

Rechtsgutachten

zu folgenden Fragestellungen:

1. Muss der vermutete Einfluss des Klimawandels auf die Entwicklung der Kompensationsfläche in die Konzeption der Kompensationsmaßnahmen einbezogen werden?
 - 1.1 Wer zahlt zusätzliche klimabedingte Maßnahmen, falls nicht?
 - 1.2 Welche Verpflichtung besteht zur Erhaltung der Biodiversität im Falle von Feuchtgebieten ohnehin, und muss dies auch bei den Kompensationsmaßnahmen berücksichtigt werden?
2. Wie stark ist die Bindung der Ziele von Kompensationsmaßnahmen an das, was die Landschaftsplanung vorschlägt?
 - 2.1 Sodass zum Beispiel bei Prüfung der Gleichwertigkeit einer Kompensation in die Beurteilung einbezogen werden könnte, welche Biotoptypen und Ausprägungen selten und gefährdet sind (im Naturraum bzw. den verschiedenen politischen Bezugsräumen wie etwa einem Stadtstaat)?
 - 2.2 Sodass nicht in jedem Fall die Maßnahmen „climate proof“ ausgestaltet werden müssten, weil die durch die Kompensationsmaßnahme erzielte Aufwertung unter anderen Aspekten ausreichend groß ist?

Auftraggeber:

Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover, Institut für Umweltplanung, vertreten durch den Geschäftsführenden Leiter, Herrn Professor Dr. Michael Reich

Stand: Das Gutachten bezieht sich auf die Sach- und Rechtslage im Dezember 2019 und bildet die **endgültige Fassung** nach der 4. projektbegleitenden Arbeitsgruppensitzung vom 26.10.2020.

Frage 1: Muss der vermutete Einfluss des Klimawandels auf die Entwicklung der Kompensationsfläche in die Konzeption der Kompensationsmaßnahmen einbezogen werden?

1. Kompensationsmaßnahmen im System der Eingriffsregelung

Der *Verursacher* eines Eingriffs in Natur und Landschaft (§ 14 Abs. 1 BNatSchG) hat zwei Hauptverpflichtungen:

- In erster Linie muss er vermeidbare (erhebliche) Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft unterlassen.
- Ist das nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich, muss er solche Beeinträchtigungen durch Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen kompensieren. § 13 BNatSchG erhebt diese Verpflichtungen in den Rang eines allgemeinen Grundsatzes.

In Ausformung dieses allgemeinen Grundsatzes regelt § 15 Abs. 1 BNatSchG die Unterlassung vermeidbarer Natur- und Landschaftsbeeinträchtigungen. § 15 Abs. 2 BNatSchG definiert die beiden Möglichkeiten der Kompensation wie folgt:

- *Ausgeglichen* ist eine Beeinträchtigung, 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).
- *Ersetzt* ist eine Beeinträchtigung, wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts in dem betroffenen Naturraum in gleichwertiger Weise hergestellt sind und das Landschaftsbild landschaftsgerecht neu gestaltet ist (§ 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG).

Damit konkretisiert der Bundesgesetzgeber den allgemeinen Grundsatz des § 13 Satz 2, der von „Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen“ spricht.¹ Eine weitere Konkretisierung ist auf dem Verordnungsweg in zweifacher Weise möglich:

§ 15 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG ermächtigt dazu, „das Nähere zur Kompensation von Eingriffen“ durch Bundesverordnung zu regeln. Solange und soweit von dieser Ermächtigung kein Gebrauch gemacht wird, richtet sich das Nähere gemäß § 15 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG nach Landesrecht, soweit es den Absätzen 1–6 nicht widerspricht. So hat etwa Bayern eine Kompensationsverordnung erlassen.²

§ 15 Abs. 8 BNatSchG ermächtigt das Bundesumweltministerium, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates das Nähere zur Vermeidung von Beeinträchtigungen im Sinne von § 15 Abs. 1 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG sowie zur Kompensation von Eingriffen im Sinne von § 15 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG zu regeln, soweit die Verordnung und Vorschriften dieses Kapitels ausschließlich durch die Bundesverwaltung, insbesondere bundeseigene Verwaltung oder bundesunmittelbare Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts,

¹ Es verwundert deshalb, wenn das BVerwG im Urt. v. 6.11.2012 – 9 A 17.11, BVerwGE 145, 40 Rdnr. 143 meint, weder § 13 noch § 15 BNatSchG regelten, wann eine Vollkompensation erreicht ist.

² Bayerische Kompensationsverordnung (BayKompV) v. 7.8.2013 (GVBl. S. 517).

ausgeführt werden. Diese Bundeskompensationsverordnung ist inzwischen in Kraft getreten.³

Dieses Regelungssystem aus gesetzlichen und untergesetzlichen Normen dient dem Zweck, bei Durchführung des Eingriffsvorhabens eine – gemessen an den Zielen des Naturschutzes und der Landschaftspflege – zu erwartende *Verschlechterung des vorhandenen Zustands von Natur und Landschaft zu verhindern*. Natur und Landschaft sollen nicht als frei verfügbare Güter dem Zugriff und „Verbrauch“ unterliegen. Die vorhandenen Qualitäten von Naturhaushalt und Landschaftsbild sind zu wahren.

Das Gesetz wählt dafür das Instrument der *Verursacherhaftung*. Die Bewältigung der durch ein Eingriffsvorhaben (sowohl beim Bau als auch beim Betrieb) hervorgerufenen (nachteiligen) Folgen für Natur und Landschaft mit dem Ziel der Erhaltung des Status quo soll nicht Aufgabe des Staates sein und auf Kosten der Allgemeinheit gehen. Der Verursacher hat sich selbst um die Vermeidung, den Ausgleich oder die sonstige Kompensation (Ersatz) der Beeinträchtigungen zu bemühen und deren Kosten zu tragen.

Die Zielsetzung „*Erhaltung des Status quo*“ hat zwei Funktionen:

- Zum einen begründet sie ein öffentliches Interesse und rechtfertigt damit die Verursacherpflichten. Die Legitimation dafür, dass dem Verursacher Pflichten auferlegt werden, sieht der Gesetzgeber in der Abwehr von Verschlechterungen des Naturhaushalts und des Landschaftsbilds.
- Zum anderen beschränkt sie zugleich die Verursacherpflichten auf die Wahrung dieses Interesses. Der Zusammenhang zwischen eingriffsbedingter (erheblicher) Beeinträchtigung und dem Umfang der Verursacherpflichten ist auf allen Stufen maßgebend, beginnend bei der Unterlassung vermeidbarer Beeinträchtigungen über die Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen bis hin zur Ersatzzahlung. Die Eingriffsregelung bedeutet somit für den Verursacher nicht nur eine Belastung, sondern gewährleistet auch eine hinreichend bestimmte Begrenzung seiner Pflichten. Es geht um die Erhaltung des Status quo, nicht aber um dessen Verbesserung.

2. Kompensation durch Ausgleich oder Ersatz

Im vorliegenden Zusammenhang geht es um Beeinträchtigungen des Naturhaushalts. Das Landschaftsbild als weiteres Schutzgut der Eingriffsregelung bleibt daher außer Betracht.

2.1 Anforderungen an den Ausgleich

Eine Beeinträchtigung des Naturhaushalts ist ausgeglichen, wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts *in gleichartiger Weise wiederhergestellt* sind (§ 15 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG). Dazu muss nicht ein genaues Abbild des früheren Zustandes geschaffen werden. Denn Ausgleich ist nicht mit

³ BKompV v. 14.5.2020 (BGBl. I S. 1088).

einer Naturalrestitution im naturwissenschaftlichen Sinne gleichzusetzen, sondern der Verursacher soll die Beeinträchtigungen „wiedergutmachen“.⁴

Die Anforderungen an den Ausgleich formuliert die Rechtsprechung⁵ wie folgt: Nötig ist ein *Funktionszusammenhang* zwischen eingriffsbedingter Beeinträchtigung und Ausgleichsmaßnahme. Er ist durch eine *inhaltliche* und eine *räumliche Komponente* gekennzeichnet. Ausgleichsmaßnahmen müssen einen Zustand herbeiführen, der den früheren Zustand in der gleichen Art und mit der gleichen Wirkung fortführt. Dazu sind in inhaltlicher Hinsicht lokale Rahmenbedingungen für die Entwicklung gleichartiger Verhältnisse wie vor der Beeinträchtigung zu schaffen. Das erfordert nicht, dass die Ausgleichsmaßnahmen am Ort des Eingriffs ausgeführt werden. Es schränkt den in Betracht kommenden räumlichen Bereich aber insofern ein, als vorausgesetzt wird, dass sie sich jedenfalls dort, wo die mit dem Vorhaben verbundenen Beeinträchtigungen auftreten, noch auswirken.

2.2 Anforderungen an den Ersatz

Der Ersatz verlangt weder Gleichartigkeit noch die Rückwirkung auf den Ort der Beeinträchtigung. Eine Beeinträchtigung des Naturhaushalts ist „ersetzt“, wenn und sobald die beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts in dem betroffenen Naturraum *in gleichwertiger Weise* hergestellt sind (§ 15 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG). Wie beim Ausgleich besteht also eine funktionelle Beziehung zu den eingriffsbedingten Beeinträchtigungen, aber nicht in der Art, sondern im Wert dessen, was neu geschaffen wird.

Es reicht daher nicht aus, für die Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts etwas zu tun, das auf der Wunschliste des Naturschutzes oder der Landschaftsplanung steht, ohne dass sich ein Zusammenhang mit eingriffsbedingten Beeinträchtigungen herstellen lässt. Dieser Zusammenhang kann allerdings wesentlich lockerer sein als beim Ausgleich (Einzelheiten bei Frage 2.1)

3. Vorgehensweise bei der Festlegung von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen

Der Ausgangszustand der beeinträchtigten/zerstörten Fläche und der Zielzustand der Kompensationsfläche müssen gleichartige (Ausgleich) oder gleichwertige (Ersatz) Funktionen im Naturhaushalt entfalten. Das erfordert die Feststellung der relevanten Tatsachen und eine *doppelte Prognose*: Sowohl die Auswirkungen des Eingriffs als auch die Wirkung von Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen liegen in der Zukunft.

⁴ BVerwG, Urt. v. 27.10.2000 – 4 A 18.99, BVerwGE 112, 140.

⁵ BVerwG, Urt. v. 27.9.1990 – 4 C 44.87, NuR 1991, 124; Urt. v. 23.8.1996 – 4 A 29.95, NuR 1997, 87; Beschl. v. 17.2.1997 – 4 VP 17.96, NuR 1998, 305/310 f. und Urt. v. 27.10.2000 – 4 A 18.99, BVerwGE 112, 140.

3.1 Ausgangszustand der durch den Eingriff beeinträchtigten Fläche

Zunächst ist der Ausgangszustand der Fläche zu erfassen und zu bewerten. Wie dabei vorzugehen ist, beschreibt beispielsweise die Bayer. Kompensationsverordnung in § 4 wie folgt:

- (1) Im Wirkraum ist der tatsächliche Ausgangszustand von Natur und Landschaft
 1. mit den Schutzgütern des Naturhaushalts
 - a) Tiere und Pflanzen einschließlich ihrer Lebensräume (Arten und Lebensräume),
 - b) Boden,
 - c) Wasser,
 - d) Klima und Luft,
 - sowie dem Wirkungsgefüge zwischen ihnen und
 2. dem Schutzgut Landschaftsbildunter Berücksichtigung der durch das Vorhaben zu erwartenden erheblichen Beeinträchtigungen zu erfassen und hinsichtlich ihrer Leistungs- und Funktionsfähigkeit zu bewerten.

Das Klima wird entsprechend der Definition in § 7 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG als Schutzgut im Kontext der Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts erwähnt und spielt zum Beispiel eine Rolle, wenn infolge eines Eingriffsvorhabens eine Frischluftschneise oder ein für das örtliche Klima wichtiger Waldbestand verloren geht.

Im vorliegenden Zusammenhang geht es nicht um das Klima als Schutzgut, sondern um einen anderen Aspekt des Klimas. Betrachtet man den Ausgangszustand einer beliebigen Grundfläche in Deutschland, so bildet das Klima eine flächendeckende Rahmenbedingung, die den Naturhaushalt beeinflusst. Lange Zeit musste das beim Vollzug der Eingriffsregelung nicht thematisiert werden. Prognostiziert man aber nach dem heutigen Kenntnisstand einen fortschreitenden Klimawandel in Richtung auf erhöhte Temperaturen und verringerte Niederschläge, so bildet das ein Risiko für den Bestand derjenigen Biotope, die auf diese Veränderungen voraussichtlich mit einer Verschlechterung ihrer für die Ziele des Naturschutzes wertgebenden Eigenschaften reagieren. Infolgedessen ist der dauerhafte Fortbestand ihrer Funktionen im Naturhaushalt nicht sicher. Die real vorgefundene Qualität eines Lebensraums, zum Beispiel eines Feuchtbiotops, ist mit diesem Risiko belastet. Es hat mit dem Eingriff nichts zu tun, seine Ursachen sind andere.

3.2 Zielzustand und der Kompensationsfläche und Erhaltung ihrer Funktion

Die klimatischen Rahmenbedingungen und Risiken beeinflussen nicht nur die Fläche, die durch einen Eingriff beeinträchtigt oder zerstört wird, sondern in gleicher Weise die ins Auge gefasste Kompensationsfläche. Denn den Risiken der prognostizierten Klimaerwärmung unterliegen alle Flächen in Deutschland, wenn auch nicht in gleicher Weise. Ausgangsfläche und Kompensationsfläche unterscheiden sich in diesem Punkt daher nicht grundsätzlich.

Diese Feststellung bedeutet nicht, dass die voraussichtliche Entwicklung der Eingriffsfläche für die Bestimmung von Art und Weise der Kompensation maßgeblich ist. Die z.B. im Schadenersatzrecht übliche Betrachtungsweise (wie wären die Dinge ohne das schädigende Ereignis – hier: den Eingriff – verlaufen?) ist bei

der Kompensation nach der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung nicht maßgebend. Vielmehr muss die Kompensationswirkung grundsätzlich so lange andauern wie die Beeinträchtigung. Dies ist rechtlich abzusichern (§ 15 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG).⁶ Das ist die Konsequenz aus der Zuordnung der Kompensationsfläche zu einem Eingriff und ihrer darauf ausgerichteten Funktion. Wie sich die beeinträchtigte Fläche ohne den Eingriff entwickelt hätte, ist nicht maßgebend.

Das gesetzlich vorgegebene Kompensationsziel und die entsprechende Verpflichtung des Eingriffsverursachers, eine Fläche mit gleichartigen oder gleichwertigen Funktionen des Naturhaushalts wie auf der Eingriffsfläche herzustellen und diese *Funktion auf die nötige Dauer aufrechtzuerhalten*, erfordert daher die Beantwortung der Frage, wie mit diesen Risiken im Kontext der Kompensationsverpflichtung des Eingriffsverursachers umzugehen ist.

Die prognostizierte Klimaerwärmung kann sich in zweifacher Weise auswirken: bei der Herstellung der Kompensationsfläche (Nr. 4) und bei der Aufrechterhaltung ihrer Funktion (Nr. 5).

4. Klimabedingte Einflüsse bei der Herstellung der Kompensationsfläche

Fall 1:

Die Kompensation besteht in der Schaffung eines neuen Feuchtbiotops, sei es als Ausgleichs- oder als Ersatzmaßnahme. Es dauert (auch ohne Klimaänderung) einige Jahre, bis der angestrebte Zielzustand erreicht ist. Die Entwicklung der Kompensationsfläche unterliegt neben anderen Einflüssen auch dem Klimawandel. Das kann bedeuten, dass umfangreichere Maßnahmen zu treffen sind, die Entwicklungspflege länger dauert als sie ohne den Klimawandel dauern würde und dergleichen mehr. Trotzdem wird nur etwas Gleichartiges oder Gleichwertiges geschaffen und kein Mehrwert gegenüber dem Ausgangsbiotop erzielt. Lediglich der Aufwand ist höher.

Die Situation ist hier dadurch gekennzeichnet, dass sich die Auswirkungen der Klimaerwärmung am konkreten Standort der Kompensationsfläche bereits bemerkbar machen und man daher nicht allein auf allgemeine Prognosen oder Projektionen angewiesen ist. Der entstehende Aufwand ist in vollem Umfang vom Verursacher zu tragen. Bestehen erhebliche Zweifel daran, dass sich der angestrebte Zielzustand erreichen lässt oder stehen Aufwand und Nutzen außer Verhältnis, so ist der Standort für die geplante Kompensationsmaßnahme ungeeignet.

⁶ Ist eine dauerhafte Unterhaltspflege erforderlich, erfordert der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine zeitliche Einschränkung jedenfalls dann, wenn Privatpersonen dazu verpflichtet sind (*Schumacher/Fischer-Hüftle*, BNatSchG, 2. Aufl., § 17 Rn. 119).

5. Mögliche Auswirkungen des Klimawandels auf die Dauerhaftigkeit der Kompensationsfunktion und geeignete Gegenmaßnahmen

Fall 2:

Ein durch Grundwasser gespeister, 4 m tiefer Weiher wird durch einen Eingriff beseitigt. Als Kompensation wird in der Umgebung ein ebenso tiefer Weiher neu angelegt. Im Zeitpunkt der Entscheidung über die Erfüllung der Kompensationspflicht (§ 17 Abs. 1 und 2 BNatSchG) bleibt die Funktion der Kompensationsfläche nicht hinter der Ausgangsfläche zurück. Eine mögliche Folge der Klimaerwärmung besteht darin, dass sich der Grundwasserspiegel senkt und der neu angelegte Weiher im Lauf der Jahre trocken fällt. Die Kompensationsfunktion geht dadurch verloren. Die Verpflichtung, die Kompensationswirkung „in dem jeweils erforderlichen Zeitraum“ (der sich auch über 20 Jahre oder mehr hinziehen kann) bestehen zu lassen (§ 15 Abs. 4 BNatSchG), wird möglicherweise nicht (mehr) erfüllt.

Wie in diesem Fallbeispiel werden negative Auswirkungen ganz überwiegend bei Biotoptypen auf feuchten Standorten erwartet (Eichenmischwald feuchter Standorte, Auwald, Bruchwald, Sumpfwald, Sauergras- Binsen- und Staudenried, Landröhricht, Moore, Feuchtgrünland). Trockenstandorte sind dagegen weniger empfindlich.

In dem Beispielsfall kommt als Maßnahme zum Ausgleich eines erwarteten Absinkens des Grundwasserspiegels in Betracht, die Sohle des Gewässers von vornherein tiefer zu legen. In anderen Fällen sind Maßnahmen auf dem Kompensationsgrundstück alleine nicht ausreichend. Aus fachlicher Sicht werden als Maßnahmen zur Schaffung von Klimaresistenz genannt:

- Entwässerungsgräben schließen
- Drainagen beseitigen
- eingetiefte Fließgewässer höher setzen
- Grundwasserneubildung erhöhen (Waldumbau Nadel- in Laubwald).
- grundwassernahe Bereiche tiefer ausmodellieren
- Boden in Mulden verdichten, damit sich darin Niederschlagswasser sammelt
- Anlegen von Mulden für Tümpel etc. die auch bei Grundwasserabsenkung im Winter/Frühjahr noch von Grundwasser gefüllt werden
- unterschiedlich tiefgelegene Geländebereiche modellieren
- Rückbau von Flussregulierungen wie Buhnen oder Uferverbauung und Mäandrieren des Gewässers fördern um Erosion an Uferlinie zu erhöhen
- Anhebung des Gewässerbettes.

Viele dieser Maßnahmen beschränken sich nicht auf die Kompensationsfläche, sondern beeinflussen benachbarte Flächen oder werden von vornherein nicht auf der Kompensationsfläche selbst durchgeführt, sondern in mehr oder weniger großer Entfernung, und wirken sich unter anderem auch auf die Kompensationsfläche aus.

6. Berücksichtigung möglicher Auswirkungen einer Klimaerwärmung bei der Planung von Kompensationsmaßnahmen

6.1 Klimabedingte Risiken und geeignete Gegenmaßnahmen bei der Zulassung des Eingriffs (§ 17 Abs. 1 und 3 BNatSchG)

Die weitere Erörterung erfordert zunächst, die Kompensationspflicht des Verursachers genauer zu betrachten.⁷

Die in § 15 Abs. 2 Satz 2 und 3 BNatSchG beschriebenen Pflichten zu Ausgleich oder Ersatz sind nicht so zu verstehen, dass der Verursacher für einen Kompensationserfolg garantiert und daher, wenn der erste Versuch scheitert, so lange weitere Maßnahmen treffen muss, bis die Kompensationsfunktion dauerhaft gesichert ist. Der Verursacher wird im Zulassungsbescheid nicht pauschal „zum Ausgleich“ oder „zum Ersatz“ verpflichtet. Vielmehr werden in Erfüllung dieser gesetzlichen Pflichten zunächst der Sachverhalt ermittelt, sodann Prognosen erstellt und darauf beruhende *konkrete Maßnahmen geplant, von denen man annimmt, dass sie die Kompensation bewirken*. Sie werden Gegenstand des Bescheids, der das Eingriffsvorhaben genehmigt. Das bedeutet, dass auch die Behörde sie gemäß § 17 Abs. 1 oder 3 BNatSchG als ausreichend zur Erfüllung der Verpflichtungen des § 15 Abs. 2 BNatSchG ansieht, nämlich als Folgerungen aus einer plausiblen Prognose (a) der zu erwartenden Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft und (b) der Eignung der geplanten Kompensationsmaßnahmen auf die erforderliche Dauer.

Die *Festlegung der Maßnahmen* im Bescheid und die darauf beruhende Zulassung des Eingriffsvorhabens schützen daher den Verursacher grundsätzlich gegen die Forderung weiterer Maßnahmen, damit auch gegen die Notwendigkeit, ggf. weitere Kompensationsflächen zu beschaffen. Infolgedessen ist ohne besondere Regelung der Verursacher nicht verpflichtet, bei Fehlschlägen der Maßnahmen nachzubessern. Auf § 17 Abs. 7 BNatSchG kann eine solche Forderung nicht gestützt werden.⁸

Über die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Eingriffsverursacher für *klimabedingte Risiken* bei der Kompensation einzustehen und geeignete Gegenmaßnahmen zu treffen hat, muss daher bei der Zulassung des Eingriffs entschieden werden. Unterschiede sind jedoch möglich bei der Entscheidung, wann Maßnahmen gegen klimabedingte Risiken getroffen werden müssen. Das kann sein

- bereits im Zusammenhang mit der Durchführung des Eingriffs (6.1),
- zu einem späteren Zeitpunkt, wenn erkennbar wird, dass sich das Risiko tatsächlich verwirklicht (6.2).

⁷ Die nachfolgende Darstellung orientiert sich an Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, 2. Aufl., § 17 Rn. 40 f.

⁸ VG Lüneburg, Urt. v. 7.5.2015 - 2 A 147/12, NuR 2015, 718.

6.2 Maßnahmen gegen klimabedingte Risiken bereits bei der Durchführung des Eingriffs

Die Frage lautet: Ist der Eingriffsverursacher bereits bei der Durchführung des Eingriffs verpflichtet, Vorsorge gegen Risiken einer Klimaerwärmung zu treffen, die den Fortbestand der Kompensationswirkung im erforderlichen Zeitraum gefährden können?

Im Kern geht es um die *langfristige Eignung der geplanten Kompensationsmaßnahmen*. Dass sich diese nur im Weg einer Prognose feststellen lässt, ist aufgrund der Struktur der Eingriffsregelung unvermeidlich und wird vom Gesetzgeber in Kauf genommen. Für die Beurteilung, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Biotoptyp an einer bestimmten Stelle als Eingriffskompensation neu geschaffen werden kann, stehen umfangreiche wissenschaftliche Erkenntnisse und praktische Erfahrungen zur Verfügung, die sich nicht zuletzt aus über 40 Jahren Vollzug der Eingriffsregelung speisen. Deshalb können Art und Umfang der erforderlichen Maßnahmen im konkreten Fall mit einer gewissen Zuverlässigkeit bestimmt werden. Damit lässt sich die auf den Eingriffsverursacher zukommende Belastung rechtfertigen, ohne dass man in den Bereich unzumutbarer, weil nicht durch eine hinreichend sichere Prognose gerechtfertigter Aufwendungen kommt.

Will man den Eingriffsverursacher dazu verpflichten, schon bei Durchführung des Eingriffs Maßnahmen zu treffen, die den Fortbestand der Kompensation auch unter den Bedingungen einer weiteren *Klimaerwärmung* gewährleisten, so setzt das voraus, dass deren *Auswirkungen* auf die konkret zu leistende Kompensation an der dafür vorgesehenen Stelle für den Kompensationszeitraum (20 Jahre und mehr) mit einer Sicherheit *vorhergesagt* werden können, wie sie auch in sonstiger Hinsicht bei der Planung der Kompensation besteht.⁹

Ist die Prognose über die konkreten Auswirkungen der Klimaänderung an einem bestimmten Ort schwer zu treffen und mit großen Unsicherheiten belastet, würde der Eingriffsverursacher mit einem Prognoserisiko belastet, das größer ist als es sonst bei der Abschätzung der Eingriffsfolgen und der voraussichtlichen Wirkungen der Kompensation der Fall ist. Besteht insofern Ungewissheit oder handelt es sich eher um Projektionen als um Prognosen mit der Folge, dass sich die vom Eingriffsverursacher finanzierten Maßnahmen entweder als unnötig oder als unzureichend erweisen können, steht dessen – sichere – Belastung nicht mehr in angemessenem Verhältnis zum – nicht sicheren – Nutzen.¹⁰

⁹ Eine Betrachtungsweise, die die Berücksichtigung möglicher klimabedingter Wirkungen bereits bei der Zulassungsentscheidung fordert, müsste konsequenterweise auch zugunsten des Eingriffsverursachers gelten. Welche praktischen Folgerungen sich daraus ergeben können, ist hier nicht zu diskutieren.

¹⁰ Zutreffend *Spiekermann/Franck* (Hrsg.), *Anpassung an den Klimawandel in der räumlichen Planung*, Hannover 2014, S. 15 zu 2.2.3: „Zudem muss die mit Projektionen verbundene Ungewissheit künftiger Entwicklungen in einem angemessenen Verhältnis zu möglichen Eingriffen stehen, die durch Klimaprojektionen gerechtfertigt werden sollen“. Was für die Planung gilt, muss erst recht für konkrete Maßnahmen gelten, die auf eine Belastung einzelner Personen (Eingriffsverursacher) hinauslaufen.

Was die möglichen Maßnahmen und deren Rechtfertigung angeht, würde das selbe gelten, was nachfolgend im Zusammenhang mit der Nachbesserung der Kompensation dargestellt ist.

6.3 „Nachbesserung“ der Kompensation durch den Verursacher

Bisher wurden mögliche Auswirkungen der Klimaänderung unter dem Aspekt geprüft, ob sie bereits bei der Durchführung des Eingriffs bestimmte Kompensationsmaßnahmen rechtfertigen oder erfordern. Dazu müssen der Verlauf der Klimaänderung und ihre Auswirkungen auf die Entwicklung der Kompensationsfläche mit einer Sicherheit und örtlichen Genauigkeit prognostiziert werden können, die es rechtfertigt, den Eingriffsverursacher von vornherein mit den Aufwendungen für die daraus entstehenden Risiken zu belasten.

Mögliche Auswirkungen der Klimaänderung können auch aus einem anderen Blickwinkel betrachtet werden: Sie bilden das *Risiko*, dass sich die im Genehmigungszeitpunkt *prognostizierte Dauerhaftigkeit der Kompensationsfunktion später nicht bestätigt und zusätzliche Maßnahmen erforderlich werden*.

Der Eingriffsverursacher muss bei dieser Betrachtungsweise erst dann tätig werden, wenn erkennbar wird, dass sich die Kompensationsprognose infolge der Klimaänderung nicht erfüllt. Als Voraussetzung für die Zulassung des Eingriffs wird er zunächst nur mit den nötigen Vorbereitungsmaßnahmen belastet, die ihm später eine ausreichende Reaktion auf unvorhergesehene Entwicklungen ermöglichen (in erster Linie geht es dabei wohl um die Sicherung der Verfügungsbefugnis über eventuell benötigte Flächen).

Diese Entscheidung kann nicht auf einen späteren Zeitpunkt aufgeschoben werden. Denn bei der Zulassung des Eingriffs muss feststehen, inwieweit die Beeinträchtigungen des Naturhaushalts kompensiert sind oder nicht. Davon hängt ab, ob eine Abwägung erforderlich ist (§ 15 Abs. 5 BNatSchG).

Das führt zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen bei der Zulassung des Eingriffs angeordnet werden kann, dass der Eingriffsverursacher für ein klimabedingtes Risiko einzustehen hat, sobald erkennbar wird, dass sich das Risiko tatsächlich verwirklicht.

Eine solche Erfolgskontrolle erfordert das *Monitoring* der Kompensationsfläche, um festzustellen, ob die Kompensationsmaßnahme wirksam bleibt oder infolge Veränderung des Klimas ihre Funktion verliert.

Das Monitoring muss darüber hinaus Bestandteil eines *Risikomanagements* sein, das die fortdauernde Funktion der Kompensationsmaßnahmen gewährleistet. Was die Rechtsprechung insofern für Schutzmaßnahmen im Habitat- und Artenschutz anerkennt,¹¹ gilt gleichermaßen bei Unsicherheit über die prognostizierte Wirksamkeit von Kompensationsmaßnahmen, die für den Fall, dass sie sich als

¹¹ OVG Lüneburg, Urt. v. 10.1.2017 – 4 LC 197/15, NuR 2017, 192 Rn. 60; BVerwG, Urt. v. 17.1.2007 - 9 A 20.05, BVerwGE 128, 1 Rn. 55.

unzureichend erweisen, durch weitere Maßnahmen – z.B. Ausweisung weiterer Kompensationsflächen¹² – ergänzt werden sollen.

Dazu braucht es eine rechtliche Handhabe. Die *Eingriffszulassung muss ein Monitoring anordnen und Regelungen über eventuelle weitere Kompensationsmaßnahmen treffen*.

In Betracht kommen insofern Nebenbestimmungen zu Eingriffszulassung nach § 36 VwVfG oder bei einer Planfeststellung nach § 74 Abs. 2 VwVfG. Diese sollen sicherstellen, dass die Voraussetzungen für die Zulassung des Eingriffs (Kompensation der Beeinträchtigungen) über die erforderliche Zeit hin bestehen bleiben.

Sachliche Voraussetzung ist ein *Prognoserisiko, das über das allgemeine, jeder Prognose eigene Risiko hinausgeht*. Insofern können für die Eingriffs-Ausgleichs-Prognose die zur Risikofrage in der Planfeststellung entwickelten Grundsätze herangezogen werden: Danach ist ein Auflagenvorbehalt nur zulässig, wenn sich auf Grund besonderer Anhaltspunkte die konkrete Möglichkeit abzeichnet, dass nachteilige Wirkungen in absehbarer Zeit eintreten werden, ihr Ausmaß sich jedoch noch nicht abschätzen lässt.¹³

Erforderlich sind also konkrete Anhaltspunkte dafür, dass das Kompensationsgrundstück klimabedingten Risiken unterliegt, die den Funktionserhalt der Kompensation über den erforderlichen Zeitraum gefährden. Mit anderen Worten: Die „optimistische“ Prognose, dass die Kompensationsfläche nicht durch die Auswirkungen des Klimawandels beeinträchtigt wird, muss ein nicht nur allgemeines, sondern *konkretes, beschreibbares Risiko* enthalten.

Zur Beschreibung des Risikos kann sich ein in der Umgebung der Kompensationsfläche in den letzten Jahren¹⁴ festgestellter Trend der Temperaturen und Niederschläge eignen. Ist eine Entwicklung zu mehr Wärme und Trockenheit erkennbar, die sich als Ausdruck der globalen Klimaänderung interpretieren lässt, so könnte das Risiko damit begründet werden, dass eine Fortsetzung dieses Trends wahrscheinlicher ist als seine Umkehr oder Abschwächung, solange die Ursachen der Klimaerwärmung bestehen bleiben.

Tendenziell dürfte sich ein solches Risiko leichter begründen lassen als die zuvor erörterte „pessimistische“ Prognose, dass die Funktion der Kompensationsfläche voraussichtlich unter den Auswirkungen des Klimawandels leiden wird und daher bereits bei Durchführung des Eingriffs entsprechende Vorkehrungen getroffen werden müssen.

Im oben (Nr. 5) genannten *Fall 2* kann bei der Eingriffszulassung wegen eines (näher zu begründenden) klimabedingten Prognoserisikos ein Monitoring angeordnet werden sowie – falls der Weiher über längere Zeit zu wenig Wasser enthält, um die Kompensationsfunktion zu erfüllen – die Auflage, das Gewässer so zu vertiefen, dass es wieder von Grundwasser gespeist wird. Unabhängig davon

¹² OVG Münster, Beschl. v. 6.11.2012 – 8 B 441/12, NuR 2012, 870 Rn. 43 zu Kompensationsmaßnahmen bei Errichtung einer Windkraftanlage.

¹³ BVerwG, Urt. v. 22.11.2000 – 11 C 2.00, DVBl. 2001, 405.

¹⁴ Ein Zeitraum von ca. 10 Jahren wäre aussagekräftig.

bleibt es dem Eingriffsverursacher unbenommen, geeignete Maßnahmen bereits bei Durchführung des Eingriffs bzw. der Kompensationsmaßnahme zu treffen.

Dieser Beispielfall ist dadurch gekennzeichnet, dass Maßnahmen auf dem Kompensationsgrundstück selbst möglich sind und sich darauf beschränken. Anders verhält es sich bei vielen aus fachlicher Sicht möglichen Maßnahmen, mit denen Biotop klimaresistent gemacht werden können (oben Nr. 5).

Maßnahmen wie

- eingetiefte Fließgewässer höher setzen
- Grundwasserneubildung erhöhen (Waldumbau Nadel- in Laubwald).
- grundwassernahe Bereiche tiefer ausmodellieren
- Boden in Mulden verdichten, damit sich darin Niederschlagswasser sammelt
- Anlegen von Mulden für Tümpel etc. die auch bei Grundwasserabsenkung im Winter/Frühjahr noch von Grundwasser gefüllt werden
- unterschiedlich tiefgelegene Geländebereiche modellieren
- Rückbau von Flussregulierungen wie Buhnen oder Uferverbauung und Mäandrieren des Gewässers fördern um Erosion an Uferlinie zu erhöhen
- Anhebung des Gewässerbettes

finden in der Umgebung der Kompensationsfläche statt. Sie haben keinen spezifischen Bezug zur Kompensationsfläche und dienen nicht ausschließlich oder zumindest in erster Linie deren Funktionserhalt, sondern entfalten ihre Wirkung in einem größeren Bereich, für den der Eingriffsverursacher nicht verantwortlich ist. Ihre Zielrichtung geht weit über den Funktionserhalt der Kompensationsfläche hinaus. Dieser bildet nur eine von mehreren Auswirkungen eines Gesamtkonzepts für einen größeren Bereich, das von der dafür zuständigen Stelle entworfen und verwirklicht werden muss. Besonders deutlich wird das bei Maßnahmen an Gewässern.

Derartige Maßnahmen überschreiten deutlich den Rahmen der Kompensation einer bestimmten eingriffsbedingten Beeinträchtigung des Naturhaushalts und können dem Eingriffsverursacher daher nicht auferlegt werden.

Zwei der genannten Maßnahmentypen sind auf der Kompensationsfläche möglich: Schließen von Entwässerungsgräben und Beseitigung von Dränagen. Aber auch diese Maßnahmen haben regelmäßig *Einfluss auf benachbarte Grundstücke* und können zur großflächigen Vernässung oder Überstauung führen. Die Kompensationsfläche ist damit wiederum nur Teil einer wesentlich größeren Fläche, auf die sich diese Maßnahmen auswirken. Es fehlt wiederum ein spezifischer Bezug zur Kompensationsfläche und der Dauerhaftigkeit ihrer Funktion.

Der Verantwortungsbereich des Eingriffsverursachers wird dadurch deutlich überschritten. Dies wiegt umso schwerer, als bei den zahlreichen Eingriffsvorhaben, die nicht zur Enteignung berechtigen, dem Vorhabenträger der Zugriff auf die benötigten Flächen oder Nutzungsrechte gegen den Willen der Betroffenen nicht möglich ist. Bei zur Enteignung berechtigenden Vorhaben kann die Recht-

fertigung durch den Kompensationszweck schwierig werden, wenn man mit der Begründung, die dauerhafte Kompensationsfunktion einer Ausgleichs- oder Ersatzfläche aufrechtzuerhalten, auf größere Flächen in deren Umfeld zugreifen wollte, um dort Veränderungen herbeizuführen. Denn bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Flächeninanspruchnahme für Kompensationsmaßnahmen ist nicht das Interesse an der Verwirklichung des Vorhabens, sondern nur das Interesse an der Kompensation der Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft ins Verhältnis zu den Auswirkungen der Flächeninanspruchnahme für den Betroffenen zu setzen.¹⁵

6.4 Wahl zwischen Ausgleich und Ersatz

6.4.1 Eingriffsregelung

Seit dem BNatSchG 2009 kennt die Eingriffsregelung nicht mehr den Vorrang des Ausgleichs vor dem Ersatz. § 15 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG verpflichtet den Verursacher, unvermeidbare Beeinträchtigungen durch Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege *auszugleichen oder zu ersetzen*. Dieses Wahlrecht des Verursachers zwischen Ausgleich und Ersatz hat Auswirkungen auf die vorliegende Problematik.

Die Gleichrangigkeit der beiden Kompensationsformen bedeutet nicht, dass der Verursacher die freie Wahl zwischen Ausgleich und Ersatz hat, ohne dabei die Ziele der Eingriffsregelung zu berücksichtigen. Indem § 15 Abs. 2 BNatSchG Ausgleich und Ersatz als die beiden Formen der Kompensation nennt, näher definiert und dem Verursacher zur Verfügung stellt, gibt er zu erkennen, dass sie gleichermaßen ins Kalkül zu ziehen sind. Damit ist es fachliche Aufgabe der vom Verursacher vorzulegenden (§ 17 Abs. 4 Nr. 2 BNatSchG) Kompensationsplanung zu entscheiden, welche Formen der Kompensation vorgesehen werden. Maßgeblich ist die *Zielsetzung der Eingriffsregelung*, den Status quo von Natur und Landschaft möglichst nicht zu verschlechtern.

Die über die Zulassung des Eingriffs entscheidende oder ihn selbst durchführende Behörde trifft auch die zur Erfüllung der Verursacherpflichten nach § 15 erforderlichen Entscheidungen und Maßnahmen (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG). Sie ist dabei an die vom Verursacher getroffene Auswahl zwischen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen nicht gebunden und kann und eine andere Vorgehensweise verlangen. Ist das *Kompensationskonzept* des Verursachers nach den oben genannten Kriterien fachlich plausibel, so erfüllt es die Anforderungen des § 15 und ist von der Behörde zu akzeptieren, ggf. mit Modifikationen.

Im vorliegenden Zusammenhang bedeutet das: Plant der Eingriffsverursacher als Kompensation für die Beseitigung eines stehenden Gewässers (oben Fall 2) einen Ausgleich durch Anlage eines gleichartigen Gewässers, ohne dabei die bereits im Gang befindliche Absenkung des Grundwasserspiegels zu berücksichtigen, so kann die Behörde, wenn mit der Fortsetzung dieses Trends zu rechnen ist, eine entsprechende Ausgestaltung des Gewässers (tiefere Sohle) verlangen. Anders dagegen der Fall, dass ein Feuchtbiotop zerstört wird und ein dauerhaft-

¹⁵ BVerwG, Urt. v. 18.3.2009 – 9 A 40.07, NuR 2010, 41.

ter Ausgleich durch Schaffung eines gleichartigen Biotops nicht möglich ist, weil das Maßnahmen in einem größeren Umfeld erfordert, die dem Verursacher nicht zu Gebote stehen. Dann kann man es nicht beanstanden, wenn der Verursacher stattdessen eine Ersatzmaßnahme wählt. Diese könnte beispielsweise darin bestehen, dass ein Feuchtbiotop anderer Art angelegt wird, das unter den auf dem Kompensationsgrundstück herrschenden Bedingungen dauerhaft bestehen kann. Scheidet das aus, kommt die Schaffung eines andersartigen Lebensraums im Betracht, der als gleichwertiger Ersatz betrachtet werden kann. Dabei spielt die Landschaftsplanung eine Rolle. Darauf ist noch zurückzukommen (Frage 2.1 und 2.2).

6.4.2 Einschränkungen bei der Wahl der Kompensation

Feuchtbiotope unterliegen häufig besonderen Schutzvorschriften. Diese wirken sich auf die Kompensation von Eingriffen aus.

Bei Biotopen, die durch § 30 Abs. 2 BNatSchG oder ergänzendes Landesrecht *gesetzlich geschützt* sind, besteht ein Verbot der Zerstörung oder sonstigen erheblichen Beeinträchtigung. Nach § 30 Abs. 3 BNatSchG kann eine *Ausnahme* zugelassen werden, wenn die Beeinträchtigungen ausgeglichen werden können. Dazu reicht eine Ersatzmaßnahme nicht aus, sondern nur ein echter Ausgleich, wie er in § 15 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG definiert ist. Ist das nicht möglich, kommt eine *Befreiung* nach § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG im Betracht. Sie setzt voraus, dass das Vorhaben aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art, notwendig ist. Geht diese Abwägung zugunsten des Eingriffs aus, ist das Programm der Eingriffsregelung abzuarbeiten, d. h. es besteht mangels Ausgleichbarkeit jedenfalls die Verpflichtung zu gleichwertigem Ersatz.

Bilden die Biotope *geschützte Lebensräume in einem Natura 2000-Gebiet*, gilt für Beeinträchtigungen das Schutzregime des § 34 BNatSchG. Ein unverträgliches Projekt darf nur unter den Voraussetzungen des § 34 Abs. 3 BNatSchG zugelassen werden. Außerdem sind nach § 34 Abs. 5 BNatSchG *Kohärenzmaßnahmen* vorzusehen. Dieser „Kohärenzausgleich“ erfordert die Schaffung gleichartiger Verhältnisse zur Sicherung des Zusammenhangs des Netzes Natura 2000.

6.5 Unterhaltung und Pflege der Kompensationsfläche

Die Verpflichtung zur Unterhaltung und Pflege der Kompensationsfläche (§ 15 Abs. 4 BNatSchG) führt hier nicht weiter. Sie umfasst nicht die Umgestaltung der Fläche oder Maßnahmen auf anderen Grundstücken in der Umgebung der Kompensationsfläche. Davon abgesehen wäre sie denselben Bedenken ausgesetzt wie in Nr. 6.3.

6.6 Bedeutung und Tragweite des Vorsorgeprinzips im vorliegenden Zusammenhang

Das Vorsorgeprinzip ist kein Rechtssatz, sondern ein umweltpolitisches Postulat. So bestimmt beispielsweise Art. 191 Abs. 2 Satz 2 AEUV, dass die Umweltpolitik der Union auf den Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung beruht. Wogegen,

zu welchem Zeitpunkt und in welcher Form Vorsorge zu treffen ist, hängt von Prognosen, Risikobewertungen und verfügbaren Ressourcen ab. Denn Vorsorge erklärt sich nicht aus sich selbst heraus, sondern muss definiert werden, anders als etwa die Abwehr einer gegenwärtigen, konkreten Gefahr. *Über Notwendigkeit, Zeitpunkt und Form der Vorsorge oder die Hinnehmbarkeit eines Risikos ist daher zunächst eine politische Entscheidung zu treffen.* Sie kann zum Erlass von Rechtsvorschriften führen. Verpflichtungen Einzelner ergeben sich aus dem Vorsorgeprinzip nur in dem Maß, wie es zu verbindlichen normativen Regelungen kommt.

In der *Eingriffsregelung* ist § 15 Abs. 2 BNatSchG maßgebend. Dort sind die Pflichten des Eingriffsverursachers abschließend beschrieben. Die Pflicht zur Vorsorge besteht kraft gesetzgeberischer Entscheidung darin, dass der Verursacher die voraussichtlichen Auswirkungen seines Vorhabens zuvor ermitteln und durch geeignete Maßnahmen kompensieren muss. Ziel dieser Maßnahmen ist (nur) die Erhaltung des Status quo im Sinne der Schaffung eines gleichartigen oder zumindest gleichwertigen Zustandes wie vor dem Eingriff. Eine Vorsorgepflicht, die über die Erhaltung des Status quo hinausgeht, kennt die Eingriffsregelung nicht. Die Frage geht also dahin, inwieweit die von § 15 Abs. 2 BNatSchG geforderte Schaffung einer Fläche mit gleichartigen oder gleichwertigen Funktionen im Naturhaushalt die Klimaresistenz einschließt, die bei Erlass der Vorschrift nicht Gegenstand der Überlegungen war (dazu oben Nr. 6.2 und 6.3).

Im Unterschied dazu ist die Vorsorge gegen Hochwasser oder Erdbeben, die (zumindest bei Erdbeben) trotz großer Prognoseunsicherheit stattfindet, bereits Gegenstand politischer Entscheidungen, die den Erlass von Rechtsvorschriften, etwa im Baurecht, umfassen. Vergleichbares ist zwecks langfristiger Erhaltung schutzwürdiger Naturflächen unter den Bedingungen des Klimawandels noch nicht geschehen, so dass man sich mit dem vorhandenen Normenbestand behelfen muss. Bei den vorgeschlagenen Maßnahmen, um den Auswirkungen des Klimawandels insbesondere auf Feuchtflächen zu begegnen (oben Nr. 5), drängt sich eine Verknüpfung mit den Verursacherpflichten der Eingriffsregelung nicht unbedingt auf. Denn das Problem besteht unabhängig davon, ob eine Feuchtfläche Gegenstand einer Eingriffsmaßnahme ist.

In diesem Zusammenhang steht

Frage 1.1 Wer zahlt zusätzliche klimabedingte Maßnahmen, falls nicht?

Völkerrechtliche Verpflichtungen zum Erhalt der Biodiversität treffen den Unterzeichnerstaat. Mit welchen Mitteln er diese Verpflichtungen erfüllt, steht in seinem Ermessen. Er hat dabei einen weiten Entscheidungsspielraum. Eine schlüssige Konzeption erfordert aber wohl auf jeden Fall eine Bestandsaufnahme und Auswahl der Biotope, die Priorität bei der Schaffung von Klimaresistenz haben, weil sie im Naturhaushalt von besonderer Bedeutung sind und/oder bereits deutlich unter den Auswirkungen der Klimaänderung leiden, unabhängig davon, ob sie durch einen Eingriff betroffen sind. Ob eine Fläche durch einen Eingriff betroffen ist, kann nicht das entscheidende Kriterium sein.

Falls der Eingriffsverursacher nicht verpflichtet ist, Maßnahmen zur Verbesserung der Resistenz von Kompensationsflächen gegen Auswirkungen der Klimaerwärmung zu treffen, gilt der Grundsatz: Wer bestellt, bezahlt. In Betracht kommen Maßnahmen von Naturschutzbehörden, Kommunen, Landschaftspflegeverbänden usw. Sollen solche Maßnahmen auf der Kompensationsfläche selbst durchgeführt werden, sind sie nach Maßgabe von § 65 BNatSchG vom Grundstückseigentümer oder Nutzungsberechtigten zu dulden, „soweit dadurch die Nutzung des Grundstücks nicht unzumutbar beeinträchtigt wird“, eine Einschränkung, die hier praktisch nicht in Betracht kommt. Das kann auch zusammen mit den Maßnahmen des Eingriffsverursachers geschehen. Die Kosten sind dann entsprechend aufzuteilen.

Wie die nötigen Maßnahmen *finanziert* werden, ist eine politische Entscheidung. Naturschutzmaßnahmen aus Steuermitteln zu finanzieren, ist ein denkbarer Weg, der bereits seit längerem genutzt wird, etwa beim Vertragsnaturschutz. Steuereinnahmen können entweder in den Gesamthaushalt fließen oder zweckgebunden verwendet werden. Auch das ist eine politische Entscheidung ohne bestimmte rechtliche Vorgaben. Maßnahmen zur Klimaresistenz von Biotopen können daher aus dem allgemeinen Haushalt finanziert werden oder aus dem Aufkommen aus einer zweckgebundenen Steuer.

Frage 1.2 Welche Verpflichtung besteht zur Erhaltung der Biodiversität im Falle von Feuchtgebieten ohnehin, und muss dies auch bei den Kompensationsmaßnahmen berücksichtigt werden?

Eine Verpflichtung zur Erhaltung der Biodiversität (in bestimmten Ausprägungen entsprechend den Erhaltungszielen) kann sich bei Flächen ergeben, die dem Schutzregime von *Natura 2000* und damit der Verpflichtung des Mitgliedstaats aus Art. 6 Abs. 2 FFH-RL unterliegen. Danach treffen die Mitgliedstaaten die geeigneten Maßnahmen, um in den besonderen Schutzgebieten die Verschlechterung der natürlichen Lebensräume und der Habitat der Arten sowie Störungen von Arten, für die die Gebiete ausgewiesen worden sind, zu vermeiden, sofern solche Störungen sich im Hinblick auf die Ziele dieser Richtlinie erheblich auswirken könnten.

Art. 6 Abs. 2 FFH-RL verpflichtet auch dazu, klimabedingte Veränderungen abzuwehren, wenn sie zu erheblichen Beeinträchtigungen im oben genannten Sinn führen. Voraussetzung ist, dass dies möglich ist und das *Verhältnis von Aufwand und Nutzen* gewahrt bleibt.¹⁶

Die Verpflichtung aus Art. 6 Abs. 2 FFH-RL trifft nicht den Eingriffsverursacher, sondern den *Mitgliedstaat*. Es ist eine Frage des innerstaatlichen Rechts, ob und in welcher Form diese Verpflichtung an bestimmte Personen weitergegeben wird. Das Verschlechterungsverbot des § 33 Abs. 1 BNatSchG und die Pflicht zur Verträglichkeitsprüfung nach § 34 BNatSchG gelten für jedermann, begründen aber keine unabhängig von beeinträchtigenden Hand-

¹⁶ Ebenso J. und A. Schumacher/E. Krüsemann/S. Rebsch/R. Becker/F. Niederstadt/W. Konold/P. Wattendorf, Naturschutzrecht im Klimawandel Juristische Konzepte für naturschutzfachliche Anpassungsstrategien, 2014, Kap. 5.3.10 und 5.4.10.

lungen oder Projekten bestehende Verpflichtung zur Erhaltung der Biodiversität.

Denkbar ist die Fallgestaltung, dass die Kompensation eines außerhalb durchgeführten Eingriffs durch eine aufwertende Maßnahme im Natura 2000-Gebiet erfolgt, etwa indem ein in schlechtem Zustand befindlicher Lebensraum verbessert wird (§ 15 Abs. 2 Satz 4 BNatSchG). Eine solche Verbesserung könnte auch in der Schaffung von Klimaresistenz bestehen.

Soweit völkerrechtliche Verträge zum Erhalt der Biodiversität verpflichten, trifft diese Verpflichtung nicht einzelne Personen, sondern den Unterzeichnerstaat. Dieser muss entscheiden, mit welchen Mitteln er die Verpflichtung erfüllt. Dabei kommt auch die Schaffung von Pflichten für jedermann oder für bestimmte Personen in Betracht. Ferner ist das geltende Recht daraufhin zu überprüfen, inwieweit es bereits die Erhaltung der Biodiversität ermöglicht oder bezweckt.

Bei der *Eingriffsregelung* ist das, wie dargestellt, insoweit der Fall, als durch den Eingriff der Status quo von Natur und Landschaft nicht verschlechtert werden darf. Das Prinzip „non net loss“ ist hier verwirklicht unter Beschränkung auf die durch den Eingriff verursachten Natur- und Landschaftsbeeinträchtigungen. „Flexibilität“ besitzt die Eingriffsregelung insofern, als man zwischen Ausgleich und Ersatz als Kompensation erwählen und vorgezogene Kompensationsmaßnahmen möglich sind (§ 16 BNatSchG). Was die Verantwortlichkeit des Eingriffsverursachers betrifft, gilt eine Beschränkung auf Maßnahmen zur Kompensation der von ihm herbeigeführten Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

Frage 2: Wie stark ist die Bindung der Ziele von Kompensationsmaßnahmen an das, was die Landschaftsplanung vorschlägt?

1. Verhältnis Eingriffsregelung – Landschaftsplanung

Eingriffsregelung und Landschaftsplanung verfolgen unterschiedliche Ziele.

Die Pflichten des Eingriffsverursachers zur Vermeidung und Kompensation durch Ausgleich oder Ersatz sind am Ziel der Erhaltung des Status quo ausgerichtet. Die Eingriffsregelung ermöglicht nicht Schutz- und Entwicklungsmaßnahmen für Natur, Landschaft oder Erholung ohne Bezug zu den Eingriffswirkungen.

Die Landschaftsplanung hat nach § 9 Abs. 1 BNatSchG die Aufgabe, die Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege für den jeweiligen Planungsraum zu konkretisieren und die Erfordernisse und Maßnahmen zur Verwirklichung dieser Ziele auch für die Planungen und Verwaltungsverfahren aufzuzeigen, deren Entscheidungen sich auf Natur und Landschaft im Planungsraum auswirken können. Dazu gehört die Planung und Durchführung von Eingriffen in Natur und Landschaft.

Deshalb schafft das Gesetz eine *Verbindung von Eingriffsregelung und Landschaftsplanung* dadurch, dass bei der Festsetzung von Art und Umfang der Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen die Landschaftsplanung zu berücksichtigen ist (§ 15 Abs. 2 Satz 5 BNatSchG).

Das Gesetz wählt nicht den Begriff „beachten“, sondern spricht (nur) von „berücksichtigen“. Denn die Landschaftsplanung ist der Eingriffsregelung nicht übergeordnet, sondern ein Mittel, um die Zielsetzung der Eingriffsregelung nach Maßgabe von deren Entscheidungsstruktur zu verwirklichen, ohne dass eine strikte Bindung der Eingriffsregelung an die Landschaftsplanung besteht. Die Festsetzung bestimmter Kompensationsmaßnahmen kann daher nicht allein damit begründet werden, dass sie Zielen der Landschaftsplanung entsprechen. Einer strikten Bindung steht auch der Umstand entgegen, dass die Landschaftsplanung im Zeitpunkt des Eingriffs durch die tatsächliche Entwicklung überholt sein kann.

2. Bedeutung der Landschaftsplanung im Kontext der Eingriffsregelung

Je nach der Qualität und Aktualität der Landschaftsplanung können deren Erkenntnisse und Bewertungen für den Vollzug der Eingriffsregelung in verschiedener Hinsicht nutzbar gemacht werden.

- Die Landschaftsplanung kann die Beurteilung von Eingriffsvorhaben erleichtern, indem sie Daten über den betroffenen Raum bereithält, die den Naturhaushalt betreffen.
- Sie kann Flächen und Landschaftselemente als von besonderer Bedeutung und daher vorrangig erhaltenswert hervorheben, was bei Eingriffsvorhaben u.a. für Standort- oder Trassenwahl, die Vermeidungspflicht und die Abwägung relevant sein kann.
- Sie soll Flächen bezeichnen, die für Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen geeignet sind (§ 9 Abs. 3 Nr. 4 Buchst. c BNatSchG). Sie kann Anhaltspunkte dafür bieten, was als gleichwertiger (§ 15 Abs. 2 Nr. 3 BNatSchG) Ersatz anzusehen ist, wenn sie Erfordernisse und Maßnahmen etwa zur Minderung oder Beseitigung vorhandener Naturbeeinträchtigungen, zum Schutz von Biotopen, Lebensgemeinschaften und Lebensstätten oder zur Biotopvernetzung benennt (§ 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 Buchst. a, b, d BNatSchG).

Kann dem Inhalt der Landschaftsplanung nicht Rechnung getragen werden, ist das zu begründen (§ 9 Abs. 5 Satz 2). Im Zusammenhang mit der Kompensation eines Eingriffs ist dies denkbar, wenn die konkret geplante Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahme den von der Landschaftsplanung formulierten Zielen widerspricht, eine vermutlich sehr seltene Fallgestaltung. Selbst wenn die Landschaftsplanung Aussagen zu möglichen Kompensationsmaßnahmen bezüglich bestimmter zu erwartender Eingriffe enthielte, könnten das keine abschließenden Vorgaben sein. Denn die Landschaftsplanung kann das am konkreten Projekt durchzuführende Verfahren zur Ermittlung und Bewertung der Eingriffswirkungen und möglicher Vermeidungs- und Kompensationsmaßnahmen nicht in allen Einzelheiten vorwegnehmen. Sie kann aber Wege aufzeigen.

Frage 2.1 Sodass zum Beispiel bei Prüfung der Gleichwertigkeit einer Kompensation in die Beurteilung einbezogen werden könnte, welche Biotoptypen und Ausprägungen selten und gefährdet sind (im Naturraum bzw. den verschiedenen politischen Bezugsräumen wie etwa einem Stadtstaat)?

Die Frage beruht auf der zutreffenden Annahme, dass Aussagen der Landschaftsplanung nicht so sehr bei der Kompensation durch Schaffung eines gleichartigen Zustands (Ausgleich) relevant sein können, sondern vielmehr bei der Kompensation durch Ersatzmaßnahmen, die sich mit der Schaffung eines gleichwertigen Zustands begnügt.

Auch bei Ersatzmaßnahmen muss allerdings ein *Funktionszusammenhang* in Form eines gewissen – wenn auch gegenüber dem Ausgleich gelockerten – Konnexes zwischen eingriffsbedingter Beeinträchtigung und Kompensation gewahrt bleiben, wie aus § 15 Abs. 3 Satz 3 BNatSchG hervorgeht. Die funktionelle Beziehung besteht dabei nicht in der Art, sondern *im Wert* dessen, was neu geschaffen wird.

Diese *Gleichwertigkeit des Ersatzes* ist ein unbestimmter Rechtsbegriff und als solcher abhängig von fachwissenschaftlichen Einschätzungen. Die Entscheidung darüber, wann eine beeinträchtigte Funktion des Naturhaushalts in gleichwertiger Weise hergestellt ist bzw. wann dies nicht mehr der Fall ist, birgt einen relativ großen Beurteilungsspielraum.

Im konkreten Fall muss ein Aspekt herausgearbeitet werden, unter dem die Ersatzmaßnahme mit der beeinträchtigten Funktion des Naturhaushalts korrespondiert und als gleichwertige Kompensation erscheint. Grundsätzlich muss versucht werden, der beeinträchtigten Funktion des Naturhaushalts möglichst nahe zu kommen. Unter mehreren als gleichwertig anzusehenden Ersatzmöglichkeiten ist die auszuwählen, die der beeinträchtigten Funktion am nächsten kommt. Die voraussichtliche Dauerhaftigkeit der Maßnahme unter den Bedingungen des Klimawandels kann bei der Entscheidung berücksichtigt werden.

Die Betrachtung der Gleichwertigkeit beginnt somit bei der konkret beeinträchtigten Funktion des Naturhaushalts. Der Blickwinkel erweitert sich aber schrittweise in Richtung auf eine höhere Abstraktionsebene, bis am Ende nur noch die *Gesamtbilanz* des Naturhaushalts¹⁷ gewahrt bleibt, wenn keine bessere Lösung erkennbar ist. Dabei können Aussagen der Landschaftsplanung oder mangels anderer Prioritäten auch Gesichtspunkte wie Seltenheit und Gefährdung den Ausschlag geben, bezogen auf den Naturraum. (siehe auch nachfolgend zu Frage 2.2).

¹⁷ BVerwG, Gerichtsbescheid v. 10.9.1998 – 4 A 35/97, NuR 1999, 103, juris Rn. 24: „Die Erwartung muss bestehen, dass die Nachteile, die am Eingriffsort namentlich für die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts gerade in dessen Wirkungsgefüge entstehen, in einer gesamtbilanzierenden Betrachtungsweise kompensiert werden können“ (entschieden zu einer 17 km vom Eingriffsort entfernten Ersatzmaßnahme im Peenetal).

Frage 2.2 Sodass nicht in jedem Fall die Maßnahmen „climate proof“ ausgestaltet werden müssten, weil die durch die Kompensationsmaßnahme erzielte Aufwertung unter anderen Aspekten ausreichend groß ist.

Die Landschaftsplanung muss nicht um jeden Preis bemüht sein, erkennbare und sich verstärkende Wirkungen der Klimaerwärmung im Naturhaushalt zu neutralisieren. Das ist auch eine Frage der Ressourcen und des Verhältnisses von Aufwand und Nutzen. Man kann dementsprechend bei der Eingriffskompensation die Gleichwertigkeit von Ersatzmaßnahmen auch daran orientieren, welche natürlichen Lebensräume im Naturraum selten oder gefährdet sind.

Eine zur Kompensation ausreichende Aufwertung kann auch in der Schaffung von Lebensräumen bestehen, die im dortigen Naturraum unterrepräsentiert sind, zur Verbesserung des Erhaltungszustands gefährdeter Tierarten beitragen und dergleichen mehr.

Dabei kann auch eine Rolle spielen, ob neu zu schaffende Lebensräume etwa von der im Gang befindlichen Entwicklung des Klimas profitieren werden.

Regensburg, den 11. November 2020

Fischer-Hüftle
Rechtsanwalt