Rechtsfragen zum Biber

Rechtsgutachten vom 5. März 2015

von Dr. iur. Michael Bütler, Rechtsanwalt in Zürich

Im Auftrag des Bundesamts für Umwelt (BAFU)

Adresse des Autors:

Gloriastrasse 66, Postfach 860, CH-8044 Zürich

E-Mail: michael.buetler@bergrecht.ch

Webseite: www.bergrecht.ch

Inhaltsverzeichnis

I. Ausgangslage und Auftrag	5
II. Zusammenfassung der Resultate	5
III. Rechtsstellung des Bibers und seines Lebensraums	7
1. Zur Lebensweise des Bibers	7
2. Biber als geschütztes Wildtier	9
2.1 Rechtsgrundlagen im Völker- und Bundesrecht	9
2.2 Konzept Biber Schweiz (Version 2004)	10
3. Rechtsgrundlagen zum Lebensraum des Bibers	12
3.1 Einleitung	12
3.2 Gewässerraum und Revitalisierungen	12
a) Überblick	12
b) Festlegung des Gewässerraums	13
c) Extensive Gestaltung und Bewirtschaftung des Gewässerraums	15
d) Revitalisierungen der Gewässer	16
e) Landwirtschaftliche Direktzahlungen bei ökologischem Leistungsnachweis ..	17
f) Fazit und Ausblick	17
3.3 Der Biber-Lebensraum als schützenswertes Biotop	18
a) Rechtliche Vorgaben zur Erhaltung genügend grosser Lebensräume	18
b) Der Biber-Lebensraum als schützenswertes Biotop nach Bundesrecht	20
3.4 Biberreviere in Natur- und Landschaftsschutzgebieten	21
a) Allgemeine Biotopschutzinventare des Bundes	22
b) Moorschutz- und Moorlandschaftsinventare des Bundes	23
c) Wasser- und Zugvogel- sowie Jagdbanngebiete-Inventare des Bundes	24
d) Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler	25
e) Kantonale und kommunale Natur- und Landschaftsschutzgebiete	25
IV. Konflikte im Zusammenhang mit dem Biber	25
1. Biberbauten und -schäden als Ausgangspunkt von Konflikten	25
1.1 Beispiele für Biberschäden	25
1.2 Biberschaden als Wildschaden im Sinne des Jagdrechts	26
2. Einordnung der Konflikte	26
2.1 Konflikte mit anderen Naturschutzzielen	26

2.2 Nutzungs- und Interessenskonflikte infolge menschlicher Aktivitäten	27
3. Rechtliche Instrumente zur Lösung von Zielkonflikten	27
3.1 Ausgangslage	27
3.2 Prinzipien und Konzepte zur Lösung von Zielkonflikten.....	28
3.3 Tatsächliche und rechtliche Umstände des Einzelfalls	30
3.4 Bundesgerichtsentscheide als Beispiele.....	31
a) Bekämpfung nicht einheimischer Krebse mit Gifteinsatz	31
b) Trinkwasserversorgung versus Auenschutz	32
4. Rechtslage betreffend Umgang mit Biberschäden und -konflikten.....	34
4.1 Biberschutz als Grundsatz.....	34
4.2 Prävention von Biberschäden	34
a) Beispiele und Zuständigkeit für Präventionsmassnahmen	34
b) Recht bzw. Pflicht zur Ergreifung von Verhütungsmassnahmen?.....	36
c) Zur Zumutbarkeit von Präventionsmassnahmen	37
4.3 Massnahmen gegen den Biber als Ausnahme.....	39
a) Abschuss oder Einfang einzelner Biber	39
b) Zum erheblichen Schaden.....	44
c) Befristete Regulierung von Biberbeständen	48
d) Grosser Schaden oder erhebliche Gefährdung.....	52
4.4. Einzelfrage zum Umgang mit weggeschwemmten Jungbibern.....	57
a) Ausgangslage und Fragestellung.....	57
b) Rechtliche Grundlagen und Beurteilung	57
4.5 Technische Eingriffe in den Biber-Lebensraum und in Biberbauten.....	59
a) Beispiele, Abgrenzung und Anwendungsbereich.....	59
b) Massnahmen bei Biberbauen und -dämmen gestützt auf das Jagdrecht?	60
c) Was sind baulich-technische Eingriffe in schützenswerte Biber-Biotope?	61
d) Materielle Voraussetzungen für Eingriffe in Biberlebensräume und -bauten ..	63
e) Bewilligungsverfahren für technische Eingriffe nach Art. 18 Abs. 1ter NHG ...	65
4.6 Sanktionen bei unzulässigen Eingriffen gegen Biber und ihre Bauten.....	70
a) Verwaltungsrechtliche Massnahmen	70
b) Strafrechtliche Sanktionen.....	71
4.7 Entschädigung von Biberschäden gemäss Jagdrecht	72
a) Schäden an Wald und landwirtschaftlichen Kulturen	72
b) Andere Schäden und Präventionsmassnahmen	72

5. Rechtliche Lösungshinweise zu ausgewählten Konfliktfällen	73
5.1 Konflikte mit anderen Naturschutzzielen.....	74
a) Überschwemmung des Lebensraums einer nicht mobilen Pflanzenart	74
b) Überschwemmung eines geschützten Moors von nationaler Bedeutung	75
c) Gesetzgeberischer Revisionsbedarf?	77
5.2 Konflikte mit menschlichen Nutzungen	78
a) Biberstau in Auengebiet beeinträchtigt angrenzende Landwirtschaftsfläche ..	78
b) Zulässigkeit der Holznutzung in Schutzgebiet mit Biberpräsenz?	82
c) Biberseen in Trinkwasserschutzgebieten.....	86
6. Haftungsfragen	92
6.1 Schäden durch Biberbaue und -dämme sowie gefälltte Bäume.....	92
6.2 Kurze Übersicht zu den Haftungsgrundlagen und -voraussetzungen	92
6.3 Haftung von Gemeinwesen im Zusammenhang mit Biberschäden?	95
a) Staatshaftung	95
b) Haftung des Tierhalters	98
c) Haftung des Werkeigentümers	98
d) Haftung des Grundeigentümers	103
e) Haftung wegen Ablehnung oder Unterlassung behördlicher Massnahmen? ..	103
6.4 Zur Haftung von natürlichen oder juristischen Personen	105
6.5 Massnahmen zur Schadenvermeidung und Haftungsprävention.....	106
6.6 Lösungshinweise zu zwei ausgewählten Konstellationen.....	107
a) Untergrabung von Strassen und Wegen	107
b) Verklausungen und Überschwemmungen nach Dambruch	109
V. Fazit	112

I. Ausgangslage und Auftrag

- 1 Der Biber ist eine nach dem Jagdgesetz geschützte Art. Der Bund hat im Jahre 2004 ein Konzept Biber gemäss dem damaligen Art. 10 der Jagdverordnung erstellt. Im Auftrag des Bundesrats soll dieses Konzept überarbeitet und gemäss den aktuellen Gegebenheiten und den Erfahrungen der letzten Jahrzehnte angepasst werden.
- 2 Seit der Wiederansiedlung des Bibers Mitte des 20. Jahrhunderts hat dieser sich in der Schweiz ausgebreitet. Heute wird die Biberpopulation auf rund 2'000 Tiere geschätzt. Zunehmend verbreitet sich der Biber auch von den grossen Flüssen in kleinere Gewässer, wo es zu Konflikten mit Landnutzern kommt. Da der Biber aber noch nicht alle geeigneten Lebensräume flächendeckend besiedelt hat, ist mit seiner weiteren Verbreitung zu rechnen. Durch die Ausbreitung des Bibers in der Schweiz sind im Laufe der letzten Jahre vermehrt Konflikte mit menschlichen Bauten und Aktivitäten entstanden. Um diese Konflikte anzugehen und Lösungen für das zukünftige Biber-Management bzw. das neue Konzept Biber Schweiz auszuarbeiten, sollen im Rechtsgutachten Biber verschiedene Aspekte rechtlich geklärt werden. Diese Themen wurden von der Biberfachstelle zusammengestellt; sie gründen auf den Erfahrungen aus den letzten Jahrzehnten.

II. Zusammenfassung der Resultate

- 3 Das vorliegende Gutachten behandelt aktuelle Rechtsfragen zum Biber. Zuerst werden die Rechtsstellung des Bibers und seines Lebensraums erläutert. Der Biber ist eine nach Völker- und Bundesrecht (Berner Konvention und Jagdgesetz) geschützte Tierart. Sein Lebensraum entlang von und in Gewässern (oft bewaldete Uferbereiche) gilt nach dem Natur- und Heimatschutzrecht mindestens als schützenswertes Biotop, in Biotopen von nationaler Bedeutung als gut geschütztes Gebiet. Für den Biberlebensraum ist das Gewässerschutzrecht sehr bedeutsam. Dieses sieht die Ausscheidung von Gewässerräumen vor, in denen grundsätzlich ein Bauverbot gilt. Zudem werden die Kantone verpflichtet, in den kommenden Jahrzehnten weitere Revitalisierungen von stark beeinträchtigten Gewässerabschnitten zu planen und umzusetzen. Beides kommt der Etablierung des Bibers zu Gute. Allerdings dürften viele Nutzungskonflikte zwischen Mensch und Biber im Zusammenhang mit bestehenden Bauten und Anlagen sich kaum entschärfen, weil diese unter der Besitzstandsgarantie stehen.
- 4 Biber verändern und gestalten ihren Lebensraum durch ihre Grab- und Stauaktivitäten. Dies erhöht die Strukturvielfalt und Biodiversität des Gewässerraums, kann aber auch zu sog. Biberschäden an Wald, landwirtschaftlichen Kulturen, Infrastrukturen, in seltenen Fällen auch am Lebensraum und an der Artenvielfalt selber führen. Biberaktivitäten kollidieren also punktuell mit menschlichen Nutzungen und unter Umständen mit anderen Naturschutzzielen. Die auf dem Spiel stehenden, gleichrangigen Interessen sind einander teilweise entgegengesetzt: Arten- und Biotopschutz – Sicherheit, Leben und Gesundheit – Eigentum und Wirtschaftsfreiheit – Verkehr – Landwirtschaft – Landesverteidigung. Zur Konfliktlösung gilt es primär allseitig gesetzeskonforme Lösungen zu finden, welche die Rechtsordnung als Ganzes zum Tragen brin-

gen (Einheit der Rechtsordnung, Pflicht zur materiellen Koordination). Erscheint eine Normverletzung unvermeidbar, ist gestützt auf eine Interessenabwägung im Einzelfall zu entscheiden, welche Interessen vorgehen. Zu beachten sind jeweils anwendbare Spezialgesetze, welche z.B. eine Interessenabwägung einschränken und die konkreten Sachumstände.

- 5 Die Kantone haben Präventionsmassnahmen zu ergreifen (Abschüsse gehören nicht dazu), verfügen jedoch über einen erheblichen Ermessensspielraum. Den Behörden und teilweise den Privaten stehen verschiedene Instrumente zur Verfügung, um Schäden zu verhindern bzw. zu reduzieren. Erstens gibt es planerische und eigentliche Verhütungsmassnahmen (z.B. Verlegung eines Weges, Umzäunung von Feldern mit Elektrozäunen, Einzelschutz von Bäumen). Zweitens kommen baulich-technische Eingriffe in Biberbaue und -dämme in Betracht. Bei drohenden Beeinträchtigungen von geschützten Arten bzw. schutzwürdigen Biotopen bedürfen diese nach Art. 18 Abs. 1ter NHG jedoch einer vorgängigen (meist) kantonalen Bewilligung (mit Publikationspflicht im kantonalen Amtsblatt) auf der Grundlage einer Interessenabwägung. In Biotopen von nationaler Bedeutung sind Abweichungen von den Schutzziele nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen möglich, Moore und Moorlandschaften von nationaler Bedeutung sind praktisch absolut geschützt. Drittens können die Kantone nach dem Eintreten von Schäden jagdrechtliche Massnahmen (Einfang, Einzel- oder Regulierungsabschüsse) prüfen, dem BAFU beantragen bzw. anordnen. Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip sind jeweils Alternativen zu evaluieren; mildere, aber nachhaltig wirkende sind einschneidenden, kurzfristigen Massnahmen vorzuziehen. Ansonsten würde dem Biberschutz und anderen Gesichtspunkten nicht ausreichend Rechnung getragen.
- 6 Bei erheblichem Schaden kann das BAFU auf Antrag des betroffenen Kantons den Einfang oder ausnahmsweise den Abschuss von einzelnen, schadenstiftenden Bibern verfügen; das Konzept Biber Schweiz (Stand 2004) konkretisiert den offenen Begriff des erheblichen Schadens in quantitativer Hinsicht. Die Regulierung eines Biberbestandes in einer bestimmten Region, also der geplante Abschuss von mehr als 10 % einer Teilpopulation, setzt einen zu hohen Tierbestand, das Ergreifen von zumutbaren Verhütungsmassnahmen und einen grossen Schaden bzw. eine erhebliche Gefährdung voraus. Verschiedene Aspekte dieser Voraussetzungen sind unklar. Der betroffene Kanton kann befristete Regulierungsmassnahmen anordnen, bedarf aber der vorherigen Zustimmung des BAFU auf der Grundlage eines detaillierten Antrags. Unter den verschiedenen Tatbeständen für Regulierungsmassnahmen nennt die Jagdverordnung auch die erhebliche Gefährdung von Siedlungen oder im öffentlichen Interesse stehenden Bauten und Anlagen, welche auf Biberaktivitäten zugeschnitten ist. Es wird analysiert, was darunter zu verstehen ist. Die zuständigen Behörden haben bei der Auslegung einen gewissen Ermessensspielraum, Anordnungen müssen aber bundesrechtskonform ausgestaltet sein. Behördliche Verfügungen im Bereich Arten- und Biotopschutz (als Erfüllung einer Bundesaufgabe) unterstehen dem Verbandsbeschwerderecht der Umweltorganisationen. Unbewilligte Abschüsse oder Eingriffe in Biberbauten können sodann verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen.

- 7 Schäden an Wald und landwirtschaftlichen Kulturen (und Nutztieren) werden von Bund und Kantonen entschädigt, soweit Bewirtschafter zumutbare Verhütungsmassnahmen ergriffen haben. Hingegen werden andere Schäden (z.B. an Infrastrukturen oder Personenschäden) sowie Aufwendungen für Verhütungsmassnahmen nach geltendem Recht bzw. dem Konzept von 2004 nicht entschädigt.
- 8 Anschliessend werden ausgewählte Beispiele zu Konfliktfällen dargestellt und gestützt auf die anwendbaren Rechtsgrundlagen Lösungshinweise skizziert. Dabei geht es um die Überschwemmung des Lebensraums einer nicht mobilen Pflanzenart bzw. eines geschützten Moors von nationaler Bedeutung; ausserdem um einen Biberstau in einem Auengebiet, welcher eine angrenzende Landwirtschaftsfläche beeinträchtigt. Des Weiteren um die Frage der Zulässigkeit der Holznutzung in einem Schutzgebiet mit Biberpräsenz sowie um Biberseen in Trinkwasserschutzgebieten.
- 9 In einem letzten Teil werden Haftungsfragen analysiert, welche mit Schäden durch Biberbaue und -dämme sowie gefälltten Bäumen zusammenhängen. Als Haftungsgrundlagen stehen primär die Staatshaftung und die Haftung des Werkeigentümers im Vordergrund. Die Tierhalterhaftung scheidet aus, weil der Biber ein Wildtier ist und keinen Tierhalter hat. Die Komplexität der haftungsrechtlichen Fragen liegt darin begründet, dass der Umsetzung der Verkehrssicherungspflichten durch die Gemeinwesen bzw. Werkeigentümer bei Wegen, Hochwasserschutzbauten und anderen Bauten Pflichten basierend auf dem Arten- und Biotopschutz entgegenstehen. Es stellt sich die Frage, ob und welche Unterhaltsmassnahmen zulässig und für den Werkeigentümer zumutbar sind, solange eine behördliche Bewilligung aussteht. Die zuständigen Behörden (BAFU und Kantone) sind bei ihren Entscheiden betreffend Abschüsse und Eingriffe in Biberbauten mit schwer zu lösenden Zielkonflikten konfrontiert (insbesondere Nutzung, Sicherheit sowie Arten- und Biotopschutz). In allfälligen Staatshaftungsverfahren könnte das eingeklagte Gemeinwesen den Rechtfertigungsgrund der Wahrung einer Amtspflicht entgegenhalten. Daneben werden Massnahmen zur Schadenverminderung und zur Haftungsprävention angeführt. Schliesslich finden sich Lösungshinweise zu zwei Fallkonstellationen: Haftungsfragen betreffend Untergrabung von Strassen und Wegen sowie Verklausungen und Überschwemmungen infolge eines Dambruches. Ein kurzes Fazit rundet das Gutachten ab.

III. Rechtsstellung des Bibers und seines Lebensraums

1. Zur Lebensweise des Bibers

- 10 *Biber* sind sog. semiaquatische Säugetiere, welche als *Lebensraum Gewässer und Uferbereiche* beanspruchen. Er ist auf langsam fliessende oder stehende Gewässer und auf (für Grabungen) geeignete Uferstrukturen angewiesen. Als reiner Vegetarier bevorzugt der Biber vegetationsreiche Gewässerabschnitte mit Weichholzvorkom-

men.¹ «Der Biber *gestaltet* wie keine andere Tierart aktiv seinen Lebensraum. Mit den Biberdämmen in kleineren Fliessgewässern schafft der Biber Teiche und Feuchtgebiete, hebt damit den Grundwasserspiegel an und verändert dadurch die Vegetation auf den betroffenen Flächen. Durch das Fällen von Bäumen im Herbst und Winter bringt er Licht und Wärme auf den Boden und schafft ein Mosaik von Sukzessionsflächen. Gefällte und entrindete, nicht umgefallene oder in einem Biberbach überflutete und abgestorbene Bäume schaffen Totholz. Mit seinen Erdbauen und Röhren, die er in die Ufer gräbt, schafft er Angriffsflächen für Wasser und erhöht damit die Strukturvielfalt der Gewässer.»² Von dieser *Dynamik im und am Wasser* profitieren einerseits viele Tier- und Pflanzenarten (Erhöhung der Biodiversität). Andererseits können einzelne Tier- und vor allem Pflanzenarten oder Lebensräume dadurch beeinträchtigt werden, z.B. wenig mobile Arten oder ein Moorgebiet. Sodann können Probleme und Konflikte mit menschlichen Nutzungen entstehen, z.B. bei Wegen, landwirtschaftlichen Kulturen, Hochwasserschutzbauten, Trinkwasserfassungen.

- 11 Es ist wichtig, sich *Funktion und Bedeutung von Biberbauten und -dämmen* vor Augen zu halten: Der Biberbau, Erdhöhlen in der Uferböschung oder Asthaufen mit Wohnkammern am Ufer (auch Burg genannt), sind für einen Biber oder eine Biberfamilie lebenswichtige Zufluchtsorte vor Witterung und Räubern. Der Eingang der Baue und Burgen muss immer unter Wasser liegen, damit Eindringlinge abgehalten werden. Die Dämme bilden einen integralen Bestandteil eines Biberreviers und haben verschiedene, lebenswichtige Funktionen für den Biber. Meistens gibt es einen Hauptdamm, dessen Funktion es ist, den Bau oder die Burg zu schützen. Dieser Damm ist absolut lebensnotwendig für den Biber. Daneben bauen Biber verschiedene «Nebendämme»; sie dienen der Wasserstandregulierung (sodass die Baueingänge unter Wasser stehen) und als Transportweg für Baumaterialien sowie der Vergrößerung des Lebensraumes. Sie bieten beim Schwimmen eine erhöhte Sicherheit (Tauchen und Verstecken im Biberbach) und einen einfacheren Zugang zu Nahrungsquellen.³ Nachfolgend sind mit dem Begriff *Biberbauten* alle vom Biber errichteten Bauwerke gemeint (insbesondere Baue und Dämme).

¹ CLAUDINE WINTER, Grundlagen für den koordinierten Biberschutz, Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL), Bern 2001, S. 26.

² CHRISTOF ANGST, Mit dem Biber leben, Bestandserhebung 2008, Perspektiven für den Umgang mit dem Biber in der Schweiz, Bundesamt für Umwelt und Schweizer Zentrum für die Kartografie der Fauna (Hrsg.), Bern 2010, S. 104.

³ ANGST (FN 2), S. 24 f.; weitere Auskünfte vom BAFU im Dezember 2014.

2. Biber als geschütztes Wildtier

2.1 Rechtsgrundlagen im Völker- und Bundesrecht

- 12 Die Schweiz ist seit 1982 Vertragspartei des Übereinkommens über die Erhaltung der europäischen wildlebenden Pflanzen und Tiere und ihrer natürlichen Lebensräume (sog. *Berner Konvention*, BeK).⁴ Nach Anhang III gehört der Europäische Biber (*Castor fiber*) zu den *geschützten Tierarten*. Es ist darauf hinzuweisen, dass der Biber nicht zu den streng geschützten Tierarten im Sinne von Art. 6 BeK zählt, welche im Anhang II der Konvention aufgeführt sind. Generell haben die Vertragsparteien die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, um die Populationen geschützter Arten auf einem Stand zu halten oder auf einen Stand zu bringen, der insbesondere den ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfordernissen entspricht. Dabei ist den wirtschaftlichen und erholungsbezogenen Erfordernissen und Bedürfnissen von örtlich bedrohten Unterarten Rechnung zu tragen (Art. 2 BeK). Gemäss Art. 7 Ziff. 1 BeK ergreift jede Vertragspartei die geeigneten und erforderlichen gesetzgeberischen und Verwaltungs-Massnahmen, um den Schutz der in Anhang III aufgeführten wildlebenden Tierarten sicherzustellen. Jegliche Nutzung dieser Tiere ist so zu regeln, dass die Populationen in ihrem Bestand nicht gefährdet werden, wobei Art. 2 zu berücksichtigen ist; weitere Details werden in Ziff. 3 festgelegt. Bereits hier sei angemerkt, dass die Berner Konvention in Art. 9 Ausnahmen zu den Schutzverpflichtungen zulässt. Voraussetzung ist, dass es keine andere befriedigende Lösung gibt und die Ausnahme dem Bestand der betreffenden Population nicht schadet. Darauf wird noch zurückzukommen sein.
- 13 Auch auf Stufe *Bundesrecht* gilt der Biber (seit 1962) als geschützte Tierart; dies ergibt sich aus Art. 2 Bst. e i.V. mit Art. 5 und Art. 7 Abs. 1 Jagdgesetz (JSG).⁵ 1994 wurde der Biber auf der *Roten Liste* der Säugetiere als «eine vom Aussterben bedrohte Tierart» eingeteilt.⁶ Die Gefährdungskategorie dürfte künftig um zwei Kategorien auf «verletzlich» zurückgestuft werden.⁷ Die bisherige Wiederansiedlung des Bibers in der Schweiz ist als Erfolg im Artenschutz zu bezeichnen. Aus diesem Grunde wird der Biber auch in der sog. *Blauen Liste* aufgeführt. Diese Liste steht für Arten, die dank bestimmter Massnahmen im Naturschutz in den letzten 10 bis 15 Jahren zugenommen oder nicht weiter abgenommen haben.⁸ Die Kantone sind verpflichtet, für einen *ausreichenden Schutz der wildlebenden Säugetiere und Vögel vor Störung* zu sorgen (Art. 7 Abs. 4 JSG). Verschiedene andere Bundesgesetze und Verordnungen

⁴ Vom 19. September 1979 (SR 0.455).

⁵ Bundesgesetz über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel vom 20. Juni 1986 (SR 922.0).

⁶ BUWAL, Rote Listen der gefährdeten Tierarten der Schweiz, 1994, S. 21; www.bafu.admin.ch > Biodiversität > Rote Listen.

⁷ ANGST (FN 2), S. 9.

⁸ FRANCIS CORDILLOT/GREGOR KLAUS, Gefährdete Arten in der Schweiz, Synthese Rote Listen, Stand 2010, Bundesamt für Umwelt (Hrsg.), Bern 2011, 45, Ziff. 1.8.2. Umwelt-Zustand Nr. 1120: 111 S.

(insbesondere im Bereich Natur- und Heimatschutz sowie Gewässerschutz) schützen ihren Lebensraum. Weitere konkrete Pflichten zum Schutz des Bibers und seines Lebensraums werden nachfolgend an geeigneter Stelle aufgegriffen; ebenso Bestimmungen, welche ausnahmsweise Einzel- oder Regulationsmassnahmen gegen Biber vorsehen (insbesondere Art. 7 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 2 und Abs. 4 JSG).

- 14 Tiere sind keine Sachen; soweit für sie keine besonderen Bestimmungen bestehen, gelten die auf Sachen anwendbaren Vorschriften (Art. 641a Zivilgesetzbuch, ZGB).⁹ Wildlebende Tiere wie der Biber werden den sog. herrenlosen Sachen zugeordnet, d.h. sie haben keinen Eigentümer, sind allerdings verkehrsfähig (Art. 718 f. ZGB). Solange Wildtiere «nicht gejagt und ergriffen sind, stehen sie nicht im Privateigentum, sondern unter der Hoheit der Kantone oder Gemeinden, wo sie sich jeweils befinden» (Art. 664 Abs. 1 ZGB zu herrenlosen und öffentlichen Sachen in analoger Anwendung gemäss Art. 641a ZGB).¹⁰

2.2 Konzept Biber Schweiz (Version 2004)

- 15 Das *Konzept Biber Schweiz* wurde erstmals im März 2004 publiziert.¹¹ Es stützt sich auf Art. 10^{bis} (vormals Art. 10 Abs. 6) der Jagdverordnung (JSV).¹² Konzepte enthalten namentlich Grundsätze über a. den Schutz der Arten und die Überwachung von deren Beständen; b. die Verhütung von Schäden und von Gefährdungssituationen; c. die Förderung von Verhütungsmassnahmen; d. die Ermittlung von Schäden und Gefährdungen; e. die Entschädigung von Verhütungsmassnahmen und Schäden; f. die Vergrämung, den Fang oder den Abschuss, insbesondere über die Erheblichkeit von Schäden und Gefährdungen, den Massnahmenperimeter sowie die vorgängige Anhörung des BAFU bei Massnahmen gegen einzelne Bären, Wölfe oder Luchse; g. die internationale und interkantonale Koordination der Massnahmen; h. die Abstimmung von Massnahmen nach dieser Verordnung mit Massnahmen in anderen Umweltbereichen.
- 16 «Die *Aufgaben des BAFU* sind, den Biberschutz auf nationaler Ebene zu koordinieren, die Entfernung von einzelnen Bibern sowie die Umsiedlung und Wiederansiedlung zu bewilligen. Die *Kantone* setzen das Biberkonzept auf ihrem Gebiet um und sorgen dafür, dass die lokalen und regionalen Behörden sowie Interessengruppen über die Umsetzung des Konzeptes informiert sowie miteinbezogen werden.»¹³ Die Kantone sollen (auch ausserhalb von Schutzgebieten) die natürliche *Ausbreitung des*

⁹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

¹⁰ MICHAEL BÜTLER, Praxis und Möglichkeiten der Revision des schweizerischen Jagdrechts, Rechtsgutachten für das BAFU vom 15. Mai 2008, 20 f.; HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des Schweizerischen Sachenrechts, Band I, 3 Aufl., Zürich 2007, N 197.

¹¹ BUWAL (heute BAFU), Konzept Biber Schweiz vom 15. März 2004, vgl. www.bafu.admin.ch > Jagd & Fischerei > Fachgebiet Tiere > Biber > Tiere von A-Z > Biber.

¹² Verordnung über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel vom 29. Februar 1988 (SR 922.01).

¹³ Siehe www.bafu.admin.ch > Themen > Tiere > Tiere von A-Z > Biber.

Bibers und die Vernetzung der Lebensräume *fördern*, den *Biberbestand* periodisch *überwachen* (Monitoring) und die Verbreitung sowie die Anzahl der Biber bzw. Reviere erheben. Sie sind gehalten, Konzepte und Aktionspläne zu erstellen (Konzept 2004, Ziff. 3.1, 3.2.2, 3.2.6). Angesichts der wachsenden Ausbreitung der Biberpopulation(en) in der Schweiz, gewisser inhaltlicher Lücken (z.B. betreffend technische Eingriffe in Biberbauten, Gefährdung von Infrastrukturen und Bestandesregulierungen) und infolge von Revisionen im Jagdrecht soll das Konzept Biber im Jahre 2015 *überarbeitet und angepasst* werden.¹⁴

- 17 Es stellt sich die Frage, wie weit die Behörden an die Vorgaben des jeweils aktuellen *Biber-Konzepts* gebunden sind. Es handelt sich um eine *Vollzugshilfe* des BUWAL bzw. BAFU und richtet sich primär an die kantonalen Vollzugsbehörden. Ziff. 1 lautet: «Berücksichtigen die Vollzugsbehörden diese Vollzugshilfe, so können sie davon ausgehen, dass sie das Bundesrecht rechtskonform vollziehen. Andere Lösungen sind nicht ausgeschlossen, gemäss Gerichtspraxis muss jedoch nachgewiesen werden, dass sie rechtskonform sind.» Rechtlich gesehen handelt es sich beim Konzept Wolf des BAFU nach einer Entscheidung des Kantonsgerichts Wallis um eine Verwaltungsverordnung (welche nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht als verbindlicher Rechtssatz gilt). Ob die Einschätzung der *Rechtsnatur* betreffend die BAFU-Konzepte zutreffend ist, wäre im Einzelfall zu überprüfen, da es sich auch beim Konzept Biber mindestens um eine *atypische Verwaltungsverordnung* handeln dürfte. Denn sie richtet sich nicht an die Bundes-, sondern an die Kantonsverwaltung und betrifft punktuell auch die Rechtsposition von Privatpersonen (Präventionsmassnahmen, Entschädigungen usw.) und von Umweltorganisationen (*Aussenwirkungen*). Massgebend ist primär, ob die einzelnen Vorgaben des Konzepts *bundesrechtskonform* sind. Die rechtsanwendenden Behörden haben sich an Verwaltungsverordnungen nur zu halten, soweit sie den richtig verstandenen Sinn des Gesetzes wiedergeben. Die in Verwaltungsverordnungen vorgenommene Auslegung des Gesetzes unterliegt der richterlichen Nachprüfung (akzessorische Überprüfung). Der Richter soll Verwaltungsverordnungen bei seiner Entscheidung mitberücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen.¹⁵

¹⁴ Auskunft von CAROLINE NIENHUIS (BAFU) im April 2014.

¹⁵ So BGE 121 II 473 ff., 478, E. 2b, welcher jedoch *kein BAFU-Konzept betrifft*; vgl. Urteil KGer VS A1 10 84/85 vom 1. Oktober 2010, E. 5.1; ANDREAS SEITZ, Der Schutz des Wolfes in der Schweiz de lege lata et ferenda, URP 3/2011, S. 250 ff., 254 f.; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 1854.

3. Rechtsgrundlagen zum Lebensraum des Bibers

3.1 Einleitung

- 18 Der *Biber lebt in und entlang von Gewässern*. Speziell zu erwähnen sind die Baue und Dämme, also Bauwerke des Bibers. Dazu gehören seine «Wohnung» (Erd- und Mittelbaue und Burgen), Fluchtröhren, Biberdämme zur Wasserstandsregulation und Kanäle zum Schwimmen. «Mit dem Dammbau vergrössert der Biber...seinen Lebensraum.»¹⁶ Dieser wurde in den vergangenen 200 Jahren massiv verändert: «Viele Gebiete wurden trockengelegt, Bäche eingedolt, begradigt und fest verbaut.» Im Mittelland sind 38 % der Fliessgewässer in einem schlechten ökomorphologischen Zustand, im Landwirtschaftsgebiet 48 %.¹⁷ Durch den Bau von Siedlungen, Verkehrswegen sowie die Intensivierung der Landwirtschaft wurde der *Raum der Fliessgewässer* stark eingeengt. «70 Prozent der potenziell für den Biber besiedelbaren Gewässer weisen heutzutage ein- oder beidseitig eine Strasse auf. Und oft reicht die Landnutzung bis unmittelbar an die Gewässer.»¹⁸ Die Schaffung neuer Lebensräume für den Biber und der Schutz seines bestehenden Lebensraums sind deshalb vordringlich.
- 19 Verschiedene Normen im *Gewässerschutz-, Landwirtschafts- und Waldrecht* dienen der *Förderung und Ausbreitung des Bibers* und der *Vernetzung seiner Lebensräume*, insbesondere Revitalisierungen von Fliessgewässern, die Ausscheidung und extensive Bewirtschaftung der Gewässerräume, die Förderung von Biodiversitätsförderflächen im Landwirtschaftsrecht (mit Biodiversitätsbeiträgen als Direktzahlungen) sowie die Erhaltung und Verbesserung der biologischen Vielfalt im Wald (mit Finanzhilfen des Bundes z.B. für Waldreservate und Flächen mit hohen Anteilen an Alt- und Totholz, Waldpolitik 2020).¹⁹ Die wald- und landwirtschaftlichen Förderinstrumente werden hier nicht näher dargestellt.

3.2 Gewässerraum und Revitalisierungen

a) Überblick

- 20 Als Gegenvorschlag zur Volksinitiative «Lebendiges Wasser» beschloss das eidg. Parlament u.a. die *Änderung des Gewässerschutzgesetzes* zur Revitalisierung der Gewässer, zur Sicherung und extensiven Bewirtschaftung des Gewässerraumes, zur Ver-

¹⁶ ANGST (FN 2), S. 24 f. (inkl. zwei Zitate).

¹⁷ HEIKO ZEH WEISSMANN/CHRISTOPH KÖNITZER/ANITA BERTILLER, Strukturen der Fliessgewässer in der Schweiz. Zustand von Sohle, Ufer und Umland (Ökomorphologie); Ergebnisse der ökomorphologischen Kartierung, Bundesamt für Umwelt BAFU (Hrsg.), Bern 2009, S. 11.

¹⁸ ANGST (FN 2), S. 9 f.

¹⁹ Vgl. die Ausführungen in Rz. 20 ff. (Gewässerschutz); Art. 20 Abs. 4 und Art. 38 Abs. 2 Bundesgesetz über den Wald vom 4. Oktober 1991 (SR 921.0); Art. 70 Abs. 2 Bst. c, Art. 70a und Art. 73 Bundesgesetz über die Landwirtschaft vom 29. April 1998 (SR 910.1); Konzept Biber Schweiz (2004), Ziff. 3.2.2.

minderung der negativen Auswirkungen von Schwall und Sunk unterhalb von Wasserkraftwerken, zur Reaktivierung des Geschiebehaushalts usw. Die Revision trat Anfang 2011 in Kraft. Gemäss Art. 36a eidg. Gewässerschutzgesetz (GSchG)²⁰ legen die Kantone nach Anhörung der betroffenen Kreise den *Raumbedarf der oberirdischen Gewässer* fest, der erforderlich ist für die Gewährleistung der folgenden Funktionen: a. die natürlichen Funktionen der Gewässer, b. den Schutz vor Hochwasser und c. die Gewässernutzung (Abs. 1). Die Kantone sorgen dafür, dass der *Gewässerraum* bei der Richt- und Nutzungsplanung berücksichtigt sowie extensiv gestaltet und bewirtschaftet wird (Abs. 3).

- 21 Nach Art. 38a GSchG sind die Kantone verpflichtet, für die *Revitalisierung der Gewässer* zu sorgen. Sie berücksichtigen dabei den Nutzen für die Natur und die Landschaft sowie die wirtschaftlichen Auswirkungen, die sich aus der Revitalisierung ergeben (Abs. 1). Sie planen die Revitalisierungen und legen den Zeitplan dafür fest. Sie sorgen dafür, dass diese Planung bei der Richt- und Nutzungsplanung berücksichtigt wird (Abs. 2). Kurzfristige künstliche Änderungen des Wasserabflusses in einem Gewässer (*Schwall und Sunk*), welche die einheimischen Tiere und Pflanzen sowie deren Lebensräume wesentlich beeinträchtigen, müssen von den Inhabern von Wasserkraftwerken mit baulichen Massnahmen verhindert oder beseitigt werden (Art. 39a Abs. 1 GSchG). Gemäss Art. 43a Abs. 1 GSchG darf der *Geschiebehaushalt* im Gewässer durch Anlagen nicht so verändert werden, dass die einheimischen Tiere und Pflanzen, deren Lebensräume, der Grundwasserhaushalt und der Hochwasserschutz wesentlich beeinträchtigt werden. Die Inhaber der Anlagen treffen dazu geeignete Massnahmen.

b) Festlegung des Gewässerraums

- 22 Gestützt auf diese Gesetzesrevision passte der Bundesrat die Gewässerschutzverordnung (GSchV)²¹ entsprechend an. Im Zusammenhang mit dem Lebensraum des Bibers sind vor allem die konkreten Vorgaben zum Gewässerraum kurz darzustellen. Die Kantone haben den *Gewässerraum* bis Ende 2018 festzulegen. Solange sie dies noch nicht getan haben, wird der Gewässerraum bundesrechtlich bestimmt. Der Gewässerraum beträgt gemäss den *Übergangsbestimmungen* zur Revision vom 4. Mai 2011 auf einem beidseitigen Streifen mit einer Breite von je zwischen gut acht Metern und 20 m bei Fliessgewässern und 20 m bei stehenden Gewässern (mit einer Wasserfläche von mehr als 0,5 ha). In Art. 41a und 41b GSchV wird der von den Kantonen auszuscheidende Gewässerraum für Fliessgewässer und für stehende Gewässer detailliert festgelegt. Bei *Fliessgewässern* hängt der Gewässerraum von der natürlichen Gerinnesohlenbreite (gemäss der sog. Schlüsselkurve) ab, um eine ausreichende Biodiversität in den Ufer-

²⁰ Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991 (SR 814.20).

²¹ Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (SR 814.201).

streifen sicherzustellen.²² «Der Gewässerraum besteht aus dem Raum für eine natürliche Gerinnesohle und den beiden Uferbereichen.»²³ Bei stehenden Gewässern «[...] wird davon ausgegangen, dass der Gewässerraum ab einer Breite von 15 m als eigenständiger Lebensraum funktionieren kann.»²⁴ In Natur- und Landschaftsschutzgebieten gemäss den Bundesinventaren bzw. kantonalem Recht ist der Gewässerraum von Fliessgewässern (gemäss der Biodiversitätskurve) etwas breiter festzulegen als ausserhalb (Art. 41a Abs. 1 und 2 GSchV). Der Gewässerraum ist zudem zu erhöhen, wenn dies erforderlich ist zur Gewährleistung a. des Schutzes vor Hochwasser, b. des für eine Revitalisierung erforderlichen Raumes, c. der Schutzziele von Objekten der Bundesinventare sowie anderer überwiegender Interessen des Natur- und Landschaftsschutzes, d. einer Gewässernutzung (Art. 41a Abs. 3 GSchV). In dicht überbauten Gebieten kann die Breite des Gewässerraums den baulichen Gegebenheiten angepasst werden, soweit der Schutz vor Hochwasser gewährleistet ist (Art. 41a Abs. 4 GSchV).

23 Soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen, kann in bestimmten Fällen auf die *Festlegung des Gewässerraums verzichtet* werden, so wenn das Gewässer: a. sich im Wald oder in Gebieten, die im landwirtschaftlichen Produktionskataster gemäss der Landwirtschaftsgesetzgebung nicht dem Berg- oder Talgebiet zugeordnet sind, befindet; b. eingedolt ist; oder c. künstlich angelegt ist (Art. 41a Abs. 5 GSchV). Nach den Erläuterungen zur GSchV soll damit der «[...] Aufwand für die Festlegung des Gewässerraums begrenzt und auf jene Gewässer konzentriert werden, bei denen Konflikte zwischen Schutz und Nutzung wahrscheinlich sind.» Als *überwiegende Interessen*, welche eine Ausscheidung des Gewässerraums erfordern, gelten «[...] insbesondere Interessen des Hochwasserschutzes, des Natur- und Landschaftsschutzes, der Gewässernutzung oder die Sicherung der Funktionen des Gewässerraums, wenn dort verbotene Anlagen und Nutzungen bestehen oder geplant sind (z.B. Bauten, Strassen, Hochwasserschutz- oder Wasserbauprojekte, Wasserkraftnutzung, andere landwirtschaftliche Nutzungen als diejenigen, welche gemäss Art. 41c Abs. 4 GSchV erlaubt sind, etc.)»²⁵ Bei *eingedolten Gewässern* können die Kantone auf die Ausscheidung des Gewässerraums verzichten, weil ohne ein konkretes Bauprojekt der Gewässerverlauf einer künftigen Ausdolung häufig unklar sei. Wiederrum muss der Gewässerraum ausgeschieden werden, wenn überwiegende Gründe dafür sprechen (Hochwasserschutz, Schutz vor Verbauung mit im Gewässerraum unzulässigen Anlagen wie z.B. landwirtschaftlichen Güterwegen). Die Kantone können zudem bei *künstlich angelegten Gewässern* darauf verzichten, den Gewässer-

²² Näheres zum Gewässerraum bei HANS W. STUTZ, Uferstreifen und Gewässerraum – Umsetzung durch die Kantone, URP 2/2012, S. 90 ff., 99. Zur Schlüsselkurve: BUWAL/BWG (Hrsg.), Leitbild Fliessgewässer Schweiz. Für eine nachhaltige Gewässerpolitik, Bern 2003, S. 4; <http://www.bafu.admin.ch> > Wasser.

²³ BAFU, Erläuternder Bericht vom 20. April 2011 zur Parlamentarischen Initiative Schutz und Nutzung der Gewässer (07.492) – Änderung der Gewässerschutz-, Wasserbau-, Energie- und Fischereiverordnung (nachfolgend BAFU, Erläuternder Bericht zur GSchV), S. 10.

²⁴ BAFU, Erläuternder Bericht zur GSchV (FN 23), S. 13.

²⁵ BAFU, Erläuternder Bericht zur GSchV (FN 23), S. 12.

raum festzulegen; zu nennen sind z.B. Kraftwerks- oder Industriekanäle, Suonen, Entwässerungsgräben (z.B. Drainagen). Bei überwiegenden Interessen (wie Hochwasserschutz oder ökologischer Bedeutung des Gewässers) ist der Gewässerraum allerdings auszuscheiden. In den Erläuterungen werden Binnenkanäle entlang kanalisierter Flüsse (z.B. der Alpenrhein) und Gewässer genannt, welche eine Bedeutung als Lebensraum oder für die Vernetzung von Lebensräumen haben (Umgehungsgerinne).²⁶

24 Eine eigene Regelung besteht betreffend den Gewässerraum für *stehende Gewässer*; dort muss seine Breite gemessen ab der Uferlinie mindestens 15 m betragen (Art. 41b Abs. 1 GSchV). Wiederum gibt es aus denselben Gründen wie bei Fliessgewässern die erwähnten Erhöhungsgründe oder die Möglichkeit für Anpassungen in dicht überbauten Gebieten oder zum Verzicht in bestimmten Fällen, u.a. wenn die Wasserfläche weniger als 0,5 ha beträgt (Art. 41b Abs. 2-4 GSchV).

25 Der Verzicht auf Festlegung des Gewässerraums bei eingedolten oder (vor allem) bei künstlich angelegten Gewässern erscheint fragwürdig, wenn sich z.B. darin bzw. in ihrer Nähe bereits (schutzwürdige) Biberreviere befinden. In diesen und anderen erwähnten Fällen ist einem Gewässer ökologische Bedeutung (als Lebensraum) zu attestieren, was die Ausscheidung des Gewässerraums erfordert (vgl. Art. 41a Abs. 5 und Art. 41b Abs. 4 GSchV). Zu erwähnen sind auch Binnenkanäle und sog. «aufgehängte» Bäche, bei welchen die Bachsohle gleich hoch oder höher ist als das Land ringsherum und zwischen Bach und Umland.²⁷

c) Extensive Gestaltung und Bewirtschaftung des Gewässerraums

26 Art. 41c GSchV legt fest, dass *im Gewässerraum* nur *standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen* wie Fuss- und Wanderwege, Flusskraftwerke oder Brücken erstellt werden dürfen (Abs. 1). Grundsätzlich gilt im Gewässerraum also ein Bauverbot. In *dicht überbauten Gebieten* kann die Behörde für zonenkonforme Anlagen *Ausnahmen* bewilligen, soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen.²⁸ Rechtmässig erstellte und bestimmungsgemäss nutzbare Anlagen im Gewässerraum sind – auf Grund der *Besitzstandsgarantie* – in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt (Abs. 2). Im Gewässerraum dürfen grundsätzlich *keine Dünger und Pflanzenschutzmittel* ausgebracht werden (Abs. 3). Der Gewässerraum darf landwirtschaftlich genutzt werden, sofern er als Streuefläche, Hecke, Feld- und Ufergehölz, Uferwiese entlang von Fliessgewässern, extensiv genutzte Wiese, extensiv genutzte Weide oder Waldweide bewirtschaftet wird; sofern die Anforderungen von Art. 55 ff. der Direktzahlungsverordnung (DZV) eingehalten werden, handelt es sich um beitragsberechtigte Biodiversitätsförderflächen.²⁹ Auch ausserhalb der landwirt-

²⁶ BAFU, Erläuternder Bericht zur GSchV (FN 23), S. 13.

²⁷ Auskunft von CAROLINE NIENHUIS (BAFU) im Dezember 2014.

²⁸ Dazu z.B. Urteil BGer 1C_565/2013 vom 12. Juni 2014, E. 7 (Begriff des dicht überbauten Gebiets)

²⁹ Vgl. Verordnung über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft vom 23. Oktober 2013 (SR 910.13).

schaftlichen Nutzfläche kommt höchstens eine *extensive Bewirtschaftung* in Frage (Art. 41c Abs. 4 GSchV). Massnahmen gegen die natürliche Erosion der Ufer des Gewässers sind nur zulässig, soweit dies für den Schutz vor Hochwasser oder zur Verhinderung eines unverhältnismässigen Verlustes an landwirtschaftlicher Nutzfläche erforderlich ist (Art. 41c Abs. 5 GSchV).

- 27 Aus den Materialien geht hervor, dass z.B. neue Fahrwege (landwirtschaftliche Güterwege, Unterhaltswege) mit befestigter Oberfläche (z.B. Kies, Mergel, Bauschutt, Asphalt) nicht zulässig sind, ausser sie wären auf Grund standörtlicher Verhältnisse unverzichtbar (z.B. bei eingeeengten Platzverhältnissen). Selbst wenn z.B. Wanderwege im öffentlichen Interesse liegen, sind sie soweit möglich ausserhalb des Gewässerraums anzulegen. «Bestehende Fahrwege, Leitungen oder weitere vergleichbare Anlagen sollen...aus dem Gewässerraum verlegt werden, wenn dies für ein Hochwasserschutz- oder Revitalisierungsprojekt erforderlich und mit verhältnismässigen Kosten möglich ist.»³⁰ Dies ist aus Sicht des Biber-schutzes sehr erstrebenswert.

d) Revitalisierungen der Gewässer

- 28 *Revitalisierungen* von verbauten, korrigierten oder eingedolten *Fliessgewässern* dienen verschiedenen Zwecken. Revitalisierte Flüsse und Bäche sollen Hochwasser schadlos abführen, nicht durch Schadstoffeinträge aus dem Umland belastet werden, von den gewässertypischen Tieren (u.a. vom Biber) und Pflanzen besiedelt sein, weiträumig Land- und Wasserlebensräume miteinander vernetzen und durch ihren Strukturreichtum das Landschaftsbild bereichern.³¹ Um diese Ziele zu erreichen, muss der Gewässerraum in der Regel breiter festgelegt werden als es den minimalen Vorgaben der GSchV entspricht, d.h. im Sinne der sog. Biodiversitätskurve gemäss dem Leitbild des Bundes für Fliessgewässer.³² Nach Art. 41d GSchV erarbeiten die Kantone die Grundlagen, die für die Planung der Revitalisierungen der Gewässer notwendig sind. Dazu gehören Angaben über den ökomorphologischen Zustand der Gewässer, die Anlagen im Gewässerraum sowie das ökologische Potenzial und die landschaftliche Bedeutung der Gewässer (Abs. 1). Die Planung der Kantone legt für den Zeitraum von 20 Jahren die zu revitalisierenden Gewässerabschnitte, die Art der Revitalisierungsmassnahmen und die Umsetzungsfristen fest. Die Planung ist mit den Nachbarkantonen abzustimmen. Revitalisierungen sind vorrangig vorzusehen, wenn deren Nutzen a. für die Natur und die Landschaft gross ist; b. im Verhältnis zum voraussichtlichen Aufwand gross ist; c. durch das Zusammenwirken mit anderen Massnahmen zum Schutz der natürlichen Lebensräume oder zum Schutz vor Hochwasser vergrössert wird (Abs. 2). Die Planung ist für Fliessgewässer bis Ende 2014 und für stehende Gewässer bis Ende 2018 zu verab-

³⁰ BAFU, Erläuternder Bericht zur GSchV (FN 23), S. 15.

³¹ So wörtlich: WILDTIER SCHWEIZ, Biber als Partner bei Gewässerrevitalisierungen, CH-WILDiNFO Nummer 6/Dezember 2014, S. 2; CHRISTOF ANGST, Biber als Partner bei Gewässerrevitalisierungen, Anleitung für die Praxis, Umwelt-Wissen Nr. 1417, Bundesamt für Umwelt, Bern 2014, S. 1 ff.

³² BUWAL/BWG/BLW/ARE, Leitbild Fliessgewässer Schweiz, Bern 2003, S. 3.

schieden (Abs. 3). Vorgesehen sind nur prioritäre Revitalisierungen, d.h. nur 4'000 km von insgesamt 15'000 stark verbauten Gewässern sollen revitalisiert werden.³³ Der Bund gewährt den Kantonen dafür gestützt auf Programmvereinbarungen Abgeltungen als globale Beiträge (Art. 62b GSchG). Bei Revitalisierungsprojekten kann die Schaffenskraft des Bibers (mit initialen baulichen Eingriffen) eingesetzt werden.³⁴

e) Landwirtschaftliche Direktzahlungen bei ökologischem Leistungsnachweis

29 Das im Jahre 2014 revidierte *Landwirtschaftsrecht* des Bundes unterstützt die Bestrebungen, welche mit dem Gewässerschutzrecht verfolgt werden: Zur Abgeltung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen werden Bewirtschaftern von landwirtschaftlichen Betrieben Direktzahlungen ausgerichtet, u.a. auch *Biodiversitätsbeiträge* (Art. 70 Abs. 2 Bst. c und Art. 73 Landwirtschaftsgesetz, LwG).³⁵ Voraussetzung dafür sind ein ökologischer Leistungsnachweis und die Einhaltung der für die landwirtschaftliche Produktion massgeblichen Bestimmungen der Gewässerschutz-, der Umweltschutz- und der Tierschutzgesetzgebung. Der ökologische Leistungsnachweis umfasst u.a. eine ausgeglichene Düngerbilanz und einen angemessenen Anteil an *Biodiversitätsflächen* (Art. 70a Abs. 1 Bst. b und c sowie Abs. 2 Bst. b und c LwG). Schliesslich gewährt der Bund Beiträge und Investitionskredite, um den naturnahen Rückbau von Kleingewässern zu fördern (Art. 87 Abs. 1 Bst. e LwG). Bei Nichteinhaltung der für die landwirtschaftliche Produktion massgebenden Bestimmungen der Gewässerschutz-, der Umweltschutz- und der Tierschutzgesetzgebung kann die Kürzung und Verweigerung bei allen Direktzahlungsarten erfolgen (Art. 170 Abs. 2bis LwG). Die näheren Anforderungen an den *ökologischen Leistungsnachweis* sind in den Art. 11 ff. der eidg. Direktzahlungsverordnung (DZV) festgelegt. Der Anteil an Biodiversitätsförderflächen muss mindestens 3,5 % der mit Spezialkulturen belegten landwirtschaftlichen Nutzfläche und 7 % der übrigen landwirtschaftlichen Nutzfläche betragen (Art. 14 Abs. 1 DZV). Biodiversitätsbeiträge werden u.a. für Hecken, Feld- und Ufergehölze sowie für Uferwiesen entlang von Fließgewässern gewährt (Art. 55 Abs. 1 Bst. f und g DZV).

f) Fazit und Ausblick

30 «Für den Biber sind vor allem der Gewässerraum und die Revitalisierung von Gewässern von Bedeutung, da mit diesen Massnahmen konfliktfreie Lebensräume geschaffen werden.»³⁶ Der seit 2011 (übergangsrechtlich) geltende Gewässerraum, die geplanten bzw. im Gange befindlichen Revitalisierungen von Fließgewässern und die landwirtschaftlichen Biodiversitätsbeiträge wirken sich aus Sicht des Biber-schutzes bzw. Biber-managements positiv aus, denn der Biber lebt mehrheitlich im Gewässerraum. Grundsätzlich dürfen im Gewässerraum seit 2011 keine Neubauten

³³ BAFU, Erläuternder Bericht zur GSchV (FN 23), S. 2.

³⁴ ANGST (FN 31), S. 1 ff.

³⁵ Bundesgesetz über die Landwirtschaft vom 29. April 1998 (SR 910.1).

³⁶ ANGST (FN 2), S. 112; ferner ANGST (FN 31), S. 2 ff., 6 ff.

mehr erstellt werden (Bauverbot). Diese Massnahmen unterstützen die Ausbreitung des Bibers, schützen dessen Lebensräume und dürften die Konflikte zwischen Nutzungs- und Schutzinteressen in einem gewissen Ausmass entschärfen bzw. entflechten.³⁷ Allerdings werden damit längst nicht alle Nutzungskonflikte gelöst: Erstens sind bestehende Bauten und Anlagen grundsätzlich in ihrem Bestand geschützt (Besitzstandsgarantie). Die menschliche Nutzung dieser Bauten kann weiterhin zu Konflikten mit dem Biber (und entsprechenden Massnahmen gegen die Tiere oder deren Bauten) oder zu (tödlichen) Verletzungen des Nagers führen; zu erwähnen sind mit Motorfahrzeugen befahrbare Feld- und Flurwege, Strassen und Liegenschaften in Gewässernähe, Wasserkraftwerke sowie (standortgebundene) Hochwasserschutzbauten. Zweitens dürfte es vor allem sog. künstliche Gewässer geben, bei denen auf die Festlegung des Gewässerraums verzichtet werden wird; das Vorhandensein von Biberrevieren in deren Nähe spricht (als überwiegendes Interesse) jedoch für die Ausscheidung des Gewässerraums. Bedeutsame Verbesserungen sind im Bereich geplanter Revitalisierungen von Gewässerabschnitten zu erwarten, wenn dort befahrbare Strassen und Wege weiter weg vom Gewässer verlegt werden.

3.3 Der Biber-Lebensraum als schützenswertes Biotop

a) Rechtliche Vorgaben zur Erhaltung genügend grosser Lebensräume

31 Das eidg. Natur- und Heimatschutzgesetz (NHG)³⁸ verlangt zum Schutz der einheimischen Tier- und Pflanzenwelt in Art. 18 Abs. 1 (einem Zweckartikel) die *Erhaltung genügend grosser Lebensräume (Biotope)* und andere geeignete Massnahmen. Dabei ist schutzwürdigen land- und forstwirtschaftlichen Interessen Rechnung zu tragen. Abs. 1 gilt für Biotope von nationaler, regionaler oder lokaler Bedeutung. Unter Massnahmen sind Schutz- und Unterhaltsvorschriften für Biotope zu verstehen, aber auch andere Erlasse der Gemeinwesen, welche die Zielsetzung von Art. 18 Abs. 1 NHG unterstützen.³⁹ Zu nennen sind das Raumplanungs- und Gewässerschutzrecht des Bundes. Gemäss Art. 14 Abs. 2 eidg. Raumplanungsgesetz (RPG)⁴⁰ unterscheiden die Nutzungspläne vorab Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen. Letztere umfassen gemäss Art. 17 Abs. 1 RPG u.a. Bäche, Flüsse, Seen und ihre Ufer (Bst. a) sowie Lebensräume für schutzwürdige Tiere und Pflanzen (Bst. d).

32 Besonders zu schützen sind *Uferbereiche* (welche für den Biber sehr wichtig sind), Riedgebiete und Moore, seltene Waldgesellschaften, Hecken, Feldgehölze, Trockenrasen und weitere Standorte, die eine ausgleichende Funktion im Naturhaushalt erfüllen oder besonders günstige Voraussetzungen für Lebensgemeinschaften aufweisen (Art. 18 Abs. 1bis NHG). Lässt sich eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Lebensräume

³⁷ BAFU, Änderung der JSV, Erläuternder Bericht vom 15. Juli 2012 (korrigierte Version 2), S. 23.

³⁸ Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (SR 451).

³⁹ FAHRLÄNDER, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 18, Rz. 9-11.

⁴⁰ Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (SR 700).

durch technische Eingriffe unter Abwägung aller Interessen nicht vermeiden, so hat der Verursacher für besondere Massnahmen zu deren bestmöglichem Schutz, für Wiederherstellung oder ansonst für angemessenen Ersatz zu sorgen (Art. 18 Abs. 1ter NHG).

- 33 Gemäss Art. 18a Abs. 1 NHG bezeichnet der Bundesrat nach Anhören der Kantone die *Biotope von nationaler Bedeutung*. Er bestimmt die Lage dieser Biotope und legt die Schutzziele fest. Die Kantone ordnen den Schutz und den Unterhalt der Biotope von nationaler Bedeutung. Sie treffen rechtzeitig die zweckmässigen Massnahmen und sorgen für ihre Durchführung (Art. 18a Abs. 2 NHG). Dazu folgen Ausführungen in der nachfolgenden Ziffer. Die Kantone sorgen für Schutz und Unterhalt der *Biotope von regionaler und lokaler Bedeutung* (Art. 18b Abs. 1 NHG). Diese Bestimmungen enthalten einen *verbindlichen Auftrag* an die Kantone zum Schutz wertvoller Lebensräume für die Tier- und Pflanzenwelt. Biotope sind anders als der Wald nicht bereits aufgrund des Bundesrechts geschützt. Die zu schützenden Lebensräume werden nicht unmittelbar durch Art. 18 NHG bezeichnet, sondern erst im Einzelfall durch Bund und Kantone (so weit es um Biotope von regionaler oder lokaler Bedeutung geht) unter Abwägung aller auf dem Spiel stehenden Interessen. Nach der Unterschutzstellung sind die Kantone verpflichtet, die zur Erreichung des Schutzzwecks geeigneten Massnahmen anzuordnen.⁴¹
- 34 Schutz und Unterhalt der Biotope sollen nach Art. 18c NHG wenn möglich aufgrund von *Vereinbarungen* mit den Grundeigentümern und Bewirtschaftern sowie durch angepasste land- und forstwirtschaftliche Nutzung erreicht werden (Abs. 1). Grundeigentümer oder Bewirtschafter haben Anspruch auf angemessene Abgeltung, wenn sie im Interesse des Schutzzieles die bisherige Nutzung einschränken oder eine Leistung ohne entsprechenden wirtschaftlichen Ertrag erbringen (Abs. 2). Soweit zur Erreichung des Schutzzieles der *Landerwerb* nötig ist, steht den Kantonen das Enteignungsrecht zu (Abs. 4, Satz 1). Der Bund gewährt den Kantonen im Rahmen der bewilligten Kredite und auf der Grundlage von Programmvereinbarungen globale *Abgeltungen* für den Schutz und Unterhalt der Biotope von nationaler, regionaler und lokaler Bedeutung sowie für den ökologischen Ausgleich (Art. 18d Abs. 1 NHG).
- 35 Die *Ufervegetation* (Schilf- und Binsenbestände, Auenvegetationen sowie andere natürliche Pflanzengesellschaften im Uferbereich) darf weder gerodet noch überschüttet noch auf andere Weise zum Absterben gebracht werden (Art. 21 Abs. 1 NHG). Die kantonale Behörde kann die Beseitigung der Ufervegetation in den durch die Wasserbaupolizei- oder Gewässerschutzgesetzgebung erlaubten Fällen für standortgebundene Vorhaben ausnahmsweise bewilligen (Art. 22 Abs. 2 NHG). Schliesslich ist festzuhalten, dass die *Waldfläche* (welche entlang von Gewässern ebenfalls zum Lebensraum des Bibers gehört) *nicht vermindert* werden soll (Art. 3 Waldgesetz, WaG)⁴² Damit sind die Ufervegetation und der Wald als Lebensraum ohne nähere Bezeichnung der kantonalen

⁴¹ So das Bundesgericht in BGE 118 Ib 485 ff., 488, E. 3a.

⁴² Bundesgesetz über den Wald vom 4. Oktober 1991 (SR 921.0).

bzw. kommunalen Behörden im Sinne von Art. 18 Abs. 1ter NHG schutzwürdig.⁴³ Rodungen sind grundsätzlich verboten, und Ausnahmegewilligungen sind an strenge Voraussetzungen gebunden (dazu Art. 5 WaG).

36 Der Biotopschutz soll den Fortbestand der wildlebenden einheimischen Pflanzen- und Tierwelt sicherstellen (Art. 14 Abs. 1 der Verordnung über den Natur- und Heimatschutz, NHV).⁴⁴ Der Schutz der einheimischen Pflanzen und Tiere soll wenn möglich durch *angepasste land- und forstwirtschaftliche Nutzung* ihrer Lebensräume (Biotope) erreicht werden. Diese Aufgabe erfordert die Zusammenarbeit zwischen den Fachorganen der Land- und Forstwirtschaft und jenen des Natur- und Heimatschutzes (Art. 13 NHV). Art. 14 Abs. 2 NHV zeigt auf, wie Biotope geschützt werden. Der *Schutz* erfolgt insbesondere durch a. Massnahmen zur Wahrung oder nötigenfalls Wiederherstellung ihrer Eigenart und biologischen Vielfalt; b. Unterhalt, Pflege und Aufsicht zur langfristigen Sicherung des Schutzziels; c. Gestaltungs-massnahmen (mit denen das Schutzziel erreicht, bestehende Schäden behoben und künftige Schäden vermieden werden können); d. Ausscheidung ökologisch ausreichender Pufferzonen; e. Erarbeitung wissenschaftlicher Grundlagen. Art. 14 Abs. 3 NHV legt fest, auf Grund welcher Kriterien Biotope als schützenswert bezeichnet werden.

37 Unabhängig davon, ob ein Biotop vom Bund oder dem Kanton bezeichnet worden ist, «[...] sind *technische Eingriffe* in schutzwürdige Biotope nur unter den Voraussetzungen von Art. 18 Abs. 1ter NHG zulässig.»⁴⁵ Unvermeidbare Beeinträchtigungen der schutzwürdigen Biber-Lebensräume durch technische Eingriffe setzen die Erteilung einer *Ausnahmegewilligung* voraus. Für ihren Entscheid hat die kantonale Bewilligungsbehörde eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Der Verursacher (hier meist der Kanton) muss zudem besondere Massnahmen zu deren bestmöglichem Schutz, für Wiederherstellung oder ansonst für angemessenen Ersatz sorgen (Art. 18 Abs. 1ter NHG). Beeinträchtigende baulich-technische Eingriffe in den Lebensraum des Bibers sowie in seine Bauten bedingen eine Ausnahmegewilligung; darauf ist an anderer Stelle näher einzugehen.⁴⁶

b) Der Biber-Lebensraum als schützenswertes Biotop nach Bundesrecht

38 Es wurde bereits dargelegt, dass der Biber eine nach Völker- und Bundesrecht geschützte Tierart ist; ebenso dass sich der *Lebensraum des Bibers* in Gewässern oder deren Umgebung und damit meist im rechtlichen *Gewässerraum* befindet, wo grundsätzlich ein Bauverbot herrscht.⁴⁷ Es geht vorliegend um die Frage, welche Stellung dem Lebensraum des Bibers ausserhalb von Schutzgebieten nach eidg.

⁴³ Urteil BGer 1A.235/2006 vom 2. Juli 2007 = BGE 133 II 220 ff., 223, E. 2.3 (Heckenschutz).

⁴⁴ Verordnung über den Natur- und Heimatschutz vom 16. Januar 1991 (SR 451.1).

⁴⁵ FAHRLÄNDER, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 18, Rz. 22.

⁴⁶ Näheres zu technischen Eingriffen in den Biber-Lebensraum und in Biberbauten in Ziff. 4.4, Rz. 118 ff.

⁴⁷ Vgl. die Ausführungen in Rz. 12 ff. und 20 ff.

NHG zukommt. Ob es sich bei einem bestimmten Lebensraum um ein *schützenswertes Biotop* im Sinne von Art. 18 in Verbindung mit Art. 18b NHG handelt, richtet sich nach Art. 14 Abs. 3 NHV und den dort angeführten Artenlisten.⁴⁸ Biotope werden gemäss Art. 14 Abs. 3 Bst. b und d NHV unter anderem als schützenswert bezeichnet auf Grund der darin lebenden geschützten Pflanzen- und Tierarten nach Art. 20 NHV (Bst. b) sowie auf Grund der gefährdeten und seltenen Pflanzen- und Tierarten, die in den vom BAFU erlassenen oder anerkannten Roten Listen aufgeführt sind (Bst. d) sowie wegen weiterer Kriterien, wie Mobilitätsansprüche der Arten oder Vernetzung ihrer Vorkommen (Bst. e). In Art. 20 Abs. 2 NHV werden die gemäss JSG geschützten wildlebenden Säugetiere und Vögel genannt, zu denen auch der Biber gehört. Dieser ist zudem vorderhand noch in der Roten Liste der Säugetiere (von 1994) als gefährdete Tierart aufgeführt. Soweit der Biber im Bereich der Ufervegetation oder im Waldgebiet lebt, gelten diese Biotope auf Grund von Art. 21 NHG und Art. 3 WaG ohne nähere Bezeichnung durch die kantonalen oder kommunalen Behörden als schutzwürdig.⁴⁹

39 Damit die Ausbreitung des Bibers in der Schweiz erfolgreich fortschreitet, ist eine gute Vernetzung seiner Bestände bedeutsam. Biber leben stets entlang von Gewässern in deren *Uferbereichen*, welche nach Art. 18 Abs. 1bis NHG besonders zu schützen sind (ihre Schutzwürdigkeit wird vermutet). Es fragt sich im Weiteren, ob der Begriff *Biotop* auch *Biberbauten* (Baue, Erdgräben, Biberdämme usw.) umfasst, zumal er im Natur- und Heimatschutzrecht weder definiert noch näher umschrieben wird. In der Literatur wird zu Recht ausgeführt, dass «[...] Biotope eine flächenmässige Begrenzung, einen Perimeter aufzuweisen haben.»; es handle sich um zu bezeichnende, schützenswerte Gebiete. Andere Eingrenzungen seien nicht ersichtlich und auch bewusst nicht vorgesehen.⁵⁰

40 Fazit: Aus zwei Gründen (Lebensraum einer geschützten Tierart, Uferbereiche) ergibt sich, dass die Lebensräume (auch Reviere) des Bibers samt ihren Bauten (Erdbaue oder Burgen, Gräben und Dämme) nach dem Natur- und Heimatschutzrecht des Bundes als *schützenswert* zu bezeichnen sind, selbst wenn sie sich ausserhalb von festgelegten Schutzgebieten befinden. Das gilt ebenso für ökologisch wertvolle, potenzielle, vom Biber noch nicht besiedelte Lebensräume.

3.4 Biberreviere in Natur- und Landschaftsschutzgebieten

41 Befinden sich Biberreviere in *Natur- und Landschaftsschutzgebieten*, sind bei der Frage des Umgangs mit dem Biber bzw. von Massnahmen gegen den Biber oder seine Bauten die entsprechenden Schutzbestimmungen miteinzubeziehen. Die

⁴⁸ So wörtlich Urteil BGer 1A.29/2003 vom 9. Juli 2003, E. 5.2 (Baubewilligung).

⁴⁹ BGE 133 II 220 ff., 223, E. 2.3 (Natur- und Landschaftsschutz, Heckenschutz).

⁵⁰ FAHRLÄNDER, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 18, Rz. 13 f.

Grundnorm des Biotopschutzes (Art. 18 NHG) wird durch die Ausführungsvorschriften im Bundesrecht präzisiert, bleibt aber anwendbar.⁵¹

a) *Allgemeine Biotopschutzinventare des Bundes*

42 Zu den *allgemeinen Biotopschutzinventaren* gehören das Auen-Inventar, das Amphibienlaichgebiete-Inventar sowie das Trockenwiesen-Inventar. Gemäss Art. 4 der Auenverordnung (AuenV)⁵² sollen die inventarisierten Objekte *ungeschmälert erhalten* bleiben. Zum Schutzziel der verzeichneten *Auengebiete* gehören insbesondere: a. die Erhaltung und Förderung der auentypischen einheimischen Pflanzen- und Tierwelt und ihrer ökologischen Voraussetzungen; b. die Erhaltung und, soweit es sinnvoll und machbar ist, die Wiederherstellung der natürlichen Dynamik des Gewässer- und Geschiebehaushalts; c. die Erhaltung der geomorphologischen Eigenart (Abs. 1). Einerseits soll der Ist-Zustand geschützt und andererseits verbessert werden. Allerdings sind Auengebiete im Rahmen dieses Schutzziels lediglich relativ geschützt.⁵³ Ein *Abweichen vom Schutzziel* ist nur zulässig für unmittelbar standortgebundene Vorhaben, die dem Schutz des Menschen vor schädlichen Auswirkungen des Wassers oder einem andern überwiegenden öffentlichen Interesse von ebenfalls nationaler Bedeutung dienen. Ihr Verursacher ist zu bestmöglichen Schutz-, Wiederherstellungs- oder ansonst angemessenen Ersatzmassnahmen zu verpflichten (Abs. 2). Nach Art. 8 AuenV sorgen die Kantone dafür, dass bestehende Beeinträchtigungen, insbesondere der natürlichen Dynamik des Gewässer- und Geschiebehaushalts von Objekten, bei jeder sich bietenden Gelegenheit soweit als möglich beseitigt werden. Für den Biber sind intakte Auengebiete als Lebensraum von grosser Bedeutung.⁵⁴

43 Die Amphibienlaichgebiete-Verordnung (AlgV)⁵⁵ verlangt in Art. 6, dass die ortsfesten inventarisierten Schutzobjekte in ihrer Qualität und Eignung als *Amphibienlaichgebiete* sowie als Stützpunkte für das langfristige Überleben und die Wiederansiedlung gefährdeter Amphibienarten ungeschmälert und die Wanderobjekte funktionsfähig zu erhalten sind (Abs. 1). Zum Schutzziel gehören insbesondere die Erhaltung und Förderung: a. des Objekts als Amphibienlaichgebiet; b. der Amphibienpopulationen, die den Wert des Objekts begründen; c. des Objekts als Element im Lebensraumverbund (Abs. 2). Ein *Abweichen vom Schutzziel* ortsfester Objekte ist gemäss Art. 7 AlgV nur zulässig für standortgebundene Vorhaben, die einem überwiegenden öf-

⁵¹ Zum Verhältnis von Art. 18 NHG zu den Ausführungsvorschriften: FAHRLÄNDER, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 18 Rz. 5.

⁵² Verordnung über den Schutz der Auengebiete von nationaler Bedeutung vom 28. Oktober 1992 (SR 451.31).

⁵³ PETER M. KELLER, Nutzungskonflikte in Auengebieten, URP 1998/2, 119 ff., 121 f.; FAHRLÄNDER, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 18a, Rz. 28.

⁵⁴ ANGST (FN 2), S. 29, 63, 85, 94, 110, 115, 123, 124, 147.

⁵⁵ Verordnung über den Schutz der Amphibienlaichgebiete von nationaler Bedeutung vom 15. Juni 2001 (SR 451.34).

fentlichen Interesse von ebenfalls nationaler Bedeutung dienen. Verursacher sind zu bestmöglichen Schutz-, Wiederherstellungs- oder ansonst angemessenen Ersatzmassnahmen zu verpflichten (Abs. 1). Vom *Schutzziel* ortsfester Objekte darf zudem *abgewichen* werden bei: a. notwendigen Unterhaltsarbeiten zum Hochwasserschutz insbesondere im Bereich von Kiessammlern und Rückhaltebecken; b. der Nutzung bestehender Fischzuchtanlagen; c. Massnahmen nach dem Gewässerschutzgesetz vom 24. Januar 1991; d. Massnahmen nach der Altlasten-Verordnung vom 26. August 1998; e. der Sicherung von Fruchtfolgeflächen (Abs. 2). Viele Amphibien profitieren von den durch den Biber gestalteten Lebensräumen (Teiche, langsam fließende Gewässer und Sümpfe).⁵⁶

- 44 *Trockenwiesen* gehören nicht zum eigentlichen Lebensraum des Bibers. Dennoch sollen sie hier aufgeführt werden, zumal ihr Schutz allgemein zur Erhaltung der Lebensräume der Tiere beiträgt und weil Trockenwiesen unter speziellen Umständen durch Biberaktivitäten in Mitleidenschaft gezogen werden können (Vernässung). Inventarisierte Trockenwiesen und -weiden von nationaler Bedeutung sind gemäss der Trockenwiesenverordnung (TwwV)⁵⁷ ungeschmälert zu erhalten. Das Schutzziel umfasst nach Art. 6 TwwV insbesondere: a. die Erhaltung und Förderung der spezifischen Pflanzen- und Tierwelt sowie ihrer ökologischen Grundlagen; b. die Erhaltung der für die Trockenwiesen typischen Eigenart, Struktur und Dynamik; c. eine nachhaltig betriebene Land- und Waldwirtschaft (Abs. 1). In Vorranggebieten sind die ökologische Qualität der an die Objekte angrenzenden natürlichen und naturnahen Lebensräume und Strukturelemente sowie deren Vernetzung zu fördern, damit die spezifische Funktionsfähigkeit der Objekte verbessert werden kann (Abs. 2). Ein *Abweichen vom Schutzziel* ist nur zulässig für unmittelbar standortgebundene Vorhaben, die dem Schutz des Menschen vor Naturgefahren oder einem andern überwiegenden öffentlichen Interesse von nationaler Bedeutung dienen. Verursacher sind zu bestmöglichen Schutz-, Wiederherstellungs- oder ansonst angemessenen Ersatzmassnahmen zu verpflichten. In Vorranggebieten darf zudem vom Schutzziel abgewichen werden, wenn das Vorhaben die Voraussetzungen nach der Raumplanungsgesetzgebung erfüllt und die Fläche und die Qualität der Trockenwiesen insgesamt wiederhergestellt oder gesteigert werden (Art. 7 Abs. 1 und 2 TwwV).

b) Moorschutz- und Moorlandschaftsinventare des Bundes

- 45 Der Moorschutz findet seine Grundlage in Art. 78 Abs. 5 der Bundesverfassung (BV)⁵⁸: *Moore und Moorlandschaften* von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung sind geschützt. Es dürfen darin weder Anlagen gebaut noch Bodenveränderungen vorgenommen werden. Ausgenommen sind Einrichtungen, die

⁵⁶ ANGST (FN 2), S. 7, 104, 116.

⁵⁷ Verordnung über den Schutz der Trockenwiesen und -weiden von nationaler Bedeutung vom 13. Januar 2010 (SR 451.37).

⁵⁸ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

dem Schutz oder der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung der Moore und Moorlandschaften dienen. Auf Bundesebene gibt es gestützt auf Art. 18a Abs. 1 und Art. 23b Abs. 3 NHG das Hochmoor-, das Flachmoor- und das Moorlandschafts-Inventar. Betreffend *Hochmoore* legt die Hochmoorverordnung (HMV)⁵⁹ in Art. 4 fest, dass die inventarisierten Objekte ungeschmälert erhalten werden; in gestörten Moorbereichen soll die Regeneration, soweit es sinnvoll ist, gefördert werden (der Biber kann mit einer Aufstauung unter Umständen dazu beitragen). Zum Schutzziel gehören insbesondere die Erhaltung und Förderung der standortheimischen Pflanzen- und Tierwelt und ihrer ökologischen Grundlagen sowie die Erhaltung der geomorphologischen Eigenart. Ebenso sind inventarisierte *Flachmoore* ungeschmälert zu erhalten, wie aus Art. 4 der Flachmoorverordnung (FMV)⁶⁰ hervorgeht; in gestörten Moorbereichen soll die Regeneration, soweit es sinnvoll ist, gefördert werden. Zum Schutzziel gehören insbesondere die Erhaltung und Förderung der standortheimischen Pflanzen- und Tierwelt und ihrer ökologischen Grundlagen sowie die Erhaltung der geomorphologischen Eigenart. Für *Moorlandschaften* von besonderer Schönheit und nationaler Bedeutung gilt nach Art. 23c Abs. 1 NHG als allgemeines Schutzziel die Erhaltung jener natürlichen und kulturellen Eigenheiten der Moorlandschaften, die ihre besondere Schönheit und nationale Bedeutung ausmachen. Der Bundesrat legt Schutzziele fest (Art. 18a NHG), die der Eigenart der Moorlandschaften angepasst sind. Es ist auf die Moorlandschaftsverordnung (MLV)⁶¹ zu verweisen.

c) Wasser- und Zugvogel- sowie Jagdbanngebiete-Inventare des Bundes

- 46 Gemäss Art. 11 Abs. 1 und 2 JSG hat der Bundesrat *Wasser- und Zugvogelreservate* von internationaler und nationaler Bedeutung ausgeschieden und eine entsprechende Verordnung, die WZVV⁶², erlassen. Unter anderem dürfen Tiere in diesen Schutzgebieten nicht gestört, vertrieben oder aus dem Gebiet herausgelockt werden (Art. 5 Abs. 1 Bst. b WZVV). Ausserdem verabschiedete der Bundesrat 41 *Jagdbanngebiete*; die Verordnung über die eidgenössischen Jagdbanngebiete (VEJ)⁶³ regelt die Einzelheiten. Diese Jagdbanngebiete dienen dem Schutz und der Erhaltung von seltenen und bedrohten wildlebenden Säugetieren und Vögeln und ihrer Lebensräume sowie der Erhaltung von gesunden, den örtlichen Verhältnissen angepassten Beständen jagdbarer Arten.

⁵⁹ Verordnung über den Schutz der Hoch- und Übergangsmoore von nationaler Bedeutung vom 21. Januar 1991 (SR 451.32). Zur Überschwemmung eines geschützten Moors infolge Biberaktivitäten vgl. Rz. 164 ff.

⁶⁰ Verordnung über den Schutz der Flachmoore von nationaler Bedeutung vom 7. September 1994 (SR 451.33).

⁶¹ Verordnung über den Schutz der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und nationaler Bedeutung vom 1. Mai 1996 (SR 451.35).

⁶² Verordnung über die Wasser- und Zugvogelreservate von internationaler und nationaler Bedeutung vom 21. Januar 1991 (SR 922.32).

⁶³ Verordnung über die eidgenössischen Jagdbanngebiete vom 30. September 1991 (SR 922.31).

d) Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler

- 47 Auf der Grundlage von Art. 5 und 6 NHG erstellte der Bundesrat u.a. das Bundesinventar der *Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung* (BLN). Durch die Aufnahme eines Objektes von nationaler Bedeutung in ein Inventar des Bundes wird dargetan, dass es in besonderem Masse die ungeschmälerterte Erhaltung, jedenfalls aber unter Einbezug von Wiederherstellungs- oder angemessenen Ersatzmassnahmen die grösstmögliche Schonung verdient. Ein *Abweichen von der ungeschmälerterten Erhaltung* im Sinne der Inventare darf bei Erfüllung einer Bundesaufgabe nur in Erwägung gezogen werden, wenn ihr bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen (Art. 6 NHG). Die Verordnung über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler (VBLN)⁶⁴ verweist betreffend die Umschreibung, die kartographische Darstellung der einzelnen Objekte des BLN und die Angabe der Gründe für ihre nationale Bedeutung auf eine gesonderte Veröffentlichung. Zurzeit ist das Projekt «Aufwertung BLN» im Gange: es liegt ein Revisionsentwurf zur VBLN vor; ausserdem sollen die Objektbeschreibungen überprüft und präzisiert werden.⁶⁵

e) Kantonale und kommunale Natur- und Landschaftsschutzgebiete

- 48 Es ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob sich ein Biberrevier in einem *kantonalen, regionalen bzw. kommunalen Natur- oder Landschaftsschutzgebiet* befindet. Werden Massnahmen gegen den Biber evaluiert, sind die jeweiligen Schutzbestimmungen (unter Vorbehalt von Art. 49 Abs. 1 BV, Vorrang des Bundesrechts) zu berücksichtigen.

IV. Konflikte im Zusammenhang mit dem Biber

1. Biberbauten und -schäden als Ausgangspunkt von Konflikten

1.1 Beispiele für Biberschäden

- 49 Die *landschaftsgestalterischen Aktivitäten des Bibers (Graben und Stauen)* können neben den erwähnten sehr positiven Wirkungen auch sog. *Biberschäden* nach sich ziehen, dort wo sich der Lebensraum des Bibers mit menschlichen Nutzungen und Bauten überschneidet. Als Beispiele für Biberschäden sind zu nennen: Frassschäden an land- und forstwirtschaftlichen Kulturen (z.B. an Zuckerrüben, Gemüse-

⁶⁴ Verordnung über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler vom 10. August 1977 (SR 451.11).

⁶⁵ Siehe www.bafu.admin.ch > Landschaft > Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN), mit Beschreibungen.

feldern), Vernässung von Kultur- und Waldflächen sowie im Siedlungsraum durch Biberseen und Beeinträchtigungen von Infrastrukturen (insbesondere [einbrechenden] Wegen, Hochwasserschutzanlagen, Trinkwasserfassungen, Kanalsystemen, Pumpwerken) wegen Erdbauen, Holzhaufen und Dämmen.⁶⁶ Eine weitere Gefahr bilden Bäume, welche vom Biber gefällt oder angefressen werden (waldtypische Gefahr). Ein umstürzender Baum könnte Menschen schwer verletzen oder töten (Personenschaden).⁶⁷

1.2 Biber Schäden als Wildschaden im Sinne des Jagdrechts

50 Unter *Wildschäden* im Sinne des Jagdrechts (JSG) fallen – vereinfacht gesagt – alle Schäden, welche jagdbare und / oder geschützte Wildtiere an Menschen, Tieren oder Sachen anrichten. Dazu gehören insbesondere Angriffe auf Menschen mit Todesfolge oder Körperverletzungen von Menschen oder Nutztieren sowie Schäden an landwirtschaftlichen Kulturen und am Wald, aber auch die Beeinträchtigung von Lebensräumen und der Artenvielfalt (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. c, Art. 7 Abs. 2, Art. 12 Abs. 2 und Abs. 4, Art. 13 Abs. 1 JSG); als Spezialfall genügt auch die erhebliche Gefährdung des Menschen (Art. 12 Abs. 4 JSG, Art. 4 Abs. 1 Bst. d JSV). Aus Art. 4 Abs. 1 Bst. f und g JSV geht hervor, dass der Ordnungsgeber zudem die erhebliche Gefährdung von Siedlungen oder im öffentlichen Interesse stehende Bauten und Anlagen (Infrastrukturschäden) sowie hohe Einbussen bei der Nutzung der Jagdgale durch die Kantone zum Wildschaden zählt.⁶⁸

2. Einordnung der Konflikte

2.1 Konflikte mit anderen Naturschutzzielen

51 Die erwähnten gestalterischen Aktivitäten des Bibers können in *Konflikt* geraten mit anderen vom Bund als Gesetzgeber festgelegten *Naturschutzzielen*: so kann in einzelnen Fällen die Artenvielfalt beeinträchtigt werden, wenn z.B. ein Biberteich den Lebensraum einer nicht mobilen, geschützten Art überschwemmt (Bsp. Orchideenwiese in einem Flachmoor). Ebenso kann ein ganzer Lebensraum, beispielsweise ein streng geschütztes Moorgebiet, vernässt und überschwemmt werden. Es stellt sich

⁶⁶ ANGST (FN 2), S. 119-121; DOMINIK BALMER, Warum der Bund den Biber zum Abschuss freigibt, Tagesanzeiger Online vom 17. Juli 2012; siehe www.tagesanzeiger.ch.

⁶⁷ Zu diesen Rechtsfragen: MICHAEL BÜTLER, Haftung bei waldtypischen Gefahren – Rechtsprechungsübersicht und Rechtslage, Rechtsgutachten für das BAFU vom 9. August 2014, Rz. 1 ff., vgl. www.bafu.admin.ch sowie DERS., Sicherheit & Recht 3/2014, S. 204 ff.

⁶⁸ BAFU, Teilrevision der Jagdverordnung, Erläuternder Bericht zur Anhörung vom 31. März 2011, S. 18 f. sowie Tribunal administratif fédéral, arrêt A-2030/2010 du 14 avril 2011 (Massnahmen zur Regulierung von Kormoranbeständen), E. 4.3; zum Wildschaden ausführlich BÜTLER, Jagdrecht (FN 10), S. 26 ff., 45 (Infrastrukturschäden).

die Frage, ob solche Entwicklungen Eingriffe bzw. Massnahmen erfordern bzw. erlauben.

2.2 Nutzungs- und Interessenskonflikte infolge menschlicher Aktivitäten

- 52 *Bauprojekte und menschliche Nutzungen im Gewässerraum* tangieren je nach Situation den Biber und seinen Lebensraum. Es stellt sich jeweils die Frage, ob dies mit den Schutzziele und Vorgaben im Natur- und Heimatschutz sowie im Jagdrecht vereinbar ist. Biberbauten und -dämme können aber auch menschliche Bauten und Anlagen beeinträchtigen. Bricht z.B. ein Biberdamm bei einem Hochwasserereignis, kann dies beispielsweise den Durchlass eines Wasserbauwerks verstopfen oder Anlagen beschädigen. Biberbaue unter Wegen und Strassen führen zu Instabilitäten (Einsturzgefahr), was zu Unfällen mit Pferden, Landwirtschaftsfahrzeugen usw. führen kann. In einem Grundwasserschutzgebiet sind Biberteiche problematisch, weil eine Verunreinigung des Trinkwassers droht. Sodann führen Biberteiche unter Umständen zur Vernässung und Überschwemmung von landwirtschaftlich genutzten Flächen oder von Waldflächen (was das Absterben der dortigen Bäume bewirken kann). Drainageröhren, welche in einen gestauten Bach münden, können wegen einsickernden Sedimenten infolge Rückstaus verstopfen. Rund 18 % der landwirtschaftlichen Nutzfläche der Schweiz werden künstlich entwässert, wobei viele Drainagesysteme veraltet sind.⁶⁹ Biber fällen bekanntlich grosse Bäume, welche beim Sturz Schäden anrichten können. Schliesslich sind Freizeitaktivitäten zu erwähnen, die im Lebensraum des Bibers stattfinden (z.B. Joggen, Reiten, Bootfahren usw.).
- 53 Für viele dieser Konflikte gibt es (oft kostspielige) technische Lösungen. Nachhaltiger sind jedoch eindeutig Lenkungsmassnahmen, Gewässerrevitalisierungen und die Festlegung eines ausreichenden Gewässerraums. Soweit Nutzungs- und Interessenskonflikte im Einzelfall auftreten, gilt es abzuklären, welche rechtlichen Instrumente dabei anwendbar sind.

3. Rechtliche Instrumente zur Lösung von Zielkonflikten

3.1 Ausgangslage

- 54 In der Bundesverfassung (BV) sind *verschiedene Staatsaufgaben* festgelegt, die sich in ihren Zielen ganz oder teilweise entsprechen bzw. widersprechen. Als Beispiele seien genannt: Art. 26 Eigentumsgarantie, Art. 27 Wirtschaftsfreiheit, Art. 58 Armee, Art. 73 Nachhaltigkeit, Art. 74 Umweltschutz, Art. 75 Raumplanung, Art. 76 Wasser, Art. 77 Wald, Art. 78 Natur- und Heimatschutz, Art. 79 Fischerei und Jagd, Art. 80 Tierschutz, Art. 88 Fuss- und Wanderwege, Art. 89 Energiepolitik und Art. 104 Land-

⁶⁹ JAN BEGUIN/STEN SMOLA, Stand der Drainagen in der Schweiz, Bilanz der Umfrage 2008, Bundesamt für Landwirtschaft (Hrsg.), Bern 2010, S. 13 f.; ANGST (FN 31), S. 8 f.

wirtschaft. Grundsätzlich stehen die in der Verfassung verankerten Interessen *gleichrangig* nebeneinander. So basiert z.B. die Zulässigkeit eigentumsbeschränkender Massnahmen auf einer Interessenabwägung zwischen der Eigentumsgarantie und Anliegen der Raumplanung, des Umweltschutzes, des Gewässerschutzes sowie des Natur- und Heimatschutzes.⁷⁰ Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Art. 74 und Art. 76-80 BV die *Erhaltung der natürlichen Umwelt* zur *Staatsaufgabe* erklären.⁷¹ Wo die einzelnen umweltrelevanten «[...] Schutzaufträge miteinander in Konflikt geraten (sog. «Schutzkonflikte»), liegt es in erster Linie am Gesetzgeber, koordinierende Lösungen zu treffen.»⁷²

- 55 Für die *Lösung* rechtlicher Zielkonflikte im Einzelfall gibt es kein vorgefertigtes Lösungsschema. Es ist jeweils in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht eine saubere Auslegeordnung vorzunehmen. Dabei sind verschiedene Prinzipien / Grundsätze und Methoden zu beachten, insbesondere die koordinierte Anwendung verschiedener Bestimmungen und die umfassende Interessenabwägung, soweit diese vom Verfassungs- bzw. Gesetzgeber nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen wird.

3.2 Prinzipien und Konzepte zur Lösung von Zielkonflikten

- 56 Eine wichtige Rolle kommt den *Normenhierarchien* zu: Es ist jeweils zu prüfen, in welchem Verhältnis die (potenziell) anwendbaren Normebenen (Völkerrecht, Bundesrecht, kantonales und kommunales Recht) zueinander stehen. Dabei ist stets die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung zu beachten: Gemäss Art. 3 BV sind die Kantone souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist; sie üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind (Bsp. Bundeskompetenz beim Tier- und Artenschutz und Natur- und Heimatschutz als primär kantonale Aufgabe, siehe Art. 78 Abs. 1 und 4 BV). Bedeutsam sind sodann *rechtliche Kollisionsregeln*. Nach Art. 190 BV sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Bei einem allfälligen Widerspruch mit der Verfassung ist eine verfassungskonforme Auslegung anzustreben. Allgemein geht (zumindest kompetenzgemäss erlassenes) Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vor (Art. 49 Abs. 1 BV).
- 57 Zur Lösungsfindung sind u.a. auch das Prinzip der gesamtheitlichen Betrachtungsweise, die sog. praktische Konkordanz, die Pflicht zur materiellen Koordination sowie die umfassende oder – je nach gesetzlicher Ausgangslage – eingeschränkte Interessenabwägung beizuziehen (Ausnahme beim Moorschutz). Beim *Prinzip der ganzheit-*

⁷⁰ BGE 117 Ib 243 ff., 246, E. 3a (Biberbrugg; Trinkwasserfassungen und Transportleitungen in Hochmoorgebiet).

⁷¹ BGE 134 II 97 ff. E. 3.1 (Skipiste in Jagdbanngebiet); Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I, S. 247 f.; BERNHARD WALDMANN/PETER HÄNNI, Handkommentar RPG, Bern 2006, Art. 1, N. 26.

⁷² BERNHARD WALDMANN, Der Schutz von Mooren und Moorlandschaften, Diss. Freiburg 1997, S. 90.

lichen Betrachtungsweise bzw. dem Ganzheitlichkeitsprinzip handelt es sich um einen ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz. Dieser verlangt eine «Harmonisierung öffentlicher und privater Interessen.»⁷³ Er kommt in Art. 8 des Umweltschutzgesetzes (USG) wie folgt zum Ausdruck:⁷⁴ Einwirkungen werden sowohl einzeln als auch gesamthaft und nach ihrem Zusammenwirken beurteilt. Das *Prinzip der praktischen Konkordanz* entstammt der deutschen Rechtslehre und dient der Lösung von Normenkollisionen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Verfassungsinterpretation einem möglichst schonenden Ausgleich der verschiedenen Verfassungs- und Grundrechtsinteressen verpflichtet; sie soll praktische Konkordanz schaffen.⁷⁵ Der *Pflicht zur materiellen Koordination* liegt die Verwirklichung eines ganzheitlichen Verfassungsverständnisses nach dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung zu Grunde. «Es gilt Lösungen zu finden, bei denen alle Regelungen möglichst gleichzeitig und vollumfänglich zum Zuge kommen und das Ergebnis gesamthaft sinnvoll ist. Diese Gesamtbeurteilung wird in materieller Hinsicht durch die Anwendung einer Norm, die eine umfassende Interessenabwägung vorschreibt, gewährleistet.»⁷⁶ Gemäss Art. 25a Abs. 2 Bst. d RPG sorgt im Zusammenhang mit Bauten und Anlagen die für die Koordination verantwortliche Behörde für eine inhaltliche Abstimmung; sodann dürfen die verschiedenen Verfügungen keine Widersprüche enthalten (Art. 25a Abs. 3 RPG).

58 Die öffentlichen Interessen am Naturschutz kollidieren, wie erwähnt, nicht nur mit Interessen von Privatpersonen (Eigentum, Wirtschaftsfreiheit), sondern auch mit der Erfüllung anderer öffentlicher Aufgaben (z.B. öffentliche Werke für den Verkehr und Langsamverkehr, Kommunikation, Landesverteidigung, Landwirtschaft usw.). Soweit im Einzelfall allseits *gesetzeskonforme Massnahmen* möglich sind, liegt es nicht im Ermessen der Verwaltung zu entscheiden, ob sie vom Gesetz abweichen und einer gesetzeswidrigen Massnahme den Vorzug vor einer gesetzeskonformen Massnahme geben will. Ein Ermessensspielraum kann nur im Rahmen einer gesetzlichen Regelung offen stehen, d.h. innerhalb des Gesetzes. Eine Interessenabwägung ist erst anzustellen, wenn eine Normverletzung geboten bzw. unvermeidlich erscheint.⁷⁷ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt eine sachgerechte Lösung solcher Interessenkonflikte voraus, dass die verschiedenen, unter Umständen gegensätzlichen (raumrelevanten) Anliegen möglichst frühzeitig erkannt werden. Der Schutz der Biotope (wozu auch der Lebensraum des Bibers gehört), gebietet von Bundesrechts wegen eine *umfassende Interessenabwägung*.⁷⁸ In Art. 3 der Raum-

⁷³ ALAIN GRIFFEL/HERIBERT RAUSCH, Kommentar USG, Ergänzungsband, Zürich 2011, Art. 8 N. 2; Näheres dazu bei ALAIN GRIFFEL, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Zürich 2001, S. 253 ff.

⁷⁴ Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01).

⁷⁵ BGE 139 I 16, 24 E. 4.2.2 mit Verweis auf KONRAD HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995 [Neudruck 1999], Rz. 70 ff.

⁷⁶ So das Bundesgericht in BGE 117 Ib 28, 30 f. E. 2.

⁷⁷ BGE 125 II 29 ff., 38 E. 3d (Bekämpfung nicht einheimischer Krebse).

⁷⁸ Dazu BGE 118 Ib 485 ff., 489 f. E. 3b und 3c (Schutz des Lebensraums des Eisvogels).

planungsverordnung (RPV)⁷⁹ finden sich Regeln zur Interessenabwägung: Stehen den Behörden bei Erfüllung und Abstimmung raumwirksamer Aufgaben Handlungsspielräume zu, so wägen sie die Interessen gegeneinander ab, indem sie: a. die betroffenen Interessen ermitteln; b. diese Interessen beurteilen und dabei insbesondere die Vereinbarkeit mit der anzustrebenden räumlichen Entwicklung und die möglichen Auswirkungen berücksichtigen; c. diese Interessen auf Grund der Beurteilung im Entscheid möglichst umfassend berücksichtigen (Abs. 1). Sie legen die Interessenabwägung in der Begründung ihrer Beschlüsse dar (Abs. 2). Im Falle von Interessenkollisionen ist eine wertende Gegenüberstellung erforderlich.⁸⁰

59 Führen Verfügungen zum Arten- und Biotopschutz zur *Gefährdung von Grundrechten* (z.B. Leben und Gesundheit, wenn Behörden Eingriffe in Biberbauten ablehnen) oder zu – unter Umständen empfindlichen – *Einschränkungen des Privateigentums*, sind diese nur zulässig, wenn sie u.a. auf einer gesetzlichen Grundlage (z.B. NHG, JSG) beruhen, im öffentlichen Interesse (z.B. Artenschutz) liegen und sich unter den gegebenen Umständen als verhältnismässig erweisen (Art. 36 BV). *Verhältnismässig* sind einschränkende Massnahmen, wenn sie erstens geeignet, zweitens sachlich, räumlich, zeitlich und persönlich erforderlich sind. Drittens müssen Zweck und Wirkung der Massnahme verhältnismässig bzw. zumutbar sein (Zweck-Mittel-Relation).⁸¹ Die bundesrechtlichen Bestimmungen des NHG und des JSG sind unter Berücksichtigung dieser Grundsätze verfassungskonform auszulegen.⁸² Unter den erwähnten Voraussetzungen müssen Eigentümer von Grundstücken Einschränkungen ihres Privateigentums zugunsten des Arten- und Naturschutzes (Biberschutz) hinnehmen.

3.3 Tatsächliche und rechtliche Umstände des Einzelfalls

60 Massgebend sind stets die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im konkreten Fall. Mit Blick auf die rechtlich relevanten Voraussetzungen (z.B. Art. 12 JSG, Art. 18 Abs. 1ter NHG, Art. 4 JSV) ist zuerst der Sachverhalt abzuklären. Daraufhin gilt es die Rechtslage zu eruieren, z.B. welche gleichgerichteten oder entgegen stehenden öffentlichen und privaten Interessen sind betroffen? Sind die rechtlichen Eingriffsvoraussetzungen erfüllt? Ist die geplante Massnahme rechtskonform, insbesondere verhältnismässig? Zur Sachlage ist beispielsweise abzuklären,

- ob eine (menschliche) Baute in einem Schutzgebiet oder im Gewässerraum errichtet werden soll (Notwendigkeit von Ausnahmegewilligungen),

⁷⁹ Raumplanungsverordnung (RPV) vom 28. Juni 2000 (SR 700.1).

⁸⁰ Näheres bei ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N 564 ff.

⁸¹ Dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 80), N 581 ff.

⁸² Vgl. BGE 118 Ib 485 ff., 489, E. 3b (Schutz des Lebensraums des Eisvogels).

- ob Biberschäden innerhalb oder ausserhalb eines inventarisierten Biotops von nationaler Bedeutung auftreten oder in der landwirtschaftlichen Nutzfläche,
- Art und Grösse von aufgetretenen Biberschäden, welchem Biberrevier sind sie zuzurechnen?
- in welchem Grad Biberteiche Wege oder Anlagen zum Hochwasserschutz oder zur Trinkwasserversorgung gefährden,
- ob und gegebenenfalls welche Verhütungsmassnahmen bereits ergriffen wurden,
- welche Massnahmen zur Schadenprävention und -reduktion sich anbieten (Varianten- und Alternativenprüfung) usw.

3.4 Bundesgerichtsentscheide als Beispiele

a) Bekämpfung nicht einheimischer Krebse mit Gifteinsatz

- 61 Im BGE 125 II 29 ff. ging es um die Frage der Zulässigkeit eines Gifteinsatzes in Gewässern zur Bekämpfung nicht einheimischer Krebse im Interesse des Artenschutzes. Die Fischerei- und Jagdverwaltung des Kantons Zürich stellte im Herbst 1995 im Schübelweiher (Gemeinde Küsnacht) ein grosses Vorkommen des amerikanischen Roten Sumpfkrebse fest. Sie beschloss, diesen (einmalig) mit einem fenthionhaltigen Mittel (ein Nervengift) zu bekämpfen, um dessen Bestand möglichst vollständig zu vernichten. Denn er stellt eine grosse Gefahr für die einheimischen Krebse und weitere Wasserlebewesen, also für das Gleichgewicht der Fauna, dar. Gestützt auf Art. 20 Abs. 3 NHV erteilte die kantonale Baudirektion im April 1996 die dazu notwendige Ausnahmegewilligung; das kantonale Amt für Gewässerschutz und Wasserbau stimmte ebenfalls zu. Von der Bewilligung wurde jedoch kein Gebrauch gemacht, da der Gifteinsatz zum öffentlichen Gesprächsthema geworden war. Einstweilen ordnete die Finanzdirektion des Kantons Zürich verschiedene Sofortmassnahmen an (u.a. das Aufstellen eines krebsdichten Drahtgeflechts rund um den Weiher, eine Intensivierung der Reusenfischerei, das regelmässige Einsammeln von Krebsen sowie ein Bade- und Tauchverbot). Mit Verfügung vom 11. Oktober 1996 beauftragte die Finanzdirektion die Fischerei- und Jagdverwaltung, den Roten Sumpfkrebs im Schübelweiher mit Fenthion zu bekämpfen. Dagegen wehrten sich der WWF Schweiz und WWF Zürich mit Beschwerde zuerst erfolglos beim Regierungsrat (Nichteintreten); danach beim Verwaltungsgericht, welches die Beschwerde abwies. Gegen diesen Entscheid erhoben die Organisationen Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht, welches diese am 11. Dezember 1998 im Wesentlichen guthiess.
- 62 Das Bundesgericht hielt in E. 2d fest, dass das Bundesgesetz über die Fischerei (BGF) und die dazugehörige Verordnung⁸³ eine hinreichende rechtliche Grundlage

⁸³ Bundesgesetz über die Fischerei (BGF) vom 21. Juni 1991 (SR 923.0) und Verordnung zum Bundesgesetz über die Fischerei (VBGF) vom 24. November 1993 (SR 923.01).

für das umstrittene Vorhaben seien (Art. 3 Abs. 1 Bst. a, Art. 5 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 2 BGF, Art. 5 Abs. 1 VBGF und Anhang 1 zur VBGF); danach sind zum Schutz gefährdeter Arten und Rassen (u.a. einheimische Krebse wie Edel-, Dohlen- und Steinkrebs) Massnahmen zu treffen. Ausserdem ist das Rio-Übereinkommen über die biologische Vielfalt heranzuziehen.⁸⁴ Gemäss Art. 8 Bst. h müssen die Vertragsstaaten soweit möglich und angebracht, das Einbringen nicht heimischer Arten, welche Ökosysteme, Lebensräume oder einheimische Arten gefährden, verhindern sowie diese Arten kontrollieren oder beseitigen. Das Gericht führte in E. 3a aus, der Gifteinsatz verstosse jedoch gegen das gewässerschutzrechtliche Reinhaltungsgebot. Nach Art. 6 Abs. 1 GSchG ist es untersagt, Stoffe, die Wasser verunreinigen können, mittelbar oder unmittelbar in ein Gewässer einzubringen. Das Bundesgericht prüfte wie die Vorinstanzen Alternativen zum Gifteinsatz. Die Trockenlegung des Schübelweiher mit Kalkung oder Ausbaggerung erachtete es ebenfalls als unverhältnismässige Massnahme. Das Befischen mit Reusen wurde als zu wenig wirksame Massnahme eingeschätzt. (E. 4a und b).

63 Die Bekämpfung mit Raubfischen als natürlichen Feinden (z.B. Aal, Hecht, Barsch, einige Wasservögel) hatte die Vorinstanz nicht näher geprüft bzw. abgelehnt, weil damit das Ausrottungsziel nicht erreichbar sei. Das Bundesgericht befand in E. 4c, dass nach der Aktenlage auch ein einmaliger Gifteinsatz nicht zur Ausrottung führe. Vielmehr war gestützt auf die vorliegenden Expertenberichte zu prüfen, ob der Raubfischeinsatz eine zweck- und verhältnismässige Massnahme zum Gifteinsatz darstellte. Nur wenn der Raubfischeinsatz als nicht verhältnismässig zu bezeichnen sei, stelle sich die Frage, ob überwiegende öffentliche Interessen die mit dem Gifteinsatz verbundene Verletzung von Art. 6 GSchG rechtfertige. (E. 4c/dd). Das Bundesgericht bejahte indes die Zweck- und Verhältnismässigkeit des Raubfischeinsatzes (mit dem Ziel einer Dezimierung des Sumpfkrebsbestands auf ein verträgliches Mass) im Unterschied zu den kantonalen Instanzen. Damit musste der gewässerschutzrechtskonformen Lösung der Vorzug gegeben werden. Es liege diesfalls nicht im Ermessen der Verwaltung, vom Gesetz abzuweichen. Weil der Einsatz von Raubfischen mit dem Gewässerschutz- und dem Fischereirecht vereinbar ist, war diese Massnahme dem geplanten Gifteinsatz vorzuziehen. (E. 5).

b) Trinkwasserversorgung versus Auenschutz

64 Im bundesgerichtlichen Entscheid 1C_410/2012 vom 11. Juni 2013 ging es um ein Meliorations- und Wasserbauprojekt. Der Kanton Aargau war gemäss seiner Verfassung verpflichtet, längs der Flüsse Aare und Reuss einen Auen-Schutzpark zu schaffen. Dazu wurde das Gebiet «Reussegger Schachen» bei Sins 2001 per Richtplan-Beschluss in den Auen-Schutzpark Aargau aufgenommen. Daraufhin wurde eine Bodenverbesserungsgesellschaft gegründet, um eine Güterzusammenlegung nach kantonalem Landwirtschaftsrecht durchzuführen (Moderne Melioration). Das Meliora-

⁸⁴ Übereinkommen vom 5. Juni 1992 von Rio de Janeiro über die biologische Vielfalt (SR 0.451.43).

tionsprojekt wurde im September 2009 öffentlich aufgelegt. Im Perimeter der gemäss generellem Projekt geplanten Auenlandschaft befanden sich zwei Grundwasserpumpwerke, nämlich Reussegg I und Reussegg II, welche beide im Eigentum der Wasserversorgungsgenossenschaft Auw standen. Deren Grundwassernutzungskonzession für die beiden Pumpwerke lief bis Ende 2013. Das generelle Projekt sah vor, in einer ersten Etappe das Pumpwerk Reussegg II aufzuheben. Um die Trinkwasserversorgung sicherzustellen, war die Errichtung eines Ersatzpumpwerks Reussegg Süd ausserhalb des Auenschutzgebiets geplant. Mittelfristig sollte alsdann auch das Pumpwerk Reussegg I stillgelegt werden.

65 Gegen dieses generelle Projekt wehrten sich die Wasserversorgungsgenossenschaft Auw und die Gemeinde Auw mit Einsprache beim kantonalen Regierungsrat. Sie beantragten in der Hauptsache, die Pumpwerke Reussegg I und II seien unverändert beizubehalten und mit einem genügenden Hochwasserschutz gegen die geplante Auenlandschaft abzugrenzen. Der Regierungsrat hiess die Einsprache teilweise gut, die Hauptanträge wies er jedoch ab. Gegen diesen Entscheid erhoben die Beschwerdeführer beim Verwaltungsgericht des Kantons Aargau erfolglos Beschwerde. Schliesslich gelangten sie mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht. Sie verlangten im Hauptantrag, das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben, und die Sache sei an den Regierungsrat zurückzuweisen, um für die Pumpwerke Reussegg I und II definitive Hochwasserschutzmassnahmen festzulegen.

66 Das Bundesgericht stellte in E. 3.1 fest, das Auenschutzprojekt sei in der geplanten Form nicht mit dem Weiterbestand der beiden Grundwasserfassungen Reussegg I und II vereinbar, weil die Fassungen nicht mehr gewässerschutzrechtskonform geschützt bzw. betrieben werden könnten. Die Vorinstanz sei damit zu Recht davon ausgegangen, dass ein Konflikt zwischen zwei öffentlichen Interessen bestehe. Die Umweltschutzgesetzgebung enthalte keine Vorgaben, wie ein solcher Konflikt zwischen dem öffentlichen Interesse der Trinkwasserversorgung und jenem des Auenschutzes zu lösen sei. Nach den allgemeinen Grundsätzen sei daher eine Interessenabwägung vorzunehmen, um zu entscheiden, welches der beiden öffentlichen Interessen im konkreten Fall überwiege. Ein wichtiges Beurteilungskriterium bilde dabei die Standortgebundenheit.

67 Die Vorinstanz habe zusammenfassend geschlossen, das gewichtige öffentliche Interesse an der Realisierung der standortgebundenen Auenlandschaft überwiege jenes am Erhalt der nicht standortgebundenen Fassungen Reussegg I und II. Das BAFU habe in seiner Stellungnahme festgehalten, die zuständigen kantonalen Behörden hätten nachvollziehbar dargelegt, dass die Revitalisierung auf den Standort angewiesen sei, während die durch das Projekt betroffene Trinkwassergewinnung durch die Ersatzfassung Reussegg Süd sichergestellt werden könne. Für das Bundesgericht bestand vorliegend kein Grund, von der mit der Einschätzung der kantonalen Behörden übereinstimmenden Fachmeinung des BAFU abzuweichen. Die kantonalen Behörden hätten plausibel aufgezeigt, dass kein anderes, für die Revitalisie-

rung ebenso geeignetes Gebiet entlang der Flüsse Aare und Reuss sowie ihrer Zuflüsse bestehe. Des Weiteren sei durch verschiedene fachtechnische Abklärungen aufgezeigt worden, dass mit dem ausserhalb des geplanten Auen-Schutzparks gelegenen Pumpwerk Reussegg Süd eine hochwertige Trinkwasserversorgung sichergestellt werden könne, sodass sich die beiden bestehenden Pumpwerke Reussegg I und II ersetzen lassen. Diese seien damit nicht absolut standortgebunden. (E. 3.5).

68 Das Bundesgericht prüfte und bestätigte in E. 4 zudem die Verhältnismässigkeit der Massnahme: Die Vorinstanz habe zusammenfassend hervorgehoben, für eine optimale Auenentwicklung und einen effektiven Hochwasserschutz sei die mittelfristige Stilllegung des Pumpwerks Reussegg I erforderlich, denn einzig bei einem Verzicht auf beide Fassungen könne eine zusammenhängende Aufwertung der Flussdynamik und ein guter Schwemmholzurückhalt erreicht werden. Es sei mithin keine gleich geeignete, aber mildere Massnahme ersichtlich, welche ausreichen würde, um das angestrebte Ziel des Auenschutzes zu erreichen.

4. Rechtslage betreffend Umgang mit Biberschäden und -konflikten

4.1 Biberschutz als Grundsatz

69 Wie bereits erwähnt, ist der Biber in der Schweiz ein geschütztes Wildtier. Grundsätzlich sind der Biber und seine Bauten, Teiche usw. sowie sein Lebensraum zu schützen; dies gilt auch ausserhalb von Schutzgebieten.⁸⁵ Massnahmen gegen den Biber und seine Bauten sind ausnahmsweise zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind und den Schutz des Bibers nicht in Frage stellen, d.h. die Existenz dieser Tierart nicht gefährden.

4.2 Prävention von Biberschäden

a) Beispiele und Zuständigkeit für Präventionsmassnahmen

70 Gemäss Art. 12 Abs. 1 JSG treffen die Kantone *Massnahmen zur Verhütung von Wildschäden*. Das JSG geht vom Grundsatz *Verhütung vor Vergütung* aus.⁸⁶ Doch welche Massnahmen fallen darunter? Die Materialien zur JSV erwähnen *proaktive Präventionsmassnahmen* im Lebensraum des Bibers, primär die Revitalisierung der Gewässer und das extensive Bewirtschaften eines Gewässerraums sowie das standortgerechte Bestocken eines Uferbereiches mit Weiden; dazu gehört auch die Verlegung von Wegen und Anlagen aus dem Gewässerraum. Als *reaktive Präventionsmassnahmen* gelten technische Massnahmen, welche einen Schaden oder eine

⁸⁵ Dazu die vorangehenden Ausführungen in Rz. 12 ff., 18 ff., 31 ff., 41 ff.

⁸⁶ Botschaft des Bundesrates zum JSG vom 27. April 1983, BBl 1983 II, S. 1197 ff., 1211 f.

Gefährdung direkt verhindern.⁸⁷ *Beispiele* dafür sind Folgende: Schützen ganzer Felder, Obstplantagen oder einer Trinkwasserfassung mit Elektrozäunen, Einzelbaumschutz (mittels Drahtzaun, Manschetten oder einer speziellen Quarzitsandpaste), Auffüllen eines Biberbaus, um Unfälle zu vermeiden, Installation eines Kunstbaus (Betonrohr als Wohnkammer für die Biber), Vergitterung von Ufern (mit Drahtgitter oder Blockwurf) oder Abflachung von Ufern (Neigung von mindestens 1:3) oder der Bau eines Umgehungsgewässers.⁸⁸

71 Bei den Einzel- und Bestandesmassnahmen gegen geschützte oder jagdbare Tiere (Art. 12 Abs. 2, 2bis, 3 und Abs. 4 JSG) handelt es sich höchstens um Verhütungsmassnahmen im weiten Sinne, weil sie das erwiesene Vorhandensein eines Schadens bzw. das Bestehen einer erheblichen Gefährdung (Art. 4 Abs. 1 Bst. d und f JSV) voraussetzen und die Elimination von Bibern mit sich bringen («repressive» Massnahme);⁸⁹ sie vermögen lediglich kurzfristig (< 12 Monate) den Eintritt weiterer Schäden zu verhindern. Einzelabschüsse oder die zeitlich befristete Regulation kommen in Betracht, wenn zu einem gegebenen Zeitpunkt keine zumutbaren (proaktiven oder reaktiven) Präventionsmassnahmen möglich sind.⁹⁰ Technische Eingriffe in Biberbauten (z.B. Regulierung eines Bibersees) können rein präventiven, aber auch repressiven Charakter aufweisen.⁹¹

72 Proaktive und reaktive *Verhütungsmassnahmen* können sowohl Gemeinwesen als auch Privatpersonen anstreben bzw. obliegen, z.B. als Werkeigentümer oder als Bewirtschafter. Für die *Anordnung von Einzelmassnahmen* sind grundsätzlich die Kantone zuständig. Betreffend Biber liegt die Kompetenz dafür jedoch beim BAFU auf Antrag eines Kantons (Art. 12 Abs. 2, 2bis JSG, Art. 10 Abs. 5 JSV; Ziff. 3.2.5 Konzept Biber Schweiz [2004]). *Regulierungsmassnahmen* nach Art. 12 Abs. 4 JSG i.V. mit Art. 4 JSV können die *Kantone* mit vorheriger Zustimmung des Departements bzw. des BAFU treffen. Der *Vollzug* von rechtskräftig verfügten Einzel- und Bestandesmassnahmen gegen Biber obliegt Wildhütern oder Jagdberechtigten (Art. 12 Abs. 2, 2bis und Abs. 4 JSG). Auch beeinträchtigende Eingriffe in den Lebensraum und in die Bauten von Bibern bedürfen einer vorgängigen behördlichen Bewilligung (Art. 18 Abs. 1ter NHG, Art. 14 Abs. 5 NHV). Aus dieser sollte hervorgehen, wer zum Vollzug des bewilligten Eingriffs berechtigt bzw. beauftragt ist.⁹²

73 Grundsätzlich werden vom (potenziell) geschädigten *Bewirtschafter* – auf seinem eigenen Hof und Gelände – zumutbare Verhütungsmassnahmen erwartet, dies als *Voraussetzung für die Leistung von Entschädigungen* für Wild- bzw. Biber Schäden

⁸⁷ BAFU, Änderung der JSV, Erläuternder Bericht vom 15. Juli 2012 (korrigierte Version 2), S. 23.

⁸⁸ ANGST (FN 2), S. 119-121; DERS. (FN 31), S. 6 f.

⁸⁹ Tribunal administratif fédéral, arrêt A-2030/2010 du 14 avril 2011 (Massnahmen zur Regulierung von Kormoranbeständen), E. 4.2.

⁹⁰ BAFU, Änderung der JSV, Erläuternder Bericht vom 15. Juli 2012 (korrigierte Version 2), S. 23.

⁹¹ Näheres zu technischen Eingriffen in Biberbauten vgl. die Ausführungen in Rz. 124 ff.

⁹² Zu technischen Eingriffen in Biberbiotope siehe die nachfolgenden Ausführungen in Rz. 124 ff., 129 ff.

(Art. 13 Abs. 2 und Abs. 4 JSG, Art. 10 JSV, Ziff. 3.2.3 des Konzepts Biber Schweiz [2004]). Nur angesprochen seien *Selbsthilfemassnahmen* gegen jagdbare Tiere gemäss Art. 12 Abs. 3 JSG; der Biber fällt nicht darunter (Art. 9 Abs. 1 JSV).

b) Recht bzw. Pflicht zur Ergreifung von Verhütungsmassnahmen?

- 74 Die Kantone sind *verpflichtet*, Verhütungsmassnahmen (im eigentlichen Sinne, siehe vorstehend genannte Beispiele) zu treffen (Art. 12 Abs. 1 JSG). Sie können diese Aufgabe auch an Dritte übertragen, die Botschaft nennt z.B. den Revierpächter.⁹³ Einzel- und Regulierungsmassnahmen als solche dürften nicht unter diese Pflicht fallen, worauf die Kann-Formulierungen schliessen lassen (Abs. 2 und 4). In der Frage, welche der vielen möglichen Verhütungsmassnahmen ergriffen werden und wie weit diese gehen sollen, ist den Behörden im gesetzlichen Rahmen (Artenschutz, Verhältnismässigkeit usw.) ein erheblicher Ermessensspielraum zuzugestehen. Insbesondere müssen Bagatellschäden (aber in gewissem Ausmass auch umfangreichere Schäden) nicht verhindert werden. Als Voraussetzung für *Einzelmassnahmen* werden zumutbare Präventionsmassnahmen nur in Gebieten verlangt, wo bereits zuvor Schäden aufgetreten sind (Ziff. 3.2.5, Konzept Biber Schweiz [2004]). Es erscheint fraglich, ob dies mit Art. 12 und 13 JSG und mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip vereinbar ist. M.E. sollten auch Einzelmassnahmen gegen Biber angesichts ihres Ausnahmecharakters stets («mildere») Präventionsmassnahmen vorangehen; umso mehr, als dass die Wiederansiedlung der Biber allgemein anerkannt ist.
- 75 Den *Regulierungsmassnahmen* müssen laut der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) immer *Präventionsmassnahmen vorausgehen*; denn Bestandes- (und auch Einzel-) Massnahmen gegen schadenstiftende, geschützte Tiere stellen einschneidende Schritte dar.⁹⁴ Dies ergibt sich ebenfalls aus Art. 12 Abs. 5 JSG, wonach der Bund Massnahmen der Kantone zur Verhütung von Wildschaden, der durch Grossraubtiere an Nutztieren verursacht wird, fördert und koordiniert. Diese Bestimmung zielt klarerweise auf präventive, «mildere» Verhütungsmassnahmen, welche sich nicht gegen Grossraubtiere richten, indem der für den Artenschutz zuständige Bund beispielsweise Massnahmen zum Herdenschutz fördert.⁹⁵
- 76 Wie erwähnt, sind Art. 12 Abs. 2, 2bis und Abs. 4 JSG mit Bezug auf *Einzel- und Bestandesmassnahmen* als Kann-Vorschriften ausgestaltet. Dies gibt den zuständigen Behörden einen erheblichen, aber begrenzten *Ermessensspielraum*. Denn das JSG bezweckt u.a., die von wildlebenden Tieren verursachten Schäden auf ein tragbares Mass zu begrenzen (Art. 1 Abs. 1 Bst. c). Das Konzept Biber Schweiz (2004)

⁹³ Botschaft zum JSG (FN 86), S. 1197 ff., 1211 f.; zu den Beispielen vgl. Rz. 70.

⁹⁴ Tribunal administratif fédéral, arrêt A-2030/2010 du 14 avril 2011 (Massnahmen zur Regulierung von Kormoranbeständen), E. 4.2.

⁹⁵ Botschaft des Bundesrates zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik in den Jahren 2014–2017 vom 1. Februar 2012, BBI 2012, S. 2075 ff., 2206, 2277.

nennt in Ziff. 3.2.5 gestützt auf Art. 10^{bis} Bst. f JSV quantitative und qualitative Kriterien für Einzelmassnahmen gegen Biber, welche den Ermessensspielraum der Behörden eingrenzen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die zuständigen Gemeinwesen zur Anordnung von Einzel- (und Bestandes-) Massnahmen sogar verpflichtet sind, soweit die vorausgesetzten quantitativen Schadenschwellen (erheblicher bzw. grosser Schaden bzw. erhebliche Gefährdung) erreicht werden. Da das Konzept Biber Schweiz (2004) vor allem quantitative Kriterien für Einzelmassnahmen anführt und andere massgebliche Gesichtspunkte nicht erwähnt, muss diese Frage verneint werden; dafür spricht auch der Wortlaut («kann») in Art. 12 Abs. 2 und 4 JSG. Die zuständigen Behörden sind aber verpflichtet, den Sachverhalt und die massgeblichen Kriterien im Einzelfall sorgfältig zu ermitteln, die Interessen abzuwägen und nötigenfalls Massnahmen anzuordnen, welche mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einklang stehen; zuerst mildere, danach (wenn diese nicht Abhilfe schaffen) schärfere Massnahmen. Grundsätzlich geht der Schutz der Tierart Biber vor, direkte Massnahmen gegen geschützte Tiere im Allgemeinen und gegen den Biber im Besonderen kommen nur in Ausnahmefällen in Betracht.

c) Zur Zumutbarkeit von Präventionsmassnahmen

- 77 Art. 13 Abs. 2 JSG verlangt *zumutbare Verhütungsmassnahmen* und das Vorliegen eines erheblichen Schadens (keine Bagatellschäden) an Wald und landwirtschaftlichen Kulturen als Voraussetzung für die Ausrichtung von *Entschädigungen*. Die Botschaft zum JSG erwähnt zur Verhütung z.B. den Flächenschutz durch Zäune, Einzelschutz von Pflanzen sowie Flurwachen, äussert sich aber nicht speziell zur Zumutbarkeit.⁹⁶ Aufgrund der Spezialregelung von Art. 13 Abs. 4 JSG für Schäden durch Tiere bestimmter geschützter Tierarten (wozu nach Art. 10 Abs. 1 Bst. b JSV auch der Biber gehört) ist allerdings vorerst zu prüfen, ob Art. 13 Abs. 2 JSG bei Biberschäden anwendbar ist. Der Bundesrat bestimmt nach Anhören der Kantone diese geschützten Tierarten und die Voraussetzungen der Entschädigungspflicht (Art. 13 Abs. 4 JSG). In Art. 10 JSV nennt der Bundesrat zumutbare Verhütungsmassnahmen nicht; es gibt jedoch keine Hinweise, dass er diese grundlegende Voraussetzung ausschliessen wollte. Es gilt also diesbezüglich die generelle Regel von Art. 13 Abs. 2 JSG.
- 78 Für *Bestandesregulierungen* setzt Art. 4 Abs. 1 JSV zumutbare Massnahmen zur Schadenverhütung explizit voraus. Beim Biber sind nach den Erläuterungen des BAFU damit «[...] Massnahmen gemeint, welche einerseits technisch erfolgreich eingesetzt werden können, deren Ergreifen jedoch nicht unverhältnismässig hohen Aufwand und hohe Kosten verursacht.» Als Beispiele wird der Einbau von Schutzgittern in Dammanlagen oder bei ufernahen Verkehrsträgern im öffentlichen Interesse

⁹⁶ Botschaft des Bundesrates zum JSG vom 27. April 1983, BBl 1983 II, S. 1197 ff., 1211 f.

genannt. Der nachträgliche Einbau erscheine unverhältnismässig, nicht aber die präventive Installation im Zuge von Bau- oder Sanierungsarbeiten.⁹⁷

- 79 Im Konzept Biber Schweiz (2004) setzt das BUWAL (heute BAFU) nicht nur als Voraussetzung für Entschädigungen, sondern – weitergehend – auch für *Einzelmassnahmen* gegen Biber nach einem Erstschaden Präventionsmassnahmen voraus (Ziff. 3.2.4 und 3.2.5). Nach dem Konzept gelten als zumutbare Präventionsmassnahmen solche, die nicht mehr kosten als das *halbe Schadenpotenzial pro Betrieb und Jahr*. Zur Abschätzung des Schadenpotenzials können Erfahrungswerte aus früheren Jahren oder anderen Regionen beigezogen werden (Ziff. 3.2.3). Das Konzept sieht die Möglichkeit von Einzelmassnahmen gegen Biber vor, u.a. wenn in Gebieten, wo bereits schon Schäden aufgetreten waren, vor einem neuerlichen Schaden zumutbare Präventionsmassnahmen getroffen wurden; ausserdem, wenn die Schäden trotz zumutbaren Präventionsmassnahmen immer wieder am gleichen Ort auftreten (Ziff. 3.2.5). Allerdings wäre es m.E. konsequent, vor der Anordnung von Abschüssen stets Präventionsmassnahmen zu verlangen, sobald die Existenz der betroffenen, schadenstiftenden (geschützten) Tierart bekannt ist (Verhältnismässigkeitsprinzip).
- 80 *Aufwendungen für Verhütungsmassnahmen* können allgemein bei der Entschädigung von Wildschaden berücksichtigt werden, was einen Schadenseintritt voraussetzt (Art. 13 Abs. 2 JSG). Das Konzept Biber schliesst jedoch die Entschädigung von Präventionsmassnahmen ausdrücklich aus (Ziff. 3.2.3). Die Vereinbarkeit dieses Ausschlusses mit Art. 13 Abs. 2 und Abs. 4 JSG ist aufgrund der Kann-Formulierung im JSG gegeben.
- 81 Es gibt – soweit ersichtlich – keine Gerichtspraxis zur Frage, ob die Vorgabe des Konzepts Biber (2004) zur Zumutbarkeit von Präventionsmassnahmen (halbes Schadenpotenzial pro Betrieb und Jahr) bundesrechtskonform ist und vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit standhält. Bei der *Beurteilung der Verhältnismässigkeit* von Verhütungsmassnahmen (vor allem betreffend die Abwägung von öffentlichen und in Frage stehenden privaten Interessen) sind die *Umstände des Einzelfalles* massgebend. Zudem ist Folgendes miteinzubeziehen: erstens ist die Verhütung (auch im Sinne der Eigenverantwortung) gerade im Zusammenhang mit geschützten und seltenen Tieren ein wichtiges und gesetzlich verankertes Prinzip; zweitens werden Schäden an Wald, landwirtschaftlichen Kulturen oder Nutztieren (nicht aber andere Schäden, z.B. an Infrastrukturen) entschädigt; drittens können Verhütungsmassnahmen bei der Entschädigung berücksichtigt werden (wird im Konzept Biber jedoch ausgeschlossen); viertens bewilligen bzw. verfügen die zuständigen Behörden beim Vorliegen von erheblichen oder grossen Schäden in der Regel Eingriffe in Biberbaue oder -dämme bzw. Einzel- oder Regulierungsmassnahmen.

⁹⁷ BAFU, Änderung der JSV, Erläuternder Bericht vom 15. Juli 2012 (korrigierte Version 2), S. 23.

82 Die Regelung betreffend Verhütung von Schäden an Wald oder landwirtschaftlichen Kulturen erscheint insgesamt plausibel, auch wenn pauschale Festlegungen zur Zumutbarkeit mit Vorsicht zu beurteilen sind. Schwieriger zu beurteilen ist die Frage der Verhältnismässigkeit bei Verhütungsmassnahmen zum *Schutz von Infrastrukturen* (als Voraussetzung für Einzelmassnahmen oder Bestandesregulierungen), wenn diese kostspielig sind. Schäden an Infrastrukturen werden bisher zudem nicht vergütet (Art. 13 Abs. 1 JSG, Ziff. 3.2.4 Konzept Biber [2004]). Es bleibt festzuhalten, dass vom Bewirtschafter nur *rechtmässige Verhütungsmassnahmen* erwartet werden können. Ohne explizite Bewilligung sind dies lediglich Massnahmen, welche weder den Biber noch seinen Lebensraum beeinträchtigen. Andernfalls würden sich Vertreter des Gemeinwesens oder der private Bewirtschafter unter Umständen sogar strafbar verhalten.⁹⁸ Für beeinträchtigende Massnahmen (z.B. Regulierung oder Entfernung von Biberdämmen, Vergitterung des Ufers) muss stets vorgängig eine behördliche Bewilligung vorliegen.⁹⁹ *Selbsthilfemassnahmen* gegen den geschützten Biber bzw. dessen schützenswerten Lebensraum sind nicht zulässig (Art. 12 Abs. 3 JSG i.V. mit Art. 9 Abs. 1 JSV, Art. 18 Abs. 1ter NHG).

4.3 Massnahmen gegen den Biber als Ausnahme

a) Abschuss oder Einfang einzelner Biber

83 Gemäss Art. 12 Abs. 2bis JSG i.V. mit Art. 10 Abs. 5 JSV kann das BAFU bei erheblichem Schaden *Einzelmassnahmen gegen schadenstiftende Biber* (Abschuss, Einfang) anordnen; erforderlich ist eine *kausale Beziehung* zwischen den Grab- und Stauaktivitäten des anvisierten Bibers und dem eingetretenen Schaden. Nach der generellen Regel von Art. 12 Abs. 2 JSG wären die Kantone verfassungsberechtigt. Ist die örtlich betroffene Kantonsbehörde der Auffassung, dass gegen einen bzw. einzelne Biber Einzelmassnahmen (Abschuss, Einfangen) zu ergreifen sind, muss sie dem BAFU ein entsprechendes Gesuch um Bewilligung stellen (vgl. Ziff. 3.2.5 Konzept Biber Schweiz [2004]). Weder das JSG noch die JSV verlangen ein kantonales Gesuch; es ist jedoch plausibel und sinnvoll, wenn der Anstoss von den lokal betroffenen Behörden ausgeht.¹⁰⁰ Der Abschuss von geschützten Tieren wie dem Biber kommt vom Gesetzeszweck her nur *in unbedingt notwendigen Fällen*, als ultima ratio in Betracht; dies wird auch in den Gesetzesmaterialien zum JSG und vom Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 2009 betont.¹⁰¹ Art. 9 Ziff. 1 Berner Konvention (BeK) ist in die rechtliche Beurteilung einzubeziehen und lautet wie folgt:

⁹⁸ Zu den verwaltungsrechtlichen Massnahmen und strafrechtlichen Sanktionen vgl. Rz. 149 ff.

⁹⁹ Siehe Rz. 124 ff., 129 ff.

¹⁰⁰ Das BAFU verfügt ohne Antrag keine Massnahmen gegen Biber, Auskunft von CAROLINE NIENHUIS (BAFU) im Dezember 2014.

¹⁰¹ Botschaft zum JSG (FN 86), S. 1197 ff., 1211 f.; BGE 136 II 101 ff., 109 f., E. 5.4 und 5.5.; Die Praxis 9/2010, Nr. 94, S. 661 ff., 668.

Unter der Voraussetzung, dass es keine andere befriedigende Lösung gibt und die Ausnahme dem Bestand der betreffenden Population nicht schadet, kann jede Vertragspartei Ausnahmen von den Artikeln 4, 5, 6, 7 und vom Verbot der Verwendung der in Artikel 8 bezeichneten Mittel zulassen

– zum Schutz der Pflanzen- und Tierwelt;

– zur Verhütung ernster Schäden an Kulturen, Viehbeständen, Wäldern, Fischgründen, Gewässern und anderem Eigentum;

– im Interesse der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit, der Sicherheit der Luftfahrt oder anderer vorrangiger öffentlicher Belange;

– ...

84 Damit Einzelmassnahmen angeordnet werden können, müssen sie das *Verhältnismässigkeitsprinzip* (Art. 5 Abs. 2 BV) wahren. Dies setzt voraus, dass sie zur Erreichung des angestrebten Zieles geeignet und erforderlich sind und dass sie den entgegengesetzten öffentlichen oder privaten Interessen vorangehen.¹⁰² In Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips müssen *primär mildere Massnahmen* wie baulich-technische Massnahmen, Einfangen und Umsiedlung ergriffen werden. Die *Umsiedlung bzw. Wiederansiedlung* kann vom BAFU mit Zustimmung des betroffenen Kantons bewilligt werden (Art. 9 Abs. 1 Bst. b JSG, Art. 8 Abs. 2 JSV). In der Praxis hat sich allerdings gezeigt, dass das Einfangen und Umsiedeln mit verschiedenen Problemen verbunden ist: am alten Ort können die Konflikte aufrecht erhalten bleiben, wenn andere Biber an die Stelle treten; am neuen Ort verursacht der umgesiedelte Biber ev. ebenfalls Konflikte (wofür die aussetzende Behörde ein Stück weit verantwortlich gemacht werden dürfte) oder er wird von anderen Bibern bekämpft.¹⁰³ Gemäss Ziff. 3.2.6 Konzept Biber Schweiz (2004) müssen ausgesetzte oder umgesiedelte Biber markiert (mit Mikrochip) und dem BAFU gemeldet werden.

85 Es stellt sich die Frage, welche Handlungen unter den *Begriff* «*Massnahmen gegen einzelne geschützte oder jagdbare Tiere*» (Art. 12 Abs. 2 und 2bis JSG) bzw. «*Massnahmen gegen Biber*» (Art. 10 Abs. 5 JSV) zu subsumieren sind. Aus den genannten Bestimmungen geht dies nicht klar hervor. Der Wortlaut lässt primär auf *direkte Massnahmen* schliessen, wie Abschüsse oder das Einfangen eines (oder ev. mehrerer) Biber(s), nicht aber auf «*mildere*» baulich-technische Eingriffe in Biberbaue oder -dämme. Die Botschaft zum JSG zählt unter dem Titel Wildschaden zwar Beispiele für Massnahmen auf, erwähnt zu Art. 12 Abs. 2 jedoch nur Abschüsse.¹⁰⁴ Einzelmassnahmen beziehen sich nach dem Bundesgericht auf abgesonderte, *einzelne Tiere* (hier Biber); andernfalls könnte nicht mehr von einer Ausnahme die Rede sein. Die Gesetzesmaterialien sprechen vom Abschuss einzelner schadenstiftender Tie-

¹⁰² Z.B. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 80) N 581 ff.

¹⁰³ Gemäss Auskunft v. CHRISTOF ANGST (Biberfachstelle, Neuchâtel) im Dezember 2014.

¹⁰⁴ Botschaft zum JSG (FN 86), S. 1197 ff., 1211 f.

re.¹⁰⁵ Stets ist im Anwendungsfall zu beurteilen, ob das abzuschliessende Einzeltier einen erheblichen Wildschaden unmittelbar und kausal verursacht hat.¹⁰⁶

- 86 Bei der Bewilligung von Einzelabschüssen ist auch deren aufsummierte Wirkung und damit die *Abgrenzung zu Bestandesregulierungen* zu beachten. Einzelabschüsse sollten für eine Region nicht so oft verfügt und vollzogen werden, dass daraus letztlich Bestandesregulierungen resultieren, wenn die strengeren Voraussetzungen von Art. 12 Abs. 4 JSG i.V. mit Art. 4 JSV weder geprüft wurden noch mit Bestimmtheit vorliegen. Nach einem *Richtwert* des BAFU dürfen Einzelmassnahmen deshalb *10 % des fortpflanzungsfähigen Bestandes* einer bestimmten Art (in einer Region) nicht überschreiten, andernfalls handelt es sich um eine Regulierungsmassnahme.¹⁰⁷ Diese Begrenzung, welche nicht einer Weisung des BAFU entspricht, hat nach einem Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 2009 keinen absoluten Charakter. Es handelt sich um eine blosser Grössenordnung, die bei einer geschützten Art indessen als Richtwert dienen kann. Das Bundesgericht hielt zudem fest: Die Tatsache, dass eine geschützte Tierart nicht vom Aussterben bedroht ist, erlaube es den Kantonen nicht, unter dem Deckmantel einer Ausnahmemassnahme den Abschuss einer unbegrenzten Zahl von Tieren zu bewilligen.¹⁰⁸
- 87 Es stellt sich die Frage, ob sich eine Einzelmassnahme auch auf eine *ganze Biberfamilie in einem Revier* (mehrere Individuen als Einheit) beziehen kann, zumal meist alle Tiere, selbst die Jungtiere, beim Bauen helfen. Die Voraussetzung der natürlichen kausalen Beziehung zwischen den anvisierten Biberexemplaren einer Familie und dem Schaden ist dann vermutungsweise gegeben (nötig ist jedoch ein Nachweis). Mit Blick auf die künftige Schadenverhütung würde es in der Regel wenig nützen, nur ein einzelnes Tier zu erlegen. Aus jagd- und tierschutzrechtlichen Gründen erscheint es zudem problematisch, ein Elterntier abzuschliessen, wenn junge, betreuungsbedürftige Biber vorhanden sind. Nach Ziff. 3.2.5 Konzept Biber Schweiz (2004) dürfen denn auch adulte Biber während der Aufzuchtzeit (vom 1. März bis 30. September) weder eingefangen noch geschossen werden.
- 88 Rechtlich gesehen erscheint die Interpretation, der Abschuss einer ganzen Biberfamilie in einem Revier sei stets als Einzelmassnahme im Sinne von Art. 12 Abs. 2 und 2bis JSG anzusehen, nicht haltbar. In den Materialien wird der Familien- bzw. Revierbegriff in diesem Zusammenhang nicht verwendet.¹⁰⁹ Einzelmassnahmen beziehen sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich auf *abgesonderte und einzelne individualisierte Tiere*.¹¹⁰ Unter Berücksichtigung des vorer-

¹⁰⁵ BGE 136 II 101 ff., 109, E. 5.5 (Bewilligung zum Abschuss von Graureihern); Übersetzung in Die Praxis 9/2010, Nr. 94, S. 661 ff., 668; Botschaft zum JSG (FN 86), S. 1197 ff., 1211.

¹⁰⁶ BÜTLER, Jagdrecht (FN 10), S. 61.

¹⁰⁷ Vgl. auch BÜTLER, Jagdrecht (FN 10), S. 61.

¹⁰⁸ BGE 136 II 101 ff., 109-111, E. 5.5.; Die Praxis 9/2010, Nr. 94, S. 661 ff., 668 f.

¹⁰⁹ Botschaft zum JSG (FN 86), S. 1197 ff., 1211 f.

¹¹⁰ BGE 136 II 101 ff., 110, E. 5.5; Die Praxis 9/2010, Nr. 94, S. 668.

wählten Richtwerts des BAFU von 10 % ist die Entfernung einer ganzen Biberfamilie (angenommen sie besteht aus fünf Individuen) mindestens dann als Bestandesregulierung einzustufen, wenn in der massgeblichen geographischen Gegend weniger als ungefähr fünfzig Biber leben. Selbst wenn der Richtwert von 10 % im Einzelfall mit grosser Wahrscheinlichkeit unterschritten würde, bleibt kritisch zu prüfen, ob der einmalige Abschuss einer Biberfamilie in ihrem Revier unter Art. 12 Abs. 2 und Abs. 2bis JSG fällt oder ob die strengeren Voraussetzungen von Art. 12 Abs. 4 JSG erfüllt sein müssen. In diesem Zusammenhang ist auf den Bestandesbegriff in den Erläuterungen des BAFU zur Teilrevision der Jagdverordnung von 2011 hinzuweisen. Unter *Bestand* sind danach «[...] die in einer Region lebenden Tiere einer Art (Teilpopulation) zu verstehen, welche mit anderen, in benachbarten Regionen lebenden Tieren derselben Art eine Fortpflanzungsgemeinschaft (Population) bilden.»¹¹¹

- 89 *Eingriffe in Biberbaue und -dämme* fallen hingegen nicht unter Einzelmassnahmen (des BAFU) im Sinne von Art. 12 Abs. 2 und 2bis JSG. Dafür ist eine Zustimmung (z.B. in einem Plangenehmigungsverfahren eines Bundesamts) bzw. die (unselbständige oder selbständige) Bewilligung des betroffenen Kantons für einen technischen Eingriff im Sinne von Art. 18 Abs. 1ter NHG nötig.¹¹² Dies ändert jedoch nichts daran, dass der jagdrechtliche Schutz der Tierart Biber auch dessen Lebensraum (samt Biberbauten) mitumfasst (Art. 1 Abs. 1 Bst. a JSG). Der Biotopschutz wird jedoch primär in den Art. 18 ff. NHG geregelt. Soweit Vorgaben des NHG jedoch dem JSG widersprechen, geht die Regelung des letzteren vor (Art. 18 Abs. 4 NHG).¹¹³
- 90 Festzuhalten ist, dass es sich sowohl bei Art. 12 Abs. 2 und Abs. 2bis JSG als auch bei Art. 10 Abs. 5 JSV um *Kann-Vorschriften* handelt. Ob und unter welchen Umständen betroffene Kantone bzw. das BAFU im Einzelfall eine Handlungspflicht (Abklärungen, Antragstellung, Verfügung) trifft, ist offen und hängt von den Umständen im Einzelfall ab.¹¹⁴ Vom Gesetzes- und Verordnungswortlaut her dürften die Behörden hier über einen relativ breiten *Interpretations- und Ermessensspielraum* verfügen, soweit sie den Ausnahmecharakter von Einzelmassnahmen und den genannten Richtwert von 10 % respektieren; dasselbe gilt für die Frage der rechtskonformen Umsetzung und Anwendung des Bundesrechts im Rahmen des Konzepts Biber Schweiz (2004).¹¹⁵ Den zuständigen Behörden (für Einzelmassnahmen gegen den Biber ist es das BAFU) verbleibt dennoch ein relativ weiter Ermessensspielraum, weil für die Frage, ob die Voraussetzungen für eine Einzelmassnahme vorliegen, auch andere quantitative sowie qualitative und fallspezifische Kriterien in die Auslegung miteinzubeziehen sind, z.B. Wiederholungsgefährdung, strategische Bedeutung der betreffenden Teilpopulation für den grossräumigen Biberschutz (gemäss Konzept

¹¹¹ BAFU, Teilrevision der Jagdverordnung, Erläuternder Bericht zur Anhörung vom 31. März 2011, S. 20.

¹¹² Vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 124 ff.

¹¹³ FAHRLÄNDER, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 18, Rz. 43 ff.; BÜTLER, Jagdrecht (FN 10), S. 10.

¹¹⁴ Dazu auch die Ausführungen unter Rz. 74 f.

¹¹⁵ So zum Wolfskonzept: SEITZ (FN 15), S. 250 ff., 255 ff.

Biber Schweiz [2004]), natürliche Kausalität zwischen der Aktivität bestimmter Biber und dem eingetretenen Schaden / Zurechenbarkeit des Schadens, Grösse des fortpflanzungsfähigen Biberbestandes in der Region, Biberrevier in einem Schutzgebiet, Einschätzung und Zumutbarkeit der ev. ergriffenen Präventionsmassnahmen usw.

91 Das BAFU soll gemäss Art. 10^{bis} Bst. f JSV in den *Konzepten Grundsätze u.a. über die Vergrämung, den Fang oder den Abschuss*, insbesondere über die Erheblichkeit von Schäden und Gefährdungen aufstellen.¹¹⁶ Inhaltlich wichtige Bestimmungen bedürfen – mindestens in den Grundzügen – einer gesetzlichen Grundlage (Legalitätsprinzip); Ausführungsvorschriften dazu gehören auf Verordnungsstufe.¹¹⁷ Es fragt sich im Zusammenhang mit geschützten Tieren, ob präzisierende Voraussetzungen für Einzel- und Bestandesmassnahmen, Grundsätze zur Verhütung von (Biber-)Schäden und von Gefährdungssituationen nicht eine Tragweite bzw. Bedeutung aufweisen, die eine Festlegung auf Verordnungsstufe, statt auf Stufe Konzept (Vollzugshilfe) nahelegen würden. Für diese Auffassung spricht unter anderem, dass der Bundesrat Bestimmungen zur Entschädigung und Schadenverhütung (Art. 10 JSV), zur Verhütung von Schäden durch Grossraubtiere (Art. 10^{ter} JSV) und zu Herdenschutzhunden (Art. 10^{quater} JSV) auf Verordnungsstufe erlassen hat (obwohl nach Art. 10^{bis} JSV dafür formell die Konzeptstufe vorgesehen wäre). Immerhin sieht Art. 10^{bis} Bst. f JSV ausdrücklich vor, dass die Konzepte Grundsätze über die Erheblichkeit von Schäden und Gefährdungen festlegen sollen; es liegt damit eine *Delegation* vom Bundesrat an das BAFU vor. Der Vorteil der Konzepte liegt primär darin, dass das BAFU diese relativ flexibel anpassen kann. Es ist zu bemerken, dass das BAFU die überarbeiteten Konzepte Luchs und Wolf in Konsultation (eine Art Vernehmlassung) gegeben hat. Es kann so vor der Verabschiedung eines Konzepts allfällige Verbesserungen und Änderungen vornehmen (oder eine Sistierung beschliessen), was die Legitimation der Konzepte stärkt. Die angesprochene Frage wird hier nicht vertieft analysiert.

92 Im *Konzept Biber Schweiz (2004)* hat das BAFU das quantitative Kriterium betreffend *Erheblichkeit des Schadens* festgelegt (gemäss Ziff. 3.2.5 bei einer Schadenssumme von Fr. 10'000.-), soweit es um Schäden an Wald und landwirtschaftlichen Kulturen geht. Darauf ist nachfolgend zurückzukommen. Wie auch aus dem Konzept hervorgeht, sind weitere Kriterien einzubeziehen, «z.B. Wiederholungsgefährdung, strategische Bedeutung der betreffenden Teilpopulation für den grossräumigen Biber-schutz», wobei das BAFU über einen Ermessensspielraum verfügt. Bei anderen erheblichen Schäden, insbesondere an Siedlungen oder im öffentlichen Interesse stehenden Bauten und Anlagen, hat das BAFU ebenfalls die Möglichkeit, auf Antrag

¹¹⁶ Dazu die vorangehenden Ausführungen in Rz. 15.

¹¹⁷ Die Bundesversammlung erlässt alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes (Art. 22 Abs. 1 Bundesgesetz über die Bundesversammlung, Parlamentsgesetz, vom 13. Dezember 2002, SR 171.10). Zum Erfordernis der Gesetzesform vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 80), N 393 ff.

eines Kantons Einzelmassnahmen zu verfügen, denn der Wildschadenbegriff des JSG umfasst auch solche Schäden.¹¹⁸ Daran ändert nichts, dass sich Art. 4 Abs. 1 Bst. f JSV, welcher die erhebliche Gefährdung solcher Bauten und Anlagen auflistet, nur auf Bestandesregulierungen bezieht. Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip sind Einzelabschüsse gegenüber Bestandesregulierungen vorzuziehen, falls erstere ausreichen. Einzelabschüsse (wie auch befristete Bestandesregulierungen oder technische Eingriffe in Biberbauten) stellen jedoch nur eine *kurzfristige Lösungsstrategie* als Reaktion auf entstandene Schäden dar; sie sind mit eigentlichen Präventionsmassnahmen zu kombinieren.¹¹⁹ Per Ende 2014 hat das BAFU noch keine Einzelmassnahmen in Form von Abschüssen gegen Biber angeordnet.¹²⁰

93 Schliesslich ist festzuhalten, dass Einzelmassnahmen gegen den Biber als geschütztes Tier sowie das Aussetzen eines Bibers den Artenschutz betreffen. Damit handelt es sich um die Erfüllung einer Bundesaufgabe im Sinne von Art. 2 NHG i.V. mit Art. 78 Abs. 4 BV, welche dem *Verbandsbeschwerderecht* der Organisationen nach Art. 12 ff. NHG zugänglich ist; Verfügungen sind entsprechend korrekt und aussagekräftig im kantonalen Amtsblatt zu publizieren und in der Regel während 30 Tagen aufzulegen (Art. 12b NHG).¹²¹

b) Zum erheblichen Schaden

94 Einzelmassnahmen kommen erst in Betracht, wenn ein Biber bzw. seine Familie einen sog. *erheblichen Schaden* anrichtet. Was darunter zu verstehen ist, definiert Art. 12 Abs. 2 bzw. Abs. 2bis JSG nicht. Auch in der JSV fehlen dazu Ausführungen; sie verweist dazu auf das Konzept (Art. 10^{bis} Bst. f.). Unklar ist insbesondere, nach welchen Kriterien die Erheblichkeit des Wildschadens zu beurteilen ist. Dabei spielen *quantitative Kriterien* (z.B. Anzahl gerissene Tiere beim Konzept Wolf oder die Schadensumme nach dem Konzept Biber), daneben aber auch *qualitative Aspekte* eine Rolle (z.B. ob die vom Wolf gerissenen Tiere genügend geschützt waren).¹²² Unklar ist jedoch die Gewichtung dieser Kriterien; diese hängt vom Einzelfall ab.

¹¹⁸ Vgl. die vorangehenden Ausführungen unter Rz. 50 und BÜTLER, Jagdrecht (FN 10), S. 26 ff., 45. Zu den Bauten und Anlagen im öffentlichen Interesse Näheres in Rz. 103.

¹¹⁹ Vgl. Rz. 105 und 137; Ausführungen zu Präventionsmassnahmen in Rz. 70 ff.; ANGST (FN 31), S. 6 f.

¹²⁰ Gemäss Auskunft von CAROLINE NIENHUIS (BAFU) im Dezember 2014.

¹²¹ BGE 136 II 101 ff., 103, E. 1.1 (Graureiher); BGE 131 II 58 ff., 60 f., E. 1.1 (Abschussbewilligung für einen Wolf); BGE 125 II 29 ff., 32 f., E. 1b; Urteil KGer VS vom 29. April 2004, RVJ 2005, S. 87 ff. (Wolf); NINA DAJCAR, Natur- und Heimatschutzinventare des Bundes, Diss. Zürich/Basel/Genf 2011, S. 29 f.; CHRISTIAN KILCHHOFER/PETER PERREN, Rechtsfragen zum Vollzug des Jagdgesetzes, Rechtsgutachten vom 16. August 2013 für das Bundesamt für Umwelt, S. 20-26. Zu den Anforderungen an die Publikation: BUWAL, Anforderungen an die Veröffentlichung von Projekten in erstinstanzlichen Entscheidungsverfahren nach dem USG, dem NHG und dem FWG, vom 17. September 2003, vgl. www.bafu.admin.ch.

¹²² Vgl. dazu Urteil KGer VS A1 10 84/85 vom 1. Oktober 2010, URP 3/2011, 234 ff., E. 5.2.3 (Bewilligung zum Abschuss von zwei Wölfen); SEITZ (FN 15), S. 255 ff.

- 95 Im Zusammenhang mit geschützten Tieren (wie dem Biber) ist Art. 9 BeK, also Umweltvölkerrecht, zu beachten. Diese Bestimmung setzt in Ziff. 1 «*ernste*» Schäden an Kulturen, Viehbeständen, Wäldern, Fischgründen, Gewässern und anderem Eigentum voraus, ohne diese näher zu konkretisieren. Gemäss dem Ständigen Ausschuss der Berner Konvention sind massgebliche Faktoren die *Intensität und die Dauer* der schädlichen Wildtierangriffe, wobei auch ein begrenztes geographisches Gebiet, eine Region oder eine Gruppe von Bauernhöfen oder sogar nur ein bestimmter Bauernhof betroffen sein kann.¹²³ Art. 9 Ziff. 1 BeK belässt für die Interpretation durch die Vertragsstaaten einigen Spielraum offen. Zu beachten ist, dass Art. 7 BeK bei Tierarten, welche gemäss Anhang III nur, aber immerhin geschützt sind (Bsp. Biber), eine Nutzung und Bestandesregulierung erlaubt ist, solange die Population dadurch nicht gefährdet wird. Hingegen bildet Art. 9 BeK mit Bezug auf besonders geschützte Tierarten (Bsp. Wolf) die einzige Möglichkeit für Eingriffe gegen solche Tiere. Die Voraussetzungen für Ausnahmen nach Art. 9 BeK dürften für besonders geschützte Tiere ähnlich sein wie für «bloss» geschützte Tiere, weil die Bestimmung beide Schutzkategorien aufführt.¹²⁴
- 96 Die genaue Bedeutung des erheblichen Schadens ist nach dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 2 JSG ebenfalls nicht klar festgelegt. Der Gesetzgeber hat dem Verordnungsgeber und den rechtsanwendenden Behörden nicht nur mit der grundsätzlichen Kann-Formulierung, sondern auch in diesem Punkt einen *erheblichen Interpretations- und Ermessensspielraum* belassen. Die Behörden sind in ihrer Entscheidung aber stets an die *Verfassung* gebunden, so an das Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und an die Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen (Art. 8, Art. 5 Abs. 2 BV);¹²⁵ weiter an die übrigen Leitplanken des JSG und der Berner Konvention (hier vor allem Art. 7 und 9 BeK). Zu beachten sind insbesondere die Erhaltung der Artenvielfalt und der Lebensräume der einheimischen und ziehenden wildlebenden Säugetiere und Vögel sowie der Schutz der bedrohten Tierarten (Art. 1 Abs. 1 Bst. a und b JSG). Der Artenschutz spielte beim Erlass des JSG eine grosse Rolle.¹²⁶
- 97 Das BAFU (bzw. früher das BUWAL) hat auf der Basis von Art. 10^{bis} i.V. mit Art. 10 Abs. 1 JSV auf *Stufe der Konzepte* zu den geschützten Tieren Bär, Biber, Luchs und Wolf gewisse, insbesondere quantitative Aspekte zur Erheblichkeit des Schadens

¹²³ Standing Committee, Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats, Resolution No. 2 (1993) on the scope of articles 8 and 9 of the Bern Convention, adopted by the Standing Committee 3 December 1993, p. 1 and Appendix, cipher 16 (Text in English); dazu BÜTLER, Jagdrecht (FN 10), S. 69 ff.

¹²⁴ Dazu BÜTLER, Jagdrecht (FN 10), S. 69 ff.

¹²⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 80), N 441.

¹²⁶ Botschaft zum JSG (FN 86), S. 1197 ff., 1199, 1211 f.

festgelegt.¹²⁷ Nach dem Konzept Biber Schweiz (2004) ist ein Biberschaden an landwirtschaftlichen Kulturen oder an Wald erheblich, wenn in einem Biberterritorium und innerhalb von zwei Monaten mehrere Schadenfälle auftreten und wenn die Schadenssumme Fr. 10'000.- übersteigt oder wenn die Schäden trotz zumutbaren Präventionsmassnahmen immer wieder am gleichen Ort auftreten. In begründeten Fällen kann der Kanton davon abweichen (Ziff. 3.2.5). Es bleibt unklar, ob diese Schadensschwelle auch für andere Schäden (z.B. an Infrastrukturen) analog oder im Sinne eines Richtwerts zur Anwendung kommen soll. Massgebend dürften primär die Verhältnisse im Einzelfall sein. Eine Praxis hat sich bisher (per Ende 2014) dazu nicht etabliert.

98 Beim «erheblichen Schaden» handelt es sich um eine offene Formulierung bzw. (nach herrschender Lehre) um einen *unbestimmten Rechtsbegriff*, welcher im Einzelfall auszulegen ist und der richterlichen Kontrolle unterliegt. Gesetz und Verordnung werden in erster Linie nach dem Wortlaut interpretiert. Daneben dienen die Methoden der systematischen, teleologischen und historischen Auslegung. Fraglich ist jeweils, ob eine freie richterliche Überprüfungsbefugnis besteht oder ob eine gewisse Zurückhaltung durch eine gerichtliche Instanz angezeigt ist (z.B. wegen der grösseren Nähe und Vertrautheit der Verwaltungsbehörden mit den tatsächlichen Verhältnissen). Nach einer neueren Lehrmeinung ist massgeblich, ob die Anwendung einer offenen Normierung nach Sinn und Zweck des Gesetzes von einem Gericht soll überprüft werden können.¹²⁸ Festzuhalten ist, dass die Vorgaben im jeweils aktuellen *Konzept Biber Schweiz* auf ihre *Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht* (Berner Konvention, Bundesverfassung und eidg. Jagdrecht) von Gerichten vorfrageweise überprüft werden können. Bisher gibt es dazu – mangels Fällen – kein Beispiel aus der Gerichtspraxis.¹²⁹

99 Unter den Begriff Schaden (allerdings im Sinne von Art. 9 Abs. 1 WZVV)¹³⁰ fallen nach einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahre 2011 (E. 4.3.) die wirtschaftliche Benachteiligung, materielle Schäden und Verheerungen, auch Beeinträchtigungen von herrenlosen Sachen und öffentlichen Gütern (Fauna und Flo-

¹²⁷ Konzept Biber Schweiz, März 2004, Ziff. 3.2.5; ferner: Konzept Bär, Managementplan für den Braunbären in der Schweiz, vom 25. Juli 2006, S. 7; Konzept Luchs Schweiz vom 21. Juli 2004, Ziff. 4.4.1 und 4.4.2; Konzept Wolf, Managementplan für den Wolf in der Schweiz, vom 10. März 2008, Ziff. 4.4. Für die Konzepte Luchs und Wolf liegen überarbeitete Konsultationsentwürfe vom 2. Juni 2014 vor (vgl. www.bafu.admin.ch > Tiere > Tiere von A-Z; das Konzept Biber wird vom BAFU zurzeit überarbeitet).

¹²⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 80), N 445 ff.; BENJAMIN SCHINDLER, *Verwaltungsermessen, Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, Zürich/St. Gallen 2010, § 7.

¹²⁹ Hingegen ist bezüglich Vereinbarkeit des Konzepts Wolf mit dem übergeordneten Recht auf das Urteil KGer VS A1 10 84/85 vom 1. Oktober 2010, URP 3/2011, S. 234 ff., E. 5., hinzuweisen.

¹³⁰ Verordnung über die Wasser- und Zugvogelreservate von internationaler und nationaler Bedeutung (WZVV) vom 21. Januar 1991 (SR 922.32).

ra).¹³¹ Der *Wildschadenbegriff* darf nicht allein im Lichte des Haftpflichtrechts ausgelegt werden, selbst wenn er auch direkte Schäden an Privateigentum umfasst. Massgebend sind primär jagdrechtliche Gesichtspunkte.¹³² Im erwähnten Entscheid ging es in E. 4.4. um den Begriff des untragbaren Schadens. Das Gericht kam zum Schluss, dass die nachweisbare Schadenhöhe deutlich tiefer lag als die behauptete. Die Regulierungsmassnahmen erwiesen sich als nicht notwendig, weil noch nicht alle nützlichen Präventionsmassnahmen ergriffen worden waren.¹³³ Festzuhalten ist, dass ein untragbarer Schaden m.E. schwerwiegender ist als ein erheblicher Schaden; das Verhältnis bzw. die Differenzierung zum grossen Schaden bleibt im Entscheid (E. 4.4.) unklar.

100 Die erwähnte quantitative Konkretisierung in den Konzepten betreffend ausgewählte (erhebliche) Schäden stellt für die zuständigen Behörden (hier dem BAFU) einen Richtwert dar. Die Behörde kann sich für die Beurteilung der Erheblichkeit nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht auf eine mathematische Regel abstützen, sondern muss im Einzelfall eine *Abwägung sämtlicher vorhandener Interessen* vornehmen.¹³⁴ Eine bundesrechtskonforme Auslegung der «Erheblichkeit» verlangt also die Berücksichtigung weiterer Gesichtspunkte im Einzelfall; welche das in der Regel sind, wird im Entscheid jedoch nicht ausgeführt. Es stellt sich die Frage, ob die Formulierung des Gerichts so zu verstehen ist, dass sämtliche Aspekte, also auch diejenigen des Artenschutzes, in die Interpretation des Begriffs «erheblicher Schaden» einfliessen sollen. Dies erscheint insoweit richtig, als die Schwelle für «scharfe» Massnahmen (wie der Abschuss) gegen geschützte Tiere genügend hoch anzusetzen ist, um den vom Gesetzgeber gewollten Ausnahmecharakter nicht auszuhöhlen.¹³⁵ Allerdings sind verschiedene Fälle denkbar, bei welchen die quantitative Schadensschwelle zwar erreicht wird, eine Einzelmassnahme aber dennoch abzulehnen ist, z.B. weil nicht genügend Präventionsmassnahmen ergriffen wurden, spezielle artenschützerische Gründe dagegen sprechen oder weil nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip mildere Massnahmen möglich sind.

¹³¹ Tribunal administratif fédéral, arrêt A-2030/2010 du 14 avril 2011 (Massnahmen zur Regulierung von Kormoranbeständen), E. 4, insbes. 4.3.; zum Begriff des Wildschadens siehe BÜTLER, Jagdrecht (FN 10), S. 20 ff.

¹³² Tribunal administratif fédéral, arrêt A-2030/2010 du 14 avril 2011, E. 4.3; BÜTLER, Jagdrecht (FN 10), S. 25 ff.

¹³³ Zum Ganzen: Tribunal administratif fédéral, arrêt A-2030/2010 du 14 avril 2011, E. 4.3., 4.4, 5.6.1, 6., 7.

¹³⁴ Tribunal administratif fédéral, arrêt A-2030/2010 du 14 avril 2011, E. 4.4, mit Verweis auf die Botschaft zum JSG (FN 86), S. 1211 f.

¹³⁵ Tribunal administratif fédéral, arrêt A-2030/2010 du 14 avril 2011, E. 5.6.1 (kein erheblicher bzw. untragbarer Schaden für die Berufsfischer am Neuenburgersee; Aufhebung der bewilligten Regulierungsmassnahmen in einem WZVV-Gebiet).

c) Befristete Regulierung von Biberbeständen

- 101 Gemäss Art. 12 Abs. 4 JSG können die Kantone mit vorheriger Zustimmung des Departements (UVEK) *befristete Regulierungsmassnahmen* zur Verringerung des Biberbestands treffen. Es handelt sich dabei um den geplanten Abschuss einer grösseren Zahl von Tieren einer Art (in der Regel mehr als 10 % der Teilpopulation), welche in einer bestimmten Region lebt (unter gleichzeitiger Beachtung des Auftrags zum Artenschutz).¹³⁶ Dies setzt neben einem zu hohen Biberbestand einen grossen Schaden bzw. eine erhebliche Gefährdung voraus, ohne dies auf Gesetzesstufe näher zu definieren. Eine Präzisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe «zu hoher Bestand», «grosser Schaden» und «erhebliche Gefährdung» fehlt allerdings auch in der Verordnung. Regulierungsmassnahmen kommen nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip nur in Betracht, wenn Gemeinwesen, Werkeigentümer oder Bewirtschafter vorgängig zumutbare (eigentliche) *Schadenverhütungsmassnahmen* ergriffen haben und wenn mildere Eingriffe (technische Eingriffe in Biberbauten, Einzelabschüsse) nicht zum Ziel führen (Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 12 Abs. 1 JSG, Art. 4 Abs. 1 JSV).¹³⁷
- 102 Bestandesregulierungen sind besonders einschneidend. «Nach dem Konzept dieses Gesetzes ist der Bund für die geschützten Arten verantwortlich. Deshalb dürfen Bestände geschützter Tiere nur nach vorheriger Zustimmung des Departementes und erst nach gründlicher Abklärung der Bestandesgrösse und des Schadenausmasses reduziert werden.»¹³⁸ Die Hürden zur Anordnung einer Regulierung liegen im Vergleich zu Einzelabschüssen höher. Dies ergibt sich bereits aus dem Vergleich der Begriffe «erheblicher» und «grosser» Schaden (was des für eine erhebliche Gefährdung als Grund für eine Bestandesregulierung bedeutet, ist noch aufzuzeigen).¹³⁹ Anlass für eine Bestandesregulierung durch die Kantone kann gemäss Art. 4 Abs. 1 JSV u.a. gegeben sein, wenn z.B. Biber a. ihren Lebensraum beeinträchtigen; b. die Artenvielfalt gefährden; c. grosse Schäden an Wald, landwirtschaftlichen Kulturen oder Nutztierbeständen verursachen; d. Menschen erheblich gefährden; e. Tierseuchen verbreiten; f. Siedlungen oder im öffentlichen Interesse stehende Bauten und Anlagen erheblich gefährden.
- 103 Im Zusammenhang mit typischen Biberkonflikten interessiert speziell die Frage, welche *Bauten und Anlagen im öffentlichen Interesse* unter Bst. f zu subsumieren sind. Die Materialien aus dem Anhörungsverfahren nennen als Beispiel Hochwasserdämme; landwirtschaftliche Bewirtschaftungswege werden hingegen nur im Zusammenhang mit Verlegungen erwähnt. In der korrigierten Version (nach Durchfüh-

¹³⁶ BAFU, Teilrevision der Jagdverordnung, Erläuternder Bericht zur Anhörung vom 31. März 2011, S. 20 bzw. korrigierte Version 2 vom 15. Juli 2012, S. 20; BGE 136 II 101 ff., 109-111, E. 5.5; Vgl. Ausführungen in Rz. 86 (Abgrenzung zur Einzelmassnahme).

¹³⁷ Tribunal administratif fédéral, arrêt A-2030/2010 du 14 avril 2011 (Massnahmen zur Regulierung von Kormoranbeständen), E. 4.2; zur Zumutbarkeit von Präventionsmassnahmen vgl. die Rz. 77 ff.

¹³⁸ Botschaft zum JSG (FN 86), S. 1197 ff., 1212.

¹³⁹ Dazu die Ausführungen in Rz. 116 f.

zung der Anhörung) werden zusätzlich Kantonsstrassen, Eisenbahnlinien und – erstaunlicherweise – landwirtschaftliche Bauten aufgeführt.¹⁴⁰ Bauten und Anlagen, welche im öffentlichen Interesse stehen, sind primär Hochwasserschutzdämme, National-, Kantons- und (in der Regel) Gemeindestrassen, Eisenbahnlinien, Trinkwasserfassungen; daneben wohl auch öffentliche bzw. offizielle Fuss- und Wanderwege sowie Brücken und ev. Wasser- bzw. Flusskraftwerke von erheblicher Bedeutung. Es ist für die Auslegung des Begriffs mit zu berücksichtigen, dass eine aktuelle Gefährdung hochwertiger bzw. sehr wichtiger Güter (insbesondere von Gesundheit, Leib oder Leben sowie Sicherheit des Menschen) gemeint sein muss, um einen ähnlichen Wertgehalt entsprechend dem grossen Schaden zu erreichen (vgl. Art. 12 Abs. 4 JSG). Soweit es also um die Gefährdung von Bauten und Anlagen im öffentlichen Interesse geht, darf die Hürde für die Annahme solcher Infrastrukturen m.E. nicht zu tief angesetzt sein. Ansonsten würde Gefahr bestehen, den Ausnahmecharakter von Regulierungsmassnahmen bei geschützten Tieren zu unterlaufen.¹⁴¹

104 Ein solches öffentliches Interesse kann (kleineren) Wasser- bzw. Flusskraftwerken und insbesondere land- oder forstwirtschaftlichen Bewirtschaftungs- und Erschliessungswegen, Wald- und Güterstrassen, Drainagen von Landwirten m.E. grundsätzlich nicht zugesprochen werden. Diese stehen im Einzelfall in der Regel unmittelbar im privaten Interesse bzw. im Dienst von Privatpersonen bzw. privaten Unternehmen. Daran ändert nichts, dass eine funktionierende Landwirtschaft oder die Produktion von einheimischer erneuerbarer Energie insgesamt von öffentlichem bzw. nationalem Interesse ist. Ebenso wenig ist entscheidend, ob eine einzelne Anlage (z.B. Drainage) durch die öffentliche Hand finanziert oder subventioniert worden ist. Ansonsten würde der Begriff der Bauten und Anlagen im öffentlichen Interesse m.E. praktisch ohne Konturen bleiben und eine nicht zu rechtfertigende rechtsungleiche Behandlung anderer privater Betriebe oder Personen nach sich ziehen; hinzu kommt der erwähnte Gesichtspunkt der zu tiefen Eingriffsschwelle.¹⁴² Die im Rahmen der Energiestrategie 2050 des Bundes geplante Revision des Energiegesetzes könnte die Beurteilung des öffentlichen Interesses an Anlagen zur Produktion von erneuerbarer Energie von bestimmter Grösse und Bedeutung ev. leicht verändern.¹⁴³ Ob Bauten und Anlagen im öffentlichen Interesse stehen, ist jeweils im Einzelfall abzuklären.

¹⁴⁰ BAFU, Teilrevision der Jagdverordnung, Erläuternder Bericht zur Anhörung vom 31. März 2011, S. 21; BAFU, Änderung der Jagdverordnung (JSV), Erläuternder Bericht vom 15. Juli 2012 (korrigierte Version 2), S. 22 f.

¹⁴¹ Dazu auch die nachfolgenden Ausführungen in Rz. 116 f.

¹⁴² Vgl. Rz. 103. Die in den Erläuterungen (korrigierte Version) erwähnten landwirtschaftlichen Bauten passen nicht zu den anderen aufgezählten Beispielen.

¹⁴³ Nach dem Entwurf vom 4. September 2013 zum Energiegesetz (EnG) sollen die Nutzung erneuerbarer Energien und ihr Ausbau von nationalem Interesse sein. Sodann möchte der Bund sogar einzelnen Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien sowie Pumpspeicherkraftwerken ab einer bestimmten Grösse und Bedeutung nationale Bedeutung zuerkennen (neu Art. 14 Abs. 1 und 2 Entwurf rev. EnG).

- 105 Eine Bestandesregulierung bezieht sich auf die *in einer Region* lebenden Biber (Teilpopulation), welche mit anderen, in benachbarten Regionen lebenden Tieren derselben Art eine Fortpflanzungsgemeinschaft (Population) bilden.¹⁴⁴ Sie ist also örtlich einzugrenzen und stets zu *befristen*. Wie die für den Teilbestand relevante Region festzulegen und einzugrenzen ist, erscheint nicht eindeutig (z.B. ein bestimmtes Fließgewässer, ein Tal oder eine Region wie das Seeland/BE). Je nach gewähltem Gebiet wird damit auch das Kriterium des zu hohen Bestandes beeinflusst. Hier verfügen die zuständigen Behörden im Rahmen des ihnen übertragenen Artenschutzes und unter Berücksichtigung des erwähnten BAFU-Richtwerts von 10 % über einen Ermessensspielraum.
- 106 Auch die gesetzliche Voraussetzung von Art. 12 Abs. 4 JSG des *zu hohen Tierbestands* bezieht sich nach dem Verständnis des Bundesrats bzw. BAFU auf die in einer Region lebenden Tiere einer Art (Teilpopulation).¹⁴⁵ Die Kriterien zur Auslegung und Konkretisierung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs sind ebenfalls (wie für die massgebliche Region) unklar. Art. 4 JSV erwähnt diese Voraussetzung nicht direkt; die Kantone werden aber verpflichtet, in ihrem Regulierungsantrag an das BAFU die Bestandesgrösse anzugeben (Art. 4 Abs. 2 Bst. a. JSV). Beim Biber treten Schäden in der Regel im Rahmen eines Reviers auf, in welchem zwischen einem bis maximal zehn Tier(en) leben.¹⁴⁶ Wie soll beurteilt werden, ob eine Region zu viele Biber-Revire aufweist bzw. wie viele Exemplare von Bibern einen zu hohen Bestand ausmachen (Relativität dieser Zahlen)? Inwiefern spielen die Fläche der Region, die betroffene Tierart, deren Schädigungspotenzial und das Ausmass der effektiven Schäden bzw. der erheblichen Gefährdung dabei eine Rolle? Der zu hohe Bestand muss sich zudem in Form eines grossen Schadens oder einer erheblichen Gefährdung ausgewirkt haben.¹⁴⁷ In die Beurteilung sollten die Kantone auch hier den Richtwert des BAFU von mindestens 10 % des fortpflanzungsfähigen Bestands miteinbeziehen.¹⁴⁸ Jedenfalls deutet das Kriterium des zu hohen Bestandes darauf hin, dass Regulierungsmassnahmen bei «normalen» bzw. kleinen Beständen nicht angebracht sind. Entsprechend ist bei kleineren regionalen Teilbeständen (insbesondere bei rund 10-50 Tieren) kritisch zu prüfen, ob Bestandesregulierungen mit der Pflicht zum Artenschutz vereinbar und sinnvoll sind und welche Alternativen vorliegen. Stets ist eine Beurteilung im Einzelfall unerlässlich.

¹⁴⁴ BAFU, Teilrevision der Jagdverordnung, Erläuternder Bericht zur Anhörung vom 31. März 2011, S. 20.

¹⁴⁵ BAFU, Änderung der Jagdverordnung (JSV), Erläuternder Bericht vom 15. Juli 2012 (korrigierte Version 2), S. 20 f.

¹⁴⁶ Auskunft von CHRISTOF ANGST (Biberfachstelle) im Januar 2015; Es ist fraglich, ob bei einem Revier von einem zu hohen Bestand die Rede sein kann. Diese Voraussetzung ist wohl am ehesten auf mehrere, nahe gelegene Biberreviere zu beziehen.

¹⁴⁷ Dazu die nachfolgenden Erläuterungen in Rz. 111 ff.

¹⁴⁸ Dazu die Ausführungen unter Rz. 86 sowie BGE 136 II 101 ff., 109-111, E. 5.5.

- 107 Zur Regulierung von regionalen Biberbeständen kann der Kanton beispielsweise das regelmässige Entfernen aller Tiere aus einem Revier oder aus mehreren Revieren während einem Jahr oder über etwas längere, ebenfalls begrenzte Zeit anordnen. Ebenso fallen geplante Abschüsse (z.B. einer ganzen Biberfamilie) unter die Voraussetzungen der Bestandesregulierung, wenn diese in einem zeitlichen und funktionalen Zusammenhang stehen und davon insgesamt der Richtwert von ungefähr 10 % des fortpflanzungsfähigen Biberbestandes einer Region betroffen ist oder wenn Ungewissheit besteht, wie viele Tiere getötet werden sollen.¹⁴⁹ Schliesslich ist zu bedenken, dass auch Bestandesregulierungen *keine langfristige Lösung* darstellen, weil sich in geeigneten Revieren nach kurzem wieder neue Biber fest ansiedeln. Aus diesem Grunde ist jeweils kombiniert zu prüfen, ob *Bauten und Anlagen* aus dem Gewässerraum verlegt werden können. In Frage kommen auch *Massnahmen*, welche den *Lebensraum für den Biber unattraktiv machen* (Einbau von Gittern, Kunstbauten für Biber, Abflachung von Ufern).¹⁵⁰ Parallel zu einer Bestandesregulierung nach dem Gefährdungstatbestand nach Art. 4 Abs. 1 Bst. f JSV sind «[...] technische Präventionsmassnahmen zu ergreifen, welche eine erneute Besiedlung der Gefährdungszone durch Biber verhindern [...] Das Zeitfenster solch befristeter Regulationsmassnahmen soll somit der Umsetzung nachhaltiger Präventionsmassnahmen dienen.» (Ausschluss des Bibers aus einer kleinräumigen Gefährdungszone).¹⁵¹
- 108 Ein Kanton, welcher eine Bestandesregulierung plant, gibt dem BAFU in seinem *Antrag* an: a. die Bestandesgrösse; b. die Art und den örtlichen Bereich der Gefährdung; c. das Ausmass und den örtlichen Bereich des Schadens; d. die getroffenen Massnahmen zur Schadenverhütung; e. die Art des geplanten Eingriffs und dessen Auswirkung auf den Bestand; f. die Verjüngungssituation im Wald (Art. 4 Abs. 2 JSV). Sie melden dem BAFU jährlich Ort, Zeit und Erfolg der Eingriffe (Art. 4 Abs. 3 JSV). Die erforderlichen detaillierten Angaben ermöglichen dem BAFU eine eingehende und fachgerechte Prüfung des Antrags, auch mit Blick auf den langfristigen Erhalt der Artenvielfalt.¹⁵² Das Konzept Biber Schweiz (2004) regelt den Fall von Bestandesregulierungen (entgegen dem etwas ungenauen Titel von Ziff. 3.2.5) nicht.
- 109 Die Kantone sollen ihr Gesuch um Bestandesregulierung – entgegen dem klaren Wortlaut von Art. 12 Abs. 4 JSG – nicht beim Departement UVEK, sondern beim BAFU (dem UVEK unterstellt) einreichen (Art. 4 Abs. 1 und 2 JSV).¹⁵³ Entsprechend prüft das BAFU den kantonalen Antrag als zuständige Fachbehörde innerhalb des

¹⁴⁹ BGE 136 II 101 ff., 109 f., E. 5.5; Übersetzung in: Die Praxis 9/2010, Nr. 94, S. 668 f.; BGE 131 II 58 ff., 60 f., E. 1.1 (Abschussbewilligung für einen Wolf); KILCHHOFER/PERREN (FN 121), S. 24.

¹⁵⁰ ANGST (FN 34 31), S. 6 f.; KARIN THÜLER, Berner Jagdinspektorat (2012), in: BALMER (FN 66); vgl. auch die Ausführungen in Rz. 92 und Rz. 137.

¹⁵¹ BAFU, Änderung der JSV, Erläuternder Bericht vom 15. Juli 2012 (korrigierte Version 2), S. 24.

¹⁵² BAFU, Teilrevision der Jagdverordnung, Erläuternder Bericht zur Anhörung vom 31. März 2011, S. 20.

¹⁵³ Das Bundesgericht spricht in BGE 136 II 101 ff., 111, E. 5.5 nur vom Departement; siehe auch KILCHHOFER/PERREN (FN 121), S. 29, 37.

UVEK und entscheidet allein, ob es dem Antrag (unter Auflagen) zustimmt oder ihn verweigert. Bei Bestandesregulierungen handelt es sich tendenziell um folgenreiche Eingriffe in einen Tierbestand. Möglicherweise sah das Parlament Mitte der 1980er-Jahre aus diesem Grund das UVEK (anstelle des damaligen Bundesamts für Umweltschutz) als Zustimmungsbehörde vor. Ob der Verordnungsgeber nur aus praktischen oder auch aus politischen Gründen von der gesetzlichen Vorgabe abwich, ist offen. Die Zuständigkeitsregelungen im JSG zeigen, dass der Gesetzgeber zweimal von einer Bewilligung bzw. Genehmigung des Bundes spricht (z.B. Art. 9 Abs. 1, Art. 25 Abs. 2), ansonsten aber zwischen dem Departement und dem Bundesamt (BAFU) unterscheidet (z.B. Art. 5 Abs. 5, Art. 7 Abs. 2, 3 und Abs. 6, Art. 12 Abs. 2bis und Abs. 4, Art. 14 Abs. 3). Dies legt die Gesetzeswidrigkeit der Zuständigkeitsregelung in Art. 4 JSV nahe, auch wenn sie nachvollziehbar und sinnvoll erscheint. In einer allfälligen späteren Revision des JSG könnte dieser Punkt bereinigt werden.

- 110 Wie Einzelmassnahmen stellen auch verfügte Bestandesregulierungen gegen Biber einer bestimmten Region die Erfüllung einer Bundesaufgabe im Bereich Artenschutz dar (Art. 2 NHG i.V. mit Art. 78 Abs. 4 BV); solche Anordnungen unterliegen dem *Verbandsbeschwerderecht* der Organisationen nach Art. 12 ff. NHG und müssen korrekt im kantonalen Amtsblatt publiziert und in der Regel während 30 Tagen aufgelegt werden (Art. 12b NHG).¹⁵⁴

d) Grosser Schaden oder erhebliche Gefährdung

- 111 Bestandesregulierungen gemäss Art. 12 Abs. 4 JSG setzen neben einem zu hohen Bestand einer geschützten Tierart alternativ einen grossen Schaden oder eine erhebliche Gefährdung durch die Aktivität solcher Tiere voraus (kausale Beziehung). Im Konzept Biber Schweiz (2004) sind der Fall von Regulierungsmassnahmen nicht festgelegt und der grosse Schaden im Sinne von Art. 12 Abs. 4 JSG entsprechend weder näher definiert noch quantifiziert. Es ist Aufgabe der antragstellenden, kantonalen Behörde neben anderen Voraussetzungen darzulegen, ob ein Biber Schaden im Einzelfall die Schwelle des *grossen Schadens* erreicht. In tatsächlicher Hinsicht ist der Sachverhalt sorgfältig festzustellen (Ausmass und örtlicher Bereich des Schadens). Auf der rechtlichen Seite sind die massgeblichen Interessen zu ermitteln und abzuwägen. In diesem Zusammenhang sind *andere Konzepte des BAFU* heranzuziehen, welche Regulierungsmassnahmen vorsehen, um für die Konkretisierung des grossen Schadens ev. weitere Anhaltspunkte zu finden.

¹⁵⁴ BGE 136 II 101 ff., 103, E. 1.1 (Graureiher); BGE 125 II 29 ff., 33, E. 1b (Gifteinsatz in Gewässern); Tribunal administratif fédéral, arrêt A-2030/2010 du 14 avril 2011 (Massnahmen zur Regulierung von Kormoranbeständen; implizite Anerkennung des Verbandsbeschwerderechts); DAJCAR (FN 121), S. 30; siehe auch die vorangehende FN 121; BAFU, Änderung der Jagdverordnung (JSV), Erläuternder Bericht vom 15. Juli 2012 (korrigierte Version 2), S. 21.

- Das Konzept Bär (2006) befasst sich nur mit Einzelabschüssen; das Konzept Wolf (2008) ebenso.¹⁵⁵ Im Konsultationsentwurf zum Konzept Wolf Schweiz (2014), welcher inzwischen wegen einer geplanten Revision der JSV hinfällig geworden ist, befasste sich Ziff. 4.6 mit der Regulation von Wolfsbeständen.¹⁵⁶ Als eine von verschiedenen Voraussetzungen für eine Regulation wird der grosse Schaden konkretisiert: entweder wenn in einem Streifgebiet eines Wolfs-Rudels mehr als 15 Nutztiere innert vier Monaten von den Wölfen gerissen werden (und im gesamten Streifgebiet sämtliche zumutbaren Herdenschutzmassnahmen ergriffen worden sind) oder wenn hohe Einbusen bei der Nutzung des Jagdregals eines Kantons auftreten. Diese sind dann gegeben, wenn die Schalenwildbestände in einem Streifgebiet eines Wolfs-Rudels markant abnehmen. Eine markante Abnahme der Schalenwildbestände ist anzunehmen, wenn die Jagdstrecke bei den Wildhuftieren während drei aufeinanderfolgenden Jahren auf 50 % im Vergleich zum Durchschnitt der letzten fünf Jahre absinkt. Nach dem Wolfskonzept (2008) wird hingegen für Einzelabschüsse, welche lediglich einen erheblichen, statt einen grossen Schaden bedingen, in Ziff. 4.4 verlangt: «Es müssen mindestens 35 Nutztiere während vier aufeinander folgenden Monaten oder mindestens 25 Nutztiere innerhalb von einem Monat von einem Wolf gerissen werden.» (gilt nur für Schäden in einem angemessenen Schadenperimeter) bzw. «Wenn es in einem Jahr Schäden gegeben hat, so reduziert sich die Zahl auf mindestens 15 Nutztiere während den nachfolgenden Kalenderjahren.» (zuvor müssen alle technisch möglichen, praktikablen und finanzierbaren Schutzmassnahmen ergriffen worden sein).
- Nach den Revisionsplänen des BAFU zur JSV (Stand Januar 2015) soll eine Regulierung im Streifgebiet eines Wolfsrudels, das sich erfolgreich fortgepflanzt hat, bereits bei Tötung (innerhalb von vier Monaten) von mindestens zehn Nutztieren ermöglicht werden. Ausserdem sind regulierende Abschüsse von Jungwölfen in Gebieten mit Wolfsrudeln infolge erheblicher Gefährdung von Menschen vorgesehen, wenn sich die Wölfe regelmässig innerhalb oder in unmittelbarer Nähe von Siedlungen aufhalten und sich gegenüber Menschen zu wenig scheu oder aggressiv zeigen (neu Art. 4^{bis} JSV).¹⁵⁷ Im Falle von schadenstiftenden Wolfsrudeln wird nach den genannten Entwürfen der sog. grosse Schaden (gemessen in getöteten Nutztieren) teilweise einiges tiefer angesetzt als die Schwelle des erheblichen Schadens, verursacht durch Einzelwölfe ohne Rudelpräsenz (dazu Konzept 2008, Konsultationsentwurf zum Konzept und neu Art. 4^{bis} und Art. 9^{bis} des Anhörungsentwurfs zur JSV); das erscheint widersprüchlich und rechtlich fragwürdig (Verhältnismässigkeit). Dieses Beispiel veranschaulicht, wie die Interpretation bzw. Konkretisierung des grossen Schadens bzw. der erheblichen Gefährdung relativ ist und unter anderem durch *politische Anliegen* beeinflusst wird. Die Revision der JSV soll gemäss der erwähnten Medienmitteilung des BAFU den Bedenken der Landwirtschaft, der Jäger und der Bergbevölkerung Rechnung tragen. Schon in den Erläuterungen zur

¹⁵⁵ Konzept Bär (FN 127), S. 7 f.; Konzept Wolf (FN 127), Ziff. 4.4.

¹⁵⁶ Konzept Wolf Schweiz, Konsultationsentwurf vom 2. Juni 2014 (FN 127), Ziff. 4.6; Medienmitteilung des BAFU vom 22. Dezember 2014.

¹⁵⁷ Revision zur JSV, Entwurf vom 15. Januar 2015; dazu BAFU, Änderung der Jagdverordnung, Erläuternder Bericht, Entwurf zur Anhörung, vom 15. Januar 2015; vgl. www.bafu.admin.ch.

Teilrevision der JSV von 2011 heisst es: Unter Regulationsmassnahmen ist dabei «[...] das Einlenken des Bestandes der geschützten Tierart auf ein gesellschaftlich tragbares Niveau gemeint.»¹⁵⁸ Gemäss dem Zweckartikel des JSG sind die von wildlebenden Tieren verursachten Schäden (an Wald und an landwirtschaftlichen Kulturen) auf ein *tragbares Mass* zu begrenzen (Art. 1 Abs. 1 Bst. c JSG).

- Das Konzept Luchs Schweiz (2004) behandelt den Fall von Regulierungsmassnahmen in Ziff. 4.4.3., ohne aber den grossen Schaden näher zu konkretisieren. Im Konsultationsentwurf von 2014 werden neben verschiedenen anderen Voraussetzungen (z.B. Luchs-Monitoring, Bestandesentwicklung von Luchs, Reh und Gämse, Schadensentwicklung an Nutztieren, Verjüngungssituation im Wald, erfolgreiche Luchsreproduktionen im Teilkompartiment im Vorjahr usw.) verlangt:¹⁵⁹ Grosse Schäden an Nutztierbeständen sind dann gegeben, wenn in einem Teilkompartiment mehr als 35 Nutztiere innert vier Monaten oder mehr als 25 Nutztiere innerhalb von einem Monat von Luchsen gerissen werden. Hohe Einbussen bei der Nutzung des Jagdregals eines Teilkompartiments sind dann gegeben, wenn die Bestände der Rehe und Gämsen in einem Teilkompartiment markant abnehmen und gleichzeitig der Luchsbestand zunimmt oder hoch ist. Eine markante Abnahme der Schalenwildbestände ist dann anzunehmen, wenn bei Rehen und Gämsen in den Wald dominierten Lebensräumen sowohl die Bestandes-Indices wie die Fallwildentwicklung während drei aufeinanderfolgenden Jahren einen negativen Trend aufweisen und die Jagdstrecke in dieser Zeit ohne Abschussfreigabe-Einschränkung um einen Drittel abnimmt. Im Wald sollen gleichzeitig keine übermässigen Verbissschäden zu beobachten sein. Dies ist gegeben, wenn die natürliche Waldverjüngung mit standortgerechten Baumarten ohne Schutzmassnahmen auf mindestens 75 % der Waldfläche des Teil-Kompartiments und, wenn der Schutzwaldanteil mehr als 20 % beträgt, auf mindestens 90 % der Schutzwaldfläche innerhalb des Teilkompartiments möglich ist.

112 In den anderen Konzepten bzw. Konsultationsentwürfen werden der grosse Schaden bzw. die erhebliche Gefährdung, wie kurz dargestellt, nur teilweise oder gar nicht konkretisiert. Mit Bezug auf Biberschäden erweist sich der Vergleich als wenig ergiebig und als nur bedingt sinnvoll. Denn die von den Grossraubtieren Bär, Luchs und Wolf angerichteten Schäden sind andersartig als die vom Biber verursachten Schäden. Die Grundstimmung in der Bevölkerung ist hingegen teilweise ähnlich: Abwehrhaltung der Bergbevölkerung, der Jäger und Landwirte gegenüber Bär und Wolf, während der Biber in Kreisen der Land- und Forstwirtschaft ebenfalls auf Widerstand stösst. Der politische Druck gegen Bär und Wolf führt tendenziell dazu, die Hürden für Einzel- und Regulierungsmassnahmen gegen diese Grossraubtiere soweit wie möglich, an oder sogar über die Grenze des rechtlich Vertretbaren zu senken.

113 Zur Auslegung der offenen Begriffe «grosser Schaden» und «erhebliche Gefährdung» und zum dazugehörigen Interpretations- und Ermessensspielraum der Verwal-

¹⁵⁸ BAFU, Teilrevision der Jagdverordnung, Erläuternder Bericht zur Anhörung vom 31. März 2011, S. 20.

¹⁵⁹ Konzept Luchs Schweiz (FN 127), Ziff. 4.4.3 und Konzept Luchs Schweiz, Konsultationsentwurf vom 2. Juni 2014, Ziff. 4.6.

tungsbehörden ist auf die vorangehenden Ausführungen zu verweisen.¹⁶⁰ Auch hier darf nicht auf pauschale Regeln oder auf starre Schadensschwellen allein abgestellt werden. Vielmehr muss eine Interessenabwägung im Einzelfall ergeben, ob die massgeblichen materiellen *Voraussetzungen für eine Regulierungsmassnahme* erfüllt sind; dazu gehören insbesondere:

- zu hoher Biberbestand in einer bestimmten Region (unter Beachtung des 10 %-Richtwerts des BAFU),
- grosser Schaden oder eine erhebliche Gefährdung und kausale Beziehung zwischen der Aktivität der anvisierten Biber, des zu hohen Bestandes und dem Schaden,
- die zumutbaren Präventionsmassnahmen wurden bereits ergriffen,
- nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip sind keine milderen bzw. anderen Massnahmen (insbesondere planerische Massnahmen, bauliche Schutzmassnahmen, technische Eingriffe in Baue oder Dämme, Einzelabschüsse) möglich und sinnvoll bzw. mildere Massnahmen wurden bereits vollzogen, ohne wirksame Reduktion der Schäden bzw. der Gefährdung,
- der Biberbestand in der Region wird durch die Regulierungsmassnahme nicht gefährdet.

114 Auf die weiteren formellen Voraussetzungen gemäss Art. 4 Abs. 2 JSV wurde bereits hingewiesen.¹⁶¹

115 Zur Festlegung, ob ein Biberschaden als gross einzuschätzen ist, kommt es auf die Intensität und Dauer der Schäden bzw. der Gefährdung an. Die Schwelle zum grossen Schaden ist höher anzusetzen als beim erheblichen Schaden (welcher eine Einzelmassnahme rechtfertigen kann). Nimmt man den Richtwert des Konzepts Biber Schweiz (2004) für den erheblichen Schaden von Fr. 10'000.-, müsste dieser Betrag übertroffen werden. Mangels Praxis- und Gerichtsfällen verbleiben jedoch Unsicherheiten darüber, ob diese Schadensschwelle als bundesrechtskonform zu erachten ist.

116 Ebenso schwierig ist es, dem Begriff der *erheblichen Gefährdung* klare Konturen zu verleihen, zumal in der Botschaft zu Art. 12 Abs. 4 JSG dazu keine Anhaltspunkte zu finden sind und keine Beispiele aus der Gerichtspraxis vorliegen. Das Konzept Biber Schweiz (2004) stammt noch aus der Zeit vor der Revision von Art. 4 JSV im Jahre 2012. Anzumerken ist, dass der Biber den Menschen durch seine Grab- und Bauaktivitäten nicht direkt, sondern lediglich indirekt gefährdet (z.B. durch die Untergrabung eines Weges). Erhebliche Gefährdung bedeutet vom Wortlaut und vom allgemeinen Rechtsverständnis her, dass noch keine Rechtsgüter verletzt sind, also kein (Wild-) Schaden im jagdrechtlichen Sinne entstanden ist. Die erhebliche Gefährdung steht nach Art. 12 Abs. 4 JSG neben dem grossen Schaden auf gleicher Stufe als eine Haupt-Voraussetzung für eine ausnahmsweise Bestandesregulierung. Um eine

¹⁶⁰ Siehe Rz. 94 ff. Die Erläuterungen des BAFU zu den hohen Einbussen beim Jagdregal im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Bst. g JSV sind hier nicht weiterführend (Änderung der Jagdverordnung, Erläuternder Bericht vom 15. Juli 2012 (korigierte Version 2), S. 25 f.

¹⁶¹ Dazu Rz. 108 f.

Äquivalenz zum grossen Schaden zu erreichen, müsste m.E. eine aktuelle, Gefährdung hochwertiger Güter gemeint sein, insbesondere die Gefährdung von Gesundheit, Leib oder Leben sowie Sicherheit des Menschen. Dafür spricht auch der Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 Bst. d JSV (Menschen erheblich gefährden). Die Verletzung dieser hochwertigen, verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter (vgl. Art. 10 BV) soll präventiv mit Regulierungsmassnahmen, welche verhältnismässig sein müssen, verhindert werden.¹⁶²

- 117 Art. 4 Abs. 1 Bst. f JSV spricht von der erheblichen Gefährdung von *Siedlungen oder im öffentlichen Interesse stehenden Bauten und Anlagen* (zur Frage, welche Infrastrukturen darunter fallen, ist auf die vorangehenden Ausführungen zu verweisen).¹⁶³ Aus den Materialien zu Bst. f geht hervor, dass bestehende Infrastrukturen wie wichtige Strassen, Eisenbahnlinien und Hochwasserschutzdämme untergraben bzw. geschwächt sein müssen. «Die Bautätigkeit des Bibers kann das sichere Funktionieren solcher Anlagen gefährden. In diesem Falle muss es den Behörden möglich sein, den örtlichen Biberbestand entsprechend zu regulieren.» Empfohlen wird die Ausscheidung von *Gefährdungszonen*.¹⁶⁴ Die Erläuterungen zeigen m.E., dass nach Bst. f Infrastrukturen bzw. deren Substanz nicht nur gefährdet, sondern teilweise oder oft bereits «verletzt» sein müssen.¹⁶⁵ In den Materialien wird die Gefährdung des Menschen in diesem Zusammenhang nicht thematisiert. Meistens dürfte die Beeinträchtigung solcher Bauten und Anlagen auch die Gefährdung von Leben und Gesundheit von mehreren Menschen (konkrete Verletzungs- bzw. Erkrankungsgefahr) mit sich bringen; eine Voraussetzung ist dies jedoch nicht. Es bleibt eine ungeklärte Frage, ob das mit dem in Art. 12 Abs. 4 JSG enthaltenen, offenen Begriff der «Gefährdung» in jedem Falle vereinbar ist.
- 118 Es steht – im Rahmen des Bundesrechts – letztlich im Ermessen des BAFU, im Einzelfall gestützt auf die präzisen und begründeten Gesuchsangaben eines Kantons zu entscheiden, ob ein grosser Schaden bzw. eine erhebliche Gefährdung gegeben ist. Massgeblich ist, dass der regionale Bestand der geschützten Tierart Biber durch befristete Regulierungen nicht gefährdet werden darf. Regulierungsmassnahmen wirken (nur) kurzfristig, sind einschneidend und müssen entsprechend einen Ausnahmetatbestand darstellen.

¹⁶² Dazu Rz. 103 f; siehe auch BÜTLER, Jagdrecht (FN 10), S. 35.

¹⁶³ Näheres dazu in Rz. 103 f.

¹⁶⁴ BAFU, Teilrevision der Jagdverordnung, Erläuternder Bericht zur Anhörung vom 31. März 2011, S. 21, und Änderung der Jagdverordnung, Erläuternder Bericht vom 15. Juli 2012 (korrigierte Version 2), S. 22 ff.

¹⁶⁵ Zu dringlichen Polizeimassnahmen bei einer akuten schweren Gefährdung vgl. Rz. 148.

4.4. Einzelfrage zum Umgang mit weggeschwemmten Jungbibern

a) Ausgangslage und Fragestellung

- 119 Vermehrt sehen sich kantonale Fachstellen mit der Tatsache konfrontiert, dass sehr *junge Biber* (zwei bis drei Monate alt) infolge von Hochwasserereignissen im Sommer *aus dem Bau ihrer Familie geschwemmt* werden. Ist ein solcher Jungbiber beim erstmaligen Auffinden unverletzt, versucht die Wildhut, den Biber mit einem Mikrochip zu markieren und ihn am nächst gelegenen Bau einer Biberfamilie flussaufwärts auszusetzen. Falls der Biber nicht aus dieser Familie stammt, wird er verstossen und oft ein zweites Mal aufgefunden. Dieser Prozess könnte sich danach wiederholen, bis der passende Biberbau lokalisiert wird, was mit grossem Stress und Verletzungsgefahr für den Jungbiber verbunden ist. Betroffene Behörden planen, Biber nach dem zweiten Auffinden, zu euthanasieren, um unnötiges Leid zu verhindern. Es stellt sich aus rechtlicher Sicht die Frage, ob die kantonalen Behörden einen erstmals bzw. zum zweiten oder wiederholten Mal aufgefundenen, unverletzten Biber abschiessen dürfen, insbesondere in Gegenden, wo die Biberdichte schon relativ hoch ist.

b) Rechtliche Grundlagen und Beurteilung

- 120 Gemäss Art. 80 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften über den *Schutz der Tiere*. Er regelt insbesondere (unter anderem) das Töten von Tieren (Abs. 2 Bst. f). Zweck des eidg. Tierschutzgesetzes (TSchG)¹⁶⁶ ist es, die Würde und das Wohlergehen des Tieres zu schützen (Art. 1). «Das Gesetz schützt die Würde und das Wohlergehen des Tieres, nicht aber sein Leben. Das Töten von Tieren, beispielsweise bei der Schlachtung, ist wie bisher erlaubt, sofern die Rahmenbedingungen des Tierschutzrechts eingehalten werden.»¹⁶⁷ Die *Würde des Tieres* wird missachtet, wenn eine Belastung des Tieres nicht durch überwiegende Interessen gerechtfertigt werden kann. Eine Belastung liegt u.a. vor, wenn dem Tier insbesondere Schmerzen, Leiden oder Schäden zugefügt werden (Art. 3 Bst. a TSchG). *Wohlergehen der Tiere* ist namentlich gegeben, wenn Schmerzen, Leiden, Schäden und Angst vermieden werden (Art. 3 Bst. b Ziff. 4 TSchG). Das Gesetz gilt für Wirbeltiere und somit auch für den Biber; das JSG bleibt vorbehalten (Art. 2 Abs. 1 und 2 TSchG).
- 121 Primär geht es dabei um die *Verantwortung des Menschen für in seiner Obhut befindliche Tiere*, wie die Grundsätze von Art. 4 TSchG und auch die Strafbestimmung zur Tierquälerei (Art. 26 TSchG) zeigen:¹⁶⁸ Wer mit Tieren umgeht, hat: a. ihren Bedürfnissen in bestmöglicher Weise Rechnung zu tragen; und b. soweit es der Verwendungszweck zulässt, für ihr Wohlergehen zu sorgen. (Abs. 1). Niemand darf ungerechtfertigt einem Tier Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen, es in

¹⁶⁶ Tierschutzgesetz (TSchG) vom 16. Dezember 2005 (SR 455).

¹⁶⁷ Botschaft zur Revision des Tierschutzgesetzes vom 9. Dezember 2002, BBI 2003, S. 657 ff., 674.

¹⁶⁸ Botschaft zur Revision des TSchG vom 9. Dezember 2002, BBI 2003, S. 657 ff., 681 (zu Art. 25).

Angst versetzen oder in anderer Weise seine Würde missachten. Das Misshandeln, Vernachlässigen oder unnötige Überanstrengen von Tieren ist verboten. (Abs. 2). Der Bundesrat verbietet weitere Handlungen an Tieren, wenn mit diesen deren Würde missachtet wird. (Abs. 3). Dem Wegschwemmen eines Jungbibers liegt keine menschliche Handlung, sondern ein *natürlicher Prozess* zu Grunde. Abgesehen davon ist fraglich, ob bei einem unverletzten, weggeschwemmten Jung-Biber die Würde bzw. das Wohlergehen im Sinne des TSchG missachtet bzw. eingeschränkt ist. Aus den Bestimmungen des TSchG ergibt sich m.E. keine Antwort auf die Frage, ob ein solcher Biber abgeschossen werden darf bzw. muss. Vielmehr ist das dem TSchG vorbehaltene JSG heranzuziehen.

122 Wildhüter, Jagdaufseher und Revierpächter sind berechtigt, *verletzte und kranke Tiere* auch ausserhalb der Jagdzeit zu erlegen (Art. 8 JSG). Zum Abschuss sind nur Personen in den genannten Funktionen berechtigt (in Gefahrensituationen auch die Polizei); andernfalls ist der Straftatbestand von Art. 17 Abs. 1 Bst. a JSG erfüllt. Abschüsse sind der kantonalen Jagdbehörde unverzüglich zu melden. Nach dem Konzept Biber Schweiz (2004) können Biber, die offensichtlich verletzt, krank oder schwach sind, gestützt auf Art. 8 JSG abgeschossen werden (Ziff. 3.2.7). Art. 8 JSG gilt sowohl für *jagdbare* als auch für *geschützte Tiere*, da von verletzten und kranken Tieren die Rede ist; daran ändert nichts, dass die Jagdzeit speziell erwähnt wird. Der deutsche und französische Wortlaut setzen die beiden Begriffe kumulativ voraus (verletzte und kranke Tiere, animaux blessés et malades), der italienisch-sprachige Text verwendet hingegen das Wort «oder» (animali feriti o ammalati). Aus den Materialien geht nicht hervor, wie Art. 8 JSG auszulegen ist. In der Botschaft zum JSG war diese Bestimmung noch gar nicht vorgesehen. Sie wurde erst im Rahmen der parlamentarischen Beratungen eingefügt.¹⁶⁹

123 Sinn und Zweck von Art. 8 JSG dürfte es sein, verletzten bzw. kranken Tieren durch einen Abschuss unnötig grosses Leid bzw. starke Schmerzen zu ersparen. Es erscheint nicht zwingend, dass ein Tier verletzt und krank sein muss. In der Realität sind Verletzung und Krankheit oft miteinander verbunden bzw. nicht leicht zu trennen. Für diese Auslegung spricht zudem die Vorgabe von Ziff. 3.2.7 im Konzept Biber Schweiz (2004). Ist der aufgefundene Biber offensichtlich schwach, liegt der Fall in der «Grauzone» von Art. 8 JSG. Da es um ein geschütztes Tier geht, sollte diesfalls der örtlich zuständige Wildhüter, ev. in Zusammenarbeit mit dem Kantonstierarzt (Art. 33 TSchG), entscheiden, ob ein Abschuss zulässig und vorzunehmen ist. Ein weggeschwemmter, aber unverletzter oder nur leicht geschwächter Biber erfüllt hingegen die Voraussetzungen für den Abschuss m.E. nicht. Dabei spielt Grösse des vorhandenen regionalen Biberbestands keine Rolle, es sei denn, es liege vorgängig bereits eine Bewilligung für eine Bestandesregulierung im Sinne von Art. 12 Abs. 4

¹⁶⁹ Botschaft zum JSG (FN 86), S. 1197 ff., z.B. 1207 f.; Amtl. Bull. SR, 1984 IV, S. 494 (zu Art. 7a); Amtl. Bull. NR, 1985 V, S. 2162 (zu Art. 7a).

JSG i.V. mit Art. 4 JSV vor.¹⁷⁰ Ein Einzelabschuss gestützt auf Art. 12 Abs. 2, Abs. 2bis JSG i.V. mit Art. 10 Abs. 5 JSV kommt mangels erheblichen Schadens ebenfalls nicht in Betracht.¹⁷¹

4.5 Technische Eingriffe in den Biber-Lebensraum und in Biberbauten

a) Beispiele, Abgrenzung und Anwendungsbereich

124 *Beispiele für baulich-technische Massnahmen* sind die Installation eines Kunstbaus, das Auffüllen eines eingebrochenen Biberbaus, die Vergitterung oder Abflachung von Ufern (Böschungsneigung maximal 1:3), die Regulierung oder Entfernung eines Biberdamms, der Bau eines Umgehungsgewässers und die Verlegung von Wegen (welche einer planerischen Grundlage bedarf).¹⁷² Eine wichtige Frage betrifft die *Abgrenzung* zwischen bzw. den *Anwendungsbereich* von baulich-technischen bzw. organisatorischen Massnahmen und direkten Massnahmen gegen den Biber (Einzelmassnahmen, Bestandesregulierung). Dabei spielen das Gesetz- und Verhältnismässigkeitsprinzip eine wesentliche Rolle. Da der Biber als Tierart geschützt und sein Lebensraum ausserhalb von Schutzgebieten als schützenswert gilt, sind primär wirksame Massnahmen vorzusehen, mit welchen der *Abschuss bzw. das Einfangen* vermieden werden kann. *Baulich-technische und organisatorische Massnahmen* sind Abschüssen von Bibern grundsätzlich *vorzuziehen*, weil letztere als ultima ratio eine Ausnahme bleiben müssen.¹⁷³ In erster Linie sind technische Massnahmen zu erwägen, welche Biberbaue und -dämme nicht oder nur leicht beeinträchtigen (z.B. Elektrozäune, Einzelbaumschutz, Warntafeln, Kunstbauten, Vergitterungen). Ideal, aber zeitaufwendig und zum Teil kostspielig sind *planerische Massnahmen* (Verlegung von Wegen, Ausscheidung von Biodiversitätsförderflächen, Revitalisierungen).

125 In diesem Zusammenhang ist zu bedenken: Bewirtschafter eines Landwirtschaftsbetriebs tragen einerseits das Betriebsrisiko, andererseits erhalten sie bei bestimmten nachgewiesenen Biberschäden Entschädigungszahlungen (Art. 13 Abs. 4 JSG i.V. mit Art. 10 Abs. 1 Bst. b JSV). Und der Werkunterhalt obliegt in der Regel dem Werkeigentümer (vgl. dazu Art. 58 OR), welcher das Werk auf eigene Kosten auch vor Mängeln im Zusammenhang mit Naturprozessen (Bsp. Witterungsereignissen, Naturgefahren) im Rahmen der Zumutbarkeit zu schützen hat.¹⁷⁴ Sowohl Bewirtschafter als auch Eigentümer haben die Möglichkeit, Schäden versichern zu lassen. Es er-

¹⁷⁰ Zu den Voraussetzungen für Bestandesregulierungen vgl. die Rz. 101 ff.

¹⁷¹ Zu Einzelabschüssen siehe die Ausführungen in Rz. 83 ff.

¹⁷² ANGST (FN 2), S. 119 ff., Tab. 40-42; ferner Rz. 70.

¹⁷³ Vgl. dazu auch die Botschaft des Bundesrates zum JSG vom 27. April 1983, BBl 1983 II, S. 1197 ff., 1211 f.

¹⁷⁴ Vgl. Rz. 230 ff.; MICHAEL BÜTLER, Zur Haftung von Werkeigentümern und Tierhaltern bei Unfällen auf Wanderwegen, Sicherheit & Recht 2/2009 (Zürich), S. 106 ff., 115 f.; MICHAEL BÜTLER/PATRICK SUTTER, Verkehrssicherungspflichten gegen Steinschlag auf Strassen, in ZBI (108) 2007, S. 469 ff., 477 ff.

scheint deshalb folgerichtig, wenn der Bewirtschafter eines Landwirtschaftsbetriebs und der Eigentümer bzw. Betreiber einer Infrastrukturanlage (Strasse, Hochwasserschutz- oder Trinkwasseranlage usw.) primär eigene Unterhalts- bzw. Sanierungs- und Versicherungsmassnahmen erbringen müssen.

- 126 Ersucht also ein betroffenes Gemeinwesen bzw. ein Bewirtschafter oder Werkeigentümer von Anfang an um die Anordnung direkter Massnahmen im Sinne von Art. 12 JSG, ist Folgendes abzuklären: Führen *mildere, aber dennoch effektive Massnahmen* als Abschüsse oder Bestandesregulierungen zum Ziel, um dem Schutz des Bibers gerecht zu werden? In die Beurteilung ist miteinzubeziehen, ob und in welchem Umfang ein betroffenes Gemeinwesen bzw. ein Bewirtschafter vorgängig geeignete und erforderliche baulich-technische Massnahmen ergriffen hat. Da diese in der Regel recht hohe Kosten verursachen dürften (z.B. Vergitterung oder Abflachung eines Ufers), sind die Umstände des Einzelfalls auch unter dem Gesichtspunkt der *Zumutbarkeit* solcher Massnahmen zu würdigen.¹⁷⁵ Die Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung bedeutet, dass eine Verwaltungsmassnahme nur gerechtfertigt ist, wenn sie ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für das betroffene Gemeinwesen bzw. für die Privatperson bewirkt, wahr.¹⁷⁶

b) Massnahmen bei Biberbauen und -dämmen gestützt auf das Jagdrecht?

- 127 Beeinträchtigende *baulich-technische Eingriffe in den Lebensraum des Bibers oder in dessen Bauten* werden im Jagdrecht im Kontext von Wildschäden nicht explizit geregelt.¹⁷⁷ Im Konzept Biber Schweiz (2004) werden sie nicht behandelt. «Scharfe» Massnahmen (wie der Abschuss oder das Einfangen eines Bibers oder gar Bestandesregulierungen) sind unter den Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 2, Art. 12 Abs. 2, 2bis und Abs. 4 JSG zulässig. Umso mehr sind – gestützt auf das Prinzip der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht – mildere Massnahmen rechtmässig. Es gibt denn auch weder Anhaltspunkte noch eine Veranlassung, dass das JSG solche Eingriffe ausschliessen möchte, zumal das JSG gemäss Art. 1 Abs. 1 unter anderem bezweckt, die Artenvielfalt und die Lebensräume der einheimischen Tiere zu erhalten (Bst. a) und bedrohte Tierarten zu schützen (Bst. b). Auch andere Bestimmungen zeigen, dass der Lebensraumschutz im Jagdrecht ein wichtiges Anliegen ist (z.B. Art. 7 Abs. 4, Art. 11 JSG). Der *Lebensraumschutz* ist jedoch nicht (primärer) Gegenstand des Jagdrechts; dafür ist vielmehr das (koordinierende) *Natur- und Heimatschutzrecht* ergänzend heranzuziehen. Das Jagdrecht kommt jedoch als *lex specialis* zum Zug, soweit es eine dem NHG widersprechende Regelung enthält (vgl. Art. 18 Abs. 4 NHG).¹⁷⁸

¹⁷⁵ Zu den Kosten von Massnahmen vgl. ANGST (FN 2), S. 119-121, Tab. 40-42.

¹⁷⁶ Zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit z.B. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 80), N 581 ff.

¹⁷⁷ Dazu die vorangehenden Ausführungen in Rz. 85.

¹⁷⁸ FAHRLÄNDER, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 18 Rz. 45 f.

128 Eine wichtige Frage ist, ob für Einzelmassnahmen, welche sich nicht direkt gegen einen schadenstiftenden Biber richten (wie Abschuss oder Einfangen), sondern auf baulich-technische Lösungen bei oder an Biberbauten abzielen, ebenfalls das Vorliegen eines *erheblichen Schadens* im Sinne von Art. 12 Abs. 2 JSG voraussetzen oder ob dafür auch schon geringere Schäden ausreichen oder ob zudem andere Kriterien massgebend sind. Aus Art. 12 Abs. 2 bzw. Art. 12 Abs. 2bis JSG oder aus dem Konzept Biber (2004) ergibt sich keine direkte Lösung; die Gesetzesmaterialien zum JSG befassen sich zwar nicht mit Biberschäden, erwähnen aber immerhin im Zusammenhang mit der Verhütung von Wildschäden den Flächenschutz durch Zäune oder den Einzelschutz von Pflanzen.¹⁷⁹ Der Arten- bzw. Biberschutz und die Prävention von Schäden sind wichtige, gesetzlich verankerte Anliegen (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. a, b und c JSG). Um das Eintreten von (weiteren) erheblichen oder grossen Schäden oder einer erheblichen Gefährdung präventiv zu verhindern, welche das Einfangen oder Abschiessen eines Bibers oder gar Regulierungen von Biberbeständen nach sich ziehen könnten, erscheinen baulich-technische Eingriffe in Biberbaue und -dämme als sinnvoll. Dies spräche einerseits dafür, die Schwelle für solche Schritte nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip tiefer anzusetzen als für «schärfere» Einzelmassnahmen gegen Biber. Andererseits handelt es sich um Eingriffe in einen schützenswerten (z.T. geschützten) Lebensraum und in die Bauten eines geschützten Tieres. Sog. Bagatellschäden (vgl. Art. 13 Abs. 2 JSG) reichen m.E. aus jagdrechtlicher Sicht jedoch nicht aus, um die Veränderung oder Entfernung von Biberbauten zu bewilligen. Es ist eine Beurteilung und Interessenabwägung im Einzelfall nötig. Vorbehalten bleiben für baulich-technische Eingriffe die nachfolgend dargelegten Voraussetzungen, welche sich aus dem NHG ergeben.

c) Was sind baulich-technische Eingriffe in schützenswerte Biber-Biotope?

129 Falls Beeinträchtigungen eines schützenswerten (nicht formell geschützten) Biotops zur Diskussion stehen, kann unter den Voraussetzungen von Art. 18 Abs. 1ter NHG eine Bewilligung für *technische Eingriffe* erteilt werden:¹⁸⁰ Lassen sich diese unter Abwägung aller Interessen nicht vermeiden, so hat der Verursacher für besondere Massnahmen zu deren bestmöglichem Schutz, für Wiederherstellung oder ansonst für angemessenen Ersatz zu sorgen. Eingriffe setzen jedoch eine umfassende Interessenabwägung voraus. Die Gesetzesmaterialien sprechen von *schädigenden Eingriffen*; Näheres ist nicht definiert.¹⁸¹ Der Begriff ist nach einer Lehrmeinung weit zu verstehen.¹⁸² Nach dem Bundesgericht muss mindestens eine Beeinträchtigung für

¹⁷⁹ Vgl. Botschaft zum JSG (FN 86), S. 1211 f.

¹⁸⁰ Dies ergibt sich indirekt aus dem Urteil BGer 1C_448/2011 vom 5. Juli 2012, E. 2.2.

¹⁸¹ Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Umweltschutz (USG) vom 31. Oktober 1979, BBl 1979 III S. 749 ff., 830.

¹⁸² KARIN SIDI-ALI, La protection des biotopes en droit suisse, Etude du droit matériel, Genf/Zürich/Basel 2008, S. 111-113 (mit Beispielen aus der Gerichtspraxis).

den Artenschutz oder den damit zusammen hängenden Biotopschutz drohen.¹⁸³ Meistens, aber nicht notwendigerweise handelt es sich um Aktivitäten, welche einem (*Bau-*) *Bewilligungs- oder Planungsverfahren* unterliegen. Wie weit dies auch für spezielle Bewilligungen in den Bereichen Gewässer-, Natur-, Umwelt- und Waldrecht gilt, ist allerdings unklar und im Einzelfall abzuklären.¹⁸⁴ Die Anwendungsfälle in der bundesgerichtlichen Praxis betreffen in der Regel drohende Beeinträchtigungen infolge von Bauvorhaben.¹⁸⁵ Sollte der technische Charakter eines Eingriffs im Einzelfall zu verneinen sein, kann sich eine Schutzwirkung auch gestützt auf Art. 18 Abs. 1bis NHG (z.B. für Uferbereiche) bzw. aus den Strafbestimmungen von Art. 24 ff. NHG ergeben.¹⁸⁶

130 Die Beeinträchtigung oder Entfernung von *Biberbauen* und die Regulierung von *Biberdämmen* bzw. *-seen*, welche beide vom Biber zu seiner Behausung geschaffen wurden und damit lebensnotwendig sowie schützenswert sind, fallen m.E. unter den Begriff des sog. technischen Eingriffs nach Art. 18 Abs. 1ter NHG; mindestens soweit es dazu baulicher Massnahmen bedarf, welche das Gelände umgestalten (Erstellung von Bauten und Anlagen oder Geländeänderungen); ebenso wenn Biberbaue oder *-dämme* entfernt oder beeinträchtigt werden sollen.¹⁸⁷ Die Regulierung eines Biberdamms ist bewilligungspflichtig; dies dürfte auch für eine schonende Ausführung (Biberbau bleibt unter Wasser) gelten. Die Entfernung einzelner, vom Biber gefällter *Bäume oder Äste*, welche weder Bestandteil eines Biberbaus sind noch Staufunktion haben, stellen m.E. in der Regel keinen technischen Eingriff dar, falls dabei keine Nester von anderen geschützten Tieren oder falls keine geschützten und seltenen Pflanzen erkennbar zerstört werden. Dasselbe gilt für das Fällen von stehenden Grünbäumen im Bereich eines Biberreviers. Eine sog. Schlagbewilligung nach Art. 21 WaG ist jedoch erforderlich.¹⁸⁸

131 Andere Massnahmen im Revierperimeter wie der Schutz von Einzelbäumen (mit Drathosen oder mit einem Anstrich), die Einzäunung von Feldern, Obstplantagen oder Waldstücken etc. fallen grundsätzlich nicht unter die technischen Eingriffe. Bei der Beurteilung, ob eine *Beeinträchtigung* durch einen technischen Eingriff (im Sinne

¹⁸³ Urteil BGer 1C_450/2010 vom 12. April 2011, E. 3.5 (Baubewilligung für eine Mobilfunkbasisstation); vgl. auch FAHRLÄNDER, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 18, Rz. 27 f.

¹⁸⁴ Das Fällen von Bäumen erfordert eine sog. Schlagbewilligung nach Art. 21 WaG; ob auch ein technischer Eingriff nach Art. 18 Abs. 1ter NHG vorliegt, ist im Einzelfall zu prüfen, vgl. Rz. 186 ff.

¹⁸⁵ Z.B. Urteil BGer 1C_648/2013 vom 4. Februar 2014, E. 4.1 (Bauvorhaben Schanfiggerstrasse); Urteil BGer 1C_829/2013 vom 1. Mai 2014, E. 4.1 (geplanter Seeuferweg am Thunersee); Urteil BGer 1C_371/2012 vom 30. Mai 2013, E. 5.8 (Wassernutzungskonzession an der Simme); Urteil BGer 1C_164/2012 vom 30. Januar 2013, E. 6.1, (Teilrevision Ortsplanung, Suvretta House).

¹⁸⁶ SIDI-ALI (FN 182), S. 111-113; DAJCAR (FN 121), S. 131.

¹⁸⁷ Im April 2014 erteilte das Amt für Landwirtschaft und Natur des Kantons Bern der Stadt Burgdorf eine auf acht Jahre befristete Ausnahmbewilligung zur Entfernung von Biberbauten in einem auf einer Karte markierten Bereich, um grössere Überschwemmungen im Siedlungsgebiet vorzubeugen.

¹⁸⁸ Zur Holznutzung in Schutzgebiet mit Biberpräsenz vgl. die Ausführungen in Rz. 186 ff.

des NHG) droht bzw. vorliegt, spielen in den vorliegenden Konstellationen m.E. dessen *Eingriffsintensität und die Schädlichkeit* für das Biotop oder für die geschützte Fauna bzw. Flora eine Rolle. In geschützten Biotopen, Landschaften oder Waldreservaten sind die *spezifischen Schutzziele* bzw. -zwecke zu beachten; allenfalls sind diese durch ein (fakultatives) Gutachten der eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission zu präzisieren (Art. 8 NHG). In den Jahren 2012 und 2013 verfasste die ENHK allerdings keine solchen Gutachten mehr.¹⁸⁹

d) *Materielle Voraussetzungen für Eingriffe in Biberlebensräume und -bauten*

- 132 Technische Eingriffe dürfen nur bewilligt werden, sofern sie *unvermeidbar* und *standortgebunden* sind sowie einem *überwiegenden Bedürfnis* entsprechen; in der Regel sollte ein gewisser bis erheblicher Schaden im Sinne des JSG vorliegen (Art. 12 Abs. 2 JSG i.V. mit Art. 18 Abs. 4 NHG). Standortgebundenheit bedeutet hier, dass ein Projekt auf einen Standort im Biotop angewiesen ist.¹⁹⁰ Für die Bewertung des Biotops in der *Interessenabwägung* sind neben seiner Schutzwürdigkeit nach Abs. 3 insbesondere massgebend: a. seine Bedeutung für die geschützten, gefährdeten und seltenen Pflanzen- und Tierarten; b. seine ausgleichende Funktion für den Naturhaushalt; c. seine Bedeutung für die Vernetzung schützenswerter Biotope; d. seine biologische Eigenart oder sein typischer Charakter (Art. 14 Abs. 6 NHV). Es gilt, den *drohenden Verlust von Lebensräumen* im Einzelfall abzuschätzen und zu gewichten. Der geplante Eingriff ist nur zulässig, wenn er *nicht vermieden* werden kann.¹⁹¹ Zu berücksichtigen sind – je nach Konstellation – öffentliche Interessen an der Funktionsfähigkeit, Sicherheit und Mängelfreiheit von Verkehrswegen, Wasserfassungen und Hochwasserschutzanlagen, jagdrechtliche, landwirtschaftliche oder andere, auch private Interessen (z.B. Eigentumsgarantie, Wirtschaftsfreiheit). Diese müssen einem *überwiegenden Bedürfnis* entsprechen, um einen Eingriff zu rechtfertigen. Sollen hingegen beantragte Eingriffe in Biberbaue oder -dämme nicht bewilligt und dadurch Grundrechte von Privatpersonen wie Eigentumsrechte eingeschränkt werden, ist m.E. vorgängig eine «analoge» Verhältnismässigkeitsprüfung anzustellen (Eignung, Erforderlichkeit, Zumutbarkeit bzw. Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung [durch Ablehnung von Massnahmen], Art. 36 Abs. 3 BV).
- 133 Wie erwähnt, sind für Bauten und Anlagen auch ausserhalb von Schutzgebieten Baubewilligungen und – bei geplanten Eingriffen in Biberbauten – meistens die behördliche Einwilligung (in der Regel des Kantons) nach Art. 18 Abs. 1ter NHG einzuholen. Wird sie erteilt, ordnet die zuständige Behörde Art und Umfang des bewilligten Eingriffs präzise an und legt die angemessenen, bestmöglichen Massnahmen fest

¹⁸⁹ LEIMBACHER, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 8 Rz. 1, 5; EIDGENÖSSISCHE NATUR- UND HEIMAT-SCHUTZKOMMISSION, Jahresbericht 2013, S. 8; dies dürfte nicht zuletzt mit dem aktuellen politischen Druck gegen die ENHK zusammenhängen.

¹⁹⁰ DAJCAR (FN 121), S. 132 f., SIDI-ALI (FN 182), S. 126.

¹⁹¹ Näheres bei FAHRLÄNDER, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 18, Rz. 26 ff.

(Art. 14 Abs. 7 NHV). Dabei ist die Reihenfolge zu beachten: prioritär sind *Schutzmassnahmen* (insbesondere Schonung des Gebiets soweit wie möglich, d.h. Vermeidung oder Schmälerung des Eingriffs), dann kommen *Wiederherstellungs-* oder schliesslich (gleichwertige) *Ersatzmassnahmen* zum Zug.¹⁹² Es sind umso strengere Schutzmassnahmen anzuordnen, je seltener und bedeutender die an einem Ort vorkommende Tier- und Pflanzenwelt ist.¹⁹³ Bewilligungen können mittels Auflagen eingegrenzt oder von Bedingungen abhängig gemacht werden (Art. 3 Abs. 2 Bst. b NHG in analoger Anwendung). Bei bewilligten Eingriffen in Biberbaue und -dämme sind Wiederherstellungsmassnahmen vom Zweck der Massnahme her meist nicht sinnvoll. Gleichwertige Ersatzmassnahmen, welche dem Biber und seinem Lebensraum zu Gute kommen, dürften deshalb im Vordergrund stehen (Bsp.: Aufwertung der Ufervegetation ober- und unterhalb einer baulichen Massnahme).

134 Befinden sich *Biberreviere in Schutzgebieten* (allgemeine Biotopschutzinventare des Bundes wie z.B. Auen- und Amphibienlaichgebiete), kommen Eingriffe in ihren Lebensraum bzw. «Beschädigungen» ihrer Bauten – mindestens in den inventarisierten Biotopen von nationaler Bedeutung – kaum in Betracht, wie zu zeigen ist.¹⁹⁴ Es sind primär die jeweiligen Schutzziele und speziellen rechtlichen Vorgaben zu eruieren; ebenso bei Schutzgebieten von kantonaler, regionaler oder kommunaler Bedeutung. Insbesondere ist zu prüfen, ob Massnahmen gegen Biber oder Eingriffe in ihre Bauten schutzzielrelevant sind bzw. die Schutzziele beeinträchtigen. Die genannten allgemeinen Biotopschutzinventare des Bundes erlauben bei schutzzielrelevanten Eingriffen ein Abweichen vom Schutzziel nur beim Vorliegen bestimmter überwiegender öffentlicher Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung (z.B. Hochwasserschutz, Art. 4 Abs. 2 AuenV, Art. 7 AlgV). Falls diese fehlen, sind die geplanten Eingriffe nicht bewilligungsfähig. Speziell ist die Rechtslage in geschützten Mooren und Moorlandschaften von nationaler Bedeutung, da diese nach Art. 78 Abs. 5 BV praktisch absolut geschützt sind.¹⁹⁵ Werden die jeweiligen Schutzziele durch geplante Eingriffe nicht beeinträchtigt, sind sie im Rahmen von Art. 18 Abs. 1ter NHG zu prüfen und zu bewilligen.

135 Eine brisante Frage ist schliesslich, ob und inwiefern die Behörde *haftpflichtrechtliche oder wirtschaftliche Gesichtspunkte* in die Entscheidung einfliessen lassen soll bzw. darf. Denn der Gesuchsteller dürfte häufig der Eigentümer eines durch Biberbauten beeinträchtigten oder gefährdeten Werks sein und geltend machen, die Werkmängel würden Sicherheitsrisiken hervorrufen, welche bei Unfällen haftpflichtrechtliche Kon-

¹⁹² FAHRLÄNDER, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 18, Rz. 26 ff., 34-38; Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Umweltschutz (USG) vom 31. Oktober 1979, BBl 1979 III S. 749 ff., 830; Näheres dazu: BRUNO KÄGI/ANDREAS STALDER/MARKUS THOMMEN, Wiederherstellung und Ersatz im Natur- und Landschaftsschutz, Leitfaden Umwelt Nr. 11, BUWAL (Hrsg.), Bern 2002, S. 1 ff.

¹⁹³ So das Bundesgericht in BGE 118 Ib 485 ff., 489, E. 3b.

¹⁹⁴ Dazu die nachfolgenden Ausführungen in Rz. 173 ff., 186 ff.

¹⁹⁵ WALDMANN (FN 72), S. 250 ff., insbes. S. 251; vgl. die nachfolgenden Ausführungen in Rz. 164 ff.

sequenzen hätten; landwirtschaftliche Bewirtschafter könnten betriebswirtschaftliche Argumente vortragen (z.B. Ertragseinbussen wegen vernässten Feldern). Denkbar ist, dass der Gesuchsteller den Behörden sogar haftpflichtrechtliche Schritte androht, falls sie den ersuchten technischen Eingriff in die Biberbaute nicht bewilligen sollten. Die Entscheidbehörde könnte deshalb dazu tendieren, Eingriffe eher zu bewilligen, um allfällige Haftungsrisiken (auch Rückgriffsklagen) zum vornherein auszuschalten.

136 Die Antwort auf die gestellte Frage hängt stark von den Umständen im Einzelfall ab; es ist auf die vorangehenden Ausführungen zu verweisen: In Schutzgebieten (insbesondere von nationaler Bedeutung) geht es primär um die Frage der *Schutzzielverträglichkeit* eines technischen Eingriffs. Ein Abweichen vom Schutzziel käme nur in eingeschränkten, ausdrücklich erwähnten Fällen in Betracht (bei Mooren und Moorlandschaften von nationaler Bedeutung ist eine Interessenabwägung ausgeschlossen). Primär sind die Schutzobjekte zu schützen und alternative, schutzzielverträgliche und wirksame Lösungen zu suchen. Ausserhalb von Schutzgebieten müssen der Entscheidung, wie gezeigt, eine Interessenabwägung im Sinne von Art. 14 Abs. 6 NHV und die Prüfung der Standortgebundenheit zugrunde gelegt werden.

137 Da es sich bei Biberlebensräumen mindestens um schutzwürdige Biotope handelt, sind auch hier ernsthafte Alternativen zu prüfen und Lösungen zu finden, welche diesem Umstand Rechnung tragen. Das Interesse an der Sicherheit sowie an der Integrität von Leben und Gesundheit ist gebührend zu berücksichtigen. Es ist zu erwägen, ob es sich dabei um ein überwiegendes Bedürfnis handelt. Zu bedenken ist schliesslich, dass entfernte Biberdämme oft innert kurzer Zeit von Bibern wieder neu errichtet werden. Für eine *langfristige Lösungsstrategie* sind entsprechend eigentliche planerische oder Verhütungs-Massnahmen anzustreben: primär die Verlegung von Bauten und Anlagen aus dem Gewässerraum; ev. bauliche Schutzmassnahmen wie Gitter, Kunstbauten für Biber bzw. optimale, abgeflachte Ufergestaltung.¹⁹⁶

e) Bewilligungsverfahren für technische Eingriffe nach Art. 18 Abs. 1ter NHG

138 Bauliche Massnahmen an Gebäuden und Anlagen, auch Sanierungen (z.B. eines durch Biber beschädigten Weges), erfordern in der Regel eine *Baubewilligung* bzw. eine *Ausnahmebewilligung* im Sinne von Art. 22 RPG (innerhalb der Bauzone oder bei zonenkonformen Bauten in der Landwirtschaftszone) bzw. Art. 24 RPG (ausserhalb der Bauzonen). Dafür sind die Baubehörden der betroffenen Gemeinden und Kantone zuständig (soweit nicht ein bundesrechtliches Verfahren vorliegt). Es ist Aufgabe der Kantone, einerseits Massnahmen zur Verhütung von Wildschäden zu treffen (Art. 12 Abs. 1 JSG). Andererseits sind sie bundesrechtlich verpflichtet, den Schutz und den Unterhalt von Biotopen von nationaler Bedeutung zu ordnen und für den Schutz und Unterhalt der Biotope von regionaler und lokaler Bedeutung zu sor-

¹⁹⁶ ANGST (FN 31), S. 6 f.; vgl. auch die ähnliche Ausgangslage betreffend Einzelabschüsse und Bestandesregulierungen: Rz. 92 und Rz. 105; ferner Rz. 70 ff. (Präventionsmassnahmen).

gen (Art. 18a Abs. 2 und Art. 18b Abs. 1 NHG). Die kantonalen Behörden haben die anspruchsvolle Aufgabe, diese verschiedenen Aufgaben wahrzunehmen und aufeinander abzustimmen.

139 Für die behördliche Zustimmung betreffend technische Eingriffe ist kein besonderes Bewilligungsverfahren nötig; es genügt nach Art. 14 Abs. 5 NHV, ein *zweckmässiges Feststellungsverfahren* vorzusehen, mit dem möglichen Beeinträchtigungen schützenswerter Biotope sowie Verletzungen der Artenschutzbestimmungen des Art. 20 NHV vorgebeugt werden kann. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt es sich bei Art. 18 Abs. 1ter NHG nicht um ein selbständiges Bewilligungsverfahren.¹⁹⁷ Meist ist die Frage der Schutzwürdigkeit eines Biotops bzw. der Zulässigkeit von technischen Eingriffen *Gegenstand eines anderen Verfahrens* (z.B. bundesrechtliches Plangenehmigungsverfahren, kantonales oder kommunales Baubewilligungsverfahren, kommunales Verfahren zum Erlass eines Nutzungsplans, Schlagbewilligung im Sinne von Art. 21 WaG, Bewilligung zur Beseitigung von Ufervegetation nach Art. 22 Abs. 2 NHG, Ausnahmewilligung für eine Baute im Gewässerraum nach Art. 41c Abs. 1 GSchV); es reicht dann die Zustimmung einer Bundes- oder kantonalen Behörde bzw. Bewilligung des Eingriffs im Rahmen dieses Verfahrens. Geht es hingegen einzig um die Beseitigung bzw. Beeinträchtigung eines Biberbaus (z.B. Regulierung eines Biberdamms), ohne dass ein parallel laufendes Bau- bzw. ein Ausnahmewilligungsverfahren hängig ist, muss der betroffene Kanton m.E. ein *selbständiges Bewilligungsverfahren* in Gang setzen. Die Bewilligung kann einen *einmaligen oder mehrere Eingriff(e)* umfassen, wobei die Bewilligung *zeitlich zu befristen* und gegebenenfalls mit *Bedingungen und Auflagen* (z.B. zum Schutz von Jungtieren oder des Biberbaus bei der Regulierung eines Biberdamms) zu versehen ist.

140 Das *Eingriffsgesuch für baulich-technische Massnahmen an Biberbauen oder -dämmen*¹⁹⁸ ist der im Einzelfall zuständigen Leitbehörde des gegebenenfalls *parallel laufenden Bewilligungsverfahrens* einzureichen, z.B. an die Genehmigungsbehörde in einem bundesrechtlichen Plangenehmigungsverfahren, an die kantonale Planerlassbehörde oder an die kommunale oder kantonale Baubehörde. Diese hat darauf die Zustimmung der kompetenten kantonalen Stelle einzuholen bzw. muss diese (in bundesrechtlichen Plangenehmigungsverfahren) mindestens anhören. Als für die Zustimmung bzw. für die Stellungnahme im Sinne von Art. 18 Abs. 1ter NHG zuständige kantonale Behörde kommen z.B. die Departemente, welche die Fachstellen für Naturschutz oder für Jagd umfassen, in Betracht. Es ist dazu das anwendbare Recht des betroffenen Kantons zu prüfen (kantonales Jagd-, Natur- und Heimatschutz- und Verwaltungsrecht). Ist für Eingriffe in Biberbaue und -dämme mangels eines parallel laufenden Verfahrens ein zweckmässiges Feststellungs- bzw. ein *selbstständiges Bewilligungsverfahren* notwendig, ist das Gesuch direkt an diese Behörde zu richten

¹⁹⁷ Urteil BGer 1C_448/2011 vom 5. Juli 2012, E. 2.2.

¹⁹⁸ Für Beispiele zu baulich-technischen Massnahmen siehe die vorangehende Rz. 127.

(vgl. auch Art. 14 Abs. 5 NHV). Es wurde vorangehend bereits aufgezeigt, dass Eingriffe in Biberbaue und -dämme keine Anordnung bzw. Zustimmung durch das BAFU bedingen, weil es sich nicht um Massnahmen im Sinne von Art. 12 Abs. 2 i.V. mit Abs. 2bis JSG und Art. 10 Abs. 5 JSV handeln dürfte. Immerhin könnte das BAFU in einem allfälligen bundesrechtlichen Plangenehmigungsverfahren sich im Rahmen einer Stellungnahme zum Gesamtprojekt auch zu diesem Punkt äussern (Art. 62a Abs. 1 eidg. Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz, RVOG).¹⁹⁹

- 141 Zieht eine betroffene Gemeinde im Einzelfall (unter Umständen auf Gesuch eines privaten Bewirtschafters oder Eigentümers) baulich-technische Massnahmen an oder bei Biberbauen oder -dämme in Betracht, um Probleme oder Gefahren zu entschärfen, ist sie also verpflichtet, vorgängig in einem parallel laufenden Bewilligungsverfahren ein Eingriffsgesuch zuhanden der Leitbehörde oder – falls kein solches Verfahren im Gange ist – ein selbständiges Gesuch bei der zuständigen kantonalen Behörde einzureichen. Empfehlenswert dürfte es sein, schon vorher die zuständige kantonale Behörde (und allenfalls in heiklen oder unklaren Fällen die Biberfachstelle) zu kontaktieren. Denkbar sind auch Fälle, in denen der Kanton selber auf eigenem Boden oder bei kantonalen Werken solche Eingriffe in Betracht zieht; auch dann ist die notwendige Bewilligung nach Art. 18 Abs. 1ter NHG einzuholen.
- 142 Die Beeinträchtigung oder Entfernung eines Biberbaus bzw. die Regulierung eines Bibersees ist mit Auswirkungen auf die Natur verbunden. Biotopschutz nach Art. 18 ff. NHG stellt eine Bundesaufgabe dar, auch wenn es um Biotope von regionaler oder kommunaler Bedeutung geht (Art. 2 NHG, Art. 78 Abs. 4 BV); dies gilt auch in einem kantonalen Verfahren.²⁰⁰ Ebenso handelt es sich beim Artenschutz um eine Bundesaufgabe. Damit unterliegen Entscheide bzw. Gesuche betreffend Bewilligung von technischen Eingriffen in Biberbauten in grundsätzlich dem *Verbandsbeschwerderecht* (der Umweltschutzorganisationen) nach Art. 12 ff. NHG. Der geplante Eingriff ist in Form einer Verfügung bzw. eines Gesuchs nach den Vorgaben von Art. 12b NHG vorgängig öffentlich auflegen bzw. im kantonalen Amtsblatt zu publizieren.²⁰¹ Vorbehalten bleiben dringliche Fälle bei akuter Gefährdung.²⁰²
- 143 Bisher wurde diese Publikationspflicht in der Praxis bei technischen Eingriffen in Biberbaue und -dämme, soweit ersichtlich, nur selten eingehalten,²⁰³ es herrscht in

¹⁹⁹ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997 (SR 172.010); Rz. 85.

²⁰⁰ BGE 116 Ib 203 ff. 207 f., E. 3a; DAJCAR (FN 121), S. 30.

²⁰¹ BGE 116 Ib 203 ff., 207 f., E. 3a; BGE 125 II 29 ff., 32 f., E. 1b; DAJCAR (FN 121), S. 29 f.; ZUFFEREY, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 2 Rz. 16, Ziff. 1. Zu den Anforderungen an die Publikation: BUWAL, Anforderungen an die Veröffentlichung von Projekten in erstinstanzlichen Entscheidungsverfahren nach dem USG, dem NHG und dem FWG, vom 17. September 2003, vgl. www.bafu.admin.ch.

²⁰² Dazu die nachfolgenden Ausführungen unter Rz. 148.

²⁰³ Die Wildhüter erteilen die Bewilligung in der Regel direkt vor Ort, und die Eingriffe werden innert der nächsten 24 Stunden durchgeführt, Auskunft von CHRISTOF ANGST (Biberfachstelle) im Januar 2015. Ob es sich stets um bewilligungspflichtige Eingriffe im Sinne von Art. 18 Abs. 1ter NHG handelte, bleibt offen.

diesem Punkt ein Vollzugsdefizit. So reicht der alleinige Abschluss einer *Leistungsvereinbarung* des Jagdinspektorats mit einer Gemeinde ohne vorherige öffentliche Auflage der erteilten Bewilligung (falls notwendig) nicht. Muss jeder kleine geplante Eingriff im kantonalen Amtsblatt publiziert werden, ist dies für die zuständigen Behörden mit einem Mehraufwand verbunden. Abzuklären bleibt, ob es allenfalls «leichte», technische Eingriffe in Biberbauten gibt, welche mangels Schädlichkeit bzw. erheblicher Beeinträchtigung der Biber bzw. ihrer Baue / Habitate nicht publiziert werden müssen.

144 Als zu prüfende Beispiele sind anzuführen: das Fällen eines stehenden (lebenden oder toten) Baumes im Bereich eines Biberreviers oder die Regulierung eines Biberdamms (z.B. mit einem Rohr im Damm und einem elektrischen Zaun oben drauf), unter der Voraussetzung, dass der dazugehörige Eingang zum Biberbau weiterhin unter Wasser bleibt und dass der Eingriff ausserhalb der Jungtieraufzucht stattfindet. Weitere Beispiele (zu anderen Tierarten) sind geschützte Vögel (z.B. Spechte) oder Eichhörnchen, welche auf Bäumen ihre Nester bauen. Unterliegt das Fällen eines Baumes (im Rahmen der Waldbewirtschaftung) mit einem solchen Nest nebst der Schlagbewilligung des Forstdiensts nach Art. 21 WaG einer Bewilligung für technische Eingriffe nach Art. 18 Abs. 1ter NHG, und muss ein solcher Eingriff im kantonalen Amtsblatt publiziert werden? Eine andere Frage ist, ob der Förster das Nest bemerkt bzw. bei genügender Sorgfalt bemerken kann. Das aufgeworfene Problem kann in der Praxis wohl meist umgangen werden, indem der Förster nicht Bäume mit vorgefundenen Nestern, sondern solche ohne Nester zur Fällung bestimmt.

145 Die Antwort auf die eingangs gestellte Frage zur Publikationspflicht bei geringfügigen Eingriffen hängt primär davon ab, was unter einem bewilligungspflichtigen technischen Eingriff im Sinne von Art. 18 Abs. 1ter NHG verstanden wird (Beeinträchtigung bzw. Schädlichkeit des Eingriffs erforderlich),²⁰⁴ ausserdem auch von den Voraussetzungen für das Verbandsbeschwerderecht. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung nimmt im Zusammenhang mit dem Kriterium der Erfüllung von Bundesaufgaben punktuell gewisse Einschränkungen vor. Das Bundesgericht verlangt teilweise, dass eine Tätigkeit gegen die *Pflicht zur Rücksichtnahme auf Natur und Heimat*, die sich aus Art. 78 BV bzw. aus dem NHG ergibt, verstossen müsse, damit die Erfüllung einer Bundesaufgabe angenommen werden kann; so z.B. bei Ausnahmegewilligungen zu Bauten ausserhalb der Bauzonen (Art. 24 RPG).²⁰⁵ In der Literatur wird jedoch zu Recht darauf hingewiesen, dass die Frage der Erfüllung einer Bundesaufgabe von der Pflicht zur Rücksichtnahme auf Natur und Heimat getrennt zu beantworten sei.²⁰⁶ Auch wenn gewisse Auswirkungen auf die Natur oder das Landschaftsbild erforderlich sind, spielt das Ausmass eines geplanten Eingriffs für die Frage der Er-

²⁰⁴ Dazu die vorangehenden Ausführungen unter Rz. 129.

²⁰⁵ DAJCAR (FN 121), S. 38 ff.; Z.B. BGE 116 Ib 119 ff., 121 f., E. 2b.

²⁰⁶ DAJCAR (FN 121), S. 38 ff. (immer wenn eine Bundesaufgabe erfüllt wird, ist Rücksicht auf Natur und Heimat zu nehmen).

füllung einer Bundesaufgabe im Sinne von Art. 2 NHG grundsätzlich keine Rolle.²⁰⁷ Dennoch bleibt offen, ob bei den Auswirkungen auf Natur und Umwelt ein gewisses Ausmass notwendig ist. Das Kriterium der *Raumrelevanz* wird in der Lehre zum Teil erwähnt, aber vom Bundesgericht nicht geprüft.²⁰⁸

- 146 Weder in der Rechtsprechung noch in der Fachliteratur finden sich – soweit ersichtlich – Anhaltspunkte dafür, dass leichte, aber bewilligungspflichtige (schädliche) Eingriffe in schützenswerte oder geschützte Biotope nicht publiziert werden müssten. Der Fall einer allfälligen Rückstufung der Gefährdungskategorie beim Biber in der Roten Liste dürfte bei der Beurteilung dieser Frage zwar eine gewisse, aber keine entscheidende Rolle spielen (Biber als weiterhin geschützte Tierart nach JSG, Uferbereiche und Wald als schützenswerte Biotope).²⁰⁹ Letztlich bleibt es Aufgabe der zuständigen kantonalen Behörden, zu erwägen, ob unvermeidbare Eingriffe in Biberbaue sich auf den Biber oder dessen Lebensraum negativ bzw. beeinträchtigend auswirken. Falls dies zu bejahen ist, muss m.E. – auch bei relativ leichten Beeinträchtigungen – von einer Publikationspflicht ausgegangen werden. Sind hingegen Beeinträchtigungen des Biberlebensraumes durch Eingriffe unwahrscheinlich (z.B. beim Fällen eines Baumes im Biberrevier, ohne die Baue oder Dämme zu beschädigen), sehr geringfügig oder nachgewiesenermassen bzw. bekannter Weise unschädlich, erscheint eine Bewilligung nach NHG samt Publikation des Entscheids nicht erforderlich bzw. unverhältnismässig. Da zu diesem Punkt bisher keine Gerichtspraxis besteht, bleibt offen, wie gross der diesbezügliche Auslegungs- bzw. Ermessensspielraum der kantonalen Behörden ist.
- 147 Es stellt sich die Frage, wer einen bewilligten technischen Eingriff in Biberbauten effektiv vornehmen darf. NHG und NHV sehen dafür keine spezielle Regelung vor. Gemäss Art. 26 Abs. 1 NHV sorgen die Kantone für einen sachgerechten und wirkamen Vollzug; zu beachten sind Art. 14 Abs. 2 JSG und das kantonale Jagd- sowie Natur- und Heimatschutzrecht. Es liegt an der Bewilligungsbehörde für den technischen Eingriff, auflageweise dafür zu sorgen, dass dieser fachgerecht und so schonend wie möglich durchgeführt wird.
- 148 Schliesslich sind Fälle denkbar, insbesondere bei *akuter Gefährdung von Infrastrukturen* (Wege, Strassen, Hochwasserschutzanlagen, Pumpwerke, Trinkwasserfassung), bei denen wegen grosser Unfallgefahr dringliches Handeln angezeigt ist, um weitere oder schwere Schäden abzuwenden.²¹⁰ Bei gegebener Grundlage in den kantonalen *Verwaltungs- und Polizeigesetzen* kann der technische Eingriff zur Gefahrenabwehr vorgezogen und ev. die aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels entzogen werden. Der Bewilligungsentscheid ist vor oder ausnahmsweise nach

²⁰⁷ ZUFFEREY, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 2, Rz. 13.

²⁰⁸ ZUFFEREY, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 2, Rz. 14; kritisch DAJCAR (FN 121), S. 41.

²⁰⁹ Dazu die vorangehende Rz. 13; FAHLÄNDER, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 18, Rz. 28.

²¹⁰ Zur Gefährdung von Bauten und Anlagen im öffentlichen Interesse vgl. Rz. 103 f. und 116 f.

Durchführung des Eingriffs in die Biberbaue oder -dämme so rasch wie möglich korrekt im kantonalen Publikationsorgan zu publizieren (gemäss Art. 12b NHG), so dass er mindestens einer nachträglichen Rechtskontrolle zugänglich wird. Droht ausnahmsweise infolge einer Biberbaute oder eines -sees eine schwere und unmittelbare Gefahr oder ist eine schwere Störung von fundamentalen Rechtsgütern (Leib und Leben) bereits eingetreten und reichen gesetzliche Massnahmen zur Gefahrenabwehr nicht aus, kann als Rechtsgrundlage für dringliche Polizeimassnahmen die *Polizeigeneralklausel* herangezogen werden.²¹¹ Wenn immer möglich ist jedoch anzustreben, eine vorgängige Rechtskontrolle einer behördlichen Verfügung zuzulassen. Wiederum sind nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip weniger einschneidende, aber ausreichende Alternativen zu prüfen (z.B. Warntafeln, Überfahrplatten bei Wegen).

4.6 Sanktionen bei unzulässigen Eingriffen gegen Biber und ihre Bauten

a) Verwaltungsrechtliche Massnahmen

- 149 Es sind verschiedene unrechtmässige Eingriffe in Biberreviere durch Private, Gemeinde- oder Kantonsbehörden denkbar, so z.B. die Zerstörung oder Entfernung von Biberbauten oder -dämmen oder der Abschuss eines Bibers ohne vorgängige rechtskräftige Bewilligung der zuständigen Behörde. Solche Eingriffe können *verwaltungsrechtliche Folgen* nach sich ziehen; anwendbar sind das eidgenössische, kantonale und kommunale Verwaltungsrecht. Art. 24e eidg. NHG regelt die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bei Beschädigung eines geschützten Biotops (inkl. Kosten und Ersatzmassnahmen). Ein Verschulden des Verfügungsadressaten ist nicht vorausgesetzt.²¹² Der Kanton bzw. die Gemeinde können bzw. müssen z.B. einen Baustopp oder – soweit möglich – Wiederherstellungs- oder Ersatzmassnahmen verfügen, wenn sie unbewilligte Eingriffe in Biberbauten feststellen. Viele behördliche Anordnungen werden mit der Androhung des Tatbestands des Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen (Art. 292 StGB) verbunden: Wer der von einer zuständigen Behörde unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.
- 150 Bei Verstössen gegen raumplanerische, bau- und umweltrechtliche Vorschriften ist von einem *polizeiwidrigen Zustand* auszugehen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind die zur Behebung erforderlichen Massnahmen gegen den sog. *Störer* (Verhaltens- oder Zustandsstörer) zu richten.²¹³

²¹¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 80), N 2462 ff.

²¹² FAHRLÄNDER, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 24e, Rz. 12.

²¹³ Z.B. BGE 122 II 65 ff., 70, E. 6a; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 80), N 2431 ff., 2488 ff.; MICHAEL BÜTLER, Rechtsfragen zu illegalen Bauten im Wald, Rechtsgutachten für das BAFU vom 9. August 2014, Rz. 16 ff., 20 ff.

b) Strafrechtliche Sanktionen

- 151 Im Bundesrecht sind folgende *Strafbestimmungen* zu erwähnen: Das vorsätzliche, unberechtigte Jagen, Töten oder Fangen von Bibern (als geschützte Tierart) wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe nach Art. 17 Abs. 1 Bst. a JSG sanktioniert. Die fahrlässige Begehung wird mit Busse geahndet (Art. 17 Abs. 2 JSG, Art. 106 Abs. 1 StGB). Vorsätzliche oder fahrlässige und unberechtigte Missachtung von Massnahmen zum Schutz der Tiere vor Störung kann eine Busse bis zu Fr. 20'000 bzw. Busse (bis Fr. 10'000.-) nach sich ziehen (Art. 18 Abs. 1 Bst. e JSG, Art. 106 Abs. 1 StGB). Die vorsätzliche und unberechtigte Zerstörung oder schwere Beschädigung eines (formell) geschützten Biotops oder von Ufervegetation (auch ausserhalb eines Schutzgebiets) wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Busse bis zu Fr. 100'000.- bestraft; fahrlässiges Handeln hat Busse bis Fr. 40'000.- zur Folge (Art. 24 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 NHG, Art. 106 Abs. 1 und Art. 333 Abs. 3 StGB). Darunter fallen unbewilligte Eingriffe in Biberbaue und -dämme, welche sich in einem inventarisierten Biotop von nationaler oder regionaler Bedeutung befinden.²¹⁴
- 152 Ebenfalls wird bestraft, wer gegen eine Ausführungsvorschrift (des Bundes oder der Kantone) verstösst, die z.B. auf Grund der Art. 18, 18a, 18b und 18c und 20 NHG erlassen und deren Übertretung als strafbar erklärt worden ist (Art. 24a Bst. b NHG i.V. mit Art. 20 Abs. 1, 2 und 5 NHV).²¹⁵ Je nach Umständen können Eingriffe in Biberbaue und -dämme als Handlungen im Sinne von Art. 20 Abs. 2 Bst. a NHV gelten und mit Strafe sanktioniert werden; danach ist untersagt, geschützte Tiere zu töten, zu verletzen oder zu fangen, sowie ihre Eier, Larven, Puppen, Nester oder Brutstätten zu beschädigen, zu zerstören oder wegzunehmen. Zu beachten sind jeweils auch *Strafbestimmungen kantonaler Erlasse* in den Bereichen Jagd, Natur- und Heimatschutz.²¹⁶
- 153 Hinzuweisen ist auf folgende Bestimmungen: Wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, verhält sich rechtmässig, auch wenn die Tat nach diesem oder einem andern Gesetz mit Strafe bedroht ist. (Art. 14 StGB, *Rechtmässige Handlungen* und Schuld) sowie Art. 17 StGB (*Rechtfertigender Notstand*): Wer eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um ein eigenes oder das Rechtsgut einer anderen Person aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten, handelt rechtmässig, wenn er dadurch höherwertige Interessen wahrt. Letztere Bestimmung könnte zur Anwendung kommen, wenn ein Hochwasser Leben und Sachwerte akut gefährdet und im Rahmen der Wiederinstandstellungsmassnahmen wegen zeitlicher Dringlichkeit Biberbaue oder -dämme ohne vorgängige Bewilligung zerstört werden.
- 154 Die *Strafverfolgung* ist Sache der Kantone (Art. 21 JSG, Art. 24d Abs. 1 NHG). Gemäss Art. 335 StGB bleibt den Kantonen die Gesetzgebung über das Übertre-

²¹⁴ RONZANI, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 24, Rz. 3, 9.

²¹⁵ RONZANI, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 24a, Rz. 22 ff., 28.

²¹⁶ Z.B. Art. 57 ff. Naturschutzgesetz BE vom 15. September 1992 (426.11).

tungsstrafrecht insoweit vorbehalten, als es nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung ist. Die Kantone sind befugt, die Widerhandlungen gegen das kantonale Verwaltungs- und Prozessrecht mit Sanktionen zu bedrohen.

4.7 Entschädigung von Biberschäden gemäss Jagdrecht

a) Schäden an Wald und landwirtschaftlichen Kulturen

- 155 Beim Biber als geschütztes Tier ist Art. 13 Abs. 4 JSG zu beachten: Danach beteiligen sich Bund und Kantone an der *Vergütung von Schäden*, der durch Tiere bestimmter geschützter Arten verursacht wird. Der Bundesrat bestimmt nach Anhören der Kantone diese geschützten Tierarten und die Voraussetzungen der Entschädigungspflicht. Es werden – gestützt auf das Bundesrecht – nur Biberschäden an *Wald oder an landwirtschaftlichen Kulturen* (sowie gegebenenfalls an *Nutztieren*) angemessen entschädigt, falls keine Bagatellschäden vorliegen und wenn die zumutbaren Massnahmen zur Verhütung von Wildschaden getroffen wurden (gemäss Art. 13 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 JSG i.V. mit Art. 10 Abs. 1 Bst. b JSV). Es ist Sache der Kantone, die Entschädigungspflicht zu regeln.
- 156 Der Bund leistet den Kantonen an die Entschädigung von Biberschäden 50 % der Kosten. Vorausgesetzt ist, dass die Kantone die Höhe und die Verursacher des Wildschadens ermitteln und dass sie die Restkosten übernehmen (Art. 10 Abs. 1 Bst. b, Abs. 2 und Abs. 3 JSV). Art. 10 JSV erwähnt das *Ergreifen zumutbarer Präventionsmassnahmen* nicht; dennoch gilt diese allgemeine Voraussetzung gestützt auf Art. 13 Abs. 2 JSG (Verhütung vor Vergütung als Grundsatz). Gemäss Ziff. 3.2.4 Konzept Biber Schweiz (2004) werden nur eindeutige Biberschäden an Wald und an landwirtschaftlichen Kulturen (und Nutztieren) entschädigt. Entschädigungen werden nur bezahlt, wenn vorher zumutbare Präventionsmassnahmen ergriffen wurden, respektive diese nach einem erstmaligen Schadenereignis ergriffen werden. Wie erwähnt, berücksichtigt der Bund Aufwendungen für Präventionsmassnahmen nicht (Ziff. 3.2.3, Konzept Biber 2004, vgl. Art. 13 Abs. 2 JSG).²¹⁷
- 157 Der Bund fördert gestützt auf das Jagdrecht keine direkten Massnahmen, um Biberschäden zu verhüten, dies im Unterschied zu Wildschäden durch Luchse, Bären, Wölfe und Goldschakale (Art. 10 Abs. 3 und 4 JSV). Hingegen unterstützt der Bund die *Revitalisierung von Gewässern* mit Abgeltungen an die Kantone (Art. 62b GSchG), welche die Lebensbedingungen der Biber spürbar verbessert und zur Reduktion von Konflikten beiträgt.

b) Andere Schäden und Präventionsmassnahmen

- 158 Kosten für baulich-technische *Präventionsmassnahmen* sowie *Schäden an Infrastrukturen* (Wegen, Hochwasserschutzbauten usw.) infolge von Biberaktivitäten wer-

²¹⁷ Vgl. dazu Rz. 79.

den nach dem Jagdrecht des Bundes und – soweit ersichtlich – in der Behördenpraxis der Kantone im Einklang mit Art. 13 Abs. 1 JSG und Ziff. 3.2.4 Konzept Biber Schweiz (2004) *nicht entschädigt*. Art. 13 Abs. 4 JSG i.V. mit Art. 10 Abs. 1 JSV würden m.E. eine anderslautende Regelung zulassen, denn der Bundesrat kann die Voraussetzungen der Entschädigungspflicht (und damit wohl auch Abweichungen von Art. 13 Abs. 1 JSG) bestimmen. Art. 10 Abs. 1 Bst. b JSV legt die prozentuale Beteiligung des Bundes an den Entschädigungen fest, sagt aber nichts zu den beitragsberechtigten Schadenposten. Damit gilt die Grundregel von Art. 13 Abs. 1 JSG, wonach nur Schäden an Wald, landwirtschaftlichen Kulturen und an Nutztieren entschädigt werden. Die Motion Piller, Entschädigung für Biberschäden, verlangte vom Bund die Beteiligung an den Kosten für präventive Massnahmen zum Schutz der Infrastrukturen sowie an der Entschädigung von Schäden, die Biber an Infrastrukturen anrichten. Der Bundesrat lehnte diese jedoch am 27. Februar 2013 ab; ebenso der Nationalrat am 17. Juni 2014.²¹⁸

159 Die durch Biber an Infrastrukturen angerichteten Schäden sind bezüglich ihres finanziellen Umfangs nicht leicht abzuschätzen, allerdings geringer als teilweise angenommen.²¹⁹ Die Ablehnung von Entschädigungen für Biberschäden an Infrastrukturen ist aus finanzieller Sicht nachvollziehbar, bringt aber rechtliche Ungleichbehandlungen verschiedener Akteure mit sich (landwirtschaftliche Bewirtschafter – Betreiber und Eigentümer von Werken). Sie ist auch deshalb problematisch, weil gerade Schäden an Infrastrukturen (z.B. untergrabene Wege) zu gravierenden und kostspieligen *Folgeschäden* führen können (Unfälle, Beeinträchtigungen von Leben und Gesundheit). Diese Folgeschäden werfen die Frage der haftpflichtrechtlichen Verantwortung auf. Gefährden Biber Siedlungen oder im öffentlichen Interesse stehende Bauten und Anlagen erheblich, kann dies seit der Revision von Mitte 2012 Anlass für eine Bestandesregulierung sein (Art. 4 Abs. 1 Bst. f JSV). Damit dürfte der (politische) Druck auf die kantonalen Behörden zunehmen, solche einschneidenden Massnahmen zu verfügen. Trotzdem ist aus rechtlicher Sicht am ausserordentlichen Charakter von Bestandesregulierungen festzuhalten.

5. Rechtliche Lösungshinweise zu ausgewählten Konfliktfällen

160 Nachfolgend werden einige beispielhafte Konstellationen diskutiert und Lösungshinweise skizziert. Für einen präziseren Lösungsvorschlag müssten jedoch im Einzelfall noch mehr tatsächliche Details bekannt sein. Die Ausführungen stehen unter diesem

²¹⁸ Motion Nr. 12.4231 (Piller), Entschädigung von Biberschäden, vom 14. Dezember 2012, vgl. www.admin.ch (curia vista); siehe auch die Antwort des Bundesrats vom 10. März 2014 auf die Fragestunde Nr. 14.5065 (Guhl), Wer zahlt für Biberschäden an Infrastrukturen? vom 5. März 2014.

²¹⁹ In den Medien und im politischen Umfeld wurden teilweise zu hohe Zahlen genannt. Im Berner Seeland dürften sich die Schäden auf jährlich rund Fr. 30'000.- belaufen, Auskunft von CHRISTOF ANGST, Biberfachstelle, im Januar 2015.

Vorbehalt. Ausserdem bauen sie grossenteils auf den vorangehenden Analysen auf, ohne dass darauf stets verwiesen wird.

5.1 Konflikte mit anderen Naturschutzzielen

a) Überschwemmung des Lebensraums einer nicht mobilen Pflanzenart

- 161 Für die vorliegende Beurteilung wird davon ausgegangen, dass die durch Biberaktivitäten (Überschwemmung) *gefährdete Pflanzenart* nicht mobil und selten ist (Bsp. Orchideenwiese). Wichtig ist, abzuklären, ob die Pflanzenart geschützt (z.B. gemäss Anhang 2 zur NHV) und ev. in einer Roten Liste verzeichnet ist. Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip sind primär «milde» *Massnahmen* zu prüfen, mit denen das Ziel (lokaler oder regionaler Schutz bestimmter geschützter Pflanzengesellschaften) erreicht werden kann, z.B. technische Eingriffe in Biberbaue oder -dämme (z.B. Regulierung eines Bibersees) im Sinne von Art. 18 Abs. 1ter NHG mit vorgängiger Zustimmung der kantonalen Behörden.²²⁰ Nicht in diesem, aber in anderen Fällen (z.B. bei Frassschäden) käme eine Einzäunung mit Fixzaun (z.B. Pfostenabstand 2,5 m und Höhe von 1,2 m, Geflecht wird 30-40 cm in den Boden versenkt)²²¹ in Frage. Die Einzäunung bedarf keiner kantonalen Bewilligung für technische Eingriffe im Sinne von Art. 18 Abs. 1ter NHG (weil keine Biberbauten beeinträchtigt werden). Allenfalls ist aber eine baurechtliche Ausnahmegewilligung erforderlich, wenn der Zaun als Baute und Anlage gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG einzustufen ist; zudem könnte dadurch das freie Zutrittsrecht auf Wald und Weide (Art. 699 Abs. 1 ZGB und Art. 14 WaG) eingeschränkt werden.
- 162 Führen diese Massnahmen nicht zum Ziel, ist die Anwendbarkeit von Art. 7 Abs. 2 JSG zu prüfen. Voraussetzung für allfällige Massnahmen gegen den Biber (bzw. dessen Bauten) ist, dass dieser Pflanzengesellschaften bzw. deren Lebensraum lokal oder regional effektiv gefährdet (Kausalzusammenhang). Gemäss Art. 7 Abs. 2 JSG können die Kantone mit vorheriger Zustimmung des BAFU den Abschluss von geschützten Tieren vorsehen, soweit der Schutz der Lebensräume oder die Erhaltung der Artenvielfalt es verlangt. Der Bundesrat bezeichnet die unter diese Bestimmung fallenden Arten. Allerdings ist festzuhalten, dass der Bundesrat bisher keine solchen Tierarten benannt hat. Art. 7 Abs. 2 JSG ist entsprechend zurzeit noch nicht umsetzbar, ohne Bundesrecht zu verletzen. Ein Ausweg ergibt sich aus dem relativ weiten Wildschadensbegriff. Darunter fallen auch die Gefährdung der Artenvielfalt bzw. «Schäden» an Beständen anderer Wildtiere und die Beeinträchtigung der Lebensräume anderer Tierarten (vgl. dazu Art. 12 Abs. 2 und 4 JSG, Art. 4 Abs. 1 Bst. a und b JSV).²²² Aus diesem Grunde könnte das BAFU auf kantonales Gesuch

²²⁰ Dazu die vorangehenden Ausführungen in Rz. 129 ff.

²²¹ ANGST (FN 2), S. 119, Tab. 40.

²²² Näheres bei BÜTLER, Jagdrecht (FN 10), 26 ff.

hin Massnahmen (Einfangen, Abschuss) gegen den Biber nach Art. 12 Abs. 2, Abs. 2bis bzw. Abs. 4 JSG i.V. mit Art. 10 Abs. 5 und ev. Art. 4 Abs. 1 Bst. a und b JSV in Erwägung ziehen, allerdings nur als ultima ratio. Es bleibt zu erwähnen, dass sich das Konzept Biber Schweiz (2004) zu dieser Konstellation nicht äussert.

163 Eine Verfügung des BAFU betreffend Einzelmassnahmen gegen den Biber würde eine umfassende Interessenabwägung zwischen dem Interesse am Schutz des Bibers und dem Interesse am Schutz der anderen Pflanzenart (mindestens lokale oder regionale Gefährdung, allgemeiner Gefährdungsstatus der anderen Art in der Schweiz) voraussetzen. Es wäre u.a. aufzuzeigen, welche milderen Massnahmen schon erfolglos versucht wurden und warum der Lebensraum der gefährdeten Pflanzenarten auf diese Weise zu schützen ist. Bestandesregulierungen durch die Kantone würden einen gut begründeten Antrag (dazu Art. 4 Abs. 2 JSV) an das BAFU und dessen Zustimmung bedürfen. Im vorliegenden Beispiel erscheint primär eine kantonale Bewilligung für technische Eingriffe in den Bibersee (mittels Seeregulierung) angezeigt.

b) Überschwemmung eines geschützten Moors von nationaler Bedeutung

164 Hier wird davon ausgegangen, dass ein Biberteich ein *geschütztes Moor von nationaler Bedeutung* gefährdet (z.B. Hochmoor). Schon auf Verfassungsstufe sind Moore von nationaler Bedeutung praktisch absolut geschützt (Art. 78 Abs. 5 BV); eine Interessenabwägung ist grundsätzlich ausgeschlossen.²²³ Nach Art. 4 der Hochmoorverordnung (HMV) müssen Schutzobjekte *ungeschmälert erhalten* werden; in gestörten Moorbereichen (und zur Förderung der standortheimischen Pflanzen- und Tierwelt) soll die *Regeneration*, soweit es sinnvoll ist, gefördert werden. Teilweise können Biberaktivitäten für (zu trockene) Moore mit gestörtem Wasserregime positive Einflüsse haben. Zum Schutzziel gehören insbesondere die Erhaltung und Förderung der standortheimischen Pflanzen- und Tierwelt und ihrer ökologischen Grundlagen sowie die Erhaltung der geomorphologischen Eigenart. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. e HMV sorgen die Kantone insbesondere dafür, dass der Gebietswasserhaushalt erhalten und, soweit es der Moorregeneration dient, verbessert wird. Gleich lauten die Schutzziele für inventarisierte Flachmoore von nationaler Bedeutung (vgl. Art. 4 und Art. 5 Abs. 2 Bst. g FMV). Bei *Moorlandschaften von nationaler Bedeutung* gilt als allgemeines Schutzziel die Erhaltung jener natürlichen und kulturellen Eigenheiten der Moorlandschaften, die ihre besondere Schönheit und nationale Bedeutung ausmachen. (Art. 23c Abs. 1 NHG). Gemäss Art. 4 Abs. 1 Bst. b der Moorlandschaftsverordnung (MLV) sind die für Moorlandschaften charakteristischen Elemente und Strukturen zu erhalten, namentlich geomorphologische Elemente, Biotope usw. Die Gestaltung und die Nutzung der Moorlandschaften sind zulässig, soweit sie der Erhaltung der für die Moorlandschaften typischen Eigenheiten nicht widersprechen (Art. 23d Abs. 1 NHG).

²²³ WALDMANN (FN 72), S. 250 ff.

- 165 Geschützte Moore von nationaler Bedeutung sind nicht nur vor den hauptsächlich menschlichen, sondern auch vor allenfalls negativen natürlichen Einflüssen zu schützen. So haben Schutzaufträge für andere Objekte, deren Schutz ein relativer ist, vor dem Moorschutz zurückzutreten.²²⁴ Eine *Interessensabwägung ist nicht zulässig*, da diese vom Verfassungsgeber ausgeschlossen wurde (Art. 78 Abs. 5 BV, Art. 4 H MV, Art. 4 FMV).²²⁵ «Absolut geschützt – d.h. vor jeglicher Abwägung mit Nutzungs- oder Schutzinteressen verschont – bleiben allerdings nur die vom Schutzziel erfassten *charakteristischen Eigenheiten* der Moore und Moorlandschaften, also diejenigen Elemente, welche die nationale Bedeutung und die besondere Schönheit eines Objekts ausmachen.»²²⁶ Die Schutzziele sind im Einzelfall auf Grund der vom BAFU im Internet veröffentlichten Objektbeschreibungen zu eruieren.²²⁷ Ist eine Konkretisierung nötig, kommt dazu ein fakultatives Gutachten der ENHK gemäss Art. 8 NHG in Betracht.
- 166 Solange die die Schutzziele und Nutzungsordnungen der einzelnen Regelungen (hier zum Biberschutz, zum allgemeinen Biotopschutz nach Art. 18 NHG und zum Moorschutz) in die gleiche Richtung zielen, bleibt dies unproblematisch. «Schwierigkeiten treten jedoch...auf, wenn sich der Schutz des einen Biotops mit dem Schutz des andern nicht verträgt, d.h. wenn die Beachtung des einen Schutzziels dem anderen Schutzziel zuwiderläuft.» (sog. Schutzkonflikte). Grundsätzlich sind die verschiedenen Verfassungsinteressen und -aufträge gleichrangig. Art. 78 Abs. 5 BV stellt jedoch den Moorschutz «[...] über andere verfassungsrechtlich ausgewiesene Schutzinteressen.»²²⁸ Eine verfassungskonforme Auslegung der Bestimmungen des Jagdrechts sowie des Natur- und Heimatschutzrechts muss – bei Schutzkonflikten mit Mooren von nationaler Bedeutung – dem Vorrang des Schutzauftrags von Art. 78 Abs. 5 BV gerecht werden.
- 167 Zu beachten ist, dass gemäss Art. 4 H MV und Art. 4 FMV die *standortheimische Pflanzen- und Tierwelt* und ihre ökologischen Grundlagen *erhalten und gefördert* werden sollen. Zwar gehört der Biber unzweifelhaft zur standortheimischen Tierwelt. Soweit Biberaktivitäten die wesentlichen Schutzziele der inventarisierten Moore bzw. die charakteristischen Elemente und Strukturen und die moortypische Fauna und Flora gefährden, geniesst bei geschützten Mooren von nationaler Bedeutung (Hoch- und Übergangsmoore sowie Flachmoore; ebenso Moorlandschaften) der *Moorschutz Vorrang* vor dem Biberschutz. Werden die charakteristischen Eigenheiten solcher Moore gefährdet bzw. verletzt, sind Massnahmen gegen Biberbauten bzw. den Biber entsprechend gerechtfertigt; nach dem Prinzip der *Verhältnismässigkeit* (Art. 5 Abs. 2

²²⁴ So praktisch wörtlich WALDMANN (FN 72), S. 251, vgl. auch S. 90.

²²⁵ Urteil BGer 1A.185/2004 vom 25. Juli 2005, E. 3.2; BGE 124 II 19 ff, 26 f., E. 5b; WALDMANN (FN 72), 250 ff.; HERIBERT RAUSCH/ARNOLD MARTI/ALAIN GRIFFEL, Umweltrecht, Zürich/Basel/Genf 2004, N 597.

²²⁶ WALDMANN (FN 72), S. 252.

²²⁷ www.bafu.admin.ch > Biodiversität > Schutzgebiete & Biotopinventare > Moore und Moorlandschaften.

²²⁸ WALDMANN (FN 72), S. 103.

BV) sollen die Eingriffe jedoch nicht weiter gehen als notwendig. Ist es zum Moorschutz im Sinne von Art. 78 Abs. 5 BV erforderlich, kommen jedoch weitgehende Massnahmen in Betracht: primär die Absenkung eines Biberdamms oder die Entfernung von Biberbauten (mit kantonaler Bewilligung gestützt auf Art. 18 Abs. 1ter NHG), bei wiederholten Überschwemmungen bzw. Vernässungen des Moorgebiets auch das Einfangen und Umsiedeln oder in allerletzter Linie ein Abschuss (Einzel- oder Bestandesmassnahme). Wie erwähnt, sind im Einzelfall durch Biberaktivitäten auch günstige Wirkungen auf Moore möglich; dann verbieten sich Eingriffe.

168 *Hoch- und Flachmoorbiotope von regionaler und lokaler Bedeutung* geniessen dagegen keinen absoluten Schutz; die Kantone sorgen für ihren Schutz und Unterhalt (Art. 18b Abs. 1 NHG). Beeinträchtigende technische Eingriffe sind unter den Voraussetzungen von Art. 18 Abs. 1ter NHG zulässig (Eingriff gestützt auf eine umfassende Interessenabwägung nicht vermeidbar).²²⁹ Das reine Belassen von Biberbauten und -dämmen stellt m.E. jedoch keinen technischen Eingriff im Sinne von Art. 18 Abs. 1ter NHG dar (mangels aktiver Handlung). Sollten Biberaktivitäten in solchen Mooren lokal oder regional andere Arten (v.a. Pflanzen) gefährden, ist eine *umfassende Interessenabwägung* zwischen den verschiedenen Schutzinteressen vorzunehmen, um zu entscheiden, ob die Biberbauten erhalten werden sollen oder ob gegebenenfalls gewisse Eingriffe gerechtfertigt sind.²³⁰ Vorbehalten bleiben anderslautende kantonale Schutzvorgaben. *Nicht formell geschützte Riedgebiete und Moore* sind nach Art. 18 Abs. 1bis NHG gleich wie z.B. Uferbereiche immerhin besonders zu schützen; sie sind damit wie auch Biberbaue und -dämme schützenswert.

c) Gesetzgeberischer Revisionsbedarf?

169 Um Art. 7 Abs. 2 JSG anwenden zu können, müsste der Bundesrat nach der Vorgabe des Gesetzgebers in einer Verordnung schadenstiftende Tierarten (z.B. den Biber) bezeichnen; eine solche Auflistung gibt es per Anfang 2015 nicht.

170 Es wurde bereits aufgezeigt, dass Massnahmen gegen den Biber und seine Bauten parallel auch gestützt auf Art. 12 Abs. 2, 2bis JSG bzw. Abs. 4 JSG i.V. mit Art. 10 Abs. 5 JSV möglich sind. Im Falle von Art. 7 Abs. 2 JSG können die Kantone mit vorheriger Zustimmung des BAFU (ev. Einzelabschüsse oder) Bestandesregulierungen vorsehen; parallel zu Art. 12 Abs. 4 JSG. Nach Art. 12 Abs. 2bis JSG i.V. mit Art. 10 Abs. 5 JSV ist für die Anordnung von Einzelabschüssen hingegen das BAFU zuständig (gestützt auf ein kantonales Gesuch, Ziff. 3.2.5 Konzept Biber Schweiz [2004]). Diese Differenz bei den Zuständigkeiten für die Anordnung von Einzel- und Bestandesmassnahmen könnte mit einer allfälligen JSG-Revision bereinigt werden.

171 Bemerkenswert ist, dass Art. 7 Abs. 2 JSG (dies gilt aber auch für Art. 12 Abs. 2 JSG) nur den Abschuss (die Vergrämung oder den Einfang) von geschützten Tieren,

²²⁹ MAURER, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 18b, Rz. 24.

²³⁰ SIDI-ALI (FN 182), S. 113, 119 ff.

nicht aber im Einklang mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip mildere Massnahmen explizit aufführt. Dies könnte bei einer Revision ebenfalls korrigiert werden. Allerdings wäre es (schon aus praktischen Gründen) nicht sinnvoll, für mildere Massnahmen im Sinne von Art. 18 Abs. 1ter NHG die vorgängige Zustimmung des BAFU vorauszusetzen. Dies müsste dabei klargestellt werden.

- 172 Fazit: Eine Revision von Art. 7 Abs. 2 JSG erscheint nicht unbedingt notwendig, würde aber gewisse Verbesserungen ermöglichen. Diese Bestimmung ist sodann erst umsetzbar, wenn der Bundesrat die darunter fallenden Tierarten effektiv bezeichnet.

5.2 Konflikte mit menschlichen Nutzungen

a) Biberstau in Auengebiet beeinträchtigt angrenzende Landwirtschaftsfläche

- 173 Es wird angenommen, dass Biber in einem *Auengebiet von nationaler Bedeutung* bzw. einem kantonalen Naturschutzgebiet ein *Gewässer aufstauen*, wodurch angrenzende, intensiv genutzte landwirtschaftliche Flächen (ausserhalb der Schutzgebiete) vernässt bzw. überschwemmt und damit beeinträchtigt werden (im Sinne eines erheblichen Schadens). Eine ähnliche Problematik kann vorliegen, wenn Biber einen Bach stauen, in den Drainageröhren aus dem angrenzenden flachen Kulturland münden. Drainageröhren können dann durch einsickernde Sedimente verstopft werden, was zur Vernässung von Wiesen und Äckern führt. Zur Beurteilung der Frage, ob Massnahmen gegen die betreffende Biberfamilie bzw. ihre im Schutzgebiet befindlichen Bauten zulässig sind, müssen zuerst die Schutzziele der betroffenen Naturschutzgebiete nach Bundesrecht und kantonalem Recht analysiert werden.
- 174 Art. 4 der Auenverordnung (AuenV) verlangt die ungeschmälerte Erhaltung der Schutzobjekte. Zum Schutzziel gehört nach Abs. 1 Bst. a die Erhaltung und Förderung der auentypischen einheimischen Pflanzen- und Tierwelt und ihrer ökologischen Voraussetzungen. Die Schutzziele in der AuenV sind relativ streng. Im Einzelfall ist die Umschreibung der einzelnen Schutzobjekte in der gesonderten Publikation heranzuziehen.²³¹ Sofern die darin aufgeführten Schutzziele für die vorliegende Fragestellung im Einzelfall zu wenig konkret sein sollten oder ganz fehlen, ist eine fakultative Begutachtung durch die eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) in Betracht zu ziehen (Art. 8 NHG).
- 175 Ein *Abweichen vom Schutzziel* ist nur zulässig für unmittelbar standortgebundene Vorhaben, die dem Schutz des Menschen vor schädlichen Auswirkungen des Wassers oder einem anderen überwiegenden öffentlichen Interesse von ebenfalls nationaler Bedeutung dienen. Ihr Verursacher ist zu bestmöglichen Schutz-, Wiederherstellungs- oder ansonst angemessenen Ersatzmassnahmen zu verpflichten. (Art. 4

²³¹ www.bafu.admin.ch > Biodiversität > Schutzgebiete & Biotopinventare > Auen > Objektbeschreibungen.

Abs. 2 AuenV). Immerhin betont Art. 5 Abs. 1 AuenV, dass der Erhaltung und Förderung einer angepassten, nachhaltigen land- und forstwirtschaftlichen Nutzung (gemeint innerhalb des Auengebiets) eine besondere Bedeutung zukommt. Nach Art. 5 Abs. 2 AuenV sorgen die Kantone u.a. dafür, dass Auenbereiche mit einem vollständig oder weitgehend intakten Gewässer- und Geschiebehaushalt vollumfänglich geschützt werden (Bst. b); bestehende und neue Nutzungen, namentlich die Land- und Forstwirtschaft, die Wasserkraft- und Grundwassernutzung, die Kiesgewinnung, die Schifffahrt und die Erholungsnutzung einschliesslich der Fischerei, mit dem Schutzziel in Einklang stehen (Bst. c); seltene und gefährdete Pflanzen und Tiere sowie ihre Lebensgemeinschaften gezielt gefördert werden (Bst. d).

- 176 Das Konzept Biber Schweiz (2004) sieht nach Ziff. 3.2.5 – gestützt auf Art. 12 Abs. 2 bzw. 2bis JSG i.V. mit Art. 10 Abs. 5 JSV – Eingriffe gegen einzelne Biber vor, wenn sie an landwirtschaftlichen Kulturen erheblichen Schaden anrichten (innerhalb von zwei Monaten mehrere Schadenfälle und Schadenssumme > Fr. 10'000.-). Als qualitative Entscheidungskriterien werden die Wiederholungsgefährdung und die strategische Bedeutung der betreffenden Teilpopulation für den grossräumigen Biberschutz genannt. Die vorliegende Konstellation, dass sich die schadenstiftenden Biber bzw. ihre Bauten in einem Naturschutzgebiet bzw. Auengebiet von nationaler Bedeutung befinden, wird hingegen nicht behandelt. Es gilt, eine gesetzeskonforme Lösung zu finden.
- 177 Der *landwirtschaftlichen Nutzung* kommt sogar *im Auengebiet* eine gewisse Bedeutung zu, solange sie mit den Schutzzielen im Einklang steht (und hier geht es ja um eine Beeinträchtigung landwirtschaftlicher Flächen *ausserhalb des Schutzgebiets*), was im vorliegenden Beispiel nicht der Fall sein dürfte. Es kommt zum Auenchutz hinzu, dass der Biber eine geschützte Tierart ist, welche sich in der Schweiz erst wieder verbreitet und die schadenauslösenden Biberexemplare in casu in einem Schutzgebiet von nationaler Bedeutung leben. Der Lebensraum des Bibers gilt sogar ausserhalb von Schutzgebieten als schützenswert (Art. 18 Abs. 1bis NHG, Art. 14 Abs. 3 Bst. b und d NHV).
- 178 Erstens ist abzuklären, ob rechtskonforme Massnahmen im Sinne des Landwirtschaftsrechts auf Seiten des Bewirtschafters denkbar sind, wodurch Eingriffe gegen den Biber oder seine Bauten im Auenschutzgebiet vermieden werden können.²³² So insbesondere die Ausscheidung der vernässten Wiese als *Biodiversitätsförderfläche*, wofür der Bewirtschafter, falls er den ökologischen Leistungsnachweis erbringt, in der Regel auf Gesuch hin Biodiversitätsbeiträge erhält (vgl. Art. 55 Abs. 1 Bst. a, c oder g i.V. mit Art. 2 Bst. c, Art. 11 ff., Art. 98 Abs. 1 DZV; Ausnahme gemäss Art. 55 Abs. 5 DZV). Dieser Schritt entspräche zudem der Vorgabe von Art. 18c Abs. 1 NHG, wonach der Schutz von Biotopen u.a. durch angepasste landwirtschaftliche Nutzung erreicht wird. Durch diese Lösung wird m.E. eine materiell koordinierte An-

²³² Vgl. dazu BGE 125 II 29 ff., 38, E. 3d.; Zusammenfassung des Entscheids in Rz. 61 ff.

wendung des Bundesrechts sichergestellt. Sollte die Ausscheidung als Biodiversitätsförderfläche nicht möglich sein, erscheint es für den Bewirtschafter zumutbar, die vernässte Wiese im Sinne einer jagdrechtlichen Präventionsmassnahme (nach einem Erstschaden) nur noch *extensiv zu nutzen*, umso mehr als er für den Schaden an seinen landschaftlichen Kulturen eine Entschädigung erwarten kann (Art. 13 JSG i.V. mit Art. 10 JSV, Ziff. 3.2.4 Konzept Biber Schweiz [2004]).

179 Sollten landwirtschaftskonforme Lösungen nicht möglich sein, wäre in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob *Eingriffe in die Biberbaue bzw. -dämme* zulässig sind. Ein technischer Eingriff in den Bibersee bzw. -damm (Regulierung) wäre im Vergleich zu direkten Massnahmen gegen den Biber die mildere und Massnahme und nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip vorzuziehen. Dafür ist – bei einem aus ökologischer Sicht schädlichen Eingriff («Beeinträchtigung») – eine kantonale *Bewilligung* erforderlich (selbständiges Feststellungsverfahren nach Art. 18 Abs. 1ter NHG i.V. mit Art. 14 Abs. 5 NHV und Art. 4 AuenV). Für Auengebiete von nationaler Bedeutung gilt das Schutzkonzept Interessenabwägung (Art. 18 Abs. 1ter NHG i.V.m Art. 4 AuenV). Eine Interessenabwägung ist «[...] durchzuführen, sobald die Schutzziele betroffen sind, ein Eingriff also schutzzielrelevant ist.»²³³ Im Vergleich zur Grundnorm von Art. 18 Abs. 1ter NHG erfolgt «[...] in den Normtexten der Allgemeinen Biotopschutzinventar-Verordnungen eine zulässige Einengung der zu berücksichtigenden Interessen.» Eingriffe in Biotope von nationaler Bedeutung sind «[...] nur dann zu erwägen, wenn es um Eingriffsinteressen von ebenfalls nationaler Bedeutung geht.»²³⁴

180 Es ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die intensive Bewirtschaftung der Ackerflächen bzw. die dafür nötige Entwässerung der vernässten Wiese (z.B. eine intensiv bewirtschaftete Ackerfläche) durch Eingriffe in den Biberdamm mit den allgemeinen *Schutzzielen* der Auenverordnung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 AuenV vereinbar sind (vorbehalten bleiben die spezifischen Schutzziele im Einzelfall). Dies ist m.E. zu verneinen, weil durch die Regulierung des Biberdamms die einheimische, standorttypische Tierwelt (wozu der Biber zu zählen ist) und ihre ökologischen Voraussetzungen beeinträchtigt werden. Die diskutierten Eingriffe in den Lebensraum der schadenstiftenden Biber bzw. ihre Bauten dürften somit gestützt auf Art. 4 Abs. 1 Bst. a und b AuenV schutzzielrelevant sein, d.h. die gesetzlichen Schutzziele des Auengebiets beeinträchtigen. Damit ist zweitens abzuklären, ob ein *Abweichen vom Schutzziel* (nach Art. 4 Abs. 2 AuenV) zulässig ist; diese Interessenabwägung ist vorstrukturiert bzw. eingeschränkt. Die private landwirtschaftliche Tätigkeit erscheint weder unmittelbar standortgebunden (sie könnte etwas weiter weg vom Auengebiet stattfinden bzw. vor Ort ist immerhin eine extensive Nutzung ev. möglich) noch dient sie dem Schutz des Menschen vor schädlichen Auswirkungen des Wassers oder einem anderen überwiegenden Interesse von ebenfalls nationaler Bedeutung. Die in-

²³³ DAJCAR (FN 121), S. 125, 128 (Zitat) mit Verweisen.

²³⁴ DAJCAR (FN 121), S. 134 f., RAUSCH/MARTI/GRIFFEL (FN 225), N 593 f.

tensive Bewirtschaftung von landwirtschaftlichem Kulturland kann – mindestens in der Nähe eines Auengebiets von nationaler Bedeutung – nicht durch ein überwiegendes öffentliches Interesse von nationaler Bedeutung gerechtfertigt werden.

181 Daran ändert der Umstand nichts, dass der Erhaltung und Förderung angepassten, nachhaltigen land- und forstwirtschaftlichen Nutzung eine spezielle Bedeutung zukommt (Art. 5 Abs. 1 AuenV). Die Kantone sorgen nämlich insbesondere dafür, dass Auenbereiche mit einem vollständig oder weitgehend intakten Gewässerhaushalt vollumfänglich geschützt werden und dass u.a. bestehende landwirtschaftliche Nutzungen mit dem Schutzziel in Einklang stehen. Gerade dies ist jedoch in casu nicht gegeben, wenn dafür Eingriffe in den hier geschützten Lebensraum des Bibers erforderlich wären. Die Kantone haben nach Anhören der Grundeigentümer und Bewirtschafter die zur Erhaltung der Objekte geeigneten Schutz- und Unterhaltmassnahmen zu treffen (Art. 5 AuenV).²³⁵ Dadurch kann ein unzulässiger Eingriff entgegen der Schutzziele des Auengebiets vermieden werden (z.B. durch extensive Nutzung der vernässten Wiese).

182 Es bleibt der Vollständigkeit halber zu prüfen, ob *Einzelmassnahmen oder Bestandesregulierungen gegen den / die schadenstiftenden Biber (bzw. gegen die Familie)* nach Art. 12 Abs. 2 JSG i.V. mit Abs. 2bis JSG und Art. 10 Abs. 5 JSV bzw. Art. 12 Abs. 4 JSG i.V. mit Art. 4 JSV zulässig bzw. geboten sind. Direkte Einzelmassnahmen gegen betroffene Biber (eines Revieres), d.h. das Einfangen oder Abschüsse, müssten durch das BAFU (auf Gesuch des betroffenen Kantons) verfügt werden; eine Bestandesregulierung durch den betroffenen Kanton bedarf der vorgängigen Zustimmung des BAFU. Angenommen, die jagdrechtlichen Voraussetzungen (erheblicher bzw. grosser Schaden, Kausalzusammenhang, Präventionsmassnahmen etc.) wären hier erfüllt, sind zur Beurteilung des Gesuchs allerdings gewichtige andere, qualitative Kriterien zu prüfen und miteinzubeziehen. Hier insbesondere die bereits erwähnten Schutzziele des inventarisierten Auengebiets sowie des kantonalen Naturschutzgebiets; ferner die strategische Bedeutung der Teilpopulation für den grossräumigen Biberschutz etc. Ein Abweichen von den Schutzzielen ist vorliegend aus den bereits genannten Gründen nicht rechtmässig, weil an der intensiven privaten landwirtschaftlichen Nutzung der vernässten Wiese kein überwiegendes Interesse von ebenfalls nationaler Bedeutung besteht. Ein Abschuss oder das Einfangen der Biber steht mit den Schutzzielen von Art. 4 Abs. 1 AuenV nicht im Einklang. Abgesehen davon wären hier – wenn schon – Eingriffe in den Biberdamm als mildere Massnahme(n) vorzuziehen.

183 Der Bewirtschafter muss die Beeinträchtigung seiner Wiesen angesichts der Nähe zum Schutzgebiet vorerst hinnehmen und Lösungen in seiner Sphäre suchen. Immerhin kann er gestützt auf Art. 13 JSG, Art. 10 Abs. 1 Bst. b JSV und das Konzept Biber Schweiz (2004), Ziff. 3.2.4, beim betroffenen Kanton eine *finanzielle Entschä-*

²³⁵ Beachte BUWAL, Vollzugshilfe zur Auenverordnung, Bern 1995, S. 1 ff.

digung beantragen, zumal ein erheblicher Schaden an landwirtschaftlichen Kulturen vorliegt. Wie erwähnt, erscheint die Festlegung des vernässten Landes als Biodiversitätsförderfläche als naheliegend. Zu prüfen sind allenfalls auch bauliche Massnahmen (z.B. Errichtung eines Erdwalls oder einer Mauer) auf dem Landwirtschaftsland selber (sofern es sich ausserhalb des Auengebiets befindet), um eine weitere Vernässung / Überschwemmung zu verhindern. Aufwendungen für Verhütungsmassnahmen könnten bei der Entschädigung von Wildschäden berücksichtigt werden (Art. 13 Abs. 2 JSG); das Konzept Biber Schweiz (2004) schliesst dies jedoch aus (Ziff. 3.2.3).

184 Um künftige Schäden zu vermeiden, wird der betroffene Kanton nach Anhören des Grundeigentümers und Bewirtschafters die geeigneten Schutz- und Unterhaltsmassnahmen treffen bzw. entsprechende Vereinbarungen abschliessen. Auch die Möglichkeit eines *Landabtauschs* ist zu prüfen (z.B. im Rahmen einer landwirtschaftlichen Melioration). Schliesslich bestünde seitens der kantonalen Behörden subsidiär die Möglichkeit einer *Enteignung* gegen volle Entschädigung (Art. 18a Abs. 2 NHG i.V. mit Art. 18c Abs. 4 NHG i.V. mit Art. 1 Abs. 1 Bundesgesetz über die Enteignung).²³⁶

185 *Fazit:* Es existieren m.E. gesetzeskonforme landwirtschaftliche Lösungsmöglichkeiten (Ausscheidung der vernässten Wiese als Biodiversitätsförderfläche), welche es erlauben, die Schutzziele des Auengebiets zu beachten und die mit dem Jagd- und Landwirtschaftsrecht in Einklang stehen. Dadurch kann eine materiell koordinierte Anwendung des Bundesrechts sichergestellt werden. Eingriffe in den Biberdamm bzw. Einzelabschüsse oder gar Bestandesregulierungen sind mit den Schutzzielen der Auenverordnung nicht vereinbar und nicht bewilligungsfähig. Dem Bewirtschafter ist im Sinne einer jagdrechtlichen Präventionsmassnahme zuzumuten, die vernässte Wiese nur noch extensiv zu nutzen oder ev. mit eigenen baulichen Massnahmen zu schützen. Er kann für den Schaden an seinen landwirtschaftlichen Kulturen eine Entschädigung nach Art. 13 JSG beantragen.

b) Zulässigkeit der Holznutzung in Schutzgebiet mit Biberpräsenz?

186 Es wird angenommen, dass sich ein bzw. mehrere *Biberrevier(e) in einem mehrfach geschützten Gebiet* befinden, so in einem Auengebiet von nationaler Bedeutung, Amphibienlaichgebiet von nationaler Bedeutung, Smaragdgebiet,²³⁷ kantonalen Naturschutzgebiet. Der Eigentümer des Gebiets möchte den dortigen *Holzbestand forstwirtschaftlich nutzen* (Holzschnitzel und Holz), unter anderem auch das durch den Biber verursachte Totholz.

187 Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Eigentümer des mehrfach geschützten Gebiets die Präsenz des geschützten Bibers akzeptieren müssen; ebenso, dass der

²³⁶ Bundesgesetz über die Enteignung (EntG) vom 20. Juni 1930 (SR 711).

²³⁷ Da die Schweiz bisher noch keine offiziellen Smaragd-Gebiete ausgeschieden hat, wird auf eine nähere Analyse verzichtet. Siehe www.bafu.admin.ch > Schutzgebiete & Inventare > Smaragd-Gebiete.

Biber gesunde Bäume unter Wasser setzt oder fällt. Die ergibt sich aus der Gleichrangigkeit der Verfassungsnormen. Die *Zulässigkeit eigentumsbeschränkender, beispielsweise raumplanerischer und umweltschützender Massnahmen* basieren auf einer Interessenabwägung mit der Eigentumsgarantie.²³⁸ Hinzu kommt vorliegend, dass die betroffene Waldfläche mehrfach geschützt ist.

- 188 Die beschriebene *Holznutzung* im schutzwürdigen und gleichzeitig geschützten Biotop (von nationaler Bedeutung) ist in jedem Falle *bewilligungspflichtig* bzw. auf eine behördliche Zustimmung angewiesen. Einerseits ist für die Holznutzung eine sog. *Schlagbewilligung* erforderlich: Wer im Wald Bäume fällen will, braucht eine Bewilligung des Forstdienstes. Die Kantone können Ausnahmen vorsehen (Art. 21 WaG). Andererseits ist jeweils kritisch zu prüfen, ob die Nutzung des Totholzes sowie von stehenden, lebenden Bäumen einen (zusätzlich bewilligungspflichtigen) technischen Eingriff im Sinne von Art. 18 Abs. 1ter NHG darstellt, welcher auch der Publikationspflicht unterliegt.²³⁹
- 189 Die *kantonale Schlagbewilligung* zur Holznutzung hat sich an einer nachhaltigen Waldbewirtschaftung im Sinne von Art. 20 WaG auszurichten. Nach dessen Abs. 2 erlassen die Kantone Planungs- und Bewirtschaftungsvorschriften (welche der Genehmigung des Bundes unterliegen, Art. 52 WaG); sie tragen dabei den Erfordernissen der Holzversorgung, des naturnahen Waldbaus und des Natur- und Heimatschutzes Rechnung. Die Ziele und Vorgaben von Art. 18 ff. NHG zum Biotopschutz (oder anderer Gesetze wie z.B. das GSchG) sind entsprechend vor Erteilung einer Schlagbewilligung abzuklären; deren Einhaltung ist beim Entscheid zu gewährleisten.²⁴⁰
- 190 Das für die Bewilligung geeignete Instrument und das nötige Verfahren richten sich nach den speziellen Umständen des Einzelfalls. Entweder ist eine *Schlagbewilligung* nach Art. 21 WaG erforderlich, mit welcher gleichzeitig auch über die Bewilligung eines technischen Eingriffs im Sinne von Art. 18 Abs. 1ter NHG (in Verbindung mit den Vorgaben der anwendbaren Inventarverordnungen) entschieden werden kann, zumal es dafür keines selbständigen Bewilligungsverfahrens bedarf. Oder der betroffene Kanton hat gestützt auf Art. 18c NHG sowie auf Spezialbestimmungen in Inventarverordnungen *Vereinbarungen* mit den Grundeigentümern und Bewirtschaftern abgeschlossen oder geeignete Verfügungen erlassen oder wird dies noch tun.²⁴¹ Zudem sind auch Förderprojekte (z.B. für die Jungwaldpflege) zu erwähnen, welche keiner Schlagbewilligung bedürfen. Schliesslich gilt es auf das *Kahlschlagverbot* hinzuweisen (Art. 22 WaG); Ausnahmen davon (gemäss Abs. 2) fallen in Schutzgebieten ausser Betracht.

²³⁸ BGE 105 Ia 330 ff., 336, E. 3c; PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Aufl., Bern 2008, S. 15 ff., 25.

²³⁹ Zu technischen Eingriffen im Sinne von Art. 18 Abs. 1ter NHG siehe Rz. 127 ff.

²⁴⁰ Auskunft von Bruno Rösli (BAFU) im Februar 2015.

²⁴¹ Zu den Vereinbarungen MAURER, Kommentar NHG, Zürich 1997, Art. 18c, Rz. 8 ff.

- 191 Soweit die Holznutzung Biberbaue und -dämme oder Nester von anderen geschützten Tieren (z.B. Spechte, Eichhörnchen) oder Pflanzen für den Förster erkennbar und konkret zerstört, beeinträchtigt oder deren Habitate gefährden würde, ist m.E. ein bewilligungspflichtiger Tatbestand im Sinne von Art. 18 Abs. 1ter NHG gegeben.²⁴² In den übrigen Fällen liegt bei der Holznutzung nach den Grundsätzen der nachhaltigen Waldbewirtschaftung kein technischer Eingriff vor, wobei die Frage der Beeinträchtigung mindestens für Schutzgebiete von nationaler Bedeutung oder für kantonale Schutzgebiete näher zu analysieren wäre.²⁴³ Zu beachten ist bei der Ausführung von Holzfällerarbeiten, dass Biberbaue und -dämme nicht zerstört werden.
- 192 Es ist naheliegend und verfahrenseffizient, wenn der involvierte Förster mit der Schlagbewilligung gleichzeitig auch über die allfällig nötige Bewilligung eines technischen Eingriffs im Sinne von Art. 18 Abs. 1ter NHG (in Verbindung mit den Vorgaben der anwendbaren Inventarverordnungen) entscheidet. In diesem Zusammenhang stellen sich jedoch schwierige praktische und rechtliche Fragen: Verfügt der involvierte Förster für die Bewilligung solcher Eingriffe in schützenswerte oder geschützte Biotop in heiklen Fällen über genügendes Fachwissen? Bestehen Interessenskollisionen? Wie wird die (vorgängige) Publikation technischer Eingriffe nach Art. 12b NHG sichergestellt, wenn der Förster den Entscheid fällt? Vor allem mit Bezug auf die Holznutzung in Schutzgebieten – wie im vorliegenden Beispiel – erscheint der Beizug der kantonalen Fachstelle für Naturschutz empfehlenswert. Eine bundesrechtliche Pflicht dazu existiert aber nicht, da die Kantone das Verfahren regeln können (Art. 18a Abs. 2 NHG, Art. 14 Abs. 5 und 6 NHV). Allerdings darf das materielle Bundesrecht durch eine ungenügende kantonale (Verfahrens-) Regelung nicht vereitelt werden (vgl. auch Art. 49 Abs. 1 BV).²⁴⁴
- 193 Zu den Schutzziele, Schutz- und Unterhaltmassnahmen der AuenV kann auf die vorangehenden Ausführungen zu Art. 4 und 5 AuenV verwiesen werden.²⁴⁵ Solange die Kantone keine Schutz- und Unterhaltmassnahmen getroffen haben, sorgen sie mit geeigneten *Sofortmassnahmen* dafür, dass sich der Zustand der Objekte nicht verschlechtert (Art. 7 AuenV). Die Kantone sorgen dafür, dass bestehende Beeinträchtigungen, insbesondere der natürlichen Dynamik des Gewässer- und Geschiebehaushalts von Objekten, bei jeder sich bietenden Gelegenheit soweit als möglich beseitigt werden (Art. 8 AuenV).
- 194 Die *forstwirtschaftliche Nutzung* von Grün- und Totholz in Auengebieten ist *nicht grundsätzlich verboten*; bestehende und neue forstwirtschaftliche Nutzungen müssen jedoch mit dem Schutzziel in Einklang stehen (Art. 5 Abs. 2 Bst. c AuenV). Gemäss Art. 18c Abs. 1 NHG ist der Schutz von Biotopen u.a. durch angepasste forstwirtschaft-

²⁴² Eine Gerichtspraxis gibt es dazu – soweit ersichtlich – bisher nicht.

²⁴³ Bei SIDI-ALI (FN 182), S. 111 ff. wird die vorliegende konkrete Konstellation nicht behandelt.

²⁴⁴ Vgl. auch die Ausführungen in Rz. 143 ff.

²⁴⁵ Siehe Rz. 42, 174 f.

schaftliche Nutzung zu erreichen. Als erstes stellt sich die Frage, ob die Grün- und Totholznutzung einen *schutzzielrelevanten Eingriff* in die autotypische einheimische Pflanzen- und Tierwelt bzw. in die natürliche Dynamik des Gewässer- und Geschiebehaushalts darstellt.²⁴⁶ Zur Konkretisierung der Schutzziele könnte im Einzelfall ein fakultatives Gutachten der ENHK dienen (Art. 8 NHG). Diejenigen Totholzbestände, welche die Biber für den Burgen- oder Dammbau verwendet haben oder welche vom Biber unter Wasser gesetzt wurden oder die aus anderen Gründen unter Wasser stehen, könnten nicht ohne Verletzung der Schutzziele entfernt werden (Biberbaue und -teiche sind für den Biber lebensnotwendig; der Gewässerbereich muss in der Aue intakt gelassen werden). Ob dies auch für das übrige, vom Biber gefällte Totholz im Auengebiet gilt, ist im Einzelfall – mit der kantonalen Fachstelle – abzuklären. Bei der Beurteilung, ob stehende, gesunde Bäume holzwirtschaftlich genutzt werden dürfen, sind die Biberlebensräume in die Entscheidung miteinzubeziehen. Es ist zudem auch den übrigen Schutzziele, d.h. den Interessen am Schutz anderer Pflanzen- und Tierarten und des Lebensraums Aue an sich Rechnung zu tragen. Das Risiko, dass die Holzfällarbeiten vorhandene Tierhabitate stören bzw. beeinträchtigen, ist zu berücksichtigen. Es ist klar, dass der (kommerziellen) Nutzung des Grün- und Totholzes in einem Auengebiet von nationaler Bedeutung kein überwiegendes öffentliches Interesse von nationaler Bedeutung zugebilligt werden kann, welches ein Abweichen vom Schutzziel zu rechtfertigen vermag (vgl. Art. 4 Abs. 2 AuenV).

195 Soweit die bestehende oder geplante Holznutzung mit den Schutzziele im Einklang steht (und dadurch keine Biberbauten zerstört werden), ist gestützt auf eine Interessenabwägung (Art. 18 Abs. 1ter und Art. 18c Abs. 1 NHG i.V. mit Art. 21 WaG) auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 2 Bst. c AuenV zu entscheiden, welches und wie viel Holz nutzbar ist. Da der Eigentümer des Gebiets in seinen Nutzungsrechten eingeschränkt wird, ist das *Verhältnismässigkeitsprinzip* zu beachten (Art. 5 Abs. 2 BV). Die Anordnungen müssen geeignet und erforderlich, sowie Eingriffszweck und Eingriffswirkung verhältnismässig sein. Der Kanton sollte die zulässige Nutzungsfläche (z.B. unter Ausschluss der bekannten Biberreviere) sowie die maximal erlaubte Holznutzungsmenge definieren und ev. auch die nutzbaren Holzbestände vor Ort bezeichnen. Periodische oder Stichproben-Kontrollen der zuständigen kantonalen Behörde wären empfehlenswert, um eine rechtmässige Nutzung sicherzustellen und um allenfalls nötige Anpassungen rechtzeitig in die Wege zu leiten.

196 Da in casu von einem mehrfach geschützten Gebiet die Rede ist, müssen weitere Rechtsgrundlagen beigezogen werden: Nach Art. 6 der Amphibienlaichgebiete-Verordnung (AlgV) sind in *Amphibienlaichgebieten* von nationaler Bedeutung die ortsfesten Objekte in ihrer Qualität und Eignung als Amphibienlaichgebiete sowie als Stützpunkte für das langfristige Überleben und die Wiederansiedlung gefährdeter Amphibienarten ungeschmälert zu erhalten. Art. 7 AlgV regelt die Abweichungen

²⁴⁶ Vgl. dazu DAJCAR (FN 121), S. 126 ff.

vom Schutzziel, welche nur zulässig sind für standortgebundene Vorhaben, die einem überwiegenden öffentlichen Interesse von ebenfalls nationaler Bedeutung dienen. Verursacher sind zu bestmöglichen Schutz-, Wiederherstellungs- oder ansonst angemessenen Ersatzmassnahmen zu verpflichten (Abs. 1). In Abs. 2 werden weitere Gründe für ein Abweichen abschliessend aufgezählt. Weder land- noch forstwirtschaftliche Nutzung wird darin erwähnt. Aus diesem Grund ist es – innerhalb von inventarisierten Amphibienlaichgebieten von nationaler Bedeutung – rechtlich nicht zulässig, Totholz zu nutzen, sofern dadurch die Schutzziele beeinträchtigt werden (was im Einzelfall zu eruieren ist). Andernfalls würde die AlgV allein einer Nutzung nicht im Weg stehen.

- 197 *Fazit:* Die Holznutzung im mehrfach geschützten Perimeter bzw. in einem Auengebiet von nationaler Bedeutung (insbesondere mit Biberpräsenz) ist bewilligungspflichtig (Schlagbewilligung und ev. Bewilligung für technischen Eingriff in ein Biotop) und unzulässig, soweit sie mit den jeweiligen Zielen der Schutzgebiete nicht im Einklang steht. Das vom Biber zum Burgen- und Dammbau verwendete Holz darf keinesfalls genutzt werden. Die Nutzung stehender lebender Bäume und von Totholz ist zulässig, falls dies mit den Schutzzielen vereinbar ist und dadurch keine bestehenden Biberbauten oder Nester anderer geschützter Tiere beeinträchtigt oder zerstört werden.

c) Biberseen in Trinkwasserschutzgebieten

- 198 Zwei Beispiele aus der Praxis: In der Gemeinde Aarau (AG) haben Biber im Perimeter eines *Grundwasserschutzgebiets* in der Kernzone einen *Biberteich* errichtet. Aus Sicht der Verantwortlichen darf sich jedoch kein stehendes Wasser inmitten eines Trinkwasserschutzgebiets befinden, da dies zu einer *Verunreinigung des Trinkwassers* mit biologischen Keimen führen kann. Der Kanton hat bereits Massnahmen zur Verringerung der Wasserfläche ausserhalb der Schutzzone unternommen (Einbau eines Rohrs in den Damm, um den Wasserspiegel zu senken). Nun sind die Biber jedoch in die Schutzzone 1 vorgedrungen. Der Kanton plant erneut Massnahmen zur Regulierung des Wasserniveaus, um ein Nebeneinander von Biber und Trinkwasserschutz zu ermöglichen. In einem zweiten Fall in Marthalen (ZH) ist der Keimanteil im Trinkwasser nach der Errichtung eines Bibersees von 4 ha leicht angestiegen, was noch akzeptabel ist. Der Kanton hat signalisiert, dass Massnahmen getroffen werden müssen, sollte sich die Keimzahl weiter erhöhen. Ein spezielles Problem besteht darin, dass Bäche, welche durch Biberteiche in die Grundwasserschutzzone umgeleitet werden, teilweise mit Mikroverunreinigungen belastet sind. Dieses umgeleitete Wasser müsste direkt durch den Bach abgeführt werden und darf nicht versickern.

- 199 Nach der *Grundsatzregelung* in Art. 6 GSchG ist es untersagt, Stoffe, die Wasser verunreinigen können, mittelbar oder unmittelbar in ein Gewässer einzubringen oder sie versickern zu lassen; ebenso, solche Stoffe ausserhalb eines Gewässers abzulagern oder auszubringen, sofern dadurch die konkrete Gefahr einer Verunreinigung des Wassers entsteht. Art. 19 ff. GSchG regeln den *planerischen Schutz der Gewäs-*

ser. Die Kantone teilen ihr Gebiet nach der Gefährdung der ober- und der unterirdischen Gewässer in *Gewässerschutzbereiche* ein (Abs. 1). Die Details hat der Bundesrat in der GSchV (Art. 29 ff.) festgelegt. In besonders gefährdeten Bereichen bedürfen die Erstellung und die Änderung von Bauten und Anlagen sowie Grabungen, Erdbewegungen und ähnliche Arbeiten einer *kantonalen Bewilligung*, wenn sie die Gewässer gefährden können (Art. 19 Abs. 2 GSchG). Gemäss Art. 20 Abs. 1 GSchG scheiden die Kantone *Grundwasserschutzzonen* für die im öffentlichen Interesse liegenden Grundwasserfassungen und -anreicherungsanlagen aus; sie legen die notwendigen Eigentumsbeschränkungen fest. Und Art. 21 GSchG verpflichtet die Kantone *Grundwasserschutzareale* auszuscheiden, welche für die künftige Nutzung und Anreicherung von Grundwasservorkommen von Bedeutung sind. In diesen Arealen dürfen keine Bauten und Anlagen erstellt oder Arbeiten ausgeführt werden, die künftige Nutzungs- und Anreicherungsanlagen beeinträchtigen können (Abs. 1). Die Kantone berücksichtigen bei der Erstellung der Richt- und Nutzungsplanung u.a. die Planungen zum Grundwasserschutz (Art. 46 Abs. 1bis GSchV). *Interessenkonflikte* (z.B. Revitalisierung von Fliessgewässern, Biotope) müssen dabei in einer möglichst frühen Phase gelöst werden.²⁴⁷

200 Gemäss Art. 29 Abs. 1 GSchV bezeichnen die Kantone bei der Einteilung ihres Gebiets in Gewässerschutzbereiche die besonders gefährdeten und die übrigen Bereiche (Gewässerschutzbereich A_u , A_o , Zuströmbereich Z_u und Z_o). Wer gemäss Art. 31 GSchV in den *besonders gefährdeten Bereichen* sowie in Grundwasserschutzzonen und -arealen Anlagen erstellt oder ändert oder wer dort andere Tätigkeiten, die eine Gefahr für die Gewässer darstellen, ausübt, muss die nach den Umständen gebotenen *Massnahmen zum Schutz der Gewässer* treffen; insbesondere muss er a. die Massnahmen nach Anhang 4 Ziff. 2 treffen und b. die erforderlichen Überwachungs-, Alarm- und Bereitschaftsdispositive erstellen (Abs. 1). Die Behörde sorgt gemäss Abs. 2 dafür, dass a. bei bestehenden Anlagen in den Gebieten nach Abs. 1, bei denen die konkrete Gefahr einer Gewässerverunreinigung besteht, die nach den Umständen gebotenen Massnahmen zum Schutz der Gewässer, insbesondere diejenigen nach Anhang 4 Ziff. 2 getroffen werden. Weiter sorgt die Behörde dafür, dass b. bestehende Anlagen in den Grundwasserschutzzonen S1 und S2, die eine Grundwasserfassung und -anreicherungsanlage gefährden, innert angemessener Frist beseitigt werden und bis zur Beseitigung der Anlagen andere Massnahmen zum Schutz des Trinkwassers, insbesondere Entkeimung oder Filtration, getroffen werden.

201 In den besonders gefährdeten Bereichen ist eine *Bewilligung* gemäss Art. 19 Abs. 2 GSchG i.V. mit Art. 32 GSchV insbesondere erforderlich für: a. Untertagebauten, b. Anlagen, die Deckschichten oder Grundwasserstauer verletzen, c. Grundwassernutzungen; d. dauernde Entwässerungen oder Bewässerungen; e. Freilegungen des

²⁴⁷ BUNDESAMT FÜR UMWELT, WALD UND LANDSCHAFT (BUWAL), Wegleitung Grundwasserschutz, Vollzug Umwelt, Bern 2004, S. 32.

Grundwasserspiegels; f. Bohrungen usw. (Art. 32 Abs. 2 Bst. a-f GSchV). Ist eine Bewilligung erforderlich, müssen die Gesuchsteller nachweisen, dass die Anforderungen zum Schutz der Gewässer erfüllt sind, und die dafür notwendigen Unterlagen (gegebenenfalls hydrogeologische Abklärungen) beibringen (Art. 32 Abs. 3 GSchV). Die Behörde erteilt eine Bewilligung, wenn mit Auflagen und Bedingungen ein ausreichender Schutz der Gewässer gewährleistet werden kann; sie legt dabei auch die Anforderungen an die Stilllegung der Anlagen fest (Art. 32 Abs. 4 GSchV).

202 Anhang 4 zur GSchV umfasst Vorgaben zu den Grundwasserschutzbereichen: *Grundwasserschutzzonen* bestehen nach Ziff. 121 aus dem *Fassungsbereich* (Zone S1), der engeren Schutzzone (Zone S2) und der weiteren Schutzzone (Zone S3). «Innerhalb der jeweiligen Zonen gelten unterschiedliche Nutzungseinschränkungen oder -verbote.»²⁴⁸ Gemäss Ziff. 122 soll die Zone S1 verhindern, dass Grundwasserfassungen und -anreicherungsanlagen sowie deren unmittelbare Umgebung beschädigt oder verschmutzt werden. Die *engere Schutzzone S2* soll nach Ziff. 123 verhindern, dass a. Keime und Viren in die Grundwasserfassung oder -anreicherungsanlage gelangen b. das Grundwasser durch Grabungen und unterirdische Arbeiten verunreinigt wird; und c. der Grundwasserzufluss durch unterirdische Anlagen behindert wird.

203 Ziff. 22 von Anhang 4 zur GSchV zählt für die Grundwasserschutzzonen S1-S3 detailliert auf, welche *Handlungen bzw. Zustände* dort jeweils *nicht zulässig* sind. In der engeren Schutzzone S2 sind gemäss Ziff. 222 Abs. 1 nicht zulässig a. das Erstellen von Anlagen; die Behörde kann aus wichtigen Gründen Ausnahmen gestatten, wenn eine Gefährdung der Trinkwassernutzung ausgeschlossen werden kann; b. Grabungen, welche die schützende Deckschicht nachteilig verändern; c. die Versickerung von Abwasser; d. andere Tätigkeiten, die das Trinkwasser quantitativ und qualitativ beeinträchtigen können. Im Fassungsbereich (Zone S1) sind nach Ziff. 223 nur bauliche Eingriffe und Tätigkeiten zulässig, welche der Trinkwasserversorgung dienen; ausgenommen ist das Liegenlassen von Mähgut. Im Bereich der Grundwasserschutzareale gelten gemäss Ziff. 23 Abs. 1 für bauliche Eingriffe und andere Tätigkeiten die Anforderungen nach Ziff. 222 Abs. 1 von Anhang 4.

204 Die gesetzlichen Vorgaben sind auf *menschliche Tätigkeiten* zugeschnitten;²⁴⁹ nicht auf Aktivitäten von Tieren wie dem Biber. Es ergibt sich aus dem GSchG und der GSchV sowie den Gesetzesmaterialien und der BAFU-Wegleitung zum Grundwasserschutz jedoch klar, dass dem *Schutz der Grundwasserschutzzonen* eine zentrale Bedeutung zukommt. «Grundwasserschutzzonen dienen dazu, Trinkwassergewinnungsanlagen und das Grundwasser unmittelbar vor seiner Nutzung als Trinkwasser

²⁴⁸ BEATRICE WAGNER PFEIFER, Umweltrecht, Besondere Regelungsbereiche, Handbuch zu Chemikalien, GVO, Altlasten, Gewässerschutz, Energie u.a., Zürich/St. Gallen 2013, S. 219, N 909.

²⁴⁹ Vgl. z.B. Anhang 1 zur GSchV, Ziff. 2 Abs. 3 Bst. c; BUWAL, Wegleitung Grundwasserschutz (FN 247), S. 55, 103, 115; Verunreinigungen des Grundwassers durch Tiere werden darin nicht behandelt.

vor Beeinträchtigungen zu schützen.»²⁵⁰ Die planerisch festgelegten Gewässerschutzbereiche, Grundwasserschutzzonen und Grundwasserschutzareale müssen streng vor Verunreinigungen geschützt werden. An diesen Schutzvorkehrungen zur Sicherstellung der Trinkwasserversorgung der Bevölkerung besteht ein hohes öffentliches Interesse.²⁵¹ Es handelt sich bei der Trinkwasserversorgung um ein Aufgabeninteresse von nationaler Bedeutung.²⁵²

- 205 Lösen Biberbaue oder -dämme die *konkrete Gefahr einer Gewässerverunreinigung* aus (z.B. Erhöhung der Keimzahl), müssen die Behörden die nach den Umständen gebotenen *Schutzmassnahmen treffen* (analog zu Art. 31 GSchV). Besonders in der engeren Schutzzone S2 und im Fassungsbereich S1 sind Verunreinigungen durch Biberbaue und -teiche soweit nur möglich zu verhindern. Dieses gewichtige Interesse überwiegt – im Bereich bestehender Grundwasserschutzzonen und ausserhalb von Naturschutzgebieten – grundsätzlich das Interesse am Schutz des Bibers und seiner Bauten; am stärksten gilt dies für die Schutzzonen S1 und S2 und abgeschwächt für die Schutzzone S3 sowie die Grundwasserschutzareale (vgl. dazu Anhang 4 zur GSchV Ziff. 22 und 23). So sind bestehende (menschliche) Anlagen in den Grundwasserschutzzonen S1 und S2, die eine Grundwasserfassung oder -anreicherungsanlage gefährden, innert angemessener Frist zu beseitigen. Bis zur Beseitigung der Anlagen sind andere Massnahmen zu treffen, wie Entkeimung und Filtration (Art. 31 Abs. 2 Bst. b GSchV).
- 206 Im Sinne des Biberschutzes und des Verhältnismässigkeitsprinzips stehen vorerst baulich-technische Lösungen im Vordergrund, also primär *Eingriffe in Biberbaue oder -dämme* (z.B. Regulation eines Biberdamms), ev. kombiniert mit *Präventivmassnahmen* wie z.B. einer Umzäunung des Grundwasserschutzgebiets mit Fixzaun (falls zumutbar). Eingriffe in Biberseen erfüllen die Voraussetzungen von Art. 18 Abs. 1ter NHG und bedürfen einer vorgängigen *Bewilligung*; eine Umzäunung der Grundwasserschutzzone bedarf keiner solchen Bewilligung, ev. aber einer baurechtlichen Bewilligung. Die betroffene Gemeinde oder der Verband hat beim Kanton ein entsprechendes Gesuch einzureichen.²⁵³
- 207 *Massnahmen gegen einzelne Biber* (Einfangen oder Abschuss) müssen vom BAFU (auf Gesuch eines Kantons) und Bestandesregulierungen vom betroffenen Kanton (auf Antrag des Kantons mit Zustimmung des BAFU) angeordnet werden (Art. 12 Abs. 2, 2bis und Abs. 4 JSG, i.V. mit Art. 10 Abs. 5 bzw. Art. 4 JSV).²⁵⁴ Es stellt sich

²⁵⁰ BUWAL, Wegleitung Grundwasserschutz (FN 247), S. 1 ff., 39 ff., 39 (Zitat).

²⁵¹ Art. 20 Abs. 1 GSchG; Urteil BGer 1A.224/2006 vom 25. Juni 2007, E. 3.3; WAGNER PFEIFER (FN 248), S. 221, N. 914 f.

²⁵² BGE 113 Ib 340, 351, E. 5c (Belp-Au); Vgl. PIERRE TSCHANNEN/FABIAN MÖSCHING, Nationale Bedeutung von Aufgaben- und Eingriffsinteressen im Sinne von Art. 6 abs. 2 NHG, Gutachten für das BAFU vom 7. November 2012, S. 32, 34;

²⁵³ Vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 124 ff.

²⁵⁴ Dazu die Ausführungen in Rz. 83 ff.

die Frage, unter welchen Umständen im Zusammenhang mit Trinkwasserfassungen und Grundwasserschutzzonen ein *erheblicher Schaden* (Einzelmassnahmen) oder ein *grosser Schaden* oder eine *erhebliche Gefährdung* von im öffentlichen Interesse stehenden Bauten und Anlagen im Sinne von Art. 12 Abs. 4 i.V. JSG mit Art. 4 Abs. 1 Bst. d und f JSV angenommen werden darf. Wie bereits erwähnt, setzt eine Bestandesregulierung im Vergleich zu Einzelmassnahmen eine höhere Schwelle voraus: eine Tierart muss einen zu hohen Bestand aufweisen, wodurch ein grosser Schaden oder eine erhebliche Gefährdung entsteht (Art. 12 Abs. 4 JSG). Ausserdem müssen zumutbare Massnahmen zur Schadenverhütung getroffen worden sein (Art. 13 Abs. 2 JSG, Art. 4 Abs. 1 JSV).

208 Massnahmen zugunsten des Grund- bzw. Trinkwasserschutzes müssen mit dem übrigen Bundesrecht koordiniert und so angeordnet werden, dass sie möglichst wenig im Widerspruch zum Jagd- und Natur- und Heimatschutzrecht stehen. Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung) sind Beeinträchtigungen von Biberrevieren auf das Nötige zu beschränken und Abschüsse nur als ultima ratio vorzusehen. Der *Anwendungsbereich von baulich-technischen Massnahmen und direkten Massnahmen* gegen den Biber (Einzelabschüsse, Bestandesregulierung) ist im Einzelfall sorgfältig festzulegen; erstere sind als mildere, aber ebenfalls bewilligungspflichtige Massnahmen in erster Linie vorzusehen.²⁵⁵ Beispielsweise kann das Wasserniveau des Biberdamms reguliert werden, um eine Verunreinigung des Grundwassers (Anstieg der Keimzahl) zu verhindern. Ein bekanntes Beispiel ist der Einbau eines Rohrs in den Biberdamm. Nur falls dieser oder ein ähnlicher Schritt nicht genügt, um das Ziel zu erreichen, stellt sich die Frage, ob auch direkte Massnahmen gegen den Biber bzw. gegen (eine) Biberfamilie(n) zulässig sind (Einzelmassnahmen bzw. Bestandesregulierungen).

209 Ersucht ein betroffenes Gemeinwesen um Massnahmen im Sinne von Art. 12 JSG, ist miteinzubeziehen, ob und in welchem Umfang es vorgängig geeignete baulich-technische Massnahmen ergriffen hat bzw. ob ihm weitere solche zuzumuten sind. Anzumerken ist, dass das Konzept Biber Schweiz (2004) vor einem Erstschaden offenbar keine Präventionsmassnahmen voraussetzt (Ziff. 3.2.5), was mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip kaum vereinbar ist. Da baulich-technische Massnahmen teilweise recht hohe Kosten verursachen, sind die Umstände des Einzelfalls auch unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismässigkeitsprinzips (insbesondere Eingriffszweck – Eingriffswirkung) zu würdigen.

210 Das *Konzept Biber Schweiz (2004)* befasst sich in Ziff. 3.2.5 nur mit Schäden an landwirtschaftlichen Kulturen oder an Wald, nicht jedoch mit der erheblichen Gefährdung von Menschen (Art. 4 Abs. 1 Bst. d JSV) bzw. der Gefährdung von im öffentlichen Interesse stehenden Bauten und Anlagen (Art. 4 Abs. 1 Bst. f JSV). Die Scha-

²⁵⁵ Vgl. die vorangehenden Ausführungen unter Rz. 124 f.

denschwelle von Fr. 10'000.- kann gegebenenfalls auch hier als Richtschnur dienen. Für die Annahme eines *erheblichen Schadens* im Sinne von Art. 12 Abs. 2 bzw. 2bis JSG (als Voraussetzung für Einzelmassnahmen) im Zusammenhang mit Grundwasserschutzzonen können im Einzelfall m.E. folgende Umstände sprechen: Ein Biberreich in einer Grundwasserschutzzone führt nachgewiesenermassen bereits zu einer messbaren und problematischen Verunreinigung des Grundwassers; welche die lokale Trinkwasserversorgung erheblich gefährdet (es droht bald ein Betriebsstopp); es sind – im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips – schon erfolglos erhebliche baulich-technische Massnahmen (zur Schadenverminderung bzw. -verhütung) ergriffen worden, z.B. mehrmalige Regulierung des Biberdamms.

211 Für die Annahme eines *grossen Schadens* bzw. einer *erheblichen Gefährdung* (als Voraussetzung für Bestandesregulierungen) liegt die Schwelle höher. Für eine solche Konstellation sprechen m.E. folgende Umstände: gemessene, starke Verunreinigung des Trinkwassers (welche die menschliche Gesundheit konkret gefährden kann); die Einleitung des betroffenen Trinkwassers in das Netz muss(te) eingestellt werden; mehrmals über längere Zeit vorgenommene, insgesamt kostspielige technische Massnahmen (z.B. Wasserabsenkungen beim Biberreich zur Verringerung der Wasserfläche, Einzäunung etc.) blieben ohne nachhaltigen Erfolg.

212 Die Bestimmung von Art. 4 Abs. 1 Bst. f JSV (*Siedlungen oder im öffentlichen Interesse stehende Bauten und Anlagen erheblich gefährden*) als Fall einer Bestandesregulierung wurde mit der Teilrevision der Jagdverordnung im Jahre 2012 eingefügt (in Kraft seit 15. Juli 2012). Sie richtet sich gemäss den Verordnungsmaterialien speziell auf Konflikte mit dem Biber, so bei der Untergrabung bzw. Schwächung von wichtigen Infrastrukturanlagen wie z.B. Hochwasserdämmen. Die Grab- und Stauaktivitäten des Bibers können das sichere Funktionieren solcher Anlagen gefährden, wobei der Bericht daneben lediglich Siedlungen und landwirtschaftliche Bewirtschaftungswege nennt. Nach dem Bericht sind zur Entschärfung solcher Gefahren räumlich klar umgrenzte Eingriffe in den Biberbestand sinnvoll und nötig, um präventiv das Versagen solcher Infrastrukturanlagen zu verhindern. Trinkwasserfassungen und Grundwasserschutzzonen werden im erläuternden Bericht nicht erwähnt.²⁵⁶

213 An einer *funktionierenden Trinkwasserversorgung* und am einwandfreien Erhalt der Grundwasserschutzzonen besteht ein hohes öffentliches Interesse. Trinkwasserfassungen sind auch mit baulichen Anlagen verbunden (z.B. Grundwasserpumpwerk). Es rechtfertigt sich, Trinkwasserfassungen samt den dazugehörigen Grundwasserschutzzonen als Bauten und Anlagen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Bst. f JSV zu qualifizieren. Voraussetzung ist auch hier eine erhebliche Gefährdung, welche im Resultat einem grossen Schaden gleichkommt (z.B. technische oder bauliche Massnahmen wie die Regulation des Biberdamms wurden schon mehrmals ergriffen; der Betrieb der Fassung musste eingestellt werden, weil sonst die Erkrankung von Menschen

²⁵⁶ BAFU, Teilrevision der Jagdverordnung, Erläuternder Bericht zur Anhörung vom 31. März 2011, S. 21.

gedroht hätte). Art. 4 Abs. 1 Bst. d JSV (Menschen erheblich gefährden) kann angerufen werden, wenn die Grundwasserverunreinigung zu einer erheblichen gesundheitlichen Gefährdung des Menschen (z.B. Auftreten von Erkrankungen wegen verunreinigtem Trinkwasser) führt oder wenn dies auf Grund von Messwerten konkret zu befürchten ist.

- 214 Sollte sich die Konstellation ergeben, dass sich durch Biberbauten beeinträchtigte Trinkwasserfassungen in einem *geschützten Biotop von nationaler Bedeutung* (z.B. Auengebiet) befinden, wäre in einem ersten Schritt abzuklären, ob die Grundwassernutzung mit dem Schutzziel in Einklang steht (Art. 5 Abs. 2 Bst. c AuenV); andernfalls sollte die Trinkwasserfassung aus dem Schutzgebiet verlegt werden.²⁵⁷ Würde die Aufrechterhaltung des Betriebs der Trinkwasserfassung Eingriffe gegen Biber oder Biberbauten bedingen, bedeutete dies wohl ein Abweichen vom Schutzziel und wäre bewilligungspflichtig. Es wäre in einem zweiten Schritt zu klären, ob die Trinkwasserfassung unmittelbar standortgebunden ist und ob sie einem überwiegenden öffentlichen Interesse von ebenfalls nationaler Bedeutung dient. Falls der Trinkwasserfassung dieses überwiegende Interesse zugesprochen und eine Bewilligung für technische Eingriffe erteilt würde, wäre ihr Betreiber immerhin verpflichtet, die bestmöglichen Schutz-, Wiederherstellungs- oder ansonst angemessenen Ersatzmassnahmen zu ergreifen (Art. 4 Abs. 2 AuenV i.V. mit Art. 18 Abs. 1ter NHG).

6. Haftungsfragen

6.1 Schäden durch Biberbaue und -dämme sowie gefällte Bäume

- 215 Durch das Untergraben von Uferbereichen und das Einstauen von Gewässern kann der Biber *Schäden verursachen*; so z.B. wenn Erdbauten in den Uferböschungen direkt unter Strassen liegen und einstürzen oder wenn aufgestaute Biberteiche Drainagen verstopfen mit nachfolgender Vernässung landwirtschaftlicher Kulturen. Ein weiteres Beispiel ist ein Biberdamm, welcher sich oberhalb eines Durchlasses einer Strasse (Bauwerk im Erdkörper eines Verkehrsweges [meist in Bahndämmen], das den Durchtritt von Wasser ermöglicht) befindet. Falls der Damm bei einem Hochwasser bricht, kann das abgeschwemmte Holz den Durchlass verstopfen und zu einer Überschwemmung mit Schäden an Liegenschaften führen.²⁵⁸

6.2 Kurze Übersicht zu den Haftungsgrundlagen und -voraussetzungen

- 216 Der *Schadensprävention* (z.B. durch Ausscheidung des Gewässerraums, Verlegung von Verkehrswegen oder mittels technischer Präventionsmassnahmen) kommt eine wichtige Rolle zu; sie wird schon im Jagdrecht betont («Verhütung vor Vergütung»)

²⁵⁷ Bsp.: Urteil BGer 1C_410/2012 vom 11. Juni 2013; Zusammenfassung des Entscheids in Rz. 64 ff.

²⁵⁸ ANGST (FN 2), 10, 116 f., 119 ff., 125; siehe auch die Ausführungen in Rz. 49.

und teilweise vorausgesetzt (Art. 12 Abs. 1, Art. 13 Abs. 2 JSG, Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. d JSV). Führen Biberbauten dennoch zu Schäden an Bauten, Anlagen, landwirtschaftlichen Kulturen oder Bäumen oder gar zu Personenschäden, sind seitens der zuständigen Behörden – wie gezeigt – unter bestimmten Voraussetzungen erstens «einfache» Präventionsmassnahmen (ohne Beeinträchtigung von Biberbauten), zweitens bewilligungspflichtige technische Eingriffe in Biberbaue und -dämme oder drittens Einzelmassnahmen (Abschüsse) oder Bestandesregulierungen zu prüfen (Art. 18 Abs. 1ter NHG, Art. 12 Abs. 2, 2bis und Abs. 4 JSG). Daneben stellt sich die Frage der allfälligen *Schadenersatzpflicht* von natürlichen oder juristischen Personen sowie von Gemeinwesen auf haftpflichtrechtlicher Grundlage (Zivilrecht oder Staatshaftung). Eine solche Schadenersatzpflicht ist *zu unterscheiden von Entschädigungen für Biber Schäden* gestützt auf Art. 13 Abs. 4 JSG i.V. mit dem Konzept Biber Schweiz (2004). Es handelt sich dabei um eine spezielle, öffentlich-rechtliche Entschädigungsgrundlage im Jagdrecht mit eigenen Voraussetzungen. Entschädigt werden nur Schäden an Wald und an landwirtschaftlichen Kulturen (und Nutztieren), nicht aber an Infrastrukturen; ausserdem müssen zumutbare Präventionsmassnahmen ergriffen worden sein.²⁵⁹

- 217 Eine *geschädigte Person* kann ihren Schaden nur auf den Schädiger überwälzen, wenn die Anforderungen einer spezifischen Haftungsnorm erfüllt sind; mangels einer solchen Grundlage muss sie (bzw. deren Versicherung) den *Schaden selber tragen* (*casum sentit dominus*).²⁶⁰ Als *haftpflichtige Personen* kommen vorliegend primär Gemeinwesen (Bund, Kanton, Gemeinde), Verbände, Vereine oder Privatpersonen in Betracht, welche z.B. für den Unterhalt von Wegen, Hochwasserschutzbauten, Gebäuden oder anderen Anlagen oder für Massnahmenentscheide betreffend Biber zuständig bzw. verantwortlich sind. Die Schadenersatzpflicht knüpft an einen *Schaden*, also eine unfreiwillige Vermögensverminderung an (Verminderung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven oder entgangener Gewinn). Nötig ist ein natürlicher und rechtlich relevanter *Kausalzusammenhang* zwischen dem Verhalten des «Schädigers» bzw. einem Tatbestand (z.B. Werkmangel) und dem eingetretenen Schaden. Die *Widerrechtlichkeit* des Schadens liegt u.a. vor, wenn absolute Rechte (Persönlichkeits- oder Eigentumsverletzung, z.B. Körperverletzung, Sachbeschädigung) verletzt sind; ein reiner Vermögensschaden fällt nicht darunter. Widerrechtlich ist auch die Verletzung sog. Schutznormen, also Vorschriften des Verwaltungs- oder Strafrechts, welche den Schutz einzelner Personen oder -gruppen bezwecken (z.B. Art. 229 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs²⁶¹ zur Verletzung der Regeln der Baukunde).²⁶²

²⁵⁹ Vgl. die vorangehenden Ausführungen unter Rz. 155 ff.

²⁶⁰ Statt vieler: HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2008, N 18 ff.

²⁶¹ Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB) vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).

²⁶² Zu den Haftungsvoraussetzungen z.B. HEINRICH HONSELL/BERNHARD ISENRING/MARTIN A. KESSLER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2013, S. 1 ff.

- 218 Keine Widerrechtlichkeit liegt vor, wenn ein *Rechtfertigungsgrund* gegeben ist (Notwehr, Notstand und Selbsthilfe gemäss Art. 52 Obligationenrecht (OR), Einwilligung des Geschädigten).²⁶³ Im Zusammenhang mit Biber Schäden ist m.E. der Rechtfertigungsgrund der *Amtshandlungen im öffentlichen Interesse* (auch die Wahrung berechtigter Interessen betreffend Privatpersonen) von Bedeutung. Darunter sind Amtshandlungen (oder auch «Nichthandlungen») im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens und der Verhältnismässigkeit zu verstehen.²⁶⁴ Verursacht ein Biberbau z.B. die Mangelhaftigkeit eines Werks (z.B. eines öffentlichen Fusswegs), was zu einem Unfall mit Personenschaden führt, ist je nach Konstellation eine Haftung des für den Fussweg verantwortlichen Gemeinwesens wegen fehlender Widerrechtlichkeit abzulehnen. Dies, wenn das öffentliche Interesse am Schutz des Biber bzw. seines Lebensraums im Einzelfall als höher zu gewichten ist als die Mängelfreiheit eines öffentlichen Werks (z.B. im Rahmen einer Interessenabwägung von Art. 18 Abs. 1ter NHG oder ev. wenn sich der Fussweg in einem Biotop von nationaler Bedeutung befindet).
- 219 Die *allgemeine Verschuldenshaftung* von Art. 41 Abs. 1 OR setzt sodann *Verschulden* voraus (Vorsatz oder Fahrlässigkeit). *Fahrlässigkeit* bedeutet das Ausserachtlassen der im Verkehr erforderlichen (durchschnittlichen) Sorgfalt.²⁶⁵ Im Unterschied dazu stehen sog. *Kausalhaftungen*, welche an bestimmte typisierte Sachverhalte anknüpfen (z.B. Werkmangel) und ohne schuldhaftes Verhalten erfüllt sein können. Im Zusammenhang mit der Widerrechtlichkeit bzw. beim Verschulden ist der *Gefahrensatz* zu beachten: Wer einen Zustand schafft, welcher einen anderen schädigen könnte, muss die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Vorsichts- und Schutzmassnahmen treffen (konkretisiert durch Verkehrssicherungspflichten). *Unterlassungen* können eine Haftung nach sich ziehen, wenn den potenziell Haftpflichtigen auf Grund des Gefahrensatzes oder einer gesetzlichen oder vertraglichen Garantienstellung eine Handlungspflicht trifft.²⁶⁶
- 220 Zu erwähnen ist die *Haftung des Geschäftsherrn* (Art. 55 OR). Der Geschäftsherr haftet für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre. Der (strenge) Sorgfaltsbeweis betrifft die

²⁶³ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).

²⁶⁴ Zu den Amtshandlungen als Rechtfertigungsgrund: BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 52 N 23 ff., HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 262), § 5, 1 ff., 26 ff.

²⁶⁵ HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 262), § 6 N 17 ff.

²⁶⁶ Z.B. BGE 116 Ia 162 ff., E. 2c; BGE 124 III 297 ff., E. 5b; HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 262), § 4 N 31 ff.; Näheres zum Gefahrensatz: MICHAEL BÜTLER, Gefahrensatz und Verkehrssicherungspflichten im Bergrecht, in: Barbara Klett (Hrsg.), Haftung am Berg 2013, Zürich/Basel/Genf 2013, 35 ff., 48 f.

Auswahl, Instruktion und Überwachung der Hilfsperson (also seiner Arbeitnehmer), angemessene Organisation und geeignetes Arbeitsmaterial.²⁶⁷

- 221 Das Mass der Haftung wird milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner (Haftpflichtigen) *keinerlei Vorteil* bezweckt (Art. 99 Abs. 2 OR); zu erwähnen sind Gefälligkeitshandlungen oder unentgeltliche Tätigkeiten und Angebote. Der *Schadenersatzanspruch* ist nach Art. 43 Abs. 1 OR zu bestimmen, wobei die Umstände und die Grösse des Verschuldens zu würdigen sind. Bei Tötung oder Körperverletzung eines Menschen kann der Richter eine Geldsumme als *Genugtuung* zusprechen (Art. 47 OR). Eine *Wegbedingung der Haftung* ist nur in den Schranken von Art. 100 und 101 OR möglich; die Haftung für Körperschäden kann nicht wegbedungen werden (Art. 20 Abs. 1 OR).²⁶⁸ Es ist darauf hinzuweisen, dass *Warntafeln* allein in der Regel keine haftungsausschliessende Wirkung haben, kurz nach dem Auftreten von Schäden aber eine wichtige Sofortmassnahme darstellen. Der dadurch «informierte» Geschädigte muss aber gegebenenfalls eine Haftungsreduktion (Art. 44 Abs. 1 OR) hinnehmen.²⁶⁹ Sind innert angemessener Frist zumutbare Sanierungsmassnahmen möglich und zulässig (ev. bewilligt), sind diese umzusetzen. Ebenso zu einer Haftungsreduktion führt, wenn der Schaden teilweise auf das unvorsichtige Verhalten des Geschädigten zurückzuführen bzw. dadurch vergrössert worden ist.

6.3 Haftung von Gemeinwesen im Zusammenhang mit Biberschäden?

a) Staatshaftung

- 222 Die *Staatshaftung* von Bund, Kantonen und Gemeinden richtet sich nach den jeweiligen *Verantwortlichkeitsgesetzen*. Darunter fallen primär Schäden, die in Ausübung amtlicher (und nicht gewerblicher) Verrichtungen entstehen (Art. 61 Abs. 1 OR). Nach Art. 3 Abs. 1 eidg. Verantwortlichkeitsgesetz (VG) haftet der *Bund* für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt, ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten. Allerdings gehen bestimmte *spezialgesetzliche Haftungsbestimmungen* im Bundesrecht der Staatshaftung vor, so die Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR), Tierhalterhaftung (Art. 56 OR) und die Grundeigentümerhaftung (Art. 679 ZGB). Konkurriert hingegen ein Anspruch aus Art. 41 Abs. 1 OR mit der Staatshaftung oder fehlt bei einem Spezialhaftpflichttatbestand eine Voraussetzung, kommt die Staatshaftung zur Anwendung.²⁷⁰ Soweit

²⁶⁷ Näheres bei BSK OR-I-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 55 N 1 ff.

²⁶⁸ INGBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, N 24.14.

²⁶⁹ MICHAEL BÜTLER, Rechtsfragen zu Herdenschutzhunden, Rechtsgutachten für das BAFU vom 20. Juni 2011, 85 f., Rz. 223 ff. mit Verweisen.

²⁷⁰ Nach Art. 3 Abs. 2 Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG) vom 14. März 1958 (SR 170.32) richtet sich die Haftung des Bundes bei Tatbeständen, welche unter die Haftpflichtbestimmungen anderer Erlasse fallen,

der Bund als Subjekt des Zivilrechts auftritt (z.B. als Betreiber einer Eisenbahn, Werk- oder Grundeigentümer), haftet er nach dessen Bestimmungen (Art. 11 Abs. 1 VG). Eine Haftung des Beamten ist im Bundesrecht in jedem Falle ausgeschlossen (Art. 3 Abs. 3 und Art. 11 Abs. 2 VG).

- 223 Nach dem Bundesgericht stellt nicht jede noch so geringfügige Amtspflichtverletzung eine haftungsbegründende Widerrechtlichkeit dar; vielmehr ist erforderlich, dass eine für die Ausübung der amtlichen Funktion *wesentliche Pflicht* betroffen ist. Weiter reicht nicht aus, dass sich die schädigende Handlung im Nachhinein als gesetzwidrig erweist: Haftungsbegründend ist lediglich eine *unentschuldbare Fehlleistung*, die einem pflichtbewussten Beamten nicht unterlaufen wäre.²⁷¹
- 224 Als sog. *amtliche Verrichtungen* im Sinne von Art. 61 Abs. 1 OR, welche der Staatshaftung unterliegen, gelten nach Lehre und Rechtsprechung sog. *hoheitliche Tätigkeiten* bzw. solche, die in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe erfolgen.²⁷² Beispiele sind der Betrieb eines Spitals, die Grundbuchvermessung, gesundheitspolitische Massnahmen im Gewerbebereich, veterinärpolizeiliche Massnahmen, Strassenbau und -unterhalt, Strassenpolizei, Automobilkontrolle usw.²⁷³ Auch natur- und umweltpolizeiliche Massnahmen, hier der *Biber- und Lebensraumschutz*, dürften m.E. darunter fallen, zumal der Natur- und Umweltschutz primär eine öffentliche Aufgabe ist und der Begriff der hoheitlichen Tätigkeit in der Praxis eher weit ausgelegt wird.²⁷⁴
- 225 Eine wegen negativen Auswirkungen einer Biberbaute *geschädigte Person* könnte allenfalls eine Klage gegen den betroffenen Kanton aus Staatshaftung in Erwägung ziehen. Dies z.B. bei der Duldung eines gefährlichen Zustandes, einer Unterlassung der kantonal zuständigen Behörde, also beim Nichtergreifen von Massnahmen bzw. bei der Unterlassung eines Gesuchs an das BAFU trotz Vorliegens eines erheblichen Schadens oder einer erheblichen Gefährdung. Ob allerdings im Einzelfall Abschüsse oder Bestandesregulierungen bewilligungsfähig sind, und ob ein erheblicher bzw. grosser Schaden tatsächlich vorliegt, ist auf Grund von quantitativen und teilweise komplexen qualitativen Kriterien zu beurteilen. Hinzu kommt der Ermessensspielraum der zuständigen Behörden (Art. 12 Abs. 2 und 4 JSG).²⁷⁵ Die genaue, quantitative Umschreibung der *Schadenschwellen* (z.B. Fr. 10'000.-) könnte bei den von Schäden betroffenen Personen die (trägerische) Erwartung schaffen, die Behörden würden beim Erreichen dieser Schwellenwerte Eingriffe in Biberbauten bzw. Einzel-

nach jenen besonderen Bestimmungen. Ausführlich zum Ganzen: JOST GROSS, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Stand und Entwicklungstendenzen, 2. Aufl., Bern 2001 bzw. JOST GROSS/VOLKER PRIBNOW, 2. Aufl., Ergänzungsband, Bern 2013.

²⁷¹ BGE 132 II 449 ff., 457, E. 3.3.; GROSS (FN 270), S. 228 ff., insbes. 236.

²⁷² BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 61 N 1 ff.; GROSS (FN 270), 111 ff.

²⁷³ Diese Beispiele sind bei HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 262), § 14 N 9 ff. genannt, mit Verweisen auf die Rechtsprechung.

²⁷⁴ Vgl. auch REY (FN 260), N 124 ff., 127.

²⁷⁵ Dazu die vorangehenden Ausführungen in Rz. 83 ff., 94 ff., 101 ff., 111 ff.

massnahmen oder Bestandesregulierungen anordnen und umsetzen. Massgebliche Gründe, die zur Verweigerung von Abschüssen und Bestandesregulierungen führen (u.a. auch das Abweichen von den Vorgaben des Konzepts) sollten stets kurz und nachvollziehbar *begründet* werden. Dadurch dokumentieren die zuständigen Behörden die Wahrnehmung ihrer Amts- und Sorgfaltspflichten, was das Risiko der Staatshaftung reduziert.

226 Die Haftung einer Person (Behörde) für Schäden infolge einer *Unterlassung* kommt jedoch nur in Betracht, wenn für sie eine *Rechtspflicht zum Handeln* bestanden hatte; dies z.B. gestützt auf öffentlich-rechtliche Vorgaben (z.B. aus dem Jagdrecht), die Werkeigentümerhaftung oder auf den Gefahrensatz, welcher durch Verkehrssicherungspflichten konkretisiert wird. Eine denkbare, aber unwahrscheinliche Variante ist, dass ein Kanton eine vom BAFU verfügte Einzelmassnahme nicht vollziehen sollte. Denn das Konzept Biber Schweiz (2004) setzt in Ziff. 3.2.5. für Einzelmassnahmen (Abschuss einzelner Tiere) des BAFU einen vorgängigen Antrag eines Kantons voraus. Dies ist in der Praxis sinnvoll, weil die lokalen Behörden Biberschäden zuerst feststellen. Immerhin ist aber die dem BAFU angegliederte Biberfachstelle zu nennen, welche die Kantone auf Anfrage über mögliche Präventionsmassnahmen berät (Konzept Biber Schweiz [2004], Ziff. 3.2.3). Es ist festzuhalten, dass Art. 12 Abs. 2bis JSG und 10 Abs. 5 JSV hingegen kein kantonales Gesuch verlangen; das BAFU könnte also Einzelmassnahmen auch von sich aus anordnen.

227 Auf Grund der gesetzlichen Regelung mit Kann-Vorschriften und offenen Gesetzesbegriffen in Art. 12 JSG verbleibt den Behörden (BAFU und zuständige Kantons- und Gemeindestellen), welche über Eingriffe in Biberbauten bzw. gegen Biber zu entscheiden haben, ein erheblicher *Interpretationsspielraum*.²⁷⁶ Dieser ist tendenziell eingeschränkter, wenn *Leben und Gesundheit von Menschen* (als fundamentale Rechtsgüter, siehe auch Art. 10 BV) konkret gefährdet oder Personenschäden schon eingetreten sind (z.B. durch beschädigte, einsturzgefährdete Infrastrukturen). Denn Gemeinden und Kantone sind grundsätzlich für die innere Sicherheit (Gesundheit und Sicherheit) zuständig (*polizeiliche Schutzpflichten*). «Die Kantone verfügen über die Polizeihohheit auf ihrem Gebiet, sind also grundsätzlich zuständig für die Abwehr von Gefahren und Beseitigung von Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit». Die Kantone überlassen den Gemeinden in der Regel die einfachen Polizeiaufgaben.²⁷⁷ Im Einzelfall ist z.B. abzuklären, wer für die Mängelfreiheit und Sicherheit einer Baute oder Anlage verantwortlich ist (in der Regel der Werkeigentümer). Allenfalls können vorerst provisorische, wenig einschneidende Massnahmen getroffen werden (z.B. Warntafeln, Überfahrplatten zur Verstärkung der einsturzgefährdeten Wegoberfläche).

²⁷⁶ Dazu die vorangehenden Ausführungen in Rz. 83 ff., 90, 96, 113.

²⁷⁷ ANDREAS LIENHARD/PHILIPP HÄSLER, in: Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, SBVR Bd. III/1, C Rz. 4 ff., insbes. 6, 18 f., 22; SCHWEIZER/MOHLER, St. Galler Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2014, zu Art. 57 BV, Rz. 1 ff.

228 *Schranken der Sicherungspflicht* sind aber stets auch die *Eigenverantwortung* des Geschädigten bzw. der Benutzer (Art. 6 BV) und die *Zumutbarkeit* von Massnahmen (personell, logistisch, zeitlich und finanziell). Konnte der nachmalig Geschädigte z.B. die Untergrabung des Weges infolge von Löchern erkennen bzw. übersah er eine diesbezügliche Warntafel, muss er sich eine Haftungsreduktion gefallen lassen (Art. 44 Abs. 1 OR). Zu weitgehende Verkehrssicherungspflichten und eine damit einhergehende Haftungsausdehnung sind zu vermeiden.²⁷⁸ Auch an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die *Wahrung der Amtspflicht* einen Rechtfertigungsgrund darstellt; zu nennen ist hier insbesondere die Pflicht von Bund und Kantonen zum *Arten- und Biotopschutz* (Art. 78 Abs. 4 BV, Art. 18 ff. NHG).²⁷⁹ Entscheiden sich die zuständigen Behörden mit gutem rechtlichen Grund gegen technische Eingriffe in Biberbauten, gegen Abschüsse bzw. Bestandesregulierungen, erfüllen sie eine Staatsaufgabe und müssen keine Haftung befürchten. Insgesamt erscheint das Haftungsrisiko von Bund und Kantonen eher gering, solange die zuständigen Behörden ihre Aufgaben wahrnehmen und Entscheide nachvollziehbar dokumentieren und begründen. Bisher gibt es dazu keinen Gerichtsfall.

b) Haftung des Tierhalters

229 Die *Haftung für Tiere* ist in Art. 56 OR geregelt: Für den von einem Tier angerichteten Schaden haftet, wer dasselbe hält, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet habe, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre. Vorbehalten bleibt ihm der Rückgriff, wenn das Tier von einem andern oder durch das Tier eines andern gereizt worden ist. In den Anwendungsbereich von Art. 56 OR fallen nur Tiere, welche «gehalten» werden können, wie z.B. Hund, Pferde und Kühe. Dies gilt hingegen nicht für Tiere, die in Freiheit leben (Jagdwild und geschützte Wildtiere wie der Biber).²⁸⁰ Die Haftungsnorm von Art. 56 OR fällt bei Biberschäden damit ausser Betracht.

c) Haftung des Werkeigentümers

230 Nach Art. 58 Abs. 1 OR (*Haftung des Werkeigentümers*) hat der Eigentümer eines Gebäudes oder eines andern Werkes den Schaden zu ersetzen, den diese infolge von fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder von mangelhafter Unterhaltung verursachen. Es handelt sich um eine verschuldensunabhängige Kausalhaftung. Dem Werkeigentümer steht kein Entlastungsbeweis offen. *Werke* sind nur von Menschen künstliche geschaffene oder angeordnete, stabile, mit dem Erdboden fest verbundene, fertiggestellte Objekte. «Reine Naturerzeugnisse und Tiere sind...keine Werke.»

²⁷⁸ HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 262), § 1 N 91 f.; BÜTLER, Gefahrensatz (FN 266), S. 35 ff., 67 ff. mit Verweisen.

²⁷⁹ GROSS (FN 270), S. 234 f. Vgl. die vorangehenden Ausführungen in Rz. 31 ff.

²⁸⁰ HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 262), § 17 N 8; REY (FN 260), N 999 ff.

Bauliche Korrekturen eines natürlichen Flusslaufs bzw. ein künstliches Flussbett oder (von Menschen) angelegte Dämme gelten ebenfalls als Werke.²⁸¹ Subjekt der Haftung ist primär der *Werkeigentümer*, also diejenige Person, welche zur Zeit der Schädigung Eigentümerin ist. Bei einem Gebäude oder einer Anlage ist dies im Sinne des sog. Akzessionsprinzips in der Regel der Bodeneigentümer (Art. 667 ZGB). Ausnahmen gelten im Falle von errichteten Baurechten (Art. 675 ZGB i.V. mit Art. 779 ff. ZGB) oder Leitungsrechten (Art. 676 ZGB), welche als Dienstbarkeiten in das Grundbuch eingetragen sind. Der Werkeigentümerhaftung unterliegen auch Gemeinwesen, welche Eigentümer oder Hoheitsberechtigte an einem (öffentlichen) Werk sind oder dieses unterhalten (Strasse, Wanderweg, Hochwasserschutzbaute usw.).²⁸²

231 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat in Sonderfällen die *Passivlegitimation ausnahmsweise auf Nichteigentümer ausgedehnt* und dabei den Zweck, dem die Werkanlage als Ganzes zu dienen hat, berücksichtigt. Nach dieser Rechtsprechung ist haftpflichtig, «[...] wer die Werkanlage als Ganzes erstellt hat, wer sie benützt und tatsächlich über sie verfügt und darum für ihren Unterhalt zu sorgen hat.» So wird das Gemeinwesen z.B. als Werkeigentümer qualifiziert, wenn es an einem Weg im Privateigentum dienstbarkeitsberechtigt ist und den Unterhalt des Werks allein besorgt.²⁸³ In einem weiteren Fall haftete eine Gemeinde als Trägerin der öffentlichen Wasserversorgung für den Schaden, welcher beim Bruch eines Entleerungshahns in der Liegenschaft einer Privatperson entstanden war, auf der Grundlage von Art. 58 OR. Das Bundesgericht erachtete die Sachherrschaft der Gemeinde in Bezug auf die mangelhafte Anschlussleitung mit derjenigen eines privaten Eigentümers als vergleichbar.²⁸⁴ Auch bei Freizeit-, Spiel- und Sportanlagen kann je nach den konkreten Umständen im Einzelfall der Ersteller bzw. der Betreiber anstelle des Bodeneigentümers als Werkeigentümer nach Art. 58 OR in Betracht kommen, insbesondere bei Vorliegen eines Baurechts, ev. auch gestützt auf eine Konzession.²⁸⁵ Zu erwähnen sind Fahrnisbauten: Hütten, Buden, Baracken und dergleichen behalten, wenn sie ohne Absicht bleibender Verbindung auf fremdem Boden aufgerichtet sind, ohne Grundbucheintrag ihren besonderen Eigentümer (Art. 677 ZGB).

232 Eine wesentliche Voraussetzung der Werkeigentümerhaftung ist das Vorliegen eines *Werkmangels*: Ob ein Werk fehlerhaft angelegt oder mangelhaft unterhalten ist, hängt vom Zweck ab, den es zu erfüllen hat. Ein Werkmangel liegt nach der bundes-

²⁸¹ BGE 122 III 229 ff. (künstlich umgestalteter Flusslauf); REY (FN 260), N 1036 ff., 1044 (Zitat).

²⁸² Art. 3 Abs. 2 VG; BGE 115 II 237 ff., 244, E. 2b; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 58 N 2; BÜTLER (FN 174), Wanderwege, 106 ff., 113; BÜTLER/SUTTER (FN 174), 469 ff., 473 ff.

²⁸³ BGE 91 II 281 ff., 284, E. 3b; BGE 106 II 201 ff., 204, E. 2a und b; Berner Kommentar (BK)-BREHM, Art. 58 OR, N 9 ff.

²⁸⁴ BGE 121 III 448 ff., E. 3c.

²⁸⁵ Z.B. BGE 123 III 306 ff., 309, E. 3a; WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Bern 2012, N 908 ff.; BÜTLER, illegale Waldbauten (FN 213), Rz. 62 ff.

gerichtlichen Rechtsprechung vor, wenn das Werk beim bestimmungsgemässen Gebrauch keine genügende Sicherheit bietet. Als Grundsatz gilt somit, dass das Werk einem bestimmungswidrigen Gebrauch nicht gewachsen zu sein braucht (z.B. bestehen unter anderem gegenüber Kindern gewisse Ausnahmen).²⁸⁶ Da es sich um eine Kausalhaftung handelt, muss der Werkeigentümer auch für einen mangelhaften Zustand einstehen, welcher durch *Zufall* (unabhängig von menschlichem Verhalten), Naturkatastrophen oder durch das Verhalten von Drittpersonen verursacht wurde.²⁸⁷ Dies bedeutet, dass der Werkeigentümer grundsätzlich auch für Schäden aus Werkmängeln haftet, welche auf *Fress-, Grab- oder Stauaktivitäten des Bibers* zurückzuführen sind (z.B. umstürzender Baum in unmittelbarer Nähe eines Werks). Dies steht unter dem gewichtigen Vorbehalt, dass Verkehrssicherungspflichten zumutbar und rechtmässig sind.

233 Eine *Schranke der Verkehrssicherungspflicht* bildet nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die *Selbstverantwortung*. Vorzubeugen hat der Werkeigentümer nicht jeder erdenklichen Gefahr. Er darf Risiken ausser Acht lassen, welche von den Benützern des Werks oder von Personen, die mit dem Werk in Berührung kommen, mit einem Mindestmass an Vorsicht vermieden werden können.²⁸⁸ Gerade in der «*freien Natur*», beispielsweise bei Gewässern und im Wald, ist der Grad der vorausgesetzten Eigenverantwortung des Waldbenutzers erhöht (Restrisiko). Im *direkten Umfeld eines Werks* (z.B. Grillplatz mit Tischen und Bänken, bei einem Gebäude im Wald) kann sich die Verkehrssicherungspflicht im Wald auf die ans Werk angrenzenden Bäume erstrecken, um eine sichere Benützung zu gewährleisten.²⁸⁹ Selbstverschulden zieht, wie erwähnt, eine *Haftungsreduktion* nach sich (Art. 44 Abs. 1 OR).

234 Eine weitere Schranke der Sicherungspflicht bildet die *Zumutbarkeit*. Zu berücksichtigen ist, ob die Beseitigung allfälliger Mängel oder das Anbringen von Sicherheitsvorrichtungen technisch möglich ist und die entsprechenden Kosten in einem vernünftigen Verhältnis zum berechtigten Schutzinteresse der Benutzer und dem Zweck des Werks stehen. So muss in jedem einzelnen Fall – gestützt auf eine Interessenabwägung und im Sinne der Verhältnismässigkeit – geprüft werden, ob z.B. der Strasseneigentümer nach den zeitlichen, technischen, logistischen und finanziellen Gegebenheiten in der Lage war, seine Aufgabe zu erfüllen.²⁹⁰ Vor allem bei *Gemeinwesen*, welche z.B. ein ganzes Strassen- oder Wanderwegnetz zu unterhalten haben, spielt auch dessen finanzielle Belastbarkeit eine Rolle.²⁹¹ *Strassen* müssen

²⁸⁶ So das Bundesgericht in BGE 130 III 736 ff., 741 f., E. 1.3.

²⁸⁷ HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 262), § 18 N 14; REY (FN 260), N 1025 ff.

²⁸⁸ Z.B. BGE 130 III 736 ff., 741 f., E. 1.3.; BÜTLER, Gefahrensatz (FN 266), 35 ff., 60 f.

²⁸⁹ BÜTLER, walddtypische Gefahren (FN 67), S. 30, 36 f., 41; BÜTLER, illegale Waldbauten (FN 213), S. 36 f.

²⁹⁰ BGE 130 III 736 ff., 741 ff., E. 1.3, 1.4; BSK OR I-HEIERLI/SCHNYDER, Art. 58 N 15a, 23; BÜTLER, illegale Waldbauten (FN 213), Rz. 76.

²⁹¹ Urteil BGer 4A_244/2010 vom 12. Juli 2010, E. 1.5; BK-BREHM (FN 283), Art. 58 OR N 210 ff.; REY (FN 260), N 1090 ff.

wie alle anderen Werke so angelegt und unterhalten sein, dass sie den Benützern hinreichende Sicherheit bieten. Im Vergleich zu anderen Werken dürfen bezüglich Anlage und Unterhalt von Strassen aber nicht allzu strenge Anforderungen gestellt werden. Das Strassennetz kann nicht in gleichem Mass unterhalten werden wie zum Beispiel ein einzelnes Gebäude.²⁹² Die Befolgung des allgemein Üblichen und die Einhaltung behördlicher Vorschriften gelten (nur) als Indiz für die Mängelfreiheit des Werkes.²⁹³

235 Es ist zu prüfen, ob es zumutbar und rechtmässig ist, vom Werkeigentümer zu verlangen (bzw. ob es ihm zumutbar ist), Sanierungsarbeiten zur Behebung eines bestehenden, durch Biber verursachten Werkmangels vorzunehmen, wenn die Sanierung gleichzeitig einen *Verstoss gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften* bedingen würde. Angesprochen sind bewilligungspflichtige technische Eingriffe in den nach NHG schützenswerten bzw. geschützten Lebensraum des Bibers (Art. 18 ff. NHG) und in dessen Baue und Seen. Diese Konstellation ist einerseits dann gegeben, solange der Werkeigentümer von den zuständigen Behörden keine Bewilligung für die ersuchten technische Eingriffe in die Biberbaue oder -dämme im Sinne von Art. 18 Abs. 1ter NHG erhält; andererseits, wenn die zuständige Behörde bei öffentlichen Werken solche Eingriffe auf Grund einer vorgenommenen Interessenabwägung mit einer Verfügung rechtskräftig ablehnt (z.B. in einem Auengebiet von nationaler Bedeutung).

236 Vorschriften und Genehmigungsvorbehalte, welche nicht der Gefahrenverhütung dienen (also z.B. Normen zum Biberenschutz), sind nach einer Lehrmeinung beim Entscheid über das Vorliegen eines Werkmangels nicht relevant.²⁹⁴ Dies erscheint unhaltbar, wenn der Werkeigentümer rechtswidrige Schritte (z.B. nicht bewilligte technische Eingriffe in ein Biotop) ergreifen müsste, um den Werkmangel zu beheben. M.E. ist die Zumutbarkeit von Unterhalts- bzw. Sanierungsarbeiten, welche die Zerstörung oder Schädigung von Biberbauten bedingen, in diesen Varianten entsprechend zu verneinen, zumal wenn eine Bewilligung für technische Eingriffe rechtskräftig abgelehnt wurde; bei gegenteiliger Ansicht müsste die Haftung wegen dem Vorliegen eines *Rechtfertigungsgrunds* (Wahrung berechtigter Interessen) mangels Widerrechtlichkeit abgelehnt werden. Auf diese Weise würde eine *koordinierte Anwendung der Rechtsordnung* sichergestellt.

237 Immerhin darf vom öffentlichen oder privaten Werkeigentümer erwartet werden, dass er den Biberschaden den zuständigen *Behörden meldet* und sich über das weitere Vorgehen beraten lässt. Es ist ihm zu empfehlen, bald ein Gesuch um Bewilligung eines technischen Eingriffs in den Biberbau bzw. -see zu stellen. Sodann sollte der Werkeigentümer *zumutbare und zulässige Schritte* innert angemessener Frist um-

²⁹² So wörtlich BGE 130 III 736 ff., 742 f., E. 1.3 und 1.4.; BÜTLER/SUTTER (FN 174), S. 469 ff., 475 f.

²⁹³ BGE 130 III 736 ff., 743, E. 1.4. mit Verweisen.

²⁹⁴ REY (FN 260), N 1062; relativierend FELLMANN/KOTTMANN (FN 285), N 942.

setzen. In Absprache mit allfälligen anderen Eigentümern ist nötigenfalls an einer geeigneten Stelle ein Warnhinweis auf Biberschäden (z.B. Warntafel) anzubringen, ev. können Überfahrplatten montiert werden; nötigenfalls ist der Weg bzw. die Anlage vorübergehend zu sperren. Die in der Praxis bereits verwendete Warntafel «Biberbau - Einsturzgefahr» entspricht nicht einem offiziell zugelassenen Signal gemäss der Signalisationsverordnung.²⁹⁵ Bleibt der Werkeigentümer nach der Entdeckung oder Meldung von Biberschäden am Werk hingegen untätig oder setzt er rechtskräftig bewilligte Eingriffe in Biberbaue nicht um, kann er für allfällige Folgeschäden wegen *Unterlassung* haftbar werden. Lehnt die zuständige Behörde die ersuchten technischen Eingriffe in die Biberbaute ab, darf dem Werkeigentümer m.E. haftpflichtrechtlich nachträglich kein Vorwurf gemacht werden, wenn er auf eine Anfechtung des Entscheids auf dem Rechtsmittelweg verzichtet hat (Prozessrisiko). Der Eigentümer hat dann aber andere zulässige Schritte zu prüfen, um den Werkmangel zu beseitigen (Verlegung des Wegs, ev. andere, von der Behörde bewilligte Massnahmen wie die Erstellung von Kunstbauten oder Vergitterung).

238 Für den Fall, dass ein privater Werkeigentümer für einen Biberschaden gestützt auf Art. 58 OR haften sollte, stellt sich schliesslich die Frage, ob er nach Art. 58 Abs. 2 OR gegenüber den (kantonalen Behörden) auf der Grundlage der Staatshaftung *Rückgriff* nehmen kann. Realistische Erfolgchancen bestünden nur beim Vorliegen einer qualifizierten Amtspflichtverletzung.²⁹⁶

239 *Fazit:* Das Haftungsrisiko des privaten oder öffentlichen Werkeigentümers bei Unfällen eines Werkbenutzers in Folge von Biberschäden ist vorhanden, jedoch mit Rechtsunsicherheiten verbunden und nicht leicht einzuschätzen. Biberschäden an Infrastrukturen dürften in vielen Fällen Werkmängel darstellen. Auch wenn diese durch natürliche Prozesse verursacht sind, haftet der Werkeigentümer dafür grundsätzlich (Kausalhaftung). Solange Eingriffe in Biberbauten nicht behördlich bewilligt sind, darf er solche aus öffentlich-rechtlichen Gründen nicht vornehmen, obwohl sie privat- bzw. haftungsrechtlich geboten wären. M.E. ist von Unzumutbarkeit der Vornahme bewilligungspflichtiger, jedoch behördlich abgelehnter Massnahmen auszugehen. Dadurch wird eine koordinierte Anwendung der Rechtsordnung ermöglicht; sollte die Zumutbarkeit dennoch angenommen werden, ist das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes zu prüfen (Wahrung berechtigter Interessen). Der Werkeigentümer hat rechtzeitig andere, zulässige Schritte in Betracht zu ziehen: Warnung der Werkbenützer, Vornahme von bewilligungsfreien Massnahmen (Montage von Überfahrplatten), ev. Sperrung eines Weges oder einer Anlage und Stellung eines Gesuches an die kantonalen Behörden für technische Eingriffe in Biberbaue oder -

²⁹⁵ Signalisationsverordnung (SSV) vom 5. September 1979 (SR 741.21), Anhang 2. Es erscheint prüfenswert, ein solches Gefahrensignal neu zu schaffen. Ev. ist das Gefahrensignal 1.30 «Andere Gefahren» zu verwenden, in Verbindung mit einer separaten Zusatztafel «Biberbau Einsturzgefahr»; vgl. LAURA FEHLMANN, Am Ufer der Bibera steht ein illegales Schild, Berner Zeitung vom 2. Februar 2015, S. 7.

²⁹⁶ Dazu die Ausführungen unter Rz. 222 ff.

dämme. Nach der rechtskräftigen Bewilligung eines solchen Gesuchs sollte der Werkeigentümer die Sanierung der Werkmängel umsetzen, um dem Haftungsrisiko entgegenzuwirken. Bei Ablehnung technischer Eingriffe sind andere, rechtlich zulässige Schritte zu prüfen, um den Werkmangel zu beheben.

d) Haftung des Grundeigentümers

240 Die nachbarrechtliche *Verantwortlichkeit des Grundeigentümers* nach Art. 679 ZGB (in Verbindung mit Art. 684 ZGB) setzt voraus, dass der Grundeigentümer im Zuge der Bewirtschaftung oder Nutzung seine aus dem Grundeigentum fließenden *Nutzungsrechte überschreitet*; ein Verschulden ist nicht erforderlich. Neben der Beseitigungs- oder Unterlassungsklage ist subsidiär auch eine Schadenersatzklage möglich, wobei die Klagen nur *Nachbarn* und nicht etwa Fahrzeughaltern, Passanten oder Wandernden zustehen. Der Grundeigentümer ist hingegen nicht verantwortlich für Schäden, welche ausschliesslich durch Naturereignisse entstehen. Das *blasse Belassen eines Naturzustands* allein führt zu keiner Verantwortlichkeit der Gemeinwesen bzw. von Privatpersonen nach Art. 679 ZGB; ebenso wenig die fehlende Beseitigung eines gefährlichen Zustands infolge von Naturereignissen (ohne Zusammenhang mit der früheren Bewirtschaftung).²⁹⁷

241 Führen Biberbaue also zu einem gefährlichen Zustand bei einem Weg oder einer Strasse, haftet der Grundeigentümer für einen damit zusammenhängenden Schaden eines Nachbarn nicht. Haftungsrechtlich etwas heikler wird es, wenn der Grundeigentümer von einem Nachbarn auf einen gefährlichen Zustand (z.B. Löcher in der Strasse oder umsturzgefährdeter, vom Biber angefressener Baum) aufmerksam gemacht wird, ohne danach zumutbare Schritte zu unternehmen. Je nach Umständen könnte dies als schuldhaftes Verhalten im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR gewertet werden.²⁹⁸

e) Haftung wegen Ablehnung oder Unterlassung behördlicher Massnahmen?

242 Grundsätzlich sind die Kantone zuständig bzw. befugt, bei erheblichem Wildschaden Massnahmen (Abschuss, Einfang) gegen einzelne, schadenstiftende Tiere zu ergreifen (Art. 12 Abs. 2 JSG). Im Zusammenhang mit Biberschäden liegt es jedoch in der Kompetenz des BAFU, auf Antrag des betroffenen Kantons eine Verfügung zu erlassen (Art. 12 Abs. 2bis JSG i.V. mit Art. 10 Abs. 5 JSV). Erscheint den kantonalen Behörden hingegen eine Bestandesregulierung als notwendig, trifft der Kanton mit vorheriger Zustimmung des BAFU den Entscheid (Art. 12 Abs. 4 JSG i.V.m Art. 4 JSV). Wie gezeigt, ist es (in der Regel) Aufgabe der kantonalen Behörden, Gesuche

²⁹⁷ BGE 93 II 230 ff., 234 f., E. 3b; FELLMANN/KOTTMANN (FN 285), N 987 ff., 1005 ff.; BSK ZGB II-REY/STREBEL, Art. 679 N 1 ff., 12.

²⁹⁸ BÜTLER, walddtypische Gefahren (FN 67), Rz. 72 f. und Sicherheit & Recht 3/2014, S. 204 ff., 213.

um Vornahme von Eingriffen in den Lebensraum des Bibers (insbesondere in Biberbauten) zu beurteilen bzw. zu bewilligen (Art. 18 Abs. 1ter NHG).²⁹⁹

243 Es stellt sich die Frage, ob der Bund bzw. der betroffene Kanton oder die Gemeinde für entstandene Biber- bzw. Folgeschäden (z.B. an Infrastrukturen oder für einen Personenschaden infolge eines damit zusammenhängenden Unfalls) wegen einer *Unterlassung oder der Ablehnung von technischen Eingriffen, Abschüssen oder Bestandesregulierungen* haftbar gemacht werden könnten, so z.B.

- wenn der Kanton trotz Vorliegens erheblicher Schäden und weiterer qualitativer Voraussetzungen beim BAFU innert angemessener Frist kein Gesuch für Abschüsse von einzelnen Bibern stellt;
- wenn der Kanton beantragte technische Eingriffe nach Art. 18 Abs. 1ter NHG in Biberbaue oder -dämme ablehnt bzw. wenn die Gemeinde beim Kanton keinen Antrag um Erteilung einer Ausnahmebewilligung für Eingriffe in Biberbauten einreicht, obwohl Biberschäden eingetreten sind und eine Privatperson um Massnahmen ersucht hat;
- falls das BAFU ein plausibel begründetes Gesuch für Einzelabschüsse ablehnt oder die Zustimmung für eine von einem Kanton beantragte Bestandesregulierung verweigert, obwohl die Schwelle des erheblichen bzw. grossen Schadens oder der erheblichen Gefährdung gemäss Konzept Biber Schweiz (2004) überschritten wurde und die weiteren Voraussetzungen erfüllt scheinen.

244 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Rechtsordnung, wenn immer möglich, gesamthaft zum Tragen zu bringen. Das erfordert eine *materiell koordinierte Anwendung gleichrangiger* Normen, also eine allseits gesetzeskonforme Lösung. Ist dies nicht möglich, erscheint eine Normverletzung (des Jagd-, Natur- und Heimatschutz- oder des Haftpflichtrechts) demnach als geboten bzw. unvermeidlich, ist im Rahmen einer *Interessenabwägung* zu entscheiden, welche Interessen überwiegen (z.B. Interessen am Biber- und Lebensraumschutz oder Interessen am Eigentum, an der Sicherheit, Landwirtschaft, Trinkwasserversorgung, Funktionstüchtigkeit und Mängelfreiheit von Werken).³⁰⁰ In einem solchen *Dilemma* dürften sich Behörden regelmässig wiederfinden, die über Eingriffe in Biberbauten, über Abschüsse oder Bestandesregulierungen entscheiden müssen.

245 Bei der nachträglichen Beurteilung von Haftungsansprüchen von Geschädigten gegen die Gemeinwesen sind die verschiedenen einander entgegen stehenden, *gleichrangigen Staatsaufgaben* zu berücksichtigen. Auf der einen Seite fallen die bedeutsamen polizeilichen Schutzpflichten (Sicherheit und Gesundheit) der Gemeinwesen sowie Haftungsaspekte ins Gewicht; auf der anderen Seite sind öffentlich-rechtliche Normen zum Natur- und Umweltschutz, also die Schutzziele umzusetzen. Die zuständigen Behörden haben bei ihren Einschätzungen bzw. Interessenabwägungen stets zu berücksichtigen, dass es sich beim Biber um eine geschützte Tierart (Art. 2 Bst. e, Art. 5 und Art. 7 Abs. 1 JSG) und bei seinen Revieren und Bauten um

²⁹⁹ Dazu die vorangehenden Ausführungen in Rz. 124 ff.

³⁰⁰ BGE 125 II 29 ff., 38, E. 3d; vgl. die vorangehenden Ausführungen in Rz. 54 ff. und 61 ff.

ein schützenswertes Biotop bzw. (in Schutzgebieten) um einen geschützten Lebensraum im Sinne von Art. 18 Abs. 1 und 2 NHG handelt. Diese *Schutzaufträge* stellen eine auf dem Völkerrecht (Berner Konvention), Verfassungs- und Bundesrecht basierende Staatsaufgabe und damit eine Amtspflicht dar. Eingriffe in Biberbauten, Abschüsse und Bestandesregulierungen kommen nur ausnahmsweise und nach Vornahme einer Interessenabwägung (sehr eingeschränkt in Schutzgebieten) in Betracht, weil andernfalls der Schutzstatus des Bibers ausgehöhlt würde (Art. 18 Abs. 1ter NHG, Art. 12 Abs. 2, 2bis und 4 JSG).³⁰¹

246 Bei der nachträglichen *haftpflichtrechtlichen Beurteilung* ist dieser Umstand m.E. in die rechtliche Würdigung an der geeigneten Stelle bzw. Stufe miteinzubeziehen, um stossende Resultate zu vermeiden. Ansatzpunkte bilden die Frage der Zumutbarkeit von Massnahmen (Werkeigentümerhaftung), die Verschuldensfrage (bei Verschuldenshaftungen) oder die Widerrechtlichkeitsprüfung (Rechtfertigungsgrund der Amtshandlung im öffentlichen Interesse). Bei *qualifizierten behördlichen Fehlentscheidungen* ist eine Haftung, wie erwähnt, möglich.³⁰² Eine sorgfältige Prüfung des Einzelfalls reduziert das Risiko einer Staatshaftung. Der genügenden schriftlichen *Begründung eines Entscheids* kommt eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu (Nachvollziehbarkeit und Transparenz). Dazu gehören eine kurze Schilderung der Ausgangslage sowie die massgeblichen Beweggründe und Kriterien für den getroffenen Entscheid.

247 Angesichts der Zielkonflikte und des behördlichen Ermessensspielraums sind im Einzelfall verschiedene Lösungen vertretbar, und das *Haftungsrisiko* ist als *eher klein* einzustufen. Unbefriedigend erscheint, dass das Staatshaftungsrisiko der Gemeinwesen bei Entscheiden «pro Biber» (Bewilligungs- bzw. Zustimmungsverweigerungen) tendenziell grösser sein dürfte als bei Verfügungen «contra Biber» (Bewilligungen von technischen Eingriffen, Abschüssen, Regulierungen); dies aus der generellen Überlegung, dass geschädigte Personen versuchen, ihren finanziell messbaren Schaden auf einen Dritten abzuwälzen. Weitere Möglichkeiten zur Reduktion des Haftungsrisikos werden nachfolgend diskutiert.³⁰³

6.4 Zur Haftung von natürlichen oder juristischen Personen

248 Für natürliche und juristische Personen (wie Vereine, Verbände, Gesellschaften) gelten viele der vorangehenden Ausführungen zu den Haftungstatbeständen grundsätzlich ebenfalls, mit gewissen Ausnahmen zur Staatshaftung, soweit sie nicht mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betraut sind.³⁰⁴ Auf vertragsrechtliche Haftungstatbestände (Art. 97 ff. OR) oder Haftungstatbestände des Gesellschafts-

³⁰¹ Dazu die vorangehenden Ausführungen in Rz. 12 ff., 18 ff., 83 ff., 101 ff.

³⁰² Vgl. Rz. 223.

³⁰³ Dazu Rz. 250 ff.

³⁰⁴ Siehe Rz. 216 ff. und Rz. 222.

rechts (Art. 530 ff. OR) und Besonderheiten wie die Verschuldenshaftung von Organen juristischer Personen (Art. 55 ZGB) wird hier nicht eingegangen.

- 249 Eine Haftung von natürlichen oder juristischen Personen kommt im vorliegenden Zusammenhang vor allem in Betracht, wenn diese Werkeigentümer von Wegen, Strassen, Eisenbahnen oder anderen Bauten und Anlagen sind und Werkmängel zufolge von Biberbauten und -dämmen Drittpersonen (Motorfahrzeuglenker, Reiter, Velofahrer, Wanderer usw.) schädigen. Sodann könnten landwirtschaftliche Bewirtschafter gegenüber Dritten wegen Lieferausständen infolge Produktionseinbussen bei landwirtschaftlichen Kulturen in Verzug geraten und haftbar werden.

6.5 Massnahmen zur Schadenvermeidung und Haftungsprävention

- 250 Entdecken Behörden oder Privatpersonen die Präsenz von Bibern bzw. Biberlebensräume in der Nähe von Strassen, Wegen, anderen Werken oder land- und forstwirtschaftlichen Kulturen, kann geprüft werden, ob und welche *planerischen, organisatorischen oder baulichen Präventionsmassnahmen* ergriffen werden sollen, um die Wahrscheinlichkeit von Schäden an solchen Infrastrukturen zu reduzieren. Auf Seiten der Behörden sind Biberlebensräume oder potenzielle Lebensräume bei der planerischen Festlegung des Gewässerraums (Ausscheidung breiterer Gewässerräume), bei der Beurteilung, ob Gewässerabschnitte revitalisiert werden sollen, und bei der Festlegung von Restwassermengen zu berücksichtigen (dazu z.B. Art. 36a, Art. 38a, Art. 33 Abs. 3 Bst. a und b GSchG, Art. 41a Abs. 3 Bst. b und c, Art. 41d GSchV). Überschneiden sich Biberreviere mit problematischen Freizeitaktivitäten, sind Lenkungsmassnahmen angebracht (Ziff. 3.2.2, Konzept Biber Schweiz [2004]). Weiter können die Verlegung von Bauten und Anlagen sowie die Durchführung von Landumlegungen (Meliorationen) sinnvoll sein; auch der Erwerb von Grundeigentum in Konfliktgebieten und die Prüfung von Enteignungen gegen Entschädigung kommt unter Umständen in Betracht.
- 251 Mit Blick auf die *Reduktion des Haftungsrisikos* ist zu empfehlen, dass der Werkeigentümer nach Entdeckung des Werkmangels nicht untätig bleibt, ev. Warntafeln aufstellt oder einen Weg sperrt, mit den Fachbehörden in Kontakt tritt und ein Gesuch um Bewilligung von technischen Eingriffen in Biberbaue oder -dämme stellt. Ohne vorgängige Bewilligung sind solche Eingriffe grundsätzlich, ausser bei unmittelbarer, schwerer Gefahr, nicht rechtmässig (unter Umständen sogar strafbar); sie können vom verkehrssicherungspflichtigen Werkeigentümer nicht verlangt werden. Entweder ist von fehlender Zumutbarkeit zur Vornahme von Sanierungsmassnahmen (welche Biberbauten beschädigen) auszugehen; oder die Widerrechtlichkeit der Unterlassung (trotz Handlungspflicht) ist m.E. mit dem Argument der Wahrung höherer Interessen (Erfüllung öffentlich-rechtlicher Vorgaben) abzulehnen.
- 252 *Land- und forstwirtschaftliche Bewirtschafter* können bei drohenden Schäden an Wald oder landwirtschaftlichen Kulturen den zuständigen Gemeinde- und Kantonsbehörden die Präsenz von Bibern melden und sich von der Biberfachstelle über Massnahmen zum Schutz vor Frass an land- und forstlichen Kulturen beraten lassen

(Installation von Elektro- oder Fixzäunen, Umwandeln von Acker- in Grünland, Einzelbaumschutz, extensive Bewirtschaftung von Uferstreifen).³⁰⁵ Der Abschluss von geeigneten *Betriebshaftpflicht- und Rechtsschutzversicherungen* (welche solche Fälle abdecken) sowie die Überprüfung und allfällige Ergänzung / Anpassung von Versicherungspolicen ist zu empfehlen.

253 Sind bereits erste Schäden wie Vernässung von Kultur- und Waldflächen sowie im Siedlungsraum aufgetreten bzw. festgestellt, stehen *baulich-technische Massnahmen* im Vordergrund, so z.B. die bewilligungspflichtige Sanierung eines Weges oder die Regulierung eines Biberdamms, der Eigentumserwerb oder die Pacht von Flächen in Konfliktbereichen durch das Gemeinwesen.

254 Nochmals ist zu betonen, dass vor allem die Revitalisierung von beeinträchtigten Gewässern und die Ausscheidung von genügend breiten Gewässerräumen, welche nur extensiv bewirtschaftet werden dürfen und über eine standortgerechte, artenreiche Kraut- und Gehölzvegetation verfügen, eine *langfristige Lösung von Biberkonflikten* ermöglichen und sichern. Dabei sollen nach Möglichkeit Strassen (und Wege), die direkt entlang von Fliessgewässern angelegt sind, verlegt (mit einem Abstand von mindestens 20 m zum Gewässer) oder aufgehoben werden. Ein Nachteil liegt darin, dass für eine Strassenverlegung ein hoher Landbedarf nötig ist und beträchtliche Kosten entstehen können (mehr als Fr. 250 / m). In Betracht kommen vertragliche Verhandlungen mit den betroffenen Bewirtschaftern, die Durchführung eines Meliorations- bzw. Landumlegeverfahrens oder ev. eines Enteignungsverfahrens (inklusive Entschädigung).

6.6 Lösungshinweise zu zwei ausgewählten Konstellationen

a) Untergrabung von Strassen und Wegen

255 Beispiel: *Biber untergraben einen gekiesten Flurweg*, welcher im Eigentum der Ortsgemeinde steht. Ein Pferd verliert wegen einem einbrechenden Biberbau das Gleichgewicht und stürzt mit seinem Reiter, wobei sich beide schwer verletzen und das Pferd später eingeschläfert werden muss. Der geschädigte Reiter klagt gegen die Gemeinde gestützt auf Art. 58 OR auf Leistung von Schadenersatz (für seinen Personenschaden und für die Heilungs- und anderen Kosten sowie den Affektionswert des Pferdes).

256 Vorliegend ist die Werkeigentümerhaftung im Sinne von Art. 58 OR zu prüfen, welche der Staatshaftung vorgeht. Die Ortsgemeinde gilt als Werkeigentümerin des Flurwegs, welcher als Werk zu qualifizieren ist. Biberlöcher auf oder unter dem Belag stellen grundsätzlich Werkmängel dar. Da es sich bei der Werkeigentümerhaftung um eine Kausalhaftung handelt, setzt die Haftung der Gemeinde kein Verschulden

³⁰⁵ ANGST (FN 2), 119 (Tab. 40).

der verantwortlichen Gemeindeangestellten (v.a. Wegverantwortliche) voraus. Ob die Gemeinde für den Schaden im Grundsatz haftpflichtig ist, kann nicht pauschal beantwortet werden. Zu Vieles hängt von verschiedenen, speziellen Aspekten ab, welche im Einzelfall zu klären sind.

- 257 Entscheidend werden unter anderem folgende Fragen sein: wussten die Wegverantwortlichen von den Beschädigungen des Weges vor dem Unfall? Wie gross waren der Werkmangel und die damit verbundene Unfallgefahr? Wurden sie von Drittpersonen darauf hingewiesen? Falls ja, war es ihnen logistisch und finanziell zumutbar, innert angemessener Frist vor dem Unfallereignis Massnahmen zu ergreifen (z.B. Aufstellen einer Warntafel, Verstärkung / Überdeckung des Weges mit Überfahrplatten, ev. Sanierung der Löcher)? Befindet sich der Weg in einem Naturschutzgebiet? Haben die Gemeindeverantwortlichen rechtzeitig ein Bewilligungsverfahren bei der zuständigen, kantonalen Behörden für technische Eingriffe gemäss Art. 18 Abs. 1ter NHG eingeleitet? Wurde die Bewilligung für Eingriffe in den Biberbau von der kantonalen Behörde gestützt auf eine Interessenabwägung (Sicherheit versus Naturschutz) erteilt oder verweigert? Waren die Löcher auf dem Weg sichtbar (ev. Herabsetzung des Haftungsbetrags wegen Selbstverschuldens des Geschädigten)? Die rechtliche Einschätzung der Haftungsfrage hängt jeweils von den genauen Sach- und Rechts Umständen im Einzelfall ab, weshalb nachfolgend nur rudimentäre Hinweise gegeben und Tendenzen aufgezeigt werden können.
- 258 *Variante 1:* Die Gemeindeverantwortlichen kannten die Werkmängel des Flurwegs bis zum Unfallereignis nicht. Es wäre ihnen aus logistischen oder finanziellen Gründen auch nicht zumutbar gewesen, diese im relevanten Zeitraum festzustellen und zu beheben. Die Gemeinde muss für den Schaden sehr wahrscheinlich nicht einstehen.
- 259 *Variante 2:* Die Gemeindeverantwortlichen beantragen beim Kanton rechtzeitig eine Ausnahmegewilligung zur Vornahme der Eingriffe in die Biberbauten zwecks Wegsanierung (entweder im Rahmen des anhängig gemachten Baubewilligungsverfahrens oder in einem eigenen kantonalen Bewilligungsverfahren). Der Kanton lehnt die Massnahme nach Vornahme einer umfassenden Interessenabwägung sowie nach Prüfung der Einschränkung bzw. Gefährdung von Grundrechten (Leben und Gesundheit, Eigentum etc.) ab. M.E. ist es einer Behörde nicht zumutbar, Werkmängel zu beheben, wenn dadurch eine Verletzung von Bundesrecht (Biotopschutz nach Art. 18 Abs. 1 und 2 NHG geht bei abgelehnter Bewilligung nach Art. 18 Abs. 1ter NHG vor) unvermeidbar ist. Nach Lehre und Rechtsprechung schliessen behördliche Genehmigungen oder das Befolgen von polizeilichen Vorschriften das Vorliegen eines Werkmangels – wie erwähnt – nicht aus. Diesfalls wäre jedoch die Rechtswidrigkeit der Schädigung m.E. gestützt auf den Rechtfertigungsgrund der Amtspflicht abzulehnen (Schutz von Biberbauten als Amtshandlung im öffentlichen Interesse). Die Gemeinde als Werkeigentümerin haftet nicht für den entstandenen Schaden. Eine Folgefrage ist, ob der Geschädigte den Schaden auf die kantonale Behörde infolge der Verweigerung der Ausnahmegewilligung für den Schaden gestützt auf das Ver-

antwortlichkeitsgesetz des betroffenen Kantons überwälzen könnte. Es dürfte dem Geschädigten tendenziell schwerfallen, angesichts des offenbaren Zielkonflikts (Natur- und Artenschutz versus Sicherheit) dem Kanton eine wesentliche Pflichtverletzung nachzuweisen, sofern dessen Entscheid auf einer vorgenommenen und begründeten Interessenabwägung beruht. Zu beachten ist auch, dass dem Kanton bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe (erheblicher Schaden oder Gefährdung) ein Ermessen zusteht.

260 *Variante 3:* Die Gemeindeverantwortlichen beantragen zwar beim Kanton kein Gesuch um Bewilligung eines technischen Eingriffs in die Biberbauten; sie errichten an geeigneter Stelle eine Warntafel bzw. überdecken die Löcher mit provisorischen Massnahmen. Eine Haftung kann nicht ausgeschlossen werden, erscheint aber unwahrscheinlich. Zumindest müsste sich der Geschädigte eine Reduktion des Schadenersatzanspruches gefallen lassen.

261 *Variante 4:* Die Gemeindeverantwortlichen unternehmen trotz Kenntnis der Wegmängel während längerer Zeit nichts. Die Haftbarkeit der Gemeinde infolge Unterlassung ist wahrscheinlich, wenn es ihr nicht gelingt, genügend darzutun, dass das Ergreifen von Massnahmen unzumutbar war.

b) Verklausungen und Überschwemmungen nach Dambruch

262 *Beispiel:* Bei einem kleineren Fliessgewässer hat die für den Gewässerunterhalt zuständige Gemeinde einen engen Durchlass errichtet (*Hochwasserschutzbaute*). Oberhalb dieses Durchlasses haben Biber einen Damm gebaut. Die örtlichen Gemeindeverantwortlichen möchten den *Biberdamm* zwar entfernen, verzichten aber darauf, weil sie sich dafür aus Naturschutzgründen als nicht befugt erachten. Nach einem *Hochwasserereignis* bricht der Biberdamm, Holz und Steine verstopfen den Durchlass (Verklausung), worauf der Bach Schäden an Infrastrukturen (Strassen, Gebäude) anrichtet. Die geschädigten Privatpersonen verlangen von der Ortsgemeinde Schadenersatz.

263 Das eidg. Wasserbaugesetz (WBG)³⁰⁶ bezweckt den *Schutz von Menschen und erheblichen Sachwerten vor schädlichen Auswirkungen des Wassers*, insbesondere vor Überschwemmungen, Erosionen und Feststoffablagerungen (Art. 1 WBG). Hochwasserschutz ist Aufgabe der Kantone (Art. 2 WBG), welche diesen in erster Linie durch den Unterhalt der Gewässer und durch raumplanerische Massnahmen gewährleisten. Reicht dies nicht aus, so müssen Massnahmen wie Verbauungen, Eindämmungen, Korrekturen, Geschiebe- und Hochwasserrückhalteanlagen sowie alle weiteren Vorkehrungen, die Bodenbewegungen verhindern, getroffen werden. (Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 WBG). Art. 4 WBG (Anforderungen) lautet wie folgt:

³⁰⁶ Bundesgesetz über den Wasserbau vom 21. Juni 1991 (SR 721.100).

¹ *Gewässer, Ufer und Werke des Hochwasserschutzes müssen so unterhalten werden, dass der vorhandene Hochwasserschutz, insbesondere die Abflusskapazität, erhalten bleibt.*

² *Bei Eingriffen in das Gewässer muss dessen natürlicher Verlauf möglichst beibehalten oder wiederhergestellt werden. Gewässer und Gewässerraum müssen so gestaltet werden, dass:*

a. sie einer vielfältigen Tier- und Pflanzenwelt als Lebensraum dienen können; b. die Wechselwirkungen zwischen ober- und unterirdischen Gewässern weitgehend erhalten bleiben; c. eine standortgerechte Ufervegetation gedeihen kann.

³ *In überbauten Gebieten kann die Behörde Ausnahmen von Absatz 2 bewilligen.*

⁴ *Für die Schaffung künstlicher Fliessgewässer und die Wiederinstandstellung bestehender Verbauungen nach Schadenereignissen gilt Absatz 2 sinngemäss.*

264 Gemäss Art. 12 Abs. 1 und 2 WBG vollziehen die *Kantone* das WBG, soweit nicht der Bund dafür zuständig ist. Sie erlassen die erforderlichen Vorschriften. Nach kantonalem Recht sind für den Gewässerunterhalt häufig die *Gemeinden* verantwortlich, so z.B. im Kanton Bern gemäss Art. 9 Abs. 2 Bst. a des kantonalen Wasserbaugesetzes.³⁰⁷

265 Soweit eine Gemeinde auf Grund des kantonalen Wasserbaurechts zum Gewässerunterhalt verpflichtet ist, muss sie diese Verkehrssicherungspflicht in ausreichendem Masse wahrnehmen. Beispielsweise sind gemäss Art. 6 Abs. 2 und 3 des Berner Wasserbaugesetzes Schutzbauten und Anlagen gegen Bodenbewegungen in gutem Zustand zu erhalten. Der *Gewässerunterhalt* umfasst die Räumungs- und Reinigungsarbeiten; die Erneuerungsarbeiten geringen Ausmasses an Wasserbauwerken, die Pflege und das Ersetzen von standortgerechten Bestockungen und die Pflege von Böschungen und Uferunterhaltswegen.

266 Zu beachten ist auch Art. 19 WaG: Wo es der Schutz von Menschen oder erheblichen Sachwerten erfordert, sichern die Kantone die Anrissgebiete von Lawinen sowie Rutsch-, Erosions- und Steinschlaggebiete und sorgen für den *forstlichen Bachverbau*. Für die Massnahmen sind möglichst naturnahe Methoden anzuwenden.³⁰⁸

267 Der Durchlass als Hochwasserschutzanlage stellt zudem ein *Werk* im Sinne von Art. 58 Abs. 1 OR dar, welches im Rahmen der Zumutbarkeit mängelfrei zu halten ist.³⁰⁹

³⁰⁷ Gesetz über Gewässerunterhalt und Wasserbau (Kt. BE) vom 14. Februar 1989 (751.11); BUNDESAMT FÜR WASSER UND GEOLOGIE (BWG, bis 2005), Hochwasserschutz an Fliessgewässern, Wegleitung, Bern 2001, S. 23 ff.

³⁰⁸ Ausführungsbestimmungen in: Art. 15 ff. Waldverordnung (WaV) vom 30. November 1992 (SR 921.01).

³⁰⁹ Vgl. dazu auch BGE 122 III 229 ff. (künstlich umgestalteter, korrigierter Flusslauf des Flusses Nozon, welcher im Jahre 1990 bei starkem Hochwasser zweimal weit über seine Ufer trat und Schäden an landwirtschaftlichen Kulturen anrichtete); vgl. die Besprechung von PETER GAUCH/RICHARD SINNIGER, Vom

Dazu gehören periodische Kontrollen der Hochwasserschutzanlagen. Eine jährliche Kontrolle der Anlagen (und des Gewässers) dürfte in der Regel wohl ausreichen; Hochwasserereignisse können jedoch ausserordentliche Massnahmen erfordern. Massgebend sind die Verhältnisse im Einzelfall, die Anforderungen von Art. 58 OR sowie des kantonalen Wasserbaurechts. Grundsätzlich hat der Werkeigentümer auch für Mängel einzustehen, welche durch «Zufall» entstanden sind (z.B. ohne menschlichen Einfluss durch Naturereignisse). Ob ein Biberdamm oberhalb einer Hochwasserschutzbaute als Werkmangel einzustufen ist, hängt von der Beurteilung im Einzelfall ab (Grösse und Topografie des Fliessgewässers, Grösse des Biberdamms, Art und Dimensionierung des Bauwerks).

268 Im vorliegenden Beispiel sollte die Gemeinde nach Entdeckung des Biberdamms selber Abklärungen treffen und gleichzeitig oder danach mit den (für die Jagd und für den Biotopschutz) zuständigen kantonalen Behörden (insbesondere mit dem Wildhüter) Kontakt aufnehmen und die Sachlage darlegen. Vermutlich drängt es sich auf, dem Kanton ein Gesuch um Erteilung einer Ausnahmegewilligung für einen technischen Eingriff nach Art. 18 Abs. 1ter NHG zu stellen. Der im Sachverhalt geschilderte Verzicht der Gemeinde auf eine Massnahme, ohne dies vorgängig mit den kantonalen Behörden abzusprechen, ist dann vertretbar, wenn die Gemeinde die Gefahrenlage vorgängig genügend abgeklärt hat bzw. wenn sie das kantonale Bewilligungsverfahren abwartet; andernfalls wäre der Verzichtsbeschluss haftungsrechtlich riskant. Die kantonale Bewilligungsbehörde wird basierend auf der erwähnten Bestimmung sowie auf Art. 4 Abs. 2 Bst. a WBG eine umfassende Interessenabwägung vornehmen müssen, bei Bedarf unter Beizug von Fachexperten. Wegen der Gefährdung von Grundrechten (Leben und Gesundheit, Eigentum) ist auch eine Verhältnismässigkeitsprüfung gestützt auf Art. 36 Abs. 3 BV vorzunehmen.

269 Dem polizeilichen Schutz des fundamentalen Rechtsguts *Leben und Gesundheit* ist dabei – insbesondere in Siedlungsnähe und ausserhalb von Schutzgebieten – genügend Gewicht beizumessen. Ist davon auszugehen, dass der Biberdamm im Hochwasserfall die Verklausungs- bzw. Überschwemmungsgefahr erheblich verschärft und sind Menschenleben und erhebliche Sachwerte dadurch ernsthaft gefährdet, dürfte eine Bewilligung zur Entfernung des Biberdamms unumgänglich sein (ev. unter Entzug der aufschiebenden Wirkung allfälliger Rechtsmittel). Bei unmittelbarer schwerer Gefahr kann das Polizeirecht als Rechtsgrundlage dienen. Die Bewilligungsbehörde hat dann angemessene Ersatzmassnahmen im Sinne des Biber-schutzes anzuordnen (z.B. Revitalisierungs- oder Aufwertungsmassnahmen in einem nahegelegenen Biberrevier). Ob die Voraussetzungen für Abschüsse oder Bestandesregulierungen betreffend die schadenstiftenden Biber nach Art. 12 Abs. 2bis JSG i.V. mit Art. 10 Abs. 5 JSV (oder sogar von Art. 12 Abs. 4 JSG i.V. mit Art. 4 JSV) gegeben sind, ist eine andere Frage. Es ist jedenfalls eine wirksame Massnahme zur

Nozon, der über die Ufer trat...und wie das Bundesgericht die Haftungsfrage entschied, in Baurecht 2/1997, 42 ff.

Gefahrenbeseitigung und im Zweifelsfall nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip die mildere Massnahme zu wählen, also die Errichtung eines Schwemmholtzrechens (mit grossen Stahlstangen) einige Meter vor dem Durchlass oder die Entfernung des Biberdamms, statt z.B. der Abschuss einzelner Tiere.

V. Fazit

- 270 Der sich im Flachland wieder ausbreitende Biber ist nach schweizerischem Jagdrecht ein geschütztes Tier, sein Lebensraum gilt im Natur- und Heimatschutzrecht als schützenswertes Biotop. Innerhalb von Schutzgebieten von nationaler Bedeutung ist der Schutzstatus des Biberlebensraums deutlich höher. Die Darstellung der Rechtsgrundlagen und die Analyse der Rechtsfragen zum Biber zeigen ein komplexes Zusammenspiel von verschiedenen Staatsaufgaben, von mehrheitlich öffentlich-rechtlichen, aber auch privatrechtlichen Normen. Da der Biber entlang von und in Gewässern lebt, kommt dem Gewässerschutzrecht und vor allem der Erhaltung der Gewässerräume eine zentrale Rolle zu; das Raumplanungsrecht ist dabei nicht zu unterschätzen. Die laufenden und geplanten Revitalisierungen auf rund einem Viertel der am meisten beeinträchtigten Fliessgewässer sind für den Biber sehr wertvoll. Auch die Festlegung der bundesrechtlich bereits seit 2011 gesicherten Gewässerräume sowie das grundsätzliche Bauverbot im Gewässerraum tragen dazu bei, Konflikte zwischen den Biberaktivitäten und menschlichen Nutzungen nicht weiter zu akzentuieren. Im Gewässerraum oder in dessen Nähe befinden sich zahlreiche Wege, aber auch andere Bauten und Anlagen sowie landwirtschaftlich genutzte Flächen. Angesichts der Bestandesgarantie für bestehende Bauten und Anlagen im Gewässerraum sind Überschneidungen der Nutzungsräume von Mensch und Biber weiterhin unvermeidlich und damit auch Zielkonflikte zwischen Nutzung und Schutz.
- 271 Biberbaue und -dämme führen zu sog. Biberschäden an Wald, landwirtschaftlichen Kulturen und Infrastrukturen. Umstürzende Bäume oder beeinträchtigte oder gefährdete Infrastrukturen können auch Unfälle mit Personenschäden zur Folge haben. Es stellt sich die Frage, wie weit Biberschäden hinzunehmen oder auf welche Weise sie zu verringern sind. Es steht eine breite Palette von Massnahmen zur Verfügung: eigentliche Verhütungs-, baulich-technische und organisatorische, jagdrechtliche sowie planerische Massnahmen, z.B. die Verlegung von Wegen und Gebäuden aus dem Gewässerraum, Schutz von landwirtschaftlichen Kulturen und Einzelbäumen, Sanierungen von Wegen und Hochwasserschutzbauten, Einfang und Abschuss von einzelnen Bibern sowie Bestandesregulierungen. Ergänzend werden Schäden an Wald, landwirtschaftlichen Kulturen und Nutztieren, nicht aber an Infrastrukturen entschädigt. Letzteres führt zu Ungleichbehandlungen von verschiedenen Akteuren und erscheint auch wegen den erwähnten möglichen Folgeschäden als problematisch.
- 272 Das Haftungsrisiko von Werkeigentümern von Wegen, Strassen, Hochwasserschutzbauten und Trinkwasserfassungen besteht und ist nicht leicht einzuschätzen. Einerseits muss der Werkeigentümer das Werk mängelfrei halten, andererseits sind

Eingriffe in Biberbaue und -dämme nur mit vorgängiger behördlicher Bewilligung (meistens im kantonalen Amtsblatt zu publizieren) ausserhalb von Biotopen von nationaler Bedeutung zulässig. Stossende Ergebnisse sind zu vermeiden; dies ist z.B. im Rahmen einer Prüfung der Zumutbarkeit des Werkunterhalts bei der Werkeigentümerhaftung bzw. auf der Ebene der Widerrechtlichkeit (Rechtfertigungsgründe) möglich. Bei Werkmängeln muss der Werkeigentümer aktiv werden und zulässige Schritte umsetzen, um sein Haftungsrisiko zu vermindern.

273 Die zuständigen Behörden (Kantone bzw. BAFU) stehen vor dem Dilemma, einerseits den Biber- und Biotopschutz als Bundesaufgabe umzusetzen und andererseits übermässige Biberschäden zu verhindern bzw. ihnen entgegenzuwirken. Haftungsrisiken und betriebswirtschaftliche Argumente dürften den Druck in Richtung technischer Eingriffe, Abschüsse oder Regulierungsmassnahmen erhöhen. Die Behörden sind gehalten, bei ihren Entscheiden zu beantragten technischen Eingriffen in Biberbauten, Abschüssen und Bestandesregulierungen angesichts der existierenden Zielkonflikte möglichst allseitig gesetzeskonforme Lösungen zu finden (materiell koordinierte Anwendung von gleichrangigen Vorschriften). Erscheint dies nicht möglich, ist je nach Vorgabe der anwendbaren Spezialerlasse in der Regel eine eingeschränkte oder umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip sind im Einzelfall die mildest möglichen, wirksamen Massnahmen anzuordnen; kurzfristig wirkende Einzelabschüsse und Bestandesregulierungen sollen die Ausnahme bleiben. Das Konzept Biber Schweiz (2004) bildet zwar eine brauchbare Basis, behandelt gewisse aktuelle Fragen jedoch nicht oder nur am Rande (z.B. Voraussetzungen für technische Eingriffe in Biberbauten, die Gefährdung von Infrastrukturen und Bestandesregulierungen). Insgesamt bieten die vorhandenen Rechtsgrundlagen im Bundesrecht ausreichende Instrumente für sinnvolle bzw. vertretbare Lösungen im Einzelfall.