



## Hamburgisches Oberverwaltungsgericht

2 Bs 19/24  
7 E 170/24

### Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

...,

- Antragsteller -

Prozessbevollmächtigte:

...,

g e g e n

...

- Antragsgegnerin -

Prozessbevollmächtigte.

...,

hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, 2. Senat, am 27. Februar 2024 durch

...,  
...,  
...

beschlossen:

Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 31. Januar 2024 wird zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 7.500,-- Euro festgesetzt.

### **Gründe:**

#### I.

Der Antragsteller wendet sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine von der Antragsgegnerin durch das Bezirksamt gegenüber der Naturschutzbehörde erteilte und für sofort vollziehbar erklärte Fällgenehmigung nach der Hamburgischen Baumschutzverordnung.

Der Antragsteller ist ein eingetragener, gemeinnütziger und im Jahr 1988 gegründeter Verein mit dem vorrangigen Zweck der Förderung des Landschafts-, Umwelt- und Naturschutzes. Er hat es sich laut seiner Satzung zum Ziel gesetzt, die historische Kulturlandschaft Billwerders, die Bau- und Bodendenkmäler sowie den Charakter Billwerders als Marschhufendorf zu schützen und zu erhalten. Mit Schreiben vom 25. Mai 2020 stellte er bei der zuständigen Naturschutzbehörde der Antragsgegnerin einen Antrag auf Anerkennung als Vereinigung nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz, über den noch nicht entschieden worden ist. Mit E-Mail vom 28. Juni 2023 teilte die Naturschutzbehörde mit, dass der Anerkennungsbescheid erstellt worden sei und durch das Rechtsamt geprüft werde. Auf deren anschließende Aufforderung stimmte der Antragsteller mit ihr die Abgrenzung seines örtlichen Tätigkeitsbereichs ab, woraufhin ihm mit E-Mail vom 15. November 2023 mitgeteilt wurde, dass nun alles Weitere entsprechend veranlasst werde.

Am 26. Februar 2019 beschloss der Senat der Antragsgegnerin den „Masterplan Oberbillwerder – The Connected City“, der Grundlage für die Entwicklung des neuen Stadtteils Oberbillwerder sein soll und von einem naturschutzrechtlichen Konzept zum Ausgleich der Eingriffe in Natur und Landschaft begleitet wird (Bü-Drs. 21/16361 v. 26.2.2019). Zur Umsetzung dieses Plans beschloss der Bezirk Bergedorf der Antragsgegnerin am 16. August 2022 die Aufstellung des Bebauungsplans Billwerder 30/Bergedorf 120/Neuallermöhe 2 (Amtl. Anz. S. 1315).

Im Zuge der Planung beantragte die Behörde für Umwelt, Klima, Energie und Agrarwirtschaft der Antragsgegnerin (im Folgenden: BUKEA), Abteilung Naturschutz, am 28. Juli 2021 bei dem Bezirksamt Bergedorf die Erteilung einer Genehmigung nach der Hamburgischen Baumschutzverordnung (im Folgenden: BaumschutzVO) für die Fällung von Hybridpappeln am Billwerder Billdeich, südlich Nr. ..., auf den Flurstücken ..., ..., ..., ... und ... der Gemarkung Billwerder. Zur beantragten Maßnahme heißt es in dem Antragsformular „59x Fällen + 46x Kappen im Rahmen des artenschutzrechtlichen Ausgleichs für B-Plan Billwerder 30“.

Mit Bescheid vom 9. November 2021 erteilte das Bezirksamt Bergedorf der BUKEA eine Ausnahmegenehmigung nach § 4 BaumschutzVO in der damals geltenden Fassung. Darin heißt es, es werde für die Flurstücke ..., ..., ..., ..., ... und ... in der Gemarkung Billwerder eine Ausnahmegenehmigung erteilt „in der Zeit vom 1. Oktober bis 28. Februar für die Dauer von 3 Jahren im Rahmen des artenschutzrechtlichen Ausgleichs für den B-Plan Billwerder 30, 59 Pappeln zu fällen und 46 Pappeln stark zurückzuschneiden.“ Der Bescheid enthält keine Begründung.

Am 25. Oktober 2023 erhob der Antragsteller Widerspruch gegen den Bescheid vom 9. November 2021 und beantragte die „Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand“, da er den Bescheid erst am 18. Oktober 2023 von der BUKEA erhalten habe. Die Fällgenehmigung verstoße gegen das Störungsverbot streng geschützter Arten gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG, da sich entlang der betroffenen Hybridpappeln eine Hauptjagdroute geschützter Fledermäuse befinde. Die von der BUKEA geplante Ausgleichsmaßnahme, unter anderem zur Schaffung von drei Brutplätzen für die besonders geschützte Feldlerche, stehe im Konflikt mit einer Gefährdung der großen und streng geschützten Fledermauspopulation. Es seien durch die Fällgenehmigung irreparable Schäden zu befürchten.

Das Bezirksamt Bergedorf beschloss am 24. November 2023 die Aufstellung des Bebauungsplans Billwerder 30/Bergedorf 120/Neuallermöhe 2/Lohbrügge 95 (Amtl. Anz. S. 1824; im Folgenden: Bebauungsplan Oberbillwerder) unter Änderung und Zusammenführung der Aufstellungsbeschlüsse für die Bebauungspläne Billwerder 30/Bergedorf 120/Neuallermöhe 2 vom 16. August 2022 (Amtl. Anz. S. 1315) sowie Lohbrügge 95/Bergedorf 121/Neuallermöhe 3, beide vom 16. August 2022 (Amtl. Anz. S. 1315). Hierdurch sollen die planungsrechtlichen Voraussetzungen für die Entwicklung des neuen Stadtteils Oberbillwerder geschaffen werden.

Im Rahmen der Aufstellung dieses Bebauungsplans gab das Bezirksamt Bergedorf einen artenschutzrechtlichen Fachbeitrag in Auftrag, der am 24. November 2023 fertiggestellt

wurde (Bl. 135 ff. der elektron. Sachakte, Teil 1). Darin heißt es unter anderem, dass zur Vermeidung des Eintretens von Verbotstatbeständen gemäß § 44 Abs. 1 BNatSchG Ausgleichsmaßnahmen (CEF-Maßnahmen) erforderlich seien. Durch die Ausgleichsmaßnahme CEF 3 „Hecken- und Saumstruktur im Acker- und Grünland“ werde die ökologische Funktion von Fortpflanzungs- und Ruhestätten unter anderem für Fledermäuse auf den Flurstücken ..., ..., ... (Teilbereich von 2,9 ha), ..., ... und ... gesichert (vgl. S. 202 des Fachbeitrags, Bl. 339 der elektron. Sachakte, Teil 1). Im Zuge der städtebaulichen Planung könne die Entnahme von Gehölzstrukturen entlang des westlichen Bahndamms (v.a. durch die Einrichtung von Lärmschutzwänden) und einer Pappelreihe im Korridor Billwerder zu einer Minderung der Qualität von besonderen Jagdhabitaten verschiedener Fledermausarten führen, was evtl. eine mittelbare Auswirkung der Fortpflanzungsstätten von Fledermausarten zur Folge habe. Daher würden unterholzreiche Niederstrauchhecken als Leit- und Jagdstruktur von Fledermäusen im Korridor Billwerder sowie im Billebogen im Verbund zu umliegenden Nahrungsräumen und auf einer Länge von 1 km gepflanzt, wodurch 0,9 ha reine Strauchfläche entstünden. Weiter würden zur Absicherung eines ausreichenden Nahrungsangebotes begleitende Saumstrukturen in Form von Grün- oder Blühstreifen mit einer Mindestbreite von 15 m umgesetzt werden („Blumenwiese“ mit Grasanteil < 50%), wodurch 2,3 ha Lebensraum aufgewertet würden. Zudem werde über eine Extensivierung der Grünlandnutzung (Flurstücke ..., ..., ...) bzw. den Verzicht zum Einsatz von Herbiziden auf den Ackerflächen (Flurstücke ..., ...) essentieller Nahrungsraum auf einer verbleibenden Fläche von rund 9 ha für Brutreviere erhalten bleiben.

Weiter sehen die CEF-Maßnahmen 4, 5a, 5b und 5c im Artenschutzrechtlichen Fachbeitrag Ausgleichsmaßnahmen unter anderem zum Schutz der Feldlerche vor. Durch die CEF-Maßnahme 5b „Habitatoptimierung Korridor Billwerder“ werde die ökologische Funktion von Fortpflanzungs- und Ruhestätten der Feldlerche und anderer Vögel auf der Maßnahmenfläche „Korridor Billwerder“ (gelegen nördlich des Bahndamms und westlich des B-Plan-Geltungsbereichs) unter anderem auf den Flurstücken ... und ... gesichert. Hierzu werde auf einer Gesamtfläche von insgesamt 44 ha eine Habitatoptimierung auf Weide-, Wiesen- und Ackerflächen vorgenommen. Dem gesamten Raum werde eine Funktion als Fortpflanzungs- und Ruhestätte der Feldlerche zukommen und es werde zusätzlicher Lebensraum für bis zu 8 Revierstandorte der Feldlerche prognostiziert. Weiter heißt es zur CEF-Maßnahme 5b:

„Konfliktpotenzial: [...] Durch eine Entnahme einer Pappelreihe im Zuge der Ausgestaltung des Biotopkorridors Billwerder ist ein bedeutsames Jagdhabitat für Fledermausarten graduell in seiner Funktion beeinträchtigt. Dies wurde bei der Aufstellung des Artenschutzrechtlichen Fachbeitrags berücksichtigt und wird über die Maßnahme CEF 3 ausgeglichen.“

sowie

„Hinweis: Erst unter Berücksichtigung der benachbarten Maßnahmen im Billebogen (CEF 5a), den Aufwertungen auf Hahnöfersand (CEF 5c) sowie den extensiven Grünlandnutzungen in Unterbillwerder (CEF 4) ist von einer Sicherung der ökologischen Funktion von Fortpflanzungsstätten der Feldlerche auszugehen.“

Einen entsprechenden Hinweis enthalten auch die Ausführungen zu den CEF-Maßnahmen 4, 5a und 5c. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Artenschutzrechtlichen Fachbeitrag (Bl. 135 ff. der elektron. Sachakte, Teil 1) verwiesen.

Am 5. Dezember 2023 machte die Antragsgegnerin die öffentliche Auslegung des Entwurfs des Bebauungsplans Oberbillwerder und seiner Begründung in der Zeit vom 8. Dezember 2023 bis zum 8. Februar 2024 öffentlich bekannt (Amtl. Anz. S. 1825).

Im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung wurde unter anderem eine Stellungnahme vom 8. Februar 2024 im Namen des Antragstellers eingereicht, die sich mit den Auswirkungen der Fällung und Einkürzung der Pappelreihe für die streng geschützte Fledermaus befasst. Darin führte er unter anderem aus, dass laut dem Artenschutzrechtlichen Fachbeitrag durch die Heckenpflanzung angrenzende Grünflächen als Bruthabitat für Offenlandarten abgewertet würden, weshalb die vorgeschobenen Voraussetzungen für die Fällung der Pappelreihe entfielen und der Fledermausschutz vorgehe.

Zudem ergibt sich aus einer im Auftrag des Antragstellers erstellten naturschutzfachlichen Stellungnahme im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung der Einwand, die vorgesehene Kompensationsmaßnahme auf Hahnöfersand mache aufgrund der Entfernung von 20 km mit einem dazwischenliegenden Stadt- und Hafensreal einer Millionenstadt deutlich, dass hier eine artenschutzrechtliche Ausnahme erforderlich sei, da es sich nicht um die Funktionserhaltung einer bestehenden Lebensstätte handle und populationsbezogene Überlegungen allenfalls im Rahmen einer artenschutzrechtlichen Ausnahme in Betracht kämen (Bl. 289, 326 der Anlage Ag 12). Weiter wird in der Einwendung Nr. 1115 durch eine Privatperson gerügt, der etwa 30 km entfernte Ort Hahnöfersand sei angesichts der Ortstreue der Feldlerche ungeeignet für die Schaffung eines Ersatzlebensraums. So gehe das Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz Nordrhein-Westfalen von einem überbrückbaren Radius von maximal 2 km aus (Bl. 423 der Anlage Ag 13, Einwendung Nr. 1115).

Mit Schreiben vom 3. Januar 2024 ordnete das Bezirksamt Bergedorf die sofortige Vollziehung des Bescheids vom 9. November 2021 an und teilte dem Antragsteller mit weiterem

Schreiben vom 3. Januar 2024 mit, dass sein Widerspruch gegen den genannten Bescheid keine aufschiebende Wirkung habe. Das Schreiben enthielt keine Begründung.

Mit an den Antragsteller gerichtetem Schreiben vom 12. Januar 2024 nahm das Bezirksamt Bergedorf die Anordnung der sofortigen Vollziehung vom 3. Januar 2024 zurück, da es an einer Begründung gefehlt habe, und ordnete erneut die sofortige Vollziehung des Bescheids vom 9. November 2021 an. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, im Rahmen des Bebauungsplanverfahrens Oberbillwerder sollten die Hybridpappeln als vorgezogene Ausgleichsmaßnahme entfernt werden, um neue Lebensräume für Feldlerchen zu schaffen, da Feldlerchen niedrige Gras- und Krautfluren mit weitgehend freiem Horizont benötigten. In der Abwägung zwischen dem Suspensivinteresse des Antragstellers und dem Vollzugsinteresse der BUKEA überwiege letzteres. Der Widerspruch werde voraussichtlich keinen Erfolg haben. Artenschutzrechtliche Verbotstatbestände würden nach einer Stellungnahme der gemäß § 44 BNatSchG zuständigen BUKEA nicht verletzt. Es handle sich nicht um ein essentielles Jagdgebiet oder eine essentielle Flugroute für Fledermäuse; nur diese seien aber von § 44 BNatSchG geschützt. Es stünden in der näheren Umgebung andere Jagdhabitats zur Verfügung. Da es sich trotzdem um bedeutende Jagdgebiete und Flugrouten handle, bleibe die Hybridpappelreihe in großen Teilen erhalten. Lediglich die südlich gelegenen etwa 180 Meter würden komplett entfernt. Es würden ergänzende Gehölzpflanzungen vorgenommen und zwei Heckenstrukturen zum Ausgleich in der Nähe gepflanzt. Erst wenn die Hecke die Funktion der Pappelreihe übernehmen könne werde der Rest der Pappelreihe komplett entnommen. Im Zuge der Fällung würden geeignete Höhlen auf einen Besatz überprüft, um Tötungen zu vermeiden. Potentielle Quartiere würden durch Fledermauskästen in den stehenbleibenden Bäumen ersetzt. Demgegenüber bestehe ein besonderes Vollziehungsinteresse, da die Ansiedlung von Feldlerchen einige Jahre in Anspruch nehmen könne. Eine Entnahme der Hybridpappeln bis zum 29. Februar 2024 sei daher unbedingt geboten, um den Anforderungen aus § 44 BNatSchG gerecht zu werden. In der Abwägung überwiege das Vollziehungsinteresse der BUKEA, da ein artenschutzrechtlicher Konflikt auszuschließen sei. Eine zeitnahe Umsetzung sei aufgrund der notwendigen Wirksamkeit der Maßnahme zum Zeitpunkt des Eingriffs erforderlich, da andernfalls die Realisierbarkeit des bedeutsamen Stadtteils Oberbillwerder zeitlich verzögert würde. Zudem enthalte die Genehmigung ein bald ablaufendes Zeitfenster.

Ein zunächst von dem Antragsteller gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung vom 3. Januar 2024 gerichtetes Eilverfahren stellte das Verwaltungsgericht nach übereinstimmenden Erledigungserklärungen der Beteiligten ein (Az. 7 E 102/24).

Am 16. Januar 2024 hat der Antragsteller einen weiteren Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes bei dem Verwaltungsgericht gestellt.

Währenddessen wies die Antragsgegnerin den Widerspruch des Antragstellers mit Widerspruchsbescheid vom 18. Januar 2024 zurück. Zur Begründung führte sie aus, zwar sei der Widerspruch zulässig, insbesondere der Antragsteller gemäß § 2 Abs. 2 UmwRG antragsbefugt, da eine Anerkennung als Vereinigung nach dem Umweltrechtsbehelfsgesetz durch die BUKEA bereits in Aussicht gestellt worden sei. Der Widerspruch sei jedoch unbegründet, da der Bescheid jedenfalls nunmehr rechtmäßig sei. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 4 BaumschutzVO a.F. seien erfüllt. Das darin eröffnete Ermessen werde nunmehr nachgeholt. Dabei seien das öffentliche Interesse an der Verwirklichung der vorgezogenen Ausgleichsmaßnahme für das Projekt Oberbillwerder einerseits und das Interesse des Antragstellers an dem Erhalt der Hybridpappeln andererseits gegeneinander abzuwägen. Im Ergebnis überwiege das öffentliche Interesse an der Fällung der Hybridpappeln zur Verwirklichung des Projekts Oberbillwerder und der damit verbundenen Umsiedlung der Feldlerche im Rahmen einer CEF-Maßnahme. Zum einen befänden sich die betroffenen Hybridpappeln in der Terminalphase, gekennzeichnet durch starke Kronen- und Starkast-Ausbrüche sowie hohen Totholzbesatz, Pilzbefall und weitreichende Faulstellen. Sie würden in absehbarer Zeit nicht mehr im Sinne von § 29 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG zur Belebung, Gliederung oder Pflege des Orts- oder Landschaftsbildes beitragen. Zum anderen könne zwar nicht ausgeschlossen werden, dass sich Sommer- oder Winterquartiere von Fledermäusen in der Pappelreihe befänden. Eine Tötung von Fledermäusen, vgl. § 44 Abs. 1 BNatSchG, werde jedoch durch eine Prüfung vor der Fällung ausgeschlossen. Fortpflanzungs- und Ruhestätten im Sinne von § 44 Abs. 5 BNatSchG würden erhalten, da potenzielle Quartiere durch Fledermauskästen in den verbleibenden Bäumen ersetzt würden. Die Funktion als Flugroute und Jagdhabitat für Fledermäuse bleibe erhalten. So blieben die nördlichsten 200 Meter der Pappelreihe vollständig unangetastet und weitere 300 Meter würden zunächst nur gekappt, bis die Ersatzstruktur vollständig entwickelt sei. Lediglich die südlichsten etwa 180 Meter würden komplett entfernt um Lebensraum für die Feldlerche zu schaffen. Vor Ort verbleibendes Totholz werde das Nahrungshabitat erweitern. Zudem würden im Rahmen der CEF-Maßnahme 3 zwei unterholzreiche Niederstrauchhecken in unmittelbarer Nähe und auf einer Länge von über einem Kilometer angelegt werden nebst Heistern, die mittelfristig einen Ausgleich schaffen würden. Zur Absicherung eines ausreichenden Nahrungsangebotes aufgrund der gegenüber den Pappeln niedrigeren Hecken seien zudem großflächig begleitende Saumstrukturen in Form von Grün- oder Blühstreifen mit Mindestbreiten von 15 Metern sowie eine extensivere Grünlandnutzung auf einer Fläche von 9 Hektar zur

Verbesserung der Nahrungsverfügbarkeit vorgesehen. Zwei weitere Heckenstrukturen würden östlich in ca. 130 Metern Entfernung zur CEF-Ausgleichshecke angepflanzt und als zusätzliches Jagd- und Leithabitat dienen. Die Ausgleichsmaßnahme sei vor diesem Hintergrund artenschutzrechtlich unbedenklich. Das Ermessen werde deshalb dahingehend ausgeübt, dass die Ausnahmegenehmigung erteilt werde.

Daraufhin hat der Antragsteller am 23. Januar 2023 bei dem Verwaltungsgericht Anfechtungsklage erhoben (Az. 7 K 283/24).

Das Verwaltungsgericht hat mit Beschluss vom 31. Januar 2024 die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers vom 23. Januar 2024 gegen die Fällgenehmigung vom 9. November 2021 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 18. Januar 2024 wiederhergestellt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass der Antrag zum einen zulässig, insbesondere gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 Var. 2, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 i.V.m. § 80a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 VwGO im Hinblick auf die Anordnung der sofortigen Vollziehung vom 12. Januar 2024 statthaft sei. Der Antragsteller sei ferner antragsbefugt gemäß §§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5, 2 Abs. 2 Satz 1 UmwRG, was zwischen den Beteiligten unstreitig sei. Der Antrag sei auch begründet. Zum einen sei die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtmäßig erfolgt, da sie hinreichend begründet worden sei unter Bezugnahme auf den Einzelfall. Zum anderen überwiege das öffentliche Vollzugsinteresse der Antragsgegnerin an der Durchführung der Baumarbeiten nicht gegenüber dem Aussetzungsinteresse des Antragstellers. Denn die angegriffene Regelung werde voraussichtlich in der Hauptsache keinen Bestand haben. Der Antragsteller habe aus § 3 Abs. 2 UmwRG einen Anspruch auf Aufhebung der voraussichtlich rechtswidrigen Ausnahmegenehmigung. Bei der angefochtenen Fällgenehmigung handle es sich um eine Entscheidung, mit der im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG ein Vorhaben unter Anwendung umweltbezogener Rechtsvorschriften zugelassen werde. Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Ausnahmegenehmigung ergäben sich hinsichtlich der fehlenden Bestimmtheit gemäß § 37 Abs. 1 HmbVwVfG, da sich weder dem Bescheid noch dem Widerspruchsbescheid entnehmen lasse, welche Art der Maßnahme, namentlich Fällung oder Kappung, in Bezug auf welchen einzelnen Baum im Antrag vorgesehen und genehmigt worden sei. Ein Bestimmtheitsmangel ergebe sich bereits daraus, dass die Genehmigung entsprechend dem Antrag vom 27. Juli 2021 die Fällung von 59 Bäumen und den Rückschnitt von 46 Bäumen zulasse, während die Legende zur bildlichen Darstellung von der Fällung von 50 Bäumen und den Rückschnitt von 46 Bäumen ausgehe und die von der Antragsgegnerin eingereichte Anlage Ag 3 nunmehr die Fällung von 35 Bäumen und den Rückschnitt von 60 Bäumen vorsehe, wobei ein Baum durch einen Sturmschaden zu Fall gebracht worden sei.



Zudem fehle es an einer Ermächtigungsgrundlage für die Ausnahmegenehmigung. Eine solche ergebe sich weder aus der Baumschutzverordnung von 1948, noch aus der seit dem 8. März 2023 geltenden Baumschutzverordnung. Auf Grundlage von § 4 BaumschutzVO a.F. sei die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach der Rechtsprechung des Beschwerdegerichts dann unzulässig, wenn der Fall keine Besonderheiten aufweise, also lediglich typische, von jedem geschützten Baum ausgehende Beeinträchtigungen und Nachteile geltend gemacht würden, die den üblichen Umfang nicht überschritten. Aus einer Abwägung der Interessen des Baumschutzes mit besonderen, schutzwürdigen Belangen des Grundeigentümers wie dem Interesse an einer angemessenen baulichen Nutzung könne sich eine Rechtfertigung für einen Eingriff in den geschützten Bestand ergebe. Grundsätzlich komme die Erteilung einer Ausnahme für eine hier vorgesehene Ermöglichung naturschutzrechtlicher Ausgleichsmaßnahmen zur Umsetzung eines Bebauungsplans in Betracht. Das dem Baumschutz widersprechende Interesse müsse jedoch rechtlich verfestigt sein, was hier nicht der Fall sei. Das Bebauungsplanverfahren habe hier noch nicht den Stand gemäß § 33 BauGB und somit keinen Planungsstand erreicht, der Ausgleichsmaßnahmen hinreichend gesichert erforderlich mache. Insbesondere sei die Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung gemäß §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 2, 4a Abs. 2 bis 4 BauGB noch nicht abgeschlossen und es sei nicht ausreichend gesichert, dass der Planentwurf Bestand haben werde, auf den sich die naturschutzfachlichen Wertungen konkret bezögen. Dies zeige sich auch daran, dass die Antragsgegnerin bisher auf eine Ausnutzung der Fällgenehmigung unter Hinweis auf mögliche Änderungen der Planung und der naturschutzfachlichen Bewertungen im laufenden Planverfahren verzichtet habe.

Der Bescheid könne auch nicht auf § 6 der BaumschutzVO n.F. gestützt werden. Das Gericht gehe davon aus, dass diese Verordnung maßgeblich sei, zumal diese die bisher geltende Baumschutzverordnung ohne Übergangsregelung aufhebe. Keiner der Tatbestände in § 6 der BaumschutzVO n.F. gebe eine Ausnahme für einen Fall wie den vorliegenden her. In Betracht komme allein die Auffangregelung in § 6 Abs. 2 Nr. 1 BaumschutzVO n.F., die eine Ermessensentscheidung vorsehe. Es sei bereits der Tatbestand nicht erfüllt. Zwar könne es sich bei einer Ausgleichsmaßnahme zur Umsetzung von Vorgaben aus einem Bebauungsplan um eine „im Übrigen zulässige Nutzung“ im Sinne der Vorschrift handeln. Auch insoweit fehle es jedoch an einer hinreichenden Rechtsverbindlichkeit dieser Zulässigkeit der Nutzung, die hier jedoch, ebenso wie im Rahmen der Vorgängervorschrift, erforderlich sei. Zudem sei die Ausnahmegenehmigung ermessensfehlerhaft im Sinne von § 114 Satz 1 VwGO. Es könne dahinstehen, ob sich bereits aus der Bezugnahme der Antragsgegnerin auf die Baumschutzverordnung a.F. ein Ermessensfehlergebrauch erhebe. Dagegen spräche, dass der Schutzzweck der alten Baumschutzverordnung mit dem der neuen

weitgehend deckungsgleich erscheine, was sich aus der Bezugnahme auf § 29 Abs. 1 BNatSchG in beiden Vorschriften ergebe. Die Rechtsgrundlage könne daher ersetzt werden, weil die Entscheidung dadurch nicht in ihrem Wesen geändert würde. Für einen Ermessensfehler spräche jedoch, dass für die nähere Bestimmung der Rahmensezung auch die systematische Auslegung heranzuziehen wäre. Unabhängig von der für die Genehmigung heranzuziehenden Norm hätte die Antragsgegnerin im Rahmen der Ermessensausübung jedenfalls die Zwecke im Sinne von § 29 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BNatSchG berücksichtigen müssen, insbesondere die Bedeutung der Maßnahme für die Fledermäuse. Es sei jedoch weder erkennbar, dass die Antragsgegnerin über die erforderlichen Informationen verfügt habe, noch dass sie ihre eigene Zuständigkeit zutreffend bestimmt hätte. Erhebliche Bedeutung habe der Umstand, dass die konkreten Maßnahmen nicht im Hinblick auf einzelne Bäume bestimmt worden seien. Zudem habe die Antragsgegnerin nicht weiter aufgeklärt, was sich aus dem Potential der Bäume als Winterquartier für geschützte Fledermäuse ergebe. So könnten Modifizierungen, Bedingungen oder Auflagen in Betracht kommen, wie z.B., den sachverständigen Einschätzungen folgend, eine Fällung von Bäumen nur außerhalb der Zeiträume von Winterschlaf bzw. Jungenaufzucht zuzulassen oder zur Realisierung von Ersatzmaßnahmen, wie das Ausbringen von Kästen bereits 1 bis 2 Jahre vor den Rodungsarbeiten. Diesen Bedenken sei im Hauptsacheverfahren weiter nachzugehen, zumal nach dem jüngsten Vortrag des Antragstellers im Schriftsatz vom 31. Januar 2024 die von der Antragsgegnerin geltend gemachten Vorkehrungen womöglich auf die Folgen anderer geplanter Eingriffe bezogen seien, was hier dahingestellt bleibe. Auch die ergänzende Begründung, wonach wegen einer erheblichen Bruchgefahr der Bäume die Verkehrssicherheit hergestellt werden müsse, sei nicht tragfähig, da sie nicht substantiiert genug sei. Vor diesem Hintergrund fehle es an einem besonders gewichtigen öffentlichen Vollzugsinteresse.

Gegen diesen ihr am 1. Februar 2024 zugestellten Beschluss hat die Antragsgegnerin am 14. Februar 2024 Beschwerde eingelegt, die sie zugleich begründet hat.

Während des Beschwerdeverfahrens hat die Antragsgegnerin am 14. Februar 2024 den Ergänzungsbescheid Nr. 1 zum Bescheid vom 9. November 2021 erlassen. Dieser enthält unter Bezugnahme auf den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 31. Januar 2024 unter Ziffer I. die folgenden Nebenbestimmungen:

„1. Die anlässlich des Bebauungsplanverfahrens Billwerder 30/Bergedorf 120/Neuallermöhe 2/Lohbrügge 95 (,Oberbillwerder‘) beschlossenen Aufwertungsmaßnahmen (CEF-Maßnahmen 3 und 5b) zu Gunsten der Feldlerchen und der Fledermäuse sind in jedem Fall, unabhängig vom Ausgang des Bebauungsplanverfahrens, durchzuführen.

2. Gehölze, die entfernt werden sollen (Fällung und Zurückschneidung), sind in Abstimmung mit den zuständigen Naturschutzbehörden, Bezirksamt Bergedorf, WBZ 41, und BUKEA, N, vorher endoskopisch auf ihre Eignung als Quartierbaum für Fledermäuse zu untersuchen. Die zuständigen Fachbehörden sind über den Befund zu informieren und es sind alle weiteren Schritte, z.B. die Fledermäuse einzufangen und an naturschutzfachlich geeigneter Stelle freizulassen oder das Absehen von einer Entfernung des Gehölzes, mit ihnen abzustimmen.“

Ferner hat die Antragsgegnerin den Bescheid vom 9. November 2021 unter Ziffer II. des Ergänzungsbescheids Nr. 1 dahingehend konkretisiert, dass sich die betroffenen Hybridpappeln auf den Flurstücken ..., ..., ..., ... und ... der Gemarkung Billwerder befänden, was aus den beigefügten Anlagen 1 und 2 ersichtlich sei. Den beigefügten Gehölzplänen (Anlagen 3 und 4) sei zu entnehmen, dass die im Einzelnen nummerierten Bäume in den blauen Korridoren mit den Nummern 1 bis 35 sowie 36 bis 60 jeweils zu kappen seien, mithin insgesamt 60 Bäume. Zudem seien insgesamt 35 Hybridpappeln zu fällen, namentlich die mit den Nummern 1 bis 19 sowie 20 bis 35 bezeichneten Bäume in den braunen Korridoren.

II.

Die zulässige, insbesondere am 14. Februar 2024 fristgerecht gemäß § 147 Abs. 1 VwGO eingelegte und zugleich begründete Beschwerde der Antragsgegnerin hat in der Sache keinen Erfolg. Zwar erschüttert die Antragsgegnerin mit ihrem Beschwerdevorbringen die tragenden Erwägungen der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung (hierzu 1.). Die dem Beschwerdegericht damit eröffnete eigene Prüfung in der Sache führt jedoch nicht zu deren Aufhebung oder Änderung, sondern bestätigt diese im Ergebnis (hierzu 2.).

1. Die mit der Beschwerde dargelegten Gründe, auf deren Überprüfung das Beschwerdegericht grundsätzlich gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, erschüttern die entscheidungstragenden Feststellungen der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung.

Stützt sich die erstinstanzliche Entscheidung auf mehrere, jeweils selbständig tragende Begründungen, so muss sich der Beschwerdeführer mit jeder Begründung auseinandersetzen und jede in Zweifel ziehen (vgl. nur Guckelberger, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 146 Rn. 77 m.w.N.). Das ist hier der Fall. Die Antragsgegnerin erschüttert durch ihr Beschwerdevorbringen, die maßgebliche Sach- und Rechtslage habe sich nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens geändert, die entscheidungstragenden Feststellungen des Verwaltungsgerichts, wonach erstens der angefochtene Bescheid wegen mangelnder Bestimmtheit gemäß § 37 Abs. 1 HmbVwVfG rechtswidrig sei (Beschlussausfertigung S. 4 f.), es zweitens an den Tatbestandsvoraussetzungen für eine Fällgenehmigung fehle, da das Interesse der Antragsgegnerin an der Durchführung naturschutzrechtlicher Ausgleichsmaßnahmen mangels hinreichender rechtlicher Verfestigung zum damaligen Planungsstand nicht habe berücksichtigt werden können (Beschlussausfertigung, S. 6 und 8) und drittens ein Ermessensfehler vorliege, da die Antragsgegnerin die Auswirkungen der Ausgleichsmaßnahme auf die Fledermauspopulation nicht hinreichend gewürdigt habe (Beschlussausfertigung S. 8 f.). Nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens erließ die Antragsgegnerin den Ergänzungsbescheid Nr. 1 vom 14. Februar 2024 mit Konkretisierungen zur Bestimmtheit des Bescheids unter Ziffer II. sowie mit Nebenbestimmungen zum Schutz der Fledermäuse unter Ziffer I. Zudem wurde mit Abschluss der Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung gemäß §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 2 BauGB für den Bebauungsplan Oberbillerwerder am 9. Februar 2024 ein neuer Planungsstand erreicht. Das Beschwerdegericht hat diese innerhalb der Beschwerdebegründungsfrist neu eingetretenen und von der Antragsgegnerin geltend gemachten relevanten Umstände nach § 146 Abs. 4 Satz 1, 3 und 6 VwGO zu berücksichtigen (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 16. Mai 2022, 2 Bs 55/22, n.v.; Guckelberger, a.a.O., § 146 Rn. 81 m.w.N.).

2. Die dem Beschwerdegericht damit eröffnete eigene Prüfung in der Sache führt jedoch nicht zu einer Aufhebung oder Änderung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses, sondern bestätigt diesen im Ergebnis. Der Antrag des Antragstellers gemäß §§ 80a Abs. 3 i.V.m. 80 Abs. 5 Var. 2, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage gegen den streitgegenständlichen Bescheid vom 9. November 2021 ist zulässig (hierzu a)) und begründet (hierzu b)).

a) Der Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes ist zulässig.

Er ist als Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage des Antragstellers vom 23. Januar 2024 gegen den Bescheid vom 9. November 2021 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 18. Januar 2024 statthaft gemäß §§ 80a Abs. 3 i.V.m. 80 Abs. 5 Var. 2, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO, nachdem die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 12. Januar 2024 (erneut) die sofortige Vollziehung des Bescheids angeordnet hatte.

Der Antragsteller ist antragsbefugt gemäß §§ 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG, obwohl er noch nicht als Umweltvereinigung gemäß § 3 Abs. 2 UmwRG anerkannt ist. Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 UmwRG kann eine Vereinigung, die nicht nach § 3 UmwRG anerkannt ist, einen Rechtsbehelf nach § 2 Abs. 1 UmwRG dann einlegen, wenn 1. sie bei Einlegung des Rechtsbehelfs die Voraussetzungen für eine Anerkennung erfüllt, 2. sie einen Antrag auf Anerkennung gestellt hat und 3. über eine Anerkennung aus Gründen, die von der Vereinigung nicht zu vertreten sind, noch nicht entschieden worden ist. Diese Voraussetzungen liegen nach dem nicht bestrittenen Vortrag des Antragstellers vor, da er bereits mit dem Schreiben vom 25. Mai 2020 einen Antrag auf Anerkennung als Vereinigung im Sinne des Umweltrechtsbehelfsgesetzes gestellt hat und seine Anerkennung durch die zuständige Behörde erst mit der E-Mail vom 15. November 2023 konkret in Aussicht gestellt wurde. Hiervon geht auch die Antragsgegnerin aus (Widerspruchsbescheid, S. 3 sowie Schreiben vom 12. Januar 2024, Bl. 110 der elektron. Sachakte).

Zudem handelt es sich bei dem streitgegenständlichen Bescheid vom 9. Juni 2021 um eine Entscheidung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG. Hierunter fallen Verwaltungsakte oder öffentlich-rechtliche Verträge, durch die andere als in § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 2b UmwRG genannte Vorhaben unter Anwendung umweltbezogener Rechtsvorschriften des Bundesrechts, des Landesrechts oder unmittelbar geltender Rechtsakte der Europäischen Union zugelassen werden. Der streitgegenständliche Bescheid erging auf der Grundlage der Hamburgischen Baumschutzverordnung und somit unter Anwendung umweltbezogener Rechtsvorschriften gemäß § 1 Abs. 4 UmwRG i.V.m. § 2 Abs. 3 Nr. 1 UIG. Bei dem Fällen und Kappen von Bäumen handelt es sich um ein Vorhaben im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1

Nr. 5 UmwRG. Hier kommt der Vorhabenbegriff des § 2 Abs. 4 UVPG zum Tragen, an dem sich der Gesetzgeber laut der Gesetzesbegründung zum Umweltrechtsbehelfsgesetz orientieren wollte (BT-Drs. 18/9526, S. 36; vgl. BVerwG, Urt. v. 8.11.2022, 7 C 7.21, NVwZ 2023, 745, juris Rn. 18; Fellenberg/Schiller, in: Landmann/Rohmer, UmwR, Stand: Sept. 2023, § 1 UmwRG Rn. 103). Danach ist ein Vorhaben unter anderem die Durchführung einer sonstigen in Natur und Landschaft eingreifenden Maßnahme, vgl. § 2 Abs. 4 Nr. 1 lit. c) UVPG. Eine solche liegt hier vor, da der Begriff weitestgehend mit dem naturschutzrechtlichen Eingriffsbegriff aus § 14 BNatSchG gleichzusetzen ist und es hier um eine Veränderung der Gestalt von Grundflächen im Sinne von § 14 Abs. 1 BNatSchG geht (vgl. Fellenberg/Schiller, in: Landmann/Rohmer, a.a.O., § 1 UmwRG Rn. 103), denn durch das Entfernen oder Kappen einer prägenden Baumgruppe wird das äußere Erscheinungsbild der Grundflächen verändert (vgl. zum naturschutzrechtlichen Eingriffsbegriff nur Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmwR, Stand: Sept. 2023, § 14 BNatSchG Rn. 5 f.).

Auch im Übrigen liegen die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 UmwRG vor, insbesondere rügt der Antragsteller einen Verstoß gegen §§ 4, 6 BaumschutzVO sowie gegen § 44 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BNatSchG und somit eine Verletzung umweltbezogener Rechtsvorschriften, die für die angefochtene Ausnahmegenehmigung von Bedeutung sein können, vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 UmwRG.

b) Der Antrag ist auch begründet. Zwar genügt die Anordnung der sofortigen Vollziehung des Bescheids vom 9. November 2021 dem formalen Begründungserfordernis aus § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO (hierzu aa)). Allerdings überwiegt das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das Interesse der Antragsgegnerin am sofortigen Vollzug der Fällgenehmigung (hierzu bb)).

aa) Die ausführliche Begründung des besonderen Vollzugsinteresses in der Anordnung der Antragsgegnerin vom 12. Januar 2024 wird den formalen Anforderungen aus §§ 80 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO gerecht. Danach ist das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts in den Fällen des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO schriftlich zu begründen. Dem hat die Antragsgegnerin genügt, indem sie bezogen auf den konkreten Einzelfall insbesondere ausgeführt hat, ein besonderes Vollzugsinteresse ergebe sich daraus, dass die im Rahmen des Planverfahrens Oberbillwerder entwickelten vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen zugunsten der Feldlerche unter anderem als zielführende, schnell wirksame Maßnahme der Feldlerchenansiedlung die Entfernung der Hybridpappeln vorsähen und es einige Jahre dauern könne, bis die prognostizierten Lebensräume als solche von der Feldlerche besiedelt würden. Eine zeitnahe Entfernung der Hybridpappeln, möglichst bis zum 29. Februar 2024, sei daher geboten, auch um eine

Wirksamkeit der Maßnahmen zum Zeitpunkt des Eingriffs sicherzustellen. Andernfalls sei eine deutliche Verzögerung der Verwirklichung des Stadtteils Oberbillwerder zu befürchten, an dessen Realisierung ein besonderes öffentliches Interesse bestehe. Dieses besondere Vollzugsinteresse überwiege gegenüber dem im Einzelnen dargestellten Suspensivinteresse des Antragstellers, da aufgrund der zugunsten der Fledermaus vorgesehenen Ausgleichs- und Vermeidungsmaßnahmen entgegen dem Vorbringen des Antragstellers keine artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände verwirklicht würden.

bb) Das Aussetzungsinteresse des Antragstellers überwiegt das Interesse der Antragsgegnerin an einer sofortigen Vollziehung des Bescheids vom 9. November 2021 zur Fällung und Kappung von insgesamt 90 Hybridpappeln im „Korridor Billwerder“ auf den genannten Flurstücken.

Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO nimmt das Gericht eine eigene Abwägung der widerstrebenden Vollzugs- und Aussetzungsinteressen der Beteiligten vor. Dem Charakter des Eilverfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO entsprechend kann das Gericht seine vorläufige Entscheidung im Regelfall nur auf der Grundlage einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage als wesentliches Element der Interessensabwägung für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des angeordneten Sofortvollzugs treffen (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 8.1.2020, 2 Bs 183/19, BauR 2020, 781, juris Rn. 39). An der Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts kann kein überwiegendes öffentliches Interesse bestehen. Dagegen überwiegt das öffentliche Interesse an der Vollziehung, wenn der Verwaltungsakt rechtmäßig ist und – in Fällen der Anordnung des Sofortvollzugs – ein besonderes Vollzugsinteresse vorliegt (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 9.5.2023, 2 Bs 41/23, NordÖR 2023, 565, juris 20; OVG Bautzen, Beschl. v. 21.9.2012, 6 B 360/21, NVwZ 2021, 1717, juris Rn. 10).

Nach diesen Maßgaben überwiegt das Aussetzungsinteresse des Antragstellers, da der Bescheid vom 9. November 2021 nach der im Eilverfahren allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung voraussichtlich rechtswidrig ist. Zwar ist der Bescheid (nunmehr) hinreichend bestimmt gemäß § 37 Abs. 1 HmbVwVfG (hierzu (1)). Auch ging die Antragsgegnerin zu Recht von der Anwendbarkeit der Hamburgischen Baumschutzverordnung aus (hierzu (2)). Zudem liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Ausnahmegegenehmigung gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 BaumschutzVO vor (hierzu (3)). Die Ausübung des in der Vorschrift eingeräumten Ermessens ist jedoch fehlerhaft, vgl. § 114 Satz 1 VwGO (hierzu (4)).

(1) Der Bescheid vom 9. November 2021 ist in Verbindung mit dem Ergänzungsbescheid Nr. 1 vom 14. Februar 2024 hinreichend bestimmt im Sinne von § 37 Abs. 1 HmbVwVfG. Anhand der Ausführungen unter Ziffer II. des Ergänzungsbescheids Nr. 1 nebst beigefügten Übersichts- und Gehölzplänen kann nunmehr im Einzelnen nachvollzogen werden, welcher Baum an welchem Standort gefällt oder gekappt werden soll. Vor diesem Hintergrund wirkt es sich nicht aus, dass sich der Ergänzungsbescheid Nr. 1, anders als noch der Ausgangsbescheid, nicht auch auf das Flurstück ... bezieht, da eine genaue Zuordnung der geplanten Maßnahmen zu den Bäumen auf den übrigen Flurstücken trotzdem möglich ist. Dass der Ergänzungsbescheid 35 Fällungen und 60 Kappungen vorsieht und insoweit von dem Antrag der BUKEA vom 28. Juli 2021 abweicht (59 Fällungen, 46 Kappungen), ist unschädlich, weil die Anzahl der insgesamt betroffenen Bäume hinter dem Antrag zurückbleibt. Dass mehr Kappungen genehmigt wurden als beantragt, führt nicht etwa zur Rechtswidrigkeit des Bescheids, da es sich angesichts des Schutzzwecks der Hamburgischen Baumschutzverordnung bei der Kappung von Bäumen um ein in dem Antrag auf Fällung von Bäumen enthaltenes Minus handelt.

(2) Zu Recht hat die Antragsgegnerin den Bescheid vom 9. November 2021 zunächst auf § 4 der zum damaligen Zeitpunkt geltenden Hamburgischen Baumschutzverordnung a.F. gestützt (Baumschutzverordnung vom 17.9.1948, HmbL I 791-i), die nunmehr allerdings in der zum Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung und damit des Widerspruchsbescheids vom 18. Januar 2024 geltenden Fassung vom 28. Februar 2023 anzuwenden ist (Verordnung zur Neuregelung des Hamburgischen Baumschutzrechts vom 28.2.2023, HmbGVBl. S. 81; in Kraft seit 8.3.2023 gemäß Art. 54 Satz 1 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg vom 6. Juni 1952 i.d.F. v. 3.11.2020, HmbGVBl. S. 559).

Hier kommt als Ermächtigungsgrundlage für den streitgegenständlichen Bescheid vom 9. November 2021 allein diejenige für eine Ausnahmegenehmigung im Ermessenswege gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 BaumschutzVO in Betracht, wonach die zuständige Behörde von den Verboten des § 4 auf Antrag Ausnahmen zulassen kann, wenn durch die unveränderte Erhaltung des Baumes oder der Hecke eine im Übrigen zulässige Nutzung eines Grundstücks nicht oder nur mit erheblichen Beschränkungen verwirklicht werden kann oder eine solche Nutzung erheblich beeinträchtigt wird.

Die Anwendung der Baumschutzverordnung ist nicht nach ihrem § 2 Nr. 3 ausgeschlossen. Danach findet die Verordnung keine Anwendung auf Bäume und Hecken, deren Beseitigung als Bestandteil eines nach § 15 BNatSchG in der jeweils geltenden Fassung zulässigen Eingriffs in einer behördlichen Zulassung nach § 17 Abs. 1 oder 3 BNatSchG genehmigt



ist. Laut der Begründung zur Hamburgischen Baumschutzverordnung soll damit eine Doppelprüfung in den Fällen vermieden werden, in denen die Beeinträchtigung des Naturhaushalts bereits durch eine andere Zulassungsentscheidung geprüft und ausgeglichen wurde (Begründung zur Hamburgischen Baumschutzverordnung, Entwurf Stand 5.4.2022, abrufbar unter <https://www.hamburg.de/contentblob/16062082/457662aae48dec78e61fdbcf72231721/data/baumschutzverordnung-begrueendung.pdf>, zuletzt abgerufen am 22.2.2024). Eine solche anderweitige behördliche Zulassungsentscheidung liegt hier jedoch nicht vor, insbesondere ist die Anwendbarkeit der Baumschutzverordnung entgegen dem Vortrag der Antragsgegnerin auch nicht durch die Vorschrift in § 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG gesperrt. Nach dieser Vorschrift, welche das Verhältnis des Naturschutzrechts zum Baurecht regelt, sind die §§ 14 bis 17 BNatSchG auf Vorhaben in Gebieten mit Bebauungsplänen nach § 30 BauGB, während der Planaufstellung nach § 33 BauGB und im Innenbereich nach § 34 BauGB nicht anzuwenden. Die Antragsgegnerin macht mit ihrer Beschwerde geltend, aufgrund der zwischenzeitlich abgeschlossenen Öffentlichkeitsbeteiligung gemäß § 3 Abs. 2 BauGB habe der Bebauungsplan Oberbillwerder die Planreife gemäß § 33 BauGB erlangt und Eingriffe in Natur und Landschaft seien gemäß § 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG allein im Bebauungsplanverfahren abzuarbeiten. Dem ist nicht zu folgen.

§ 18 BNatSchG sieht vor, dass sich die Rechtsfolgen der Vorbereitung von Eingriffen in Natur und Landschaft durch Flächennutzungs- oder Bebauungspläne nach den Vorschriften des Baurechts richten (s. dazu Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmwR, Stand: Sept. 2023, § 18 BNatSchG Rn. 7). § 1a Abs. 3 BauGB überführt zu diesem Zweck die Eingriffsregelungen der §§ 13 ff. BNatSchG zusammen mit weiteren Regelungen in die Bauleitplanung (BVerwG, Beschl. v. 16.9.2021, 4 BN 6.21, ZfBR 2022, 68, juris Rn.6). Dies gilt auch für die auf der Grundlage von § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG festgelegten vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen (s. dazu BT-Ds. 16/5100, S. 12, zur Vorgängervorschrift § 42 Abs. 5 Satz 4 BNatSchG), wie sie die Antragsgegnerin hier zum Schutze der Feldlerche gemäß den CEF-Maßnahmen 4, 5a, 5b und 5c im Rahmen der Aufstellung des Bebauungsplans Oberbillwerder vorsieht (vgl. Artenschutzrechtlicher Fachbeitrag zum Bebauungsplan „Oberbillwerder“, Bl. 135, 341 der elektron. Sachakte) und in deren Rahmen gemäß der CEF-Maßnahme 5b die Hybridpappeln gefällt bzw. gekappt werden sollen.

Die Vorschrift in § 18 Abs. 2 BNatSchG findet jedoch keine Anwendung, da es bereits am Vorliegen eines Vorhabens im Sinne des § 18 Abs. 2 BNatSchG fehlt. Der Vorschrift liegt der bauplanungsrechtliche Vorhabenbegriff nach der Legaldefinition in § 29 Abs. 1 BauGB zugrunde. Dies ergibt sich insbesondere aus dem auf bauplanungsrechtliche Vorschriften Bezug nehmenden Wortlaut der Norm sowie aus ihrem Ziel, eine Harmonisierung von Bau-

und Naturschutzrecht zu erreichen, welches nur durch ein einheitliches Begriffsverständnis erreicht werden kann (vgl. hierzu VG Koblenz, Beschl. v. 4.3.2022, 4 L 127/22, NuR 2022, 509, juris Rn. 15; Kerkmann, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 3. Aufl. 2024, § 18 Rn. 18a; i.E. ebenso Meßerschmidt, BundesnaturschutzR, Stand: Aug. 2023, § 18 BNatSchG Rn. 47; Fischer-Hüftle, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 18 Rn. 49). Vorhaben im Sinne von § 29 Abs. 1 BauGB sind die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen sowie die Aufschüttungen und Abgrabungen größeren Umfangs und Ausschachtungen, Ablagerungen einschließlich Lagerstätten. Das Fällen und Kappen von Bäumen im Rahmen der Nutzung von Grundstücken als Teil einer vorgezogenen, naturschutzrechtlichen Ausgleichsmaßnahme fällt nicht unter diesen Vorhabenbegriff. Es ist auch nichts dafür ersichtlich, dass die Vorschrift in § 18 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG über den Wortlaut hinaus auf reine Vorbereitungsmaßnahmen anwendbar wäre (Meßerschmidt, a.a.O., § 18 BNatSchG Rn. 47), zumal es an jeglichem Bezug zu einem konkreten Bauvorhaben wie etwa einem Bauantrag fehlt (vgl. hierzu VG Koblenz, Beschl. v. 4.3.2022, a.a.O., juris Rn. 18 ff.).

(3) Die tatbestandlichen Voraussetzungen der danach grundsätzlich anwendbaren Ermächtigungsgrundlage in § 6 Abs. 2 Nr. 1 BaumschutzVO für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung zur Fällung und Kappung von Bäumen liegen vor. Danach kann die zuständige Behörde von den Verboten des § 4 BaumschutzVO auf Antrag Ausnahmen zulassen, wenn durch die unveränderte Erhaltung des Baumes oder der Hecke eine im Übrigen zulässige Nutzung eines Grundstücks nicht oder nur mit erheblichen Beschränkungen verwirklicht werden kann oder eine solche Nutzung erheblich beeinträchtigt wird.

Bei der Nutzung der hier betroffenen Grundstücke als Ausgleichsflächen im Rahmen einer vorgezogenen Ausgleichsmaßnahme (CEF-Maßnahme) gemäß § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG handelt es sich um eine im Übrigen zulässige Nutzung im Sinne der Vorschrift. Insbesondere ist die Festlegung als vorgezogene Ausgleichsmaßnahme in dieser Form mit hinreichender Sicherheit zu erwarten, da die in dem Artenschutzrechtlichen Fachbeitrag entwickelten vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen ein hohes Maß an Konkrettheit erreicht haben, ihre rechtzeitige Realisierung nach Abschluss der Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung anzunehmen ist und sie zudem gemäß Ziff. I. 1 des Ergänzungsbescheids Nr. 1 vom 14. Februar 2024 in jedem Fall und unabhängig vom Ausgang des Bebauungsplanverfahrens durchgeführt werden sollen.

Schließlich könnte die zulässige Nutzung des Grundstücks in Form der vorgezogenen Ausgleichsmaßnahme zur Habitatoptimierung im Korridor Billwerder (CEF-Maßnahme 5b) nach den Erkenntnissen im Eilverfahren ohne die Fällung und Kappung der Bäume nicht

oder nur mit erheblichen Beschränkungen verwirklicht werden. Die Fällung und Kappung der betreffenden Hybridpappeln sind integraler Bestandteil dieser vorgezogenen Ausgleichsmaßnahme, da Feldlerchen laut dem Artenschutzrechtlichen Fachbeitrag Vertikalstrukturen, die eine freie Sicht auf den Horizont verhindern, meiden und dies regelmäßig zu einer Aufgabe von Fortpflanzungsstätten führt (Artenschutzrechtlicher Fachbeitrag, Bl. 245 der elektron. Sachakte).

(4) Die Antragsgegnerin hat jedoch das ihr nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 BaumschutzVO eröffnete Ermessen fehlerhaft ausgeübt. Dieses unterliegt gemäß § 114 Satz 1 VwGO einer nur eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung dahingehend, ob ein Ermessensfehler vorliegt, da die gesetzlichen Grenzen des Ermessens nicht beachtet worden sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden ist.

In Bezug auf den Bescheid vom 9. November 2021 liegt ein Ermessensausfall vor, da er keine Ermessenserwägungen enthält. Es können jedoch gemäß §§ 79 Abs. 1 Nr. 1, 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO die Ermessenserwägungen im Widerspruchsbescheid vom 18. Januar 2024 herangezogen werden, da die Antragsgegnerin im Rahmen des Widerspruchsverfahrens materiell eine eigenständige Ermessensentscheidung ausübt und auch eine im Ausgangsbescheid gänzlich unterlassene Ermessensentscheidung nachholen kann (vgl. BVerwG, Urt. v. 21.10.1980, 1 C 19./78, NJW 1981, 1917, juris Rn. 19). Die Ermessensentscheidung der Antragsgegnerin entspricht jedoch nicht den gesetzlichen Anforderungen. Dabei geht das Beschwerdegericht zu ihren Gunsten davon aus, dass sich die zu § 4 BaumschutzVO a.F. angestellten Ermessenserwägungen auf eine Entscheidung nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 BaumschutzVO übertragen lassen, weil sich der Schutzzweck für die im Einzelnen geschützten Bäume und Hecken unverändert nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 BNatSchG richtet.

(aa) Zwar begegnen die Ermessenserwägungen der Antragsgegnerin im Widerspruchsbescheid vom 18. Januar 2024 in Bezug auf die schutzwürdigen Belange der Fledermaus bei summarischer Prüfung keinen rechtlichen Bedenken. Hierzu führt die Antragsgegnerin im Wesentlichen aus, dass nach einer fachlichen Stellungnahme der BUKEA nicht ausgeschlossen werden könne, dass Fledermäuse die zu fällenden Hybridpappeln als Sommer- oder Winterquartiere nutzen. Der Verbotstatbestand der Tötung gemäß § 44 Abs. 1 BNatSchG werde durch eine Überprüfung der Höhlen vor einer Fällung vermieden. Potenzielle Quartiere würden durch Fledermauskästen in den verbleibenden Bäumen ersetzt, so dass die Funktion der Fortpflanzungs- und Ruhestätten auch bei Fällung und Kappung einiger Hybridpappeln im räumlichen Zusammenhang gemäß § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3

BNatSchG erhalten bleibe. Auch die Funktion als Flugroute und Jagdhabitat bleibe im räumlich-zeitlichen Zusammenhang bestehen, was durch ein zeitlich abgestuftes Konzept, die CEF-Maßnahme 3 sowie die Anlage von zwei zusätzlicher Heckenstrukturen erreicht werde. Denn zum einen bleibe nach der fachlichen Stellungnahme der BUKEA der nördlichste Teil von etwa 200 Metern der Hybridpappelreihe vollständig bestehen und die anschließenden 300 Meter der Pappelreihe würden zunächst lediglich gekappt, um als Jagdhabitat erhalten zu bleiben bis zur vollständigen Entwicklung der Ersatzstruktur. Lediglich die südlichsten 180 Meter würden komplett entfernt, um Lebensräume für die Feldlerche zu schaffen, wobei Totholz vor Ort belassen werde, um als Nahrungshabitat für Fledermäuse zu wirken. Zudem werde gemäß der CEF-Maßnahme 3 auf einer Länge von über einem Kilometer eine um Heister angereicherte Heckenstruktur gepflanzt, was zu einer Vergrößerung der Leitstruktur im Vergleich zur Hybridpappelreihe führe. Das Nahrungsangebot werde entsprechend der CEF-Maßnahme 3 durch großflächige begleitende Grün- und Blühstreifen sowie die Extensivierung der angrenzenden Grünlandnutzung auf einer Fläche von rund 9 ha verbessert. Schließlich würden zusätzlich zu der CEF-Ausgleichshecke zwei weitere Heckenstrukturen östlich in ca. 130 m Entfernung entstehen, die als zusätzliches Jagd- und Leithabitat dienen und das Nahrungsangebot für Fledermäuse erhöhen sollten. Die Maßnahme sei daher artenschutzrechtlich zulässig.

Diese Erwägungen lassen keinen Ermessensfehler erkennen. Die Antragsgegnerin hat die besondere Schutzwürdigkeit der durch die Entfernung der Pappeln betroffenen Fledermäuse berücksichtigt und hinreichend gewichtet. Zum einen gehen die im Widerspruchsbescheid zum Schutz der Fledermäuse nunmehr vorgesehenen Maßnahmen über die in dem Artenschutzrechtlichen Fachbeitrag als vorgezogene Ausgleichsmaßnahme „CEF 3: Hecken- und Saumstruktur im Acker- und Grünland“ gemäß § 45 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG vorgesehenen Maßnahmen hinaus, welche der Sicherung der ökologischen Funktion von Fortpflanzungs- und Ruhestätten unter anderem der Fledermäuse dienen sollen. Zum anderen erfolgte durch den Ergänzungsbescheid Nr. 1 vom 14. Februar 2024 eine Absicherung der den Ermessenserwägungen zugrundeliegenden Tatsachen, da laut Ziff. I. 1 des Ergänzungsbescheids Nr. 1 die bereits genannte Aufwertungsmaßnahme CEF 3 zu Gunsten der Fledermäuse, ebenso wie die CEF-Maßnahme 5b zugunsten der Feldlerchen, in jedem Fall und unabhängig vom Ausgang des Bebauungsplanverfahrens durchzuführen sind. Zudem sind gemäß Ziff. I. 2 des Ergänzungsbescheids Nr. 1 Gehölze vor der Fällung oder Zurückschneidung endoskopisch auf ihre Eignung als Quartiersbaum für Fledermäuse zu untersuchen und die weiteren Schritte sind im Fall eines Befunds mit der zuständigen Fachbehörde abzustimmen, etwa um die Fledermäuse einzufangen und an geeigneter Stelle freizulassen oder von einer Entfernung des Gehölz Abstand zu nehmen. Auf dieser

Tatsachengrundlage ist von einer hinreichenden Berücksichtigung und Gewichtung der laut dem Artenschutzrechtlichen Fachbeitrag betroffenen Belange der Fledermäuse durch die streitgegenständliche Fällung und Kappung der Hybridpappeln auszugehen.

(bb) Die ohnehin äußerst knappen Ermessenserwägungen zum Schutz der Feldlerchen im Widerspruchsbescheid vom 18. Januar 2024 sind jedoch nicht tragfähig, da sie erkennbar von einer fehlerhaften rechtlichen Grundlage ausgehen. Die Antragsgegnerin führt hierzu aus, dem Interesse an der Fällung und Kappung der Hybridpappeln im Rahmen der Umsetzung der CEF-Maßnahme zugunsten der Feldlerchen zur Realisierung des Projektes Oberbillwerder gebühre nach Abwägung aller betroffener Belange der Vorrang. Damit nimmt die Antragsgegnerin Bezug auf die zugunsten der Feldlerche im Artenschutzrechtlichen Fachbeitrag vorgesehene CEF-Maßnahme 5b „Habitatoptimierung Korridor Billwerder“ und legt diese ihrer Ermessensentscheidung zugrunde.

Dabei handelt es sich um eine vorgezogene Ausgleichsmaßnahme gemäß § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG, die zur Vermeidung der Verwirklichung des Verbotstatbestands gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG zum Nachteil der Feldlerchen vorgesehen ist. Gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG ist es verboten, Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der wild lebenden Tiere der besonders geschützten Arten aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören. Bei der Feldlerche handelt es sich wie bei allen europäischen Vogelarten um eine besonders geschützte Art gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 13 b) bb), Nr. 12 BNatSchG i.V.m. Art. 1 der Richtlinie 2009/147/EG (Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, Abl. L 20 v. 25.1.2010, S. 7). Laut dem Artenschutzrechtlichen Fachbeitrag kommt eine Beschädigung oder Zerstörung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der Feldlerchen durch die Realisierung des Bebauungsplans Oberbillwerder in Betracht, da ihr Lebensraum durch das Projekt und in einem Umkreis von bis zu 120 Metern derart eingeschränkt werde, dass angesichts der festgestellten 34 Brutpaare nicht mit ausreichender Sicherheit von einem Ausweichen in die Umgebung auszugehen sei (Artenschutzrechtlicher Fachbeitrag, Bl. 246 der elektron. Sachakte). Daher würden im Rahmen des vorgezogenen Ausgleichs Ausgleichsflächen mit einer Größe von insgesamt 102 ha Lebensraum für 34 Brutreviere auf den Flächen der Maßnahmen CEF 4 und 5 umgesetzt, wodurch die ökologische Funktion abgesichert werde.

Die von der Antragsgegnerin in Bezug genommenen CEF-Maßnahmen 4 und 5a, 5b, 5c beruhen auf der Legalausnahme in § 44 Abs. 5 Satz 1 und Satz 2 Nr. 3 BNatSchG. Diese eröffnet gemäß § 44 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG für nach § 15 Abs. 1 BNatSchG unvermeidbare Beeinträchtigungen durch Eingriffe in Natur und Landschaft, die nach § 17 Abs. 1 oder

Abs. 3 BNatSchG zugelassen oder von einer Behörde durchgeführt werden, sowie für Vorhaben im Sinne des § 18 Abs. 2 Satz 1 eine Ausnahme von den Zugriffs-, Besitz- und Vermarktungsverboten nach Maßgabe der Sätze 2 bis 5. Hier liegt ein gemäß § 15 Abs. 1 BNatSchG unvermeidbarer und von einer Behörde durchgeführter Eingriff in Natur und Landschaft vor, da die Antragsgegnerin die betreffenden Grundstücke als Bauflächen festsetzen will.

Die damit eröffnete Legalausnahme gemäß § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BNatSchG schließt einen Verstoß gegen das Verbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG aus, wenn europäische Vogelarten betroffen sind und die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- und Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts liegt der Legalausnahme eine funktionsbezogene Zielrichtung zugrunde, sodass der volle Funktionserhalt nicht schon dann gegeben ist, wenn der Eingriff keine messbaren Auswirkungen auf die Reproduktionsbedingungen bzw. Rückzugsmöglichkeiten der lokalen Population als ganzer hat, sondern erst dann, wenn für die mit ihren konkreten Lebensstätten betroffenen Exemplare einer Art die von der Lebensstätte wahrgenommene Funktion vollständig erhalten bleibt, also z.B. dem in einem Brutrevier ansässigen Vogelpaar weitere geeignete Nistplätze in seinem Revier zur Verfügung stehen oder durch Ausgleichsmaßnahmen ohne zeitlichen Bruch bereitgestellt werden (BVerwG, Urt. v. 18.3.2009, 9 A 39.07, NVwZ 2010, 44, juris Rn. 67 zur Vorgängervorschrift in § 42 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG a.F.; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 6.11.2013, 9 A 14.12, NVwZ 2014, 714, juris Rn. 114; vgl. auch Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmwR, Stand: Sept. 2023, § 44 Rn. 55). Dies gilt entsprechend auch für vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen gemäß § 44 Abs. 5 Satz 3 BNatSchG (ebenso Gellermann, a.a.O., § 44 Rn. 56).

Dies verkennt die Antragsgegnerin, wenn sie als Teil des Maßnahmenpakets zur Sicherung der ökologischen Funktion der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der Feldlerche in den CEF-Maßnahmen 4, 5a, 5b und 5c auch Ausgleichsflächen in Hahnöfersand in einer Entfernung von mehr als 20 km vorsieht, und dabei erkennbar keinen funktionsbezogenen, sondern einen populationsbezogenen Ausgleich zugrunde legt. Aufgrund der vorhandenen Ortstreue der Feldlerchen wird im Regelfall eine Entfernung zur Maßnahmenfläche von nicht mehr als 2 km empfohlen (Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz Nordrhein-Westfalen, <https://artenschutz.naturschutzinformationen.nrw.de/artenschutz/de/arten/gruppe/voegel/massn/103035>, zuletzt abgerufen am 23.2.2024). Dem ist die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 20. Februar 2024 auf den richterlichen Hinweis vom

Vortrag weder entgegengetreten noch hat sie Gründe für eine Abweichung von diesem Regelfall genannt. Auch geht aus dieser Stellungnahme der Antragsgegnerin hervor, dass sie im Rahmen von § 44 Abs. 5 Satz 2 Nr. 3 BNatSchG lediglich „aus pragmatischen Gründen“ eine populationsbezogene Betrachtung zugrunde legt. Der erforderliche funktions- und damit individuenbezogene Ausgleich über die Ausgleichsfläche in Hahnöfersand dürfte vor diesem Hintergrund ausscheiden.

Der Senat konnte auch nicht zu der Überzeugung gelangen, dass eine Vermeidung der Verwirklichung des Verbotstatbestands aus § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG zulasten der Feldlerche ermessensfehlerfrei allein durch die übrigen CEF-Maßnahmen 4, 5a und 5b erfolgen könnte. Zwar dürften diese Maßnahmen nach dem Erkenntnisstand des Eilverfahrens aufgrund ihrer geographischen Lage mit dem oben dargestellten funktionsbezogenen Verständnis der Legalausnahme vereinbar sein. Allerdings enthalten alle vier CEF-Maßnahmen zum Schutz der Feldlerche den fachlichen Hinweis, dass erst unter Berücksichtigung der jeweils drei anderen Maßnahmen von einer abschließenden Sicherung der ökologischen Funktion von Fortpflanzungsstätten der Feldlerche auszugehen sei, mithin erst die Bündelung der vier Maßnahmen einen hinreichenden Ausgleich schafft. Etwas Anderes geht auch nicht aus dem Artenschutzrechtlichen Fachbeitrag oder der Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 20. Februar 2024 zu dieser in dem richterlichen Hinweis vom 19. Februar 2024 ausdrücklich aufgeworfenen Frage hervor.

Vor diesem Hintergrund ist dem Aussetzungsinteresse des Antragstellers der Vorrang gegenüber dem Interesse der Antragsgegnerin am Sofortvollzug der Ausnahmegenehmigung zum Fällen und Kappen der Hybridpappeln vom 9. November 2021 einzuräumen.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf §§ 47 Abs. 1 Satz 1, 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG.