

Kantonale (Nach-)Bewilligungen zum Einsatz von Herdenschutzhunden

Rechtsabklärung vom 19. April 2018

von MLaw Aysha Tresch, Substitutin

und Dr. iur. Michael Bütler, Rechtsanwalt in Zürich

im Auftrag von AGRIDEA, Herdenschutz Schweiz, CH-1001 Lausanne

MLaw Aysha Tresch
und Dr. iur. Michael Bütler, Rechtsanwalt
Gloriastrasse 66, CH-8044 Zürich
Tel.: 043 477 99 66
E-Mail: aysha.tresch@bergrecht.ch
michael.buetler@bergrecht.ch
Webseite: www.bergrecht.ch

I. Ausgangslage

- 1 Eine der in der Schweiz zum Herdenschutz eingesetzte Massnahmen sind Herdenschutzhunde. Um dafür eine finanzielle Unterstützung durch den Bund, respektive durch die AGRIDEA, beantragen zu können, wird eine Zustimmung des betreffenden Kantons zum Einsatz der Hunde vorausgesetzt. Bei den Kantonen besteht zurzeit Unklarheit darüber, ob sie für die Bewilligungserteilung weitergehende rechtliche Grundlagen als die bereits vorhandenen benötigen. Sie befürchten bei einer Verweigerung ihrer Zustimmung oder der Verknüpfung der Zustimmung mit Auflagen allfällige Rechtsstreitigkeiten mit den betroffenen Landwirten.
- 2 Sodann besteht bei den Kantonen Ungewissheit, wie sie die nationalen Bestimmungen zu Herdenschutzhunden am einfachsten in das kantonale Recht übernehmen sollen, um Widersprüche zu vermeiden.
- 3 Daraus stellen sich für die AGRIDEA zwei grundsätzliche Fragen und darauf gestützte Anschlussfragen:
 1. Brauchen die Kantone weitergehende rechtliche Grundlagen, um Zustimmungen zu erteilen, zu verweigern oder mit Auflagen zu verbinden?
 - Falls ja: Wie könnten solche Grundlagen möglichst einfach geschaffen werden, auf kantonaler Ebene bzw. auf Bundesebene?
 - Sollte in einer solchen Grundlage auch geregelt werden, wer genau für den Entscheid zuständig ist?
 - Müsste auch geregelt werden, dass der Entscheid als anfechtbare Verfügung ausgestaltet sein muss?
 2. Wie können die Kantone aktuelle nationale Bestimmungen betreffend Herdenschutzhunde am einfachsten ins kantonale Recht übernehmen?

II. Zusammenfassendes Fazit

- 4 Die rechtliche Grundlage für die Bewilligungskompetenz der Kantone liegt mit Art. 25 JSG¹ hinreichend vor. Es besteht keine Notwendigkeit einer weitergehenden Grundlage für die Kantone, um die Zustimmung zur Haltung und dem Einsetzen von Herdenschutzhunden zu erteilen, zu verweigern oder mit Auflagen zu verbinden. Es obliegt den Kantonen, die in ihrem Hoheitsgebiet für die Bewilligungen zuständige Stelle zu bezeichnen. Wird der Entscheid über die Bewilligung nicht als anfechtbare Verfügung erlassen, kann der Betroffene dies nachträglich verlangen. Zur Vermeidung des dadurch verursachten, zusätzlichen Aufwands, sollte den Kantonen bzw. den zuständigen Stellen empfohlen werden, ihre Entscheide stets als anfechtbare Verfügungen mit einer Rechtsmittelbelehrung auszugestalten.
- 5 Die einfachste Möglichkeit für die Kantone, die nationalen Bestimmungen betreffend Herdenschutzhunde ins kantonale Recht zu übernehmen, besteht darin, die kantonale

¹ Bundesgesetz über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel vom 20. Juni 1986, SR 922.0.

Hundegesetzgebung für offizielle Herdenschutzhunde im Einsatz für nicht anwendbar zu erklären. Stattdessen können sie auf das Bundesrecht verweisen.

III. Zu Frage 1

- 6 Gemäss Art. 3 BV² sind die Kantone souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist. Die Kantone üben demzufolge alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind. Der Bund erfüllt die Aufgaben, die ihm die BV zuweist (Art. 42 Abs. 1 BV). In den Bereichen Tierschutz-, Straf- und Haftpflichtrecht hat der Bund eine umfassende Gesetzgebungskompetenz.³ Hingegen kommt ihm im Bereich Jagd und Fischerei lediglich eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz zu (Art. 79 BV). Gestützt auf diese erliess der Bund das JSG und die zugehörige JSV⁴.
- 7 Art. 12 Abs. 1 JSG hält fest, dass die Kantone Massnahmen zur Verhütung von Wildschaden treffen. Der Bund fördert und koordiniert die kantonalen Massnahmen zur Verhütung von Wildschaden, der durch Grossraubtiere an Nutztieren verursacht wird (Art. 12 Abs. 5 JSG). Durch diesen Förderartikel im JSG ist der Herdenschutz auf Bundesgesetzesebene verankert, womit der Herdenschutz eine starke rechtliche Stellung innehat. Denn für Bundesgesetze und von diesen abgedeckte Verordnungsbestimmungen gilt das Anwendungsgebot von Art. 190 BV, gemäss welchem Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind.
- 8 Die Kantone entscheiden über allfällige Massnahmen. Sie sind frei, zu befinden, welche konkreten Massnahmen getroffen werden.⁵ Sowohl Herdenschutzmassnahmen als auch Abschüsse (Einzelabschüsse und Regulation) geschützter Tiere sind im Sinne der Schadensverhütung grundsätzlich möglich (Art. 12 JSG, Art. 4, 4^{bis} und 9^{bis} JSV). Jedoch unterliegt sämtliches staatliches Handeln den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV). Zu diesen Grundsätzen gehört das Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 2 BV. Bei der Wahl, welches Mittel zur Schadensverhütung getroffen werden soll, muss dieses Prinzip zum Tragen kommen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gilt als gewahrt, wenn die Verwaltungsmassnahme zur Verwirklichung eines im öffentlichen Interessens liegenden Ziels geeignet und notwendig ist und in einem vernünftigen Verhältnis zu den daraus für den Privaten resultierenden Belastungen steht. Das heisst, es muss jeweils das mildest mögliche zumutbare Mittel ergriffen werden, welches zum Ziel führt. Der Bundesgesetzgeber erachtet sämtliche, in der JSV genannten und subventionierten Herdenschutzmassnahmen als grundsätzlich zumutbar und wirksam.⁶

² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

³ Michael Bütler, Gutachten Herdenschutzhunde, 2011, N 2.

⁴ Verordnung über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel vom 29. Februar 1988, SR 922.01.

⁵ BAFU, Änderung der Jagdverordnung, Erläuternder Bericht vom 6. November 2013, 8.

⁶ BAFU, Änderung der Jagdverordnung, Erläuternder Bericht vom 6. November 2013, 9.

- 9 Zu den vom Bundesamt für Umwelt (BAFU) geförderten Herdenschutzmassnahmen gemäss Art. 12 Abs. 5 JSG gehören ausdrücklich auch Herdenschutzhunde, mithin ihre Zucht, Ausbildung, Haltung und deren Einsatz (Art. 10^{ter} Abs. 1 lit. a JSV). Die Kantone vollziehen das JSG unter der Aufsicht des Bundes. Sie erteilen alle Bewilligungen, für die das Gesetz nicht eine Bundesbehörde als zuständig erklärt (Art. 25 Abs. 1 JSG). Im Bundesrecht findet sich keine Regelung, die besagen würde, dass für nötige Bewilligungen betreffend das Ergreifen von konkreten Herdenschutzmassnahmen eine Bundesbehörde zuständig wäre. Entsprechend liegt die Entscheidkompetenz über Bewilligungserteilung respektive -verweigerung bei den Kantonen. Der Vollzug der Regelungen über die Haltung und den Einsatz von Herdenschutzhunden (und damit auch die Erteilung der erforderlichen Bewilligungen) ist deshalb grundsätzlich Sache der Kantone.
- 10 Das BAFU hat Richtlinien betreffend den Herdenschutz zu erlassen (Art. 10^{ter} Abs. 3 und Art. 10^{quater} Abs. 3 JSV). Es sind derzeit zwei Richtlinien in Ausarbeitung: «Modul 1: Organisation und Förderung des Herden- und Bienenschutzes» und «Modul 2: Zucht, Ausbildung, Haltung und Einsatz offizieller Herdenschutzhunde». Diese beiden Richtlinien sind Vollzugshilfen des BAFU als Aufsichtsbehörde. Sie richten sich primär an die Vollzugsbehörden von Bund und Kantonen und an die direkt mit der Umsetzung des Herdenschutzes beauftragten Organisationen.
- 11 Da es sich bei Herdenschutzhunden um Hunde handelt, gilt es die Kompetenzverteilung betreffend Sicherheit zu beachten. Art. 57 BV hält fest, dass Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für die Sicherheit des Landes und den Schutz der Bevölkerung sorgen (Abs. 1). Sie koordinieren ihre Anstrengungen im Bereich der inneren Sicherheit (Abs. 2). Die klassische Aufgabenteilung weist die Zuständigkeit im Bereich der inneren Sicherheit, und damit auch bei sicherheitsrechtlichen Vorgaben zum Schutz des Menschen vor potentiell gefährlichen Tieren wie Hunden, primär den Kantonen zu. Die Hundegesetzgebung ist damit Sache der Kantone.⁷ Im Grundsatz fallen auch Herdenschutzhunde unter diese kantonale Regelungskompetenz. Selbst strenge kantonale Hundegesetzgebungen wurden gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts bislang akzeptiert, was zeigt, dass den Kantonen ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt wird.⁸
- 12 Sodann statuiert Art. 80 BV, dass der Bund Vorschriften über den Schutz der Tiere erlässt (Abs. 1). Darauf gestützt erliess der Bund das TSchG⁹ und die TSchV¹⁰. Für deren Vollzug sind die Kantone zuständig, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 80 Abs. 3 BV i.V.m. Art. 32 Abs. 2 TSchG). Beim Umgang mit Herdenschutzhunden kommen die einschlägigen Regelungen von TSchG und TSchV zur Anwendung. Gemäss Art. 77 TSchV ist bei der Beurteilung der Verantwortlichkeit für Herdenschutzhunde deren Einsatzzweck zu berücksichtigen. Ihr Einsatzzweck sind die weitgehend

⁷ Michael Bütler, Gutachten Herdenschutzhunde, 2011, N 2, 4.

⁸ Michael Bütler, Gutachten Herdenschutzhunde, 2011, N 4.

⁹ Tierschutzgesetz vom 16. Dezember 2005, SR 455.

¹⁰ Tierschutzverordnung vom 23. April 2008, SR 455.1.

selbstständige Bewachung von Nutztieren und die damit zusammenhängende Abwehr fremder Tiere (Art. 10^{quater} Abs. 1 JSV).

- 13 Wird dem besonderen Einsatzzweck nicht genügend Rechnung getragen, kann dies dazu führen, dass der Einsatz von Herdenschutzhunden als Herdenschutzmassnahme nicht nur im Einzelfall, sondern generell eingeschränkt oder verhindert wird.¹¹ Dies würde im Widerspruch zu bundesrechtlichen Bestimmungen stehen. Denn Herdenschutzmassnahmen, und als solche auch Herdenschutzhunde, sind, wie hier vorhergehend aufgezeigt, in den entsprechenden Bundesnormen ausdrücklich vorgesehen.
- 14 Bei Ziel- und Normkollisionen zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht kommen das Anwendungsgebot (Art. 190 BV) und die Vorrangregel (Art. 49 Abs. 1 BV) zum Tragen. Gemäss der Vorrangregel geht Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vor. Der Anwendungsvorrang von Bundesrecht ist von Gerichten und Behörden von Amtes wegen zu beachten. Eine Verletzung kann auf dem Rechtsmittelweg geltend gemacht werden.¹² Kantonale Erlasse und darauf gestützte Verfügungen können mittels abstrakter oder konkreter Normenkontrolle auf dem Rechtsweg angefochten und überprüft werden. Entsprechend geht ein Kanton, der mit dem Bundesrecht inhaltlich kollidierende Rechtssätze erlässt und Entscheide trifft, das Risiko ein, sich früher oder später einem Rechtsverfahren gegenübergestellt zu sehen. Um diese Situation zu vermeiden, empfiehlt es sich, Zielkonflikte möglichst von Vorneherein zu entschärfen.
- 15 Die Problematik betreffend Herdenschutzhunde liegt in der Gefahr einer inhaltlichen Normenkollision, welche Zielkonflikte schafft.¹³ Beeinträchtigt oder behindert ein kantonaler oder kommunaler Erlass den im Bundesrecht verankerten Herdenschutz, so führt dies zwar nicht zur Ungültigkeit oder Nichtigkeit des kantonalen oder kommunalen Erlasses. Aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts muss der Erlass im Einzelfall aber bundesrechtskonform ausgelegt und angewendet werden. Ein solcher Zielkonflikt mit dem übergeordneten Bundesrecht würde vorliegen, wenn ein Kanton Herdenschutzhunde als Herdenschutzmassnahme generell verbieten respektive die nötigen Bewilligungen summarisch verweigern würde. Der Kanton sollte, statt Herdenschutzhunde per se nicht zuzulassen, jeweils eine einzelfallabhängige Interessenabwägung vornehmen.
- 16 In einem konkreten Einzelfall kann es Gründe geben, eine Bewilligungserteilung zu verweigern, eine Bewilligung wieder zu entziehen oder mit Auflagen zu verbinden (z.B. im nahen Umfeld von offiziellen Wanderwegen oder bei unsorgfältigem Einsatz von Herdenschutzhunden). Diese Gründe werden regelmässig aus Überlegungen zur inneren Sicherheit herrühren. Die dazu nötige Entscheidungskompetenz zugunsten der Kantone ist im Bundesrecht bereits ausreichend verankert. Denn es verleiht ihnen die Vollzugs- und grundsätzlich die Bewilligungserteilungskompetenz. Hingegen bleibt für

¹¹ Unterstützung des Bundes für den Herdenschutz in Zusammenhang mit Grossraubtieren, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Motion 10.3242 Hassler, 21.

¹² Michael Bütler, Gutachten Herdenschutzhunde, 2011, N 6.

¹³ Unterstützung des Bundes für den Herdenschutz in Zusammenhang mit Grossraubtieren, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Motion 10.3242 Hassler, 70.

die Kantone je nach konkreter Ausgestaltung ihrer Hundegesetze noch weiter zu konkretisieren, inwiefern diese in Bezug auf Herdenschutzhunde tatsächlich anwendbar oder aber abzuändern sind (vgl. nachfolgend Ziff. IV). Dies vereinfacht die Rechtsanwendung und erhöht die Rechtssicherheit für die beteiligten Akteure.

- 17 Welche kantonale Behörde für die Bewilligungserteilung zuständig ist, liegt im Ermessen der Kantone. Dies ist Ausdruck des föderalistischen Prinzips. Von den Kantonen eine diesbezügliche Vereinheitlichung zu verlangen, wäre kaum zweckmässig, da sie je nach Kanton grössere Umstrukturierungsschwierigkeiten mit sich bringen dürfte. Entscheidend ist, dass die Kantone innerhalb ihrer eigenen Behördenstruktur eine klare Kompetenzverteilung aufweisen.
- 18 Der betroffene Landwirt muss die Möglichkeit haben, gegen einen Negativentscheid im Sinne einer Nichtbewilligung des Herdenschutzhunde-Einsatzes oder eines Bewilligungsentzugs oder gegen mit der Bewilligung verbundene Auflagen ein Rechtsmittel zu ergreifen. Folglich sollte seitens der entscheidenden Behörde stets eine anfechtbare Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung erlassen werden. Wird keine solche erlassen, kann der betroffene Landwirt eine solche verlangen. Es ist deshalb nicht zwingend nötig, auf Bundesebene oder kantonaler Ebene ausdrücklich zu regeln, dass eine anfechtbare Verfügung angeordnet werden muss. Die Kantone sollten aber darauf hingewiesen werden, dass allen Beteiligten zusätzlicher, unnötiger Aufwand erspart werden kann, wenn standardmässig jeder Bewilligungsentscheid als anfechtbare Verfügung mit entsprechender Rechtsmittelbelehrung zu ergehen hat. Dazu reicht es aus, dass die Kantone ihre für die Bewilligung zuständige Behörde entsprechend anweisen.

IV. Zu Frage 2

- 19 Wenn die Vollzugsbehörden die in den Richtlinien des BAFU enthaltenen Empfehlungen befolgen, vollziehen sie das Bundesrecht sehr wahrscheinlich rechtskonform. Es sind aber auch andere, rechtskonforme Lösungen zulässig, da die Richtlinien keine Rechtsverbindlichkeit beanspruchen können, sondern lediglich Vollzugshilfen darstellen.
- 20 Ein Konflikt ergibt sich im vorliegenden Bereich vor allem bezüglich der strafrechtlichen Verfolgung von Zwischenfällen mit Herdenschutzhunden. Gemäss der klassischen Aufgabenteilung (vgl. Rz. 11) sind die Kantone für die innere Sicherheit zuständig. Polizeirecht und Hundegesetzgebung sind damit grundsätzlich Sache der Kantone. Hingegen ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts Aufgabe des Bundes (Art. 123 Abs. 1 BV). Darauf gestützt hat der Bundesgesetzgeber unter anderem das StGB¹⁴ erlassen. Gemäss Art. 335 Abs. 1 StGB bleibt den Kantonen das Übertretungsstrafrecht insoweit vorbehalten, als es nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung ist. Als Übertretungen gelten gemäss Art. 103 StGB Taten, für die eine Busse angedroht wird.

¹⁴ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

- 21 Begrüssenswert ist die Entscheidung des Kantons Freiburg, der in seinem kantonalen Hundegesetz in Art. 1 Abs. 2 HHG¹⁴ festhält, dass Herdenschutzhunde vom Geltungsbereich dieses Gesetzes ausgenommen seien. Herdenschutzhunde würden ausschliesslich den Bestimmungen des Bundesrechts unterstehen. Art. 1 Abs. 2 HHG enthält lediglich einen Vorbehalt zugunsten von Art. 47 Abs. 1 HHG, der statuiert, dass unter anderem Herdenschutzhunde von der kantonalen Hundesteuer befreit seien.
- 22 Eine solche Regelung, wie sie der Kanton Freiburg getroffen hat, ist die wohl einfachste Variante, eine Konkurrenz bzw. Widersprüche zwischen kantonalem Recht und Bundesrecht nachhaltig zu vermeiden. Von einer Geltungsausschlussnorm wie dieser sollten aber ausdrücklich lediglich offizielle Herdenschutzhunde im Einsatz erfasst werden. Hingegen sollte auf Herdenschutzhunde, die nicht als offizielle Herdenschutzhunde im Nationalen Herdenschutzprogramm des Bundes arbeiten, das kantonale Hunderecht durchaus anwendbar bleiben. Dasselbe gilt für zwar offizielle Herdenschutzhunde, die sich aber nicht im Einsatz befinden und deshalb bloss «reguläre Begleithunde» sind. Um Unklarheiten und allfällige rechtliche Streitigkeiten mit betroffenen Landwirten (und spitzfindigen Anwälten) zu vermeiden, wäre es empfehlenswert, die Anwendungsnorm, wie der Kanton Freiburg sie kennt, entsprechend aus- respektive umzuformulieren.
- 23 Der Herdenschutz ist eine in der Rechtswissenschaft noch nicht breit untersuchte Thematik, sodass nebst dem vom BAFU im Jahre 2011 in Auftrag gegebenen Gutachten nur sehr wenige Publikationen bestehen. Auch die Rechtsprechung divergiert von Fall zu Fall und zwischen den Entscheidbehörden teils stark. Viele Fragen sind bislang ungeklärt. Deshalb ist den Vollzugsbehörden zu raten, sich zwecks einheitlicher, bundesrechtskonformer Anwendung respektive Umsetzung den in den Richtlinien enthaltenen Empfehlungen des BAFU zu folgen. In der Praxis zeigt sich leider wiederholt, dass der Informationsfluss sowohl unter den verschiedenen als auch innerhalb der einzelnen Entscheidbehörden noch nicht optimal ist. Es wäre zu begrüessen, wenn der Austausch zwischen den verschiedenen Akteuren inskünftig verstärkt werden könnte, um unnötige Parallel- und Leerläufe weitmöglichst zu vermeiden.

Zürich, den 19. April 2018



Aysha Tresch, MLaw, Substitutin



Michael Bütler, Dr. iur., Rechtsanwalt

¹⁴ Gesetz über die Hundehaltung vom 2. November 2006, SGF 725.3.