

Senatsverwaltung für Stadtentwicklung – D- 10702 Berlin |E223

Bezirksämter von Berlin

- Untere Naturschutzbehörden (Baumschutz/Artenschutz) -

gemäß Verteiler

Bearbeiterin Fr.Karge

Zeichen IE223

Dienstgebäude: 
Am Köllnischen Park 3
10179 Berlin-Mitte

Zimmer 144

Telefon (030) 90 25 – 1619

Fax (030) 90 25 – 1057

intern (925)

Datum 01.07.2010

Rundschreiben

Vollzugshinweise zu

- I. **Allgemeiner Artenschutz: §39 Abs.5 Satz1 Nr. 2, Satz 2 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG)**
- II. **Verhältnis Allgemeiner Artenschutz / Besonderer Artenschutz: §44 Abs.1 BNatSchG**

Mit Wirkung 01. März 2010 sind u.a. die den Allgemeinen Artenschutz betreffenden Regelungen des § 39 Abs.5 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 BNatSchG als unmittelbar geltendes Bundesrecht in Kraft getreten. Wie zahlreiche Nachfragen aus allen Bezirken zeigen, besteht dringender Klärungsbedarf hinsichtlich der Reichweite der Verbotsbestimmung selbst sowie der hierzu bestehenden gesetzlichen Ausnahmen (Legalausnahmen).

Zur Nachvollziehbarkeit nachstehend die textliche Wiedergabe der Verbotsbestimmung und der Legalausnahmen (**Fett**-Markierungen^x = nachgefragter Klärungsbedarf →^x Vollzugshinweise):

Sprechzeiten
nach telefonischer Vereinbarung

E-Mail
rita-marina.karge@senstadt.berlin.de

Internet
www.stadtentwicklung.berlin.de

Fahrverbindungen:

-  2 Märkisches Museum
-  8 Jannowitzbrücke, Heinrich-Heine-Str.
-  3, 5, 7, 75, 9 Jannowitzbrücke
-  147, 265 Märkisches Museum

Zahlungen bitte bargeldlos an die Landeshauptkasse Berlin:

- | | | |
|----------------------------|-----------------------|----------------|
| Postbank Berlin | Kto.Nr. 58-100 | BLZ 100 100 10 |
| Berliner Sparkasse | Kto.Nr. 0 990 007 600 | BLZ 100 500 00 |
| Berliner Bank | Kto.Nr. 9-919 260 800 | BLZ 100 200 00 |
| Bundesbank, Filiale Berlin | Kto.Nr. 10 001 520 | BLZ 100 000 00 |

<u>Verbot</u>	<u>Legalausnahmen</u>
<p>§39 Abs.5 Satz 1 Nr.2 BNatSchG Es ist verboten,</p>	<p>§39 Abs.5 Satz 2 BNatSchG Die Verbote des Satzes 1 Nummer 1 bis 3 gelten nicht für</p>
<p>Bäume, die außerhalb des Waldes, auf Kurzumtriebsplantagen oder gärtnerisch genutzten Grundflächen ¹ stehen, Hecken, lebende Zäune, Gebüsche und andere Gehölze ¹ in der Zeit vom 1. März bis zum 30. September abzuschneiden ² oder auf den Stock zu setzen; zulässig sind schonende Form- und Pflegeschnitte zur Beseitigung des Zuwachses der Pflanzen oder zur Gesunderhaltung von Bäumen.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. behördlich angeordnete Maßnahmen, 2. Maßnahmen, die im öffentlichen Interesse ³ nicht auf andere Weise oder zu anderer Zeit durchgeführt werden können, <u>wenn</u> sie <ol style="list-style-type: none"> a) behördlich durchgeführt werden, b) behördlich zugelassen sind ⁴ oder c) der Gewährleistung der Verkehrssicherheit dienen, 3. nach §15 zulässige Eingriffe in Natur in Landschaft 4. zulässige Bauvorhaben, wenn nur geringfügiger Gehölzbewuchs zur Verwirklichung der Baumaßnahmen beseitigt werden muss. <p>Beispiele s. Anlagen 1 bis 3</p>

Aus Gründen einer einheitlichen rechts- und ordnungsgemäßen Vollzugspraxis im Land Berlin gebe ich hierzu nachstehende Vollzugshinweise ¹⁻⁴. Als weitere Arbeitshilfen füge ich in den Anlagen 1-3 Fallbeispiele bei.

¹ - Anwendungsbereich des Verbots

Wie sich aus der Auflistung ergibt (Bäume..... und andere Gehölze) werden - anders als bei der vormals geltenden landesrechtlichen Regelung des §29 Abs. 1 Nr.5 NatSchGBln – von §39 Abs.5 Satz 1 Nr.2 BNatSchG ausschließlich **Gehölze** erfasst, **nicht** aber sonstige Vegetation oder ähnlicher Bewuchs.

Das Verbot findet auch dann keine Anwendung, wenn es um das Abschneiden (= Beseitigen → ²)

von **Bäumen** geht, die ihren Standort auf **Flächen** haben, die bestimmten Nutzungszwecken unterliegen:

- Wald
- Kurzumtriebsplantagen
- **gärtnerisch genutzte Grundflächen**

Die Begriffe ‚Wald‘ oder ‚Kurzumtriebsplantage‘ bedürfen keiner Erläuterung.

Hingegen bestehen Unsicherheiten darüber, wie weit der Begriff ‚gärtnerisch genutzte Grundfläche‘ gefasst ist. Der Gesetzgeber selbst äußert sich hierzu nicht. Welche Flächen der Gesetzgeber dabei im Sinn hatte, muss daher aus dem Kontext hergeleitet werden, um einen sachgerechten und rechtssicheren (gerichtsfesten) Vollzug zu gewährleisten:

Im Verbund mit den beiden anderen genannten zweckbestimmten, planungsrechtlich abgesicherten Flächennutzungen ‚Wald‘ und ‚Kurzumtrieb‘ ist abzuleiten, dass unter ‚gärtnerisch genutzten Grundflächen‘ nur solche zu verstehen sind, die zu eben diesen Nutzungszwecken planungsrechtlich ausgewiesen wurden. Des weiteren könnte aufgrund des Kontexts gemutmaßt werden, dass es dem Gesetzgeber wie bei den beiden anderen bewirtschafteten Flächen (Forstbewirtschaftung, Baumschulen) um solche mit erwerbsgärtnerischer Nutzung ging. Allerdings gibt die Formulierung der Vorschrift eine solche eingeschränkte Lesart nicht her, und auf eine – wenn auch naheliegende – Vermutung kann ein rechtssicherer Vollzug nicht gestützt werden. Der Gesetzgeber hätte dann eine ausdrückliche Beschränkung auf Grundflächen, die dem Erwerbsgartenbau dienen, vornehmen müssen. Da dies nicht erfolgt ist, findet das Verbot auch dann keine Anwendung, wenn es um Bäume geht, die ihren Standort auf Grundflächen mit der zweckbestimmten, also planerisch ausgewiesenen Nutzung ‚Kleingarten‘ oder ‚Dauerkleingarten‘ hat, also lediglich privat (klein-) gärtnerisch genutzt werden.

Hingegen sind unter ‚gärtnerisch genutzten Grundflächen‘ keinesfalls Hausgärten zu verstehen, nur weil dort auch gärtnerische Betätigung möglich ist und vorgenommen wird. Da die Verbotsvorschrift ausdrücklich von Grundflächen (nicht von Grundstücken) spricht, ist darauf abzustellen, welche Nutzung planungsrechtlich für eine Fläche ausgewiesen oder zulässig ist. Bei Hausgärten handelt es nicht um Grundflächen, die zu den vorgenannten Zwecken ausgewiesen wurden; deren zweckbestimmte Nutzung ist ‚Wohnen‘. Nicht die mögliche Betätigung ist also maßgeblich, sondern das auf einer Fläche ruhende Bodenrecht.

Anmerkung:

Soweit abweichende Rechtsauffassungen auf kommunaler oder auf Länderebene vertreten werden, sind diese bis zum Vorliegen anderweitiger verbindlicher Regelungen des zuständigen Bundesgesetzgebers für den Vollzug im Land Berlin nicht maßgeblich. Die hier vertretene Rechtsposition wurde dem Bundesgesetzgeber mitgeteilt.

2 - Abschneiden von Bäumen = Beseitigung

Zweck des Verbots ist es – ebenso wie es dem der vormals geltenden landesrechtlichen Bestimmung des §29 Abs.1 Nr. 5 Berliner Naturschutzgesetz (NatSchG Bln) entsprach – die von allen Arten (also ungeachtet eines für sie ggf. bestehenden speziellen Schutzstatus) insbesondere während der Kernzeit der Fortpflanzungsperiode benötigten Lebensgrundlagen möglichst unangetastet zu lassen.

Ebenso wie es auch dem vormals geltenden landesrechtlichen Verbot entsprach, sind daher grundsätzlich alle Handlungen verboten, die diesem Schutzzweck zuwiderlaufen. Wenn nun der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang und bezogen auf das Gehölz ‚Baum‘ den fachtechnisch ungenauen Begriff ‚**Abschneiden**‘ verwendet, ist damit ‚Beseitigung‘ des Baumes gemeint. Abschneiden ist also nicht Beschneiden. Im Gegenteil müssen Rückschnitte – unterstellt sie sind ansonsten zulässig bzw. erforderlich – während der Zeit des Saftflusses, also gerade während des Zeitraums der Fortpflanzungsperiode erfolgen. Ansonsten wären sie nicht fachgerecht, würden den Baum in seinem Weiterbestand gefährden und so eben gerade dem Schutzzweck zuwiderlaufen.

3 – öffentliches Interesse

Gemeinsame Voraussetzungen der in Nr.2 genannten Fallgestaltungen der Buchstaben a) bis c) ist, dass die Maßnahmen **im öffentlichen Interesse** nicht auf andere Weise oder zu anderer Zeit durchgeführt werden können.

Wie sich aus dem Wortlaut ergibt, sind hierunter nicht nur solche Maßnahmen zu verstehen, denen als solchen bereits ein öffentliches Interesse anhaftet. Die Vorschrift verlangt nämlich nicht, dass die Maßnahmen im öffentlichen Interesse liegen müssen. Sie ist weiter gefasst: Es muss ein öffentliches Interesse daran bestehen, dass die Durchführung gerade während des Zeitraums 1.März bis 30.September vorgenommen wird. Oder anders ausgedrückt: Es ist mit dem öffentlichen Interesse nicht zu vereinbaren, wenn die Maßnahmen auf andere Weise oder zu anderer Zeit durchgeführt werden. Es kann sich daher durchaus auch um Maßnahmen handeln, die im privatwirtschaftlichen oder auch nur im Interesse des Einzelnen liegen, bei denen aber eine andere Weise der Durchführung oder die Verlagerung in den Zeitraum außerhalb der Fortpflanzungsperiode nicht mit dem öffentlichen Interesse zu begründen ist, ggf. diesem sogar bei verfassungskonformer Rechtsanwendung widersprechen würde. So besteht z.B. immer ein öffentliches Interesse an der zügigen Verwirklichung von planerisch abgesicherten Vorhaben. Denn das Land Berlin hat ja in solchen Fällen mit Planaufstellungsbeschluss dokumentiert, dass ein erhebliches öffentliches Interesse besteht, anderenfalls wäre die Planerforderlichkeit gar nicht erst erkannt worden. Das öffentliche Interesse an der Verwirklichung endet dann selbstverständlich nicht auf der plangebenen Ebene, sondern setzt sich auf der Zulassungsebene fort.

4 - behördlich zugelassen

Zu den gemeinsamen Voraussetzungen treten die jeweiligen im weiteren genannten Anforderungen der Buchstaben a) bis c) hinzu.

Klärungsbedarf besteht zu **Buchst b)**, wonach es sich um **behördlich zugelassene** Maßnahmen handeln muss:

Die Legalausnahme umfasst ihrem Wortlaut nach Maßnahmen, die durch ein antragsgebundenes ordnungsrechtliches Verfahren im Einzelfall zugelassen wurden. Der Anwendungsbereich ist jedoch nicht darauf beschränkt, sondern umfasst bei sachgerechter und verfassungskonformer Anwendung ebenso Maßnahmen, die bereits mittels Gesetz für zulässig erklärt wurden, lediglich anzeigespflichtig sind oder bei denen Genehmigungsfiktion eintritt. Dies ist aufgrund zunehmender bauordnungsrechtlicher Deregulierungen gerade bei Bauvorhaben der Fall, bei denen nunmehr die Genehmigungsfiktion an die Stelle des früher erforderlichen Verwaltungsaktes tritt, oder die sogar genehmigungsfrei gestellt wurden. Dieses Verständnis der Vorschrift ist aus Gründen der Widerspruchsfreiheit der Rechtsvorschriften erforderlich und weil die wortgetreue Anwendung der Vorschrift zu einer die rechtsstaatlichen Grundsätze der Gleichbehandlung missachtenden Folge führen, nämlich Maßnahmen ausschließen würde, die sich dem Grunde nach gar nicht erst einer ordnungsbehördlichen Überprüfung unterziehen müssen.

s. auch Anlagen 1- 3

Prüfungsablauf

1. Fallen die Maßnahmen in den Anwendungsbereich des Verbots?

Falls ja:

2. Sind die Maßnahmen den Legalausnahmen zuzuordnen?

Falls nein:

3. Das Verbot kann nur mittels Befreiung nach §67 Abs.1 BNatSchG überwunden werden.

Zuständigkeiten

An den bisher bestehenden Zuständigkeiten hat sich nichts geändert:

Zuständig für die Gewährung von Befreiungen nach §67 Abs.1 BNatSchG von dem Verbot des §39 Abs.5 Satz 1 Nr. 2 BNatSchG ist die Oberste Naturschutzbehörde (SenStadt-IE2).

Unterhalb der Befreiungsebene besteht keine ausdrücklich bestimmte Zuständigkeit der Obersten Naturschutzbehörde. Für die Erteilung von Auskünften zur Rechtslage, Beratungen, Feststellungen über das Vorliegen von Legalausnahmen (sog. feststellende Verwaltungsakte (VAe) – auf

Wunsch der Betroffenen zu deren Rechtssicherheit schriftlich zu bestätigen) ist immer die zuerst befasste Behörde zuständig. Ist die Behörde ohnehin in originärer Zuständigkeit mit einem Vorgang befasst, so also bei Erteilen von Genehmigungen nach §5 BaumSchVO (im oder ohne Zusammenhang mit bauordnungsrechtlichen Verfahren) muss sie aus Gründen der Rechtssicherheit von sich aus die grundlegende Entscheidung mit dem feststellenden VA nach §39 Abs.5 Satz 2 BNatSchG verbinden. Die Betroffenen dürfen schließlich nicht im Unklaren darüber gelassen werden, ob sie von der Genehmigung uneingeschränkt Gebrauch machen dürfen oder ob sie den zeitlichen Beschränkungen des Verbots nach §39 Abs.5 Satz1 Nr.2 BNatSchG unterliegen. Regelmäßig ergibt sich bereits aus der grundlegenden Entscheidung nach §5 BaumSchVO - korrespondierend zu den dort genannten Ausnahmetatbeständen- welche der Legalausnahmen beansprucht werden kann. Sofern neben geschützten Bäumen weitere Gehölze beseitigt werden müssen, so häufig bei Baumaßnahmen, erfasst der feststellende VA selbstverständlich auch diesen Gehölzbestand.

Keinesfalls ist ohne abschließende Prüfung der Legalausnahmen und ohne vorherige Rücksprache an die vermeintlich zuständige Oberste Naturschutzbehörde zu verweisen. Bestehen im Einzelfall Zweifel über das Vorliegen einer Legalausnahme ist der kollegiale Austausch unter Schilderung des Sachverhalts zu suchen (bitte per E-mail).

II. Das Verhältnis Allgemeiner Artenschutz / Besonderer Artenschutz

Strikt zu trennen von den - dem Artenschutz allgemein dienenden - Vorschriften des §39 Abs.5 BNatSchG sind die für besonders (oder streng) geschützte Arten geltenden Schutzvorschriften des § 44 Abs.1 Nr.1 bis Nr.3 BNatSchG. Häufig war und ist die irrige Annahme anzutreffen, der Beseitigung von Gehölzen stehe nichts im Wege, wenn sich darin keine aktuell bebrüteten Nester befinden. Dies ist (und war auch nach vormaliger Rechtslage) eine unzulässige Vermischung der gesonderten Regelungsbereiche des Allgemeinen Artenschutzes und des Besonderen Artenschutzes. Vielmehr ist - zunächst völlig ungeachtet ggf. vorhandener Nester – zu prüfen, ob die Beseitigung von Gehölzen unter den allgemeinen artenschutzrechtlichen Voraussetzungen des §39 Abs.5 Satz 2 BNatSchG (anderenfalls unter den Voraussetzungen des §67 Abs.1 BNatSchG) zulässig ist. Ist Zulässigkeit danach gegeben, ist zusätzlich zu prüfen, ob der Beseitigung z.B. wegen ggf. vorhandener Vogelbrut die Zugriffsverbote des speziellen Artenschutzes → §44 Abs.1 Nr.1 bis Nr.3 BNatSchG entgegenstehen (könnten) - s. die Verweisung in §39 Abs.7 BNatSchG auf die weiter gehenden Vorschriften des Abschnitts 3. Die jeweils Betroffenen bzw. Auskunftsersuchenden sind daher immer auch über die weiter gehenden und an keine zeitliche Beschränkung gebundenen Zugriffsverbote des § 44 Abs.1 Nr.1 bis Nr.3 BNatSchG aufzuklären, welche nur mittels Befreiung nach §67 Abs.2 BNatSchG (oder – je nach Fallgestaltung –mittels Ausnahmezulassung nach §45 Abs.7 BNatSchG) zu überwinden sind (Zuständigkeit bei der Obersten Naturschutzbehörde).

Weiteres s. beigefügte Anlagen 1 bis 3 – jeweils Teil II.

Als Fazit kann festgestellt werden, dass sich zwar die Bestimmungen des Allgemeinen Artenschutzes im Detail geändert haben, sich aber bei genauer Betrachtung der vollzugspraktischen Auswirkungen keine wesentlichen Änderungen gegenüber der vormals nach Landesrecht bestehenden Situation ergeben haben.

Im Auftrag

Karge