



RA Karsten Sommer * Grolmanstr.39 * 10623 Berlin

Karsten Sommer
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Grolmanstr.39
10623 Berlin

TEL: 030/28 00 95 - 0
FAX: 030/28 00 95 15
Funk: 0173/20 31 865

Rechtsgutachten zur Anwendung der Eingriffsregelung des neuen Bundesnaturschutzgesetzes und des Berliner Naturschutzgesetzes¹

Berlin, im April 2004 (letzte Ergänzung Juni 2004)

Problemstellung

Zum 04. April 2002 ist das neue Bundesnaturschutzgesetz² in Kraft getreten. Bereits nach dem alten Bundesnaturschutzgesetz und dem Berliner Naturschutzgesetz³ kamen bei der Anwendung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung und ihrer Umsetzung insbesondere im Bereich der Festlegung und Realisierung von Kompensationsmaßnahmen einige Unsicherheiten zum Vorschein. Es kamen erhebliche Differenzen auf zwischen den anerkannten Naturschutzverbänden auf der einen und der obersten Naturschutzbehörde im Land Berlin auf der anderen Seite, wie auch teilweise innerhalb der Naturschutzbehörden.

Mit Erlass des neuen Bundesnaturschutzgesetzes hat sich im Bereich der Eingriffsregelung und der Kompensation naturschutzrechtlicher Eingriffe einiges geändert: Nicht nur die Stellung der nunmehr §§ 18 ff. bildenden Eingriffsregelung, auch die Eingriffsdefinition in § 18 Abs. 1 und etwa die zentrale Kompensationsregelung in § 19 Abs. 2 haben sich nicht ganz unwesentlich geändert. Änderungen, welche Rückwirkungen auf die Anwendung der Eingriffsregelung haben können, finden sich auch in anderen Bereichen des neuen Bundesnaturschutzgesetzes, so etwa die im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens kritisch diskutierte Aufnahme der sportlichen Betätigungen und der Erholung in die Grundsätze des Naturschutz-

¹ Im April 2004 überarbeitete Fassung eines Gutachtens aus dem Januar 2003.

² Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz - BNatSchG) vom 25. März 2002 (BGBl. I S. 1193), geändert durch Artikel 167 der Verordnung vom 25. November 2003 (BGBl. I S. 2304).

³ Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege von Berlin (Berliner Naturschutzgesetz - NatSchGBln) in der Fassung vom 28. Oktober 2003 (GVBl. S. 554), geändert durch Artikel XIV des Gesetzes vom 17. Dezember 2003 (GVBl. S. 617)

zes und der Landschaftspflege in § 2⁴, die darüber hinaus nunmehr nicht mehr unmittelbar anwendbar sind, sondern lediglich noch Rahmenvorschriften bilden (§ 11).⁵

Ob und inwieweit nach diesen Regelungen und den Regelungen des Berliner Naturschutzgesetzes Maßnahmen der Erholung und die Errichtung von Anlagen/Herstellung von Flächen zur sportlichen Betätigung Gegenstand der naturschutzrechtlichen Kompensation im Sinne von § 19 Abs. 2 BNatSchG sein können, soll Gegenstand einer rechtsgutachterlichen Untersuchung sein. Für das Land Berlin hat diese Frage eine besondere Bedeutung vor dem Hintergrund der haushaltsrechtlichen Misere, die eine Finanzierung von Erholungsanlagen zunehmend schwieriger erscheinen lässt. Eine Verwendung von Kompensationsmitteln zur Herstellung von Erholungs- und Sportanlagen erscheint in Berlin einen gewissen Vorrang zu erhalten.⁶

Darüber hinaus sollen sich aus dem Gutachten auch Hinweise ergeben, welche Spielräume das Bundesnaturschutzgesetz in diesem Bereich dem Landesgesetzgeber lässt, und wie der Landesgesetzgeber die bundesrechtliche Kompensationsregelung für diese Fälle umzusetzen hat.

Zum Zeitpunkt der Überarbeitung im April 2004 liegt bereits ein Entwurf für eine Änderung des NatSchGBln zur Anpassung an das neue BNatSchG vor, der auch im Bereich der Eingriffsregelung Änderungen vorsieht. Daher kann im folgenden auch bereits der Frage nachgegangen werden, ob dieser Entwurf die Ausgestaltungsspielräume des Landes in aus Sicht von Naturschutz und Landschaftspflege hinreichendem Umfang nutzt.

Methodik der Untersuchung

Die rechtsgutachterliche Stellungnahme soll die Auswertung von Literatur und Rechtsprechung sowie der Gesetzgebungsmaterialien zu den Neuregelungen des Bundesnaturschutzgesetzes und deren Anwendung und Umsetzung im Hinblick auf die beschriebene Problemstellung beinhalten. Dargestellt werden sollen:

- Die Eingriffs- und Kompensationsregelung im neuen Bundesnaturschutzgesetz und die Umsetzung von Kompensationsmaßnahmen insbesondere im Bereich Erholung und sportliche Betätigung nach diesen Regelungen.
- Die Eingriffs- und Kompensationsregelung nach dem Berliner Naturschutzgesetz und ihre Anwendung insbesondere im Hinblick auf Kompensationsmaßnahmen in den Bereichen Erholung und sportliche Betätigung.
- Die Darstellung von Möglichkeiten und Grenzen der Festlegung von Kompensationsmaßnahmen in den Bereichen Erholung und sportliche Betätigung anhand einiger Beispiele aus der Vergangenheit.
- Hinweise für die Umsetzung des neuen Bundesnaturschutzgesetzes in eine landesrechtliche Regelung für das Land Berlin.

⁴ vgl. etwa Gassner in Gassner/Bendmir-Kahlo ..., BNatSchG, 2. Aufl. 2003, § 2 Rn.88 ff.

⁵ Dazu im einzelnen sogleich zu I.2..

⁶ Vgl. zur Problembeschreibung in ähnlicher Richtung mit einschlägigen Beispielen Der Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Für eine Stärkung und Neuorientierung des Naturschutzes, Stuttgart 2002 (künftig SRU 2002), Rz. 331 (S.131).

Die Stellungnahme gliedert sich im wesentlichen in drei Teile: im ersten Teil wird die Rechtslage begutachtet. Im zweiten Teil werden die gewonnenen Erkenntnisse auf einige Beispiele aus der Praxis angewandt. Im dritten Teil werden einige Hinweise zur Umsetzung der gewonnenen Erkenntnisse im Berliner Recht gegeben, wobei u.a. die Überlegungen zur Änderung des NatSchGBIn und für eine Berliner Ausgleichsflächenkonzeption aufgegriffen werden.⁷

I. Teil Rechtsgutachten

Wegebau als naturschutzrechtliche Kompensation? – Grenzen der Auslegung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung

1. Einleitung

Die Fragestellung im Titel des Gutachtens spitzt einen seit längerer Zeit schwelenden Streit zu:

Welche Maßnahmen können im Einzelnen als naturschutzrechtlicher Ausgleich oder Ersatz bzw. in Finanzierung durch eine Ausgleichsabgabe realisiert werden? In welchen Fällen/unter welchen Voraussetzungen können die Gemeinden insbesondere öffentliche Grünanlagen, deren Finanzierung sonst in Frage stünde, über die Umsetzung von naturschutzrechtlichen Kompensationsmaßnahmen realisieren? Oder anders formuliert: In welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen können die Kommunen und andere Rechtsträger naturschutzrechtliche Kompensationsmaßnahmen nutzen, um die zunehmend größer werdenden Löcher in der öffentlichen Kasse zu stopfen? Die Beantwortung der Frage dürfte für alle Beteiligten von großem Interesse sein: Der Deutsche Städte- und Gemeindebund stellt – wohl zurecht – noch erhebliche Unsicherheiten in den Gemeinden bei der Umsetzung der naturschutzrechtlichen Kompensationsregelung fest.⁸ Der Sachverständigenrat für Umweltfragen stellt in seinem Sondergutachten 2002 Interessen verschiedener Kreise an Kompensationsmaßnahmen fest, die nicht stets der optimalen Umsetzung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung dienen.⁹ Die Naturschutzverbände mutmaßen, dass die Kommunen zunehmend dazu übergehen, staatliche Regelaufgaben über naturschutzrechtliche Kompensation zu finanzieren, was aufgrund der geringeren ökologischen Wertigkeit von Erholungsflächen zu Lasten des Natur- und insbesondere Artenschutzes geht.¹⁰ So beklagt der BUND Berlin¹¹, dass in zunehmendem Maße Infrastrukturmaßnahmen wie Wegebau, massive Holzstege und Fußgängerbrücken über die naturschutzrechtliche Kompensation realisiert würden. Eine Übersicht der seit 1995 im Zuständigkeitsbereich des Berliner Senats festgesetzten Kompensationsmaßnahmen¹² zeigt, dass ein Schwerpunkt der festgesetzten Kompensationsmaßnahmen in der Herstellung öffentlicher Grün- und Freiflächen besteht, wobei der Wegebau in solchen Bereichen mit einbezogen ist. Zu den Kompensationsmaßnahmen gehören nicht nur die „klassischen“ Grünanlagen, sondern ebenso Kinderspielplätze und ähnliche Anlagen. Treffen Schätzungen zu, dass Aus-

⁷ Bei Überarbeitung des Gutachtens im April 2004 festgesetzt durch Verordnung vom ... 2004, GVBl.

⁸ Pressemitteilung „Erfahrungen der Städte und Gemeinden mit der Anwendung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung“ des Deutschen Städte und Gemeindebundes, ohne Datum, in der die Auswertung einer Umfrage über acht Mitgliedsverbände aus Hessen, Rheinland Pfalz, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Schleswig Holstein, Bayern und Sachsen sowie 46 Städten und Gemeinden wiedergegeben wird.

⁹ Vgl. SRU 2002 (Fußnote 7) Rz. 331.

¹⁰ vgl. etwa das „Hintergrundinfo-Naturschutz als Beute: Der schnelle Griff in die Ökokasse“ des BUND.

¹¹ a.a.O.

¹² Anlage zur Antwort des Senats auf die kleine Anfrage Nr. 14/823 des Abgeordneten Hartwig Berger über: Transparent beim Naturschutz vom 05.10.2000.

gleichsmaßnahmen in Berlin bei 25% der Bauvorhaben gar nicht und bei 33% nur teilweise realisiert werden¹³ sowie von 85.950 DM 1995 bis 2000 in Berlin festgesetzter Ausgleichsabgaben bisher keine erhoben worden sind¹⁴, kann die Praxis des Vollzugs der naturschutzrechtlichen Kompensationsregelung in Berlin nicht zufrieden stellen. Die BLN liegt mit ihren Zahlen nach den Auswertungen des Rates von Sachverständigen für Umweltfragen¹⁵ im bedauerlichen bundesweiten Trend.

2. Eingriffsausgleich nach dem neuen Bundesnaturschutzgesetz

Der gesetzliche Rahmen für Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen ergibt sich aus der Rahmenvorschrift des § 19 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) und ihrer landesrechtlichen Ausgestaltung im Landesnaturschutzgesetz. § 19 BNatSchG regelt die Verursacherpflichten und die Unzulässigkeit des Eingriffs und gehört nach § 11 des BNatSchG zu den Rahmenvorschriften für die Landesgesetzgebung. Nach § 19 Abs. 2 BNatSchG ist der Verursacher eines Eingriffs in Natur und Landschaft 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 danach, wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushaltes wieder hergestellt sind und das Landschaftsbild landschaftsgerecht wieder hergestellt oder neu gestaltet ist. In sonstiger Weise kompensiert ist eine Beeinträchtigung, wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushaltes in gleichwertiger Weise ersetzt sind oder das Landschaftsbild landschaftsgerecht neu gestaltet ist.

Zu dem Verhältnis dieser bundesrechtlichen Vorschrift, die als Bundesrahmenrecht nicht unmittelbar gilt, sondern den Ländern grundsätzlich nur einen Rahmen für die landesrechtliche Ausgestaltung vorgibt, hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung vom 27. September 1990¹⁶ ausgeführt:

*Zwar gehört § 8 Abs. 2 Satz 4 BNatSchG nicht zu den bundesrechtlichen Vorschriften, die gemäß § 4 Satz 3 BNatSchG in den Ländern unmittelbar gelten. Dennoch war der Landesgesetzgeber bei der ihm obliegenden, den bundesrechtlichen Rahmen ausfüllenden eigenen gesetzlichen Regelung der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Eingriff als ausgeglichen anzusehen ist, an die im Rahmengesetz des Bundes enthaltenen tatbestandlichen Voraussetzungen eines Ausgleichs gebunden (vgl. ebenso Gassner, NuR 1984, 81 <86>). § 5 Abs. 1 Satz 2 LPflG, der im übrigen mit § 8 Abs. 2 Satz 4 BNatSchG wörtlich übereinstimmt, läßt daher keinen Raum für eine vom Bundesrahmenrecht abweichende Auslegung. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen:
Der Bund kann von einer ihm zustehenden Befugnis zur Rahmengesetzgebung (hier aufgrund des Art. 75 Nr. 3 GG) auch in der Weise Gebrauch machen, daß er Regelungen trifft, die zwar nicht aufgrund eines eigenen Gesetzgebungsbefehls unmittelbar - und damit als Bundesrecht - gelten, sondern noch vom Landesgesetzgeber umzusetzen sind,*

¹³ U. Ring: Untersuchung über die Umsetzung von Ausgleichs und Ersatzmaßnahmen in Berlin, 1995; Enquête Kommission „Zukunftsfähiges Berlin“, Bericht Seite 275 nach Hartwig Berger, kleine schriftliche Anfrage Nr. 14/823 im Abgeordnetenhaus von Berlin. Vgl. dazu auch die – allerdings inhaltlich mit keinem Wort begründet und daher nicht nachvollziehbare – Kritik der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung in der Antwort auf die kleine schriftliche Anfrage des Abgeordneten Berger Nr. 14/823.

¹⁴ Antwort auf die kleine schriftliche Anfrage Nr. 14/823 des Abgeordneten Berger im Abgeordnetenhaus von Berlin.

¹⁵ SRU 2002 (Fußnote 7), Rz.

¹⁶ - BVerwG 4 C 44.87 - BVerwGE 85, 348, 356 ff.; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 31.8.2000 – 4 CN 6/99 – sowie SRU 2002 (Fußnote 7) Rz. 335.

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

Der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts lag der alte § 8 BNatSchG zugrunde. Danach war der Verursacher eines Eingriffs verpflichtet, vermeidbare Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft zu unterlassen sowie unvermeidbare Beeinträchtigungen innerhalb einer zu bestimmenden Frist durch Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege auszugleichen. Die Begriffsbestimmung des Ausgleichs sah vor, dass nach seiner Beendigung keine erhebliche oder nachhaltige Beeinträchtigung des Naturhaushalts zurückbleibt und das Landschaftsbild landschaftsgerecht wiederhergestellt oder neu gestaltet ist. Der Erlass weitergehender Bestimmungen insbesondere hinsichtlich der Ersatzmaßnahmen, war nach § 8 Abs.9 BNatSchG den Ländern überlassen.

Das hat sich im neuen Naturschutzgesetz geändert. Der Gesetzgeber hat in § 19 Abs.2 Satz 1 BNatSchG (neu) Ausgleich und Ersatz aufgeführt, in Satz 2 den Ausgleich definiert und in Satz 3 den Ersatz. In Kenntnis der soeben zitierten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts hat der Gesetzgeber ein Bedürfnis für eine bundeseinheitliche Definition des Ersatzes gesehen. Die Begründung des Gesetzentwurfs¹⁷ geht davon aus, dass zur Erhöhung der Praktikabilität und zur Erleichterung des Vollzugs ein Regelungsbedarf auch hinsichtlich der Ersatzmaßnahmen bestand. Um den Ländern substantiellen Ausgestaltungsspielraum zu belassen, wurde ihnen die räumliche Zuordnung überlassen.

Die Gesetzesbegründung zeigt die Motivation des Gesetzgebers im Hinblick auf die hier relevante Definition von Ausgleich und Ersatz deutlich auf:

¹⁷ Hier wurde die Begründung des Regierungsentwurfs mit Stand Februar 2001 zugrunde gelegt.

„§ 19 Abs.2 regelt mit der Pflicht, unvermeidbare Beeinträchtigungen vorrangig auszugleichen oder, soweit dies nicht möglich ist, auf sonstige Weise zu kompensieren, Anforderungen, die auf eine Erhaltung bzw. gleichartige oder –wertige Wiederherstellung des Status quo von Natur und Landschaft abzielen und damit das vordringliche Ziel der Eingriffsregelung markieren. An der Vorgabe des vordringlichen Ziels der Erhaltung des Status quo an Natur und Landschaft und der zu seiner Verwirklichung maßgeblichen Instrumente zur Naturalkompensation besteht aus fachlicher Sicht fundamentales Interesse. Dies gilt umso mehr, als es sich bei der Eingriffsregelung um eines der wichtigsten Instrumente des flächenhaften Naturschutzrechts handelt. Andere im Zusammenhang mit der Eingriffsregelung bedeutsame Instrumente, die nicht auf die Erhaltung des Status quo gerichtet sind, sondern in anderer Weise auf eine naturschutzfachlich gebotene Kompensation zielen, d.h. namentlich die Einführung von Ersatzzahlungen, bleiben den Ländern überlassen.“

Liegt demnach eine bundeseinheitliche Definition von Ausgleich und Ersatz in für die Länder abschliessend verbindlicher Form vor, muß dies auch die existierenden und teilweise abweichenden Landesregelungen berühren. Denn das Bundesnaturschutzgesetz kennt zwar umfangreiche Übergangsvorschriften besonders für Verbandsbeteiligung und Verbandsklage sowie für die FFH-Regelungen (§§ 34 ff). Übergangsregelungen für die Eingriffsregelung sucht man hingegen vergebens. Hier sollte der bundesrechtliche Rahmen mit Inkrafttreten des Gesetzes verbindlich werden. Abweichende Landesregelungen sind daher nach Art. 31 GG seit Inkrafttreten des neuen BNatSchG unwirksam.

In § 14 Abs. 5 Landesnaturschutzgesetz Berlin heißt es zu den Ersatzmaßnahmen lediglich, dass bei nicht ausgleichbarem und ausnahmsweise zuzulassenden Eingriffen in Natur und Landschaft die Folgen des Eingriffs soweit wie möglich ausgeglichen werden sollen „und die so nicht ausgleichbaren Beeinträchtigungen auf sonstige Weise“ zu beheben (sind), insbesondere durch weitergehende Veränderungen der Oberflächengestalt oder durch Ersatzmaßnahmen. Ersatzmaßnahmen können danach auch an anderer Stelle als der, auf die sich der Eingriff unmittelbar auswirkt, gefordert werden.

Nach der Interpretation, die diese Regelung durch die Obere Naturschutzbehörde im Land Berlin erfahren hat, soll nach diesen Regelungen bereits beim Ausgleich, erst Recht aber beim Ersatz „ein zwingender Bezug auf die gestörten Funktionen des Naturhaushaltes und des Landschaftsbildes“ nicht bestehen.¹⁸ Es kämen vielmehr alle Maßnahmen in Betracht, die der Verwirklichung der Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege dienen.

Diese Interpretation steht offenkundig nicht in Übereinstimmung mit der bundeseinheitlichen Definition von Ausgleich und Ersatz in § 19 Abs.2 BNatSchG. Die gesetzliche Definition nimmt gerade und allein die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushaltes in Bezug, die vorrangig wiederhergestellt werden müssen (Ausgleich) und nur nachrangig „in gleichwertiger Weise ersetzt“ werden können (Ersatz). Nur bei der Beeinträchtigung des Landschaftsbildes soll auch eine Neugestaltung die Anforderungen an Ausgleich und Ersatz erfüllen können. Ein „zwingender Bezug auf die gestörten Funktionen des Naturhaushaltes und des Landschaftsbildes“ besteht nach der insoweit eindeutigen bundesgesetzlichen Vorgabe also sehr wohl. Da der angeführte angeblich nicht erforderliche zwingende Bezug zu den gestörten

¹⁸ Senatsverwaltung für Stadtentwicklung (Hrsg.), Umweltverträglichkeitsprüfung und Eingriffsregelung in der Stadt- und Landschaftsplanung, 1999, dort S.36.

Funktionen von Naturhaushalt und Landschaft jedoch nicht im NatSchGBln selbst postuliert, sondern lediglich von der Verwaltung interpretiert wurde, ist die Auslegung, die § 14 NatSchGBln insoweit durch die Verwaltung erfahren hat unbeachtlich, nicht aber das Gesetz wegen Verstoßes gegen Art.31 GG.

Weiter ist im hier relevanten Zusammenhang zu berücksichtigen, dass

- nach § 19 Abs.2 Satz 4 BNatSchG bei der Festsetzung von Art und Umfang der Maßnahmen Landschaftsprogramme und Landschaftspläne zu berücksichtigen sind: Diese Maßgabe berührt allerdings die Funktionsbezogenheit der Kompensation nicht.¹⁹ Denn sie bezieht sich ausdrücklich nur auf „Art und Umfang der Maßnahmen“, nicht aber auf diese selbst und ihre Definition. Landschaftsprogramm und Landschaftspläne können daher nur soweit Berücksichtigung finden, als in ihnen Maßnahmen enthalten sind, die einen Ausgleich oder Ersatz der beeinträchtigten Funktion von Naturhaushalt oder Landschaft ermöglichen.
- der Eingriff nach § 19 Abs.3 BNatSchG nicht zugelassen werden darf, wenn die Eingriffe nicht zu vermeiden oder nicht in angemessener Frist auszugleichen oder in sonstiger Weise zu kompensieren sind und die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege bei der Abwägung anderen Belangen vorgehen: Die spezifisch naturschutzrechtliche Abwägung ist in der Neufassung des BNatSchG hinter den Ersatz gerückt. Das hat zugleich Auswirkungen auf die Auslegung des Begriffs des Ersatzes. Er muss in engem Zusammenhang mit dem Ausgleich gesehen werden. Ein Eingriff ist danach erst dann „gleichwertig“ ersetzt, wenn das ökologische Niveau wiederhergestellt ist, welches auch bei einem Ausgleich wiederhergestellt wäre.²⁰ Sind bestimmte Bewertungsverfahren angewandt worden, ist über deren Maßstäbe sicherzustellen, dass der Ersatz etwa die gleiche Punktzahl erreicht wie der Ausgleich sie erreichen müsste. Wegen der strengen Funktionsbezogenheit von Ausgleich wie Ersatz, kann die Punktzahl bei einer Beeinträchtigung von Bodenfunktionen kaum durch die Anlage eines Parks auf unversiegeltem Gelände erreicht werden.
- der Eingriff dann nur aus zwingenden Gründen überwiegenden öffentlichen Interesses zu rechtfertigen ist, wenn Biotope zerstört werden, die für dort wild lebende Tiere und wild wachsende Pflanzen der streng geschützten Arten nicht ersetzbar sind: Auch diese Regelung setzt nach dem Ersatz ein.
- die Länder zu § 19 Abs.1 bis 3 weitergehende Regelungen erlassen können, insbesondere Vorgaben zur Anrechnung von Kompensationsmaßnahmen (Ökokonto) und zur Ersatzzahlung für nicht kompensierbare Eingriffe: Solche Regelungen lassen – sind sie doch nach Ausgleich und Ersatz geregelt – den Vorrang der Pflicht zu Ausgleich und Ersatz unberührt. Dabei bewegt sich die Idee des „Ansammelns“ von Kompensationsmaßnahmen als Ökokonto zunächst auf der Ebene von Ausgleich und Ersatz. So können vorzeitig Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen realisiert und später bei Realisierung des Eingriffs von diesem „Ökokonto“ abgebucht werden. Sie müssen aber stets die Anforderungen vorrangig an Ausgleich und nachrangig an Ersatz erfüllen.²¹ Ist ein Ausgleich möglich, kann eine Maßnahme aus dem Ökokonto aber nur als Ersatz angerechnet werden, so kann sie nicht abgebucht werden, da der Ausgleich rechtlich vorrangig zu realisieren ist und dieser Vorrang durch die Anlage des „Ökokonto“ nicht gebrochen werden darf. Die Inanspruchnahme von Maßnahmen eines Ökokonto, die Ersatz für andere als die konkret beeinträchtigten Funktionen bieten,

¹⁹ vgl. nur Gassner in Gassner/Bendomin-Kahlo/Schmidt-Ränsch, BNatSchG, 2.Auflage 2003, § 19 Rn. .

²⁰ Gassner a.a.O. Rn.4.

²¹ Gassner a.a.O. Rn.13.

verbietet sich aufgrund der Funktionsbezogenheit von Ausgleich und Ersatz. Die Ersatzzahlung hingegen kann sich vom Funktionsbezug lösen, wenn sie erst nach der Prüfung greift, ob Ausgleich oder Ersatz möglich sind und der Eingriff in der spezifisch naturschutzrechtlichen Abwägung Vorrang hat.

- nach § 1a Abs.2 BauGB die gesamte naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in der bauleitplanerischen Abwägung zu berücksichtigen ist, also der Abwägung unterliegt und damit in diesem Bereich ihre strikte Bindung verliert²²;
- nach § 200a BauGB ein unmittelbarer räumlicher Zusammenhang zwischen Eingriff und Ersatzmaßnahmen bei Darstellungen für Flächen zum Ausgleich und Festsetzungen für Flächen oder Maßnahmen zum Ausgleich im Sinne des § 1a Abs.3 BauGB, die auch Ersatzmaßnahmen umfassen, nicht erforderlich ist: In Berlin war dieser räumliche Bezug bereits bisher aufgrund der weiteren Regelung in § 14 NatSchGBln aufgelöst.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Das neue BNatSchG definiert Ausgleich und Ersatz abschließend und für die Länder verbindlich. Abweichende Landesvorschriften sind seit Inkrafttreten der Neuregelung unwirksam. Es gelten die Vorgaben

- **Erhalt**
- **gleichartige Wiederherstellung**
- **gleichwertige Wiederherstellung der beeinträchtigten Funktionen**

in der angeführten Reihenfolge. Das Ökokonto kann nur insoweit Anwendung finden, als es diesen Vorgaben genügt. Erst danach folgt die spezifisch naturschutzrechtliche Abwägung und die Lösung von der Funktionsbezogenheit der Kompensation etwa im Rahmen von Ersatzzahlungen. Im Bauplanungsrecht ist dieser Zusammenhang insoweit gelockert, als auch die dargestellten zwingenden naturschutzrechtlichen Vorgaben der Abwägung des Planungsträgers obliegen. Er muss aber den Vorgaben der Eingriffsregelung „abwägungsgerecht“ mit den ihnen zukommenden Gewicht Rechnung tragen und sich mit der in § 19 Abs.2 BNatSchG vorgegebenen Reihenfolge Vermeidung – Ausgleich – Ersatz – Ersatzzahlung sachgerecht auseinandersetzen.

Die weite Definition des Ersatzes in § 14 Abs.5 NatSchGBln ist – definiert man sie in Anlehnung an eine Interpretation durch die Obere Naturschutzbehörde im Land Berlin in dem Sinne, dass kein Bezug zu den gestörten Funktionen des Naturhaushalts und des Landschaftsbildes gegeben sein müsse - seit Inkrafttreten des neuen BNatSchG unwirksam. Es spricht allerdings mehr dafür, dass die Obere Naturschutzbehörde hier eine Missinterpretation vorgenommen hat und die Regelung Raum für eine mit dem Bundesrecht konform laufende Auslegung lässt.

Die Rechtsprechung hat sich mit dem Begriff der Kompensationsmaßnahmen verschiedentlich beschäftigen müssen. Dabei hat sie auch die Kompensationsmaßnahmen eingegrenzt. Eine ausdrückliche Beschäftigung mit der Frage, ob und inwieweit Erholungsmaßnahmen bis hin zum Wegebau Gegenstand von Kompensationsmaßnahmen sein können, findet sich in der Rechtsprechung allerdings ebenso wenig, wie in der einschlägigen Literatur. Auch hier finden sich vereinzelt Ansätze zur Abgrenzung der Kompensationsmaßnahmen, ohne dass insoweit eine Klarheit geschaffen wird, die die Aussage zulassen würde, die hier zu beantwortenden Fragen seien geklärt.

²² vgl. nur Krautzberger in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 8.Aufl. 2002, § 1a, Rn. 29.

3. Eingriffsausgleich nach dem Berliner Naturschutzgesetz

§ 14 NatSchGBln, der den bundesrechtlichen Rahmen ausgestaltet, enthält nur geringfügig abweichende Formulierungen. Danach ist der Verursacher eines Eingriffs verpflichtet, vermeidbare Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft zu unterlassen sowie unvermeidbare Beeinträchtigung innerhalb einer zu bestimmenden Frist durch Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege auszugleichen, soweit es zur Verwirklichung der Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege erforderlich ist. Ausgeglichen ist ein Eingriff, wenn nach seiner Beendigung keine erhebliche oder nachhaltige Beeinträchtigung des Naturhaushalts zurückbleibt und das Landschaftsbild landschaftsgerecht wieder hergestellt oder neu gestaltet ist. Die Ersatzmaßnahmen sind im Berliner Naturschutzgesetz nicht weiter definiert. In § 14 Abs. 5 heißt es lediglich, dass bei nicht ausgleichbarem und ausnahmsweise zuzulassenden Eingriffen in Natur und Landschaft die Folgen des Eingriffs soweit wie möglich ausgeglichen werden sollen „und die so nicht ausgleichbaren Beeinträchtigungen auf sonstige Weise“ zu beheben (sind), insbesondere durch weitergehende Veränderungen der Oberflächengestalt oder durch Ersatzmaßnahmen. Ersatzmaßnahmen können danach auch an anderer Stelle als der, auf die sich der Eingriff unmittelbar auswirkt, gefordert werden.

Die Interpretation der Regelung von Ausgleich und Ersatz in Berlin durch die Obere Naturschutzbehörde als nicht zwingend funktionsbezogen ist nach den Feststellungen im letzten Abschnitt wegen Verstoßes gegen die neue Definition des BNatSchG unbeachtlich. Da die bundesrechtliche Definition für Ausgleich und Ersatz entgegen früher verschiedentlich geäußelter Auffassung abschliessend ist, kommt es auf landesrechtlich ggfs. geringfügig abweichende Regelungen nicht an.

Relevant ist aber die landesrechtliche Bestimmung des räumlichen Zusammenhangs. § 14 Abs.5 Satz 4 NatSchGBln bestimmt insoweit, dass Ersatzmaßnahmen auch an anderer Stelle als der, auf die sich der Eingriff unmittelbar auswirkt, gefordert werden können. Er enthält also eine räumliche Entkoppelung von Eingriff und Ersatz. Sie setzt aufgrund der Vorrangigkeit des Ausgleichs nach § 19 Abs.3 BNatSchG jedoch erst nach Klärung der Frage an, ob ein Ausgleich möglich ist.

Die Regelung der bisher sogenannten Ausgleichsabgabe, die nunmehr in § 19 Abs. 4 BNatSchG als Ersatzzahlung bezeichnet wird, überlässt § 19 Abs. 4 des BNatSchG allein den Ländern. § 14 Abs. 6 des Berliner Naturschutzgesetzes sieht vor, dass ein Ausgleichsabgabe zu entrichten ist, soweit Ersatzmaßnahmen nicht möglich oder untunlich sind. Im Hinblick auf die Vorrangigkeit des Ausgleichs ergibt sich damit eine eindeutige Reihenfolge in der Prüfung:

- (1) Ausgleich,
- (2) Ersatzmaßnahme,
- (3) bei Unmöglichkeit oder Untunlichkeit Ausgleichsabgabe.

Eine Zweckbindung sieht § 14 Abs. 6 nur insoweit vor, als die Mittel für Maßnahmen einzusetzen sind, die dem Naturschutz und der Landschaftspflege dienen. Eine weitergehende Eingrenzung des Verwendungszweckes – etwa auf Ersatzmaßnahmen im weiteren Sinne – erfolgt in Berlin nicht. Nach § 14 Abs. 7 Berliner Naturschutzgesetz sind die zuständigen Senatsmitglieder ermächtigt, durch Rechtsverordnung die Höhe der Ausgleichsabgabe und das Verfah-

ren zu ihrer Erhebung zu regeln. § 14 Abs. 6 bietet jedoch auch ohne eine solche verordnungsrechtliche Regelung nach seinem klaren Wortlaut eine Grundlage für die Erhebung der Ausgleichsabgabe.

Die Obere Naturschutzbehörde hat im März 2004 den Naturschutzverbänden den Entwurf von Änderungen des NatSchBln übermittelt, mit dem die Regelungen des neuen BNatSchG umgesetzt werden sollen. Für den hier zu betrachtenden Bereich sind insbesondere die Neuregelungsvorschläge von „§ 14a Verursacherpflichten, Unzulässigkeit von Eingriffen“ und §§ 14b Ökokonto“ von Belang.

Es soll im folgenden einerseits auf die Frage eingegangen werden, welche Auswirkungen die Neuregelungen möglicherweise auf die Fragestellung „Inhaltliche Anforderungen an Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen“ hat und ob sie von Naturschutzseite zu stellenden Anforderungen an die landesrechtliche Umsetzung der Eingriffsregelung genügt.

Die vorgeschlagenen Neuregelungen lauten wie folgt:

**„§ 14a
Verursacherpflichten, Unzulässigkeit von Eingriffen**

- (1) *Der Verursacher eines Eingriffs ist verpflichtet, vermeidbare Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft zu unterlassen sowie unvermeidbare Beeinträchtigungen innerhalb einer zu bestimmenden Frist von möglichst nicht über zwei Jahren durch Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege vorrangig auszugleichen (Ausgleichsmaßnahmen) oder, durch Maßnahmen, die der Verwirklichung der Ziele und Grundsätze des Naturschutzes und der Landschaftspflege dienen, zu kompensieren (Ersatzmaßnahmen). Ausgeglichen ist eine Beeinträchtigung, wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts wieder hergestellt sind und das Landschaftsbild landschaftsgerecht wiederhergestellt oder neu gestaltet ist. In sonstiger Weise kompensiert ist ein Eingriff, wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts in gleichwertiger Weise ersetzt sind oder das Landschaftsbild landschaftsgerecht neu gestaltet ist. Ersatzmaßnahmen können auch an anderer Stelle als der, auf die sich der Eingriff unmittelbar auswirkt, gefordert werden. Bei der Festsetzung von Art und Umfang der Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen sind die Inhalte und Zielsetzungen des Landschaftsprogramms und der Landschaftspläne zu berücksichtigen; Ersatzmaßnahmen sollen hierbei möglichst innerhalb der in der Landschaftsplanung ausgewiesenen Ausgleichsflächen und -räume festgesetzt werden.*
- (2) *Ein Eingriff darf nicht durchgeführt oder zugelassen werden, wenn die Beeinträchtigungen nicht zu vermeiden, nicht in angemessener Frist auszugleichen oder in sonstiger Weise zu kompensieren sind und die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege bei Abwägung aller Anforderungen an Natur und Landschaft anderen Belangen im Range vorgehen. Werden als Folge des Eingriffs Biotope zerstört, die für dort wild lebende Tiere und wild wachsende Pflanzen der streng geschützten Arten nicht ersetzbar sind, ist der Eingriff nur zulässig, wenn er aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses gerechtfertigt ist. Ein Eingriff darf auch nicht zugelassen oder durchgeführt werden, wenn die Schutzvorschrif-*

ten des Art. 5 der Richtlinie 79/409/EWG (Vogelschutzrichtlinie) oder die der Art. 12 und 13 der Richtlinie 92/43/EWG (FFH- Richtlinie) in ihrer jeweils geltenden Fassung entgegenstehen und eine Abweichung nach Art. 9 der Vogelschutz- Richtlinie beziehungsweise nach Art. 16 der FFH- Richtlinie nicht zulässig ist.

- (3) Soweit Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen nicht möglich oder untunlich sind, ist eine Ersatzzahlung zu entrichten. Dies gilt nicht für Vorhaben des Landes Berlin. Die aufkommenden Mittel sind für Maßnahmen einzusetzen, die dem Naturschutz und der Landschaftspflege dienen.
- (4) Die Höhe der Ersatzzahlung bemisst sich nach den Kosten der unterbliebenen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen. Dazu gehören auch die Kosten für deren Planung, die Flächenbereitstellung, die Kompensationspflege einschließlich der Kontrolle.
- (5) Wer einen unzulässigen Eingriff oder einen Eingriff unter Missachtung der behördlichen Anordnungen vorgenommen hat, ist verpflichtet, unverzüglich den früheren Zustand wiederherzustellen. Ist die Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht möglich, ist der Eingriff vorrangig auszugleichen oder durch Maßnahmen, die der Verwirklichung der Ziele und Grundsätze des Naturschutzes und der Landschaftspflege dienen, zu kompensieren. Absatz 1 Sätze 2 bis 6 und Absatz 3 Satz 1 gelten entsprechend.
- (6) Für die Erfüllung der Pflichten nach den Absätzen 1 bis 3 und 5 haften Verursacher und Rechtsnachfolger als Gesamtschuldner.

§ 14 b Ökokonto

- (1) *Soweit Darstellungen oder Festsetzungen der Bauleitplanung oder der Landschaftsplanung zur Zweckbestimmung von Flächen nicht entgegenstehen, können Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege, die ohne öffentlich-rechtliche Verpflichtung bereits vor dem Beginn eines Eingriffs durchgeführt werden sollen, auf Antrag vor ihrer Durchführung von der obersten Behörde für Naturschutz und Landschaftspflege in ein Ökokonto anerkannt werden, wenn*
 1. *von ihnen dauerhaft günstige Wirkungen auf die weitere Entwicklung von Natur und Landschaft insbesondere für die Sachbereiche des § 3 Abs. 2 ausgehen und*
 2. *die jeweiligen Flächen, auf denen Maßnahmen durchgeführt werden, dauerhaft rechtlich und tatsächlich für Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege gesichert sind.*
- (2) *Als Maßnahmen im Sinne des Absatzes 1 können auch mit dem Zulassen natürlicher Vegetationsentwicklungen geschaffene positive Wirkungen auf den Naturlandschaftshaushalt und das Landschaftsbild ganz oder teilweise anerkannt werden. Voraussetzung ist, dass die jeweiligen Flächen eine Schutzwürdigkeit im Sinne der §§ 18 ff aufweisen oder für den Biotopverbund von besonderer Bedeutung sind.*
- (3) *Das Ökokonto verbucht die Maßnahmen im Sinne des Absatzes 1, nachdem sie durchgeführt worden sind. Das Ökokonto wird bei späteren Eingriffen von der nach § 15 zuständigen Behörde auf die Verpflichtung zur Durchführung von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen angerechnet, soweit die Vorgaben des*

§ 14 a einer Anrechnung nicht entgegenstehen. Der Anspruch auf Anrechnung ist übertragbar.“

Eine Begründung zum Gesetz-Entwurf liegt vor, geht allerdings über den vorgeschlagenen Gesetzeswortlaut kaum hinaus und gibt daher keine Hinweise für die Auslegung der vorgeschlagenen Neuregelungen.

Auswirkungen der vorgeschlagenen Neuregelungen auf die Fragestellung „Inhaltliche Anforderungen an Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen“ kommen insbesondere in folgenden Punkten in Betracht:

- Die Formulierung *durch Maßnahmen, die der Verwirklichung der Ziele und Grundsätze des Naturschutzes und der Landschaftspflege dienen, zu kompensieren (Ersatzmaßnahmen)* weicht vom BNatSchG ab und könnte implizieren, dass als Ersatz alle den Zielen des Naturschutzes und der Landschaftspflege dienenden Maßnahmen angesehen werden können, der Funktionsbezug also aufgelöst werden soll. Der klare Bezug zu der beeinträchtigten Funktion wird aber im Rahmen der Begriffsdefinition von Ersatz in Satz 3 der Vorschrift wieder hergestellt, so dass die Befürchtung bei zutreffender Auslegung nicht greifen kann. Es bleibt zu hoffen, dass die Obere Naturschutzbehörde an ihrer schon bisher rechtsfehlerhaften Auffassung, ein Funktionsbezug sei nicht zwingend erforderlich, nicht festhält.
- Durch die Formulierung *Ersatzmaßnahmen können auch an anderer Stelle als der, auf die sich der Eingriff unmittelbar auswirkt, gefordert werden* wird der räumliche Bezug der Ersatzmaßnahmen an den Eingriffsraum gelockert. Der Rat der Sachverständigen für Umweltfragen hat in seinem Sondergutachten 2002 „Für eine Stärkung und Neuorientierung des Naturschutzes“ gefordert, dass im Rahmen der räumlichen Flexibilisierung des Ersatzes sichergestellt werden sollte, dass die Kompensation zumindest auf den betroffenen Naturraum zurückwirken und der vom Eingriff betroffenen Bevölkerung zugute kommen sollte.²³ Da die weitere Flexibilisierung zugleich auch die Gefahr birgt, dass der Zusammenhang zwischen Eingriff und Kompensation immer weniger erkennbar bleibt und damit einem Ausweichen auf „Minimalkompensationen“ Vorschub leisten könnte, ist eine Einschränkung der räumlichen Flexibilisierung auch nach Ansicht des Unterzeichneten geeignet, den Vollzug der Eingriffsregelung verständlicher, nachvollziehbarer und damit betroffenen-freundlicher zu gestalten. Andererseits muss ein gewisser Bedarf an Flexibilisierung zur naturschutzfachlich effektiveren Umsetzung der Kompensation wohl anerkannt werden. Der Rat von Sachverständigen für Umweltfragen schlägt hier eine zweite Einschränkung vor: zumindest bei der Beeinträchtigung knapper und bedeutsamer Leistungen des Naturschutzhaushalts müsse am engen räumlichen und funktionalen Zusammenhang festgehalten werden.²⁴ Ob und in welchen Bundesländern (ob insbesondere auch in einem Stadtstaat wie Berlin) eine solche Forderung naturschutzfachlich sinnvoll ist, sollte in jedem Falle geprüft werden.
- Die Formulierung in Abs.3, *„Soweit Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen nicht möglich oder untunlich sind, ist eine Ersatzzahlung zu entrichten. Dies gilt nicht für Vorhaben des Landes Berlin. Die aufkommenden Mittel sind für Maßnahmen einzusetzen, die dem Naturschutz und der Landschaftspflege dienen.“* lässt die Rangfolge von Ausgleich, Ersatz und Abwägung unberührt. Erfreulich ist der Hintergrund der Frei-

²³ SRU 2002, Rz.324.

²⁴ SRU 2002, Rz.324.

stellung des Landes Berlin von der Ersatzzahlung. In der Begründung zur Novellierung wird davon ausgegangen, dass dem Land Berlin stets zumindest ein Ersatz möglich sein wird, da ihm hinreichende Möglichkeiten aufgrund des Landschaftsprogramms offen stehen. Es bleibt klarzustellen, dass der Ersatz funktionsbezogen ist und daher im Landschaftsprogramm nur die Maßnahmen mit Bezug zur beeinträchtigten Funktion als Ersatz in Betracht kommen. Im letzten Satz wird der Funktionsbezug der Ersatzzahlung aufgelöst. Ob dies sinnvoll ist, ist insbesondere vor dem Hintergrund der eingangs geschilderten Erfahrungen zu bezweifeln, wonach aus Kompensationsmitteln vorrangig die Anlage von Parks u.a. Erholungsflächen finanziert wird. Die Kompensation etwa von Beeinträchtigungen von Boden- und Biotopfunktionen droht hier zu kurz zu kommen. Angesichts der sehr weiten räumlichen Flexibilisierung des Ersatzes deckt dieser jedoch nach der vorgeschlagenen Regelung den gesamten Bereich funktionsbezogener Kompensation ab. Einer funktionsbezogenen (oder zumindest vorrangig funktionsbezogenen) Ersatzzahlung bliebe daher wohl nur bei den soeben vorgeschlagenen Einschränkungen der räumlichen Flexibilisierung des Ersatzes Raum. Es ist zumindest in diesem Fall wohl naturschutzfachlich durchaus sinnvoll, auch für die Verwendung der Ersatzzahlungen einen Bezug zu den beeinträchtigten Funktionen herzustellen.

- Eine Frage bleibt allerdings angesichts der Ausführungen soeben offen und kann nicht allein juristisch beantwortet werden: Welcher Anwendungsbereich kann der Ersatzzahlung verbleiben, wenn ein Ersatz vorrangig bleibt und ein Ersatz im gesamten Stadtgebiet durchgeführt werden kann und das Land Berlin davon ausgeht, im Landschaftsprogramm hinreichend Maßnahmen verankert zu haben, um für jeden Eingriff des Landes einen (funktionsbezogenen) Ersatz durchführen zu können? Wenn dem so ist, müsste das Land auch anderen, die Eingriffe verursachen, hinreichend Möglichkeiten des Ersatzes aufzeigen können. Kann dann die Ersatzzahlung noch zur Anwendung kommen? Ist ihr Einsatz auf die Fälle beschränkt, in denen dem Eingriffsverursacher der Erwerb eines dauerhaften Rechts an Flächen des Landes Berlin nicht zuzumuten ist? Wird in solchen Fällen nicht das Land Berlin die Flächen zu zumutbaren Bedingungen zur Verfügung stellen (müssen)? Ist die Ersatzzahlung in der Konsequenz u.U. doch nur ein Instrument, mit dem dann faktisch die Reihenfolge Ausgleich, Ersatz, Abwägung, Ersatzzahlung durchbrochen wird?
- Die Vorschrift zum Ökokonto berührt die hier zu betrachtende Rangfolge von Ausgleich, Ersatz, Abwägung, Ersatzzahlung nicht, wie § 14b Abs.3 klarstellt.
- Die Regelung in § 14b Abs.2 *Als Maßnahmen im Sinne des Absatzes 1 können auch mit dem Zulassen natürlicher Vegetationsentwicklungen geschaffene positive Wirkungen auf den Naturhaushalt und das Landschaftsbild ganz oder teilweise anerkannt werden.* stößt zunächst auf Bedenken. In der Literatur wird davon ausgegangen, dass Ausgleichsmaßnahmen sich nicht in einer Sicherung von Flächen erschöpfen, den Ausgleich also nicht allein der natürlichen Sukzession überlassen dürfen.²⁵ Ob der darauf folgende Satz, der eine besondere naturschutzfachliche Bedeutung der Flächen voraussetzt, diese Bedenken beseitigen kann, erscheint zweifelhaft. Denn diese Einschränkung ändert nichts daran, dass die natürliche Vegetationsentwicklung keine „Maßnahme“ ist, also auch keine Kompensationsmaßnahme eines Kompensationsverpflichteten sein kann. Die „Maßnahme“ würde sich in der Sicherung der Fläche erschöpfen, während i.ü. von den Kompensationsverpflichteten verlangt wird, dass sie die „Maßnahmen“ mit positiver naturschutzfachlicher Wirkung zusätzlich zur Flä-

²⁵ vgl. nur Halama NuR 1998, 663 m.w.N..

chensicherung durchführen. Das kann mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung kaum in Übereinstimmung zu bringen sein. Die Regelung sollte gestrichen werden.

Weitere Vorschläge zur landesrechtlichen Ausgestaltung der Eingriffsregelung werden in dem Gutachten von Schrader/Hellenbroich²⁶ diskutiert. Allerdings gehen die Vorschläge über das hier relevante nicht nur hinaus. Sie werden auch als durchaus kontrovers diskutiert. Ihre Diskussion im einzelnen würde hier den Rahmen sprengen und auch die Formulierung von nicht allein und teils nicht einmal vorrangig juristischen Positionen erfordern, so dass der entsprechende Auszug aus dem Gutachten zunächst zur Information beigefügt wird.

4. Eingriffsausgleich in Brandenburg

In der brandenburgischen Eingriffsregelung ist insbesondere die Funktionsbezogenheit der Ersatzmaßnahmen klarer geregelt. Das wurde in § 14 Brandenburgisches Naturschutzgesetz alter Fassung wie folgt deutlich:

„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 Maßnahmen sollen den Aussagen der Landschaftsplanung Rechnung tragen.“

Die Neufassung des Brandenburgischen Naturschutzgesetzes führt in dieser Hinsicht zu keinem anderen Ergebnis und definiert in Anlehnung an die Formulierung des Bundesnaturschutzgesetzes die Ersatzmaßnahme in § 12 Abs. 2 Brandenburgisches Naturschutzgesetz wie folgt:

„Nicht nur vorübergehende unvermeidbare Beeinträchtigungen sind durch Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege vorrangig auszugleichen (Ausgleichsmaßnahmen) oder in sonstiger Weise zu kompensieren (Ersatzmaßnahmen)(...).In sonstiger Weise kompensiert ist eine Beeinträchtigung, wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts in der betroffenen naturräumlichen Region in gleichwertiger Weise ersetzt sind.“

In den „vorläufigen Hinweisen zum Vollzug der Eingriffsregelung“²⁷ sind die funktionalen Anforderungen an Ausgleich und Ersatz wie folgt definiert:

„Der Zustand von Natur und Landschaft soll nach erfolgtem Ausgleich möglichst funktional gleichartig zum Ausgangszustand sein. Damit ist nicht die Wiederherstellung i-

²⁶ Prof. Dr. Christian Schrader/Tobias Hellenbroich, Umsetzung des Bundesnaturschutzgesetzes – Vorschläge für eine Landesgesetzgebung aus Sicht des BUND – Göttingen, September 2002.

²⁷ Vorläufige Hinweise zum Vollzug der Eingriffsregelung (HVE) nach den §§ 10-18 des Brandenburgischen Naturschutzgesetzes, Stand Jan. 2003, herausgegeben vom Ministerium für Landwirtschaft, Umweltschutz und Raumordnung des Landes Brandenburg, die zumindest sinngemäß auf die §§ 10-18 des Brandenburgischen Naturschutzgesetzes neuer Fassung Anwendung finden.



dentischer Elemente gemeint, sondern die wesentlichen Funktionen, die Natur und Landschaft vor dem Eingriff erfüllt haben, sollen auch zukünftig gewährleistet werden.

Für Ersatzmaßnahmen ist der funktionale Bezug gelockert. Die beeinträchtigten Werte und Funktionen können auch in ähnlicher Weise durch naturschutzfachlich gleichwertige Maßnahmen ersetzt werden.“²⁸

Allerdings lösen sich die vorläufigen Hinweise zum Vollzug der Eingriffsregelung im Land Brandenburg bei der Benennung von Beispielen von Kompensationsmaßnahmen von der bereits angeführten Gleichsetzung von Ausgleich = gleichartig und Ersatz = gleichwertig. Da das dort²⁹ gerade im Hinblick auf die Fragestellung (Wegebau als Kompensation?) anschaulich dargestellt ist, wird es im Folgenden wiedergegeben:

Beispiel zum funktionalen Bezug (gleichartig und gleichwertig)	
Eingriff	Verlust einer Schlehenhecke hohen Alters, die regelmäßig auf den Stock gesetzt wurde, in einer Ackerlandschaft
Betroffene Funktionen	u.a. „Windschutz“, „Lebensraum für Arten und Lebensgemeinschaften“, „Landschaftsbild“
Ausgleich	Ausgleich nicht möglich, da Entwicklungszeit > 25 Jahre
<u>Gleichartiger</u> Ersatz	Anlage einer artenreichen, mit langfristigen Pflegemaßnahmen verbundenen Schlehen-Gehölzpflanzungen
Nicht gleichartiger aber <u>gleichwertiger</u> (ähnlicher) Ersatz.	Renaturierung eines Pfuhs auf einer Ackerfläche innerhalb des Naturraumes (hier: Aufwertung des betroffenen Biotoptyps, der Lebensraumfunktion, des Wasserhaushaltes)

Ob diese weitere Differenzierung zwischen Ausgleich und einem „gleichartigen Ersatz“ mit der Begriffsdefinition des § 19 Bundesnaturschutzgesetz noch vereinbar ist³⁰, kann für die Fragestellung dieses Gutachtens offen bleiben: In jedem Falle macht das Beispiel deutlich, dass die Anlage von Erholungs-, Sport- und Wegeflächen als naturschutzrechtliche Kompensation nur in Betracht kommt, wenn in die Erholungsfunktion von Natur und Landschaft in entsprechender Weise eingegriffen wurde.

Im Übrigen ist auch in den Brandenburgischen vorläufigen Hinweisen zum Vollzug der Eingriffsregelung im Rahmen der Formulierung „grundsätzlicher Anforderungen“ u.a. als Anforderung die „Eignung und Anerkennungsfähigkeit“ von Kompensationsflächen und – Maßnahmen formuliert:

„ – Verwendung von Flächen, auf denen Naturhaushalt und Landschaftsbild aufwertungsfähig und aufwertungsbedürftig sind (gering – bis mittelwertige Flächen);

- keine Doppelbelegung von Flächen, die bereits für Maßnahmen zur Kompensation von anderen Eingriffen in Anspruch genommen sind; im Einzelfall ausgenommen ist die Kompensation von Funktionen, die die betreffende Fläche bisher noch nicht erfüllt.

²⁸ HVE, a.a.O. S. 25

²⁹ HVE, a.a.O. S. 27

³⁰ dafür könnte sprechen, dass § 19 Abs.4 ausdrücklich weitergehende Regelungen der Länder zulässt, dagegen allerdings, dass die Begriffsdefinitionen nach der oben angeführten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bundeseinheitlich gelten sollen.

- keine Verwendung von Flächen, die durch geplante oder absehbare Eingriffe erheblich beeinträchtigt werden können, auch wenn diese Eingriffe nur indirekt auf die Flächen wirken.

- keine Anrechnung einer Schutzgebietsausweisung (reine Flächensicherung); Flächen in Schutzgebieten können jedoch herangezogen werden, wenn ihre ökologische Aufwertung möglich und naturschutzfachlich sinnvoll ist.

- „Sanierungsmaßnahmen“ wie z.B. Munitionsberäumungen oder Altlastensanierungen kommen grundsätzlich nicht in Frage.“

Hinsichtlich des räumlichen Bezuges wird bei den Ausgleichsmaßnahmen ein enger räumlicher Bezug der Maßnahmen zu den auszugleichenden Schutzgütern und ihren Funktionen gefordert. Maßnahmen im direkten Einwirkungsbereich der betriebsbedingten Beeinträchtigungen der eingreifenden Maßnahme werden in der Regel nicht als Kompensationsmaßnahmen anerkannt, sondern gelten als Gestaltungsmaßnahmen. Für die Ersatzmaßnahmen ist danach der räumliche Bezug gelockert. Die beeinträchtigten Funktionen können auch in größerer Entfernung kompensiert werden. Ein räumlicher Bezug muss aber in jedem Fall zwischen Eingriffs- und Kompensationsraum herstellbar sein. In Brandenburg wird dieser räumliche Bezug nach den HVE als gegeben angesehen, wenn die Ersatzmaßnahmen innerhalb der gleichen naturräumlichen Region³¹ umgesetzt werden.³²

In den Brandenburgischen Regelungen zur Eingriffskompensation kann ein Widerspruch zu den oben angeführten Anforderungen des Bundesnaturschutzgesetzes ebenso wenig erblickt werden, wie in den Hinweisen zum Vollzug der Eingriffsregelung (HVE), die das zuständige Ministerium für Brandenburg herausgegeben hat. Wegen der weitgehenden Übereinstimmung der HVE mit den Vorgaben des BNatSchG und des neuen Bbg NatSchG wird hier davon ausgegangen, dass die HVE zunächst auch nach Änderung des BbgNatSchG als Leitfaden dienen sollen.

5. Wegebau als Kompensation? - Inhaltliche Anforderungen an Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen

Es kann als anerkannt gelten, dass die gesetzliche Definition sowohl von Ausgleichsmaßnahmen, wie auch von Ersatzmaßnahmen, wie auch schließlich der Verwendung von Ausgleichs-(jetzt Ersatz-)abgaben weit von einer erschöpfenden Definition der danach möglichen Maßnahmen und ihrer inhaltlichen Ausgestaltung entfernt ist. Während sich die Rechtsprechung hierzu weitestgehend auf die Beurteilung von Einzelfällen zurückzieht und es im Übrigen bei allgemeinen Formulierungen und Rahmensetzungen belässt, widmet sich eine fast schon unüberschaubare Vielfalt an Literatur der naturschutzrechtlichen Kompensation und ihrem In-

³¹ Diese ist definiert im Landschaftsprogramm Brandenburg.

³² Ob diese Konkretisierung noch den Anforderungen von § 14 Brandenburgisches Naturschutzgesetz genügt, wonach die Wiederherstellung der beeinträchtigten Werte und Funktionen des Naturhaushaltes an anderer Stelle des von dem Eingriff betroffenen Raumes zu erfolgen hat, ist nur aufgrund einer Bewertung zu beurteilen, ob die naturräumlichen Regionen, die im Landschaftsprogramm Brandenburg ausgewiesen sind, zugleich als die „vom Eingriff betroffenen Räume“ angesehen werden können oder nicht vielmehr eine andere Ableitung erfahren haben. Dies kann an dieser Stelle nicht abschließend betrachtet werden, hängt neben der Plausibilitätsprüfung des Landschaftsprogramms vor allem auch von einer naturschutzfachlichen Bewertung ab.

halt. Die Auswahl wird im Folgenden anhand der hier zugespitzten Fragestellung „Wegebau als Kompensation“ versucht:

a) **Inhaltliche Anforderungen an Ausgleichsmaßnahmen**

Das Bundesnaturschutzgesetz verleiht dem Begriff der Ausgleichsmaßnahme in § 19 Abs. 2 – wie oben aufgezeigt – Konturen in erster Linie durch die Abgrenzung zur Ersatzmaßnahme. Für die Abgrenzung steht das Begriffspaar „gleichartige“ Ausgleichsmaßnahmen und „gleichwertige“ Ersatzmaßnahmen. Damit wird im neuen BNatSchG im Wesentlichen die schon bisher fast durchgängig vorgenommene begriffliche Abgrenzung zwischen Ausgleich und Ersatz beibehalten.³³ Der auch früher bereits vom Obergericht Berlin³⁴ angelegte Maßstab der Gleichartigkeit wird in § 19 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG dahingehend definiert, dass eine Beeinträchtigung ausgeglichen ist, wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushaltes wieder hergestellt sind und das Landschaftsbild landschaftsgerecht wieder hergestellt oder neugestaltet ist. Bei der Festsetzung von Art und Umfang der Ausgleichsmaßnahmen sind nach § 19 Abs. 2 Satz 4 BNatSchG Landschaftsprogramme, Landschaftsrahmenpläne und Landschaftspläne „zu berücksichtigen“. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner grundlegenden Entscheidung vom 27.09.1990³⁵ folgende Formulierung verwandt:

Einen Ausgleich im Rechtssinne stellen damit Maßnahmen im Bezug auf ein durch einen Eingriff gestörtes Landschaftsbild immer dann dar, wenn durch sie in dem betroffenen Landschaftsraum ein Zustand geschaffen wird, der in gleicher Art, mit gleichen Funktionen und ohne Preisgabe wesentlicher Faktoren des optischen Beziehungsgefüges den vor dem Eingriff vorhandenen Zustand in weitest möglicher Annäherung fortführt. Ein solcher Ausgleich muss nicht notwendig genau an der Stelle des Eingriffs, wohl aber unter Wahrung des funktionellen Zusammenhanges zwischen Eingriff und Ausgleich erfolgen, um auch insoweit die erforderliche Abgrenzung zur Ersatzmaßnahme zu wahren.³⁶

Die vom BVerwG in den ersten der soeben zitierten Sätze verwandte Formulierung findet sich bereits etwas allgemeiner, nämlich auch auf den Naturschutz bezogen, bei Breuer³⁷:

Ausgleichsmaßnahmen müssen im Wege der Naturalrestitution in dem betroffenen Landschaftsraum einen Zustand schaffen, der in gleicher Art, mit gleichen Funktionen und ohne Preisgabe wesentlicher Faktoren des ökologischen und optischen Beziehungsgefüges den früheren Zustand fortführt.

Entscheidend wird also auf den funktionalen Zusammenhang abgestellt. Ein räumlicher Zusammenhang muss danach gegeben sein, jedoch kann dieser auch gelockert werden, solange der Ausgleich im betroffenen Landschaftsraum stattfindet. Die weitere Rechtsprechung und Literatur hat sich weitestgehend daran orientiert.

³³ vgl. dazu Gassner in: Gassner/Schmidt-Räntsch/Bendomin-Khalo, Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar, 1996, § 8 RdNr. 27 ff.; Louis, BNatSchG Kommentar 2. Auflage 2000, § 8 RdNr. 212; Schink DVBL 1992, 1390, 1398 ff.; Schmidt-Eichstedt DVBL 1994, 1165/1170; Pass Breuer NUR 1980, 89, 94; Vosskuhle, Das Kompensationsprinzip, Seite 141, 144; Friedlein/Weidinger/Groß, Bayerisches Naturschutzgesetz, Kommentar, 2. Auflage Seite 94.

³⁴ Urteil vom 22.04.1983 – 2 A 6/81 – NVWZ 1983, 416, 417.

³⁵ BVerwG 4 C 44/87 – BVerwGE 85, 348 ff..

³⁶ BVerwG a.a. O. Seite 360.

³⁷ NUR 1980, 89, 95.

Immer wieder werden in der Literatur auch Beispiele genannt, die allerdings nur begrenzt eine weitere inhaltliche Abgrenzung zulassen, was als Ausgleichsmaßnahme noch verstanden werden kann und was nicht mehr. So werden etwa die Beispiele genannt:

- Die Beseitigung eines Naherholungsgebietes kann durch deren Neuschaffung im Wege des Ausgleiches kompensiert werden;³⁸
- „Trockenrasen nur durch Trockenrasen“, nicht durch Feuchtgebiet;³⁹

Zugleich wird in der Literatur beklagt, dass der notwendige funktionale Bezug, die notwendige Gleichartigkeit von beeinträchtigter Funktion und durch Ausgleich herzustellender Funktion, in der Praxis nicht hinreichend erstgenommen würde:

*Die in der Praxis häufig geforderten Maßnahmen eher kosmetischen Charakters, wie die nach Eingrünungen, genügen diesen Anforderungen regelmäßig nicht; sie können allenfalls der Kompensation von Landschaftsschäden, nicht jedoch der Beeinträchtigung von Ökosystemen dienen.*⁴⁰

Der notwendige funktionale Bezug bzw. die notwendige Gleichartigkeit von beeinträchtigter Funktion und Ausgleichsfunktion führen dazu, dass etwa die Anlegung von Wegen, Kinderspielplätzen o. ä. für die Zerstörung von Biotopen in der Literatur nicht einmal diskutiert wird.⁴¹ Selbst die Literatur, die sich mit dem Verhältnis von Naturschutz und Erholung befasst, diskutiert die Möglichkeit eines solchen Ausgleiches nicht.⁴²

Jedoch wird im Hinblick auf die funktionale Gleichartigkeit von Eingriff und Ausgleich die Herstellung eines – wie sogleich ausgeführt wird, naturnahen - Weges als Kompensation dann in Betracht kommen, wenn in eine vorhandene Wegebeziehung eingegriffen wurde. Ebenso wird die Wiederherstellung eines – naturnahen - Kinderspielplatzes in Betracht kommen, wenn durch eine Eingriffsmaßnahme ein Kinderspielplatz beseitigt wurde. Denn für die Bestimmung der Funktionen, welche durch einen Eingriff in Natur und Landschaft beeinträchtigt werden können, greift die Literatur durchaus auf die Bestimmung von Zielen und Grundsätzen des Naturschutzes und der Landschaftspflege in §§ 1, 2 BNatSchG zurück.⁴³ Zu den Zielen des Naturschutzes und der Landschaftspflege gehört nach § 1 Ziff. 4 BNatSchG auch der Erholungswert von Natur und Landschaft. Zu den Grundsätzen des Naturschutzes und der Landschaftspflege gehört nach § 2 Abs. 1 Nr. 13 auch die Sicherung der Landschaft in ihrer Bedeutung als Erlebnis- und Erholungsraum des Menschen, insbesondere die Bereitstellung ausreichender Flächen für die Erholung vor allem im siedlungsnahen Bereich. Da die Erholungseignung zu den Funktionen im Sinne des Bundesnaturschutzgesetzes gehört, kann in sie auch eingegriffen werden mit der Folge der Notwendigkeit von Ausgleichsmaßnahmen im Bereich der Erholung.

Der Grundsatz der § 2 Abs.1 Nr.13 BNatSchG verdeutlicht bereits mit seinem Wortlaut, dass ausschließlich die natur- und umweltverträgliche Erholung und sportliche Betätigung in der freien Natur zu den geschützten Funktionen gehören. In der Literatur wird dementsprechend

³⁸ Breuer NUR 1980, 89, 95 f.

³⁹ Schink DVBl. 1992, 1390, 1399 m.z.w.N..

⁴⁰ so etwa Schink DVBl. 1992, 1390, 1399 m.z.w.N.; Burmeister, Schutz von Natur S. 170.

⁴¹ vgl. etwa den Überblick bei Burmeister, Schutz von Natur Seite 104 ff.

⁴² vgl. etwa Stadler, Naturschutz und Erholung, Berlin 1996, Seite 184 ff.

⁴³ vgl. etwa Gassner NUR 1984, 81, 84.

auch nur die Herstellung naturnaher Wege als mit den Zielen und Grundsätzen des Naturschutzes zu vereinbaren angesehen. Die Herstellung von Asphaltwegen, Wegen mit sonstiger wasserundurchlässiger Oberfläche, versiegelten Sport- und Spielplätzen etc. kommt mithin als Ausgleichsmaßnahme nicht in Betracht.

Die Ausgangsfrage: „Wegebau als Ausgleichsmaßnahme?“ ist mithin dahingehend zu beantworten, dass ein naturnaher Wegebau als Ausgleichsmaßnahme dann (und nur dann) in Betracht kommt, wenn und soweit in Wege eingegriffen wurde. Es ist ein Zustand zu schaffen,

- der in gleicher Art, mit gleichen Funktionen und ohne Preisgabe wesentlicher Faktoren den vor dem Eingriff vorhandenen Zustand in weitestmöglicher Annäherung fortführt⁴⁴,
- also den konkreten ökologischen oder landschaftlichen Schaden heilt⁴⁵,
- wobei als Flächen nur solche in Betracht kommen, die aufwertungsbedürftig und aufwertungsfähig sind, also solche, die in einen Zustand versetzt werden können, der sich im Vergleich mit dem früheren als ökologisch höherwertig einstufen lässt⁴⁶
- und sich die Maßnahmen in der naturschutzfachlichen Bilanz als positiv erweisen müssen, wobei eine vorübergehende Beeinträchtigung bei insgesamt positiver Bilanz nicht schadet⁴⁷
- und sie dürfen sich nicht in einer Sicherung von Flächen erschöpfen, den Ausgleich also nicht allein der natürlichen Sukzession überlassen.⁴⁸

b) Inhaltliche Anforderungen an Ersatzmaßnahmen

Die Ersatzmaßnahmen werden mit dem Begriff „gleichwertig“ als ähnliche Kompensationen bezeichnet und in § 19 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG dahingehend definiert, dass eine Beeinträchtigung in sonstiger Weise kompensiert ist, wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushaltes in gleichwertiger Weise ersetzt sind oder das Landschaftsbild landschaftsgerecht neu gestaltet ist. Aus den Begriffen „gleichwertig“ und der ausdrücklichen Benennung der „beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushaltes“ im Gesetz ergibt sich der enge funktionale Bezug der Ersatzmaßnahmen nunmehr unmittelbar aus dem Bundesnaturschutzgesetz.⁴⁹ Trotzdem auch hier der funktionale Bezug mithin bereits im Gesetz verankert ist, ergibt sich durch die Abgrenzung zwischen „gleichartig“ (Ausgleich) und „gleichwertig“ (Ersatz) und die Begriffe „wiederherstellen“ (Ausgleich) und „ersetzen“ (Ersatz) eine Lockerung des engen Zusammenhang zwischen Eingriff und Kompensation. Als Beispiele werden genannt:

- die Anlegung des durch den Eingriff zerstörten Feuchtgebietes an anderer Stelle räumlich entfernt⁵⁰,
- die Anlage eines anderen Waldes anstelle eines Auwaldes, da ein Auwald an dieser Stelle nicht angelegt werden kann⁵¹.

Die Versuche der Eingrenzungen und Definitionen sind vielfältig. Nach Meinung des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich aus der Notwendigkeit, die Ersatzmaßnahme aus dem Ein-

⁴⁴ BVerwGE 85, 348, 360.

⁴⁵ OVG Berlin, NVWZ 1983, 416, 417.

⁴⁶ BVerwG vom 28.01.1999, NUR 1999, 510; BVerwGE 104, 68; Stüerk/Rude, DVBl. 2000, 320.

⁴⁷ BVerwG vom 10.09.1998 – 4 A 35/97 – NVWZ 1999, 532; OVG Münster NVWZ – RR 1999, 561, 562.

⁴⁸ vgl. nur Halama NuR 1998, 663 m.w.N..

⁴⁹ zu den verschärften Anforderungen des neuen BNatSchG insoweit vgl. etwa Fischer-Hüftle/Schumacher, BNatSchG, Kommentar, Stuttgart 2003, § 19 Rn.31.

⁵⁰ Schink DVBl. 1992, 1390, 1401; Breuer NUR 1980, 89,96.

⁵¹ Dorner NUR 2001, 601, 603.

griff abzuleiten, auch immer die Notwendigkeit eines räumlichen Bezuges, wenngleich der funktionelle wie auch der räumliche und zeitliche Zusammenhang mit dem Eingriff gegenüber der Ausgleichsmaßnahme gelockert ist.⁵² Zumindest für den funktionalen Bezug dürfte dies allerdings nach dem neuen BNatSchG allenfalls noch sehr eingeschränkt gelten. Andererseits soll eine Rückwirkung der Ersatzmaßnahme auf den Eingriffsort nicht erforderlich sein, wenngleich ein Zustand geschaffen werden muss, der den durch das geplante Vorhaben beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushaltes oder Landschaftsbildes zumindest ähnlich ist⁵³.

Fest steht nach der Rechtsprechung, dass der bereits zum Ausgleich erwähnte Grundsatz, für Kompensationsmaßnahmen geeignet sind nur Flächen, die aufwertungsbedürftig und aufwertungsfähig sind, auch für Ersatzmaßnahmen gilt.⁵⁴

Die Umschreibungen sind vielfältig: Ersatzmaßnahmen sollen nicht die spezifischen Folgen eines konkreten Eingriffs in die Natur beheben, sondern funktionelle Äquivalente für die gestörten Ökosysteme schaffen.⁵⁵ Sie schützen nicht die Strukturen konkreter Biotope sondern die Funktionen des Naturhaushaltes.⁵⁶ Die Ersatzmaßnahme stellt einen Beitrag zur Verbesserung der durch den Eingriff gestörten Funktionen des Naturhaushaltes dar.⁵⁷

Trotz des damit immer wieder beschworenen notwendigen funktionalen Zusammenhangs und der „Gleichwertigkeit“ der Ersatzmaßnahme wurde in der Literatur ein sehr zweifelhaftes Beispiel diskutiert: Eine Ersatzmaßnahme könne etwa darin bestehe, dass auf einer Fläche, die bisher land-, oder forstwirtschaftlich genutzt und zum Zwecke der Sand- oder Kiesgewinnung abgegraben worden ist, ein entstandener Baggersee als Freizeitzentrum ausgestaltet wird. Das Beispiel wurde von Fickert⁵⁸ in die Diskussion gebracht, der darin keine zulässige Ersatzmaßnahme erblickt. Dem trat später Breuer⁵⁹ entgegen, ohne dafür allerdings eine Begründung zu geben. Auf Breuer bezog sich dann später Lortz.⁶⁰ Eine Begründung, die insbesondere den funktionalen Bezug des späteren Freizeitentrums zu dem Eingriff darlegt, wurde weder von Breuer, noch von irgend jemandem sonst in der Literatur geliefert. Es ist auch nicht erkennbar, wie der funktionale Bezug hergestellt werden könnte: Die Beseitigung einer land- oder forstwirtschaftlich genutzten Fläche greift in Bodenfunktionen und ggf. in die Funktionen des Waldes ein. Die Erholungsfunktion dürfte bei der landwirtschaftlich genutzten Fläche untergeordnet, bei der forstwirtschaftlich genutzten Flächen zumindest nicht eindeutig dominierend sein. Bei der Herstellung als Freizeitzentrum hingegen dominiert allein die Erholungsfunktion. Die Herstellung als Freizeitzentrum kann allenfalls als Ersatz für die verlorengegangenen Erholungsfunktionen gesehen werden. Den Ersatz für die anderen verlorengegangenen Funktionen hingegen schuldet der Verursacher weiterhin. Das Beispiel ist daher zumindest unglücklich gewählt. Es ist mit Sicherheit keine typischerweise zulässige Ersatzmaßnahme, sondern nur eine Teilkompensation von in aller Regel eher untergeordneter Bedeutung.

⁵² BVerwG NUR 1999, 103, 104.

⁵³ BVerwG vom 10.09.1998 – 4 A 35/97 -.

⁵⁴ BVerwG vom 28.01.1999 – UPR 1999, 268,; OVG Lüneburg vom 10.02.1995.

⁵⁵ Bender/Sparwasser/Engel, Umweltrecht, 3/132.

⁵⁶ Wolf, Perspektiven der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung, ZUR 1998, 183, 190.

⁵⁷ Wolf, NUR 2001, 481,484.

⁵⁸ BayVBl. 1978, 690

⁵⁹ NUR 1980, 89, 95 f..

⁶⁰ Naturschutzrecht, Kommentar, München 1985, § 8 Ziff. 10. b.) aa.).

Im Ergebnis ist danach für die Fragestellung: „Wegebau als Ersatzmaßnahme?“ festzuhalten: Der Wegebau als Ersatzmaßnahme – ebenso wie andere Maßnahmen für die Erholungsfunktion, denen keine sonstige ökologisch aufwertende Funktion beikommt, wie etwa die Anlage von Kinderspielflächen etc. – kommt damit nur als Ersatz für einen Eingriff in die Funktion Erholung in Betracht. Als Ersatzmaßnahme für Eingriffe in andere Funktionen scheidet sie von vornherein aus. Gegenüber dem Ausgleich ist jedenfalls der räumliche Bezug gelockert. § 14 Abs. 5 Satz 4 Berliner Naturschutzgesetz lockert den räumlichen Bezug so weitgehend, dass Ersatzmaßnahmen grundsätzlich auch an anderen Stellen als an denen, an denen sich der Eingriff auswirkt, realisiert werden können. Die Lockerung des funktionalen Bezugs führt nicht dazu, dass der Eingriff in andere Funktionen durch Maßnahmen der Erholung ersetzt werden kann. Er führt aber dazu, dass eben nicht gleichartig, sondern gleichwertig ersetzt werden kann, mithin innerhalb der Funktion „Erholung“ die Rasenfläche durch die Anlage eines Wäldchens oder ähnliches ersetzt werden kann. Die Anlage von Erholungsflächen für einen Eingriff in Biotop kommt hingegen auch als Ersatzmaßnahme nicht in Betracht.

c) Inhaltliche Anforderungen an Maßnahmen, die durch die Ausgleichs-(Ersatz-)abgabe finanziert werden

Die Berliner Regelung über die Ausgleichsabgabe in § 14 Abs. 6 schöpft den bundesrechtlichen Rahmen hinsichtlich der Zweckbestimmung „dem Naturschutz und der Landschaftspflege dienen“ voll aus.⁶¹ Sie gehört zu weitesten Regelungen hinsichtlich der Zweckbestimmung in den Bundesländern.⁶² So wird auch in der Literatur die Auffassung vertreten, durch das Institut der Ausgleichsabgabe würde der räumliche, funktionelle und zeitliche Zusammenhang zwischen Eingriff und Kompensation noch weiter gelockert als bei Ersatzmaßnahmen.⁶³ Die weite Zweckbestimmung – wie sie im Berliner Naturschutzgesetz ihre Ausformung gefunden hat – wird bei der gesetzlich angeordneten Nachrangigkeit der Ausgleichsabgabe gegenüber Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen wohl ganz überwiegend für bundesrechtskonform gehalten.⁶⁴ Allerdings weist Liebrecht in einer umfangreichen Untersuchung⁶⁵ darauf hin, dass sich alle Auffassungen zur Ausgleichsabgabe darin einig seien, dass das Aufkommen für Maßnahmen zu verwenden ist, „durch die dem zerstörten Gut entsprechende Werte oder Funktionen des Naturhaushaltes oder des Landschaftsbildes hergestellt oder in ihrem Bestand gesichert werden“. Maßnahmen, die durch eine Ausgleichsabgabe finanziert werden, müssen nach ganz überwiegender Auffassung Ersatzmaßnahmen im weiteren Sinne sein.⁶⁶

Im Ergebnis ist damit auch die Verwendung von Ausgleichsabgaben keineswegs beliebig: Ein funktionaler Zusammenhang muss nach ganz überwiegender Auffassung in der Weise gegeben sein, dass zwar die Kompensation nicht innerhalb der gleichen Funktion wie der Eingriff erfolgen muss, jedoch möglichst „entsprechend“. Daraus ergibt sich zunächst die Notwendigkeit, zu prüfen, ob innerhalb der gleichen Funktion kompensiert werden kann. Erst wenn es nicht möglich ist, muss eine möglichst ökologisch ähnliche Funktion Gegenstand der Kompensation sein. Der Eingriff in Biotop kann mithin nur in wohl äußerst selten gegebenen Ausnahmefällen durch Erholungsmaßnahmen kompensiert werden. Nur wenn eine Kompensation im Bereich des Biotopschutzes oder auf fachlich nahegelegene Funktionen nicht mög-

⁶¹ vgl. nur Breuer NUR 1980, 89, 95 ff..

⁶² Breuer a.a.O. Seite 98.

⁶³ Wolf, ZUR 1998, 183, 190; vgl. auch derselbe NUR 2001, 481, 484.

⁶⁴ vgl. Breuer NUR 1989, 89, 91; Gassner NUR 1985, 180, 186 wohl auch Ehrlein VBLBW 1990, 121, 124.

⁶⁵ die eingriffsbezogenen Geldleistungspflichten des Naturschutzrechts als Anwendungsfälle einer Ökoscha-

⁶⁶ vgl. etwa Stadler, Naturschutz und Erholung, Berlin, 1996, Seite 184 ff.



lich ist, kommt eine Kompensation im Bereich der Erholungsfunktionen in Betracht. Der Wegebau als Kompensationsmaßnahme ist auch hier in der Regel nur bei Eingriff in die Wegebeziehungen zulässig.

6. Wegebau als Kompensation? – Versuch einer Systematisierung

Die Auswertung von Rechtsprechung und Literatur zu 4. hat im Wesentlichen ergeben, dass die zugespitzte Fragestellung „Wegebau als Kompensation“ dahingehend beantwortet werden muss: Wegebau kommt als Kompensation in aller Regel nur dann in Betracht, wenn in Wegebeziehungen eingegriffen wurde. Übertragen gilt dies auch für die Anlage von Grünflächen, von Kinderspielplätzen, Sportplätzen und ähnlichem. Eine Ausnahme kommt im Bereich der Ausgleichsmaßnahmen nicht in Betracht. Im Bereich der Ersatzmaßnahmen kommt eine Ausnahme nur dann in Betracht, wenn in Erholungsfunktionen eingegriffen wurde und die Ersatzmaßnahme Kompensation für diesen Eingriff in Erholungsfunktionen ist. Hier kann etwa der Spielrasen durch die Anlage eines Wäldchens, der Sportplatz durch die Anlage eines Spielplatzes ersetzt werden.

Lediglich im Bereich der Ausgleichsabgabe und deren Verwendung ist der funktionale Bezug weiter gelockert: Wenn eine Kompensation innerhalb der gleichen Funktion nicht möglich ist, ist eine Kompensation in einer möglichst entsprechenden Funktion zulässig. Bei der Frage, welche Funktionen im Einzelfall „entsprechend“ sein können, dürfte der rechtlich zu erfassende Bereich verlassen sein. Hier wird die naturschutzfachliche Abgrenzung notwendig sein. Denkbar erscheint aber beispielsweise, dass die Zerstörung historischer Kulturlandschaften und von Landschaftsteilen von besonderer Eigenart, deren gleichartige Wiederherstellung wohl im Regelfalle ausscheidet, bei Ausscheiden gleichwertiger Herstellung auch durch Maßnahmen der Erholung kompensiert werden kann.

Mit der Formulierung „Maßnahmen, die dem Naturschutz und der Landschaftspflege dienen“, nimmt § 14 Abs.6 NatSchGBln auf die Ziele und Grundsätze des Naturschutzes bezug. Nur Maßnahmen, die mit den Zielen und Grundsätzen des Naturschutzes und der Landschaftspflege in Übereinstimmung stehen, „dienen“ diesen auch im Sinne des BNatSchG. Wie bereits oben ausgeführt, kommt daher nur der naturnahe Bau und die naturnahe Anlage von Erholungsstätten als Verwendungszweck für Mittel aus der Ausgleichsabgabe in Betracht.

Der Versuch einer Systematisierung würde demnach wie folgt aussehen:

Ist ein gleichartiger Ausgleich durch Wiederherstellung der beeinträchtigten Funktionen möglich?
--

Dann gilt der Grundsatz: (naturnaher) Wegebau nur als Kompensation für den Verlust von Wegen, (naturnaher) Spielplatzbau nur als Kompensation für den Verlust von Spielplätzen, (naturnaher) Sportplatzbau nur als Kompensation für den Verlust von Sportplätzen.

Ist ein gleichartiger Ausgleich durch Wiederherstellung der beeinträchtigten Funktionen nicht möglich?
--



Dann kann auf den Ersatz zurückgegriffen werden: (naturnaher) Wegebau als Kompensation für Eingriffe in die Erholungsfunktion, nicht aber als Kompensation für Eingriffe in Biotope.

Sind Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen unmöglich oder untunlich?
--

Dann ist eine Ausgleichs-(Ersatz-)abgabe zu entrichten: Die Verwendung kann für Ersatzmaßnahmen i.w.S. erfolgen; die Zweckbindung an Maßnahmen, die dem Naturschutz und der Landschaftspflege dienen, beschränkt die Verwendung auf die naturnahe Wege- und Erholungsflächenanlage.

II. Bewertung einiger Beispiele aus der Praxis

Im folgenden werden auf Grundlage der rechtlichen Bewertung einige Beispiele aus der Kompensationspraxis in Berlin daraufhin betrachtet, ob die naturschutzrechtlichen Anforderungen nachvollziehbar beachtet wurden. Dazu wurden einige Beispiele vom Auftraggeber aufbereitet. Es werden die den Eingriffen zugrunde liegenden Projekte, die Eingriffe in Stichworten und die Kompensationsmaßnahmen dargestellt. Eine rechtliche Bewertung erfolgt in der fünften und letzten Spalte, wobei die Einordnung als Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahme bewertet werden kann. Eine Bewertung, ob die Voraussetzungen eines Ausweichens auf die Ausgleichsabgabe vorliegen, kann nicht erfolgen, da nicht beurteilt werden kann, ob Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen im Einzelfall unmöglich oder unzutunlich waren.

Projektbezeichnung	Beschluss	Eingriffe	Ausgleichs/Ersatzmaßnahmen	Anmerkungen aus naturschutzrechtlicher Sicht
Planfeststellung Teltowkanal PFA 6 (km 21,4 bis 28,5 in Tempelhof, Neukölln, Trep-tow)	Vom 06.09.2001	<u>Boden:</u> Bodenabtrag (-220 Wertpunkte nach AUHAGEN), <u>Biotope, Pflanzen, Tiere:</u> Verlust von Trockenrasen, Sandtrockenrasen, Gehölzsäumen und anderen Uferlebensräumen von insgesamt 7 ha. Verlust und Beeinträchtigung von Lebensräumen für Rote-Liste-Arten (- 747 Wertpunkte nach AUHAGEN), <u>Landschaftsbild:</u> Eingriffe durch Ufer-rückverlegung und Anlage von Senkrechtufern (-389 Wert-	<u>Ausgleichsmaßnahmen:</u> <u>Boden:</u> Verbesserung von Boden durch Anlage neuer Biotope (+ 121 Wertpunkte nach AUHAGEN). <u>Biotope, Pflanzen, Tiere:</u> Anlage von Flachwasserzonen, (+ 257 Wertpunkte nach AUHAGEN) <u>Landschaftsbild:</u> Gehölzpflanzungen, Ansaaten mit Sukkzessionsentwicklung, Anlage von trockenen Lebensräumen, Pflanzung von Bäumen (+300 Wertpunkte nach AUHAGEN) <u>Defizit:</u> Nach Ausgleich ergibt sich ein Defizit von insgesamt 678 Wertpunkten. Vor allem Biotope, Pflanzen und Tiere haben noch ein Minus von 490 Wertpunkten. <u>Ersatzmaßnahme:</u> Verbesserung der innerstädtischen Grünanbindung mit integriertem Rad- und Fußweg auf einer Länge von 3,3 km und 1,1 km (+ 700 Wertpunkte nach AUHAGEN).	Die Ersatzmaßnahme stellt keine solche dar, wenn kein Eingriff in die Erholungsfunktion festgestellt wurde. Sie durfte nur realisiert werden über die Verwendung der Ausgleichsabgabe, wenn Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen nicht möglich oder unzutunlich waren. Im Einzelfall stellten die Radwege aus wassergebundener Decke aus naturschutzfachlicher Sicht wohl ihrerseits Eingriffe in Biotope, Pflanzen und Tiere an den Uferböschungen dar. Eine Qualifikation als Ersatzmaßnahme scheidet dann aber bereits daran, dass die Maßnahmen nicht zu einer ökologischen Aufwertung führten.

		punkte nach AUHAGEN).		
Planfeststellung Dresdener Bahn (PFA 1, Attilastr. bis Schichauweg)	Noch keiner, aber die Ersatzmaßnahmen werden schon realisiert (vorfinanziert?). Siehe Vorlage zum Haushaltsausschuß	<u>Boden:</u> Bodenverluste für die Gleisanlage <u>Kleinklima:</u> Verlust klimatisch wirksamer Gehölze, Kaltluftschneisen. <u>Biotop, Pflanzen, Tiere:</u> Verlust und Beeinträchtigung von Gehölzbeständen, Sukzessionsflächen und Kleingartenanlagen. Betroffen sind viele gefährdete Tier- und Pflanzenarten (13,8 ha Biotopverlust). <u>Landschaftsbild:</u> Verlust	<u>Ausgleich für Biotop und Landschaftsbild:</u> Trassenbegleitende Pflanzungen und Anlage von Sukzessionsflächen, Entsiegelung von Lagerflächen. <u>Defizit:</u> Es verbleibt ein ausgleichendes Defizit von 9,9 ha Vegetationsfläche. <u>Ersatzmaßnahme:</u> Wiederherstellen des historischen Grünzugs inklusive baulicher Maßnahmen wie: Verlegen notwendiger Versorgungstechnik, Rekonstruktion der baulichen Einfassungen und Zugänge, Herstellung von Wegflächen zur Erhöhung des Erholungswerts	Die Ersatzmaßnahme stellt keine solche dar, wenn kein Eingriff in die Erholungsfunktion festgestellt wurde. Sie durfte nur realisiert werden über die Verwendung der Ausgleichsabgabe, wenn Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen nicht möglich oder untunlich waren. Zu prüfen wäre unter diesen Voraussetzungen aber noch, ob eine ökologische Aufwertung der Flächen erfolgte.
Planfeststellung Dresdener Bahn (PFA 2, Schichauweg bis Landesgrenze)	Noch keiner, aber die Ersatzmaßnahmen werden schon realisiert (vorfinanziert?). Siehe Vorlage zum Haushaltsausschuß	<u>Boden:</u> Bodenverluste für die Gleisanlage <u>Kleinklima:</u> Verlust klimatisch wirksamer Gehölze, Kaltluftschneisen. <u>Biotop, Pflanzen, Tiere:</u> Verlust und Beeinträchtigung von Gehölzbeständen, Sukzessionsflächen. Betrof-	<u>Ausgleich für Biotop und Landschaftsbild:</u> Trassenbegleitende Pflanzungen und Anlage von Sukzessionsflächen von 0,9 ha, Entsiegelung von Lagerflächen. <u>Defizit:</u> Es verbleibt ein ausgleichendes Defizit von 5,9 ha Vegetationsfläche. Vor allem Verlust von Biotopen für Pflanzen und Tiere können nicht ausgeglichen werden. <u>Ersatzmaßnahme:</u> Wiederherstellung des historischen Grünzugs Luisenstädtischer Kanal.	Die Ersatzmaßnahme stellt keine solche dar, wenn kein Eingriff in die Erholungsfunktion festgestellt wurde. Sie durfte nur realisiert werden über die Verwendung der Ausgleichsabgabe, wenn Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen nicht möglich oder untunlich waren. Auch in diesem Rahmen wäre die Kompensation im Bereich einer ähnlichen Funktion zu der, in die eingegriffen wurde, zu leisten. Die Kompensation von Biotopverlust durch die Wiederherstellung des

		<p>fen sind auch gefährdete Tier- und Pflanzenarten (6,8 ha Biotopverlust). <u>Landschaftsbild:</u> Verlust abschirmender Gehölze Verlust von Biotopen</p>	<p>Wiederherstellen des historischen Grünzugs inklusive baulicher Maßnahmen wie: Verlegen notwendiger Versorgungstechnik (Versorgungs- und Abwasserleitungen, Wasseranschluss) Rekonstruktion der baulichen Einfassungen und Zugänge, Herstellung von Wegflächen zur Erhöhung des Erholungswerts.</p>	<p>historischen Grünzugs dürfte kaum eine Kompensation ähnlicher Funktionen sein. Verlegen und Herstellen baulicher Anlagen stellen keine Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege dar. Zu prüfen wäre unter diesen Voraussetzungen aber noch, ob eine ökologische Aufwertung der Flächen erfolgte.</p>
<p>Schleuse Charlottenburg und westliche Zufahrt</p>	<p>12.12.2000</p>	<p><u>Boden:</u> Verlust von Boden durch Abtrag <u>Biotope, Pflanzen, Tiere:</u> Verlust von Uferbiotopen, Beeinträchtigung der Gewässerfauna durch Ausbaggerungen der Gewässersohle, Verlust von 556 Bäumen <u>Landschaftsbild:</u> Durch Neuanlage einer Insel und geradlinigem Durchstich durch die Spree wird das Landschaftsbild vollständig verändert.</p>	<p><u>Ausgleich:</u> naturnahe Ufergestaltung, Verbesserung der Biotopverbundfunktion, Entwicklung von Wasserpflanzen, Gehölzpflanzungen. <u>Defizit nach Ausgleich:</u> Biotope, Pflanzen, Tiere - 190 Wertpunkte nach AUHAGEN. Landschaftsbild: - 341 Wertpunkte nach AUHAGEN. <u>Ersatzmaßnahme:</u> Bau eines 640 m langen sowie eines 150 m langen und 3 m breiten (Rad)-Weges mit wassergebundener Decke, Bau einer 3 m breiten Stegkonstruktion unter der S-Bahnbrücke, öffentliche Zugänglichkeit des neuen Wehres und damit Möglichkeit der Überquerung der Spree. Bau einer Brücke über die alte Schleusenanlage, Diese Maßnahme kann aus methodischen Gründen nicht in die Bilanzierung von Eingriff und Ausgleich gemäß AUHAGEN eingehen.</p>	<p>Die Ersatzmaßnahme stellt keine solche dar, wenn kein Eingriff in die Erholungsfunktion festgestellt wurde. Sie durfte nur realisiert werden über die Verwendung der Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen nicht möglich oder untunlich waren. Auch in diesem Rahmen wäre die Kompensation im Bereich einer ähnlichen Funktion zu der, in die eingegriffen wurde, zu leisten. Das ist hier zumindest nicht ohne weiteres erkennbar. Stege und Brücken stellen keine Aufwertung von Natur oder Landschaft dar und scheiden als Maßnahme des Naturschutzes und der Landschaftspflege aus.</p>



Die Bewertung der Beispiele zeigt, dass die gewählten Kompensationsmaßnahmen

- teils als Kompensationsmaßnahmen bereits deswegen nicht in Betracht kommen, weil sie nicht zu einer ökologischen Aufwertung der betreffenden Flächen führten (negative ökologische Bilanz); Zur Erinnerung: Zwar darf eine Kompensation im Einzelfall auch mit einem Eingriff in Natur und Landschaft verbunden sein. Voraussetzung ist jedoch, dass nach einer gewissen Zeit eine positive ökologische Gesamtbilanz entsteht; das ist bei der Errichtung baulicher Anlagen ausgeschlossen;
- teils fälschlich als Ersatzmaßnahmen bezeichnet wurden, obwohl sie allenfalls durch das Ausweichen auf eine Ausgleichsabgabe realisiert werden durften, für das jedoch strengere Voraussetzungen gelten.

Die Berliner Praxis in den angeführten Beispielen widerspricht geltendem Recht.

III. Hinweise zur Handhabung des Eingriffsausgleichs in Berlin

Der rechtliche Rahmen der Fragestellung „Wegebaumaßnahmen als Kompensation?“ ist wie folgt zu umreißen:

Das neue BNatSchG definiert Ausgleich und Ersatz abschließend und für die Länder verbindlich. Abweichende Landesvorschriften sind seit Inkrafttreten der Neuregelung unwirksam. Es gelten die Vorgaben

- Erhalt
- gleichartige Wiederherstellung
- gleichwertige Wiederherstellung der beeinträchtigten Funktionen

in der angeführten Reihenfolge. Das Ökokonto kann nur insoweit Anwendung finden, als es diesen Vorgaben genügt. Erst danach folgt die spezifisch naturschutzrechtliche Abwägung und die Lösung von der Funktionsbezogenheit der Kompensation etwa im Rahmen von Ersatzzahlungen. Im Bauplanungsrecht ist dieser Zusammenhang insoweit gelockert, als auch die dargestellten zwingenden naturschutzrechtlichen Vorgaben der Abwägung des Planungsträgers obliegen. Er muss aber den Vorgaben der Eingriffsregelung „abwägungsgerecht“ mit den ihnen zukommenden Gewicht Rechnung tragen und sich mit der in § 19 Abs.2 BNatSchG vorgegebenen Reihenfolge Vermeidung – Ausgleich – Ersatz – Ersatzzahlung sachgerecht auseinandersetzen.

Zu fragen ist demnach im Einzelfall etwa:

Ist ein gleichartiger Ausgleich durch Wiederherstellung der beeinträchtigten Funktionen möglich?
--

Dann gilt der Grundsatz: (naturnaher) Wegebau nur als Kompensation für den Verlust von Wegen, (naturnaher) Spielplatzbau nur als Kompensation für den Verlust von Spielplätzen, (naturnaher) Sportplatzbau nur als Kompensation für den Verlust von Sportplätzen.

Ist ein gleichartiger Ausgleich durch Wiederherstellung der beeinträchtigten Funktionen möglich?
--



Funktionen nicht möglich?

Dann kann auf den Ersatz zurückgegriffen werden: (naturnaher) Wegebau als Kompensation für Eingriffe in die Erholungsfunktion, nicht aber als Kompensation für Eingriffe in Biotope.

Sind Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen unmöglich oder untunlich?

Dann ist eine Ausgleichs-(Ersatz-)abgabe zu entrichten: Die Verwendung kann für Ersatzmaßnahmen i.w.S. erfolgen; die Zweckbindung an Maßnahmen, die dem Naturschutz und der Landschaftspflege dienen, beschränkt die Verwendung auf die naturnahe Wege- und Erholungsflächenanlage.

Die Berliner Rechtspraxis in dieser Hinsicht begegnet massiven rechtlichen Bedenken in einigen Punkten:

- Die oberste Naturschutzbehörde in Berlin vertritt im Leitfaden u.a. zur Eingriffsregelung die Auffassung, bei der Kompensation (Ausgleich und Ersatz) sei ein funktionaler Bezug der Kompensation zu den beeinträchtigten Funktionen von Natur und Landschaft nicht zwingend erforderlich. Diese Auffassung war bereits nach dem bis Anfang 2002 geltenden BNatSchG nicht haltbar. Das neue BNatSchG hat den funktionalen Bezug insbesondere auch des Ersatzes zu den beeinträchtigten Funktionen bundeseinheitlich noch verstärkt.
- Die Untersuchung einiger Beispiele aus der fachplanungsrechtlichen Praxis zeigt, dass auch in der Kompensationspraxis als solche bezeichnete Ersatzmaßnahmen keinen erkennbaren funktionalen Bezug zum Eingriff aufwiesen. Die Maßnahmen wurden auf Forderung bzw. unter Mitwirkung der obersten Naturschutzbehörde festgesetzt. In erheblichem Umfang wurden auch etwa Wege- und Brückenbaumaßnahmen als Kompensationsmaßnahmen eingesetzt, obwohl ihnen keine Eingriffe in Wegebeziehungen gegenüberstanden. Der Verdacht, dass sich das Land Berlin unter Missachtung der naturschutzrechtlichen Vorgaben Parkanlagen und Wegebeziehungen von Dritten bezahlen und ggf. auch herstellen lässt und damit die naturschutzrechtliche Kompensationsregelung missbraucht wurde, liegt nahe.
- Erheblichen rechtlichen Zweifeln unterliegt die hier betrachtete Praxis auch unter einem weiteren Gesichtspunkt: Nach einheitlicher Auffassung in Literatur und Rechtsprechung bedingt die Kompensation stets eine Aufwertung von Flächen. Die Anlage von Wegen und Brücken, aber auch etwa die Anlage von intensiv genutzten Parkflächen oder Sportflächen auf Ruderalflächen führen zu einer Verschlechterung der Funktionen von Natur, teils auch der Landschaft und stellen selbst teils klassische Eingriffe dar. Die Anlage von Wegen und Brücken ist daher im Regelfall nicht kompensationsgeeignet, da keine Flächen aufgewertet werden. Nur in Ausnahmefällen kann die Anlage eines naturnahen Weges eine Kompensation für Eingriffe in die Erholungsfunktion sein.
- Im Hinblick auf Befürchtungen, die beschriebene Praxis könnte nicht nur fortgesetzt, sondern weiter institutionalisiert werden, ist die „Gesamtstädtische Ausgleichskonzeption“ des Landes Berlin von hervorgehobener Bedeutung. Ihrer Zielsetzung nach ist die Gesamtstädtische Ausgleichskonzeption als Teil des



Landschafts-/Artenschutzprogramms für Berlin in erster Linie auf die Umsetzung der flexibilisierten Eingriffsregelung in der Bauleitplanung ausgerichtet.⁶⁷ Folgerichtig schließt sie an das Kapitel „Räume für Ersatzmaßnahmen gem. § 8 a BNatSchG“ des Flächennutzungsplan für das Land Berlin an.

Im Leitfaden „Umweltverträglichkeitsprüfung und Eingriffsregelung in der Stadt- und Landschaftsplanung“ der Oberen Naturschutzbehörde im Land Berlin heißt es allgemein zur Kompensation und der Bedeutung des LaPro:

„Die dafür entwickelten übergeordneten und flächendeckenden Zielvorstellungen der Landschaftsplanung, die sich aus dem Landschaftsprogramm einschließlich Artenschutzprogramm von Berlin (LaPro) ableiten lassen, sind Grundlage für die Auswahl geeigneter Kompensationsmaßnahmen. Die vier Programmpläne

- *Erholung und Freiraumnutzung*
- *Naturhaushalt/Umweltschutz*
- *Landschaftsbild*
- *Biotop- und Artenschutz*

beinhalten eine Vielzahl von Qualitätszielen, die auf lokaler Ebene umgesetzt werden können.

Aus gesamtstädtischer Sicht sind Maßnahmen prioritär, die entsprechend dem landschaftsplanerischen Leitbild Berlins (s. Abb. 10) die Elemente des Berliner Freiflächensystems komplettieren und qualifizieren.“⁶⁸

In diesem Sinne interpretiert, lässt auch die gesamtstädtische Ausgleichskonzeption hinreichend Raum, den oben aufgezeigten Anforderungen der Kompensationsregelung hinreichend Rechnung zu tragen. Sie unterliegt allerdings insbesondere unter zwei Gesichtspunkten erheblichen Bedenken:

Zum einen wirft der Naturschutzbund Deutschland, Landesverband Berlin e.V., in einer Stellungnahme die Frage auf, ob die Gesamtstädtische Ausgleichskonzeption für eine rechtskonforme Umsetzung der Eingriffsregelung im Rahmen der Bauleitplanung oder außerhalb dessen geeignet sein könne, da dort fast ausschließlich Maßnahmen der Erholungsnutzung vorgesehen seien und man sich auf die Darstellung von Flächen beschränke, die im Flächennutzungsplan bereits als Grünflächen dargestellt seien und man damit das in erster Linie außerhalb dieser Flächen bestehende Entsiegelungspotential außer Betracht lasse.

Der erste Kritikpunkt zielt auf den fehlenden Bezug der Kompensation zu den beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts und der Landschaftspflege. In der Tat zeigen die Formulierungen im Leitfaden der Oberen Naturschutzbehörde eine nicht mehr gesetzeskonforme Lösung von der Funktionsbezogenheit der Kompensation auf.

Der zweite Kritikpunkt ist in naturschutzrechtlicher Hinsicht mehrfach bedenklich: Auch er zielt wiederum auf einen besonders im Bereich der Beeinträchtigung von Boden- und

⁶⁷ So die Begründung in der Abgeordnetenhaus-Drucksache 15/1220, bes. S.5 f..

⁶⁸ Senatsverwaltung für Stadtentwicklung (Hrsg.), Leitfaden „Umweltverträglichkeitsprüfung und Eingriffsregelung in der Stadt- und Landschaftsplanung“, S.35.



Biotopfunktionen fehlenden Funktionsbezug der Kompensation ab. Daneben aber wird auch die Kompensationseignung einer ganzen Reihe von Maßnahmen bezweifelt, die im Rahmen der Herstellung der in der Gesamtstädtischen Ausgleichskonzeption verankerten Flächen zu realisieren wären. So wird insbesondere befürchtet,

- dass bisher brachliegende Flächen in intensiv zu nutzende Freizeitflächen oder Repräsentativflächen ohne hohen naturschutzfachlichen Wert umgewandelt werden,
- dass Maßnahmen wie Wegebau, das Ankaufen und Aufstellen von Parkbänken etc. aus Kompensationsmitteln finanziert werden,
- dass dabei wichtige Ziele des Schutzes von Bodenfunktionen und des Biotop-schutzes (Schaffung eines Biotopverbundsystems, Netz Natura 2000) nicht zum Tragen kommen.

Die angeführten Befürchtungen in Auswertung der Gesamtstädtischen Ausgleichskonzeption geben zuallererst Anlass, auf den beschränkten Anwendungsbereich der Gesamtstädtischen Ausgleichskonzeption hinzuweisen und darüber hinaus aber auch Anlass zu Bedenken, ob die Gesamtstädtische Ausgleichskonzeption in ihrem beschränkten Anwendungsbereich – der Eingriffskompensation in der Bauleitplanung – rechtlich hinreichende Grundlage für eine gerechte Abwägung im Bereich der naturschutzrechtlichen Kompensation sein kann. Dabei soll an dieser Stelle betont werden, dass ein naturschutzrechtlich korrekter Umgang mit der Gesamtstädtischen Ausgleichskonzeption nicht allein aus naturschutzfachlicher Sicht, sondern auch für die Rechtssicherheit der Bauleitplanung von Interesse ist.

- Der erste Entwurf für eine Novellierung des NatSchGBln zur Anpassung an das neue BNatSchG unterliegt in einigen Punkten rechtlichen Bedenken, lässt andererseits Initiativen zur Ausnutzung des den Ländern eingeräumten Spielraums zugunsten des Schutzes von Natur und Landschaft vermissen.

Karsten Sommer
Rechtsanwalt