

Rechtsgutachten

zum Entwurf der Wolfsverordnung Brandenburg und deren Konformität mit dem nationalen und europäischen Naturschutzrecht

von

Rechtsanwalt Professor Dr. Remo Klinger

und

Rechtsanwältin Karoline Borwieck

GEULEN & KLINGER Rechtsanwälte

Schaperstraße 15, 10719 Berlin

27. Oktober 2017

im Auftrag des Ministeriums für Ländliche Entwicklung, Umwelt und Landwirtschaft des
Landes Brandenburg

1 Kurzbeschreibung

Die Gutachter sind beauftragt worden, verschiedene Rechtsfragen zu dem Entwurf der Wolfsverordnung Brandenburg mit Stand vom 29. Mai 2017 einer näheren Prüfung zu unterziehen.

In der Vergangenheit kam es teilweise zu Nahbegegnungen zwischen Wölfen und Menschen und Schäden durch Risse geschützter Weidetiere. Mit steigender Populationszahl wird dies auch in Zukunft wahrscheinlicher. Es wird daher ein rechtspolitischer Regelungsbedarf gesehen, bei dem erwogen wird, die möglichen Handlungsszenarien im Wege einer abstrakt-generellen Rechtsverordnung zu regeln.

Das Ministerium für Ländliche Entwicklung, Umwelt und Landwirtschaft des Landes Brandenburg plant deshalb den Erlass einer Verordnung über die Zulassung von Ausnahmen von den Schutzvorschriften für den Wolf zur Tötung von schwerst verletzten Wölfen [*Canis lupus*] und zur Vergrämung oder Entnahme von Wölfen, die ein für den Menschen problematisches Verhalten zeigen (Brandenburgische Wolfsverordnung – BbgWolfV).

Hierzu sollen auf der Grundlage des § 45 Abs. 7 BNatSchG bundesweit erstmalig Ausnahmen für solche Wölfe geregelt werden, die ein für den Menschen problematisches Verhalten zeigen.

2 Zusammenfassung der Ergebnisse

Das Rechtsgutachten kommt – unter Voranstellung der jeweiligen Fragen – zu folgenden hier stichwortartig zusammengefassten Ergebnissen:

- **Frage 1: Ist bei dem Schadens des § 45 Abs. 7 BNatSchG von einem gemeinwirtschaftlichen und/oder betriebswirtschaftlichen Schaden auszugehen? Ab welcher Schwelle kann man von einem gemeinwirtschaftlichen Schaden im Sinne von § 45 Abs. 7 BNatSchG ausgehen?**

§ 45 Abs. 7 BNatSchG erfordert keinen gemeinwirtschaftlichen, sondern einen erheblichen betriebswirtschaftlichen Schaden.

Der Umstand, dass das Land Brandenburg Ausgleichszahlungen für gerissene Tiere gewährt, steht der Möglichkeit eines erheblichen wirtschaftlichen Schadens nicht grundlegend entgegen.

Vor dem Hintergrund des europarechtlichen Artenschutzes und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, der im Falle von Ausnahmeregelungen eine restriktive Auslegung fordert, ist ein „erheblicher wirtschaftlicher Schaden“ im Sinne von § 45 Abs. 7 BNatSchG aber nur dann anzunehmen, wenn ein einzelner Betrieb in erheblicher und im Ergebnis grundrechtsrelevanter Weise betroffen ist; dies ist regelmäßig erst dann der Fall, wenn Schäden durch Wölfe dazu führen, dass ihm der Betrieb ohne schwere Einschränkungen nicht länger möglich wird. Dies gilt erst Recht, wenn mehrere Betriebe derart betroffen sind. Schäden, die für sich genommen unterhalb dieser Schwelle bleiben, können auch nicht in ihrer Summe zu einem erheblichen wirtschaftlichen (Gemein-)schaden führen, der eine Ausnahme vom Schutzregime rechtfertigt.

- **Frage 2: Ist das vorgelegte Konzept einer Rechtsverordnung auf der Basis von § 45 Abs. 7 BNatSchG zur Zulassung von Ausnahmen zur Abwehr zukünftig drohender erheblicher Schäden bei Viehbestand vertretbar?**

Die Wahl einer Rechtsverordnung zur Regelung von Ausnahmen ist im Ansatz durch die gesetzlichen Regelungen gedeckt. § 45 Abs. 7 BNatSchG ist eine ausreichend bestimmte Rechtsgrundlage. Die Norm ist auch geeignet, präventive Ausnahmen zuzulassen. Die Rechtsverordnung muss jedoch allen Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 BNatSchG gerecht werden, insbesondere dem Erfordernis eines erheblichen Schadens und der Durchsetzung zumutbarer Alternativen. Ebenfalls darf die Verordnung nicht dazu führen, dass der Erhaltungszustand der Population verschlechtert wird.

Diesen Anforderungen wird der Entwurf bisher nicht vollständig gerecht. Der Entwurf ist daher ergänzungsbedürftig, um einer gerichtlichen Kontrolle standzuhalten.

Ob ein erheblicher wirtschaftlicher Schaden schon dann drohen kann, wenn ein Wolf einmalig die maximal angemessenen Herdenschutzmaßnahmen überwindet, ist eine Fachfrage und keine Rechtsfrage. Da es sich dabei um die prognostische Bewertung eines zukünftigen möglichen Geschehens handelt, werden Gerichte dem Normgeber hier einen nur beschränkt überprüfbaren Prognose-spielraum zubilligen. Prognoseentscheidungen werden gerichtlich daraufhin überprüft, ob sie methodisch einwandfrei erarbeitet worden sind, nicht auf unrealistischen Annahmen beruhen und ob das Prognoseergebnis einleuchtend begründet worden ist (stRspr, vgl. nur BVerwG, Urteil vom 9. Juni 2010 - 9 A 20.08 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 208 Rn. 73 m.w.N.). Wenn die Verordnung schon das einmalige Überwinden der Schutzmaßnahmen mit einem drohenden erheblichen Schaden gleichsetzt, muss fachgutachterlich nachvollziehbar sein, dass dies der Fall ist. Der drohende erhebliche wirtschaftliche Schaden muss konkret dargelegt werden können, zB durch eine prognostische Betrachtung der Größe des Rudels (was ist mit Einzelgängern oder Paaren?), des Lernverhaltens der Wölfe und der Frage, ob nicht ehemals so viele Tiere auf andere Weise sterben, dass eine Massenausbreitung des Wissens nicht möglich ist, somit der Schaden nicht erheblich werden kann.

Sollten Zweifel daran bestehen, dass mit der im Entwurf der Verordnung vorgesehenen Formulierung (in der das mehr als einmalige Überwinden stets mit einem drohenden erheblichen Schaden gleichgesetzt wird) jede denkbare Konstellation erfasst wird, sollte das wiederholte Überwinden eher als Vermutungsregel oder als Regeltatbestandsmerkmal verwendet werden, etwa in der folgenden Form: § 2 Abs. 1 Nr. 4: *„wiederholt Nutztiere eines Weidetierbestandes reißt, obwohl dieser Weidetierbestand mit den in der Anlage 1 zu dieser Verordnung genannten Maßnahmen geschützt war, und dadurch erhebliche wirt-*

schaftliche Schäden drohen. Drohende erhebliche wirtschaftliche Schäden liegen in der Regel dann vor, wenn der Wolf Teil eines Rudels ist.“ und die Hinzufügung eines Absatz 3a [oder neuen Abs. 4] „Maßnahmen nach den Absätzen 2 und 3 sind nur zulässig, wenn sich der Erhaltungszustand der Wolfspopulation nicht verschlechtert.“).

Die zusätzlich in den Entwurf aufzunehmenden Anforderungen können im Grundsatz auch abstrakt-generell formuliert werden und gleichzeitig ein Mehr sein als die bloße Übernahme der sich aus dem Bundesrecht ergebenden Tatbestandsmerkmale. Dies gilt insbesondere bei der Regelung derjenigen Maßnahmen, die als zumutbare und verhältnismäßige Alternativmaßnahmen verlangt werden können. Ob im Einzelfall bei Anwendung einer derart verabschiedeten Rechtsverordnung jedoch ein „erheblicher Schaden“ droht, „zumutbare Alternativmaßnahmen“ getroffen wurden und die Ausnahme dem Verschlechterungsverbot für die Population nicht zuwiderläuft, erfordert jedoch eine ähnlich individuelle Betrachtung wie die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach aktuellem Recht. Der verwaltungspraktische Mehrwert einer Rechtsverordnung ist daher gering.

- **Frage 3: Sind bereits vor dem Erlass einer Rechtsverordnung alle anderen Maßnahmen als zumutbare Alternative nach § 45 Absatz 7 Satz 2 BNatSchG auszuschöpfen?**

Der Erlass der Rechtsverordnung setzt nicht voraus, dass zumutbare Alternativen bereits realisiert worden sind. Es ist ausreichend, wenn im Rahmen der Verordnung geregelt wird, dass die nach der Verordnung zulässigen Maßnahmen erst ergriffen werden dürfen, wenn alle zumutbaren Alternativen gescheitert sind.

Frage 4: Müssen insbesondere erst alle zumutbaren Herdenschutzmaßnahmen (erfolglos) als zumutbare Alternative nach § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG ausgeschöpft sein, bevor ein Wolf als problematisch im Sinne von § 2 Abs. 1 S. 2

Nr. 4 des Verordnungsentwurfs eingestuft werden kann und insofern ein Vergrämen mit möglicher Verletzungsfolge zugelassen werden kann?

Als zumutbare Alternativen im Sinne von § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG sind nicht alle objektiv vorhandenen Maßnahmen auszuschöpfen, wohl aber die, die mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geboten sind. Da das europäische Artenschutzrecht ein hohes Schutzniveau setzt und Ausnahmen davon nur restriktiv zu gewähren sind, sind relativ weitreichende Maßnahmen als verhältnismäßige und zumutbare Alternativen nach § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG in Betracht zu ziehen. Diese müssen zunächst ergriffen worden sein. Welche Möglichkeiten dazu in Betracht kommen, sollte in einer Anlage zur Rechtsverordnung geregelt werden.

- **Frage 5: Ist der Individuenbezug des Artenschutzes so zu verstehen, dass nur das schadensauslösende Tier entnommen werden darf, auch wenn die Nämlichkeit der Schäden verursachenden Individuen in der Praxis kaum feststellbar ist? Kann sich eine Ausnahme vor dem Hintergrund, dass Wölfe in Familienverbänden leben auf das nicht Schaden verursachende Tier erstrecken? Dürfen (bzw. aus Tierschutzsicht: müssen) insbesondere auch (unselbstständige) Welpen entnommen werden, wenn ein oder beide Eltern ein problematisches Verhalten zeigen, dass deren Entnahme notwendig macht?**

Es ist nicht von vornherein mit den Anforderungen des Artenschutzes unvereinbar, dass sich die Ausnahmegenehmigung nicht immer auf das den Schaden verursachende Tier beziehen können wird. Um den Anforderungen des Artenschutzes gerecht zu werden, wird dann aber prognostisch nachgewiesen werden müssen, dass auch die Vergrämung eines anderen Tieres zu dem verfolgten Ziel führen wird.

Für Elterntiere von unselbstständigen Welpen kann für die Zeit der Aufzucht der Welpen keine Ausnahme erteilt werden, weil das Vergrämen bzw. Töten der Elterntiere zum Tod der unselbstständigen Welpen führt und dadurch in Hinblick

auf die Welpen – ungerechtfertigt – gegen das Tötungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verstoßen würde.

- **Zu Frage 6: Welche Anforderungen an eine Bestimmtheit der Verordnung ergeben sich, um eine Strafbarkeit wegen der Tötung eines Wolfs nach § 71 a Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG für die Personen auszuschließen, die nach der bzw. einer Verordnung berechtigt werden sollen, Wölfe zu töten? Würde der derzeitige Verordnungsentwurf diesen Anforderungen genügen?**

Eine Strafbarkeit derjenigen Person, die zum Töten der Wölfe offiziell bestellt wird, ist unwahrscheinlich. Die Tötung der Tiere ist entweder aufgrund der rechtmäßig erlassenen Verordnung gerechtfertigt oder die Person unterliegt im Falle der Rechtswidrigkeit der Verordnung einem sog. Erlaubnisirrtum, der ihre Schuld entfallen lässt.

Gliederung

1	Kurzbeschreibung	2
2	Zusammenfassung der Ergebnisse	2
3	Rechtliche Prüfung	10
3.1	Hintergrund der rechtlichen Prüfung	10
3.1.1	Regelungen des BNatSchG.....	10
3.1.2	Regelungen des Völker- und Europarechts	11
3.1.3	Restriktive Auslegung der Ausnahmemöglichkeiten.....	12
3.1.4	Erhaltungszustand des Wolfes	13
Frage 1: Ist bei dem Schadens des § 45 Abs. 7 BNatSchG von einem gemeinwirtschaftlichen und/oder betriebswirtschaftlichen Schaden auszugehen? Ab welcher Schwelle kann man von einem gemeinwirtschaftlichen Schaden im Sinne von § 45 Abs. 7 BNatSchG ausgehen?		
3.1.5	Erfordernis eines betriebswirtschaftlichen Schadens	15
3.1.6	Begriff des gemeinwirtschaftlichen Schadens.....	20
3.1.7	Entschädigungszahlungen bei Wolfsrissen.....	21
3.1.8	Konsequenzen für die Wolfsverordnung.....	23
3.1.9	Ergebnis zu Frage 1	26
Frage 2: Ist das vorgelegte Konzept einer Rechtsverordnung auf der Basis von § 45 Abs. 7 BNatSchG zur Zulassung von Ausnahmen zur Abwehr zukünftig drohender erheblicher Schäden bei Viehbestand vertretbar?.....		
3.1.10	Verfassungsrechtliche Anforderungen an § 45 Abs. 7 Satz 4 BNatSchG.....	27
3.1.11	Möglichkeit einer präventiven Regelung.....	30
3.1.12	Keine Verschlechterung des Erhaltungszustandes der Population	31
3.1.13	Ausreichende Bestimmtheit der Verordnung	32
3.1.14	Keine Befreiungsmöglichkeit nach § 67 BNatSchG	35
Frage 3: Sind bereits vor dem Erlass einer Rechtsverordnung alle anderen Maßnahmen als zumutbare Alternative nach § 45 Absatz 7 Satz 2 BNatSchG auszuschöpfen?		
		36
Frage 4: Müssen insbesondere erst alle zumutbaren Herdenschutzmaßnahmen (erfolglos) als zumutbare Alternative nach § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG ausgeschöpft sein, bevor ein Wolf als problematisch im Sinne von §2 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 des Verordnungsentwurfs eingestuft werden kann und insofern ein Vergrämen mit möglicher Verletzungsfolge zugelassen werden kann?.....		
		38

Frage 5: Ist der Individuenbezug des Artenschutzrechts so zu verstehen, dass nur das schadensauslösende Tier entnommen werden darf, auch wenn die Nämlichkeit der Schäden verursachenden Individuen in der Praxis kaum feststellbar ist? Kann sich eine Ausnahme vor dem Hintergrund, dass Wölfe in Familienverbänden leben auf das nicht Schaden verursachende Tier erstrecken? Dürfen (bzw. aus Tierschutzsicht: müssen) insbesondere auch (unselbständige) Welpen entnommen werden, wenn ein oder beide Eltern ein problematisches Verhalten zeigen, dass deren Entnahme notwendig macht?.....	41
3.1.15 Kein zwingender Individuenbezug der Ausnahmegenehmigung	41
3.1.16 Entnahme unselbständiger Welpen	43
Frage 6: Welche Anforderungen an eine Bestimmtheit der Verordnung ergeben sich, um eine Strafbarkeit wegen der Tötung eines Wolfs nach § 71 a Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG für die Personen auszuschließen, die nach der bzw. einer Verordnung berechtigt werden sollen, Wölfe zu töten? Würde der derzeitige Verordnungsentwurf diesen Anforderungen genügen?	45

3 Rechtliche Prüfung

Zur systematischen Einordnung der gestellten Fragen ist zunächst der rechtliche Rahmen des § 45 Abs. 7 BNatSchG darzustellen.

3.1 Hintergrund der rechtlichen Prüfung

§ 45 Abs. 7 BNatSchG findet sich im 5. Kapitel, 3. Abschnitt des BNatSchG. Der Abschnitt trägt den Titel „Besonderer Artenschutz“. Die Norm enthält eine Ermächtigung für die nach Landesrecht zuständigen Naturschutzbehörden, nach der im Einzelfall Ausnahmen von den Verboten des § 44 BNatSchG erteilt werden können.

3.1.1 Regelungen des BNatSchG

§ 45 Abs. 7 BNatSchG lautet:

„Die nach Landesrecht für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden sowie im Fall des Verbringens aus dem Ausland das Bundesamt für Naturschutz können von den Verboten des § 44 im Einzelfall weitere Ausnahmen zulassen

- 1. zur Abwendung erheblicher land-, forst-, fischerei-, wasser- oder sonstiger erheblicher wirtschaftlicher Schäden,*
- 2. zum Schutz der natürlich vorkommenden Tier- und Pflanzenwelt,*
- 3. für Zwecke der Forschung, Lehre, Bildung oder Wiederansiedlung oder diesen Zwecken dienende Maßnahmen der Aufzucht oder künstlichen Vermehrung,*
- 4. im Interesse der Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Verteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt oder*
- 5. aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art.*

Eine Ausnahme darf nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Populationen einer Art nicht verschlechtert, soweit nicht Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie 92/43/EWG weiter gehende Anforderungen enthält. Artikel 16 Absatz 3 der Richtlinie 92/43/EWG und Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie 2009/147/EG sind zu beachten. Die Landesregierungen können Ausnah-

men auch allgemein durch Rechtsverordnung zulassen. Sie können die Ermächtigung nach Satz 4 durch Rechtsverordnung auf andere Landesbehörden übertragen.“

§ 44 BNatSchG enthält Zugriffs-, Besitz- und Vermarktungsverbote für besonders geschützte und bestimmte andere Tier- und Pflanzenarten. Für die geplante Verordnung ist vor allem § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG von Bedeutung, der es verbietet, wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören.

3.1.2 Regelungen des Völker- und Europarechts

§ 44 BNatSchG dient der Umsetzung völker- und europarechtlicher Normen zum Schutz besonderer Tierarten.

Der Wolf (*canis lupus*) ist eine besonders geschützte Art. Er steht unter dem völkerrechtlichen Schutz des Washingtoner Artenschutzabkommens, Anhang II (vgl. BGBl. 1975 II, S. 773) und der Berner Konvention, Anhang II (BGBl. 1984 II, S. 618). Beide Abkommen wurden in Deutschland durch entsprechende Gesetze umgesetzt und gelten daher unmittelbar.

Auf europarechtlicher Ebene ist der Wolf in Anhang IV lit. a) der FFH-Richtlinie als streng zu schützende Tierart aufgeführt. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 14 lit. b) BNatSchG zählen Arten, die in Anhang IV aufgeführt sind, zu den streng geschützten Arten.

Nach Anhang II der FFH-Richtlinie zählt der Wolf zu den prioritären Arten, für die besondere Schutzgebiete ausgewiesen werden müssen.

Art. 12 der FFH-Richtlinie wird durch § 44 BNatSchG umgesetzt. Die Norm bestimmt, dass die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen treffen, um ein strenges Schutzsystem für die in Anhang IV Buchstabe a) genannten Tierarten in deren natürlichen Verbreitungsgebieten einzuführen. Die Norm verbietet alle absichtlichen Formen des Fangs oder der Tötung von aus der Natur entnommenen Exemplaren dieser Arten.

§ 45 Abs. 7 BNatSchG setzt unter anderem Art. 16 der FFH-Richtlinie um. Hiernach sind unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen von Art. 12 der FFH-Richtlinie zulässig.

Art. 16 Abs. 1 lit. b) FFH-Richtlinie lautet:

*„Sofern es keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gibt und unter der Bedingung, dass die Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen, können die Mitgliedstaaten von den Bestimmungen der Artikel 12, 13 und 14 sowie des Artikels 15 Buchstaben a) und b) im folgenden Sinne abweichen:
b) zur Verhütung ernster Schäden insbesondere an Kulturen und in der Tierhaltung sowie an Wäldern, Fischgründen und Gewässern sowie an sonstigen Formen von Eigentum“*

Die FFH-Richtlinie ist nach Art. 288 Abs. 3 AEUV für die Mitgliedstaaten verbindlich. Das BNatSchG darf daher nicht hinter den strengen Anforderungen der unionsrechtlichen Vorgaben zurückbleiben (vgl. EuGH, Urteil vom 10. Januar 2006 – C-98/03, Juris, Rn. 61 ff.)

3.1.3 Restriktive Auslegung der Ausnahmemöglichkeiten

Bei der Anwendung des § 45 Abs. 7 BNatSchG ist im Lichte des EU-Artenschutzrechtes folgendes zu berücksichtigen:

Die Art. 12 bis 14 sowie Art. 15 lit. a) und b) der FFH-Richtlinie bilden ein kohärentes System von Regelungen, die die Mitgliedstaaten dazu verpflichten, für die betroffenen Tier- und Pflanzenarten ein strenges Schutzsystem einzuführen. Die Normen sind für den Artenschutz von herausragender Bedeutung. Dies führt bereits auf unionsrechtlicher Ebene dazu, dass Art. 16 der FFH-Richtlinie, der Ausnahmen zu diesem strengen Schutzsystem ermöglicht, restriktiv auszulegen ist (EuGH, Urteil vom 10. Mai 2007 – C-508/04, Juris, Rn. 109 f.; EuGH, Urteil vom 08. Juni 2006 – C-60/05, Juris, Rn. 34; OVG Magdeburg, Beschluss vom 03. Januar

2017 – 2 M 118/16, Juris, Rn. 18; *Wolf*, Der Wolf als streng geschützte Art und möglicher Gegenstand des Jagdrechts, ZUR 2012, S. 331, 334).

Die Mitgliedstaaten haben sicherzustellen, dass jeder Eingriff, der die geschützten Arten betrifft, nur auf der Grundlage von Entscheidungen genehmigt wird, die mit einer genauen und angemessenen Begründung versehen sind. Die Begründung muss den Anforderungen des EU-Artenschutzrechtes genügen (vgl. etwa EuGH, Urteil vom 14. Juni 2007 – C-342/05, Juris, Rn. 25; EuGH, Urteil vom 08. Juni 2006 – C-60/05, Juris, Rn. 34).

Zudem liegt die Beweislast für das Vorliegen der erforderlichen Ausnahmevoraussetzungen bei der Stelle, die über sie entscheidet (EuGH, Urteil vom 08. Juni 2006 – C-60/05, Juris, Rn. 34).

Diese Maßstäbe müssen auch bei der Auslegung des § 45 Abs. 7 BNatSchG beachtet werden. Das nationale Recht ist zur strikten Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben verpflichtet.

Daraus ergibt sich, dass die Zulassung einer Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG in der Regel nur in einem fachlich sehr gut begründeten (Einzel-)fall eine Möglichkeit eröffnet, die Verbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG zu überwinden (vgl. hierzu VG Neustadt (Weinstraße), Beschluss vom 09. Februar 2017 – 3 L 121/17.NW, Juris, Rn. 42, VG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 07. Januar 2015 – 5 L 289/14, Juris, Rn. 47).

3.1.4 Erhaltungszustand des Wolfes

Im Monitoringjahr 2015/16 wurden in Deutschland 47 Wolfsrudel und 15 territoriale Paare sowie vier territoriale Einzeltiere bestätigt. In Brandenburg wurden 16 Wolfsrudel bestätigt (vgl. Wölfe in Deutschland, Statusbericht 2015/2016; abrufbar unter: https://www.umweltministerkonferenz.de/documents/88-UMK-TOP23_-_Anlage-Bericht-BMUB.pdf, S. 2).

In dem BfN-Skript „Leben mit Wölfen - Leitfaden für den Umgang mit einer konfliktträchtigen Tierart in Deutschland“ erläutern die Autoren, dass sich aus den Erkenntnissen der Populationsbiologie die 50/500-Regel entwickelt habe, um eine ungefähre Größe für eine lebensfähige Population einer Tierart anzugeben. Die Regel besagt, dass ca. 50 Individuen notwendig sind, um kurzzeitige demographische Probleme und Inzuchtdepression zu vermeiden. Um das langfristige Überleben einer Population sicherzustellen, sollte die effektive Populationsgröße bei mind. 500 Individuen liegen, um über eine Zeitspanne von mehr als 100 Jahren genügend genetische Variation zu erhalten (*Reinhardt/ Kluth*, Leben mit Wölfen - Leitfaden für den Umgang mit einer konfliktträchtigen Tierart in Deutschland, BfN-Skripten 201, 2007; abrufbar unter: <https://www.bfn.de/fileadmin/MDB/documents/service/skript201.pdf>).

Vor diesem Hintergrund wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur die Jagbarkeit des Wolfes als unzulässig angesehen (so *Köck*, Der Wolf als jagdbare Art? Zur Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen für die Sachmaterien Naturschutz/Landschaftspflege und Jagdwesen, ZUR 2015, S. 589, 595) und ein artenschutzrechtlich günstiger Erhaltungszustand verneint (vgl. *Köck/ Kuchta*, Wolfsmanagement in Deutschland, NuR 2017, S. 509, 516). Andere Autoren widersprechen diesem Befund mit dem Hinweis, dass es sich bei den in Deutschland beheimateten Wölfen um eine Subpopulation der nord- und ostasiatischen Population handle, für die insgesamt ein günstiger Erhaltungszustand bestehe (*Pfannenstiel*, Der Wolf, Gutachten im Auftrag des Westfälisch-Lippischen Landwirtschaftsverbandes u.a., 2017, S. 45 ff.).

Frage 1: Ist bei dem Schadens des § 45 Abs. 7 BNatSchG von einem gemeinwirtschaftlichen und/oder betriebswirtschaftlichen Schaden auszugehen? Ab welcher Schwelle kann man von einem gemeinwirtschaftlichen Schaden im Sinne von § 45 Abs. 7 BNatSchG ausgehen?

Dazu ist Folgendes festzustellen:

3.1.5 Erfordernis eines betriebswirtschaftlichen Schadens

§ 45 Abs. 7 Nr. 1 BNatSchG erlaubt ein Abweichen von den Verboten des § 44 im Einzelfall zur Abwendung erheblicher land-, forst-, fischerei-, wasser- oder sonstiger erheblicher wirtschaftlicher Schäden.

Bis zur sog. „Kleinen Novelle“ 2007 des BNatSchG verlangte § 43 Abs. 8 S. 1 Nr. 1 BNatSchG 2002 (in dem zum damaligen Zeitpunkt die Ausnahmemöglichkeiten geregelt waren), dass die Ausnahme der Abwendung eines „gemeinwirtschaftlichen Schadens“ dient (vgl. § 43 Abs. 8 S. 1 Nr. 1 BNatSchG 2002 [BGBl. I S. 1193]). Diese Gemeinwirtschaftlichkeit erforderte, dass nicht nur ein Betrieb, sondern mehrere Betriebe von Schäden betroffen waren. Diese Schäden mussten zudem so massiv sein, dass nicht nur der betroffene Wirtschaftszweig, sondern darüber hinaus noch weitere Wirtschaftszweige die Wirkungen des Schadens verspürten (siehe zur weiteren Erläuterung des Begriffs „gemeinwirtschaftlicher Schaden“ Punkt 3.2.2. „Begriff des gemeinwirtschaftlichen Schadens“).

Durch die im Jahr 2007 vorgenommene Gesetzesänderung wurde das Wort „gemeinwirtschaftlich“ durch die Begriffe „erheblich wirtschaftliche“ Schäden ersetzt (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/5100; Erstes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes vom 12. Dezember 2007 [BGBl. I S. 2873 ff.]). Bis heute fordert § 45 Abs. 7 Nr. 1 BNatSchG das Vorliegen eines „erheblichen wirtschaftlichen Schadens“.

Was ist darunter zu verstehen?

Das Bundesnaturschutzgesetz definiert nicht näher, was unter einem „erheblichen wirtschaftlichen Schaden“ zu verstehen ist. Zur Beantwortung dieser Frage sind daher die Schadensbegriffe des EU-Artenschutzrechts zu betrachten.

Art. 16 Abs. 1 lit. b) FFH-Richtlinie ermöglicht die Erteilung einer Ausnahme zur Verhütung ernster Schäden insbesondere an Kulturen und in der Tierhaltung sowie an Wäldern, Fischgründen und Gewässern sowie an sonstigen Formen von Eigentum.

Nach Art. 9 Abs. 1 lit. a) der Vogelschutzrichtlinie können Ausnahmen zur Abwendung erheblicher Schäden an Kulturen, Viehbeständen, Wäldern, Fischereigebieten und Gewässern zugelassen werden.

Keine der beiden Normen verlangt einen gemeinwirtschaftlichen Schaden, sondern (lediglich) einen vermögensrechtlich relevanten ernsten Schaden. Nach Art. 16 Abs. 1 lit b) der FFH-Richtlinie muss die Schwelle zur Verletzung des Eigentumsrechts überschritten sein, so dass der Schadensbegriff individualbezogen ist. Zwar fehlt der Zusatz „sowie an sonstigen Formen des Eigentums“ im Rahmen des Art. 9 Abs. 1 lit. a) der Vogelschutzrichtlinie, dennoch verweist auch diese Regelung auf vermögensrechtlich relevante Schäden.

Beiden Normen ist gemein, dass sie nicht jeden Schaden genügen lassen, um eine Ausnahmeregelung zuzulassen, sondern das Vorliegen eines „ernsten“ bzw. „erheblichen“ Schadens fordern. Die Richtlinien markieren somit den Grenzbereich zwischen dem eigentumsrechtlich Hinnehmbaren und solchen Belastungen, die dem Eigentümer auch in Ansehung der besonderen Bedeutung des Artenschutzes nicht mehr zumutbar sind (vgl. *Gellermann*, in: Landmann/ Rohmer, UmweltR, BNatSchG, Stand: Mai 2017 § 45, Rn. 20). Der Schaden muss daher wirtschaftlich erheblich sein.

Daher hat auch der EuGH in einer Entscheidung vom 26. Januar 2012 erläutert, dass die Erklärung „ein Betrieb habe Schäden“ erlitten, für die Annahme einer Ausnahmekonstellation nicht ausreicht. Mit Blick auf Art. 9 Abs. 1 lit. a) der Vogelschutzrichtlinie sei eine genaue Verknüpfung eines Schadens mit der Existenz von

tatsächlichen Schäden an Nutzpflanzen, Viehbeständen, Wäldern, Fischerei und Gewässer herzustellen (EuGH, Urteil vom 26. Januar 2012 – C-192/11, Rn. 45 ff.). Ein Schaden, bei dem der vermögensrechtliche Bezug nicht hergestellt wird, reicht demnach nicht aus, um eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 Nr. 1 BNatSchG zu rechtfertigen.

Aus dem Erfordernis der „Erheblichkeit“ des Schadens folgt nach einer Entscheidung des VG Oldenburg, dass dieser Schaden grundrechtsrelevant sein muss (VG Oldenburg, Urteil vom 25. April 2012 – 5 A 1428/11, Juris, Rn. 39). Ein erheblicher Schaden kann daher erst dann angenommen werden, wenn ein landwirtschaftlicher Betrieb durch einen Schaden „schwer und unerträglich“ (dann liegt eine Grundrechtsrelevanz vor) betroffen ist (VG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 07. Januar 2015 – 5 L 289/14, Juris, Rn. 52; vgl. auch *Gellermann*, in: Landmann/ Rohmer, UmweltR, BNatSchG, Stand: Mai 2017 § 45, Rn. 20). Dies ist mit dem in Art. 14 GG geregelten Eigentumsgrundrecht vereinbar, wie das BVerwG mit einem Beschluss vom 17. Januar 2000 entschieden hat:

„Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts sind Regelungen des Naturschutzes, die die Nutzung von Grundstücken aus Gründen des Natur- und Landschaftsschutzes beschränken [...] Bestimmungen von Inhalt und Schranken des Eigentums im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG (z.B. BVerwGE 94, 1, 3 f.; Urteil vom 18. Juni 1997 - BVerwG 6 C 3.97 - Buchholz 406.401 § 20 BNatSchG Nr. 2; Beschluß vom 18. Juli 1997 - BVerwG 4 BN 5.97 - Buchholz 406.401 § 13 BNatSchG Nr. 3 m.w.N.). Aus der verfassungsrechtlichen Garantie des Grundeigentums läßt sich kein Anspruch auf Einräumung gerade derjenigen Nutzungsmöglichkeiten herleiten, die dem Eigentümer den größtmöglichen wirtschaftlichen Vorteil versprechen (BVerfGE 84, 382, 385; 51, 300, 345). Als unzumutbare Beschränkung der Eigentümerbefugnisse erweisen sich die Bestimmungen nur dann, wenn nicht genügend Raum mehr für einen privatnützigen Gebrauch des Eigentums oder für eine Verfügung über den Eigentumsgegenstand verbleibt oder wenn eine Nutzung, die bisher ausgeübt worden ist oder die sich nach Lage der Dinge objektiv anbietet, ohne jeglichen Ausgleich unterbunden wird.“
(BVerwG, Beschluss vom 17. Januar 2000 – 6 BN 2/99, Juris, Rn. 11)

In einer weiteren Entscheidung hat das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, dass jedes Grundstück durch seine Beschaffenheit und Einbettung in die Umwelt

geprägt ist. Wenn diese natürlichen Gegebenheiten eines Grundstücks im Interesse der Allgemeinheit erhaltenswert sind und des Schutzes bedürfen, so ergibt sich hieraus eine dem Grundstück anhaftende Beschränkung der Eigentümerbefugnisse, die durch natur- und landschaftsschutzrechtliche Regelungen nachgezeichnet werde (BVerwG, Urteil vom 24. Juni 1993 – 7 C 26/92 –, BVerwGE 94, 1-16, Rn. 38).

Auch § 44 BNatSchG kann zu einer Einschränkung der freien Nutzbarkeit eines Grundstückes führen und muss somit nach den Grundsätzen des Bundesverwaltungsgerichts als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums verstanden werden. § 44 BNatSchG begründet daher für den Eigentümer die Pflicht, besonders geschützte Tierarten und deren Einflüsse auf sein Eigentum zu dulden (so auch *Ditscherlein*, Zur Rechtmäßigkeit der Kormoranverordnung, NuR 2006, S. 542, 543).

Befindet sich ein landwirtschaftlicher Betrieb in einem Gebiet, in welchem Wölfe als besonders schützenswerte Tiere leben, muss sich der Betrieb deshalb auf Grundlage der aktuellen Rechtslage mit dem Dasein des Wolfes und den daraus folgenden Konsequenzen in bestimmten Grenzen arrangieren müssen. Die Grenze des für ihn Erträglichen ist dann erreicht, wenn er nicht mehr in der Lage ist, seinen Betrieb wirtschaftlich sinnvoll fortzuführen. Ab welcher Schwelle dies der Fall ist, ist eine Frage des Einzelfalls. Ein Betrieb mit großem Viehbestand wird den Verlust einer größeren Zahl an Tieren akzeptieren müssen, als ein Betrieb, dessen Bestand auf nur wenigen Tieren fußt.

Würden bereits Schäden an einzelnen Tieren zu der Annahme eines erheblichen wirtschaftlichen Schadens im Sinne des § 45 Abs. 7 Nr. 1 BNatSchG führen, würden die gesetzlichen Anforderungen unterlaufen. Die Ausnahmemöglichkeiten dürfen nicht isoliert betrachtet werden, sondern im Rahmen des unions- und nationalrechtlich geforderten hohen Schutzniveaus. Eine Ausnahme von den Schutzregelungen muss daher immer als ein Sonderfall gewertet werden. Erst dann, wenn für den Einzelnen ein Festhalten an den naturschutzrechtlichen Vorgaben nicht mehr verhältnismäßig ist, kann eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 Nr. 1 BNatSchG in Betracht kommen.

Schafe sind von Wolfsrissen mit Abstand am meisten betroffen. Selbst bei diesen Tieren hat es aber in den Jahren 2007 bis April 2017 in ganz Deutschland (lediglich) 756 Fälle gegeben, die auf registrierte Wolfsrisse zurückgehen (<http://www.lfu.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.407130.de>). Dies entspricht einem Mittel von ca. 75 Schafen im Jahr, wobei die Zahl im Jahr 2016 erheblich gestiegen ist. Wie sich die Zahl auf einzelne Betriebe verteilt, ist hier nicht bekannt, dies gilt auch für die Größe der betroffenen Betriebe. Ob daher im Einzelfall bereits „erhebliche wirtschaftliche Schäden“ vorliegen, kann nicht beurteilt werden, wahrscheinlich ist es nach den vorliegenden Zahlen jedoch nicht.

Mit Blick auf die durch die „Kleine Novelle“ erfolgte Anpassung an die unionsrechtlichen Vorgaben ist im Übrigen nicht davon auszugehen, dass für sich genommen unerhebliche Schäden einzelner Betriebe in ihrer Summe zu erheblichen Schäden im Sinne des § 45 Abs. 7 Nr. 1 BNatSchG werden. Der einzelne Schaden muss vermögensrechtlich so relevant werden, dass aus eigentumsrechtlicher Perspektive das Hinnehmbare überschritten wird und solche Belastungen entstehen, die dem einzelnen Eigentümer nicht mehr zuzumuten sind. Etwas anderes gilt nur dann, wenn kumulierte erhebliche wirtschaftliche Schäden vorliegen. Diese stellen dann (auch) einen gemeinwirtschaftlichen Schaden dar, sind aber letztlich nichts anderes als die Summe erheblicher wirtschaftlicher Betroffenheiten.

Sofern die Auffassung vertreten wird, dass es für einen erheblichen wirtschaftlichen Schaden genüge, wenn „die Betroffenheiten (der Geschädigten) im Durchschnitt“ erheblich sind (Lütkes, in: Lütkes/ Ewer, BNatSchG, 2011, § 45, Rn. 30), ist dieser Gedanke in Ansehung der rechtlichen Möglichkeit, Ausnahmen allgemein durch Rechtsverordnung zuzulassen, im Ansatz nachvollziehbar. Zur Begründung wird angeführt, dass § 45 Abs. 7 BNatSchG insgesamt Ausnahmegründe anführt, die im öffentlichen Interesse liegen. Aus der Gesetzesbegründung lasse sich entnehmen, dass bei einer Vielzahl von Betroffenen vermieden werden sollte, dass deren Belange in Einzelentscheidungen über Befreiungsverfahren zu lösen sind. Der Gesetzgeber habe zu erkennen gegeben, dass es bei einer Reihe von Geschädigten nicht auf den Schaden des Einzelnen ankäme, sondern ein Schaden bereits dann als „erheblich“ einzuschätzen sei, wenn die Betroffenheit der Geschädigten

im Durchschnitt als erheblich anzusehen sei (vgl. *Lütkes*, in: *Lütkes/ Ewer*, BNatSchG, 2011, § 45, Rn. 30). Letztlich wird dieser Gedanke bei Tieren, die in deutlich größerer Zahl vorkommen als Wölfe (wie z.B. Kormorane) eine praktische Bedeutung haben. Ob dies nach dem derzeitigen Verbreitungsstand der Wolfsrudel eine relevante praktische Auswirkung hat, erscheint fraglich.

Im Ergebnis hätte dies jedenfalls zur Folge, dass eine Ausnahmegenehmigung schon dann erteilt werden dürfte, wenn der konkret betroffene Betrieb, in dessen Nähe sich ein problematischer Wolf befindet, zwar nur unterdurchschnittlich wirtschaftlich betroffen wird, die Ausnahme aber deshalb gerechtfertigt wird, weil in anderen Gebieten Brandenburgs ganz erhebliche (und über eine normale Erheblichkeit hinausgehende und somit letztlich die Vernichtung des Betriebs zur Folge habende) wirtschaftliche Nachteile (verursacht durch andere Wölfe) eingetreten sind. Es würde dann angenommen, dass sich die in anderen Gebieten Brandenburgs bereits verwirklichte „Betriebsvernichtung“ fortsetzt, so dass der landesweit erreichte durchschnittlich erhebliche wirtschaftliche Schaden die Ausnahme rechtfertigt. In Ansehung des aktuellen und durch konsequente Schutzmaßnahmen beeinflussbare Schadensausmaß' ist dies eine eher theoretische Überlegung.

3.1.6 Begriff des gemeinwirtschaftlichen Schadens

Selbst wenn man der Auffassung ist, dass ein erheblicher Schaden im Sinne des § 45 Abs. 7 Nr. 1 BNatSchG auch dann angenommen werden kann, wenn zwar der einzelne Betrieb keine erheblichen Schäden zu verzeichnen hätte, wohl aber alle Schäden gemeinsam in ihrer Summe als gemeinwirtschaftlich erheblich anzusehen sind, wäre die Schwelle für die dann geforderte Gemeinwirtschaftlichkeit hoch.

Bei gemeinwirtschaftlichen Schäden handelt es sich um solche, die über den betroffenen Wirtschaftszweig hinausgehend erhebliche, wirtschaftliche Auswirkungen auf die betroffene Region haben bzw. zu einer Gefährdung der Bedarfsdeckung für die Allgemeinheit mit daseinssichernden Produkten führen (vgl. *Schütte/ Gerbig*, in: *Schlacke*, GK-BNatSchG, 2. Aufl., 2017, § 45, Rn. 23; *Lütkes*, in: *Lütkes/ Ewer*, BNatSchG, 2011, § 45, Rn. 29; BVerwG, Urteil vom 18. Juni 1997 – 6 C 3/97, Juris, Rn. 28; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 31. März 2011 – OVG 11 B 19.10, Ju-

ris, Rn. 80; VG Dresden, Urteil vom 11. Oktober 2005 – 13 K 1960/04, Juris, Rn. 24; OVG Schleswig, Urteil vom 22. Juli 1993 – 1 L 321/91, Juris, Rn. 62; VG Schleswig, Urteil vom 17. Juni 2002 – 1 A 229/00, Juris, Rn. 23).

Eine exakte Schwelle, bei der von einem Schaden gemeinwirtschaftlicher Natur zu sprechen ist, gibt es nicht. Mit Blick auf die angeführten Kriterien müssen jedenfalls mehrere Akteure in einer Art und Weise betroffen sein, dass nicht nur lediglich der jeweils betroffene Wirtschaftszweig Schaden erleidet, sondern der Schaden noch weitere Kreise betrifft, sodass die Region Nachteile verzeichnen kann. Von einem gemeinwirtschaftlichen Schaden ist auch dann auszugehen, wenn es zu einer Gefährdung der Bedarfsdeckung für die Allgemeinheit mit daseinssichernden Produkten kommt.

3.1.7 Entschädigungszahlungen bei Wolfsrissen

Nach der Richtlinie des Brandenburgischen Ministeriums für Ländliche Entwicklung, Umwelt und Landwirtschaft zum Ausgleich von durch Wölfe verursachten Schäden vom 1. März 2017 (abrufbar unter: www.mlul.brandenburg.de/cms/media.php/lbm1.a.3310.de/Richtlinie-Ausgleich-Wolfschaeden.pdf) und der Verwaltungsvorschrift zu § 44 LHO gewährt das Land Brandenburg Zuwendungen für bestimmte Sachschäden, die durch den Wolf verursacht werden. Voraussetzung für die Entschädigungszahlung ist das Einhalten bestimmter Schutzanforderungen, insbesondere die Beachtung des „Mindeststandards beim Schutz von Weidetierbeständen von Wolfsübergriffen“ (<http://www.mlul.brandenburg.de/cms/detail.php/bb1.c.414160.de>).

Werden die Voraussetzungen erfüllt, kann der geschädigte Tierhalter (Zuwendungsempfänger) einen Schadensausgleich in Höhe von 100 % des errechneten direkten Schadens (Schäden an Nutztieren einschließlich Herdenschutz- und Hütehunden) und 80 % (Anteilfinanzierung) des errechneten indirekten Schadens (sonstige Schäden infolge des Übergriffs, einschließlich Tierarztkosten) ersetzt bekommen, s. S. 2 der Richtlinie.

Es ist daher nicht fernliegend, zu argumentieren, dass bei 100%-iger Kompensation der direkten Schäden niemals eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG in Betracht kommt, da der Staat dem faktischen Eintritt einer wesentlichen Voraussetzung der Norm den Boden entzieht. Schadensstiftend wären nach dieser Betrachtung nur noch die den Landwirten auferlegten Schutzmaßnahmen und die Ungewissheit über den Bestand der Weidetiere, die den Betrieb des Landwirts weniger kalkulierbar machen. Zu diesen Aspekten hat der EuGH aber bereits geklärt, dass es ernsthafte physische Schäden am Eigentum der Landwirte sein müssen (also bspw. gerissene Tiere) und bloße Verschlechterungen der finanziellen Rentabilität (z.B. wegen besonderer Schutzmaßnahmen oder -techniken) oder Beschränkungen zukünftiger Nutzungsmöglichkeiten nicht genügen (EuGH, Urteil vom 15. März 2012 – C-46/11, ZUR 2013, 489 Rn. 36-42 sowie 45-51 (nichtamtliche Übersetzung der nur in Polnisch und Französisch vorliegenden Urteilsgründe) sowie *Möckel/Köck*, Naturschutz und Jagdrecht nach der Föderalismusreform, BfN-Schriftenreihe Naturschutz und Biologische Vielfalt (NaBiB), Band 143, Bonn 2015, S. 49).

Eine solche Sichtweise, bei der das kompensierende Verhalten des Staates dem Staat jeglichen Einfluss auf die Population nimmt, wird der gesetzlichen Regelung im Ergebnis jedoch nicht gerecht. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG. Danach dient die Ausnahme der Abwendung des erheblichen wirtschaftlichen Schadens. Der Schaden soll, bewirkt durch die Ausnahme, erst gar nicht eintreten. Ist der Schaden aber bereits eingetreten, kann eine spätere Ausgleichszahlung an dem ursprünglichen Entstehen des Schadens nichts mehr ändern. Der Staat muss also nicht erst seine Kompensationsregeln ändern und den Landwirten weniger oder keinen Ausgleich mehr zahlen, bevor er eine Ausnahme zur Abwendung erheblicher Schäden treffen darf. Dies wäre auch sinnwidrig. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass diese Frage bisher in der Judikatur nicht geklärt ist.

Man könnte daran denken, ob die Aufwendungen, die das Land Brandenburg als Kompensationsmaßnahmen zahlt, als Schäden im Sinne des § 45 Abs. 7 BNatSchG gewertet werden können. Die Richtlinie, die die Kompensationszahlungen regelt, dient dem Schutz des Wolfes im Sinne von § 38 Abs. 2 BNatSchG. Nach § 38 Abs. 2

S. 1 BNatSchG ergreifen die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden des Bundes und der Länder, soweit dies zur Umsetzung völker- und gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben oder zum Schutz von Arten erforderlich ist, wirk- same und aufeinander abgestimmte vorbeugende Schutzmaßnahmen oder stellen Artenhilfsprogramme auf. Die Ausgleichszahlungen des Landes Brandenburg sind daher eher als Maßnahmen des Artenschutzrechts zu verstehen und nicht als „Schäden“, die zu Eingriffen in geschützte Arten rechtfertigen. Im Übrigen ist das Land nicht durch das Eigentumsgrundrecht geschützt, sondern handelt in Erfül- lung seiner öffentlich-rechtlichen Aufgaben (vgl. hierzu VG Frankfurt (Oder), Be- schluss vom 07. Januar 2015 – 5 L 289/14, Juris, Rn. 53; VG Augsburg, Beschluss vom 13. Februar 2013 – Au 2 S 13.143, Juris, Rn. 36). Hinzu kommt die bereits er- wähnte Rechtsprechung des EuGH zum Unmittelbarkeitserfordernis des Schadens (EuGH, Urteil vom 15. März 2012 – C-46/11, ZUR 2013, 489 Rn. 36-42 sowie 45-51 (nichtamtliche Übersetzung der nur in Polnisch und Französisch vorliegenden Ur- teilsgründe) sowie *Möckel/Köck*, Naturschutz und Jagdrecht nach der Föderalis- musreform, BfN-Schriftenreihe Naturschutz und Biologische Vielfalt (NaBiB), Band 143, Bonn 2015, S. 49).

3.1.8 Konsequenzen für die Wolfsverordnung

Die Wolfsverordnung kann nur dann zulässige Ausnahmen regeln, wenn das Vor- liegen eines erheblichen wirtschaftlichen Schadens zur Voraussetzung für die An- wendung der Ausnahmeregelung gemacht wird. Dies muss im Text der Verord- nung zum Ausdruck kommen (z.B. in § 2 Abs. 1 Nr. 4: *„wiederholt Nutztiere eines Weidetierbestandes reißt, obwohl dieser Weidetierbestand mit den in der Anlage 1 zu dieser Verordnung genannten Maßnahmen geschützt war, und dabei erhebliche wirt- schaftliche Schäden verursacht hat“*).

Nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG genügt es zwar schon, wenn die erhebli- chen wirtschaftlichen Schäden durch die Ausnahme abgewendet werden sollen. Um erheblich zu sein, muss der Schaden an dem Viehbestand eines einzelnen Landwirtes so hoch sein, dass dieser nicht länger in der Lage ist, seinen Betrieb sinnvoll fortzuführen. Man könnte daher auch daran denken, den Begriff des er- heblichen wirtschaftlichen Schadens in der Rechtsverordnung in diesem Sinne nä-

her auszufüllen. Überwindet ein Wolf die maximal angemessenen Schutzmaßnahmen und reißt ein Weidetier, kann das Lernverhalten des Wolfes dazu führen, dass es dies immer wieder tun wird und dieses Verhalten an die anderen Tiere eines Rudels weitergibt. Eine solche Potenzierung kann dann dazu führen, dass ein erheblicher Schaden für den Betrieb droht.

Ob allein aus dem wiederholten Überwinden der Herdenschutzmaßnahmen zwingend auf einen drohenden erheblichen wirtschaftlichen Schaden geschlossen werden kann, ist im Ergebnis eine Fachfrage und keine Rechtsfrage. Da es sich dabei um die prognostische Bewertung eines zukünftigen möglichen Geschehens handelt, werden Gerichte dem Normgeber hier einen nur beschränkt überprüfbaren Prognosespielraum zubilligen. Prognoseentscheidungen werden gerichtlich daraufhin überprüft, ob sie methodisch einwandfrei erarbeitet worden sind, nicht auf unrealistischen Annahmen beruhen und ob das Prognoseergebnis einleuchtend begründet worden ist (stRspr, vgl. nur BVerwG, Urteil vom 9. Juni 2010 - 9 A 20.08 - Buchholz 407.4 § 17 FStrG Nr. 208 Rn. 73 m.w.N.). Wenn die Verordnung das einmalige Überwinden der Schutzmaßnahmen generell mit einem drohenden erheblichen Schaden gleichsetzt, muss fachgutachterlich nachvollziehbar sein, dass dies der Fall ist.

Der drohende erhebliche wirtschaftliche Schaden muss durch eine prognostische Betrachtung konkret dargelegt werden können. Insbesondere dann, wenn es sich nicht um ein Rudeltier handelt, ist nicht auf den ersten Blick nachvollziehbar, warum die Annahme zwingend ist, dass ein wiederholt reißendes Einzeltier *immer* einen erheblichen wirtschaftlichen Schaden verursachen wird, zumal die Erheblichkeit des Schadens auch mit der Größe des jeweils betroffenen Betriebs in Verbindung zu setzen ist. Erhebliche Zweifel an der generellen Aussage, dass das Auftreten von Nutztierreisen trotz zumutbarer Schutzmaßnahmen *stets* einen erheblichen wirtschaftlichen Schaden erwarten lässt, bestehen auch dann, wenn innerhalb des Jagdgebiets eines Rudels nur wenige Nutztierhalter existieren, die ihrerseits Nutztiere, die für Wölfe interessant sind (Schafe, Ziegen) nur in ganz untergeordneter Bedeutung zum Gesamtbestand an Tieren (wie Kühen etc.) halten. Um es beispielhaft zu sagen: Wenn es innerhalb des Jagdreviers nur 2 Landwirtschaftsbetriebe gibt, die ihrerseits hunderte Kühe im Stall haben, sich aber aus Liebhaberei eine kleine Herde Schafe halten, die wegen der großen Ent-

fernung zum Stall abends nicht einstellen werden können, wird der Riss eines Schafes schwerlich die Prognose rechtfertigen, dass ein erheblicher wirtschaftlicher Schaden zu erwarten ist.

Es könnten daher Zweifel daran bestehen, dass mit der im Entwurf der Verordnung vorgesehenen Formulierung (in der das mehr als einmalige Überwinden stets mit einem drohenden erheblichen Schaden gleichgesetzt wird) jede denkbare Konstellation erfasst wird. Das wiederholte Überwinden sollte daher eher als Vermutungsregel oder als Regeltatbestandsmerkmal verwendet werden, etwa in der folgenden Form: § 2 Abs. 1 Nr. 4: *„wiederholt Nutztiere eines Weidetierbestandes reißt, obwohl dieser Weidetierbestand mit den in der Anlage 1 zu dieser Verordnung genannten Maßnahmen geschützt war, und dadurch erhebliche wirtschaftliche Schäden drohen. Drohende erhebliche wirtschaftliche Schäden liegen in der Regel dann vor, wenn der Wolf Teil eines Rudels ist und innerhalb des Jagdreviers Landwirtschaftsbetriebe vorhanden sind, die Weidetierbestände halten, bei deren Verlust erhebliche wirtschaftliche Schäden entstehen.“* und die Hinzufügung eines Absatz 3a [oder neuen Abs. 4] *„Maßnahmen nach den Absätzen 2 und 3 sind nur zulässig, wenn sich der Erhaltungszustand der Wolfspopulation nicht verschlechtert.“*).

Ob ein erheblicher wirtschaftlicher Schaden droht, ist eine Fachfrage, die mittels einer Abwägung zwischen den konkret bedrohten Interessen des Einzelnen und den betroffenen Anforderungen des Artenschutzrechts zu ermitteln ist (VG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 07. Januar 2015 – 5 L 289/14, Juris, Rn. 49). Das Reißen eines einzelnen Tieres, selbst das Reißen mehrerer Tiere, wird regelmäßig nicht ausreichen, um eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG zuzulassen. Das hohe Schutzniveau des Artenschutzrechts erfordert Einschränkungen, die für den Einzelnen schwer und unerträglich sind. Da auch im regulären Viehhaltungsbetrieb der Tod einzelner Tiere zum Betriebsrisiko zählt, wird der Tod einzelner Tiere durch Wolfsrisse nicht zu einer so erheblichen Einschränkung führen, dass eine Ausnahme von den Schutzanforderungen des § 44 BNatSchG gerechtfertigt wäre. Es muss vielmehr davon ausgegangen werden, dass derjenige, der seinen Betrieb in einem Gebiet führt, in welchem besonders geschützte Arten leben, mit Einschränkungen seiner Eigentumsrechte leben muss. Ob die wirtschaftlichen

Schäden, die bislang entstanden sind, ausreichen, um einen erheblichen Schaden anzunehmen, müsste geprüft werden. Drohen trotz maximal angemessener Schutzmaßnahmen erhebliche Risssschäden, wird man dies anders beurteilen können als bei Einzelereignissen ohne Schutzmaßnahmen.

Um einer gerichtlichen Überprüfung standzuhalten, darf deshalb die Verordnung eine Ausnahme von den Verboten des § 44 BNatSchG nur dann gewähren, wenn sie der Verhinderung von erheblichen wirtschaftlichen Schäden dient.

3.1.9 Ergebnis zu Frage 1

§ 45 Abs. 7 BNatSchG erfordert keinen gemeinwirtschaftlichen, sondern einen betriebswirtschaftlichen Schaden.

Vor dem Hintergrund der Anforderungen des europarechtlichen Artenschutzes, der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist ein „erheblicher wirtschaftlicher Schaden“ erst dann anzunehmen, wenn ein einzelner Betrieb in einer grundrechtsrelevanten Weise betroffen ist, die es ihm nicht länger ermöglicht, den Betrieb ohne schwere Einschränkungen fortzuführen.

Frage 2: Ist das vorgelegte Konzept einer Rechtsverordnung auf der Basis von § 45 Abs. 7 BNatSchG zur Zulassung von Ausnahmen zur Abwehr zukünftig drohender erheblicher Schäden bei Viehbestand vertretbar?

Das vorgelegte Konzept einer Rechtsverordnung auf der Basis von § 45 Abs. 7 S. 4 BNatSchG zur Zulassung von Ausnahmen zur Abwehr zukünftig drohender erheblicher Schäden bei Viehbestand ist dann vertretbar, wenn in die Verordnung weitere Tatbestandsmerkmale aufgenommen werden (wie die Umsetzung „zumutbarer Alternativen“).

Da dies bereits den Anforderungen des Bundesgesetzes zu entnehmen ist, bietet eine Rechtsverordnung nur dann einen Mehrwert gegenüber der Einzelausnahme, wenn die Eingriffsvoraussetzungen über das BNatSchG hinaus abstrakt-generell

geregelt werden, was sich insbesondere bei den zur Verfügung stehenden Alternativenmaßnahmen anbietet, die als Anlage zur Rechtsverordnung geregelt werden können. Der Mehrwert der Rechtsverordnung ist ebenfalls in der Regelung der möglichen Rechtsfolgen zu sehen, wobei dieser ebenfalls noch konkreter gefasst werden könnte als im Entwurf vorgesehen (so etwa zu der Frage, bis zu welcher Entfernung eine Vergrämung vorgenommen werden darf [aktuell darf dies unbegrenzt weit und damit auch aus dem Populationsbereich hinaus erfolgen]).

Grundsätzlich kann § 45 Abs. 7 S. 4 BNatSchG als ausreichend bestimmte Rechtsgrundlage herangezogen werden. Die Norm ist auch geeignet, präventiv Ausnahmen zuzulassen. Dies gilt aber nur soweit die Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 BNatSchG erfüllt sind. Dies setzt voraus, dass ausreichend nachgewiesen werden kann, dass das Vergrämen und insbesondere das Töten von Wölfen geeignet ist, einen drohenden erheblichen Schaden zu verhindern. Dies bedarf fachlicher Bewertung.

3.1.10 Verfassungsrechtliche Anforderungen an § 45 Abs. 7 Satz 4 BNatSchG

3.1.10.1 Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Der Gesetzgeber hat seine Kompetenz zum Erlass von § 45 Abs. 7 Satz 4 BNatSchG mit Verweis auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG begründet (BT-Drs. 278/09, S. 133).

Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung ausdrücklich auf den Naturschutz. Solange eine vom Artenschutzrecht erfasste Tierart nicht dem Jagdrecht unterstellt ist, unterliegt sie ausschließlich dem Naturschutzrecht. Der Wolf ist nicht dem Jagdschutz unterstellt. Eine Abweichungskompetenz steht den Ländern zumindest über die allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes und des Rechts des Artenschutzes nicht zu, vgl. Art. 72 Abs. Nr. 2 GG. Somit ist im Rahmen des § 45 Abs. 7 Satz 4 BNatSchG von einer bestehenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes ohne abweichende Kompetenz der Länder auszugehen.

3.1.10.2 Verordnungsermächtigung

Nach § 45 Abs. 7 S. 4 BNatSchG können die Landesregierungen Ausnahmen nach § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG auch allgemein durch Rechtsverordnung zulassen. § 30 Abs. 4 S. 1 des Brandenburgischen Naturschutzausführungsgesetzes vom 21. Januar 2013 (GVBl. I Nr. 3) ermächtigt das für Naturschutz und Landschaftspflege zuständige Mitglied der Landesregierung durch Rechtsverordnung die Zuständigkeit für die Durchführung des Bundesnaturschutzgesetzes und der auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsvorschriften zu regeln. Nach § 1 Abs. 2 S. 2 der Naturschutzzuständigkeitsverordnung vom 27. Mai 2013 (GVBl. II Nr. 43) ist das für Naturschutz und Landschaftspflege zuständige Mitglied der Landesregierung zuständig für die Zulassung allgemeiner Ausnahmen von den Verboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG durch Rechtsverordnung nach § 45 Abs. 7 S. 4 BNatSchG.

Der Minister für Ländliche Entwicklung, Umwelt und Landwirtschaft ist somit ermächtigt, die geplante Verordnung zu erlassen.

3.1.10.3 Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG

Die Ermächtigung der Landesregierungen zum Erlass von Rechtsverordnungen nach § 45 Abs. 7 S. 4 BNatSchG genügt den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG.

Nach § 80 Abs. 1 S. 1, 2 GG können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen durch Gesetz ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG soll sicherstellen, dass der Gesetzgeber selbst die Entscheidung trifft, dass eine bestimmte Sache geregelt werden soll. Hierzu muss er die Grenzen einer solchen Regelung festsetzen und angeben, welchem Ziel sie dienen soll. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG ist verletzt, wenn eine Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen so unbestimmt ist, dass nicht mehr vorausgesehen werden kann, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können (BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 26. September 2016 – 1 BvR 1326/15, Juris, Rn. 26).

Es gibt keine feste Grenze, ab welcher Regelungsdichte eine Ermächtigungsnorm bestimmt genug ist. Das Ausmaß der erforderlichen Bestimmtheit muss jeweils im Einzelfall festgestellt werden und hängt von der Intensität der Auswirkungen der Regelung für die Betroffenen und von der Eigenart des geregelten Sachverhalts ab, insbesondere auch davon, in welchem Umfang dieser einer genaueren begrifflichen Umschreibung überhaupt zugänglich ist (BVerfG, Beschluss vom 8. Januar 1981 – 2 BvL 3/77, BVerfGE 56, 1-22, Rn. 42).

Um den Inhalt, Zweck und das Ausmaß der Ermächtigung festzustellen, muss nicht allein die isolierte Norm in den Blick genommen werden. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts hält eine Ermächtigungsnorm auch dann der verfassungsrechtlichen Prüfung am Maßstab der zu Art. 80 Abs. 1 GG entwickelten Rechtsgrundsätze stand, wenn sich die dort geforderte Bestimmtheit durch Auslegung ermitteln lässt (BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 26. September 2016 – 1 BvR 1326/15, Juris, Rn. 27).

Für § 45 Abs. 7 BNatSchG ergibt sich danach folgendes:

§ 45 Abs. 7 S. 4 BNatSchG lautet: „Die Landesregierungen können Ausnahmen auch allgemein durch Rechtsverordnung zulassen.“ In der Norm werden weder Inhalt, Zweck, noch Ausmaß der erteilten Ermächtigung geregelt. Isoliert betrachtet würde sie den Anforderungen des § 80 Abs. 1 GG daher nicht genügen. Allerdings darf – gerade mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – nicht nur die Ermächtigungsnorm isoliert in den Blick genommen werden, sofern sich ihre Bestimmtheit durch Auslegung ermitteln lässt.

§ 45 Abs. 7 S. 4 BNatSchG ermöglicht den Erlass von Rechtsverordnungen, um Ausnahmen nach § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG zu regeln. Aus dem systematischen Zusammenhang lässt sich daher schließen, dass sich im Wege der Rechtsverordnung eingeführte allgemeine Ausnahmen stets den in § 45 Abs. 7 S. 1-3 BNatSchG bezeichneten Voraussetzungen zu fügen haben (*Gellermann*, in: Landmann/ Rohmer, UmweltR, BNatSchG, Stand: Mai 2017, § 45, Rn. 31). Für die Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG ist daher nicht allein auf § 45 Abs. 7 S. 4, sondern auch auf § 45 Abs. 7 S. 1-3 BNatSchG abzustellen.

In § 45 Abs. 7 S. 1-3 BNatSchG werden dezidierte Anforderungen aufgestellt, die klar aufzeigen, in welchen Fällen eine Ausnahme erteilt werden darf. Aus den Regelungen geht hervor, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die aufgrund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können. § 45 Abs. 7 S. 4 BNatSchG erfüllt daher die Voraussetzungen des § 80 Abs. 2 S. 2 GG. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass der zu regelnde Sachverhalt einer genaueren begrifflichen Umschreibung schwer zugänglich ist. Ab wann sich etwa ein Schaden als „erheblich“ darstellt, hängt maßgeblich von den individuellen Eigenschaften des jeweiligen Betriebes, etwa seiner Größe und seiner Ausgestaltung, ab.

§ 45 Abs. 7 S. 4 BNatSchG kann daher als geeignete Rechtsgrundlage zum Erlass einer Wolfsverordnung dienen.

3.1.11 Möglichkeit einer präventiven Regelung

§ 45 Abs. 7 S. 4 BNatSchG ermöglicht den Erlass einer Verordnung, die präventive Regelungen vorsieht.

Die Vorgaben des europarechtlichen und nationalen Artenschutzrechts erfordern ein hohes Schutzniveau. Dennoch hat der Europäische Gerichtshof bereits entschieden, dass Art. 16 Abs. 1 der FFH-Richtlinie nicht verlange, dass ein ernster Schaden abgewartet werden muss, bevor Ausnahmemaßnahmen erlassen werden können (EuGH, Urteil vom 14. Juni 2007 – C-342/05, Juris, Rn. 45). Art. 16 Abs. 1 der FFH-Richtlinie lässt damit grundsätzlich den Erlass präventiver Regelungen zu. Diese Rechtsprechung kann auf § 45 Abs. 7 BNatSchG übertragen werden.

Der Europäische Gerichtshof hat jedoch auch festgestellt, dass durch eine Ausnahme, die die Jagd auf Wölfe aus Gründen der Prävention erlaubt, dann gegen die Verpflichtungen aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 16 Abs. 1 Buchst. b der FFH-Richtlinie verstoßen wird, wenn nicht nachgewiesen ist, dass die Jagd zur Verhütung ernster Schäden im Sinne von Art. 16 Abs. 1 Buchst. b dieser Richtlinie geeignet ist (EuGH, Urteil vom 14. Juni 2007 – C-342/05, Juris, Rn. 47).

Der Europäische Gerichtshof hat in dem Vertragsverletzungsverfahren gegen Finnland einen solchen Nachweis als nicht ausreichend erbracht angesehen, da es bezüglich des Wolfes einerseits Stimmen gibt, die anführen, dass eine Bejagung zu einer gewissen Scheu der Wölfe vor den Menschen und damit zur Verringerung von Schäden führen würde. Andere Experten vertreten jedoch, dass die Jagd auf zu einem Rudel gehörende Wölfe die Schäden vermehren könne, da sich die nicht geschossenen Rudelmitglieder nach dem Abschuss eines einzelnen Tieres besonders aggressiv verhalten. Im Übrigen führt der EuGH an, dass es hierzu nur wenige biologische Studien gibt (EuGH, Urteil vom 14. Juni 2007 – C-342/05, Juris, Rn. 46). Ob sich dies bis heute anders darstellt, vermögen wir aus rechtlicher Sicht nicht zu beurteilen.

Hieraus ergibt sich, dass das vorgelegte Konzept einer Rechtsverordnung auf der Basis von § 45 Abs. 7 BNatSchG geeignet ist, Ausnahmen zur Abwehr zukünftig drohender erheblicher Schäden an Viehbeständen abzuwehren. Dazu müssen der Rechtsverordnung aber weitere Tatbestandsmerkmale hinzugefügt werden. Ebenfalls muss es möglich sein, dass die Ausnahme tatsächlich geeignet ist, den befürchteten erheblichen Schaden zu verhindern. Dies bedarf fachlicher Bewertung.

3.1.12 Keine Verschlechterung des Erhaltungszustandes der Population

Damit eine Rechtsverordnung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG geeignet ist, Ausnahmen zum Schutz des Wolfes zu etablieren, müssen auch die weiteren Anforderungen der Norm, wie die Verhinderung der Verschlechterung des Erhaltungszustandes der Population einer Art erfüllt sein.

So war es längere Zeit ungeklärt, ob bei einem ungünstigen Erhaltungszustand überhaupt eine Ausnahme und, wenn ja, nur bei unmittelbarer Gefährdung höchster Güter wie dem Schutz des Lebens von Menschen oder schon beim sicheren Ausschluss einer weiteren Verschlechterung gewährt werden kann. Da die Mehrheit der Experten davon ausgeht, dass sich der Wolf in keinem günstigen Erhaltungszustand befindet, würde dies ggf. dazu führen, dass sich die Verordnung nicht auf den Schutz von Weidetieren erstrecken darf.

Der EuGH hat dazu in seinem Urteil zum finnischen Wolf klargestellt, dass dazu keine außergewöhnlichen Umstände vorliegen müssen, sondern es ausreicht, wenn keine verfestigte, europarechtswidrige Verwaltungspraxis festzustellen ist und die Wolfspopulation in Finnland trotz des Abschusses von 12 Wölfen angestiegen ist (EuGH Urt. v. 14.6.2007 –C-342/05–Canis lupus, Slg. 2007, I-04713 Rn. 14,30 -38). Der EuGH sah in dem Anstieg zwar keinen zwingenden Beweis, aber ein zu berücksichtigendes Indiz, dass die erteilte Ausnahme trotz ungünstiger Ausgangslage nicht den Erhaltungszustand negativ beeinflusst hat. Mithin kann es kein generelles Ausschlusskriterium für die Rechtsverordnung sein, wenn der günstige Erhaltungszustand der Population noch nicht erreicht ist. Dies entspricht dem Urteil des BVerwG vom 17. April 2010 – 9 B 5/10, 1. Leitsatz, nach dem das in § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG enthaltene Verschlechterungsverbot unionsrechtskonform ist. In der Verordnung müsste somit ein Korrektiv eingefügt werden, welches gewährleistet, dass das sich

„der Erhaltungszustand der Wolfspopulation durch die Ausnahme nicht verschlechtern darf“.

Ab wann dies der Fall ist, kann von unserer Seite nicht gesagt werden. Entweder belässt man es bei der abstrakten Aussage, die aber letztlich nur den Wortlaut des § 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG wiedergibt und gegenüber der aktuellen Rechtslage keinen Mehrwert enthält. Oder man versucht, eine eintretende Verschlechterung des Erhaltungszustands näher zu konkretisieren.

Auch dies zeigt: Es ist zwar rechtlich möglich, die Rechtsverordnung um weitere Tatbestandsmerkmale anzureichern unter deren Hinzufügung eine rechtskonforme Lösung erzielt werden kann. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, ob sich dadurch ein für die Verwaltungspraxis gewinnbringender Nutzen ergibt.

3.1.13 Ausreichende Bestimmtheit der Verordnung

Von den Bestimmtheitsanforderungen einer Verordnungsermächtigungsgrundlage nach Art. 80 Abs. 1 S. 2. GG sind die Anforderungen an die Bestimmtheit der Regelung zu unterscheiden.

Gerade im Rahmen von Ausnahmeregelungen, die eng auszulegen sind und bei denen die Beweislast für das Vorliegen der für die Abweichung erforderlichen Voraussetzungen die Stelle trifft, die über sie entscheidet, darf jeder Eingriff, der die geschützten Arten betrifft, nur auf der Grundlage von Entscheidungen genehmigt werden, die mit einer genauen und angemessenen Begründung versehen sind, in der auf die in Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie genannten Gründe, Bedingungen und Anforderungen Bezug genommen wird (EuGH, Urteil vom 14. Juni 2007 – C-342/05, Juris, Rn. 25).

Die Aussagen des Europäischen Gerichtshofes, dass „genaue und angemessene Begründungen“ darzulegen sind, rechtfertigen die Annahme, dass der Europäische Gerichtshof von einem bestehenden Beurteilungsspielraum ausgeht.

Einen solchen sieht jedenfalls das Bundesverwaltungsgericht auch im Rahmen des § 45 Abs. 7 BNatSchG (BVerwG, Urteil vom 06. November 2013 – 9 A 14/12, BVerwGE 148, 373-399, Rn. 130).

Dabei bezieht sich die behördliche Einschätzungsprärogative sowohl auf die Erfassung des Bestands einer geschützten Art als auch auf die Bewertung der Gefahren, denen die Exemplare der geschützt Art bei Realisierung des zur Genehmigung stehenden Vorhabens ausgesetzt sein würden (BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2013 – 4 C 1/12, Juris, Rn. 14).

Den Grund für das Bestehen einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative sieht das Bundesverwaltungsgericht darin, dass es im Bereich des Naturschutzes regelmäßig um ökologische Bewertungen und Einschätzungen geht, für die normkonkretisierende Maßstäbe fehlen (BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2013 – 4 C 1/12, Juris, Rn. 15).

In einem Urteil vom 27. Juni 2013 führt es aus:

„Die Rechtsanwendung ist daher auf die Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft und Praxis angewiesen, die sich aber nicht als eindeutiger Erkenntnisgeber erweist. Bei zahlreichen Fragestellungen steht - jeweils vertretbar - naturschutzfachliche Einschätzung gegen naturschutzfachliche Einschätzung, ohne dass sich eine gesicherte Erkenntnislage und anerkannte Standards herauskristallisiert hätten. Sind verschiedene Methoden wissenschaftlich vertretbar, bleibt die Wahl der Methode der Behörde überlassen. Eine naturschutzfachliche Meinung ist einer anderen Einschätzung nicht bereits deshalb überlegen oder ihr vorzugswürdig, weil sie umfangreichere oder aufwändigere Ermittlungen oder "strengere" Anforderungen für richtig hält. Das ist erst dann der Fall, wenn sich diese Auffassung als allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft durchgesetzt hat und die gegenteilige Meinung als nicht (mehr) vertretbar angesehen wird (Urteil vom 9. Juli 2008 a.a.O. Rn. 66). Die naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative folgt nicht aus einer bestimmten Verfahrensart oder Entscheidungsform, sondern aus der Erkenntnis, dass das Artenschutzrecht außerrechtliche Fragestellungen aufwirft, zu denen es jedenfalls nach dem derzeitigen Erkenntnisstand keine eindeutigen Antworten gibt.

(BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2013 – 4 C 1/12, Juris, Rn. 15).

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt an, dass es im Rahmen des Naturschutzrechts häufig keine eindeutigen Entscheidungen gibt, sondern unterschiedliche fachlich vertretbare Positionen. Ob sich diese Einschätzung angesichts zweier anhängiger Verfassungsbeschwerden aufrechterhalten lässt, kann noch nicht prognostiziert werden (siehe die aktuell vor dem BVerfG anhängigen Verfahren der Harzer Windmüller GbR (1 BvR 2523/13) und der EON Energy GmbH (1 BvR 595/14)).

In Bezug auf die geplante Verordnung bedeutet dies nach derzeitiger Rechtslage folgendes:

Es gibt keine festen Vorgaben, die bestimmen, wann eine Ausnahme von den Verboten des § 44 Abs. 1 BNatSchG erfolgen darf. Eine Ausnahme ist dann zulässig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 45 Abs. 7 BNatSchG erfüllt sind. Bezüglich der dort bestehenden unbestimmten Rechtsbegriffe besteht ein Beurtei-

lungsspielraum. Die getroffenen Entscheidungen müssen nachvollziehbar und ausreichend begründet sein. Insbesondere müssen sie das hohe Schutzniveau des Artenschutzrechts wahren.

3.1.14 Keine Befreiungsmöglichkeit nach § 67 BNatSchG

Eine Befreiungsmöglichkeit nach § 67 BNatSchG von den Verboten des § 44 BNatSchG ist ausgeschlossen. Dies ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut des § 67 Abs. 1 S. 2 BNatSchG, der bestimmt dass im Rahmen des Kapitels 5, der den besonderen Artenschutz regelt, die Befreiungsmöglichkeit nur für die §§ 39 und 40, 42 und 43 gilt.

Im Kontext des besonderen Artenschutzrechts käme eine Befreiung von den Verboten des § 44 BNatSchG daher allenfalls aus Anlass einer unzumutbaren Belastung nach § 67 Abs. 2 BNatSchG in Frage. § 67 Abs. 2 BNatSchG ermöglicht jedoch lediglich eine Befreiung für den jeweiligen Einzelfall. Zudem sind die Anforderungen an eine Befreiungsmöglichkeit hoch.

Durch die Norm soll vor allem sichergestellt werden, dass eine unzumutbare Belastung nicht mehr als Sozialbindung des Eigentums einzustufen ist (so die Begründung des Entwurfs der Bundesregierung für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes, BT-Drs. 16/5100, S. 13, zu der mit § 67 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG heutiger Fassung im Wesentlichen übereinstimmenden Vorschrift des § 62 Abs. 1 S. 1 BNatSchG in der Fassung des Entwurfs). Von einer „unzumutbaren Belastung“ kann deshalb nur bei einer erheblichen Beeinträchtigung der Interessen des betroffenen Privatrechtssubjekts, insbesondere bei Eingriffen in Freiheit und Eigentum, gesprochen werden (VGH München, Urteil vom 29. März 2016 – 22 B 14.1875, 22 B 14.1876, Juris, Rn. 78).

Dies bedeutet, dass die Anforderungen, die § 67 Abs. 2 BNatSchG gerade in Hinblick auf die Erheblichkeit eines Schadens aufstellt, keinesfalls niedriger sind, als die des § 45 Abs. 7 BNatSchG.

Frage 3: Sind bereits vor dem Erlass einer Rechtsverordnung alle anderen Maßnahmen als zumutbare Alternative nach § 45 Absatz 7 Satz 2 BNatSchG auszuschöpfen?

Das Erfordernis des Ergreifens aller zumutbaren Alternativen führt nicht dazu, dass eine Verordnung nach § 45 Abs. 7 S. 4 BNatSchG nicht vor dem Scheitern sämtlicher Alternativen erlassen werden darf. Bei einem solchen Verständnis würde die Weigerung einzelner Betriebe, die zumutbaren Alternativen zu ergreifen, zu einer Unmöglichkeit des Verordnungserlasses auf unbestimmte Zeit führen.

Die Möglichkeit des frühzeitigen Verordnungserlasses ergibt sich auch aus dem Wortlaut des § 45 Abs. 7 S. 2 und 4 BNatSchG. Dort heißt es in Satz 2: "Eine Ausnahme darf nur zugelassen werden, wenn zumutbare Alternativen nicht gegeben sind...". § 45 Abs. 7 S. 4 BNatSchG bestimmt, dass die Landesregierungen Ausnahmen allgemein durch Rechtsverordnung zulassen dürfen.

Aus den Normen ergibt sich, dass die Alternativen vor der Ausnahmeerteilung zu prüfen sind. Keine der beiden Normen gibt jedoch vor, dass die Verordnung erst nach der Alternativenprüfung erlassen werden darf. Vielmehr kann die Norm nicht nur nach ihrem Wortlaut, sondern auch nach ihrem Sinn und Zweck so verstanden werden, dass eine Verordnung zu jedem Zeitpunkt erlassen werden darf, aber die nach ihr zugelassene Ausnahme eine vorangehende, gescheiterte Alternativenprüfung erfordert. Im Rahmen des § 2 des Verordnungsentwurfes, der die Ausnahmen regelt, muss daher sichergestellt werden, dass die Voraussetzungen erst dann vorliegen, wenn sämtliche zumutbaren Alternativen erfolglos ergriffen wurden. Werden die Ausnahmen im Rahmen der Verordnung nicht auf diese Weise eingeschränkt, würde die Verordnung den Anforderungen des § 45 Abs. 7 BNatSchG und des Art. 16 Abs. 1 FFH-Richtlinie nicht genügen.

Um dem Bestimmbarkeitsgrundsatz zu genügen, muss die Verordnung die erforderlichen Alternativen klar benennen. Welche Alternativen zumutbar sind, kann rechtlich nicht abschließend bewertet werden. Nach der Rechtsprechung des BVerwG besteht hier ein naturschutzfachlicher Beurteilungsspielraum, der vom Gericht nur daraufhin zu überprüfen ist, ob insgesamt die artenschutzrechtlichen

Untersuchungen sowohl in ihrem methodischen Vorgehen als auch in ihrer Ermittlungstiefe ausreichen, um die Behörde in die Lage zu versetzen, eine ordnungsgemäße Entscheidung zu treffen (BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2013 - 4 C 1.12, Juris, Rn 14 ff.; BVerwG, Urteil vom 6. November 2013 - 9 A 14.12, Juris, Rn 130; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 26. Februar 2015 – OVG 11 S 3.15, Juris, Rn. 23). Es gibt also keine festen Vorgaben bezüglich der zu ergreifenden Alternativen. Die Auswahl der Alternative muss lediglich aus artenschutzrechtlicher Sicht nachvollziehbar sein. Hierbei ist wiederum an das aufgrund völker-, unions- und nationalrechtlicher Vorgaben einzuhaltende hohe Schutzniveau zu denken. Dieses erfordert, dass die Anforderungen an zu ergreifende Alternativen nicht zu niedrig sind.

Werden die zumutbaren Alternativen klar im Rahmen der Verordnung genannt und die Möglichkeit einer Ausnahme von ihrem vorangegangenen Scheitern abhängig gemacht, kann die Verordnung auch schon dann erlassen werden, wenn die Alternativen noch nicht sämtlich ergriffen wurden.

Frage 4: Müssen insbesondere erst alle zumutbaren Herdenschutzmaßnahmen (erfolglos) als zumutbare Alternative nach § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG ausgeschöpft sein, bevor ein Wolf als problematisch im Sinne von §2 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 des Verordnungsentwurfs eingestuft werden kann und insofern ein Vergrämen mit möglicher Verletzungsfolge zugelassen werden kann?

Ausnahmen nach § 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG dürfen nur zugelassen werden, soweit keine zumutbaren Alternativen bestehen. Dieses Erfordernis ergibt sich aus den Vorgaben des Art. 16 Abs. 1 FFH-Richtlinie. Nach dieser Norm darf eine Ausnahme nur dann erteilt werden, „sofern es keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gibt“.

Im Bereich der Vorhabenplanung wird davon ausgegangen, dass der Vorhabenträger von einer ihm technisch an sich möglichen Alternative erst Abstand nehmen darf, wenn diese ihm unverhältnismäßige Opfer abverlangt oder andere Gemeinwohlbelange erheblich beeinträchtigt werden. Standort- oder Ausführungsalternativen, die sich nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verwirklichen lassen, können außer Betracht bleiben (OVG Magdeburg, Beschluss vom 03. Januar 2017 – 2 M 118/16, Juris, Rn. 25).

Zu Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 der FFH-Richtlinie hat das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil vom 27. Januar 2000 folgendes ausgeführt:

„Bereits aufgrund seines Ausnahmecharakters begründet Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 FFH-RL ein strikt beachtliches Vermeidungsgebot. Nur gewichtige "naturschutzexterne" Gründe können es danach rechtfertigen, zu Lasten des Integritätsinteresses des durch Art. 4 FFH-RL festgelegten kohärenten Systems die Möglichkeit einer Alternativlösung auszuschließen. Der Vorhabenträger darf von einer ihm technisch an sich möglichen Alternative erst Abstand nehmen, wenn diese ihm unverhältnismäßige Opfer abverlangt oder andere Gemeinwohlbelange erheblich beeinträchtigt werden. Maßgebende Beurteilungsgrundlage ist im Einzelfall letztlich der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wie er in Art. 3 b EGV (jetzt Art. 5 Abs. 3) seinen Niederschlag gefunden hat.

Eine Maßnahme ist mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht vereinbar, wenn sie die Grenzen dessen überschreitet, was zur Erfüllung der mit der gemeinschaftlichen Regelung verfolgten Ziele weder angemessen noch erforderlich ist (vgl. EuGH, Urteile vom 27. Juni 1990 - C 118/89 - Slg. 1990, I-2637 RN 12, und vom 21. Januar 1992 - C 319/90 - Slg. 1992, I-203 RN 12). Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung können Standort- oder Ausführungsalternativen, die sich nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verwirklichen lassen, außer Betracht bleiben. Das zumutbare Maß an Vermeidungsanstrengungen darf nicht außerhalb jedes vernünftigen Verhältnisses zu dem damit erzielbaren Gewinn für Natur und Umwelt stehen. In diesem Zusammenhang können auch finanzielle Erwägungen den Ausschlag geben. Ob Kosten außer Verhältnis zu dem nach Art. 6 FFH-RL festgelegten Schutzregime stehen, ist - wie stets - am Gewicht der beeinträchtigten gemeinschaftlichen Schutzgüter zu messen.“

(BVerwG, Urteil vom 27. Januar 2000 – 4 C 2/99, Juris, Rn. 31, 32)

Diese zum Habitatschutz entwickelten Grundsätze gelten für das Artenschutzrecht entsprechend (BVerwG, Urteil vom 12. März 2008 – 9 A 3/06, BVerwGE 130, 299-383, Rn. 240).

Das Bundesverwaltungsgericht betont das hohe Schutzniveau, das aufgrund der artenschutzrechtlichen Vorgaben einzuhalten ist. Zudem erklärt es, dass der Ausnahmecharakter der Norm ein von vornherein striktes Vermeidungsgebot mit sich bringt. Erforderlich seien daher „gewichtige naturschutzexterne Gründe“, um eine Ausnahme zu rechtfertigen. Maßgebliche Beurteilungsgrundlage sei im Einzelfall der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 Abs. 4 des EU-Vertrages. Eine Maßnahme sei dann nicht mehr verhältnismäßig, wenn sie zur Erfüllung der Ziele weder angemessen, noch erforderlich sei.

Die Zumutbarkeitsschwelle ist stets im Einzelfall unter Abwägung der jeweils bedrohten Interessen zu ermitteln. Bezüglich einer Ausnahmeverordnung zum Schutz vor Schäden durch Biber stellte das VG Frankfurt (Oder) mit Beschluss vom 7. Januar 2015 fest, dass eine anderweitige zumutbare Alternative dann gegeben sei, wenn die durch den Biber verursachten Schäden oder Gefahren auch auf andere Art und Weise vermieden werden können. Wären Präventivmaßnahmen möglich, komme diesen der Vorrang vor dem Abschuss und dem Abfang der Tiere zu.

Die Tötung der Biber dürfe lediglich als ultima ratio in Betracht gezogen werden. Betriebswirtschaftliche Erwägungen dürften allein nicht ausschlaggebend sein. Auch finanziell aufwändigere Lösungen seien grundsätzlich als zumutbare Alternativen in Betracht zu ziehen (vgl. VG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 07. Januar 2015 – 5 L 289/14, Juris, Rn. 60).

Dies bedeutet, dass alle Maßnahmen als zumutbare Alternativen nach § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG auszuschöpfen sind, die mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als vertretbar gelten. Vor dem Hintergrund des Erfordernisses eines hohen Schutzniveaus und der grundsätzlich restriktiven Möglichkeit einer Ausnahmegenehmigung werden weitreichende Maßnahmen als zumutbare Alternativen nach § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG in Betracht gezogen werden müssen, bevor eine Ausnahmegenehmigung erteilt werden darf.

In Bezug auf zusätzliche Kosten wird bei der Verwirklichung von naturschutzrelevanten Vorhaben in der Rechtsprechung eine sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergebende absolute Obergrenze der Kosten sämtlicher Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen und -zahlungen erst bei etwa 10 % der Gesamtinvestitionskosten gesehen (vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 16. Dezember 2009 – 4 LC 730/07, Juris, Rn. 65; Lau, in: Frenz/ Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl., 2016, § 45, Rn. 22). Diese Summe ist relativ hoch und verdeutlicht die Wichtigkeit der Wahrung des hohen Schutzniveaus. Eine Aussage dazu, ob sich diese Summe auf die hier in Kauf zu nehmenden Schäden übertragen lässt, erscheint in hohem Maße fraglich, da es hier nicht um die Zulassung eines Vorhabens geht und der Besondere Artenschutz der §§ 44 ff. BNatSchG (und nicht „nur“ die Eingriffsregelung) berührt ist.

Letztlich ist die Entscheidung jeweils im Einzelfall unter Abwägung der jeweils bedrohten Interessen zu treffen (Schütte/ Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl., 2017, § 45, Rn. 41).

Auf der einen Seite steht der Schutz einer sich gerade entwickelnden Population einer Tierart, die unter dem besonderen Schutz völkerrechtlicher und europarechtlicher Regelungen steht. Auf der anderen Seite stehen Schäden am Viehbestand einzelner Betriebe.

Um die Schäden zu mindern, kommt das Ergreifen von Herdenschutzmaßnahmen in Betracht. Hierzu hat im Jahr 2014 das Landesamt für Umwelt, Landwirtschaft und Geologie des Landes Sachsen den Beitrag „Schutzmaßnahmen vor dem Wolf“ (Schriftenreihe, Heft 16/ 2014; abrufbar unter: <https://publikationen.sachsen.de/bdb/artikel/22053/documents/30077>.) veröffentlicht. Darin erläuterte es unter anderem Untersuchungen zu den Erfolgen von Bezäunung in Norwegen (S. 11 ff.) und dem Einsatz von Herdenschutzhunden (S. 14 ff.). Eine Kombination beider Maßnahmen konnte nachweislich die Anzahl von Wolfsangriffen in erheblichem Maße senken (S. 62 ff.). Erläutert wurde zudem, dass die Haltung und der Einsatz von Herdenschutzhunden in Sachsen einen zusätzlichen Aufwand für die Schafhaltung bedeutet. Der wirtschaftliche Aufwand je Herdenschutzhund betrage jährlich etwa 800 bis 1.000 € (Futter, Versicherung, Tierarztkosten), vgl. S. 63.

Vor diesem Hintergrund erscheint es mit Blick auf das hohe artenschutzrechtliche Schutzniveau erforderlich, dass umfangreiche Herdenschutzmaßnahmen ergriffen werden, bevor eine Ausnahme von den Verboten des § 44 BNatSchG erteilt wird. Die dazu als verhältnismäßig angesehenen Maßnahmen sollten in einer Anlage zur Verordnung geregelt werden.

Frage 5: Ist der Individuenbezug des Artenschutzes so zu verstehen, dass nur das schadensauslösende Tier entnommen werden darf, auch wenn die Nämlichkeit der Schäden verursachenden Individuen in der Praxis kaum feststellbar ist? Kann sich eine Ausnahme vor dem Hintergrund, dass Wölfe in Familienverbänden leben auf das nicht Schaden verursachende Tier erstrecken? Dürfen (bzw. aus Tierschutzsicht: müssen) insbesondere auch (unselbständige) Welpen entnommen werden, wenn ein oder beide Eltern ein problematisches Verhalten zeigen, dass deren Entnahme notwendig macht?

3.1.15 Kein zwingender Individuenbezug der Ausnahmegenehmigung

Der Individuenbezug des Artenschutzes meint zunächst, dass § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG die Tötung von Individuen besonders geschützter Tierarten verbietet.

Im Rahmen artenschutzrelevanter Vorhaben, etwa dem Bau und Betrieb von Windenergieanlagen, ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der Tatbestand des Tötungsverbots mit Blick auf die nie völlig auszuschließende Gefahr von Kollisionen geschützter Tiere erst dann erfüllt, wenn das Vorhaben dieses Risiko in einer für die betroffene Tierart signifikanten Weise erhöht (BVerwG, Urteil vom 6. November 2013 – 9 A 14/12, BVerwGE 148, 373-399, Rn. 114).

Anders als bei einem Vorhaben, das die Vergrämung oder Tötung eines Tieres als Nebenfolge mit sich bringen kann, soll nach der geplanten Wolfsverordnung eine Vergrämung und Tötung des Tieres gezielt möglich sein. Der Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG wird daher nicht „fahrlässig“ durch den Bau eines Vorhabens, sondern „vorsätzlich“ durch eine gezielte Entnahme eines Tieres verwirklicht. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts lässt sich deshalb nicht direkt auf das hier zu erörternde Problem übertragen.

Vor diesem Hintergrund erscheint es fraglich, inwieweit eine Ausnahme von der individuenbezogenen Verbotsnorm nach § 45 Abs. 7 BNatSchG zugelassen werden darf, wenn nicht sicher festgestellt werden kann, dass die Ausnahme gerade das den Schaden verursachende Tier treffen wird, sondern eventuell auch ein anderes, welches den Schaden nicht verursacht hat.

Im Urteil vom 14. Juni 2007 des Europäischen Gerichtshofes im Vertragsverletzungsverfahren gegen Finnland hat der EuGH keine grundsätzlichen Einwände dagegen erhoben, dass sich die Abschussgenehmigungen, wie die finnische Regierung eingeräumt hatte, nicht immer auf die Exemplare beziehen würden, die die ernststen Schäden verursacht hätten, weil der Wolf ein Tier sei, das im Allgemeinen im Rudel lebe (EuGH, Urteil vom 14. Juni 2007 – C-342/05, Juris, Rn. 41).

Ausgehend von dieser Prämisse stellte der EuGH jedoch fest, dass dann ausreichend dargelegt werden müsse, dass das Schießen irgendeines Wolfes zur Verhütung ernster Schäden im Sinne von Art. 16 Abs. 1 Buchst. b der FFH-Richtlinie geeignet sei. Ansonsten würde gegen die Verpflichtungen aus Art. 12 Abs. 1 und Art.

16 Abs. 1 Buchst. b der FFH-Richtlinie verstoßen (EuGH, Urteil vom 14. Juni 2007 – C-342/05, Juris, Rn. 47).

Ein solches Verständnis ergibt sich auch aus der Systematik des EU-Artenschutzrechtes. Einerseits wird durch die jeweiligen Verbotsnormen ein hohes Schutzniveau gefordert. Gleichzeitig ermöglichen die jeweiligen Ausnahmeregelungen ein Abweichen von den hohen Anforderungen. Diese Ausnahmeregelungen müssen restriktiv ausgelegt werden. Es dürfen jedoch keine Anforderungen gestellt werden, die ein Eingreifen unmöglich machen. Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung ist es, Ausnahmen für spezielle Fälle zuzulassen, soweit sämtliche Anforderungen erfüllt sind. Aus artenschutzrechtlicher Sicht ist es irrelevant, ob Wolf A oder Wolf B geschossen wird. Entscheidend ist, dass durch die Ausnahme – das Vergrämen, bzw. Töten des Wolfes – das durch sie verfolgte Ziel erreicht werden kann.

3.1.16 Entnahme unselbständiger Welpen

Kann nicht ausgeschlossen werden, dass das zu vergrämende oder zu tötende Tier Elterntier unselbständiger Welpen ist, kann die Verordnung keine Ausnahme zulassen.

Würde ein solches Elterntier vergrämt oder getötet, würden die unselbständigen Welpen verenden. Durch das Vergrämen bzw. Töten der Elterntiere würde daher der Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 BNatSchG in Hinblick auf die Welpen erfüllt. Während für die Elterntiere eine Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG vorliegen könnte, ist dies bezüglich der Welpen nicht gegeben. Für die Welpen ist daher eine Ausnahmeerteilung für ihre Tötung nach § 45 Abs. 7 BNatSchG ausgeschlossen. Vor dem Hintergrund des hohen Schutzniveaus erscheint es nicht vertretbar, dass sich die für die Eltern erteilte Ausnahme nach § 45 Abs. 7 BNatSchG auf die Jungtiere erstreckt. Eine solche Annahme würde im klaren Widerspruch zum Wortlaut des § 45 Abs. 7 Nr. 1 BNatSchG stehen, der eine konkret kausale Verknüpfung der Ausnahmemöglichkeit bezüglich eines Tieres mit der Verhinderung des befürchteten Schadens fordert. Es ist daher erforderlich, dass das Töten von Elterntieren auf

den Zeitraum begrenzt werden muss, indem diese ohne unselbständige Welpen sind.

Frage 6: Welche Anforderungen an eine Bestimmtheit der Verordnung ergeben sich, um eine Strafbarkeit wegen der Tötung eines Wolfs nach § 71 a Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG für die Personen auszuschließen, die nach der bzw. einer Verordnung berechtigt werden sollen, Wölfe zu töten? Würde der derzeitige Verordnungsentwurf diesen Anforderungen genügen?

Die Strafbarkeit der Person, die berechtigt werden soll, Wölfe zu töten, hängt nicht unmittelbar mit der Bestimmtheit der Regelung zusammen, sondern mit den Rechtfertigungsgründen des Strafrechts.

Nach § 71 a Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer entgegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ein wildlebendes Tier einer besonders geschützten Art wie den Wolf tötet oder seine Entwicklungsformen zerstört.

Wie bei jeder Straftat muss der Täter des § 71 a Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG in objektiver Hinsicht das Tier getötet oder dessen Entwicklungsform zerstört haben. Diese objektive Komponente würde durch die Tötung des Wolfes zweifellos erfüllt.

In subjektiver Hinsicht muss der Täter aber vorsätzlich gehandelt haben. Der Vorsatz muss sich auf alle Merkmale des objektiven Tatbestandes beziehen. Es ist fraglich, ob diese Voraussetzung erfüllt werden kann. Derjenige, der zur Tötung des Wolfes nach § 4 Abs. 2 der Wolfs-Verordnung berechtigt werden soll, wird regelmäßig auch um dessen besonderen Schutzstatus wissen. Er wird auch erkennen, dass seine Handlung zum Tod des Tieres führen wird. Der Täter handelt allerdings in dem Glauben, dass er nicht „entgegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG“ handelt, denn „entgegen“ dieser Norm kann nur handeln, wer nicht über eine Ausnahmegenehmigung im Sinne des § 45 Abs. 7 BNatSchG verfügt.

Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass derjenige, der den Wolf erschießt, vorsätzlich handelte, würde eine Strafbarkeit entfallen, weil er entweder aufgrund einer rechtmäßigen Verordnung gerechtfertigt wäre oder aufgrund seines Glaubens an eine rechtmäßige Verordnung schuldlos handeln würde. Der Täter würde in letzterem Fall irrtümlich an das Eingreifen einer rechtfertigenden Norm glauben

und wäre auch nicht in der Lage gewesen, seinen Irrtum zu erkennen. In einem solchen Fall lässt § 17 Abs. 1 StGB die Schuld des Täters entfallen (vgl. zum sog. Erlaubnisirrtum auch *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder/ StGB, 29. Aufl., 2014, § 17, Rn. 10).

Derjenige, der nicht erkannt hat, Unrecht zu tun und dies auch nicht erkennen konnte, soll nicht bestraft werden. So verhält es sich hier: Von einer Person, die amtlich von einer Fachbehörde bestellt wird und deren Handeln durch eine Rechtsverordnung geregelt wird, kann nicht verlangt werden, dass sie Nachforschungen anstellt, die eine mögliche Rechtswidrigkeit der rechtfertigenden Regelung aufdeckt.

Im Ergebnis ist eine Strafbarkeit daher mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen.

.....
(Prof. Dr. Remo Klinger)

.....
(Karoline Borwieck)