

Grundsatzurteil des OVG Berlin-Brandenburg: Erhebung von Ausgleichsabgaben nach der BaumSchVO rechtswidrig

Von Rechtsanwalt Dieter Königer*

Viele Grundstückseigentümer und Bauherren können ein Lied davon singen:

Müssen auf ihrem Grundstück - bspw. für die Durchführung eines Bauvorhabens - Bäume gefällt werden, so beginnt eine unerfreuliche Auseinandersetzung mit dem Grünflächenamt des Bezirks über die Erteilung der hierfür erforderlichen Fällgenehmigung. Diese wird davon abhängig gemacht, dass entweder je zu fällenden Baum ein Vielfaches an Bäumen als Ersatz gepflanzt oder, wenn das wie zumeist auf dem Grundstück gar nicht möglich ist, eine beträchtliche Ausgleichsabgabe gezahlt wird.

Diese Praxis und ihre rechtlichen Grundlagen wurden über Jahrzehnte unkritisch hingenommen. Spätestens nach einem grundlegenden Urteil des OVG Berlin-Brandenburg vom 26.01.2006¹ sollte hiermit jedoch Schluss sein. Dieses Urteil betrifft zwar unmittelbar nur die bis 2002 in Berlin geltende Rechtslage. Darüber hinaus enthält es aber deutliche Hinweise dafür, dass auch die heute in Berlin geltende Rechtslage einer Prüfung durch das OVG Berlin-Brandenburg nicht Stand halten wird.

1. Das Urteil des OVG Berlin-Brandenburg vom 26.01.2006

In den Jahren 1982 bis 2002 lag der Forderung nach Ersatzpflanzungen bzw. Ausgleichsabgaben die BaumSchVO 1982² zu Grunde. Ihr selbst konnte weder entnommen werden, in welchem Umfang eine Verpflichtung zu Ersatzpflanzungen besteht, noch, in welcher Höhe Ausgleichsabgaben verlangt werden können. § 5 Abs. 1 Satz 1 BaumSchVO 1982 besagte allein, dass Ersatzpflanzungen vorzunehmen sind, „soweit dies zumutbar und angemessen ist“. § 6 Abs. 1 Satz 3 BaumSchVO beschränkte sich auf die Regelung, dass die Ausgleichsabgabe „nach Umfang, Art und Schwere der Bestandsminderung unter Berücksichtigung der Kosten einer vergleichbaren Ersatzpflanzung zu bemessen“ ist. Berechnungsvorgaben zum Umfang von Ersatzpflanzungen bzw. zur Höhe einer Ausgleichsabgabe waren allein in einer - bloß behördenintern wirkenden - Verwaltungsvorschrift, der AV BaumSchVO, enthalten. Diese bis 2002 geltende Rechtslage, auf deren Grundlage zwei Jahrzehnte lang erhebliche Ausgleichsabgaben vom Land Berlin vereinnahmt wurden, wurde vom OVG Berlin-Brandenburg nunmehr mit außergewöhnlicher Deutlichkeit für rechtswidrig - weil rechtsstaatswidrig - erklärt. § 6 Abs. 1 BaumSchVO sei unwirksam, da mit den höherangigen Rechtsstaatsgeboten der Bestimmtheit und Normenklarheit unvereinbar. Die Vorschrift enthalte keine objektiven Kriterien, die eine willkürliche Handhabung durch die Behörden ausschließe.

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt in Berlin (KÖNIGER – Anwaltskanzlei). Er ist Lehrbeauftragter für öffentliches Baurecht an der FH Potsdam und auf Immobilienrecht spezialisiert.

¹ OVG 11 B 12.05 – Grundeigentum 2006, 515; vorgehend VG Berlin, Urteil vom 11.02.2004 – VG 1 A 230.01 - Grundeigentum 2004, 429; hierzu auch *Königer*, Grundeigentum 2004, 401

² GVBl. 1982, 250

Die Bemessung der Höhe der Ausgleichsabgabe werde in § 6 Abs. 1 BaumSchVO 1982 u.a. an die Kosten einer vergleichbaren Ersatzpflanzung geknüpft, obwohl § 5 Abs. 1 Satz 1 BaumSchVO jeglicher Hinweise zu Anzahl und Größe der Ersatzpflanzen in Abhängigkeit dieser Parameter zu Quantität und Qualität des beseitigten Baums entbehre. Dass die notwendige Konkretisierung nicht der Verwaltung durch bloße Verwaltungsvorschriften überlassen werden dürfe, ergebe sich bereits aus der Vorschrift des § 22 Abs. 4 NatSchG Bln, die einen an den Verordnungsgeber gerichteten Regelungsauftrag enthalte, dem dieser jedoch nicht nachgekommen sei. Die AV BauSchVO erfülle auch nicht die Voraussetzungen, unter denen die Rechtsprechung insbesondere im Umwelt- und Technikrecht normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften zugelassen habe.

2. Die Rechtslage in den Jahren 2002 bis 2004

Die BaumSchVO 1982 wurde zunächst durch die BaumSchVO 2002³ abgelöst. Mit der BaumSchVO 2002 wurden die zuvor in der AV BaumSchVO enthaltenen Berechnungsvorgaben für Ersatzpflanzungen bzw. Ausgleichsabgabe in die BaumSchVO integriert (§§ 6, 7 BaumSchVO 2002), so dass der Verordnungsgeber dem ihm nach § 22 Abs. 4 NatSchG Bln obliegenden Regelungsauftrag seitdem jedenfalls in formeller Sicht nachgekommen ist.

In materieller Hinsicht war der Antragsteller der BaumSchVO 2002 vorrangig zur Vornahme von Ersatzpflanzungen zu verpflichten, und zwar grundsätzlich zur Pflanzung eines Ersatzbaums je angefangene 15 cm Stammumfang des zu entfernenden Baums⁴. Nur wenn Ersatzpflanzungen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich waren, war eine Ausgleichsabgabe in Höhe des Werts der an sich erforderlichen Ersatzpflanzungen zuzüglich eines Zuschlags für Pflanz- und Pflegekosten in gleicher Höhe festzusetzen⁵.

3. Die seit 2004 geltende Rechtslage

Mit der BaumSchVO 2004⁶ wurden diese Regelungen umfassend novelliert - besser gesagt - in ihr Gegenteil verkehrt. Nach § 6 Abs. 1 BaumSchVO 2004 ist der Antragsteller zur Entrichtung einer Ausgleichsabgabe verpflichtet, soweit er nicht an Stelle der Geldleistung Ersatzpflanzungen auf seinem Grundstück vornimmt. Es besteht nunmehr also ein Vorrang für die Erhebung einer Ausgleichsabgabe gegenüber nur freiwilligen Ersatzpflanzungen.

Nur für die Berechnung der Ausgleichsabgabe bestehen nach der BaumSchVO 2004 nähere Vorgaben (§ 6 Abs. 2 und 3 BaumSchVO 2004). Die Ausgleichsabgabe soll in der Regel nach dem Gehölzwert des beseitigten Baums zuzüglich eines Zuschlags in gleicher Höhe bemessen werden. Der Gehölzwert ergibt sich grundsätzlich aus folgendem Berechnungsmodus: Je angefangene 15 cm Stammumfang des zu entfernenden Baumes ist ein Ersatzbaum derselben Art in handelsüblicher Baumschulware zu berechnen.

Der Umfang erforderlicher Ersatzpflanzungen ist in der BaumSchVO 2004 nicht mehr bestimmt. Insoweit beschränkt sich der Verordnungsgeber darauf, einen ökologischen Ausgleich zu fordern, ohne jedoch Regelungen zu formulieren, unter welchen Voraussetzungen dieser gegeben ist⁷. In der Praxis wird der nur für die Berechnung der Ausgleichsabgaben vorgehene Berechnungsmodus auch zur Bestimmung des Umfangs erforderlicher Ersatzpflanzungen angewendet.

³ GVBl. 2002, 271

⁴ § 6 Abs. 1 u. 2 BaumSchVO 2002

⁵ § 7 Abs. 1 u. 2 BaumSchVO 2002

⁶ GVBl. 2004, 214

⁷ § 6 Abs. 1 Satz 1 und Absatz 5 BaumSchVO 2004

4. Die Konsequenzen des Urteils des OVG Berlin-Brandenburg vom 26.01.2006

Gegen die seit 2004 geltende Rechtslage bestehen zumindest in zweierlei Hinsicht rechtliche Bedenken:

- a) Dies gilt zum einen für den in § 6 Abs. 1 BaumSchVO 2004 enthaltenen Vorrang der Erhebung einer Ausgleichsabgabe gegenüber der Vornahme von Ersatzpflanzungen.

Eine gegenüber der Vornahme von Ersatzpflanzungen vorrangige Verpflichtung zur Leistung einer Ausgleichsabgabe ist mit Bundesrecht unvereinbar. § 29 Abs. 2 Satz 3 BNatSchG enthält die entgegenstehende rahmengesetzliche⁸ Regelung, dass die Länder für den Fall der Bestandsminderung die Verpflichtung zu Ersatzpflanzungen festlegen können. Ein Vorrang von Ausgleichsabgaben überschreitet den Regelungsrahmen, der den Ländern hiernach zur Ausfüllung verbleibt.

Das OVG Berlin-Brandenburg geht in seinem Urteil vom 26.01.2006 ebenfalls von der Unzulässigkeit des Vorrangs der Erhebung einer Ausgleichsabgabe gegenüber der Vornahme von Ersatzpflanzungen aus, wenngleich es dies jedoch anders begründet. Als obiter dictum führt das OVG Berlin-Brandenburg aus, dass die Nachrangigkeit einer Ausgleichsabgabe gegenüber einer Ersatzpflanzung „*allgemeiner naturschutzrechtlicher Systematik* (entspricht), *wonach Eingriffe in Natur und Landschaft in erster Linie zu unterlassen, hilfsweise im Sinne einer Wiederherstellung der beeinträchtigten Funktionen des Naturhaushalts auszugleichen, weiter hilfsweise in sonstiger Weise zu kompensieren und als ultima ratio durch Ausgleichszahlungen abzugelten sind* (vgl. § 19 BNatSchG n.F.; § 8 BNatSchG a.F.; § 14 NatSchG Bln)“.

Angemerkt sei, dass darüber hinaus die generelle Zulässigkeit von Ausgleichsabgaben, selbst wenn für sie kein Vorrang gegenüber Ersatzpflanzungen beansprucht werden würde, erheblichen Bedenken begegnet. Die Befugnis der Länder Ausgleichsabgaben vorzusehen, beruht auf § 19 Abs. 4 BNatSchG, einer Regelung, die Bestandteil der allgemeinen naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung (§§ 18 bis 20 BNatSchG) ist. Die §§ 18 bis 20 BNatSchG sind jedoch auf Vorhaben in Gebieten mit Bebauungsplänen nach § 30 BauGB, während der Planaufstellung nach § 33 BauGB und im unbeplanten Innenbereich nach § 34 BauGB nicht anwendbar (§ 21 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG). Die BaumSchVO 2004 stellt wie ihre Vorgängerregelungen dem gegenüber Bäume flächendeckend - also gerade auch in den vorgenannten Gebieten - als geschützten Landschaftsbestandteil unter Schutz. Beruht die Minderung des Baumbestandes auf einem Vorhaben i.S.v. § 21 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG, findet die landesrechtliche Anordnung von Ausgleichsabgaben in § 19 Abs. 4 BNatSchG keine Grundlage⁹.

- b) Zum anderen stellt sich die Frage der Verhältnismäßigkeit der Ausgleichsabgabe. Diese knüpft an die Annahme an, dass grundsätzlich je angefangene 15 cm Stammumfang ein Ersatzbaum erforderlich sei (§ 6 Abs. 3 BaumSchVO 2004). Angesichts des Mindeststammumfangs geschützter Bäume¹⁰ ergibt dies mindestens sechs (!) Ersatzbäume je zu fällendem Baum. Beispielhaft sei erwähnt, dass in dem vom OVG Berlin-Brandenburg entschiedenen Fall für vier zu fällende Bäume ohne Berücksichtigung von Mängelabschlägen 29 Bäume, bei Abzug der Mängelabschläge immerhin noch 16 Ersatzbäume von der Behörde in Ansatz gebracht worden waren. Ob dieses Verhältnis noch innerhalb der dem Verordnungsgeber eröffneten Regelungsspanne liegt, wurde erstmals vom VG Berlin in seinem Urteil vom 11.02.2004¹¹ im Hinblick auf das niedrigere Verhältnis in den BaumSchutzsatzungen anderer Kommunen in Zweifel gezogen. Diese Zweifel wurden vom OVG

⁸ vgl. § 11 BNatSchG, Art. 75 GG

⁹ vgl. insoweit auch VGH Kassel, Urteil vom 29.10.1998 - 4 UE 2082/96 - BRS 60 Nr. 220

¹⁰ § 2 Abs. 1 BaumSchVO 2004: Mindeststammumfang 80 cm in einer Höhe von 1,30 m über dem Erdboden, bei mehrstämmigen Bäumen Mindestumfang 50 cm

¹¹ VG 1 A 230.01 – GE 2004, 429; *Königer*, GE 2004, 401

Berlin-Brandenburg nunmehr ausdrücklich aufgegriffen, ohne dass jedoch Veranlassung dafür bestand, hierüber zu entscheiden¹².

5. Schlussfolgerung

Nach den deutlichen Worten des OVG Berlin-Brandenburg sollte gegen die in Fällgenehmigungen enthaltenen - selbständig anfechtbaren - Auflagen zur Leistung von Ausgleichsabgaben grundsätzlich Widerspruch bzw. nach Erlass eines Widerspruchsbescheids Klage erhoben werden.

Bei der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung wird einer weiteren Grundsatzentscheidung von VG Berlin bzw. OVG Berlin-Brandenburg zur Erhebung von Ausgleichsabgaben nach der BaumSchVO 2004 keinesfalls zuversichtlich entgegengesehen. Vielmehr wurde auch dort erkannt, dass die BaumSchVO 2004 dringend einer Änderung bedarf. Wann und mit welchem Inhalt eine solche Novelle kommen wird, ist jedoch nicht absehbar.

www.koeniger-anwaltskanzlei.de

¹² Die Zweifel gelten in gleicher Weise für den Umfang von Ersatzpflanzungen bzw. die Höhe von Ausgleichsabgaben nach §§ 6, 7 BaumSchVO 2002.