

## Anlage 2

Bearbeiterin Fr.Karge

Zeichen IE223-OA-AS/B/2525

Dienstgebäude:   
Am Köllnischen Park 3  
10179 Berlin-Mitte  
Zimmer 144  
Telefon (030) 90 25 – 1619  
Fax (030) 90 25 – 1057  
intern (925)

Datum 19.04..2010

- **Neubau eines xxxxxxxxxxxx in xxxxx Berlin-Spandau ; hier: Beseitigung von Gehölzaufwuchs während des Zeitraums 1. März bis 30. September ( Fortpflanzungsperiode)**
- **Ihr Antrag vom 13.04.2010 auf naturschutzrechtliche Befreiung nach §67 Abs.1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) von dem Beseitigungsverbot des §39 Abs.5 Satz 1 Nr.2 BNatSchG, gestellt im Auftrag der Bauherrin xxxxxxxx**  
(Der Antrag- gerichtet an die untere Naturschutzbehörde des Bezirksamtes Spandau von Berlin – wurde von dort per E-Mail vom 14.04.2010 an SenStadt- IE223- weitergeleitet.)

Sehr geehrte Frau xxxx,  
sehr geehrte Damen und Herren,

aufgrund Ihres Antrags teile ich Ihnen folgendes mit:

Das Beseitigungsverbot des §39 Abs.5 Satz 1 Nr.2 (BNatSchG) erlangt in diesem Einzelfall keine Geltung. Die Bauherrin kann für ihre Maßnahmen die Legalausnahme des §39 Abs.5 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b) BNatSchG für sich in Anspruch nehmen. Es bedarf daher nicht erst einer Befreiung nach §67 Abs.1 BNatSchG, um das Verbot überwinden zu können. Den erforderlichen Maßnahmen der Baufeldfreimachung vor Ende der laufenden Fortpflanzungsperiode steht dieses – dem Artenschutz allgemein dienende – Verbot daher nicht im Wege. Bitte beachten Sie aber die Bestimmungen des besonderen Artenschutzes ( s. II. Besonderer Artenschutz) .

Zum besseren Verständnis möchte ich die Rechtslage gerne etwas ausführlicher darstellen:

#### 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 |

## **I. Allgemeiner Artenschutz**

Gemäß §39 Abs.5 Satz 1 Nr. 2 (BNatSchG) ist es verboten, Bäume, die außerhalb des Waldes, von Kurzumtriebsplantagen oder gärtnerisch genutzten Grundflächen stehen, Hecken, lebende Zäune, Gebüsche oder andere Gehölze in der Zeit vom 1. März bis zum 30. September abzuschneiden, auf den Stock zu setzen.

Sinn und Zweck der in §39 Abs. 5 Satz 1 BNatSchG genannten Verbote – so auch hier des Verbots nach Nr. 2 - ergeben sich aus §37 BNatSchG: Schutz der wild lebenden Tier- und Pflanzenarten, ihrer Entwicklungsformen, Lebensstätten, Lebensräume und Lebensgemeinschaften als Teil des Naturhaushalts.

Die uneingeschränkte Beseitigung von Vegetation innerhalb des maßgeblichen Zeitraums (Fortpflanzungsperiode) hätte die Vernichtung der Lebensgrundlagen zur Folge, die alle Arten als unverzichtbaren Bestandteil des Gesamtgefüges ‚Naturhaushalt‘ zu ihrer Arterhaltung benötigen – und zwar unabhängig davon, ob einzelne Arten darüber hinaus dem besonderen bzw. dem strengen Schutzstatus nach §7 Abs.2 Nr. 13 bzw. Nr. 14 BNatSchG und damit den Verbotsbestimmungen des §44 Abs.1 Nr.1 bis Nr. 3 BNatSchG unterliegen (s. II.).

Allerdings enthält das Gesetz in §39 (5) Satz 2 Nr.2 bis Nr.4 BNatSchG bereits selbst Ausnahmen (Legalausnahmen), bei denen das Verbot unter bestimmten Voraussetzungen keine Geltung erlangt. Maßgeblich im vorliegenden Zusammenhang ist die Legalausnahme des § 39 (5) Satz 2 Nr.2 Buchst. b) BNatSchG, wonach das Verbot nicht für Maßnahmen gilt, die im öffentlichen Interesse nicht auf andere Weise oder zu anderer Zeit durchgeführt werden können, wenn sie behördlich zugelassen sind.

### Zu den genannten Kriterien:

Die hier erforderlichen Beseitigungsmaßnahmen stehen im Zusammenhang mit einem bauordnungsrechtlich zulässigen, nämlich genehmigungsfreigestellten Bauvorhaben (§63 BauOBlN). Das Kriterium ‚behördlich zugelassen‘ wird daher erfüllt. Denn bei sachgerechter und verfassungskonformer Auslegung dieses Kriteriums müssen auch solche Maßnahmen darunter verstanden werden, die nicht erst durch behördlichen Verwaltungsakt im Einzelfall (also z.B. durch Genehmigung, Befreiung) für zulässig erklärt werden müssen, sondern die – wie hier – bauordnungsrechtlich unterhalb der Genehmigungsschwelle liegen und damit ebenfalls zugelassen sind. Eine andere Auffassung würde zu Willkürentscheidungen führen; denn bauordnungsrechtliche Bestimmungen werden immer wieder geändert. So sind in der Vergangenheit Deregulierungen erfolgt, indem vormals genehmigungspflichtige Maßnahmen einem solchen ordnungsrechtlichen Verfahren nicht mehr unterliegen. Eine Differenzierung aber zwischen behördlich durch Verwaltungsakt zulassungspflichtigen und von vorneherein zulässigen Baumaßnahmen würde daher den Verfassungsgrundsätzen des Willkürverbots und der Gleichbehandlung widersprechen. Dass eine solche Differenzierung unzulässig ist und zu fragwürdigen Entscheidungen führte, wird auch daran deutlich, dass für einen Teil der Gehölzbeseitigungen eine behördliche Genehmigung zu erteilen war (und auch erteilt wurde), nämlich soweit betroffene Bäume dem Anwendungsbereich der Berliner

Baumschutzverordnung unterliegen (Genehmigung nach §5 BaumSchVO), in Bezug auf den übrigen zu beseitigenden Baum – und sonstigen Gehölzbestand jedoch entbehrlich ist, da dieser keinen speziellen Schutzvorschriften unterliegt.

In Anbetracht der Witterungsbedingungen in der Winterperiode 2009/2010 hätten diese Maßnahmen auch nicht zu früherer Zeit durchgeführt werden können. Bei monatelangem Zuwarten wiederum bis zum Ablauf der Fortpflanzungsperiode würde sich das Verbot verfassungswidrig auswirken: Es ist der Bauherrin auch unter Berücksichtigung der in Artikel 14 Grundgesetz (GG) verankerten Sozialpflichtigkeit des Eigentums nicht zuzumuten, durch späteren Baubeginn erst nach Ablauf der Fortpflanzungsperiode langfristige Verzögerungen (ggf. bis in das nächstfolgende Kalenderjahr hinein) verbunden mit den dadurch entstehenden weiteren, insbesondere wirtschaftlichen Belastungen hinzunehmen. Da mit der Errichtung des Netto-Marktes die Schaffung von Arbeitsplätzen verbunden ist, besteht auch ein öffentliches – nämlich ein soziales und wirtschaftliches – Interesse an der zügigen Realisierung des Bauvorhabens. Vor allem aber verpflichtet das zwingende öffentliche Interesse die Verwaltungsbehörde bei dem Vollzug von Rechtsvorschriften zu rechtstaatlichem Handeln im Einklang mit der Verfassung. Es kann daher nicht sein und widerspräche rechtstaatlichem Handeln, dass bei solchen zulässigen und im öffentlich Interesse auch gewünschten Baumaßnahmen die betroffenen Bauherren erst in ein Befreiungsverfahren nach §67 Abs.1 BNatSchG gedrängt werden, um unzumutbaren wirtschaftlichen Belastungen zu entgegen. Dies ergibt sich auch daraus, dass das restriktive Rechtsinstrument ‚Befreiung‘ atypischen Fallgestaltungen vorbehalten ist, also solchen, die beim Erlass des Gesetzes nicht vorhersehbar waren. Maßnahmen der Baufeldfreimachung einschl. der Beseitigung von Gehölzaufwuchs, z.B. wegen der Errichtung von Bauvorhaben wie hier sind aber alltäglicher Regelfall. Auch daraus folgt, dass der vorliegende Fall rechtssystematisch unter die Legalausnahme des §39 Abs.5 Satz 2 Nr.2 Buchst. b) BNatSchG zu subsumieren ist.

Bezogen auf die Schutzvorschriften des allgemeinen Artenschutzes stehen dem Maßnahmenbeginn während der noch laufenden Fortpflanzungsperiode Vorhaben also keine rechtlichen Hinderungsgründe im Wege.

Daneben sind aber die weiter gehenden Vorschriften des besonderen Artenschutzes zu beachten. Diese betreffen u.a. alle europäischen Vögel sowie alle Fledermäuse und können hier durchaus von Bedeutung sein. So ist nicht auszuschließen, dass in den Gehölzen auf dem Grundstück Amseln, Finken oder andere Vögel brüten. Die Beseitigung von belegten Nestern, das Töten oder Verletzen von Alt- oder Jungvögeln oder das Zerstören von Gelege sind aber strikt verboten. Baumhöhlen (von außen von Laien meist nicht zu erkennen) können als Fortpflanzungs – oder Ruhestätten für baumhöhlenbewohnende Fledermäuse fungieren ( ganzjährig!). Ich bitte Sie daher um sorgfältige Beachtung meiner nachstehenden Ausführungen.

## II. Besonderer Artenschutz

Strikt zu trennen von den - dem Artenschutz allgemein dienenden - Vorschriften des §39 BNatSchG sind die für besonders (oder streng) geschützte Arten geltenden Schutzvorschriften des § 44 Abs.1 Nr.1 bis Nr.3 BNatSchG. Diese Verbote betreffen z.B. alle europäischen Vögel oder Fledermäuse und beruhen auf Regelungen des Rates der Europäischen Gemeinschaften, die für die Bundesrepublik Deutschland als EU-Mitgliedstaat verbindlich sind:

Alle europäischen Vogelarten unterliegen dem Geltungsbereich der Richtlinie 79/409/EWG (Vogelschutz-Richtlinie). Diese Richtlinie betrifft die Erhaltung sämtlicher wildlebenden Vogelarten, die im europäischen Gebiet der EU-Mitgliedstaaten heimisch sind. Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, die erforderlichen Maßnahmen zur Sicherung der Bestände aller europäischen Vogelarten zu treffen. So haben die Mitgliedstaaten die Verpflichtung, für alle europäischen Vogelarten eine ausreichende Vielfalt und eine ausreichende Flächengröße der Lebensräume zu erhalten und wiederherzustellen.

Alle Fledermäuse sind als streng zu schützende Art von gemeinschaftlichem Interesse in Anhang IV Buchst. a) der Richtlinie 92/43/EWG (Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie - FFH-RL)\* aufgeführt. Die Regelungen dieser Richtlinie und die daraus resultierenden Verpflichtungen der EU-Mitgliedstaaten zielen – vergleichbar denen der Vogelschutz-Richtlinie - darauf ab, einen günstigen Erhaltungszustand der natürlichen Lebensräume und der wildlebenden Tier- (und Pflanzen-)arten von gemeinschaftlichem Interesse zu bewahren oder wiederherzustellen. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, ein strenges Schutzregime für die in Anhang IV Buchst. a) FFH-RL aufgeführten Tierarten einzuführen, welches u.a. alle absichtlichen Formen des Tötens von aus der Natur entnommenen Exemplaren oder der Beschädigung oder Vernichtung der Fortpflanzungs- und Ruhestätten verbietet.

Die Bundesrepublik Deutschland ist diesen Verpflichtungen durch die entsprechenden Schutzvorschriften des Bundesnaturschutzgesetzes nachgekommen:

Alle europäischen Vogelarten sind gemäß §7 Abs. 2 Nr.13 Buchst. b), bb) BNatSchG besonders geschützt.

Fledermäuse sind gemäß §7 Abs. 2 Nr. 14 Buchst. b) BNatSchG streng geschützt.

Die Verbote des §44 Abs.1 Nr.1 bis Nr.3 BNatSchG (Zugriffsverbote) dienen dem Schutz und der Erhaltung dieser Tierarten und ihrer Lebensgrundlagen. Danach ist es verboten,

- wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten oder ihre Entwicklungsformen ( also auch Gelege ) aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören (→ Nr.1),
- wild lebende Tieren der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten u.a. während der Fortpflanzungs-, Aufzuchts- und Überwinterungszeit erheblich zu stören; eine erhebliche Störung liegt vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert (→ Nr.2) sowie

- Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der wild lebenden Tiere der besonders geschützten Arten aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören (→ Nr.3).

Diese Zugriffsverbote werden von den Legalausnahmen des §39 BNatSchG nicht erfasst.

Werden nun im Zuge einer an sich zulässigen Gehölzbeseitigung

- Bäume mit nutzbaren Höhlenstrukturen (Fortpflanzungs- oder Ruhestätten von Vögeln oder Fledermäusen - wiederkehrend genutzt, Zugriffsverbot daher ungeachtet der Jahreszeit oder Anwesenheit von Tieren geltend) oder
- Gehölzbestände, in welchen zum Zeitpunkt der Beseitigung Aufzuchtsgeschehen freibrütender Vögel stattfindet (Boden-/Gebüsch-/Baumfreibrüter),

beseitigt oder

- ein solches Aufzuchtsgeschehen erheblich gestört,

stellen diese Handlungen Verstöße gegen die speziellen Zugriffsverbote des §44 Abs.1 Nr.1 bis Nr.3 BNatSchG dar.

Zu beachten ist dabei, dass Gehölzbestände auch dann, wenn in ihnen keine Nester anzutreffen sind, Fortpflanzungsstätte im Sinne des Gesetzes sein können, nämlich wenn diese als überlebenswichtiges Schutzgehölz für noch nicht selbständige Jungvögel fungieren. Der Begriff ‚Fortpflanzungsstätte‘ ist funktionsbezogen: Fortpflanzung endet erst mit erfolgreicher Aufzucht, d.h. mit Selbständigkeit der Jungen; Fortpflanzungsstätte umfasst neben den individuellen Nestern daher alle Strukturen, die für ein erfolgreiches Aufzuchtsgeschehen unabdingbar sind.

Diese Verbote des besonderen Artenschutzes gelten uneingeschränkt gegen Jedermann sowie ungeachtet der Jahreszeit oder des Anlasses der Maßnahmen. Legalausnahmen gibt es nicht. Von den Verboten des §44 BNatSchG darf daher auch bei Maßnahmen wie hier nur abgewichen werden, wenn zuvor von mir als der dafür zuständigen Obersten Naturschutzbehörde eine Befreiung nach §67 Abs.2 BNatSchG zugelassen wurde.

Zu Ihrer weiteren Hilfestellung übersende ich Ihnen eine Liste fachkundiger Ornithologen. Da die Brutsaison bereits begonnen hat, empfehle Ihnen bzw. Frau und Herrnxxxxx, vor Beginn der Gehölzbeseitigung eine der dort genannten Personen beratend hinzuziehen und die Gehölzbestände auf Vogelbrut hin kontrollieren zu lassen, damit es nicht aus Versehen zu Verstößen gegen die Verbote des §44 Abs.1 BNatSchG kommt.

Die untere Naturschutzbehörde des Bezirksamts Spandau von Berlin informiere ich per E-mail von diesem Schreiben.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

Karge

## Fundstellennachweis

- Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz - BNatSchG) vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S.2542)
- Verordnung zum Schutz wildlebender Tier- und Pflanzenarten (Bundesartenschutzverordnung) vom 16. Februar 2005 (BGBl. I S. 258,896), zuletzt geändert durch Artikel 22 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S.2542)
- Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (ABl. L 206 vom 22. 07.1992, S. 7), zuletzt geändert durch die Richtlinie 2006/105/EG (ABl. L 363 vom 20.12.2006, S.368) – Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL)
- Richtlinie 79/409/EWG des Rates vom 2. April 1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (ABl. L 103 vom 25. 04.1979 S.1), zuletzt geändert durch die Richtlinie 2008/102/EG (ABl. L 323 vom 03.12.2008, S. 31) – Vogelschutz-Richtlinie