

# RECHT **RdU** DER UMWELT

Mit  
Rechtsprechung  
BVwG!

Schriftleitung + Redaktion **Ferdinand Kerschner**  
Redaktion **Wilhelm Bergthaler, Eva Schulev-Steindl**  
Ständige Mitarbeiter **W. Berger, M. Bydlinski, D. Ennöckl, B.-C. Funk, D. Hinterwirth,  
W. Hochreiter, P. Jabornegg, V. Madner, F. Oberleitner, B. Raschauer,  
N. Raschauer, P. Sander, J. Stabentheiner, E. Wagner, R. Weiß**

Dezember 2017

06

221 – 264

## Schwerpunkt Abfallrecht

### Rechtsprechung des VwGH 2016 zum AWG und ALSAG *Leopold Bumberger* ➔ 225

Tunnelausbruch – grenzwertiger Abfall *Martin Kind* ➔ 231

Lager, Lagern, Lagerung – Vollzug des Abfallrechts auf Baustellen  
*Katharina Huber-Medek* ➔ U&T 108

## Beiträge

Rechtsprechung des EuGH zum Umweltrecht 2015/16 (Teil 2)  
*Rainer Weiß* ➔ 234

Rechtsprechung im Umwelt-Verwaltungsstrafrecht 2016  
*Wolfgang Wessely* ➔ 241

## Aktuelles Umweltrecht

Vorschlag der EK: Reform der Europäischen Bürgerinitiative ➔ 244

BVT – Schlussfolgerungen für Großfeuerungsanlagen ➔ 245

## Leitsätze

Entscheidungen des BVwG ➔ 249

## Rechtsprechung

VfGH behebt Untersagung der dritten Piste  
*Gottfried Kirchengast, Verena Madner, Eva Schulev-Steindl,  
Karl Steininger, Birgit Hollaus und Miriam Karl* ➔ 252

OGH: Nachbarrechtlicher Unterlassungsanspruch des Pächters  
*Alexander Müller* ➔ 261

# Rechtsprechung

Bearbeitet von Eva Schulev-Steindl und Ferdinand Kerschner

RdU 2017/180

§ 71 LFG;  
BVG Nachhaltig-  
keit

VfGH 29. 6. 2017,  
E 875/2017–32,  
E 886/2017–31

→ Flughafen Wien: VfGH behebt Untersagung der dritten Piste durch das BVwG wegen Willkür

→ § 71 LuftfahrtG (LFG) ist zur Vermeidung unsachlicher Ergebnisse so zu interpretieren, dass die sonstigen öffentlichen Interessen iSd § 71 Abs 1 lit d LFG und die öffentlichen Interessen iSd § 71 Abs 1 lit a, b und c sowie Abs 2 LFG gegenein-

ander abzuwägen sind, dh eine Interessenabwägung durchzuführen ist.

→ Die in Betracht kommenden „sonstigen öffentlichen Interessen“, die nach dem LFG wahrzunehmen und bei der Interessenabwägung gem § 71

LFG zu berücksichtigen sind, sind auch im Lichte von § 3 BVG Nachhaltigkeit auszulegen. Durch die genannte Staatszielbestimmung werden die zu berücksichtigenden Interessen nicht über den Kreis jener nach dem LFG wahrzunehmenden Interessen hinaus und auch nicht der Bezugsrahmen von Emissionen oder Auswirkungen erweitert, die nach dem LFG zu untersuchen sind.

→ Das BVwG hat in nicht nachvollziehbarer Weise seinen Feststellungen neben Werten von CO<sub>2</sub>-Emissionen, die sich aus den Start- und Landevorgängen von Luftfahrzeugen ergeben (LTO-Emissionen), auch solche des internationalen Luftverkehrs (Emissionen während des Flugs, sog. „Cruise-Emissionen“) zugrunde gelegt, die es zur Gänze dem Vorhaben der erstbf Partei (Flughafen Wien AG) zurechnet, und damit in Verkennung der Rechtslage seine Entscheidung mit einem in die Verfassungssphäre reichenden Vollzugsfehler belastet.

→ Das BVwG hat im Rahmen des § 71 LFG Normen, die zum einen aus nicht unmittelbar anwendbaren völkerrechtlichen Übereinkommen stammen (Kyoto-Protokoll, Übereinkommen von Paris) und die zum anderen für Emissionen durch Luftfahrzeuge nicht anwendbar sind (Effort-Sharing-Deci-

sion, KlimaschutzG, EmissionszertifikateG 2011), als Bezugsgrößen für die Beurteilung von Auswirkungen angenommener Emissionen herangezogen, ohne dass dafür eine Rechtsgrundlage besteht, sodass Willkür vorliegt.

→ Indem das BVwG auch die Interessen „Klimaschutz“ und „Bodeninanspruchnahme“ – die keine Entsprechung in den Bestimmungen des LFG finden – in seine Abwägungsentscheidung miteinbezieht, verkennt es die Rechtslage grob und belastet damit die angefochtene Entscheidung mit einem in die Verfassungssphäre reichenden Vollzugsfehler.

→ Das BVwG hat bei der Auslegung des § 71 LFG Willkür geübt, indem es bei der Abwägungsgewichtung nichtnormativen Akten und Wünschen des Nationalrats über die Ausübung der Vollziehung auf der Grundlage von Art 52 Abs 1 B-VG sowie dem in Art 4 Z 2 NÖ LV 1979 erwähnten Umwelt- bzw Klimaschutz entscheidungsrelevante Bedeutung beimisst.

→ Nach der Kompetenzverteilung des B-VG können Staatszielbestimmungen in Landesverfassungen der Bundesländer nur im Bereich des selbständigen Wirkungsbereichs der Länder gem Art 15 B-VG Wirkung entfalten. Für die Auslegung des LFG kann Art 4 Z 2 NÖ LV 1979 demzufolge nicht herangezogen werden.

UVP;  
Klimaschutz;  
Öffentliches Interesse

### Sachverhalt:

Die Flughafen Wien AG und das Land NÖ (in der Folge: bf Parteien) beantragten mit Schriftsatz v 1. 3. 2007 die Genehmigung für das Vorhaben „Parallelpiste 11R/29L“ samt „Verlegung der Landesstraße B 10“ sowie weitere damit in Zusammenhang stehende bauliche Maßnahmen gem § 5 UVP-G. Mit B v 10. 7. 2012 erteilte die NÖ LReg als UVP-Beh den bf Parteien die Genehmigung für das beschriebene Vorhaben.

Gegen diesen B wurden von der Flughafen Wien AG und dem Land NÖ Berufungen (nunmehr: Beschwerden) erhoben. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens entschied das (nunmehr zuständige) BVwG mit Erk v 2. 2. 2017 in der Sache selbst neu und wies den Antrag der nunmehr bf Parteien auf Genehmigung der Errichtung und des Betriebs des Vorhabens „Parallelpiste 11R/29L“ nach Durchführung einer Interessenabwägung im Rahmen des § 71 LFG ab (Spruchpunkt B).

Gegen diese E erhoben die bf Parteien Erkenntnisbeschwerde an den VfGH, in der die Verletzung in den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf Unversehrtheit des Eigentums, auf Freiheit der Erwerbsausübung und auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz sowie die Verletzung in Rechten wegen Anwendung verfassungswidriger Gesetze behauptet wurden. Die NÖ LReg erstattete, ebenso wie die beteiligte Stadt Wien sowie mehrere Standort- und Nachbargemeinden, eine das Beschwerdevorbringen unterstützende Äußerung. Die Bürgerinitiativen „Bürgerinitiative Plattform gegen die 3. Piste“ und „Antifluglärngemeinschaft“ sowie andere Einzelpersonen und Bürgerinitiativen unterstützten als beteiligte Parteien die Gegenschrift des BVwG mit eigenen Äußerungen.

Mit Erk v 29. 6. 2017 stellte der VfGH eine Verletzung der bf Parteien im Gleichheitsrecht durch das Erk des BVwG fest und hob besagtes Erk auf.

### Aus den Entscheidungsgründen:

#### [Gehäuftes Verkennen der Rechtslage als Willkür]

Eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz kann nach der st Rspr des VfGH (zB VfSlg 10.413/1985, 14.842/1997, 15.326/1998 und 16.488/2002) nur vorliegen, wenn die angef E auf einer dem Gleichheitsgebot widersprechenden Rechtsgrundlage beruht, wenn das VwG der angewendeten Rechtsvorschrift fälschlicherweise einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt oder wenn es bei Erlassung der E Willkür geübt hat.

Ein willkürliches Verhalten des VwG, das in die Verfassungssphäre eingreift, liegt ua in einer gehäuften Verkennung der Rechtslage. Ein solches gehäuftes Verkennen der Rechtslage, das Willkür darstellt, ist dem BVwG unterlaufen.

Der VfGH wirft dem BVwG vor, bei seiner Entscheidung zur „3. Piste“ die Rechtslage mehrfach „grob verkannt“ und damit „Willkür“ geübt zu haben – was freilich nicht überzeugt.

#### [Sonstige öffentliche Interessen iSd § 71 LFG]

Der VfGH hat sich bereits in seinem – in einem verstorbenen – Erk VwSlg 7913 A/1970 mit dem Begriff der (sonstigen) „öffentlichen Interessen“ [öff Int] in § 71 LFG auseinandergesetzt (Hervorhebung im Original):

„Der VfGH hatte sich weiter mit der Frage zu befassen, was unter den ‚sonstigen öffentlichen Interessen‘ im Sinne des § 71 Abs 1 lit d) LFG zu verstehen ist. Aus dem Worte ‚sonstig‘ ist zu entnehmen, dass die in den lit a) bis c) des § 71 Abs 1 LFG angeführten Interessen nicht darunter fallen. Es sind daher andere öff Int zu berücksichtigen, die nach dem Luftfahrtgesetz wahrzunehmen sind. Als solche öff Int sind bspw anzusehen der Schutz der Allgemeinheit (§§ 92, 96 und 124 LFG), die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit (§§ 5, 124, 126, 145), die Hintanhaltung von

*Gefährdung von Leben, Gesundheit und Eigentum (§ 133), die Gewährleistung der Sicherheit der Person und des Eigentums (§ 122), der Sicherheit von Personen und Sachen auf der Erde (§ 128), die Fernhaltung störender Einwirkungen auf Personen und Sachen (§ 5) und die Vermeidung vermeidbaren Geräuschs (§ 14).*

*Voraussetzung für die Erteilung der Flugplatz-Bewilligung eines öffentlichen Flugfelds ist gem § 71 Abs 2 LFG außerdem, dass ein Bedarf hierfür gegeben ist. Flughäfen dürfen nur bewilligt werden, wenn ihre Errichtung im öff Int gelegen ist. [...] Voraussetzung für die Bewilligung zur Errichtung (Erweiterung) eines Flughafens ist daher nicht nur, dass ein Bedarf vorliegt, sondern dass dieses Vorhaben überhaupt im öff Int gelegen ist.*

*Der VwGH kommt daher zu dem Ergebnis, dass die Errichtung eines Flughafens (ebenso die Erweiterung) nur dann bewilligt werden kann, wenn dem keine öff Int iSd § 71 Abs 1 LFG entgegenstehen und das öff Int iSd § 71 Abs 2 LFG gegeben ist. [...]*

In weiterer Folge haben sowohl der VfGH (vgl VfSlg 12.465/1990) als auch der VwGH (vgl VwGH 30. 9. 2010, 2010/03/0110) auf dieses Verständnis des Begriffs Bezug genommen. In seinem Erk VfSlg 7879/1976 hatte der VfGH – ebenfalls in diesem Sinne – keine Bedenken im Hinblick auf Art 18 B-VG gegen den Begriff der „öffentlichen Interessen“ in § 130 Abs 3 LFG, weil er ihn unter Bezugnahme auf näher genannte Bestimmungen dieses G, aus denen sich dessen Ziele erkennen ließen, für auslegbar erachtete.

#### [Relevanz des § 3 BVG Nachhaltigkeit bei Abwägung der gegenläufigen Interessen im Rahmen des § 71 LFG]

Mag der Wortlaut des § 71 Abs 1 LFG – im Gegensatz zu anderen Bestimmungen des genannten G (vgl zB § 9 Abs 2 oder § 86 Abs 2 LFG), in denen der Beh ausdrücklich aufgetragen wird, die jeweiligen öff Int einer Abwägung zu unterziehen (arg: „überwiegen“) – zunächst den Anschein erwecken, als müsste jedes dem Vorhaben entgegenstehende öff Int unabhängig von dessen Gewicht zwangsläufig zu einer Versagung der Zivilflugplatz-Bewilligung führen, so ist diese Norm zur Vermeidung unsachlicher Ergebnisse so zu interpretieren, dass die sonstigen öff Int iSd § 71 Abs 1 lit d leg cit und die öff Int iSd § 71 Abs 1 lit a, b und c sowie Abs 2 leg cit gegeneinander abzuwägen sind, dh eine Interessenabwägung durchzuführen ist (vgl *Halbmayer/Wiesenwasser*, Luftfahrtrecht II/1/1 [1981] LFG Allg Anm 0.0.4.[4] aE).

Verfahren gem § 71 LFG erfordern die Feststellung, welcher Art und welchen Ausmaßes die Einwirkungen auf die in den nach dem LFG wahrzunehmenden öff Int geschützten Güter sind, die durch das zu genehmigende Projekt verursacht werden, und unter welchen Gegebenheiten, in welchem Grad und mit welcher Wahrscheinlichkeit mit konkreten Auswirkungen zu rechnen ist. Dabei bildet das österr Staatsgebiet (vgl Art 3 B-VG) sowohl hinsichtlich der Feststellung der Emissionen als auch von deren Auswirkungen den äußersten Bezugsrahmen.

Mit dem BVG Umweltschutz (später mit § 3 BVG Nachhaltigkeit) hat der Verfassungsgesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass ein qualifiziertes („erhebliches,

durch das [BVG Umweltschutz] verfassungsrechtlich verfestigtes“ [VfSlg 13.102/1992]) öff Int an der Wahrung der dort genannten Belange besteht (vgl *Gutknecht*, BVG Umwelt, in *Korinek/Holoubek et al* [Hrsg], Bundesverfassungsrecht [1999] Rz 11, 35; *Weber*, Die Konkretisierung verfassungsrechtlicher Staatszielbestimmungen am Beispiel jener über den umfassenden Umweltschutz, in FS 75 Jahre B-VG [1995] 709 [721]; vgl auch VfSlg 12.009/1989; VwSlg 14.323 A/1995).

Weder aus dem BVG Umweltschutz noch aus § 3 BVG Nachhaltigkeit ist hingegen – entgegen der zumindest missverständlichen Passage im Ergebnis der angef E (S 126) – ein absoluter Vorrang von Umweltschutzinteressen gegenüber anderen, der Verwaltung obliegenden Entscheidungsdeterminanten ableitbar (vgl VfSlg 16.242/2001).

Seit dem Inkrafttreten des BVG Umweltschutz im Jahr 1984 (seit 2013 findet sich dessen Inhalt in § 3 BVG Nachhaltigkeit) sind die in Betracht kommenden „sonstigen öffentlichen Interessen“, die nach dem LFG wahrzunehmen und bei der Interessenabwägung gem § 71 leg cit zu berücksichtigen sind, auch im Lichte dieser Staatszielbestimmung auszulegen (vgl *Raschauer*, Umfassender Umweltschutz und Verwaltungsrecht, in *Kerschner* [Hrsg], Staatsziel Umweltschutz [1996] 57 [59f]; *Sander/Schlatter*, Das Bundesverfassungsgesetz über die Nachhaltigkeit, den Tierschutz, den umfassenden Umweltschutz, die Sicherstellung der Wasser- und Lebensmittelversorgung und die Forschung, in *Baumgartner* [Hrsg], Öffentliches Recht – Jahrbuch 2014 [2014] 235 [238]; *Weber*, Grundrecht auf Umweltschutz, in *Heißl* [Hrsg], Handbuch Menschenrechte [2009] Rz 27/7, 27/17).

Es ist daher verfassungsrechtlich geboten, den umfassenden Umweltschutz sowohl bei der Interpretation der näher in Betracht kommenden abwägungsrelevanten Interessen, die nach dem LFG wahrzunehmen sind, als auch bei der nachfolgenden Gewichtung dieser Interessen miteinzubeziehen, wenn die als maßgeblich festgestellten Interessen einen Bezug zum Umweltschutz aufweisen. Durch die genannte Staatszielbestimmung werden die zu berücksichtigenden Interessen nicht über den Kreis jener nach dem LFG wahrzunehmenden Interessen hinaus und auch nicht der Bezugsrahmen von Emissionen oder Auswirkungen erweitert, die nach dem LFG zu untersuchen sind.

#### [Berücksichtigung von Cruise-Emissionen]

Das BVwG hat in der angef E in nicht nachvollziehbarer Weise seinen Feststellungen neben Werten von CO<sub>2</sub>-Emissionen, die sich aus den Start- und Landevorgängen von Luftfahrzeugen ergeben (LTO-Emissionen), auch solche des internationalen Luftverkehrs (Emissionen während des Flugs, sog „Cruise-Emissionen“) zugrunde gelegt, die es zur Gänze dem Vorhaben der erstbf Partei zurechnet, und damit in Verkennung der Rechtslage seine E mit einem in die Verfassungssphäre reichenden Vollzugsfehler belastet:

Ein gerichtlich bestellter Sachverständiger hat in seinem Gutachten hinsichtlich der Zunahme von CO<sub>2</sub>-Emissionen sowohl für den Nullplanfall als auch für die Annahme des Baus der dritten Piste, jeweils für das Bezugsjahr 2025, nur die LTO-Emissionen zugrunde ge-

legt und festgehalten, dass die CO<sub>2</sub>-Emissionsinventur Österreich ua auf Angaben zum Treibstoffverbrauch in Österreich basiere und nicht berücksichtige, wo schlussendlich dieser Treibstoffverbrauch örtlich zuordenbar anfallt. Jegliche Angabe zu prozentuellen Änderungen von CO<sub>2</sub>-Emissionen auf nationaler Basis sei daher mit „großen Unschärfen behaftet“. Das BVwG hat hingegen im Rahmen seiner Feststellungen und Beweiswürdigung die Annahme einer Zunahme von CO<sub>2</sub>-Emissionen zum Prognosezeitpunkt 2025 auch aus der Einberechnung von „Cruise-Emissionen“ gewonnen (diese Emissionen werden ausgehend von der Menge getankten Treibstoffs ermittelt und fallen in der Folge zu einem Großteil nicht im österr Hoheitsgebiet an).

#### [Heranziehen von Kyoto-Protokoll, KSG, EU-ETS-RL und EZG]

Darüber hinaus hat das BVwG seine E dadurch mit Verfassungswidrigkeit belastet, dass es für die Bewertung der festgestellten Emissionen und in weiterer Folge auch bei seiner Interessenabwägung in nicht nachvollziehbarer Weise Bezugsgrößen heranzieht, die nicht unmittelbar anwendbaren Rechtsquellen bzw einfachgesetzlichen Vorschriften entnommen sind, die für andere Sektoren (als den Luftfahrtsektor) gelten bzw ausdrücklich CO<sub>2</sub>-Emissionen von Luftfahrzeugen ausnehmen.

Das BVwG zieht hierfür internationale und nationale Rechtsquellen heran, die Vorgaben zur Reduktion von Treibhausgasen enthalten: Es handelt sich dabei um das Prot von Kyoto zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen samt Anl BGI III 2005/89 sowie um das Übk von Paris BGI III 2016/197. Zutreffend verweisen die bf Parteien darauf, dass beide völkerrechtlichen Verträge unter Erfüllungsvorbehalt (Art 50 Abs 2 bzw Art 50 Abs 2 Z 4 B-VG) genehmigt worden sind, sodass sie zunächst nur eine völkerrechtliche Verpflichtung der Republik Österreich erzeugen und innerstaatlich nicht unmittelbar anwendbar sind. Es trifft auch das Beschwerdevorbringen zu, dass das Kyoto-Protokoll – das zudem nur eine rechtliche Verpflichtung bis zum Jahr 2012 schafft – die internationale Luftfahrt nicht erfasst: So wird in Art 2 Abs 2 Kyoto-Protokoll ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Vertragsparteien ihre Bemühungen um eine Begrenzung oder Reduktion der Emissionen von Treibhausgasen aus dem Luftverkehr im Rahmen der Internationalen Zivilluftfahrt-Organisation fortsetzen (siehe dazu auch die ErläutRV 987 BGI NR 21. GP 37).

Weiters zieht das BVwG auch das KSG heran, das zur Umsetzung der Effort-Sharing-Decision beiträgt, mit der die MS zu Emissionsreduktionen für Sektoren außerhalb des Emissionshandels verpflichtet werden; die Effort-Sharing-Decision ist jedoch auf den Luftverkehr nicht anwendbar. Auch in ErwGr 2 dieser unionsrechtlichen Grundlage wird idS Folgendes festgehalten: „Der Luftverkehr trägt durch seine Einbeziehung in das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft [...] zu diesen Reduktionen bei.“ Gem der Effort-Sharing-Decision hat Österreich seine Treibhausgasemissionen (außerhalb des Emissionshandels) um 16% gegenüber den Werten des Jahres 2005 zu senken. In Umsetzung dieser E wurde auch

im KSG der Luftverkehr ausgenommen (siehe Anl 2 zum KSG, Sektor Verkehr).

Das BVwG gibt schließlich die unionsrechtlichen Grundlagen der Treibhausgasemissionszertifikate wieder:

Die Emissionshandels-RL idF der RL 2009/29/EG zur Änderung der RL 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des Gemeinschaftssystems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten legt eine Obergrenze für die Treibhausgasemissionen bestimmter Sektoren (im Wesentlichen Industrie und Energieaufbringung) fest. Mit der RL 2008/101/EG zur Änderung der RL 2003/87/EG zwecks Einbeziehung des Luftverkehrs in das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft wurde auch der Luftverkehr in dieses System einbezogen. In ErwGr 15 dieser RL wird festgehalten, die Luftfahrzeugbetreiber für die Einhaltung der Verpflichtungen der Emissionshandels-RL verantwortlich zu machen, und ausgeführt, dass „[...] die Luftfahrzeugbetreiber am ehesten einen direkten Einfluss darauf haben, welche Flugzeugmuster auf welche Weise betrieben werden“. Die Umsetzung in nationales Recht erfolgte durch das EZG 2011. Das Gesetz gilt im Wesentlichen für Anlagen, in denen bestimmte Tätigkeiten durchgeführt werden, bei denen die angeführten Treibhausgase (über einem gewissen Schwellenwert) emittiert werden (vgl § 2 Abs 1 Z 1 EZG 2011), sowie – seit 1. 1. 2012 – auch für bestimmte Luftverkehrstätigkeiten (vgl § 2 Abs 1 Z 2 leg cit). Das Gesetz nimmt diesbezüglich die Luftfahrzeugbetreiber in die Pflicht, während Flughäfen die Emissionen von Treibhausgasen, die von Luftfahrzeugen ausgehen, nach dem EZG 2011 nicht zugerechnet werden.

Das BVwG hält schließlich fest, dass die RL 2008/101/EG und das sie umsetzende EZG 2011 „zumindest in Bezug auf Österreich ihr Ziel nicht erreichen werden“.

Auch bei der Bewertung der dem Vorhaben entgegenstehenden öff Int (S 122 f des Erk) im Rahmen der Interessenabwägung führt das BVwG aus, dass die festgestellten Emissionen das Ziel konterkarieren würden, österreichweit die Treibhausgasemissionen zu reduzieren. Österreich habe sich „gesetzlich innerstaatlich und international völkerrechtlich“ verpflichtet, diese Emissionen zu reduzieren. Dieses Ziel habe Österreich weit verfehlt und werde es auch bis 2025 nicht erreichen.

Das BVwG hat in seine Bewertung der festgestellten CO<sub>2</sub>-Emissionen – und damit gleichsam für die Feststellung der damit verbundenen Auswirkungen – wesentlich eine Gesamtbetrachtung der Mitverantwortung der Republik Österreich für den globalen Klimaschutz einfließen lassen.

Damit beurteilt das BVwG – in erster Linie in rechtspolitischer Weise – völkerrechtliche, unionsrechtliche und einfachgesetzliche Maßnahmen und zieht aus der Nichterreichung von Klimazielen im Ergebnis (negative) Schlussfolgerungen für die Bewilligungsfähigkeit des vorliegenden Projekts, ohne dass der zuständige (Bundes-)Gesetzgeber diesbezüglich gesetzliche Anordnungen getroffen hat.

Für die Vorgehensweise des BVwG, in einem Verfahren nach § 71 LFG Normen, die zum einen aus nicht unmittelbar anwendbaren völkerrechtlichen Übereinkommen stammen und die zum anderen für

Emissionen durch Luftfahrzeuge nicht anwendbar sind, als Bezugsgrößen für die Beurteilung von Auswirkungen angenommener Emissionen heranzuziehen, besteht keine Rechtsgrundlage, sodass Willkür iSd st Rspr des VfGH vorliegt.

#### [Klimaschutz und Bodeninanspruchnahme als sonstige öffentliche Interessen iSd § 71 LFG]

Das BVwG führt in der angef E iZm der Interpretation des § 71 LFG aus, dass im LFG nicht näher definiert sei, was unter den „sonstigen öffentlichen Interessen“ zu verstehen sei. Auch finde sich im LFG keine Zielbestimmung, die zur Interpretation herangezogen werden könnte. Unter öff Int seien jedenfalls solche zu verstehen, die die Belange des Gemeinwohls über die Individualinteressen stellen würden. Bei der Auslegung des § 71 Abs 1 lit d LFG sei es somit Sache der Verwaltung, festzulegen, welche die für diese Verwaltungsentscheidung maßgeblichen öff Int seien.

In der Folge gibt das BVwG zwar die oben zitierte Judikatur des VfGH wieder, ohne jedoch die im LFG normierten öff Int bei seiner E zu interpretieren und bei seiner Interessenabwägung heranzuziehen. Vielmehr geht das BVwG ausdrücklich davon aus, dass öff Int grundsätzlich alle am Gemeinwohl orientierten Interessen gleich welcher Art sein könnten. Auf der Grundlage dieser Position kommt das BVwG zur Annahme, dass im Verfahren über die Erteilung einer Zivilflugplatz-Bewilligung nach dem LFG etwa die eigenständigen öff Int „Klimaschutz“ und „Bodeninanspruchnahme“ in die Interessenabwägung einzubeziehen seien.

Indem das BVwG auch solche – keine Entscheidung in den Bestimmungen des LFG findenden – Interessen in seine Abwägungsentscheidung miteinbezieht, verkennt es die Rechtslage grob und belastet damit die angef E mit einem in die Verfassungssphäre reichenden Vollzugsfehler.

Zudem ist in keiner Weise nachvollziehbar, welche Norm das BVwG iZm der hohen Bodeninanspruchnahme des Vorhabens auf S 118 f des Erk seinem Ergebnis zugrunde legt; diese widerstrebe insgesamt dem öff Int an der Erhaltung der Lebensgrundlagen der Bevölkerung.

#### [Nichtnormative Akte und Landesverfassung als Kriterien für Interessengewichtung]

Eine im G angeordnete Interessenabwägung erfordert nach der Feststellung der maßgeblichen öff Int die Ermittlung der Kriterien für die Interessengewichtung. Diese sind in der Rechtsordnung dem Grunde nach vorzuzeichnen; sie ergeben sich aus den jeweils anwendbaren Materiengesetzen bzw aus damit in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Staatszielbestimmungen (vgl *Lienbacher*, Abwägungsentscheidungen im öffentlichen Recht, in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber* [Hrsg], Interessenabwägung und Abwägungsentscheidungen [2014] 85 [95]; *Pabel*, Interessenabwägung im österreichischen Umweltrecht, in *IUR/ÖWAV* [Hrsg], Jahrbuch des österreichischen und europäischen Umweltrechts [2012] 143 [149 f]; *Stolzlechner*, Verwaltungsrechtliche Abwägungsentscheidung, *ZfV* 2000, 214 [219]). In jedem Fall hat die Ermittlung der Kriterien für die Gewichtung durch eine Interpretation positiven Rechts zu erfolgen.

Das BVwG geht in seiner E davon aus, dass die Kriterien zur Gewichtung der öff Int im LFG nicht näher determiniert seien. Könnten einem Materiengesetz keine Kriterien entnommen werden, so habe die Gewichtung der Interessen durch Orientierung an Wertbekundungen demokratisch legitimierter Organe oder aus dem Stufenbau der Rechtsordnung zu erfolgen. Solche Anhaltspunkte würden sich etwa aus Beschlüssen der BReg, Entschlüssen des NR, Vorgaben des Unionsrechts sowie bundes- und landesverfassungsrechtlicher Bestimmungen ergeben. Dazu zieht das BVwG neben dem BVG Nachhaltigkeit auch Art 37 GRC, Art 4 Z 2 NÖ LV 1979, einen Ministerratsbeschluss der österr BReg v 23. 10. 2012 („Die österreichische Strategie zur Anpassung an den Klimawandel“ – Teil 2, Aktionsplan, Handlungsempfehlungen für die Umsetzungen), die vom BMVIT erarbeitete „Road Map Luftfahrt 2020“, die von der BReg im Jahr 2011 zur Kenntnis genommen wurde, sowie eine Entschlüsselung des NR v 12. 11. 2015 betreffend Österreichs Beitrag zu einem ambitionierten Ergebnis auf der Klimakonferenz COP 21 in Paris (114/E 25. GP) heran.

Wenn das BVwG unter der Überschrift „*Abwägungsgewichtung durch das Bundes- und Landesverfassungsrecht*“ (S 123 ff des Erk) unter Hinweis darauf, dass das Vorhaben der dritten Piste im Land NÖ liege, ausführt, die NÖ LV 1979 weise in deren Art 4 Z 2 dem Umweltschutz und in dessen letztem Satz dem Klimaschutz besondere Bedeutung zu, so verkennt es die Rechtslage:

Bereits der erste Satz des Art 4 Z 2 NÖ LV 1979 lässt erkennen, dass der NÖ Landesverfassungsgeber diese Staatsziele nur auf „seinen Wirkungsbereich“ bezieht. Nach der Kompetenzverteilung des B-VG können derartige Staatszielbestimmungen in Landesverfassungen der Bundesländer nur im Bereich des selbständigen Wirkungsbereichs der Länder gem Art 15 B-VG Wirkung entfalten. Für die Auslegung des LFG kann Art 4 Z 2 NÖ LV 1979 demzufolge nicht herangezogen werden.

Das BVwG hat bei der Auslegung des § 71 LFG Willkür geübt, indem es im vorliegenden Zusammenhang bei der Abwägungsgewichtung nichtnormativen Akten und Wünschen des NR über die Ausübung der Vollziehung auf der Grundlage von Art 52 Abs 1 B-VG sowie dem in Art 4 Z 2 NÖ LV 1979 (und auch den in der angef E als dem Umwelt- und Klimaschutz ebenfalls eine hervorgehobene Bedeutung gebend erwähnten Landesverfassungen von Krnt, OÖ, Sbg, Tir und Vbg) erwähnten Umwelt- bzw Klimaschutz entscheidungsrelevante Bedeutung beimisst.

An dieser Beurteilung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass sich das BVwG unter der Überschrift „*Abwägungsgewichtung durch das Unionsrecht*“ (S 123 des Erk) auf Art 37 GRC bezieht und diese Bestimmung in die Interessenabwägung einbezieht: Art 37 GRC ist im vorliegenden Fall – abgesehen davon, dass seine Bedeutung als Grundsatz in Verfahren vor einem mitgliedstaatlichen Gericht begrenzt ist (vgl Art 52 Abs 5 GRC) – kein über das BVG Nachhaltigkeit hinausgehender Inhalt beizumessen. Im Hinblick darauf muss nicht geprüft werden, ob Art 37 GRC im vorliegenden Fall überhaupt anwendbar ist.

**Anmerkung:****Grobprüfung durch VfGH statt Feinprüfung durch VwGH?**

Das Erk des BVwG 2. 2. 2017, W109 2000179-1,<sup>1)</sup> zur dritten Piste kann – vergleichbar mit Zwentendorf und Hainburg – als ein Meilenstein des Umwelt- und Klimaschutzrechts gelten. Erstmals, und dies offenbar weltweit,<sup>2)</sup> wurde ein Infrastrukturprojekt, der Ausbau des Flughafens Wien, aus Klimaschutzgründen untersagt. Dass dies nicht nur Befürworter finden würde, war zu erwarten – überrascht hat freilich die Dimension und Intensität der öffentlichen Auseinandersetzung um diesen Gerichtsentscheid. Nicht nur fand das U ein breites Medienecho, sondern wurde auch sofort der Ruf nach einer neuerlichen Reform der erst 2014 neu eingerichteten Verwaltungsgerichte laut, insb wurde die Beschneidung ihrer Kompetenzen im Bereich des Umweltrechts gefordert.<sup>3)</sup> Verlangt wurde auch, gleichsam als Gegengewicht zu Umwelt- und Klimaschutz, die verfassungsrechtliche Verankerung eines Staatsziels „Wirtschaftswachstum“.<sup>4)</sup> Bezogen auf den Anlassfall war eine solche dann freilich nicht mehr „erforderlich“, war doch dem Erk des BVwG selbst kein langes juristisches Leben beschieden.

Bereits am 29. 6. 2017, und damit in rekordverdächtiger Zeit,<sup>5)</sup> verkündete nämlich der VfGH sein Verdikt über das BVwG mündlich und im Livestream: Das Erk des BVwG habe in mehrfacher Hinsicht die Rechtslage grob verkannt, was es mit „Willkür“ belaste und die Bf (Flughafen Wien AG, Land NÖ) daher in ihrem Gleichheitsrecht verletze. Dass der VfGH „mit grober Verkenntnis“ der Rechtslage argumentiert, hat das Erk des BVwG in der öffentlichen Wahrnehmung gleichsam „vernichtet“. Vielfach wurde die politische Besetzung des Gerichts, gelegentlich sogar die mangelnde persönliche Integrität der Richter als erwiesen angesehen; dem BVwG wurde dringend eine Nachschulung empfohlen.<sup>6)</sup> Wenn der VfGH mit dem Passus der „groben Verkenntnis der Rechtslage“ argumentiert, gebraucht er jedoch nur eine Formel, die den Grenzverlauf zwischen VwGH und VfGH konkretisiert und die es ihm im konkreten Fall erst ermöglicht hat, eine inhaltliche Entscheidung

zu treffen. Nur wenn nämlich Fehler bei der Gesetzesanwendung derart „in die Verfassungssphäre“ reichen, kann der VfGH und nicht „bloß“ der – im vorliegenden Fall parallel mittels Revision angerufene – VwGH überhaupt in der Sache entscheiden. Dass der VfGH-Präsident aus Anlass der mündlichen Verkündung die Verwaltungsrichter von persönlichen, moralischen Verfehlungen „freisprach“<sup>7)</sup> ging unter. „Objektive Willkür“ ist ein Topos, der Nichtjuristen nur schwer zu vermitteln ist. Mit gutem Grund hat der VfGH deshalb auch in seiner Judikatur bisher dem Gesamtverhalten der Vollziehung Rechnung getragen und Zurückhaltung beim Vorwurf von Willkür geübt.<sup>8)</sup>

Der vorliegende Fall ist demgegenüber, wie auch *Merli*<sup>9)</sup> pointiert festhält, ein „seltsamer Fall von Willkür“. Hat doch zum einen das BVwG, wie schon andernorts dargelegt,<sup>10)</sup> nach einem umfangreichen ergänzenden Ermittlungsverfahren (auf 128 Seiten!) ein ausführlich begründetes und nachvollziehbares Erk getroffen; und enthält zum anderen seine E, wie *Kerschner* aus methodischen Gesichtspunkten überzeugend nachgewiesen hat, „eindeutig und durchgehend zumindest vertretbare Rechtsauffassungen“.<sup>11)</sup> Das Erk des BVwG bewegt sich damit auf festem juristischem Boden, wogegen die noch näher darzulegende Rechtsansicht des VfGH bislang nicht zum „gesicherten juristischen Wissen“ gezählt werden kann.<sup>12)</sup>

Das U des BVwG kann somit keinesfalls, weder aus allgemein sprachlicher Sicht noch im juristisch-technischen Sinn, als willkürlich erachtet werden. Vielmehr dreht sich der gegenständliche Rechtsstreit im Kern „bloß“ um die Auslegung einfachgesetzlicher Bestimmungen bzw die Überprüfung darauf basierender Abwägungsentscheidungen. Um Fragen also, die eigentlich vom VwGH im Rahmen einer „Feinprüfung“ zu entscheiden gewesen wären. Die überaus rasche, auf das Vehikel des Willkürvorwurfs gestützte verfassungsrechtliche „Grobprüfung“ und Kassation des BVwG-Erk durch den VfGH erweckt demgegenüber doch den Eindruck, dieser habe dem VwGH zwecks rascher Klärung der Rechtslage zuvorkommen wollen.<sup>13)</sup>

**Abwägungsentscheidung**

Im Zentrum der vorliegenden E stehen die Genehmigungsvoraussetzungen für Flugplätze, die das Luftfahrtgesetz in § 71 LFG vorsieht. Diesbezüglich ist der VfGH zunächst mit dem BVwG noch einer Meinung und konstatiert, dass der Gesetzgeber in § 71 Abs 1 LFG eine Abwägung öff Int angeordnet hat. Dem Vorbringen der Bf, wonach für eine solche Abwägung nach dem eindeutigen Wortlaut des § 71 LFG kein Raum sei,<sup>14)</sup> hat der GH damit richtigerweise eine Absage erteilt. Können doch auch konditional struktu-

1) RdU 2017/104 mit Anm *Kirchengast/Madner/Schulev-Steindl/Steininger/Hollaus/Karl*. Zum gegenständlichen Erk des VfGH bzw zu den hier vertretenen Positionen bereits *Madner/Schulev-Steindl*, VfGH interpretiert Klimaschutz entschlossen weg, Die Presse, Rechtsparanorama v 3. 7. 2017, 16; *dieselben*, Dritte Piste – Klimaschutz als Willkür?, Anmerkungen zu VfGH 29. 6. 2017, E 875/2017, 886/2017, ZÖR 2017, 635.

2) Vgl *Burger/Gundlach*, The Status of Climate Change Litigation – A Global Review (2017), hrsg von UN Environment Programme 18; <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20767/climate-change-litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Stand aller Internetlinks 2. 11. 2017).

3) Vgl die Nachweise bei *Kirchengast et al*, RdU 2017/104, 126 (130).

4) Vgl den IA 2172/A 25. GP zur Umbenennung des BVG Nachhaltigkeit in „BVG Staatsziele“ und zur Ergänzung dieses BVG um ein Bekenntnis Österreichs zu „Wachstum, Beschäftigung und einem wettbewerbsfähigen Wirtschaftsstandort“. Krit zu dieser Staatszieldebatte *Wagner*, Was bislang geschah: Staatszieldebatte/VfGH hebt Urteil Dritte Piste auf, RdU 2017/110, 149.

5) *Merli*, Ein seltsamer Fall von Willkür: Die VfGH-Entscheidung zur dritten Piste des Flughafens Wien, wbl (in Druck).

6) *Kommenda*, Lektion des Höchstgerichts: Urteile sind nicht aus der Luft gegriffen, Die Presse v 30. 6. 2017, 2; <http://diepresse.com/home/meinung/kommentare/5243534/index.do>

7) [www.vfgh.gv.at/medien/Flughafen\\_3\\_..Piste.de.php..](http://www.vfgh.gv.at/medien/Flughafen_3_..Piste.de.php..)

8) Ausführlich dazu *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 745 f.

9) *Merli*, wbl (in Druck). In diese Richtung auch *Balthasar*, Zu kurz gegriffen. Besprechung VfGH 29. 6. 2017, E 875/2017, E 886/2017, ZÖR 2017, 577.

10) *Kirchengast et al*, RdU 2017/104, 124.

11) *Kerschner* VfGH 3. Piste und juristische Methode: Verfassungskonforme Auslegung verfassungswidrig? RdU 2017, 191.

12) *Merli*, wbl (in Druck).

13) Vgl *Madner/Schulev-Steindl*, ZÖR 2017, 594 f; *Merli*, wbl (in Druck).



rierte Tatbestände – zB durch Verweis auf öff Int – implizit zu einer Abwägung ermächtigen und ist die Verwendung des Begriffs „überwiegen“ (wie zB in § 17 Abs 2 ForstG) zwar eine mögliche, keineswegs aber die einzige Form, eine Interessenabwägung zu verankern.<sup>15)</sup> Ob im Anschluss an die Abwägung eine gebundene Entscheidung oder Ermessen vorgesehen ist, lässt der VfGH – ungeachtet des Beschwerdevorbringens – offen.<sup>16)</sup> Die Befugnis des BVwG, in der Sache selbst zu entscheiden, ist jedenfalls bei gebundenen wie bei Ermessensentscheidungen grundsätzlich gegeben.<sup>17)</sup>

Damit endet der Konsens mit dem BVwG, erachtet doch der VfGH den Klimaschutz, anders als das BVwG, nicht als ein nach dem LFG relevantes und in die Abwägung einzustellendes öff Int. Außerdem hält er es für unzulässig, bei der Interessenabwägung auf nicht unmittelbar anwendbare völkerrechtliche Verträge abzustellen oder für die Gewichtung der abzuwägenden Interessen auf nichtnormative Akte (zB klimapolitische Beschlüsse der BReg, Entschließungen des NR) zurückzugreifen. Im Lichte einer solchen Rechtsauffassung muss dann aber eben die Abwägung des BVwG, mit jedem seiner Begründungs- und Rationalisierungsschritte – etwa mit dem Hinweis auf den ratifizierten Pariser Klimavertrag –, nahezu zwangsläufig zu einer „groben“ Verkenntung der Rechtslage und damit letztlich zur „Willkür“ geraten. Die Interpretation des einschlägigen Luftfahrtrechts durch den VfGH überzeugt freilich nicht, wie nachfolgend darzulegen ist.

#### Und doch: Umweltschutz als sonstiges, vom LFG zu berücksichtigendes Interesse

Zentraler Ansatzpunkt des VfGH ist die Frage, ob der Klimaschutz ein „sonstiges öffentliches Interesse“ iSd LFG darstellt, das für die Genehmigung der dritten Piste rechtlich relevant ist. Das BVwG hat dies unter Verweis auf das seit 1984 geltende BVG Umweltschutz (nunmehr BVG Nachhaltigkeit)<sup>18)</sup> bejaht und den Klimaschutz in die Interessenabwägung eingestellt. Der VfGH erachtet dagegen das BVG Umweltschutz nur zur Auslegung solcher öff Int für maßgeblich, die sich bereits aus dem LFG selbst ergeben würden – gleichsam als „Verstärker“. Da der Umwelt- bzw Klimaschutz jedoch im LFG selbst nicht verankert sei, könne er auch nicht in die Abwägungsentscheidung einbezogen werden. Begründet wird diese angebliche – und schon vom Wortlaut des LFG, aber auch nach systematischer und verfassungskonformer Interpretation<sup>19)</sup> nicht angezeigte – Geschlossenheit der öff Int mit der Judikatur des VwGH. Umso erstaunlicher ist es dann aber, dass der VfGH die auch schon vom BVwG zit Rspr zur Genehmigung von Außenlandungen und -abflügen (§ 9 Abs 2 LFG) nicht erwähnt. Hat doch der VwGH zur strukturell vergleichbaren Regelung des § 9 Abs 2 LFG ausgeführt, es sei „auf das gesamte Spektrum der in jedem Einzelfall jeweils in Betracht kommenden öff Int abzustellen,“ und bereits im Jahr 1991 festgehalten, dass der Umweltschutz als öff Int einer Genehmigung nach dem LFG entgegenstehen kann, und

dabei auch ausdrücklich auf das BVG Umweltschutz verwiesen.<sup>20)</sup> Dies „nicht gesehen bzw verkannt zu haben, ist für den VfGH bei einer solch ganz entscheidungserheblichen Frage höchst befremdlich“, so Kerschner idZ zutreffend, und nimmt der Argumentation des VfGH jede Überzeugungskraft.<sup>21)</sup>

Der VfGH rügt, das BVwG habe zwar die Judikatur des VwGH zum Begriff „sonstige öffentliche Interessen“ in § 71 LFG wiedergegeben,<sup>22)</sup> es aber verabsäumt, die im LFG normierten Interessen bei seiner E zu interpretieren und in seiner Abwägung heranzuziehen. Dies ist freilich insofern unzutreffend, als das BVwG den Schutz der Allgemeinheit, die Hintanhaltung von Gefahren für Leben, Gesundheit und Eigentum einschließlich der Verhinderung vermeidbarer Geräusche als sonstige öff Int iSd Judikatur angeführt hat und in seinen Sachverhaltsfeststellungen ua auf Fragen des Lärmschutzes und auf die Auswirkungen des Klimawandels auf menschliche Gesundheit, Eigentum und Wirtschaft Bezug genommen hat. Unklar bleibt in diesem Punkt, worin der vom VfGH eingemahnte fehlende Interpretationsschritt letztlich hätte bestehen sollen bzw ob es genügt hätte, wenn das BVwG den Bezug zwischen dem anthropozentrisch gefärbten BVG Nachhaltigkeit und den im LFG genannten öff Int ausdrücklich dargelegt hätte. Sind doch die im LFG abgebildeten – nicht explizit auf den Umweltschutz ausgerichteten – öff Int, wie der Schutz der Allgemeinheit oder die Hintanhaltung von Gefahren für Leben, Gesundheit und Eigentum, recht breit und können dementsprechend im Lichte des § 3 BVG Nachhaltigkeit interpretiert werden.<sup>23)</sup> Die Staatszielbestimmung ist auf die Bewahrung der natürlichen Umwelt „als Lebensgrundlage des Menschen“ gerichtet und verfolgt insoweit einen anthropozentrischen Zugang, der sich auch im LFG findet („Allgemeinheit“, „Leben“, „Gesundheit“). Dementsprechend kann „Klimaschutz“ ua unter den Schutz der menschlichen Gesundheit und letztlich des Lebens subsumiert werden und so auch bei der Interessenabwägung des § 71 LFG Berücksich-

14) IdS auch *Raschauer*, Klimaschutz durch Richterspruch? *ecolex* 2017, 814 (814).

15) Zu den verschiedenen legislativen Ausgestaltungsformen vgl *Stolzlechner*, Verwaltungsrechtliche Abwägungsentscheidungen, ZfV 2000, 214 (215 ff), weiters die Hinweise bei *Kirchengast et al*, RdU 2017/104, 130.

16) Tatsächlich ringt die Lehre mit der Kategorie des Ermessens und der Einordnung von Abwägungsentscheidungen; instruktiv dazu *Fuchs*, Verwaltungsermessen und Verwaltungsgerichtsbarkeit: Rückblick und Ausblick, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht (2014) 231.

17) § 28 VwGVG. VwGH 26. 6. 2014, Ro 2014/03/0063.

18) BGBl I 2013/11.

19) Eingehend und überzeugend *Kerschner*, RdU 2017/129, 190 (191 ff).

20) VwSlg 13.466/A; siehe dazu sowie zur ähnlich gelagerten jüngeren Rspr des VwGH *Kirchengast et al*, RdU 2017/104, 126.

21) *Kerschner*, RdU 2017/129, 193, der idZ „das maßgebliche Argumentationsgebäude des VfGH [als] völlig zusammengebrochen“ erachtet.

22) *Verst Sen*, VwSlg 7913A/1970.

23) *Hollaus*, Austrian Constitutional Court: Considering Climate Change as a Public Interest is Arbitrary – Refusal of Third Runway Permit Annulled, *ICL Journal* 2017, 467 (476 f); ähnlich *Meyer*, Das VfGH-Urteil zur dritten Piste – ein Schuss übers Ziel hinaus, [www.wienerzeitung.at/meinungen/gastkommentare/902903\\_Das-VfGH-Urteil-zur-dritten-Piste-ein-Schuss-uebers-Ziel-hinaus.html](http://www.wienerzeitung.at/meinungen/gastkommentare/902903_Das-VfGH-Urteil-zur-dritten-Piste-ein-Schuss-uebers-Ziel-hinaus.html)





tigung finden; denn wird die Umwelt als Lebensgrundlage des Menschen vor negativen Effekten des Klimawandels geschützt, wird damit die menschliche Gesundheit und letztlich das Leben geschützt.

Der VfGH unterlässt aber, wie bereits ausgeführt und ganz iSe Grobprüfung, nähere Darlegungen an dieser Stelle. Bedauerlicherweise bleibt somit sowohl für die Wiederholung der E als auch für die künftige Vollziehung bzw Interpretation des LFG im Allgemeinen einiges im Dunkeln.<sup>24)</sup>

Unklar ist nach dem U des VfGH nunmehr auch die Bedeutung des BVG Nachhaltigkeit. Während das darin verankerte Interesse am Umwelt- (und damit implizit auch am Klima-)Schutz bisher als ein selbständiges und wegen seiner besonderen Bedeutung verfassungsrechtlich normiertes öff Int verstanden wurde, das etwa, auch ohne ausdrücklich im Gesetz genannt zu sein, Grundrechtseingriffe zu legitimieren vermag,<sup>25)</sup> soll dieses Staatsziel nunmehr nur dann zur Anwendung kommen, wenn es dafür bereits auf einfachgesetzlicher Ebene „Anhaltspunkte“ gibt. Sieht man einmal davon ab, dass sich solche Anhaltspunkte im gegebenen Fall ohne Weiteres auch in den vom VfGH als nach § 71 LFG für relevant erklärten öff Int des „Schutzes der Allgemeinheit“ und der „Hintanhaltung von Gefährdung von Leben, Gesundheit und Eigentum“ hätten finden lassen,<sup>26)</sup> ist gegen eine solche Auffassung einzuwenden, dass sie die Bedeutung des verfassungsrechtlichen Staatsziels Nachhaltigkeit der Disposition des einfachen Gesetzgebers überlässt<sup>27)</sup> und damit die Normenhierarchie geradezu auf den Kopf stellt.

Auch dies spricht dafür, die Bestimmung des § 71 Abs 1 lit d LFG als eine „offene Interessenklausel“<sup>28)</sup> aufzufassen, in deren Vollziehung rechtmäßigerweise auch das verfassungsrechtlich vorgegebene öff Int am Umwelt- und Klimaschutz einzufließen vermag. Vor dem Hintergrund des vorliegenden Falls bleibt freilich festzuhalten, dass daraus selbstverständlich noch nicht folgt, dass dieses Interesse am Umwelt- und Klimaschutz schwerer wiegt als die für das Vorhaben sprechenden Interessen und eine Abweisung des Vorhabens in jedem Fall gerechtfertigt ist.

#### Lediglich „Staatsgebiet“ als Bezugsrahmen für Interessenabwägung?

Nicht überzeugend ist weiters, dass der GH idZ das österr Staatsgebiet als äußersten Bezugsrahmen für die Feststellung von Einwirkungen auf luftfahrtrechtlich geschützte Güter für relevant erachtet. Wird doch damit unterstellt, das BVwG hätte iSe gewerbebehördlichen Anlagenprüfung Emissionen dem Flughafen kausal zugerechnet und wäre dann zu einer Untersa-

gung wegen unzulässiger Einwirkungen auf geschützte Interessen gekommen. Ähnlich der Vorwurf des VfGH, das BVwG habe aus der Nichterreichung von Klimazielen im Ergebnis (negative) Schlussfolgerungen für die Bewilligungsfähigkeit des vorliegenden Projekts gezogen, ohne dass der zuständige (Bundes-) Gesetzgeber diesbezüglich gesetzliche Anordnungen getroffen habe. Dabei wird übersehen, dass das BVwG gerade keine klassische anlagenrechtliche Genehmigung zu überprüfen hatte, sondern eine vom Gesetzgeber vorgegebene und überaus breit angesetzte Interessenabwägung wiederholte. Und selbst bei „typischen“ Anlagengenehmigungen kommt es de lege lata – wie schon ein Blick auf § 75 Abs 3 GewO und § 10 UVP-G zeigt – nicht nur auf innerstaatliche, sondern auch auf grenzüberschreitende Auswirkungen eines Projekts an bzw wäre eine Beschränkung auf innerstaatliche Effekte jedenfalls nicht verfassungsrechtlich geboten.<sup>29)</sup> Last but not least würde durch eine solch enge Sichtweise wohl jede Klimapolitik ad absurdum geführt, müsste sich diese doch dann, wie *E. Wagner*<sup>30)</sup> treffend herausstreicht, auf ein gleichsam durch die „Käseglocke“ begrenztes Territorium einzelner Staaten beschränken.

Nicht ohne Weiteres nachvollziehbar ist auch, wenn der VfGH es für unzulässig hält, dass sich das BVwG auf die NÖ Landesverfassung bezog, die dem Klimaschutz besonderen Stellenwert einräumt. Diese Staatszielbestimmung könne nur im selbständigen Wirkungsbereich des Landes relevant sein, nicht aber bei Auslegung des (vom Bund erlassenen) LFG. Nun ist aber die UVP, in deren Rahmen das LFG angewendet wurde, gerade ein Verfahren im selbständigen Wirkungsbereich des Landes (Art 11 Abs 1 Z 7 B-VG). Das Staatsziel war daher uE für die UVP-Beh beachtlich,<sup>31)</sup> warum das nicht auch für das BVwG als Nachprüfungsinstanz gelten sollte, wäre näher zu begründen gewesen.

Angemerkt sei an dieser Stelle, dass, anders als letztlich der Bund, das Land NÖ nur wenige Tage nach Verkündung des VfGH-Erk ein Staatsziel „Wirtschaftswachstum“ in seine Verfassung aufgenommen<sup>32)</sup> und damit sein Bekenntnis zum Klimaschutz „neutralisiert“ hat.

#### LTO-Emissionen, Cruise-Emissionen und Flugbewegungen

Der VfGH hält dem BVwG vor, in seiner E auf die gesamten CO<sub>2</sub>-Emissionen internationaler Flüge („Cruise-Emissionen“) und nicht nur auf die sich aus Start- und Landevorgängen von Luftfahrzeugen ergebenden Emissionen (LTO-Emissionen), abge-

29) *Merli*, wbl (in Druck), mit Verweis auf zahlreiche gesetzliche Bestimmungen mit entsprechendem Auslandsbezug.

30) *Wagner*, Die Judikatur zur „3. Piste“ – Vom Senkrechtstart zur Bruchlandung in Sachen Klimaschutz, ZVG 2017, 282 (285).

31) Zu einem anderen Schluss kann man, wie *Merli*, wbl (in Druck), darlegt, kommen, wenn man annimmt, dass „Art 11 B-VG eine landesgesetzliche Determinierung von bundesgesetzlich geschaffenen Handlungsspielräumen nicht zulässt“ (Hervorhebung im Original). Dies hätte freilich einer entsprechenden Begründung durch den VfGH bedurft.

32) Vgl den Beschluss des NÖ LT v 6. 7. 2017 zur Änderung des Art 4 NÖ Landesverfassung, [www.landtag-noe.at/service/politik/landtag/LVXVIII/16/1638/1638G2.pdf](http://www.landtag-noe.at/service/politik/landtag/LVXVIII/16/1638/1638G2.pdf)

24) Vgl dazu krit *Meyer*, Das VfGH-Urteil zur dritten Piste – ein Schuss übers Ziel hinaus.

25) Vgl nur VfSlg 12.009/1989.

26) So auch *Kerschner*, RdU 2017/129, 191, *Merli*, wbl (in Druck).

27) Vgl *Holzer*, Lippenbekenntnisse im Verfassungsrang, Leserbrief, Die Presse v 11. 7. 2017, 23.

28) So *Kerschner*, RdU 2017/129, 193; im Ergebnis offenlassend *Merli*, wbl (in Druck); aA dagegen *Raschauer*, *ecolex* 2017, 815; *Schmelz*, Der VfGH zur dritten Piste – Klimaschutz im Widerspruch zu Rechtsstaat und Demokratie? ZVG 2017, 288 (291).



stellt zu haben. Dieser Vorhalt ist insofern widersprüchlich, als globaler Klimaschutz für den VfGH ohnedies kein nach dem LFG relevantes öff Int darstellt; er trifft aber auch in der Sache nicht zu: Tatsächlich hat das BVwG nur die Emissionen abfliegender Flugzeuge betrachtet, die am Flughafen Wien betankt und gem internationaler Verpflichtung durch Österreich inventarisiert werden.<sup>33)</sup> Ganz generell ist – wie bereits aus Anlass des Erk des BVwG dargelegt<sup>34)</sup> – dem Einwand, internationale Luftverkehrsemissionen seien Österreich nicht zuzurechnen, zu entgegnen, dass die Gesamtemissionen Österreichs dem BVwG in der angef E als Bezugsgröße dienen, um die Höhe bzw Signifikanz der THG-Emissionen darzulegen.<sup>35)</sup> Das BVwG gründet sein Erk letztlich auf eine Gesamtbetrachtung der Mitverantwortung Österreichs für den globalen Klimaschutz und stellt diesen mit hohem Stellenwert in die vom LFG eröffnete, weit gefasste Interessenabwägung ein.

#### „Heranziehen“ nichtnormativer Akte und „Heranziehen“ des Übereinkommens von Paris trotz Erfüllungsvorbehalt

Der VfGH billigte dem BVwG zu, dass im LFG eine Abwägung öff Int angeordnet ist. Er hielt es jedoch für unzulässig, dass das BVwG im Zuge dieser Abwägung auch auf nicht unmittelbar anwendbare völkerrechtliche Verträge (zB den ratifizierten Pariser Vertrag) oder auf „nichtnormative Akte“ (zB die Roadmap Luftfahrt 2020 des BMVIT zum Bedarf einer dritten Piste) abstellte. Es ist freilich ständige Übung in den verschiedensten Rechtsgebieten, dass derartige Akte für die Rationalisierung von Interessenabwägungen herangezogen werden. Der VfGH, der die Verwaltung dabei im Einzelnen anleitet, hat dies nicht beanstandet: So zB die Bezugnahme auf Landes-Energiestrategien oder das Kyoto-Protokoll bei der Genehmigung eines Wasserkraftprojekts<sup>36)</sup> bzw Protokolle zur Alpenkonvention im Kontext eines Starkstromwegprojekts.<sup>37)</sup> Einmal mehr zeigt sich, dass der VfGH – ganz auf der Linie der Rechtsvertreter der Bf – die Bezüge, die das BVwG zum KSG und zur Klimapolitik der BReg hergestellt hat, als eine „Vollziehung“ der entsprechenden Akte wertete und folglich verwarf. Wie bereits zum Erk des BVwG ausführlich dargelegt hat das Gericht jedoch das KSG, das Pariser Übereinkommen oder die Roadmap Luftfahrt des BMVIT nicht idS angewendet, sondern damit die Relevanz des Klimaschutzes als öff Int untermauert.<sup>38)</sup> Es ist nun nicht leicht einzusehen, weshalb die Heranziehung klimapolitisch-strategischer Willensäußerungen oder gar der Verweis auf das ratifizierte Pariser Übereinkommen das Verdikt der Willkür nach sich ziehen sollte.<sup>39)</sup>

#### Hinreichende Determinierung des LFG?

Der VfGH wirft dem BVwG vor, es habe die Bewilligung des Projekts aus Klimaschutzgründen versagt, „ohne dass der zuständige (Bundes-)Gesetzgeber diesbezüglich gesetzliche Anordnungen getroffen hat“. Dabei impliziert ist offenbar auch, dass das BVwG dem LFG keinerlei Gewichtungskriterien für die Abwägung ent-

nehmen konnte; und zwar weder für den Klimaschutz noch für andere „sonstige öffentliche Interessen“. Während nämlich moderne Gesetze häufig allgemeine Ziele enthalten, die die Gewichtung und Abwägung von Interessen näher determinieren, zählt das aus 1957 stammende LFG zu jenen Gesetzen (insb im Infrastrukturrecht), die sehr weite Entscheidungsspielräume eröffnen und Standards zum Schutz öff Int (zB Lärmschutz) kaum explizit festlegen. Das mag bislang durchaus im Sinne der Projektträger – nicht selten ist dies die öffentliche Hand selbst – gelegen sein.<sup>40)</sup> Hätte nicht aber der VfGH die E des BVwG zum Anlass nehmen müssen, um zu prüfen, ob das LFG idS Legalitätsprinzips hinreichend bestimmt ist? Wenn der VfGH dazu auf seine Vorjudikatur verweist,<sup>41)</sup> führt dies letztlich im Kreis und überzeugt nicht, hat er doch in der in Bezug genommenen E lediglich unter pauschalem Verweis auf § 71 Abs 1 lit d LFG und andere weit gefasste Bestimmungen des LFG den Begriff „öffentliche Interessen“ für auslegbar erklärt.<sup>42)</sup>

#### Resümee

Der Streit um die „dritte Piste“ ist also vorläufig entschieden: Der VfGH hat in einer verfassungsrechtlichen Grobprüfung die E des BVwG verworfen und dabei auch neue Akzente zur Auslegung von Staatszielbestimmungen gesetzt. Leider ist dabei die noch junge Institution der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz nicht unbeschädigt geblieben. Denn, mag man über den Ausgang der Interessenabwägung nach § 71 LFG unterschiedlicher Ansicht sein, ebenso auch über die vom BVwG vorgenommene Gesetzesauslegung, eines kann man dem BVwG nicht vorwerfen: „Willkür“! Und zwar weder im allgemeinsprachlichen noch im juristisch-technischen Sinn.

Dass mit der „dritten Piste“ die Klimapolitik auch in Österreich als weitgehend symbolischer Akt offengelegt wurde, ist umso bedauerlicher, wenn man einen Blick auf aktuelle Fakten wirft.

Um nämlich die globale Temperaturerhöhung mit einer Wahrscheinlichkeit von zumindest zwei Dritteln unter 2 °C zu halten (für Österreich würde das bereits eine Temperaturerhöhung zwischen etwa 4,5 und 6,5 °C bedeuten), dürfen global bis 2050 maximal noch ca 700 Gt

33) Erk des BVwG, S 77. Diese Emissionen werden über die Meldung Österreichs im Rahmen der UNFCCC erfasst; vgl *Umweltbundesamt*, Austria's National Inventory Report 2016. Submission under the United Nations Framework Convention, UNFCCC (2017) Section 3.2.2 „International Bunker Fuels“, 74 ff, für internationale Flüge, abrufbar unter [http://unfccc.int/national\\_reports/annex\\_i\\_ghg\\_inventories/national\\_inventories\\_submissions/items/9492.php](http://unfccc.int/national_reports/annex_i_ghg_inventories/national_inventories_submissions/items/9492.php).

34) *Kirchengast et al*, RdU 2017/104, 128.

35) Siehe ausdrücklich Pkt 3.6.5 des Erk.

36) VwGH 28. 1. 2010, 2009/07/0038.

37) VwGH 24. 2. 2015, Ro 2014/05/0097.

38) Dass diese Illustration dem BVwG „handwerklich“ nicht restlos überzeugend geglückt ist, steht auf einem anderen Blatt; siehe zu alledem bereits *Kirchengast et al*, RdU 2017/104, 128.

39) Vgl *Merli*, wbl (in Druck).

40) Krit zu diesem Schutzgefälle *Hochreiter*, Nichts geht mehr – wohin sollte es denn gehen? *Wirtschaft und Umwelt* 2017/2, 10, abrufbar unter [www.ak-umwelt.at/schwerpunkt/?issue=2017-02](http://www.ak-umwelt.at/schwerpunkt/?issue=2017-02).

41) VSlg 7879/1976.

42) *Madner/Schulev-Steindl*, ZÖR 2017, 598; idS auch *Merli*, wbl (in Druck).



CO<sub>2</sub> ausgestoßen werden.<sup>43), 44)</sup> Bei Beibehaltung des aktuellen jährlichen Emissionsniveaus wäre dieses Budget schon früher, bis etwa 2035, ausgeschöpft. Als Beitrag zur Einhaltung der Pariser Klimaziele gilt es in diesem Kontext auch für Österreich, die Treibhausgasemissionen aus allen Aktivitäten – auch aus dem internationalen Flugverkehr von und nach Österreich – so drastisch

zu reduzieren, dass das anteilige Treibhausgas-Budget eingehalten wird und zudem bis 2050 Nettoneutralität der Treibhausgasemissionen erreicht ist.<sup>45)</sup> Es besteht also dringender klimapolitischer Handlungsbedarf.

*Gottfried Kirchengast, Verena Madner, Eva Schulev-Steindl, Karl Steininger, Birgit Hollaus, Miriam Karl<sup>46)</sup>*

43) *Rockstroem/Gaffney/Rogelj/Meinshausen/Nakicenovic/Schellnhuber*, A roadmap for rapid decarbonization: Emissions inevitably approach zero with a „carbon law“, *Science* 355: Issue 6331 (March 17, 2017) 1269.

44) *Kirchengast*, Wissensstand der Klimaforschung und Herausforderung Klimaschutz: Können wir den Klimawandel noch einbremsen? in *Kirchengast/Schulev-Steindl/Schnedl* (Hrsg), Klimaschutzrecht zwischen Wunsch und Wirklichkeit (2018, in Druck).

45) *Meyer/Steininger*, Das Treibhausgas-Budget für Österreich, Wissenschaftlicher Bericht Nr 72–2017 (2017), Wegener Center Verlag, Graz.

46) Die Autorinnen und Autoren sind Mitglieder der interdisziplinären Arbeitsgruppe KlimaSchutzRecht (AG KSR), einer gemeinsamen thematischen Arbeitsgruppe des Klimaforschungsnetzwerks Climate Change Centre Austria und der Kommission Klima und Luftqualität der Österreichischen Akademie der Wissenschaften (ÖAW KKL). Siehe [www.ccca.ac.at/de/ccca-aktivitaeten/arbeitsgruppen/thematische-ags/](http://www.ccca.ac.at/de/ccca-aktivitaeten/arbeitsgruppen/thematische-ags/)

