

**Titel:**

**Zulassung der Tötung von Fischottern im Verordnungswege**

**Normenketten:**

Flora-Fauna-Habitat-RL Art. 12, Art. 16

BNatSchG § 44, § 45 Abs. 7, § 63 Abs. 2 Nr. 4b, § 64

UmwRG § 1, § 2

VwGO § 47 Abs. 6

**Leitsätze:**

1. Ausnahmen von artenschutzrechtlichen Verboten des § 44 BNatSchG werden nach dem Regelungsregime des § 45 Abs. 7 BNatSchG einerseits im Wege der Einzelfallausnahme und andererseits im Wege allgemeiner Ausnahmen durch Verordnungen ermöglicht. (Rn. 66)

2. Mit diesem Ausnahmeregime des § 45 Abs. 7 BNatSchG nicht zu vereinbaren ist eine Regelung, die – wie § 3 Abs. 4 Satz 3 AAV in der seit 1. Mai 2023 geltenden Fassung – die Frage der Höchstzahl ausnahmsweise zulässiger Tötungen von Exemplaren einer streng geschützten Art wie des Fischotters als einen zentralen Aspekt der quantitativen Reichweite einer Ausnahmeregelung nicht selbst regelt, sondern lediglich die Bekanntgabe einer abstrakt generellen Höchstzahl vorsieht, die ihrerseits weder in Verordnungsform erfolgt noch eine Einzelfallregelung darstellt. (Rn. 66 – 68)

Es wäre mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes nicht zu vereinbaren, in Bereichen, in denen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG Ausnahmen vom strengen Artenschutz wahlweise durch Verwaltungsakt oder durch Verordnung möglich sind, den unionsrechtlich gebotenen Rechtsschutz von Umweltvereinigungen von der formalen Wahl der Rechtsform abhängig zu machen und eine bei Verwaltungsakten gegebene Klagemöglichkeit nach § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UmwRG im Fall von Verordnungen zu verweigern, soweit solche Verordnungen an die Stelle eines Verwaltungsakts treten. (Rn. 49) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Artenschutz, ausnahmsweise Zulassung einer Tötung von Fischottern im Verordnungswege, vorläufiger Rechtsschutz von bundes- bzw. landesrechtlich anerkannten Naturschutz- bzw. Umweltvereinigungen und Antragsbefugnis solcher Verbände, Verletzung der naturschutzrechtlichen Beteiligungsbefugnis einer landesrechtlich anerkannten Naturschutz- bzw. Umweltvereinigung und deren Rechtsfolgen, Regelungsregime des § 45 Abs. 7 BNatSchG

**Fundstellen:**

KommJur 2024, 73

NuR 2024, 136

DÖV 2024, 246

BayVBl 2024, 129

ZUR 2024, 108

LSK 2023, 34980

**Tenor**

I. Die Verfahren 14 NE 23.1503 und 14 NE 23.1658 werden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.

II. Die Verordnung zur Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmereverordnung betreffend Ausnahmen für den Fischotter vom 25. April 2023 (BayMBI. Nr. 200) und die Verordnung zur Ausführung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmereverordnung (AVBayAAV) vom 5. Juli 2023 (GVBl. S. 485) werden vorläufig bis zur Entscheidung in der jeweiligen Hauptsache außer Vollzug gesetzt.

III. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens.

IV. Der Streitwert wird bis zur Verbindung der Verfahren im Verfahren 14 NE 23.1503 auf 5.000 Euro und im Verfahren 14 NE 23.1658 auf 10.000 Euro, nach Verbindung der Verfahren auf 15.000 Euro festgesetzt.

## Gründe

I.

1

Die Antragsteller der beiden verbundenen Verfahren wenden sich als vom Umweltbundesamt (Antragsteller zu 1 und 3) bzw. durch den Freistaat Bayern (Antragsteller zu 2) anerkannte Natur- bzw. Umweltvereinigungen gegen die Verordnung zur Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung betreffend Ausnahmen für den Fischotter vom 25. April 2023 und die Verordnung zur Ausführung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung vom 5. Juli 2023, mit denen hinsichtlich des Fischotters Ausnahmen von den Schutzvorschriften für besonders geschützte Tierarten für die Regierungsbezirke Niederbayern und Oberpfalz mit Ausnahme des Landkreises Neumarkt zugelassen wurden.

2

Der Bayerische Landtag forderte mit Beschluss vom 18. April 2018 (LT-Drs. 17/21770) die Staatsregierung auf, den sog. Fischotter-Managementplan dem Stand der aktuellen Entwicklung anzupassen und ihn in besonderen Fällen, in denen an Erwerbssteichanlagen keine Präventions- und Abwehrmaßnahmen umgesetzt werden könnten, um die Entnahme als vierte Stufe zu ergänzen; ursprüngliche Säulen sind Beratung, Prävention (insbesondere Zaunbau) und Entschädigung.

3

Im Rahmen eines Pilotprojekts erteilte die Regierung der Oberpfalz mit insgesamt drei Bescheiden vom 16. März 2020, die letztlich bis zum 31. Dezember 2021 galten (Verlängerungsbescheide vom 17.12.2020), je einem Jagdausübungsberechtigten gemäß § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG die artenschutzrechtliche Ausnahmegenehmigung zur Entnahme von maximal zwei männlichen Fischottern an einer jeweils in den Bescheiden näher beschriebenen fischereiwirtschaftlich genutzten Teichanlage. Hiergegen hatten die Antragsteller zu 1 und 2 jeweils Klage erhoben, die das Verwaltungsgericht Regensburg jeweils als begründet angesehen hat, weshalb es die jeweiligen (verlängerten) Bescheide mit Urteil vom 27. August 2021 vollumfänglich aufgehoben hat. Die diesbezüglich vom Verwaltungsgerichtshof zugelassenen Berufungen des Antragsgegners hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof mit Urteilen vom 23. Mai 2023 bezüglich zweier Teichanlagen jeweils mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Rechtswidrigkeit des jeweiligen Bescheids festgestellt wurde (Verfahren 14 B 22.1696, 14 B 22.1698, 14 B 22.1699 und 14 B 22.1700); hinsichtlich des die dritte Teichanlage betreffenden Bescheids wurden die Verfahren jeweils eingestellt und es wurde festgestellt, dass die diesbezüglichen Urteile des Verwaltungsgerichts Regensburg vom 27. August 2021 jeweils unwirksam geworden sind (Verfahren 14 B 22.1697 und 14 B 22.1701).

4

Bereits am 25. April 2023 hat die Bayerische Staatsregierung die Verordnung zur Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung betreffend Ausnahmen für den Fischotter erlassen, nach deren § 1 ein neuer § 3 in die bestehende Artenschutzrechtliche Ausnahmeverordnung (AAV) eingefügt wurde bezüglich Ausnahmen für Fischotter (BayMBI. 2023 Nr. 200), welcher nach § 2 der Änderungsverordnung am 1. Mai 2023 in Kraft trat.

5

Dieser § 3 AAV n.F. hat folgenden Wortlaut:

§ 3

6

Ausnahmen für Fischotter

7

(1) Zur Abwendung ernster fischereiwirtschaftlicher Schäden wird nach Maßgabe der Abs. 2 bis 7 gestattet, Fischotter (*Lutra lutra*) in einem Bereich von 200 m vom jeweiligen Gewässerrand einer Teichanlage, die der Zucht oder Produktion von Fischen dient, nachzustellen, mit Lebendfallen zu fangen, zu vergrämen oder durch Abschuss zu töten, soweit es keine zumutbare Alternative gibt.

8

(2) Ein ernster fischereiwirtschaftlicher Schaden liegt vor, wenn durch Fischotter

**9**

1. ein Verlust von 10% der erzeugten Fische der Teichanlage bezogen auf die Zahl der eingesetzten Fische oder

**10**

2. ein nicht ersetzbarer Verlust von Laichfischen

**11**

eingetreten ist.

**12**

(3) <sup>1</sup>Eine zumutbare Alternative im Sinne des Abs. 1 gibt es nicht, wenn ein Zaunbau rechtlich oder tatsächlich nicht möglich ist oder wirtschaftlich unzumutbar ist. <sup>2</sup>Ein Zaunbau ist wirtschaftlich unzumutbar, wenn die Kosten der Errichtung inklusive der Kosten für Genehmigungsverfahren und im Einzelfall erforderlicher naturschutzrechtlicher Gutachten und unter Berücksichtigung staatlicher Zuschüsse und der Unterhaltung die in einem Zeitraum von zehn Jahren durch die Bewirtschaftung der umzäunten Teiche zu erzielende Rendite übersteigen.

**13**

(4) <sup>1</sup>Maßnahmen nach Abs. 1 sind ausschließlich in Gebieten zulässig, in denen der Fischotter

**14**

1. einen günstigen Erhaltungszustand aufweist oder

**15**

2. der Erhaltungszustand der Population zwar ungünstig ist, sich durch die Ausnahme aber nicht verschlechtert und die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes nicht behindert wird.

**16**

<sup>2</sup>Die Ermächtigung nach § 45 Abs. 7 Satz 4 BNatSchG wird insoweit auf das Staatsministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten übertragen als dieses ermächtigt wird, die Gebiete nach Satz 1 durch Verordnung festzulegen. <sup>3</sup>Die Landesanstalt für Landwirtschaft (Landesanstalt) gibt jährlich eine Höchstzahl von Fischottern, die getötet werden dürfen, sowie tagesaktuell eine Information über den Stand der im jeweiligen Jahr bereits getöteten Fischotter bekannt.

**17**

(5) Vom 1. Februar bis zum 30. November dürfen Fischotter nicht ohne vorherige Gewichtsüberprüfung getötet werden, sondern zunächst nur lebend gefangen und anschließend nur dann getötet werden, wenn sie ein Gewicht von weniger als 4 kg oder mehr als 8 kg aufweisen; andernfalls sind sie am Fangort umgehend und unversehrt wieder freizulassen.

**18**

(6) Fang- und Abschussort, Teichanlage, Abschuss- und Fangdatum, das Datum des Aufstellens von Fallen sowie Informationen über die Entsorgung und den Verbleib des getöteten Fischotters sind der Landesanstalt unverzüglich mitzuteilen.

**19**

(7) Im Übrigen bleiben die Vorschriften des Jagdrechts unberührt.

**20**

Am 5. Juli 2023 erließ das Bayerische Staatsministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten die Verordnung zur Ausführung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung – AVBayAAV – (GVBl. 2023 S. 485), die nach ihrem § 2 am 1. August 2023 in Kraft trat.

**21**

In § 1 AVBayAAV (Gebietskulisse) werden als Gebiete nach § 3 Abs. 4 Satz 1 AAV n.F. die in der Anlage aufgeführten Landkreise und kreisfreien Städte festgesetzt (Satz 1), wovon nach dessen Satz 2 in Anlage 1 zu § 1 Nr. 1 der Bayerischen Natura 2000-Verordnung festgelegte Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung (FFH-Gebiete), soweit für diese Gebiete der Fischotter (*Lutra lutra*) als Art nach Anhang II der RL 92/43/EWG genannt ist, Naturschutzgebiete nach § 23 BNatSchG und Nationalparke nach § 24 Abs. 1 bis 3 BNatSchG i.V.m. Art. 13 BayNatSchG ausgenommen sind. Die Anlage führt alle Landkreise und

kreisfreien Städte der Regierungsbezirke Niederbayern und Oberpfalz mit Ausnahme des Landkreises Neumarkt auf.

## **22**

Ebenfalls am 5. Juli 2023 erließ das Bayerische Staatsministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten eine Verordnung zur Änderung der Verordnung zur Ausführung des Bayerischen Jagdgesetzes (GVBl. 2023 S. 487), die Sondervorschriften für die Jagd auf Fischotter einführt und nach ihrem § 2 ebenfalls am 1. August 2023 in Kraft trat.

## **23**

Zusätzlich finden sich seit dem 1. August 2023 auf der Homepage der Bayerischen Landesanstalt für Landwirtschaft (LfL) unter „Fischotterentnahme: Kontingent – Ablauf – Informationen“ Angaben dazu, dass das Kontingent für die gesamte Gebietskulisse aktuell 32 Individuen betrage, wobei bisher 0 Individuen entnommen worden seien – Stand bis zum heutigen Datum unverändert –, außerdem unter anderem eine Checkliste zur Fischotterentnahme gemäß § 3 AAV n.F., Formulare zur Dokumentation ernster fischereiwirtschaftlicher Schäden und zur Zumutbarkeit eines Fischotterabwehrzauns sowie ein Meldeformular gemäß § 3 Abs. 6 AAV n.F. insbesondere für die Fischotterentnahme.

## **24**

Am 22. August 2023 hat der Antragsteller zu 1 (14 NE 23.1503) einen Normenkontrollantrag gegen alle drei Verordnungen gestellt (14 N 23.1502) und zugleich den Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 47 Abs. 6 VwGO) beantragt.

## **25**

Der Senat hat mit Beschluss vom 24. August 2023 von den Verfahren 14 N 23.1502 und 14 NE 23.1503 jeweils denjenigen Teil des Antrags abgetrennt, der sich auf die Verordnung zur Änderung der Verordnung zur Ausführung des Bayerischen Jagdgesetzes vom 5. Juli 2023 (GVBl. S. 487) bezieht, weil hierfür nicht der 14. Senat, sondern der 19. Senat zuständig ist.

## **26**

Am 13. September 2023 haben die Antragsteller zu 2 und 3 (14 NE 23.1658) einen Normenkontrollantrag gegen die Verordnung zur Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung betreffend Ausnahmen für den Fischotter vom 25. April 2023 und die Verordnung zur Ausführung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung (AVBayAAV) vom 5. Juli 2023 gestellt (14 N 23.1657) und zugleich den Erlass einer einstweiligen Anordnung (§ 47 Abs. 6 VwGO) beantragt.

## **27**

Die Antragsteller zu 1 bis 3 beantragen,

## **28**

die Verordnung zur Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung betreffend Ausnahmen für den Fischotter vom 25. April 2023 und die Verordnung zur Ausführung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung (AVBayAAV) vom 5. Juli 2023 bis zur Entscheidung in der Hauptsache vorläufig außer Vollzug zu setzen.

## **29**

Der Antragsteller zu 1, ein nach § 3 Abs. 2 UmwRG vom Umweltbundesamt anerkannter Umweltverband, macht geltend, durch die streitgegenständlichen Verordnungen in seinem satzungsgemäßen Aufgabenbereich berührt zu sein, welcher unter anderem darauf gerichtet sei, den Schutz der zur Familie der Marderartigen gehörenden Raubtierarten, insbesondere des Eurasischen Fischotters, vor dem Aussterben zu bewahren und ihr Überleben in Koexistenz mit dem Menschen in einer gemeinsamen Mitwelt nachhaltig zu sichern. Seine Antragsbefugnis ergebe sich aus § 64 Abs. 1 i.V.m. § 63 Abs. 2 Nr. 4b BNatSchG sowie – hilfsweise – unmittelbar aus Art. 9 Abs. 2 der Aarhus-Konvention (AK) bzw. aus § 2 Abs. 1, § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 oder 5 UmwRG (analog). Er macht geltend, dass die Verordnungen, die als Teil einer Gesamtregelung zur Fischotterentnahme in untrennbarem Zusammenhang stünden, Rechtsvorschriften des europäischen und des nationalen Naturschutzrechts widersprüchen. Die Verordnungen seien formell rechtswidrig, weil der Antragsteller zu 1 im Rahmen der Aufstellung der Verordnungen nicht beteiligt worden sei; die Pflicht, ihn zu beteiligen, bestehe unter anderem aufgrund Art. 6, 8 AK. Auch andere Verbände wie der Bund Naturschutz in Bayern e.V. seien nach seiner Kenntnis nicht den Vorschriften entsprechend in das Verfahren eingebunden gewesen. Die Verordnungen seien auch

materiell rechtswidrig, da die durch sie zugelassenen Maßnahmen gegen die artenschutzrechtlichen Zugriffsverbote, insbesondere das Verbot, wildlebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG), sowie das Verbot, wildlebende Tiere der strenggeschützten Arten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten erheblich zu stören (§ 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG), verstießen, ohne dass die Voraussetzungen für eine artenschutzrechtliche Ausnahme gemäß § 45 Abs. 7 Satz 1 bis 3 BNatSchG gegeben wären. Weiterhin verstoße die zugelassene Entnahmemethode gegen Vorschriften des Tierschutz- und Jagdrechts. Zudem fehle es an einer auf Verordnungsebene durchgeführten FFH-Vorprüfung bzw. FFH-Verträglichkeitsprüfung, um erhebliche Beeinträchtigungen von FFH-Gebieten durch die durch sie ermöglichte Entnahme von Fischottern mit der europarechtlich gebotenen Gewissheit auszuschließen. Die Verordnungen enthielten keinerlei Vorgaben, welche sicherstellten, dass die Entnahmegebiete sowie die Berechnungsgrundlage für die Höchstzahl der jährlich zu entnehmenden Fischotter unter Berücksichtigung zukünftiger, möglicherweise auch rückläufiger Populationsentwicklungen in regelmäßigen Abständen daraufhin überprüft würden, ob sie die Vorgaben nach dem § 3 Abs. 4 AAV n.F. noch einhielten, sodass jedenfalls ein zukünftiger Verstoß gegen die artenschutzrechtlichen Ausnahmeanforderungen vorprogrammiert sei.

### 30

Die Antragsteller zu 2 und 3 machen ebenfalls geltend, dass die Verordnungen, zwischen denen eine untrennbare rechtliche Konnexität bestehe, ihren satzungsgemäßen Aufgaben- und Tätigkeitsbereich berührten. Der Antragsteller zu 2, eine nach § 3 Abs. 3 UmwRG i.V.m. § 63 Abs. 2 BNatSchG im Freistaat Bayern anerkannte und landesweit tätige Naturschutz- und Umweltvereinigung, verfolge als Zweck die Förderung des Naturschutzes und der Landschaftspflege im Sinne des Bundesnaturschutzgesetzes und der Naturschutzgesetze der Länder sowie das Ziel, Tiere und Pflanzen und die Biodiversität im Ganzen vor weiterer Zerstörung zu bewahren und wiederherzustellen. Angesichts seines Beteiligungsrechts nach § 63 Abs. 2 Nr. 4b BNatSchG ergebe sich die Antragsbefugnis des Antragstellers zu 2 aus § 64 BNatSchG und zusätzlich aus § 2 Abs. 1, § 1 Abs. 1 Satz 1 UmwRG i.V.m. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO. Der Antragsteller zu 3, eine vom Umweltbundesamt gemäß § 3 Abs. 2 UmwRG anerkannte Umweltvereinigung, fördere nach seiner Satzung die Einhaltung des nationalen und internationalen Umwelt- und Verbraucherschutzrechts, insbesondere des Umwelt- und Verbraucherschutzrechts der Europäischen Union, und sei deshalb ebenfalls durch die Verordnungen in seinem Aufgaben- und Tätigkeitsbereich berührt. Seine Antragsbefugnis ergebe sich aus § 2 Abs. 1, § 1 Abs. 1 Satz 1 UmwRG i.V.m. § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO und Art. 9 Abs. 3 AK i.V.m. Art. 47 Abs. 1, Art. 51 Abs. 1 der EU-Grundrechte-Charta (GRCh). In Betracht kämen dabei § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 oder 4 UmwRG. Die Verordnung zur Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung betreffend Ausnahmen für den Fischotter sei formell rechtswidrig, weil der Antragsteller zu 2 entgegen § 63 Abs. 2 Nr. 4b BNatSchG nicht beteiligt worden sei; hiervon hätte nicht gemäß § 63 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG i.V.m. § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG abgesehen werden dürfen. Außerdem sei diese Verordnung ebenso wie die Verordnung zur Ausführung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung materiell rechtswidrig. Dabei machen die Antragsteller zu 2 und 3 ähnliche Verstöße gegen Rechtsvorschriften des europäischen und des nationalen Naturschutzrechts geltend wie der Antragsteller zu 1. Insbesondere seien die Anforderungen der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage des § 45 Abs. 7 Satz 4 BNatSchG nicht eingehalten, wozu auch die Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 Satz 1 und 2 BNatSchG sowie des Art. 16 Abs. 1 Buchst. b der FFH-Richtlinie gehörten. Die Ausgestaltung im Ordnungswege stelle keine Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 47 GRCh i.V.m. Art. 9 Abs. 3 AK dar.

### 31

Der Antragsgegner beantragt,

### 32

die Anträge abzulehnen.

### 33

Er bezweifelt die Antragsbefugnis der Antragsteller zu 1 und 3, hält die Anträge aber jedenfalls insgesamt für unbegründet. Die Verordnung zur Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung betreffend Ausnahmen für den Fischotter sei – ebenso wie die Verordnung zur Ausführung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung – nicht formell rechtswidrig. Für eine durch das Umweltbundesamt anerkannte und bundesweit tätige Umweltvereinigung wie den Antragsteller zu 1

bestehe kein Beteiligungsrecht, und zwar weder nach der Aarhus-Konvention noch nach § 63 Abs. 2 Nr. 4b BNatSchG; Letzteres gelte auch mit Blick auf die Übergangsvorschrift des § 74 Abs. 3 BNatSchG, da auch nach früherem Recht keine Möglichkeit für vom Bund anerkannte Vereinigungen bestanden habe, sich an landesbehördlichen Verfahren zu beteiligen. Bei der Verordnung zur Ausführung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung sei die Verbändeanhörung unter dem 2. Juni 2023 durchgeführt worden. Hinsichtlich der Verordnung zur Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausführungsverordnung betreffend Ausnahmen für den Fischotter habe von der Beteiligung anerkannter Naturschutzvereinigungen wie dem Bund Naturschutz in Bayern e.V. gemäß § 63 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG i.V.m. § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG abgesehen werden können, da dies bei einer ex-ante-Betrachtung selbst bei Festlegung kürzester Fristen einen Zeitverlust zur Folge gehabt hätte, der mit hoher Wahrscheinlichkeit dazu geführt hätte, dass der Zweck des Vorhabens nicht erreicht worden wäre und die in der Sache gebotenen Maßnahmen zu spät gekommen wären. Dies sei deshalb der Fall gewesen, da mit dem Erlass der Verordnung der akuten Gefahr entgegengewirkt werden sollte, dass Teichwirtinnen und Teichwirte wegen der sich drastisch zuspitzenden Fischotterproblematik resignierten und die Bewirtschaftung aufgäben, was zur Folge gehabt hätte, dass die bayerische Teichkulturlandschaft mit ihrem unverzichtbaren Beitrag zur Biodiversität verloren gegangen, zumindest aber irreparabel geschädigt worden wäre. Mitte April 2023 sei ein Kippunkt erreicht gewesen, an dem viele Teichwirte ernsthaft überlegt hätten, die Teichwirtschaft aufzugeben, wenn nicht eine Perspektive hinsichtlich der Entnahme von Fischottern geschaffen werde. Deshalb sei nach Einschätzung der Staatsregierung eine verbindliche Regelung notwendig gewesen, die eine allgemeine Ausnahme von den artenschutzrechtlichen Verboten eröffnen würde. Diese sei mit der Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung geschaffen und dabei die Zuständigkeit für die Gebietsfestsetzung und die Festsetzung einer Höchstzahl auf das Staatsministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten beziehungsweise die Landesanstalt für Landwirtschaft übertragen worden. Dass bei Rechtsvorschriften zur konkreten Umsetzung regelmäßig noch weitere Schritte erforderlich seien, sei es, dass ein Verwaltungsverfahren zu durchlaufen sei, sei es – wie hier –, dass noch auf Basis der geschaffenen Regelung weitere Festsetzungen zu treffen seien, bedeute nicht, dass es schon deswegen nicht erforderlich wäre, schnellstmöglich eine entsprechende Regelung zu treffen und dabei aufgrund der Dringlichkeit auf eine Mitwirkung der Naturschutzvereinigungen ausnahmsweise zu verzichten. Hätte man die Artenschutzrechtliche Ausnahmeverordnung nicht unverzüglich geändert, sondern zugewartet, wäre nach Einschätzung der Staatsregierung mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen, dass viele Teichwirtinnen und Teichwirte im Frühjahr, der für Investitionsentscheidungen maßgeblichen Zeit, die Bewirtschaftung aufgegeben hätten. Ein späterer Verordnungserlass hätte daran nichts mehr ändern können, da es in hohem Maße unwahrscheinlich sei, dass eine einmal aufgegebene Bewirtschaftung später wiederaufgenommen werde. Die zum 1. Mai 2023 angekündigte Verordnung zur Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung betreffend Ausnahmen für den Fischotter habe zu einer Beruhigung beigetragen und so verhindert, dass weitere Betriebsschließungen zu den in den Jahren 2019 bis 2021 bereits erfolgten Schließungen hinzugekommen seien. Die besondere Eilbedürftigkeit der Angelegenheit zeige sich auch daran, dass die Verordnung am 26. April 2023 im Bayerischen Ministerialblatt statt im üblicher Weise für Verordnungen vorgesehenen Gesetz- und Verordnungsblatt veröffentlicht worden sei, was ein schnelleres Inkrafttreten ermöglicht habe, und zwar am gleichen Tag wie die Bayerische Wolfsverordnung. Die Verordnungen seien auch in materieller Hinsicht rechtmäßig, insbesondere erfüllten sie die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage in § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 BNatSchG.

**34**

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Normaufstellungsakten sowie auf die Gerichtsakten in den Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und der Hauptsacheverfahren Bezug genommen.

II.

**35**

Die Verbindung der Verfahren zur gemeinsamen Entscheidung erfolgt gemäß § 93 Satz 1 VwGO, weil dies prozessökonomisch ist.

**36**

Die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 47 Abs. 6 VwGO haben Erfolg.

### 37

Nach § 47 Abs. 6 VwGO kann das Gericht im Rahmen seiner Zuständigkeit für Normenkontrollen (vgl. § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, Art. 4 Satz 1 AGVwGO) auf Antrag eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen geboten ist. Prüfungsmaßstab im Verfahren nach § 47 Abs. 6 VwGO sind nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich zunächst die Erfolgsaussichten des in der Sache anhängigen Normenkontrollantrages, soweit sich diese im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bereits absehen lassen (BVerwG, B.v. 30.4.2019 – 4 VR 3.19 – juris Rn. 4 m.w.N.). Ergibt diese Prüfung, dass der Normenkontrollantrag voraussichtlich unzulässig oder unbegründet sein wird, ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht im Sinne von § 47 Abs. 6 VwGO zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen dringend geboten. Erweist sich dagegen, dass der Antrag nach § 47 Abs. 1 VwGO zulässig und (voraussichtlich) begründet sein wird, so ist dies ein wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug der angegriffenen Normen bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss. In diesem Fall kann eine einstweilige Anordnung ergehen, wenn deren (weiterer) Vollzug vor einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren Nachteile befürchten lässt, die unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers, betroffener Dritter und/oder der Allgemeinheit so gewichtig sind, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für den Antragsteller günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist. Lassen sich die Erfolgsaussichten des Normenkontrollverfahrens nicht abschätzen, ist über den Erlass einer beantragten einstweiligen Anordnung im Wege einer Folgenabwägung zu entscheiden: Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, der Normenkontrollantrag aber Erfolg hätte, und die Nachteile, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Antrag nach § 47 Abs. 1 VwGO aber erfolglos bliebe. Die für den Erlass der einstweiligen Anordnung sprechenden Erwägungen müssen die gegenläufigen Interessen dabei deutlich überwiegen, mithin so schwer wiegen, dass der Erlass der einstweiligen Anordnung – trotz offener Erfolgsaussichten der Hauptsache – dringend geboten ist (BVerwG, B.v. 30.4.2019 a.a.O.).

### 38

Hieran gemessen ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung dringend geboten.

### 39

A.

Die Normenkontrollanträge der Antragsteller zu 1 bis 3 sind zulässig und (voraussichtlich) begründet.

### 40

I. Die Normenkontrollanträge sind zulässig.

### 41

1. Die Antragsbefugnis des Antragstellers zu 2, der als Naturschutz- und Umweltvereinigung vom Freistaat Bayern anerkannt ist, ergibt sich aus § 64 Abs. 1 i.V.m. § 63 Abs. 2 Nr. 4b BNatSchG. Nach diesen Vorschriften kann eine anerkannte Naturschutzvereinigung abweichend von der Regel des § 47 Abs. 2 VwGO unter anderem gegen Verordnungen nach § 63 Abs. 2 Nr. 4b BNatSchG (Ausnahmen nach § 45 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG durch Rechtsverordnung) unter den in § 64 Abs. 1 BNatSchG genannten Voraussetzungen Rechtsbehelfe einlegen, ohne in eigenen Rechten verletzt zu sein. Der Antragsteller zu 2 verfügt über eine solche Anerkennung und ist nach seiner Satzung landesweit im Freistaat Bayern tätig. Sein Normenkontrollantrag entspricht auch den weiteren Vorgaben der naturschutzrechtlichen Verbandsklage. Er macht Verstöße gegen naturschutzrechtliche Bestimmungen des nationalen Rechts und des Unionsrechts geltend und wird durch die Verordnungen in seinem von der Anerkennung umfassten satzungsgemäßen Aufgaben- und Tätigkeitsbereich berührt; außerdem wurde ihm im Verfahren zum Erlass der Verordnung zur Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung betreffend Ausnahmen für den Fischotter keine Gelegenheit zur Äußerung gegeben beziehungsweise hat er im Verfahren zum Erlass der Verordnung zur Ausführung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung von seinem Mitwirkungsrecht Gebrauch gemacht.

### 42

2. Die Antragsbefugnis der Antragsteller zu 1 und 3, die als Umweltvereinigungen vom Bund anerkannt sind (§ 3 Abs. 2 UmwRG), ergibt sich aus § 2 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG in unionsrechtskonformer Auslegung unter Berücksichtigung von Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention (AK) und Art. 47 der EU-Grundrechte-Charta (GRCh); es geht vorliegend um den unionsrechtlich determinierten

Vollzug von Artenschutzrecht, wobei die §§ 44 ff. BNatSchG unter anderem Art. 12, 16 der RL 92/43/EWG (FFH-Richtlinie) in nationales Recht umsetzen (Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh).

#### 43

a) Es liegt kein Fall von § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 UmwRG vor. Im Sinn dieser Vorschrift sind § 3 der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung in der Fassung der Änderungsverordnung vom 25. April 2023 (BayMBI. Nr. 200; AAV n.F.) und die zugehörige Verordnung zur Ausführung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung vom 5. Juli 2023 (GVBl. S. 485; AVBayAAV) nicht als Pläne oder Programme anzusehen. Normzweck der §§ 1, 2 UmwRG ist die Umsetzung einschlägiger unions- und völkerrechtlicher Vorgaben in innerstaatliches Recht (BVerwG, U.v. 1.6.2017 – 9 C 2.16 – BVerwGE 159, 95 Rn. 17). Unionsrechtlicher Hintergrund des § 2 Abs. 7 UVPg, auf den § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 UmwRG verweist, ist Art. 2 Buchst. a der RL 2001/42/EG über die Strategische Umweltprüfung (SUP-RL). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist ein Plan oder Programm im Sinn dieser Vorschrift ein Rechtsakt, der die Kriterien und Modalitäten der Nutzung des Gebiets festlegt und Regeln und Verfahren zur Kontrolle bestimmt, denen die Durchführung eines oder mehrerer Vorhaben unterliegt (vgl. EuGH [Große Kammer], U.v. 11.9.2012 – C-43/10 – ECLI:EU:2012:560 Rn. 95 m.w.N.; siehe auch Fellenberg/Schiller in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand Juni 2023, § 1 UmwRG Rn. 77 m.w.N.).

#### 44

Die hier streitgegenständlichen Verordnungen erlauben das Fangen, Vergrämen und Töten von Fischottern, was im Ausgangspunkt kein gebietsbezogener, sondern ein tierbezogener Vorgang ist.

#### 45

Zwar schafft der Umstand, dass diese Maßnahmen Privater nur für diejenigen Teile des Staatsgebiets erlaubt werden, die in der Gebietsverordnung aufgrund § 3 Abs. 4 Satz 2 AAV n.F. vorgesehen sind (vgl. die Anlage zu § 1 AVBayAAV), einen örtlichen Rahmen, in dem die tierbezogenen Maßnahmen ausnahmsweise zugelassen werden. Jedoch stehen im Vordergrund der Verordnungsregelung keine Maßnahmen hinsichtlich des Gebiets selbst, sondern die Gestattung menschlicher Maßnahmen gegenüber solchen Tieren, die sich im fraglichen Gebiet befinden, was für den erforderlichen spezifischen Gebietsbezug nicht hinreicht. Würden die Ausnahmen gemäß § 45 Abs. 7 Satz 1 und 2 BNatSchG in Form von Einzelverwaltungsakten ergehen, läge der Gedanke ihrer spezifischen Gebietsbezogenheit im genannten Sinn fern. Sie wären klar tierbezogen, auch wenn sie (selbstverständlich) die jeweilige Ausnahme „auf“ einem bestimmten Teil des Staatsgebiets ermöglichen würden. Dass die streitgegenständlichen Verordnungen in bestimmten Gebieten derartige tierbezogene Einzelbescheide ersetzen, ändert nichts daran, dass sie – wie die durch sie ersetzten Bescheide – als solche keinen spezifischen Gebietsbezug aufweisen.

#### 46

b) Die streitgegenständlichen Verordnungen unterfallen – ungeachtet des Umstands, dass sie ihrer Handlungsform nach gerade keine Verwaltungsakte oder öffentlich-rechtlichen Verträge sind – § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG im Hinblick auf die gebotene unionsrechtskonforme Auslegung der §§ 1, 2 UmwRG (vgl. BVerwG, U.v. 22.6.2023 – 10 C 4.23 – juris Rn. 16), weil sie nach ihrer Regelungstechnik dazu dienen, Einzelverwaltungsakte zu ersetzen, die ihrerseits als Ausnahmen gemäß § 45 Abs. 7 Satz 1 und 2 BNatSchG jeweils § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG unterfallen würden.

#### 47

Die Auffangvorschrift des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG (vgl. BVerwG, U.v. 22.6.2023 a.a.O. Rn. 14) verfolgt das Ziel, Art. 9 Abs. 3 AK, der seinerseits integraler Bestandteil der Unionsrechtsordnung ist (EuGH, U.v. 8.11.2022 – C-873/19 – ECLI:ECLI:EU:C:2022:857 Rn. 48), vollständig umzusetzen (BVerwG, U.v. 19.12.2019 – 7 C 28.18 – BVerwGE 167, 250 Rn. 25). Dabei ist insbesondere dem unionsrechtlichen Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 47 Abs. 1 GRCh) Wirksamkeit zu verschaffen (EuGH, U.v. 8.11.2022 a.a.O. Rn. 79 sowie Rn. 75, 77), wobei es vorliegend um den unionsrechtlich determinierten Vollzug von Artenschutzrecht geht und §§ 44 ff. BNatSchG unter anderem Art. 12, 16 der FFH-Richtlinie in nationales Recht umsetzen (Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh; vgl. BayVGh, U.v. 1.10.2019 – 14 BV 17.1278 u.a. – NuR 2020, 61 Rn. 29 m.w.N.).

#### 48

§ 3 AAV n.F. und die zugehörige, in § 3 Abs. 4 Satz 2 AAV n.F. angeordnete Gebietsverordnung – die eine untrennbare Einheit darstellen, weil erst durch die Anlage zu § 1 AVBayAAV geregelt wird, in welchen



Teilen des Staatsgebiets die in § 3 Abs. 1 Satz 1 AAV n.F. genannten Maßnahmen gegenüber Fischottern ausnahmsweise erlaubt sein sollen – weisen die Besonderheit auf, dass sie aufgrund von § 45 Abs. 7 Satz 4, 5 BNatSchG die besagten Maßnahmen ohne gestattenden Verwaltungsakt im Einzelfall (§ 45 Abs. 7 Satz 1 und 2 BNatSchG) ermöglichen. Würden derartige Einzelverwaltungsakte nach § 45 Abs. 7 Satz 1, 2 BNatSchG ergehen, unterfielen sie ohne Weiteres § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG (vgl. BayVGh, U.v. 23.5.2023 – 14 B 22.1696 – BayVBI 2023, 601 Rn. 24).

#### 49

Es wäre aber mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 47 GRCh i.V.m. Art. 9 Abs. 3 AK) nicht zu vereinbaren, in Bereichen, in denen nach nationalem Recht (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) Ausnahmen vom strengen Artenschutz wahlweise durch Verwaltungsakt oder durch Verordnung möglich sind, den unionsrechtlich gebotenen Rechtsschutz von Umweltvereinigungen von der formalen Wahl der Rechtsform abhängig zu machen und eine bei Verwaltungsakten nach § 45 Abs. 7 Satz 1, 2 BNatSchG klar gegebene Klagemöglichkeit nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG im Fall von Verordnungen nach § 45 Abs. 7 Satz 4, 5 BNatSchG zu verweigern, soweit solche Verordnungen – wie hier – gerade an die Stelle eines Verwaltungsakts treten (vgl. BayVGh, U.v. 16.9.2022 – 19 N 19.1368 – juris Rn. 183 m.w.N.).

#### 50

Jedenfalls bei den streitgegenständlichen, voneinander untrennbaren Verordnungen spricht für einen Rückgriff auf § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG trotz Nichtvorliegens eines Verwaltungsakts, dass in § 3 Abs. 4 Satz 3 AAV n.F. zwingend vorgesehen ist, dass die Tötung von Fischottern nur bis zu einer „Höchstzahl“ erlaubt werden soll. Dass diese Höchstzahl nicht in den Verordnungen selbst bestimmt wird, ändert nichts daran, dass die Verordnungen keine abstrakt-generelle Vielzahl von möglichen Fischotter-Tötungen betreffen, sondern nach ihrer eigenen Grundkonstruktion lediglich eine in ihrer Höhe zu begrenzende Anzahl solcher Tötungen. Diese Abzählbarkeit der betroffenen Fälle weist eine Nähe zu einer konkreten Betrachtungsweise auf, wie sie für Verwaltungsakte typisch ist. Letzteres spricht wiederum im Hinblick auf Art. 47 GRCh dafür, die von § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG für Verwaltungsakte nach § 45 Abs. 7 Satz 1, 2 BNatSchG vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten auch gegen die streitgegenständlichen Verordnungen nach § 45 Abs. 7 Satz 4, 5 BNatSchG zur Anwendung zu bringen, weil diese Verordnungen vorliegend an die Stelle solcher Verwaltungsakte treten und letztlich als eine „Zusammenfassung mehrerer Einzelanordnungen“ erscheinen. Hinzu kommt, dass die Handlungsformen des Verwaltungsakts einerseits und der Rechtsnorm andererseits jedenfalls bei einer normativen Begrenzung der möglichen Fälle austauschbar sein können (vgl. BayVGh, U.v. 16.9.2022 – 19 N 19.1368 – juris Rn. 183 m.w.N.). Dabei ist zu sehen, dass das aus Art. 47 GRCh i.V.m. Art. 9 Abs. 3 AK folgende Gebot effektiven Rechtsschutzes (siehe oben) nicht nur für die Auslegung der §§ 1, 2 UmwRG relevant ist, sondern dass auch das in § 47 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 VwGO für Normenkontrollverfahren vorgesehene Erfordernis der Geltendmachung einer Rechtsverletzung durch juristische Personen am Maßstab von Art. 47 GRCh i.V.m. Art. 9 Abs. 3 AK zu messen ist. Dieses Erfordernis der Geltendmachung einer eigenen Rechtsverletzung durch juristische Personen dürfte wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts vorliegend mit demselben Ergebnis der Antragsbefugnis der Antragsteller zu 1 und 3 nicht angewendet werden (vgl. EuGH, U.v. 8.11.2022 – C-873/19 – ECLI:ECLI:EU:C:2022:857 Rn. 76 f.), wollte man der vom Senat praktizierten unionsrechtskonformen Auslegung des als Auffangvorschrift konzipierten § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG nicht folgen.

#### 51

c) Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 (i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5) UmwRG für eine Rechtsbehelfseinlegung ohne Rechtsverletzung durch die Antragsteller zu 1 und 3 liegen vor. Beide machen geltend, dass die streitgegenständlichen Verordnungen als Entscheidungen i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 1 UmwRG Rechtsvorschriften widersprechen, die für die Entscheidung von Bedeutung sein können (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UmwRG), und dass sie jeweils in ihrem satzungsgemäßen Aufgabenbereich berührt sind (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UmwRG). Außerdem machen beide die Verletzung umweltbezogener Rechtsvorschriften geltend (§ 2 Abs. 1 Satz 2 UmwRG), indem sie die artenschutzrechtlichen Schutzvorschriften der §§ 44 f. BNatSchG als verletzt rügen.

#### 52

II. Die Normenkontrollanträge der Antragsteller zu 1 bis 3 sind begründet.

#### 53

1. Die Verordnung zur Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung betreffend Ausnahmen für den Fischotter, mit der § 3 AAV n.F. geschaffen wurde, und die Verordnung zur Ausführung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung (AVBayAAV) stellen eine untrennbare Einheit dar (siehe I.2.b)) und sind deshalb nur bei Wirksamkeit beider Verordnungen vollziehbar. Soweit Erstere sich als rechtswidrig und unwirksam erweist, ist auch Letztere unwirksam, da in diesem Fall dem Bayerischen Staatsministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten die Ermächtigungsgrundlage für den Verordnungserlass (§ 3 Abs. 4 Satz 2 AAV n.F.) fehlt.

#### 54

2. Die Verordnung zur Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung betreffend Ausnahmen für den Fischotter ist formell rechtswidrig, weil der Antragsteller zu 2 nicht gemäß § 63 Abs. 2 Nr. 4b BNatSchG am Erlassverfahren beteiligt wurde; von dessen Beteiligung konnte nicht gemäß § 63 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG i.V.m. § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG abgesehen werden (a)). Dies führt zur Nichtigkeit dieser Verordnung (b)). Auf die Verletzung seines Beteiligungsrechts und damit auf die Nichtigkeit dieser Verordnung kann sich jedenfalls der Antragsteller zu 2 berufen (c)).

#### 55

a) Der Antragsteller zu 2 hatte ein Beteiligungsrecht nach § 63 Abs. 2 Nr. 4b BNatSchG; dies ist zwischen den Beteiligten letztlich nicht streitig. Strittig ist nur, ob von dessen Beteiligung gemäß § 63 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG i.V.m. § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG abgesehen werden konnte. Dies ist nicht der Fall.

#### 56

Gemäß § 63 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG i.V.m. § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG kann von der Beteiligung anerkannter Naturschutzvereinigungen unter anderem dann abgesehen werden, wenn eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug oder im öffentlichen Interesse notwendig erscheint. Dies ist der Fall, wenn die Verbändebeteiligung aus einer ex-ante Betrachtung selbst bei Festlegung kürzester Fristen einen Zeitverlust zur Folge hätte, der mit hoher Wahrscheinlichkeit dazu führen würde, dass der Zweck des Vorhabens nicht erreicht wird und die in der Sache gebotenen Maßnahmen zu spät kommen (vgl. Fischer-Hüftle in Fischer-Hüftle/Egner/Meißerschmidt/Mühlbauer, Naturschutzrecht in Bayern, Stand Januar 2023, § 63 BNatSchG Rn. 83 m.w.N.).

#### 57

Die vom Antragsgegner vorgetragenen Argumente rechtfertigen auch aus der ex-ante Betrachtung nicht das Absehen von der Verbändebeteiligung. Die Argumentation, es sei ein Kipppunkt erreicht gewesen und mit dem Erlass der eine allgemeine Ausnahme von den artenschutzrechtlichen Verboten eröffnenden Verordnung habe einer akuten Gefahr entgegengewirkt werden müssen, dass Teichwirtinnen und Teichwirte wegen der sich drastisch zuspitzenden Fischotterproblematik resignierten und die Bewirtschaftung ihrer Teiche aufgäben, was zur Folge gehabt hätte, dass die bayerische Teichkulturlandschaft mit ihrem unverzichtbaren Beitrag zur Biodiversität verloren gegangen bzw. jedenfalls irreparabel geschädigt worden wäre, kann es nicht rechtfertigen, dass dem Antragsteller zu 2 nicht einmal eine äußerst kurze Frist zur Stellungnahme eingeräumt worden ist. Denn zum einen bedurfte es zum Vollzug der von der Bayerischen Staatsregierung erlassenen Verordnung zur Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung betreffend Ausnahmen für den Fischotter noch des Erlasses der Verordnung zur Ausführung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung durch das Bayerische Staatsministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten bezüglich der nach § 3 Abs. 4 AAV n.F. erforderlichen Gebietskulisse sowie der Festsetzung der Höchstzahl der Fischotterentnahmen durch die Landesanstalt für Landwirtschaft. Ohne die Festlegung der Gebietskulisse durch das Bayerische Staatsministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten konnte für die Teichwirtinnen und Teichwirte auch keine Planungssicherheit hinsichtlich unternehmerischer Entscheidungen über den Weiterbetrieb ihrer Teichanlagen eintreten, da für sie nicht erkennbar war, ob sie überhaupt von der Ausnahmeverordnung betroffen sein werden. Deshalb ist nicht ersichtlich, dass einer schnellen Veröffentlichung der Verordnung der Staatsregierung im Bayerischen Ministerialblatt, die im Übrigen von Nr. 2 Satz 1, 2 der Veröffentlichungsbekanntmachung vom 15. Dezember 2015 abweicht, ein weitaus größeres Wirkungspotenzial für Teichwirtinnen und Teichwirte hätte zukommen können als der offiziellen Ankündigung, dass ein Normaufstellungsverfahren eingeleitet wurde, das zeitnah abgeschlossen werden soll. Auch der Umstand, dass für die Festsetzung der Gebietskulisse per Rechtsverordnung erst ein Delegationsadressat bestimmt werden musste, rechtfertigt die Annahme einer Eilbedürftigkeit nicht. Wie der Erlass der Bayerischen Wolfsverordnung vom 25. April 2023 durch die Bayerische Staatsregierung

(BayMBI. 2023 Nr. 201) und der zugehörigen Verordnung zur Ausführung der Bayerischen Wolfsverordnung vom 2. Mai 2023 (Gebietsverordnung) durch das Bayerische Staatsministerium für Umwelt und Verbraucherschutz (BayMBI. 2023 Nr. 202), welche fast gleichzeitig Anfang Mai 2023 in Kraft getreten sind, zeigt, ist auch ohne Erlass der Delegationsverordnung innerhalb der Regierung abstimmbar, wer Delegationsadressat sein soll und daher zeitnah mit dem entsprechenden Normaufstellungsverfahren beginnen kann. Hinsichtlich der Verordnung zur Ausführung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung lag ein Entwurf für die Verbändebeteiligung aber erst am 2. Juni 2023 vor.

**58**

b) Die Verletzung des Beteiligungsrechts des Antragstellers zu 2 führt zur Nichtigkeit der Verordnung zur Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung betreffend Ausnahmen für den Fischotter.

**59**

Zwar ist umstritten, ob die Verletzung des Beteiligungsrechts eines Naturschutzverbandes bei einem Verfahren zum Erlass einer Rechtsverordnung stets die Nichtigkeit der Rechtsvorschrift zur Folge hat. Dies bejaht ein Teil in Rechtsprechung und Literatur (vgl. HessVGH, B.v. 18.12.1998 – 11 NG 3290/98 – NuR 1999, 398 m.w.N.; Heselhaus in Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 63 Rn. 67 m.w.N.; Schlacke in Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 63 Rn. 73 m.w.N.; Fischer-Hüftle in Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, 3. Aufl. 2021, § 63 Rn. 56 m.w.N.).

**60**

Nach der wohl herrschenden Meinung in der Rechtsprechung sind zwar Verstöße gegen Beteiligungsregelungen regelmäßig beachtlich und führen grundsätzlich zur Nichtigkeit einer Rechtsverordnung; dabei ist zu sehen, dass das Mitwirkungsrecht der Verbände nicht nur der Ordnung des Verfahrensablaufs dient, sondern die inhaltliche Richtigkeit der Entscheidung über eine Rechtsverordnung fördern soll (vgl. HessVGH, B.v. 9.3.1988 – 3 N 3703/87 u.a. – juris Rn. 24, 61 m.w.N.). Zwar soll nach dieser Ansicht allgemein eine Nichtigkeit bei Verfahrensfehlern nicht eintreten, wenn von vorneherein ausgeschlossen werden kann, dass bei fehlerfreier Verfahrensgestaltung eine für die Betroffenen günstigere Entscheidung getroffen worden wäre; ein Verfahrensfehler führt danach nicht zur Nichtigkeit der angegriffenen Norm, wenn von vorneherein ausgeschlossen werden kann, dass diese ohne den Verfahrensfehler einen anderen Inhalt erhalten hätte (vgl. OVG LSA, U.v. 22.11.2017 – 2 K 127/15 – NuR 2019, 45 zu einer Kormoranverordnung; vgl. auch BayVGH, U.v. 11.4.2000 – 22 N 99.2159 – BayVBl. 2000, 531; U.v. 4.8.2008 – 22 N 06.1407 – VGH n.F. 61, 138 Rn. 37 ff.; U.v. 12.3.2020 – 8 N 16.2555 u.a. – juris Rn. 137 m.w.N.; jeweils zu Wasserschutzgebietsverordnungen). Jedoch kann dies vorliegend nicht festgestellt werden. Der Erlass einer Verordnung nach § 45 Abs. 7 Satz 4, 5 BNatSchG steht im Ermessen des Normgebers. Zudem ist nicht ersichtlich, dass die Argumentation des Antragstellers zu 2 bereits in anderer Form an den Normgeber herangetragen worden wäre, etwa durch einschlägige Fachbehörden des Naturschutzes. Aus diesen Gründen kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Verordnung bei Durchführung der Verbändebeteiligung einen anderen Inhalt erhalten hätte.

**61**

Zu demselben Ergebnis gelangt man, wenn man den Rechtsgedanken des hier nicht unmittelbar einschlägigen § 4 Abs. 1a oder Abs. 5 UmwRG anwendet, wonach gemäß Absatz 1a für Verfahrensfehler § 46 VwVfG gilt und im Falle der Nicht-Aufklärbarkeit, ob ein Verfahrensfehler nach § 46 VwVfG die Entscheidung in der Sache beeinflusst hat, eine Beeinflussung vermutet wird bzw. nach Absatz 5 – mangels fachrechtlicher Regelungen im Naturschutzrecht – die Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (und damit Art. 46 BayVwVfG) einschlägig sind. Auch hier ist zu konstatieren, dass nicht offensichtlich ist, dass die Verletzung des Beteiligungsrechts des Antragstellers zu 2 offensichtlich die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat, was nach Absatz 1a zusätzlich zu einer Vermutung der Beeinflussung führte.

**62**

c) Der Antragsteller zu 2 kann sich ohne Weiteres auf die Nichtigkeit der Verordnung zur Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung betreffend Ausnahmen für den Fischotter in Folge der Verletzung seines Beteiligungsrechts berufen. Sein Beteiligungsrecht ist ein eigenes, ihm Kraft der Anerkennung zugeordnetes subjektives Recht (vgl. BVerwG, U.v. 31.10.1990 – 4 C 7.88 – BVerwGE 87, 62/69 f.).

**63**

Ob sich auch die Antragsteller zu 1 und 3 auf eine formelle Rechtswidrigkeit der Verordnung zur Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung betreffend Ausnahmen für den Fischotter im Hinblick auf die Nicht-Beteiligung des Antragstellers zu 2 berufen können oder ob sie eine Verletzung eigener Beteiligungsrechte, insbesondere nach Art. 6, 8 AK, geltend machen können, kann dahinstehen, da jedenfalls auch ein materieller Fehler dieser Verordnung vorliegt, auf den sie sich berufen können.

**64**

3. Die Verordnung zur Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung betreffend Ausnahmen für den Fischotter ist materiell rechtswidrig, weil § 3 Abs. 4 Satz 3 AAV n.F. die Frage der Höchstzahl ausnahmsweise zugelassener Fischottertötungen einer formlosen Regelung der Landesanstalt für Landwirtschaft überlässt und damit gegen die gesetzlichen Vorgaben in § 45 Abs. 7 BNatSchG als umweltbezogene Rechtsvorschrift i.S.v. § 2 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2, § 1 Abs. 4 UmwRG hinsichtlich der für Artenschutz ausnahmen zur Verfügung gestellten Regelungsformen verstößt (a)). Dieser Verstoß führt zur Nichtigkeit der gesamten Änderungsverordnung – und damit auch der Verordnung zur Ausführung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung (siehe 1.) –, weil die Frage der Höchstzahl als zentraler Aspekt der quantitativen Reichweite des § 3 AAV n.F. vorentscheidend ist, um Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Ausnahmeregelung insgesamt bewerten zu können (b)).

**65**

a) § 3 Abs. 4 Satz 3 AAV n.F. verschiebt die Bestimmung der – für Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der ganzen Ausnahmeregelung zentralen – Frage der Höchstzahl ausnahmsweise zugelassener Fischottertötungen letztlich auf die formlose Veröffentlichung durch eine nachgeordnete Behörde, nämlich die Landesanstalt für Landwirtschaft, die nach § 3 Abs. 4 Satz 3 AAV n.F. jährlich eine Höchstzahl von Fischottern, die getötet werden dürfen, sowie tagesaktuell eine Information über den Stand der im jeweiligen Jahr bereits getöteten Fischotter „bekannt gibt“.

**66**

Eine derartige formlose Bekanntgabe dieser Informationen ist in § 45 Abs. 7 BNatSchG nicht vorgesehen. Es handelt sich bei dieser formlosen „Information“ der Landesanstalt für Landwirtschaft gemäß § 3 Abs. 4 Satz 3 AAV n.F. weder um eine allgemeine Ausnahme in Verordnungsform i.S.v. § 45 Abs. 7 Satz 4, 5 BNatSchG noch um eine Ausnahme „im Einzelfall“ i.S.v. § 45 Abs. 7 Satz 1, 2 BNatSchG. Es liegt schon mangels Bezugs der Höchstzahlinformation zu konkreten Betrieben oder Jägern kein konkreter Ausnahmebescheid vor (i.V.m. Art. 35 Satz 1 BayVwVfG). Auch handelt es sich nicht um eine Ausnahme in Form einer Allgemeinverfügung (Art. 35 Satz 2 BayVwVfG), weil – unabhängig davon, ob der Personenkreis der durch § 3 AAV n.F. potentiell zur Tötung von Fischottern Berechtigten hinreichend bestimmbar ist oder nicht – sich jedenfalls der Regelungsgehalt dieser „Bekanntgabe“ nicht auf einen hinreichend konkretisierbaren Bereich bezieht, sondern vielmehr für sämtliche von § 3 AAV n.F. i.V.m. der Anlage zu § 1 AVBayAAV erfassten Gebiete (und die dort jeweils betroffenen Betriebe) „abstrakt-generell“ die (tagesaktuelle) Höchstzahl von Fischotter-Tötungen mitteilt. Für derartige abstrakt-generelle Regelungen schreibt § 45 Abs. 7 Satz 4, 5 BNatSchG aber gerade die Verordnungsform vor, wohingegen die in § 3 Abs. 4 Satz 3 AAV n.F. vorgesehene formlose Vorgehensweise gegen das von § 45 Abs. 7 BNatSchG vorgesehene mögliche Ausnahmeregime – § 45 Abs. 7 Satz 1, 2 BNatSchG (Einzelfallausnahme) oder § 45 Abs. 7 Satz 4, 5 BNatSchG (allgemeine Ausnahme durch Verordnungen) – verstößt. An diesem Verstoß ändert es nichts, dass in der aktenkundigen Begründung zur Verordnung zur Ausführung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung (Stand 25.5.2023; dort ab S. 6, ab S. 11) ausgeführt wird, aus welchen Gründen eine Höchstzahl von 32 Tieren für sachgerecht gehalten wird. Denn diese Begründung erfüllt ihrerseits keine der beiden von § 45 Abs. 7 BNatSchG vorgesehenen Regelungsformen, insbesondere ist sie nicht förmlich als Teil der Verordnung bekannt gemacht worden.

**67**

Dabei geht es nicht nur um die Frage einer Verlagerung der Regelung auf den Verwaltungsvollzug („Vollzugs-Delegation“) und die dafür geltenden verfassungsrechtlichen Grenzen (vgl. BVerfG, U.v. 19.9.2018 – 2 BvF 1/15 u.a. – BVerfGE 150, 1 Rn. 206-209, 350-356 m.w.N.), sondern um einen Verstoß gegen das Schutzregime des § 44 BNatSchG, von dem Ausnahmen nur in dem von § 45 Abs. 7 BNatSchG eröffneten Rahmen möglich sind.

**68**

Unabhängig davon sind hier aber auch die verfassungsrechtlichen Grenzen einer solchen Verlagerung von der Verordnungsebene auf den Verwaltungsvollzug überschritten, weil die in § 3 Abs. 4 Satz 3 AAV n.F. geregelte jährliche Höchstzahl von Fischotter-Entnahmen für den Fischotterschutz in Bayern eine zentrale quantitative Frage ist, die weder das Gesetz (§ 45 Abs. 7 BNatSchG) noch § 3 AAV n.F. noch § 1 oder die Anlage zu § 1 AVBayAAV direkt beantworten und die von § 3 Abs. 4 Satz 3 AAV n.F. dem bloßen Verwaltungsvollzug überlassen wird, obwohl gerade davon die „Intensität des Eingriffs“ im Wesentlichen abhängt (vgl. BVerfG, U.v. 19.9.2018 – 2 BvF 1/15 u.a. – BVerfGE 150, 1 Rn. 355 zum Kriterium der Eingriffsintensität).

**69**

b) Weil § 3 Abs. 4 Satz 3 AAV n.F. den von § 45 Abs. 7 BNatSchG gesteckten gesetzlichen Rahmen für Ausnahmen von den Verboten des § 44 BNatSchG verlässt (siehe a)), erweist sich nicht nur § 3 Abs. 4 Satz 3 AAV n.F., sondern die gesamte Ausnahmeregelung der Verordnung zur Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung betreffend Ausnahmen für den Fischotter als rechtswidrig und unwirksam, sodass Gleiches auch für die Verordnung zur Ausführung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung (AVBayAAV) gilt.

**70**

Die Frage der Höchstzahl ausnahmsweise zugelassener Tötungen ist schon nach der Konstruktion des § 3 Abs. 4 AAV n.F. vorentscheidend dafür, die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Ausnahmeregelung insgesamt bewerten zu können, und deshalb ein zentraler Aspekt der quantitativen Reichweite des § 3 AAV n.F. § 3 Abs. 4 Satz 1 AAV n.F. beschränkt nämlich Maßnahmen nach § 3 Abs. 1 AAV n.F. (Nachstellen, Fangen, Vergrämen, Töten) auf Gebiete mit günstigem Fischotter-Erhaltungszustand (§ 3 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 AAV n.F.) oder auf Gebiete mit ungünstigem Fischotter-Erhaltungszustand, wenn Letzterer durch die Ausnahme nicht verschlechtert und die Wiederherstellung eines günstigen Fischotter-Erhaltungszustands nicht behindert wird (§ 3 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 AAV n.F.). Gemäß § 3 Abs. 4 Satz 2 AAV n.F. beschränkt sich die zugehörige Gebietsverordnung (vgl. § 1 und die Anlage zu § 1 AVBayAAV) auf die Festlegung der Gebietskulisse als solcher. Dagegen findet sich weder in der Verordnung zur Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung betreffend Ausnahmen für den Fischotter noch in der Verordnung zur Ausführung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung eine Regelung zur Zuordnung der gemäß § 3 Abs. 4 Satz 3 AAV n.F. von der Landesanstalt für Landwirtschaft (formlos; siehe a)) mitzuteilenden Höchstzahlen auf die einzelnen Gebiete. Angesichts dessen lässt sich aus den beiden Verordnungen heraus nicht klären, ob den in § 3 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 AAV n.F. genannten Anforderungen genügt ist. Mangels zwischengeschalteter Verwaltungsakte könnten im Extremfall auch sämtliche Tötungen bis zur besagten Höchstzahl in einem einzigen der in der Anlage zu § 1 AVBayAAV genannten Gebiete erfolgen, wobei – wie gezeigt (siehe a)) – das in § 3 Abs. 4 Satz 3 AAV n.F. vorgesehene formlose Vorgehen gegen § 45 Abs. 7 BNatSchG verstößt.

**71**

Dabei ist zu sehen, dass die aktenkundige Begründung zur Verordnung zur Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung betreffend Ausnahmen für den Fischotter (Stand 24.4.2023; dort S. 10) zu § 3 Abs. 4 AAV n.F. selbst festhält, es sei eine „regional differenzierte Höchstzahl“ von Fischottern zu definieren, ab der keine Tötungen mehr zulässig sind, damit die sich ausbreitende Fischotterpopulation in Bayern faktisch nicht dezimiert und der günstige Erhaltungszustand künftig noch erreicht werden kann. Diesem Ziel einer „regional differenzierten“ Höchstzahl wird § 3 Abs. 4 Satz 3 AAV n.F. aus den besagten Gründen nicht gerecht.

**72**

Im Ergebnis macht die mit § 3 Abs. 4 Satz 3 AAV n.F. verbundene Abweichung vom gesetzlichen Rahmen des § 45 Abs. 7 BNatSchG die gesamte Verordnung zur Änderung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung betreffend Ausnahmen für den Fischotter und infolge dessen auch die Verordnung zur Ausführung der Artenschutzrechtlichen Ausnahmeverordnung rechtswidrig und unwirksam.

**73**

Keiner weiteren Klärung bedarf angesichts dessen die allgemeine Frage, inwieweit § 45 Abs. 7 BNatSchG es gestattet, Ausnahmen bloß teilweise mittels Verordnungen zu regeln. Offenbleiben kann, ob eine quantitative Begrenzung von § 3 Abs. 4 AAV n.F. nicht nur für die „Fischotter-Tötung“ als extremste der in § 3 Abs. 1 AAV n.F. genannten Maßnahme, sondern auch für die anderen dort genannten Maßnahmen

(Nachstellen, Fangen, Vergrämen) erforderlich wäre. Offenbleiben kann außerdem, ob die Rügen der Antragsteller im Übrigen zur materiellen Rechtswidrigkeit und Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Verordnungen führen.

**74**

B.

Neben den voraussichtlichen Erfolg der Normenkontrollanträge als wesentliches Indiz dafür, dass der Vollzug der angegriffenen Normen bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache suspendiert werden muss, tritt der Umstand, dass der weitere Vollzug der angegriffenen Rechtsverordnungen unter Berücksichtigung der Belange der Antragsteller zu 1 bis 3, deren Zweck als anerkannte Naturschutz- bzw.

Umweltvereinigungen es gerade ist, die Natur bzw. die Umwelt (einschließlich der besonders geschützten Tiere) zu schützen, und der Belange der Allgemeinheit so gewichtige Nachteile befürchten lässt, dass eine vorläufige Regelung mit Blick auf die Wirksamkeit und Umsetzbarkeit einer für die Antragsteller jeweils günstigen Hauptsacheentscheidung unaufschiebbar ist. Würde eine vorläufige Regelung nicht erfolgen, drohte die Schaffung vollendeter Tatsachen in Form insbesondere der rechtswidrigen Tötung von im Interesse des Natur- und Artenschutzes streng geschützten Fischottern. Vollendete Tatsachen würden aber letztlich auch dann geschaffen, wenn diesen Tieren im Sinne der Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BNatSchG „nur“ in rechtswidriger Weise nachgestellt oder diese gefangen oder vergrämt würden, da auch dies nach dem strengen Artenschutz des nationalen Rechts und des Unionsrechts verboten ist. Da vorliegend auch ein Verstoß gegen Unionsrecht inmitten steht, dessen Umsetzung die artenschutzrechtlichen Verbote der §§ 44 ff. BNatSchG dienen (siehe A.I.2.b)), ist schon aus Gründen der praktischen Wirksamkeit der Unionsrechtsordnung ein nicht hinzunehmender Nachteil anzunehmen (vgl. Hoppe in Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 47 Rn. 107 m.w.N.). Demnach ist es unerlässlich, dass bis zur Entscheidung in den Hauptsacheverfahren der Vollzug der Verordnungen ausgesetzt wird.

**75**

C.

Konsequenz der vorliegenden Entscheidung ist, dass der Antragsgegner nicht mehr von den Verordnungen Gebrauch machen darf, also insbesondere keine Anzahl von Fischottern bekanntgeben darf, die jährlich getötet werden dürfen.

**76**

Entsprechend § 47 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 2 VwGO ist die einstweilige Außervollzugsetzung allgemeinverbindlich und hat der Antragsgegner die Nummer II der Entscheidungsformel ebenso zu veröffentlichen wie die Verordnungen bekanntzumachen wären (vgl. BayVGH, B.v. 29.6.2020 – 1 NE 20.493 u.a. – juris Rn. 24; ThürOVG, B.v. 22.5.2020 – 3 EN 341/20 – BeckRS 2020, 10615 Rn. 76).

**77**

Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens zu tragen, weil er unterlegen ist (§ 154 Abs. 1 VwGO).

**78**

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 52 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 2 GKG und folgt insoweit der Empfehlung in Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (Hälfte des Streitwerts in der Hauptsache). Der Senat hat diesen – angesichts der untrennbaren Einheit der beiden Verordnungen kommt es nicht zu einer Erhöhung nach § 39 Abs. 1 GKG – im Hauptsacheverfahren des Antragstellers zu 1 auf 10.000 Euro und im Hauptsacheverfahren der Antragsteller zu 2 und 3 auf 20.000 Euro angesetzt.

**79**

Dieser Beschluss ist nach § 152 Abs. 1 VwGO und hinsichtlich des Streitwertbeschlusses nach § 68 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG unanfechtbar.