
Datum: 29.05.2017
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 153/15
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2017:0529.5U153.15.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 2 O 329/14

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 16.10.2015 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg – unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen – teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

1.

Der Beklagte wird verurteilt, die geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um zu verhindern, dass die von ihm am 11.04.2013 freigelassenen Wisente und deren Abkömmlinge die auf dem klägerischen Waldgrundstück der Gemarkung G, Flur X, Flurstück X1 wachsenden Bäume – insbesondere Buchen – durch Schälern der Baumrinde oder auf andere Weise beschädigen.

Die Verurteilung steht unter dem Vorbehalt, dass dem Beklagten für die von ihm beabsichtigten Maßnahmen zur Störungsbeseitigung die nach § 45 Abs. 7 BNatSchG erforderlichen Ausnahmegenehmigungen durch die nach Landesrecht für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden erteilt werden.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2.

Die Kosten des Rechtsstreits nach einem Streitwert von 44.000,00 € werden gegeneinander aufgehoben.

3.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Hinsichtlich des Störungsbeseitigungstenors ist das Urteil gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 44.000,00 € vollstreckbar.

4.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

1

A.

2

Die Parteien streiten über die Vornahme von Maßnahmen zur Verhinderung von Schäden an Bäumen durch Wisente.

3

Der Kläger ist Eigentümer eines ca. 7 ha großen Waldgebietes im Bereich von G1, Gemarkung G, Flur X, Flurstücke X1. Der Kläger bewirtschaftet diese Fläche überwiegend mit Rotbuchen, die er nach dem Prinzip der Naturverjüngung bearbeitet. Die Bäume werden nicht gepflanzt, sie regenerieren sich durch natürliche Aussaat. Die dem Kläger gehörenden Bestände gehören zu einem FFH-geschützten Gebiet, dem Natura-2000-Gebiet „A“.

4

Bei dem Beklagten handelt es sich um einen Verein. Der Verein wurde im Nachgang zur am 25.06.2008 erfolgten Unterzeichnung eines Vertrages mit der Überschrift: „Wisente im Rothaargebirge“ gegründet. Er hat sich zum Satzungszweck die „Wiederansiedelung und Erhaltung des Wisents im Rothaargebirge“ gemacht. Dieser Zweck soll erreicht werden zunächst durch den Bau eines Auswilderungs-/Versuchsgeheges mit der Zielsetzung, nach erfolgreicher Versuchsphase mit wissenschaftlicher Begleitung die dort lebenden Tiere freizusetzen, auszuwildern und in einem festgesetzten Projektgebiet durch geeignete Managementmaßnahmen dauernd zu erhalten.

5

Auf der Grundlage des Vertrages vom 25.06.2008 begann der Beklagte im Jahr 2010 mit der Ansiedlung einer achtköpfigen Herde von Wisenten, zunächst in einem eng begrenzten und abgesperrten Gebiet, das zuletzt die Größe von ca. 88 ha aufwies.

6

Am 08.04.2013 schlossen der Beklagte, der Kreis-B als untere Landschafts- und Jagdbehörde, als Veterinär- und Straßenverkehrsbehörde und als Aufsichtsbehörde über die örtlichen Ordnungsbehörden im Projektgebiet, die Bezirksregierung E als höhere Landschafts- und Straßenverkehrsbehörde, der Landesbetrieb H Nordrhein-Westfalen als Forstbehörde und obere Jagdbehörde und die K als Vertreterin des Grundeigentümers des Projektgebietes einen Vertrag unter der Überschrift: Öffentlich-rechtlicher Vertrag für die Freisetzungsphase „Wisente im Rothaargebirge“ (vgl. Bl. 9 ff.). Dieser löste mit Genehmigung des Ministeriums L des Landes Nordrhein-Westfalen (im Folgenden: L) den Vertrag vom 25.06.2008 ab.

7

Mit dem Vertrag sollte die sogenannte „Freisetzungsphase“ beginnen.

8

Ziel des Vertrages war nach der Präambel die dauerhafte Etablierung einer frei lebenden Wisent-Population von maximal 25 Tieren im Rothaargebirge, in einem auf ca. 4.300 ha

9

begrenzten Projektgebiet. Der Vertrag sollte in diesem Zusammenhang alle erforderlichen behördlichen Genehmigungen für die Freisetzungsphase ersetzen. In dem Vertrag ist geregelt, dass der Beklagte zunächst Eigentümer und Halter der Wisente bleiben solle, wobei als endgültiges Ziel jedoch formuliert wurde, dass die Tiere herrenlos werden sollten. Hierzu sollte nach der Freisetzungsphase, welche auf mehrere Jahre angelegt sein sollte, ein weiterer Vertrag über die Herrenlosigkeitsphase geschlossen werden. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Vertrag vom 08.04.2013 (Bl. 9 ff. d.A.) verwiesen.

Am 11.04.2013 entließ der Beklagte, gemäß den im Vertrag geschlossenen Regelungen, eine achtköpfige Gruppe von Wisenten aus dem abgesperrten Gatter, um sie im Projektgebiet auszuwildern. Durch Geburten war die Herde zwischenzeitlich auf mindestens 22 Wisente angewachsen. Durch Todesfälle hat sich die Zahl der in Rede stehenden Wisente auf insgesamt 19 reduziert, wovon sich 17 bei der Herde aufhalten. Zwei Jungbullen haben sich von der Herde abgesetzt. Bei ihren Wanderungen durch das Rothaargebirge verlassen die Tiere teilweise auch das Projektgebiet. Im Zuge dessen halten sich die Tiere wiederholt, insbesondere in den Sommermonaten, da sie dann eigenes Futter im Wald finden und nicht nachhaltig durch Fütterung gesteuert werden können, auf den Grundstücken des Klägers und anderer Waldeigentümer auf. 10

Die Tiere fressen unter anderem die Rinde von Buchen ab („Schälen“), wodurch Schäden an den Bäumen des Klägers entstanden. So entstandene Schäden wurden und werden regelmäßig von einem Sachverständigen begutachtet, geschätzt und beziffert; der Beklagte ersetzte dem Kläger die so berechneten Schäden. Es wurde ein auch mit öffentlichen Mitteln finanzierter Entschädigungsfonds in Höhe von 50.000,00 Euro pro Jahr eingerichtet, aus dem die durch die Wisente entstandenen Schäden beglichen werden. Der Fonds hat zunächst eine Laufzeit bis zum 31.12.2017, soll aber nach den Erklärungen seiner Träger verlängert werden. 11

Ausweislich der Schadensaufstellungen des Schadensschätzers M ist bislang von folgenden „Schälschäden“ an dem klägerischen Buchenbestand auszugehen: 12

Im Jahre **2014** wurden insgesamt 12 Bäume geschädigt, wobei ein Baum einen Schälgrad von 100 % und ein Baum einen Schälgrad von 60 % und mehr aufwies. Die Schadensersatzsumme, welche der Kläger für 2014 erhielt, betrug insgesamt 300,00 €. 13

Im Jahre **2015** wurden 4 Bäume beschädigt, wobei 2 mit einem Schälgrad von 100 % betroffen waren. Die Schadensersatzsumme betrug insgesamt 180,00 €. 14

Im Jahre **2016** wurden bis zum 24. Juli 2016 33 Bäume geschädigt, 13 davon mit einem Schälgrad von 100 % und 2 mit einem Schälgrad von 60 % und mehr. Als Schadensersatzsumme wurden an den Kläger 1.050,00 € ausgezahlt. 15

Insgesamt waren also 49 Bäume aus dem Buchenbestand des Klägers durch Schälschäden betroffen. 16 wiesen dabei einen Schälgrad von 100 % auf. 4 Bäume wiesen einen Schälgrad von 60 % und mehr auf. 29 Bäume wiesen einen Schälgrad von unter 60 % auf. Die Gesamtschadenssumme belief sich bis Juli 2016 auf 1.840,00 €. 16

Auch die Bestände anderer Waldeigentümer wurden beschädigt; beim Senat sind deshalb das gemeinsam mit dem vorliegenden Berufsrechtsstreit verhandelte Parallelverfahren 5 U 156/15 (W3 ./ O) sowie die Verfahren 5 U 89/16 (W3 ./ P), 5 U 90/16 (W3 ./ R) und 5 U 91/16 (W3 ./ S) anhängig. 17

Am 30.09.2015 erstellte Dr. Q vom T NRW (im Folgenden: T) ein „Gutachten zur Attraktivitätssteigerung und damit verstärkten Nutzung des südlichen Teils des Rothaargebirges als Streifgebiet der Wisente“ (Anlage B 3 zum Schriftsatz vom 02.10.2015, Bl. 135 ff.). In diesem Gutachten erörterte Dr. Q Maßnahmen, um die Wisente in Zukunft in dem Projektgebiet zu halten. Betrachtet wurden dabei insbesondere die Möglichkeit, einen Zaun zu errichten, sowie eine Verbesserung des Futterangebotes durch Verbesserung des Grünlandes. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Gutachten verwiesen.

Der Kläger ist der Ansicht gewesen, der Beklagte sei für die freigelassenen Tiere immer noch verantwortlich. Er sei verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, damit die Wisente sein außerhalb des Projektgebietes liegendes Grundstück nicht betreten. Der Kläger hat behauptet, das Schälen der Buchen könne zur Folge haben, dass die Buchen absterben, ohne dass man ihnen dies ansehe, und ohne Vorwarnung auch bei Windstille abbrechen und Waldbesucher und Waldarbeiter gefährden könnten. Insoweit habe auch kein vollständiger Schadensausgleich durch den Beklagten stattgefunden. 19

Der Kläger hat behauptet, der Beklagte könne die Wisente weiterhin nach Belieben verfolgen bzw. orten und immobilisieren; er begreife sich nach wie vor als „Herr über Leben und Tod“ der Wisente. 20

Das Projektgebiet sei im Übrigen ungeeignet für die Freilassung der Wisente. 21

Der Kläger hat nach teilweiser Klageerweiterung beantragt, 22

- 1. 23

den Beklagten zu verurteilen, die geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um zu verhindern, dass die vom Beklagten am 11.04.2013 freigesetzten Wisente und deren Abkömmlinge die dem Kläger gehörende Waldgrundstücke der Gemarkung G, Flur X, Flurstück X1, betreten; 25

2. 26

den Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, das Eigentum und die Tierhaltereigenschaft an der ihm gehörenden, freilaufenden Wisentherde aufzugeben; 27

3. 28

festzustellen, dass der Beklagte weiterhin Tierhalter der genannten Wisentherde ist. 29

Der Beklagte hat beantragt, 30

die Klage abzuweisen. 31

Der Beklagte hat behauptet, die Tiere hätten die Gewohnheit abgelegt, in ihr ursprüngliches Gehege zurückzukehren; sie verhielten sich wie wilde Tiere. Seit der Freisetzung bestehe keine Zugriffsmöglichkeit mehr. Die Tiere hätten ihre natürliche Scheu zurückgewonnen und damit eine Fluchtauslösedistanz von ca. 60 m. Eine Lockung durch Futter sei mittlerweile nicht mehr möglich. Es sei zudem nur mit einem Aufwand von regelmäßig zwei Stunden überhaupt möglich den Standort der Tiere ausfindig zu machen. Eine Immobilisierung sei nicht in jedem Fall möglich. Es sei auch noch nicht gelungen, jedem der nach der Freilassung geborenen Kälber einen Mikrochip einzusetzen. 32

Durch geplante weitere Maßnahmen wie die teilweise Umgestaltung des Projektgebiets und den Zukauf von Flächen seien zudem wesentliche Voraussetzungen dafür geschaffen, dass das Gebiet für die Wisente attraktiver werde.	33
Der Beklagte hat gemeint, die Wisente seien herrenlos. Er sei deshalb nicht mehr für das Verhalten der Wisente verantwortlich. Es sei ihm außerdem aus naturschutzrechtlichen und jagdrechtlichen Gründen verboten, die Tiere zu stören und Maßnahmen zu ergreifen, um sie wieder einzufangen oder ihren Lebensraum zu beeinträchtigen bzw. zu begrenzen. Der Kläger müsse die – nur geringen – Beeinträchtigungen hinnehmen und sich darauf beschränken, Ersatz für die von den Tieren verursachten Schäden von dem Beklagten bzw. aus dem Entschädigungsfonds zu verlangen.	34
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in erster Instanz wird Bezug genommen auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien nebst beigefügter Anlagen und den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils.	35
Das Landgericht hat dem Klageantrag zu 1) stattgegeben; die Klageanträge zu 2) und 3) hat es als unzulässig oder unbegründet abgewiesen.	36
Der Klageantrag zu 1) sei im Hauptantrag aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB begründet. Es liege eine Eigentumsbeeinträchtigung des Klägers und Wiederholungsgefahr vor. Der Beklagte sei sowohl mittelbarer Handlungs- als auch Zustandsstörer. Eine Duldungspflicht des Klägers ergebe sich aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt, insbesondere nicht aus § 242 BGB i. V. m. Art. 14 Abs. 2 GG.	37
Der Klageantrag zu 2) sei unbegründet. Der Kläger habe keinen Anspruch darauf, dass der Beklagte sein Eigentum an den Wisenten nicht aufgebe. Dies gelte unabhängig von der Frage, ob der Beklagte überhaupt noch Eigentümer der Wisente sei, oder ob die Tiere herrenlos seien. Es sei keine Anspruchsgrundlage erkennbar, aus der sich ein Recht für den Kläger ergeben könne, den Beklagten an der Eigentumsaufgabe nach § 960 Abs. 2 oder 3 BGB zu hindern.	38
Der Klageantrag zu 3) sei unzulässig. Dem Kläger fehle das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Interesse an der Feststellung, dass der Beklagte weiterhin Tierhalter der Wisentherde sei.	39
Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung .	40
Der Beklagte vertritt die Auffassung, das Landgericht habe den streitigen Rechtsstatus der Wisentherde nicht hinreichend durch Beweise verifiziert. Es sei entscheidungserheblich, den Rechtsstatus der Wisentherde durch das Feststellen des tatsächlichen Verhaltens der Wisente zu klären.	41
Der Beklagte vertritt weiterhin die Ansicht, er sei weder mittelbarer Handlungs- noch Zustandsstörer.	42
Durch die Auswilderung habe er keine beeinträchtigende Natureinwirkung geschaffen. Die Auswilderung sei nicht adäquat kausal für die Beeinträchtigung. Weiterhin fehle es ihm an dem Willen den Kläger zu stören. Dies sei jedoch in vergleichbaren Fällen des mittelbaren Handlungsstörers Voraussetzung gewesen.	43
Er sei auch kein Zustandsstörer. Ihm sei die Einflussnahme auf die Wisentherde in der Funktion als Trägerverein und aufgrund der Vorgaben im Vertrag vom 08.04.2013	44

weitgehend genommen. Bei der Bewertung müsse die Möglichkeit jeder natürlichen Person, freilaufende Wisentherden aufzuspüren, außer Betracht bleiben. Das Einfangen und/oder Töten der Wisente könne nur ultima ratio sein und beende das Projekt. Es sei keine Alternative zur Einflussnahme auf das Verhalten der Wisentherde. Aus diesem Grund sei es nicht irrelevant, ob er Eigentümer oder Halter der Wisente sei oder ob diese aufgrund ihres Verhaltens inzwischen herrenlos geworden seien.

Das Landgericht habe bei der Entscheidungsfindung nicht allein auf den Zeitpunkt der Freilassung der Wisente abstellen dürfen. Entscheidungserheblich sei die Situation, wie sie sich im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung darstelle. 45

Zudem sei der Kläger zur Duldung der Wisente auf seinem Grundstück verpflichtet. Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BGH vom 05.05.1988 könne der Kläger nach § 26 BfG darauf verwiesen werden, dass er Wild zur Verhütung von Wildschäden von seinem Waldgrundstück abzuhalten oder zu verscheuchen habe. Gelingt dies nicht, so seien die Schäden zu ersetzen. Der Beklagte und der Entschädigungsfonds seien bereit, mit einem Wert von 50.000,00 Euro jährlich Wildschäden durch Wisente zu ersetzen. Bei Beibehaltung der jagdrechtlichen Systematik und Berücksichtigung der Sozialpflichtigkeit des Eigentums des Klägers komme es so stets zu einem interessengerechten Ausgleich. 46

Auch sei es rechtlich nicht zu begründen, warum aus artenschutzrechtlicher Sicht der Schutz der Buchen über einer Verbreitung der Wisente stehen solle. Die bewirtschafteten und genutzten Buchen seien ebenso wie die Wisente vom Schutzzweck des Natura-2000-Gebietes umfasst. Buchenwälder und Wisente stünden unter dem Schutz des BNatSchG. Eine wirtschaftliche Nutzung der Buchen sei dem Kläger unter marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten wegen der erheblichen Einschränkungen aufgrund von arten- und naturschutzrechtlicher Vorschriften sowieso nur noch bedingt möglich. 47

Es sei außerdem nicht erkennbar, warum die Verhinderung von Wisentschäden nicht ebenso möglich sei wie die Verhinderung von Schäden, die durch andere Wildtiere verursacht werden. 48

Das Landgericht verpflichte ihn, den Beklagten, mit dem Urteilstenor, zu etwas, wozu er ohnehin aufgrund seines Auftrages als Trägerverein des Projektes „Wisente im Rothaargebirge“ satzungsgemäß berufen sei. Er - der Beklagte - habe wiederholt Versuche gestartet, die Wisentherde durch Locken und Vertreiben an dem Verlassen des Projektgebietes zu hindern. Es seien immer wieder Maßnahmen zur Verbesserung und Attraktivitätssteigerung der in dem Projekt gelegenen Grünlandflächen durchgeführt worden. Aufgrund des Gutachtens von Dr. Q würden diese Maßnahmen im Frühjahr 2016 intensiviert werden. Insbesondere werde eine ca. 16 ha große Grünfläche im Bereich der V gepachtet. 49

Der Beklagte beantragt, 50

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen. 51

Der Kläger beantragt, 52

die Berufung des Beklagten zurückzuweisen. 53

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil, indem er sein erstinstanzliches Vorbringen wiederholt und vertieft. 54

55

Das Urteil des BGH vom 05.05.1988 sei auf den vorliegenden Fall aufgrund eines anderen Regelungsgehaltes nicht anwendbar. Deshalb könne sich der Beklagte nicht darauf berufen, dass „gewisse Wildschäden“ vom Kläger hingenommen werden müssen. Die Wisente richteten außerdem nicht nur „gewisse Wildschäden“ an. Allein im Staatsforst seien seit der Freilassung der Wisente Schäden in sechsstelliger Höhe verursacht worden.	
Die Wisentherde verursache nicht nur Fress- bzw. Schältschäden, sondern zerstöre auch Jungkulturen, indem sie sich an jungen Bäumen abreibe oder durch ihr Gewicht die Bäume zur Erde drücke. Diese Beschädigung gerade der Jungkulturen führe dazu, dass eine vom Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) geforderte nachhaltige Bewirtschaftung nicht möglich sei. Die Schältschäden führten weiterhin zum Absterben der Buchen.	56
Es werde bestritten, dass der Beklagte in der Vergangenheit versucht habe, durch geeignete Maßnahmen die Wisentherde an dem Verlassen des Projektgebietes und am Betreten des klägerischen Grundstücks zu hindern. Die Anpachtung oder der Ankauf einer ca. 16 ha großen Grünfläche sei außerdem nicht dazu geeignet, die Tiere am Verlassen des Projektgebietes zu hindern. Dies sei nur durch die Errichtung eines Zaunes möglich.	57
Weiterhin könne der Beklagte den Kläger nicht darauf verweisen, die Wisente von seinem Grundstück zu vertreiben, wenn er selbst ausführe, seine Versuche, die Wisentherde durch Locken und Vertreiben an dem Verlassen des Projektgebietes zu hindern, seien erfolglos geblieben.	58
Bei den Wisenten handle es sich zudem um gezüchtete Tiere gem. § 7 Abs. 2 BNatSchG. Das Argument, es handle es sich um streng artgeschützte Tiere und deshalb bestehe eine Duldungspflicht, gehe insoweit fehl.	59
Weiterhin könne der Beklagte nicht behaupten von den Schäden und dessen Ausmaß überrascht zu sein. Es sei von Anfang an absehbar gewesen, dass die Wisentherde das Projektgebiet verlassen würde. Während der Vegetationsperiode nützten Wisentherden im Mittel eine Fläche von fast 9 – 10.000 ha. Das Projektgebiet umfasse jedoch nur 4.300 ha.	60
Überhaupt sei das Projekt einer Verträglichkeitsprüfung nach § 34 Abs. 1 BNatSchG nicht unterzogen worden und daher unzulässig.	61
Wegen § 37 Abs. 2 BNatSchG sei in Kollisionsfällen Jagdrecht anzuwenden.	62
Der Senat hat in den mündlichen Verhandlungen am 15.09.2016 und 08.05.2017 die Vorstandsmitglieder des Beklagten U, W und Y sowie den Kläger persönlich angehört und im ersten Termin zudem Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugin I und des Zeugen C. Auf den entsprechenden Vermerk des Berichterstatters wird Bezug genommen (vgl. Bl. 295 ff. d. A.).	63
B.	64
Die Berufung des Beklagten hat in tenorierten Umfang – mithin teilweise – Erfolg.	65
I.	66
Anspruchsgrundlage für das Klagebegehren ist § 1004 Abs. 1 BGB. Seine Voraussetzungen liegen vor.	67
1.	68

Indem die Wisente das Grundstück des Klägers betreten und dort die Buchen des Klägers schälen, ist dieser in seinem Eigentum beeinträchtigt. Eine Beeinträchtigung ist jeder dem Inhalt des Eigentums widersprechende Eingriff in die rechtl. oder tatsächliche Herrschaftsmacht des Eigentümers (Palandt/Bassenge, 75.Aufl. 2016 § 1004, Rn. 6). Diese Beeinträchtigung liegt sowohl in dem Betreten des Grundstücks als auch in dem Schälen der Bäume.	69
2.	70
Es besteht auch Wiederholungsgefahr. Die Beeinträchtigungen sind unstreitig bereits wiederholt aufgetreten. In den Jahren 2014 bis 2016 kam es immer wieder zu einem Betreten der Wisente und zu Schälsschäden in dem Baumbestand des Klägers, welche von dem Beklagten jeweils ausgeglichen wurden. Es liegen bisher keine Erkenntnisse darüber vor, dass bislang durchgeführte Maßnahmen des Beklagten ein erneutes Betreten verhindern. An die Widerlegung der Wiederholungsgefahr der vorausgegangenen Beeinträchtigung durch den Störer werden zudem hohe Anforderungen gestellt (Palandt a.a.O., Rn. 32)	71
3.	72
Der Beklagte ist als mittelbarer Handlungs- und Zustandsstörer Schuldner im Sinne von § 1004 Abs. 1 BGB.	73
a)	74
Der Beklagte ist <u>mittelbarer Handlungsstörer</u> .	75
Mittelbarer Handlungsstörer ist, wer die Beeinträchtigung durch die Handlung eines Dritten oder einen von diesem veranlassten Zustand adäquat verursacht hat und die Beeinträchtigung verhindern kann. Mittelbarer Handlungsstörer ist aber auch, wer mit seiner Handlung beeinträchtigende Natureinwirkungen auslöst oder verstärkt. (Palandt/Bassenge, a.a.O., § 1004 Rn. 18). Der Tatbestand des § 1004 Abs. 1 BGB ist jedoch nicht erfüllt, wenn die abzuwendende Beeinträchtigung <u>ausschließlich</u> auf Naturkräfte zurückgeht (BGH NJW 1985, https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&b=1985&s=1773&z=NJW 1773 f., Rdnr. 8 f zitiert nach juris u. <i>Fritzsche</i> , Beck'scher OK, Stand: 01.05.2016, § 1004 BGB, Rn. 23). Die Übergänge zwischen Handlungs- und Zustandsstörer sind hier fließend (Staudinger/Gursky, BGB, Neubearbeitung 2012, § 1004, Rn. 94). Notwendig ist, dass ein weiterer Beitrag des an der Sache Berechtigten hinzukommt, durch den die Gefahr der Beeinträchtigung geschaffen wurde und der bei wertender Betrachtung die Haftung rechtfertigt. Die Beeinträchtigung muss im weitesten Sinne vom Willen des Anspruchsgegners verursacht oder zumindest abhängig sein (<i>Fritzsche</i> , Beck'scher OK , a.a.O. § 1004, Rn. 23).	76
Dieser Beitrag war im vorliegenden Fall das Freilassen der acht Wisente am 11.04.2013. Durch diese Handlung hat der Beklagte die Gefahr der Beeinträchtigung fremden Eigentums geschaffen. Zu dem Zeitpunkt der Freilassung war der Beklagte unstreitig Eigentümer und Halter der Wisente, also der „an der Sache Berechtigte“. Ohne diese Handlung des Beklagten gäbe es keine Wisente auf dem Projektgrundstück, welche von dort das Grundstück des Klägers betreten und die Bäume schädigen können.	77
Diese Beurteilung hält auch einer – vom Beklagten geforderten - wertenden Betrachtung stand. Es stellt sich zwar die Frage, wo bei Auswilderungsprojekten die Grenze der Verantwortlichkeit zu ziehen ist, also wie lange das Freilassen als Anknüpfungspunkt für die	78

Inanspruchnahme gesehen werden kann. Sicherlich ist es nicht vertretbar, den Beklagten für unbestimmte Zeit in der Zukunft für das Verhalten der Wisente zur Verantwortung zu ziehen. Dies wäre unzumutbar und würde die Bereitschaft der Durchführung solcher - grundsätzlich wünschenswerter - Projekte schmälern. Hier und zum heutigen Zeitpunkt ist jedoch auch aus Sicht des Beklagten selbst die „Auswilderung“ als Projekt noch nicht abgeschlossen. Das Projekt befindet sich in der sogenannten „Freisetzungsphase“, die über mehrere Jahre gehen und von der „Herrenlosigkeitsphase“ abgelöst werden soll. In der Freisetzungsphase sollen gem. § 2 des Vertrages vom 08.04.2013 *„Erfahrungen gesammelt werden, wie sich die Tiere in Freiheit verhalten“*. Es sollen *„Erkenntnisse über das Raum-Zeit-Verhalten der Wisente und die Auswirkungen auf den Natur- und Artenschutz sowie auf die öffentliche Sicherheit gewonnen werden“*. Daraus lässt sich gem. §§ 133, 157 BGB ableiten, dass die Parteien des Vertrages, also auch der Beklagte, in dieser Phase des Projekts bereit sind, wenn nötig und möglich, Verbesserungen an dem Projekt durchzuführen und problematische Auswirkungen zu verhindern. In dieser Phase trifft den Beklagten also eine - sich selbst auferlegte - Verantwortung für die Wisente. Zumindest solange diese Phase des Projektes noch nicht abgeschlossen ist, was bislang unstreitig der Fall ist, begründet die Freilassung als Handlung die Eigenschaft des mittelbaren Handlungsstörers.

Dies gilt unabhängig davon, ob die Tiere bereits „wild lebend“ im Sinne des Naturschutzrechtes und des Jagdrechts sind. Es ist also an dieser Stelle nicht entscheidungserheblich, den Rechtsstatus der Wisentherde durch Feststellungen des tatsächlichen Verhaltens der Wisente zu klären.

79

b)

80

Der Beklagte ist auch Zustandsstörer.

81

Wie bereits erörtert sind die Grenzen hier fließend. Zustandsstörer ist der Eigentümer/Besitzer/Verfügungsbefugte einer Sache, von der eine Beeinträchtigung ausgeht, die er adäquat mittelbar verursacht hat, und von dessen Willen die Beseitigung der Beeinträchtigung oder ihre künftige Unterlassung abhängt. (*Fritzsche*, Beck'scher OK, a.a.O. § 1004, Rn. 20; Palandt/Bassenge, a.a.O. § 1004, Rn. 19) Die Verantwortlichkeit kann auch ein Tier i.S.v § 90 a BGB betreffen. (*Fritzsche*, Beck'scher OK, a.a.O. § 1004, Rn. 20).

82

Durch Aufgabe des Besitzes oder durch Dereliktion wird der Störer von seiner Zustandsverantwortlichkeit nach ganz herrschender Ansicht nicht frei. (BGHZ 18, 253, 257 f.; BGHZ 41, 393, 397; BGH NJW 2007, 2182 –Rdnr. 10 zitiert nach juris; *Fritzsche*, Beck'scher OK a.a.O., § 1004, Rn. 20; a.A. Staudinger/Gursky, a.a.O., § 1004, Rn. 113). Es muss dem Störer jedoch möglich sein, die Störung zu beseitigen, damit eine Inanspruchnahme nach § 1004 Abs. 1 BGB möglich erscheint.

83

Ob die Wisente mittlerweile herrenlos geworden sind, ist an dieser Stelle irrelevant. Für den Beklagten besteht objektiv die Möglichkeit die Störung zu beseitigen. Ob dies rechtlich zulässig ist, bleibt an dieser Stelle zunächst unberücksichtigt. Dem Beklagten ist es mit einigem Aufwand möglich, die Tiere ausfindig zu machen und zu immobilisieren. Der Beklagte gibt selbst an, ein Einfangen und Immobilisieren käme einer Beendigung des Projektes gleich. Damit erklärt er auch, dass dies grundsätzlich möglich, nur nicht gewollt ist.

84

c)

85

Auch für die in Freiheit geborenen Wisente trifft den Beklagten die Störereigenschaft im Sinne von § 1004 Abs. 1 BGB. Bezüglich dieser Wisente haftet der Beklagte ebenfalls als

86

mittelbarer Handlungsstörer. Den Feststellungen des Landgerichts ist insoweit zu folgen, dass der Beklagte zumindest zwischenzeitlich Besitzer der Kälber war. Er hat die Vermehrung der Wisente durch seine Maßnahmen gefördert, die Kälber tiermedizinisch untersucht und gekennzeichnet oder plant dieses noch für die Kälber, bei denen es noch nicht geschehen ist. Auch bei den Kälbern gilt, dass er diese verfolgen und immobilisieren und an einen anderen Ort verbringen kann.

II.	87
Der Kläger ist jedoch, sofern dem Beklagten für die zutreffenden Maßnahmen keine Ausnahmegenehmigung erteilt wird, zur Duldung der Störung gem. § 1004 Abs. 2 BGB verpflichtet.	88
1.	89
Aus dem Vertrag vom 08.04.2013 lässt sich allerdings keine Duldungspflicht herleiten. Der Kläger ist nicht Partei des Vertrages, und dieser bezieht sich nur auf die Freilassung innerhalb des Projektgebietes.	90
2.	91
Auch ist § 906 BGB nicht anwendbar. Nicht unter § 906 BGB fallen nämlich Grenzüberschreitungen von größeren festkörperlichen Gegenständen, worunter auch größere Tiere zu fassen sind (Palandt/Bassenge, a.a.O., § 906, Rn. 5)	92
3.	93
Es besteht jedoch eine Duldungspflicht des Klägers aus dem Naturschutzrecht, soweit nicht die Möglichkeit einer Ausnahmegenehmigung besteht.	94
Eine Duldungspflicht kann sich aus Regelungen des öffentlichen Rechtes, hier des BNatSchG und/oder dem Jagdrecht ergeben. Der Beklagte kann nicht zu Maßnahmen gezwungen werden, die ihm gesetzlich verboten sind. Die hier einschlägigen naturschutzrechtlichen Bestimmungen (§ 44 BNatSchG u. § 2 BJG) dienen zur Abwehr einer Bestandsbedrohung besonders gefährdeter Tierarten und sichern als Maßnahme zum Schutz der Umwelt überragende Gemeinschaftsbelange. Sie sind deshalb auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, verstoßen insbesondere nicht gegen Art. 14 Abs. 1 GG, weil sie in zulässiger Weise Inhalt und Schranken des privaten Eigentums bestimmen (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, vgl.: BGH NJW 1993, 925- Rnr. 16 zitiert nach juris m.w.N.; OLG Sachsen-Anhalt NVwZ-RR 2014, 552 ff- Rnr. 10 ff. zitiert nach juris; Palandt/Bassenge, a.a.O., § 1004 Rn. 39;). Nach diesen Vorschriften ist es dem Beklagten grundsätzlich nicht erlaubt, die Wisente zu verfolgen, zu immobilisieren, zu fangen und/oder an einen anderen Ort zu verbringen.	95
a)	96
Nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist es u. a. verboten, wildlebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten.	97
aa)	98
Die vorbezeichnete Vorschrift ist im vorliegenden Fall anwendbar. Insbesondere wird sie nicht wegen der sog. „Unberührtheitsklausel“ des § 37 Abs. 2 BNatSchG von den Vorschriften des Jagdrechts verdrängt.	99

In § 37 Abs. 2 S. 1 BNatSchG heißt es:	100
<i>„Die Vorschriften des Pflanzenschutzrechts, des Tierschutzrechts, des Seuchenrechts sowie des Forst-, Jagd- und Fischereirechts bleiben von den Vorschriften dieses Kapitels und den aufgrund dieses Kapitels erlassenen Rechtsvorschriften unberührt.“</i>	101
Wie die vorzitierte Unberührtheitsklausel zu verstehen ist, ist umstritten.	102
Nach einer in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansicht handelt es sich bei § 37 Abs. 2 S. 1 BNatSchG lediglich um eine allgemeine, deklaratorische Kollisionsnorm, die keinen ausdrücklichen Vorrang des einen oder anderen Rechtsgebietes festlegt (zuletzt OVG Lüneburg, Urteil vom 25.05.2016 mit dem Az. 4 KN 154/13, Rdnr. 49, zitiert nach juris; Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz, DVBL 2001, 470 ff. zu § 20 Abs. 2 BNatSchG a. F.; Verwaltungsgerichtshof Mannheim, NuR 2000, 149 ff. zu § 20 Abs. 2 BNatSchG a. F.; Verwaltungsgericht Freiburg, NuR 1996, 425 ff.; Grewing, Artenschutzrecht, S. 12; Gassner/Bendornir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, BNatSchG, 2. Aufl. 2003, § 39 Rdnr. 10; Lütke/Ewer, BNatSchG, 1. Aufl. 2011, § 37, Rdnr. 42; Hammer, DVBl 1997, 401 ff. m. w. N.). Daher soll sich das Verhältnis der angesprochenen Rechtsgebiete nach den allgemeinen Kollisionsregeln bestimmen, insbesondere nach dem Grundsatz, dass das <u>speziellere</u> Recht in der Anwendung dem allgemeineren Recht vorgeht.	103
Dagegen meint ein Teil der Literatur, dass die Unberührtheitsklausel einen generellen Vorrang der in ihr bezeichneten Vorschriften bzw. Rechtsgebiete gegenüber dem Artenschutzrecht begründet. Die artenschutzrechtlichen Vorschriften des BNatSchG sollen überall dort keine Geltung entfalten können, wo die anderen Rechtsbereiche nicht ihrerseits aufgrund einer in ihnen enthaltenen Vorschrift zurücktreten (Drees, AgrarR 1987, 240 f; Drossé NuR 1997, 200 ff.; Meyer-Ravenstein, AgrarR 2000, 277 ff.; Mitzschke/Schäfer, BfjG § 36 a, Rdnr. 9; Schmidt, NVwZ 1987, 1037 ff.).	104
Der Senat schließt sich der ersten, auch von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Ansicht an. Maßgeblich ist also, welches Recht das spezielle Recht ist.	105
Im Gesetzesentwurf zur Föderalismus-Reform 2006 heißt es (BT-Drucksache 16/813 S. 11):	106
<i>„Jagd und Naturschutz sind getrennte Rechtskreise. Das Recht des Artenschutzes umfasst nicht den jagdrechtlichen Artenschutz.“</i>	107
Das Jagdrecht umfasst spezifisch also jagdrechtliche Regelungen zum Artenschutz, soweit es sich um jagdbare Tiere handelt. Das könnte dafür sprechen, dass das Jagdrecht spezieller und damit vorrangig ist. Andererseits ergibt sich aus dem Jagdrecht nicht die Möglichkeit einer Genehmigung, wie § 45 Abs. 7 BNatSchG sie ermöglicht. Es kommt nach Jagdrecht lediglich eine Abschussgenehmigung gem. § 27 BfjG in Betracht. Diese kollidiert aber mit dem Artenschutz im BNatSchG. Insofern dürfte der Schutz des BNatSchG intensiver und spezieller sein. § 45 Abs. 7 BNatSchG enthält auch keine spezielle Kollisionsregel, wie es z. B. bei § 45 Abs. 4 BNatSchG („vorbehaltlich jagd- und fischereirechtlicher Vorschriften“) der Fall ist. Wenn das Jagd- und Fischereirecht ohnehin vorrangig wäre, wäre dieser Vorbehalt überflüssig, soweit die Länder anderweitige Regelungen im Jagd- und Fischereirecht getroffen haben.	108
Auch die Entstehungsgeschichte sowie verfassungsrechtliche Aspekte sprechen für die vom Senat vertretene Auffassung. Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 28 GG unterliegt das Jagdrecht der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes und der Länder. In Art. 72 Abs. 3 GG heißt es	109

zur Ausgestaltung der konkurrierenden Gesetzgebung:

„Hat der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht, können die Länder durch Gesetz hiervon abweichende Regelungen treffen über 110

1. 111

das Jagdwesen (ohne das Recht der Jagdscheine); 112

2. 113

den Naturschutz und die Landschaftspflege (ohne die allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes, das Recht des Artenschutzes oder des Meeresnaturschutzes).“ 114

In Nordrhein-Westfalen hat der Landesgesetzgeber das Jagdrecht selbst geregelt; auch nach LJG NRW unterliegt der Wisent (ebenso wie nach § 2 BJG) dem Jagdrecht (wenn er auch ganzjährige Schonzeit hat). Das könnte - zumal das Recht des Artenschutzes nicht den jagdrechtlichen Artenschutz umfasst – dafür sprechen, das Jagdrecht als spezieller anzusehen, gerade weil es – gegenüber §§ 44 ff. BNatSchG – abweichende Regelungen enthält. Gleichzeitig unterliegt der Wisent aber dem Artenschutz nach der FFH-Richtlinie und nach § 44 BNatSchG. Die Länder sind nach § 72 Abs. 3 Nr. 2 GG beim Recht des Artenschutzes – wozu das BNatSchG gehört – jedoch gerade nicht berechtigt, abweichende Regelungen zu treffen. 115

Der Senat geht daher davon aus, dass das Recht des Landes, das Jagdrecht eigenständig und abweichend vom Bundesrecht zu regeln, nicht die Befugnis einschließt, bundesrechtliche Artenschutzvorschriften einzuschränken oder zu unterlaufen. Maßgeblich ist also die Frage, welches Recht hier spezieller ist. Das sind die §§ 44 ff. BNatSchG. Und zudem greift – insbesondere wegen Art. 72 Abs. 3 Nr. 2 GG – der in Art. 31 GG geregelte Grundsatz, wonach Bundesrecht Landesrecht bricht. 116

bb) 117

Auch wenn Jagdrecht vorrangig wäre, gelangte – entgegen der Auffassung des Klägers - § 31 Abs. 2, 3 u. Abs. 6 LJG-NRW hier nicht zur Anwendung. Danach ist es u. a. verboten, ohne Genehmigung Schalenwild, wozu auch Wisente gehören, in der freien Wildbahn auszusetzen, und der Jagdausübungsberechtigte ist verpflichtet, verbotswidrig ausgesetzte Tiere zu erlegen. 118

Das Auswilderungsprojekt des Beklagten verstößt nicht gegen § 31 Abs. 2 u. Abs. 3 LJG-NRW. Zwar ist eine nach § 31 LJG-NRW grundsätzlich erforderliche schriftliche Genehmigung der obersten Jagdbehörde (vgl. § 28 Abs. 3 BJG) bislang weder beantragt noch erteilt worden. Der öffentlich-rechtliche Vertrag vom 08.04.2013, in welchem die Freisetzungsphase der Wisente im Einzelnen geregelt worden ist, wurde jedoch u. a. vom Kreis B als untere Jagdbehörde und ebenso vom Landesbetrieb H NRW als obere Jagdbehörde geschlossen. Zudem sind die dort getroffenen Vereinbarungen durch das L – und damit die oberste Jagdbehörde des Landes NRW – genehmigt worden. Unterzeichnet hat die Genehmigung der zuständige Minister Z (vgl. Bl. 21 d. A.). Mithin war jede gegebenenfalls zuständige Jagdbehörde von der Freisetzung der Wisente im Projektgebiet informiert und damit einverstanden. Bereits dieser Umstand spricht bei lebensnaher Bewertung gegen ein „illegales Auswilderungsprojekt“. 119

Allerdings ist ein Genehmigungserfordernis in § 3 Abs. 3 des vorbezeichneten Vertrages verneint worden, weil die Wisente mit der Freisetzungsphase nicht herrenlos werden sollten. Tatsächlich ist aber – was noch erläutert wird – der Zustand der Herrenlosigkeit der Tiere längst eingetreten. Das bedeutet aber nicht, dass die Auswilderung von Anfang illegal war bzw. gegen § 31 LJG-NRW verstieß. § 3 Abs. 3 des öffentlich-rechtlichen Vertrages vom 08.04.2013 beschreibt nicht den aktuellen, tatsächlichen Zustand der Herde, sondern stellt eine rechtliche Fiktion dar, damit der Beklagte den rechtlichen Zugriff auf die Tiere während der sog. Freisetzungsphase behält. Daher ist es konsequent gewesen, ein Genehmigungserfordernis nach § 31 LJG-NRW jedenfalls zu Beginn der Freisetzung zu verneinen. Naturgemäß ist die Freisetzungsphase dynamisch. Die faktischen Zugriffsmöglichkeiten des Beklagten haben sich mit der Zeit verringert, während die genannte Fiktion jedenfalls nach den Vorstellungen der Vertragsbeteiligten bis zum Ende der Freisetzungsphase aufrechterhalten werden sollte. Wenn aber während der Freisetzungsphase aufgrund der verringerten Zugriffsmöglichkeiten die – an den tatsächlichen Verhältnissen zu bestimmende – Herrenlosigkeit i. S. v. § 960 BGB eingetreten ist, wäre eine Genehmigungsbedürftigkeit gegebenenfalls erst ab diesem Zeitpunkt zu bejahen gewesen. In diesem Fall hat man sich bereits der nächsten Phase genähert, so dass der Vertrag vom 08.04.2013 nach § 10 (Laufzeit des Vertrages) durch einen „*Vertrag über die Phase der Herrenlosigkeit*“ abgelöst werden könnte, der dann (auch formal) die Genehmigung der zuständigen Jagdbehörde für das Aussetzen von Schalenwild gem. § 31 Abs. 2 LJG-NRW enthält.

Bei lebensnahem Verständnis des öffentlich-rechtlichen Vertrages vom 08.04.2013 kann also 121 bei tatsächlich inzwischen eingetretener und damit gelungener „*Auswilderung*“ der Wisente nicht von einem „*illegalem Projekt*“ gesprochen werden. Es liegt auf der Hand, dass die Genehmigungen, die gem. § 31 Abs. 2 LJG-NRW durch die bereits den Vertrag vom 08.04.2013 mittragenden Jagdbehörden (untere, obere und oberste Jagdbehörde) erteilt werden wird, wenn nicht eine Störung des biologischen Gleichgewichts, eine Schädigung der Landeskultur oder aber Gefahren für die öffentliche Sicherheit zu befürchten sind. Bisher ist die Auswilderung daher auch unter Zugrundelegung des Standpunktes des Klägers nur „formal“ rechtswidrig, nicht materiell. Eine – der Genehmigungsfähigkeit gegebenenfalls entgegenstehende – Gefahr für die öffentliche Sicherheit, eine Störung des biologischen Gleichgewichts oder aber eine Schädigung der Landeskultur sind weder mit Substanz dargetan noch ersichtlich. Die Begegnung einer Spaziergängerin mit einer angriffslustigen Wisentkuh reicht dafür nicht.

cc) 122

Entgegen der Auffassung des Klägers wird § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG auch nicht durch 123 andere vorrangige artenschutzrechtliche Bestimmungen verdrängt, gegen welche der Beklagte seinerseits verstoßen haben soll.

In diesem Zusammenhang beruft sich der Kläger auf vermeintliche Verstöße gegen § 33 Abs. 124 1 BNatSchG und § 34 Abs. 1 S. 1 BNatSchG, welche aufgrund der FFH-Richtlinie in nationales Recht umgesetzt worden seien, und zieht den Rückschluss, dass diese Vorschriften dem Artenschutz dienen und dem § 44 BNatSchG daher generell vorgehen.

Insoweit greift die Kollisionsregelung des § 37 Abs. 2 BNatSchG jedoch schon deshalb nicht, 125 da sie sich nur auf Vorschriften außerhalb des BNatSchG bezieht (vgl. Lütke/Ewer BNatSchG, 1. Aufl. 2011, § 37, Überschrift zu Rdnr. 41; so auch Hellenbroich in: Friends/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 37 Aufgaben des Artenschutzes, Rdnr. 14). § 37 Abs. 2 BNatSchG regelt lediglich das Verhältnis des 5. Kapitels des BNatSchG zu

artenschutzrechtlichen Bestimmungen in anderen Gesetzen dieses Abschnitts
(Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Urteil vom 15.12.2011 mit dem Az.
1 LB 19/10, Rdnr. 34, zitiert nach juris).

Auch hinsichtlich § 34 Landschaftsgesetz NRW, gegen den der Beklagte nach Auffassung 126
des Klägers ebenfalls verstoßen haben soll, scheidet eine Anwendbarkeit des § 44 Abs. 1 Nr.
1 BNatSchG nicht wegen § 37 Abs. 2 BNatSchG aus. Bei der Vorschrift des § 34
Landschaftsgesetz NRW handelt es sich nach dem Verständnis des Senats um eine
gebietsschutzrechtliche Vorschrift. Auf diese ist § 37 Abs. 2 BNatSchG nicht anwendbar.
Einen Vorrang des Gebietsschutzes gegenüber dem Artenschutzrecht gibt es nicht (vgl. zu
dem Verhältnis von Artenschutz und Gebietsschutz auch den Leitfaden der Kommission zu
Natura-2000 Gebietsmanagement aus dem Jahr 2000, Einleitung I 2, S. 10). Daher kommen
auch Vorschriften des Artenschutzes innerhalb geschützter Teile von Natur und Landschaft
zur Anwendung (vgl. Lütke/Ewer, BNatSchG, § 37 Rdnr. 39).

b) 127

§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG gelangt im vorliegenden Falle also grundsätzlich zur 128
Anwendung. Der Beklagte vermag sich allerdings auf diese Vorschrift nur zu berufen, wenn
jede erfolgsversprechende Maßnahme zur Beseitigung der Störung i. S. d. § 1004 Abs. 1 BGB
gegen diese Bestimmung verstößt. Es ist also zu prüfen, ob neben dem Nachstellen und
Fangen noch andere geeignete Maßnahmen möglich sind, die nicht gegen das
Bundesnaturschutzgesetz oder andere Normen verstoßen. Dies ist im Ergebnis zu verneinen.

Zu dieser Problematik liegen das jeweils vom Beklagten eingeführte Gutachten des Herrn Dr. 129
Q vom 30.09.2015 (Anlage B 3, Bl. 135 ff. d. A.) und das Schreiben des Herrn X vom Kreis B
vom 05.02.2016 (Anlage B 4, Bl. 278 ff. d. A.) im Parallelverfahren 5 U 156/15) vor.

Als ein derartiges Mittel kommt zunächst die Errichtung eines Zaunes in Betracht. Davon rät 130
Dr. Q in seinem Gutachten aber eindeutig ab. Er vertritt die nachvollziehbare Ansicht, dass
die großflächige Abzäunung des Projektgebietes unrealistisch sei. Darauf geht auch der
Landkreis in seinem oben erwähnten Schreiben ein. Zudem bestehen Bedenken hinsichtlich
der Genehmigungsfähigkeit eines solchen Zaunes, da es sich dabei um eine bauliche Anlage
handele. Selbst wenn ein Zaun gebaut würde – so Dr. Q in seinem Gutachten – würden die
Wisente durch ihr Explorationsverhalten mit hoher Wahrscheinlichkeit irgendwann auf der
falschen Seite des Zaunes stehen und Schwierigkeiten haben zurückzukommen. Wege und
Straßen für Menschen würden nämlich grundsätzlich auch von den Wisenten genutzt. Auch
sei der Bau eines Zaunes um den Wald des Klägers nicht möglich; dies stelle einen Verstoß
gegen § 14 BWaldG dar, wonach das Betreten des Waldes grundsätzlich für jedermann
möglich sein müsse.

Als weitere Maßnahmen könnten der Ankauf/die Anpachtung weiterer Flächen und die 131
Steuerung durch Fütterung dienen. Der Kauf und/oder die Pacht weiterer Flächen und
ebenso die Lockfütterung führen jedoch nicht mit Sicherheit dazu, dass die Wisente das
Projektgebiet nicht wieder verlassen, da sie sich im gesamten Waldgebiet frei bewegen
können. Zudem bevorzugen sie nach der Aussage des Zeugen C bei der Nahrungsaufnahme
Abwechslung.

Das Verlegen einer Induktionsschleife um das gesamte Projektgebiet und die Ausstattung der 132
Tiere mit Sendern kommt sowohl aus technischen als auch aus tierschutzrechtlichen
Gründen nicht in Betracht. Zudem bestehen die gleichen Bedenken wie bei Errichtung eines
Zaunes.

Auch die Möglichkeit, die Bäume des Klägers und anderer Waldeigentümer auf Kosten des Beklagten mit so genannten Schälschutzmatten zu versehen, kommt nach den Erklärungen der Parteien im Senatstermin vom 08.05.2017 nicht als geeignete Maßnahme in Betracht. Ob das flächendeckende Anbringen von Schälschutzmatten an sämtlichen Bäumen des Klägers (und anderer Waldeigentümer) in einem Natura?2000?Gebiet überhaupt zulässig bzw. genehmigungsfähig wäre, ist nach den insoweit unwidersprochenen Angaben des Beklagten bereits zweifelhaft. Das in der Forstwirtschaft gebräuchliche Anbringen von Schälschutzmatten an den so genannten Z-Bäumen (Zukunftsbäume, denen ein bestimmtes Mindestalter mit entsprechender Holzqualität prognostiziert wird) erfasst nicht alle Bäume, und insbesondere sind Schälschutzmatten nicht geeignet, die Zerstörung der Kraut- und Strauchschicht und damit eine nachhaltige Beeinträchtigung der Naturverjüngung zu verhindern.

133

Schließlich bestünde noch die Möglichkeit, sogenannte „Wisent-Hirten“ einzusetzen, welche die Herde begleiten. Diese Maßnahme dürfte, was letztlich offen bleiben kann, nicht gegen die Vorschriften des Naturschutzrechtes verstoßen. Ein Verstoß gegen § 44 Abs. 1 BNatSchG wegen „Nachstellens“ kommt wohl nicht in Betracht. Ein Nachstellen im Sinne dieser Vorschrift ist nur bei Handlungen gegeben, die der unmittelbaren Vorbereitung des Fangens, Verletzens oder Tötens eines Tieres dienen, wie das Auslegen von Ködern, das Aufstellen von Fallen, das Ansitzen, Verfolgen oder Hetzen (vgl. Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 44 Rdn. 8). Derartiges ist bei einem Hüten der Tiere, also einem Sorgetragen dafür, dass die Tiere das Projektgelände nicht verlassen, nicht der Fall. Auch ein Verstoß gegen § 39 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist durch den Einsatz von Wisenthirten wohl nicht zu besorgen. Nach dieser Vorschrift ist es verboten, wild lebende Tiere mutwillig zu beunruhigen oder ohne vernünftigen Grund zu fangen, verletzen oder zu töten. Es liegt insoweit keine Mutwilligkeit im Sinne dieser Vorschrift vor. Ein Treiben der Tiere durch den Wisenthirten würde gerade nicht aus Böswilligkeit erfolgen, sondern aus dem nachvollziehbaren Beweggrund, das Eigentum Dritter – insbesondere des Klägers – zu schützen. Zudem dient es dem Schutz der ebenfalls unter Artenschutz stehenden Buchenwälder.

134

Gleichwohl ist diese Maßnahme, welche jener in § 26 BfG entspricht, im Ergebnis nicht geeignet; jedenfalls ist sie für den Beklagten nicht zumutbar.

135

Nach den Aussagen der Zeugen I und C soll nämlich ein Treiben der Herde ohne eine „Hundertschaft“ an Helfern gerade nicht möglich sein. Zwar sollen die vom Kläger benannten Zeugen I3, D, E1 und F die Wisentherde im Frühjahr 2016 über eine Distanz von mehr als 6 km aus den N Forstbeständen auf die J Seite getrieben haben. Wenn das zutrifft, liegt es auch nahe, dass 4 Menschen imstande sind, die Herde am Betreten eines fremden Grundstücks zu hindern. Aber ein effektiver Schutz würde voraussetzen, dass entweder jedes in Betracht kommende „fremde“ Grundstück bewacht oder aber (etwas weniger lebensfremd) die Herde – und auch jedes einzelne sich absondernde Tier – rund um die Uhr, 7 Tage die Woche, 24 Stunden am Tag, verfolgt werden. Eine vollständige Einfriedigung der Grundstücke des Klägers ist nicht zulässig (s. o.). In kritischen Situationen müsste also umgehend genügend Personal zur Verfügung stehen, um die Wisente an dem Betreten fremder Grundstücke und Schälen der dort vorhandenen Bäume zu hindern. Wenn durchgehend zwei Wisenthirten gleichzeitig Dienst hätten, müssten (auch ohne Krankheit und Urlaub) mindestens 10 Personen in Vollzeit beschäftigt werden. Selbst wenn dafür öffentliche Mittel bereitgestellt werden könnten, ist der Einsatz von Hirten also mit großem Organisationsaufwand und mit immensen Kosten verbunden. Der Senat vertritt daher die Auffassung, dass dem Beklagten eine solche Maßnahme nicht zumutbar ist, zumal er die materiellen Schäden des Klägers bislang regelmäßig erstattet hat (§ 275 Abs. 1 BGB).

136

analog/vgl. BGH NZM 2010, 174, Rdnr. 20 und Palandt/Bassenge, 75. Aufl. 2016, § 1004 BGB, Rdnr. 47).

Zudem wäre der Einsatz von Wisent-Hirten (sowie ggf. Jagd- oder Hütehunden) nach Auffassung des Senates nicht geeignet, die Grundstücke des Klägers und anderer Waldeigentümer zuverlässig vor dem Betreten durch die Wisentherde und ggf. durch Einzeltiere und vor entsprechenden Baumschäden zu schützen. Die Herde und auch die nicht mit der Herde laufenden Einzeltiere müssten ggf. durchgehend mit angemessenem Abstand von „Hirten“ begleitet werden; der Senat hält dies insbesondere zur Nachtzeit angesichts der Geländeverhältnisse im Rothaargebirge mit dichten Wäldern und steilen Hanglagen für nicht durchführbar. Und im Falle einer Annäherung der Herde an Grundstücke des Klägers oder anderer Waldeigentümer könnte auch ein dann erforderliches „zielgerichtetes“ Treiben der Herde jedenfalls bei völliger Dunkelheit oder anderweitig eingeschränkten Sichtverhältnissen nicht sichergestellt werden. 137

Nach allem dürften die Maßnahmen des Nachstellens und Fangens der Wisente am effektivsten sein, um die Störung des klägerischen Eigentums zu beseitigen bzw. zu verhindern. Diese Maßnahmen sind jedoch nach §§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG grundsätzlich verboten. Ein Störer kann nicht nur dann zu einer konkreten Maßnahme verurteilt werden, wenn allein diese Maßnahme den Nichteintritt der drohenden Beeinträchtigung gewährleistet, sondern auch, wenn weitere Maßnahmen zwar möglich sind, vernünftigerweise aber nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden können (vgl. BGH MDR 2004, 503 – Rdnr. 15 zitiert nach Juris). 138

c) 139

Das Eingreifen von § 44 Abs. 1 BNatSchG setzt voraus, dass es sich bei den hier in Rede stehenden Wisenten um wildlebende Tiere handelt. Von dieser Voraussetzung geht der Senat aus. 140

aa) 141

„Wild lebende“ Tiere i.S.v. § 7 Abs. 2 Nr. 1 a) BNatSchG sind alle Tierarten, deren Exemplare nicht ausschließlich vom Menschen gezüchtet werden (BT-Drs 10/5064 S. 18). 142

Gezüchtete Tiere sind nach § 7 Abs. 2 Nr. 15 BNatSchG solche, die in kontrollierter Umgebung geboren oder auf andere Weise erzeugt und deren Elterntiere rechtmäßig erworben worden sind. In kontrollierter Umgebung geboren sind die Tiere, wenn die Geburt bzw. die Erzeugung in anderer Weise, in einem unter menschlicher Kontrolle stehenden Umfeld stattfindet. Dies erfordert zumindest eine Unterbringung, Versorgung und Pflege (Gellermann, Landmann/Rohmer, Umweltrecht Kommentar, Stand: Februar 2016, § 7 BNatSchG Rdnr. 29). 143

„Wild lebende“ Tiere sind wild lebende Individuen. Geschützt wird die Art in ihren Gliedern, nicht das Einzeltier als solches. Auch gefangene oder gezüchtete Exemplare sind erfasst, sofern sie einer wild lebenden Art angehören. Wild lebend ist eine Art, wenn sie kein Haustier darstellt, also nicht domestiziert ist. Ausschlaggebend ist, dass die Art wild lebend vorkommt (Strauße sind daher Tiere einer wild lebenden Art, auch wenn hier gezüchtet; vgl. VGH Kassel NVwZ-RR 1996, 432). Haustiere unterfallen nicht dieser Tierdefinition, auch wenn sie in die Freiheit entwichen sind. Auf eine etwaige Verfügungsgewalt des Menschen kommt es nicht an. Umgekehrt können Tiere, die vom Menschen ausgesetzt wurden, wild lebend sein, wenn sie zu wild lebenden Arten gehören (z. B. in einem privaten Teich ausgesetzte Frösche 144

– BGH NJW 1993, 925 ff.- Rdnr. 9 zitiert nach juris). Gefangene, gezüchtete und gezähmte Exemplare wild lebender Arten können daher herrenlos werden und die Freiheit und mit ihr Naturschutz erlangen. Nachkommen aus der Paarung eines wild lebenden Tieres mit einem gefangenen Tier derselben wild lebenden Art fügen sich hier ohne weiteres ein. Wild lebende Tiere sind herrenlos. Herrenlos werden, wenn sie die Freiheit erlangen: nach § 960 Abs. 2 BGB gefangene Tiere, nach Abs. 3 gezähmte Tiere (vgl. *Stöckel/Müller-Walter* Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand Mai 2016, § 7 Abs. 2 Nr. 1 BNatSchG, Rdnr. 13).

Im vorliegenden Fall ist zu differenzieren: 145

Bei den am 11.04.2013 freigelassenen acht Wisenten handelte es sich zunächst um gezüchtete Tiere gem. § 7 Abs. 2 Nr. 15 BNatSchG. 146

Die Abkömmlinge dieser Wisente wurden jedoch nicht in kontrollierter Umgebung geboren und sind somit keine gezüchteten Tiere. Sie wurden auf dem Projektgebiet ohne Zutun des Beklagten geboren. Um von gezüchteten Tieren ausgehen zu können, ist zumindest eine Unterbringung, Versorgung und Pflege erforderlich (s.o.). Bei der derzeitigen „Freisetzungsphase“ mit den Regelungen in dem Vertrag vom 08.04.2013 kann nicht von einer Unterbringung, Versorgung und Pflege gesprochen werden. 147

Vom Wortsinn fordert „Unterbringung“ eine befestigte Anlage, in welcher sich die Tiere aufhalten müssen. Die Wisente können sich jedoch hier in freier Natur, ohne Kontrolle des Beklagten, bewegen. Zwar sollen sie sich nur auf dem Projektgebiet aufhalten, dieses ist jedoch nicht umzäunt oder durch sonstige Vorrichtungen abgeschirmt. 148

Die Tiere sollen gem. dem Vertrag vom 08.04.2013 durch eine ganzjährige Fütterung gesteuert werden. Darin ist jedoch keine „Versorgung“ i. S. v. § 7 Abs. 2 Nr. 15 BNatSchG zu sehen. Eine unterstützende Fütterung, wie sie auch bei sonstigen wildlebenden Tieren durch den Förster oder Jäger betrieben wird, rechtfertigt vom Verständnis her keine Bewertung als „Versorgung“. „Versorgung“ impliziert eine ausschließliche Futterquelle durch den Versorgenden. Die grundsätzliche Nahrungsaufnahme wird von den Wisenten selbstständig durchgeführt, weshalb es auch zu dem Schälen der Bäume kam. 149

Entscheidend ist außerdem die Situation, wie sie sich tatsächlich darstellt. 150

Der Senat erkennt in diesem Zusammenhang nicht, dass die Tiere in verschiedener Hinsicht noch unter menschlicher Obhut stehen. So soll die Größe der Herde auf maximal 25 Tiere beschränkt werden; heranwachsende Jungbullen müssten, damit sie vom Zuchtbullen nicht verletzt oder getötet werden, ebenso wie überzählige Tiere aus der Herde geholt werden. Zudem müsste zur Vermeidung von Inzucht – welche die Population letztlich vernichten könnte – der Zuchtbulle in gewissen Abständen ausgetauscht werden. In Einzelfällen können sich – nach den zur Akte gereichten Fotos – Menschen bis auf kurze Distanz den Tieren nähern. Einer Gruppe von 4 Männern soll es gelungen sein, die Tiere etliche Kilometer weiter auf J Gebiet zu treiben. Vorgesehen ist zudem eine veterinär-medizinische Überwachung, und laut § 8 Abs. 3 des öffentlich-rechtlichen Vertrages hat die Koordinationsgruppe das Recht, das Projekt aus wissenschaftlichen Gründen oder wegen der öffentlichen Sicherheit jederzeit zu beenden. 151

Die vorgenannten Gesichtspunkte stehen einer Bewertung der in Rede stehenden Tiere als „wildlebend“ jedoch im Ergebnis nicht entgegen. Denn andererseits streifen die Wisente unkontrolliert umher, wobei sie auch das Projektgebiet verlassen und Nahrung in Wäldern 152

aufnehmen, die nicht innerhalb des Projektgebietes liegen.

bb) 153

Mit dem Begriff „*wildlebend*“ korrespondiert der Begriff der Herrenlosigkeit. Herrenlos sind wildlebende Tiere gem. § 960 Abs. 1 u. Abs. 2 BGB, wenn sie sich in Freiheit befinden oder die Freiheit wiedererlangen. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich allein nach den tatsächlichen Verhältnissen und kann mithin nicht durch Vertrag geregelt werden. 154

Die im Vertrag vom 08.04.2013 gewählte Formulierung der „*Herrenlosigkeit*“ ist gem. §§ 133, 157 BGB vor dem Hintergrund der §§ 31 ff. BNatSchG zu sehen. Gem. § 34 Abs. 1 S. 1 BNatSchG sind Projekte wie das Vorliegende vor ihrer Zulassung oder Durchführung auf ihre Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen eines Natura 2000-Gebietes zu überprüfen, wenn sie einzeln oder im Zusammenwirken mit anderen Projekten oder Plänen geeignet sind, das Gebiet erheblich zu beeinträchtigen, und nicht unmittelbar der Verwaltung des Gebietes dienen. 155

Die mehrjährige „*Freisetzungsphase*“ für die Wisente laut § 2 Abs. 3 des Vertrages vom 08.04.2013 ist dieser Überprüfung geschuldet. Um während dieser Phase nicht den Zugriff auf die Wisente im Sinne des Zivil- und Jagdrechtes zu verlieren, haben die Vertragsparteien einen Zeitraum konstruiert, in dem die Wisente unabhängig von den tatsächlichen Verhältnissen nicht herrenlos im Sinne des Zivil- und Jagdrechtes sein sollen. Diese rechtliche Konstruktion ist für die zivilrechtliche Haftung des Beklagten ebenso wie für die naturschutzrechtliche und jagdrechtliche Betreuung und Steuerung der Tiere wie des gesamten Projekts durch den Beklagten von Bedeutung. 156

Der im Vertrag verwendete Begriff der „*Herrenlosigkeit*“ beschreibt also nicht den derzeitigen Zustand der Wisente, der allein aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse objektiv zu bestimmen ist, sondern ist eine rechtliche Konstruktion, um bestimmte zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Rechtsfolgen herbeiführen zu können (s. o.). 157

Aus den tatsächlichen Verhältnissen, wie sie sich aus dem Parteivortrag und den Aussagen der Zeugen I und C entnehmen lassen, schließt der Senat, dass auch die 8 freigelassenen Wisente die Freiheit i. S. v. § 960 Abs. 2 BGB wiedererlangt haben und somit herrenlos sind. In diesem Zusammenhang ist unerheblich, dass sie – oder einige Tiere von ihnen – eine geringere Fluchtdistanz haben als vom Beklagten angegeben. Sie bewegen sich frei im Waldgebiet und werden weder ständig gefüttert noch sonstwie versorgt. Die Teilnahme der Wisente an der Winterfütterung für Rotwild ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Das letzte funktionsfähige Telemetrie-Halsband ist inzwischen ebenfalls ausgefallen. Die letzte Impfung fand 2015 statt. Es ist auch nicht entscheidend, dass sich die Tiere in Einzelfällen – ihrem Futterinstinkt folgend – immer noch durch Futter anlocken lassen. Auch andere wilde Tiere lassen sich von Menschen füttern. Soweit der Beklagte das Raum-Zeit-Verhalten der Tiere seit ihrer Freilassung beobachtet, dient diese Beobachtung nicht der Wiedererlangung der Tiere. Der Beklagte stellt den Wisenten nicht nach und hat auch sonst keine Vorkehrungen getroffen, um sie wieder einzufangen. In diesem Zusammenhang spielt der Umstand, dass der Beklagte, wenn das Projekt nach § 8 Abs. 3 des Vertrages beendet werden sollte oder wenn einzelne Tiere aus der Herde genommen werden müssten, technisch wohl in der Lage sein wird, den Wisenten nachzustellen und sie einzufangen, keine Rolle. 158

cc) 159

160

Nach Allem sprechen die tatsächlichen Verhältnisse dafür, dass die Wisente wilde und herrenlose Tiere i. S. d. BNatSchG sind. Dazu steht allerdings im Widerspruch, dass in dem Vertrag vom 08.04.2013 eine Genehmigungsbedürftigkeit nach § 31 LJG NRW und § 35 Nr. 2 DVO LJG NRW verneint worden ist, weil die Tiere in der Freisetzungsphase gerade nicht herrenlos seien. Diese Problematik wurde bereits oben erörtert. Ob die Tiere dem Schutz des § 44 Abs. 1 BNatSchG unterliegen, beurteilt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen und nicht nach der vertraglichen Einordnung des Beklagten. Aus demselben Grund ist es auch nicht erheblich, ob eine Verträglichkeitsprüfung i. S. v. § 34 BNatSchG durch den Beklagten durchgeführt worden ist oder nicht.

Der Wisent ist ein Tier sowohl einer besonders geschützten Art (§ 7 Abs. 2 Nr. 13 b) in Verbindung mit Anhang IV der FFH-Richtlinie) als auch einer streng geschützten Art gem. § 7 Abs. 2 Nr. 14 b) BNatSchG. 161

Grundsätzlich ist daher dem Beklagten ein Nachstellen und Fangen der Wisente wegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verboten, woraus sich eine Duldungspflicht der Kläger ergeben kann. 162

d) 163

Ein inhaltlich vergleichbares Verbot – und damit eine Duldungspflicht – kann sich auch aus dem Jagdrecht ergeben, falls oder soweit es zur Anwendung gelangt. 164

Zunächst ist festzustellen, dass es sich bei dem Wisent gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 BJG und gem. § 2 LJG NRW um eine Tierart handelt, die dem Jagdrecht unterliegt. Der sachliche Anwendungsbereich des Jagdrechts ist auf heimische Tiere beschränkt. (*Metzger, Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand: Mai 2016, § 2 BJG, Rn. 2*). Aus der Aufzählung in § 2 Abs. 1 Nr. 1 BJG und § 2 LJG ist zu schließen, dass die Wisente (*Bison bonasus* L.) heimisch sind. Auch der Sinn und Zweck der Regelung spricht dafür, denn ansonsten könnten diese Tierarten möglicherweise nicht dem Jagdrecht unterfallen, und gerade das sollen die jeweiligen Vorschriften regeln. Deshalb ist es nicht schädlich, dass die Wisente über lange Zeit nicht in der Bundesrepublik verbreitet waren. 165

Im Jagdrecht bestehen auch besondere Schutzvorschriften für Wisente. Dem Beklagten ist es auch nach dem Jagdrecht nicht erlaubt, die Tiere zu verfolgen und gegebenenfalls zu immobilisieren. Aus dem Umkehrschluss aus § 1 LJZeitVO NRW ergibt sich, dass Wisente ganzjährig nicht bejagt werden dürfen, denn sie sind nach dieser Verordnung zu keiner Zeit zur Jagd freigegeben. Gem. § 1 Abs. 4 BJG erstreckt sich die Jagd auf das Aufsuchen, Nachstellen, Erlegen und Fangen von Wild. Es ist somit jagdrechtlich nicht erlaubt, Wisente aufzusuchen, ihnen nachzustellen, sie zu erlegen und zu fangen. Somit stimmt diese Regel zum Schutz der Wisente mit der des § 44 BNatSchG überein. 166

Bei den streitgegenständlichen Wisenten handelt es sich um „Wild“ im Sinne des Jagdrechts. „Wild“ in dem Sinne bedeutet wildlebende Tiere, die dem Jagdrecht unterliegen. Wisente unterliegen grundsätzlich dem Jagdrecht (s.o.). Die streitgegenständlichen Wisente sind auch „wildlebend“ im Sinne des Jagdrechts. 167

Wildlebend sind die bei uns in Freiheit vorkommenden Tierarten. Das Tierindividuum muss sich in natürlicher Freiheit befinden, also nicht in Gewalt des Menschen. Wildlebend werden Tiere, die – wie hier die ersten 8 Wisente - in Gefangenschaft geboren und sodann legal in die Freiheit entlassen wurden, wenn der Eigentümer die Verfolgung bewusst unterlässt oder aufgibt (*Metzger, Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand: Mai 2016, § 2 BJagdG, Rn. 4f.*). Herangezogen werden kann hier zur Begriffsbestimmung § 960 Abs. 2 168

Die acht ursprünglich vom Beklagten am 11.04.2013 freigelassenen Wisente sind wildlebend und herrenlos geworden. Deshalb sind auch deren Abkömmlinge wildlebend und herrenlos geworden. Der Beklagte hat die Wisente bewusst in die Freiheit entlassen und nicht verfolgt. Seitdem er die Wisente freigelassen hat, beobachtet er zwar das Raum-Zeit-Verhalten der Tiere. Er hat ihnen aber nicht nachgestellt und auch sonst keine Vorkehrungen i.S.d. § 960 Abs. 2 BGB getroffen, um sie wieder einzufangen. Verfolgen i.S.d. § 960 Abs. 2 BGB muss zwar nicht auf ein Nachstellen beschränkt sein. Da es sich bei § 960 Abs. 2 BGB aber um eine Ausnahmevorschrift handelt, darf sie auch nicht zu weit verstanden werden. Nicht jede einem bestimmten Zweck dienliche Verfolgungsmaßnahme fällt unter § 960 Abs. 2 BGB. Das Verfolgen zur Ermöglichung solcher Beobachtungsmaßnahmen genügt demnach nicht, um davon ausgehen zu können, dass der Beklagte weiterhin Eigentümer der Wisente ist. 169

Die Wisente bewegen sich auch in Freiheit. Die Wisente können sich auf dem Projektgebiet frei bewegen. Das Projektgebiet hat keine Umzäunung. Den Tieren ist es auch möglich dieses zu verlassen, was sie auch bereits in der Vergangenheit getan haben. Im Übrigen wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. 170

e) 171

Der nach den vorstehenden Ausführungen im Ausgangspunkt zu bejahenden Duldungspflicht des Klägers steht auch der Grundsatz von Treu und Glauben nicht entgegen. 172

Dem Beklagten werden mehrere Verstöße gegen naturschutz- und jagdrechtliche Bestimmungen vorgehalten, etwa gegen § 31 LJG NRW (Aussetzen von Schalenwild ohne Genehmigung) oder gegen § 33 BNatSchG (Veränderung eines Natura 2000-Gebietes). Aber auch dann wäre der Beklagte nicht berechtigt, die Wisente zu fangen. Ebenso wie es in der „Frosch-Entscheidung“ des Bundesgerichtshofs (BGH NJW 1993, 925 ff.) nicht darauf ankam, wie die lärmenden Frösche in den Gartenteich gelangt waren, kommt es hier nicht darauf an, wie die Wisente in den Wald gekommen sind. Die von den Klägern angesprochenen Verstöße könnten gegebenenfalls bei der Frage der Genehmigung nach § 45 BNatSchG eine Rolle spielen, nicht jedoch im Rahmen der Voraussetzungen des § 44 BNatSchG. Unabhängig davon, wie die Wisente ins Rothaargebirge gekommen sind, ist der Beklagte Adressat der Verbotsnorm des § 44 Abs. 1 BNatSchG und könnte im Falle antragsgemäßer Verurteilung ohne Ausnahmegenehmigung die Pflicht nicht erfüllen, ohne gegen § 44 BNatSchG zu verstoßen und somit eine Ordnungswidrigkeit gem. § 69 Abs. 2 Nr. 1 BNatSchG zu begehen. Zu einem gesetzlich nicht erlaubten Verhalten kann der Beklagte zivilrechtlich nicht verurteilt werden (s. o.). 173

Wegen § 68 BNatSchG sind der Kläger und die übrigen Waldeigentümer auch dann nicht schutzlos gestellt, wenn sie den Eingriff in ihr Eigentum mangels Ausnahmegenehmigung dulden müssten und die Beschränkung des Eigentums zu einer unzumutbaren Belastung führt. Sie können dann eine Entschädigung in Geld (§ 68 Abs. 2 S. 1 BNatSchG) oder unter bestimmten Voraussetzungen sogar die Übernahme ihrer Grundstücke (durch das Land NRW) verlangen. 174

f) 175

Es besteht jedoch die Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung zur Verfolgung der Wisente gem. § 45 Abs. 7 BNatSchG. Dem Störer darf es nicht erlaubt sein, sich hinter dem Verbot des § 44 BNatSchG zu verschanzen, wenn öffentlich-rechtliche Ausnahmen 176

zugelassen sind, die mit Erfolgsaussicht beantragt werden können. Verbieta das Naturschutzrecht dem Störar Abhilfemaßnahmen, steht dies seiner Unterlassungspflicht nicht entgegen, wenn öffentlich-rechtliche Ausnahmen mit Aussicht auf Erfolg beantragt werden können. Ob dies der Fall ist, hat das Zivilgericht selbstständig zu prüfen. Bejahendenfalls erfolgt die Verurteilung des Störers unter dem Vorbehalt der Ausnahmegenehmigung, denn diese selbst kann nicht durch das Zivilgericht – also den Senat –, sondern nur durch die zuständige Naturschutzbehörde erteilt werden (vgl. zum Ganzen: BGH NJW 1993, 925 Rn. 14 -19 zitiert nach juris, OLG Sachsen-Anhalt NVwZ-RR 2014, 552 ff- Rnr. 14 -18 zitiert nach juris).

Im vorliegenden Fall sieht der Senat die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung i. S. v. § 45 Abs. 7 BNatSchG als möglich an. 177

aa) 178

Bislang liegt eine Ausnahmegenehmigung gem. § 45 Abs. 7 BNatSchG zum Verfolgen und Immobilisieren der Wisente nicht vor. Sie ergibt sich insbesondere nicht aus dem Vertrag vom 08.04.2013. Dieser soll zwar gem. § 3 Abs. 2 alle Genehmigungen ersetzen, die erforderlich sind, um die Freisetzungsphase durchzuführen, so dass die im Vertrag geregelten Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Wisente schon nach § 45 Abs. 7 BNatSchG genehmigt sein dürften. Dies beinhaltet aber nur die Ausstattung der Leitmühe und Bullen mit Telemetrie-Halsbändern und das Steuern und Überwachen des Raum-Zeit-Verhaltens der Tiere. Die vorgenannten Maßnahmen umfassen aber nicht das Nachstellen, Immobilisieren und Fangen, da diese das bloße Steuern und Überwachen bei Weitem überschreiten. Für ein derartiges Verständnis spricht auch, dass der Beklagte im Falle einer tiermedizinischen Eingriffsnotwendigkeit zunächst Rücksprache mit der zuständigen Veterinärbehörde halten muss, bevor gehandelt werden darf. 179

bb) 180

Eine Ausnahmegenehmigung gem. § 45 Abs. 7 BNatSchG darf zugelassen werden, wenn neben dem Vorliegen eines Ausnahmegrundes zumutbare Alternativen nicht gegeben sind und sich der Erhaltungszustand der Population einer Art nicht verschlechtert, vorbehaltlich weiterer Anforderungen nach Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 92/43/EWG (vgl. Verwaltungsgericht Stade, Urteil vom 15.04.2014 mit dem Az. 1 A 1490/10 Rdnr. 49, zitiert nach juris, und Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 45, Rdnr. 26). 181

(1) 182

Die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung i. S. d. § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BNatSchG ist möglich zur Abwehr erheblicher Land-, Forst-, Fischerei-, Wasser- oder sonstiger erheblicher wirtschaftlicher Schäden. Die Ausnahmeregelung muss im Einklang mit dem EU-Artenschutzrecht gelesen werden. 183

Da die Neufassung der Vorschrift im Zuge der „kleinen BNatSchG-Novelle“ eine Ausnahme auch schon zur Abwendung erheblicher Land-, Forst-, Fischerei-, Wasser- oder sonstiger erheblicher wirtschaftlicher Schäden zulässt, genügt es, wenn es zu einer Beeinträchtigung oder Verschlechterung der wirtschaftlichen Grundlage einzelner Betriebe kommt (vgl. VG Freiburg, NuR 2009, 440 ff. – Rdnr. 29, zitiert nach juris; Lau in Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 45 Ausnahmen; Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen, Rdnr. 14 m. w. N.). Einer Beeinträchtigung bestimmter Wirtschaftszweige einer ganzen Region bedarf es nach neuer Rechtslage nicht (mehr). 184

Der Kläger nutzt sein Grundstück forstwirtschaftlich. Durch das Schälen der Bäume sind dem 185
Kläger in den vergangenen 4 Jahren bereits Schäden an den von ihm bewirtschafteten
Baumbestand in Höhe von mindestens 1.840,00 € entstanden. Es waren mindestens 49
Buchen betroffen.

Im Ergebnis ist auch dieser relativ gering erscheinende Schaden bereits als erheblich zu 186
bewerten.

Der Begriff der Erheblichkeit i. S. v. § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BNatSchG ist im Lichte des 187
Unionsrechts auszulegen. Er entstammt Art. 9 Abs. 1 a) 79/409/EWG (VRL) und stimmt der
Sache nach mit jenem des „*ernsten Schadens*“ i. S. d. Art. 16 Abs. 1 lit. b 92/43/EWG (FFH-
RL) überein. Er ist im Rahmen dieser Regelungsvorgaben zu interpretieren. Diese EU-
rechtlichen Termini bilden ihrer Funktion nach die rechtliche Grenzlinie zwischen dem
eigentumsrechtlich Hinnehmbaren und solchen Belastungen, die dem Eigentümer auch in
Ansehung der besonderen Bedeutung des Artenschutzes nicht mehr zumutbar sind. Daher
kann von einer erheblichen Schädigung i. S. d. § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BNatSchG nur
gesprochen werden, wenn die Pflicht zur Beachtung der artenschutzrechtlichen Verbote in
Ansehung der Gegebenheiten des Einzelfalles als Verletzung der unionsrechtlichen
Verbürgung des Eigentums erscheint (vgl. Gellermann, Landmann/Rohmer, Umweltrecht,
Stand: Februar 2016, § 45 BNatSchG, Rdnr. 20). Ein erheblicher Schaden kann also
überhaupt nur ein grundrechtsrelevanter Schaden insbesondere am eingerichteten und
ausgeübten Gewerbebetrieb sein. Dieser ist anzunehmen, wenn infolge des Artenschutzes
der betreffende Gewerbebetrieb schwer und unerträglich getroffen wird, obwohl der
Betriebsinhaber alle Anstrengungen unternommen hat, dem entgegenzuwirken. Ist diese
Schwelle überwunden, kommt es in einem zweiten Schritt darauf an, dass die betroffenen
qualifizierten wirtschaftlichen Interessen die ihnen widerstrebenden Interessen des
Artenschutzes überwiegen. Schließlich muss der bereits eingetretene oder noch drohende
Schaden kausal auf Einwirkungen der Tiere und/oder Pflanzen zurückzuführen sein. Dabei
muss der erhebliche Schaden jedoch nicht allein auf das Einwirken der
ausnahmegegenständlichen Arten zurückzuführen sein; für die Kausalität reicht ein
substanzieller Schadensbeitrag aus. Der Umfang dieses Schadensbeitrags ist bei der
Abwägung im Rahmen des „*erheblich*“ entsprechend zu würdigen. Darüber hinaus genügen
reine Vermögensschäden noch nicht für die Eröffnung des Ausnahmetatbestandes des § 45
Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG. Der EUGH hat insoweit die Auffassung der Kommission
bestätigt, dass Ausnahmenvoraussetzung ein materieller Schaden bzw. die Gefahr eines
solchen Schadens an den Bewirtschaftungsgütern selbst ist, wie Schäden in der Ernte, im
Wald oder in den der Fischzucht dienenden Teichen (zum Ganzen: Lau in:
Frenz/Müggenborg, BNatSchG, a.a.O.; VG Freiburg, NuR 2009, 440 ff – Rdnr. 37 ff zitiert
nach Juris).

Für den vorliegenden Fall ergibt sich hieraus Folgendes: 188

Im Zuge seiner Anhörung in der mündlichen Verhandlung vom 15.09.2016 hat der Kläger 189
unwidersprochen erläutert, dass sein betroffenes Flurstück X1 ca. 7 Hektar groß sind. Auf
einem Hektar stehen nach seinen Angaben ca. 350 bis 400 Buchen. Mithin befinden sich auf
7 Hektar insgesamt 2.450 bis 2.800 Buchen. Davon sind 49 Buchen – mithin ca. 1,75 bis
2 % ? durch das Schälen der Wisente bislang geschädigt worden. Ca. die Hälfte der
geschädigten Bäume weisen einen Schälgrad von 60 % und mehr auf.

Dieses Schadensbild, wird es isoliert betrachtet, scheint eine Bewertung als erheblich im 190
Sinne der vorzitierten Vorschrift zunächst nicht zu rechtfertigen. Es ist allerdings zu
bedenken, dass sich die Wisente erst seit April 2013 in Freiheit bewegen und die

vorliegenden Schadensdaten lediglich aus den Jahren 2014, 2015 und 2016 (lediglich bis einschließlich Juli) stammen.

Nicht berücksichtigt wurden nach den Ausführungen des Klägers bei der vorskizzierten Schadensaufstellung Schälsschäden an Bäumen mit geringerem Stammdurchmesser/Brusthöhendurchmesser (BHD) als 20 cm, Schäden durch das sog. „Schlagen“ und Schäden, die dadurch entstehen, dass die Tiere die sog. „Krautschicht“ als auch die sog. „Strauchschicht“ abfressen oder aber durch ihr Gewicht zu Boden drücken. Das wirtschaftliche Ausmaß derartiger Schäden kann mangels konkreten Sachvortrags nicht beurteilt werden, kann aber auch offen bleiben. 191

Hier hat der Senat nur zu prüfen, ob eine Ausnahmegenehmigung überhaupt mit Aussicht auf Erfolg beantragt werden kann. Die Genehmigungsbehörde hat – zumal eine Prognose zu treffen ist – neben ihrem Ermessensspielraum zumindest de facto einen Beurteilungsspielraum. Sie hat den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln und eigene Fachleute dafür, die sie einsetzen kann. Der Senat braucht dieser Prüfung nicht vorzugreifen und daher nicht durch ein entsprechendes Sachverständigengutachten den Schaden und seine Ursachen bis ins letzte Detail zu ermitteln. Er hat auch nicht zu ermitteln, welche weiteren Schäden konkret noch zu erwarten sind und ob alle Voraussetzungen einer Ausnahmegenehmigung tatsächlich vorliegen. Der Senat hat sich darauf beschränkt, aufgrund einer summarischen Prüfung festzustellen, dass die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nicht ausgeschlossen werden kann und eine solche daher mit Aussicht auf Erfolg beauftragt werden kann. 192

Dies ist hier im Ergebnis zu bejahen. Denn der Senat geht davon aus, dass bei der Bewertung der Schäden nicht nur auf jeden einzelnen Kläger/Waldeigentümer bzw. die von ihm an seinem Baumbestand geltend gemachten Schäden abzustellen ist, sondern es auf eine Gesamtbetrachtung der Schäden ankommt, welche die Herde der Wisente in dem von ihr durchstreiften Waldgebieten insgesamt anrichtet bzw. anzurichten vermag, zumal es widersinnig oder zumindest lebensfremd wäre, wenn die für die zu treffenden Maßnahmen erforderliche Genehmigung für jedes betroffene Nachbargrundstück gesondert beantragt würde. So sind bei dem Waldeigentümer Feldmann – Schütte (Parallelverfahren mit dem Az.: 5 U 156/15) innerhalb von drei Jahren ca. 7,5 % des Buchenbestandes durch das Schälen der Wisente zum großen Teil schwerwiegend geschädigt worden. Ausgehend von diesem Schadensbild dürften innerhalb einer Generation – also ca. 30 Jahren - 70 % des dort betroffenen Buchenbestandes geschädigt sein und zwar überwiegend schwerwiegend. Da nicht erkennbar ist, warum die Wisente ausgerechnet den Baumbestand des Klägers relativ verschont und dafür den seines „Nachbarn“ Feldmann–Schütte in den drei zurückliegenden Jahren schwerwiegend geschädigt haben, geht der Senat von Zufall aus. Es kann also in den nächsten Jahren auch der Buchenbestand des Klägers ähnlich schwer betroffen sein, wie jener des Waldeigentümers Feldmann–Schütte. Bei dieser Sachlage ist für den Senat entscheidend gewesen, dass die wild lebende Wisentherde von ca. 20 Tieren grundsätzlich in der Lage ist, in dem von ihr aufgesuchten Waldgebieten durch Schälen von Bäumen derartige Schäden anzurichten. Für die summarisch zu treffende Prognoseentscheidung ist dieser Umstand ausreichend gewesen, eine erhebliche Schädigung i. S. d. § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BNatSchG anzunehmen. 193

Des Weiteren geht der Senat davon aus, dass die betroffenen qualifizierten wirtschaftlichen Interessen des Klägers die ihnen widerstrebenden Interessen des Artenschutzes überwiegen. Diese Abwägung fällt nach Auffassung des Senats letztlich zugunsten des Klägers aus, zumal auch er nicht nur rein wirtschaftliche Interessen verfolgt, sondern zugleich auch 194

artenschutzrechtliche, nämlich den Erhalt des Buchenwaldes in einem Natura-2000-Gebiet, welches gerade diesem Zweck dient. Dieser Gesichtspunkt ist neben den rein wirtschaftlichen Aspekten ebenfalls im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung zu berücksichtigen.

Im Ergebnis führt die gebotene summarische Prüfung dazu, dass die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung gemäß § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG nicht ausgeschlossen werden kann. 195

(2) 196

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die vom Kläger geltend gemachten wesentlichen Schäden – nämlich die Schälsschäden – nicht auf ein bloßes Betreten seiner Flächen durch die Wisente zurückzuführen sind. Mithin brauchen die vom Beklagten als Störer avisierten Maßnahmen zur Störungsbeseitigung nicht ausschließlich darauf gerichtet sein, ein Betreten der klägerischen Buchenwälder durch die Wisente zu verhindern. Die von den zuständigen Behörden ausnahmsweise genehmigten Störungsbeseitigungsmaßnahmen müssen lediglich dazu dienen, eine Beschädigung der klägerischen Buchen zu verhindern. Dementsprechend ist dem Klageantrag zu 1 auch nur insoweit bzw. eingeschränkt stattzugeben. 197

(3) 198

Eine Ausnahme im Sinne von § 45 Abs. 7 Satz 1 BNatSchG darf allerdings den Erhaltungszustand der Population einer Art nicht verschlechtern (§ 45 Abs. 7 Satz 2 BNatSchG). 199

Es kann hier nicht festgestellt werden, dass als Folge einer Verurteilung des Beklagten und der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung im vorbeschriebenen Sinne sich der Erhaltungszustand der Population der Wisente verschlechtern würde. Zum einen hängt eine mögliche Verschlechterung davon ab, welche Maßnahme der Beklagte zur Verhinderung einer Beschädigung der klägerischen Buchen wählt, um sich diese genehmigen zu lassen, und wie diese Maßnahme umgesetzt werden würde. Zum anderen ist in rechtlicher Hinsicht geklärt, dass der Verlust eines lokalen Reviers nicht gleichbedeutend ist mit einer Verschlechterung des Erhaltungszustandes der betroffenen Art. Dass einzelne Siedlungsräume im Zuge der Verwirklichung eines Vorhabens verloren gehen, schließt nicht aus, dass die Population der Wisente als solche in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet, dass über das Plangebiet/Projektgebiet hinausreicht, als lebensfähiges Element erhalten bleibt. Das kann etwa dann der Fall sein, wenn geeignete Ausweichhabitate orts- und zeitnah in ausreichendem Umfang zur Verfügung stehen (vgl. BVerfG NJW, 2010, 2534 ff – Rdnr. 10 zitiert nach Juris). Davon ist hier auszugehen. Im Gebiet des heutigen Nationalparks OX an der polnisch-weißrussischen Grenze existieren 31 freilebende Populationen in einer Gesamtstärke von ca. 1.955 Wisenten. Dorthin könnten auch die hier in Rede stehenden Wisente verbracht werden. 200

Im Ergebnis bejaht der Senat daher die Möglichkeit einer Ausnahmegenehmigung im Sinne von § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG, um welche der Beklagte die zuständigen Behörden nachzusuchen hat. 201

g) 202

Eine Befreiung nach § 67 BNatSchG kommt nicht in Betracht. Nach dieser Vorschrift kann von den Geboten und Verboten des BNatSchG auf Antrag Befreiung gewährt werden, wenn 203

dies aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art, notwendig ist oder die Durchführung der Vorschrift im Einzelfall zu einer unzumutbaren Belastung führen würden und die Abweichung mit den Belangen von Naturschutz und Landschaftspflege vereinbar ist. Diese Voraussetzungen sind hier nicht dargetan worden.

C.

204

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO. Der Senat hat dabei für 205 den Klageantrag zu 1)/Berufungsantrag einen Streitwert von 44.000,00 Euro zugrunde gelegt. Der Senat sieht die Anteile der Parteien am Obsiegen und Verlieren als nahezu gleichwertig an.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 ZPO. Der Senat hat die 206 vorliegende Streitigkeit als eine im Kern nicht vermögensrechtliche Streitigkeit angesehen.

Der Senat hat die Revision gemäß § 543 Abs. 2 zugelassen. Hinsichtlich der Anwendung von 207 § 37 Abs. 2 BNatSchG (sog. Unberührtheitsklausel) und der Einordnung der streitgegenständlichen Wisente als „*wildlebend*“ und „*herrenlos*“ im Sinne von § 960 BGB, des BNatSchG sowie des Bundes- und Landesjagdrechts hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung und die Fortbildung des Rechts und/oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Revisionsgerichts.