

Rechtsfragen zur Verkehrssicherung in historischen Park- und Gartenanlagen unter Berücksichtigung des Denkmalschutzes und des Naturschutzes

Gutachten erstellt im Rahmen des DBU-Projektes
„Naturschutz und Denkmalpflege in historischen Parkanlagen“
an der Tu Berlin

Regierungsdirektor Rainer Hilsberg

Neusäß, 30. Juli 2011
(Durchgesehen 12/2011)



Gefördert von der DBU und der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung Berlin

Inhaltsverzeichnis

A. Aufgabenstellung	5
B. Einführung: Begriff und gesetzliche Grundlage der Verkehrssicherungspflicht	5
I. Zivilrechtliche Haftung	
1. Definition der Verkehrssicherungspflicht	
2. Verpflichteter	
3. Anspruchsgrundlage	
II. Verschulden	
III. Strafrechtliche Haftung	
IV. Zusammenfassung	
C. Wie ist generell die aktuelle Rechtssituation zum Thema Verkehrssicherung in Parkanlagen bzw. Gartendenkmalen mit waldähnlichem Baumbestand?	15
I. Grundsätzliches zum Umfang der Verkehrssicherung	
II. Geltung der Betretungs- und Haftungsregelungen des Bundeswaldgesetzes in Park- und Gartenanlagen	
1. Park- und Gartenanlagen und Waldbegriff	
2. Verkehrssicherung im Wald, auf Waldwegen	
III. Geltung der Betretungs- und Haftungsregelungen des Bundesnaturschutzgesetzes in Park- und Gartenanlagen	
IV. Verkehrssicherung in Park- und Gartenanlagen	
V. Ergebnis	
D. Baumerhaltung contra Weg – was hat Priorität, wenn der Baum eine Dauerlebensstätte ist – zum einen im Normalpark und zum anderen im Gartendenkmal mit historisch belegtem Wegeverlauf? Darf ein Weg rekonstruiert werden, wenn das dazu führen kann, dass eine Dauerlebensstätte durch die dann für den Weg notwendige Verkehrssicherung beschädigt oder gar zerstört wird	26
I. Überstaatliches Recht/Völkerrecht	
1. Denkmalschutz	
2. Naturschutz	
3. Zwischenergebnis	
II. Verfassungsrecht	
1. Denkmalschutz	
2. Naturschutz	
3. Rechtswirkungen von Staatszielbestimmungen	
4. Zwischenergebnis	
III. Fachgesetze	
1. Denkmalschutzrecht	

2. Naturschutzrecht
 3. Zwischenergebnis
 4. Verhältnis von Denkmalschutzrecht und Naturschutzrecht
 5. Ergebnis
- E. Sind Wegesperrungen (auf einige Zeit bis zum Zerfall des Baumes) in öffentlichen Grünanlagen zum Erhalt wertvoller Bäume und Lebensstätten zu rechtfertigen? Und können dann benachbarte geschützte Wiesenbiotope nicht mehr gepflegt werden, weil man sie aus Gründen der Verkehrssicherheit nicht betreten darf? 55
- F. Ist die Verkehrssicherungspflicht prioritär vor der Pflege, insbesondere eines Gartendenkmals? 57
- G. Typische Fallbeispiele für Probleme in Parkanlagen sind in Berlin z.B. die Alt-Buchenbestände im Glienicker Park oder die Heldbock-Eichen im Schlosspark Niederschönhausen (Berlin). Hier sind jeweils Dauerlebensstätten für streng geschützte Arten vorhanden, die Anlagen sind Gartendenkmale und zugleich öffentliche Grünanlagen mit vielen Wegen. Wie wären hier die Anforderungen aus Sicht der Verkehrssicherung? 57
- H. Ist der Park zugleich FFH-Gebiet - wie verhält sich da die Verkehrssicherungspflicht zur Schutzverpflichtung? 57
- I. Ist ein Vorgehen zum Thema Verkehrssicherung wie „die Schlimmsten zuerst“ möglich – wie am besten? 58
- J. Wie kann die Ergebnis-Dokumentation zur Verkehrssicherung in einem Parkwald aussehen und wie bei Solitären/Einzelbäumen im Park? 59
- K. Welche Voraussetzungen bräuchte es, um Artenschutz und Verkehrssicherheit miteinander zu verbinden? Reicht es, intensive Schulungen zu machen oder bräuchte es von Seiten des Rechts auch weiterer Ausführungen (Verordnungen usw.)? In Berlin wurde z.B. gerade eine Verwaltungsvorschrift über die Art und Weise (VTA) der bezirklichen Baumkontrolle entworfen. Müsste es entsprechendes nicht auch für die Integration des Artenschutzes bei Fäll- und Pflegemaßnahmen geben? 60
- L. Globalhaushalt und Ausstattung für Verkehrssicherungspflicht – wieviel Kontrolle und Pflege ist Pflicht? 61
- I. Rechtsprechung
 - II. Folgerungen aus der Rechtsprechung
 - III. Zusammenfassung

M. Wie sind die Konsequenzen des neuen BNatSchG für den Baumschnitt / Baumfällungen?	63
I. Gärtnerisch genutzten Grundflächen	
1. Enge Auslegung	
2. Vermittelnde Auslegung	
3. Weite Auslegung	
4. Bewertung	
II. Schonende Form- und Pflegeschnitte	
III. Ausnahmen vom Verbot	
IV. Weitergehende Schutzvorschriften	
N. Die billigen Firmen schaden den Bäumen. Wie kann ich nach deutschem Recht ausschreiben, um fachlich gute und geeignete Auftragnehmer zu bekommen?	67
I. Einführung	
II. Ausschreibung	
1. Öffentliche Auftraggeber	
2. Auftragsart	
3. Zerteilung des Vergaberechts - Schwellenwerte	
4. Arten der Vergabe (unterhalb der Schwellenwerte)	
5. Rahmenvereinbarungen	
III. Vergabe	
1. Präqualifikation im Bereich der VOB/A	
2. Prüfung und Wertung der Angebote	
IV. Praktische Handhabung	
V. Kontrolle und Überwachung	
VI. Ergebnis	

A. Aufgabenstellung

Anlass dieser Ausarbeitung ist das Forschungsvorhaben zum Thema Naturschutz und Denkmalpflege in historischen Parkanlagen¹. Die Aufgabenstellung umfasst insbesondere die Darstellung der aktuellen Rechtslage betreffend die Verkehrssicherungspflicht und deren möglichen Auswirkungen auf die Parkpflege. Dabei war speziell auf die Problematik des Altbaumerhalts in Parkanlagen einzugehen. Konkret mussten die vorgelegten Fragen zur Verkehrssicherung (nachfolgend B. ff.) beantwortet werden.

B. Einführung: Begriff und gesetzliche Grundlage der Verkehrssicherungspflicht

Bei der Frage der Haftung wegen der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht ist die zivilrechtliche Haftung von der strafrechtlichen zu unterscheiden. Bei der zivilrechtlichen Haftung geht es um Schadensersatz und Schmerzensgeld, bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit um Geldstrafe oder Freiheitsstrafe.

I. Zivilrechtliche Haftung

1. Definition der Verkehrssicherungspflicht

Eine **gesetzliche** Definition der Verkehrssicherungspflicht gibt es nicht. Der Begriff wurde durch die **Rechtsprechung** ausgehend vom allgemeinen Schädigungsverbot des § 823 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB)² entwickelt.

Verkehrssicherungspflicht ist die allgemeine Rechtspflicht, im Verkehr Rücksicht auf die Gefährdung anderer zu nehmen³. Sie beruht auf dem allgemeinen Grundgedanken, dass niemand einen anderen mehr als unvermeidlich gefährden soll.

Aus § 823 Abs. 1 BGB ergibt sich demnach grundsätzlich für jeden, der in seinem **Verantwortungsbereich** eine **Gefahr** für Dritte **schafft** oder **andauern lässt**, die Verpflichtung, die ihm zumutbaren Maßnahmen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern⁴.

Verkehrssicherungspflichten folgen vor allem aus der Verantwortlichkeit für den eigenen Herrschaftsbereich. Sie können sich aufgrund einer **Verkehrseröffnung** wie bei einer Straße ergeben (betrifft den Straßenbaulastträger). Darüber hinaus existiert auch eine **Bereichshaftung** (Zustandshaftung), die nicht an eine Eröffnung des Verkehrs anknüpft, sondern an der Verfügungsgewalt über eine Sache (betrifft primär den Grundstückseigentümer). Schließlich gibt es noch Verkehrssicherungspflichten, die sich aus vorangegangenen gefährlichem Tun sowie aus der Übernahme einer Aufgabe ergeben können⁵ (letzteres betrifft bestimmte nicht

¹ Langtitel: Entwicklung und Erprobung von Kommunikations- und Umsetzungsstrategien zur Implementierung von Naturschutzziele in die Pflege historischer Gartenanlagen.

² § 823 Abs. 1 BGB: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“

³ Vgl. Palandt/Thomas BGB 62. Aufl., § 823 RdNr. 58

⁴ BGH NJW 1985, 1773

⁵ Vgl. Raab JuS 2002, 1041

abhängige Berufe und Tätigkeiten, von denen Gefahren für andere ausgehen können, z. Bsp. Ärzte, Architekten, Bauunternehmer)⁶.

2. Verpflichteter

Die Verkehrssicherungspflicht trifft denjenigen, der in der Lage ist, über die Sache zu verfügen, also grundsätzlich den Eigentümer oder dinglich Berechtigten⁷, daneben aber auch den Besitzer als Inhaber der tatsächlichen Gewalt. Beispielsweise ist nach Art. 2 Abs. 2 des Staatsvertrags vom 23.08.1994 über die Errichtung einer „Stiftung Preußische Schlösser und Gärten Berlin-Brandenburg“ die Stiftung Preußische Schlösser und Gärten Berlin-Brandenburg (SPSG) Eigentümerin bzw. Nutzungsberechtigte für die dort aufgeführten Gärten und Parkgrundstücke. Es handelt sich hierbei um eine rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts (Art. 1 Abs. 1 des Staatsvertrags). Zu ihren Aufgaben gehört u.a. die bauliche und gärtnerische Unterhaltung und Sanierung der Liegenschaften und der Kulturdenkmale (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 der Satzung der Stiftung Preußische Schlösser und Gärten Berlin-Brandenburg vom 18.02.1998). Damit trägt die SPSG die Verkehrssicherungspflicht für diese Anlagen. Für öffentliche Grünanlagen ist grundsätzlich der jeweilige Eigentümer bzw. Verfügungsberechtigte verantwortlich, also in der Regel die jeweilige Kommune. Soweit allerdings entsprechend den vorstehenden Ausführungen eine Zuständigkeit der SPSG für bestimmte Park- und Gartenanlagen begründet wurde, verbleibt es bei deren Verantwortung für die Verkehrssicherung.

Für mit **Wald** bestockte Grundflächen ist der jeweilige Waldbesitzer (§ 4 BWaldG) verantwortlich, z.B. in Berlin für den landeseigenen Wald die Behörde Berliner Forsten (§ 3 Abs. 2 LWaldG Bln), in Brandenburg für den Landeswald der Landesbetrieb Forst Brandenburg (§ 32 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 LWaldG Bbg).

Für öffentliche **Straßen** ist diejenige juristische Person verantwortlich, die den Verkehr eröffnet hat bzw. andauern lässt, die also die Straße verwaltet und in der Lage ist, Gefahren abzuwenden. Die Verwaltung von Bundesstraßen und Staatsstraßen obliegt den Ländern, also sind die Länder für die Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht verantwortlich, die dieser Aufgabe über die Staatlichen Bauämter nachkommen. Für Gemeindestraßen und Gemeindeverbindungsstraßen trifft die Gemeinden die Verkehrssicherungspflicht innerhalb ihres Gemeindegebiets⁸.

3. Anspruchsgrundlage

An sich richtet sich die Haftung bei Hoheitsträgern (Staat, Gemeinden usw.) nach den Regelungen der sogenannten Amtshaftung gemäß Art. 34 S. 1 GG i.V.m. § 839 BGB. Dazu muss aber die handelnde Person (gleiches gilt bei pflichtwidrigem Unterlassen) in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt haben. Erfasst wird damit der gesamte Bereich des hoheitlichen Handelns.

Dagegen löst die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auch bei Hoheitsträgern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁹ Schadensersatzansprü-

⁶ Jauernig, BGB, 11. Aufl., § 823 RdNr. 35

⁷ Palandt/Thomas BGB a.a.O. RdNr. 59

⁸ In Mecklenburg-Vorpommern haften nach ständiger Rechtsprechung des OLG Rostock für Amtspflichtverletzungen bei Erfüllung der Straßenverkehrssicherungspflicht im Gebiet amtsangehöriger Gemeinden diese und nicht die Ämter; dies folge aus der spezialgesetzlichen Regelung der §§ 11, 14, 50 StrWG M-V, vgl. OLG Rostock Urt. v. 21.05.2010, 5 U 145/09, juris; B. v. 20.04.2010, 5 W 14/10, juris; MDR 2008, 974; OLGR 1999, 112 (a.A. wegen der in § 127 Abs. 1 S. 2 KV M-V geregelten gesetzlichen Aufgabendelegation für laufende Angelegenheiten LG Rostock VersR 2007, 1564; Urt. v. 12.11.2008, 4 O 189/08, juris; Urt. v. 10.06.2009, 4 O 59/09)

⁹ BGH NJW 1973, 460; NJW 1979, 2043

che nach den allgemeinen zivilrechtlichen Deliktsvorschriften der §§ 823 ff. BGB aus. Das Hauptargument für diese Auffassung besteht in der gewollten Gleichbehandlung von Privatpersonen und Hoheitsträgern¹⁰. Von diesem Grundsatz lässt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedoch eine gewichtige Ausnahme zu: Die Haftung von Hoheitsträgern aus Verletzung der Verkehrssicherungspflicht kann durch Gesetz oder sog. Organisationsakt ausdrücklich als hoheitliche Aufgabe qualifiziert werden. Dies hat zur Folge, dass die handelnde Person in Ausübung eines öffentlichen Amtes tätig wird und deshalb die Haftung dann nach der Amtshaftung nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB zu beurteilen ist.¹¹ Rechtsfolge der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht ist ein Schadensersatzanspruch des Geschädigten in Geld, der den Vermögensschaden und ggf. auch einen Schmerzensgeldanspruch umfasst.

Bei Naturschutzbehörden ist eine solcher Organisationsakt nicht erforderlich, denn sie werden generell „in Ausübung eines öffentlichen Amtes tätig“. Naturschutz und Landschaftspflege sind nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG, §§ 2 Abs. 2, 3 Abs. 1, BNatschG (Art. 141 Abs. 1 BV, Art. 43 Abs. 1 BayNatschG) als öffentliche Aufgaben der Allgemeinheit gekennzeichnet und deshalb hoheitlicher Natur. Damit einher gehen z.B. auch entsprechende Befugnisse nach § 3 Abs. 2 BNatschG oder z.B. Art. 18 BayNatschG. Dass Naturschutz und Landschaftspflege eine anerkannte Staatsaufgabe darstellen, wird durch Art. 20a GG bekräftigt¹². Dagegen ist die Verkehrssicherungspflicht für Staatswaldflächen des Bundes oder eines Bundeslandes regelmäßig nicht hoheitlich organisiert, weshalb bei der Waldbewirtschaftung durch die öffentliche Hand die Verkehrssicherungspflicht privatrechtlich wahrgenommen wird¹³. Im Bereich des Denkmalschutzes gilt Folgendes: Die Organisation der Denkmalverwaltung geht in der Regel von der Trennung der denkmalfachlichen Aufgaben von denen des Denkmalschutzvollzuges aus. Dem Denkmalschutz werden alle hoheitlichen Maßnahmen der öffentlichen Hand zur Sicherung und Erhaltung des Bestandes an Kulturdenkmalen zugeordnet, die als Ge- oder Verbote, aber auch als Genehmigungen, Erlaubnisse und Sanktionen ergehen. Es handelt sich um gesetzlich geregelte Tätigkeiten mit Eingriffscharakter. Zuständig sind die Denkmalschutzbehörden¹⁴. In diesem Fall liegt eindeutig die Ausübung eines öffentlichen Amtes vor. Unter Denkmalpflege sind hingegen alle Handlungen schlicht hoheitlicher¹⁵ Art zu verstehen, die die Erhaltung, Instandhaltung und Instandsetzung von Denkmalen bezwecken. Die Denkmalpflege zählt zum Bereich der Leistungsverwaltung. Zuständig ist die jeweilige Denkmal-

¹⁰ Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. S. 32

¹¹ Palandt/Thomas BGB §823 RdNr. 124

¹² Ewers/Lütke BNatschG 2010, § 2 Rdnr. 2; BGH MDR 1962, 378

¹³ Gebhard, Haftung und Strafbarkeit der Baumbesitzer und Bediensteten bei der Verkehrssicherungspflicht für Bäume, RdNr. 208; für die Bayer. Staatsforsten vgl. LG Coburg Urte. v. 16.01.2008, 12 O 471/06 und OLG Bamberg, Beschl. v. 09.06.2008, 5 U 21/08

¹⁴ Z. B. ist nach § 6 Abs. 2 DSchG Bln oberste Denkmalschutzbehörde die zuständige Senatsverwaltung und nach § 6 Abs. 3 DSchG Bln sind die Bezirksämter untere Denkmalschutzbehörden; eine landesrechtliche Sonderregelung stellt Abs. 4 dar, wonach der Stiftung Preußische Schlösser und Gärten Berlin-Brandenburg in Bezug auf denkmalgeschütztes Stiftungsvermögen die Aufgaben einer unteren Denkmalschutzbehörde nach Absatz 3 obliegen. Nach § 16 Abs. 3 BbgDSchG ist oberste Denkmalschutzbehörde das für Denkmalschutz zuständige Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kultur; die Aufgaben der unteren Denkmalschutzbehörde nehmen gemäß § 16 Abs. 1 BbgDSchG die Landkreise und kreisfreien Städte wahr; nach Abs. 3 ist die Stiftung Preußische Schlösser und Gärten Berlin-Brandenburg untere Denkmalschutzbehörde für die in ihrem Vermögen befindlichen baulichen und gärtnerischen Anlagen

¹⁵ Vgl. Strobl/Sieche Denkmalschutzgesetz für Baden-Württemberg 3. Auflage § 1 RdNr. 3; nach Haspel/Martin/Wenz/Drewes, Denkmalschutzrecht in Berlin, 2008, § 1 Anm. 1 und Peter/Viernickel Thüringer Denkmalschutzgesetz, S. 16 missverständlich „nicht hoheitlicher Art“, womit aber wohl nicht ein rein dem Privatrecht zuzuordnendes fiskalisches Tätigwerden gemeint ist

fachbehörde (Landesdenkmalamt)¹⁶. Die schlicht-hoheitliche Verwaltung zählt aber ebenfalls zum hoheitlichen Tätigkeitsbereich. Nimmt die öffentliche Hand dagegen als Privatrechtsträger am allgemeinen Rechtsverkehr teil (z.B. Bedarfsdeckung durch Einkauf von Büromaterial) so liegt eine nicht zum hoheitlichen Tätigkeitsbereich zählende fiskalische Verwaltung vor¹⁷. Die Tätigkeit der SPSG als untere Denkmalschutzbehörde in ihren Gärten und Parkanlagen wird insgesamt grundsätzlich ebenfalls als hoheitlich einzustufen sein.

a. Amtshaftung, Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB

Je danach, ob die Behörde/der Bedienstete hoheitlich oder privatrechtlich gehandelt hat, sind also verschiedene Normen einschlägig. Nach der erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Amtshaftung nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB nur einschlägig, wenn die Behörde durch einen nach außen erkennbaren Organisationsakt deutlich gemacht hat, dass sie der Verkehrssicherungspflicht im Rahmen hoheitlicher Verwaltung genügen will.

Für den gesamten Bereich der öffentlichen Straßen haben die Bundesländer deshalb nachträglich die vom Bundesgerichtshof geforderte Organisationsnorm erlassen¹⁸. Danach werden die sich aus dem Bau und der Unterhaltung der öffentlichen Straßen und die sich aus der Überwachung der Verkehrssicherheit ergebenden Aufgaben als „Amtspflichten in Ausübung öffentlicher Gewalt“ qualifiziert, so dass alle Schadensersatzansprüche aus Verletzung der Verkehrssicherungspflicht für die öffentlichen Straßen nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB zu beurteilen sind.¹⁹

Die Grundlage der Verkehrssicherungshaftung wurde damit nicht verändert, Inhalt und Umfang der Verkehrssicherungspflicht haben sich dadurch nicht gewandelt.

In diesem Zusammenhang ist auch die landesrechtliche Sonderregelung des Landes Berlin in § 5 Abs. 1 GrünAnlG²⁰ aufzuführen, nach der die in öffentlichen Grün- und Erholungsanlagen mit dem Bau, der Unterhaltung und der Überwachung der Verkehrssicherheit zusammenhängenden Aufgaben des Landes Berlin als eine Pflicht des öffentlichen Rechts wahrgenommen werden²¹.

Es ist ergänzend auf das Staatshaftungsgesetz der ehemaligen DDR (StHG DDR) hinzuweisen. Es regelt eine unmittelbare und verschuldensunabhängige Haftung bei Schadenszufügung durch Mitarbeiter oder Beauftragte staatlicher oder kommunaler Organe in Ausübung staatlicher Tätigkeit. Das StHG DDR gilt in den neuen Bundesländern nach den Bestimmungen des Einigungsvertrages seit dem 3. Oktober 1990 als Landesrecht fort. In der Folgezeit wurden die Staatshaftungsgesetze teilweise aufgehoben²², neu gefasst²³ oder inhaltlich modifiziert²⁴. Die Anwendung des StHG DDR wurde weiterhin durch Spezialgesetze stark eingeschränkt. Insbesondere die später erlassenen Straßengesetze in den neuen Bun-

¹⁶ Vgl. § 5 DSchG Bln; nach § 17 Abs. 1 BbgDSchG ist Denkmalfachbehörde das Brandenburgische Landesamt für Denkmalpflege und Archäologisches Landesmuseum

¹⁷ Tremml/Karger/Luber, Der Amtshaftungsprozess, 3. Auflage, RdNr. 63 ff.

¹⁸ Alle Bundesländer außer Hessen, z.B. in Brandenburg mit § 10 Abs. 1 S. 1 BbgStrG,

¹⁹ Vgl. Ossenbühl Staatshaftungsrecht 5. Aufl. S. 32

²⁰ Gesetz zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung der öffentlichen Grün- und Erholungsanlagen – Grünanlagengesetz v. 24.11.1997

²¹ In Hamburg enthält § 6 Abs. 3 des Gesetzes über Grün- und Erholungsanlagen (GrAnlG HA) eine vergleichbare Regelung

²² Berlin (Ost), Sachsen, Mecklenburg-Vorpommern

²³ Sachsen-Anhalt hat mit dem Gesetz zur Änderung des Staatshaftungsgesetzes vom 24. August 1992 ein eigenes Staatshaftungsgesetz erlassen

²⁴ In Brandenburg und Thüringen wurde beispielsweise das in § 6 StHG DDR vorgesehene, der gerichtlichen Klage vorgeschaltete Beschwerdeverfahren beseitigt.

desländern enthalten durchweg Regelungen, die eine Haftung nach dem StHG DDR ausdrücklich ausschließen²⁵. Nicht zuletzt deshalb spielt das StHG DDR in der Praxis im Zusammenhang mit der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten kaum eine Rolle.

b. Unterschied zur privatrechtlichen Haftung nach § 823 BGB:

Der Ersatzanspruch entfällt nach § 839 Abs. 3 BGB, wenn der Geschädigte es schuldhaft versäumt, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsbehelfs abzuwenden. Diese Vorschrift wirkt sich bei Verletzungen der Verkehrssicherungspflicht praktisch nicht aus.

Des Weiteren sieht § 839 Abs. 1 S. 2 BGB eine subsidiäre Haftung des Hoheitsträgers vor. Fällt dem Bediensteten ausschließlich Fahrlässigkeit zur Last, besteht eine Haftung nur, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Allerdings wurde diese Subsidiaritätsklausel (auch Verweisungsprivileg genannt) durch die Rechtsprechung eingeschränkt. Keine Anwendung findet die Subsidiaritätsklausel insbesondere bei der Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Straßenverkehrssicherungspflicht²⁶. Grund hierfür ist die für notwendig gehaltene inhaltliche Übereinstimmung von öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Verkehrssicherungspflicht. Außerdem wollte man eine Entlastung des Hoheitsträgers zu Lasten eines Dritten (vor allem Versicherungen) verhindern.

Schließlich ist das Vermögen als solches kein zu schützendes (sonstiges) Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB. Erforderlich ist immer die Erfüllung eines der Tatbestände des § 823 Abs. 1 BGB, d.h. die Verletzung eines der dort aufgeführten absoluten Rechte wie z.B. das Leben, die Gesundheit oder das Eigentum. Dagegen schützt § 839 BGB grundsätzlich auch das Vermögen als solches²⁷. Dies gilt jedoch nach gängiger Auffassung nicht bei Verletzung der Straßenverkehrssicherungspflicht, d.h. auch insoweit werden privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Verkehrssicherungspflicht gleich behandelt²⁸.

Fazit: Die aufgezeigten Unterschiede zwischen Amtshaftung und privatrechtlicher Haftung besitzen für den Geschädigten jedenfalls bei Verletzungen der Straßenverkehrssicherungspflicht keine Bedeutung. Bei Verletzung sonstiger Verkehrssicherungspflichten namentlich in öffentlichen Garten- und Parkanlagen können sie im Einzelfall relevant sein.

Die hoheitlich ausgestaltete Verkehrssicherungspflicht bei Straßen umfasst auch die Sorge für die Standsicherheit von Straßenbäumen, denn sie sind im Regelfall Bestandteil der öffentlichen Straße²⁹. Dagegen wird von der Rechtsprechung die Sicherungspflicht der Kommunen außerhalb öffentlicher Straßen, Wege und Plätze weithin nach § 823 BGB beurteilt. Dies gilt insbesondere für kommunale Kin-

²⁵ Nach der (Übergangs-) Vorschrift des § 65 StrWG-MV findet das StHG DDR auf hoheitliche Tätigkeiten im Sinne des § 10 Abs. 2 StrWG-MV (in der alten Fassung vom 13.01.1993) keine Anwendung. Nach § 10 Abs. 1 S. 2 BbgStrG finden die Bestimmungen über den Anspruch auf Schadensersatz wegen schuldlos rechtswidriger Schadenszuführung nach dem StHG DDR auf die mit dem Bau und der Unterhaltung sowie der Erhaltung der Verkehrssicherheit der Straßen einschließlich der Bundesfernstraßen zusammenhängenden Aufgaben keine Anwendung. In § 10 Abs. 1 S. 2 ThürStrG ist geregelt, dass sich die Verletzung der Straßenverkehrssicherungspflicht nicht nach dem StHG DDR bestimmt, sondern nach Amtshaftungsrecht.

²⁶ Vgl. Ossenbühl a.a.O. S. 82 m.w.N.; OLG Karlsruhe AgrarR 1997, 294

²⁷ Vgl. Palandt/Thomas BGB § 823 RdNr. 31

²⁸ Schmid in Zeitler, BayStrWG Art. 72 RdNr. 15

²⁹ § 2 Abs. 2 StrWG-MV, § 2 Abs. 2 BbgStrG, § 2 Abs. 2 ThürStrG

derspielplätze, Friedhöfe und öffentliche Grünanlagen³⁰. Inwieweit es in nicht von einer gesetzlichen Organisationsnorm wie § 10 Abs. 1 S. 1 BbgStrG erfassten Bereichen rechtlich möglich ist, durch kommunale Satzung eine vergleichbare Regelung zu schaffen, ist umstritten³¹. Ebenfalls strittig ist die Frage der Zulässigkeit von satzungsmäßigen Haftungsbeschränkungen³².

c. Haftungssystem bei hoheitlichem Tätigwerden bzw. Unterlassen (Amtshaftung)

Im hoheitlichen Bereich baut das Haftungssystem auf der Schadensersatzpflicht des „Beamten“ (zum Beamtenbegriff siehe nachstehende Erläuterung) wegen Amtspflichtverletzung aus § 839 BGB auf, leitet aber die Ersatzpflicht gleichzeitig auf die hinter dem „Beamten“ stehende öffentlich-rechtliche Körperschaft ab (Art. 34 GG). Im Verhältnis zum geschädigten Dritten haftet also **nur** die öffentlich-rechtliche Körperschaft, nicht der „Beamte“. Bei Vorsatz oder **grober Fahrlässigkeit** (hierzu nähere Erläuterungen beim Punkt Fahrlässigkeit) kann sie lediglich im Innenverhältnis Rückgriff beim „Beamten“ nehmen, Art. 34 S. 2 GG³³.

Beamtenbegriff: Im öffentlich-rechtlichen Bereich ist „Beamter“ *jede* mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betraute Person (= sog. haftungsrechtlicher Beamtenbegriff = jeder, der hoheitlich tätig wird), auch Beschäftigte im Sinne des TVöD und TV-L (Angestellte und Arbeiter). § 839 BGB wird insoweit von Art. 34 GG überlagert und modifiziert. Die Folge ist, dass weder Beamte noch Arbeitnehmer bei hoheitlichem Handeln einer Außenhaftung unterliegen.

³⁰ BGH NJW 1977, 1965; NJW 1978, 1626 (Abenteuerspielplatz); NJW 1988, 2667; OLG Düsseldorf VersR 1979, 650 (zu Trimpfad und Spielplatz); LG Stuttgart UrT. v. 02.12.2008, 15 O 228/08 – juris (Spielplatz); OLG Thüringen, UrT. v. 10.02.2010, 4 U 594/09 - juris (Bolzplatz).

³¹ Die Gemeinden haben im Bereich der Leistungsverwaltung (Daseinsvorsorge) ein Wahlrecht hinsichtlich der Rechtsform des Verwaltungshandels. Wenn nun beispielsweise der Betrieb eines Freibades durch eine entsprechende Benutzungssatzung öffentlich-rechtlich organisiert ist, dann soll sich die Haftung nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB richten, vgl. OLG Stuttgart MDR 2003, 508; so auch LG Heidelberg, UrT. v. 06.10.2010, 5 O 85/10, juris: „Die Regelung in einer kommunalen Satzung, dass die Gemeinde für Schäden bei der Benutzung eines Kinderspielplatzes nur aus Amtshaftung einzustehen habe, ist so auszulegen, dass das Benutzungsverhältnis damit öffentlich-rechtlich ausgestaltet wird und dadurch auch die Verkehrssicherungspflichten in öffentlich-rechtlicher Ausübung eines öffentlichen Amtes erfüllt werden.“ LG Oldenburg, B. v. 05.03.2008, 5 T 115/07 – juris: zwar ausdrückliche Bekanntmachung erforderlich, dass die Sicherungspflicht als Amtspflicht ausgestaltet sei, hierfür genüge aber eine Satzung; ohne nähere Begründung geht OLG München NJW-RR 2007, 746 von einer Amtshaftung des verkehrssicherungspflichtigen Betreibers eines öffentlichen Spielplatzes aus; **a.A.** OLGR Rostock 2003, 348 zum Betrieb eines Friedhofs: privatrechtliches Tätigwerden, da das Bestattungsgesetz keine z.B. dem Art. 72 BayStrWG vergleichbare Regelung enthalte; danach wäre also eine gesetzliche Organisationsnorm notwendig und eine Satzung nicht ausreichend; nach BGHZ 34, 206 reicht der Erlass einer Friedhofsordnung als Satzung nicht aus.

³² Bezüglich Haftungsbeschränkungen gilt: da eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist, scheidet eine Haftungsbeschränkung durch Gemeindegatsung aus, vgl. Maurer, Allg. Verwaltungsrecht, 13. Aufl. § 25 RN 39, BGHZ 61, 7, BGH DVBl 2007, 1238: Gemeinde hat keine Regelungskompetenz; a.A. (satzungsrechtliche Beschränkung zulässig) BayVGH NVwZ 1985, 844, Rüter DÖV 1973, 808, Reiter BayVBl 1990, 771

³³ Ob die haftende Körperschaft beim Bediensteten Rückgriff nehmen kann, bestimmt sich nach den allgemeinen gesetzlichen (vgl. § 48 BeamtStG), tarifvertraglichen oder einzelvertraglichen Regelungen. Der Rückgriff wird jedoch von vornherein durch Art. 34 S. 2 GG beschränkt: Eine Haftung des Bediensteten ist zwingend ausgeschlossen, soweit er nur mit leichter oder „normaler“ Fahrlässigkeit gehandelt hat.

d. Haftung bei privatrechtlichem Tätigwerden bzw. Unterlassen

Bei privatrechtlichem Tätigwerden ist Art. 34 GG nicht anwendbar. Hier ist der Bedienstete also nicht von vornherein von eigener Haftung freigestellt. Es kommen Ansprüche sowohl gegen den Bediensteten selbst als auch gegen die hinter ihm stehende öffentlich-rechtliche Körperschaft in Betracht:

aa) Haftung der Körperschaft:

Für verfassungsmäßig berufene Vertreter haftet die öffentlich-rechtliche Körperschaft nach §§ 823, 89 Abs. 1, 31 BGB als juristische Person des öffentlichen Rechts wie eine privatrechtliche juristische Person für ihre Organe (Stichwort: Haftung für Repräsentanten). Für Amtsträger, die nicht Repräsentanten in diesem Sinne sind (sog. „Verrichtungsgehilfen“), haftet die öffentlich-rechtliche Körperschaft gemäß § 831 BGB (mit der Möglichkeit des Entlastungsbeweises nach Abs. 1 S. 2³⁴).

bb) Eigenhaftung:

Daneben haftet der Beamte im statusrechtlichen Sinne (Urkunde: „Unter Berufung in das Beamtenverhältnis ...“, vgl. § 8 Abs. 2 BeamtStG) nach § 839 BGB selbst, jedoch bei Fahrlässigkeit mit Verweisungsmöglichkeit gemäß § 839 Abs. 1 S. 2 BGB („andere Ersatzmöglichkeit“) auf die ausschließliche Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaft (§§ 823, 831 BGB). Nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit haftet er im Außenverhältnis neben der Körperschaft. Zudem ist dann im Innenverhältnis ein Rückgriff nach beamtenrechtlichen Vorschriften möglich³⁵.

Alle anderen Bediensteten (= Beschäftigte im Sinne des TVöD und TV-L - Angestellte, Arbeiter) haften im Außenverhältnis stets nach §§ 823 ff. BGB selbst (Grundsatz der unbeschränkten Außenhaftung³⁶). Daneben muss die Körperschaft gesamtschuldnerisch (§ 840 BGB) nach § 831 BGB für den Schaden eintreten. Im Innenverhältnis zwischen Körperschaft und Bedienstetem ist grundsätzlich der Bedienstete verpflichtet (§ 840 Abs. 2 BGB). Eine Haftung entfällt allerdings im Innenverhältnis (Freistellungsanspruch gegen Arbeitgeber), wenn der Bedienstete nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat³⁷. Bei kommunalen Bediensteten kommt - außer bei Vorsatz - eine Abde-

³⁴ Die Körperschaft muss beweisen, dass der Bedienstete sorgfältig ausgesucht und im Blick auf die konkrete Tätigkeit hinreichend überwacht wurde, vgl. Palandt/Thomas BGB § 831 RdNr. 12 ff.

³⁵ Der Rückgriff bei privatrechtlichem Handeln wird von Art. 34 S. 2 GG nicht erfasst. § 48 BeamtStG beschränkt die Innenhaftung allerdings ganz allgemein, also auch für den privatrechtlichen Funktionsbereich, auf die vorsätzliche und grob fahrlässige Pflichtverletzung.

³⁶ Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht – Handbuch für die Praxis § 81 RdNr. 67

³⁷ § 3 Abs. 7 TV-L regelt die Anwendbarkeit des jeweiligen Landesbeamtenrechts; § 3 Abs. 7 TVöD verweist für die Beschäftigten des Bundes (und der Kommunen, soweit Mitglied eines Mitgliedverbandes der Vereinigung der Kommunalen Arbeitgeberverbände, VKA) auf die für die Beamten des Bundes geltenden Vorschriften; § 3 Abs. 6 TVöD begrenzt für die übrigen Beschäftigten die Haftung ebenfalls auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit; die vom Bundesarbeitsgericht herausgearbeiteten arbeitsrechtlichen Grundsätze über die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung (dreifacher Verschuldensmaßstab, d.h. bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit haftet der Beschäftigte regelmäßig voll, bei mittlerer Fahrlässigkeit erfolgt eine Aufteilung des Schadens nach Billigkeits- und Zumutbarkeitsgesichtspunkten, bei leichter Fahrlässigkeit keine Haftung des Beschäftigten) werden durch diese Regelungen verdrängt, vgl. Uttlinger/Breier/Kiefer/Hoffmann/Dassau, BAT, Stand 9/02, § 14 BAT Anm. 1.2, Görg/Guth/Hamer/Pieper, TVöD § 56 TVöD-BT-K RdNr. 1, 2; auch der Gesamtschuldnerausgleich im Innenverhältnis (§ 426 Abs. 1 BGB) wird durch diese Sonderregelungen verdrängt, Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht – Handbuch für die Praxis § 81 RdNr. 69.

ckung ihrer Haftung durch die kommunale Haftpflichtversicherung in Betracht³⁸. Bund und Länder besitzen dagegen regelmäßig keine Haftpflichtversicherung³⁹ sondern sind so genannte Selbstversicherer. Dies bedeutet, dass im Schadensfall die entstehenden Kosten aus Haushaltsmitteln getragen werden. Arbeitnehmer bei Bund und Ländern können ihr insoweit bestehendes Haftungsrisiko durch den Abschluss einer sog. Amtshaftpflichtversicherung abdecken. Wegen der Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz aufgrund der Regelungen in § 3 Abs. 7 TV-L und § 3 Abs. 8 TVöD kommt es allerdings nur ausnahmsweise zu einer Haftung der Tarifbeschäftigten⁴⁰. Im Ergebnis wirken sich die Unterschiede zwischen Amtshaftung und privatrechtlicher Haftung für die Bediensteten in der Praxis kaum aus.

II. Verschulden

Eine Haftung besteht nur, wenn die Verkehrssicherungspflicht schuldhaft verletzt wurde, also bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Handlungsweise⁴¹.

Nachdem Vorsatz aus naheliegenden Gründen ausscheidet, da es kaum denkbar ist, dass jemand Leben oder Eigentum eines Dritten absichtlich („mit Wissen und Wollen“) verletzt, steht die Auslegung des Begriffs **Fahrlässigkeit** im Vordergrund. Dabei geht es um die Frage, wann eine Haftung wegen Fahrlässigkeit in Betracht kommt und konkret darum, welchen Umfang die Verkehrssicherungspflicht bei Bäumen hat.

Im Zivilrecht handelt fahrlässig, wer die im Verkehr **erforderliche Sorgfalt** außer Acht lässt (vgl. § 276 Abs. 2 BGB).

Die Fahrlässigkeit ist bei der Prüfung von Schadensersatzansprüchen nach einem **objektiven** Maßstab zu messen. Hier kommt es nicht darauf an, was der Verkehrssicherungspflichtige tatsächlich über die Vorhersehbarkeit von Schäden weiß oder wusste, sondern ausschließlich darauf, was er seiner Position entsprechend wissen musste. Für den Sorgfaltsmaßstab kommt es auf die für die Führung des Amtes notwendigen Rechts-, Verwaltungs- und Sachkenntnisse an, die der Bedienstete sich verschaffen muss.

Im Rahmen der Amtshaftung kommt es für die Beurteilung des Verschuldens ebenfalls auf die Kenntnisse und Fähigkeiten an, die für die Führung des übernommenen Amtes im Durchschnitt erforderlich sind. Die Anforderungen an amtspflichtgemäßes Verhalten sind am Maßstab des pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten zu messen. Jeder Amtsträger muss die zur Führung seines Amtes notwendigen Rechts- und Verwaltungskennntnisse besitzen oder sich verschaffen⁴². Entscheidend ist also, was von einem Baumkontrolleur, der durchschnittlichen Anforderungen entspricht, in der jeweiligen Situation erwartet werden kann, ohne Rücksicht darauf, was der Betroffene nach seinen individuellen Fähigkeiten, Kräften, Erfahrungen und Kenntnissen tatsächlich leisten konnte. Aufgrund dieses objekti-

³⁸ Z.B. Versicherungskammer Bayern oder Kommunaler Schadensausgleich Berlin

³⁹ Sie sind, auch in den Fällen, in denen ein Gesetz eine Versicherungspflicht vorschreibt, in diesen Pflichtversicherungsgesetzen vom Versicherungszwang befreit, vgl. z.B. § 2 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 PflVG

⁴⁰ Vgl. Gebhard, Haftung und Strafbarkeit der Baumbesitzer und Bediensteten bei der Verkehrssicherungspflicht für Bäume, RdNr. 311

⁴¹ Näher zur persönlichen Haftung des Baumkontrolleurs und wie er sie vermeiden kann vgl. Hilsberg, BaumZeitung 4/2007, 32

⁴² BGH NVwZ-RR 1996, 65

ven Fahrlässigkeitsbegriffs wird insbesondere die Unerfahrenheit eines Beamten nicht als Entlastungsgrund anerkannt.

Wenn das Verschulden des Handelnden nicht festgestellt werden kann, führt das nicht notwendig zum Ausschluss der Haftung. Hier kann – als Auffangtatbestand – das sog. **Organisationsverschulden**⁴³ eingreifen. Nach der Rechtsprechung besteht namentlich im Bereich des Amtshaftungsrechts die Amtspflicht, den Dienstbetrieb so einzurichten, zu organisieren und zu überwachen, dass aus dessen Ablauf keine Schädigungen Dritter entstehen können. Eine Überlastung oder Überforderung des konkret handelnden Amtsträgers, Ausfälle wegen Krankheit oder Urlaubs oder Nichteinstellung bzw. Nichtzuverfügungstellung des zur Aufgabenerfüllung notwendigen Personals schließen demnach über die Rechtsfigur des Organisationsverschuldens den schuldhaften Amtspflichtverstoß nicht aus, auch wenn ein persönlicher Schuldvorwurf gegenüber dem individuellen Amtsträger nicht möglich ist⁴⁴.

III. Strafrechtliche Haftung

Neben der Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz kann auch eine strafrechtliche Haftung, d.h. die Verurteilung zu Geld- oder gar Freiheitsstrafe in Betracht kommen. Die strafrechtliche Verantwortung ist immer höchstpersönlich, sie lässt sich weder auf Dritte abwälzen noch versichern. Die maßgeblichen Straftatbestände sind die fahrlässige Körperverletzung (§ 229 Strafgesetzbuch – StGB –) und die fahrlässige Tötung (§ 222 StGB). Besteht das ursächliche Verhalten in einem Unterlassen, so kommt eine Strafbarkeit nur in Betracht, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht (§ 13 Abs. 1 StGB). Eine solche Garantspflicht kann sich auch aus der Verantwortlichkeit für eine Gefahrenquelle ergeben. Unterschiede zwischen dem Zivilrecht und dem Strafrecht bestehen insoweit nicht. Allerdings ist die strafrechtliche Verantwortlichkeit enger als die zivilrechtliche Haftung. Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass im Strafrecht der Täter nur dann fahrlässig handelt, wenn er nicht nur die objektive Sorgfaltspflicht verletzt hat, sondern wenn er dies auch nach seinen persönlichen Fähigkeiten und Verhältnissen getan hat. Die strafrechtliche Rechtslage ist für den Schadensverursacher (Täter) daher günstiger als die zivilrechtliche Seite. Strafrechtliche Verurteilungen sind in der Praxis bislang selten.

IV. Zusammenfassung

- Definition der Verkehrssicherungspflicht: Es gibt keine gesetzliche Regelung. Nach der Rechtsprechung ist Verkehrssicherungspflicht die Pflicht, im Verkehr Rücksicht auf die Gefährdung anderer zu nehmen
- Wer Gefahrenquellen schafft oder andauern lässt, muss die notwendigen Vorkehrungen zum Schutze Dritter treffen.
- Verpflichtet ist, wer über die Sache verfügen kann: Eigentümer, aber auch Besitzer als Inhaber der tatsächlichen Gewalt.

⁴³ Vgl. Palandt/Thomas, BGB, § 831 RdNr. 16 (betriebliches Organisationsverschulden), Palandt/Heinrichs a.a.O. § 31 RdNr. 7, 8 (korperschaftliches Organisationsverschulden)

⁴⁴ Stein/Itzel/Schwall, Praxishandbuch des Amts- und Staatshaftungsrechts, 2005, RdNr. 157 m.w.N.

- Gesetzliche Anspruchsgrundlage ist § 823 Abs. 1 BGB. Erfasst sind die fahrlässige und widerrechtliche Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder des Eigentums.
- Rechtsfolge bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht ist Schadensersatz in Geld.
- Grundsätzlich haftet ein Hoheitsträger (Staat, Gemeinde) bei der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht wie eine Privatperson nach § 823 Abs. 1 BGB.
- Ausnahmsweise haftet ein Hoheitsträger nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB (so genannte Amtshaftung), wenn er hoheitlich tätig wird.
- Voraussetzung hierfür ist, dass eine ausdrückliche Vorschrift vorhanden ist, die die Überwachung der Verkehrssicherheit als „Amtspflicht in Ausübung öffentlicher Gewalt“ regelt, wie es z.B. in § 10 Abs. 1 S. 1 BbgStrG geschieht (deshalb ist Straßenverkehrssicherungspflicht hoheitlich, Verkehrssicherungspflicht bei Waldbewirtschaftung nicht; Naturschutzbehörden, Denkmalschutzbehörden dagegen sind generell hoheitlich tätig).
- Der Unterschied zwischen der Haftung nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB (Amtshaftung) und der Haftung nach § 823 BGB besteht in Folgendem:
 - Bei hoheitlichem Handeln haftet allein die öffentlich-rechtliche Körperschaft (Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB). Diese kann bei ihrem Bediensteten nur Rückgriff nehmen, wenn er grob fahrlässig gehandelt hat.
 - Bei privatrechtlichem Handeln haftet die öffentlich-rechtliche Körperschaft nach §§ 89, 31, 831 BGB. (Tarif-)Beschäftigte (Arbeiter und Angestellte) haften grundsätzlich daneben. Nach TV-L und TVöD bestehen allerdings Haftungsbeschränkungen. Beamte haben das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB.
 - In der Praxis wirken sich die Unterschiede kaum aus.
- Eine Haftung besteht nur, wenn die Verkehrssicherungspflicht schuldhaft verletzt wurde. Voraussetzung hierfür ist Fahrlässigkeit. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.
- Es gilt ein objektiv-abstrakter Sorgfaltsmaßstab: Abgestellt wird auf den pflichtgetreuen Durchschnittsbediensteten. Jeder Bedienstete muss die für seinen Aufgabenbereich notwendigen Rechts- und Sachkenntnisse besitzen.
- Auch wenn ein Verschulden des Handelnden nicht festgestellt werden kann, ist eine Haftung nicht ausgeschlossen, wenn ein Organisationsverschulden der Behörde vorliegt.
- Neben der zivilrechtlichen kommt in Einzelfällen bei Körperverletzungen oder Todesfällen auch eine strafrechtliche Haftung in Betracht.

C. Wie ist generell die aktuelle Rechtssituation zum Thema Verkehrssicherung in Parkanlagen bzw. Gartendenkmalen mit waldähnlichem Baumbestand?

I. Grundsätzliches zum Umfang der Verkehrssicherung

Bei der Verkehrssicherungspflicht handelt es sich um keine Aufgabe, die nach „mathematischen Grundsätzen“ berechenbar und handhabbar ist. Es ist vielmehr eine wertenden Betrachtung und Einschätzung an Hand der nachfolgenden Abwägungskriterien erforderlich. Welchen Umfang Baumkontrollen haben müssen und welche Maßnahmen zur Verkehrssicherung notwendig sind, hängt letztlich vom konkreten Einzelfall ab.

Folgende Kriterien sind zu beachten⁴⁵:

(1) Zustand des Baumes (Alter, Baumart, Schäden): Junge, gesunde Bäume bedürfen einer geringeren Überwachung als ältere, bereits vorgeschädigte Bäume.

(2) Standort des Baumes: zum Beispiel an einer öffentlichen Straße oder auf einem öffentlichen Parkplatz; in einem öffentlichem Park, auf einem Friedhof, in der freien Landschaft oder mitten im Waldbestand; gibt es besondere Nutzungen im angrenzenden Umfeld, die Besucher anlocken wie Trimm-Dich-Pfad, Spielplatz, Erholungseinrichtungen wie Bade- oder Liegeplätze; bei einem Gewässer kommt es beispielsweise darauf an, ob es sich um eine Bundeswasserstraße mit entsprechendem Schiffsverkehr handelt. Der Baum steht an einer gefährdeten Stelle, etwa einer Häuserlücke, wo die vorhandene Bebauung zu einer windkanalartigen Verstärkung von Luftbewegungen oder zum Entstehen von Luftwirbeln führen könnte.

(3) Art des Verkehrs (Verkehrsbedeutung, d.h. Verkehrshäufigkeit und Verkehrswichtigkeit): findet PKW-Verkehr oder Fußgängerverkehr statt? Handelt es sich um eine stark befahrene Ausfallstraße oder um wenig genutzte Seitenstraße? Im Bereich mit viel Straßenverkehr gelten höhere Anforderungen als im Bereich von Seitenstraßen oder Parkanlagen, denn je stärker eine Straße befahren ist, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts; wie hoch ist die zulässige Höchstgeschwindigkeit? Handelt es sich um viel oder nur selten begangene Spazierwege?

(4) Berechtigte Sicherungserwartungen des jeweiligen Benutzers (sog. Verkehrserwartung): Sie ist herabgesetzt gegenüber Gefahren, die jedem vor Augen stehen müssen und vor denen man sich deshalb durch die zu verlangende eigene Vorsicht ohne weiteres selbst schützen kann⁴⁶, d.h. mit welchen Gefahren muss der Benutzer rechnen? Ist die Gefahrenstelle bzw. Gefahrenlage erkennbar? Handelt es sich um einen naturbelassenen Steig im Gebirge oder um einen Promenadenweg für den Sonntagsspaziergang?

⁴⁵ Vgl. Forschungsgesellschaft Landschaftsentwicklung Landschaftsbau e.V. - FLL (Hrsg.): Baumkontrollrichtlinien - Richtlinien für Regelkontrollen zur Überprüfung der Verkehrssicherheit von Bäumen, (Ausgabe 2010), Abschnitt 5.2; Breloer, Verkehrssicherungspflicht bei Bäumen, 6. Auflage 2003, S. 12

⁴⁶ BGH NJW 1985, 1076

(5) Art der drohenden Schadensfolgen: Sachschäden oder auch Körperschäden? Welche Höhe haben eventuelle Schadensersatzforderungen?

(6) Zumutbarkeit der erforderlichen Maßnahmen: Wie groß ist der zur Vermeidung oder Abwendung der Gefahr gebotene objektiv zumutbare Aufwand⁴⁷? Diese Frage betrifft auch die wirtschaftliche Zumutbarkeit von Baumkontrollen und Sicherungsmaßnahmen.

(7) Status des Verkehrssicherungspflichtigen: Nach der Rechtsprechung⁴⁸ sind die Anforderungen an die Verkehrssicherungspflicht bei einer Behörde höher als bei einer Privatperson. Dies gilt zumindest für Privatgrundstücke, die nicht mit Waldbäumen bestockt und als Wald im Sinne des Bundeswaldgesetzes einzuordnen sind.

Dabei gilt: Je höher die Wahrscheinlichkeit ist, dass eine Gefahr eintritt, desto eher sind Maßnahmen erforderlich. Je schwerwiegender die möglichen Folgen eines Nichthandelns sind, insbesondere die Art des möglichen Schadens, desto strenger sind die Anforderungen. Je einfacher Maßnahmen objektiv möglich und objektiv zumutbar sind, desto eher können diese auch erwartet werden. Je mehr Möglichkeiten des Selbstschutzes bestehen, üblich und zumutbar sind, desto weniger ist der Verkehrssicherungspflichtige in die Pflicht genommen. Je erkennbarer und typischer eine Gefahrenlage ist, desto eher ist Selbstschutz möglich.

II. Geltung der Betretungs- und Haftungsregelungen des Bundeswaldgesetzes in Park- und Gartenanlagen

1. Park- und Gartenanlagen und Waldbegriff

Park- und Gartenanlagen unterfallen nach den landesgesetzlichen Regelungen in der Regel nicht dem Waldbegriff des Bundeswaldgesetzes⁴⁹ bzw. der Landeswaldgesetze. Dabei ist es unerheblich, ob es sich um historische Gartendenkmale handelt oder nicht. Zum Beispiel sind in Brandenburg nach § 2 Abs. 3 LWaldG Bbg zu Wohnbereichen gehörende Parkanlagen und mit Waldbäumen bestockte Flächen in gärtnerisch gestalteten Anlagen, die der Erholung der Bevölkerung dienen, nicht Wald im Sinne des Landeswaldgesetzes. In Berlin gibt es eine vergleichbare Regelung: Nach § 2 Abs. 4 LWaldG Bln gelten nicht als Wald im Sinne des Landeswaldgesetzes zum Wohnbereich gehörende Parkanlagen, wozu auch Parkanlagen innerhalb von Wohnsiedlungen gehören (Nr. 1) und mit Bäumen bestockte Flächen in gewidmeten öffentlichen Grün- und Erholungsanlagen und auf Friedhöfen (Nr. 2).

Gemäß der landesrechtlichen Sonderregelung in Berlin in § 1 Abs. 1 S. 2 GrünanlG Bln sind öffentliche Grün- und Erholungsanlagen im Sinne des Grünanlagengesetzes „alle gärtnerisch gestalteten Anlagen, Spielplätze, Freiflächen, waldähnlichen oder naturnahen Flächen, Plätze und Wege, die entweder der Erholung der Bevölkerung dienen oder für das Stadtbild oder die Umwelt von Bedeutung sind und dem jeweiligen Zweck nach den folgenden Vorschriften gewidmet sind“. Nach § 1 Abs. 2 gelten die Vorschriften des Grünanlagengesetzes insbesondere

⁴⁷ Vgl. die Leitentscheidung des BGH NJW 1965, 815

⁴⁸ OLG Köln VersR 1993, 850

⁴⁹ Wald im Sinne des § 2 Abs. 1 BWaldG ist grundsätzlich jede mit Forstpflanzen bestockte Grundfläche (§ 2 Abs. 1 S. 1 BWaldG); eine Mindestfläche von 0,2 ha reicht aus, nach Maßgabe der jeweiligen Landeswaldgesetze können auch kleinere Flächen Wald sein, vgl. Franz, Forstrecht, S. 10

nicht für Friedhöfe und Waldflächen im Sinne des Landeswaldgesetzes. Gemäß § 2 Abs. 1 GrünanlG erhält eine Anlage im Sinne des § 1 Abs. 1 GrünanlG die Eigenschaft als öffentliche Grün- und Erholungsanlage durch Widmung. Aus der Widmung ergibt sich die Zweckbestimmung. So sind z.B. der Glienicker Park, der Schlosspark Charlottenburg, der Große Tiergarten sowie der Schlosspark Niederschönhausen jeweils gewidmete öffentliche Grün- und Erholungsanlagen. Mit Waldbäumen bestockten Flächen im Umgriff der gewidmeten Grünanlage gelten daher nicht als Wald im Sinne des Gesetzes.

Es kann an dieser Stelle nicht vertieft werden, ob diese landesrechtlichen Regelungen von der bundesrechtlichen Vorschrift des § 2 Abs. 3 BWaldG gedeckt sind⁵⁰. Danach dürfen nur zum Wohnbereich gehörende Parkanlagen vom Waldbegriff ausgenommen werden. Beide Tatbestandsmerkmale „Wohnbereich“ und „Parkanlage“ müssen kumulativ vorliegen. Der Begriff „Wohnbereich“ schließt nur den unmittelbar und erkennbar zur einzelnen Wohnstätte gehörenden Umgriff mit ein. Zweck der Regelung ist es, die schutzwürdigen Belange des Eigentümers vor den Auswirkungen der Betretungsregelung des § 14 Abs. 1 S. 1 BWaldG zu berücksichtigen. Das Merkmal „zum Wohnbereich gehörend“ wird in der Rechtsprechung und Literatur überwiegend eng ausgelegt und in engem Zusammenhang mit Art. 13 GG gesehen⁵¹. Es wird bei der Bestimmung des zulässigen Umfangs von zum Wohnbereich gehörigen Parkanlagen darauf abgestellt, ob die Parkanlage einer bestimmten Wohnstätte räumlich zugeordnet werden kann. Nach weitergehender Auffassung sollen auch größere parkartige Grundstücksflächen erfasst sein, die einer Grundstücksmehrheit zugeordnet werden können, allgemeine Wohnbereich auflockern und die Wohnqualität eines Gebiets verbessern.

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf⁵² ist aber auch bei weiter Auslegung dieses Tatbestandsmerkmal nicht mehr gegeben bei einer 41 ha großen Parkanlage, die einem ganzen Stadtbezirk zuzuordnen ist. Insofern begegnet die vollständige Herausnahme von großflächigen, zumindest in Teilbereichen mit Waldbäumen bestockten Parkanlagen aus dem Waldbegriff rechtlichen Bedenken (ein Beispiel zum Vergleich: der Glienicker Park hat eine Gesamtfläche von 90,1 ha).

Des Weiteren ist für eine „Parkanlage“ kennzeichnend, dass sie eine überwiegend an gartenbaulichen Gesichtspunkten orientierte Gestaltung aufweist, die sich insbesondere in einer gezielt geschaffenen Wechselbeziehung von Forstpflanzen mit Rasen, Blumen- und Strauchflächen manifestiert. Zudem setzt eine Parkanlage eine entsprechende laufende Unterhaltung und Pflege voraus. Entscheidend ist dabei eine Gesamtbetrachtung, so dass allein das Fehlen von Blumenbeeten nicht schadet⁵³. Wenn allerdings der waldartige Charakter (in Teilbereichen) überwiegt und eine gartenbaulich Gestaltung nicht erkennbar ist, ist fraglich ob diese Voraussetzung noch gegeben ist. Im Gegensatz zu den oben aufgeführten Landeswaldgesetzen unterscheidet beispielsweise das bayerische Waldgesetz in Art. 2 BayWaldG nicht zwischen Wald und Park. Danach sind auf einen Park, dem nach den Vorschriften des Art. 2 BayWaldG (§ 2 Abs. 1 BWaldG) Waldeigenschaft zukommt, die Vorschriften des Waldgesetzes genauso anzuwenden wie auf jeden anderen Wald.

⁵⁰ Näher Hönes, Zur Berücksichtigung des Denkmal-, Kulturgüter- und Welterbes in der Novelle des Bundeswaldgesetzes, NuR 2010, 629; jedenfalls können historische Park- und Gartenanlagen (ggf. teilweise) grundsätzlich vom Waldbegriff des BWaldG erfasst sein; Hönes verlangt deshalb eine Klarstellung im Bundesrecht, dass Park-, Garten- und Friedhofsanlagen kein Wald im Sinne des BWaldG sind.

⁵¹ OLG Düsseldorf AUR 2011, 323 m.w.N.

⁵² OLG Düsseldorf AUR 2011, 323 m.w.N.

⁵³ OLG Düsseldorf AUR 2011, 323 m.w.N.

2. Verkehrssicherung im Wald, auf Waldwegen

Soweit im Einzelfall (zumindest in Teilbereichen) von Wald auszugehen ist, gilt hinsichtlich der Verkehrssicherungspflicht folgendes:

Nach § 14 Abs. 1 S. 3 BWaldG geschieht die Benutzung auf eigene Gefahr. 14 Abs. 1 S. 4 BWaldG stellt klar, dass dies insbesondere für **waldtypische** Gefahren gilt.

Im Inneren des **Waldbestandes** besteht nach bisheriger Rechtsprechung für den Waldbesitzer grundsätzlich keine Haftung für Schäden durch Bäume und keine regelmäßige Kontrollpflicht. Wer den Wald betritt, muss mit den waldtypischen Gefahren wie herabhängenden Ästen, Astbruch, dem Umstürzen von Bäumen oder ähnlichem rechnen⁵⁴. Dies soll selbst dann gelten, wenn es sich um einen Wald mit einem frequentierten Verkehrsaufkommen handelt⁵⁵. Keine Haftung besteht auch an allgemeinen Waldwegen im Bestand, die primär der Erschließung des Waldes dienen. Dort stellen beispielsweise Fahrspuren waldtypische Gefahren dar (nach § 2 Abs.1 S. 2 BWaldG gelten Waldwege ebenfalls als Wald). Je besser allerdings die Wege für den Besucherverkehr ausgebaut und je frequenter die Wege sind, desto höher sollen die Anforderungen an die Verkehrssicherungspflicht sein. Gesteigerte Anforderungen gelten danach insbesondere an ausgeschilderten Waldwegen, die einen erhöhten Besucherverkehr nach sich ziehen. Aber auch hier sind Bäume nur dann auf eine etwaige Umsturzgefahr zu untersuchen, wenn besondere Anhaltspunkte für eine zeitlich nahe Gefahrverwirklichung vorliegen⁵⁶. Ein abgestorbener und morscher Baum als solcher stellt keine akute Gefahr dar, solange er sich äußerlich nicht von sonstigem Totholz unterscheidet und insbesondere keine Schiefelage aufweist⁵⁷.

Für sog. **atypische** Gefahren wird dagegen generell eine Einstandspflicht des Waldbesitzers bejaht. Atypische Gefahren in diesem Sinne stellen alle nicht durch die Natur oder durch die Art der Bewirtschaftung mehr oder minder zwangsläufig vorgegebenen Zustände dar, vor allem vom Waldbesitzer selbst geschaffene oder geduldete Gefahrenquellen wie Fallen, nicht sicher gelagerte Holzstapel, künstlich errichtete Bauwerke wie Brücken, Stege, Geländer, Wegschränken und ähnliches⁵⁸. Vor diesen atypischen Gefahren muss der Waldbesitzer die Besucher aufgrund seiner „normalen“ Verkehrssicherungspflicht soweit als möglich schützen⁵⁹.

Nach einem weitergehenden Urteil des Landgerichts Saarbrücken⁶⁰ schuldet der Waldbesitzer unter dem Gesichtspunkt der Verkehrssicherungspflicht auch an ausgeschilderten, zu Naherholungszwecken genutzten und frequentierten Waldwegen grundsätzlich keine Maßnahmen zum Schutze der Wegebeneutzer vor waldtypischen Gefahren. Es besteht nach Auffassung des Gerichts vor allem keine generelle Verpflichtung des Waldbesitzers, vorbeugend regelmäßige Kontrollen von Bäumen durchzuführen, die sich innerhalb des Waldgebiets befinden. Eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht komme bei waldtypischen Gefahren nur

⁵⁴ OLG Köln NJW-RR 1987, 988; LG Tübingen NuR 2007, 780

⁵⁵ LG Tübingen NuR 2007, 780

⁵⁶ LG Tübingen NuR 2007, 780; LG Braunschweig NuR 2007, 778

⁵⁷ LG Braunschweig NuR 2007, 778

⁵⁸ OLG Köln NJW-RR 1987, 988; OLG Koblenz VersR 2004, 257; LG Tübingen NuR 2007, 780 LG Gera, Ur. v. 12.12.2005, 4 O 2007/04 – juris; verneint für das Vorhandensein von Glasscherben im Uferbereich eines Sees: OLG Düsseldorf VersR 1998, 1166; vgl. auch AGenA NuR 2003, 654

⁵⁹ LG Braunschweig NuR 2007, 778 unter Verweis auf OLG Köln NJW-RR 1987, 988

⁶⁰ LG Saarbrücken AUR 2010, 167

in Ausnahmefällen in Betracht und zwar dann, wenn besondere Anhaltspunkte für eine zeitnahe Verwirklichung massiver Gefahren gegeben seien. Die Annahme einer solchen zeitlich nahen Gefahrenverwirklichung setze nach der Rechtsprechung voraus, dass eine Gefahr vorliegt, die sich erkennbar und mit hoher Wahrscheinlichkeit innerhalb der nächsten Tage, Wochen oder vielleicht auch noch Monate realisieren wird⁶¹. Eine solche akute Gefahr sei zu bejahen, wenn aufgrund eines Sturmereignisses Bäume entwurzelt sind und zum Beispiel gestützt durch andere Bäume über einen Wege hängen, so dass die konkrete Gefahr bestehe, dass ein solcher Baum in näherer Zeit, also in den nächsten Tagen (oder Wochen), vollständig umstürzen wird und hierbei auf den Weg fällt. In einem solchen Fall müsse der Waldbesitzer diese konkrete – wenn auch durchaus walddtypische – Gefahr zeitnah beseitigen und er werde im Zusammenhang mit Sturmergebnissen auch eine Sonderkontrolle vorzunehmen haben. Bei einer walddtypischen Gefahr, die sich erst innerhalb der nächsten 5, 10 oder 20 Jahre realisieren kann, liege ein solcher Ausnahmefall nicht vor.

Das Urteil des LG Saarbrücken wurde durch Berufungsurteil des Oberlandesgerichts (OLG) Saarbrücken⁶² aufgehoben. Im Gegensatz zum LG bejaht das OLG bei entsprechender Frequentierung eine Pflicht zu regelmäßigen Baumkontrollen. Anders als das LG nahm es auch aufgrund der besonderen Charakteristik des abgebrochenen Astes (mächtiger Löwenschwanzast mit schlechtem L/D-Verhältnis bei gleichzeitig fehlender Hauptkrone) das Vorliegen einer akuten Gefahr an.

Ob mit der **Ausschilderung** von Waldwegen als **Wanderwege, Rad- oder Reitwege** eine Haftungserhöhung eintritt, ist umstritten. Das LG Saarbrücken geht – soweit ersichtlich als erstes Gericht – auf dieses Problem detaillierter ein. Maßgeblich für die Beurteilung sind hier nach den vom Gericht herangezogenen allgemeinen Grundsätzen insbesondere Art und Häufigkeit der Nutzung des Weges (Verkehrsbedeutung) und auf welche Gefahren sich ein Waldbesucher einstellen kann und muss. (Verkehrserwartung)⁶³. Das LG Saarbrücken stellte in diesem Zusammenhang vorrangig auf den Gesichtspunkt der berechtigten Verkehrserwartungen der Waldbenutzer in Abgrenzung zu den nicht berechtigten Verkehrserwartungen ab. Dabei argumentiert es, es sei nicht ersichtlich, weshalb der Benutzer eines als Wanderweg ausgeschilderten Wegs aufgrund der Beschilderung annehmen dürfe, dass die dort vorhandenen Bäume von baumtypischen Gefahren frei seien. Für jeden Waldbesucher sei erkennbar, dass er sich mit dem Betreten des Waldweges in einen Bereich begeben, bei dem sich natürliche Gefahren durch die umstehenden Bäume schlechterdings nicht vermeiden lassen. Dem LG Saarbrücken ist insoweit zuzustimmen. Richtigerweise kann es auf eine Kennzeichnung mit Wegschildern, Wandertafeln oder Hinweisen in Wander- bzw. Radkarten nicht entscheidend ankommen, denn solche Angaben dienen lediglich der Orientierung und sie enthalten keine Qualitätsgarantie⁶⁴. Allein durch Routenausweisungen tritt

⁶¹ Ähnlich bereits LG Braunschweig NuR 2007, 778: “Es bedeute eine Überforderung der an einen Waldbesitzer zu stellenden Anforderungen, wollte man von ihm verlangen, alle abgestorbenen Bäume in der Nähe von Wanderwegen auf ihre Umsturzgefahr zu untersuchen, wenn nicht besondere Anhaltspunkte für eine zeitlich nahe Gefahrverwirklichung vorliegen.“; LG Tübingen NuR 2007, 780

⁶² OLG Saarbrücken, Teilurteil v. 09.11.2011, 1 U 177/10 - 46, juris

⁶³ LG Tübingen NuR 2007, 780; OLG Naumburg Ur. v. 14.07.2006, 10 U 24/06, juris; vgl. Gebhard AgrarR 1995, 389; Orf NZV 1997, 201; Breloer, Verkehrssicherungspflicht bei Bäumen, 6. Auflage 2003, S. 77; Ebert VersR 2006, 899

⁶⁴ Vgl. Agena NuR 2003, 654; NuR 2005, 223, NuR 2007, 707; Orf NZV 1997, 201; Bittner VersR 2009, 896

keine Haftungserhöhung ein, weil kein neuer Verkehr im Rechtssinne eröffnet wird⁶⁵. Das Berufungsurteil des OLG Saarbrücken enthält zu diesem Punkt keine näheren Ausführungen.

Strittig ist in diesem Zusammenhang, ob eine Haftung für walddtypische Gefahren eintritt, wenn ein **Waldweg stark frequentiert** ist⁶⁶. Prinzipiell ist nach den allgemeinen Grundsätzen (s.o.) die Häufigkeit der Benutzung eines Verkehrsweges ein wichtiger Aspekt bei der Bestimmung des Umfangs der Verkehrssicherungspflicht. Nach dem LG Saarbrücken spielt allerdings im entschiedenen Fall die vorhandene Frequentierung des zu Naherholungszwecken genutzten Waldwegs ausweislich des Leitsatzes 1 ausdrücklich keine Rolle. Eine spezielle Begründung hierfür bezogen auf die konkrete Fallsituation gibt es nicht. Das Gericht verweist nur grundsätzlich sinngemäß darauf, dass auch berücksichtigt werden müsse, dass der Waldbesitzer gemäß § 14 Abs. 1 S. 1 BWaldG verpflichtet sei, jedermann das Betreten des Waldes zu gestatten, ohne dass er hiermit eigene wirtschaftliche Interessen verfolge. Dieser Umstand sei im Rahmen der Bestimmung des Umfangs der Verkehrssicherungspflicht zu berücksichtigen. Ergänzend hält es einen Schutz vor herabfallenden Baumteilen weder mit zumutbarem wirtschaftlichem Aufwand für erreichbar, noch aus ökologischen Gesichtspunkten für verantwortbar. Die Ausführungen des LG Saarbrücken sind in diesem Punkt etwas pauschal. Für seine Ansicht streitet jedoch insbesondere das Argument, dass, nachdem der Waldbesitzer keinerlei wirtschaftlichen Nutzen vom (faktisch aufgezwungenen!) gesteigerten Verkehr hat, ihm deshalb regelmäßige Kontrollen finanziell nicht zumutbar sind⁶⁷. Eine regelmäßige Baumkontrolle würde angesichts des Aufwands dem haftungsbegrenzenden Kriterium der Ausübung des Betretensrechts „auf eigene Gefahr“ widersprechen und dem Waldbesitzer daneben auch im Hinblick auf die geringe Wahrscheinlichkeit eines Unfalls nicht zumutbar sein⁶⁸. Zudem lassen sich Gesichtspunkte des Natur- und Artenschutzes dagegen einwenden. Im Übrigen ist - worauf das LG Saarbrücken zu Recht hinweist - niemand gezwungen, diese Wege zu benutzen.

Ohne sich mit den vorstehenden Argumenten namentlich der Literatur auseinanderzusetzen, vertritt das OLG Saarbrücken in seinem oben zitierten Urteil eine gegenteilige Auffassung. Nach seiner Ansicht gilt die Grundregel, dass für typische Gefahren des Waldes nicht zu haften ist, nicht uneingeschränkt. Die Anwendung dieser Regel werde maßgeblich von der Zweckbestimmung der Fläche und auch der Verkehrserwartung der Waldbenutzer abhängen. Für stark frequentierte Wege in einem Erholungswald sei anzunehmen, dass mit der Zunahme des Verkehrs im Erholungswald, die mit einem veränderten Freizeitverhalten der Waldbenutzer einhergehe, das eine intensivere Nutzung des Waldes beinhalte, den Waldbesitzer entlang der Wege eine zunehmende Verkehrssicherungspflicht treffen könne. Der Waldbesitzer, der wisse, dass sein Wald von Besuchern frequentiert werde, werde die häufig benutzten Waldwege von Zeit zu Zeit begehen müssen, um eine allgemeine Überprüfung auch mit Blick auf ggf. vorhandene atypische Gefahren vornehmen zu können. Die Überprüfung betreffe jedenfalls am oder im unmittelbaren Bereich des Weges stehende Bäume.

⁶⁵ So Adami KommP BY 2002, 292 zu Radwegen, allerdings kann im Einzelfall die Wahrscheinlichkeit eines etwaigen Haftungsfalles zunehmen.

⁶⁶ Grundsätzlich eher dafür LG Tübingen NuR 2007, 780 (s.o.) sowie Breloer AFZ-DerWald 20/2010, 42; dagegen Avena NuR 2003, 654, NuR 2007, 707; Gebhard NuR 2008, 754; Bittner VersR 2009, 896

⁶⁷ Gebhard NuR 2008, 754 und derselbe in Haftung und Strafbarkeit der Baumbesitzer und Bediensteten bei der Verkehrssicherungspflicht für Bäume, RdNr. 507

⁶⁸ So Avena NuR 2007, 707; vgl. auch Gebhard NuR 2008, 754 und Bittner VersR 2009, 896

Es ist deshalb davon auszugehen, dass an Waldwegen nicht generell jede Kontrollpflicht entfällt⁶⁹. Richtigerweise sind Inhalt und Umfang der Verkehrssicherungspflicht nach den berechtigten Sicherheitserwartungen des jeweils tatsächlich stattfindenden Verkehrs im Einzelfall zu bestimmen⁷⁰. Danach kann dem LG Saarbrücken uneingeschränkt bei Waldwegen gefolgt werden, die sich in einem optisch naturnahen Zustand befinden, weil sie nicht ausgebaut, schmal und uneben sind. Sie dürfen allerdings nach dem OLG Saarbrücken nicht durch einen Waldbestand führen, der in Stadtrandlage liegt und entsprechend seiner Nähe zur Stadt als Naherholungsgebiet stark frequentiert ist⁷¹. Anders als nach der Ansicht des LG Saarbrücken besteht hier nach dem OLG Saarbrücken eine regelmäßige Kontrollpflicht des Waldbesitzers. Dasselbe wird man für ausgebauten Waldwege in gleicher Lage annehmen müssen, auch wenn sie ersichtlich in erster Linie für die Zwecke der Waldbewirtschaftung angelegt wurden⁷². Eine Kontrollpflicht entfällt danach in erster Linie, wenn sich die Forstwirtschaftswege abseits des städtisch geprägten Bereichs im Bestand befinden⁷³.

Eindeutig eine Kontrollpflicht ist bei Wegen anzunehmen, die hauptsächlich oder gar ausschließlich für **Freizeit- und Erholungszwecke errichtet** wurden, vor allem wenn sie einen gehobenen Ausbauzustand haben und intensiv genutzt werden (z.B. Umbau einer aufgelassenen Bahntrasse durch einen Wald zu einem asphaltierten Fußgänger- und Radweg). Gleiches gilt bei einem Waldweg, der zu einer viel besuchten Anlage führt (z.B. Aussichtsturm, Waldgaststätte, Burgruine, Wallfahrtskapelle usw.) und so gut ausgebaut ist, dass er ebenfalls von besonders schutzbedürftigen Personen (z.B. Mütter mit Kinderwagen, Gehbehinderten usw.) benutzt wird⁷⁴. Eine Kontrollpflicht wird mit dem OLG Saarbrücken ebenso bei einem nicht ausgebauten, jedoch frequentierten Weg, z.B. zu einer Wallfahrtskapelle anzunehmen sein⁷⁵. Aber auch wenn die Verpflichtung zur Sicherung vor walddtypischen Gefahren mit dem höheren Ausbauzustand und der Häufigkeit des Verkehrs zunimmt, kommt es im Regelfall zu keiner Gleichstellung mit Straßen im städtischen Raum. Der Nutzer eines der vorgenannten Wege muss grundsätzlich ebenfalls mit walddtypischen Gefahren rechnen. Der Waldbesitzer wird daher in erster Linie nur akute walddtypische Gefahren beseitigen müssen sowie solche, die der Laie nicht erkennen kann⁷⁶. Allein der Umstand, dass für einen Weg Werbung gemacht wird, führt noch nicht zu einer Verkehrssicherungspflicht für walddtypische Gefahren⁷⁷.

Abgesehen davon besteht eine gesteigerte Verkehrssicherungspflicht in der Umgebung von **Erholungseinrichtungen**, nicht zuletzt weil der Aufenthalt dort häufig mit einer längeren Verweildauer verbunden ist. Werden besondere Attraktionen oder Nutzungen für die Waldbesucher eingerichtet, ist regelmäßig eine Sichtkon-

⁶⁹ So aber Gebhard Haftung und Strafbarkeit der Baumbesitzer und Bediensteten bei der Verkehrssicherungspflicht für Bäume, RdNr. 495, unter Verweis auf OLG Koblenz NVwZ-RR 1990, 169; derselbe in AFZ-DerWald 16/2010, 37 und AFZ-DerWald 17/2010, 44

⁷⁰ Vgl. OLG Bamberg MDR 2008, 1272; Breloer AFZ-DerWald 20/2010, 42

⁷¹ A.A. wohl Breloer AFZ-DerWald 20/2010, 42

⁷² Vgl. Breloer AFZ-DerWald 20/2010, 42; a.A. wohl Agena NuR 2007, 707; generell von keiner Verkehrssicherungspflicht ausgehend Gebhard AFZ-DerWald 16/2010, 37

⁷³ So auch Breloer AFZ-DerWald 20/2010, 42

⁷⁴ Agena NuR 2007, 707

⁷⁵ So auch Breloer AFZ-DerWald 20/2010, 42

⁷⁶ Vgl. Breloer, Verkehrssicherungspflicht bei Bäumen, 6. Auflage 2003, S. 77

⁷⁷ Vgl. Gebhard, Haftung und Strafbarkeit der Baumbesitzer und Bediensteten bei der Verkehrssicherungspflicht für Bäume, RdNr. 523

trolle durchzuführen. Denn hier werden die Besucher in besonderem Maße zum Betreten des Waldes aufgefordert. Sie betreten bzw. nützen die Anlagen mit dem berechtigten Vertrauen, dass dort zumindest keine Gefahren bestehen, die erhebliche Schäden verursachen. Ins Gewicht fällt hier, dass diese Einrichtungen die Betroffenen häufig vom Wald und von den allgemeinen Waldgefahren ablenken und diese ihr Augenmerk auf die angebotene Beschäftigung (Spielen, Sport usw.) richten⁷⁸. Dies gilt insbesondere bei Ruhebänken unter Bäumen, Grill- und Picknickplätzen, Schutzhütten, Aussichtsplattformen, Waldlehrpfaden und Wildgehegen. Auch bei Trimm-Dich-Pfaden und Skiloipen usw. wird eine besondere Form der Benutzung des Waldes angeboten und diese Benutzung muss entsprechend gefahrlos gehalten werden. An solchen stark frequentierten Stellen sollten die Bäume im Bereich von einer Baumlänge um die Erholungseinrichtung herum mindestens einmal im Jahr⁷⁹ kontrolliert werden. Offensichtliche Gefahrzustände mit einer zeitlich nahen Gefahrenverwirklichung sind kompromisslos zu beseitigen⁸⁰. An diesen Einrichtungen kann daher der Waldbesitzer verpflichtet sein, Totholz zu entfernen.

Zusammenfassend ist festzustellen: An allen normalen Forstwirtschaftswegen, auch wenn sie als Wanderwege markiert sind, besteht keine regelmäßige Baumkontrollpflicht⁸¹. Hat der Waldbesitzer allerdings im Rahmen einer Revierbegehung, Holzaufnahme oder durch Mitteilung Dritter Kenntnis erlangt von einer akuten lebensbedrohlichen Gefahrenlage, so trifft ihn eine Beseitigungspflicht⁸². Solche akuten Gefahrenquellen können sein z.B. umsturzgefährdete Bäume, abgebrochene, hängende Kronen oder Hänger zum Weg. Dabei sollten alle Bäume erfasst werden, die sich im Fallbereich von einer Baumlänge zum Weg befinden. Sobald Forstwege allerdings stark frequentiert sind, ist gemäß der Rechtsprechung des OLG Saarbrücken von einer Kontrollpflicht auszugehen.

III. Geltung der Betretungs- und Haftungsregelungen des Bundesnaturschutzgesetzes in Park- und Gartenanlagen

Nach § 60 S. 1 BNatschG erfolgt das Betreten der freien Landschaft im Sinne von § 59 BNatschG auf eigene Gefahr. Fraglich ist, ob Park- und Gartenanlagen zur freien Landschaft in diesem Sinne zu zählen sind. Entscheidend ist, ob die Fläche einem baulich genutzten Bereich zugerechnet werden kann. Voraussetzung hierfür ist, dass sie im Wesentlichen von den sie umgebenden Anlagen geprägt ist⁸³. Danach unterfallen z.B. Hausgärten oder ähnliche zum privaten Wohnbereich rechnende Nutzungsbereiche i.d.R. nicht der freien Landschaft. Andererseits können auch größere Freiflächen innerhalb eines besiedelten Bereichs zur freien Landschaft gehören, wenn sie nicht von der umliegenden Bebauung, sondern von ihrem natürlichen Erscheinungsbild entscheidend geprägt sind⁸⁴. Allein das Vorhandensein von Einfriedungen oder Sperrungen führt nicht dazu, dass eine Zuord-

⁷⁸ LG Tübingen NuR 2007, 780

⁷⁹ Weitergehend Gebhard AgrarR 1995, 389: zweimalige Sichtkontrolle pro Jahr; in Haftung und Strafbarkeit der Baumbesitzer und Bediensteten bei der Verkehrssicherungspflicht für Bäume, RdNr. 525 keine nähere Angabe, nur „in angemessenen zeitlichen Abständen“

⁸⁰ Vgl. Gebhard, Haftung und Strafbarkeit der Baumbesitzer und Bediensteten bei der Verkehrssicherungspflicht für Bäume, RdNr. 525, 526

⁸¹ Vgl. Gebhard, Haftung und Strafbarkeit der Baumbesitzer und Bediensteten bei der Verkehrssicherungspflicht für Bäume, RdNr. 519

⁸² LG Braunschweig NuR 2007, 778; LG Tübingen NuR 2007, 780; Gebhard NuR 2008, 754

⁸³ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 59 RdNr. 9; OVG Berlin-Brandenburg ZUR 2009, 426

⁸⁴ Vgl. BayObIG BayVBl 1994, 378

nung zur freien Landschaft zu verneinen wäre⁸⁵. Als freie Landschaft sind also nur von einer Naturhaftigkeit geprägte Grundflächen anzusehen. Dabei bedeutet Naturhaftigkeit allerdings nicht das Vorhandensein eines natürlichen „Urzustands“, weil jedenfalls in Deutschland nahezu jeder Landschaftsausschnitt in mehr oder weniger großem Umfang von menschlichen Einflüssen geprägt ist. Damit können auch innerstädtische Parks der freien Landschaft zugerechnet werden, soweit nicht darin befindliche Anlagen wie z.B. Tennisplätze oder Gebäude die Fläche prägen⁸⁶. Soweit es sich danach um freie Landschaft handelt, gelten die obigen Ausführungen zum Wald entsprechend.

IV. Verkehrssicherung in Park- und Gartenanlagen

Wenn es sich um keinen Wald im Sinne des Bundeswaldgesetzes handelt, greifen die Betretungs- und Haftungsregelungen des § 14 Abs. 1 BWaldG nicht. Ist die Fläche nicht als freie Landschaft i.S.v. § 59 BNatschG anzusehen, kommt die Betretungs- und Haftungsregelung des § 60 BNatschG ebenfalls nicht zur Anwendung. Das dürfte die überwiegende Anzahl der Park- und Gartenanlagen betreffen. Selbst wenn im Einzelfall eine Parkanlage ganz oder teilweise die Kriterien für eine „freie Landschaft“ im Sinne des BNatschG erfüllt, führt dies nicht dazu, dass deshalb eine Verkehrssicherung generell unterbleiben kann. Nach herrschender Ansicht⁸⁷ schließen die Gefahrtragungsregeln in § 14 Abs. 1 S. 3, 4 BWaldG und § 60 S. 3 BNatschG eine Verkehrssicherungspflicht nicht von vorneherein aus. Wie zudem insbesondere das oben zitierte Urteil des OLG Saarbrücken⁸⁸ zeigt, stellt zumindest ein Teil der Rechtsprechung maßgeblich auf die Zweckbestimmung der Fläche und die Verkehrserwartung der Parkbesucher ab. Deshalb ist grundsätzlich von einer Verpflichtung zur Verkehrssicherung in Park- und Gartenanlagen auch im Hinblick auf typische Naturgefahren auszugehen. Eine gesteigerte Verkehrssicherungspflicht wird dabei vor allem bei frequentierten Wegen, auf denen sich häufiger Besuchergruppen aufhalten, bestehen.

Das Berliner Grünanlagengesetz enthält zwar eine eigenständige Haftungsregelung: Nach § 5 Abs. 2 S. 1 GrünanlG geschieht die Benutzung der öffentlichen Grün- und Erholungsanlagen auf eigene Gefahr. Vergleichbare Regelungen sind in zahlreichen kommunalen Grünanlagensatzungen enthalten. Der Regelungsinhalt dieser Vorschriften wird allerdings schon nicht mit dem des Bundeswaldgesetzes bzw. Bundesnaturschutzgesetzes identisch sein. Nach § 14 Abs. 1 S. 3, 4 BWaldG gilt die Benutzung auf eigene Gefahr insbesondere für walddtypische Gefahren wie z.B. herabhängende Äste, Astbruch, Umstürzen von Bäumen und ähnlichem. Nach § 60 S. 3 BNatschG besteht in gleicher Weise insbesondere keine Haftung für typische, sich aus der Natur ergebende Gefahren wie z.B. Totholz. Diese Gefahren sind bei einer Park- und Gartenanlage nicht als „typische Parkgefahr“ anzusehen. Namentlich die Wege in einem öffentlichen Park sind hinsichtlich der Verkehrssicherung den üblichen innerörtlichen Gehwegen im Sinne des Straßenrechts angenähert. Ein Park nimmt insoweit eine Mittelstellung zwischen domestizierter Stadtlandschaft und freier Natur ein⁸⁹. Deshalb ist prinzipiell von höheren Anforderungen an die Verkehrssicherungspflicht auszugehen als auf Waldwegen oder in der freien Natur. In diesem Sinne rät auch das Landgericht Saar-

⁸⁵ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 59 RdNr. 8

⁸⁶ Maus in Frenz/Müggenborg BNatschG 2011 § 59 RdNr. 14

⁸⁷ Vgl. OLG Köln NJW-RR 1987, 988; OLG Köln NuR 1988, 310

⁸⁸ OLG Saarbrücken, Teilurteil v. 09.11.2011, 1 U 177/10 - 46 - juris

⁸⁹ So OLG München, Beschluss v. 28.09.2010, 1 U 3591/10 - juris

brücken⁹⁰ Spaziergängern, die vor herabfallenden Baumteilen absolut sicher sein wollen, sich auf die Benutzung insofern "sicherer Bereiche", zum Beispiel Straßen oder "einigermaßen sicherer Bereiche", wie zum Beispiel Wege in Parkanlagen zu beschränken. Ist die Park- oder Gartenanlage eintrittspflichtig, gelten hinsichtlich der Verkehrssicherung sogar noch strengere Anforderungen⁹¹. Hier wird von einer Sicherungspflicht wie bei öffentlichen Straßen auszugehen sein.

Von Einrichtungen in Park- und Gartenanlagen (z.B. Mauern, Ruhebänken, Trep-
penanlagen) sowie von Bäumen dürfen für die Benutzer deshalb keine vermeidbaren Gefahren ausgehen. Es besteht eine Verkehrssicherungspflicht in allen Bereichen, in denen ein Verkehr offiziell zugelassen ist oder faktisch geduldet wird. Folglich müssen alle Bäume an Wegen, Liegewiesen und Spielbereichen kontrolliert werden. Die Standsicherheit und die übrige Verkehrssicherheit von Bäumen (herabfallende, morsche Äste usw.) müssen gegeben sein, soweit von ihnen eine Gefahr für die Besucher der Park- oder Gartenanlage ausgehen kann. Dementsprechend muss sich die Baumkontrolle auf eine Tiefe von einer Baumlänge gerechnet vom z.B. Wegesrand erstrecken (Fallbereich). Die Häufigkeit der Kontrollen richtet sich gemäß den oben angeführten Grundsätzen zunächst einmal nach dem Zustand der Bäume, ihrem Standort, der Baumart und dem Alter. Zusätzlich sind zu beachten die berechtigten Sicherungserwartungen der Besucher der Anlage sowie die Häufigkeit der Benutzung. Diese Faktoren prinzipiell berücksichtigend enthalten die Baumkontrollrichtlinien⁹² eine Tabelle mit entsprechend differenzierten Regelkontrollintervallen⁹³. Nach der Tabelle werden alle stärker geschädigten Bäume in Grünanlagen in der Reife-⁹⁴ und der Alterungsphase⁹⁵ in der Regel einmal jährlich kontrolliert. Kürzere Intervalle können bei sehr alten Bäumen mit starken Schäden angezeigt sein. Die Regelkontrolle bei gesunden bis leicht geschädigten Bäumen, die ihren Standort in belebten Grünanlagen haben, findet in der Reifephase alle zwei Jahre statt, in der Alterungsphase jährlich. Stehen die gleichen Bäume an schwach frequentierten Wegen oder in wenig besuchten Grünflächen, werden sie in der Reifephase nur alle drei Jahre und in der Alterungsphase alle zwei Jahre kontrolliert. Nach starken Unwettern, Blitzeinschlag oder Stürmen sind generell zusätzliche Überprüfungen erforderlich.

Die Kontrollintervalle der Baumkontrollrichtlinien sind fachliche Empfehlungen, die den Stand der anerkannten Regeln der Technik wiedergeben können. Es sind keine verbindlichen Rechtsvorschriften⁹⁶. Grundsätzlich gehen die Einstufungen in die richtige Richtung. Es ist prinzipiell davon auszugehen, dass die berechtigten Sicherungserwartungen im Bereich von Besucherschwerpunkten wie z.B. einem Pleasure Ground höher sind als bei einer wenig besuchten Grünfläche mit waldähnlichem Baumbestand. Bei Erholungseinrichtungen bestehen analog zu den obigen Ausführungen zum Wald ebenfalls höhere Ansprüche an die Verkehrssicherung. Generell macht es dabei aber keinen Unterschied, ob es sich um Einzelbäume oder um flächige Baumbestände handelt. Entscheidend ist primär, in wel-

⁹⁰ LG Saarbrücken AUR 2010, 167

⁹¹ So OLG München, Beschluss v. 28.09.2010, 1 U 3591/10 - juris

⁹² Richtlinien für die Regelkontrollen zur Überprüfung der Verkehrssicherheit von Bäumen (Ausgabe 2010), herausgegeben von der Forschungsgesellschaft Landschaftsentwicklung Landschaftsbau e.V. (FLL)

⁹³ Abschn. 5.3.2.2, S. 26 Tabelle 1: Regel-Kontrollintervalle in Jahren

⁹⁴ Reifephase: erstreckt sich je nach Baumart und Standortverhältnissen in der Regel von 15 bis ca. 50 bzw. bis ca. 80 Jahre Standzeit, s. Baumkontrollrichtlinien Abschn. 5.2.3.1, S. 23

⁹⁵ Alterungsphase: beginnt je nach Baumart und Standortverhältnissen ab ca. 50 bzw. ab ca. 80 Jahren Standzeit, s. Baumkontrollrichtlinien Abschn. 5.2.3.1, S. 23

⁹⁶ Vgl. näher zur Häufigkeit von Baumkontrollen Hilsberg VersR 2010, 1424

chem Umfang jeweils ein gestatteter oder geduldeter Verkehr stattfindet und der Bereich für den Besucher auch optisch eindeutig als Park- oder Gartenanlage erkennbar ist. Deshalb dürften bei Wegen in Bereichen, die wenig frequentiert und offensichtlich „natürlich“ und „wild“ sind (naturbelassen, d.h. es fehlt an einer an gartenbaulichen Gesichtspunkten orientierten Gestaltung), die Anforderungen an die Verkehrssicherungspflicht geringer sein. Aber auch hier ist regelmäßig zu kontrollieren, vor allem wenn auf Grund einer Mauer oder eines Zauns die Park- oder Gartenanlage eindeutig von der sonstigen Landschaft getrennt ist. Eine Park- oder Gartenanlage kann also häufig nicht in ihrer Gesamtheit einheitlich nur einer Sicherheitsstufe zugeordnet werden. Die meisten Anlagen sind geprägt durch unterschiedliche Nutzungsbereiche, die jeweils spezifische Anforderungen an die Verkehrssicherheit der Bäume stellen. Spiel- und Liegewiesen und Wege sind hinsichtlich der Verkehrssicherheit anders zu beurteilen als wiederum z.B. Kinderspielflächen, die noch höhere Anforderungen an die Verkehrssicherheit stellen. Gleiches gilt für angrenzende Nachbarbebauung oder angrenzende öffentliche Straßen⁹⁷.

V. Ergebnis

- Nach § 14 Abs. 1 S. 3 und 4 BWaldG gilt die Benutzung auf eigene Gefahr insbesondere für walddtypische Gefahren.
- Es besteht keine Verkehrssicherungspflicht für walddtypische Gefahren im Waldbestand allgemein sowie auf allgemeinen Waldwegen.
- Eine Haftung kommt nur für atypische Gefahren, d.h. nicht durch die Natur oder durch die Art der Bewirtschaftung vorgegebene, sondern vom Waldbesitzer selbst geschaffene Gefahren in Betracht.
- Ein Problem stellen ausgeschilderte und frequentierte Wanderwege, Naherholungsgebiete, Erholungseinrichtungen wie Ruhebänke, Trimm-Dich-Pfade usw. dar.
- Für das Bestehen und den Umfang einer Verkehrssicherungspflicht sind grundsätzlich entscheidend die Art und die Häufigkeit der Nutzung sowie die berechtigten Sicherungserwartungen des jeweiligen Benutzers.
- Nach der Rechtsprechung besteht auch bei beschilderten Waldwegen keine Baumkontrollpflicht. Nur akute walddtypische Gefahren, die dem Waldbesitzer bekannt sind, müssen beseitigt werden. Aber insbesondere nach Sturmereignissen sind Sonderkontrollen erforderlich.
- Werden Waldwege z.B. in Naherholungsgebieten stark frequentiert, ist von einer Kontrollpflicht auszugehen.
- Sonderfälle sind:
 - Wege, die in erster Linie Freizeitzwecken dienen (vor allem, wenn sie ausgebaut sind)
 - Wege zu frequentierten Anlagen wie einem Aussichtsturm
 - Erholungseinrichtungen
 - Dort besteht eine Kontrollpflicht
 - Bei Erholungseinrichtungen mindestens 1x jährlich (1 Baumlänge)
- Nach § 60 S. 1 BNatschG erfolgt das Betreten der freien Landschaft im Sinne von § 59 BNatschG auf eigene Gefahr.
- Nach § 60 S. 3 BNatschG besteht insbesondere keine Haftung für typische, sich aus der Natur ergebende Gefahren.

⁹⁷ Vgl. Stoffrein BaumZeitung 03/2011, 31

- Hinsichtlich der Verkehrssicherungspflicht in der freien Landschaft gelten die Ausführungen zum Wald entsprechend.
- Überwiegend wird es sich bei einer Park- oder Gartenanlage weder um Wald noch um freie Landschaft handeln.
- Selbst wenn eine freie Landschaft vorliegt, besteht bei Park- oder Gartenanlagen eine Verkehrssicherungspflicht, deren Umfang insbesondere abhängig ist von den unterschiedlichen Nutzungen und den berechtigten Sicherungserwartungen der Besucher.

D. Baumerhaltung contra Weg – was hat Priorität, wenn der Baum eine Dauerlebensstätte ist – zum einen im Normalpark und zum anderen im Gartendenkmal mit historisch belegtem Wegeverlauf? Darf ein Weg rekonstruiert werden, wenn das dazu führen kann, dass eine Dauerlebensstätte durch die dann für den Weg notwendige Verkehrssicherung beschädigt oder gar zerstört wird?

Diese Frage lässt sich nicht beantworten ohne grundsätzlich das Verhältnis von Denkmalschutzrecht, Naturschutzrecht zu klären.

Im Folgenden werden zunächst einschlägige Vorschriften daraufhin untersucht, inwieweit sich aus ihnen Aussagen zum Verhältnis von Denkmalschutzrecht und Naturschutzrecht ableiten lassen. Insbesondere ist zu prüfen, ob der Denkmalschutz gegenüber dem Natur- und Artenschutz prioritär ist.

I. Überstaatliches Recht/Völkerrecht

1. Denkmalschutz

a. Internationale Übereinkommen

Historische Park- und Gartenanlagen werden in dem **Übereinkommen zum Schutz des Kultur- und Naturerbes der Welt**⁹⁸ (Welterbekonvention) berücksichtigt. Die Unterzeichnung Übereinkommens⁹⁹ führt in erster Linie zu einer Selbstverpflichtung des Vertragsstaats, die im Land bestehenden gesetzlichen Regelungen und Verfahren bei eingetragenen Welterbestätten einzuhalten und anzuwenden¹⁰⁰ (vgl. Art. 4). Eine unmittelbare Rechtsverbindlichkeit insbesondere für die Bundesländer und die Gemeinden kommt dem Übereinkommen nicht zu¹⁰¹. Die Welterbekonvention wird aber bei der Auslegung der Gesetze des Bundes und der Länder zu berücksichtigen sein¹⁰². Auch bei einer Bejahung einer Rechtspflicht, die eingetragenen Welterbestätten zu bewahren¹⁰³, hat dies in der Praxis

⁹⁸ Unesco-Übereinkommen zum Schutz des Kultur- und Naturerbes der Welt von 1972

⁹⁹ Für die Bundesrepublik Deutschland ist das Übereinkommen mit seiner Bekanntmachung vom 02.02. 1977 am 23.11.1976 in Kraft getreten (BGBl.1977 S. 213)

¹⁰⁰ Ringbeck in Martin/Krautzberger Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 3. Aufl. 2011 Teil A, RdNr. 184

¹⁰¹ Haspel/Martin/Wenz/Drewes, Denkmalschutz in Berlin, 2008, § 1 Anm.3.4.1, 3.4.2 unter Verweis auf SächsOVG DÖV 2007, 564, SächsVerfGH v. 3.5.2007, Vf 53, 54 – IV-07 und BVerfG LKV 2007, 509

¹⁰² Martin/Mieth/Graf/Sautter, Brandenburgischen Denkmalschutzgesetz, 2. Aufl. 2008, Einf 5

¹⁰³ So Hönes in Martin/Krautzberger Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 3. Aufl. 2011 Teil D, RdNr. 427

bei einem Verstoß nur die Aberkennung des Welterbetitels zur Folge¹⁰⁴. Nach dem Bundesverfassungsgericht¹⁰⁵ bietet die Welterbekonvention nach Konzeption und Wortlaut keinen absoluten Schutz gegen jede Veränderung der eingetragenen Stätten des Natur- und Kulturerbes. Das Übereinkommen enthält keine rechtlichen Druckmittel oder Sanktionsmöglichkeiten, um gegen bewusste Beeinträchtigung oder Vernachlässigungen von Denkmälern vorzugehen¹⁰⁶. Die Vorteile einer Unterschutzstellung liegen primär im Prestigegewinn und in einer Belebung des Tourismus. Stätten des Welterbes sind in Deutschland bezogen auf Park- und Gartenanlagen z.B. die Schlösser und Parks von Potsdam-Sanssouci und Berlin (Glienicke und Pfaueninsel), das Gartenreich Dessau-Wörlitz oder der Fürst-Pückler-Park Bad Muskau.

Weitere internationale Vereinbarungen in diesem Bereich sind u.a. die **Charta von Venedig**¹⁰⁷ für alle Arten von Denkmalen und die **Charta von Florenz**¹⁰⁸ speziell für Gründendenkmale. Die Charta von Venedig ist kein internationaler Vertrag sondern die Abschlussresolution eines privaten Kongresses. Sie hat keine Rechtsverbindlichkeit, enthält aber wichtige fachliche Maßgaben für den Umgang mit Denkmälern („Grundgesetz der Denkmalpflege“)¹⁰⁹. Die Charta von Florenz hat ebenfalls keine völkerrechtliche Bindungswirkung. Sie enthält Grundsätze für den fachlich richtigen Umgang insbesondere mit historischen Gärten¹¹⁰.

b. Europarecht

Nach Art. 167 Abs. 2, 2. Spiegelstrich AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) fördert die Europäische Union die Erhaltung und den Schutz des kulturellen Erbes von europäischer Bedeutung. Dies zielt insbesondere auf den Denkmalschutz. Nach der Querschnittsklausel des Art. 167 Abs. 4 AEUV trägt die Union bei ihrer Tätigkeit aufgrund anderer Bestimmungen der Verträge den kulturellen Aspekten Rechnung, insbesondere zur Wahrung und Förderung der Vielfalt der Kulturen. Art. 167 AEUV verschafft der Union keine Rechtsetzungskompetenzen sondern erteilt ihr nur einen Auftrag zur Kulturförderung¹¹¹ (vgl. auch Art. 6 lit. c AEUV). Dabei ist die Kulturhoheit der Mitgliedstaaten zu wahren. Verbindliche Vorgaben für die Mitgliedstaaten sind prinzipiell unzulässig (vgl. Art. 167 Abs. 5 AEUV).

2. Naturschutz

a. Umweltschutzklausel im AEUV

Die Querschnittsklausel in Art. 11 AEUV bestimmt, dass die Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und –maßnahmen, insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung, einbezogen werden müssen. Durch diese Klausel entfaltet der Umweltschutz auch eine

¹⁰⁴ So geschehen bei der ursprünglich gelisteten Kulturlandschaft Dresdner Elbtal, die im Juni 2009 ihren Welterbe-Status aufgrund des Bauvorhabens „Waldschlösschenbrücke“ verloren hat

¹⁰⁵ BVerfG DVBl 2007, 901

¹⁰⁶ Fechner in Martin/Krautzberger Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 3. Aufl. 2011 Teil B, RdNr. 194

¹⁰⁷ Internationale Charta über die Konservierung und Restaurierung von Denkmälern und Ensembles (Denkmalbereiche) von 1964

¹⁰⁸ Charta der historischen Gärten von 1981

¹⁰⁹ Martin in Martin/Krautzberger Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 3. Aufl. 2011 Teil D, RdNr. 11

¹¹⁰ Hönes in Martin/Krautzberger Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 3. Aufl. 2011 Teil D, RdNr. 428

¹¹¹ Vgl. Blanke in Calliess/Ruffert EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 167 AEUV RdNr. 1, 15

prägende Kraft für andere Unionspolitiken. Unmittelbare Auswirkungen auf die Mitgliedstaaten sind mit ihr nicht verbunden.

b. Rechtsetzungskompetenz im AEUV

Art. 192 Abs. 1 AEUV stellt die Kompetenzgrundlage für ein Tätigwerden der Union dar, das der Verwirklichung der in Art. 191 AEUV genannten Ziele dient. Nach Art. 191 Abs. 1, 1. Spiegelstrich AEUV trägt die Umweltpolitik der Union zur Verfolgung des Ziels „Erhaltung und Schutz der Umwelt sowie Verbesserung ihrer Qualität“ bei. Der Begriff der Umwelt umfasst insbesondere, Tiere, Flora, Landschaft, Sachgüter und kulturelles Erbe sowie die Wechselwirkungen zwischen diesen Faktoren¹¹². Namentlich das kulturelle Erbe spielt jedoch im Rahmen der europäischen Rechtsetzung kaum eine Rolle¹¹³. Als praktisch wichtige Beispiele für die Rechtsetzung im Bereich der Umweltpolitik sind die Richtlinie 92/43/EWG (sog. Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie - FFH-RL) und die Richtlinie 79/409/EWG über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (sog. Vogelschutzrichtlinie - V-RL) zu nennen. Nach § 288 Abs. 3 AEUV ist eine Richtlinie an die Mitgliedstaaten gerichtet und hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich. Nur hinsichtlich der Umsetzungsmittel haben die Mitgliedstaaten ein Wahlrecht, wobei aber regelmäßig ein Außenrechtsakt wie z.B. ein Gesetz oder eine Rechtsverordnung erforderlich sind. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, die Richtlinie innerhalb der in der Richtlinie bestimmten Frist in nationales Recht umzusetzen. So wurde z.B. die FFH-RL im Bundesnaturschutzgesetz (vgl. §§ 31 ff. BNatSchG) umgesetzt. Grundsätzlich gehen von einer Richtlinie erst nach ihrer erfolgten Umsetzung Rechtswirkungen für Bürger und Behörden aus. Ausnahmsweise ist eine Richtlinie jedoch unmittelbar anwendbar. Voraussetzung¹¹⁴ hierfür ist, dass die Umsetzungsfrist abgelaufen ist ohne dass eine hinreichende Umsetzung stattgefunden hat und die Richtlinie inhaltlich unbeding und hinreichend genau ist. Alle Behörden sind zur Anwendung unmittelbar wirkender Richtlinienbestimmungen verpflichtet¹¹⁵. Im Falle nicht rechtzeitiger oder inhaltlich unzureichender Umsetzung kann die Kommission zudem gegen den Mitgliedstaat ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem Gerichtshof der EU einleiten (Art. 258 AEUV). Das Verhältnis des Unionsrechts zum nationalen Recht ist durch den sog. Anwendungsvorrang des europäischen Rechts gekennzeichnet¹¹⁶. Kollidiert nationales Recht mit europäischem Recht, wird das nationale Recht unanwendbar, bleibt jedoch für rein nationale Sachverhalte weiterhin gültig. Entscheidend ist, dass das europäische Recht sich im Kollisionsfall gegenüber dem nationalen Recht durchsetzt.

3. Zwischenergebnis

- Aus den überstaatlichen Regelungen im Bereich des Denkmalschutzes lässt sich keine Priorität des Denkmalschutzes gegenüber dem Natur- und Artenschutz entnehmen.

¹¹² Callies in Callies/Ruffert EUV/AEUV 4. Aufl. 2011, Art. 191 AEUV RdNr. 9 m.w.N.

¹¹³ Der Begriff wird in der Richtlinie 85/337/EWG über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP-RL) genannt, die mit dem Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG) in nationales Recht umgesetzt wurde (vgl. dort § 2 Abs. 1 s. 2 Nr. 3 „Kulturgüter“); weder die UVP-RL noch das UVPG haben für die hier zu erörternde Problematik eine Bedeutung

¹¹⁴ Vgl. näher Ruffert in Callies/Ruffert EUV/AEUV 4. Aufl. 2011, Art. 288 AEUV RdNr. 51 ff.

¹¹⁵ Ruffert in Callies/Ruffert EUV/AEUV 4. Aufl. 2011, Art. 288 AEUV RdNr. 70

¹¹⁶ Hierüber besteht seit geraumer Zeit Konsens, vgl. Ruffert in Callies/Ruffert EUV/AEUV 4. Aufl. 2011, Art. 1 AEUV RdNr. 16; dies anscheinend verkennend Hönes, Zum Recht der historischen Kulturlandschaften, DÖV 2010, 11 (15)

- Aus europäischen Richtlinien im Bereich der Umweltpolitik können sich zwingende Vorgaben für die Mitgliedstaaten insbesondere in den Feldern des Natur- und Artenschutzes ergeben.

II. Verfassungsrecht

1. Denkmalschutz

Das Grundgesetz enthält – anders als noch Art. 150 der Weimarer Reichsverfassung – keine Regelung für den Bereich des Denkmalschutzes und der Denkmalpflege. Kompetenzrechtlich gehört er als Teil des Kultur bzw. Bauordnungsrechts zum Bereich der Landesgesetzgebung¹¹⁷. Zum überwiegenden Teil ist in den Landesverfassungen der Schutz von Kulturdenkmalen verfassungsrechtlich abgesichert¹¹⁸. So stehen nach § 34 Abs. 2 der Landesverfassung Brandenburg die Kunstwerke und Denkmale der Kultur unter dem Schutz des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände. Diese und vergleichbare Bestimmungen in anderen Landesverfassungen stellen so genannte Staatszielbestimmungen dar, die Gesetzgebung, Gerichte und Verwaltung binden. Die Verfassung von Berlin kennt eine solche Verpflichtung zum Denkmalschutz nicht. Nach Art. 20 Abs. 2 VvB schützt und fördert das Land das kulturelle Leben. Trotz dieser zurückhaltenden Formulierung ist Berlin ein dem Schutz der Kultur verpflichtetes Land¹¹⁹. Der Schutz der Kulturdenkmale wird ergänzend durch die Garantie der Kunstfreiheit in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet. Diese Kunstfreiheitsgarantie schützt nicht nur den Künstler in seinem Kunstschaffen, sondern auch das künstlerische Werk¹²⁰.

2. Naturschutz

Hinsichtlich des Naturschutzes führt das Grundgesetz in Art. 20a GG als Staatsziel den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen auf¹²¹. Eine allgemein verbindliche Definition der „natürlichen Lebensgrundlagen“ gibt es nicht¹²². Gemeint ist damit prinzipiell die gesamte natürliche Umwelt des Menschen, auch wenn sie von ihm erheblich verändert wurde. Geschützt werden die Umweltmedien Luft, Wasser, Boden, das Landschaftsbild, in der Umwelt befindliche Pflanzen, Tiere und Mikroorganismen in ihren Lebensräumen¹²³. Erfasst sind nicht nur die unberührte Landschaft, sondern auch Kulturlandschaften¹²⁴. Damit gehören historische Gärten aufgrund ihres Naturanteils ebenfalls zu den natürlichen Lebensgrundlagen¹²⁵.

3. Rechtswirkungen von Staatszielbestimmungen

Adressat von Staatszielen ist in erster Linie der Gesetzgeber¹²⁶. Zudem enthalten sie für die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung einen bindenden Auftrag.

¹¹⁷ Strobl/Sieche, Denkmalschutzgesetz für Baden-Württemberg 3. Auflage § 1 RdNr. 4

¹¹⁸ Vgl. Hammer, DÖV 1999, 1037

¹¹⁹ Haspel/Martin/Wenz/Drewes, Denkmalschutzrecht in Berlin, 2008, § 1 Anm. 3.2.1

¹²⁰ Scholz in Maunz/Dürig/Herzog, GG Art. 5 Abs. 3 RdNr. 2 ff., 8 ff.

¹²¹ So auch die Landesverfassungen, vgl. z.B. Art. 31 Abs. 1 Verfassung Berlin, Art. 39, 40 Verfassung Brandenburg

¹²² Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 20a, RdNr. 36

¹²³ Jarass/Pieroth, GG, 11. Auflage, Art. 20a RdNr. 3

¹²⁴ Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 9. Auflage, Art. 20a RdNr. 12

¹²⁵ Hönes NuR 2003, 257; str. bei Barockgärten, da sie gezielt durch Handeln des Menschen hervorgebracht werden und von seiner ständigen Einflussnahme abhängig sind, vgl. Hönes a.a.O. m.w.N.

¹²⁶ Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 9. Auflage, Art. 20a RdNr. 15

So sind die Behörden vor allem verpflichtet, die Gehalte von Staatszielen bei der Auslegung von Gesetzen und bei der Ausübung von Ermessenstatbeständen zu beachten.

Dabei sind grundsätzlich alle Staatsziele prinzipiell gleichrangig¹²⁷. Folglich treten der Schutz von Kulturdenkmalen und der Umweltschutz gleichrangig neben andere Staatsziele und sind untereinander sowie mit diesen abzuwägen. Bei Konflikten zwischen einzelnen Staatszielen hängt ihre Gewichtung im konkreten Einzelfall jeweils davon ab, wie stark das Verfolgen des einen Ziels in das Verfolgen des anderen Ziels eingreift und wie weit mildere Eingriffe zu vertreten sind¹²⁸. Weder der Schutz von Kulturdenkmalen noch der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen ist somit innerhalb des Grundgesetzes ein in jedem Fall vorrangiger oder allein ausschlaggebender Belang, vielmehr steht das jeweilige Staatsziel in Gleichordnung mit anderen Staatszielen¹²⁹. Die Verfassung fordert daher einen ständigen Schutzgüter- und Interessenausgleich sowie eine dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechende Lösung der Konflikte zwischen Denkmalschutzinteressen einerseits und Umweltinteressen bzw. sonstigen Interessen andererseits. Für das Verhältnis von Staatszielbestimmungen zu den Grundrechten gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend. Staatszielbestimmungen und Grundrechte stehen sich ebenfalls grundsätzlich gleichrangig gegenüber¹³⁰.

4. Zwischenergebnis

- Aus dem Verfassungsrecht lässt sich keine Priorität des Denkmalschutzes gegenüber dem Natur- und Artenschutz ableiten.

III. Fachgesetze

1. Denkmalschutzrecht

Die Erhaltung historischer Park- und Gartenanlagen als Kulturdenkmäler ist dem Denkmalschutzrecht zugeordnet¹³¹. Sie werden regelmäßig nach den Landesdenkmalgesetzen geschützt. So kennt z.B. Brandenburg nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 BbgDSchG gärtnerische Anlagen oder sonstige von Menschen gestaltete Teile von Landschaften mit ihren Pflanzen, Frei- und Wasserflächen (Gartendenkmale). Mit dem Begriff „von Menschen gestaltete Teile von Landschaften“ werden ausdrücklich historische Kulturlandschaften berücksichtigt¹³². Erfasst werden nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 BbgDSchG zudem Mehrheiten baulicher oder technischer Anlagen einschließlich der mit ihnen verbundenen Frei- und Wasserflächen, die in ihrer Gesamterscheinung, Struktur, Funktion oder in anderer Weise aufeinander bezogen sind, unabhängig davon, ob die einzelnen Anlagen für sich die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllen (Denkmalbereiche). Denkmalbereiche sind u.a. insbesondere Zeugnisse der Garten- und Landschaftsgestaltung. In Berlin ist nach § 2 Abs. 4 S. 1 BlnDSchG eine Grünanlage, eine Garten- oder Parkanlage, ein

¹²⁷ Jarass/Pieroth, GG, 11. Auflage, Art. 20a RdNr.14

¹²⁸ Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 9. Auflage, Art. 20a RdNr. 6

¹²⁹ Bernsdorff NuR 1997, 328

¹³⁰ So ausdrücklich zu Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG Scholz in Maunz/Dürig/Herzog GG Art. 20a RdNr. 42 unter Verweis auf BVerwG NJW 1995, 2648

¹³¹ Hönes in Martin/Krautzberger Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 3. Aufl. 2011 Teil C, RdNr. 67

¹³² Hönes in Martin/Krautzberger Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 3. Aufl. 2011 Teil C, RdNr. 65

Friedhof, eine Allee oder ein sonstiges Zeugnis der Garten- und Landschaftsgestaltung ein Gartendenkmal.

Eine Park- oder Gartenanlage wird als Denkmal geschützt, wenn an der Erhaltung wegen seiner geschichtlichen, wissenschaftlichen, technischen, künstlerischen, städtebaulichen oder volkskundlichen Bedeutung ein öffentliches Interesse besteht (§ 2 Abs. 1 BbgDSchG¹³³). Diese gesetzlichen Tatbestandsmerkmale stellen unbestimmte Rechtsbegriffe dar, die in vollem Umfang der Nachprüfung durch die Verwaltungsgerichte unterliegen. Der Behörde ist insoweit kein Ermessen eingeräumt. Die unbestimmten Rechtsbegriffe bieten auch keinen Beurteilungsspielraum für die Behörde, da ihre Anwendung kein höchstpersönliches Werturteil bzw. keine höchstpersönliche Fachentscheidung in einer nicht wiederholbaren Beurteilungssituation darstellt, sondern aufgrund von Fachkriterien jederzeit nachvollziehbar ist¹³⁴.

Dabei begründen die Merkmale geschichtlich, wissenschaftlich, technisch, künstlerisch, städtebaulich und volkskundlich die Denkmalfähigkeit einer Anlage. Aus geschichtlichen und namentlich aus künstlerischen Gründen können Zeugnisse der Gartenbaukunst denkmalfähig sein. Hinzukommen muss dann noch das öffentliche Erhaltungsinteresse. Die Eigenschaft einer Anlage als Kulturdenkmal setzt voraus, dass ein Schutzgrund für Ihre Erhaltung spricht (Denkmalfähigkeit) und ein öffentliches Interesse besteht, das die auf einem gesetzlichen Schutzgrund beruhende Erhaltung der Anlage rechtfertigt. Zur Ausfüllung des Begriffs „öffentliches Interesse“ können lediglich die geschichtlichen, wissenschaftlichen, technischen, künstlerischen, städtebaulichen oder volkskundlichen Gründe herangezogen werden, auf die § 2 Abs. 1 BbgDSchG verweist.

Andere öffentliche Belange wie z.B. die des Naturschutzes gehören nicht zu den beachtlichen öffentlichen Interessen in diesem Sinne. Der Gesetzeswortlaut lässt ihre Berücksichtigung bei der Prüfung der Denkmaleigenschaft nicht zu. Sie sind erst bei der Entscheidung über das Schicksal des Kulturdenkmals in die im Rahmen der Genehmigungstatbestände (vgl. § 9 BbgDSchG, insbesondere Abs. 2 Nr. 2; § 11 Bln DSchG) vorzunehmende Interessenabwägung einzustellen. Die hierin zum Ausdruck kommende Zweistufigkeit der Interessenabwägung ist in allen Denkmalschutzgesetzen der Länder verwirklicht. Für die Reichweite und Intensität der denkmalschutzrechtlichen Schutzwirkung ist allein maßgebend, welche der gesetzlichen Bedeutungskategorien (Schutzgründe) erfüllt sind, an welche Teile und Komponenten diese Beurteilung gegenständlich anknüpft und welches Gewicht dem Schutzgrund hierbei zukommt¹³⁵. Im Rahmen der Unterschutzstellung verbietet das Denkmalschutzrecht eine Interessenabwägung¹³⁶.

Die Unterschutzstellung von Kulturdenkmalen erfolgt in der Regel kraft Gesetzes ohne dass ein förmlicher Bescheid (Verwaltungsakt) erlassen werden muss. Die Denkmale werden nur nachrichtlich in ein öffentliches Verzeichnis (Denkmalliste) eingetragen. Der Schutz nach dem Denkmalschutzgesetz ist nicht von der Eintragung der Denkmale in die Denkmalliste abhängig (vgl. § 3 Abs. 1 BbgDSchG, § 4 Abs. 1 Bln DSchG).

¹³³ Ebenso § 2 Abs. 4 S. 1 i.V.m. Abs. 2 DSchG Bln, allerdings ohne die Merkmale technisch und volkskundlich; abgestellt wird auf das Interesse der Allgemeinheit

¹³⁴ Strobl/Sieche Denkmalschutzgesetz für Baden-Württemberg, 3. Auflage § 2 RdNr. 8, h.M.

¹³⁵ Strobl/Sieche Denkmalschutzgesetz für Baden-Württemberg, 3. Auflage § 2 RdNr. 24; Peter Viernickel Thüringer Denkmalschutzgesetz, S. 43

¹³⁶ Hönes in Martin/Krautzberger Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 3. Aufl. 2011 Teil C, RdNr. 68 unter Verweis auf OVG RP DÖV 1984, 75.; 1985, 932

Der Eigentümer oder sonstige Verfügungsberechtigte ist regelmäßig verpflichtet, das Denkmal im Rahmen des Zumutbaren zu erhalten, es instand zu setzen, zu schützen und zu pflegen (vgl. § 7 Abs. 1 BbgDSchG, § 8 Abs. 1 BlnDSchG)¹³⁷. Die Instandhaltung soll dem Verfall des Kulturdenkmals vorbeugen. Die Instandsetzung soll bereits eingetretene Schäden beseitigen. Bei der Wiederherstellung geht es um die Beseitigung eines rechtswidrig hergestellten Zustands. Wenn z.B. ungenehmigt Beeinträchtigungen oder Veränderungen am Denkmal vorgenommen wurden, kann die Denkmalschutzbehörde die Wiederherstellung des früheren Zustands anordnen (§ 13 Abs. 1 BlnDSchG, § 8 Abs. 4 BbgDSchG). Danach kann die z.B. die Wiederanpflanzung von rechtswidrig beseitigten Bäumen verlangt werden¹³⁸. Davon abgesehen unterliegen Instandsetzung und Wiederherstellung regelmäßig der Genehmigungspflicht (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 4 BlnDSchG, § 9 Abs. 1 Nr. 2 BbgDSchG). Bei Gartendenkmalen sind die laufenden, zur Erhaltung des geschützten Erscheinungsbilds erforderlichen regelmäßigen Pflegemaßnahmen wie Rückschnitt und Rasenmähen zur Instandhaltung zu zählen. Des Weiteren gehört bei Gartendenkmalen zur Instandhaltung auch das Verjüngen der Pflanzenbestände und zur Wiederherstellung auch, noch Vorhandenes, aber im Absterben Begriffenes, zu ersetzen. Zwischen beiden wird oft schwer zu trennen sein¹³⁹.

Veränderungen des Denkmals sind grundsätzlich immer genehmigungspflichtig (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 1 BlnDSchG). Dies können auch das aktuelle Erscheinungsbild verändernde Pflegemaßnahmen in einer Park- oder Gartenanlage sein wie z.B. Schnitt der Bäume¹⁴⁰. Die Genehmigung ist nach § 11 Abs. 1 S. 3 BlnDSchG ggf. unter Nebenbestimmungen zu erteilen, wenn dem Vorhaben keine Gründe des Denkmalschutzes entgegenstehen oder ein überwiegendes öffentliches Interesse trotz entgegenstehender Gründe des Denkmalschutzes die Maßnahme verlangt. In diesen beiden Fällen handelt es sich um eine gebundene Entscheidung, in allen sonstigen Fällen ist eine Ermessensausübung erforderlich¹⁴¹. Die Denkmalschutzbehörde muss nach § 11 Abs. 1 S. 3 BlnDSchG ermitteln, welche sonstigen Interessen die Maßnahme verlangen und für die Genehmigung sprechen. Für eine Veränderung können z.B. Gründe der Verkehrssicherheit oder des Naturschutzes¹⁴² sprechen. Hinsichtlich der Gewichtigkeit der Gründe sind die Umstände des Einzelfalls entscheidend. Sie hängen ab vom Stellenwert und der Bedeutung des Denkmals sowie von der Art und der Intensität des Eingriffs¹⁴³. Die für und gegen die Genehmigung des Vorhabens sprechenden Gründe sind gegeneinander abzuwägen. In Berlin müssen aufgrund des Wortlauts des § 11 Abs. 1 S. 3 BlnDSchG die Gründe des Denkmalschutzes nicht überwiegen um eine Zulas-

¹³⁷ Dass § 7 Abs. 1 die Instandsetzungspflicht nicht ausdrücklich erwähnt, ist unerheblich. Sie folgt aus der allgemeinen Erhaltungspflicht, vgl. Strobl/Sieche Denkmalschutzgesetz für Baden-Württemberg, 3. Auflage § 6 RdNr. 3

¹³⁸ Hönes NuR 2003, 257

¹³⁹ Hönes NuR 2003, 257; Martin/Mieth/Graf/Sautter, Brandenburgischen Denkmalschutzgesetz, 2. Aufl. 2008, § 7 Anm. 4.4.2 zählen das Nachpflanzen anscheinend nicht mehr zur Instandhaltung, sondern zur Instandsetzung; Schmaltz/Wiechert, Niedersächsisches Denkmalschutzgesetz 1998, § 6 RdNr. 8 zählen zur Instandsetzung ebenfalls, dass Bäume und Sträucher, die zum Gartendenkmal gehören, ersetzt werden, wenn sie abgängig sind und dass der Aufwuchs, der den Charakter des Denkmals zu verändern droht (z.B. Sichtbeziehungen verdeckt), beseitigt wird

¹⁴⁰ Haspel/Martin/Wenz/Drewes, Denkmalschutzrecht in Berlin, 2008, § 11 Anm. 3.3.1.4; Martin/Mieth/Graf/Sautter, Brandenburgischen Denkmalschutzgesetz, 2. Aufl. 2008, § 7 Anm. 3.3.2.3

¹⁴¹ Haspel/Martin/Wenz/Drewes, Denkmalschutzrecht in Berlin, 2008, § 11 Anm. 4.1.2

¹⁴² Haspel/Martin/Wenz/Drewes, Denkmalschutzrecht in Berlin, 2008, § 11 Anm. 4.3.1.2; OLG Karlsruhe NVwZ-RR 1992, 26

¹⁴³ Haspel/Martin/Wenz/Drewes, Denkmalschutzrecht in Berlin, 2008, § 11 Anm. 4.3.1.3

sung des Vorhabens abzulehnen. In Bayern sind nach Art. 6 Abs. 2 BayDSchG gewichtige Gründe des Denkmalschutzes erforderlich.

Diese Ausnahme vom Verbot, ein Denkmal zu verändern, wird analog auf das (positive) Erhaltungsgebot (s.o.) zu übertragen sein, so dass demnach Maßnahmen zur Erhaltung des Denkmals unterbleiben dürfen, wenn sie einem überwiegenden öffentlichen Interesse unvermeidlich zuwiderlaufen. Ein solches überwiegendes Interesse kann sich in Ausnahmefällen auch aus dem Naturschutz ergeben. Die hier vorzunehmende Interessenabwägung wird insbesondere zu berücksichtigen haben, wie wichtig das von den Erhaltungsmaßnahmen betroffene Biotop für den Naturhaushalt ist¹⁴⁴.

Denkmale sind grundsätzlich so zu nutzen, dass ihre Erhaltung auf Dauer gewährleistet ist (vgl. § 7 Abs. 2 BbgDSchG, § 9 BlnDSchG).

Aus der Aufgabe zum Denkmalschutz (vgl. § 1 Abs. 2 BlnDSchG) folgt prinzipiell die Pflicht aller Behörden zum denkmalfreundlichen Vollzug aller Gesetze¹⁴⁵.

In den Denkmalschutzgesetzen finden sich keine sog. Kollisionsnormen. Dies sind Vorschriften, die das Verhältnis des Denkmalschutzgesetzes zu anderen Fachgesetzen regeln. Üblich ist im Regelfall die verfahrensrechtliche Regelung, dass eine Baugenehmigung die erforderliche denkmalenschutzrechtliche Genehmigung beinhaltet (vgl. z.B. § 12 Abs. 3 S. 2 BlnDSchG).

2. Zwischenergebnis

- Belange des Naturschutzes werden bei der Unterschutzstellung nach dem Denkmalschutzrecht nicht berücksichtigt, eine Interessenabwägung findet insoweit nicht statt.
- Das Denkmalschutzrecht weist keine ausdrücklichen Bezüge zum Naturschutzrecht auf, schließt aber andererseits eine Berücksichtigung nicht zwingend aus.
- Jedenfalls existiert keine Kollisionsnorm hinsichtlich des Naturschutzrechts.

3. Naturschutzrecht

a. Einführung

Am 1. März 2010 ist das neue Bundesnaturschutzgesetz in Kraft getreten. Es löste das bestehende BNatschG ab, das bislang als Rahmenrecht allgemeine Vorgaben für die Länder enthielt. Durch die Föderalismusreform vom September 2006 hatte der Bund erstmals die Möglichkeit erhalten, das Naturschutzgesetz in eigener Kompetenz umfassend selbst zu regeln¹⁴⁶. Zuvor besaß er bei dieser Materie nur die so genannte Rahmenkompetenz, die ergänzende Regelungen der 16 Bundesländer erforderte. Die Kompetenzverteilung sieht nach der Verfassungsreform zwar auf dem Gebiet des Naturschutzes Abweichungsrechte der Bundesländer vor. Davon ausgenommen sind jedoch insbesondere die allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes sowie das Recht des Artenschutzes (Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GG). Inhaltlich knüpft die Neuregelung an das alte BNatschG an. Darüber hinaus wurden einige bisher den Ländern vorbehaltene Bereiche in das vorhandene Regelungskonzept integriert. Dies gilt namentlich für den sogenannten allgemeinen Artenschutz (§§ 39 – 43 BNatschG), also Regelungen zum Schutz von Tier- und Pflanzenarten, die wegen ihrer Seltenheit oder Gefährdung nicht bereits ohnehin einen strengeren Schutz genießen.

¹⁴⁴ Vgl. Schmaltz/Wiechert, Niedersächsisches Denkmalschutzgesetz 1998, Vorbem RdNr. 55

¹⁴⁵ Haspel/Martin/Wenz/Drewes, Denkmalschutzrecht in Berlin, 2008, § 1 Anm. 4.1

¹⁴⁶ Näher zur Gesetzgebungskompetenz Fischer-Hüftle NuR 2007, 78

Mit Inkrafttreten des BNatschG wurde das Landesrecht der Bundesländer verdrängt. Folge für das Landesrecht ist, dass in jedem der Länder Ausführungsgesetze zum BNatschG erlassen werden müssen, die verdeutlichen und bestimmen, welche Regelungen aus dem Landesrecht zukünftig neben dem BNatschG gelten werden¹⁴⁷. Z.B. das Berliner Naturschutzgesetz vom 03.11.2008 (zuletzt geändert durch Art. II Umweltschaden-Ausführungsgesetz vom 20.05.2011) und das Brandenburgische Naturschutzgesetz vom 26.05.2004 (zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 15.07.2010) sind noch nicht an das neue Bundesnaturschutzgesetz angepasst.

b. Allgemeine Vorschriften des BNatschG/Zielvorschriften

aa. § 1 Abs. 4 Nr. 1 BNatschG Historisch gewachsene Kulturlandschaften

Während das Denkmalschutzrecht zum Naturschutzrecht keine Aussagen trifft, enthält umgekehrt das Naturschutzrecht Bezüge zum Denkmalschutz. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 4 BNatschG gehört zu den Zielen des Naturschutzes die dauerhafte Sicherung der Vielfalt, Eigenart und Schönheit sowie des Erholungswertes von Natur und Landschaft. Zu diesem Zweck sind nach § 1 Abs. 4 Nr. 1 BNatschG „Naturlandschaften und historisch gewachsene Kulturlandschaften, auch mit ihren Kultur-, Bau- und Bodendenkmälern, vor Verunstaltung, Zersiedelung und sonstigen Beeinträchtigungen zu bewahren“. Gartendenkmale sind zwar nicht ausdrücklich aufgeführt, werden aber ebenfalls als historisch gewachsene Kulturlandschaften von der Vorschrift erfasst¹⁴⁸. Als Beispiele sind insbesondere zu nennen historische Gartenformen wie Renaissance-, Manierismus-, Barock-, Rokoko- oder Landschaftsgärten im englischen Stil sowie Volksgärten¹⁴⁹. Sie sind häufig auf Grund ihres Wertes als Rückzugsgebiete für Tier- und Pflanzenarten sowie aus kulturgeschichtlichen Gründen schützenswert.

Aus § 1 Abs. 4 Nr. 1 BNatschG lässt sich jedoch kaum ein strenger Schutz der historischen Park- und Gartenanlagen herleiten, denn es geht nur um die Verhinderung der Verunstaltung, Zersiedelung oder sonstiger Beeinträchtigungen (vgl. Wortlaut „bewahren“). Nachteilige Maßnahmen zu Lasten des Gartendenkmals sind folglich untersagt. Positive Handlungen zur Erhaltung eines Gartendenkmals wie das Schneiden von Bäumen und Freihalten von Sichtachsen sind danach aber nicht gefordert¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Lütke/Ewer BNatschG, 2011, Einl RdNr. 22

¹⁴⁸ A.A. Hönes in Martin/Krautzberger Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 3. Aufl. 2011 Teil D, RdNr. 455: „historisch gewachsene Kulturlandschaften“ erfasse Gartendenkmäler nicht, da sie zumindest teilweise keine historisch gewachsenen Anlagen, sondern als Werke der Gartenkunst (z.B. Barockgärten) geplant worden seien; andererseits werde dieses Manko durch § 2 Abs. 5 S. 2 BNatschG wieder etwas relativiert

¹⁴⁹ Schuhmacher/Schuhmacher in Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatschG, 2. Auflage, § 1 RdNr. 141 mit Verweis auf Gassner in Gassner/Schmidt-Räntsch/Bendomin-Kahlo, BNatschG, 2. Auflage § 2 RdNr. 96; Mengel in Frenz/Müggenborg, BNatschG 2011, § 1 RdNr. 81

¹⁵⁰ Louis, Baumzeitung 01/2011, 32; anders noch Gassner in Gassner in Gassner/Bendomin-Kahlo/Schmidt-Räntsch BNatschG 2. Aufl. 2003 § 2 RdNr. 100 zu § 2 Abs. 1 Nr. 14 BNatschG a.F.: „Der Erhaltungsauftrag schließt die Erhaltungspflege ein.“; allerdings hatte die Vorschrift im BNatschG a.F. einen andern Wortlaut: danach waren die historischen Kulturlandschaften usw. „zu erhalten“ (statt nach n.F. „zu bewahren“)

bb. § 2 Abs. 3 BNatschG Abwägungsklausel

Nach § 2 Abs. 3 BNatschG sind die Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege zu verwirklichen, soweit es im Einzelfall möglich, erforderlich und unter Abwägung aller sich aus § 1 Abs. 1 BNatschG ergebenden Anforderungen untereinander und gegen die sonstigen Anforderungen der Allgemeinheit an Natur und Landschaft angemessen ist. Das heißt, dass die einzelnen Ziele aus § 1 Abs. 1 BNatschG, nämlich Natur und Landschaft so zu schützen, dass die biologische Vielfalt (Nr. 1), die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts (Nr. 2) sowie die Vielfalt, Eigenart und Schönheit sowie des Erholungswertes von Natur und Landschaft (Nr. 3) auf Dauer gesichert sind, jeweils der Abwägung unterliegen. Dies gilt insbesondere auch für das Verhältnis von Schutz der historischen Park- und Gartenanlagen und dem sonstigen Naturschutz. Der in § 1 Abs. 1 BNatschG geregelte Schutzauftrag gilt folglich nicht absolut. Es muss vielmehr in jedem Einzelfall geprüft werden, welche der drei Zielvorgaben bzw. welche der sonstigen Anforderungen der Allgemeinheit an Natur und Landschaft bei der Planung und Durchführung einer konkreten Maßnahme im Einzelfall vorgeht. Da bei gebundenen Entscheidungen kein Raum für eine Abwägungsentscheidung ist, kann das Abwägungsgebot nur dort zur Anwendung kommen, wo der Behörde ein planerisches oder sonstiges Ermessen eingeräumt ist (z.B. im Rahmen der Eingriffsregelung nach § 5 Abs. 5 BNatschG). Außerdem greift das Abwägungsgebot in allen Fällen, in denen die Behörde die zur Einhaltung des BNatschG notwendigen Maßnahmen trifft¹⁵¹ (vgl. die Generalklausel in § 3 Abs. 2 BNatschG). Das Gewicht der Belange des Naturschutzes ist anhand der konkreten Umstände im Hinblick auf die betroffenen Flächen im Einzelfall zu ermitteln. Dabei haben rechtliche Wertungen, wie z.B. die Vorgaben des europäischen Rechts, insbesondere die FFH-Richtlinie und die Vogelschutzrichtlinie (Natura 2000) oder die Belange des Artenschutzes ein besonderes Gewicht¹⁵². Eine im BNatschG ausdrücklich geregelte Berücksichtigungspflicht der Belange des Denkmalschutzes und der Denkmalpflege bei der Verwirklichung der Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege nicht¹⁵³.

cc. § 2 Abs. 5 BNatschG Verpflichtung zum europäischen und internationalen Natur- und Kulturschutz

Die Vorschrift fordert die Unterstützung bei inter- und supranationalen Naturschutzbemühungen ein und nennt dabei ausdrücklich in S. 1 das Netz „Natura 2000“ sowie in S. 2 den Schutz des Kultur und Naturerbes im Sinne des Übereinkommens zum Schutz des Natur- und Kulturerbes der Welt. Der Regelungsgehalt geht zunächst einmal dahin, die sich aus den jeweiligen Übereinkommen ergebenden Verpflichtungen einzuhalten. Da die Bundesrepublik Deutschland zu den aufgeführten Maßnahmen bereits unions¹⁵⁴- und völkerrechtlich¹⁵⁵ verpflichtet ist, hat die Vorschrift insoweit nur deklaratorischen Charakter¹⁵⁶. Irgendwelche Prioritäten regelt § 2 Abs. 5 BNatschG nicht. Die sich aus der Welterbekonvention ergebenden Verpflichtungen sind neben dem Denkmal- und Baurecht auch mit den

¹⁵¹ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 2 RdNr. 12

¹⁵² Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 2 RdNr. 13

¹⁵³ Dies bedauernd Hönes NuR 2003, 257 (265)

¹⁵⁴ Vgl. oben die Ausführungen zum Naturschutz im europäischen Recht, insbesondere nach FFH-RL und V-RL

¹⁵⁵ Zur Welterbekonvention s. die Ausführungen oben zum Denkmalschutz im überstaatlichen Recht/Völkerrecht

¹⁵⁶ Hendrichske in Frenz/Müggenborg, BNatschG 2011, § 2 RdNr. 52

Instrumenten des Naturschutzrechts durch die zuständigen Behörden umzusetzen¹⁵⁷.

c. Zwischenergebnis

- Weder aus den Zielen des Naturschutzes und der Landschaftspflege (§ 1 BNatschG) noch aus den Vorschriften zur Verwirklichung der Ziele (§ 2 BNatschG) ergibt sich eine Priorität des Denkmalschutzes gegenüber dem Natur- und Artenschutz.

d. Pflege von Gartendenkmalen aus naturschutzrechtlicher Sicht im Einzelnen

Zunächst ist darauf einzugehen, welche Bedeutung die Eingriffsregelung nach § 14 BNatschG für Gartendenkmale hat. Des Weiteren ist zu untersuchen, inwieweit historische Park- und Gartenanlagen insbesondere als Naturschutzgebiete (§ 23 BNatschG), Landschaftsschutzgebiete (§ 26 BNatschG), Naturparke (§ 27 BNatschG) oder geschützte Landschaftsbestandteile (§ 29 BNatschG) unter Naturschutz gestellt werden können. Fraglich ist außerdem, ob losgelöst von solchen speziellen naturschutzrechtlichen Unterschutzstellungen im Einzelfall der gesetzliche Biotopschutz nach § 30 BNatschG sowie die Regelungen des allgemeinen Artenschutzes in § 39 BNatschG und des besonderen Artenschutzes in § 44 BNatschG zu beachten sind. Außerdem ist zu klären, wie sich das Vorliegen eines Natura 2000-Gebietes nach §§ 31 ff. BNatschG auf den Denkmalschutz auswirkt.

aa. § 14 BNatschG Eingriffe in Natur und Landschaft

Eingriffe in Natur und Landschaft sind nach § 14 Abs. 1 BNatschG Veränderungen der Gestalt oder der Nutzung von Grundflächen, die die Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts oder das Landschaftsbild erheblich beeinträchtigen können.

Voraussetzung für einen Eingriff ist eine Änderung der Gestalt oder Nutzung einer Grundfläche. Schutz-, Pflege- und Entwicklungsmaßnahmen des Naturschutzes sind grundsätzlich nicht als Beeinträchtigungen anzusehen und damit kein Eingriff¹⁵⁸. Die denkmalschutzgerechte Pflege einer historischen Park- oder Gartenanlage stellt keine Veränderung der Nutzung einer Grundfläche dar, denn diese wird vorher wie nachher gleich genutzt, die Nutzung als Park- oder Gartenanlage besteht unverändert weiter¹⁵⁹. Die Gestalt von Grundflächen umfasst insbesondere den Pflanzenbestand und das geomorphologische Erscheinungsbild (Landschaftsrelief)¹⁶⁰. Veränderungen von Gewässern und ihres Gewässerbettes werden ebenfalls erfasst. Verglichen wird der Zustand einer Fläche vor und nach einer Veränderung, wobei nicht erhebliche Beeinträchtigungen ausscheiden. Typische Veränderungen sind u.a. der Straßenbau, die Errichtung von Bauten aller Art, Aufschüttungen, Abgrabungen und die Veränderung oder Beseitigung von Gewässern. Erfasst sind auch Waldrodungen sowie die Beseitigung von Hecken¹⁶¹. Damit kann z.B. auch das Freistellen von Sichtachsen in einem Gartendenkmal eine Veränderung der Gestalt einer Grundfläche sein.

¹⁵⁷ Lütkes in Lütkes/Ewer BNatschG 2011, § 2 RdNr. 20

¹⁵⁸ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 14 RdNr. 10

¹⁵⁹ Hönes NuR 2003, 257 unter Verweis auf Louis/Engelke, Bundesnaturschutzgesetz 2000, § 8 RdNr. 8; Louis Baumzeitung 01/2011, 32

¹⁶⁰ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 14 RdNr. 6

¹⁶¹ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 14 RdNr. 7; BVerwG NuR 1992, 328

Ob dadurch eine erhebliche Beeinträchtigung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts oder des Landschaftsbilds eintritt, ist eine im Einzelfall naturschutzfachlich zu beurteilende Frage¹⁶². Negative Auswirkungen auf den **Naturhaushalt** liegen z.B. vor, wenn einzelne Elemente des Naturhaushalts wie Tiere und Pflanzen in ihrer Anzahl reduziert werden. Beeinträchtigungen sind damit gegeben, wenn die Artenvielfalt messbar zurückgeht¹⁶³. Je empfindlicher das jeweilige Ökosystem ist, desto eher wird die Schwelle zur Erheblichkeit überschritten. Deshalb sind Beeinträchtigungen in gesetzlich geschützten Biotopen, durch förmliche Ausweisung geschützten Gebieten oder in FFH-Gebieten eher erheblich¹⁶⁴. Außerhalb dieser Schutzflächen wird dies tendenziell nur ausnahmsweise der Fall sein¹⁶⁵. Das maßvolle Zurückschneiden von Pappeln in einem Naturschutzgebiet wird in der Regel einen nicht erheblichen Bagatellfall darstellen¹⁶⁶. Auch die regelmäßige Pflege (Instandhaltung) der Grünanlagen durch das Mähen von Grasflächen, das Beschneiden und Auslichten von Bäumen und Sträuchern, das Entfernen einzelner Bäume und Sträucher und die Unterhaltung der zum Gartendenkmal gehörenden Gewässer werden zu keiner erheblichen Beeinträchtigung des Naturhaushalts führen. Andererseits kann eine solche erhebliche Beeinträchtigung eintreten, wenn ein geschütztes Biotop vernichtet wird und die Anlage ihre Eignung als Biotop für lange Zeit verliert. Umfangreiche Instandsetzungsarbeiten in einem seit Jahrzehnten nicht mehr gepflegten und nunmehr verwilderten Park (Parksanierung) sind, wenn z.B. zu diesem Zweck Aufwuchs auf größeren Flächen beseitigt werden soll, im Einzelfall ebenfalls als erhebliche Beeinträchtigung des Naturhaushalts anzusehen¹⁶⁷.

Eine erhebliche Beeinträchtigung des **Landschaftsbildes** liegt vor, wenn der Eingriff als Fremdkörper in der Landschaft erscheint und daher einen negativ prägenden Einfluss hat, d.h., das Landschaftsbild müsste verschlechtert werden¹⁶⁸. Dies kann aber bei der Freilegung von Sichtachsen kaum bejaht werden, denn dadurch wird das Landschaftsbild unter Umständen sogar verbessert, jedenfalls nicht verschlechtert.

Das BNatschG enthält keine Positiv- und Negativlisten, wie sie auf der Grundlage des früheren Rahmenrechts (vgl. § 18 Abs. 4 BNatschG a.F.) in vielen Bundesländern üblich waren. Diese Listen enthielten eine widerlegliche Vermutung, dass die aufgeführten Maßnahmen in der Regel den Tatbestand eines Eingriffs erfüllten oder eben nicht erfüllten. Sie dienten einem effektivem Verwaltungsvollzug, führten teilweise aber auch zu einer rahmenrechtswidrigen Modifikation des Eingriffstatbestands¹⁶⁹. Unter Berücksichtigung der geänderten Rechtslage aufgrund der novellierten Gesetzgebungskompetenzen sowie und den darauf basierenden Regelungen des neuen BNatschG sind solche Listen in den Ländern nur noch in en-

¹⁶² Lütkes/Ewer BNatschG 2011, § 14 RdNr. 13

¹⁶³ Lütkes/Ewer BNatschG 2011, § 14 RdNr. 16

¹⁶⁴ Mengel in Frenz/Müggenborg BNatschG 2011, § 14 RdNr. 29

¹⁶⁵ Louis BaumZeitung 01/2009, 32; Hönes in Martin/Krautzberger Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 3. Aufl. 2011 Teil D, RdNr. 439

¹⁶⁶ Mengel in Frenz/Müggenborg BNatschG 2011, § 14 RdNr. 30

¹⁶⁷ Schmaltz/Wiechert, Niedersächsisches Denkmalschutzgesetz 1998, Vorbem RdNr. 60

¹⁶⁸ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 14 RdNr. 20; Louis BaumZeitung 01/2009, 32; nach Hönes NuR 2003, 257 soll unter Verweis auf Louis/Engelke BNatschG 2000, § 8 RdNr. 6 hierbei Bezugspunkt die historische Anlage sein, so dass bei einer Pflege, die dem Gesamtbild entspricht, auch keine Änderung der Gestalt gegeben sei.

¹⁶⁹ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 14 RdNr. 22 unter Verweis auf Koch in: Kerkmann, 2. Aufl., § 4 RdNr. 21 ff.

gen Grenzen möglich. Nur soweit sie mit dem allgemeinen Grundsatz des § 13 BNatschG in Einklang stehen sind sie, ggf. im Wege einer abweichenden Regelung, denkbar¹⁷⁰.

Beispielsweise regelt in Mecklenburg-Vorpommern das Naturschutzausführungsgesetz vom 23.02.2010, dass nach § 12 Abs. 1 Nr. 8 NatschAG M-V die Beseitigung oder nachhaltige oder erhebliche Schädigung von Parkanlagen, Alleen, Baumreihen, Baumgruppen, Feldgehölzen und Feldhecken einen Eingriff nach § 14 Abs. 1 BNatschG darstellt¹⁷¹. Gemäß § 12 Abs. 2 Nr. 3 NatschAG M-V gilt Abs. 1 nicht für die Pflege und Rekultivierung vorhandener Garten- und Parkanlagen entsprechend dem Denkmalschutzrecht. Das heißt, dass in Mecklenburg-Vorpommern danach Maßnahmen zur Pflege und Rekultivierung von Gartendenkmalen regelmäßig nicht als Eingriff anzusehen sind. Nach § 10 Abs. 3 Nr. 3 BbgNatschG gelten nicht als Eingriffe die Pflege, Restaurierung oder Rekonstruktion unter Denkmalschutz stehender Garten- oder Parkanlagen entsprechend einer zwischen unterer Denkmalschutzbehörde und unterer Naturschutzbehörde einvernehmlich abgestimmten langfristigen gartendenkmalpflegerischen Zielstellung. Unabhängig von dieser Eingriffsregelung sind jedoch insbesondere die speziellen Vorschriften zum gesetzlichen Biotopschutz (§ 30 BNatschG) und zum besonderen Artenschutz (§ 44 BNatschG) zu berücksichtigen. Sie sind nicht als Sonderfall des Eingriffs im Sinne des § 10 Abs. 3 Nr. 3 BbgNatschG qualifiziert¹⁷². Richtigerweise muss in jedem Einzelfall geprüft werden, ob die Kriterien für das Vorliegen eines Eingriffs nach § 14 Abs. 1 BNatschG erfüllt sind¹⁷³. Deshalb begegnet auch die vom Denkmalschutz gewünschte Regelung¹⁷⁴ im BNatschG, dass die denkmalrechtlich gebotene Erhaltung und Pflege historischer Park- und Gartenanlagen keinen Eingriff im Sinne des § 18 Abs. 1 BNatschG sei, rechtlichen Bedenken.

Jedenfalls in den Bundesländern, die die Gartendenkmäler nicht in einer Negativliste führen, ist das Vorliegen eines Eingriffs im Einzelfall nicht von vorneherein ausgeschlossen.

bb. § 23 BNatschG Naturschutzgebiete

Naturschutzgebiete¹⁷⁵ können nach § 23 Abs. 1 BNatschG festgesetzt werden in Gebieten, in denen ein besonderer Schutz von Natur und Landschaft erforderlich ist, zur Erhaltung, Entwicklung oder Wiederherstellung von Lebensstätten, Biotopen oder Lebensgemeinschaften bestimmter wild lebender Tier- und Pflanzenarten (Nr. 1), aus wissenschaftlichen, naturgeschichtlichen oder landeskundlichen Gründen (Nr. 2) oder wegen ihrer Schönheit, besonderen Eigenart oder hervorragenden Schönheit (Nr. 3). Eine besondere Beschaffenheit des Schutzgegenstandes – abgesehen von der Erforderlichkeit der Unterschutzstellung¹⁷⁶ – ist nicht notwendig. Das Gebiet muss sich nicht in einem vom Menschen nicht oder nur wenig beeinflussten Zustand befinden, weshalb als Naturschutzgebiet auch Kultur-

¹⁷⁰ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 14 RdNr. 22

¹⁷¹ Ähnlich § 4 Abs. 1 Nr. 8 LG N-W, § 8 Abs. 2 Nr. 11 SächsNatschG; im NatschG Bln gibt es bislang keine vergleichbare Regelung, ebenso wenig im BbgNatschG

¹⁷² Martin/Mieth/Graf/Sautter, Brandenburgischen Denkmalschutzgesetz, 2. Aufl. 2008, Einf 6.3.1, 6.3.2

¹⁷³ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 14 RdNr. 23

¹⁷⁴ Hönes in Martin/Krautzberger Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 3. Aufl. 2011 Teil D, RdNr. 440 vermisst eine solche Regelung im BNatschG

¹⁷⁵ Z.B. ist die Pfaueninsel (Berlin) Gartendenkmal und seit 1924 als Naturschutzgebiet ausgewiesen

¹⁷⁶ Näher hierzu Lütkes/Ewer BNatschG 2011, § 22 RdNr. 8

landschaften in Betracht kommen¹⁷⁷. Landeskundliche Gründe im Sinne der Nr. 2 sind insbesondere bei historischen Kulturlandschaften gegeben¹⁷⁸. Allerdings dürfen Teile von Natur und Landschaft trotz ihrer landeskundlichen Bedeutung dann nicht als Naturschutzgebiet unter Schutz gestellt werden, wenn in erster Linie kultur- bzw. kunstgeschichtliche Gesichtspunkte im Vordergrund stehen; wenn ein solcher Schutzzweck dominiert, ist vielmehr der Denkmalschutz einschlägig¹⁷⁹. Die Ausweisung eines Gartendenkmals als Naturschutzgebiet ist nicht von vornherein ausgeschlossen, da Naturschutz und Denkmalschutz unterschiedlichen Ziel- und Zweckbestimmungen haben (vgl. nachstehende Ausführungen zu § 26 BNatschG). Die Belange des Denkmalschutzes sind im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen (§ 2 Abs. 3 BNatschG). Eine Berücksichtigung kann z.B. dadurch erfolgen, dass das Schutzgebiet eingegrenzt wird oder die Schutzverordnung Bestimmungen enthält (wie z.B. Ausnahmen vom Veränderungs- oder Betretungsverbot), die notwendige Maßnahmen zum Erhalt des Gartendenkmals erlauben.

Nach Abs. 2 S. 1 sind alle Handlungen, die zu einer Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung des Naturschutzgebiets führen können, nach Maßgabe näherer Bestimmungen in der Unterschutzstellungsregelung verboten. Das Naturschutzgebiet bildet mit dem in Abs. 2 S. 1 geregelten absoluten Veränderungsverbot die strengste Kategorie des Flächenschutzes. Jede Veränderung ist unabhängig vom Nachweis einer konkreten Beeinträchtigung des Schutzzwecks untersagt.

Nach Abs. 2 S. 2 können Naturschutzgebiete, soweit es der Schutzzweck erlaubt, der Allgemeinheit zugänglich gemacht werden. Damit genießt in einem Naturschutzgebiet entsprechend seinem strengen Schutzregime der jeweilige Schutzzweck Vorrang vor den Erholungsansprüchen der Bevölkerung und folglich auch vor dem allgemeinen Betretungsrecht des § 59 BNatschG und des § 14 BWaldG¹⁸⁰. Ob ein Naturschutzgebiet der Allgemeinheit zugänglich gemacht wird, liegt im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Naturschutzbehörde. Ein Anspruch auf Zugang besteht nicht¹⁸¹. In die hier zu treffende Abwägung wird insbesondere einzustellen sein, inwieweit durch Maßnahmen der Besucherlenkung (z.B. Rückbau von Wegen in sensiblen Bereichen, Aufstellung von Hinweistafeln oder Barrieren) oder durch eine Zugangsbeschränkung auf geeignete Teilgebiete eine Vereinbarkeit des Betretungsrechts mit dem Schutzzweck erreicht werden kann¹⁸². Regelmäßig wird der Zugang zumindest durch ein Wegegebot einzuschränken sein. Soweit dies zum Schutze von Lebensstätten und Lebensräumen störungsempfindlicher Tiere im Einzelfall nicht ausreicht, ist ein Betretungsverbot in Betracht zu ziehen¹⁸³.

cc. § 26 BNatschG Landschaftsschutzgebiete

Landschaftsschutzgebiete können nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 BNatschG zur Erhaltung, Entwicklung oder Wiederherstellung der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts oder der Regenerationsfähigkeit und nachhaltigen Nutzungsfähigkeit der Naturgüter, einschließlich des Schutzes von Lebensstätten und Lebensräumen bestimmter wild lebender Tier- und Pflanzenarten, festgesetzt wer-

¹⁷⁷ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 23 RdNr. 4

¹⁷⁸ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 23 RdNr. 9

¹⁷⁹ Appel in Frenz/Müggenborg BNatschG 2011, § 23 RdNr. 28 m.w.N.

¹⁸⁰ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 23 RdNr. 15

¹⁸¹ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 23 RdNr. 16 unter Verweis auf VGH Kassel NuR 1993, 165

¹⁸² Appel in Frenz/Müggenborg BNatschG 2011, § 23 RdNr. 47 m.w.N.

¹⁸³ Lütkes/Ewer BNatschG 2011, § 23 RdNr. 16

den. Aus letzterem ergibt sich eindeutig, dass in Landschaftsschutzgebieten auch Ziele des Arten- und Biotopschutzes verfolgt werden können. Allerdings bezweckt das Landschaftsschutzgebiet weniger einen strengen Schutz der Natur, sondern vielmehr den Schutz von Kulturlandschaften¹⁸⁴. Ist eine historische Gartenanlage bereits als Kulturdenkmal nach dem Landesdenkmalschutzgesetz geschützt, kann sie zusätzlich als Landschaftsschutzgebiet unter Schutz gestellt werden (Schloss Monrepos)¹⁸⁵. Die unterschiedlichen Ziel- und Zweckbestimmungen von Naturschutz und Denkmalschutz erlauben prinzipiell im Einzelfall eine Unterschutzstellung nach beiden Gesetzen. Zwischen Naturschutz und Denkmalschutz sind Überschneidungen möglich, denn aus der Sicht des Naturschutzes ist es unerheblich, ob das Schutzgebiet oder –objekt von Menschenhand geschaffen wurde oder nicht¹⁸⁶. Die Belange des Denkmalschutzes sind im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen (§ 2 Abs. 3 BNatschG).

Im Übrigen können Konflikte zwischen Naturschutz und Denkmalschutz durch die Landschaftsschutzverordnung bewältigt werden¹⁸⁷. Im Falle des Schlosses Monrepos wurde schon bei der Festlegung des Schutzzwecks „Wiederherstellung der Gartenanlage im Stile eines englischen Landschaftsgartens mit Seeanlage“ der Vorrang des Denkmalschutzes festgelegt. Damit zusammenhängend nahm man auch nach denkmalpflegerischen Gesichtspunkten notwendige Veränderungs- und Pflegemaßnahmen zur Erhaltung der denkmalgeschützten Gartenanlage des Schlosses von den Verboten der Landschaftsschutzverordnung aus¹⁸⁸.

Soweit § 26 Abs. 1 Nr. 2 BNatschG eine Unterschutzstellung u.a. wegen der besonderen kulturhistorischen Bedeutung der Landschaft vorsieht, bestehen Berührungspunkte mit dem Denkmalschutz.

Nach § 26 Abs. 2 BNatschG sind nach Maßgabe näherer Bestimmungen in der Unterschutzstellungsregelung alle Handlungen verboten, die den Charakter des Gebiets verändern oder seinem besonderen Schutzzweck widersprechen. Anders als bei einem Naturschutzgebiet gilt hier kein absolutes Veränderungsverbot. Zur Wahrung des Schutzzwecks des § 26 Abs. 1 Nr. 1 BNatschG kommen Befahren- und Nutzungsverbote oder sonstige Störungsverbote in Betracht¹⁸⁹. Anders als Naturschutzgebiete sind Landschaftsschutzgebiete grundsätzlich für die Allgemeinheit zugänglich. Es können jedoch entsprechend ihrem jeweiligen Schutzzweck zu Gunsten besonders wertvoller Landschaftsbestandteile Zugangsbeschränkungen und Maßnahmen der Besucherlenkung festgelegt werden¹⁹⁰.

dd. § 27 BNatschG Naturpark

Der Naturpark ist seinem Wesen nach ein Landschaftsschutzgebiet besonderer Art¹⁹¹. Er muss großräumig sein, überwiegend aus Naturschutzgebieten oder Landschaftsschutzgebieten bestehen, sich wegen seiner landschaftlichen Voraussetzungen für die Erholung besonders eignen und schließlich nach den Erfordernissen der Raumordnung für Erholung vorgesehen sein. Er dient nicht nur der Erholungsvorsorge und einem nachhaltigen Tourismus, sondern insbesondere auch dem Kulturlandschaftsschutz. Das Gesetz regelt anders als beim Naturschutzge-

¹⁸⁴ Appel in Frenz/Müggenborg BNatschG 2011, § 26 RdNr. 1 m.w.N.

¹⁸⁵ Vgl. Strobl//Sieche, Denkmalschutzgesetz für Baden-Württemberg 3. Auflage § 2 RdNr. 16 unter Verweis auf VGH BW NVwZ 1992, 995

¹⁸⁶ So Strobl//Sieche, Denkmalschutzgesetz für Baden-Württemberg 3. Auflage § 2 RdNr. 16 unter Verweis auf VGH BW NVwZ 1992, 995;

¹⁸⁷ So VGH BW NVwZ 1992, 995

¹⁸⁸ VGH BW NVwZ 1992, 995; Hönes NuR 2003, 257

¹⁸⁹ Appel in Frenz/Müggenborg BNatschG 2011, § 26 RdNr. 28 m.w.N.

¹⁹⁰ Appel in Frenz/Müggenborg BNatschG 2011, § 26 RdNr. 30 m.w.N.

¹⁹¹ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 27 RdNr. 2

biet und beim Landschaftsschutzgebiet keine ausdrücklichen Anforderungen an das Schutzregime. Da Naturparke überwiegend aus den vorgenannten Schutzgebieten bestehen müssen, ergibt sich für die entsprechenden Parkbereiche bereits aus diesen Schutzkategorien ein bestimmter Schutzstatus. Hinsichtlich der übrigen Parkbereiche spricht § 22 Abs. 1 S. 2 BNatschG dafür, dass die Regelung von Ge- und Verboten zulässig ist, da nach dieser Vorschrift für sämtliche Schutzgebietskategorien im Rahmen der Schutzzerklärung Ge- und verbote vorgesehen werden können. Allerdings besitzt die Behörde nicht die Schutzmöglichkeiten wie bei den Natur- und Landschaftsschutzgebieten¹⁹². Für Naturparke gelten die Regelungen zum betretungsrecht nach § 59 BNatschG und § 14 Abs. 1 BWaldG. Wie beim Landschaftsschutzgebiet können jedoch entsprechend ihrem jeweiligen Schutzzweck zu Gunsten besonders wertvoller Landschaftsbestandteile Zugangsbeschränkungen und Maßnahmen der Besucherlenkung festgelegt werden¹⁹³. Die Einbeziehung von Gartendenkmalen in einen Naturpark dürfte aufgrund des weniger ausgeprägten Schutzregimes in der Regel eher unproblematisch sein. Im Übrigen gilt das zu §§ 23 und 26 BNatschG ausgeführte entsprechend.

ee. § 29 BNatschG Geschützte Landschaftsbestandteile.

Die bei geschützten Landschaftsbestandteilen in Betracht kommenden Schutzzwecke beziehen sich auf die Verwirklichung allgemeiner Ziele der Landschaftspflege und dienen ökologischen (Nr. 1, 4), ästhetischen (Nr. 2) und landschaftsverbessernden (Nr. 3) Zwecken. § 29 Abs. 1 Nr. 4 BNatschG ermöglicht den Schutz von Lebensstätten bestimmter wild lebender Tier- und Pflanzenarten und dient damit in besonderer Weise dem Arten- und Biotopschutz. Werden Kulturdenkmale wie historische Park- und Gartenanlagen als geschützte Landschaftsbestandteile nach § 29 Abs. 1 S. 1 BNatschG unter Naturschutz gestellt, spielt die Erhaltung des Kulturdenkmals in seiner historischen Bedeutung als Schutzzweck der Schutzanordnung keine Rolle. Da § 29 Abs. 1 Nr. 2 BNatschG nur vom Schutz zur Belebung, Gliederung oder Pflege des Orts- oder Landschaftsbilds spricht, werden über den eigentlichen Naturschutz hinaus Kulturdenkmale nicht erfasst. Die Festsetzung eines geschützten Landschaftsbestandteils ist nur zu den in § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 4 bezeichneten Zwecken zulässig. Im Gegensatz zu § 26 Abs. 1 Nr. 2 BNatschG werden in § 29 BNatschG die besondere kulturhistorische Bedeutung der Landschaft nicht als Schutzzweck aufgeführt. Eine erweiternde Auslegung der Vorschrift ist auch nicht erforderlich, da historische Park- und Gartenanlagen bereits nach dem jeweiligen Landesdenkmalschutzgesetz rechtswirksam geschützt sind. Damit ist aber andererseits eine Unterschutzstellung als geschützter Landschaftsbestandteil nicht von vorneherein ausgeschlossen, wenn die entsprechenden tatbestandlichen Voraussetzungen des § 29 Abs. 1 BNatschG vorliegen¹⁹⁴. Die Belange des Denkmalschutzes sind im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen (§ 2 Abs. 3 BNatschG).

Nach § 29 Abs. 1 S. 2 BNatschG kann sich der Schutz für den Bereich eines Landes oder für Teile des Landes u.a. auf den gesamten Bestand an Bäumen erstrecken. Die Vorschrift bildet die Grundlage insbesondere für den praktisch wichtigen Baumschutz durch behördliche Verordnungen oder gemeindliche Satzungen. Nachdem historische Park- und Gartenanlagen bereits nach den jeweiligen Landesdenkmalschutzgesetzen rechtswirksam geschützt sind, wird dieser zusätzliche

¹⁹² Appel in Frenz/Müggenborg BNatschG 2011, § 27 RdNr. 18, 26 m.w.N.

¹⁹³ Appel in Frenz/Müggenborg BNatschG 2011, § 27 RdNr. 27 m.w.N.

¹⁹⁴ Vgl. OVG Saarlouis NuR 2009, 871 sowie die Aufzählung in Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 29 RdNr. 4

Schutz regelmäßig nicht erforderlich sein. Unter Umständen verstößt er aus diesem Grund sogar gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot¹⁹⁵. Deshalb liegt es nahe, Gartendenkmale von vornherein vom Geltungsbereich auszunehmen. So findet in Berlin nach § 2 Abs. 4 S. 2 BaumschVO Bln die Verordnung keine Anwendung auf solche Bäume, die zu einem Gartendenkmal i.S.d. § 2 Abs. 4 des BlnDSchG gehören. In Brandenburg ist zwar die landesweite Baumschutzverordnung zum 31.12.2010 außer Kraft getreten. Unabhängig davon existieren jedoch nach wie vor eigene Baumschutzverordnungen von Landkreisen bzw. kreisfreien Städten sowie gemeindliche Baumschutzsatzungen. Die Baumschutzverordnung der Stadt Potsdam regelt in § 1 Abs. 5, dass die untere Naturschutzbehörde Parkanlagen und ähnliche Einrichtungen, die unter geeigneter fachlicher Leitung stehen, auf Antrag von der Anwendung dieser Verordnung ausnehmen kann. In anderen Bundesländern gibt es teilweise Sonderregelungen in den Landesnaturschutzgesetzen. Nach § 17 Abs. 4 ThürNatschG dürfen die Gemeinden durch Satzung den Schutz des Baumbestands innerhalb der bebauten Ortsteile von vornherein nur außerhalb der durch das Thüringer Denkmalschutzgesetz geschützten historischen Park- und Gartenanlagen regeln. § 18 Abs. 1 Nr. 6 NatschAG M-V nimmt vom gesetzlichen¹⁹⁶ Baumschutz Bäume in denkmalgeschützten Parkanlagen aus, sofern zwischen der unteren Naturschutzbehörde und der Denkmalschutzbehörde einvernehmlich ein Konzept zur Pflege, Erhaltung und Entwicklung des Parkbaumbestands erstellt wurde.

Nach § 29 Abs. 2 BNatschG sind eine Beseitigung sowie alle Handlungen, die zu einer Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung eines geschützten Landschaftsbestandteils führen können, nach Maßgabe näher Bestimmungen in der Unterschützstellungsregelung verboten. Hier gilt wie bei Naturschutzgebieten ein absolutes Veränderungsverbot¹⁹⁷.

Soweit Bäume nach § 29 Abs. 1 S. 2 BNatschG geschützt sind weil keine Sonder bzw. Ausnahmeregelungen nach Landesnaturschutzgesetz oder Baumschutzverordnung/-satzung greifen, erfordern Baumfällungen z.B. für die Herstellung von Sichtachsen im Einzelfall eine Befreiung nach § 67 BNatschG. § 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNatschG regelt eine Befreiungsmöglichkeit aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses. Für die Erteilung einer Befreiung spricht die kulturhistorische Bedeutung von Gartendenkmalen. Nach § 1 Abs. 4 Nr. 1 BNatschG sind „Naturlandschaften und historisch gewachsene Kulturlandschaften, auch mit ihren Kultur-, bau- und Bodendenkmälern, vor Verunstaltung, Zersiedelung und sonstigen Beeinträchtigungen zu bewahren. Das Verschwinden von Sichtachsen in Gartendenkmalen ist als eine Verunstaltung der Gartenanlage anzusehen¹⁹⁸. Die Entscheidung über die Gewährung einer Befreiung steht grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Naturschutzbehörde. Bei der Ausübung des Ermessens sind die Kunstfreiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG sowie die landesverfassungsrechtlichen Regelungen zum Schutz von Kulturdenkmälern zu berücksichtigen (z.B. Art. 34 Abs. 2 BbgLV; Art. 11 Abs. 3 SächsLV). Daraus folgt eine verfassungsrechtliche Verpflichtung der Verwaltung, Kulturdenkmale in ihrer histo-

¹⁹⁵ Hönes in Martin/Krautzberger Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 3. Aufl. 2011 Teil D, RdNr. 447

¹⁹⁶ Dieser im Naturschutzausführungsgesetz geregelte „Mindestbaumschutz“ stellt eine landesrechtlich Besonderheit dar. Daneben können die Gemeinden in ihren Baumschutzsatzungen (§ 14 Abs. 3 NatschAG M-V) grundsätzlich weitergehende Regelungen treffen.

¹⁹⁷ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 29 RdNr. 13

¹⁹⁸ Louis, BaumZeitung 01/2011, 32

rischen Gestaltung zu erhalten. Auf Grund dieser verfassungsrechtlichen Verpflichtung aller Landesverwaltungen zum Schutz von Kulturdenkmalen ist zudem von Ersatzpflanzungen oder Ersatzgeld (§ 29 Abs. 2 S. 2 BNatschG) abzusehen, wenn die beseitigten Bäume in den Sichtachsen eine Beeinträchtigung des Gartendenkmals darstellen. Die Beseitigung der Beeinträchtigung von Kulturdenkmalen schließt Ersatzmaßnahmen aus. Hier muss die Behörde bei der Ermessensentscheidung die verfassungsrechtliche Vorgabe des Schutzes von Kulturdenkmalen insbesondere aus Art. 5 Abs. 3 GG beachten¹⁹⁹. Im Prinzip Gleiches gilt bei der Ersetzung eines Baumes aus pflegerischen Gründen. Dagegen wird fachgerechte Pflege der Bäume regelmäßig ohne weiteres zulässig sein. Sie stellt weder eine Beseitigung des geschützten Landschaftsbestandteils dar, noch eine Handlung, die zu seiner Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung führen kann.

ff. § 30 BNatschG Gesetzlich geschützte Biotope

Im Unterschied zu den Naturschutzgebieten (§ 23 BNatschG), Landschaftsschutzgebieten (§ 26 BNatschG) und geschützten Landschaftsbestandteilen (§ 29 BNatschG) setzt der gesetzliche Biotopschutz keine Unterschutzstellung durch Erklärung voraus, sondern vermittelt einen gesetzesunmittelbaren Schutz. Er ist die Antwort des Gesetzgebers auf den Umstand, dass aus naturschutzfachlicher Sicht wertvolle Biotope häufig nur noch kleinräumig und stark verstreut vorhanden sind. Eine Unterschutzstellung jedes einzelnen Biotops wäre hier mit einem nicht zu bewältigenden Verwaltungsaufwand und einer den wirksamen Schutz gefährdenden zeitlichen Verzögerung verbunden²⁰⁰. Damit greift der gesetzliche Biotopschutz auch bei Gartendenkmalen. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 4 BNatschG ist ein Biotop ein Lebensraum einer Lebensgemeinschaft wild lebender Tiere und Pflanzen. Die Biotope werden in § 30 Abs. 2 S. 1 BNatschG aufgezählt, wobei die Länder nach S. 2 darüber hinaus weitere Biotoptypen dem gesetzlichen Biotopschutz unterstellen können. Bei Gartendenkmalen ist es beispielsweise denkbar, dass die Parkwiese aus einem Trockenrasen besteht. Unbeachtlich ist, wie das Biotop entstanden ist, so dass auch Sekundärbiotope, Sukzessionsflächen und unbeabsichtigt oder widerrechtlich entstandene Flächen dem gesetzlichen Schutz unterfallen²⁰¹. Bei nicht gepflegten Parkanlagen können also auch durch die Verwilderung im Einzelfall geschützte Biotope entstehen.

Nach § 30 Abs. 2 BNatschG sind Handlungen, die zu einer Zerstörung oder einer sonstigen erheblichen Beeinträchtigung eines Biotops führen können, verboten. Gemäß Abs. 3 kann von diesen Verboten auf Antrag eine Ausnahme zugelassen werden, wenn die Beeinträchtigungen ausgeglichen werden können. Dies setzt voraus, dass das beeinträchtigte Biotop in gleichartiger Weise wiederhergestellt wird (vgl. § 15 Abs. 2 S. 2 BNatschG entsprechend). Ist dies nicht möglich, kommt nur noch eine Befreiung nach § 67 Abs. 1 Nr. 1 BNatschG aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses in Betracht (vgl. Ausführungen oben zu § 29 BNatschG). Eine regelmäßige Ermessensreduzierung auf Null in dem Sinne, dass immer nur eine Entscheidung zugunsten des Gartendenkmals rechtmäßig sein kann, ist abzulehnen²⁰². Wird durch den Biotopschutz allerdings der Fortbestand des Gartendenkmals in Frage gestellt, muss wohl im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben (s.o. Ausführungen zu § 29 BNatschG) das Denkmalschutz-

¹⁹⁹ Louis, BaumZeitung 01/2011, 32

²⁰⁰ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 30 RdNr. 2

²⁰¹ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 30 RdNr. 4

²⁰² A.A. Hönes NuR 2003, 257

recht dem Biotopschutz vorgehen²⁰³. Anders ist es sicherlich, wenn ein Biotop besonders hochwertig ist und das Gartendenkmal nur in einem Randbereich betroffen wird, der für das künstlerisch gewollte Erscheinungsbild nicht entscheidend ist.

Gemäß § 30 Abs. 8 BNatschG bleiben weiter gehende Schutzvorschriften einschließlich der Bestimmungen über Ausnahmen und Befreiungen unberührt. Vor allem die Regelungen des besonderen Artenschutzes nach § 44 BNatschG können daher neben den Vorschriften zum gesetzlichen Biotopschutz anwendbar sein und eigenständige Ausnahme- oder Befreiungsentscheidungen notwendig machen²⁰⁴.

gg. Natura-2000-Gebiete

Natura 2000-Gebiete sind nach § 7 Abs. 1 Nr. 8 BNatschG Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung und Europäische Vogelschutzgebiete. Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung sind nach § 7 Abs. 1 Nr. 6 die in die Liste nach Art. 4 Abs. 2 UAbs. 3 der Richtlinie 92/43/EWG (Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie - FFH-RL) aufgenommenen Gebiete (sog. FFH-Gebiete), auch wenn ein Schutz im Sinne des § 32 Abs. 2 bis 4 BNatschG noch nicht gewährleistet ist. Europäische Vogelschutzgebiete sind nach § 7 Abs. 1 Nr. 7 BNatschG Gebiete im Sinne des Art. 4 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 79/409/EWG über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (V-RL), die zuletzt durch die Richtlinie 2008/102/EG geändert worden ist, wenn ein Schutz im Sinne des § 32 Abs. 2 bis 4 bereits gewährleistet ist. Zum Natura-2000-Netz gehören also sowohl Vogelschutzgebiete nach der Vogelschutzrichtlinie als auch besondere Schutzgebiete nach der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie.

Art. 4 V-RL bestimmt, dass die Mitgliedstaaten zur Ausweisung von Vogelschutzgebieten verpflichtet sind. Art. 4 FFH-RL verlangt ebenfalls die Ausweisung von Schutzgebieten für bestimmte Arten und darüber hinaus für bestimmte natürliche Lebensraumtypen. Dementsprechend ist in § 31 BNatschG geregelt, dass Bund und Länder die sich aus der FFH-RL und der V-RL ergebenden Verpflichtungen erfüllen müssen. Gemäß § 32 Abs. 1 S. 1 BNatschG richten sich die Auswahl und Ausweisung der zu benennenden FFH-Gebiete und Vogelschutzgebiete nach den Vorschriften der FFH-RL bzw. der V-RL. Die Entscheidung, ob ein bestimmtes Gebiet als Vogelschutzgebiet auszuweisen ist, steht grundsätzlich nicht im Ermessen der zuständigen Behörde²⁰⁵. Diese ist vielmehr bei der Auswahlentscheidung an ornithologische Kriterien gebunden. Eine Abwägung mit anderen Belangen findet nicht statt²⁰⁶. Den Behörden kommt allenfalls ein gewisser fachlicher Beurteilungsspielraum bei der Bewertung einer Fläche zu²⁰⁷. Bei der Auswahl von FFH-Schutzgebieten haben sich die Mitgliedstaaten ausschließlich nach den im Anhang III Phase 1 FFH-RL genannten naturschutzfachlichen Kriterien zu richten. Hier besteht ebenfalls nur ein gewisser fachlicher Beurteilungsspielraum²⁰⁸. Namentlich denkmalschutzrechtliche Interessen dürfen nicht berücksichtigt werden.

²⁰³ Vgl. Hönes, Zum Verhältnis von Gartendenkmalpflege- und Naturschutz, NuR 2003, 257

²⁰⁴ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 30 RdNr. 17

²⁰⁵ Etwas weiter Frenz in Müggenborg/Frenz BNatschG 2011, § 32 RdNr. 9 m.w.N.: grundsätzlich besteht ein bestimmter Ermessensspielraum, der aber bei einem für den Vogelschutz herausragend bedeutsamen Gebiet auf Null schrumpft

²⁰⁶ Schuhmacher/Fischer-Hüftle BNatschG 2. Auflage 2010, § 31 RdNr. 22

²⁰⁷ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 32 RdNr. 3; Koch Umweltrecht 3. Aufl. 2010, § 7 RdNr. 79;

Steeck/Lau NVwZ 2009, 616

²⁰⁸ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 32 RdNr. 3; Koch Umweltrecht 3. Aufl. 2010, § 7 RdNr. 82

Deshalb können FFH-Gebiete und Vogelschutzgebiete sich auch auf Gartendenkmale erstrecken. Natura-2000-Gebiete und gleichzeitig Gartendenkmale sind z.B. in Berlin sind die Pfaueninsel (sowohl nach V-RL als auch nach FFH-RL) sowie der Schlosspark Buch (nach FFH-RL).

Für die nach der V-RL und der FFH-RL geschützten Gebiete bestehen spezielle Schutzregime. Für ausgewiesene Schutzgebiete gelten §§ 33 und 34 BNatschG. Nach dem in § 33 Abs. 1 S. 1 BNatschG enthaltenen allgemeinen Verschlechterungs- und Störungsverbot sind alle Veränderungen oder Störungen unzulässig, die zu erheblichen Beeinträchtigungen des Gebiets in seinen für die Erhaltungsziele maßgeblichen Bestandteilen führen können. Dieses allgemeine Verschlechterungsverbot entfällt nicht mit einer förmlichen Unterschutzstellung nach nationalem Recht gemäß § 20 Abs. 2 BNatschG, sondern stellt vielmehr einen dauerhaften rechtlichen Grundschutz für Natura-2000-Gebiete sicher²⁰⁹. Verbote im Sinne des § 32 Abs. 3 BNatschG gehen als Spezialregelungen dem allgemeinen Verschlechterungsverbot vor. Sind sie unzureichend, greift § 33 BNatschG ein²¹⁰.

Nach § 32 Abs. 2 BNatschG sind die in die Liste nach Art. 4 Abs. 2 UAbs. 3 der FFH-RL aufgenommen Gebiete nach Maßgabe des Art. 4 Abs. 4 dieser Richtlinie und die nach Art. 4 Abs. 1 und 2 der Vogelschutzrichtlinie benannten Gebiete entsprechend den jeweiligen Erhaltungszielen zu geschützten Teilen von Natur und Landschaft im Sinne des § 20 Abs. 2 BNatschG zu erklären. Das BNatschG verlangt damit grundsätzlich eine Unterschutzstellung der in die Gemeinschaftsliste aufgenommenen FFH-Gebiete und der benannten Vogelschutzgebiete innerhalb des von ihm vorgegebenen Kanons der Schutzgebietskategorien. Die Wahl der zutreffenden Schutzgebietskategorie richtet sich dabei nach der Schutzbedürftigkeit des betreffenden Gebiets und den jeweiligen Erhaltungszielen. Art. 4 Abs. 4 FFH-RL sieht vor, dass der Mitgliedstaat ein in die Gemeinschaftsliste aufgenommenes Gebiet so schnell als möglich - spätestens aber binnen sechs Jahren - als besonderes Schutzgebiet ausweist. Dabei sind die Prioritäten nach Maßgabe der Wichtigkeit dieser Gebiete für die Wahrung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands eines natürlichen Lebensraumtyps oder einer Art und für die Kohärenz des Netzes „Natura 2000“ sowie danach festzulegen, inwieweit diese Gebiete von Schädigung oder Zerstörung bedroht sind²¹¹. Das heißt, dass FFH-Gebiete je nach Schutzkategorie insbesondere als Naturschutzgebiete (§ 20 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 23 BNatschG), als Landschaftsschutzgebiete (§ 20 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. § 26 BNatschG) oder als geschützter Landschaftsbestandteil (§ 20 Abs. 2 Nr. 7 i.V.m. § 29 BNatschG) auszuweisen sind.

Hinsichtlich der Ausweisung besitzen die Länder **kein Ermessen**, weil es sich hierbei um auf Europarecht basierende gesetzliche Vorgaben handelt, Art. 4 Abs. 4 FFH-RL. Zwar stehen normalerweise nach gängiger Auffassung im Rahmen einer Unterschutzstellung bestimmter Teile von Natur und Landschaft im Sinne von § 22 BNatschG sowohl die Entscheidung über das „Ob“ als auch über das „Wie“ grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Behörde. Sie verfügt also im Regelfall über ein Entschließungs- und Auswahlermessen auch dann, wenn Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit eines Teiles von Natur und Land-

²⁰⁹ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 33 RdNr. 3

²¹⁰ Schuhmacher/Fischer-Hüftle BNatschG 2. Auflage 2010, § 33 RdNr. 2

²¹¹ Lütkes/Ewer BNatschG 2011, § 32 RdNr. 7

schaft gegeben sind²¹². Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bilden jedoch die aufgrund europäischen Rechts auszuwählenden und zu schützenden FFH- und Vogelschutzgebiete²¹³. Aufgrund der Vorgaben aus der FFH-RL und der V-RL ist in § 32 Abs. 2 BNatschG geregelt, dass FFH-Gebiete und Vogelschutzgebiete zu geschützten Teilen von Natur und Landschaft im Sinne von § 20 Abs. 2 BNatschG erklärt werden müssen – vorbehaltlich einer Ausnahme nach § 32 Abs. 4 BNatschG²¹⁴.

Die Unterschutzstellung muss gewährleisten, dass die sich aus der FFH-RL und V-RL ergebenden Verpflichtungen mit dem gewählten naturschutzrechtlichen Schutzinstrument erreicht werden²¹⁵. Nach § 32 Abs. 3 BNatschG bestimmt die Schutzzerklärung den Schutzzweck entsprechend den jeweiligen Erhaltungszielen (§ 7 Abs. 1 Nr. 9 BNatschG) und die erforderlichen Gebietsabgrenzungen. Dabei soll dargestellt werden, ob prioritäre natürliche Lebensraumtypen (Biotope) oder prioritäre Arten zu schützen sind. Durch geeignete Gebote und Verbote sowie Pflege- und Entwicklungsmaßnahmen ist sicherzustellen, dass den Anforderungen des Art. 6 FFH-RL Rechnung getragen wird. Dies kann insbesondere durch eigens für ein Gebiet aufgestellte Managementpläne erreicht werden. Bei den Maßnahmen ist aber auch nach Art. 2 Abs. 3 FFH-RL u.a. den Anforderungen von Wirtschaft, Gesellschaft und Kultur (und damit dem Denkmalschutz) Rechnung zu tragen. Dies ist jedoch nur in dem Maße möglich, als die Anforderungen nach Art. 6 Abs. 1 und 2 FFH-RL noch erfüllt werden können²¹⁶. Dies führt dazu, dass im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung (§ 2 Abs. 3 BNatschG) den Belange des Denkmalschutzes ein eher geringes Gewicht zukommt. Im Vordergrund steht die Erfüllung der ökologischen Erfordernisse.

Um Verschlechterungen in den Schutzgebieten zu vermeiden, regelt entsprechend den Vorgaben aus Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL § 34 BNatschG eine projektbezogene Verträglichkeits- und Ausnahmeprüfung und § 36 eine planbezogene Verträglichkeitsprüfung. Unter Projekt ist die Errichtung von baulichen oder sonstigen Anlagen sowie sonstige Eingriffe in Natur und Landschaft zu verstehen. Erfasst werden alle Vorhaben, die in irgendeiner Form einen Eingriff in Natur- und Landschaft darstellen. Entscheidend ist deshalb die abstrakte Gefährdung eines Schutzgebiets²¹⁷. Als Projekt kann daher anzusehen sein: die Errichtung von Gebäuden, das Fällen von Bäumen für die Errichtung einer Infrastrukturmaßnahme oder der land- oder forstwirtschaftliche Wegebau²¹⁸. Wiederherstellungs- und Pflegemaßnahmen in Gartendenkmalen können ebenfalls ein Projekt darstellen²¹⁹. Ergibt die Prüfung der Verträglichkeit, dass das Projekt zu erheblichen Beeinträchtigungen des Gebiets in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen führen kann, ist es nach § 34 Abs. 2 BNatschG unzulässig. Es kann dann nur unter den in § 34 Abs. 3 BNatschG genannten Voraus-

²¹² Deshalb ist es auch außerhalb von Natura-2000-Gebieten zulässig und u.U. sogar geboten, Belange des Denkmalschutzes z.B. in einer Landschaftsschutzverordnung zu berücksichtigen, vgl. oben die Ausführungen zu § 26 BNatschG, „Schloss Monrepos“

²¹³ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 22 RdNr. 4

²¹⁴ Appel in Frenz/Müggenborg, BNatschG 2011, § 22 RdNr. 26

²¹⁵ Schumacher/Fischer-Hüftle BNatschG, 2. Aufl. § 32 RdNr. 27

²¹⁶ Schumacher/Fischer-Hüftle BNatschG, 2. Aufl. § 32 RdNr. 45

²¹⁷ Schumacher/Fischer-Hüftle BNatschG, 2. Aufl. § 34 RdNr. 17

²¹⁸ Schumacher/Fischer-Hüftle BNatschG, 2. Aufl. § 34 RdNr. 18

²¹⁹ Martin/Mieth/Graf/Sautter, Brandenburgischen Denkmalschutzgesetz, 2. Aufl. 2008, Einf 6.3.4 gehen davon aus, dass ein Eingriff nur ganz ausnahmsweise unzulässig sein wird. Selbst eine erhebliche Beeinträchtigung der Schutzziele führt nicht zwangsläufig zur Undurchführbarkeit, wenn die denkmalpflegerische Maßnahme unumgänglich ist, weil z.B. das Denkmal andernfalls zerfällt. Insoweit liegen dann zwingende Gründe des überwiegenden Interesses vor.

setzungen zugelassen werden. Das Projekt muss aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses notwendig sein (Abs. 3 Nr. 1) und es darf keine zumutbaren Alternativen geben (Abs. 3 Nr. 2). Dies gilt zudem nur dann, wenn von dem Projekt keine in dem Gebiet vorkommenden prioritären natürlichen Lebensraumtypen oder prioritäre Arten betroffen werden. Ist letzteres der Fall, kommt eine Zulassung nur in Betracht, wenn darüber hinaus auch noch die Voraussetzungen des § 34 Abs. 4 BNatschG erfüllt werden. Nach Abs. 4 S. 1 können als zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses nur solche im Zusammenhang mit der Gesundheit des Menschen (betrifft die Verkehrssicherung), der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Verteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder den maßgeblich günstigen Auswirkungen des Projekts auf die Umwelt geltend gemacht werden. Nach S. 2 können sonstige zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses im Sinne des Abs. 3 Nr. 1 (wie der Denkmalschutz) nur berücksichtigt werden, wenn zuvor das BMU eine Stellungnahme der Kommission eingeholt hat.

hh. § 39 BNatschG Allgemeiner Artenschutz

Die Vorschrift regelt einen bundeseinheitlich geltenden Mindestschutz für alle wild lebenden Tiere und Pflanzen und kann deshalb auch bei Gartendenkmalen eingreifen. Namentlich § 39 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 mit seinen Beschränkungen des Gehölzschnitts kann hier von Bedeutung sein (näheres hierzu unter M). Da nach § 39 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 HS 2 BNatschG schonende Form- und Pflegeschnitte zur Beseitigung des Zuwachses der Pflanzen oder zur Gesunderhaltung von Bäumen generell zulässig sind, werden die erforderlichen Pflegemaßnahmen in Gartendenkmalen kaum eingeschränkt. Bei gravierenderen Schnittmaßnahmen wäre zu prüfen, ob eine der § 39 Abs. 5 S. 2 BNatschG gesetzlich geregelten Ausnahmen einschlägig ist.

ii. § 44 BNatschG Besonderer Artenschutz²²⁰

Das besondere Artenschutzrecht des § 44 BNatschG gilt flächendeckend und unabhängig von besonderen Schutzgebietsausweisungen wie z.B. Naturschutzgebieten oder Landschaftsschutzgebieten²²¹.

Wie bereits oben ausgeführt werden Gartendenkmale durch die jeweiligen Landesdenkmalschutzgesetze gegen Zerstörung und Beeinträchtigung geschützt. Ihre Erhaltung wird den Verfügungsberechtigten auferlegt, aber gegenüber anderen öffentlich-rechtlichen Belangen nicht privilegiert. Insofern gelten insbesondere die Vorschriften des besonderen Artenschutzes auch für Maßnahmen in Gartendenkmalen²²².

§ 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG untersagt insbesondere, Fortpflanzungs- oder Ruhestätten von besonders geschützten Tierarten²²³ zu zerstören. Deshalb kann die Erhaltung von historischen Park- und Gartenanlagen durch Wiederherstellung von Sichtachsen und von Alleen durch Beseitigung und Neupflanzung von Bäumen mit artenschutzrechtlichen Verboten in Konflikt kommen. Das Gleiche kann passieren bei Baumbeseitigungen zur Herstellung der Verkehrssicherheit

Werden die artenschutzrechtlichen Verbote tatbestandlich erfüllt, darf eine Maßnahme nur noch im Wege der **Ausnahme** zugelassen werden. Nach § 45 Abs. 7

²²⁰ Näher Hilsberg, BaumZeitung 5/2007, 32

²²¹ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 37 RdNr. 40

²²² Louis BaumZeitung 01/2011, 32

²²³ S. § 7 Abs. 2 Nr. 13 BNatschG i.V.m. FFH-RL 92/43/EWG Anhang IV und Vogelschutz-RL 79/409/EWG, z.B. bestimmte Käferarten wie Eremit, Fledermaus, Saatkrähe

Nr. 4 BNatschG kann im Interesse der Gesundheit des Menschen sowie der öffentlichen Sicherheit von den Verboten des § 44 BNatschG eine Ausnahme erteilt werden. Gleiches ist zulässig nach Nr. 5 „aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art“. Es handelt sich hierbei um Einzelfallentscheidungen, die im pflichtgemäßen Ermessen der Behörden stehen.

Unter Nr. 4 („Gesundheit des Menschen“) lassen sich insbesondere Maßnahmen zur Verkehrssicherung fassen. Dabei ist zu ermitteln, ob die artenschutzrechtlichen Beeinträchtigungen ein so großes Gewicht haben, dass ihnen gegenüber den mit der Maßnahme verfolgten Zielen eine stärkere Durchschlagskraft zukommt. Grundsätzlich kann die Herstellung der Verkehrssicherheit eines Weges eine ausreichende Begründung für die Erteilung einer Ausnahme sein. Für die artenschutzrechtlichen Belange können allerdings unwiederbringliche Verluste von Exemplaren einer Art sprechen, insbesondere dann, wenn sich die Population in einem ungünstigen Erhaltungszustand befindet²²⁴.

Der Denkmalschutz kann einen zwingenden Grund im Sinne der Nr. 5 darstellen. Im Rahmen der Nr. 5 müssen die zwingenden Gründe des öffentlichen Interesses überwiegen. Insoweit sind die landesverfassungsrechtlichen Regelungen zum Schutz von Kulturdenkmalen mit dem ihnen zukommenden Gewicht zu berücksichtigen. An diese gesetzliche Wertung sind alle Behörden gebunden. Dabei ist in einer einzelfallbezogenen Abwägungsentscheidung das Gewicht der zu erwartenden Beeinträchtigungen für die artenschutzrechtlichen Schutzgüter mit den für die Maßnahme streitenden öffentlichen Interessen gegenüberzustellen. Bei Beeinträchtigungen von Individuen europarechtlich geschützter Arten können Schadensvermeidungs- und –minderungsmaßnahmen entsprechend berücksichtigt werden²²⁵.

Liegt ein Ausnahmegrund nach § 45 Abs. 7 Nr. 1 bis 5 BNatschG vor, darf eine artenschutzrechtliche Ausnahme nur erteilt werden, wenn weitere Voraussetzungen gegeben sind: Es dürfen nach § 45 Abs. 7 S. 2 BNatschG keine zumutbaren Alternativen vorliegen und der Erhaltungszustand der betroffenen Populationen darf nicht verschlechtert werden.

Bei der Sanierung von Park- und Gartenanlagen gibt es hinsichtlich des Standorts keine zumutbare Alternative, da es gerade um die konkrete Park- oder Gartenanlage geht. Es handelt sich um ein standortbedingtes Vorhaben. Die Park- und Gartenanlagen lassen sich nicht wie z.B. eine geplante Straßentrasse verlegen, ebenso wenig die für erforderlich gehaltene Maßnahme. Zu prüfen ist allerdings, ob im Einzelfall Ausführungsalternativen in Betracht kommen. Gerade bei Maßnahmen zur Verkehrssicherung ist es nicht immer erforderlich, den Baum vollständig zu entfernen, häufig kann ein Hochstubben erhalten und so das Weiterleben z.B. von Eremiten gesichert werden.

Des Weiteren darf der Erhaltungszustand der betroffenen Populationen nicht verschlechtert werden. Bei der Beurteilung des künftigen Erhaltungszustands der betroffenen Arten ist nicht allein auf die jeweilige örtliche Population abzustellen. Unter Population ist eine Gruppe von Individuen derselben Art zu verstehen, die zur selben Zeit in einem geografischen Gebiet leben und sich miteinander fortpflanzen können, also durch einen gemeinsamen Genpool verbunden sind²²⁶. Da in § 45 Abs. 7 S. 2 BNatschG im Vergleich zu § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatschG das Merkmal

²²⁴ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 45 RdNr. 40, 41

²²⁵ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 45 RdNr. 45

²²⁶ EU-Leitfaden zum strengen Artenschutzrecht, I.2.2, Fn. 17; vgl. auch die Legaldefinition in § 7 Abs. 2 Nr. 6 BNatschG

„örtlich“ fehlt, ist auf eine großräumigere Betrachtung abzustellen²²⁷. Falls die örtliche Population negativ betroffen ist, ist entscheidend, ob der Erhaltungszustand der Population in ihrem regionalen oder noch größeren Verbreitungsgebiet stabil bleibt. Nur dann kommt eine Ausnahmegenehmigung in Betracht. Für die Erteilung einer Ausnahme genügt es daher, wenn sich die Erteilung der Ausnahme als neutral für die betreffende Art erweist²²⁸. Der Verlust eines lokalen Reviers ist nicht gleichbedeutend mit einer Verschlechterung des Erhaltungszustands der betroffenen Art. Eine generelle Grenze, ab der ein Verlust lokaler Siedlungsräume auch mit der Verschlechterung des Erhaltungszustands der betroffenen Art einhergeht, lässt sich nicht angeben. Dies kann nur artspezifisch und einzelfallbezogen beantwortet werden. Maßgeblich ist, ob die Population als solche in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet, das über das Maßnahmengebiet hinausreicht, als lebensfähiges Element erhalten bleibt²²⁹. Das kann etwa dann der Fall sein, wenn geeignete Ausweichhabitate orts- und zeitnah in ausreichendem Umfang zur Verfügung gestellt werden²³⁰. Ob die naturschutzfachliche Bedeutung einzelner Park- und Gartenanlagen soweit geht, dass sie den Erhaltungszustand einer Art im vorgenannten Sinne beeinflussen können, hängt vom Einzelfall ab²³¹. Bei gefährdeten Arten können bereits Beeinträchtigungen örtlicher Populationen zu einer Verschlechterung des Erhaltungszustands im natürlichen Verbreitungsgebiet führen²³². Im Falle eines ungünstigen Erhaltungszustands der Populationen der betroffenen Art sind Ausnahmen nach Art. 16 FFH-RL zulässig, wenn sachgemäß nachgewiesen ist, dass sie weder den ungünstigen Erhaltungszustand dieser Population weiter verschlechtern noch die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands behindern²³³.

Scheidet die Erteilung einer Ausnahme aus, könnte eine Befreiung nach § 67 BNatschG in Betracht kommen. Nach § 67 Abs. 1 S. 2 BNatschG gelten die Befreiungsgründe des § 67 Abs. 1 S. 1 BNatschG jedoch nicht u.a. für die Verbote des § 44 BNatschG. Somit ist eine Befreiung aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses und der unzumutbaren Belastung nicht möglich. Das überwiegende öffentliche Interesse wird ohnehin durch § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatschG abgedeckt. Zulässig ist aber trotz der Regelung in § 67 Abs. 1 S. 2 BNatschG wegen der in § 67 Abs. 2 BNatschG geregelten Rückausnahme eine Befreiung, wenn die Verbote des § 44 BNatschG zu einer unzumutbaren Belastung führen.

Für den Fall, dass ein nach § 15 BNatschG zulässiger Eingriff im Sinne des § 14 Abs. 1 BNatschG²³⁴ vorliegt, gilt für national geschützte Arten, dass die Verbote des Artenschutzes entfallen (§ 44 Abs. 5 S. 5 BNatschG). Für europäisch geschützte Arten regelt § 44 Abs. 5 S. 2 BNatschG eine besondere gesetzliche Aus-

²²⁷ So Schumacher/Fischer-Hüftle BNatschG, 2. Aufl. § 45 RdNr. 45; VGH Kassel NuR 2008, 785; z.B. Naturraum des westhessischen Berglandes

²²⁸ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 45 RdNr. 56

²²⁹ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 45 RdNr. 56; nach Lau in Frenz/Müggenborg, BNatschG 2011, § 45 RdNr. 28 ist letztlich das natürliche Verbreitungsgebiet auf Mitgliedstaatsebene entscheidend; enger Louis BaumZeitung 01/2011, 32, der auf den Erhaltungszustand der Population innerhalb der biogeographischen Regionen innerhalb eines Bundeslandes abstellt; Gellermann, NuR 2009, 88 hebt auf jede einzelne Population ab; der EuGH NuR 2007, 477, nahm auf den Bestand des finnischen Wolfes in ganz Finnland Bezug; insgesamt ist dieser Punkt noch nicht abschließend geklärt.

²³⁰ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 45 RdNr. 57

²³¹ Großzügiger Louis, BaumZeitung 01/2011, 32, nach dem eine Erteilung von Ausnahmen im Regelfall ohne große Probleme möglich ist

²³² Schumacher/Fischer-Hüftle BNatschG, 2. Aufl. § 45 RdNr. 46

²³³ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 45 RdNr. 58 m.w.N.

²³⁴ Vgl. hierzu die Ausführungen zu § 14 BNatschG

nahme. Danach entfallen die Verbote der Beeinträchtigung von Fortpflanzungs- oder Ruhestätten keine Wirkung, soweit die ökologische Funktion der von dem Eingriff betroffenen Fortpflanzungs- und Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird. Eine umfangreiche Parksanierung kann einen (zulässigen) Eingriff nach § 14 Abs. 1 BNatschG darstellen (vgl. die Ausführungen oben bei § 14 BNatschG). In diesem Fall kommt es dann darauf an, dass insbesondere für Vögel und Fledermäuse weiterhin ausreichende Fortpflanzungs- und Ruhestätten vorhanden sind. Ein besonderes Problem stellt vor allem der Eremit dar, weil dieser Käfer nur in Totholz überleben kann. Fehlt es an entsprechendem Totholzvorkommen, sind seine Fortpflanzungs- und Ruhestätten nicht mehr gesichert und die Verbote greifen.

e. Zwischenergebnis

- Die Anwendung der Eingriffsregelung §§ 14 ff. BNatschG ist prinzipiell auch bei Gartendenkmälern zulässig, kann aber im Einzelfall durch Negativlisten der Bundesländer ausgeschlossen sein, deren Rechtmäßigkeit allerdings zu hinterfragen ist.
- Die zusätzliche Unterschutzstellung eines Gartendenkmals als Naturschutzgebiet (§ 23 BNatschG), Landschaftsschutzgebiet (§ 26 BNatschG), Naturpark (§ 27 BNatschG) oder geschützter Landschaftsbestandteil (§ 29 BNatschG) ist grundsätzlich möglich. Bei der Unterschutzstellung besteht an sich ein Entschließungs- und Auswahlermess. Dies gilt nicht für Unterschutzstellungen im Zusammenhang mit Natura-2000-Gebieten. Die Unterschutzstellung unterliegt der Abwägung, bei der auch die Belange des Denkmalschutzes zu berücksichtigen sind. Im Zusammenhang mit Natura-2000-Gebieten sind jedoch die ökologischen Erfordernisse vorrangig.
- Der gesetzliche Biotopschutz (§ 30 BNatschG) gilt auch bei Gartendenkmälern. Die Belange des Denkmalschutzes sind bei der Entscheidung über eine Befreiung (§ 67 BNatschG) namentlich im Rahmen der pflichtgemäßen Ermessensausübung zu berücksichtigen.
- Bei der Auswahl von FFH-Gebieten und Vogelschutzgebieten besteht in erster Linie nur ein fachlicher Entscheidungsspielraum. Eine Berücksichtigung von Belangen des Denkmalschutzes scheidet insoweit aus.
- Die Vorschriften des allgemeinen Artenschutzes nach § 39 BNatschG gelten auch bei Gartendenkmälern. Die Einschränkungen für die Denkmalpflege sind eher gering.
- Die Vorschriften des besonderen Artenschutzes (§ 44 BNatschG) gelten auch bei Gartendenkmälern. Die Belange des Denkmalschutzes können ausnahmsweise berücksichtigt werden, wenn sie einen zwingenden Grund des überwiegenden öffentlichen Interesses darstellen und die sonstigen Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 BNatschG erfüllt sind.

4. Verhältnis von Denkmalschutzrecht und Naturschutzrecht

Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, enthalten die Denkmalschutzgesetze, außer dass im Regelfall eine Baugenehmigung die erforderliche denkmalschutzrechtliche Genehmigung einschließt, keine Regelungen über das Verhältnis dieser Gesetze zu anderen Fachgesetzen. Insbesondere das Verhältnis zum Naturschutzrecht wird nicht durch eine Kollisionsnorm geregelt. Somit steht das Naturschutzrecht gemäß der üblichen Rechtsdogmatik dem Denkmalschutz gleichgeordnet gegenüber. Die Gebote und Verbote beider Rechtsgebiete sind gleichzeitig

anzuwenden, wenn die Tatbestände erfüllt werden²³⁵. Naturschutz und Denkmalschutz können nebeneinander bestehen, da keiner der Rechtsbereiche Subsidiarität vorsieht²³⁶. Hätte der Bundesgesetzgeber einen ausdrücklichen Vorrang des Denkmalschutzrechts vor dem Naturschutzrecht gewollt, hätte er im Rahmen der Neufassung des BNatschG eine entsprechende Regelung treffen können. Dies hat er nicht getan.

Aus § 1 Abs. 4 Nr. 1 BNatschG bzw. aus dem denkmalrechtlichen Ursprung der Begriffe Kultur-, Bau- und Bodendenkmäler folgt ebenfalls keine Priorität des Denkmalschutzes²³⁷. Aus kompetenzrechtlichen Gründen werden im Rahmen von § 1 Abs. 4 Nr. 1 BNatschG die historischen Park- und Gartenanlagen nur insoweit von den Grundsätzen des BNatschG erfasst, als es um ihre Erhaltung vor allem aus kulturgeschichtlichen und ökologischen Gründen geht. Ihr Schutz in ihrer Eigenschaft als Kulturdenkmal unterliegt dagegen dem Denkmalschutzrecht, das in die Zuständigkeit der Länder fällt. Daraus folgt jedoch nicht, dass das jeweilige Landesdenkmalschutzgesetz für den Schutz historischer Park- und Gartenanlagen generell *lex specialis* ist²³⁸. Bei dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* handelt es sich um eine juristische Auslegungsregel. Danach geht das speziellere Gesetz dem allgemeinen Gesetz vor. Das heißt, dass das als besonderes Gesetz eingestufte Denkmalschutzgesetz das als allgemeines Gesetz betrachtete Bundesnaturschutzgesetz in der Anwendung verdrängen soll. Dabei wird jedoch übersehen, dass hier nicht ausnahmslos ein Anwendungsfall für den *lex specialis*-Grundsatz angenommen werden kann, da die Denkmalschutzgesetze und das Bundesnaturschutzgesetz nicht durchgängig im Verhältnis des engeren zum weiteren Begriff zueinander stehen, sondern sich zueinander auch wie zwei überschneidende Kreise verhalten können. In einem solchen Fall vermag die *lex specialis*-Regel nichts zur Auflösung des Normenkonflikts beitragen²³⁹. Es liegt dann nur scheinbar eine Spezialität vor, tatsächlich ist zumindest partiell ein Überschneidungsverhältnis gegeben²⁴⁰. Wie bereits oben dargelegt, schließt aufgrund des unterschiedlichen Schutzzwecks der beiden Gesetze der nach dem Denkmalschutzgesetz gewährte Schutz eine weitere Unterschutzstellung ein und derselben Anlage nach dem Naturschutzgesetz nicht aus. Dies gilt insbesondere für eine Unterschutzstellung als Landschaftsschutzgebiet oder als Naturschutzgebiet.

Die Denkmalschutzgesetze sind auch nicht aus anderen Gründen für den Schutz und die Pflege von Gartendenkmälern *lex specialis* und damit prioritär gegenüber dem Naturschutzrecht. Zur Begründung der Priorität des Denkmalschutzrechts wird insbesondere folgendermaßen argumentiert²⁴¹: Schließen sich die Rechtsfolgen von Denkmalschutz- und Naturschutzrecht gegenseitig aus, „so kann wegen der „Normen-Konkurrenz“ nur eine der beiden Rechtssätze in Anwendung kom-

²³⁵ Louis Baumzeitung 01/2011, 32

²³⁶ So Strobl/Sieche Denkmalschutzgesetz für Baden-Württemberg, 3. Auflage, § 2 RdNr. 16; a.A. Hammer DÖV 1995, 358

²³⁷ A.A. Martin/Mieth/Graf/Sautter, Brandenburgischen Denkmalschutzgesetz, 2. Aufl. 2008, Einf 6.2

²³⁸ A.A. Hönes NuR 2003, 257; ebenso Moench/Otting, NVwZ 2000, 146 FN 14 sowie NVwZ 2000, 515 (524)

²³⁹ Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Auflage, S. 39

²⁴⁰ Kramer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., S. 97

²⁴¹ Hönes in Martin/Krautzberger Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 3. Aufl. 2011 Teil D, RdNr. 445; Hönes, Historische Park- und Gartenanlagen zwischen Kunstfreiheit und Umweltschutz, DÖV 1998, 491; Hönes, Zum Verhältnis von Gartendenkmalpflege und Naturschutzrecht NuR 2003, 257

men. Würde durch die naturschutzrechtlichen Ge- und Verbote der Fortbestand der historischen Park- und Gartenanlage als Kulturdenkmal in Frage gestellt, können nicht beide Regelungskomplexe gleichzeitig Anwendung finden. In diesem Fall wird das allgemeinere Naturschutzrecht, das nach § 1 BNatschG Natur im besiedelten und unbesiedelten Bereich (d.h. zu 100%) schützen will, als generelle Regelung für das Grün vom konkurrierenden Denkmalrecht als dem spezielleren Recht für historische Gärten als dem engeren Anwendungsbereich verdrängt, soweit die Rechtsfolgen nicht miteinander verträglich sind.“ Dies folge im Kulturstaat aus der Kunstfreiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG zusammen mit den Denkmalschutzartikeln der Landesverfassungen. Somit sei das Denkmalschutzrecht gegenüber dem Naturschutzrecht in gemessen an der gesamten Natur flächenmäßig wenigen Fällen *lex specialis*.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Zur Begründung der gegenteiligen Auffassung ist zunächst auf die Kollisionsnorm im BNatschG einzugehen. § 37 Abs. 2 S. 1 BNatschG regelt das grundsätzliche Verhältnis der artenschutzrechtlichen Vorschriften der §§ 37 ff. BNatschG zu anderen Rechtsvorschriften. Danach bleiben u.a. die Vorschriften des Pflanzenschutzes, des Tierschutzrechts, des Seuchenrechts sowie des Jagd- Forst- und Fischereirechts unberührt. Strittig ist, was unter „unberührt“ zu verstehen ist. Nach einer Ansicht handelt es sich bei dieser Unberührtheitsklausel ausschließlich um eine deklaratorische Kollisionsnorm, die keinen ausdrücklichen Vorrang des einen oder anderen Fachgesetzes festlegt²⁴². Folglich bestimmt sich das Verhältnis der genannten Rechtsgebiete nach den allgemeinen Kollisionsregeln. Eine solche Regelung stellt z.B. der Grundsatz dar, dass das speziellere Gesetz dem allgemeinen Gesetz vorgeht. Nach anderer Auffassung begründet die Klausel einen generellen Vorrang der in ihr aufgeführten Gesetze gegenüber dem Artenschutz. Die artenschutzrechtlichen Vorschriften sollen danach überall dort nicht gelten, wo die anderen Gesetze nicht ihrerseits aufgrund einer in ihnen enthaltenen Vorschrift zurücktreten²⁴³.

Hier muss dieser Streit nicht entschieden werden. Selbst wenn der letztgenannten Ansicht zu folgen wäre, würde dies auf das Verhältnis von Denkmalschutzrecht zum Artenschutzrecht keine Auswirkungen haben. Denn die Denkmalschutzgesetze sind im § 37 Abs. 2 S. 1 BNatschG nach dem klaren und eindeutigen Wortlaut offensichtlich nicht genannt. Damit greifen die allgemeinen Kollisionsregeln und es setzt sich z.B. die speziellere Norm gegenüber der allgemeineren Norm durch. Dies gilt nicht nur für das in § 37 Abs. 2 S. 1 BNatschG angesprochene Artenschutzrecht, sondern für das gesamte Naturschutzrecht allgemein.

Dabei spielt es keine Rolle, welchem Rechtsbereich die jeweilige Norm angehört. Konkret bedeutet dies, dass das Denkmalschutzrecht nicht allein deshalb pauschal als das speziellere Recht gegenüber dem Naturschutzrecht angesehen werden kann, weil sein Anwendungsbereich sich nur auf historische Gärten erstreckt, während das Naturschutzrecht den generellen Schutz der Natur im besiedelten und unbesiedelten Bereich mit einschließt. Würde man dieser Argumentation folgen, wäre das Naturschutzrecht automatisch immer subsidiär. Es kommt aber nicht auf den abstrakten Anwendungsbereich eines Fachgesetzes an, sondern auf die konkret betroffene Einzelvorschrift²⁴⁴. So gesehen können sich zwar nicht nur einzelne Rechtsätze in ihrem Anwendungsbereich überschneiden, sondern auch einzelne Regelungskomplexe²⁴⁵, nicht jedoch pauschal ganze Rechtsbereiche

²⁴² Hellenbroich in Frenz/Müggenborg, BNatschG 2011, § 37 RdNr. 16 m.w.N.

²⁴³ Hellenbroich in Frenz/Müggenborg, BNatschG 2011, § 37 RdNr. 17 m.w.N.

²⁴⁴ Vgl. Hellenbroich in Frenz/Müggenborg, BNatschG 2011, § 37 RdNr. 19

²⁴⁵ Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., S. 269

bzw. Fachgesetze. Abzustellen ist immer auf die einzelne Rechtsnorm. Enthält beispielsweise das Denkmalschutzgesetz eine spezielle Regelung, die eine bestimmte Handlung ausdrücklich erlaubt, darf diese durch das Naturschutzrecht nicht verboten werden (zu den Besonderheiten im Zusammenhang mit der FFH-RL oder V-RL s. sogleich nachstehenden Absatz). Dagegen ist insbesondere das speziellere Artenschutzrecht anzuwenden, wenn das Fachgesetz nur Generalklauseln oder überhaupt keine entsprechenden Vorschriften enthält²⁴⁶. Deshalb ist es fraglich, ob die allgemeine Pflicht zur Erhaltung und Instandsetzung von Denkmälern Maßnahmen erlaubt, die deutlich über die laufenden Pflege- und Unterhaltungsmaßnahmen hinausgehen, wenn davon z.B. ein Biotop betroffen ist. Insofern können insbesondere die zwingenden Vorschriften des gesetzlichen Biotopschutzes (§ 30 BNatschG) sowie die des allgemeinen und des besonderen Artenschutzes (namentlich § 39 und § 44 BNatschG) als speziellere Vorschriften dem Denkmalschutzrecht vorgehen. Dadurch wird auch nicht regelmäßig der generelle Fortbestand der historischen Park- und Gartenanlage als Kulturdenkmal in Frage gestellt, da meistens nur Teilbereiche der Anlage betroffen sind und im Übrigen Ausnahmeregelungen zu prüfen sind.

Soweit ersichtlich, wird speziell die Anwendbarkeit der Eingriffsregelung (§ 14 BNatschG) bei Gartendenkmälern sowieso von niemandem bestritten.

Hinzu kommt – und das wurde in der denkmalschutzfachlichen Literatur bislang zu wenig beachtet – dass die auf **europäischen Vorgaben** (FFH-Richtlinie, Vogelschutzrichtlinie) beruhenden Regelungen (wie z.B. insbesondere §§ 32 Abs. 2, 33 Abs. 1, 44, 45 BNatschG) faktisch **zwingendes höherrangiges Recht** sind²⁴⁷. Aufgrund der Vorrangwirkung des europäischen Rechts, die auch bei der Anwendung und Auslegung des umgesetzten nationalen (Naturschutz-) Rechts zu beachten ist, kommt das den Richtlinien entgegenstehende nationale Recht im Kollisionsfall nicht zur Anwendung²⁴⁸. Deshalb ist es prinzipiell ausgeschlossen, dass z.B. bei Erfüllung eines der Tatbestände des § 44 BNatschG der Artenschutz vom Denkmalschutz verdrängt wird. Vielmehr ist es gerade umgekehrt. Allerdings sind ggf. die Belange des Denkmalschutzes im Rahmen der Entscheidung über Ausnahmen (§ 45 Abs. 7 BNatschG) zu berücksichtigen.

Der Vorrang des europäischen Rechts wurde beispielsweise bei der Verordnung der Landeshauptstadt München über das Landschaftsschutzgebiet Nymphenburg vom 09.09.2005 konsequent beachtet. Teile des Landschaftsschutzgebiets (naturnahe Flächen im Schlosspark sowie kanalbegleitende Grünbestände an der Nördlichen und Südlichen Auffahrtsallee) waren als Teilbereiche des Natura-2000-Gebietes „Nymphenburger Park mit Allee und Kapuzinerhölzl“ an die EU-Kommission gemeldet worden. Nach dem Schutzzweck sollen u.a. die Habitatfunktionen für lebensraumtypische Tiergruppen (Spechte, Eulen, Fledermäuse, Kleinsäuger, Käfer, Tagfalter) erhalten werden (§ 3 Abs. 1 Nr. 13 LSchVO). Außerdem erfolgte die Festsetzung auch zum Schutz des Natura-2000-Gebiets (§ 3 Abs. 2 LSchVO). Nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 LSchVO bleiben von den Beschränkungen (insbesondere Verboten) ausgenommen die Maßnahmen zur Unterhaltung, zur Park- und Denkmalpflege und zur historischen Gartengestaltung für den Schlosspark unter Berücksichtigung des Schutzzwecks dieser Verordnung. Damit wird der

²⁴⁶ Vgl. Schuhmacher/Fischer-Hüftle, BNatschG, 2. Aufl., § 37 RdNr. 10 m.w.N.

²⁴⁷ Vgl. Schuhmacher/Fischer-Hüftle, BNatschG 2. Aufl., § 37 RdNr. 11

²⁴⁸ Ständige Rechtsprechung des EuGH, grundlegend Costa/ENEL NJW 1964, 2371; s.a. Vertrag von Lissabon, Erklärung (Nr. 17) zum Vorrang, Fundstelle in Nomos Textausgabe Europarecht, 21. Aufl., S. 286

Naturschutz über den Denkmalschutz gestellt, sogar über den Schutz des Natura-2000-Gebiets hinaus. Denn es wird auf alle Schutzzwecke in § 3 LSchVO abgestellt, die nahezu ausnahmslos ausschließlich naturschutzfachlichen Charakter haben. § 6 Abs. 2 LSchVO regelt zudem, dass die über die Regelungen dieser Verordnung hinausgehenden gesetzlichen Vorschriften über das betroffene Natura-2000-Gebiet von den Ausnahmen des § 6 Abs. 1 LSchVO unberührt bleiben, also zu berücksichtigen sind.

5. Ergebnis

Unter Berücksichtigung der oben dargestellten Grundsätze gilt Folgendes: Wenn in einem Normalpark ein Baum eine Gefahr für die Benutzer eines Weges darstellt, müssen prinzipiell Verkehrssicherungsmaßnahmen ergriffen werden. Im Hinblick auf den Schutz durch § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatschG und die engen Voraussetzungen für eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatschG ist die Beseitigung des Baumes die als letztes in Betracht zu ziehende Alternative. Zuvor ist eine Wegeverlegung oder Wegesperrung zu prüfen. Ist diese in der Praxis nicht umsetzbar, können ggf. Kronensicherungsmaßnahmen wie Kroneneinkürzung, Abnehmen der Krone oder notfalls auch die Kappung des Baumes in Erwägung gezogen werden. Besser als eine Beseitigung ist immer noch das Belassen eines Hochstubbens. Im Normalpark wird sich das Problem, dass ein historisch belegter Wegeverlauf rekonstruiert werden soll, in aller Regel nicht stellen. Wenn doch, dann geht der Schutz einer Lebensstätte (§ 7 Abs. 2 Nr. 5 BNatschG) grundsätzlich vor. Wenn eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatschG nicht erteilt werden kann, geht der Erhalt des Baumes im Regelfall vor. Ein Wegegebot lässt die Verkehrspflicht für angrenzende Bäume nicht entfallen.

Stellt in einem Gartendenkmal ein Baum eine Gefahr für die Benutzer dar, gilt im Wesentlichen das vorstehend Ausgeführte. Allerdings werden insbesondere Wegeverlegungen im Hinblick auf die Denkmaleigenschaft problematisch sein. Hier müsste dann die Wertigkeit des Denkmals und die Bedeutung des Weges für das Denkmal untersucht und bewertet werden. Dabei wäre auch zu berücksichtigen, dass die Wegeverlegung ggf. nur für einen vorübergehenden Zeitraum erforderlich ist, bis aufgrund des natürlichen Alterungsprozesses oder aufgrund von Kronensicherungsmaßnahmen eine Bruchgefahr nicht mehr besteht. Wenn eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatschG nicht erteilt werden kann, geht der Erhalt des Baumes im Regelfall vor.

Bei einem Gartendenkmal hat der historisch belegte Wegverlauf ein deutlich höheres Gewicht als bei einem Normalpark. Aus denkmalfachlicher Sicht ist hier die Charta von Florenz einschlägig. Art. 2 definiert den Garten als Bauwerk, das vornehmlich aus lebendem Material besteht, folglich „vergänglich und erneuerbar“ sei. Nach Art. 9 kann unter Umständen „auch die Rekonstruktion von Verschwundenem angebracht sein“. Art. 16 lässt „ausnahmsweise“ eine „Nachbildung“ zu, die jedoch „auf Spuren des ehemals Gewesenen oder unwiderleglicher Dokumentation fußt“. Rekonstruieren bedeutet, dass etwas nicht mehr Vorhandenes wieder aufgebaut wird. Rekonstruktionen sind innerhalb der Denkmalpflege durchaus umstritten²⁴⁹. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass der Zeugniswert eines Gar-

²⁴⁹ Vgl. Rekonstruktion und Gartendenkmalpflege, Berichte zu Forschung und Praxis der Denkmalpflege in Deutschland Bd. 15 2008, (Hrsg.: Vereinigung der Landesdenkmalpfleger in der Bundesrepublik Deutschland, Regierungspräsidium Stuttgart, Landesamt für Denkmalpflege); Schelter,

tendenkmals wesentlich von dessen Authentizität abhängt, „das heißt vom Bestand und von der Nachvollziehbarkeit der noch aus früheren Epochen stammenden pflanzlichen und baulichen Originalsubstanz. Dies schließt die Veränderungen, die ein Denkmal im Laufe der Zeit erfahren hat, prinzipiell mit ein“. Weiter muss insbesondere unterschieden werden „zwischen zweckentfremdenden, den Garten entstellenden Nutzungen oder Pflegevernachlässigungen und gezielten gestalterischen Veränderungen der Vergangenheit“. Eine Rekonstruktion erweckt einen falschen Eindruck, denn jedes Denkmal ist einzigartig und nicht beliebig reproduzierbar²⁵⁰. Teilrekonstruktionen sollten nur ausnahmsweise vorgenommen werden, wenn sie z.B. Sinnzusammenhänge innerhalb des Gründenkmal wieder erschließen²⁵¹. Es ist abzuwägen, ob die Änderungen als geschichtliches Dokument oder die ursprüngliche Gestaltung des Gartendenkmals erhaltenswürdiger sind. Die denkmalschutzfachliche Problematik kann hier nur angedeutet werden. Sie spielt jedoch eine Rolle im Zusammenhang mit der Beeinträchtigung der Lebensstätte.

Nach § 45 Abs. 7 Nr. 5 BNatschG kann aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses von den Verboten des § 44 BNatschG eine Ausnahme erteilt werden. Das heißt, dass eine Rekonstruktion nur ganz ausnahmsweise in Betracht kommen wird, wenn wirklich überragende denkmalschutzfachliche Gründe hierfür angeführt werden können. Zwar würde die Rekonstruktion selbst nicht zur Beeinträchtigung führen. Sie setzt jedoch adäquat kausal die Ursache dafür, da Maßnahmen der Verkehrssicherung die zwingende Konsequenz wären. Wenn eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatschG nicht erteilt werden kann, geht der Erhalt des Baumes im Regelfall vor. Dabei ist die Rekonstruktion des Weges ja nicht endgültig unmöglich, sondern u.U. nur um eine gewisse Zeit zu verschieben.

E. Sind Wegesperrungen (auf einige Zeit bis zum Zerfall des Baumes) in öffentlichen Grünanlagen zum Erhalt wertvoller Bäume und Lebensstätten zu rechtfertigen? Und können dann benachbarte geschützte Wiesenbiotope nicht mehr gepflegt werden, weil man sie aus Gründen der Verkehrssicherheit nicht betreten darf?

Zunächst einmal ist festzustellen, dass - soweit es sich um Gartendenkmale handelt - es von vornherein keinen Anspruch auf unbeschränkten Zugang zu diesen Kulturdenkmälern gibt. Sie sind nur im Rahmen des für die Verfügungsberechtigten Zumutbaren der Öffentlichkeit zugänglich zu machen²⁵². Dies betrifft in der Praxis jedoch primär Kulturdenkmale in privater Hand und da vor allem Gebäude.

Soweit die Parkanlage als freie Landschaft im Sinne von § 59 BNatschG anzusehen ist oder § 14 Abs. 1 S. 1 BWaldG greift, besteht prinzipiell eine Betretensbe-

Von der Pflege eines Gartendenkmals, Ein Beitrag zur Problematik der Rekonstruktion, Die Denkmalpflege 1/2008, 39

²⁵⁰ Baumann, Zur Frage der Rekonstruktion in der Gartendenkmalpflege, ein Nachtrag zur Heidelberger Tagung in Rekonstruktion und Gartendenkmalpflege (Fn. 239), S. 137

²⁵¹ Rohde in Martin/Krautzberger Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 3. Aufl. 2011 Teil D, RdNr. 481

²⁵² Peter/Viernickel S. 56; § 7 Abs. 2 S. 3 DSchGBbg; Martin/Mieth/Graf/Sautter, Brandenburgischen Denkmalschutzgesetz, 2. Aufl. 2008, § 7 Anm. 3.2

fugnis die auch Flächen in Schutzgebieten einschließlich gesetzlich geschützter Biotope erfasst. In Schutzgebieten kann das Betreten allerdings weitgehend eingeschränkt oder sogar verboten werden²⁵³. Zum Betreten von Naturschutzgebieten siehe bereits die Ausführungen oben zu § 23 BNatschG.

Nach der Öffnungsklausel in § 59 Abs. 2 BNatschG können die Länder darüber hinaus u.a. das Betreten aus wichtigen Gründen, insbesondere aus solchen des Naturschutzes oder zum Schutz der Erholungssuchenden einschränken. Nach § 36 Abs. 1 LNatschG Bln kann der Grundstückseigentümer die Ausübung des Betretungsrechts nach § 35 LNatschG Bln aus wichtigem Grund einschränken oder untersagen (Sperrung). § 36 Abs. 2 LNatschG Bln erlaubt der zuständigen Behörde für Naturschutz und Landschaftspflege zur Wahrung überwiegender Interessen der Allgemeinheit, insbesondere aus wichtigen Gründen des Naturschutzes und der Landschaftspflege, eine Fläche oder einen Weg von Amts wegen zu sperren. § 46 BbgNatschG enthält eine ähnliche Regelung.

Eine Kommune oder eine sonstige juristische Person kann in Ihrer Eigenschaft als Eigentümer einer Park- und Gartenanlage aus rechtlicher Sicht in Ausübung dieses Eigentumsrechts prinzipiell ohne weiteres bestehende Wege auflassen, d.h. beseitigen oder sperren. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich um keine gewidmeten öffentlichen Wege im Sinne der Straßengesetze handelt, die in einem Straßenbestandsverzeichnis eingetragen sind.

Davon abgesehen können die Kommunen die Benutzung der in ihrem Eigentum stehenden öffentlichen Einrichtungen (um solche handelt es sich regelmäßig bei kommunalen Grünanlagen) gemäß den jeweiligen Landeskommunalgesetzen durch bußgeldbewehrte Satzungen regeln. Insbesondere ist es möglich, durch eine Grünanlagensatzung z.B. das Betreten von besonders gekennzeichneten Biotopen zu verbieten, ebenso das Ballspielen außerhalb der gekennzeichneten Spiel- und Sportflächen. Zudem ist es möglich, Benutzern das Betreten von Rasenflächen und Anpflanzungen zu untersagen.

Eine Sperrung eines Weges ist nicht zuletzt bei Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit auf der Grundlage des Ordnungsrechts/Sicherheitsrechts grundsätzlich zulässig.

Allerdings muss die Sperrung auch praktisch durchsetzbar sein. Wenn es sich um einen häufig begangenen Zugangsweg oder gar um eine unentbehrliche Verbindung handelt, können insoweit Probleme entstehen. Fußgänger und Radfahrer werden eine weiträumige Umleitung u.U. für unzumutbar halten.

Das Problem, ob benachbarte geschützte Wiesenbiotope nicht mehr gepflegt werden können, weil man sie aus Gründen der Verkehrssicherheit nicht betreten darf, betrifft - soweit es um die eigenen Mitarbeiter der für die Park- oder Gartenanlage zuständigen Behörde geht - primär den Aspekt der Arbeitssicherheit (Arbeitsschutzgesetz) und die Unfallverhütungsvorschriften. Das Betretungsverbot gilt für die Besucher der Anlagen. Ihnen gegenüber besteht in erster Linie die Verkehrssicherungspflicht. Die eigenen Mitarbeiter dürfen diese Flächen grundsätzlich zur Verrichtung erforderlicher Arbeiten betreten. Allerdings sind bei entsprechenden Gefährdungen ggf. sog. Gefährdungsbeurteilungen sowie entsprechende Schulungen/Unterweisungen erforderlich, um die Arbeitssicherheit zu gewährleisten. Bei akuten Gefährdungen hat im Zweifel die Unfallverhütung Vorrang. Dann müsste abgewogen werden, ob das Wiesenbiotop oder die Lebensstätten in den Bäumen aus naturschutzfachlicher Sicht höherwertiger sind.

²⁵³ Lütkes/Ewer BNatschG, 2011, § 59 RdNr. 10

F. Ist die Verkehrssicherungspflicht prioritär vor der Pflege, insbesondere eines Gartendenkmals?

Aus Sicht des Denkmalschutzes sind in der Regel Maßnahmen, die das Denkmal erhalten, vorzugswürdig. Allerdings sind grundsätzlich die Interessen der ungestörten Denkmalerhaltung und der Sicherheit der Besucher gegeneinander abzuwägen. Dabei haben nach der Rechtsprechung die Verkehrssicherheit und der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Zweifel Vorrang vor den Belangen des Denkmalschutzes²⁵⁴. Doch ist stets zu prüfen, wie dieses Ziel mit der geringstmöglichen Beeinträchtigung des Denkmals erreicht werden kann. Vor allem bei hochrangigen Denkmälern wird zu abzuwägen sein, ob es nicht genügen muss, die Besucher rechtzeitig vor dem Betreten der Anlage deutlich auf mögliche Gefährdungen aufmerksam zu machen und sie zu erhöhter Vorsicht anzuhalten²⁵⁵. Diese Möglichkeit wird jedoch bei nicht mehr standsicheren bzw. bruch sicheren Bäumen nicht in Betracht kommen. Dabei bezieht sich die Verkehrssicherungspflicht in erster Linie auf die Besucher der Anlage, nicht auf die Mitarbeiter der Institution, die für die Anlage verantwortlich ist und damit die Verkehrssicherungspflicht trägt.

G. Typische Fallbeispiele für Probleme in Parkanlagen sind z.B. in Berlin die Alt-Buchenbestände im Glienicker Park oder die Heldbock-Eichen im Schlosspark Niederschönhausen. Hier sind jeweils Dauerlebensstätten für streng geschützte Arten vorhanden, die Anlagen sind Gartendenkmale und zugleich öffentliche Grünanlagen mit vielen Wegen. Wie wären hier die Anforderungen aus Sicht der Verkehrssicherung?

Bei öffentlichen Grünanlagen besteht unabhängig von ihrem Status als Gartendenkmal eine Pflicht zur Verkehrssicherung nach den oben dargestellten Grundsätzen. Der Umstand, dass sich in einem Baum Lebensstätten geschützter Arten befinden, führt ebenfalls nicht zu einer Herabstufung oder gar zum Entfallen der Verkehrssicherungspflicht. Eine andere Frage ist, wie dieser Pflicht im Einzelfall nachzukommen ist. Die Fällung des Baumes scheidet im Einzelfall aus Gründen des Artenschutzes aus, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahme (§ 45 Abs. 7 BNatschG) nicht vorliegen. Die übrigen Möglichkeiten wurden bereits überwiegend genannt: Wegeverlegung, Wegesperrung, Wegegebote, Einzäunung, Kronensicherungsmaßnahmen.

H. Ist der Park zugleich FFH-Gebiet- wie verhält sich da die Verkehrssicherungspflicht zur Schutz-Verpflichtung?

Stellt sich das Natura-2000-Gebiet als freie Natur oder als Wald dar, gelten die Regelungen des § 60 BNatschG bzw. des § 14 BWaldG. Es besteht keine Haftung für typische, sich aus der Natur ergebende Gefahren. Ist es allerdings eine öffent-

²⁵⁴ Vgl. OLG Karlsruhe NVwZ-RR 1992, 26; BayVGH BayVBI 1996, 437; BVerwG DÖV 1989, 860

²⁵⁵ Eberl in Eberl/Martin/Greipl Bayer. Denkmalschutzgesetz, 6. Aufl., Einl RdNr. 108

liche Parkanlage, gelten die oben dargestellten Grundsätze. Es besteht demnach eine Pflicht zur Verkehrssicherung. Auf die besonderen Gefahren sollte sicherheitshalber durch entsprechende Warnschilder hingewiesen werden. Dies ist bei Naturschutzgebieten im Wald oder in Naturwaldreservaten üblich und ist deshalb erst Recht in Parkanlagen zu empfehlen, da dort die Verkehrserwartung besteht, einigermaßen sicher vor herabfallenden Ästen usw. zu sein. Warnschilder führen zwar nicht zu einer Haftungsbefreiung, können aber ggf. ein Mitverschulden des Geschädigten begründen.

I. Ist ein Vorgehen zum Thema Verkehrssicherung wie „die Schlimmsten zuerst“ möglich – wie am besten?

Fand in einer Park- und Gartenanlage in der Vergangenheit die notwendige Baumkontrolle nicht statt oder existieren keine Dokumentationen über durchgeführte Kontrollen, ist es zunächst erforderlich, die zu kontrollierenden Einzelbäume und die flächigen Baumbestände zu bestimmen. Kontrolliert werden müssen die Bäume, die für die Bereiche, in denen ein Benutzerverkehr stattfindet, eine Gefährdung der Verkehrssicherheit darstellen können (insbesondere z.B. Bäume im Fallbereich von Wegen, Spiel- und Liegewiesen). Dazu ist eine Ersterfassung des zu kontrollierenden Bestands vorzunehmen. Da in einem solchen Fall nicht die Baumpflege sondern die Herstellung der Verkehrssicherheit im Vordergrund steht, muss ein schneller Überblick über den zu verantwortenden Baumbestand gewonnen werden. Deshalb scheidet eine komplette Baumdatenerfassung aus und es ist eine verkürzte Ersterfassung durchzuführen²⁵⁶. Die Datenerhebung beschränkt sich auf die Bestimmung der Baumgattung/-art, den Stammumfang und die Baumhöhe. Es werden nur die zur Herstellung der Verkehrssicherheit notwendigen Maßnahmen festgelegt. Grundsätzlich ist eine Prioritätensetzung zu empfehlen. Es sind diejenigen Wege und Flächen zu bestimmen, bei denen die berechtigten Sicherungserwartungen der Benutzer und die Gefährdungen aufgrund des Zustands und/oder des Alters der Bäume am höchsten sind. Bei diesen Bäumen muss als erstes mit der Kontrolle auf Stand- und Bruchsicherheit begonnen werden. Zweckmäßigerweise bietet sich eine Einteilung des Baumbestands an, etwa nach folgendem unverbindlichen Vorschlag²⁵⁷:

Stufe 1: Es bestehen hohe Sicherungserwartungen weil z.B. die Wege stark frequentiert sind (hohe Verkehrsbedeutung) oder eine Erholungseinrichtung betroffen ist und die Bäume sind stark geschädigt und/oder alt

Stufe 2: Es bestehen geringere Sicherungserwartungen weil z.B. die Wege nur schwach frequentiert sind und die Bäume sind stark geschädigt und/oder alt

Es sind zunächst die der Stufe 1 zugeordneten Bäume und flächigen Baumbestände zu kontrollieren. Unabhängig davon sind bekannte akute Gefahren immer schnellstmöglich zu beseitigen.

Im Ergebnis kommen in der Tat „die Schlimmsten zuerst“ dran, aber abhängig vom Standort.

²⁵⁶ Vgl. Balder/Reuter/Semmler Handbuch zur Baumkontrolle 2. Aufl. 2009, S. 69

²⁵⁷ Vgl. auch Stoffrein BaumZeitung 03/2011, 31

J. Wie kann die Ergebnis-Dokumentation zur Verkehrssicherung in einem Parkwald aussehen und wie bei Solitären/Einzelbäumen im Park?

Eine systematische Regelkontrolle kann prinzipiell erst nach einer Ersterfassung des Baumbestands durchgeführt werden. Dazu sind die zu kontrollierenden Bäume – Einzelbäume, Baumgruppen, flächige bzw. waldähnliche Baumbestände - zu bestimmen (vgl. die Ausführungen oben unter I.). Dabei empfiehlt sich die Erstellung eines **Baumkatasters**, in dem die Bäume, soweit sie Dritte gefährden können, erfasst sind. Anhand dieses Katasters können dann je nach der Verkehrsbedeutung des Standorts, den berechtigten Sicherungserwartungen der Benutzer, Alter und Zustand der Bäume das Gefährdungspotential eingeschätzt und Umfang sowie Häufigkeit der Kontrollen festgelegt werden²⁵⁸. In einem Baumkataster erhält jeder Baum eine eindeutige Nummer. Jeder erfasste Baum wird sichtbar z.B. mit Baumplaketten entsprechend gekennzeichnet. So ist ein schnelles Auffinden der Bäume gesichert und die Zuordnung in der Baumkontrolle und –pflege fehlerfrei möglich. Für Park- und Gartenanlagen bietet sich eine durchgehende Nummerierung mit einer frei wählbaren Schrittweite an²⁵⁹. Mit z.B. einer Schrittweite 10 besteht später die Möglichkeit, weitere Bäume zwischen der Nummer 10 und 20 (nämlich 11, 12 usw.) erfassen zu können. Mit der Baumnummer 1 beginnend wird der Bestand der jeweiligen Park- oder Gartenanlage aufgenommen. In großflächigen Anlagen müssen im Vorfeld (Teil-)Erfassungsbereiche gebildet werden, um den Standort des Baumes näher beschreiben zu können. Die Bereiche ergeben sich durch Wege oder andere klar abgrenzbare topografische Gegebenheiten. In Übersichtskarten werden die Bereiche dann hervorgehoben, um das Auffinden eines Baumes bzw. der Einzelfläche zu erleichtern. Entweder erfolgt die Dokumentation computergestützt mit mobilen Erfassungsgeräten (Handhelds) oder es werden Kontrollbögen in Papierform²⁶⁰ (DIN A 4 Querformat, alternativ ein Baumtagebuch) verwendet. Elektronische Baumkatasterprogramme ggf. in Kombination mit geografischen Informationssystemen (GIS), können das Verwalten von Baumbeständen unterstützen. Das Baumkontrollblatt muss mindestens folgende Angaben enthalten: **Ort** (z.B. Parkname), **Zeitpunkt** der Kontrolle (Datum), **beurteilte Bäume** (bzw. kontrollierter Bereich), **Ergebnis** der Kontrolle, **weiteres Vorgehen** (notwendige Maßnahmen), **Datum der erfolgten Umsetzung**, **nächster Kontrollzeitpunkt**, **Unterschrift** des Baumkontrolleurs²⁶¹.

Hinsichtlich des erforderlichen Umfangs der Angaben ist zu unterscheiden: Liegen keine Anzeichen für eine mangelnde Verkehrssicherheit vor, erfolgt die Kontrolle in Form einer Negativkontrolle ohne Einzelbaumerfassung. Es werden zwar alle Bäume, die zu kontrollieren sind, einzeln angesprochen. Es werden aber nur die Bäume in das Baumkontrollblatt aufgenommen, bei denen Maßnahmen durchgeführt werden müssen. Ansonsten reicht ein Festhalten des Orts (Parkname) und des Zeitpunkts der Kontrolle mit Unterschrift des Baumkontrolleurs aus. Dies ist aber auch erforderlich, da nur so im Streitfall zweifelsfrei nachgewiesen werden kann, dass eine Baumkontrolle stattgefunden hat.

²⁵⁸ vgl. Dienstanweisung BADK/GALK (a.a.O.); Carsten Rotermund, Die Haftung der Kommunen für die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht, RN 126

²⁵⁹ Vgl. näher Balder/Reuter/Semmler Handbuch zur Baumkontrolle 2. Aufl. 2009, S. 35 ff.

²⁶⁰ Vgl. Muster eines Kontrollblatts zur Baumüberprüfung in Carsten Rotermund, Die Haftung der Kommunen für die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht, Anhang 3; Baumkontrollrichtlinien Anhang B: dort Beispiel jeweils für ein Kontrollblatt für die Regelkontrolle eines Einzelbaumes bzw. von flächigen Baum-/Gehölzbeständen; speziell für Waldrandkontrollen: Breloer, AFZ-DerWald 12/2008, 640; Balder/Reuter/Semmler Handbuch zur Baumkontrolle 2. Aufl. 2009, S. 54 ff

²⁶¹ Vgl. Baumkontrollrichtlinien Abschnitt 5.3.2.5

Sind an einem Baum jedoch Maßnahmen aus Gründen der Verkehrssicherheit durchzuführen, müssen zusätzlich zu den vorgenannten Angaben aufgenommen werden: Baumnummer, Baumart, Stammdurchmesser (wenn kein Baumkataster vorhanden ist, um den Baum wieder finden zu können), Höhe, Vitalität, festgestellte Schäden oder Auffälligkeiten, weiterer Untersuchungsbedarf, erforderliche Maßnahmen und Dringlichkeit (Zeitangabe bis wann zu erledigen), Hinweise für zukünftige Kontrollen²⁶². Es ist anzuraten (insbesondere bei Fehlen eines Baumkatasters), die Bäume, bei denen Maßnahmen notwendig sind, eindeutig zu kennzeichnen (z.B. mit Sprühfarbe oder Plastikmarkierungen), damit sie anschließend problemlos wiedergefunden werden können²⁶³.

Bei vorgeschädigten Bäumen mit hohem Gefahrenpotential empfiehlt sich die Führung einer eigenen Risikoliste, um die Vornahme regelmäßiger Sonderüberprüfungen überwachen und ggf. auch nachweisen zu können.

K. Welche Voraussetzungen bräuchte es, um Artenschutz und Verkehrssicherheit miteinander zu verbinden? Reicht es, intensive Schulungen zu machen oder bräuchte es von Seiten des Rechts auch weiterer Ausführungen (Verordnungen usw.)? In Berlin wurde z.B. gerade eine Verwaltungsvorschrift über die Art und Weise (VTA) der bezirklichen Baumkontrolle entworfen. Müsste es entsprechendes nicht auch für die Integration des Artenschutzes bei Fäll- und Pflegemaßnahmen geben?

Eine geeignete Maßnahme, um Artenschutz und Verkehrssicherheit im Zusammenhang mit Baumpflegemaßnahmen zu verbinden, ist zunächst einmal die Schulung der Baumkontrolleure und Baumpfleger. Ihnen müssen zum einen die artenschutzrechtlichen Bestimmungen des BNatschG geläufig sein. Ein effektiver Artenschutz setzt außerdem voraus, dass sie die geschützten Arten kennen. Schließlich wäre eine Schulung nützlich, die die Baumkontrolleure und Baumpfleger in die Lage versetzt aus Sicht des Artenschutzes potentiell wertvolle Totholzbäume und Totholzstrukturen zu erkennen und zu bewerten. Eine ordnungsgemäße Umsetzung der erworbenen Kenntnisse lässt sich durch entsprechende interne **Dienstanweisungen** absichern. Darin könnte auch die im Einzelfall verpflichtende Hinzuziehung einer Naturschutzfachkraft in problematischen Fällen geregelt werden. Ergänzend wäre eine flächendeckende systematische Erfassung von Biotopbäumen bzw. des Vorkommens bedrohter Arten wünschenswert. Zweckmäßig ist auf jeden Fall das Markieren von Höhlenbäumen, die z.B. Fledermäuse beherbergen oder geschützten Käfern als Wohnstatt dienen. Ein Problem in diesem Zusammenhang ist auch, dass in den Parkpflegewerken üblicherweise naturschutzfachliche Aspekte allenfalls am Rande eine Rolle spielen. Wenn für einen historischen Garten ein Parkpflegewerk aufgestellt werden soll, muss geprüft werden, welches Gewicht der ökologischen oder der gartenkünstlerischen Wertigkeit zukommt. So kann mit sachlichen Argumenten einem möglichen Konflikt bzgl. der Erhaltung von bestehendem, historischem Kulturgut vorgebeugt werden.

²⁶² So Dujesiefken, Jakula, Kowol, Der Unterschied zwischen Baumkontrolle und Baumuntersuchungen in der Praxis, Jahrbuch der Baumpflege 2004, 181

²⁶³ Vgl. Stoffrein BaumZeitung 03/2011, 31

L. Globalhaushalt und Ausstattung für Verkehrssicherungspflicht – wieviel Kontrolle und Pflege ist Pflicht?

I. Rechtsprechung

Wie bereits oben ausgeführt, müssen die Anforderungen, die an den Umfang der Verkehrssicherung gestellt werden, für den Verpflichteten - **objektiv - zumutbar** sein. Zur Frage nach den Maßnahmen, die zur Gefahrenabwehr objektiv zumutbar sind, gehört auch die Frage nach den **Kosten** der Maßnahmen. Nach der Rechtsprechung des BGH zur Räum- und Streupflicht steht die Verkehrssicherungspflicht unter dem Vorbehalt des Zumutbaren, wobei es auch auf die Leistungsfähigkeit des Verkehrssicherungspflichtigen ankommt²⁶⁴ (vgl. auch z.B. Art. 9 Abs. 1 S. 2 BayStrWG²⁶⁵).

Nach einer Entscheidung des OLG Hamm²⁶⁶ besteht in der Regel keine Verpflichtung des Straßenbaulastträgers - wegen der großen Anzahl straßennaher Bäume - bei der äußeren Zustandsprüfung eines Baumes das Laub zum Zweck einer näheren Wurzeluntersuchung zu beseitigen. Gesund erscheinende Bäume müssen insbesondere nicht im Hinblick auf eine verborgene Erkrankung von Wurzelfäule untersucht werden. In diese Richtung geht auch das Urteil des OLG Hamm, wonach der Verkehrssicherungspflichtige mit wirtschaftlichen Mitteln nicht alle Gefahren beseitigen kann, die von Straßenbäumen ausgehen können. Ein Straßenbenutzer muss vielmehr gewisse Gefahren, die nicht durch menschliches Handeln und Unterlassen entstehen, sondern auf Gegebenheiten der Natur beruhen, als unvermeidbar und daher als eigenes Risiko hinnehmen²⁶⁷. Gleiches gilt für Benutzer von Park- und Gartenanlagen.

Es gibt aber auch andere (ältere) Urteile²⁶⁸, wonach die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verkehrssicherungspflichtigen grundsätzlich ohne Bedeutung ist, allenfalls sei sie hinsichtlich der Wahlmöglichkeit zwischen mehreren geeigneten Mitteln zur Gefahrenbeseitigung von Bedeutung.

Jedenfalls akzeptieren Gerichte die schlechte Finanzsituation einer Gemeinde in aller Regel nicht als „Entschuldigung“ für zu große Abstände zwischen den einzelnen Kontrollen: So muss es nach dem OLG Frankfurt für jeden Beamten auf der Hand liegen, dass aus finanziellen Gründen nicht die Überwachung von Naturdenkmälern, die den Straßenverkehr gefährden können, unterbleiben darf²⁶⁹. Auch eine hohe Anzahl von zu überwachenden Bäumen hat keinen Einfluss auf Inhalt und Maß der Sicherungspflicht²⁷⁰.

II. Folgerungen aus der Rechtsprechung

Die Anforderungen an die Maßnahmen zur Baumkontrolle stehen insgesamt unter dem Vorbehalt des Zumutbaren. Wesentliches Element der Zumutbarkeit ist dabei die Leistungsfähigkeit des Sicherungspflichtigen im Hinblick auf die anfallenden Kosten. Die Zumutbarkeit bemisst sich auch hinsichtlich der Kostenlast nach einem objektiven Maßstab. In Bezug auf die wirtschaftliche Zumutbarkeit ist daher

²⁶⁴ BGH VersR 1990 1148

²⁶⁵ § 11 Abs. 1 S. 2 StrWG-MV, § 9 Abs. 1 S. 2 BbGStrG, § 9 Abs. 1 S. 2 ThürStrG

²⁶⁶ OLG Hamm AgrarR 1993, 121

²⁶⁷ OLG Hamm NuR 2000, 178

²⁶⁸ OLG Köln VersR 1990, 287

²⁶⁹ OLG Frankfurt AgrarR 2000, 107

²⁷⁰ OLG Hamm, Urt. v. 30.03.2007, 13 U 62/06 in NuR 2007, 845

darauf abzustellen, dass ein vorhandener Baumbestand in dem Umfang kontrolliert werden muss, wie es aus **fachlicher Sicht** erforderlich ist, um die Verkehrssicherheit zu gewährleisten. Die die dafür anfallenden Kosten müssen entsprechend bereitgestellt werden²⁷¹.

Dagegen kann aus dem Erfordernis der Leistungsfähigkeit nicht abgeleitet werden, dass ein leistungsunfähiger Verkehrssicherungspflichtiger von der erforderlichen Baumkontrolle befreit sei²⁷². Der Sicherungspflichtige kann sich also nicht mit dem Argument, er verfüge nicht über die zur Erfüllung der Baumkontrollpflicht erforderlichen finanziellen Mittel, seinen Pflichten generell entziehen. Es kommt nicht darauf an, ob der Sicherungspflichtige, um dessen Sicherungspflicht es geht, im konkreten Fall als leistungsfähig angesehen wird oder nicht. Eine solche Betrachtungsweise würde dem Erfordernis einer angemessenen Risikoverteilung zuwiderlaufen, bei der auch die Belange der betroffenen Wegennutzer nicht vernachlässigt werden dürfen. Leistungsfähigkeit kann nur in einem generalisierenden und typisierenden Sinne verstanden werden²⁷³. Es wird von jedem Sicherungspflichtigen von Rechts wegen erwartet, dass er einem allgemein gültigen Mindeststandard Rechnung trägt²⁷⁴. Insbesondere wenn der Sicherungspflichtige einen Verkehr eröffnet (z.B. öffentliche Parkanlage), kann sich nicht darauf berufen, dass seine Mittel zur Gefahrsicherung im Rahmen des von ihm eröffneten Verkehrs nicht ausreichen.

Das Kriterium der Zumutbarkeit hat primär Bedeutung für den Umfang der notwendigen Maßnahmen und beeinflusst z.B. die Häufigkeit der Kontrolle. Es ist regelmäßig eine Abwägung zu treffen zwischen der Verkehrsbedeutung des Weges, dem Gefahrenpotential sowie den berechtigten Sicherungserwartungen der Nutzer einerseits und den finanziellen Möglichkeiten des Sicherungspflichtigen andererseits, d.h. wieweit Kontrollmaßnahmen wirtschaftlich zumutbar sind. Dabei gilt: Je höher die Verkehrsbedeutung des Weges und je größer die Gefährdung insbesondere für Leib und Leben der Nutzer ist sowie je höher die berechtigten Sicherungserwartungen der Nutzer sind, desto höher wird in der Regel auch der entsprechende Einsatz von finanziellen Mitteln zur Gefahrenbeseitigung sein müssen.

Außerdem wirkt sich die Zumutbarkeit noch auf die Maßnahmen bei vorhandenen Gefahrstellen aus. Hier hat der Sicherungspflichtige grundsätzlich die Wahl, ob er die Gefahrstelle beseitigt, durch eine Absperrung sichert oder lediglich davor warnt. Dabei erfordert die Erfüllung der Verkehrssicherungspflicht in erster Linie, die Gefahr zu beseitigen²⁷⁵. Nur wenn dies nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig möglich ist, darf abgesperrt oder durch entsprechend geeignete Schilder gewarnt werden. Insbesondere unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten kann im Einzelfall die Sperrung oder bloße Warnung ausreichend sein, so dass hier wirtschaftliche Aspekte durchaus Berücksichtigung finden können. Im Regelfall muss allerdings jedenfalls bei Straßen und sonstigen frequentierten Orten die Gefahr beseitigt werden.

²⁷¹ So überzeugend Breloer, Verkehrssicherungspflicht bei Bäumen, 6. Aufl., S. 36

²⁷² Rinne NVwZ 2003, 9

²⁷³ S. Rinne, NJW 1996, 3303 ff.

²⁷⁴ vgl. zum Ganzen Rinne NJW 1996, 3303 ff. im Zusammenhang mit der Räum- und Streupflicht

²⁷⁵ vgl. Burmann, NZV 2003, 20 ff. mit weiteren Nachweisen

Das Denkmalrecht ist ebenfalls weitgehend vom Gebot der Zumutbarkeit als Grenze vieler Pflichten gekennzeichnet. Dies betrifft aber in erster Linie private Eigentümer. Die öffentliche Hand kann sich dagegen schon deswegen nicht auf Unzumutbarkeit berufen, weil ihr das Eigentumsrecht des Art. 14 GG nicht zusteht. Reichen die öffentlichen Mittel nicht aus, um alle gesetzlichen Aufgaben zu erfüllen führt das aber nur dazu, dass Kürzungen nicht einseitig die Pflege der eigenen Denkmale betreffen dürfen²⁷⁶. Dagegen ist die Verkehrssicherung immer zu gewährleisten und die entsprechenden Mittel dürfen nicht gekürzt werden.

III. Zusammenfassung

- Die Verkehrssicherungspflicht steht zwar grundsätzlich unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit und der Leistungsfähigkeit.
- Die wirtschaftliche Lage des Verkehrspflichtigen ist jedoch in erster Linie bei der Frage zu berücksichtigen, welchen Umfang die notwendigen Maßnahmen haben müssen und welches Mittel zur Gefahrenbekämpfung (Beseitigung, Sperrung oder Warnung) einzusetzen ist.
- Dabei kann die Zumutbarkeit im Einzelfall insofern eine Rolle spielen, als sie hilft, überzogene Anforderungen an die Sicherungspflicht zu vermeiden.
- Das was im konkreten Fall zur Herstellung der Verkehrssicherheit erforderlich ist, muss jedoch geleistet werden.
- Erst wenn ausnahmsweise die Kosten der Baumkontrollen über die Leistungsfähigkeit des Verkehrssicherungspflichtigen hinausgehen, weil sie die Grenze des Zumutbaren („Opfergrenze“) überschreiten, scheidet ein haftungsbegründendes Verschulden aus²⁷⁷.

M. Wie sind die Konsequenzen des neuen BNatSchG für den Baumschnitt / Baumfällungen?

§ 39 BNatSchG enthält Regelungen zu dem allen wild lebenden Tieren und Pflanzen zukommenden Mindestschutz.

Hierzu zählt unter anderem das Verbot, Bäume oder Hecken während der Brutzeit abzuschneiden. Dabei orientiert sich das novellierte BNatSchG grundsätzlich an den in den Ländern bislang vorhandenen Regelungen. Die neue Vorschrift zum allgemeinen Artenschutz in § 39 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 BNatSchG wirft jedoch hinsichtlich der Fäll- und Schnittverbote bei Bäumen besondere Probleme im Vollzug auf.

I. Gärtnerisch genutzten Grundflächen

Gemäß § 39 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 BNatSchG ist es verboten, Bäume, die außerhalb des Waldes, von Kurzumtriebsplantagen oder gärtnerisch genutzten Grundflächen stehen, Hecken, lebende Zäune, Gebüsche und andere Gehölze in der Zeit vom 1. März bis zum 30. September abzuschneiden oder auf den Stock zu setzen. Danach sind unabhängig von ihrem Standort alle Hecken, lebende Zäune, Gebüsche und andere Gehölze ohne Einschränkungen vom zeitlich befristeten Fäll- und Schnittverbot des § 39 BNatSchG erfasst. Dagegen unterliegen alle Bäume, die im

²⁷⁶ Vgl. näher Haspel/Martin/Wenz/Drewes, Denkmalschutzrecht in Berlin, 2008, § 8 Anm. 4.3.2, 4.3.5

²⁷⁷ Hötzel, AgrarR 1996, 77 (81)

Wald, auf Kurzumtriebsplantagen oder auf gärtnerisch genutzten Grundflächen stehen, nicht diesen Schnitt- und Fällverboten. Was unter „Wald“ zu verstehen ist, ergibt sich aus § 2 BWaldG und den jeweiligen Landeswaldgesetzen. „Kurzumtriebsplantagen“ sind Flächen, die bei einer Umtriebszeit von bis zu 20 Jahren ausschließlich mit schnell wachsenden Baumarten bestockt sind²⁷⁸.

Umstritten ist dagegen die Definition der "gärtnerisch genutzten Grundflächen". Dieser Begriff ist nicht eindeutig und wird vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU) und einzelnen Bundesländern unterschiedlich ausgelegt. Es gibt im Wesentlichen drei Auffassungen:

1. Enge Auslegung

Nach der engen Auslegung²⁷⁹ sind mit „gärtnerisch genutzten Grundflächen“ ausschließlich gartenbauwirtschaftlich genutzte Flächen gemeint, mithin Flächen, die in Erwerbsabsicht bewirtschaftet werden. Dies sei daraus zu schließen, dass in § 39 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 BNatschG ansonsten Wälder und Kurzumtriebsplantagen ausgenommen seien, also ebenfalls Flächen, die zur Erzielung wirtschaftlicher Gewinne bebaut würden. Daraus folge, dass Hobbygärtner oder private Gärten von dieser Privilegierung nicht erfasst seien. Es sei auf den systematischen Kontext abzustellen, in dem der Begriff „gärtnerisch genutzte Grundflächen“ stehe. Er müsse danach vor allem zusammen mit Kurzumtriebsplantagen gelesen werden, was zwangsläufig dazu führe, dass er nur die erwerbswirtschaftlich genutzten Grundflächen umfasse.

Für eine einschränkende Auslegung spreche zudem, dass es andernfalls zu einem Wertungswiderspruch komme, wenn einerseits private Gärten in Gänze freigestellt seien, andererseits bei zulässigen Bauvorhaben in der Vegetationszeit nach § 39 Abs. 5 S. 2 Nr. 4 BNatschG nur ein geringfügiger Gehölzbewuchs ohne Befreiung beseitigt werden dürfe²⁸⁰. Auch Sinn und Zweck der Vorschrift legten eine solche Auslegung nahe. Wenn man sie anders verstehen würde, wäre nicht zu erklären, warum Bäume in Gärten während der Vegetationsperiode gefällt werden dürften, Hecken oder andere Gehölze aber nicht. Sinn und Zweck des § 39 Abs. 5 BNatSchG sei es, Handlungen zu verbieten, die wild lebende Tiere beeinträchtigen und zum Artenschwund beitragen. Da Bäume während der Vegetationsperiode Lebensstätte vieler Arten seien, würde mit der weiten Auslegung der Ausnahme „gärtnerisch genutzte Grundflächen“ der Artenschutz in Siedlungsbereichen weitgehend leer laufen. Das sei insbesondere der Fall, wenn man neben den Privatgärten die Ausnahme auf jegliche gepflegte Grünanlagen, Rasensportanlagen und Friedhöfe ausdehne. Die Mehrzahl der Bundesländer habe in der Vergangenheit den Artenschutz durch ein Fällverbot für Bäume und Hecken in der Vegetationsperiode gefördert. Wie die Begründung zum Bundesnaturschutzgesetz zeige²⁸¹, sei es sicherlich nicht Ziel des Bundesgesetzgebers gewesen, dieses Schutzniveau abzusenken.

²⁷⁸ BT-Drs. 16/12274, S. 67

²⁷⁹ Beispielsweise vertreten vom Sächsischen Staatsministerium für Umwelt und Landwirtschaft (E-Mail-Auskunft vom 16.12.2010 auf eine entsprechende Anfrage des Autors); ähnlich das Ministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz des Landes Brandenburg, Schreiben vom 03.05.2010, 41-49061.0/5; nach eben diesem Schreiben wohl ursprünglich auch so vertreten vom BMU

²⁸⁰ So Schuhmacher/Fischer-Hüftle, BNatschG, 2. Aufl., § 39 RdNr. 28

²⁸¹ Bundesrat-Drucksache 278/09, S. 211 = Bundestag-Drucksache 16/12274, S. 67: „Die Länder haben ganz überwiegend gleichartige Regelungen erlassen, die nun in eine einheitliche Bundesregelung überführt werden sollen.“

2. Vermittelnde Auslegung

Nach einer zweiten Auffassung²⁸² ist der Begriff „gärtnerisch genutzte Grundflächen“ wie er in § 39 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 BNatschG verwendet wird, nicht gleichzusetzen mit „gartenbauwirtschaftlich“ genutzten Grundflächen. Zur Begründung wird angeführt, dass eine solche Auslegung vom Wortlaut her nicht gedeckt sei²⁸³. Der Begriff „gärtnerisch“ meine eben nicht das Gleiche wie „erwerbsgärtnerisch“. Die gesetzliche Regelung setze allerdings eine gärtnerische Nutzung voraus, die insbesondere auf die Gewinnung von Pflanzen oder Pflanzenerzeugnissen oder auf vergleichbar intensive gärtnerische Gestaltung zu ästhetischen Zwecken (Ziergärten) ausgerichtet sei. Eine solche Nutzung liege nur vor, wenn die Erscheinungsform der Fläche durch regelmäßiges und systematisches Eingreifen in die natürliche Vegetationsentwicklung entscheidend gekennzeichnet sei²⁸⁴. Eine gärtnerische Nutzung in diesem Sinne sei neben den erwerbsgartenbaulich genutzten Flächen auch für Hausgärten und Kleingartenanlagen sowie Streuobstwiesen anzunehmen²⁸⁵. Dagegen würden Grünflächen, Parkanlagen und sonstige Außenanlagen wie Sportplätze, Böschungen und Straßengräben in der Regel nicht oder nicht vorwiegend in diesem Sinne gärtnerisch genutzt, sondern lediglich gärtnerisch gepflegt. Sie würden daher nicht unter den Begriff „gärtnerische Nutzung“ fallen.

3. Weite Auslegung

Am weitesten geht die dritte Meinung²⁸⁶, die anscheinend nunmehr auch vom BMU geteilt wird²⁸⁷. Danach umfasst der Begriff der „gärtnerisch genutzten Grundflächen in § 39 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 BNatschG“ sowohl Bäume, die im Gartenbau erwerbswirtschaftlich genutzt werden als auch Bäume in Haus- und Kleingärten sowie Bäume in Rasensportanlagen, Grünanlagen und Friedhöfen. Als Argument wird angeführt, dass gerade Rasensportanlagen, Grünanlagen und Friedhöfe einer besonderen gärtnerischen Pflege bedürften, die ähnlich intensiv sei wie eine gärtnerische Nutzung²⁸⁸. Außerdem sprächen baumfachliche Gründe für diese Betrachtungsweise. Fast alle Baumarten zeigten bei einem Schnitt in der Vegetationszeit eine bessere Wundheilung als bei einem Winterschnitt. Eine bessere Gesunderhaltung der Bäume diene aber letztlich auch dem Artenschutz²⁸⁹.

²⁸² Schreiben des Ministeriums für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume des Landes Schleswig-Holstein vom 30.07.2010, V 507 – 5300.001.0; ähnlich Bayerisches Staatsministerium für Umwelt und Gesundheit, Schreiben vom 12.03.2010, 62d-U8602.1-2010/2-2

²⁸³ Ähnlich die Argumentation des Ministeriums für Landwirtschaft und Umwelt des Landes Sachsen-Anhalt im Schreiben vom 26.02.2010, 21: „Hätte der Bundesgesetzgeber eine andere Auslegung dieses Begriffes gewollt, dann hätte er sich ebenso wie der Landesgesetzgeber in § 37 Abs. 1 Nr. 7 NatschG LSA des Begriffes „erwerbsgärtnerisch“ bedient.“

²⁸⁴ So Ministerium für Umwelt, Naturschutz und Verkehr des Landes Baden-Württemberg, Fundstelle: <http://www.service-bw.de/zfinder-bw-web/showConcern.do?anliegenId=2029>

²⁸⁵ So auch das Thüringer Ministerium für Landwirtschaft, Forsten, Umwelt und Naturschutz, Fundstelle: <http://www.thueringen.de/de/tmlfun/themen/naturschutz/recht/tiergehege/content.html>

²⁸⁶ Beispielsweise im Erlass des Ministeriums für Umwelt und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen vom 03.03.2010, zitiert von Breloer in AFZ-DerWald 08/2010, 17;

²⁸⁷ Vgl. Presseinformation des Bundesverbands Garten-, Landschafts- u. Sportplatzbau e.V. vom 15.03.2010, wonach das BMU in einem Schreiben an die Bundesländer seine ursprüngliche Auffassung aufgabe, zitiert in Breloer in AFZ-DerWald 08/2010, 17, Fußnote 1 sowie <http://www.sollgalabau.de/aktuelle-news/ansicht-aktuelles/datum/2010/03/15/bundesnaturschutzgesetz-bgl-erreichte-handlungssicherheit-fuer-galabau-betriebe-baumfaellungen-und.html>;

²⁸⁸ Baumgarten/Rieche, ProBaum 4/2010, 18

²⁸⁹ Baumgarten/Rieche, ProBaum 4/2010, 18

4. Bewertung

Die enge Auslegung kann sich vor allem auf Sinn und Zweck der Regelung berufen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass nach den früheren Landesregelungen in manchen Bundesländern das Fällverbot sowieso nur in der freien Natur galt, also nicht innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile (Art. 13 e Abs. 1 BayNatschG a.F., ebenso § 37 Abs. 3 S. 1 NNatG a.F.). Namentlich Hausgärten zählten damit nicht zur freien Natur. Mit der Subsumtion der Haus- und Kleingärten unter den Begriff „gärtnerisch genutzte Grundflächen“ wird insofern nur annähernd wieder der alte Rechtszustand erreicht. Dass diese bisherige großzügigere Regelung messbare Auswirkungen negativer Art auf den Artenschutz hatte, ist hier nicht bekannt.

Bei der vermittelnden Auffassung kann die Differenzierung zwischen Hausgärten und Kleingartenanlagen einerseits und Rasensportanlagen, Grünanlagen und Friedhöfe andererseits nicht überzeugen. Sie ist richtigerweise weder baumfachlich begründbar noch entspricht es den Tatsachen, dass Hausgärten regelmäßig gärtnerisch genutzt werden. Vielfach werden sie ebenfalls nur gepflegt. Für die weite Auslegung lassen sich die oben genannten Argumente anführen. Gegen diese Auslegungsvariante sprechen jedoch systematische Gründe. Außerdem ist sie nicht zwingend erforderlich, da nach § 39 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 HS 2 BNatschG im Verbotszeitraum schonende Form- und Pflegeschnitte zur Beseitigung des Zuwachses der Pflanzen oder zur Gesunderhaltung von Bäumen generell zulässig sind.

Da das BMU bei der Anwendung des BNatschG keine Auslegungshoheit hat, sind die Bundesländer nicht an seine Sichtweise gebunden. Eine deutschlandweit einheitliche Anwendung kann nur durch eine konkretere Gesetzesfassung oder entsprechende Gerichtsurteile erlangt werden. Bis dahin sind die unterschiedlichen Auslegungen in den einzelnen Bundesländern zu beachten. Die Schnitt- und Fällverbote des § 39 BNatschG gelten nach dem oben Ausgeführten uneingeschränkt jedenfalls für Straßenbäume, Alleen und Bäume in der freien Landschaft (außerhalb des Waldes). Inwieweit Bäume in Haus- und Kleingärten, in Grünanlagen, Rasensportanlagen und auf Friedhöfen vom Fäll- und Schnittverbot erfasst sind, hängt dagegen zurzeit von der Auslegung der jeweiligen Umweltministerien der Länder ab.

II. Schonende Form- und Pflegeschnitte

Im Verbotszeitraum generell zulässig sind schonende Form- und Pflegeschnitte zur Beseitigung des Zuwachses der Pflanzen oder zur Gesunderhaltung von Bäumen (§ 39 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 HS 2 BNatschG). Für die Auslegung des Begriffs „schonende Form- und Pflegeschnitte zur Beseitigung des Zuwachses“ ist die anerkannte Baumpflegepraxis maßgeblich. Diese ist bei Bäumen grundsätzlich den Vorschriften der ZTV-Baumpflege 2006 zu entnehmen.

III. Ausnahmen vom Verbot

§ 39 Abs. 5 S. 2 BNatschG führt Ausnahmen von den Verboten des Satzes 1 Nr. 2 auf. Danach gelten die Verbote nicht für behördlich angeordnete Maßnahmen (Nr. 1). Hierunter fallen insbesondere Anordnungen zur Gefahrenabwehr²⁹⁰. Ebenso

²⁹⁰ BT-Drs. 16/12774, S. 68

wenig greifen sie bei Maßnahmen, die im öffentlichen Interesse nicht auf andere Weise oder zu anderer Zeit durchgeführt werden können, und zwar dann, wenn sie behördlich durchgeführt werden oder behördlich zugelassen sind oder der Gewährleistung der Verkehrssicherheit dienen (Nr. 2). Gleiches gilt für nach § 15 BNatschG zulässige Eingriffe in Natur- und Landschaft (Nr. 3) sowie für zulässige Bauvorhaben, wenn nur geringfügiger Gehölzbewuchs zur Verwirklichung der Baumaßnahme beseitigt werden muss (Nr. 4).

IV. Weitergehende Schutzvorschriften

§ 39 Abs. 7 BNatschG regelt das Verhältnis zu anderen Schutzvorschriften. Dem Charakter des Mindestschutzes entsprechend bleiben strengere Schutzvorschriften wie für gesetzlich geschützte Biotope (§ 30 BNatschG) oder die Verbotssregelungen für besonders oder streng geschützte Arten (§ 44 Abs. 1 BNatschG) unberührt. Sie sind also zusätzlich zu den Regelungen des allgemeinen Artenschutzes zu beachten. Auch wenn folglich die Schnittmaßnahmen nach § 39 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 sowie Abs. 5 S. 2 BNatschG zulässig sind, ist insbesondere darauf zu achten, dass keine Brut- bzw. Lebensstätten besonders geschützter Tierarten erheblich gestört, beschädigt oder zerstört werden (§ 44 Abs. 1 BNatschG). Verstöße dagegen stellen Ordnungswidrigkeiten dar (§ 69 Abs. 2 BNatschG). Vor Fäll- oder Schnittmaßnahmen ist also zu erkunden, ob sich Vögel oder andere Tiere (z.B. Fledermäuse) im Baum oder in der Hecke usw. aufhalten. Insoweit finden dann aber auch die jeweils einschlägigen Ausnahme- und Befreiungsregelungen Anwendung.

Weitere naturschutzrechtliche Vorschriften können sich aus Baumschutzsatzungen/-verordnungen (§ 29 Abs. 1 BNatschG) ergeben, die ebenfalls einzuhalten sind. Verstöße gegen solche Vorschriften stellen in der Regel ebenfalls Ordnungswidrigkeiten dar. Insoweit erforderliche Genehmigungen bzw. Befreiungen müssen eingeholt werden.

N. Die billigen Firmen schaden den Bäumen. Wie kann ich nach deutschem Recht ausschreiben, um fachlich gute und geeignete Auftragnehmer zu bekommen?

I. Einführung

Grundsätzlich wäre bei historischen Park- und Gartenanlagen zu empfehlen, notwendige Gartenarbeiten in Eigenregie auszuführen²⁹¹. Dafür spricht u.a., dass vorhandenes Stammpersonal i.d.R. fachlich geschult ist und entsprechende Erfahrung hat. Zudem können die langfristig angelegten Entwicklungsschritte der Parkpflege durch eine personelle Kontinuität besser umgesetzt werden. Allerdings wird es sich nicht immer vermeiden lassen, insbesondere auch Baumpflegearbeiten an Fremdfirmen zu vergeben, beispielsweise weil die eigenen personellen oder zeitlichen Kapazitäten nicht ausreichen. Allerdings darf dabei der anfallende Ausschreibungs-, Koordinierungs- und Überwachungsaufwand nicht unterschätzt werden. Außerdem besteht die Gefahr, dass Fremdfirmen aufgrund des bestehenden Wettbewerbsdrucks ihre Leistungen zwar zu günstigen Preisen anbieten,

²⁹¹ Vgl. im Einzelnen die Ausführungen in Rohde (Hrsg.), Pflege historischer Gärten, 2008, S. 517; Rohde in Martin/Krautzberger Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 3. Aufl. 2011 Teil C, RdNr. 473 ff.

dabei jedoch zum Beispiel nicht ausreichend qualifizierte Mitarbeiter einsetzen und damit die Qualität auf der Strecke bleibt. Nachfolgend wird ausgeführt, was eine Gartenverwaltung der öffentlichen Hand beachten muss, wenn sie Leistungen an Fremdfirmen vergeben möchte und wie sie die Qualität sichern kann. Regelmäßig wird ein bestimmtes Verfahren einzuhalten sein und eine sog. Ausschreibung durchgeführt werden müssen. Die Ausführungen gelten nicht nur für Maßnahmen der Baumpflege, sondern ebenso für die Baumkontrolle.

II. Ausschreibung²⁹²

1. Öffentliche Auftraggeber

Öffentliche Auftraggeber werden in § 98 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) definiert. Zur Anwendung des GWB-Vergaberechts sind insbesondere Gebietskörperschaften wie Bund, Länder und Gemeinden sowie weitere juristische Personen des öffentlichen Rechts wie z.B. Stiftungen verpflichtet. Erfasst werden darüber hinaus u.a. alle juristischen Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck der Erfüllung von nichtgewerblichen Aufgaben im Allgemeininteresse gegründet wurden und die durch die öffentliche Hand aufgrund von Beteiligungen oder überwiegender Finanzierungen beherrscht werden²⁹³. Die SPSSG ist als Stiftung ebenfalls ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 GWB. Öffentliche Auftraggeber sind regelmäßig zu einer Ausschreibung öffentlicher Aufträge (§ 99 GWB) und zur Beachtung der vergaberechtlichen Vorschriften verpflichtet.

2. Auftragsart

In der Praxis bereitet bisweilen die Unterscheidung zwischen den einzelnen Auftragsarten Schwierigkeiten. Von der Auftragsart hängt die Anwendbarkeit der jeweiligen Vergabe- und Vertragsordnung ab. Bei Bauaufträgen ist die VOB/A (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A) anzuwenden. Für freiberufliche Leistungen gilt prinzipiell die VOF (Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen), die im vorliegenden Zusammenhang regelmäßig nicht einschlägig ist. Schließlich kann es sich noch um einen Dienstleistungsauftrag handeln, auf den die VOL/A (Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil A) Anwendung findet. Die Pflege von Park- und Gartenanlagen kann verschiedene Leistungen beinhalten, wie z.B. Baumkontrollen, die als Dienstvertrag an sich der VOL/A unterliegen, während Baumpflegearbeiten nach gängiger Auffassung der VOB/A unterfallen²⁹⁴. Denkbar ist, dass im Rahmen eines Grünflächenmanagements in einem Komplettvertrag darüber hinaus noch weitere Leistungen aufgenommen werden. Werden verschiedene Verträge miteinander vermischt, greift die so genannte Schwerpunkttheorie. Danach bestimmt der Schwerpunkt der Leistung die richtige Zuordnung (vgl. § 99 Abs. 7, 8 GWB). Dies führt meist zur Anwendung der VOB/A, da diese Leistungen gewöhnlich den Hauptgegenstand bilden²⁹⁵.

²⁹² Hier kann nur eine Übersicht gegeben werden. Länderspezifische Regelungen können im Einzelfall vorgehen, insbesondere ist das jeweilige Vergabehandbuch (VHB) - soweit vorhanden - zu beachten (z.B. VHB Bund, VHB Bayern).

²⁹³ Vgl. OLG München ZfBR 2005, 597

²⁹⁴ Thieme-Hack, Jahrbuch der Baumpflege 2008, 87

²⁹⁵ Thieme-Hack, Jahrbuch der Baumpflege 2008, 87

3. Zweiteilung des Vergaberechts - Schwellenwerte

Nach § 100 Abs. 1 GWB sind die vergaberechtlichen Vorschriften des GWB jedoch nur anzuwenden, wenn es sich um Aufträge handelt, die bestimmte in der Vergabeverordnung (VgV) festgelegte Schwellenwerte erreichen oder überschreiten.

Daraus ergibt sich eine Zweiteilung des Vergaberechts: Erreichen oder überschreiten die Auftragswerte (ohne Umsatzsteuer) die in § 2 VgV aufgeführten Schwellenwerte, so sind öffentliche Auftraggeber gemäß § 97 GWB verpflichtet, die Vergabe eines öffentlichen Auftrags nach den vergaberechtlichen Vorschriften der §§ 97 ff. GWB sowie der Vergabeverordnung durchzuführen. Es ist eine EU-weite Ausschreibung erforderlich.

Erreicht der geschätzte Auftragswert den betreffenden Schwellenwert nicht, kommt nur ein nationales Vergabeverfahren gemäß den jeweiligen Haushaltsvorschriften zur Anwendung. Für Bauaufträge gilt ein Schwellenwert von 4.845.000,- €, der z.B. bei der Vergabe von Baumpflegearbeiten kaum erreicht wird. In diesem Falle gilt zunächst das staatliche Haushaltsrecht. Verpflichtungen zur öffentlichen Ausschreibung von Aufträgen ergeben sich aus den Haushaltsordnungen von Bund und Ländern sowie den landesrechtlichen kommunalen Haushaltsordnungen. Für das Vergabeverfahren ist dann jeweils der 1. Abschnitt der VOB/A bzw. der VOL/A anzuwenden, wenn deren Anwendung haushaltsrechtlich verbindlich vorgeschrieben wurde. Dies ist hinsichtlich der VOB/A für alle öffentlichen Auftraggeber in Bund, Ländern und Gemeinden geschehen, hinsichtlich der VOL/A nur teilweise (vgl. §§ 7, 55 Abs. 1 Haushaltsordnung Berlin, §§ 7 55 Abs. 1 Haushaltsordnung Brandenburg). Nach Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 des Staatsvertrags vom 23.08.1994 findet für die SPSPG das Haushaltsrecht des Landes Brandenburg Anwendung. Die SPSPG muss als juristische Person des öffentlichen Rechts auch bei einem Nichterreichen der Schwellenwerte Aufträge grundsätzlich nach dem 1. Abschnitt der VOB/A ausschreiben.

4. Arten der Vergabe (unterhalb der Schwellenwerte²⁹⁶)

In § 3 VOB/A (VOL/A) sind drei Verfahrenstypen vorgesehen: die öffentliche Ausschreibung, die beschränkte Ausschreibung mit oder ohne Teilnahmewettbewerb und die freihändige Vergabe. Bei der öffentlichen Ausschreibung werden die Leistungen vergeben nach öffentlicher Aufforderung einer unbeschränkten Anzahl von Firmen zur Einreichung von Angeboten (§ 3 Abs. 1 S. 1 VOB/A, VOL/A). Die öffentliche Ausschreibung muss nach § 3 Abs. 2 VOB/A stattfinden, soweit nicht die Eigenart der Leistung oder besondere Umstände eine Abweichung rechtfertigen. Sie stellt somit das Regelverfahren dar (ähnlich § 3 Abs. 2 S. 1 VOL/A).

Die beschränkte Ausschreibung ist dadurch gekennzeichnet, dass nach § 3 Abs. 1 VOB/A (VOL/A) Leistungen vergeben werden nach Aufforderung einer beschränkten Anzahl von Firmen zur Einreichung von Angeboten, ggf. nach öffentlicher Aufforderung, Teilnahmeanträge zu stellen (beschränkte Ausschreibung nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb). Eine beschränkte Ausschreibung von Bauleistungen ist insbesondere dann zulässig, wenn die Schwellenwerte des § 3 Abs. 3 Nr. 1 a)-c) VOB/A nicht überschritten werden (bezüglich des Landschaftsbaus gilt ein Wert i.H.v. 50.000,- € Auftragswert ohne Umsatzsteuer). § 3 Abs. 4 VOB/A regelt Tatbestände, bei denen ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb der beschränkten Aus-

²⁹⁶ Auf das Vergabeverfahren ab Erreichen der Schwellenwerte wird nicht näher eingegangen, da es in diesem Zusammenhang mangels Erreichens der Schwellenwerte praktisch nicht bedeutsam ist

schreibung vorangeht. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Leistung nach ihrer Eigenart nur von einem beschränkten Kreis von Firmen in geeigneter Weise ausgeführt werden kann, besonders wenn außergewöhnliche Zuverlässigkeit oder Leistungsfähigkeit (z.B. Erfahrung oder fachkundige Arbeitskräfte) erforderlich ist (ähnlich insoweit § 3 Abs. 3 VOL/A).

Bei der freihändigen Vergabe werden Leistungen ohne förmliches Verfahren vergeben (§ 3 Abs. 1 S. 3 VOB/A). § 3 Abs. 1 S. 3 VOL/A versteht unter freihändigen Verfahren solche, bei denen sich der Auftraggeber mit oder auch ohne Teilnahmewettbewerb grundsätzlich an mehrere ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln. Nach § 3 Abs. 5 VOB/A ist die freihändige Vergabe zulässig, wenn die öffentliche oder beschränkte Ausschreibung unzweckmäßig ist. Dies ist z.B. gemäß Nr. 3 zu bejahen, wenn die Leistung nach Art und Umfang vor der Vergabe nicht so eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, dass hinreichend vergleichbare Angebote erwartet werden können. Unabhängig vom Vorliegen sachlicher Gründe kann eine freihändige Vergabe nur bis zu einem Auftragswert von 10.000 € (ohne Umsatzsteuer) erfolgen. § 3 Abs. 5 VOL/A führt einen Katalog von Regelungen auf, wann eine freihändige Vergabe von Dienstleistungen zulässig ist, u.a. wenn die Leistung besonders dringlich ist (lit. g).

Öffentliche Auftraggeber dürfen sich nicht frei zu entscheiden, welches der genannten Vergabeverfahren zur Anwendung kommt. Es gilt der Grundsatz der Hierarchie der Vergabeverfahren. Danach ist grundsätzlich öffentlich auszuschreiben. Die beschränkte Ausschreibung hat Vorrang vor der freihändigen Vergabe. Die Rangfolge dient dazu, einen möglichst breiten Wettbewerb zu fördern und ein transparentes Verfahren zu schaffen.

5. Rahmenvereinbarungen

Rahmenvereinbarungen sind ausdrücklich geregelt in § 4 VOL/A. Nach wohl überwiegender Ansicht ist der Abschluss von Rahmenvereinbarungen aber auch im Bereich der VOB/A möglich, wo eine vergleichbare Regelung fehlt²⁹⁷. Rahmenvereinbarungen sind Vereinbarungen des Auftraggebers mit einem (Rahmenvertrag) oder mehreren Unternehmen, in der Bedingungen und namentlich die Preise für die spätere Vergabe bestimmter Einzelaufträge festgelegt werden, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen (vgl. § 3 Abs. 8 VgV, § 1 Abs. 5 RL 2004/18/EG). Der Vertragspartner für eine solche Rahmenvereinbarung ist im Wettbewerb zu ermitteln, d.h. sie ist öffentlich auszuschreiben. Rahmenvereinbarungen sind grundsätzlich zeitlich begrenzt und dürfen in der Regel eine Laufzeit von vier Jahren (vgl. § 4 VOL/A) nicht überschreiten. Damit soll der Wettbewerb begünstigt und das Entstehen von „Hausfirmen“ vermieden werden. Deswegen sind Rahmenverträge mit Verlängerungsoptionen zugunsten des Auftraggebers kritisch zu sehen. Der Vorteil von Rahmenvereinbarungen liegt darin, dass sie eine gewisse Kontinuität bei der Baumpflege ermöglichen²⁹⁸.

III. Vergabe

Die Grundsätze des Vergabeverfahrens sind zu beachten. Nach § 2 Abs. 1 VOB/A (VOL/A) sind Leistungen vom öffentlichen Auftraggeber nach den Kriterien der

²⁹⁷ Vgl. Rusam/Weyand in Heiermann/Riedl/Rusam/Kuffer, Handkommentar zur VOB, 11. Aufl. 2008 § 5b VOB/A RdNr. 1, 2; Vergabekammer Arnsberg, Beschluss v. 21.02.2006, VK 29/05; a.A. Vergabekammer Sachsen Beschluss v. 25.01.2008, 1/SVK/088-07

²⁹⁸ Vgl. Hagemann, Baumpflege für Wohnungsbaugesellschaften Pro Baum 3/2009, 2

Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bewerber (Eignung) zu angemessenen Preisen zu vergeben. Von den Bietern dürfen zum Nachweis ihrer Eignung näher bestimmte Angaben verlangt werden (§ 6 Abs. 3 VOB/A, VOL/A).

1. Präqualifikation im Bereich der VOB/A

Die Prüfung der relevanten Unterlagen bindet bei den Unternehmen und bei der öffentlichen Hand erhebliche Ressourcen. Die Zulassung eines Präqualifikationssystems durch öffentliche Auftraggeber erleichtert Unternehmen die Führung von Eignungsnachweisen im Einzelfall (§ 6 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A, § 6 Abs. 4 VOL/A; § 97 Abs. 4a GWB). Präqualifikation bedeutet, dass Unternehmen vorweg und gewissermaßen generell ihre Eignung durch bestimmte Nachweise belegen und der Auftraggeber die Möglichkeit hat, im Rahmen einer konkreten Ausschreibung darauf zurückzugreifen. Die Präqualifikation erfolgt für die Unternehmen auf freiwilliger Basis. Bewerber/Bieter, die das Verfahren der Präqualifikation nicht durchlaufen möchten, können ihre Eignung nach wie vor durch die in den Verdingungsunterlagen geforderten Nachweise darlegen.

2. Prüfung und Wertung der Angebote

Während bei der freihändigen Vergabe und der beschränkten Ausschreibung vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe die Eignung der Bewerber zu prüfen ist, erfolgt diese Prüfung bei der öffentlichen Ausschreibung im Rahmen der Wertung der Angebote.

Dabei findet nach § 16 VOB/A (ähnlich § 16 VOL/A) eine vierstufige Prüfung statt:

- (1) Zunächst werden die nicht rechtzeitigen bzw. formell fehlerhaften Angebote ausgeschieden. Überprüft werden insbesondere das Vorhandensein aller wesentlichen Preisangaben und der Unterschriften.
- (2) Sodann erfolgt eine Prüfung der Bieter auf Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Gesetzestreue und Zuverlässigkeit (Eignung). Fachkundig ist ein Bewerber, der über die für die Ausführung des zu vergebenden Auftrags notwendigen dem Stand der Technik entsprechenden Kenntnisse verfügt. Zuverlässig ist ein Bieter, der seinen gesetzlichen Verpflichtungen, auch zur Entrichtung von Steuern und Abgaben, nachgekommen ist und der aufgrund der Erfüllung früherer Verträge (Referenzen) eine einwandfreie Ausführung einschließlich Gewährleistung erwarten lässt. Bei der Frage der Leistungsfähigkeit geht es darum, ob das Unternehmen des Bewerbers von seiner Größe und Organisation her geeignet und in der Lage ist, den zu vergebenden Auftrag ordnungsgemäß auszuführen. Maßgeblich sind somit kaufmännische, technische, personelle und finanzielle Belange. Namentlich ist bei der Eignungsprüfung abzustellen auf die Erfahrung der Bieter, ihre Qualifikation und die Mittel, die geeignet sind, eine einwandfreie Ausführung des Auftrags sicherzustellen (Personalbestand und Ausstattung wie Maschinenpark; Logistik; Fähigkeit, den Auftrag zum vorgesehenen Zeitpunkt zu erfüllen).

In diesem Zusammenhang ist zu beachten: Nach Bejahung der generellen Eignetheit eines Bieters darf dessen Zuverlässigkeit nicht im Nachhinein als „Mehr an Eignung“ als letztlich entscheidendes Kriterium für den Zuschlag berücksichtigt werden²⁹⁹. Die Eignungsprüfung dient dazu, die Firmen zu ermitteln, die zur Erbringung der konkret nachgefragten Bauleistung nach Fachkun-

²⁹⁹ BGH MDR 2008, 1030

de, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit generell in Betracht kommen und die unzureichend qualifizierten Bieter auszusondern. Sie dient dabei nicht der Ermittlung qualitativer Unterschiede zwischen den einzelnen Bietern. Wurde ein Bieter für grundsätzlich geeignet befunden, darf seinem Angebot nicht das Angebot eines Konkurrenten wegen dessen höher eingeschätzten Eignung vorgezogen werden.

- (3) Anschließend folgt eine rechnerische, technische und wirtschaftliche Prüfung der vom geeigneten Bieter eingereichten Angebote.
- (4) In der letzten Stufe werden Angebote mit unangemessen niedrigen und unangemessen hohen Preisen ausgeschlossen (Preisangemessenheit). Hierzu hat der öffentliche Auftraggeber sich ggf. die Kalkulationsgrundlagen vorlegen zu lassen. Sodann ist unter den in die engere Wahl gekommenen Angeboten nach § 97 Abs. 5 GWB und § 16 Abs. 6 Nr. 3 S. 2 VOB/A (§ 18 Abs. 1 S. 1 VOL/A) das wirtschaftlichste Angebot auszuwählen. Dies erfordert bei der Auswahlentscheidung einen wertenden Vergleich zwischen den eingereichten Angeboten unter Berücksichtigung der aufgestellten und bekannt gegebenen Wertungskriterien. Den Zuschlag hat dann das Angebot zu erhalten, das unter Berücksichtigung der Wertungskriterien das beste Preis-Leistungsverhältnis aufweist. Bewertet werden mit Gesichtspunkten wie dem Preis, der Ausführungsfrist, Folgekosten und so fort allein Eigenschaften der angebotenen Leistung, nicht aber des Anbieters. Jede der einzelnen Wertungsstufen ist in der beschriebenen Reihenfolge für sich abgeschlossen. Das bedeutet, dass weder eine Stufe mit einer anderen vermischt werden darf, noch die Stufen ausgetauscht werden dürfen.

Nach §16 Abs. 6 Nr. 3 S. 3 VOB/A (§ 18 Abs. 1 S. 2 VOL/A) ist der Auftraggeber berechtigt, den Zuschlag auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen, aber nicht verpflichtet, dem Angebot mit dem niedrigsten Preis den Vorzug zu geben. Für das wirtschaftlichste Angebot ist der niedrigste Angebotspreis lediglich eines von mehreren zu berücksichtigenden Kriterien, aber allein nicht entscheidend. Nur wenn die eingereichten Angebote sachlich und inhaltlich (zum Beispiel hinsichtlich Folgekosten, Service) übereinstimmen, gewinnt der Preis als Kriterium die ausschlaggebende Bedeutung für die Vergabeentscheidung³⁰⁰.

Dem Anliegen öffentlicher Auftraggeber, eine besondere Eignung der Bewerber zu berücksichtigen, kann nach dem System der VOB/A (VOL/A) durch Wahl der Vergabeart Rechnung getragen werden, also insbesondere durch Durchführung einer beschränkten Ausschreibung nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb, § 3 Abs. 4 Nr. 1 VOB/A, § 3 Abs. 3 lit. a VOL/A; § 101 Abs. 3 GWB³⁰¹, sofern die Voraussetzungen dafür vorliegen³⁰². Dies wird insbesondere beim Schnitt von historischen Gehölzen zu bejahen sein.

³⁰⁰ OLG Düsseldorf VergabeR 2008, 948

³⁰¹ S.a. § 3 Nr. 3 lit. a VOL/A 2006, § 3 Abs. 3 lit. a VOL/A 2009

³⁰² BGH MDR 2008, 1030; BGHZ 139, 273

IV. Praktische Handhabung³⁰³

In der Praxis erteilen öffentliche Auftraggeber häufig dem billigsten und nicht dem wirtschaftlichsten Angebot den Zuschlag. Gründe hierfür sind u.a., dass sich die Behörde nicht einen leichtfertigen Umgang mit Steuergeldern vorwerfen lassen will und die Vergabe allein nach dem Preis einfach und für jeden verständlich ist. Außerdem erfordert die Einbeziehung weiterer Kriterien eine bereits in der Ausschreibung detaillierter beschriebene Gewichtung der Faktoren. Die später anzuwendenden Wertungskriterien müssen mit der Ausschreibung unbedingt angegeben werden. Dazu gehört auch die „Gewichtung“ einzelner Kriterien. Unzulässig ist es, später bei der Bewertung der Angebote weitere Kriterien heranzuziehen. In diesem Zusammenhang wird nicht zuletzt immer wieder auch der höhere Begründungsaufwand gescheut, der entsteht, wenn beispielsweise nur der zweitbilligste, aber langfristig wirtschaftlichere weil Qualität bietende Bieter gewählt wird³⁰⁴. Dies kann im Einzelfall zu einem Zuschlag für ein Angebot führen, das unter dem Strich unwirtschaftlich ist. Bei der Wahl einer „ungeeigneten“ Firma können erhebliche unnötige Folgekosten entstehen und unnötige Schäden an wertvollem Baumbestand verursacht werden³⁰⁵. Sind aufgrund unfachmännischer Schnittmaßnahmen die Bäume früher abgängig, fallen u.a. für erforderliche Nachpflanzungen Kosten an, die man sich hätte sparen können. Unter Umständen werden im Rahmen von Baumkontrollen gesunde Bäume als gefährlich eingestuft und anschließend beseitigt oder gekappt und tatsächlich kipp-/bruchgefährdete Bäume übersehen.

Referenzen sollten nicht unkritisch akzeptiert werden. Darüber führt eine Firma zunächst einmal nur den Nachweis, dass sie auf dem Gebiet der Baumkontrolle oder –pflege tätig ist. Aussagekräftiger ist eine Nachfrage bei den Auftraggebern der Referenzobjekte, bei der konkrete Zahlen über Maßnahmen nach den Kontrollen und zur Anzahl eingehender Untersuchungen in Erfahrung gebracht werden. Die (Selbst-)Bezeichnung eines Auftragnehmers als „Sachverständiger“ besagt für sich nichts. Es handelt sich um keine geschützte Berufsbezeichnung und ist kein Indiz für eine Qualifizierung welcher Art auch immer. Die Tätigkeiten der Baumpflege/-kontrolle erfordern spezielle Kenntnisse und praktische Erfahrungen. Der alleinige Besuch eines Motorsägenkurses genügt beispielsweise nicht³⁰⁶. Der Baumkontrolleur/-pfleger sollte ausreichend qualifiziert sein. Werden die Arbeiten oder Kontrollen etwa von einem geprüften Fachagrarwirt für Baumpflege, European Tree Worker, European Tree Technician bzw. einem öffentlich bestellten und vereidigten Baumsachverständigen durchgeführt, ist die Wahrscheinlichkeit der Durchführung einer qualifizierten Baumpflegemaßnahme bzw. Kontrolle größer, als wenn zum Beispiel nur eine angelegerte Fachkraft mit diesen Arbeiten betraut wird³⁰⁷. Deshalb sollte ein entsprechender Fachkundenachweis im Rahmen der Ausschreibung angefordert werden. Gute Baumpflege/-kontrolle kostet Geld, schlechte Baumpflege/-kontrolle schadet aber den Bäumen und vernichtet dabei noch mehr Geld³⁰⁸.

³⁰³ Es sei ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich die nachfolgenden Ausführungen auf keinen konkreten öffentlichen Auftraggeber beziehen sondern ganz allgemein eine verbreitete Praxis wiedergeben.

³⁰⁴ Günther, Jahrbuch der Baumpflege 2001, 76

³⁰⁵ vgl. Sinn, Stadt+Grün 1/2004, 53

³⁰⁶ so richtig Klug, Praxis Baumpflege – Kronenschnitt an Bäumen 2006, S. 154

³⁰⁷ Sinn, Stadt+Grün 1/2004, 53

³⁰⁸ Günther, Jahrbuch der Baumpflege 2001, 76

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass nicht nur schlechte Ausführung durch nur bedingt geeignete Firmen, sondern auch unzureichende Leistungsvorgaben Ursache für eine mangelhafte Ausführungsqualität bei baumpflegerischen Maßnahmen sein können. Bereits durch Art und Inhalt der Ausschreibung werden die Weichen für die Qualität der auszuführenden Leistungen gestellt. Die Leistungsbeschreibung im Leistungsverzeichnis muss detailliert und eindeutig sein, z.B. durch Angabe von Größenordnungen bei einer Auslichtung oder Einkürzung. Deshalb ist der Leistungsbeschreibung (§ 7 Abs. 1, 9 ff. VOB/A, § 7 VOL/A) besondere Aufmerksamkeit und Sorgfalt beizumessen.

V. Kontrolle und Überwachung

Kontrolle und Überwachung der tätigen Firma sind bei einer Auftragsvergabe immer zu empfehlen. Die Arbeit der Firma ist zumindest stichprobenartig zu prüfen. Vor allem bei noch unbekanntem Baumpflegefirma sollte bereits zu Beginn der Arbeiten geprüft werden, ob die Firma bzw. die von ihr eingesetzten Mitarbeiter die fachliche Eignung zur Durchführung der Arbeit besitzen: Einmal abgeschnittene Äste können nachträglich nicht mehr befestigt werden³⁰⁹. Insbesondere im Rahmen von Baumkontrollen vorgeschlagene Maßnahmen wie Fällungen, Kappungen, Einbau von Kronensicherungen und eingehende Untersuchungen müssen nachvollziehbar begründet sein. Sie sind ggf. vor Ort auf Ihre Plausibilität hin zu überprüfen. Es reicht beispielsweise nicht aus, nur einen Pilzbefall am Stamm festzustellen. Zur Begründung einer Maßnahme gehört auch die Angabe der Pilzart sowie eine Beschreibung des Schadbildes³¹⁰.

Genauso wichtig wie eine nachvollziehbare Ausschreibung ist namentlich bei Baumpflegearbeiten die förmliche Abnahme der durchgeführten Leistung³¹¹ (§ 12 VOB/B).

VI. Ergebnis

- Eine besondere Eignung der Bewerber kann durch Wahl der Vergabeart berücksichtigt werden, und zwar durch Durchführung einer beschränkten Ausschreibung nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb, § 3 Abs. 4 Nr. 1 VOB/A, § 3 Abs. 3 lit. a VOL/A; § 101 Abs. 3 GWB).
- Sorgfältige Beschreibung der Leistungen im Leistungsverzeichnis, Kontrolle der Arbeiten nach Beginn und eine Abnahme der Leistung sind zu empfehlen.

³⁰⁹ Klug, Praxis Baumpflegerie – Kronenschnitt an Bäumen 2006, S. 161

³¹⁰ Sinn, Stadt+Grün 1/2004, 53

³¹¹ Klug, Praxis Baumpflegerie – Kronenschnitt an Bäumen 2006, S. 161