



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 25.5.2023

RU5-NSCH-40/018-2022 (Begutachtungsverfahren zur Änderung der NÖ Fischotter-Verordnung 2019)

Betreff: Stellungnahme zum Entwurf über die Änderung der bestehenden NÖ Fischotter-Verordnung 2019, LGBl. Nr. 98/2019 iS einer Verlängerung ihres zeitlichen Geltungsbereichs bis zum 29. Februar 2024

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 Fischotter-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 **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 Fischotter-Verordnung 2019) hat jedoch nachweislich 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 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 Aushebelung 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.
- 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 Fischotter-Verordnung bzw. deren mit dem vorliegenden Begutachtungsentwurf vorgesehenen Verlängerung kann nicht davon ausgegangen werden, dass Eingriffe in die geschützte Art Fischotter (*Lutra lutra*) 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 des in der bestehenden Verordnung genannten **Ausnahmegrundes** 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 potenziellen 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 des vorliegenden Begutachtungsentwurfs ermöglichten Entnahmen bis zum Februar 2024 sind kein **probates Mittel** zur Erreichung des in § 1 der bestehenden NÖ Fischotter-Verordnung genannten Zieles.
- Eine **Alternativenprüfung** wurde auch diesmal nicht durchgeführt. Insbesondere wären gelindere Mittel möglich und wurden auch zahlreich im *Fischotter Managementplan Niederösterreich (2021)*⁴ vorgeschlagen.

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

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

³ NÖ Naturschutzgesetz 2000 (NÖ NSchG), LGBl. 5500-0 idGF.

⁴ Fischotter Managementplan Niederösterreich (2021), https://noe.gv.at/noe/Naturschutz/Fischottermanagementplan_RU5-final_20201020.pdf, 23 ff.

- Der Biologie von Fischottern wurde bei der **Festlegung der Entnahmezeiten** auch diesmal nicht Rechnung getragen.
- **Das Verbot nicht-selektiver Fang- und Tötungsmethoden** wurde auch im gegenständlichen Entwurf nicht beachtet.
- Die Vorgaben zum **Monitoring** sind erneut nicht ausreichend.
- Der im TSchG festgelegte **Tierärzt:innenvorbehalt** in Bezug auf das wissentliche Töten von Wirbeltieren, wie dem Fischotter (*Lutra lutra*), wurde **erneut nicht berücksichtigt**.

Mit Schreiben vom 21.10.2019 haben ÖKOBÜRO und WWF Österreich bereits ausführlich Stellung zur mittlerweile in Geltung stehenden Verordnung über Ausnahmen von Verboten für die besonders geschützte Art Fischotter (NÖ Fischotter-VO; GZ: RU 5-NSCH-40/008-2019) bezogen. Die darin ausgeführten Kritikpunkte werden vollinhaltlich aufrechterhalten. Darüber hinaus ist derzeit eine von ÖKOBÜRO und WWF Österreich eingebrachte außerordentliche Revision betreffend den Überprüfungsantrag zur NÖ Fischotter-Verordnung beim VwGH anhängig (Ra 2021/10/0162-2). Auf die darin dargelegten Kritikpunkte wird im gegenständlichen Begutachtungsverfahren ebenfalls verwiesen.

Der aktuelle Begutachtungsentwurf zur Verlängerung des zeitlichen Geltungsbereichs der NÖ Fischotter-Verordnung, LGBl. Nr. 98/2019 (in der Folge „Verordnung“) wird – genauso wie die Verordnung selbst – als **nicht zielführend** erachtet. Mehrere Punkte der bestehenden und mit dem vorliegenden Entwurf verlängerten Verordnung widersprechen den völker- und europarechtlichen Vorgaben und sind darüber hinaus naturschutzfachlich falsch. Die ausgeführten Kritikpunkte am Begutachtungsentwurf bzw. der 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 zumindest insofern nachkommt, als sie zumindest im Rahmen des gegenständlichen Begutachtungsverfahrens eine Öffentlichkeitsbeteiligung aufgrund der potentiellen erheblichen Umweltauswirkung der Verordnung bzw. ihrer Verlängerung bis Februar 2024 einräumt. Im aktuellen Begutachtungsentwurf sind aber 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.

Mit dem gegenständlichen Verordnungsentwurf sollen bis 29. Februar 2024 – also verlängert um eine weitere Entnahmeperiode, bis zu 50 Fischotter pro Kalenderjahr an Teichanlagen, an denen Zäunungen für nicht ausreichend zielführend umsetzbar befunden werden, letal entnommen werden dürfen. Dieses Eingriffskontingent umfasst für den Verwaltungsbezirk Gmünd höchstens 15 und für die übrigen Verwaltungsbezirke bzw. Teile von Verwaltungsbezirken, sofern sie sich in der kontinentalen biogeografischen Region befinden, jeweils höchstens fünf Fischotter (siehe zu den Bedenken hinsichtlich der Einhaltung dieser Vorgaben auch weiter unten, Punkt 6). 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** (vgl Art 6 Abs 2 bis 11 Aarhus Konvention).

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 darüber hinaus effektiv und soweit angemessen auch vorläufig, sprich: aufschiebend sein (vgl Art 9 Abs 4 Aarhus Konvention).

Schon die bestehende Verordnung lässt keine effektive Beteiligungsoption, 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.⁵ Eine Aushebelung des europarechtlich gebotenen Rechtsschutzes über den Weg einer Verordnung ist unzulässig.

Eine effektive Öffentlichkeitsbeteiligung wie es Art 6 Aarhus Konvention vorschreibt, kann das vorliegende Begutachtungsverfahren jedenfalls nicht gewährleisten. Wie eingangs erwähnt, wurde der anerkannten Umweltorganisation WWF Österreich, der gegenständliche Entwurf nicht einmal zugestellt. 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 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 in nationales Recht umzusetzen. Das betrifft insbesondere den Rechtsschutz gegen Verordnungen. Umgehungskonstruktionen wie die Verwaltungspraxis im Artenschutzrecht wurden von der Europäischen Kommission explizit gerügt (VVV Nr. 2014/4111). Nur am Rande sei hier erwähnt, dass in dieses Vertragsverletzungsverfahren auch die erste NÖ Biber-Verordnung aufgenommen wurde.

⁵ Siehe dazu auch die einschlägige Rsp des VfGH in den Causen „Forchtenstein“ und „WWRPI Tiroler Oberland“.

2. Fehlende Prüfung der Natura 2000-Relevanz

„2018 wurde in Niederösterreich neuerlich eine landesweite Fischotterkartierung mit eingebundener genetischer Analyse durchgeführt, anhand welche die aktuelle Population auf gut 1000 Individuen geschätzt wird. Bis 2018 erfolgte also eine weitere Ausbreitung – **Niederösterreich ist nach heutigem Stand des Wissens flächendeckend besiedelt.**“⁶ Die laut der eben zitierten Erhebung 2018 mittlerweile flächendeckende Verbreitung des Fischotters lässt den Schluss zu, dass eine entsprechende **Aktualisierung der Natura 2000-Gebiete erforderlich** ist. Somit ist schon der Geltungsbereich der bestehenden Verordnung nicht an die aktuelle Verbreitungssituation angepasst, was auch durch den gegenständlichen Begutachtungsentwurf nicht berücksichtigt wurde. Eine Überprüfung der bestgeeigneten Gebiete und repräsentativen Vorkommen des Fischotters und damit verbunden eine Nachnennung vom Fischotter als Schutzgut in den Standarddatenbögen bzw. der Verordnungen über die Europaschutzgebiete oder sogar eine Neuausweisung von Europaschutzgebieten müsste aufgrund der Ergebnisse der aktuellen Bestandserhebungen wohl vorab durchgeführt werden.

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.

Art 3 Abs 1 FFH-RL sieht vor, dass zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume und Habitate der Arten ein kohärentes europäisches ökologisches Netz besonderer Schutzgebiete mit der Bezeichnung „Natura 2000“ errichtet werden soll. Zu diesem Zweck haben die Mitgliedsstaaten besondere Schutzgebiete (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 (sog **Naturverträglichkeitsprüfung**) zu unterziehen.

§ 1 Abs 3 der bestehenden NÖ Fischotter-VO legt fest, dass die Verordnung nicht in Naturschutzgebieten, den Nationalparks Donau-Auen und Thayatal sowie Europaschutzgebieten, in denen der Fischotter als Schutzgegenstand genannt ist, gelten soll. Hierbei wird aber übersehen, dass die **Entnahmen aufgrund der örtlichen Nähe** zu ausgewiesenen Europaschutzgebieten jedenfalls dazu geeignet sind, auch die Fischotterpopulation in Europaschutzgebieten erheblich zu beeinträchtigen. Dies ergibt sich aus der Lebensweise des Fischotters, der in großen Streifgebieten entlang von Flussläufen/Gewässern lebt. In Summe können adulte Individuen auf der Suche nach Revieren und Nahrung bis zu 40 km zurücklegen.

⁶ Fischotter, https://www.noel.gv.at/noe/Naturschutz/Wildtier_Fischotter.html (10.5.2023) und *Kofler/Lampa/Ludwig* (2018), Fischotterverbreitung und Populationsgrößen in Niederösterreich 2018. Endbericht. ZT KOFLER Umweltmanagement im Auftrag des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung.

Es ist auch bereits erwiesen, dass ganz Niederösterreich durch den Fischotter wiederbesiedelt worden ist, dieser konnte mittels Brückenkartierung flächendeckend über ganz Niederösterreich nachgewiesen werden (s.o.).⁷ Maßnahmen, um eine Beeinträchtigung der Europaschutzgebiete zu verhindern, sind weder in der geltenden Verordnung vorgesehen, noch wird dieses Problem durch den gegenständlichen Begutachtungsentwurf saniert.

Etwa hat das LVwG NÖ betreffend artenschutzrechtliche Ausnahmen für den Fischotter in Niederösterreich bereits eine Ausstrahlungswirkung auf Europaschutzgebiete festgestellt.⁸

Zusammenfassend ist daher aufgrund dieser Eingriffsmöglichkeiten nicht auszuschließen, 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 Fischotterpopulationen in Europaschutzgebieten erheblich zu beeinträchtigen. 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 Öffentlichkeit und Rechtsschutz gegen die Entscheidung erforderlich** gewesen. Das ist aber nicht erfolgt.

3. Unzureichende Berücksichtigung der konkreten Umstände

Ausnahmen nach Art 16 FFH-RL dürfen immer nur punktuell als Reaktion auf eine konkrete Situation erfolgen.⁹ Gemäß § 6 des Begutachtungsentwurfs iVm § 2 Abs 1 und 2 der bestehenden Verordnung dürfen bezogen auf das Bundesland Niederösterreich in der kontinentalen biogeografischen Region, insgesamt höchstens 50 Fischotter pro Kalenderjahr an nicht einzäunbaren Teichen entnommen werden. Aufgrund des räumlichen und zeitlichen Anwendungsbereichs der vorliegenden artenschutzrechtlichen Ausnahme ist aus Sicht der Stellungnehmenden die Vorgabe einer „*punktuellen Reaktion auf eine konkrete Situation*“ keineswegs 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 nur in Ausnahmefällen zulässig.

⁷ Kofler/Lampa/Ludwig (2018), Endbericht.

⁸ Vgl LVwG NÖ 25.6.2018 zu LVwG-AV-564/001-2018.

⁹ EuGH 10.10.2019, C-674/17 (*Tapiola*) ECLI:EU:C:2019:851, Rn 41.

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-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 Anhangs 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.¹⁰

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.¹¹

Die Mitgliedstaaten müssen daher sicherstellen, dass alle in Art 16 FFH-RL genannten Bedingungen streng und gründlich umgesetzt werden und dass 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. Einzelfallentscheidungen sind daher mittels Bescheides zu treffen. **Nur das im Bescheiderlassungsverfahren vorgesehene Ermittlungsverfahren ermöglicht es, eine Einzelfallprüfung durchzuführen** (vgl § 56 iVm §§37ff AVG). In den Erläuterungen führt die Behörde nur 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 4).

Man kann aufgrund der vorliegenden Verordnung nicht davon ausgehen, dass Eingriffe in die geschützte Art Fischotter (*Lutra lutra*) tatsächlich nur in Ausnahmefällen vorgenommen werden. Das gilt insbesondere auch deshalb, weil die konkrete Ausgestaltung der Verordnung durchaus auch zu zahlenmäßig überschießenden Entnahmen führen kann (siehe unten Punkt 6) und während der (mit dem gegenständlichen Verordnungsentwurf sogar zeitlich verlängerten) Geltungsdauer der Verordnung ein Monitoring des Erhaltungszustandes nicht gewährleistet ist (siehe dazu auch Punkt 8). Das ist umso bedenklicher, als auch im Zuge der bestehenden Verordnung kein begleitendes Monitoring des Bestandes vorgesehen wurde. Damit ist der derzeitige Bestand des Fischotters in Niederösterreich **nicht bekannt**. Dabei stellt es aber eine Grundvoraussetzung für die Bewilligung von Ausnahmen dar, dass der Erhaltungszustand nicht beeinträchtigt wird.

¹⁰ Europäische Kommission, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie (2021), 57.

¹¹ Vgl Köhler, Naturschutzrecht² (2016) 66; Reichel, RdU-UT 2012/3, 8.

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 des NÖ NSchG 2000, 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

Die Verordnung dient gemäß § 1 der

- Abwendung von Gefährdungen des öffentlichen Interesses an der Teichwirtschaft durch Maßnahmen zur Reduktion von Ausfraß an den von der Verordnung umfassten Teichanlagen.

Vorauszuschicken ist an dieser Stelle, dass der EuGH **strenge Vorgaben an die artenschutzrechtliche Ausnahmeprüfung** stellt. Bei der Gewährung der Ausnahmen ist es notwendig, die Ziele, auf die sich eine Ausnahme gründet, in der Entscheidung „*klar, genau und fundiert*“¹² festzulegen. Grundlage für die Anwendung von Art 16 FFH-RL müssen **fundierte wissenschaftliche Erkenntnisse** sein.¹³ Eine auf Art 16 Abs 1 FFH-RL gestützte Ausnahme kann nämlich nur eine **konkrete und punktuelle Anwendung sein, mit der konkreten Erfordernissen und besonderen Situationen begegnet** wird.¹⁴ Das LVwG OÖ hat erst unlängst festgestellt, dass eine bloße „Mit-Verursachung“ nicht ausreicht, um von einer durch den Fischotter verursachten Gefahr eines erheblichen Schadens ausgehen zu können.¹⁵ Auch im Kontext von Teichanlagen gilt die Multikausalität für Verluste.

Die Erläuterungen zum Begutachtungsentwurf lassen erneut keinen Schluss auf die Gefahr erheblicher Schäden an Teichanlagen zu. Es liegen nach wie vor keine bezifferten Schadensangaben oder eine (Foto-)Dokumentation zu den angeblich verursachten Fraßschäden vor, was keiner klaren, genauen und fundierten Darlegung wie vom EuGH gefordert, entspricht und hinsichtlich der Erheblichkeit und möglicher gelinderer Mittel keine Aussage zulässt. Ebenso mangelt es in den Erläuterungen noch stets an Datengrundlagen, die das Ausmaß der von Fischottern verursachten Verluste in der Teichwirtschaft deutlich machen und eine entsprechende Ausnahme begründen. Dadurch ist unklar, weshalb die gegenständliche Verordnung überhaupt einer Verlängerung der Geltungsdauer bis Ende Februar 2024 bedarf.

¹² EuGH C-674/17, *Tapiola*, ECLI:EU:C:2019:851, Rn 41.

¹³ EuGH C-674/17, *Tapiola*, ECLI:EU:C:2019:851, Rn 42.

¹⁴ EuGH C-60/05, ECLI:EU:C:2006:378, Rn 34; EuGH C-164/09, nicht veröffentlicht, ECLI:EU:C:2010: 672, Rn 25.

¹⁵ LVwG OÖ 28.9.2021, LVwG-55206.0 I9 /KLe/HK.

Die Behörde führt dazu nur das Folgende sehr allgemein aus:

„Es erscheint daher gerechtfertigt – insbesondere im Hinblick darauf, dass die zum Zeitpunkt der Erlassung der Verordnung für die Notwendigkeit der Verordnung in den Erläuterungen genannten Gründe nach wie vor bestehen – die Geltungsdauer der Verordnung um 8 Monate bis Ende Februar 2024 zu erstrecken.“ (Erläuterungen, S 3).

Der Ausnahmegrund des Art 16 Abs 1 lit b FFH-RL kann daher für den Erlass der vorliegenden Verordnung nicht zur Anwendung kommen. Im Hinblick auf die Bestimmungen von Art 12 FFH müssen in hinreichender und überprüfbarer Weise angemessene und wirksame Maßnahmen durchgeführt werden.

Demselben Ansatz ist in Bezug auf das Ausnahmeregelungssystem in Art 16 zu folgen.¹⁶ Die in der vorliegenden Verordnung ermöglichten Entnahmen bis Ende Februar 2024 stellen **kein probates Mittel zur Erreichung des in § 1 der Verordnung genannten Zieles** dar:

Auch lokal konzentrierte Entnahmen in hohem Ausmaß über zumindest 4 Kalenderjahre haben laut Angaben der Behörde nicht dazu geführt, das Ziel der Verordnung zu erreichen, womit eine Verlängerung und damit Erhöhung des Kontingentes nicht schlüssig ist.¹⁷ Die Zielerreichung ist auch deshalb zu bezweifeln, weil bei einer erfolgten Entnahme anzunehmen ist, dass andere Fischotter das freigewordene Revier besetzen. Bisherige Entnahmen von Fischottern in anderen Bundesländern haben diese Annahme zudem bestätigt. Vielmehr kam es zu einem Austausch der Individuen und vielfach waren vor allem Durchzügler auf der Suche nach neuen Revieren von den Entnahmen betroffen. Es wäre von der Behörde nachzuweisen gewesen, dass die Entnahme der Fischotter geeignet ist, um das genannte Ziel zu erreichen, was den Erläuterungen, wie bereits ausgeführt, erneut nicht entnommen werden kann.

Der Begutachtungsentwurf macht das Ergreifen von Schutzmaßnahmen für Fischteiche abseits von Zäunen erneut *de facto* überflüssig und legt damit die höchst problematische Grundlage dafür, dass in Zukunft immer wieder rechtswidrige Entnahme-Verordnungen oder Abschussbescheide erlassen werden. Die Lösung des Problems der ungeschützten Teiche wird so auf Dauer nicht gelöst. **Das Artenschutzziel der FFH-RL für die Art des Fischotters, nämlich eine überlebensfähige Fischotterpopulation im österreichischen Gebiet der kontinentalen biogeographischen Region zu erhalten, kann dadurch sehr wahrscheinlich auf Dauer konterkariert werden.**

¹⁶ Europäische Kommission, Leitfadens zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse zu Art 16, 3-12.

¹⁷ 80% der Tiere wurden in Gmünd entnommen

Überdies zeichnet sich der Verordnungstext insgesamt durch **unklare, unscharfe Formulierungen aus**, die eine Vollziehung dieser Verordnung erschweren und insbesondere auch die Normadressat:innen vor Schwierigkeiten bei der Nutzung der Eingriffsberechtigung stellen. Auch sind **keinerlei Sanktionen beim Zuwiderhandeln gegen die Auflagen** vorgesehen. Diese rechtlichen und inhaltlichen Mängel wurden auch durch den vorliegenden Begutachtungsentwurf nicht behoben.

5. 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 EuGH¹⁸ 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“*.¹⁹

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“*.²⁰

Bereits § 2 Abs 1 der geltenden Verordnung legt fest, dass Entnahmen nur an jenen Teichanlagen erlaubt sind, an denen Zäunungen nicht ausreichend zielführend umsetzbar sind. Für die Beurteilung, ob *„Zäunungen nicht ausreichend zielführend umsetzbar sind“* bleibt den berechtigten Teichwirt:innen aber ein **viel zu weiter Spielraum**. Dass die Beurteilung des Kriteriums *„anderweitige zufriedenstellende Lösung“* dem Ermessen der berechtigten Teichwirt:innen überlassen wird, und nicht vorgegeben wird, wie dies zu dokumentieren und zu begründen ist, lässt sich zweifellos nicht mit den Vorgaben des Art 16 FFH-RL vereinbaren.

¹⁸ 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.

¹⁹ EuGH C-674/17, *Tapiola*, ECLI:EU:C:2019:851, Rn 47.

²⁰ EuGH C-674/17, *Tapiola*, ECLI:EU:C:2019:851, Rn 49 ff.

Dass die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen die Stelle trifft, die über Erteilung von Ausnahmegenehmigungen entscheidet, geht ebenso eindeutig aus EuGH Rs *Tapiola* hervor. Auch der gegenständliche Begutachtungsentwurf, der nur den Geltungsbereich der bestehenden Verordnung verlängert, diese aber inhaltlich nicht abändert, hat diesen Mangel nicht behoben.

Zum anderen ist es nicht nachvollziehbar, warum die Verordnung ausschließlich Zäunungen als Präventionsmaßnahme zulässt: Auf mögliche Alternativen, wie sie im erst kürzlich beschlossenen *Fischotter Managementplan Niederösterreich (2021)*²¹ genannt werden, wird von der Behörde auch im gegenständlichen Begutachtungsverfahren nicht weiter eingegangen.

Das LVwG OÖ²² hat zur zufriedenstellenden Alternativlösung etwa ausgeführt:

*„Zufriedenstellend“ ist demnach 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 beeinträchtigend 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. Es sind daher die bereits auch im Managementplan Fischotter Oberösterreich formulierten präventiven Maßnahmen bezüglich Eignung und Realisierbarkeit hin zu überprüfen, Diese Analyse hat jedenfalls vor der Erteilung von Ausnahmen (Zwangsabschuss) bezogen auf den konkreten Fall zu erfolgen.“* (Hervorhebungen nicht im Original).

Der *Fischotter Managementplan Niederösterreich (2021)*²³ sieht bei Konflikten mit Fischottern an Fischteichen neben Zäunungen eine ganze Reihe von anderen gelinderen Mitteln vor, beispielhaft insbesondere

- Alternativnahrungsangebot durch vegetationsreiche und naturnahe Ufer,
- Alternativnahrungsangebot durch Weißfisch Besatz („Polykultur“),
- Geringe Besatzdichten in extensiv bewirtschafteten Teichen,
- Abschreckung durch Lärm, Düfte, etc.,
- Teich im Frühjahr besetzen, im Herbst abfischen und im Winter (fisch)leer lassen,
- Ablenkteiche.

²¹ Fischotter Managementplan Niederösterreich (2021), 23ff.

²² LVwG OÖ 28.9.2021, LVwG-55206.0 I9 /KLe/HK.

²³ Fischotter Managementplan Niederösterreich (2021), 24-33.

Laut dem *Fischotter Managementplan Niederösterreich (2021)* in Übereinstimmung mit Art 16 FFH-RL ist bei Entnahmen jedenfalls nachzuweisen, dass es **keine anderweitigen zufriedenstellenden Lösungen gibt**. „Für eine Entnahme durch eine Ausnahmeregelung gemäß § 20 Naturschutzgesetz ist eine entsprechende Sachverhaltsprüfung sowie die Dokumentation der Entnahmen und deren Wirksamkeit für das damit verfolgte Ziel sowie die Auswirkungen auf die Population erforderlich.“²⁴

Die Erläuterungen lassen nicht darauf schließen, dass die im *Fischotter Managementplan Niederösterreich (2021)* genannten gelinderen Mittel auf ihre Eignung hin geprüft wurden:

- Etwa wurde das Thema Anpassung der Besatzmaßnahmen ausgespart,
- Welche sonstigen Alternativen in Frage kommen könnten, wurde von der Behörde nicht einmal geprüft (zB Sicherung von Hälterungen bzw. sonstige Maßnahmen laut *Fischotter Managementplan Niederösterreich (2021)* wie Anpassung von Besatz in Teichen und Fließgewässern).

Somit folgt die Behörde nicht nachvollziehbar dem erst kürzlich fertiggestellten *Fischotter Managementplan Niederösterreich (2021)* **nicht**.

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.²⁵

6. 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**.

²⁴ Fischotter Managementplan Niederösterreich (2021), 35.

²⁵ *Europäische Kommission*, Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie (2021), 74.

In seinem Urteil zur Auslegung des Art 16 FFH-RL hat der EuGH festgehalten, dass der günstige Erhaltungszustand eine „*unabdingbare Voraussetzung*“²⁶ 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*“²⁷. Dies 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.

Gemäß § 2 Abs 2 der geltenden NÖ Fischotter-Verordnung dürfen an den von der Verordnung umfassten Teichanlagen, bezogen auf das Bundesland Niederösterreich, insgesamt höchstens 50 Fischotter pro Kalenderjahr entnommen werden.

Das Eingriffskontingent umfasst für den Verwaltungsbezirk Gmünd höchstens 15 und für die übrigen Verwaltungsbezirke bzw. Teile von Verwaltungsbezirken, sofern sie sich in der kontinentalen biogeografischen Region befinden, jeweils höchstens fünf Fischotter. Die Zahlen sind hier weiterhin **widersprüchlich**, auf der einen Seite sollen maximal 50 Individuen entnommen werden dürfen, auf der anderen Seite geben die Bezirkskontingente mehr als 50 Individuen zur Entnahme frei (1x15 für Gmünd und für jeden Verwaltungsbezirk der in der kontinentalen biogeografischen Region liegt – das sind definitiv mehr als 7 – maximal 5 Individuen).

Schöpfen also alle der betreffenden Bezirke (Gmünd + 21 andere) ihr jeweils zulässiges Eingriffskontingent aus, kommt man auf mehr als 100 Entnahmen. Hier mangelt es bereits an der Vorgabe einer begrenzten Anzahl von Individuen – also der Untersuchungsgrundlage für die Feststellung einer Beeinträchtigung des günstigen Erhaltungszustandes. Aufgrund eines fehlenden Monitorings und der Entnahmen der letzten Jahre im Rahmen der bisherigen Fischotter-Verordnung ist der Erhaltungszustand des Fischotters in Niederösterreich aktuell nicht bekannt, die letzten bekannten Zahlen zum Fischotterbestand stammen aus dem Jahr 2018 und sind somit keine adäquate Datengrundlage. Zudem erfolgten die im Rahmen der letzten Verordnung getätigten Entnahmen größtenteils sehr konzentriert in nur einem Bezirk. Mehr als 80% der insgesamt entnommenen Tiere stammten aus Gmünd, eine Beeinträchtigung des lokalen Erhaltungszustandes ist somit nicht auszuschließen. Dieser Mangel wurde auch durch den gegenständlichen Begutachtungsentwurf nicht behoben.

²⁶ EuGH C-674/17, *Tapiola*, ECLI:EU:C:2019:851, Rn 55.

²⁷ EuGH C-674/17, *Tapiola*, ECLI:EU:C:2019:851, Rn 68.

Auch berücksichtigt die jährliche Entnahme von 50 Fischottern mögliche Abgänge durch illegale Verfolgung oder Tötungen im Straßenverkehr nicht. Da in diesem Bereich aber von einer hohen Dunkelziffer auszugehen ist, weil viele durch den Straßenverkehr getötete Tiere nicht gemeldet werden, und diese eben nicht auf das Entnahmekontingent angerechnet werden, wird es *de facto* auch weitaus mehr Verluste geben.²⁸

Auch können Verluste von noch abhängigen Jungtieren nicht ausgeschlossen werden, das haben bereits durchgeführte Entnahmen in Niederösterreich gezeigt.²⁹

In diesem Zusammenhang hat der EuGH auch unmissverständlich klar gemacht, dass die „*ausnahmsweise Gewährung solcher Ausnahmen*“ im Lichte des **Vorsorgeprinzips**³⁰ 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 vom Aussterben bedrohten Art trotz dieser Ausnahmeregelung gewahrt oder wiederhergestellt werden kann*“.³¹

Bereits die Entnahmeentscheidung (Bescheid) der Landesregierung zum Fischotter aus dem Jahr 2018 konnte nicht darlegen, ob der Fischotter trotz vorgesehener Entnahmen weiterhin in einem günstigen Erhaltungszustand verweilt. Dieser Ermittlungsmangel führte zur Aufhebung des Bescheides durch das LVwG NÖ. Der in Geltung stehenden NÖ Fischotter-Verordnung und ihrer anvisierten Verlängerung haftet derselbe Mangel an. Weder der ursprünglichen Verordnung noch dem Begutachtungsentwurf oder den Erläuterungen zum VO-Entwurf ist zu entnehmen, ob bzw. dass eine entsprechende Ermittlung stattgefunden hat. Es kann nicht die Möglichkeit sein, dass die Behörde über die Wahl der Rechtsform eine – bereits in der Vergangenheit unrechtmäßig unterlassene – Eingriffsprüfung umgeht.

„Das erkennende Gericht verkennt nicht, dass die belangte Behörde generell – im Rahmen der freien Beweiswürdigung – auch ihr bekannte Sachverhalte und auch Gutachten aus anderen Verfahren (Vorverfahren) heranziehen kann. Im gegenständlichen Fall kann jedoch nicht übersehen werden, dass hinsichtlich der Feststellung des

²⁸ Gutachter Dr. Andreas Kranz – Country Representative für Österreich in der IUCN Otter Specialist Group und weit über Österreich hinaus tätig – brachte dem Amt der NÖ Landesregierung zur Kenntnis, dass die auf ein langjähriges systematisches Totfundmonitoring in Tschechien (POLEDNÍKOVÁ et al. 2010*) gestützte Modellrechnung hinsichtlich der Auswirkungen von Fischotterentnahmen aus der Gesamtpopulation ergab, dass bei den in Tschechien registrierten anthropogen bedingten Ausfällen von Ottern (Kollision im Straßenverkehr etc.) gerade einmal 2 % der Tiere entnommen werden können, ohne ein Risiko für den Bestand einzugehen (siehe AMT DER NÖ LANDESREGIERUNG 2017a, S 18 f u 51). *POLEDNÍKOVÁ, K., POLEDNÍK, L. HÁJKOVÁ, P., ZEMANOVÁ, B., VĚTROVCOVÁ, J., HLAVÁČ, V., BERAN, V., ČAMLÍK, G. & MINÁRIKOVÁ T. (2010): Struktura, dynamika a růst populace vydry říční (Lutra lutra L.) České republice, Report for Ministry of Environment, ALKA Wildlife, 44 pp.

²⁹ Vgl den dokumentierten Fall in Niederösterreich, wo ein laktierendes Weibchen während der Schonzeit abgeschossen wurde, weil es von einem Jäger als Männchen verkannt worden war und ein lebend gefangenes weibliches Individuum als männlich eingestuft und getötet wurde.

³⁰ Art 191 Abs 2 AEUV: „Die Umweltpolitik der Union zielt unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Gegebenheiten in den einzelnen Regionen der Union auf ein hohes Schutzniveau ab. Sie beruht auf den Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung, auf dem Grundsatz, Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem Ursprung zu bekämpfen, sowie auf dem Verursacherprinzip.“

³¹ EuGH C-674/17, Tapiola, ECLI:EU:C:2019:851, Rn 66.

Vorliegens einer identen Sachlage zum jeweiligen Entscheidungszeitpunkt (insbesondere betreffend die Schadensituation und eines eventuell sich daraus ergebenden zulässigen (notwendigen) Eingriffes im Sinne des § 20 NÖ NSchG) keine fachlichen Erhebungen (Einholung von dem entsprechenden Gutachten bzw. Stellungnahmen bzw. zumindest bezugnehmend auf die Begutachtungen im „Vorverfahren“ eine fachliche Klärung, ob die fachlichen Ausführungen noch gültig sind bzw. ob sich Änderungen ergaben) erfolgt sind. Ebenso erfolgte im gegenständlichen Verfahren keine Beurteilung, ob aus fachlicher Sicht durch den gegenständlichen Eingriff die Population der betroffenen Art (Fischotter) in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet, trotz der Ausnahmegenehmigung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilt. [...]

Aufgrund dieser Beurteilung alleine ist eine - im gegenständlichen Verfahren notwendige - verlässliche Prognose, ob trotz der gegenständlichen Ausnahmegenehmigung das Verweilen der Fischotter im natürlichen Ausbreitungsgebiet in einem günstigen Erhaltungszustand (sofern ein solcher aus fachlicher Sicht überhaupt gegeben ist – auch dies wird durch eine naturschutzfachlichen Sachverständigen zu prüfen sein) zu erwarten ist, nicht möglich.“ (LVwG NÖ 26.6.2019, LVwG-AV-1213/001-2018).

§ 2 Abs 3 der Verordnung widmet sich den Zeiträumen für die Ausnahmen von der Schonzeit.

Adulte Fischotterweibchen kommen etwa alle 43 Tage in Hitze, um gedeckt zu werden. Es gibt „keine fix festgelegte jahreszeitabhängige Paarungszeit.“³² Fischotter haben **keine festgelegte Paarungs- bzw Ranzzeit**, was bei der Festlegung der Entnahmezeiten nicht beachtet wird. Eine Trächtigkeit und das Auftreten von vom Muttertier abhängigen Jungtieren ist sohin ganzjährig möglich, wodurch die Entnahme von trächtigen, führenden und säugenden Tieren möglich ist. Junge sind 12 Monate vom Muttertier abhängig, erst dann löst sich der Mutter-Kind Familienverband auf. Durch das Fangen und Töten von Fischotterweibchen besteht die erhebliche Gefahr, dass Mutter- und Jungtiere über einen Zeitraum von mehreren Stunden bzw. überhaupt voneinander getrennt sind und so die nicht selbsterhaltungsfähigen Jungtiere qualvoll verenden, weil sie nicht von ihrer Mutter versorgt werden können. Die Entnahme eines Muttertieres stellt einen klaren Verstoß gegen das Tierschutzgesetz dar.

Da sowohl die bestehende Verordnung als auch der Begutachtungsentwurf **kein ordentliches Monitoring des Erhaltungszustandes** gewährleistet und ein solches auch in der Praxis nicht durchgeführt wird, kann eine Beeinträchtigung des Erhaltungszustandes über den Verordnungs-Zeitraum hinweg nicht ausgeschlossen werden. Da die Verordnung nunmehr sogar um 8 Monate verlängert werden soll und eine Überprüfung des Erhaltungszustandes vor Außerkrafttreten der bereits bestehenden Verordnung nicht vorgesehen ist, müssten die einzelnen Entnahmen aber umso genauer untersucht werden.

³² Vgl Fischotter Managementplan Niederösterreich (2021), 7.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für jeden Einzelfall nicht hinreichend nachgewiesen ist, dass die Entnahmen keine Auswirkungen auf den Erhaltungszustand haben. Vorliegende Daten und die genannten Unklarheiten und Unstimmigkeiten in der Verordnung lassen ÖKO-BÜRO und den WWF Österreich daran zweifeln, dass die durch die VO genehmigten Tötungen für den günstigen Erhaltungszustand der Fischotterpopulationen neutral sein werden. Die Verordnung bzw. deren Verlängerung erfüllt daher nach Ansicht der beiden Umweltorganisationen nicht die strengen Voraussetzungen an Ausnahmen gem Art 16 FFH-RL.

7. Fang und Tötungsmethoden nicht selektiv; Verletzungsgefahr

Art 15 lit a FFH-RL verbietet für das Fangen oder Töten von geschützten Arten den Gebrauch aller nicht selektiven 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.

§ 3 Abs 4 der geltenden NÖ Fischotter-Verordnung sieht vor, dass Individuen anderer Arten, die sich irrtümlich gefangen haben, unverzüglich und unversehrt frei zu lassen sind. Ein selektiver Fang kann also durch die Verwendung von Abfangsystemen, wie sie jagdrechtlich zum Fang anderer von der Größe her vergleichbarer mararderartiger Tiere zulässig sind (§ 3 Abs 1) nicht gewährleistet werden.

Die Bedingungen der Ausnahmegenehmigungen nach Art 16 Abs 1 FFH-RL verstoßen daher auch aus diesem Grund gegen die FFH-RL. Gemäß § 3 Abs 3 der NÖ Fischotter-Verordnung ist nach einer Meldung über ein elektronisches Meldesystem das Abfangsystem „möglichst“ unverzüglich zu kontrollieren. – „Möglichst“ lässt einen erheblichen zeitlichen Spielraum für die Fallenkontrolle bestehen. Um nicht dem Verbot der Tierquälerei zuwiderzuhandeln, sollte die Verordnung von den berechtigten Teichwirt:innen eine **unverzügliche Kontrolle der Fallen** verlangen. Da der Begutachtungsentwurf die geltende Verordnung inhaltlich unverändert übernimmt, wird dieses Problem nicht saniert.

Zudem sieht § 3 Abs 5 der NÖ Fischotter-Verordnung vor, dass die Tötung rasch und möglichst schmerzfrei zu erfolgen hat. Hier bleibt völlig offen, wie eine Tötung zu erfolgen hat. Das sollte nach Ansicht von ÖKO-BÜRO und dem WWF Österreich jedenfalls nicht im Ermessen des:der Berechtigten liegen. Zudem wurde erneut nicht der Tierarzt:innenvorbehalt berücksichtigt (siehe sogleich, Punkt 8).

8. Fehlende Berücksichtigung des Tierärzt:innenvorbehalts

§ 3 Abs 6 der geltenden Verordnung regelt die Eingriffsberechtigung beim Fallenfang und legt das Folgende fest:

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

§ 4 Abs 2 der geltenden Verordnung legt in Bezug auf die unmittelbare Tötung ebenfalls fest:

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

Da der Fischotter nicht als „Wild, jagdbare Tiere“ in § 3 NÖ JagdG³³ 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 Fischotter 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 Fischotter 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.

³³ NÖ Jagdgesetz 1974, LGBl. 6500-0 idgF (in der Folge „NÖ JagdG“).

9. Fehlende Monitoring Vorgaben

Jedenfalls zu beanstanden ist auch das **Fehlen eines klar vorgegebenen Monitorings**, und zwar sowohl was den **Erhaltungszustand des Fischotters** betrifft als auch die **Auswirkungen der Maßnahmen die Teiche** betreffend. Das ist umso bedenklicher, als die zeitliche Geltungsdauer der Verordnung nun nochmals um eine Entnahmemperiode verlängert werden soll.

Eine Grundvoraussetzung für die Bewilligung von Ausnahmen ist jedoch, dass der Erhaltungszustand nicht beeinträchtigt wird. Dem EuGH zufolge ist eine Ausnahmegenehmigung nach Art 16 Abs 1 FFH-RL „auf Kriterien zu stützen, die so definiert sind, dass die Erhaltung der Populationsdynamik und -stabilität der betreffenden Art langfristig sichergestellt ist“.

Ohne Monitoring kann also nicht beurteilt werden, ob die Entnahmen geeignet sind, um die genannten Ziele zu erreichen, und ob der Erhaltungszustand durch die genehmigten Entnahmen nach der Verordnung beeinträchtigt wird.

Das verpflichtende Monitoring des Erhaltungszustandes wird über § 5 der geltenden NÖ Fischotter-VO 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 keine Vorgaben, die ein Monitoring im Sinne des oben gesagten ermöglichen könnten. Es müsste über den Verordnungszeitraum hinweg eine Beobachtung des Erhaltungszustandes des Fischotters sowie der Entwicklung der Schadsituation an Teichen erfolgen und die Entnahmen ggfs angepasst werden.

Nach § 5 der NÖ Fischotter-Verordnung sind Eingriffe nur zulässig, wenn davor eine tagesaktuelle Information eingeholt wurde, dass die Entnahmemenge noch nicht ausgeschöpft ist. Im letzten Satz heißt es dazu: *„Die Berechtigung zum Eingriff bezieht sich jeweils nur auf einen Fischotter.“* Aus den Erläuterungen zum damaligen VO-Entwurf geht zwar hervor, dass nur die Information, dass das mögliche Entnahmemaß noch nicht ausgeschöpft ist, eine Berechtigung auslöst, doch stellt sich die Frage, ob ein:e Berechtigter:r dann für einen gewissen Zeitraum gesperrt ist. Da eine Meldung erst binnen 24 Stunden zu erfolgen hat und daher ein entnommener Fischotter am Folgetag möglicherweise noch nicht in der tagesaktuellen Information erfasst ist, 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 Fischotter beschränkt, aber die Anzahl der Berechtigungen ist nicht beschränkt**. 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 Entnahmemenge noch nicht erreicht ist.

Da sich aus der Verordnung keine Verpflichtung zur Abstimmung der einzelnen Berechtigten ergibt, ist es also durchaus möglich, dass z.B. vier Berechtigte die Information beziehen, dass noch ein Otter entnommen werden darf.

Somit entsteht bei allen vier auch die Berechtigung zur Entnahme und wenn diese am selben Tag auch genutzt wird, werden in diesem Beispiel drei Fischotter mehr als zulässig entnommen. Die Schaffung einer solchen Gefährdungssituation für den Fischotterbestand kann wohl kaum durch den Ordnungsgeber beabsichtigt sein und wird auch durch den vorliegenden Begutachtungsentwurf nicht klargestellt.

§ 5 Abs 2 der NÖ Fischotter-Verordnung sieht vor, dass getätigte Eingriffe innerhalb von 24 Stunden ab Tötung an die NÖ Landesregierung zu melden sind. Wie bereits oben dargestellt, ist es nicht nachvollziehbar, wie von Seiten der NÖ Landesregierung eine „*tagesaktuelle Information über die höchstmögliche Entnahmemenge*“ bereitgestellt werden kann, wenn für die Meldung eines Eingriffes ein ganzer Tag eingeräumt wird.

Innerhalb dieser 24 Stunden kann von anderen potentiell Berechtigten die Information bezogen werden, dass noch Entnahmen zulässig sind, weil aufgrund derselben Information erfolgte Entnahmen noch nicht gemeldet wurden.

Das Ergebnis wäre dann eine Entnahmezahl, die weit über die Höchstzahl pro Bezirk bzw. für ganz Niederösterreich hinausgeht. Des Weiteren fehlt es hier an einer korrespondierenden Pflicht der NÖ Landesregierung, die gemeldeten Tötungen auch unverzüglich im Informationssystem zu erfassen. Inwiefern die Informationen daher tatsächlich „*tagesaktuell*“ sind, ist weiterhin zu hinterfragen und wurde bereits in der ursprünglichen Stellungnahme zur NÖ Fischotter-Verordnung von ÖKOBÜRO und WWF Österreich moniert.

Getötete Fischotter sind zwar zur Beweissicherung, Kontrolle und Sicherung von Begleitdaten für 48 Stunden ab Meldung zur Verfügung zu halten, doch ergibt sich daraus noch keine Kontrollpflicht der Landesregierung. Aus den Erläuterungen ergibt sich, dass die Verlängerung als kostenneutral eingestuft wird, daraus muss geschlossen werden, dass keine Kosten für Untersuchungen von entnommenen Individuen für die Verlängerung vorgesehen sind. Eine Kontrollpflicht der zuständigen Behörde im Fall von Ausnahmegenehmigungen ergibt sich jedoch eindeutig aus Art 16 Abs 3 lit d und e FFH-RL.

Zur Kontrolle der erfolgten Entnahmen sind ausnahmslos alle entnommenen Fischotter einer pathologischen Untersuchung zuzuführen. Dies insbesondere auch, um zuverlässige Aussagen über die Auswirkungen der Entnahmen auf den Erhaltungszustand treffen zu können.

Angesichts dieser zahlreichen rechtlichen Mängel des Begutachtungsentwurfs, fordern WWF Österreich und ÖKOBÜRO, den Entwurf ersatzlos zurückzuziehen, die Arbeit an einem zielführenden Fischottermanagement fortzusetzen und die im *Fischotter Managementplan Niederösterreich (2021)* vorgeschlagenen Alternativmöglichkeiten umzusetzen.

Mit freundlichen Grüßen,



Mag. Thomas Alge
Geschäftsführer
ÖKOBÜRO – Allianz der Umweltbewegung



Mag.^a Hanna Simons
Stv. Geschäftsführerin
WWF Österreich