

Titel:

Defizitäre Ermessensausübung bei Ersatzpflanzungsverpflichtung – Bestimmtheit einer Baumschutzverordnung

Normenketten:

Baumschutzverordnung der Landeshauptstadt München
BayVwVfG Art. 40

Leitsatz:

Mit der Unbestimmtheit einer Ersatzpflanzungsvorschrift in ihrer Baumschutzverordnung und der damit eröffneten Willkürmöglichkeit bei ihrer Anwendung, setzt sich die normgebende Kommune sehr hohe und angesichts der Vielzahl der Anwendungsfälle unpraktikable Anforderungen an ihre Ermessensausübung. (Rn. 34) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Ersatzpflanzungsverpflichtung bzgl. der Fällung einer einsturzgefährdeten Waldkiefer, die ihrerseits eine Ersatzpflanzung darstellt, Erhebliche Zweifel an der Bestimmtheit der Rechtsgrundlage in städtischer Baumschutzverordnung für Ersatzpflanzungsanordnung, Defizitäre Ermessensausübung, Ersatzpflanzungsverpflichtung bzgl. der Fällung einer einsturzgefährdeten Waldkiefer, die ihrerseits eine Ersatzpflanzung darstellt, Baumschutzverordnung der Landeshauptstadt München, unbestimmter Rechtsbegriff

Rechtsmittelinstanz:

VGH München, Beschluss vom 13.02.2025 – 14 ZB 23.871

Tenor

I. Der Bescheid der Beklagten vom 8. August 2022 wird aufgehoben.

II. Die Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

III. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand

1

Der Kläger ist Eigentümer des Grundstücks B... 9 in (FINr. 75/94 Gemarkung ...), auf dem eine als Ersatzpflanzung anerkannte Waldkiefer aufgrund nicht mehr gewährleisteter Stand-, Bruch- und Verkehrssicherheit gefällt wurde. Der Kläger wendet sich gegen die für diese Fällung auferlegte Ersatzpflanzung.

2

Mit Bescheid vom 31. Mai 2007 genehmigte die Beklagte dem Kläger die Fällung einer Lärche (Stammumfang – SU – 128 cm) und einer Stechfichte (SU 100 cm) (Nr. 1 des Bescheids) auf seinem Grundstück. Als Auflage wurde die Ersatzpflanzung eines Baumes mit einem Mindeststammumfang von 18/20 cm in 1 m Höhe festgesetzt (Nr. 2 des Bescheids). Diesbezüglich wurde ein standortgerechter Laubbaum (II. Wuchsordnung, Hochstamm), z.B. Zierapfel, chinesische Wildbirne, o.ä. vorgeschlagen. Im Rahmen des hiergegen geführten Widerspruchsverfahrens (Widerspruch des Klägers v. 27.6.2007) einigten sich die Beteiligten auf die Anerkennung einer bereits im Vorgarten des Klägers befindlichen Waldkiefer (SU 30 cm, 2 m Höhe) als Ersatzpflanzung (vgl. Aktenvermerk v. 13.8.2007, Bl. 44 BA).

3

Mit Formular vom 2. Oktober 2017 beantragte der Kläger die Fällung eben dieser als Ersatzpflanzung aus dem Jahr 2007 anerkannten Waldkiefer mit einem mittlerweile 45 cm starken Stammumfang mit der Begründung der Abwendung einer Gefahr. Die Beklagte stellte nach einer Ortsbesichtigung in ihrem

Fachgutachten der Unteren Naturschutzbehörde vom 12. Oktober 2017 bezüglich der Waldkiefer eine nicht gewährleistete Stand-, Bruch- und Verkehrssicherheit fest. Daraufhin genehmigte sie mit Bescheid vom 15. November 2017 die Fällung der Waldkiefer (Nr. 1 des Bescheids) und setzte als Auflage die Ersatzpflanzung eines Baumes der II. Wuchsordnung, z.B. in Säulenform mit einem Mindeststammumfang von 18/20 cm fest (Nr. 2 des Bescheids).

Eine Fällung des Baumes erfolgte zunächst nicht.

4

Im Januar 2019 zeigte der Kläger der Beklagten an, dass ein Teil der Äste der Waldkiefer durch die schwere Schneelast abgebrochen sei. Die Beklagte teilte ihm mit, den betroffenen Teil entfernen zu dürfen.

5

Mit E-Mail vom 1. Mai 2022 machte der Kläger die Beklagte darauf aufmerksam, die Waldkiefer wegen des extremen Schiefwuchses nicht mehr abstützen zu können und legte die Stellungnahme eines Garten- und Landschaftsbauers vom 31. Mai 2022 vor, der zufolge die Fällung der Waldkiefer empfohlen werde; der Baum werde nur noch durch die Hecke gestützt und würde ohne diese umfallen. Die Beklagte gestattete dem Kläger mit E-Mail vom 2. Mai 2022, die Fällung im Falle akuter Gefahr ohne vorherige schriftliche Genehmigung vorzunehmen und dies im Anschluss der Behörde mitzuteilen (Bl. 92 BA). Mit E-Mail vom 25. Juni 2022 zeigte der Kläger an, die Waldkiefer am 21. Juni 2022 durch eine Fachfirma gefällt zu haben (Bl. 93 BA).

6

Mit Bescheid vom 8. August 2022 wurde der Kläger dazu verpflichtet, eine Ersatzpflanzung eines Baumes der II. Wuchsordnung mit einem Mindeststammumfang von 18/20 cm in 1 m Höhe auf dem o.g. Grundstück spätestens innerhalb von sieben Monaten nach Baumbeseitigung vorzunehmen. Diese Auflage wurde im Nachgang zu der nach § 6 Abs. 1 der Baumschutzverordnung vom 18. Januar 2013 (MüABl. Nr. 4/2013 – BaumSchVO) als erteilt geltenden Genehmigung zur Fällung einer Waldkiefer (SU ca. 45 cm) festgesetzt, die ihrerseits als Ersatzpflanzung aus dem Jahr 2007 anerkannt war.

7

Zur Begründung der Ersatzpflanzungsverpflichtung wurde ausgeführt, dass die Genehmigung zur Baumbeseitigung als erteilt gegolten habe (§ 6 Abs. 1 BaumSchVO), da eine Gefahrensituation im Sinne der BaumSchVO mit den vorgelegten Unterlagen dokumentiert worden sei. Gemäß § 6 Abs. 2 BaumSchVO könne die untere Naturschutzbehörde nachträglich Auflagen gemäß § 7 Abs. 2 BaumSchVO erlassen und für die eingetretene Bestandsminderung eine angemessene Ersatzpflanzung festsetzen. Die Auflage sichere unter Beachtung der zumutbaren Belastung die Einhaltung der innerörtlichen Durchgrünung und der ökologischen Bedeutung und sei im gegebenen Falle angemessen. Eine entsprechende Ersatzpflanzung wäre auch im Rahmen der sonst üblichen baumschutzrechtlichen Verfahren als Auflage festgesetzt worden. Die Vornahme der Ersatzpflanzung innerhalb der gesetzten Frist sei unter Berücksichtigung der Pflanzzeiten angemessen.

8

Hiergegen ließ der Kläger durch seine Bevollmächtigten am 8. September 2022 Klage erheben und beantragte mit weiterem Schriftsatz vom 6. Februar 2023, den Bescheid der Beklagten vom 8. August 2022 aufzuheben.

9

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer nachträglichen Auflage in Form einer Ersatzpflanzungsanordnung gemäß § 7 Abs. 2 BaumSchVO nicht gegeben seien. Hiernach sei hinsichtlich der Angemessenheit einer Ersatzpflanzung im Einzelfall abzuwägen. Die Beklagte habe es jedoch versäumt, sich Kenntnis von den Gegebenheiten des Grundstücks und der Situation des Hauses zu machen, sodass sie nicht habe erkennen können, dass eine Ersatzpflanzung dem Kläger aufgrund der räumlichen Gegebenheiten nicht möglich sei. Der einzig mögliche Ort für die Ersatzpflanzung sei die Rasenfläche. An diesem Ort sei dem Kläger wegen der Verschattung und der damit einhergehenden erheblich eingeschränkten Nutzungsmöglichkeit des Gartens die Vornahme einer Ersatzpflanzung jedoch nicht zumutbar. Die Beklagte habe sich hiermit nicht auseinandergesetzt, sodass der Bescheid unter einem Ermessensdefizit leide.

10

Die Beklagte beantragte mit Schriftsätzen vom 26. September 2022 und vom 24. Februar 2023, die Klage abzuweisen.

11

Zur Begründung wird im Wesentlichen vorgetragen, dass die gefällte Waldkiefer gemäß § 1 Abs. 3 BaumSchVO Schutzgegenstand der BaumSchVO sei. Sie sei im Jahr 2007 als Ersatzpflanzung zweier gefällter Bäume (eine Lärche und eine Stechfichte) anerkannt worden. Das nach § 7 Abs. 2 BaumSchVO eröffnete Ermessen sei von der Beklagten erkannt und ausgeübt worden. Ferner wurden Ermessenserwägungen nachgeschoben. Die Beklagte habe sich vor Erlass des Bescheids in Kenntnis über die Gegebenheiten des Grundstücks und die Situierung des Gebäudes gesetzt. Hierfür habe es aufgrund technischer Mittel (Luftbild und virtuelle Straßenbefahrung) keines Ortstermins bedurft. Die Grundstückssituation lasse die Ersatzpflanzung in zumutbarer Weise zu. Die beiden 2007 gefällten Bäume hätten eine grünordnerisch-gestalterische Funktion erfüllt. Sie hätten das Grundstück des Klägers besonders belebt und zum Erhalt des Naturhaushaltes und zur Minderung schädlicher Umwelteinwirkungen beigetragen. Die eingetretene Bestandsminderung habe ein Defizit bewirkt, das einen Ausgleich erfordere. Bei der Entscheidung über Anzahl, Art und Umfang der festgesetzten Ersatzpflanzung sei die Vitalität und ökologische Bedeutung der gefällten Bäume ebenso mit eingeflossen wie die Grundstückssituation und der verbleibende Eingrünungszustand des Grundstücks. Nichts Anderes gelte für die erneute Anordnung der Ersatzpflanzung. Es sei daher, obwohl ursprünglich zwei geschützte Bäume beseitigt worden seien, nur die Pflanzung eines Ersatzbaumes gefordert worden. Weshalb nach der Fällung von zwei großen Bäumen bzw. inzwischen von drei Bäumen die Neupflanzung eines Baumes auf demselben Grundstück nicht zumutbar möglich sein sollte, erschließe sich der Beklagten nicht. Auch unter Berücksichtigung der verbleibenden Begrünung und der sonstigen Nutzungen sei ausreichend Platz für die festgelegte Pflanzung vorhanden. Die geforderte Ersatzpflanzung sei geeignet und angemessen, die sich durch die Fällung ergebenden Defizite zu kompensieren. Umfang und Qualität der Ersatzpflanzung entspreche den in vergleichbaren Fällen getroffenen Festsetzungen.

12

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Niederschrift über die mündliche Verhandlung sowie die Gerichts- und Behördenakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

13

Die Klage ist erfolgreich.

14

Die zulässige Anfechtungsklage ist begründet. Der Bescheid vom 8. August 2022 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO).

15

Der Anwendungsbereich der BaumSchutzVO ist gemäß § 1 Abs. 3 BaumSchVO für die anerkannte Ersatzpflanzung (Waldkiefer) eröffnet, obwohl sie nicht das Maß nach § 1 Abs. 1 BaumSchVO erreichte. Gemäß § 6 Abs. 2 BaumSchVO durften für die Beseitigung der Waldkiefer auch nachträglich Auflagen gemäß § 7 Abs. 2 BaumSchVO erteilt werden.

16

Allerdings bestehen erhebliche Zweifel daran, ob die für die Ersatzpflanzungsverpflichtung herangezogene Rechtsgrundlage des § 7 Abs. 2 BaumschutzVO den Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz genügt (nachfolgend unter 1.). Jedenfalls aber leidet die Rechtmäßigkeit des Bescheids an seiner defizitären Ermessensausübung (nachfolgend unter 2.).

17

1. Es bestehen erhebliche Bedenken, ob § 7 Abs. 2 BaumschutzVO mit den Grundsätzen der Normbestimmtheit vereinbar ist.

18

1.1. Auch wenn Einwirkungsmöglichkeiten auf den Baumbestand aufgrund beschränkender Vorschriften der Baumschutzsatzung eine grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässige Bestimmung von Inhalt und

Schranken des Eigentums im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz – GG – darstellen (vgl. VG Frankfurt, U.v. 9.6.2009 – 8 K 920/09.F – juris Rn. 27 m.w.N.; BVerwG, U.v. 1.2.1996 – 4 B 303/95 – juris Rn. 4 ff.), unterliegen sie den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Bestimmtheit und Normenklarheit. Das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) verlangt, 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. Dies erfüllt eine Norm bei Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe dann nicht, wenn ihre Anwendung es nicht mehr ermöglicht, objektive Kriterien zu gewinnen, die eine willkürliche Handhabung durch die Behörden und Gerichte ausschließen. Es muss sich aus dem Inhalt der Rechtsvorschrift mit ausreichender Bestimmtheit ermitteln lassen, was von der pflichtigen Person verlangt wird (vgl. BVerwG, B.v. 10.4.2000 – 11 B 61/99 – juris Rn. 10 m.w.N.).

19

1.2. Das Gericht folgt den in der überwiegenden Rechtsprechung aufgestellten Kriterien zur Bestimmtheit von Rechtsgrundlagen für Ersatzpflanzungsanordnungen (vgl. dazu OVG SA, B.v. 15.10.2019 – 2 L 37/18 – juris Rn. 11; VG Lüneburg, U.v. 15.9.2017 – 2 A 115/16 – juris Rn. 29; OVG Berlin-Bbg, B.v. 5.5.2017 – OVG 11 N 90.16 – juris Rn. 4; VG Frankfurt, U.v. 9.6.2009 – 8 K 920/09.F – juris Rn. 27 ff.; OVG BBG, U. v. 26.1.2006 – OVG 11 B 12.05 – juris Rn. 19 f.; VG Frankfurt (Oder), U.v. 29.4.2003 – 7 K 3385/99 – juris Rn. 34; OVG NRW, U.v. 15.6.1998 – 7 A 759/96 – juris Rn. 14), denen in § 7 Abs. 2 BaumSchutzVO nicht ausreichend Rechnung getragen wird. Diese Vorschrift lautet:

„Insbesondere kann die Auflage erteilt werden, dass für die eintretende Bestandsminderung angemessener Ersatz durch die Anpflanzung von Gehölzen geleistet wird. Dabei ist unter Berücksichtigung der Vitalität und der ökologischen Bedeutung jedes einzelnen zur Beseitigung vorgesehenen Gehölzes die Angemessenheit einer Ersatzpflanzung hinsichtlich Art und Umfang im Einzelfall abzuwägen. So kann neben dem kompletten Verzicht auf eine Ersatzpflanzung auch von einer Forderung von Ersatzbäumen in gleicher Anzahl abgesehen werden, wenn mehrere in ihrem Potential maßgeblich eingeschränkte Gehölze gefällt werden sollen. Dagegen kann auch für die Entfernung eines einzelnen, noch vitalen und dominanten Baumes die Forderung von mehreren Ersatzpflanzungen erfolgen. Es können Mindestgrößen, Gehölzarten und Pflanzfristen näher bestimmt werden. Wachsen Ersatzpflanzungen nicht an, so ist eine erneute Pflanzung vorzunehmen.“

20

1.2.1. Zu bezweifeln ist bereits, ob diese Vorschrift den Anforderungen an eine Härtefallklausel (dem „Ob“ einer Ersatzpflanzungsverpflichtung) Genüge tut. Diese muss Vorgaben für Ausnahmen in Sonderfällen vorsehen, denn nicht in jedem Fall der Entfernung eines der Baumschutzsatzung unterfallenden Baumes ist eine Ersatzpflanzung anzuordnen (OVG SA, B.v. 15.10.2019 – 2 L 37/18 – juris Rn. 11). Nach § 7 Abs. 2 Satz 3 BaumSchVO kann zwar von einer Forderung von Ersatzbäumen in gleicher Anzahl abgesehen werden, wenn mehrere in ihrem Potential maßgeblich eingeschränkte Gehölze gefällt werden sollen. Unklarheit besteht jedoch im Fall der Fällung nur „eines“ in seinem Potential eingeschränkten Gehölzes, aber auch im Hinblick darauf, was unter einer maßgeblichen Potentialeinschränkung eines Gehölzes zu verstehen ist.

21

1.2.2. Vor allem wird § 7 Abs. 2 BaumSchVO nicht den Kriterien zur Bestimmbarkeit der Auswahl und des Umfangs der Ersatzpflanzung (also dem „Wie“) gerecht. Da im Hinblick auf die Relation zwischen entfernten Bäumen und Anzahl und Größe der Ersatzpflanzen eine weite Spanne von Regelungen denkbar ist, erscheint eine nähere Konkretisierung in der Baumschutzsatzung zwingend. § 7 Abs. 2 BaumSchVO mangelt es jedoch an Hinweisen zu der Abhängigkeit des Ersatzpflanzgebotes von Quantität und Qualität des beseitigten Baumes. Kriterien für Anzahl und Größe der Ersatzpflanzen fehlen ebenfalls. Die Behörde ist jedoch auf die Festlegung dieser Kriterien angewiesen, um frei von Willkür die Ersatzpflanzung im Einzelfall festlegen zu können. Des Weiteren ist der Umfang der möglichen Ersatzpflanzungsverpflichtung für den Betroffenen nicht kalkulierbar und vorhersehbar, insbesondere mangels Anhaltspunkten dafür, wie der wirtschaftliche Wert (neben dem ökologischen Wert) des Baumes ermittelbar wäre (dazu VG Frankfurt (Oder), U.v. 29.4.2003 – 7 K 3385/99 – juris Rn. 33). Die Auffassung, die Anknüpfung der Ersatzmaßnahme an die „Funktionsleistung des entfernten Baumes“ beauftrage die Verwaltung in zulässiger Weise zur Konkretisierung und genüge damit einer Bestimmbarkeit (OVG RP, U.v. 16.1.2008 – 8 A 10976/07 – juris Rn. 37) wird vom Gericht nicht geteilt. Dass bei der Bestimmung eines Ersatzes für die Bestandsminderung

die Vitalität und die ökologische Bedeutung jedes einzelnen zur Beseitigung vorgesehenen Gehölzes hinsichtlich Art und Umfang im Einzelfall abzuwägen ist (§ 7 Abs. 2 Satz 2 BaumSchutzVO), genügt aus Sicht des Gerichts nicht dafür, dass der Betroffene in zumutbarer Weise erkennen kann, mit welcher Art von Ersatzpflanzung er bei einer Bestandsminderung rechnen muss (a.A. VG Augsburg, U.v. 14.3.2022 – Au 9 K 21.23 – juris Rn. 34; VG Ansbach, U.v. 23.11.2020 – AN 11 K 18.02442 – juris Rn. 32, deren Begründungen sich nicht überzeugend mit den von der Rechtsprechung aufgestellten Wertungen zur Normbestimmtheit von Ersatzpflanzungsanordnungen auseinandersetzen).

22

Eine vertiefte weitergehende Beleuchtung der Bestimmtheitsproblematik kann im Fall der vorliegenden Ersatzpflanzungsanordnung jedoch offenbleiben, da sich diese auch bei unterstellter Rechtmäßigkeit ihrer Rechtsgrundlage als ermessensfehlerhaft erweist.

23

2. Der Bescheid ist aufgrund seiner fehlerhaften Ausübung des Ermessens sowohl hinsichtlich der Frage, ob überhaupt eine Ersatzpflanzung vorgenommen werden darf, als auch hinsichtlich der Frage der Art und Weise der Ersatzpflanzung rechtswidrig und daher aufzuheben (§ 113 Abs. 1 Satz 1, § 114 Satz 1 VwGO).

24

2.1. Der Erlass einer Ersatzpflanzungsverpflichtung steht gemäß § 7 Abs. 2 BaumSchVO im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Die gerichtliche Ermessensprüfung umfasst dabei die Einhaltung der in § 114 Satz 1 VwGO genannten Voraussetzungen. Die Ersatzpflanzungsverpflichtung ist somit in diesem Umfang verwaltungsgerichtlich voll überprüfbar (vgl. BVerwG, U.v. 1.2.1996 – 4 B 303/95 – juris Rn. 4).

25

§ 114 Satz 1 VwGO nennt zwei Arten von rechtlich erheblichen Ermessensfehlern: Zum einen die Überschreitung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens durch die Behörde (sog. Ermessensüberschreitung), zum anderen, das Gebrauchmachen der Behörde von ihrem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise (sog. Ermessensfehleinschätzung). Hinsichtlich letzterer kann weiter danach differenziert werden, ob die Behörde ihre Entscheidung auf einer unzureichenden Tatsachengrundlage getroffen hat (Ermessensdefizit) oder sich von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen (sog. Ermessensfehlgebrauch; vgl. zum Ganzen: Posser/Wolff in BeckOK, VwGO, 64. Ed. 1.1.2023, § 114 Rn. 14 ff.; Schübel-Pfister in Eyermann, VwGO, 16. Auflage 2022, § 114 Rn. 17 ff.).

26

Unter Anwendung vorstehender Grundsätze erweist sich die Ermessensausübung im verfahrensgegenständlichen Bescheid als fehlerhaft i.S.v. § 114 Satz 1 VwGO, denn sie leidet an einem Ermessensdefizit. Sie erfolgte nicht entsprechend den Anforderungen an eine pflichtgemäße Ermessensausübung nach Art. 40 Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz (BayVwVfG), da die Beklagte ermessensentscheidende Sachverhaltsaspekte in tatsächlicher Hinsicht nicht berücksichtigt und diese dementsprechend nicht in ihre rechtlichen Erwägungen einbezogen hat (BVerwG, U.v. 24.9.1996 – 1 C 9/94 – juris Rn. 28 ff.). Bei der Beurteilung, ob die Behörde Ermessen ausgeübt hat, kommt der dem Bescheid beigefügten Begründung indizielle Bedeutung zu (vgl. etwa BayVG, U.v. 22.1.2016 – 9 ZB 15.2027 – juris Rn. 11; U.v. 13.10.2009 – 14 B 07.1760 – juris Rn. 44).

27

2.2. Die Bescheidsbegründung beschränkt sich auf die Wiederholung des Verordnungswortlauts, ohne auf die konkreten Umstände des Falls einzugehen. Ausgeführt wird hier allein, dass die Auflage unter Beachtung der zumutbaren Belastung die Erhaltung der innerörtlichen Durchgrünung und der ökologischen Bedeutung sichere und im gegebenen Fall angemessen sei, und dass eine entsprechende Ersatzpflanzung auch im Rahmen des sonst üblichen baumschutzrechtlichen Verfahrens als Auflage festgesetzt worden wäre. Es fehlt jegliche Aussage zu der vorliegenden eingetretenen Bestandsminderung. Diese besteht hier in der Fällung einer Waldkiefer mit einem ca. 45 cm starken Stammumfang, die aufgrund extremer Schiefelage (vgl. Fotos Bl. 88f. BA) nur durch Stütze zweier Holzbalken und Aufliegens auf die Umzäunungshecke stabil stand. Es fehlen somit bereits Ausführungen dazu, ob angesichts der Einsturzgefahr des Baumes und der von der Beklagten nicht bestrittenen von ihm ausgehenden unmittelbar drohenden Gefahr gemäß § 6 Abs. 1 BaumSchVO überhaupt eine Ersatzpflanzung gerechtfertigt war (= „Ob“ der Ersatzpflanzung). Der Verweis darauf, dass eine Ersatzpflanzung wie im Rahmen jedes

baumschutzrechtlichen Verfahrens üblich sei, lässt vielmehr vermuten, dass die Beklagte von einer grundsätzlich erforderlichen Ersatzpflanzungsanordnung ausgeht. Ob es einer solchen bei kranken oder einsturzgefährdeten Bäumen bedarf, erfordert aber der Einzelfallprüfung.

28

2.3. Dem schließen sich fehlende Ausführungen bezüglich der gewählten Ersatzpflanzung an (= „Wie“ der Ersatzpflanzung). Die Bescheidsbegründung äußert sich weder zu der vorgenommenen Bestandsminderung, noch wird ersichtlich, warum die gewählte Ersatzpflanzung (Baum II. Wuchsordnung mit einem Mindeststammumfang von 18/20 cm in 1m Höhe) den angemessenen Ersatz für die betroffene Waldkiefer in Schieflage darstellen soll.

29

2.4. Auch aufgrund der zulässigerweise bis zur mündlichen Verhandlung nachgeschobenen Ermessensausführungen (§ 114 Satz 2 VwGO) werden die defizitären Ermessenserwägungen des Bescheids nicht kompensiert (zur Heilungsmöglichkeit von Ermessenserwägungen BayVGh, B.v. 27.1.2014 – 14 ZB 13.1552 – juris Rn. 10).

30

Die Aussagen in den Ausführungen der Beklagten vom 24. Februar 2023, der zu ersetzende Baum habe eine grünordnerisch-gestalterische Funktion erfüllt, zur Belebung des Grundstücks, zum Erhalt des Naturhaushaltes und zur Minderung schädlicher Umwelteinwirkungen beigetragen, stellen allgemeine, auf sämtliche Pflanzen zutreffende Floskeln dar und begründen in keiner Weise, weshalb die konkret verlangte Ersatzpflanzung für den im Einzelfall entnommenen Baum gewählt wurde. Im Weiteren wird der Wortlaut der in § 7 Abs. 2 BaumSchVO genannten Berücksichtigungsbelange (Vitalität und ökologische Bedeutung jedes einzelnen zur Beseitigung vorgesehenen Gehölzes) wiederholt, ohne die Vitalität und ökologische Bedeutung der hier geschützten windschiefen Waldkiefer darzustellen. Vielmehr verweisen die Ausführungen vom 24. Februar 2023 im Weiteren darauf, dass die geschützte Ersatzpflanzung ursprünglich für zwei geschützte Bäume vorgesehen war und dies nun auch bezüglich der Ersatzpflanzung der Ersatzpflanzung (Waldkiefer) gelten müsse. Die Beklagte verkennet damit, dass die vorliegende Ersatzpflanzung nicht die zwei ursprünglich geschützten Bäume (Lärche und Stechfichte), sondern gemäß § 1 Abs. 3 BaumSchVO die diesbezügliche Ersatzpflanzung aus dem Jahr 2007, sprich die Waldkiefer mit SU 45 cm ersetzt. Stattdessen wird die streitgegenständliche Ersatzpflanzung mit der mit Bescheid vom 31. Mai 2007 getroffenen Ersatzpflanzung gleichgesetzt (S. 4 der Ermessenserwägungen v. 24.2.2023) und am Ende gar auf die Fällung „inzwischen von drei Bäumen“ abgestellt. Die Erwägungen gehen damit von einer unrichtigen Tatsachendarstellung aus, wonach Schutzgegenstand allein die anerkannte Ersatzpflanzung aus dem Jahr 2007 (= Waldkiefer) ist.

31

Abgesehen von den fehlenden Aussagen zur ökologischen Bedeutung des Schutzgegenstands (Waldkiefer), kann den nachgeschobenen Ermessensausführungen auch nicht die ökologische Bedeutung der ursprünglich zu ersetzenden Bäume aus dem Jahr 2007 (Lärche und Stechfichte) und eine Erklärung entnommen werden, weshalb die Waldkiefer dieselbe ökologische Bedeutung wie die zwei ursprünglich geschützten Bäume haben sollte. So wird nicht ersichtlich, um welche Wuchsordnung es sich bei ihnen handelte, in welchem ökologischen Zustand sie sich befanden, weshalb ihre Fällung genehmigt wurde und weshalb sie als Ersatz einen Baum der II. Wuchsordnung mit einem Mindeststammumfang von 18/20 cm in 1 m Höhe erforderten. Diese Wertung hätte aus Sicht des Gerichts durchaus in die Ermessenserwägungen einfließen dürfen, da es sich um den Sonderfall einer geschützten Ersatzpflanzung (§ 1 Abs. 3 BaumSchVO) handelt. Stattdessen beschränken sich die Ausführungen erneut auf die pauschale Aussage des vorzunehmenden Ausgleichs einer eingetretenen Bestandsminderung. Zu einer umfassenden Tatsachenermittlung gehört aber das Eingehen auf den konkreten Baum. Außerdem wird auch die Grundstückssituation und der verbleibende Eingrünungszustand des Grundstücks nicht dargestellt. Der Verweis, dass aus dem GeoInfo-System gewonnene Informationen eine eindeutige Entscheidung zuließen (S. 3 unter Punkt 3.4. des Schriftsatzes vom 24.2.2023), klärten den Bescheidsempfänger gerade nicht über die näheren Umstände auf. Die Darstellung beschränkt sich auf die Behauptung, unter Berücksichtigung der verbleibenden Begrünung und der sonstigen Nutzungen sei ausreichend Platz für die festgelegte Pflanzung vorhanden.

32

Auch der Verweis der Beklagten in der mündlichen Verhandlung auf Ermessenserwägungen in vorhergehenden Bescheiden geht aus mehreren Gründen fehl. Denn auch die Ermessensausführungen in den Bescheiden vom 31. Mai 2007 und vom 15. November 2017 beschränken sich auf ein Wiederholen des Verordnungswortlauts bzw. leisten im Fall des Bescheids vom 31. Mai 2007 auch dies nicht. Eine Subsumtion auf den Einzelfall unterbleibt, sodass sich eine Ermessensausübung, wenn nicht als fehlend, doch zumindest als defizitär darstellt. Vor allem aber sind etwaige Ermessenserwägungen vorhergehender Bescheide hier nicht streitgegenständlich. Zu bewerten ist allein der streitgegenständliche Bescheid vom 8. August 2022 und die diesbezüglich nachgeschobenen Ermessenserwägungen vom 24. Februar 2023, denen es an der Darstellung der wesentlichen Gesichtspunkte fehlt.

33

Nachdem die sich durch die Fällung der Waldkiefer ergebenden Defizite nicht dargestellt wurden, bleibt die weitere Behauptung der Beklagten, die geforderte Ersatzpflanzung sei geeignet und angemessen, inhaltlos. Ebenso kann aus der Ausführung, Umfang und Qualität der Ersatzpflanzung entsprechen den in vergleichbaren Fällen getroffenen Festsetzungen, mangels Darstellung vergleichbarer Fälle kein Aussagegehalt gewonnen werden.

34

Hinsichtlich der der Beklagten zuzugebenden Fehleranfälligkeit der mit der aktuellen Fassung des § 7 Abs. 2 BaumSchVO verbundenen Abwägungserfordernisse sei auf die eingangs erwähnte Bestimmtheitsproblematik dieser Vorschrift verwiesen. Aufgrund der angerissenen Unbestimmtheit der Ersatzpflanzungsvorschrift (s. unter 1.) und der damit eröffneten Willkürmöglichkeit der Behörde bei ihrer Anwendung, setzt sich die Beklagte mit ihrer eigenen Verordnung sehr hohe und angesichts der Vielzahl der Anwendungsfälle unpraktikable Anforderungen an ihre Ermessensausübung.

35

2.5. Abschließend sei erwähnt, dass auch die im Bescheidstenor ausgesprochene Befristung der Ersatzpflanzung („spätestens innerhalb von sieben Monaten nach Baumbeseitigung“) eine mangelnde Ermessensausübung offenlegt. In der vorliegenden Sonderkonstellation wusste die Beklagte, dass die zu ersetzende Waldkiefer bereits am 21. Juni 2022 von einer Fachfirma gefällt wurde (vgl. Mitteilung des Klägers v. 25.6.2022, Bl. 93 BA). Die im Tenor gewählte Formulierung macht jedoch nur im Falle einer noch zu erfolgenden Baumfällung Sinn und verkürzt vorliegend die eigentlich zu gewährende Frist um die zeitliche Differenz zwischen erfolgter Baumfällung (06/2022) und Ersatzpflanzungsanordnung (08/2022). Die tatsächlichen Umstände wurden somit auch bei der Festsetzung der Befristung nicht berücksichtigt.

36

3. Die Beklagte hat als unterlegene Beteiligte nach § 154 Abs. 1 VwGO die Kosten des Verfahrens zu tragen.

37

4. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung ergibt sich aus § 167 Abs. 2, Abs. 1 Satz 2 VwGO i.V.m. §§ 708 ff. Zivilprozessordnung (ZPO).