

**OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 26. Januar 2006 - OVG 11 B 12.05 -**

**Sachverhalt:**

Die Kl. sind Eigentümer des Grundstücks ... in Berlin. Auf ihren zur Durchführung eines Bauvorhabens gestellten Antrag erteilte ihnen das Bezirksamt Spandau von Berlin ... die Genehmigung, vier ... Bäume ... zu fällen. Gleichzeitig gab die Behörde den Kl. auf, ersatzweise eine Wald-Kiefer mit einer Höhe von 200-225 cm zu pflanzen und zusätzlich eine Ausgleichszahlung in Höhe von 8.720,00 DM zu entrichten. ....

**Aus den Gründen:**

... Das Verwaltungsgericht hat der ... Anfechtungsklage zu Recht stattgegeben. ... Die Anfechtungsklage ist auch begründet. Die Ausgleichsabgabe ist in vollem Umfang rechtswidrig und verletzt die Kl. in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Für die Erhebung der Ausgleichsabgabe fehlt es bereits an einer wirksamen Rechtsgrundlage ... . Ausgangspunkt der rechtlichen Betrachtung ist folgendes Normengefüge: Gemäß § 18 Abs. 1 des Gesetzes über Naturschutz und Landschaftspflege von Berlin in der hier anzuwendenden Fassung vom 30. Januar 1979 (GVBl. Seite 183) - NatSchGBln - können durch Rechtsverordnung des für den Naturschutz und die Landschaftspflege zuständigen Mitglieds des Senats Teile von Natur und Landschaft zum geschützten Landschaftsbestandteil erklärt werden. Als geschützte Landschaftsbestandteile kommen gemäß § 22 Abs. 2 Nr. 3 NatSchGBln insbesondere Einzelbäume, Baumreihen und Baumgruppen in Betracht. Die Beseitigung eines geschützten Landschaftsbestandteils sowie alle Handlungen, die zu einer Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung eines geschützten Landschaftsbestandteiles führen können, sind gemäß § 22 Abs. 3 NatSchGBln verboten. Das Nähere regelt die Rechtsverordnung zur Festsetzung. Gemäß § 22 Abs. 4 NatSchGBln legt diese Rechtsverordnung die Verpflichtung zu angemessenen und zumutbaren Ersatzpflanzungen oder zweckgebundenen Ausgleichsabgaben im Falle von Bestandsminderungen fest. Von diesen Ermächtigungen hat die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umweltschutz durch Erlass der Verordnung zum Schutze des Baumbestandes in Berlin vom 11. Januar 1982 (GVBl. Seite 250) - BaumSchVO 1982 -, die hier einschlägig ist, Gebrauch gemacht und in deren § 1 sämtliche Einzelbäume im Land Berlin, deren Stammumfang in einer Höhe von 130 cm über dem Erdboden mindestens 60 cm beträgt, zum geschützten Landschaftsbestandteil erklärt. § 3 Abs. 1 BaumSchVO 1982 verbietet die Beseitigung geschützter Bäume. Von diesem Verbot läßt § 4 BaumSchVO 1982 unter anderem dann Ausnahmen zu, wenn eine sonst zulässige Nutzung des Grundstücks nicht oder nur unter wesentlichen Beschränkungen verwirklicht werden kann oder eine solche Nutzung unzumutbar beeinträchtigt wird. Wird die Beseitigung eines geschützten Baumes genehmigt, so ist der Antragsteller gemäß § 5 Abs. 1 BaumSchVO 1982 zu standortgerechten Ersatzpflanzungen für den zu beseitigenden Baum verpflichtet, soweit dies angemessen und zumutbar ist (Satz 1). Die Verpflichtung wird im Einzelfall von der zuständigen Behörde festgelegt (Satz 2). Sie gilt gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 BaumSchVO 1982 erst dann als erfüllt, wenn der Baum nach Ablauf von zwei Jahren zu Beginn der folgenden Vegetationsperiode angewachsen ist. Soweit Ersatzpflanzungen nach § 5 nicht möglich oder unzulässig sind, ist gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 BaumSchVO 1982 eine Ausgleichsabgabe zu entrichten. Die Höhe der Ausgleichsabgabe ist gemäß § 6 Abs. 1 Satz 3 BaumSchVO 1982 nach Umfang, Art und Schwere der Bestandsminderung unter Berücksichtigung der Kosten einer vergleichbaren Ersatzpflanzung zu bemessen.

Der Senat teilt die Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass die als Rechtsgrundlage der angefochtenen Ausgleichsabgabe allein in Betracht kommende Vorschrift des § 6 Abs. 1 BaumSchVO 1982 unwirksam ist, weil sie mit den höherrangigen Rechtsstaatsgeboten (Art. 20 Abs. 3 GG) der Bestimmtheit und Normenklarheit nicht vereinbar ist. Auch wenn die Einwirkungsmöglichkeiten auf den Berliner Baumbestand grundsätzlich beschränkenden Vorschriften der Baumschutzverordnung eine verfassungsrechtlich zulässige Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz enthalten (vgl. OVG Berlin, Urteil vom 17. Oktober 2003 - OVG 2 B 15.00 - UPR 2004, 234; Urteil vom 16. August 1996 - OVG 2 B 26.93 -, NVwZ RR 1997, 530; vgl. auch BVerfG, Urteil vom 1. Februar 1996 - 4 B 303/95 -, NVwZ 1996, 1487), unterliegen sie den verfassungsrechtlichen Anordnungen der Bestimmtheit und Normenklarheit. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, verlangt das Rechtsstaatsprinzip, dass Ermächtigungen zum Erlass belastender Verwaltungsakte nach Inhalt, Gegenstand und Ausmaß hinreichend bestimmt sind, so dass die Eingriffe messbar und für den Bürger hinreichend voraussehbar und berechenbar sind (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 20. Mai 1988 - 1 BvR 278/88 - BB 1988, 1716; BVerfGE 31, 255, 265). Zwar schließt dies nicht die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe aus; die Auslegungsbedürftigkeit nimmt einer Vorschrift noch nicht die rechtsstaatlich gebotene Bestimmtheit (BVerfG, a.a.O.). Ein Verstoß gegen das aus Art. 20 Abs. 3 GG herzuleitende Erfordernis hinreichender Bestimmtheit einer Norm bei Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe liegt aber dann vor, wenn es nicht mehr möglich ist, objektive Kriterien zu gewinnen, die eine willkürliche Handhabung durch die Behörden und Gerichte ausschließen. Vielmehr muss sich aus dem Inhalt der Rechtsvorschrift mit ausreichender Bestimmtheit ermitteln lassen, was von der pflichtigen Person verlangt wird (vgl. BVerfG, Beschluss vom 10. April 2000 - 11 B 61/99 -, bei Juris: Urteil vom 16. Juni 1994 - 4 C 2/94 -, NVwZ 1994, 1099, jeweils m.w.N.).

Diesen Anforderungen wird § 6 Abs. 1 BaumSchVO 1982 nicht gerecht, soweit er in Satz 3 die Bemessung der Ausgleichsabgabe regelt. Zwar nennt diese Vorschrift mit den Merkmalen "Umfang, Art und Schwere der Bestandsminderung" objektive Kriterien, die insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Ausmaßes der ökologischen Schädigung mit herkömmlicher juristischer Methodik einer Auslegung zugänglich sein mögen. Sie knüpft diese Bemessungskriterien jedoch an die zu berücksichtigenden Kosten einer vergleichbaren Ersatzbepflanzung, die ihrerseits nicht hinreichend bestimmt werden. Zwar ist diese Anknüpfung im Grundsatz rechtlich nicht zu beanstanden, sondern erscheint im Gegenteil sogar geboten, denn sie entspricht der Systematik der Nachrangigkeit der Ausgleichsabgabe gegenüber einer Ersatzbepflanzung. Diese Nachrangigkeit folgt ausdrücklich aus § 6 Abs. 1 Satz 1 BaumSchVO 1982, wonach eine Ausgleichsabgabe nur zu entrichten ist, soweit Ersatzpflanzungen nach § 5 nicht möglich oder unzulässig sind. Sie entspricht im Übrigen allgemeiner naturschutzrechtlicher Systematik, 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 NatSchGBln). Jedoch fehlt es abgesehen davon, dass § 6 Abs. 1 Satz 3 BaumSchVO 1982 nicht zu entnehmen ist, in welcher Weise die Kosten einer vergleichbaren Ersatzbepflanzung zu berücksichtigen sind, an handhabbaren Kriterien für die Bemessung dieser Kosten. Insoweit

nämlich regelt § 5 Abs. 1 Satz 1 BaumSchVO 1982 lediglich, dass der Antragsteller, dem die Beseitigung eines geschützten Baumes genehmigt wird, zu standortgerechten Ersatzpflanzungen für den zu beseitigenden Baum verpflichtet ist, soweit dies "angemessen und zumutbar" ist. Damit beschränkt sich diese Norm auf die wörtliche Wiederholung der bereits in der Verordnungsermächtigung des § 22 Abs. 4 NatSchGBIn abstrakt vorgegebenen Kriterien, lässt es aber an deren näherer Konkretisierung und Ausgestaltung fehlen. Zwar kann § 5 Abs. 1 Satz 1 BaumSchVO 1982 bei grammatikalischer Auslegung noch entnommen werden, dass der Ordnungsgeber für einen zu beseitigenden Baum mehrere Ersatzpflanzungen für erforderlich gehalten hat. Die Vorschrift entbehrt aber jeglicher Hinweise zu Anzahl und Größe der Ersatzpflanzungen und der Abhängigkeit dieser Parameter zu Quantität und Qualität des beseitigten Baums.

Insbesondere lässt sich die in den Ausführungsvorschriften zur Baumschutzordnung vom 5. August 1992 (ABl. S. 2537) – AV- BaumSchVO - unter Ziffer 14 Abs. 2 und Ziffer 15 Abs. 1 getroffene Festlegung, wonach sich das angemessene und zumutbare Ausmaß der Ersatzpflanzung und damit auch der Ausgleichsabgabe in der Regel derart bestimmt, dass je angefangene 15 cm Stammumfang des zu entfernenden Baumes, gemessen 1,30 m über dem Erdboden, ein Ersatzbaum mittlerer Gehölzsartierung handelsüblicher Baumschulware zu pflanzen ist (Laubbäume: Hochstamm, je nach Gehölzart 10 bis 12 cm oder 12 bis 14 cm Stammumfang; Koniferen: 175 bis 200 cm Höhe), § 5 Abs. 1 Satz 1 BaumSchVO 1982 auch nicht ansatzweise als durch diese Rechtsvorschrift vorgegeben entnehmen.

Das Verwaltungsgericht weist mit Recht darauf hin, dass allein die aus der veröffentlichten Rechtsprechung ersichtlichen Baumschutzregelungen aus anderen Bundesländern hinsichtlich der Relation zwischen entfernten Bäumen und Anzahl und Größe der Ersatzpflanzungen eine derart weite Spanne denkbarer Regelungen aufzeigen, dass eine nähere Konkretisierung innerhalb der Berliner Baumschutzverordnung zwingend erscheint.

So lag dem Beschluss des OVG Münster vom 3. Februar 1997 – 7 A 3778/94 – (bei Juris) eine Baumschutzsatzung zugrunde, der zu Folge für jeden angefangenen Meter Stammumfang des entfernten Baumes ein weiterer Baum mit einem Stammumfang von mindestens 20 cm in ein Meter Höhe zu pflanzen war. Das Urteil des OVG Schleswig vom 2. November 1994 – 1 L 21/94 – (NuR 1995, 377) betraf eine Baumschutzsatzung, die bei einem Stammumfang des zu ersetzenden Baumes über 150 cm – gemessen in ein Meter Höhe – drei Ersatzbäume mit mindestens 20 cm Stammumfang und ein Meter Höhe vorsah.

Demgegenüber wären nach den zitierten Ausführungsvorschriften des Bekl. bei einem Stammumfang von mehr als 135 cm, gemessen 1,30 Meter über dem Erdboden, bereits zehn Ersatzbäume zu pflanzen. Dieses Verhältnis lässt im Übrigen Zweifel aufkommen, ob die in den Ausführungsvorschriften getroffene Entscheidung des Bekl. zugunsten einer hohen Anzahl von Ersatzpflanzen tendenziell jüngeren Alters dem durch die BaumSchVO 1982 immerhin vorgegebenen Prinzip des Vorrangs der – nach der Intention des Ordnungsgebers "in der Regel ohne Schwierigkeiten durchführbar(en)" (vgl. Abghs-Drs. 9/345, S. 4) – Ersatzbepflanzung nach gerecht wird, weil eine Vielzahl von Ersatzpflanzungen mit dem gebotenen Pflanzabstand auf dem betroffenen Grundstück oftmals nicht realisierbar sein wird, was zwangsläufig auf die Erhebung einer Ausgleichsabgabe hinausläufe.

Dass die notwendige Konkretisierung nicht der Verwaltung überlassen bleiben darf, sondern vom Ordnungsgeber zu treffen ist, ergibt sich schon aus dem Berliner Naturschutzgesetz. Denn § 22 Abs. 4 NatSchGBIn, wonach die Rechtsverordnung zur Festsetzung (der geschützten Landschaftsbestandteile) die Verpflichtung zu angemessenen und zumutbaren Ersatzpflanzungen oder zweckgebundenen Ausgleichsabgaben im Falle von Bestandsminderungen "festlegt", muss so verstanden werden, dass der Gesetzgeber dem Ordnungsgeber die nähere Konkretisierung der Kriterien angemessen und zumutbar aufgegeben hat.

Blickt man darüber hinaus auf § 14 Abs. 7 NatSchGBIn, wonach der Ordnungsgeber die dort vorgesehene Ausgleichsabgabe und das Verfahren zu ihrer Erhebung regelt, dabei bestimmen kann, dass die Ausgleichsabgabe je nach Dauer des Vorteils einmalig oder laufend erhoben wird, und die Höhe nach Dauer und Schwere des Eingriffs zu bemessen hat, so wird abermals deutlich, dass der Gesetzgeber die Ausgleichsabgabe als ein Instrumentarium angesehen hat, dessen nähere Ausgestaltung durch den Ordnungsgeber zu erfolgen hat und nicht der Verwaltung vorbehalten bleiben darf.

Letzteres gilt insbesondere für das auch die Höhe der Ausgleichsabgabe bestimmende Verhältnis der Bestandsminderung zur Anzahl der erforderlich werdenden Ersatzpflanzungen. Zwar ist der Ordnungsgeber, wie die Begründung zu § 5 Abs. 1 BaumSchVO (Abghs-Drs 9/345, Seite 4) zeigt, davon ausgegangen, dass sich der Umfang der Ersatzpflanzungen, deren Zahl nicht zwingend an die Zahl der beseitigten Bäume gebunden sei, an dem ökologisch und ästhetisch notwendigen Ausgleich orientieren sollte. Dieser ökologische Ausgleich ist jedoch nicht statisch, sondern ändert sich, auch wenn man eine gewisse Ausfallquote in Rechnung stellt, mit dem Heranwachsen der Ersatzpflanzen. Daher erfordert die im Spannungsfeld von Art. 14 GG und Art. 20 a GG vorzunehmende Festlegung, welche Anzahl Ersatzpflanzen den durch die Bestandsminderung eingetretenen ökologischen Schaden kompensiert, über dieses Ziel aber auch nicht hinausgeht, eine Wertung, die zwingend durch den Normgeber selbst zu treffen ist. Das hat, worauf ebenfalls bereits das Verwaltungsgericht hingewiesen hat, letztlich auch der Ordnungsgeber selbst so gesehen, als er die Bemessungsmaßstäbe der Ausführungsvorschriften durch die 2. Änderungsverordnung zur Baumschutzverordnung vom 21. August 2002 (GVBl. Seite 271) "aus Gründen der besseren Nachvollziehbarkeit und Rechtssicherheit für die Betroffenen" in die Verordnung übernommen hat (Begründung der Vorlage der 2. Änderungsverordnung Abghs-Drs.15/729 i.V.m Verordnung Nr. 15/72 sowie Beantwortung der Kleinen Anfrage vom 27. April 2004, Abghs-Drs. 15/11, 537). Diese hier noch nicht zur Anwendung gelangende Neufassung der Baumschutzverordnung enthält im Übrigen auch Regelungen zur Erhebung eines in die Ausgleichsabgabe einfließenden Pflege- und Risikozuschlages, der nach der Begründung der Baumschutzverordnung 1982 (a.a.O.) zwar gewollt gewesen sein mag, im Wortlaut der Verordnung aber keinen expliziten Niederschlag gefunden hat. Sollte der Ordnungsgeber die Kosten eines zweijährigen Pflegeaufwandes in § 6 Abs. 1 Satz 3 BaumSchVO 1982 mit dem Hinweis auf die Berücksichtigungspflicht der Kosten einer vergleichbaren Ersatzbepflanzung als miterfasst angesehen haben, fehlt jedenfalls eine gebotene Vorgabe für die hier vorgenommene Pauschalierung der Kosten unter Ansatz der Kosten für die Ersatzpflanzen in voller Höhe. ....