



An das

AMT DER NÖ LANDESREGIERUNG
Gruppe Raumordnung, Umwelt und Verkehr
Abteilung Naturschutz
Landhausplatz 1
3109 St. Pölten

per E-Mail an: post.ru5@noel.gv.at

Wien, am 26.5.2023

RU5-NSCH-40/021-2022 (Begutachtungsverfahren zur Änderung der NÖ Biber-Verordnung 2019)

Betreff: Stellungnahme zum Entwurf über die Änderung der bestehenden NÖ Biber-Verordnung 2019, LGBl. Nr. 97/2019

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit E-Mail vom 28.4.2023 wurde der anerkannten Umweltorganisation ÖKOBÜRO – Allianz der Umweltbewegung der Entwurf über die Änderung der NÖ Biber-Verordnung 2019 samt Erläuterungen zugestellt und die Möglichkeit zur Stellungnahme bis zum 30.5.2023 (einlangend) eingeräumt. Dem WWF Österreich, ebenfalls eine anerkannte Umweltorganisation, wurde der gegenständliche Entwurf – wie bereits der Begutachtungsentwurf zur Änderung der NÖ Fischotter-Verordnung – **nachweislich nicht zugestellt**. Dazu ist kritisch anzumerken, dass in artenschutzrechtlichen Ausnahmeverfahren die betroffene Öffentlichkeit an der Entscheidungsfindung effektiv zu beteiligen ist (Art 6 Abs 1 lit b und Art 9 Abs 2 Aarhus Konvention). Eine Beteiligung des WWF Österreich an der hier vorgeschlagenen artenschutzrechtlichen Ausnahmeentscheidung (Entwurf zur Änderung der bestehenden NÖ Biber-Verordnung 2019) hat jedoch nicht stattgefunden. Wir würden es begrüßen, wenn künftig darauf geachtet wird, dass eine effektive Beteiligung **sämtlicher** Umweltorganisationen in Umweltschutzsachen in Niederösterreich stattfindet. Rechtskonforme und sachlich fundierte Verfahren sollten sowohl im Interesse der Behörde als auch aller anderen Beteiligten liegen.

Der WWF Österreich und ÖKOBÜRO – Allianz der Umweltbewegung beziehen wie folgt Stellung zum vorliegenden Entwurf und halten die im Anschluss im Detail ausgeführten Kritikpunkte kurz zusammengefasst fest:

- Anerkannte Umweltorganisationen sind an artenschutzrechtlichen Ausnahmeverfahren wie dem vorliegenden effektiv zu beteiligen – das vorliegende Begutachtungsverfahren erfüllt die Vorgaben der Aarhus Konvention (vgl Art 6 Aarhus Konvention) an eine **effektive Beteiligung** nicht. Darüber hinaus gibt es **keinen Rechtsschutz** für anerkannte Umweltorganisationen gegen europarechtswidrige Verordnungen¹ Eine Aushebung des europarechtlich gebotenen Rechtsschutzes über den Weg einer Verordnung ist unzulässig und wurde bereits mehrmals von der Europäischen Kommission im Rahmen des laufenden Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Republik Österreich (2014/4111) moniert. In dem Zusammenhang ist zu unterstreichen, dass Unionsrecht jedenfalls auch die Landesexekutive bindet.
- Nur das im **Bescheiderlassungsverfahren** vorgesehene Ermittlungsverfahren ermöglicht es, eine **Einzelfallprüfung** durchzuführen (vgl § 56 iVm §§ 37 ff AVG), wie sie von Art 16 FFH-RL vorgesehen ist. Aufgrund der in Geltung stehenden NÖ Biber-Verordnung bzw. deren vorgesehener Änderung kann nicht davon ausgegangen werden, dass Eingriffe in die geschützte Art Biber (*Castor fiber*) tatsächlich nur in Ausnahmefällen vorgenommen werden, also nur dann, wenn sämtliche Voraussetzungen iSd FFH-RL (Ausnahmegrund und Geeignetheit des Mittels, keine anderweitige zufriedenstellende Lösung, keine Beeinträchtigung des Erhaltungszustandes) geprüft wurden und erfüllt sind.
- Das Vorliegen der in der bestehenden Verordnung genannten **Ausnahmegründe** wird nicht im Einzelfall belegt. Auch der Begutachtungsentwurf enthält diesbezüglich keine Ausführungen. Bei der Gewährung der Ausnahmen ist es jedoch zwingend, die Ziele, auf die sich eine Ausnahme gründet, in der Entscheidung „klar, genau und fundiert“² festzulegen.
- Aufgrund der potenziell erheblichen Beeinträchtigungen von Europaschutzgebieten wäre auch für den vorliegenden Verordnungsentwurf eine **Naturverträglichkeitsprüfung**, jedenfalls aber ein Feststellungsverfahren gemäß § 10 Abs 2 NÖ NSchG³ erforderlich gewesen.
- Die in § 6 Abs 2 des vorliegenden Begutachtungsentwurfs ermöglichten Entnahmen oder Eingriffe in den Lebensraum bis Ende Juni 2026 sind kein **probates Mittel** zur Erreichung des in § 1 der bestehenden NÖ Biber-Verordnung genannten Zieles.
- Eine **Alternativenprüfung** wurde auch diesmal nicht ausreichend durchgeführt.
- Der Biologie von Bibern wurde bei der **Festlegung der zulässigen Dammentfernungszeiten** erneut nicht Rechnung getragen.
- **Das Verbot nicht-selektiver Fangmethoden** wurde auch im gegenständlichen Entwurf nicht beachtet. Das **kurzzeitige Anleuchten** der geschützten Säugetiere **widerspricht dem NÖ NSchG und der FFH-RL**.
- Der im TSchG festgelegte **Tierärzt:innenvorbehalt** in Bezug auf das wissentliche Töten von Wirbeltieren, wie dem Biber (*Castor fiber*), wurde **erneut nicht berücksichtigt**.

¹ Siehe dazu auch die einschlägige Rsp des VfGH in den Causen „Forchtenstein“ und „WWRPI Tiroler Oberland“.

² EuGH 10.10.2019, C-674/17 (*Tapiola*), ECLI:EU:C:2019:851, Rn 41.

³ NÖ Naturschutzgesetz 2000, LGBl. 5500-0 idgF (in der Folge „NÖ NSchG“).

- Die Vorgaben zum **Monitoring** sind auch nach dem bestehenden Verordnungsentwurf nicht ausreichend.

Der aktuelle Begutachtungsentwurf zur Änderung der NÖ Biber-Verordnung, LGBl. Nr. 97/2019 (in der Folge „Verordnung“) wird – genauso wie die Verordnung selbst – als **nicht zielführend** erachtet. Mehrere Punkte der bestehenden und mit dem vorliegenden Entwurf nochmals verlängerten Verordnung widersprechen den völker- und europarechtlichen Vorgaben und sind darüber hinaus naturschutzfachlich falsch. Die ausgeführten Kritikpunkte am Begutachtungsentwurf bzw. der geltenden Verordnung beziehen sich insbesondere auf die nachstehenden Aspekte:

1. Fehlende Rechte der Öffentlichkeit stehen im Widerspruch zur Aarhus-Konvention

ÖKOBÜRO und WWF Österreich begrüßen es zwar grundsätzlich, dass die NÖ Landesregierung ihrer europarechtlichen Verpflichtung insofern nachkommt, als sie zumindest im Rahmen des gegenständlichen Begutachtungsverfahrens eine Öffentlichkeitsbeteiligung aufgrund der potentiellen erheblichen Umweltauswirkung der Verordnung bzw. ihrer Änderung einräumt. Im aktuellen Begutachtungsentwurf sind allerdings immer noch **keine Beteiligungs- bzw. Überprüfungsmöglichkeiten für die Öffentlichkeit**, insbesondere anerkannte Umweltorganisationen, **vorgesehen**. Das ist ein **klarer Verstoß** gegen jene Verpflichtungen, die sich aus der **Aarhus Konvention** ergeben. Darüber hinaus wurde der anerkannten Umweltorganisation WWF Österreich, der gegenständliche Entwurf, wie eingangs erwähnt, nicht einmal zugestellt.

Mit dem gegenständlichen Verordnungsentwurf sollen bis 30. Juni 2026, also verlängert um weitere drei (!) Jahre, der **durchschnittliche jährliche Zuwachs des landesweiten Biberbestandes pro Kalenderjahr im Geltungsbereich der Verordnung** entnommen werden dürfen. Es handelt sich daher um eine Entscheidung, die erhebliche Umweltauswirkungen haben kann, die von Art 6 Abs 1 lit b Aarhus Konvention erfasst sind. Diese Bestimmung verlangt im Zuge der Entscheidungsfindung eine **umfassende sowie effektive Öffentlichkeitsbeteiligung** (Art 6 Abs 2 ff Aarhus Konvention). – Nur nebenbei ist an dieser Stelle zu erwähnen, dass die Erläuterungen zum vorgesehenen zeitlichen Geltungsbereich an mehreren Stellen fälschlicherweise vom 30. Juni 2027 sprechen, sodass sich Erläuterungen und Verordnungstext in diesem bedeutenden Punkt widersprechen (Erläuterungen, S 8 u 10).

Gegen die einzelnen Entnahme-Entscheidungen muss außerdem gemäß Art 9 Abs 2 Aarhus Konvention **Rechtsschutz** gewährt werden. Im Rahmen des Rechtsschutzverfahren muss die **materiell- und verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit der getroffenen Entscheidung vollumfänglich überprüft werden können**. Der Rechtsschutz muss zudem effektiv und soweit angemessen auch vorläufig, sprich: aufschiebend sein (Art 9 Abs 4 Aarhus Konvention). Schon die bestehende Verordnung lässt keine effektive Beteiligungsoptionen, die Art 6 Aarhus Konvention gerecht wird, zu. Dieses Defizit wurde auch durch den Begutachtungsentwurf nicht behoben. Weiters gibt es keinen Rechtsschutz für anerkannte Umweltorganisationen gegen europarechtswidrige Verordnungen.⁴ Eine Aushebelung des europarechtlich gebotenen Rechtsschutzes über den Weg einer Verordnung ist unzulässig.

⁴ Siehe dazu auch die einschlägige Rsp des VfGH in den Causen „Forchtenstein“ und „WWRPI Tiroler Oberland“.

Eine effektive Öffentlichkeitsbeteiligung wie es Art 6 Aarhus Konvention vorschreibt, kann das vorliegende Begutachtungsverfahren nicht gewährleisten. Die Ausgestaltung von Begutachtungsverfahren im Rahmen von Verordnungserlassungen sind nicht gesetzlich geregelt, und die Durchführung der Öffentlichkeitsbeteiligung der Disposition der Behörden überlassen. Es gibt keine – im Rahmen des Begutachtungsverfahrens – bestehende Möglichkeit für anerkannte Umweltorganisationen zeitnah Zugriff auf Beurteilungsgrundlagen zu erlangen und insofern kein Recht auf Akteneinsicht. Es besteht außerdem keine Verpflichtung der Behörden die Ergebnisse der Beteiligung in der Finalisierung der Verordnung zu berücksichtigen.

Das ist umso stärker zu kritisieren als die Europäische Kommission Österreich (Bund und Länder) in einem aktuellen Vertragsverletzungsverfahren aufgefordert hat, alle Anforderungen des Übereinkommens über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten korrekt ins nationale Recht umzusetzen. Das betrifft insbesondere den Rechtsschutz gegen Verordnungen. Umgehungs-konstruktionen wie die Verwaltungspraxis im Artenschutzrecht wurden von der Europäischen Kommission explizit gerügt (VVV Nr. 2014/4111). Nicht nachvollziehbar ist auch, dass neuerlich eine Verordnung zum Biber erlassen werden soll, obwohl die erste Biber-Verordnung bereits Teil des laufenden Vertragsverletzungsverfahrens ist!

2. Fehlende Prüfung der Natura 2000-Relevanz

Art 3 Abs 1 FFH-RL sieht vor, dass zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume und Habitats der Arten ein kohärentes europäisches ökologisches Netz besonderer Schutzgebiete mit der Bezeichnung „Natura 2000“ errichtet werden soll. Zu dem Zweck haben die Mitgliedsstaaten besondere Schutzgebiete (sog Europaschutzgebiete) auszuweisen und für diese geeignete Erhaltungsmaßnahmen festzulegen. Gemäß Art 6 Abs 3 FFH-RL sind Pläne oder Projekte, die ein solches Gebiet einzeln oder in Zusammenwirkung mit anderen Plänen und Projekten erheblich beeinträchtigen könnten, einer Verträglichkeitsprüfung mit den für dieses Gebiet festgelegten Erhaltungszielen (**Naturverträglichkeitsprüfung**) zu unterziehen.

§ 1 Abs 2 der bestehenden NÖ Biber-Verordnung legt fest, dass die Verordnung nicht in Naturschutzgebieten (Z 1), den Nationalparks Donau-Auen und Thayatal (Z 2) sowie Europaschutzgebieten, in denen der Biber als Schutzgegenstand genannt ist (Z 3), gelten soll. Der in § 1 Abs 1 der Verordnung festgelegte räumliche Geltungsbereich der Verordnung bzw. die ausgenommenen Bereiche von diesem gemäß § 1 Abs 2 der NÖ Biber-Verordnung werden durch den vorliegenden Entwurf nicht geändert. Hierbei wird weiterhin übersehen, dass die **Entnahmen aufgrund der örtlichen Nähe zu ausgewiesenen Europaschutzgebieten** jedenfalls dazu geeignet sind, auch die Biberpopulation in Europaschutzgebieten erheblich zu beeinträchtigen. Dies ergibt sich aus der Lebensweise des Bibers, der entlang von Flussläufen / Gewässern lebt, die teilweise oder zur Gänze in Europaschutzgebiete liegen können. Maßnahmen, um eine Beeinträchtigung der Europaschutzgebiete zu verhindern, sind auch im gegenständlichen Begutachtungsentwurf nicht vorgesehen.

Weiters wird dem Umstand nicht Rechnung getragen, dass mittlerweile von einem **größtenteils flächendeckenden Vorkommen in ganz Niederösterreich** auszugehen ist, somit ein Vorkommen von Bibern auch in weiteren FFH-Gebieten anzunehmen ist, in denen die Art noch nicht als Schutzgut gelistet ist.⁵ Sohin ist schon der Geltungsbereich der bestehenden Verordnung nicht an die aktuelle Verbreitungssituation angepasst, was auch durch den gegenständlichen Entwurf nicht berücksichtigt wurde.

Eine Überprüfung der bestgeeigneten Gebiete und repräsentativen Vorkommen des Bibers und damit verbunden eine **Nachnennung des Bibers als Schutzgut in den Standarddatenbögen und der ESG-VO bzw. sogar eine Neuweisung von Europaschutzgebieten** müsste aufgrund der Ergebnisse der letzten Bestandsschätzungen wohl vorab durchgeführt werden. Dies betrifft z.B. die Europaschutzgebiete Strudengau-Nibelungengau (§ 34 Abs 2 ESG-VO) oder Niederösterreichische Alpenvorlandflüsse (§ 36 Abs 2 ESG-VO). Erst im September 2022 hat die Europäische Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Österreich aufgrund der zu wenig ausgewiesenen bzw. rechtsverbindlich verordneten Schutzgebieten sowie erheblichen Defiziten bei den in bestehenden Schutzgebieten ausgewiesenen Schutzgütern, eingeleitet.

Zusammenfassend ist daher auszuführen, dass aufgrund dieser Eingriffsmöglichkeiten nicht auszuschließen ist, dass die vorgesehenen Eingriffsmöglichkeiten Europaschutzgebiete in Niederösterreich erheblich beeinträchtigen können. Denn selbst wenn Eingriffe in Europaschutzgebieten nicht zulässig wären, können Entnahmen **in der Nähe** zu ausgewiesenen Europaschutzgebieten jedenfalls dazu geeignet sein, die Biberpopulationen in Europaschutzgebieten erheblich zu beeinträchtigen.⁶ Aufgrund dieser potenziellen erheblichen Beeinträchtigungen von Europaschutzgebieten **wäre auch für den vorliegenden Verordnungsentwurf eine Naturverträglichkeitsprüfung**, jedenfalls aber ein **Feststellungsverfahren gemäß § 10 Abs 2 NÖ NSchG unter Beteiligung der Öffentlichkeit⁷ und Rechtsschutz gegen die Entscheidung erforderlich** gewesen. Das ist aber nicht erfolgt.

3. Fehlende Einzelfallprüfung widerspricht FFH-RL

Ausnahmen nach Art 16 FFH-RL dürfen grundsätzlich **nur punktuell als Reaktion auf eine konkrete Situation** erfolgen.⁸ Gemäß § 6 Abs 2 des Begutachtungsentwurfs iVm § 2 Abs 4 der bestehenden Verordnung darf bezogen auf das Bundesland Niederösterreich höchstens der durchschnittliche jährliche Zuwachs des landesweiten Biberbestandes pro Kalenderjahr verlängert bis Ende Juni 2026 entnommen werden. Dieser ergibt sich (weiterhin) aus den Berechnungen des Populationszuwachses in den Jahren 2014 bis 2018 zuzüglich der in diesem Zeitraum erfolgten Entnahmen.

⁵ Die Angaben in den Standarddatenbögen und der Verordnung über die Europaschutzgebiete, LGBl. 5500/6 idgF (in der Folge „ESG-VO“) entsprechen **nicht dem aktuellen Stand** der Biberbestände in Niederösterreich.

⁶ Ein Biber-Revier erstreckt sich üblicherweise entlang von Gewässern auf mehreren km und wird im Jahresverlauf unterschiedlich intensiv genutzt. Somit wären auch Biber, deren Revier entlang eines Gewässers liegt, das teilweise in einem Schutzgebiet liegt aufgrund ihrer Lebensraumnutzung allenfalls einer Entnahme zugänglich.

⁷ So hatte auch das LVwG NÖ in Bezug auf die geschützte Art Fischotter (*Lutra lutra*) eine **Parteistellung der anerkannten Umweltorganisationen** WWF Österreich und ÖKOBÜRO – Allianz der Umweltbewegung u.a. deshalb angenommen, weil aufgrund dieser **Ausstrahlungswirkung Auswirkungen auf Europaschutzgebiete** nicht von vornherein ausgeschlossen werden können: „Gerade aber die Beziehung von Sachverständigen wie auch die im Konsens festgelegten Beschränkungen (Höchstentnahmezahl) indizieren, dass durch das Vorhaben eine **Auswirkung auf diese Europaschutzgebiete** - wie etwa **durch die Lebensraumnutzung des Fischotters mit ausgedehnten Streifgebieten entlang von Flussläufen**, wodurch sie das Europaschutzgebiet verlassen könnten und dann einer Entnahme zugänglich wären - vorab **nicht auszuschließen** war.“ (LVwG NÖ 25.6.2018, LVwG-AV-564/007-2018; Hervorhebungen nicht im Original).

⁸ EuGH 10.10.2019, C-674/17 (*Tapiola*), ECLI:EU:C:2019:851, Rn 41.

Aufgrund des räumlichen (§ 1 Abs 1 und 2 der Verordnung) und nunmehr sogar zeitlich verlängerten Anwendungsbereich der vorliegenden artenschutzrechtlichen Ausnahme ist aus Sicht der Stellungnehmenden die Vorgabe einer „*punktuellen Reaktion auf eine konkrete Situation*“ nicht erfüllt. Für die Entnahmen fehlt eine **gemäß der FFH-RL erforderliche Einzelfallprüfung**.

Durch den Erlass einer Verordnung wird diese Einzelfallgerechtigkeit nicht gewährleistet, vielmehr werden die Ausnahmen vom Schutz zur Regel gemacht. Es entspricht nicht dem Rechtsformtypen einer Verordnung konkrete für den Einzelfall geltende Umstände zu regeln, weshalb eine **Verordnung keine korrekte Rechtsform** für die Entnahmen nach den Vorgaben des Unionsrechts darstellt. Abweichungen vom strengen Schutzsystem des Art 12 FFH-RL sind nach Art 16 FFH-RL jedenfalls nur in Ausnahmefällen zulässig.

Die Ausnahmeregelungen müssen einerseits im Hinblick auf das Gesamtziel der FFH-RL gerechtfertigt sein, und andererseits die drei Kriterien des Art 16 FFH-RL erfüllen.

Diese sind:

1. Nachweis des Vorliegens eines oder mehrerer der in Art 16 Abs 1 lit a bis d FFH-RL genannten Gründe, um **unter strenger Kontrolle, selektiv und in beschränktem Ausmaß** die Entnahme oder Haltung einer begrenzten und von den zuständigen einzelstaatlichen Behörden spezifizierten Anzahl von Exemplaren bestimmter Tier- und Pflanzenarten des Anhang IV zu erlauben,
2. Fehlen einer anderweitigen zufriedenstellenden Lösung (*ultima ratio*),
3. Zusicherung, dass die Populationen trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen.⁹

Ausgehend vom Regel-Ausnahme-Prinzip muss der **strenge Schutz die Regel darstellen** und ein Abweichen von diesem strengen Schutz darf nur für den Ausnahmefall beurteilt und in einem solchen bewilligt werden.¹⁰

Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass alle in Art 16 FFH-RL genannten Bedingungen streng und gründlich geprüft werden, im Einzelfall zutreffen und dass eben nicht nur einige Bestimmungen selektiv angewendet werden. Dazu ist auszuführen, dass eine Verordnung das Gesetz nur präzisiert und dem Bestimmtheitsgebot von Art 18 B-VG entsprechen muss (s.u. ausführlich Punkt 4). Einzelfallentscheidungen sind daher mittels Bescheides zu treffen. **Nur das im Bescheiderlassungsverfahren vorgesehene Ermittlungsverfahren ermöglicht es, eine Einzelfallprüfung durchzuführen** (vgl § 56 iVm §§37ff AVG).

§ 1 Abs 3 der geltenden NÖ Biber-Verordnung nennt zwar bestimmte Ziele, es findet sich jedoch an **keiner Stelle die verbindliche Feststellung einer Einzelfallentscheidung** durch die Behörde. Diese müsste jedenfalls beinhalten, dass eine konkret im Einzelfall in Aussicht genommene Maßnahme zur Erreichung zumindest eines der in Abs 3 angegebenen Ziele notwendig, adäquat und angemessen ist. Zudem sollte auch eine Begründung angegeben werden, dass die erforderlichen Voraussetzungen iSd Art 16 Abs 3 lit d FFH-RL erfüllt sind. Insofern ist eben genau diese **Verhältnismäßigkeitsprüfung** (Vorliegen eines Abweichungsgrundes, keine anderweitige zufriedenstellende Lösung, keine Beeinträchtigung des Erhaltungszustandes) nach Art 16 FFH-RL bei der Rechtsform Verordnung nicht möglich,

⁹ Europäische Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie (2021), 57.

¹⁰ Vgl Köhler, Naturschutzrecht² (2016) 66; Reichel, RdU-UT 2012/3, 8.

welche aber verpflichtend durchzuführen wäre. Dieser rechtliche und inhaltliche Mangel kann auch durch den gegenständlichen Begutachtungsentwurf nicht saniert werden.

Stattdessen **delegiert die NÖ LReg** durch § 2 Abs 5 der Verordnung unionsrechtswidrig die Beurteilung über das Vorliegen der in der Verordnung genannten Voraussetzungen und in weiterer Folge die „Zulässigkeit“ von Maßnahmen bzw. der letalen Entnahme der geschützten Tierart Biber an **andere Personen**, was auch durch den Begutachtungsentwurf nicht korrigiert wird: So wird die Einschätzung über das Vorliegen eines Abweichungsgrundes nach Art 16 FFH-RL über § 2 Abs 5 der Verordnung (weiterhin) auf eine:n Organwalter:in („*ein sachkundiges Organ des Landes oder der Städte mit eigenem Statut*“) der Behörde abgewälzt, der:die das Vorliegen der Voraussetzungen¹¹ formlos, sprich: ohne Rechtsakt, zu beurteilen hat. Hier ist außerdem kritisch anzumerken, dass schon der Begriff „*sachkundig*“ weit auslegbar ist und nicht weiter spezifiziert wird, sodass erhebliche Unsicherheiten bestehen und die Auswahl dem Ermessen der Behörde überlassen wird.

In dem Zusammenhang ist zu unterstreichen, dass diese Organe eigentlich keine verbindliche Entscheidung darüber treffen dürften, „ob“ ein Eingriff iSd Art 16 FFH-RL erfolgt. Vielmehr wäre die **Behörde** für die **Klärung der „Rechtsfrage“** bzw. die Anwendung des Rechts und letztlich für diese Entscheidung zuständig (z.B. Beweiswürdigung, rechtliche Beurteilung durch Subsumption). Eine verbindliche (und gemäß der Aarhus Konvention bekämpfbare) Entscheidung wäre bei einer artenschutzrechtlichen Ausnahmegenehmigung jedenfalls zwingend erforderlich (s.o. Punkt 1).¹² Es widerspricht jedenfalls den Vorgaben von Art 16 FFH-RL, wenn die Behörde ihre Pflicht zur Evaluierung ob ein Ausnahmegrund nach Art 16 FFH-RL vorliegt per Verordnung an eine:n Organwalter:in abwälzt, dessen:deren Beurteilung – nach dem Wortlaut des § 2 Abs 5 der Verordnung „*Beurteilung*“ – für die Eingreifenden zudem nicht einmal rechtsverbindlich ist. **Die Voraussetzungen an eine gemäß der FFH-RL erforderliche Einzelfallprüfung sind damit sicher nicht erfüllt.**

Der:die Organwalter:in beurteilt darüber hinaus auch die etwaige Erfolglosigkeit von Präventionsmaßnahmen. Die Frage nach Präventionsmaßnahmen bzw. deren Erfolglosigkeit ist in der artenschutzrechtlichen Ausnahmeprüfung die Frage nach den anderen zufriedenstellenden Lösungen (siehe dazu Punkt 6). Auch diese Frage wäre eigentlich von der NÖ LReg als zuständige Behörde im Rahmen der artenschutzrechtlichen Ausnahmeprüfung zu beurteilen und nicht per Verordnung an andere zu überantworten.

In den Erläuterungen führt die Behörde weiters pauschaliert aus, dass „*die Verordnung [...] keine Auswirkungen auf das Klima bzw. den Klimaschutz*“ hat; die tatsächlich gravierenden Auswirkungen auf die Umwelt wurden von der Behörde erneut nicht berücksichtigt (Erläuterungen, S 7).

Man kann aufgrund der vorliegenden Verordnung also nicht davon ausgehen, dass Eingriffe in die besonders geschützte Art Biber (*Castor fiber*) tatsächlich nur in Ausnahmefällen vorgenommen werden. Das gilt insbesondere auch deshalb, weil die konkrete Ausgestaltung der Verordnung unklar hinsichtlich der maximal zulässigen Anzahl von Biberentnahmen bleibt. Gemäß § 2 Abs 4 der Verordnung darf jedenfalls pro Jahr der „*durchschnittliche jährliche Zuwachs des landesweiten Biberbestandes*“ entnommen werden.

¹¹ Anmerkung: § 2 Abs 1 bis 3 der Verordnung präzisiert nur die in § 1 Abs 3 der NÖ Biber-VO genannten Ziele.

¹² Vgl. EuGH 11.11.1999, C-315/98 u.a. Nach ständiger Rsp des EuGH können bloße Verwaltungspraktiken, die die Verwaltung ihrem Wesen nach beliebig ändern kann und die nur unzureichend bekanntgemacht sind, nicht als eine wirksame Erfüllung der Verpflichtungen aus dem EG-Vertrag angesehen werden.

„Dieser ergibt sich aus dem Populationszuwachs in den Jahren 2014 bis 2018 zuzüglich der in diesem Zeitraum erfolgten Entnahmen.“ Der tatsächliche Zuwachs ist aufgrund mangelhaftem Bestands-Monitorings aktuell aber überhaupt nicht bekannt (siehe ausführlich dazu Punkt 7). Mit der im gegenständlichen Entwurf vorgesehenen zeitlichen Verlängerung der Geltungsdauer ist auch weiterhin kein Monitoring des Erhaltungszustandes gewährleistet. Dabei stellt es aber eine Grundvoraussetzung für die Bewilligung von Ausnahmen dar, dass der Erhaltungszustand nicht beeinträchtigt wird.

Dem Art 16 FFH-RL, der vorschreibt unter welchen Umständen **unter strenger Kontrolle, selektiv und in beschränktem Ausmaß die Entnahme** oder Haltung **einer begrenzten und von den zuständigen einzelstaatlichen Behörden spezifizierten Anzahl von Exemplaren** der in Anh IV aufgeführten Arten aus welchem Grund erlaubt werden darf, ist mit der vorliegenden Verordnung also nicht Genüge getan.

Aus den oben genannten Gründen ist auch fraglich inwieweit die Ermächtigungsnorm des § 20 Abs 6 NÖ NSchG, LGBl. 5500 idF LGBl. Nr. 39/2021, welche artenschutzrechtliche Ausnahmen per Verordnung erlaubt, mit der FFH-RL vereinbar ist.

4. Vorgeschlagene Verordnung ist kein probates Mittel zur Zielerreichung

Ziel der Verordnung ist gemäß § 1 Abs 3 (weiterhin)

- *die Abwendung von Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit, insbesondere im Zusammenhang mit Hochwasserschutzanlagen, sonstigen Dammbauwerken und wichtiger kommunaler Infrastruktur,*
- *die Verhütung sonstiger erheblicher Nachteile in Bezug auf öffentliche Interessen,*
- *die Abwendung erheblicher wirtschaftlicher Schäden und*
- *der Schutz anderer wildlebender Tiere und Pflanzen sowie natürlicher Lebensraumtypen, insbesondere zur Erhaltung oder Vernetzung deren natürlicher Lebensräume im Zusammenhang mit wasserbaulichen Einrichtungen.*

Vorauszuschicken ist an der Stelle, dass der EuGH **strenge Vorgaben an die artenschutzrechtliche Ausnahmeprüfung** stellt (s.o. Punkt 3). Bei der Gewährung der Ausnahmen ist es notwendig, die Ziele, auf die sich die Ausnahme gründet, in der Entscheidung „klar, genau und fundiert“¹³ festzulegen. Grundlage für die Anwendung von Art 16 FFH-RL müssen **fundierte wissenschaftliche Erkenntnisse** sein.¹⁴ Eine auf Art 16 Abs 1 FFH-RL gestützte Ausnahme kann nur eine **konkrete und punktuelle Anwendung sein, mit der konkreten Erfordernissen und besonderen Situationen begegnet** wird.¹⁵

Die Erläuterungen zum Begutachtungsentwurf lassen demgegenüber erneut keinen Schluss auf die Gefahr erheblicher Schäden zu. Weder liegen klar bezifferte Schadensangaben noch eine (Foto-) Dokumentation zu den angeblich verursachten Schäden vor, was keiner klaren, genauen und fundierten Darlegung wie vom EuGH gefordert, entspricht und hinsichtlich der Erheblichkeit und möglicher gelinderer Mittel keine Aussage zulässt.

¹³ EuGH 10.10.2019, C-674/17 (*Tapiola*), ECLI:EU:C:2019:851, Rn 41.

¹⁴ EuGH 10.10.2019, C-674/17 (*Tapiola*), ECLI:EU:C:2019:851, Rn 42.

¹⁵ EuGH C-60/05, ECLI:EU:C:2006:378, Rn 34; EuGH C-164/09, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:C:2010:672.

Ebenso lassen die Erläuterungen auch diesmal keine Datengrundlagen und entsprechende Auseinandersetzung erkennen, welche Verluste in direkten Zusammenhang mit dem Biber bringt. Dadurch ist unklar, weshalb die gegenständliche Verordnung überhaupt einer Verlängerung der Geltungsdauer bis Ende Juni 2026 bedarf.

Gemäß Art 18 Abs 1 B-VG muss eine Durchführungsverordnung zudem aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung erlassen werden – in dem Fall aufgrund § 20 Abs 6 NÖ NSchG. Gesetze, die eine Verordnungsermächtigung beinhalten, müssen **hinreichend konkret** sein – der wesentliche Inhalt einer Verordnung muss sich aus dem Gesetz erschließen. Auf Grundlage von Art 18 Abs 2 B-VG dürfen nur bestehende gesetzliche Regelungen „*konkretisiert*“ werden. Die Bestimmungen einer solchen Durchführungsverordnung dürfen die gesetzlichen Regelungen weder „*überschreiten*“, noch „*unterschreiten*“ (z.B. durch Eliminierung von Rechten der Rechtsunterworfenen).¹⁶

Im gegenständlichen Fall sind die Ziele nach der NÖ Biber-Verordnung aber nicht deckungsgleich mit der entsprechenden gesetzlichen Grundlage im NÖ NSchG: In der nachstehenden Tabelle werden die Gründe aufgrund derer Ausnahmeregelungen zugelassen werden dürfen, gemäß § 20 Abs 6 NÖ NSchG den Gründen / Zielen nach der NÖ Biber-Verordnung gegenübergestellt, um das zu verdeutlichen.

Ziele gemäß § 20 Abs 6 NÖ NSchG	Ziele gemäß § 1 Abs 3 NÖ Biber VO
<p>Diesem zufolge <i>kann die NÖ LReg mit Verordnung Ausnahmen von den Verboten nach § 18 Abs 4 NÖ NSchG für einzelne Tier- und Pflanzenarten zulassen, sofern es keine andere 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, wenn einer der folgenden Gründe vorliegt:</i></p>	
<p>1. <i>im Interesse der Volksgesundheit und der öffentlichen Sicherheit, insbesondere bei Gefahr für Leib und Leben, oder aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art oder positiver Folgen für die Umwelt;</i></p>	<p>1. <i>die Abwendung von Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit, insbesondere im Zusammenhang mit Hochwasserschutzanlagen, sonstigen Dammbauwerken und wichtiger kommunaler Infrastruktur,</i></p>
<p>2. <i>zum Schutz der wildlebenden Tiere und Pflanzen und zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume;</i></p>	<p>2. <i>die Verhütung sonstiger erheblicher Nachteile in Bezug auf öffentliche Interessen,</i></p>

¹⁶ Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht (2009), Rz 35 ff.

<p>3. zur Verhütung ernster Schäden insbesondere an Kulturen und in der Tierhaltung sowie an Wäldern, Fischgründen und Gewässern sowie an sonstigen Formen von Eigentum;</p>	<p>3. die Abwendung erheblicher wirtschaftlicher Schäden und</p>
<p>4. zu Zwecken der Forschung und des Unterrichts, der Bestandsauffüllung und Wiederansiedlung und der für diese Zwecke erforderlichen Aufzucht einschließlich der künstlichen Vermehrung von Pflanzen;</p>	<p>4. der Schutz anderer wildlebender Tiere und Pflanzen sowie natürlicher Lebensraumtypen, insbesondere zur Erhaltung oder Vernetzung deren natürlicher Lebensräume im Zusammenhang mit wasserbaulichen Einrichtungen.</p>
<p>5. um unter strenger Kontrolle, selektiv und in beschränktem Ausmaß die Entnahme oder Haltung einer begrenzten, spezifizierten Anzahl von Exemplaren bestimmter Tier- und Pflanzenarten zu erlauben.</p>	

Bei genauer Betrachtung dieser Gegenüberstellung fällt auf, dass nach § 20 Abs 6 Z 1 NÖ NSchG Ausnahmeregelungen „aus anderen zwingenden Gründen“, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art oder positiver Folgen für die Umwelt, nur im **überwiegenden öffentlichen Interesse** getroffen werden dürfen.

Dabei werden unter öffentlichem Interesse, **Vorhaben der Daseinsvorsorge im weitesten Sinn** verstanden, denen nach einer Interessenabwägung gegenüber den Interessen des Natur- (Artenschutzes) der Vorrang zukommen kann.¹⁷ Der EuGH hat in anderen Belangen des Gemeinschaftsrechts als Bereiche, die zu solchen zwingenden Erfordernissen gehören, etwa auch die **öffentliche Gesundheitsvorsorge und den Umweltschutz sowie die Verfolgung legitimer Ziele der Wirtschafts- und Sozialpolitik** anerkannt.¹⁸

Auffallend ist, dass die Formulierung in § 1 Abs 3 Z 2 der geltenden Verordnung betreffend „sonstiger erheblicher Nachteile in Bezug auf öffentliche Interessen“ sehr weit gefasst ist. Mangels Definitionen werden Fehlinterpretationen erlaubt, wodurch es zur **Überschreitung der gesetzlichen Regelungen** kommen kann. In Abs 3 Z 3 der Verordnung **fehlt das öffentliche Interesse** überhaupt. Zudem wurde in Abs 3 Z 4 der NÖ Biber-Verordnung im Gegensatz zu § 20 Abs 6 Z 2 NÖ NSchG dieser Grund durch „Vernetzung deren natürlicher Lebensräume im Zusammenhang mit wasserbaulichen Einrichtungen“ erweitert. Die Formulierungen werden durch den Entwurf unverändert übernommen.

Weiters bestehen erhebliche **Unklarheiten bezüglich der Eingriffsgrenzen**. § 2 Abs 1 Z 1 und Z 2 der NÖ Biber-Verordnung bzw. des Begutachtungsentwurfs legen die Orte fest, an denen die Entfernung von Biberdämmen zulässig ist. Es ist unklar, wie der Begriff „erheblich“ in § 2 Abs 1 Z 1 der Verordnung auszulegen ist und wer diese Erheblichkeit beurteilt.¹⁹ Es fehlen in § 2 der Verordnung bzw. des Begutachtungsentwurfs Angaben zur Abgrenzung, sprich: ab welcher Distanz keine Eingriffe mehr erlaubt sind.

¹⁷ Kraemmer/Onz, Handbuch österreichisches Naturschutzrecht (2018), Rz 639.

¹⁸ EC Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the 'Habitats' Directive 92/43/EEC zu Art 16 FFH-RL, Rz 21.

¹⁹ Wie bereits unter Punkt 3 ausgeführt, wäre die Beurteilung der „Erheblichkeit“ alleine durch ein sachverständiges Organ ein rechtswidriger Regelbruch im Rahmen der artenschutzrechtlichen Ausnahmeprüfung.

Des Weiteren wird durch die Begrifflichkeiten „mit solchen vergleichbaren Anlagen“ nach § 2 Abs 1 Z 1 lit b der Verordnung oder „im öffentlichen Interesse gelegenen wasserbautechnischen Anlagen oder Gewässersystemen“ nach Abs 1 Z 2 lit c der NÖ Biber-Verordnung ein großer Ermessensspielraum eröffnet, der durch den gegenständlichen Verordnungsentwurf nicht geschlossen wurde. Auch die Begriffe „sonstigen Dammbauwerke“ nach § 2 Abs 1 Z 2 lit a der geltenden Verordnung lassen einen erheblichen Ermessensspielraum offen – es ist unklar, ob es sich um technische Bauwerke handelt, die mit technischen Mitteln gegen alle Arten von grabenden Tierarten längerfristig und dauerhaft geschützt werden müssen. Durch diese fehlende Eingrenzung der Örtlichkeiten wird Raum für eigene Interpretationsspielräume geboten und somit entsteht die Möglichkeit, dass es zur **Erweiterung der Eingriffsmöglichkeiten** kommt.

Das gilt etwa auch hinsichtlich § 2 Abs 2 Z 1 lit b des Begutachtungsentwurfs. Auch hier fehlt eine genaue Ausführung, was unter einer erheblichen Erhöhung der Gefahr einer wesentlichen funktionalen Beeinträchtigung zu verstehen ist. Die in den Erläuterungen genannte Begründung stützt sich auf die Mehrkosten bzw. den erhöhten Energieaufwand der Betreiber:innen, im Winter beeinträchtigte Wasser-Wasser-Wärmepumpen nach Ausfall wieder in Betrieb zu nehmen.

Jedoch findet sich in der vorgesehenen Ergänzung der Verordnung diesbezüglich **keine saisonale Eingrenzung** der Möglichkeit zur Dammentfernungen, vielmehr sind aufgrund dieses Paragraphs **ganzjährige Biberdammentfernungen** möglich. – Wie bereits oben ausgeführt, kann eine Ausnahme vom strengen Schutzsystem nur dann erfolgen, wenn ein „*ernster Schaden*“ vorliegt, „*d.h. Schäden, die über einen gewissen Umfang hinausgehen*“. Ein erhöhter Energieaufwand, weiterhin funktionsfähige Pumpen wieder in Betrieb zu nehmen, steht hier nicht im Verhältnis zur bewilligten Ausnahme.

Als zusätzliche Ausnahmetatbestände, die zum Eingriff in den Biberlebensraum berechtigen, sollen in die Verordnung **Maßnahmen in Zusammenhang mit vom Biber verursachten funktionsbeeinträchtigenden Störungen** an „wasserrechtlich rechtmäßig betriebenen Anlagen“ zur Entwässerung bebauter Grundstücke (bisher nur „wasserrechtlich bewilligte Entwässerungsanlagen“) und an rechtmäßig betriebenen Wasser-Wasser-Wärmepumpen aufgenommen werden (vgl § 2 Abs 1 Z 1 lit a sowie § 2 Abs 2 des Begutachtungsentwurfs). Dazu ist anzumerken, dass die Entwässerung von periodisch wechselfeuchten Standorten mit im Regelfall jährlich durchgehend mehr als einem Monat offener Wasserfläche von mehr als 100 m² außerhalb eines Ortsgebietes grundsätzlich gemäß § 7 Abs 1 Z 7 NÖ NSchG naturschutzrechtlich bewilligt werden muss. Durch die vorgesehene Ergänzung der NÖ Biber-Verordnung dürfen im Fall einer (nicht näher definierten) „*erheblichen*“ Beeinträchtigung nicht bewilligter Entwässerungsanlagen von bebauten Grundstücken Biberdämme entfernt werden. Das bietet einen großen Interpretationsspielraum und öffnet den Raum für unkontrollierte Dammentfernungen.

Weiters dürfen Eingriffe erst erfolgen, wenn **mögliche, zielführende und fachgerechte Präventionsmaßnahmen erfolglos** geblieben sind (§ 1 Abs 4 der Verordnung). Zur Durchführung der Präventionsmaßnahmen berechtigt sind die Eingriffsberechtigten selbst. Das sind je nach der zu schützenden Anlage Anlagenbetreiber:innen, Wasserbauer:innen, die betroffene Gemeinde oder Bewirtschafter:innen und Grundeigentümer:innen. Die Verordnung nennt beispielhaft Präventionsmaßnahmen in § 1 Abs 4, überlässt aber die Entscheidung über die Anwendung der Art der Präventionsmaßnahme sowie anderer (in der Verordnung nicht aufgezählter) Präventionsmaßnahmen weitgehend den Eingriffsberechtigten (siehe zur mangelhaften Alternativenprüfung insbesondere auch Punkt 6).

Es bestehen zwar in § 5 Abs 2 der NÖ Biber-Verordnung **gewisse Dokumentationspflichten**. Diese sind aber (weiterhin) nicht ausreichend: Insbesondere ist die Dokumentation aber nur auf Anfrage der Behörde und im Nachhinein zur Verfügung zu halten.

Für eine Entnahme innerhalb der alpinen biogeographischen Region muss der/die Eingriffsberechtigte nach Durchführung von Präventionsmaßnahmen zusätzlich zur Informationseinholung nach § 5 Abs 1 der Verordnung vorweisen, dass **trotz zumindest einem Monat lang mehrmalig durchgeführter Dammentfernungen** keine ausreichende Vergrämungswirkung erzielt werden konnte (Vorlage einer Dokumentation iSd Anlage 4, Punkt 3 der Verordnung). Erst danach ist eine letale Entnahme zulässig. Für eine Entnahme innerhalb der kontinentalen Region ist eine solche Vorlage **nicht erforderlich**. Insgesamt ist die Erfolglosigkeit der Präventionsmaßnahmen durch das sachkundige Organ nach § 2 Abs 5 zu beurteilen (siehe dazu die kritischen Anmerkungen in Punkt 4).

Aufgrund der genannten Gründe liegt keine Konkretisierung des § 20 Abs 6 NÖ NSchG vor und keine klar, genau und fundierte Darlegung der Ziele, auf die sich die Ausnahmen gründen, sowie es der EuGH (beispielsweise in der Rs *Tapiola*²⁰) verlangt. Aufgrund der zahlreichen Unschärfen und Unklarheiten besteht die erhebliche Gefahr, dass es zu einer **eigenständigen Erweiterung des Anwendungsbereichs gemäß § 1 Abs 3 der NÖ Biber-Verordnung** kommt. Folglich verstoßen die Ziele nach § 1 Abs 3 der Verordnung im Verhältnis zu § 20 Abs 6 NÖ NSchG bzw. Art 16 FFH-RL auch gegen Art 18 B-VG.

5. Fangmethoden nicht selektiv iSd FFH-RL

§ 3 Abs 3 der NÖ Biber-Verordnung sieht vor, dass Individuen anderer Arten, die sich irrtümlich gefangen haben, unverzüglich und unversehrt freizulassen sind. Die zum Einsatz kommenden Lebendfangfallen sind auch zum Fang anderer von der Größe vergleichbarer marderartiger Tiere geeignet. Ein selektiver Fang kann somit durch die Verwendung der nach § 3 Abs 1 der geltenden Verordnung vorgesehenen Fallen, nicht gewährleistet werden, was auch durch den gegenständlichen Verordnungsentwurf nicht saniert wird.

Art 15 FFH-RL **verbietet aber für das Fangen oder Töten von geschützten Arten den Gebrauch aller nichtselektiven Geräte**, und zwar „insbesondere den Gebrauch der in Anhang VI lit a genannten Fang- und Tötungsgeräte“. Dort werden unter anderem „Fallen, die grundsätzlich oder nach ihren Anwendungsbedingungen nicht selektiv sind“ genannt. Da Art 15 FFH-RL explizit auch in jenen Fällen, in denen Ausnahmen gemäß Art 16 FFH-RL gewährt werden, ein Verbot für den Gebrauch aller nichtselektiven Mittel vorsieht, ist die Verwendung von solchen Fallen auch bei genehmigten Entnahmen unzulässig.

Darüber hinaus erlaubt § 4 Abs 4 der geltenden Verordnung das kurzzeitige Anleuchten des Tieres bei Dunkelheit zwecks eindeutiger Zielansprache, was durch den Begutachtungsentwurf nicht geändert wird. Dazu ist anzumerken, dass § 18 Abs 5 lit a NÖ NSchG in Umsetzung von Art 15 FFH-RL für geschützte Säugetiere u.a. künstliche Lichtquellen sowie Vorrichtungen zur Beleuchtung von Zielen als Mittel des Fangs und der Tötung jedenfalls verbietet. Da Art 15 FFH-RL explizit auch für Ausnahmen nach Art 16 FFH-RL ein **Verbot der Verwendung künstlicher Lichtquellen oder Beleuchtungsvorrichtungen** vorsieht, lässt sich diese Bestimmung (weiterhin) nicht mit der FFH-RL vereinbaren.

²⁰ EuGH 10.10.2019, C-674/17 (*Tapiola*), ECLI:EU:C:2019:851, Rn 41.

Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass das kurzzeitige Anleuchten der Tiere zwecks Zielansprache rechtlich zulässig ist, ist außerdem aus fachlicher Sicht entgegenzuhalten, dass durch das „kurzzeitige“ Anleuchten weder das Geschlecht eines Tieres festgestellt werden kann noch ob ein Weibchen gegebenenfalls Nachwuchs führt.

6. Äußerst mangelhafte Alternativenprüfung

Die Zulässigkeit einer Ausnahme vom strengen Schutz setzt außerdem voraus, dass es keine andere zufriedenstellende Lösung gibt, um das Ziel zu erreichen. So hat auch der EuGH²¹ die Bedeutung der Alternativenprüfung bereits mehrfach betont und hervorgehoben, dass Vorhaben nicht genehmigt werden dürfen, wenn Alternativlösungen bestehen, die die Umwelt weniger beeinträchtigen (sog **gelinderes Mittel**). Dementsprechend hat er auch in seinem Urteil zur finnischen Wolfsjagd festgehalten, dass eine Ausnahme vom strengen Artenschutz nur zulässig ist, *„wenn es an einer anderweitigen Maßnahme fehlt, mit der das verfolgte Ziel in zufriedenstellender Weise erreicht werden kann und die in der Richtlinie vorgesehenen Verbote beachtet werden“*.²²

Da die Tötung von Individuen einer geschützten Art mit Sicherheit den stärksten möglichen Eingriff darstellt, sind gelindere Mittel in diesen Fällen besonders genau zu untersuchen. Hinzu kommt, dass der EuGH auch hier ganz klar **eine genaue und angemessene Begründung unter Verweis auf relevante technische, rechtliche und wissenschaftliche Berichte** verlangt. Die Behörde hat demnach bei der Gewährung von Ausnahmen nachzuweisen, dass es *„unter Berücksichtigung der besten einschlägigen wissenschaftlichen und technischen Erkenntnisse sowie der Umstände des konkreten Falls keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gibt“*.²³

Abgesehen davon, dass bei dem Ziel *„Abwendung erheblicher wirtschaftlicher Schäden“* nach § 1 Abs 3 Z 3 der Verordnung das öffentliche Interesse fehlt, ist die **Verhältnismäßigkeit** zu hinterfragen. Da Biber eine geschützte Tierart darstellen, handelt es sich beim Töten dieser Tiere nach § 2 Abs 3 der Verordnung um eine Ausnahmeregelung. Zwischen dem Töten eines Bibers und dem zu erreichenden Ziel – also dem wirtschaftlichen Interesse – muss zuerst ein **öffentliches Interesse** nachgewiesen werden (s.o. Punkt 4).

Weiters muss der Eingriff **geeignet** sein das Ziel zu erreichen: Somit ist zu hinterfragen, ob das Entfernen der Dämme bzw. das Töten der Biber überhaupt geeignet ist, die in § 2 Abs 2 und 3 der Verordnung präzisierten Ziele zu erreichen. Diesbezüglich hat der EuGH ebenfalls betont, dass es **Sache der zuständigen Behörde ist, die Eignung durch fundierte wissenschaftliche Daten nachzuweisen**.²⁴ In Bezug auf die Verordnung wäre durch die NÖ LReg nachzuweisen gewesen, dass die Entfernung von Biberdämmen oder das Töten der Biber **geeignet** ist, um die genannten Ziele zu erreichen. – Das ist aber aus fachlicher Sicht schon allein deshalb zu bezweifeln, weil bei einer erfolgten Entnahme anzunehmen ist, dass andere Biber das freigewordene Revier besetzen. Im Fall der Entfernung von Biberdämmen ist mit einer Wiederherstellung dieser durch den Biber innerhalb kurzer Zeit zu rechnen.

²¹ Vgl EuGH C-241/08, *Kommission/Frankreich*, ECLI:EU:C:2010:114, Rn 70-73; C-239/04, *Kommission/Portugal*, ECLI:EU:C:2006:665, Rn 40; C-441/03, *Kommission/Niederlande*, ECLI:EU:C:2005:233, Rn 26-29.

²² EuGH 10.10.2019, C-674/17 (*Tapiola*), ECLI:EU:C:2019:851, Rn 47.

²³ EuGH 10.10.2019, C-674/17 (*Tapiola*), ECLI:EU:C:2019:851, Rn 49 ff.

²⁴ EuGH 10.10.2019, C-674/17 (*Tapiola*), ECLI:EU:C:2019:851, Rn 45.

Weiters muss jedes Mittel **erforderlich** sein das Ziel zu erreichen, und unter allen geeigneten Mitteln, auch das **gelindeste Mittel** darstellen. Dieser Prüfschritt wurde zwar in § 1 Abs 4 der Verordnung verankert, ist aber in der praktischen Umsetzung (weiterhin) problematisch:

§ 1 Abs 4 der Verordnung legt fest, dass Eingriffe nur erlaubt sind, wenn zielführende und fachgerechte Präventionsmaßnahmen (wie etwa Baumschutz, Dammdrainagen o.ä.) erfolglos waren. Außerdem dürfen Eingriffe nach § 1 Abs 5 der NÖ Biber-Verordnung nur in einer bestimmten Reihenfolge – zuerst das Entfernen der Dämme, dann Eingriffe in die Biberpopulation – gesetzt werden. So soll eine Maßnahmenhierarchie festgelegt werden. Es bleibt hier aber offen, **wie lange Präventionsmaßnahmen** iSd § 1 Abs 4 der Verordnung gesetzt werden müssen (z.B. hinsichtlich Baumgitterungen und -anstrich, Anbringen eines Elektrozauns). Einzig in der alpinen biogeografischen Region ist ein Nachweis zu erbringen, dass trotz zumindest einem Monat lang mehrmalig durchgeführter Dammentfernungen keine ausreichende Vergrämungswirkung erzielt werden konnte. Zwar müssen die Maßnahmen nach § 5 Abs 2 der Verordnung grundsätzlich dokumentiert werden, jedoch werden diese – wenn überhaupt – erst **nach** dem Eingriff von der NÖ LReg angefordert. Zudem handelt es sich auch bei den Dammentfernungen um **erhebliche Eingriffe in den Lebensraum des Bibers**, die jedenfalls **nicht** das gelindeste Mittel darstellen. Für die Beurteilung, ob Präventionsmaßnahmen erfolglos geblieben sind, bleibt ein **weiter Ermessensspielraum**, was nicht mit den Vorgaben des Art 16 FFH-RL zu vereinbaren ist. Diese Mängel werden auch durch den vorliegenden Verordnungsentwurf nicht behoben.

Außerdem erlaubt § 2 Abs 3 der Verordnung die unmittelbare Tötung unter anderem „sofern [...] nachweislich das Fangen mittels Fallen im betroffenen Biberrevier wiederholt **durch Vandalismus** vereitelt wurde [...]“. (Hervorhebungen nicht im Original).

Abgesehen von der Tatsache, dass das Töten der Biber eigentlich Tierärzt:innen vorbehalten ist (siehe dazu Punkt 9), werden **Alternativen**, wie Maßnahmen zur verbesserten Aufklärung von Vandalismus wie Kamerafallen, **unionsrechtswidrig nicht in Erwägung gezogen**. Die Alternativen sind – unionsrechtskonform für jeden Einzelfall – erstens ausdrücklich rechtlich vorzusehen und zweitens deren Zutreffen behördlich zu prüfen.

Das LVwG OÖ²⁵ hat zur zufriedenstellenden Alternativlösung in Bezug auf die Entnahme des ebenfalls geschützten Fischotters etwa das Folgende ausgeführt:

*„Zufriedenstellend“ ist [...] eine Lösung im Hinblick auf die Schutzinteressen der FFH-RL dann, wenn **durch die Maßnahme, das vorliegende Problem gelöst und gleichzeitig soweit wie möglich die in der Richtlinie geregelten Verbote beachtet werden**. Die letztlich gewählte Lösung ist daher jedenfalls **auf das Maß zu beschränken, das objektiv nötig ist, um dem betreffenden Problem oder der betreffenden Situation abzuhelpfen**. Anders ausgedrückt, darf bzw. dürfen daher immer nur jene Maßnahme(n) angewendet werden, die am wenigsten beeinträchtigungsfördernd für den Fischotter wirkt bzw. wirken und dennoch zielführend ist bzw. sind. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass erst wenn alle Möglichkeiten ausgeschöpft wurden und erhebliche Schäden anders nicht abgewendet werden können als „ultima ratio“ – bei Vorliegen der anderen Voraussetzungen – die Entnahme bewilligt werden kann.“*

²⁵ LVwG OÖ 28.9.2021, LVwG-55206.0 I9 /KLe/HK (Hervorhebungen nicht im Original).

Der Nachweis, dass die Tötung von Bibern (bzw. das Zerstören ihrer Dammbauten) das einzige Mittel ist, um die verfolgten Ziele zu erreichen, wurde im gegenständlichen Fall nicht erbracht, die Erläuterungen enthalten dazu (erneut) keinerlei Ausführungen. Aufgrund der mangelnden Öffentlichkeitsbeteiligung ist auch nicht klar, wie die Erforderlichkeit von Entnahmen geprüft wurde bzw. ob weitere Alternativen geprüft wurden.

Zusammenfassend ist klarzustellen, dass das Verfahren zur Feststellung, ob eine Alternativlösung nicht zufriedenstellend ist, auf der Grundlage der besten verfügbaren Fakten und Daten erfolgen und auf einer gut dokumentierten Bewertung aller möglichen verfügbaren Optionen beruhen sollte, auch hinsichtlich ihrer Wirksamkeit. Die Alternativen müssen im Lichte des übergeordneten Ziels, den günstigen Erhaltungszustand der betreffenden Art von gemeinschaftlichem Interesse aufrechtzuerhalten oder wiederherzustellen, bewertet werden (daher müssen der Erhaltungszustand, die Auswirkungen zusätzlicher unbeabsichtigter oder illegaler Entnahmen von Exemplaren und die Zukunftsaussichten der betreffenden Population berücksichtigt werden). Grundsätzlich kann die **Verhältnismäßigkeit der Kosten** zwar in die Bewertung einfließen. Allerdings dürfen **wirtschaftliche Kosten nicht der alleinige entscheidende Faktor bei der Analyse alternativer Lösungen sein**. Anderweitige zufriedenstellende Lösungen können nicht von vornherein mit der Begründung abgelehnt werden, dass sie zu teuer wären.²⁶

7. Beeinträchtigung des Erhaltungszustands

Eine der Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Ausnahmen ist, dass die Populationen der betroffenen Art **in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahme in einem günstigen Erhaltungszustand bleiben**. In seinem Urteil zur Auslegung des Art 16 FFH-RL hat der EuGH festgehalten, dass der günstige Erhaltungszustand eine „*unabdingbare Voraussetzung*“²⁷ für die Gewährung von Ausnahmen vom strengen Schutz ist. **Ausnahmsweise** erachtet der EuGH Eingriffe auch bei einem ungünstigen Erhaltungszustand als zulässig und zwar wenn „*hinreichend nachgewiesen ist, dass sie [die Ausnahmen] nicht geeignet sind, den ungünstigen Erhaltungszustand dieser Populationen zu verschlechtern oder die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands zu behindern*“²⁸. Das ist nach Ansicht des EuGH z.B. dann der Fall, wenn sich die Tötung einer begrenzten Zahl an Individuen nicht auf den Erhaltungszustand auswirkt, also für die betreffende Art **neutral** ist. In dem Zusammenhang hat der EuGH unmissverständlich klargemacht, dass die „*ausnahmsweise Gewährung solcher Ausnahmen*“ im Lichte des **Vorsorgeprinzips** zu erfolgen hat. Demnach darf eine Ausnahme nicht erteilt werden, wenn „*nach der Prüfung der besten verfügbaren wissenschaftlichen Daten eine Ungewissheit darüber bestehen bleibt, ob der günstige Erhaltungszustand der Populationen einer streng geschützten Art trotz dieser Ausnahmeregelung gewahrt oder wiederhergestellt werden kann*“²⁹.

Ein günstiger Erhaltungszustand ist im gegenständlichen Fall nur in der kontinentalen biogeografischen Region gegeben, nicht aber in der alpinen Region: Niederösterreich liegt u.a. in der alpinen biogeographischen Region, in der der Biber derzeit als „U1+“ eingestuft³⁰ wird – es besteht in dieser Region also ein ungünstiger, unzureichender Erhaltungszustand.

²⁶ Europäische Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie (2021), 74.

²⁷ EuGH 10.10.2019, C-674/17 (*Tapiola*), ECLI:EU:C:2019:851, Rn 55.

²⁸ EuGH 10.10.2019, C-674/17 (*Tapiola*), ECLI:EU:C:2019:851, Rn 68.

²⁹ EuGH 10.10.2019, C-674/17 (*Tapiola*), ECLI:EU:C:2019:851, Rn 66 (Hervorhebungen nicht im Original).

³⁰ Bericht gem Art 17 FFH-RL, Berichtszeitraum 2013-2018.

Die bestehende NÖ Biber-Verordnung gilt nicht nur für die kontinentale biogeographische Region, sondern gemäß § 1 Abs 1 Z 2 der Verordnung ausdrücklich auch außerhalb dieser Region – also in der alpinen Region. Dieser räumliche Geltungsbereich wird durch den vorliegenden Begutachtungsentwurf nicht verändert. Zudem basieren die Daten über die Biber-Population, soweit bekannt, auf punktuellen nicht mehr aktuellen Erhebungen, und genügen damit nicht den Ansprüchen einer fundierten Bestandserhebung.

Solche Zahlen sind jedenfalls ungenügend, um darauf aufbauend einen durchschnittlichen jährlichen Zuwachs zu errechnen und daraus ein Entnahme-Kontingent abzuleiten. Auch fehlt die Berücksichtigung von anderen Abgängen aus der Population (z.B. Totfunde, wie etwa Straßenverkehrsoffern).

Wie bereits an anderer Stelle erwähnt, können unter den in § 2 Abs 2 des Begutachtungsentwurfs genannten Voraussetzungen **ganzjährig Biberdämme entfernt** werden. Es wurde auch hier nicht der Biologie des Bibers Rechnung getragen und insbesondere die **Jungenaufzucht** nicht berücksichtigt. Dies trotz der Tatsache, dass nach Art 12 Abs 1 lit b f FFH-RL und in dessen Umsetzung nach § 18 Abs 4 und 7 NÖ NSchG **jede Störung** der besonders geschützten Arten, insbesondere während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten und **jede Beschädigung oder Zerstörung der Ruhestätten** grundsätzlich verboten sind.³¹

Zusammenfassend wird aus dem Grund bezweifelt, dass trotz Eingriffen in den Lebensraum und Tötungen im Rahmen der Verordnung, gewährleistet werden kann, dass gemäß Art 16 FFH-RL die Biberpopulation in der kontinentalen biogeographischen Region im vorgeschriebenen günstigen Erhaltungszustand verbleibt. In der alpinen Region ist zudem die Zulässigkeit für Entnahmen aufgrund des aktuell ungünstigen Erhaltungszustandes in Frage zu stellen. Jedenfalls auszuschließen ist, dass für jeden **Einzelfall** hinreichend nachgewiesen ist, dass die letalen Entnahmen keine Auswirkungen auf den Erhaltungszustand haben.

Sowohl die gegenständliche Verordnung als auch der Begutachtungsentwurf erfüllen daher nicht die strengen Voraussetzungen für Ausnahmen nach Art 16 FFH-RL und lassen die Vorgaben von Art 12 Abs 1 lit b und d FFH-RL unberücksichtigt. Durch das Fehlen von Einzelfallprüfungen und einer Alternativenprüfung (s.o.) ebenso wie entsprechendem Monitoring (siehe sogleich Punkt 8) erscheint das **Vorsorgeprinzip nicht gewahrt.**

8. Fehlende Monitoring-Vorgaben

Jedenfalls zu beanstanden ist auch das **Fehlen eines klar vorgegebenen Monitorings**, und zwar sowohl was den **Erhaltungszustand des Bibers** betrifft als auch die **Auswirkungen des (zT unbeabsichtigten) Tötens und Fangens von Bibern** betreffend. Das ist umso bedenklicher, als die zeitliche Geltungsdauer der Verordnung nun nochmals um drei weitere Jahre bis Ende Juni 2026 verlängert werden soll.

Tatsächlich schreibt aber Art 12 Abs 4 FFH-RL ein **strenges Kontrollsystem** vor:

³¹ § 18 Abs 7 NÖ NSchG: „Das Entfernen, Beschädigen oder Zerstören der Brutstätten oder Nester besonders geschützter Tiere ist, wenn sie **keine Jungtiere enthalten** und sich **in Baulichkeiten befinden**, von **Oktober bis Ende Februar gestattet**, sofern es **keine andere zufriedenstellende Lösung gibt.**“ (Hervorhebungen nicht im Original).

„ein System zur fortlaufenden Überwachung des unbeabsichtigten Fangs oder Tötens der in Anhang IV Buchstabe a) genannten Tierarten ein(zuführen). Anhand der gesammelten Informationen leiten die Mitgliedstaaten diejenigen weiteren Untersuchungs- oder Erhaltungsmaßnahmen ein, die erforderlich sind, um sicherzustellen, daß der unbeabsichtigte Fang oder das unbeabsichtigte Töten keine signifikanten negativen Auswirkungen auf die betreffenden Arten haben.“

Nach der ständigen Judikatur des EuGH ist ein solches System in die Rechtsordnung einzuführen.³² Jedoch findet sich weder im NÖ NSchG noch an sonstiger Stelle des NÖ Landesrechts ein derartiges System.

Dem EuGH zufolge ist eine Ausnahmegenehmigung nach Art 16 Abs 1 FFH-RL aber „auf Kriterien zu stützen, die so definiert sind, dass die Erhaltung der Populationsdynamik und -stabilität der betreffenden Art langfristig sichergestellt ist.“³³ **Ohne Informationen über die aktuelle Situation und Verbreitung des Bibers in Niederösterreich und die fortlaufende Überwachung des unbeabsichtigten Fangs oder Tötens kann nicht beurteilt werden, ob die Entnahmen geeignet sind, die genannten Ziele zu erreichen, und ob der Erhaltungszustand durch die genehmigten Entnahmen beeinträchtigt wird.**

Ein verpflichtendes Monitoring des Erhaltungszustandes wird über § 5 der geltenden Verordnung keinesfalls gewährleistet. § 5 der Verordnung spricht von Informationseinholung, Meldung und Beweissicherung. Die Bestimmung zielt darauf ab, die Überschreitung der höchstmöglichen Entnahmemengen hintanzuhalten und die Untersuchung getöteter Individuen zu ermöglichen. Diese Bestimmung enthält jedoch keine Vorgaben, die ein Monitoring iSd oben gesagten ermöglichen könnten.

Es müsste **sowohl vor Inkrafttreten der vorgesehenen Verlängerung der Verordnung** als auch **über den zukünftigen Verordnungszeitraum hinweg** ein adäquates Monitoring der Bestandszahlen der Biber erfolgen, um Aussagen über Bestandsentwicklungen sowie den Erhaltungszustand der Art zu ermöglichen. Ohne dergleichen kann nicht abgeschätzt werden, wie sich das Abschöpfen der jährlichen Nettozuwachsrate tatsächlich auf den Bestand auswirkt.

Gemäß § 5 Abs 1 der NÖ Biber-Verordnung sind Eingriffe nur zulässig, wenn eine tagesaktuelle Information zur Ausschöpfung der Entnahmemenge eingeholt wurde. Allein die Information, dass das mögliche Entnahmemaß am Tag des Eingriffs noch nicht ausgeschöpft ist, löst schon die Berechtigung aus. Hier stellt sich die Frage, ob ein:e Berechtigter dann für einen gewissen Zeitraum gesperrt ist: Problematisch ist, dass eine Meldung gemäß § 5 Abs 3 der Verordnung über einen Eingriff innerhalb von 24 Stunden zu erfolgen hat und daher ein entnommener Biber am Folgetag möglicherweise noch nicht in der tagesaktuellen Information erfasst ist.

Daher kann durch das Einholen der Information am Folgetag wieder eine Berechtigung ausgelöst werden. Theoretisch könnten auch mehrmals täglich Berechtigungen entstehen, indem mehrmals täglich die tagesaktuelle Information eingeholt wird. **Die Berechtigung ist nämlich nur auf einen Biber beschränkt, aber nicht auf die Anzahl der Berechtigungen.**

³² EuGH C-75/01, *Kommission/Luxemburg*, ECLI:EU:C:2003:95, Rn 66; EuGH C-6/04, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, ECLI:EU:C:2005:626, Rn 87.

³³ EuGH 10.10.2019, C-674/17 (*Tapiola*), ECLI:EU:C:2019:851, Rn 57.

Es soll den Normadressat:innen zwar kein solcher Missbrauch der Berechtigung unterstellt werden, doch führt dieses Regelungssystem auch ohne Missbrauchsabsicht zu Problemen und zwar wenn mehrere Berechtigte am selben Tag die tagesaktuelle Information beziehen, dass die Entnahmehöchstzahl noch nicht erreicht ist.

Da sich sowohl aus der Verordnung als auch aus dem Begutachtungsentwurf keine Verpflichtung zur Abstimmung der einzelnen Berechtigungen ergibt, ist es also durchaus möglich, dass z.B. vier Berechtigte die Information beziehen, dass Entnahmen noch möglich sind, obwohl eigentlich nur mehr ein Biber entnommen werden kann.

Trotzdem entsteht bei allen vier Personen die Berechtigung zur Entnahme und wenn alle Berechtigten davon auch Gebrauch machen, werden in diesem Beispiel drei Biber mehr als zulässig entnommen. Die Schaffung einer solchen Gefährdungssituation für den Biberbestand kann wohl kaum durch den:die Verordnungsgeber:in beabsichtigt sein.

Weiters wird das jährliche Höchstkontingent in § 2 Abs 4 der bestehenden NÖ Biber-Verordnung wie folgt umschrieben:

*„Im von der Verordnung umfassten Geltungsbereich darf insgesamt pro Jahr höchstens der durchschnittliche jährliche **Zuwachs** des landesweiten Biberbestandes entnommen werden. Dieser ergibt sich aus dem Populationszuwachs in den Jahren 2014 bis 2018 zuzüglich der in diesem Zeitraum erfolgten Entnahmen.“*

Zunächst stellt sich (weiterhin) die Frage, wie oder von wem die Feststellung des jährlichen Zuwachses erhoben wird. Außerdem wird hier **nicht zwischen alpiner und kontinentaler biogeographischer Region unterschieden**, es wird lediglich vom durchschnittlichen jährlichen Zuwachs gesprochen. Da aber in den alpinen biogeografischen Regionen bis dato kein günstiger Erhaltungszustand gegeben ist (s.o., Punkt 7), ist es unions-³⁴ und gesetzwidrig³⁵, den durchschnittlichen jährlichen Zuwachs in dieser Region zu entnehmen. Voraussetzung für eine Entnahme ist jedoch zuerst einmal, dass aktuelle Daten zum Biberbestand vorliegen. Nur anhand von wissenschaftlichen Daten ist eine Einschätzung des günstigen Erhaltungszustandes möglich, welcher eine Voraussetzung für eine Entnahme ist, lediglich dann ist ein Kontrollsystem sinnvoll. Allerdings wird gemäß § 2 Abs 4 NÖ Biber-Verordnung (weiterhin) von den Zahlen der Jahre 2014-2018 ausgegangen, die nicht repräsentativ für die Jahre sind, in der der Begutachtungsentwurf in Zukunft gelten soll. Zudem beruhen etwaige Bestandszahlen soweit bekannt auf punktuellen und keinen flächendeckenden Erhebungen und sind somit ungeeignet als Basis für Entnahmen.

Getötete Biber sind zwar zur Beweissicherung und Kontrolle nach § 5 Abs 4 NÖ Biber-Verordnung für 48 Stunden ab Meldung zur Verfügung zu halten, doch ergibt sich daraus weiterhin noch **keine Kontrollpflicht der NÖ LReg**. Es stellt sich daher die Frage, wie die Einhaltung der Verordnung (künftig) überprüft wird. Eine Kontrollpflicht der zuständigen Behörde im Fall von Ausnahmegenehmigungen ergibt sich jedoch eindeutig aus Art 16 Abs 3 lit d und lit e FFH-RL. Zur Kontrolle der erfolgten Entnahmen sollten ausnahmslos alle entnommenen Biber einer pathologischen Untersuchung zugeführt werden. Dies insbesondere auch, um den Gesundheitszustand der Individuen, mögliche Krankheiten und entsprechend andere Bedrohungen für die Art festzustellen und abschätzen zu können.

³⁴ Art 16 FFH-RL.

³⁵ Art 20 Abs 4 NÖ NSchG.

Des Weiteren geht aus § 5 Abs 4 f der Verordnung zwar hervor, dass die Einhaltung der Ausnahmen durch die NÖ Landesregierung überprüft wird. Offen bleibt aber weiterhin, wie die **ordnungsgemäße Einhaltung der Präventionsmaßnahmen** nach § 1 Abs 4 der NÖ Biber-Verordnung überprüft wird. Letzteres wird auch durch den vorliegenden Entwurf nicht klargestellt. Zwar muss bei einem Eingriff außerhalb der kontinentalen biogeographischen Region die Dokumentation gemäß § 2 Abs 3 der Verordnung iSd Anlage 4 Punkt 3 vorgelegt werden, jedoch geht nicht hervor, wer die Richtigkeit des Vorgangs kontrolliert. Außerdem muss in der kontinentalen Region die Dokumentation erst nach der Entnahme erfolgen, womit keine Kontrolle durchgeführt werden kann.

Aus der zeitlichen Abfolge dieser Vorgangsweise folgt, dass widerrechtliche Eingriffe nicht rückgängig gemacht werden können. Diese rechtlichen und inhaltlichen Mängel werden durch den vorliegenden Entwurf, wie bereits ausgeführt, nicht behoben oder überhaupt adressiert.

Weiters gilt es anzumerken, dass eine effektive Kontrolle nicht nur für die Beurteilung des Erhaltungszustandes erforderlich ist, sondern die Mitgliedstaaten auch aufgrund von Art 16 Abs 2 FFH-RL verpflichtet sind, in **regelmäßig vorzulegenden Berichten an die EU-Kommission folgendes gemäß Art 16 Abs 3 FFH-RL** anzugeben:

- „a) die Arten, für die die Ausnahmeregelung gilt, und der Grund der Ausnahme, einschließlich der Art der Risiken sowie gegebenenfalls der verworfenen Alternativlösungen und der benutzten wissenschaftlichen Daten;*
- b) die für Fang oder Tötung von Tieren zugelassenen Mittel, Einrichtungen oder Methoden und die Gründe für ihren Gebrauch;*
- c) die zeitlichen und örtlichen Umstände der Ausnahmegenehmigungen;*
- d) **die Behörde, die befugt ist, zu erklären, daß die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind, bzw. zu kontrollieren, ob sie erfüllt sind**, und die beschließen kann, welche Mittel, Einrichtungen oder Methoden innerhalb welcher Grenzen und von welchen Stellen verwendet werden dürfen sowie welche Personen mit der Durchführung betraut werden;*
- e) **die angewandten Kontrollmaßnahmen und die erzielten Ergebnisse.**³⁶*

Dass es möglich ist, diesen Berichtspflichten in Bezug auf Ausnahmen für Biber in Niederösterreich ordnungsgemäß nachzukommen, ist angesichts des in der Verordnung bzw. dem gegenständlichen Begutachtungsentwurf fehlenden Monitorings schwer vorstellbar.

Überdies ist aufgrund der Tatsache, dass die Verordnung auf weitere drei Jahre gemäß § 6 Abs 1 des Begutachtungsentwurfs befristet ist und keinerlei Überprüfung des Erhaltungszustandes vor Ablauf der Befristung vorgesehen ist, zu befürchten, dass ein negativer Trend in der Biberpopulation bis zum Außerkrafttreten der Verordnung eingetreten sein kann. Dies kann in Bezug auf die alpine biogeografische Region nicht ausgeschlossen werden, da laut jetzigem Stand schon kein günstiger Erhaltungszustand gegeben ist und trotzdem entgegen Art 16 Abs 1 FFH-RL Eingriffe nach der NÖ Biber-Verordnung in dieser Region stattfinden dürfen.

³⁶ Hervorhebungen nicht im Original.

9. Fehlende Berücksichtigung des Tierärzt:innenvorbehalts

§ 3 Abs 4 der geltenden Verordnung regelt die Eingriffsberechtigung beim Fallenfang und legt das Folgende fest:

„Die Tötung hat in sinngemäßer Anwendung der Bestimmungen des § 2 NÖ Jagdgesetzes 1974, LGBl. 6500 in der Fassung LGBl. Nr. 26/2019, rasch und schmerzfrei zu erfolgen und darf nur durch Personen erfolgen, die entsprechende Kenntnisse über die schmerzfreie Tötung nachweisen können, das sind insbesondere auch Personen, die im Besitz einer gültigen Jagdkarte sind.“

Weiters legt § 4 Abs 2 der Verordnung in diesem Zusammenhang fest:

„Die Tötung darf nur durch Personen erfolgen, die entsprechende Kenntnisse über die schmerzfreie Tötung nachweisen können, das sind insbesondere auch Personen, die im Besitz einer gültigen Jagdkarte sind.“

Da der Biber nicht als „Wild, jagdbare Tiere“ in § 3 NÖ JagdG³⁷ genannt wird, ist das JagdG im gegenständlichen Fall **nicht anwendbar**. Aufgrund dessen ist vielmehr das TSchG einschlägig, welches einen Tierärzt:innenvorbehalt gemäß § 6 Abs 4 TSchG vorsieht. Dieser Vorbehalt erlaubt das **wissentliche Töten von Wirbeltieren nur durch Tierärzt:innen**. Dem muss hinzugefügt werden, dass eine Verordnung ein Gesetz nur konkretisieren darf, aber nicht den Anwendungsbereich einer gesetzlichen Regelung erweitern kann. Gemäß § 6 Abs 4 TSchG sind aber nur Tierärzt:innen berechtigt einen Biber zu töten, demzufolge sind „Personen mit dem Nachweis entsprechender Kenntnisse insbesondere Personen mit einer gültigen Jagdkarte“ jedenfalls nicht dazu berechtigt, was auch durch den gegenständlichen Begutachtungsentwurf nicht beachtet wurde.

In dem Zusammenhang gilt es auch anzumerken, dass WWF Österreich und ÖKOBÜRO keine landesgesetzliche Bestimmung bekannt ist, die ein Aufweichen des Tierärzt:innenvorbehalts in Niederösterreich zulässt. Daraus folgt, dass das wissentliche Töten der Biber in Niederösterreich eigentlich nur durch Tierärzt:innen erfolgen darf, andernfalls besteht der Verdacht auf Verstoß gegen § 6 Abs 4 TSchG, was durch den gegenständlichen Begutachtungsentwurf erneut nicht berücksichtigt wurde.

³⁷ NÖ Jagdgesetz 1974, LGBl. 6500-0 idgF (in der Folge „NÖ JagdG“).

10. Zusammenfassung und Fazit

Aus den oben gemachten Ausführungen geht unverkennbar hervor, dass sowohl die bestehende NÖ Biber-Verordnung als auch der gegenständliche Begutachtungsentwurf nicht mit Art 16 FFH-RL zu vereinbaren sind.

So gewährleistet die konkrete Ausgestaltung des Begutachtungsentwurfs und der geltenden Verordnung nicht jene **Einzelfallgerechtigkeit**, die der EuGH für die Zulässigkeit von Ausnahmen vom strengen Schutz voraussetzt. Die Verordnung nimmt eine Pauschalgenehmigung vor, lagert die konkrete artenschutzrechtliche Ausnahmeprüfung vor allem an die Eingriffsberechtigten aus und ermöglicht es den Rechtsanwender:innen nicht zu beurteilen, ob eine Entnahme im konkreten Einzelfall tatsächlich zulässig ist. Diese inhaltlichen und rechtlichen Mängel werden auch durch den gegenständlichen Begutachtungsentwurf nicht behoben.

Des Weiteren sind **Auswirkungen auf Europaschutzgebiete**, in denen der Biber als Schutzgut gelistet ist, aufgrund der Ausstrahlungswirkung der Entnahmen nicht ausgeschlossen. Aufgrund dieser potentiellen erheblichen Beeinträchtigungen von Europaschutzgebieten hätte schon die bestehende NÖ Biber-Verordnung eigentlich einer **Naturverträglichkeitsprüfung** nach Art 6 Abs 3 FFH-RL unter Beteiligung der Öffentlichkeit unterzogen werden müssen. Selbiges gilt im Hinblick auf den gegenständlichen Begutachtungsentwurf. Mangels Durchführung einer solchen Naturverträglichkeitsprüfung verstößt der Begutachtungsentwurf auch aus diesem Grund gegen die FFH-RL.

Zudem sind die einzelnen **Kriterien für die Zulässigkeit einer Ausnahmegenehmigung** nach Art 16 FFH-RL nicht erfüllt:

- Eine der Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Ausnahmen ist, dass die Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahme in einem günstigen Erhaltungszustand bleiben.
- Bei der Gewährung von Ausnahmen ist außerdem nachzuweisen, dass es unter Berücksichtigung der besten einschlägigen wissenschaftlichen und technischen Erkenntnisse sowie der Umstände des konkreten Falls keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gibt.
- Schließlich sind Ausnahmen nur zur Erreichung bestimmter Ziele zulässig, wobei auch hier durch fundierte wissenschaftliche Daten nachzuweisen ist, dass die Methode zur Erreichung dieses Ziels geeignet ist.

Wie oben dargelegt ist im gegenständlichen Fall anzunehmen, dass sämtliche dieser Kriterien **nicht erfüllt** sind. Weder ist hinreichend nachgewiesen, dass die letalen Biber-Entnahmen zur Erreichung des Ziels geeignet sind, noch ist nachgewiesen, dass die Entnahmen der Biber erforderlich sind, weil es keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gebe.

Verschärft werden diese FFH-widrigen Eingriffe in die besonders geschützte Art Biber (*Castor fiber*) außerdem durch die **mangelhaften Monitoring-Verpflichtungen** und die **Verwendung nicht selektiver Fallen**.

Angesichts dieser zahlreichen rechtlichen Mängel des Begutachtungsentwurfs, fordern WWF Österreich und ÖKOBÜRO, den Entwurf ersatzlos zurückzuziehen und die Arbeit an einem zielführenden Bibermanagement fortzusetzen.

Mit freundlichen Grüßen,



Mag. Thomas Alge
Geschäftsführer
ÖKOBÜRO – Allianz der Umweltbewegung

Mag.^a Hanna Simons
Stv. Geschäftsführerin
WWF Österreich