



An den
Verwaltungsgerichtshof
Judenplatz 11
1010 Wien

Salzburg, am 21.08.2019

GZ: Ro 2019/04/0027

- Revisionswerberin:** **Umweltanwältin Mag. Dipl.Ing. Dr. Gishild Schaufler**
Landesumweltschutz Salzburg
5020 Salzburg, Membergerstraße 42
- Revisionsgegnerin:** **Salzburger Landesregierung**
5010 Salzburg, Postfach 527
- Revisionsgegenstand:** **Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 26.02.2019,
GZ W155 2120762-1/478E, zugestellt am 05.03.2019
UVP-Verfahren: 380kV Salzburgleitung**
- Mitbeteiligte Partei:**
- 1. Austrian Power Grid AG**
1220 Wien, Wagramerstraße 19, IZD-Tower
 - 2. Salzburg Netz GmbH**
5020 Salzburg, Bayerhamerstraße 16

I. STELLUNGNAHME

II. ANTRAG gemäß § 30 Abs 3 VwGG auf ZUERKENNUNG DER AUFSCHIEBENDEN WIRKUNG



Mit Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 03.07.2019, GZ W155 2120762-1/551Z, wurden die eingegangenen Revisionsbeantwortungen zur Kenntnis übermittelt und mitgeteilt, dass die Revision und die Revisionsbeantwortungen unter Anschluss der Akten dem Verwaltungsgerichtshof vorgelegt wurden. Gemäß § 24 Abs 1 Z 1 VwGG sind ab Vorlage der Revision an den Verwaltungsgerichtshof Schriftsätze im Revisionsverfahren unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

I. STELLUNGNAHME

Zur Revisionsbeantwortung der Projektwerberin und mitbeteiligten Partei (MP) wird zur Gänze auf das Vorbringen in der Revision vom 16.04.2019 verwiesen, soweit nicht im Folgenden zu einzelnen Punkten gesondert Stellung genommen wird.

Zu A) und B) Ro oder Ra?

Die mP verkennt, dass gemäß § 25a Abs 5 VwGG Revisionen immer beim Verwaltungsgericht einzubringen sind. Allein daraus lassen sich daher keine rechtlichen Schlüsse über den Inhalt und die Zulässigkeit einer Revision ableiten.

Im Übrigen ist die Zulässigkeit einer Revision nach der Rsp des VwGH immer zu begründen, ganz gleich, ob es sich um eine ordentliche oder eine außerordentliche Revision handelt.

Die Rw hat die Zulässigkeit ihrer Revision umfassend und ausreichend begründet und darin das Vorliegen von Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung gemäß den Vorgaben des Gesetzes und der Judikatur belegt. Die gewählte Vorgangsweise des BVwG muss daher aus Sicht der Rw nicht näher kommentiert werden.

Zu D) Generelle Ausführungen zum Artenschutz

Zu 1.1. Verbotstatbestand des absichtlichen Tötens

Es wird zur Rechtslage gemäß den europäischen Richtlinien, der dazu ergangenen Rsp des EuGH und zur Nichtanwendbarkeit bundesdeutscher Rsp in Österreich auf die Revision verwiesen.



Zu 1.2. Verbotstatbestand der Beschädigung oder Vernichtung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten sowie zu 1.4. Zulässigkeit der Berücksichtigung von Maßnahmen:

Dazu wird angemerkt, dass die in 1.2.4. behauptete EuGH-Rsp zur tatbestandsausschließenden Wirkung von CEF-Maßnahmen nicht existiert, weshalb diese auch nicht angeführt ist.

Hinsichtlich der zit. Rsp des VwGH in 2011/07/0190 besteht hingegen ein europarechtlich begründetes Erfordernis zur Abweichung von dieser Rechtsprechung:

Der VwGH geht im Erkenntnis 2011/07/0190 zum Gegenstand der Prüfung, ob es zu einer Zerstörung oder Beschädigung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten geschützter Tiere kommt, davon aus, dass die dort relevante AWG-Anlage nach § 37 und § 38 AWG 2002, und zwar in der Form, in der sie in die Realität umgesetzt werden wird, zu prüfen ist. Zum Antrag und dem Einreichoperat, mit dem die geplante Anlage näher umschrieben wird, treten daher bei dieser Beurteilung die in die Bewilligung aufzunehmenden Auflagen hinzu, die ihrerseits die Anlage inhaltlich mitgestalten. Dies deshalb, weil die Umsetzung einer unter Auflagen erteilten Bewilligung nur auflagenkonform erfolgen darf. Das Gleiche gilt für die beantragten Ausgleichsmaßnahmen nach § 51 S1bg NatSchG 1999; auch ihre Wirkung sei daher in die Beurteilung einzubeziehen.

Die FFH-Richtlinie (FFH-RL) bzw Vogelschutz-Richtlinie (VS-RL) zielen jeweils mit Maßnahmen des Artenschutzes sowie Gebietsschutzes auf die Bewahrung und gegebenenfalls Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes der von Ihnen erfassten Schutzgüter ab.

Der EuGH hat im Jahr 2018 seine Judikatur zu Vorhaben, die diesen Zustand erheblich beeinträchtigen könnten und die diesbezüglichen Vorbeugungs- und Ausgleichsmaßnahmen, konkretisiert:

Der EuGH weist in seinem Urteil C-323/17, People Over Wind, darauf hin, dass es sich bei Art 6 FFH-RL (der auch auf die besonderen Schutzgebiete nach Art 4 Abs 1 VS-RL anzuwenden ist) um einen zusammenhängenden Normenkomplex handelt. Die Abs 2 und 3 sollen nämlich das gleiche Schutzniveau für Lebensräume und für Arten gewährleisten,



während Abs 4 nur eine Ausnahme von Abs 3 Satz 2 darstellt. Demnach unterteilt Art 6 die Maßnahmen in drei Kategorien (Rn 25):

Abs 1 Erhaltungsmaßnahmen,

Abs 2 Vorbeugungsmaßnahmen,

Abs 4 Ausgleichsmaßnahmen.

Demgegenüber enthält Art 6 keine Maßnahmen zur „Schadensbegrenzung“, worunter Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen zu verstehen sind.

Nach Rn 36 dürfen aber genau diese Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen gerade nicht im Stadium der Vorprüfung, sondern erst im Stadium der angemessenen Prüfung nach Art 6 Abs 3 berücksichtigt werden.

Nach Rn 37 könnte die Berücksichtigung von Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen in der Vorprüfungsphase die praktische Wirksamkeit der Richtlinie im Allgemeinen sowie die Prüfungsphase nach Art 6 Abs 3 im Besonderen beeinträchtigen, da diese letzte Phase gegenstandslos würde und die Gefahr einer Umgehung dieser Prüfungsphase bestünde.

Schadensbegrenzungsmaßnahmen, also Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen, dürfen daher nicht bei der Vorprüfung dieser Vorhaben auf solche Effekte hin, sondern erst im Rahmen der angemessenen Prüfung berücksichtigt werden (Urteil v 12. April 2018, C-323/17, People Over Wind, Peter Sweetman, Rz 40).

Ausgleichsmaßnahmen dürfen überhaupt erst geprüft werden, nachdem die Behörde solche Beeinträchtigungen wissenschaftlich nicht explizit ausschließen kann, also erst im Ausnahmeverfahren nach Art 6 Abs 4 FFH-RL (EuGH Urteil v 15.5.2014, Briels u. a., C-521/12, EU:C:2014:330, Rn. 33ff; U v 21. Juli 2016, Orleans u. a., C-387/15 und C-388/15, EU:C:2016:583, Rn. 64).

Der EuGH begründete diese spätere Prüfung für beide Maßnahmen jeweils sinngemäß damit, dass erst im Rahmen der angemessenen Prüfung die vollständige und genaue Analyse möglich ist, ob sie geeignet sind, mögliche erhebliche Auswirkungen auf das



betroffene Gebiet zu vermeiden, zu vermindern oder auszugleichen (U v 12. April 2018, C-323/17, People Over Wind, Peter Sweetman, Rn. 36 für Vorbeugungsmaßnahmen; EuGH Urteil v 15.5.2014, Briels u. a., C-521/12, EU:C:2014:330, Rn. 36 für Ausgleichsmaßnahmen).

Zudem wird im Urteil People Over Wind, Peter Sweetman, Rn.37, gegen die Berücksichtigung von Vorbeugungsmaßnahmen in der ersten Prüfphase angeführt, dass dies *„....die praktische Wirksamkeit der Habitatrichtlinie im Allgemeinen sowie die Prüfungsphase im Besonderen beeinträchtigen (könnte), da diese letzte Phase gegenstandslos würde und die Gefahr einer Umgehung dieser Prüfungsphase bestünde, obschon diese Prüfung eine wesentliche Garantie darstellt, die die Habitatrichtlinie vorsieht.“*

Der EuGH hat all diese Judikatur für den Bereich des Gebietsschutzes zugunsten der Bewahrung und Wiederherstellung des günstigen Erhaltungszustandes für die natürlichen Lebensräume und die Arten gleichermaßen entwickelt (im Sinne des Art. 6 Abs. 2 bis 4 FFH-RL), wo Vorbeugungsmaßnahmen nicht einmal ansatzweise erwähnt sind.

Gleiches muss auch im Hinblick auf die artenschutzrechtlichen Bestimmungen der Richtlinien außerhalb der Schutzgebiete angenommen werden. **Dass das Schutzniveau im Gebietsschutz und im Artenschutz das Gleiche ist, hat erst jüngst der EuGH zur VS-RL in der Rechtssache C-441/17 bestätigt:**

262 *Als Zweites ist zu dem Vorbringen der Republik Polen, die Populationen der betreffenden Vögel seien stabil geblieben, ja hätten sogar zugenommen, festzustellen, dass der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass dies nichts daran ändert, dass Art. 4 Abs. 4 der Vogelschutzrichtlinie verletzt ist, nach dem die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet sind, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Beeinträchtigung der Lebensräume sowie die Belästigung der Vögel zu vermeiden. Die Schutzpflichten bestehen nämlich schon, bevor eine Abnahme der Vogelzahl festgestellt worden ist oder bevor sich die Gefahr des Aussterbens einer geschützten Vogelart konkretisiert hat (Urteile vom 14.*



Januar 2016, Kommission/Bulgarien, C-141/14, EU:C:2016:8, Rn. 76, und vom 24. November 2016, Kommission/Spanien, C-461/14, EU:C:2016:895, Rn. 83).

263 Diese Erwägungen, die die allgemeine Regelung zum Schutz der Vögel gemäß Art. 4 Abs. 4 der Vogelschutzrichtlinie betreffen, gelten erst recht für den speziellen Schutz gemäß Art. 5 Buchst. b und d der Vogelschutzrichtlinie.

Im Artenschutz ist daher strikt und ohne Populationsbezug bei den artenschutzrechtlichen Verboten vorzugehen. Wenn aber gerade beim Artenschutz strikt vorzugehen ist und **Ausgleichsmaßnahmen erst im Wege des Ausnahmeverfahrens zu prüfen** sind, dann muss dies auch für alle anderen Maßnahmen gelten, ansonsten die Anwendbarkeit von Art 16 FFH-RL und Art 9 VS-RL und die darin enthaltene angemessene Prüfung einer Ausnahme von den Verboten (korrespondieren zu Art 6 Abs 4 FFH-RL) regelmäßig umgangen werden könnte.

Ähnlich wie Art 6 Abs 2 („Vorbeugungsmaßnahmen“) kennt Art 12 FFH-RL „Erhaltungsmaßnahmen“, die erforderlich sind, um sicherzustellen, dass der unbeabsichtigte Fang oder das unbeabsichtigte Töten keine signifikanten negativen Auswirkungen auf die betreffenden Arten haben. **Weitere Maßnahmen nennt auch der Artenschutz nicht.**

Nach Auffassung der Kommission laut dem Kommissionsleitfaden (2007, Randziffer 43) ergibt sich die Notwendigkeit von Ausgleichsmaßnahmen bei Verwirklichung eines Verbotes und bei einer beantragten artenschutzrechtlichen Ausnahme insbesondere aus den Zielen der Richtlinien, wonach günstige Erhaltungszustände der Arten bewahrt oder wiederhergestellt werden sollen. Laut Leitfaden sollen **Ausgleichsmaßnahmen aber erst im Rahmen von Art. 16 FFH-RL** (und nicht schon Art. 12) berücksichtigt werden können und im Bericht über die Anwendung von Art. 16 FFH-RL anzuführen sein (ebenso wie verworfene „Alternativlösungen“, siehe Art. 16 Abs 3 lit. a FFH-RL).

Nachdem Art. 16 Abs. 1 und 2 FFH-RL für das Ausnahmeverfahren keinerlei Maßnahmen (wie Schadensbegrenzungsmaßnahmen, Ausgleichsmaßnahmen, etc) explizit nennt, muss



die Prüfung von deren Anwendbarkeit wohl mit dem ersten Ausnahme-Prüfschritt des Art. 16 Abs 1 FFH-RL (**Alternativenprüfung**) verbunden werden, nämlich *„Sofern es keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gibt.....“* (korrespondierend § 34 Abs 3 Ziffer 1 Sbg NSchG *„1. der Zweck der Maßnahme anders nicht zufrieden stellend erreicht werden kann“*).

Umso mehr muss dies daher auch - wie beim Gebietsschutz - für die **Schadensbegrenzungsmaßnahmen** gelten. Auch diese sollen nur im Rahmen der **Ausnahmeprüfung** berücksichtigt werden dürfen, andernfalls Art 16 FFH-RL und Art 9 VS-RL regelmäßig umgangen werden könnten.

Nachdem CEF-Maßnahmen aber geradezu nichts anderes sind als Schadensbegrenzungsmaßnahmen, die vor Umsetzung des Projekts und damit vor Setzung des verbotenen Eingriffs vorgenommen und wirksam sein müssen, hat Gleiches auch für funktionserhaltende Maßnahmen (CEF) zu gelten; diese sind auch nach Meinung der EU-Kommission aus 2008 *„.... nur möglich, wenn eine Genehmigungs- oder Planungsregelung mit förmlichen Verfahren vorliegt und die zuständigen Behörden beurteilen können, ob die zur Erhaltung der „Fortpflanzungs-“ oder „Ruhe“-Funktion einer Stätte getroffenen Maßnahmen ausreichen.“* (RZ. 77 Leitfaden)

Jede andere Auslegung würde die Anwendbarkeit von Art 16 FFH-RL und Art 9 VS-RL regelmäßig aushöhlen und überdies auch Beteiligungsrechte der Öffentlichkeit vorenthalten.

Es hätte daher für das Vorhaben zwingend eines förmlichen artenschutzrechtlichen Ausnahmeverfahrens bedurft, welches das BVwG aber in Verkennung der Rechtslage unterlassen hat. Wäre es in einem Ausnahmeverfahren nach § 34 NSchG doch zwingend mangels Zulässigkeit eines Ausnahmegrundes und mangels unstrittig nicht gegebener öffentlicher Interessen an dem Vorhaben zu einer Versagung gekommen.

Die Zulässigkeit der Revision und die Rechtswidrigkeit des Erkenntnisses ergibt sich in diesem Zusammenhang aber auch aus einer dem Grunde nach unzulässigen



Berücksichtigung der bundesdeutschen Rechtsordnung und Rechtsprechung zu CEF-Maßnahmen.

Anhand dieser dramatischen Klarstellungen durch die Rsp des EuGH in jüngster Zeit hat sich daher auch die Meinung der Europäischen Kommission, GD Umwelt, im Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, 2007, wonach ein Ausnahmeverfahren durch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen, sog. CEF-Maßnahmen (continuous ecological functionality-measures; zu Deutsch: dauerhafte ökologische Funktion) umgangen werden könnte, erübrigt und gilt als überholt.

So weist auch MAUERHOFER in RdU 2019/58 „EU-Gebiets- und Artenschutz-Judikatur: CEF-Maßnahmen ade? (Teil 2)“ darauf hin, dass die EuGH-Rsp seit 2014 eine Reihe von Klarstellungen auch für den Artenschutz gebracht hat, welche auch die österr. Höchstgerichtliche Rsp in Frage stellt. Er verweist dabei auf HINTERMAYER (In Kroneder (Hrsg), Wiener Naturschutzrecht (2014) § 10 Rn 25 f.), der die Zulässigkeit der undifferenzierten – weil auf dieser unterschiedlichen Rechtslage beruhende – Übernahme der dt Judikatur zu CEF-Maßnahmen/vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen durch den VwGH (2011/07/0190) und vereinzelte – teils sich auf den Kommissionsleitfaden berufende – Lit in Frage stellt und der auch gemeinschaftsrechtliche Bedenken wegen der pauschalen und nicht näher differenzierten Heranziehung von Ausgleichsmaßnahmen und behördlichen Auflagen in dieser VwGH-Beurteilung äußert.

Tatsächlich zeigt ein Vergleich der deutschen und der österreichischen Rechtslage, dass im deutschen Bundesnaturschutzgesetz in der dortigen Artenschutzbestimmung des § 44 Abs 5 die von der Kommission im Leitfaden (2007) einzig und allein zum Verbotstatbestand der Vernichtung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten angestellten Überlegungen zur „CEF“-Maßnahmen dort wie folgt explizit gesetzlich umgesetzt wurden (was in Österreich völlig fehlt):

„Sind in Anhang IV Buchstabe a der Richtlinie 92/ 43/EWG aufgeführte Tierarten, europäische Vogelarten oder solche Arten betroffen, die in einer Rechtsverordnung nach § 54 Absatz 1 Nummer 2 aufgeführt sind, liegt ein Verstoß gegen das Verbot des Absatzes 1 Nummer 3 [Anm.: Fortpflanzungs- und Ruhestätten] und im Hinblick auf damit



verbundene unvermeidbare Beeinträchtigungen wild lebender Tiere auch gegen das Verbot des Absatzes 1 Nummer 1 [Anm.: abweichend vom Leitfaden der EU-Kommission (2007) hier auch für Fang und Tötung] nicht vor, soweit die ökologische Funktion der von dem Eingriff oder Vorhaben betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin erfüllt wird. Soweit erforderlich, können auch vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen festgesetzt werden.“

Eine derartige Bestimmung kennt aber die Rechtsordnung des Landes Salzburg insbesondere das Naturschutzgesetz und das Jagdgesetz überhaupt nicht!

Es muss daher festgestellt werden, dass

- weder die deutsche Rechtsordnung in Österreich Wirkung entfalten kann,
- infolge dessen auch nicht eine dazu ergangene deutsche höchstgerichtliche Rsp auf die österreichische Rechtsordnung durchschlagen kann,
- noch der Leitfaden der EU-Kommission irgendwelche rechtlichen oder gar unionsrechtskonformen Wirkungen entfaltet, die unmittelbar oder mittelbar über die deutsche Rsp auf die österreichische Rechtsordnung durchschlagen könnten,
- weil das Konstrukt der CEF-Maßnahmen weder im Wortlaut der Richtlinien und insbesondere auch aufgrund der jüngsten Rsp des EuGH keine Deckung in der FFH- oder VS-RL findet.

Dass nun aber auch die laut VwGH bisher bei der Prüfung des Verbotes der Beschädigung oder Vernichtung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten berücksichtigungswürdigen mit dem Projekt unmittelbar verbundenen Ersatzmaßnahmen (Auflagen) oder kompensierenden Ausgleichsmaßnahmen auch weiterhin zu berücksichtigen wären, ist durch die aktuelle Rsp des EuGH nicht mehr gedeckt. Würde doch damit bloß der Umgehung des laut EuGH zwingenden Ausnahmeverfahrens Vorschub geleistet und damit dem Vorsorgeprinzip widersprochen.



Der VwGH hat zwar die Zulässigkeit von sogenannten CEF-Maßnahmen in seiner bisherigen Judikatur explizit (18.12.2012, 2011/07/190) und implizit (24.7.2014, 2013/07/0215) im Zusammenhang mit dem Verbotstatbestand des Art. 12 Abs 1 lit. d FFH-RL mit Ausnahmen davon (Art. 16 FFH-RL) vertreten.

Im Lichte der obzitierten jüngsten Rsp des EuGH steht jedoch in Frage, ob auch im vorliegenden Sachverhalt bereits die Erfüllung sämtlicher relevanter Verbotstatbestände des Sbg NSchG (die Art. 12 Abs. 1 FFH-RL sowie Art. 5 VS-RL umsetzen sollen) aufgrund der Berücksichtigung von Schadensbegrenzungsmaßnahmen (Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen), (vorgezogener) Ausgleichsmaßnahmen (CEF-Maßnahmen), Ersatzleistungen, Vorsorgemaßnahmen, sonstiger Maßnahmen und Vorschriften verneint werden darf, so dass es nicht einmal zu einer Ausnahmeprüfung (iSv Art. 16 FFH-RL bzw Art 9 VS-RL) kommt, in der alle diese Maßnahmen an der Population von Arten und ihrem Erhaltungszustand - wie vom EU-Recht nur an dieser Stelle vorgesehen - geprüft werden müsste.

Die Rw geht davon aus, dass die Berücksichtigung der vom BVwG angeführten Schadensbegrenzungsmaßnahmen und Ausgleichsmaßnahmen (CEF-Maßnahmen) unionsrechtswidrig und damit zu Unrecht erfolgte. Hätte das Gericht diese Maßnahmen nicht berücksichtigt, hätte es ein artenschutzrechtliches Ausnahmeverfahren durchführen müssen und dort das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Ausnahme, insbesondere Alternativen, Erhaltungszustand und die Zulässigkeit eines Ausnahmegrundes prüfen müssen, wovon aber bei Betroffenheit von Vögeln keiner zulässig ist und auch ein öffentliches Interesse nicht als Ausnahmegrund zulässig ist. Damit wäre aber die Genehmigung zu versagen gewesen.

Der Revisionswerber regt dazu in der Revision eine Vorlage zur Vorabentscheidung an den EuGH an.

Auch dieser Rechtsfrage kommt insofern grundsätzliche Bedeutung zu, weil eine Rechtsprechung des VwGH dazu fehlt und dieser Frage eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt. Daneben ergibt sich die Zulässigkeit aus den Gründen der Rechtssicherheit im Einzelfall.



Zu D) Revisionsgründe im Einzelnen

Zu 1. Pauschalbeurteilung Verbotstatbestände

Zur Unzulässigkeit der Anwendung der bundesdeutschen „Signifikanzjudikatur“ beim Tötungstatbestand wird auf das bisherige Vorbringen verwiesen. Ergänzend zum Vorbringen der mP wird eingewendet, dass entgegen ihrer Ansicht die Vorprüfung im Gebietsschutz nach Art 6 Abs 3 Satz 1 FFH-RL geradewegs nichts anderes darstellt, als auch die Frage im Artenschutz, ob ein Verbotstatbestand erfüllt ist oder nicht.

Im Gebietsschutz wird geprüft, ob Pläne oder Projekte einzeln oder in Zusammenwirkung mit anderen Plänen und Projekten ein Gebiet erheblich beeinträchtigen könnten, wobei bei Unsicherheit in die Verträglichkeitsprüfung einzusteigen ist. Diese Feststellung im Rahmen der Vorprüfung entscheidet über die sich im Folgenden aus der Verträglichkeitsprüfung ergebende Zulässigkeit und über das weitere Verfahren (Zulassung/Ablehnung nach Abs 3 oder Ausnahme nach Abs 4).

Im Artenschutz wird ebenso zunächst geprüft, ob Verbotstatbestände durch ein Projekt verwirklicht würden. Dazu kennt das NSchG sogar ein eigenes Feststellungsverfahren (§ 49 Abs 1 Z 2 lit b NSchG). Diese formale oder formlose Feststellung im Sinne einer Vorprüfung entscheidet über das Erfordernis einer Ausnahmeprüfung und das weitere Verfahren (Verbot oder Ausnahme nach § 34 NSchG).

Das Schutzniveau im Arten- und Gebietsschutz ist wie bereits oben ausgeführt nach EuGH-Rsp das Gleiche und die Erwägungen des EuGH „*gelten erst recht für den speziellen Schutz gemäß Art 5 Buchst. B und d der Vogelschutzrichtlinie.*“

Das Vorbringen der mP, wonach „*vor allem Infrastrukturvorhaben nicht mehr realisierbar*“ seien, ist unbegründet: Im Rahmen des Ausnahmeverfahrens ist in einer Alternativenprüfung darzustellen, dass es keine anderweitigen zufriedenstellenden Lösungen gibt. Dazu sind auch Trassenalternativen zu zählen.

An diesem Punkt kommt das jüngst eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich ins Spiel, in welchem die Kommission rügt, dass in Österreich im Energiesektor keine strategischen Umweltprüfungen durchgeführt werden, welche als Kernbestandteil ebenso Alternativenprüfungen enthalten müssen.



Es kommt daher bereits bei der strategischen Planung am Beginn eines solchen Projektes auf die Planung an und wie in den Planungen zwingenden Widerständen ausgewichen werden kann. Dieser Schritt wurde hinsichtlich des Artenschutzes offensichtlich aber nicht gemacht und bedingt nun eine Pattsituation, der grundsätzlich ausgewichen hätte werden können.

Im Übrigen ist das Vorbringen der mP widersprüchlich, wenn sie in 1.3. die Einziehung einer Erheblichkeitsschwelle durch die Signifikanzjudikatur für „*durchaus angemessen*“ empfindet, an anderer Stelle in 4.3. aber behauptet, die Erheblichkeitsschwelle von 5% in den RVS sei gar „*kein Schwellenwert oder gar Grenzwert*“, sondern nur ein „*praktischer Hinweis*“ (Punkt 4.5.).

Nach Ansicht der mP in 4.4. müssten daher überhaupt keine Populationen erhoben werden.

Die entscheidungswesentliche Frage, was dann als nachvollziehbare und überprüfbare Beurteilungsgrundlage zu gelten hätte, bliebe damit aber unbeantwortet. Ohne Kenntnis über den Zustand der Arten und den Umfang ihrer Individuen am Eingriffsort (welchen auch die Mitgliedstaaten verpflichtend nach Artikel 17 FFH-RL zu erheben haben) lassen sich nämlich keine Auswirkungen auf die Populationen feststellen. Dennoch ausgesprochene Bewilligungen widersprechen jedenfalls jeglichen Anforderungen an eine Prüfung, wie sie die Kommission in ihren Leitfäden und der EuGH in seiner Rsp verlangt.

Zu 5. Vögel insb Materialeilbahnen

Entgegen der Ausführungen der mP bestehen für MSB keine Bauzeit- oder Betriebsbeschränkungen.

Auch die von der mP monierte niedrigere Höhe von MSB als von Stromleitungen geht insofern ins Leere, als sich Vögel nicht an bestimmte Flughöhen halten. Wesentlich ist, ob deren Lebensraum, innerhalb dessen sie sich auch fliegend bewegen, mit Seilen durchschnitten wird. Die Unterschiedlichkeit der Höhen ist dabei aber weitgehend irrelevant und in Flughöhe jedenfalls gefährlich.



Auch beim Vergleich mit Schilftanlagen liegt die mP mit ihren Mutmaßungen falsch, weil bei Neuanlagen – je nach Lage und Durchschneidung sensibler Lebensräume – inzwischen auch Markierungen vorgeschrieben werden. Dies gilt für Liftanlagen gleichermaßen wie auch für Flying-Fox-Anlagen.

Die Projektwerberin konnte mit ihren Ausführungen in der Revisionsbeantwortung die Revision in keinem Punkt entkräften, weshalb die Anträge und Anregungen der Revisionswerberin aufrecht bleiben.

II. Antrag gemäß § 30 Abs 3 VwGG auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung

Gemäß § 30 Abs 3 VwGG kann der Verwaltungsgerichtshof ab Vorlage der Revision Beschlüsse gemäß Abs. 2 von Amts wegen oder auf Antrag einer Partei aufheben oder abändern, wenn er die Voraussetzungen der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung anders beurteilt oder wenn sich die Voraussetzungen, die für die Entscheidung über die aufschiebende Wirkung der Revision maßgebend waren, wesentlich geändert haben.

Die Rw macht keine Änderung der Voraussetzungen geltend, beantragt aber die Abänderung des Beschlusses des Bundesverwaltungsgerichts vom 17.05.2019, Zahl W155 2120762-1/532E, mit welchem der Revision die aufschiebende Wirkung nicht zuerkannt wurde, und begehrt die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung.

Dieser Antrag wird wie folgt begründet:

Eingangs ist festzuhalten, dass ein gewisses öffentliches Interesse an der Errichtung einer 380kV-Leitung als Vorsorge für zukünftige Entwicklungen von der Rw nicht grundsätzlich bezweifelt wird, wenngleich dieses durch die mP als Bewilligungswerberinnen verständlicherweise zuletzt zunehmend dramatisiert wurde.

Ebenso festzuhalten ist aber auch, dass auf europäischer Ebene in Form von übergeordneten rechtlichen Bestimmungen zwingende öffentliche Interessen am Artenschutz, insbesondere in Artikel 9 Absatz 1 VS-RL entgegenstehen, die bei Betroffenheit von Vögeln Ausnahmewilligungen selbst im öffentlichen Interesse nicht bzw nur eingeschränkt zulassen.



Wenn aber – wie im ggst Fall selbst vom gerichtlichen Sachverständigen zum Ausdruck gebracht – wesentliche Kenntnislücken über Arten und deren Populationen im Eingriffsbereich vorliegen, dann darf im Sinne des Vorsorgegrundsatzes nicht einfach eine allgemeine Annahme getroffen werden, welche dennoch eine Bewilligung bzw zum gegenwärtigen Verfahrensstand den verpönten Eingriff tatsächlich ermöglicht. Dies alles vor dem Hintergrund, dass der Betrieb des bestehenden Netzes noch über Jahrzehnte möglich und gesichert ist und auch sein muss. Gegenteiliges wurde nicht vorgebracht und nachgewiesen.

Die Ausführungen der mP vom 09.05.2019 zum Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung über jährliche Kosten, Verfahrensdauer, bereits beauftragte Maßnahmen und Mitarbeiter, eingeleitete Ausschreibungen und erteilte Aufträge, zukünftige wirtschaftliche Effekte usw sind allesamt zwar verständlich, aber letztendlich nur mittelbare Interessen. Auch der Verweis auf 426 Nebenbestimmungen und ökologische Vorkehrungen für Vögel reicht dann nicht für eine Bewilligung, wenn in nur einem einzigen entscheidungswesentlichen Punkt eine rechtskonforme Beurteilung fehlt. Angesichts der zeitlichen Dimensionen des Vorhabens und der allgemeinen Lage der Stromversorgung wurden keine zwingenden öffentlichen Interessen nachgewiesen. Dies wurde aber auch bereits im AW-Antrag ausgeführt.

Somit stehen zwingende europäische öffentliche Interessen am Artenschutz den öffentlichen Interessen der mP gegenüber.

Der unverhältnismäßige Nachteil aufgrund fehlender ökologischer Vorkehrungen in mehreren Punkten, in welchen eine Verwirklichung von artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen nicht berücksichtigt wurde, deren Verwirklichung sich unmittelbar negativ auf die Tierwelt auswirkt, ist von der Rw konkret anhand von Aktenwidrigkeiten und anhand eines Gutachtens nachgewiesen worden.

Das BVwG hat sich damit inhaltlich aber überhaupt nicht auseinandergesetzt. Zum Gutachten führte das BVwG lediglich aus, die angewandte Methode komme „in UVP-



Verfahren in Österreich nicht zur Anwendung.“ Dies zeigt deutlich auf, dass das BVwG in seinem Verfahren je nach Belieben mit sehr unterschiedlichen Maßstäben misst:

Zunächst ist festzuhalten, dass es sich um ein Gutachten handelt, welches den wissenschaftlichen und rechtlichen Maßstäben, die an ein Gutachten zu legen sind, entspricht. Das VwG kann sich ohne eigenen gleichwertigen Sachverstand daher nicht darüber hinwegsetzen.

Zweitens argumentiert das BVwG in diesem Punkt höchst widersprüchlich, wenn es einerseits gemeinsam mit den mP auf die bundesdeutsche höchstgerichtliche Rechtsprechung („Signifikanzjudikatur“) verweist und diese in einem österreichischen UVP-Verfahren anwendet, während es die dazu eigens geschaffenen wissenschaftlichen Grundlagen zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere nicht anerkennt.

Der Autor von „*BERNOTAT, D. & DIERSCHKE, V. (2016): Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen – 3. Fassung – Stand 20.09.2016, 460 Seiten*“, Dipl. Ing. Dirk Bernotat, ist Leiter des Fachbereichs II 4.2. „Eingriffsregelung“ am Bundesamt für Naturschutz in Deutschland und die Methodik ist wissenschaftlich anerkannt.

Die Darlegung des unverhältnismäßigen Nachteils erfolgte daher konkret und am letzten wissenschaftlichen Standard, welcher auch der bundesdeutschen Judikatur zugrunde liegt.

Auch die Ausführungen des BVwG im abweisenden Beschluss zur Unterschiedlichkeit von Stromleitungen und anderen Leitungen und Seilführungen beruht lediglich auf eigenen, nicht näher belegten Vermutungen bzw auf den Ausführungen der mP, welche nicht auf gleicher fachlicher Ebene wie das vorgelegte Gutachten argumentieren, welches ja genau die Kollisionsgefahr an Materialeilbahnen prüft. Denn wie bereits oben ausgeführt halten sich Vögel nicht an bestimmte Flughöhen oder Leitungshöhen. Wesentlich ist, ob deren Lebensraum, innerhalb dessen sie sich auch fliegend bewegen, mit Seilen durchschnitten wird. Die Unterschiedlichkeit der Seilhöhen ist dabei aber weitgehend irrelevant und in jeglicher Flughöhe jedenfalls gefährlich.



Auch beim Vergleich mit Schilftanlagen liegen das BVwG und die mP falsch, weil bei Neuanlage solcher Anlagen – je nach Lage und Durchschneidung sensibler Lebensräume – inzwischen ebenfalls Markierungen vorgeschrieben werden. Dies gilt für Liftanlagen (bspw zwei Anlagen im Bereich Wagrain mit Luftfahrt- und/oder Vogelmarkierung) gleichermaßen wie auch für alle Flying-Fox-Anlagen. Altanlagen sind davon natürlich nicht erfasst.

Der Konkretisierungspflicht wurde zwar umfassend und wissenschaftlich nachgekommen, sie wurde vom VwG aber nicht erkannt.

Zur Frage der Wiederherstellbarkeit und dem Erfordernis des Abgehens von der Begründung des Beschlusses Ra 2018/03/0066 wird auf den AW-Antrag verwiesen. Ergänzend dazu sei aber noch einmal an das auch abseits von Spezialwissen nachvollziehbare Faktum erinnert, dass ein Waldlebensraum zwar wieder aufforstbar ist, wie auch das BVwG im Beschluss ins Treffen führt, dass aber für die Wiederherstellung aller artspezifisch erforderlichen Lebensraum-Funktionen (alter Baumbestand, Krautschicht, Nahrungsverfügbarkeit etc) mindestens 100 Jahre in Ansatz zu bringen sind. Ob nach solchen Zeiträumen noch gesichert von „*verbliebenen Individuen*“ für eine Wiederbesiedlung gesprochen werden kann, wie es das BVwG im Beschluss macht, ist eine bloße Vermutung und nicht überprüfbar. Mit diesem scheinbaren Argument wird aber letztendlich ein verpönter Eingriff gerechtfertigt.

ANTRAG

Die Revisionswerberin stellt daher gemäß § 30 Abs 3 VwGG den Antrag, der Verwaltungsgerichtshof möge der Revision die aufschiebende Wirkung zuerkennen.

Für die Umweltsanwältin:

Mag. Markus Pointinger

