbesserung des bestehenden Zustandes dar, bedürfe der mit der Maßnahme zunächst bewirkte Eingriff keiner weiteren Kompensation durch Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen. Die an sich erforderliche Kompensation gehe in die ökologische Gesamtbilanz regelmäßig ein. Dass auf die Herstellung eines naturnäheren Zustands gerichtete Ersatzmaßnahmen die hierfür erforderlichen Eingriffe selbst kompensieren könne, sei anerkannt.

Diese Ausführungen enthalten keine spezifischen Aussagen zur Funktionsbindung von Ersatzmaßnahmen.

b) OVG Bremen

Das Urteil des OVG Bremen vom 24.10.1989 (OVG 1 G 1/88 – NuR 1990, 225) betrifft die Planfeststellung für die A 281. Die Verpflichtung zur Durchführung von Ersatzmaßnahmen war im bremischen Naturschutzgesetz und in der dazu ergangenen Verordnung über Ersatzmaßnahmen geregelt. Nach § 2 Abs. 2 dieser Verordnung waren Ersatzmaßnahmen Maßnahmen, die geeignet sind, die durch den Eingriff zerstörten Werte und Funktionen des Naturhaushalts oder des Landschaftsbildes in dem von dem Eingriff betroffenen Raum in möglichst ähnlicher Art und Weise wieder herzustellen. Der im LBP vorgesehene naturnahe Ausbau des Maschinenfleets, die Herstellung von

Feuchtflächen nördlich der Straße waren nach Auffassung des OVG Bremen Ersatzmaßnahmen, die in dem von dem Eingriff betroffenen Raum die zerstörten Werte und Funktionen des Naturhaushalts durch „funktionale Äquivalente“ kompensierten (a.a.O., S. 226). Das OVG Bremen billigte die funktionale Betrachtungsweise der Planfeststellungsbehörde. Den Regelungen zur Kompensation von Eingriffen gehe es „nicht um ein enges Aufrechnen einzelner Eingriffsmaßnahmen gegen einzelne Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen, sondern um eine qualitative Gesamtbilanz“ (a.a.O., S. 226).

c) OVG Lüneburg

Das Urteil des OVG Lüneburg vom 10.02.1995 (1 K 2574/94 – NuR, 1995, 473) betrifft einen Bebauungsplan und Ersatzmaßnahmen im Sinne von § 12 NdsNatSchG. Nach dieser Bestimmung sollten durch den Eingriff zerstörte Funktionen und Werte des Naturhaushalts an anderer Stelle des von dem Eingriff betroffenen Raumes in ähnlicher Art und Weise wiederhergestellt werden. Für die Überplanung eines stadtnahen Waldgebietes waren Ersatzmaßnahmen geplant. Das OVG Lüneburg hielt diese unter der Voraussetzung für geeignet, dass sie eine „ökologische Verbesserung“ bewirken (a.a.O., S. 475). Spezifische Aussagen zum Funktionsbezug enthält das Urteil nicht.

d) OVG Hamburg

Im Beschluss vom 23.09.1996 (Bs III 68/96 – NuR 1997, 453 = DVBl. 1997, 845 = juris Rn. 267) zum Planfeststellungsbeschluss vom 30.05.1995 zur Erweiterung des Hamburger Hafens befasste sich das OVG Hamburg mit dem Begriff Ersatzmaßnahme im Sinne von § 9 Abs. 6 Sätze 1 und 2 des damals geltenden hamburgischen Naturschutzgesetzes. Bei Ersatzmaßnahmen sind nach den Ausführungen des OVG Hamburg der funktionelle Zusammenhang und die damit verbundene räumliche Begrenzung gegenüber den Ausgleichsmaßnahmen gelockert. Sie sind „an anderer Stelle“ (§ 9 Abs. 6 Satz 1 Hmb-

NatSchG) durchzuführen mit dem Ziel, die durch den Eingriff zerstörten „Werte und Funktionen“ des Naturhaushalts und des Landschaftsbildes „in möglichst ähnlicher Art und Weise“ wieder herzustellen (§ 9 Abs. 6 Satz 2 HmbNatSchG).

e) OVG Saarlouis

In seinem vom VG Berlin in Bezug genommenen Urteil vom 20.07.2005 (1 M 2/04 – juris Rn. 231) betreffend den Planfeststellungsbeschluss für den Neubau der B 423 im Bereich der Stadt Blieskastel vom 04.06.2004 nahm das OVG Saarlouis zur Bestimmung der Ersatzmaßnahme im Sinne von § 11 Abs. 3 Satz 2 des saarländischen Naturschutzgesetzes Stellung, ohne § 19 Abs. 2 BNatSchG 2002 zu erwähnen. § 11 Abs. 3 Satz 2 des saarländischen Naturschutzgesetzes enthielt folgende Definition:

„Ersatzmaßnahmen sind Maßnahmen zur Verbesserung des Naturhaushalts oder des Landschaftsbilds, die geeignet sind, die durch den Eingriff gestörten Funktionen und Werte des Naturhaushalts und des Landschaftsbildes an anderer Stelle auszugleichen.“

Das OVG Saarlouis meint, in diesem Sinne kompensiert sei eine Beeinträchtigung des Naturhaushalts, wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts in gleichwertiger Weise ersetzt sind. Wie bei Ausgleichsmaßnahmen bestehe eine funktionelle Beziehung zum Eingriff bzw. den durch ihn hervorgerufene Beeinträchtigungen. Sie könne aber lockerer sein und darauf hinauslaufen, dass die Ersatzmaßnahme die Gesamtbilanz des Naturhaushalts aufbessert. Es werde nicht – wie beim Ausgleich – verlangt, dass die Maßnahme auf den Eingriffsort zurückwirkt. Es genüge, wenn überhaupt eine räumliche Beziehung zwischen dem Ort des Eingriffs und der Ersatzmaßnahme besteht. Der betroffene Raum lasse sich dabei nicht metrisch messen, sondern hänge von den ökologischen und landschaftlichen Gegebenheiten ab. Das Ziel der Eingriffsregelung, den Status quo zu erhalten, und der darin enthaltene Grundsatz, das Schutzgut

Naturhaushalt nicht mehr als nötig zu beeinträchtigen, erforderten eine Vorgehensweise, die zunächst die höchstmögliche Gleichwertigkeit des Ersatzes anstrebt und erst in zweiter Linie schlechtere Lösungen akzeptiert. Die Gleichwertigkeit des Ersatzes sei eine Rechtsfrage mit ausgeprägt fachwissenschaftlichem Hintergrund. Grundsätzlich müsse versucht werden, den durch die Beeinträchtigungen betroffenen Funktionen möglichst nahe zu kommen. Die Maßnahmen seien somit nicht beliebig wählbar, sondern müssten die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts so ähnlich wie möglich und insgesamt gleichwertig wiederherstellen. Gleichwertige Funktionen im betroffenen Naturraum zu schaffen, habe daher Priorität gegenüber der gleichen Maßnahme in einem weniger engen räumlichen Zusammenhang.

Die vom OVG Saarlouis beurteilte Maßnahme bestand in Neuanlage und Entwicklung von Auwald auf einem rund 1 km nördlich gelegenen ca. 45.000 m² großen Gelände. Ziel der Maßnahme war nach dem LBP die Umwandlung von eutrophen Auwiesen in standort- und naturraumtypischen Hartholz-Auwald auf frischen bis feuchten Standorten durch Anpflanzung (Auwald I) oder Sukzession (Auwald II). Gemessen an den zuvor beschriebenen Grundsätzen billigte das OVG diese Ersatzmaßnahme als Kompensation für den Verlust des Lebensraums von Amphibien und wassergebundenen Insekten in Feucht- und Nasswiesen sowie -brachen (juris, Rn. 229 ff.).

f) VGH Mannheim

aa) Das Urteil des VGH Mannheim vom 02.11.2006 (8 S 1269/04 – NuR 2007, 420 = VBIBW 2007, 343 = juris) betrifft den Planfeststellungsbeschluss vom 12.03.2003 für die Landesmesse. Das Urteil erwähnt § 19 Abs. 2 BNatSchG 2002 nicht, sondern nur § 11 NatSchG BW. Nach § 11 Abs. 2 NatSchG BW in der damals geltenden Fassung war eine Beeinträchtigung ausgeglichen, wenn nach Beendigung des Eingriffs keine oder keine erhebliche

Beeinträchtigung des Naturhaushalts zurückbleibt und das Landschaftsbild wieder hergestellt oder landschaftsgerecht neu gestaltet ist. § 11 Abs. 3 Satz 3 NatSchG BW bestimmte, dass die nicht ausgleichbare Beeinträchtigung auf sonstige Weise auszugleichen ist, er verwies dazu auf Abs. 4. Dieser lautete:

„Zum Ausgleich des Eingriffs auf sonstige Weise kann insbesondere angeordnet werden,

1. weitergehende Veränderungen der Flächengestalt, insbesondere Abgrabungen und Aufschüttungen, zum Zwecke einer Neugestaltung der Landschaft vorzunehmen oder
2. ausgleichende Ersatzmaßnahmen an anderer Stelle durchzuführen.“

Eine Konkretisierung dieser „ausgleichenden Ersatzmaßnahmen“ enthielt das Naturschutzgesetz Baden-Württemberg nicht.

Zur Ausgleichsmaßnahme stellte der VGH Baden-Württemberg fest, diese müsse sich „im Unterschied zur Ersatzmaßnahme dort – ausgleichend – auswirken, wo die mit dem Vorhaben verbundenen Beeinträchtigungen auftreten“ (juris, Rn. 32). Zu den räumlichen Anforderungen an Ersatzmaßnahmen nahm der VGH Mannheim Bezug auf die oben erwähnte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 23.08.1996. Weiter führte der VGH aus (juris, Rn. 40), eine Ausgleichsmaßnahme müsse sich auch auf den Bereich des Eingriffs auswirken. Sie unterscheide sich von der Ersatzmaßnahme, bei der es „genügt, wenn sie innerhalb desselben ähnlich strukturierten „Naturraums“ erfolgt wie der Eingriff“ (unter Bezugnahme auf die oben erwähnte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 23.08.1996). Die Kompensation des Ausgleichsdefizits bei den Laufkäfern durch die Ersatzmaßnahme „Naturnaher Umbau der Körschmündung“ hat der VGH akzeptiert, diese war auch vom klagenden BUND nicht in Frage gestellt worden (juris, Rn. 42).

bb) Im Urteil vom 23.09.2013 (3 S 284/11 – juris, Rn. 163 f.) zur Planfeststellung des Rückhalteraums Elzmündung heißt es zu § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG, gefordert sei ein gleichwertiger Ersatz im betroffenen Naturraum. Erforderlich sei, dass das durch die Ersatzmaßnahme geschaffene Surrogat den beeinträchtigten Funktionen und Werten ähnlich ist bzw. möglichst nahe kommt. Es genüge die Herstellung ähnlicher Funktionen (unter Bezugnahme auf BVerwG, U. 15. 01.2004 – 4 A 11.02 und OVG Saarlouis, U. 20.07.2005 – 1 M 2/04). Eine Ersatzmaßnahme sei auch z.B. die künstliche Schaffung eines nur vergleichbaren, aus anderen Pflanzen und Tierarten bestehenden Ökosystems, wobei sich dieses auch in der weiteren Umgebung befinden kann, da eine Zurückwirkung auf den Eingriffsort nicht notwendig sei. Maßgebend für die Kompensation sei die ökologische Gesamtbilanz (unter Bezugnahme auf BVerwG, Gerichtsbescheid vom 10.09.1998 – 4 A 35.97 und auf B. v. 28.01.2009 – 7 B 45.08).

g) VG Berlin

Die notwendige Schutzgutbezogenheit von Ersatzmaßnahmen unter der Geltung des § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG wurde vom VG Berlin in seinem oben (II. 2.) wiedergegebenen Beschluss vom 24.09.2015 erörtert.

5. Literatur

Die Literatur folgt der Rechtsprechung vor allem des Bundesverwaltungsgerichts, die sich – wie dargelegt – überwiegend auf frühere landesrechtlichen Regelungen bezieht, nicht auf § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG 2010. Bei der Frage, wann die beeinträchtigten Funktionen „gleichwertig“ im Sinne von § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG hergestellt sind, wird darauf abgestellt, dass die Ersatzmaßnahmen müssten die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts so ähnlich wie möglich und insgesamt gleichwertig ersetzen, dies erfordere zumindest, „dass das durch Ersatzmaßnahmen geschaffene Surrogat den beeinträchtigten Funktionen und Werten möglichst

ähnlich ist“ (so exemplarisch Gellermann, a.a.O., § 15 BNatSchG, Rn. 16 im Anschluss an BVerwG, NVwZ 1999, 532; ebenso Fischer-Hüftle/Schumacher, a.a.O., § 15 Rn. 40; Guckelberger, a.a.O., § 15 Rn. 50; Kolodziejczok/Recken/Apfelbacher/Iven, Naturschutz, Landschaftspflege, Stand September 2015, § 15 BNatSchG Rn. 28; Mühlbauer, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, 3. Aufl. 2013, § 15 BNatSchG Rn. 19; Meßerschmidt, a.a.O., § 15 Rn. 79; Lütkes, a.a.O., § 15 Rn. 22 f.; Berchter, a.a.O., S. 103; Louis, NuR 2004, 714, 715 f.; Michler/Möller, NuR 2011, 81, 84).

Gaßner/Heugel (a.a.O., Rn. 333) fassen dies dahingehend zusammen, um beurteilen zu können, ob der Ersatz im Vergleich mit dem Ausgleich gleichwertig ist, müsse sich der Ersatz am Ideal des Ausgleichs orientieren. Die Kompensation verlange sowohl für Ausgleich als auch für Ersatz, dass ein möglichst vollständiger Schadensausgleich erreicht wird. Es sei eine am Ideal des Ausgleichs gemessene Kompensation vorzunehmen. Dies verhindere ein Abgleiten in beliebige Ersatzmaßnahmen, ohne diesen die Flexibilität zu nehmen, die erforderlich ist, um sinnvolle Maßnahmen zu konkretisieren (a.a.O., Rn. 313).

Fischer-Hüftle/Schumacher (a.a.O., § 15 Rn. 40) operationalisieren diese Aussage dahingehend, grundsätzlich müsse versucht werden, den durch die Beeinträchtigungen betroffenen Funktionen möglichst nahezukommen. Unter mehreren noch als gleichwertig anzusehenden Ersatzmöglichkeiten sei diejenige auszuwählen, die der beeinträchtigten Funktion am nächsten kommt. Bei der Bestimmung der Ersatzziele und geeigneter Maßnahmen sei folgende Reihenfolge einzuhalten:

- Möglichst gleiche Funktionen,
- möglichst ähnliche Funktionen des gleichen Schutzgutes,
- Funktionen anderer Schutzgüter mit Korrelationen zu den beeinträchtigten Funktionen,
- Funktionen anderer Schutzgüter.

Daraus folgt nach Fischer-Hüftle/Schumacher für Tiere, Pflanzen und ihre Lebensräume, dass eine Ersatzmaßnahme vorliegt, wenn entweder gleiche

oder ähnliche Arten oder Lebensgemeinschaften in weiterer Entfernung vom Eingriffsort gefördert werden (a.a.O., Rn. 46). Für den Boden könnten Ersatzmaßnahmen in der Förderung der beeinträchtigten Bodenfunktionen in weiterer Entfernung vom Eingriffsort oder sonstiger, vom Eingriff nicht beeinträchtigter Bodenfunktionen in Betracht kommen, ihre Gleichwertigkeit vorausgesetzt (a.a.O., Rn. 47). Ersatzmaßnahme für das Schutzgut Wasser sei die Förderung der beeinträchtigten Gewässerfunktionen in weiterer Entfernung vom Eingriffsort oder die Förderung anderer, gleichwertiger Gewässerfunktionen/Gewässer (a.a.O., Rn. 48). Für das Schutzgut Klima/Luft könnten Maßnahmen als Ersatzmaßnahmen anerkannt werden, wenn außerhalb des Wirkungsbereichs des Eingriffs die beeinträchtigten Funktionen gefördert werden oder andere, gleichwertige Effekte erreicht werden (a.a.O., Rn. 49).

Ersatz durch landschaftsgerechte Neugestaltung bedeutet nach Fischer-Hüftle/Schumacher (a.a.O., Rn. 56, 58), dass nach der Neugestaltung der Charakter des Landschaftsbilds im Wesentlichen erhalten und die Eigenart der Landschaft gewahrt bleibt. Die Neugestaltung müsse dem Landschaftsraum angepasst sein. Landschaftsgerecht sei die Neugestaltung, wenn der gestaltete Bereich von einem durchschnittlichen Beobachter nicht als Fremdkörper empfunden wird. Dass die Veränderung optisch wahrnehmbar bleibt, stehe dem Ersatz durch landschaftsgerechte Neugestaltung nicht entgegen.

Dies entspricht im Wesentlichen die Regelung der bayerischen Kompensationsverordnung, nach der an erster Stelle eine funktionale Kompensation anzustreben ist. Ist diese nicht möglich, können die erheblichen Beeinträchtigungen durch gleichwertige andere Funktionen möglichst mit Wechselwirkung zu den beeinträchtigten Funktionen ersetzt werden (§ 8 Abs. 3 Satz 2 BayKompV, s.o. IV. 2. a)).

6. Übertragbarkeit der früheren Rechtsprechung auf das BNatSchG 2010

Die Rechtsprechung, die maßgebend die Auffassung der Literatur geprägt hat, erging – wie oben dargelegt – überwiegend zu den früheren landesrechtlichen Regelungen. Der Wortlaut dieser Regelungen weicht von § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG ab. Es ist deshalb zu prüfen, ob diese Rechtsprechung zu den früheren landesrechtlichen Regelungen für die Auslegung des § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG herangezogen werden kann.

Die Gesetz gewordene Fassung des § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG 2010 war bereits im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgesehen (BR-Drs. 278/09). In der Begründung wird dazu u.a. ausgeführt (a.a.O., S. 180 f.), in § 15 Abs. 2 Satz 2 bei der Regelung des Ausgleichs solle mit der Hinzufügung der Worte „in gleichartiger Weise“ der äquivalente Gegenbegriff zu „in gleichwertiger Weise“ beim Ersatz den Unterschied zwischen Ausgleich und Ersatz verdeutlichen, ohne dass in der Sache etwas anderes als in § 19 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG a.F. gemeint sei. In Satz 3 werde die Unterscheidung von Ausgleich und Ersatz auch bei der Definition der Ersatzmaßnahmen fortgeführt. Dementsprechend sei nicht mehr von „in sonstiger Weise kompensiert“, sondern nur noch von „ersetzt“ die Rede. Gegenüber § 19 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG a.F. neu eingeführt werde die räumliche Komponente von Ersatzmaßnahmen mit dem Bezug auf den Naturraum. Die Regelung von Ausgleich und Ersatz sei insgesamt im Wesentlichen unverändert.

Die Vorgängerregelung in § 19 Abs. 2 BNatSchG in der Fassung vom 25.03.2002 (BGBl. I S. 1193) lautete:

„Der Verursacher ist zu verpflichten, unvermeidbare Beeinträchtigungen durch Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege vorrangig auszugleichen (Ausgleichsmaßnahmen) oder in sonstiger Weise zu kompensieren (Ersatzmaßnahmen). Ausgeglichen ist eine Beeinträchtigung, wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts wiederhergestellt sind und das Landschaftsbild landschaftsgerecht wiederhergestellt oder neu gestaltet ist. 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.“

Nach § 19 Abs. 4 BNatSchG 2002 konnten die Länder dazu weitergehende Regelungen erlassen. § 19 war eine Vorschrift des Rahmenrechts des Bundes und bedurfte deshalb der „Umsetzung“ durch die Naturschutzgesetze der Länder.

Im Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 20.06.2001 (BT-Drs. 14/6378, S. 49) heißt es dazu, durch § 19 Abs. 2 würden die bisher in § 8 Abs. 2 Satz 1 geregelten Ausgleichsmaßnahmen sowie die – aufgrund einer Ermächtigung im bisherigen § 8 Abs. 9 – bislang allein im Landesrecht geregelten Ersatzmaßnahmen als einheitlich zu prüfende Verpflichtung vor der Abwägungsentscheidung nach Abs. 3 geregelt. Damit entfalle die bisherige Abgrenzung zwischen Ausgleichsmaßnahmen als vor der Abwägung zu prüfendem Tatbestandsmerkmal einerseits und Ersatzmaßnahmen als Rechtsfolge andererseits. Inhaltlich würden die Begriffe in Anlehnung an das bisherige Bundes- und Landesrecht definiert. Die Anknüpfung an früheres Bundesrecht kann sich nur auf die in § 8 BNatSchG a.F. definierten Ausgleichsmaßnahmen beziehen, da das Bundesrecht Ersatzmaßnahmen nicht definierte. Diese waren ausschließlich im Landesrecht definiert. Die Begründung des Gesetzentwurfs bedeutet, dass die Ersatzmaßnahmen, d.h. die Kompensation „in sonstiger Weise“ i.S. des neuen § 19 Abs. 2 BNatSchG 2002, den Anforderungen des bisherigen Landesrechts entsprechen sollte.

Dies bedeutet, dass die oben wiedergegebene Rechtsprechung insbesondere des Bundesverwaltungsgerichts zu den landesrechtlich definierten Ersatzmaßnahmen auch für die Auslegung des § 19 Abs. 2 BNatSchG 2002 und somit auch für die Auslegung des § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG 2010 heranzuziehen ist. Dasselbe gilt für die auf diese Rechtsprechung gestützte Literatur. Wichtigste Entscheidung ist deshalb nach wie vor der Gerichtsbescheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 10.09.1998 (4 A 35/97), soweit diese Entscheidung den Funktionsbezug der Ersatzmaßnahmen betrifft.

Der räumliche Bezug zum Ort des Eingriffs ist durch § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG erstmals dahingehend konkretisiert worden, dass auf den Naturraum abgestellt wird. Der Berliner Landesgesetzgeber hat diese Beschränkung gestrichen, Ersatzmaßnahmen können nach § 17 Abs. 1 Satz 2 des Berliner Naturschutzgesetzes auch außerhalb des durch den Eingriff betroffenen Naturraums erfolgen (s.o. V. 2.).

VII. Konsequenzen und Empfehlungen

1. Trennung Naturhaushalt und Landschaftsbild

§ 14 Abs. 1 BNatSchG unterscheidet bei den Eingriffswirkungen zwischen der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts einerseits und der erheblichen Beeinträchtigung des Landschaftsbilds andererseits. Dasselbe gilt für die Definition der Ausgleichs- und der Ersatzmaßnahme in § 15 Abs. 2 Satz 2, 3 BNatSchG. Beeinträchtigungen des Landschaftsbilds können nur durch eine landschaftsgerechte Wiederherstellung oder Neugestaltung des Landschaftsbilds kompensiert werden.

Es ist deshalb nicht möglich, die Beeinträchtigung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts zu kompensieren durch Maßnahmen, deren Wirkung sich darauf beschränkt, das Landschaftsbild neu zu gestalten. Beide Eingriffswirkungen und beide Kompensationswirkungen sind zu trennen.

Ich empfehle, dies im Leitfaden klarzustellen und dort zu bestimmen, dass Aufwertungen von Landschaftsbild/Erholung nur für die Kompensation erheblicher Beeinträchtigungen der Landschaftsbild/Erholung zuzuordnenden Wertträger herangezogen werden können, nicht jedoch für die Kompensation von Beeinträchtigungen der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts.

Die Berücksichtigung multifunktionaler Maßnahmen als Ersatznahmen bleibt davon unberührt. Maßnahmen, die sowohl Beeinträchtigungen der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts kompensieren als

auch das Landschaftsbild neu gestalten, können mit ihrer Kompensationswirkung für jeden dieser Wirkungsbereiche berücksichtigt werden.

Das Schutzgut Landschaftsbild/Erholung sollte deshalb sowohl im Hinblick auf die Wirkung des Eingriffs als auch im Hinblick auf die Kompensation des Eingriffs gesondert behandelt und dargestellt werden.

2. Auf den Naturhaushalt bezogene Ersatzmaßnahmen

a) Grundsatz

Auf der Grundlage der früheren Regelungen in den Landesnaturschutzgesetzen, der daran anknüpfenden Regelung in § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG, der Konkretisierung durch Kompensationsverordnungen und Leitfäden, der dazu ergangenen Rechtsprechung und der dazu vorliegenden Literatur müssen Maßnahmen, die Eingriffe in die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts ersetzen sollen, mindestens einen Bezug zur Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts haben, d.h. die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts verbessern.

b) Ziel der Ersatzmaßnahmen

Nach den früheren Regelungen in den Landesnaturschutzgesetzen und der dazu ergangenen Rechtsprechung müssen die Ersatzmaßnahmen den Ausgleichsmaßnahmen möglichst ähnlich und gleichwertig sein. Durch die Ersatzmaßnahmen muss ein Zustand geschaffen werden, der den durch das geplante Vorhaben beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts zumindest ähnlich ist.

Anforderungen an die räumliche Nähe der Ersatzmaßnahme zum Eingriffsort stellt § 17 Abs. 1 Satz 2 des Berliner Naturschutzgesetzes nicht; danach können Ersatzmaßnahmen abweichend von § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG auch außerhalb des durch den Eingriff betroffenen Naturraums erfolgen. Ob und welche räumlichen Grenzen sich für die Berücksichtigung von Ersatzmaßnahmen ungeachtet dieser Regelung

aus Bundesrecht ergeben, ist nicht Gegenstand der vorliegenden Stellungnahme. Trotz der Regelung in § 17 Abs. 2 Satz 2 des Berliner Naturschutzgesetzes dürfte ein gewisser räumlicher Zusammenhang zwischen dem Eingriffsort und dem Ort der Ersatzmaßnahme notwendig sein.

c) **Mögliche Maßnahmen**

Das mit Ersatzmaßnahmen anzustrebende Ziel kann durch verschiedene Ersatzmaßnahmen erreicht werden:

Das Ziel, einen dem Ausgleich möglichst nahe kommenden Zustand zu erreichen, wird am besten durch Ersatzmaßnahmen erreicht, die die beeinträchtigten Funktionen aufwerten. Sie sind insoweit – abgesehen vom räumlichen Zusammenhang mit dem Eingriffsort – den Ausgleichsmaßnahmen äquivalent. Diese Maßnahmen erreichen im Sinne von § 8 Abs. 3 Satz 2 BayKompV die „funktionale Kompensation“, sie entsprechen der ersten Stufe des Vorschlags von Fischer-Hüftle/Schumacher, die diese als „möglichst gleiche Funktion“ bezeichnen.

Weiter nennt § 8 Abs. 3 Satz 2 BayKompV den Ersatz durch gleichwertige andere Funktionen möglichst mit Wechselwirkungen zu den beeinträchtigten Funktionen. Dies entspricht den Stufen 2 und 3 von Fischer-Hüftle/Schumacher, die in Stufe 2 möglichst ähnliche Funktion des gleichen Schutzguts nennen, in Stufe 3 Funktionen anderer Schutzgüter mit Korrelationen zu den beeinträchtigten Funktionen. Diese Ersatzmaßnahmen verbessern nicht unmittelbar die beeinträchtigte Funktion, sie führen zu einer Aufwertung ähnlicher Funktionen, ggf. mit Wechselwirkungen zu den beeinträchtigten Funktionen und damit mittelbar zu einer Aufwertung der beeinträchtigten Funktionen.

Schließlich setzt § 8 Abs. 3 Satz 2 BayKompV die Aufwertung anderer Funktionen ohne Wechselwirkungen mit der beeinträchtigten Funktion voraus. Fischer-Hüftle/Schumacher stellen auf die „Funktion anderer

Schutzgüter“ ab und fordern nicht ausdrücklich, dass diese anderen Funktionen den beeinträchtigten Funktionen möglichst nahe kommen sollen. Diese (zusätzliche) Anforderung ergibt sich in der Systematik von Fischer-Hüftle/Schumacher aus dem Ziel, dass die Ersatzmaßnahmen den durch die Beeinträchtigungen betroffenen Funktionen möglichst nahe kommen sollen.

Es bietet sich deshalb folgende Einteilung an:

- Funktionelle Kompensation, d.h. Aufwertung der beeinträchtigten Funktion,
- möglichst ähnliche Funktion des gleichen Schutzgutes,
- Funktionen anderer Schutzgüter mit Wechselwirkungen zu den beeinträchtigten Funktionen,
- Funktionen anderer Schutzgüter, die den beeinträchtigten Funktionen möglichst nahe kommen, ohne Wechselwirkung zu den beeinträchtigten Funktionen.

Es besteht keine rechtlich verbindliche Rangfolge in der Weise, dass Maßnahmen auf nachfolgenden Stufen erst dann möglich sind, wenn Maßnahmen auf einer vorrangigen Stufe nicht möglich, unverhältnismäßig oder aus anderen Gründen nicht sinnvoll sind. Nur in Bayern besteht auf der Grundlage der Regelung in § 8 Abs. 3 Satz 2 Bay-KompV eine verbindliche Rangfolge. In den anderen Ländern wird eine rechtlich verbindliche Rangfolge weder von der oben wiedergegebenen Rechtsprechung noch von der oben wiedergegebenen Literatur gefordert.

Wäre die Bundeskompensationsverordnung nach Maßgabe des Entwurfs in Kraft getreten, hätten für erhebliche Beeinträchtigungen besonderer Schwere von Biotopen (§ 7 Abs. 2) und für erhebliche Beeinträchtigungen besonderer Schwere sonstiger Schutzgüter (§ 8 Abs. 2) die betroffene Funktion hergestellt werden müssen. Diese Bestimmungen sind nicht in Kraft getreten. Es gibt deshalb außerhalb des Freistaates Bayern derzeit keine rechtliche Verpflichtung, bei der Wahl

von Ersatzmaßnahmen zunächst den Funktionsausgleich anzustreben und die dargestellte Rangfolge einzuhalten.

Bei der Bewertung der Eingriffswirkungen eines Vorhabens steht der Behörde ebenso wie bei der Bewertung der Kompensationswirkungen von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen, insbesondere was deren Quantifizierung betrifft, eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative zu. Die Ausgestaltung des naturschutzrechtlichen Kompensationsmodells weist hinsichtlich der Auswahl zwischen grundsätzlich gleich geeigneten Kompensationsmaßnahmen, der naturschutzfachlichen Abstimmung der Kompensationsmaßnahmen untereinander sowie der Berücksichtigung etwaiger multifunktionaler Kompensationswirkungen in erheblichem Umfang Elemente einer planerisch abwägenden Entscheidung auf. Die von der Behörde vorgenommenen Quantifizierungen bei Eingriffswirkungen und Kompensationsmaßnahmen sind daher nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle zugänglich. Sie sind vom Gericht hinzunehmen, sofern sie im Einzelfall naturschutzfachlich vertretbar sind und auch nicht auf einem Bewertungsverfahren beruhen, das sich als unzulänglich oder gar ungeeignetes Mittel erweist, um den gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden (BVerwG, U. 06.11.2012 – 9 A 17.11 – BVerwGE 145, 40 = NuR 2015, 344 Rn. 145; BVerwGE 121, 72, 84; U. 18.03.2009 – 9 A 40.07 – NuR 2010, 41 = NVwZ 2010, 66 Rn. 28; VGH Mannheim, U. 23.09.2013 – 3 S 284/11 – juris Rn. 164; VG Berlin, a.a.O., Rn. 17; Lütkes, a.a.O., § 15 Rn. 39; Guckelberger, a.a.O., § 15 Rn. 72). Bei Ausübung dieser Einschätzungsprärogative ist ohne rechtliche Bindung an eine Rangfolge über das Kompensationskonzept zu entscheiden. Als Ersatzmaßnahme können alle Maßnahmen berücksichtigt werden, die einer der genannten Gruppen zugeordnet werden können.

d) Kriterien für die Eignung von Ersatzmaßnahmen

Das VG Berlin hat – zutreffend – eine Aufwertung von Landschaftsbild/Erholung als Ersatzmaßnahme für die Kompensation der beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts abgelehnt. Aufwertungen von Landschaftsbild/Erholung sind als Ersatzmaßnahmen für die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts nicht geeignet.

Das VG Berlin hat es ausdrücklich gebilligt, dass nach dem Ausführlichen Verfahren entsprechend dem Leitfaden die abiotischen und die biotischen Komponenten des Naturhaushalts sowie das Landschaftsbild und die Erholung vor und nach dem Eingriff jeweils bewertet werden und dass Wertdifferenzen innerhalb der jeweiligen Komponenten verrechnet werden (Beschluss vom 24.09.2015 – 24 L 63.15 - juris, Rn. 18). Das VG Berlin fordert somit keine weitergehende Differenzierung innerhalb der abiotischen Komponenten und innerhalb der biotischen Komponenten des Naturhaushalts. Dies bedeutet, dass alle Maßnahmen, die zu einer Aufwertung abiotischer Komponenten des Naturhaushalts führen, als Ersatzmaßnahmen zur Kompensation der Beeinträchtigung der abiotischen Komponenten des Naturhaushalts herangezogen werden können. Alle Maßnahmen, die Aufwertungen der biotischen Komponenten des Naturhaushalts zur Folge haben, können als Ersatzmaßnahmen für Beeinträchtigungen der biotischen Komponenten herangezogen werden. Das VG Berlin hat nur die Verrechnung von Wertdifferenzen zwischen abiotischen/biotischen Komponenten einerseits mit den Wertdifferenzen des Landschaftsbildes und der Erholung andererseits beanstandet (juris, Rn. 19), weil es für diese Verrechnung an dem notwendigen funktionellen Zusammenhang zwischen den beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts und den Ersatzmaßnahmen fehle. Das VG Berlin fordert (nur), dass bei Eingriffen sowohl in Natur als auch in das Landschaftsbild „beide Facetten“ durch Ersatzmaßnahmen kompensiert werden. Es unterscheidet bei der Natur nicht zwischen abiotischen Komponenten und biotischen Komponenten und hält deshalb eine Verrechnung zwischen

abiotischen Komponenten und biotischen Komponenten für zulässig. Für eine vertiefte Prüfung dieser Frage bestand für das VG Berlin allerdings kein Anlass, da das der Entscheidung zugrunde liegende Eingriffsgutachten sowohl für die abiotischen als auch für die biotischen Komponenten eine negative Wertdifferenz auswies, die Frage der Verrechnung stellte sich insoweit nicht. Es ist deshalb nicht gesichert, dass das VG Berlin im Streitfall jedwede Verrechnung zwischen biotischen Komponenten und abiotischen Komponenten billigen würde.

Es ist zweckmäßig, den Leitfaden auch im Hinblick auf die abiotischen und die biotischen Komponenten zu überarbeiten mit dem Ziel klarzustellen, welche Maßnahmen als Ersatzmaßnahmen für die Beeinträchtigung der einzelnen Wertträger in Betracht kommen. Dazu ist es in einem ersten Schritt zweckmäßig, einen Katalog von Maßnahmen zu entwickeln und die Wirkung dieser Maßnahmen auf die für die abiotischen und die biotischen Komponenten maßgebenden Wertträger zu beschreiben, ggf. in Form einer Tabelle, die Maßnahmen und ihre Wirkungen für die betroffenen Wertträger beschreibt. Die Quantifizierung kann entsprechend dem bisherigen Vorgehen erfolgen.

In einem zweiten Schritt sollte beschrieben werden, zwischen welchen Wertträgern Wechselbeziehungen bestehen und welche Wertträger ähnliche Funktionen erfüllen. Die Zusammenschau ergibt die tauglichen Ersatzmaßnahmen: Die Maßnahmen, die für Wertträger mit Wechselbeziehungen zur beeinträchtigten Funktion oder für Wertträger mit ähnlichen wie der beeinträchtigten Funktion zu einer Aufwertung führen, sind als Ersatzmaßnahmen geeignet. Dabei sollten generelle und nicht nur einzelfallbezogene Aussagen möglich sein. Dies wäre aus fachlicher Sicht zu prüfen.

Sollten alle Wertträger der abiotischen Komponenten diese Voraussetzungen erfüllen, kann allgemein bestimmt werden, dass alle Maßnahmen als Ersatzmaßnahmen für abiotische Komponenten geeignet

sind, die zur Aufwertung eines Wertträgers der abiotischen Komponenten führen. Entsprechendes gilt für die biotischen Komponenten. Sollten aus fachlicher Sicht, die genannten Voraussetzungen für alle Wertträger sowohl der abiotischen Komponenten als auch der biotischen Komponenten bejaht werden, kann es beim Ergebnis des VG Berlin bleiben, dass alle Maßnahmen, die zu einer Aufwertung eines Wertträgers der abiotischen und/oder biotischen Komponenten führen, als Ersatzmaßnahmen für die abiotischen und biotischen Komponenten geeignet sind. Es ist sinnvoll, dies im Leitfaden zu begründen, um insoweit die naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative wahrzunehmen, die eine gewisse Bindungswirkung für die Einzelfallentscheidungen hat.

3. Ersatzmaßnahmen für Landschaftsbild/Erholung

Da Landschaftsbild/Erholung getrennt von der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts zu beurteilen sind, kommen als Ersatzmaßnahmen im Sinne von § 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG dafür nur solche Maßnahmen in Betracht, die positive Auswirkungen auf die dem Landschaftsbild und der Erholung zuzuordnenden Wertebenen des Leitfadens haben.

Insoweit empfiehlt sich ein Vorgehen analog zu den Ersatzmaßnahmen für die Beeinträchtigungen der Funktionen des Naturhaushalts: Die Auflistung der Maßnahmetypen sollte darstellen, welche Maßnahmen welchen Effekt für welche dem Schutzgut Landschaftsbild/Erholung zugeordneten Wertträger haben. Sodann sollte bestimmt werden, welche dieser Wertträger untereinander in Wechselbeziehung stehen und welche Wertträger die für eine Ersatzmaßnahme notwendigen ähnlichen Funktionen haben. Es könnte sein, dass beides für alle dem Schutzgut Landschaft/Erholung zuzuordnenden Wertträger zutrifft. Dies wäre fachlich zu prüfen und zu begründen.



Prof. Dr. Dolde
Rechtsanwalt