

# schönherr

## PER WEB-ERV

Bundesverwaltungsgericht  
Erdbergstraße 192-196  
1030 Wien

Hon.Prof. Dr. Christian Schmelz  
Rechtsanwalt/Attorney at Law  
Partner  
T: +43 1 534 37 50127  
F: +43 1 534 37 66127  
E: c.schmelz@schoenherr.eu

22.03.2017  
VIE/06003 CS

Schönherr Rechtsanwälte GmbH  
A-1010 Wien, Schottenring 19  
FN 266331 p (HG Wien)  
UID ATU 61980967  
DVR 0157139

### Revisionswerberinnen:

1. Flughafen Wien AG  
(FN 42984m, LG Korneuburg)  
1300 Wien Flughafen, Postfach 1
2. Land Niederösterreich  
(Abteilung Landesstraßenplanung)  
3109 St. Pölten, Landhausplatz 1

bevollmächtigte Vertreter:  
(§ 8 Abs 1 RAO)  
P 130765

**schönherr**  
RECHTSANWÄLTE GMBH

A-1010 Wien, Schottenring 19  
T:+43 1 534 37-811 F:+43 1 534 37-66100

### Verwaltungsgericht:

Bundesverwaltungsgericht  
Erdbergstraße 192 - 196, 1030 Wien

belangte Behörde vor dem  
Verwaltungsgericht:

NÖ Landesregierung  
Landhausplatz 1, 3109 St. Pölten

### wegen:

Flughafen Wien: Vorhaben "Parallelpiste 11R/29L" (3. Piste) samt Verlegung der Landesstraße B 10;  
Versagung der UVP-Genehmigung

## AUSSERORDENTLICHE REVISION

**gemäß Art 133 Abs 1 Z 1 iVm Abs 6 Z 1 B-VG**

1-fach  
Erkenntniskopie (1-fach)

## Inhalt

1	VORBEMERKUNGEN .....	4
2	SACHVERHALT (MEDIATION, VORHABEN UND GANG DES VERFAHRENS) .....	5
2.1	Vorgelagertes Mediationsverfahren .....	5
2.2	Vorhaben .....	6
2.3	Antragstellerinnen .....	6
2.4	Verfahren vor UVP-Behörde, Umweltsenat und BVwG .....	7
3	RECHTZEITIGKEIT DER REVISION .....	8
4	REVISIONSPUNKT .....	8
5	ANFECHTUNGSUMFANG .....	8
6	ZULÄSSIGKEIT DER REVISION .....	8
6.1	Erstmals Klimawandel als Projektverhinderungsgrund .....	9
6.2	Erstmals Verbrauch landwirtschaftlicher Flächen als Projektverhinderungsgrund 10	
6.3	Unrichtige Anwendung des § 71 LFG .....	10
6.4	Verhältnis MaterienG zu UVP-G .....	12
6.5	§ 71 LFG normiert kein Ermessen .....	13
6.6	§ 71 LFG normiert keine Interessenabwägung .....	14
6.7	Verfassungskonforme Interpretation .....	15
6.8	Zwischenergebnis .....	16
6.9	Unzulässige Mitanzwendung des Klimaschutzgesetzes .....	16
6.10	Außerachtlassung des Emissionszertifikategesetzes .....	17
6.11	Unzulässige Heranziehung der GRC, des BVG Nachhaltigkeit und der NÖ Landesverfassung .....	19
6.12	Unzulässige Heranziehung internationaler Abkommen .....	20
6.13	Klimaschutzbeurteilung widerspricht den Denkgesetzen .....	20
6.14	Unzulässiges Kriterium "Bodeninanspruchnahme" .....	21
6.15	Rechtswidrige Mitabweisung "Verlegung der Landesstraße B 10" .....	22
6.16	Keine Differenzierung zwischen subjektiv-öffentlichen Rechten und öffentlichen Interessen .....	23
6.17	Verfahrensmängel als Zulässigkeitsgrund .....	24
6.17.1	Fehlende Ermittlungen und Begründungsmängel zu den CO <sub>2</sub> -Emissionen bei Entfall der 3. Piste .....	24
6.17.2	Fehlende Ermittlungen und Begründungsmängel zu den Folgen des Klimawandels .....	26
6.17.3	Fehlende Ermittlungen und Begründungsmängel zum Thema Bodeninanspruchnahme .....	27
6.17.4	Fehlende Ermittlungen und Begründungsmängel zur "Verlegung Landesstraße B 10" .....	27
6.17.5	Verletzung des Parteiengehörs .....	28
6.17.6	Verstoß gegen das Überraschungsverbot .....	29
6.18	Demokratische Staatsorganisation .....	31
7	REVISIONSGRÜNDE .....	32
7.1	Ausgangslage .....	32
7.2	Unrichtige Auslegung des § 71 Abs 1 LFG .....	34
7.2.1	Interpretation des Begriffs "sonstige öffentliche Interessen" .....	34
7.2.2	Unzulässige Ermessensübung .....	36
7.2.3	Unzulässige Interessenabwägung .....	38
7.2.4	Demokratische Staatsorganisation .....	39
7.2.5	Zwischenergebnis .....	40
7.3	Klimawandel-Instrumente grundlegend falsch interpretiert .....	41
7.3.1	Allgemeines .....	41
7.3.2	Internationale Ebene .....	41

7.3.3	EU-Ebene .....	46
7.3.4	Emissionszertifikatehandel (ETS) und EZG .....	46
7.3.5	Effort-Sharing-Decision (ESD) und KSG .....	49
7.3.6	Zwischenergebnis .....	51
7.4	Keine Verpflichtungen aus GRC, B-VG, NÖ LV .....	52
7.5	Die inhaltliche Beurteilung widerspricht den Denkgesetzen .....	54
7.5.1	Irrelevanz für Klima .....	54
7.5.2	BVwG lässt den festgestellten Bedarf verschwinden .....	56
7.5.3	Sonstige Mängel .....	60
7.6	Bodeninanspruchnahme .....	63
7.6.1	Fehlende Rechtsgrundlage .....	63
7.6.2	Inhaltlich falsch .....	64
7.7	Rechtswidrige Mitabweisung der Verlegung B 10 .....	67
7.8	Fehlende Differenzierung zwischen subjektiven und öffentlichen Interessen .....	68
7.9	Verfahrensmängel .....	68
7.9.1	Fehlende Ermittlungen und Begründungsmängel zu den CO <sub>2</sub> -Emissionen bei Entfall der 3. Piste .....	68
7.9.2	Fehlende Ermittlungen und Begründungsmängel zu den Folgen des Klimawandels .....	69
7.9.3	Begründungsmängel zu den CO <sub>2</sub> -Sparmaßnahmen des Flughafens ....	70
7.9.4	Fehlende Ermittlungen und Begründungsmängel zum Thema Bodeninanspruchnahme .....	71
7.9.5	Fehlende Ermittlungen und Begründungsmängel zur Abweisung Landesstraße B 10 .....	72
7.9.6	Verletzung des Parteiengehörs .....	72
7.9.7	Überraschungsverbot .....	73
8	ANTRÄGE .....	76

Gegen das in Kopie angeschlossene Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts (BVwG) vom 02.02.2017, W109 2000179-1/291E (Beilage ./1), uns zugestellt am 09.02.2017, erheben wir binnen offener Frist nachstehende

### **außerordentliche Revision**

an den VwGH.

#### **1 Vorbemerkungen**

Parallel zu dieser ao Revision haben wir auch Beschwerde an den VfGH erhoben, weil wir uns auch in verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt erachten.

Zum einfacheren Verständnis sei vorweg gesagt, dass es inhaltlich im Wesentlichen um Folgendes geht:

Erstmals in Österreich – und soweit ersichtlich erstmals weltweit – wurde eine konkrete Anlagengenehmigung aus Gründen des globalen Klimaschutzes verweigert.

Das BVwG hat mit dem genannten Erkenntnis unseren UVP-Genehmigungsantrag für eine sogenannte 3. Piste am Flughafen Wien (samt Verlegung der Landesstraße B 10) abgewiesen. Das BVwG stützt die Entscheidung auf § 71 Abs 1 lit d LFG und meint, diese Bestimmung normiere Ermessen und sehe eine Interessenabwägung vor. Im Rahmen dieser Interessenabwägung seien auch Klimaschutz und Flächenverbrauch als öffentliche Interessen entscheidungswesentlich. Zur Bedeutung des Klimaschutzes stützt sich das BVwG auf internationale Abkommen, die Effort-Sharing-Entscheidung der EU, Art 37 der Grundrechtecharta (GRC), das Bundesverfassungsgesetz Nachhaltigkeit, die NÖ Landesverfassung und das Klimaschutzgesetz des Bundes. Das BVwG meint, durch eine 3. Piste am Flughafen Wien komme es – mittelbar – zu zusätzlichen Treibhausgas-(THG-)Emissionen; zudem finde ein erheblicher Flächenverbrauch statt. Die Interessen des Klimaschutzes und des Erhalts landwirtschaftlicher Böden würden sämtliche öffentlichen Interessen überwiegen, die für das Vorhaben sprechen.

Unseres Erachtens ist dies in mehrfacher Hinsicht völlig verfehlt. Klimaschutz und Bodenverbrauch sind von vornherein keine öffentlichen Interessen, die geeignet sein können, zur Versagung einer konkreten Genehmigung zu führen. Vielmehr ist es Aufgabe der Politik und anderer Rechtsinstrumente, diese Ziele zu verfolgen. Zudem sind diese Aspekte nach § 71 LFG nicht beachtlich und sieht § 71 LFG weder Ermessen noch eine Interessenabwägung vor; idZ setzt sich das BVwG auch über die einschlägige Rsp des VwGH hinweg. Zudem verkennt das BVwG den internationalen und nationalen Rechtsrahmen zum Klimaschutz grundlegend. Die CO<sub>2</sub>-Emissionen der Luftfahrt werden unionsrechtlich über den Emissionshandel erfasst und sind Teil globaler Abkommen der Luftfahrtindustrie zur Verminderung der Emissionen. Das Klimaschutzgesetz des Bundes (KSG) erfasst Emissionen aus der Luftfahrt nicht.

Doch selbst wenn man der Auffassung des BVwG folgen wollte und den Klimaschutz als Genehmigungskriterium heranziehen und auch die THG-Emissionen der Flugzeugbetreiber einem konkreten Flughafen zurechnen wollte, unterliegt das BVwG einem grundlegenden Irrtum: Der Entfall der 3. Piste spart für das Weltklima nicht 1 kg CO<sub>2</sub> ein, ganz im Gegenteil: Die CO<sub>2</sub>-Emissionen würden sich erhöhen. In diesem Punkt unterliegt das BVwG einem grundlegenden Irrtum und hat es jegliches Ermittlungsverfahren unterlassen.

Hinzu kommen zahlreiche weitere grundlegende Mängel des Verfahrens und der Entscheidung.

Das Genehmigungsverfahren hat einschließlich Mediationsverfahren rund 16 Jahre (!) gedauert. In diesen 16 Jahren wurde jedes noch so kleine Detail genauestens und mehrfach geprüft. Es wurde nachgewiesen, dass sämtliche Genehmigungsveroraussetzungen erfüllt sind. Umso überraschender ist nunmehr die Versagung der Genehmigung aus Gründen, die eher der Politik zuzuordnen sind als einem rechtsstaatlichen, mit Rechtsansprüchen ausgestatteten Genehmigungsverfahren.

## **2 Sachverhalt (Mediation, Vorhaben und Gang des Verfahrens)**

Der Gang des Verfahrens vor der UVP-Behörde und vor dem BVwG ist im angefochtenen Erkenntnis im Wesentlichen richtig wiedergegeben. Teilweise ergänzend ist dazu anzumerken:

### **2.1 Vorgelagertes Mediationsverfahren**

Der UVP-Einreichung ging eine umfassende, 4-jährige Mediation (2001-2005) voran. Diese gilt als größte Mediation, die in Europa je stattgefunden hat; zudem gilt sie international als Vorzeigeprojekt.

Teilnehmer waren insb sämtliche Standort- und Umlandgemeinden und dutzende Bürgerinitiativen (insb aus den vom Fluglärm berührten Gebieten). Hinzu kamen neben der Flughafen Wien AG auch Vertreter der Flugsicherung (Austro Control GmbH als für die Flugrouten zuständige Behörde), die Länder Wien und NÖ, die Umweltschutzverbände Wien und NÖ, Kammern, Verbände, Interessenvertreter sowie alle in den Landtagen von Wien und NÖ vertretenen politischen Parteien.<sup>1</sup> Ab 2004 wurde der Kreis der Beteiligten schrittweise durch Einrichtung sogenannter "Bezirkskonferenzen" (der Bezirke Baden, Mödling, Wien-Umgebung Süd, Bruck/Leitha, Gänserndorf sowie der "Stadtkonferenz" Wien) ausgeweitet.

Nach Abschluss des Mediationsverfahrens wurde das – auch heute noch tätige – "Dialogforum" eingerichtet, das über die Einhaltung der in der Mediation geschlossenen Verträge wacht. Aufgabe des Dialogforums ist es darüber hinaus, in den Bezirkskonferenzen (bzw in der Stadtkonferenz Wien) und in den Arbeitskreisen den Dialogprozess fortzusetzen und nach gemeinsamen Lösungen zu suchen.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Siehe <http://www.viemediation.at> (Stand 14.03.2017), wo auch alle Dokumente heruntergeladen werden können.

<sup>2</sup> Siehe <http://www.dialogforum.at> (Stand 14.03.2017).

Im Zuge des Mediationsverfahrens wurde die verfahrensgegenständliche Parallelpiste im Abstand von ca. 2.400 m zur bestehenden Piste 11/29 als die den verschiedenen Interessen am besten dienende Variante für eine 3. Piste am Flughafen Wien ermittelt. Diese geplante Parallelpiste trägt die Bezeichnung Parallelpiste 11R/29L<sup>3</sup>.

Neben der Lage der Piste wurden im Mediationsvertrag auch umfangreiche Vereinbarungen insb. hinsichtlich Nachtflugregelungen und zu treffender Lärmschutzmaßnahmen getroffen. Der Mediationsvertrag an sich konnte nicht Gegenstand des nun zur Genehmigung eingereichten Vorhabens sein. Die für das Vorhaben der Parallelpiste 11R/29L relevanten Punkte des Mediationsvertrags wurden jedoch in das Vorhaben eingearbeitet und sind somit Bestandteil des Vorhabens.

Der große Erfolg der Mediation war darin abzulesen, dass – weltweit einzigartig für Flughafenvorhaben – keine der am Mediationsverfahren beteiligten Bürgerinitiativen und keine der Standort- oder Anrainergemeinden Rechtsmittel erhoben hat (abgesehen von der Stadt Wien, die jedoch die 3. Piste unterstützte und der es lediglich um den Erhalt der Parteistellung und weitere Fluglärmoptimierung ging). Gegen die UVP-Genehmigung erster Instanz haben neben einzelnen Nachbarn lediglich einzelne Bürgerinitiativen, die trotz mehrfacher Einladung nicht bereit waren, an der Mediation und dem fortdauernden Dialog teilzunehmen, Berufung an den Umweltsenat erhoben (diese Berufung war später als Beschwerde an das BVwG zu werten).

## 2.2 Vorhaben

Das Vorhaben besteht im Wesentlichen aus der neuen Piste 11R/29L, der dazu erforderlichen Verlegung der Landesstraße B 10 und den sonst damit verbundenen Vorhabenbestandteilen wie Geländeanpassungen, technischen Einrichtungen usw.

Wesentlich ist, dass die Festlegung von Flugrouten, Anflugverfahren und sonstigen Regelungen im Flugbetrieb nicht Vorhabensgegenstand (sondern nur Beurteilungsgegenstand bzw. Grundlage der Prognosen) sind. Das Fluggeschehen ist vom Flughafen nicht beeinflussbar. Regelungen zum Flugbetrieb werden im Verordnungsweg von der dafür zuständigen Behörde (Austro Control GmbH) getroffen. Das Flugzeug wird erst nach dem Verlassen der Rollwege (nach dem "taxi") und vor dem Einnehmen der Parkposition am Abstellplatz ("apron") von der Austro Control GmbH dem Flughafen "übergeben". Weder der Flugvorgang noch der Start- oder Landevorgang noch die Fortbewegung der Luftfahrzeuge auf den Rollwegen liegt in der Ingerenz des Flughafens.

## 2.3 Antragstellerinnen

Für das Gesamtvorhaben "Parallelpiste 11R/29L", mit Ausnahme des Vorhabenbestandteils "Verlegung der Landesstraße B 10", ist die Erstrevisionswerberin (Flug-

---

<sup>3</sup> "11" steht für 110 Grad, "29" steht für 290 Grad. Dies ist die Richtung am Kompass, in welche die Piste aus den beiden Anflugrichtungen zeigt. "R" steht – im Fall von Parallelpisten – für rechts, "L" für links. "11R" bedeutet also, dass es sich um die rechte Piste in Anflugrichtung 110 Grad handelt.

hafen Wien AG) Antragstellerin, für den Vorhabenbestandteil "Verlegung der Landesstraße B 10" die Zweitrevisionswerberin (das Land Niederösterreich).

#### 2.4 Verfahren vor UVP-Behörde, Umweltsenat und BVwG

Am 01.03.2007 beantragten die Flughafen Wien AG die Genehmigung für den Vorhabensteil der 3. Piste ("Parallelpiste 11R/29L") und das Land Niederösterreich die Genehmigung für den Vorhabensteil der Verlegung der Landesstraße B 10 bei der NÖ LReg als UVP-Behörde (belangte Behörde).

Nach ordnungsgemäßer Kundmachung und Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde das Ermittlungsverfahren per Edikt mit Wirkung 12.10.2011 geschlossen. Die belangte Behörde hat – nach mehr als 5-jährigem Ermittlungsverfahren – das Vorhaben der 3. Piste samt Verlegung der Landesstraße B 10 mit Bescheid vom 10.07.2012 genehmigt.

Gegen den Bescheid wurden Berufungen beim damals zuständigen Umweltsenat eingebracht. Infolge der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde das Berufungsverfahren per 01.01.2014 vom Umweltsenat als Beschwerdeverfahren an das BVwG übergeben.

Die von 07. bis 09.01.2015 vor dem BVwG abgehaltene mündliche Verhandlung widmete sich zu wesentlichen Teilen den Themen Luftschadstoff- sowie Lärmmissionen, wobei das BVwG zum Thema Luftschadstoffe UnivProf Sturm und UnivProf Neuberger sowie zum Thema Lärm Prof Schaffert (BeSB GmbH Berlin) beigezogen hat.

Von der belangten Behörde und vom BVwG wurden – zusätzlich zu den Fachbeiträgen der Umweltverträglichkeitserklärung – zahlreiche Gutachten eingeholt. Sämtliche Fachbeiträge und Gutachten waren positiv; aus keinem dieser Fachbeiträge und Gutachten ergab sich ein Genehmigungshindernis.

Das letzte Parteiengehör erfolgte mit Schreiben des BVwG vom 08.07.2016 (ON 255). Darin wurde uns die Stellungnahme des Gerichtsgutachters UnivProf Sturm vom 06.07.2016 übermittelt, in dem dieser abschließend festhält, dass die Auswirkungen erhöhter CO<sub>2</sub>-Emissionen auf das Klima global zu betrachten sind und es angesichts des Bedarfs an vermehrten Flügen gleichgültig sei, ob dieser Bedarf an Flügen in Bratislava anstelle von Wien gedeckt wird. Für das Klima habe das die gleichen Auswirkungen.

Die danach folgenden Stellungnahmen der Beschwerdeführer – insb der "AFLG Antifluglärmgemeinschaft" und des von ihr beauftragten Privatsachverständigen Vrtala – wurden uns nicht zu Gehör gebracht.

Mit dem nunmehr in Revision gezogenen Erkenntnis hat das BVwG in Spruchpunkt B ausgesprochen, dass unser Antrag auf Genehmigung des Vorhabens "Parallelpiste 11R/29L" samt "Verlegung der Landesstraße B 10" abgewiesen wird. Gleichzeitig wurde in Spruchpunkt C die Revision nicht zugelassen.

Gegen dieses BVwG-Erkenntnis vom 02.02.2017, W109 2000179-1/291E (Beilage ./1) richtet sich die gegenständliche außerordentliche Revision an den VwGH.

### **3 Rechtzeitigkeit der Revision**

Das angefochtene Erkenntnis wurde uns am 09.02.2017 zugestellt. Die Revision erfolgt daher fristgerecht.

### **4 Revisionspunkt**

Wir erachten uns durch das angefochtene Erkenntnis in unserem subjektiven Recht auf Genehmigung des beantragten Vorhabens (der beiden beantragten Vorhabensteile) verletzt.

### **5 Anfechtungsumfang**

Ausdrücklich angefochten wird Spruchpunkt B.

Für den Fall, dass dies als erforderlich erachtet werden sollte, fechten wir zusätzlich auch Spruchpunkt C an.

Lediglich aus Gründen der Vorsicht wird für den Fall, dass der VwGH im gegenständlichen Fall Untrennbarkeit des Inhalts annehmen sollte, in eventu das BVwG-Erkenntnis in seinem gesamten Umfang (Spruchpunkte A, B und C) angefochten.

Die Anfechtung der Erstrevisionswerberin (Flughafen Wien AG) richtet sich gegen die Abweisung der Genehmigung für das Vorhaben "Parallelpiste 11R/29L" (3. Piste) mit Ausnahme der "Verlegung der Landesstraße B 10". Die Anfechtung der Zweitrevisionswerberin (Land Niederösterreich) richtet sich gegen die Abweisung der Genehmigung für das Vorhabenselement "Verlegung der Landesstraße B 10". Da das BVwG im Erkenntnis jedoch nicht unterscheidet, bezieht sich die Anfechtung beider Revisionswerberinnen in eventu auf das Gesamtvorhaben "Parallelpiste 11R/29L" einschließlich "Verlegung der Landesstraße B 10".

### **6 Zulässigkeit der Revision**

Die Zulässigkeit einer Revision richtet sich nach Art 133 Abs 4 B-VG. Danach ist eine Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer **Rechtsfrage** abhängt, **der grundsätzliche Bedeutung zukommt**, insb weil das Erkenntnis von der Rsp des VwGH abweicht, eine solche Rsp fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rsp des VwGH nicht einheitlich beantwortet wird.

Das BVwG begründet den Ausschluss der ordentlichen Revision damit, dass die Determinanten für die Durchführung einer Interessenabwägung in der Rsp des VwGH detailliert abgesteckt worden seien, die Stellung der materienrechtlichen Interessenabwägung im UVP-Verfahren als gerichtlich geklärt angesehen werden könne, sowie, dass das Klimaschutzgesetz und die unionsrechtliche Effort-Sharing-Entscheidung nicht direkt angewendet, sondern "nur" im Rahmen der luftfahrtrechtlichen Interessenabwägung berücksichtigt worden seien. Daher liege keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor. Zudem weiche das BVwG weder von der bisherigen Rsp des VwGH ab, noch fehle es an einer Rsp; auch sei die vorliegende Rsp des VwGH nicht als uneinheitlich zu beurteilen und würden keine

sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vorliegen.

Diese Begründung ist unzutreffend:

#### 6.1 Erstmals Klimawandel als Projektverhinderungsgrund

Mit dem vorliegenden Erkenntnis des BVwG wird erstmals in Österreich – und erstmals weltweit<sup>4</sup> – die Genehmigung eines konkreten Projekts aus Gründen des Klimawandels versagt.

Diese Einzigartigkeit ist einfach erklärt: Der globale Klimawandel **lässt sich über einzelne Projektgenehmigungen nicht steuern.**

Um dem Klimawandel entgegenzuwirken, bedarf es ganz anderer politischer, gesellschaftlicher, ökonomischer und rechtlicher Instrumente auf nationaler und internationaler Ebene. Diese Instrumente stehen auch zur Verfügung und werden auch eingesetzt (von Forschung und Entwicklung über ökonomische Lenkungsmaßnahmen wie Förderungen, Abgaben/Steuern und Emissionszertifikaten bis zu technischen Vorgaben und Bildungsmaßnahmen, uvm). Der Versuch, globalen Klimaschutz über eine einzelne Projektgenehmigung zu verfolgen, ist – wie der vorliegende Fall bei näherer Betrachtung zeigt – völlig verfehlt.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei angemerkt: Wir verkennen nicht, dass der VwGH in einigen Erkenntnissen die legitimierende Funktion von Gesichtspunkten des Klimaschutzes anerkannt hat. So hält der VwGH<sup>5</sup> fest, dass kein Zweifel daran bestehe, dass am Klimaschutz und daher an Maßnahmen, die zu diesem Schutz beitragen, ein wichtiges öffentliches Interesse besteht. In der Sache nach gleichsinnig sind weitere VwGH-Erkenntnisse zu sehen.<sup>6</sup> Es ging, wenn man von wasserrechtlichen Widerstreitverfahren absieht, um Verfahren, die die Eingriffswirkung von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien in Naturschutzgüter zu beurteilen hatten. Es ging somit um die legitimierende Bedeutung zugunsten der mit Verbotstatbeständen konfrontierten erneuerbarer Energien. Hingegen findet sich keine Entscheidung, welche die Versagung einer Projektgenehmigung aus Gründen des Klimaschutzes bestätigt hätte. Eine solche Versagung bedürfte in Anbetracht der grundrechtlichen Eingriffswirkung sowie in Anbetracht des für das Verwaltungsrecht maßgeblichen Legalitätsprinzips auch einer entsprechend bestimmten und für Antragsteller vorhersehbaren gesetzlichen Grundlage. Eine solche ist hier nicht gegeben. Jedenfalls ist die legitimierende Funktion von Klimaschutzaspekten schon im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Legalitätsprinzip etwas gänzlich anderes als ein Kriterium zur Versagung einer Genehmigung.

Die Frage, ob einem einzelnen Projekt aus globalen Überlegungen wie jenem des Klimawandels die Genehmigung versagt werden kann, ist zweifellos eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 B-VG. Auch liegt zu dieser Frage noch keine Rsp des VwGH vor. Soweit überhaupt, gibt es dazu nur gegenläufige Rsp.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> *Erika Wagner*, Vorständin des Instituts für Umweltrecht der Universität Linz in <http://diepresse.com/home/wirtschaft/recht/5167899/Linzer-UmweltJuristin-sieht-in-Entscheidung-wegweisendes-Urteil> (Stand 10.02.2017); ebenso *Bob Berwin*, in <https://insideclimatenews.org/news/14022017/climate-change-vienna-airport-paris-climate-agreement-james-hansen> (abgerufen 14.03.2017).

<sup>5</sup> VwGH 13.12.2010, 2009/10/0020.

<sup>6</sup> VwGH 24.02.2011, 2009/10/0113; 14.07.2011, 2010/10/0011; 27.03.2014, 2010/10/0182; 11.08.2015, 2012/10/0197; 30.06.2016, 2013/07/0271; 24.11.2016, Ro 2014/07/0101; 21.12.2016, 2014/10/0046.

<sup>7</sup> VwGH 24.08.2011, 2010/06/0002, zu A 5 Nordautobahn.

Diese Frage hat Bedeutung über den Einzelfall hinaus, weil die Ansicht des BVwG für eine Vielzahl von Projektgenehmigungsverfahren nach zahlreichen Materiengesetzen Bedeutung hätte. Dazu zählen jedenfalls sämtliche Genehmigungsvorschriften, die eine Berücksichtigung öffentlicher Interessen (in welcher Form auch immer) vorsehen, wie im Straßenrecht (zB § 12a NÖ StraßenG), bei Hochleistungsstrecken (§ 3 HIG), im Naturschutzrecht (zB Interessenabwägungen oder "unbeeinträchtiger Naturhaushalt"), im Wasserrecht (zB § 105 WRG), im Abfallwirtschaftsrecht (§ 43 AWG), im Forstrecht (§ 17 ForstG), im Bergrecht (zB §§ 25, 34, 74, 83 90, 119 MinRoG), usw. Zudem könnte die Sichtweise des BVwG auch Auswirkungen zB auf § 17 Abs 4 UVP-G (möglichst hohes Schutzniveau für die Umwelt), § 17 Abs 5 UVP-G (öffentliche Interessen, schwerwiegende Umweltbelastungen) und andere Genehmigungstatbestände haben.

Das rechtliche Schicksal der Revision hängt von der Lösung dieser Rechtsfrage ab, weil unser Vorhaben bei rechtsrichtiger Behandlung des Themas Klimawandel zu genehmigen gewesen wäre.

#### 6.2 Erstmals Verbrauch landwirtschaftlicher Flächen als Projektverhinderungsgrund

Gleiches gilt zum Thema der Inanspruchnahme landwirtschaftlicher Flächen: Mit dem vorliegenden Erkenntnis des BVwG wird erstmals in Österreich die Genehmigung eines konkreten Projekts aus diesem Grund versagt.

Auch der Verbrauch landwirtschaftlicher Flächen **lässt sich über einzelne Projektgenehmigungen nicht steuern**.

Der Verbrauch landwirtschaftlicher Flächen kann nur durch übergeordnete Maßnahmen wie zB jene des Grundverkehrs, der Raumplanung und der Bodenschutzgesetzte geregelt werden.

Die Frage, ob einem einzelnen Projekt aus Gründen des Bodenverbrauchs die Genehmigung versagt werden kann, ist eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 B-VG. Auch zu dieser Frage liegt noch keine Rsp des VwGH vor.

Auch diese Frage hat Bedeutung über den Einzelfall hinaus, weil die Ansicht des BVwG für eine Vielzahl von Projektgenehmigungsverfahren nach zahlreichen Materiengesetzen Bedeutung hätte.

Das rechtliche Schicksal der Revision hängt von der Lösung dieser Rechtsfrage ab, weil unser Vorhaben bei rechtsrichtiger Behandlung des Themas Flächenverbrauch zu genehmigen gewesen wäre.

#### 6.3 Unrichtige Anwendung des § 71 LFG

Das BVwG weicht von der stRsp des VwGH<sup>9</sup> zu § 71 Abs 1 lit d Luftfahrtgesetz (LFG) ab, indem es entgegen dieser Rsp den Klimaschutz unter das Tatbestandselement "sonstige öffentliche Interessen" subsumiert.

---

<sup>9</sup> VwGH 20.10.1970, 1820/69; 30.09.2010, 2010/03/0110; 25.06.2008, 2007/03/0181.

Im grundlegenden Erkenntnis VwGH 20.10.1970, 1820/69, hat sich der VwGH – in einem verstärkten Senat – mit der Frage befasst, was unter den "sonstigen öffentlichen Interessen" iSd § 71 Abs 1 lit d LFG zu verstehen ist. Der VwGH kommt zu dem Ergebnis, dass aus dem Wort "sonstig" zu schließen ist, dass die in den lit a bis c des § 71 Abs 1 LFG angeführten Interessen nicht darunter fallen und daher andere öffentliche Interessen zu berücksichtigen sind, **"die nach dem LFG wahrzunehmen sind"**.

Der VwGH zählt sodann – jeweils unter Hinweis auf die einschlägigen Bestimmungen des LFG – einige der nach diesem Gesetz wahrzunehmen Interessen auf:

- Schutz der Allgemeinheit (§§ 92, 96 und 124 LFG),
- Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit (§§ 5, 124, 126, 145 LFG),
- Hintanhaltung einer Gefährdung von Leben, Gesundheit und Eigentum (§ 133 LFG),
- Gewährleistung der Sicherheit der Person und des Eigentums (§ 122 LFG),
- Sicherheit von Personen und Sachen auf der Erde (§ 128 LFG),
- Fernhalten störender Einwirkungen auf Personen und Sachen (§ 5 LFG) und
- Vermeidung vermeidbaren Geräusches (damals § 14 LFG; nunmehr insb § 145b LFG).

Festzuhalten ist, dass der VwGH weder den Klimaschutz noch den Bodenverbrauch als "sonstige öffentliche Interessen" anspricht, sodass sich das BVwG nicht auf eine seine Sichtweise legitimierende Rsp berufen kann.

Aus methodischer Sicht ist die Gedankenführung des VwGH hervorzuheben: Der VwGH anerkennt nicht irgendwelche, wie immer geschöpfte Gesichtspunkte als "sonstige öffentliche Interessen", sondern **nur Gesichtspunkte, die der Luftfahrtbehörde aufgegeben sind**. Daher führt er auch jeweils Belegstellen aus dem LFG an.

Dieser stRsp des VwGH hat sich auch der VfGH angeschlossen.<sup>9</sup>

Entgegen der stRSp des VwGH versteht das BVwG diese Bestimmung als Auffangbecken für gesetzlich nicht näher determinierte Wertungen und Abwägungen.

Auch die vom BVwG angeführte, aber unrichtig interpretierte Entscheidung VwGH 15.06.1994, 92/03/0141, bekräftigt die Ansicht, dass unter "sonstigen öffentlichen Interessen" iSd § 71 Abs 1 lit d LFG jene Interessen zu verstehen sind, die von der Luftfahrtbehörde nach dem LFG wahrzunehmen sind, worunter eben auch die Erhöhung der Sicherheit der Luftfahrt fällt. Auch in den weiteren vom BVwG zitierten Entscheidungen VwGH 25.06.2008, 2007/03/0181, und 30.09.2010, 2010/03/0110, hat der VwGH – entgegen der Meinung des BVwG – unter "sonstigen öffentlichen Interessen" iSd § 71 Abs 1 lit d LFG jene Interessen vor Augen, die den Schutz der Allgemeinheit, die Hintanhaltung von Gefährdungen von Leben,

---

<sup>9</sup> VfGH 27.09.1990, G 170/88.

Gesundheit und Eigentum, die Fernhaltung störender Einwirkungen auf Personen und Sachen sowie die Vermeidung vermeidbarer Geräusche zum Ziel haben. Diese beiden Erkenntnisse verweisen auch wiederum auf das grundlegende Erkenntnis des verstärkten Senats vom 20.10.1970, 1820/69.

Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass sich im geltenden LFG nicht der geringste Hinweis findet, dass der Luftfahrtbehörde – bzw im Anwendungsbereich des UVP-G die UVP-Behörde – Klimaschutz und Bodenverbrauch in irgendeiner Hinsicht als Vollzugsaufgaben oder auch nur als relevante Gesichtspunkte gesetzlich vorgegeben wären.

Das BVwG beruft sich damit nur zum Schein auf die Rsp des VwGH, weicht aber tatsächlich iSd Art 133 Abs 4 B-VG von der stRsp des VwGH – und von der Entscheidung eines verstärkten Senats – ab und setzt sich darüber hinweg.

Die rechtsrichtige Anwendung des § 71 Abs 1 LFG ist über den vorliegenden Fall hinaus schon deshalb bedeutsam, weil auch in Zukunft Zivilflugplätze in Österreich aus-, um- oder neu gebaut werden müssen. Zudem gibt es zahlreiche ähnliche Genehmigungstatbestände in anderen Materiengesetzen, wodurch auch eine Vielzahl anderer Projekte potenziell von der Auslegung dieser Bestimmung betroffen ist.

Das rechtliche Schicksal der Revision hängt von der Lösung dieser Rechtsfrage ab, weil unser Vorhaben bei rechtsrichtiger Anwendung des § 71 LFG zu genehmigen gewesen wäre.

#### 6.4 Verhältnis MaterienG zu UVP-G

Nach dem UVP-G sind alle dem Vorhaben zuordenbaren Umweltauswirkungen zu beurteilen. Darüber hinaus normiert der – unionsrechtlich nicht geforderte – § 17 Abs 5 UVP-G, dass trotz Erfüllung aller Genehmigungsvoraussetzungen die UVP-Genehmigung verweigert werden kann. Dies dann, wenn die Gesamtbewertung ergibt, dass durch das Vorhaben und seine Auswirkungen, insb auch durch Wechselwirkungen, Kumulierung oder Verlagerungen, unter Bedachtnahme auf die öffentlichen Interessen, insb des Umweltschutzes, schwerwiegende Umweltbelastungen zu erwarten sind, die durch Auflagen, Bedingungen, Befristungen, sonstige Vorschriften, Ausgleichsmaßnahmen oder Projektmodifikationen nicht verhindert oder auf ein erträgliches Maß vermindert werden können. Im Rahmen dieser Abwägung sind auch relevante Interessen der Materiengesetze oder des Gemeinschaftsrechts, die für die Realisierung des Vorhabens sprechen, zu bewerten.

Der VwGH<sup>10</sup> hat dazu klargestellt, dass die im Kyoto-Protokoll grundgelegten Klimaschutzermäßigungen im UVP-Genehmigungsverfahren nicht maßgeblich sind.

Es erscheint **unzulässig**, Umweltaspekte (wie den Klimaschutz), die nach dem UVP-G nicht relevant sind und auch nicht zum Versagen einer Genehmigung führen können, **im Umweg über ein mitanzuwendendes Materiengesetz** (hier:

---

<sup>10</sup> VwGH 24.08.2011, 2010/06/0002 zu A 5 Nordautobahn.

das LFG) heranzuziehen und derartige Umweltaspekte als Genehmigungshindernis zu interpretieren.

Die Frage, ob es zulässig ist, Umweltaspekte (wie den Klimaschutz), die auch in der umfassendsten aller Umweltprüfungen – nämlich jener nach UVP-G – nicht relevant sind und auch nach UVP-G nicht zum Versagen einer Genehmigung führen können, im Umweg über ein mitanzuwendendes Materiengesetz (hier: LFG) heranzuziehen und als Genehmigungshindernis zu interpretieren, ist ebenfalls eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung. Diese Frage ist auch für alle UVP-Genehmigungsverfahren, bei denen das LFG oder vergleichbare materielle Genehmigungsbestimmungen mitanzuwenden sind, bedeutsam.

#### 6.5 § 71 LFG normiert kein Ermessen

Eine weitere Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt deshalb vor, weil das BVwG auf S 113 seines Erkenntnisses vermeint, nach § 71 LFG zu einer Ermessensübung berufen zu sein. Damit verkennt das Gericht das Gesetz sowie Rsp und Lehre.

§ 71 Abs 1 LFG ordnet die Übung verwaltungsbehördlichen bzw -gerichtlichen Ermessens schlichtweg nicht an. § 71 LFG sieht vielmehr eine bindende Regelung des Verhaltens der Verwaltungsbehörde vor.<sup>11</sup> "**Die Zivilflugplatz-Bewilligung ist zu erteilen, wenn ...**" die Voraussetzungen des § 71 Abs 1 lit a-c erfüllt sind und wenn gem § 71 Abs 1 lit d "*sonstige öffentliche Interessen nicht entgegenstehen*". Weitere Genehmigungsvoraussetzungen sind in § 71 Abs 2 LFG für öffentliche Flugfelder und für Flughäfen normiert (beides ist im Fall des Flughafens Wien maßgeblich).

An keiner Stelle ist damit der Behörde bzw dem BVwG Ermessen eingeräumt.

Es ist eine Frage grundsätzlicher Bedeutung, ob § 71 LFG Ermessen iSd Art 130 Abs 3 B-VG normiert. Zugleich weicht das BVwG von der stRsp des VwGH zu § 71 LFG (siehe Pkt 6.3) ab, indem es Ermessen annimmt.

Die Frage, ob § 71 LFG Ermessen einräumt, ist über den vorliegenden Fall hinaus bedeutsam, weil auch in Zukunft Zivilflugplätze in Österreich aus-, um- oder neu gebaut werden müssen. Zudem gibt es zahlreiche ähnliche Genehmigungstatbestände in anderen Materiengesetzen, wodurch eine potenzielle Betroffenheit einer Vielzahl weiterer Projekte vorliegt.

Bei rechtsrichtiger Verneinung einer Ermessensentscheidung wäre unser Vorhaben zu genehmigen gewesen.

---

<sup>11</sup> Ebenso zB *Fuchs*, Verwaltungsermessen und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem BVwG und dem BFG (2014) 231 (247) FN 89.

## 6.6 § 71 LFG normiert keine Interessenabwägung

Auslöser für eine weitere Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist die Ansicht des BVwG auf S 113 seines Erk, § 71 LFG normiere eine Interessenabwägung. Das BVwG wirft der belangten Behörde vor, diese habe öffentliche Interessen "*nicht in Abwägung gestellt*"; dies wird nun vom BVwG ab S 114 des Erkenntnisses (wenn auch in mehrfacher Hinsicht unvollständig und rechtswidrig) "nachgeholt". Auch mit der Annahme, es sei eine Interessenabwägung normiert, verkennt das Gericht das Gesetz sowie Rsp und Lehre.

Die Auslegung des § 71 Abs 1 LFG zeigt, dass diese Bestimmung – entgegen der Annahme des BVwG – auch keine Interessenabwägung normiert:

Wiederum ist dabei vom Wortlaut des Gesetzes auszugehen, der besagt, dass die Bewilligung ua dann zu erteilen ist, wenn sonstige öffentliche Interessen der Bewilligung nicht entgegenstehen. Nichts anderes ist auch der bisherigen Judikatur des VwGH zu dieser Bestimmung zu entnehmen: "*[D]ie Errichtung eines Flughafens [kann] nur dann bewilligt werden ..., wenn dem keine öffentlichen Interessen im Sinne des § 71 Abs. 1 LFG entgegenstehen und das öffentliche Interesse im Sinne des § 71 Abs. 2 LFG gegeben ist.*"<sup>12</sup> Von einer **Interessenabwägung**, wie sie in zahllosen anderen Bestimmungen des Anlagenrechts vorgesehen ist, kann hier eindeutig **nicht die Rede** sein. Im gegenständlichen Fall besteht für eine solche schon nach dem Wortlaut des § 71 Abs 1 kein Raum.

Die Frage, ob § 71 LFG eine Interessenabwägung normiert, ist eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung. Überdies steht die im BVwG-Erkenntnis vertretene Ansicht, § 71 LFG normiere eine Interessenabwägung, in einem Widerspruch zur Rsp des VwGH zu § 71 LFG (oben Pkt 6.3) und zur Rsp des VwGH zu anderen Bestimmungen des öffentlichen Rechts; der VwGH nimmt eine Interessenabwägung nur in jenen Fällen an, in denen diese gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist.<sup>13</sup> Die Lösung dieser Rechtsfrage hat überdies erhebliche Bedeutung über den gegenständlichen Fall hinaus, weil bei jedem künftigen Um-, Aus- oder Neubau eines Flugplatzes eine solche Interessenabwägung vorzunehmen wäre. Zudem hätte eine derartige Auslegung des § 71 Abs 1 LFG erhebliche Bedeutung für alle ähnlichen Bestimmungen im Anlagengenehmigungsrecht.

In Zusammenschau der in Pkt 6.1 bis 6.6 genannten Aspekte würde die Entscheidung über Projektgenehmigungen künftig im Ergebnis vielfach – trotz Erfüllung aller ohnehin sehr strengen Genehmigungskriterien – von der **Weltanschauung des Organwalters** oder der entscheidenden Richter abhängen. Dies ist zweifellos eine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung.

Sieht § 71 LFG jedoch keine Interessenabwägung vor, hätte das BVwG lediglich zu prüfen gehabt, ob unserem Vorhaben "sonstige öffentliche Interessen" iSd § 71

---

<sup>12</sup> VwGH 20.10.1970, 1820/69.

<sup>13</sup> So zuletzt VwGH 10.05.2016, Ra 2016/22/0005 Rz 13, zum Anlagenrecht 20.03.2014, 2013/07/0243; 30.01.2014, 2013/05/0204; 24.07.2013, 2012/10/0144; 21.04.2010, 2007/03/0173.

Abs 1 lit d LFG entgegenstehen. Da dies nicht der Fall ist (vgl Pkt 6.3), wäre unser Vorhaben zu genehmigen gewesen.

#### 6.7 Verfassungskonforme Interpretation

Wollte man mit dem BVwG das Vorliegen einer umfassenden Interessenabwägung oder die Zulässigkeit einer Ermessensübung durch die Verwaltungsbehörden bzw -gerichte aufgrund des § 71 LFG annehmen, oder nimmt man (zu Unrecht) an, dass nach § 71 Abs 1 lit d LFG jedwedes entgegenstehende öffentliche Interesse zum Versagen der Genehmigung führt, so würden sich weitere grundsätzliche Fragen stellen:

- Welche weiteren öffentlichen Interessen außer jenen, die das BVwG (gleichsam aleatorisch) herangezogen hat, wären in die Betrachtung einzubeziehen?
- Wie sollen diese öffentlichen Interessen gewichtet werden?

Das BVwG führt auf S 117 seines Erkenntnisses aus, dass **keine Beschränkung** der nach dem LFG zu berücksichtigenden öffentlichen Interessen **und keine Interessengewichtungskriterien** vorhanden seien.

Für eine am Legalitätsprinzip des Art 18 B-VG orientierte Rechtsordnung kann die Festlegung dieser Gewichtungskriterien jedoch nicht der Selbstbestimmung der Verwaltungsorgane überlassen sein, sondern es **müssen die Kriterien für die Gewichtung aus dem Gesetz abgeleitet werden können**. Sind solche Gewichtungskriterien in einem MaterienG, wie hier dem LFG, nicht – auch nicht dem Grunde nach – vorgezeichnet, ist das Handeln einer abwägungspflichtigen Behörde in einem entscheidenden Punkt gesetzlich nicht ausreichend vorherbestimmt. Abwägungsklauseln ohne Kriterien für die Gewichtung der Interessen erweisen sich als nach Art 18 B-VG bedenklich.<sup>14</sup>

Es ist kaum ein Projekt vorstellbar, das nach § 71 LFG genehmigungspflichtig ist und nicht jedenfalls CO<sub>2</sub>-Emissionen und Flächenverbrauch verursacht. Wäre jede Zunahme von CO<sub>2</sub>-Emissionen und jeder Flächenverbrauch ein der Genehmigung entgegenstehendes öffentliches Interesse, so bliebe kein Raum für eine Genehmigung nach § 71 LFG. Dies auch dann, wenn der Flughafen – wie im vorliegenden Fall – alles unternimmt, um die von ihm beeinflussbaren CO<sub>2</sub>-Emissionen zu reduzieren und Flächen zu optimieren.

Bislang liegt keine Rsp des VwGH zur Rechtsfrage vor, ob öffentliche Interessen zur Versagung einer Genehmigung führen können, wenn die maßgeblichen Kriterien unbeschränkt sind und der Behörde bzw dem Gericht keine ausreichend klaren Kriterien für die Gewichtung involvierter Interessen vorgegeben sind. Zudem stellt sich die Frage, ob in diesem Fall nicht aufgrund verfassungskonformer Interpretation (insb Art 18 B-VG) der Kreis der maßgeblichen Interessen auf jene einzuschränken ist, der sich aufgrund teleologischer und systematischer Interpretation des jeweils anzuwendenden Gesetzes (hier: des LFG) ergibt. Dies sind zweifel-

---

<sup>14</sup> Siehe auch *Stolzlechner*, Verwaltungsrechtliche Abwägungsentscheidung Rechtsfragen der Berücksichtigung öffentlicher und privater Interessen bei individuellen Verwaltungsentscheidungen, ZfV 2000, 521.

los Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung zumindest für sämtliche Genehmigungsverfahren nach § 71 LFG.

#### 6.8 Zwischenergebnis

Unseres Erachtens sind der Klimaschutz und der Verbrauch landwirtschaftlicher Flächen keine nach § 71 LFG maßgeblichen Kriterien (Pkt 6.1 bis 6.4). § 71 LFG lässt auch keinen Raum für eine Ermessensübung (Pkt 6.5) und keinen Raum für eine Interessenabwägung (Pkt 6.6); dies gebietet auch eine verfassungskonforme Interpretation (Pkt 6.7).

Doch selbst wenn man dem nicht folgen und man annehmen wollte, (i) § 71 LFG sähe eine Interessenabwägung vor und beinhalte eine Ermessensentscheidung sowie (ii) auch die Aspekte Klimaschutz und Flächenverbrauch seien maßgeblich, so wäre diese Interessenabwägung und Ermessensentscheidung unrichtig erfolgt: Denn einerseits wurden die Aspekte Klimaschutz und Flächenverbrauch unrichtig – geradezu den Denkgesetzen widersprechend – beurteilt, andererseits hätten diesfalls weitere öffentliche Interessen geprüft werden müssen. Auch diese Aspekte beinhalten Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung, weshalb die Revision auch aus diesen Gründen zulässig ist. Dazu in den nachstehenden Punkten.

#### 6.9 Unzulässige Mitanzwendung des Klimaschutzgesetzes

Das BVwG nennt als "Rechtsgrundlage" auf S 34 ua auch das **Klimaschutzgesetz** (KSG).<sup>15</sup> Das BVwG stützt sich damit auf eine Rechtsgrundlage, die

- (i) in Projektgenehmigungsverfahren ganz generell nicht anwendbar,
- (ii) für den Zeitraum nach dem Jahr 2020 nicht maßgeblich und
- (iii) auf die CO<sub>2</sub>-Emissionen der zivilen Luftfahrt – sogar ausdrücklich – nicht anwendbar ist.

Wie das BVwG zur gegenteiligen Ansicht gelangen konnte, bleibt absolut unerfindlich:

Der zentrale Satz des Gesetzes bestimmt, dass **auf politischer Ebene "Verhandlungen zu führen sind"** (§ 3 KSG). Das KSG bildet daher lediglich den Startschuss für einen politischen Planungsprozess.

Das KSG hat überdies ein "Ablaufdatum": Es regelt die politisch anzustrebenden jährlichen Höchstmengen von Treibhausgas-(THG-)Emissionen nur für den Zeitraum **bis 2020**. Für das gegenständliche Vorhaben kann jedoch nur ein Zeitraum nach 2025 maßgeblich sein, das KSG kann daher dafür keinerlei Relevanz haben.

Vor allem aber: Das KSG ist **auf die CO<sub>2</sub>-Emissionen des zivilen Flugverkehrs explizit gar nicht anwendbar**. Das ergibt sich explizit aus der Anlage 2 zum

---

<sup>15</sup> Daran vermag auch der Hinweis auf S 127 des Erkenntnisses in der Begründung der Unzulässigkeit der ordentlichen Revision nichts ändern, dass "das KSG [...] nicht direkt angewendet, sondern nur im Rahmen der luftfahrtrechtlichen Interessenabwägung berücksichtigt worden [ist]". Tatsächlich stützt sich das Erkenntnis wesentlich auf diese Rechtsgrundlage.

KSG. Die CO<sub>2</sub>-Emissionen sind aus dem zivilen Flugverkehr (CRF-Sektor 1A3a) ausdrücklich ausgenommen.<sup>16</sup>

Dies ergibt sich daraus, dass die CO<sub>2</sub>-Emissionen des zivilen Flugverkehrs dem Emissionszertifikatehandel unterliegen, worauf sogleich eingegangen wird. Die argumentative Heranziehung des KSG für die Begründung des BVwG ist daher denkmöglich.

Für die Frage der Zulässigkeit der Revision genügt es festzuhalten, dass keine Rsp des VwGH zur Anwendung des KSG, geschweige denn zu seiner Mitanwendung in Projektgenehmigungsverfahren, besteht. Zudem ist es eine Frage grundsätzlicher Bedeutung, ob eine Rechtsvorschrift – und sei es auch "nur" im Rahmen einer zur Genehmigungsversagung führenden Interessenabwägung – herangezogen werden darf, die auf den Sachverhalt weder vom sachlichen noch vom zeitlichen Anwendungsbereich anwendbar ist, mehr noch: die vom Anwendungsbereich explizit ausgenommen ist.

#### 6.10 Außerachtlassung des Emissionszertifikatgesetzes

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, warum das BVwG nicht auch das **EmissionszertifikateG** (EZG), das explizit der Umsetzung des Kyoto-Protokolls dient, unter den mitangewendeten Rechtsvorschriften anführt. Der Grund dürfte in einem grundsätzlichen Missverständnis des BVwG liegen: Die Berücksichtigung des EZG hätte erkennen lassen, dass man in diesem Regime zwischen den Emissionen aus Anlagen (hier: Flughafen) und den Emissionen der Luftfahrzeuge unterscheiden muss (vgl nur § 3 Z 2 EZG).

- Normadressat für die CO<sub>2</sub>-Emissionen des **Flughafens** ist der **Inhaber der Anlage**, dh des Flughafens, hier die Erstrevisionswerberin.
- Normadressat für die CO<sub>2</sub>-Emissionen des **Flugbetriebs** sind hingegen die **Luftfahrzeugbetreiber**, also die Fluglinien.

Dies kann auch gar nicht anders sein, weil auch bereits auf unionsrechtlicher Ebene strikt zu unterscheiden ist. Die Europäische Klimaschutzpolitik beruht auf 2 Säulen:

- Erste Säule ist das EU-Emissionshandelssystem (EU-ETS).<sup>17</sup>
- Zweite Säule ist die Lastenteilungsentscheidung (Effort-Sharing-Decision, kurz ESD).<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Siehe die Wiedergabe der Rechtsvorschrift in Pkt 7.3.5.

<sup>17</sup> RL 2003/87/EG über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der RL 96/61/EG, ABI L 2003/275, 32; zuletzt geändert durch RL 2009/29/EG zur Änderung der RL 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des Gemeinschaftssystems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten, ABI L 2009/140, 63.

<sup>18</sup> Entscheidung 406/2009/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2009 über die Anstrengungen der Mitgliedstaaten zur Reduktion ihrer Treibhausgasemissionen mit Blick auf die Erfüllung der Verpflichtungen der Gemeinschaft zur Reduktion der Treibhausgasemissionen bis 2020, kurz "ESD", ABI L 2009/140, 136.

Unionsrechtliche Grundlage für das KSG ist die Effort-Sharing-Decision, für das EZG hingegen das EU-Emissionshandelssystem.

Die ESD gilt nur für jene Sektoren, die nicht dem Emissionszertifikatehandel unterliegen. Da die CO<sub>2</sub>-Emissionen des Luftverkehrs jedoch dem Emissionszertifikatehandel unterliegen, fallen diese nicht in das Klimaschutz-Regime der ESD bzw (in Österreich) des KSG.

Dementsprechend ordnet auch die **VO 1031/2010/EU** an, dass die

- Zuteilung von Zertifikaten für Treibhausgasemission aus Luftverkehrstätigkeiten (an die Luftfahrzeugbetreiber)
- von der Zuteilung solcher Zertifikate bezüglich ortsfester Anlagen (an die Anlageninhaber)

strikt zu unterscheiden ist. Dem Flughafen sind nur die CO<sub>2</sub>-Emissionen des Flughafens als Anlage, den Luftfahrtbetreibern nur die CO<sub>2</sub>-Emissionen des Flugverkehrs zuzurechnen.

Auch hier genügt es für die Frage der Zulässigkeit der Revision festzuhalten, dass keine Rsp des VwGH zur Frage besteht, ob von Luftfahrzeugen verursachte Emissionen, insb CO<sub>2</sub>, in Verfahren über die Genehmigung von Flughäfen herangezogen werden können, obwohl die einschlägigen Klimaschutzvorschriften Gegenteiliges festlegen. Diese Frage hat Bedeutung über den konkreten Anlassfall hinaus, zumindest für alle künftigen Verfahren nach § 71 LFG.

Die Revision hängt von der Lösung dieser Rechtsfragen ab, weil bei der gebotenen Nichtberücksichtigung der CO<sub>2</sub>-Emissionen aus der Luftfahrt kein Grund für die den Genehmigungsantrag abweisende Entscheidung des BVwG bestanden hätte.

Im Zusammenhang mit dem EZG stellt sich eine weitere Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung:

Das **EZG** enthält in **§§ 4-6 Genehmigungsbestimmungen für Anlagen**, die auch im UVP-Genehmigungsverfahren mitanzuwenden sind. Diese Regelungen sehen nicht vor, dass eine Genehmigung aus Klimaschutzgründen versagt werden könnte. Für Flughäfen gelten nicht einmal diese Regelungen (Flughäfen sind in Anhang 1 und 3 nicht angeführt). Für die Luftfahrt gelten ja – wie dargelegt – ganz andere Regelungen. Da die Regelungen des EZG abschließend sind, ist es unzulässig, für Flughäfen in einem Anlagengenehmigungsverfahren überhaupt irgendwelche Vorschriften zu machen. Zudem ist es nach den Regelungen des EZG ganz generell **unzulässig, eine Genehmigung aus Klimaschutzgründen zu versagen**.

Es ist eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung, ob die Regelungen des EZG zur Beschränkung von THG-Emissionen abschließend sind und ob es daher unzulässig ist, aus Klimaschutzgründen eine Anlagengenehmigung bei den erfassten – und schon gar bei den nicht erfassten – Anlagen aus Gründen von THG-Emissionen zu verweigern. Weiters ist es eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung, ob es zulässig ist, diese Rechtsvorschriften insofern zu "umgehen", als eine nach anderen Gesetzen (hier: LFG) vorgesehene Beurteilung öffentlicher Interessen als Genehmigungshindernis hinsichtlich THG-Emissionen gedeutet wird.

### 6.11 Unzulässige Heranziehung der GRC, des BVG Nachhaltigkeit und der NÖ Landesverfassung

Das BVwG stützt sich bei den herangezogenen Rechtsgrundlagen ua auf **Art 37 GRC**.<sup>19</sup> Das Erkenntnis unterlässt jedoch die notwendige Unterscheidung, inwieweit es sich bei den Bestimmungen der GRC um bloße "Grundsätze" – wie im Fall des Art 37 GRC – oder um echte "Rechte" handelt. Als einzige Rechtfertigung für das Heranziehen dieser Bestimmung verweist das BVwG<sup>20</sup> darauf, dass auch der VfGH<sup>21</sup> Bestimmungen der GRC interpretativ heranziehe. In dem damit angesprochenen "Normenkontroll-Erkenntnis" kam der VfGH zum Ergebnis, dass Art 47 GRC gleichsinnig mit Art 6 EMRK mitanzuwenden sei, im konkreten Fall jedoch nicht verletzt war. Im Unterschied zu Art 37 GRC verleiht Art 47 GRC aber unzweideutig ein "Recht". Auch hat der VfGH – entgegen dem vom BVwG vermittelten Eindruck – niemals Art 37 GRC als Versagungsgrund für eine Anlagengenehmigung herangezogen. Es besteht zudem auch keine Rsp des VfGH zur Frage, inwieweit Art 37 GRC in Anlagengenehmigungsverfahren anzuwenden wäre.

Als weitere Rechtsgrundlage zieht das BVwG das **BVG Nachhaltigkeit** heran.<sup>22</sup> Nach der Rsp des VfGH ist dieses BVG – bzw sein Vorläufer – in Anlagengenehmigungsverfahren nicht anzuwenden.<sup>23</sup> Schließlich führt das BVwG auch Bestimmungen der **NÖ Landesverfassung** an.<sup>24</sup> Bei den vom BVwG zitierten Bestimmungen handelt es sich jedoch um bloße "Staatszielbestimmungen". Auch hiezu kann das BVwG keine Rsp des VfGH anführen, wonach diese oder ähnliche Bestimmungen dieser Art als Entscheidungskriterium für das Versagen einer Genehmigung herangezogen werden könnten.<sup>25</sup>

Weil keine – bzw zum Vorläufer des BVG Nachhaltigkeit nur den Ausführungen des BVwG entgegenstehende – Rsp des VfGH zur Frage existiert, ob die genannten Rechtsquellen in Genehmigungsverfahren mitangewendet werden können – und sei es auch "nur" im Rahmen einer zur Genehmigungsversagung führenden Interessenabwägung (die wie dargelegt gar nicht vorgesehen ist) –, hängt die Revision von der Lösung einer Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 B-VG ab.

Weiters ist eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung in der Frage zu sehen, ob das BVG Nachhaltigkeit überhaupt den Klimaschutz umfasst. In der Gesetzgebungsphase des BVG Nachhaltigkeit wurde zwar in Erwägung gezogen, "Klimaschutz" ausdrücklich in die Bestimmung des § 3 Abs 2 miteinzubeziehen, wovon aber schließlich explizit abgesehen wurde. Im stenographischen Protokoll zum BVG

---

<sup>19</sup> Erkenntnis S 31.

<sup>20</sup> Erkenntnis S 123.

<sup>21</sup> VfSlg 19.632/2012.

<sup>22</sup> Erkenntnis S 31.

<sup>23</sup> VfGH 28.03.2006, 2003/03/0177. Vgl in Bezug auf die ebenfalls materiellrechtlichen Aspekte der Parteilstellung schon VfGH 20.09.1995, 95/03/0177.

<sup>24</sup> Erkenntnis S 31.

<sup>25</sup> Vgl VfGH 21.05.2007, 2004/05/0236; 26.06.2014, Ro 2014/06/0042; 14.09.2004, 2000/10/0164.

Nachhaltigkeit wird diese Nichtumsetzung kritisiert. Zugleich wird festgehalten, dass "Umweltschutz" im Gegensatz zum Klimaschutz ausschließlich menschenbezogen ist.

Diese Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung sind relevant, weil unser Vorhaben bei rechtsrichtiger Berücksichtigung der zitierten Bestimmungen durch das BVwG zu genehmigen gewesen wäre. Die Ansicht des BVwG, dass GRC, BVG Nachhaltigkeit und die NÖ Landesverfassung – sei es auch nur im Rahmen von Interessenabwägungen – als Entscheidungskriterium für das Versagen einer Anlagengenehmigung heranzuziehen sei, hat zweifellos auch Auswirkungen auf viele zukünftige Verfahren, sowohl nach dem LFG als auch nach anderen Materiengesetzen.

#### 6.12 Unzulässige Heranziehung internationaler Abkommen

In der Begründung des Erkenntnisses werden auch internationale Übereinkommen angeführt, namentlich das Kyoto-Abkommen<sup>26</sup> (betreffend Treibhausgase) und das Übereinkommen von Paris<sup>27</sup> (betreffend Klimaschutz).<sup>28</sup>

Bereits zum Kyoto-Protokoll hat der VwGH zutreffend festgestellt:<sup>29</sup> **"Aus dem Kyoto-Protokoll kann nicht abgeleitet werden, dass Projekte (wie im vorliegenden Fall ein Bundesstraßenprojekt), die eine gewisse Erhöhung der Emissionen von klimarelevanten Gasen bewirken, nicht zulässig wären"**. Nichts anderes kann für das Übereinkommen von Paris gelten.

Da das angefochtene BVwG-Erkenntnis von der Rsp des VwGH zum Kyoto-Protokoll abweicht bzw eine solche zur Frage der Mitanwendung des Übereinkommens von Paris noch nicht existiert, hängt die Revision von der Lösung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 B-VG ab. Die Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung ist auch relevant, weil unser Vorhaben bei rechtsrichtiger Berücksichtigung der zitierten Übereinkommen durch das BVwG zu genehmigen gewesen wäre. Überdies hätte die Ansicht des BVwG, Kyoto-Protokoll und Übereinkommen von Paris auch in Projektgenehmigungsverfahren anzuwenden, zweifellos erhebliche Auswirkungen auf eine Vielzahl von Genehmigungsverfahren in der Zukunft, sowohl nach LFG als auch nach anderen Materiengesetzen.

#### 6.13 Klimaschutzbeurteilung widerspricht den Denkgesetzen

Wie gesagt, fällt der Klimawandel nicht unter die nach § 71 Abs 1 lit d LFG wahrzunehmenden Interessen. Doch selbst wenn man annehmen wollte, dass dies doch der Fall wäre, so erweist sich die inhaltliche Beurteilung als unrichtig und im Kern als gegen die Denkgesetze verstoßend:

---

<sup>26</sup> Protokoll von Kyoto zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen samt Anlagen BGBl III 2005/89.

<sup>27</sup> Übereinkommen von Paris BGBl III 2016/197.

<sup>28</sup> Erkenntnis S 90ff.

<sup>29</sup> VwGH 24.08.2011, 2010/06/0002.

Das BVwG unterstellt denkunmöglich, dass die für "2025" erwarteten **Flugbewegungen** – nach denen ein Bedarf festgestellt wurde – **gleichsam in einem "schwarzen Loch" verschwinden** würden, falls es in Wien keine 3. Piste geben sollte. Diese Annahme ist grob unrichtig, ja denkunmöglich. Das Gegenteil wäre der Fall.

Da aus diesem inhaltlichen Mangel wesentliche (sekundäre) Verfahrensmängel folgen, wird dieser Zulässigkeitsgrund aus Gründen der besseren Übersicht in Pkt 6.17.1 gemeinsam mit den Verfahrensmängeln behandelt.

Die den Denkgesetzen widersprechende Beantwortung der nach Ansicht des BVwG entscheidenden Frage führt zu einem die Rechtssicherheit beeinträchtigenden, unvertretbaren Ergebnis und bildet damit eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 B-VG. Darüber hinaus ist keine Rsp des VwGH zur Frage der Berechnung der Emission klimaschädigender Gase im Allgemeinen und der Berechnung des Nullfalls im Besonderen sowie der dabei zugrunde zu legenden Annahmen ersichtlich.

Diese Frage hat für sämtliche Genehmigungsverfahren, bei denen allenfalls Klimaschutzaspekte als relevant erachtet werden, entscheidende Bedeutung.

#### 6.14 Unzulässiges Kriterium "Bodeninanspruchnahme"

Was schließlich das vom BVwG herangezogene Kriterium der "Bodeninanspruchnahme"<sup>30</sup> anlangt, so führt das BVwG **weder eine Rechtsgrundlage noch Rsp** an, die diese Überlegungen oder die Relevanz dieses Kriteriums stützen könnten. Es gibt solche Rechtsgrundlagen und solche Rsp auch nicht. Diese Überlegungen grenzen daher an freie Rechtsschöpfung.

Das territorial einschlägige NÖ BodenschutzG regelt den qualitativen Schutz des Bodens, nicht jedoch die flächenmäßige Inanspruchnahme. Das Protokoll Bodenschutz zur Alpenkonvention ist aus räumlichen Gründen nicht anwendbar. Die Minimierung der Bodeninanspruchnahme ist eines der Ziele der Raumordnungsgesetze. Schließlich ist *"die Erhaltung, Stärkung und Schaffung einer leistungsfähigen bäuerlichen Land- und Forstwirtschaft entsprechend den natürlichen und strukturellen Gegebenheiten des Landes Niederösterreich"* Ziel des NÖ Grundverkehrsgesetzes. Keine dieser Rechtsvorschriften enthält zur Mitanzuwendung in UVP-Genehmigungsverfahren geeignete Genehmigungstatbestände. Keine dieser Rechtsvorschriften ist daher in UVP-Genehmigungsverfahren mitanzuwenden. Dies erklärt auch, warum das BVwG unter den angewendeten Rechtsvorschriften keine einschlägige Regelung anführt.

Als "sonstige öffentliche Interessen" iSd § 71 LFG können, wie bereits ausgeführt, nur solche öffentliche Interessen Anerkennung finden, die der Luftfahrtbehörde (bzw im Anwendungsbereich des UVP-G der UVP-Behörde) gesetzlich aufgegeben sind. Dazu zählt jedenfalls nicht die Minimierung der Bodeninanspruchnahme.

---

<sup>30</sup> Erkenntnis S 98ff und 118f.

§ 17 Abs 2 lit b UVP-G ist nicht einschlägig, weil diese Bestimmung<sup>31</sup> qualitative Schädigungen der Böden zum Gegenstand hat, nicht jedoch quantitative Verluste von Flächen. Wollte man an "schwerwiegende Umweltbelastungen" denken, die im Auffangtatbestand des § 17 Abs 5 UVP-G angesprochen sind, so hat das BVwG keine für die Anwendung dieses Sondertatbestands erforderlichen Ermittlungen gepflogen und keine Überlegungen dazu anstellt; ganz im Gegenteil: Auf S 116f des Erkenntnisses wird ausdrücklich festgehalten, dass § 17 Abs 5 UVP-G nicht angewendet wurde.

Daher ist an dieser Stelle festzuhalten, dass insoweit eine grundsätzliche Rechtsfrage aufgeworfen ist, als die in Revision gezogene Entscheidung von der oben zitierten Rsp des VwGH zu § 71 LFG zu Unrecht abweicht. Zudem ist es eine Rechtsfrage grundlegender Bedeutung, ob quantitativer Bodenverbrauch, der nirgendwo als Genehmigungskriterium normiert und nicht geeignet ist, projektbezogen beurteilt zu werden, ein Genehmigungshindernis für ein konkretes Projekt sein kann. Dazu fehlt es an einer Rsp des VwGH. Dies ist auch für sämtliche LFG- und UVP-Genehmigungsverfahren, aber auch für alle anderen Materiengesetze, welche die Berücksichtigung öffentlicher Interessen normieren, und ganz generell für alle Projekte mit Flächenverbrauch von Bedeutung.

Zudem liegt auch keine Rsp des VwGH zu der daran anknüpfenden Frage vor, nach welchen Maßstäben der Flächenverbrauch zur Erteilung oder Versagung einer Genehmigung beurteilt werden könnte (zB spezifischer Flächenverbrauch je Personenkilometer? Generelle Unzulässigkeit von Großprojekten und Zulässigkeit von tausenden Kleinprojekten, die in Wahrheit den Flächenverbrauch verursachen? Welche Schwellen- oder Grenzwerte sind anwendbar?)

#### 6.15 Rechtswidrige Mitabweisung "Verlegung der Landesstraße B 10"

Im Spruch des erstinstanzlichen UVP-Genehmigungsbescheids wurde dem Land NÖ (Abteilung Landesstraßenplanung) die Genehmigung zur "Verlegung der Landesstraße B 10" erteilt.<sup>32</sup>

Das BVwG weist in seinem Erkenntnis den Antrag der beiden Antragsteller zu Errichtung und Betrieb des Vorhabens "Parallelpiste 11R/29L" samt "Verlegung der Landesstraße B 10" ab. Dabei merkt das BVwG lediglich an, dass das Vorhaben auch die Verlegung der B 10 umfasst.<sup>33</sup>

Das Erkenntnis stützt sich bei der Abweisung im Wesentlichen auf die Feststellung, dass es durch den Bau und den Betrieb der 3. Piste aufgrund der **Flugbewegungen** zu einer Zunahme der gesamtösterreichischen THG-Emissionen kommen werde. Dadurch könne das Klimaschutzziel nicht erreicht werden. Ob sich das "Zweitargument" des BVwG – der Bodeninanspruchnahme – auch auf die Verlegung der Landesstraße B 10 bezieht, bleibt im Erkenntnis unklar. Angemerkt sei,

---

<sup>31</sup> "erhebliche Belastungen der Umwelt durch nachhaltige Einwirkungen ..., die geeignet sind, den Boden ... bleibend zu schädigen".

<sup>32</sup> Bescheid NÖ LReg 10.07.2012 GZ RU4-U-302/301-2012, S 10.

<sup>33</sup> Erkenntnis S 39.

dass das LFG auf die Verlegung der Landesstraße selbstverständlich nicht anwendbar ist.

Zur Frage der Zulässigkeit der Revision ist vor diesem Hintergrund festzuhalten, dass keine Rsp des VwGH zur Frage besteht, ob aufgrund der Zunahme von THG-Emissionen durch Flugbewegungen (!) und aufgrund des Bodenverbrauchs ein Straßenvorhaben abgewiesen werden kann. Diese Frage hat über den Anlassfall hinaus Bedeutung, weil bei Flugplatzerweiterungen regelmäßig auch Straßen zu verlegen sind, und weil jede Straßenbaumaßnahme mit Flächenverbrauch verbunden ist.

#### 6.16 Keine Differenzierung zwischen subjektiv-öffentlichen Rechten und öffentlichen Interessen

Art 132 Abs 1 Z 1 B-VG setzt für die Zulässigkeit einer Beschwerde an Verwaltungsgerichte die behauptete Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte voraus. Die Geltendmachung von öffentlichen Interessen ist daher – soweit nicht ausdrücklich normiert (Formalparteien) – unzulässig.<sup>34</sup>

Im UVP-Genehmigungsverfahren sind der Landesumweltanwalt, die Gemeinden und Umweltorganisationen befugt, auch objektives Recht und öffentliche Interessen geltend zu machen. Hingegen sind Nachbarn und Bürgerinitiativen lediglich als Träger subjektiver Interessen beschwerdelegitimiert.<sup>35</sup>

Der VwGH verlangt vor diesem Hintergrund eine differenzierende Behandlung von Beschwerdevorbringen, die in unterschiedlichen Legitimationspositionen gründen.<sup>36</sup> Daher hätte zB jenes Vorbringen der Nachbarn, das sich nicht auf subjektive Rechte stützt (vermeintliche Verstöße gegen Umweltschutzvorschriften und sonstige öffentliche Interessen wie ua auch Klimaschutz und Bodeninanspruchnahme), als unzulässig zurückgewiesen werden müssen.

Das BVwG hat jedoch im Spruchpunkt A lediglich (zutreffend)

- zwei Beschwerden zurückgewiesen (A.I),<sup>37</sup>
- die Anträge auf Löschung der Sicherheitszone im Grundbuch zurückgewiesen (A.II)<sup>38</sup> und
- "den sonstigen im Verfahren gestellten Anträgen der Beschwerdeführer ... nicht Folge gegeben".<sup>39</sup>

**Es fehlt jedoch ein Spruch des BVwG zum unzulässigen Beschwerdevorbringen hinsichtlich öffentlicher Interessen.** Diesbezüglich findet sich bloß ein

<sup>34</sup> VwGH 10.06.1999, 95/07/0196; *Hengstschläger/Leeb*, AVG II (2005) § 59 Rz 15.

<sup>35</sup> VwGH 27.01.2016, Ra 2014/10/0003; 22.10.2010, 2010/06/0262.

<sup>36</sup> VwGH 30.09.2015, Ra 2015/06/0085; 22.10.2010, 2010/06/0262.

<sup>37</sup> Siehe zur Begründung Erkenntnis S 127, Kap IV.

<sup>38</sup> Siehe zur Begründung ebenfalls Erkenntnis S 127, Kap IV sowie S 106 (Kap 4.4).

<sup>39</sup> Damit gemeint sind offensichtlich nur die im Erkenntnis auf S 22 (Kap 3.2.4) aufgezählten verfahrensrechtlichen Anträge, auch wenn dazu eine Begründung fehlt.

kurzer Absatz in der Begründung.<sup>40</sup> Dort wird lediglich ausgeführt, dass aufgrund der Versagung der UVP-Genehmigung auf die Beschwerden der übrigen Beschwerdeführer nicht weiter einzugehen gewesen sei.

Damit hängt die Revision insofern von einer Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung ab, als das angefochtene Erkenntnis von der Rsp des VwGH abweicht, wonach unzulässige Beschwerdevorbringen zu öffentlichen Interessen zurückzuweisen sind, bzw eine Rsp zur Frage fehlt, ob diese Zurückweisung auch im Fall einer Abweisung des Genehmigungsansuchens zu erfolgen hat.

Dies ist für den Fall des fortgesetzten Verfahrens vor dem BVwG nach einer Kassation des angefochtenen Erkenntnisses durch den VwGH für uns von Bedeutung. Je nach Begründung des VwGH kann sich aufgrund der Bindungswirkung des VwGH-Erkenntnisses nämlich ergeben, dass auch Beschwerdeführer befugt sein könnten, öffentliche Interessen (zB Aspekte des Klimaschutzes oder des Bodenverbrauchs) geltend zu machen, obwohl diese zu solchem Vorbringen gar nicht legitimiert sind oder solche Aspekte im bisherigen Verfahren gar nicht geltend gemacht haben.

#### 6.17 Verfahrensmängel als Zulässigkeitsgrund

##### 6.17.1 Fehlende Ermittlungen und Begründungsmängel zu den CO<sub>2</sub>-Emissionen bei Entfall der 3. Piste

Die Abweisung des Genehmigungsantrags gründet im Wesentlichen auf der Annahme des BVwG, dass es "wegen" der 3. Piste aufgrund der Flugbewegungen zu einer Zunahme der THG-Emissionen kommen werde und deshalb das Klimaschutzziel nicht erreicht werden könne.<sup>41</sup>

Das BVwG unterliegt dabei einem grundlegenden inhaltlichen Irrtum (Pkt 6.13), der zu schwerwiegenden Verfahrensmängeln führt:

Im Verfahren war für den Prognosezeitpunkt "2025" die Zahl der Flugbewegungen am Flughafen Wien für das bestehende 2-Pisten-System (Nullfall) und für das geplante 3-Pisten-System (Planfall) berechnet worden. Diese Zahlen für das bestehende 2-Pisten-System (Nullfall) waren für die Beantwortung der Bedarfsfrage erforderlich. Aufgrund dieser Zahlen kamen die Gutachter und das BVwG zum Schluss, dass im bestehenden 2-Pisten-System die Kapazitätsgrenze bereits vor dem Prognosezeitpunkt "2025" überschritten wird und der Bedarf nicht mehr gedeckt werden kann. Die Zahlen für das 3-Pisten-System waren erforderlich, um jenen prognostizierten Verkehr zu ermitteln, der der Emissions- und Immissionsbetrachtung, insb hinsichtlich Lärm, zugrunde zu legen ist.

Das BVwG zieht diese Zahlen nun für einen gänzlich anderen Zweck heran und unterstellt, die Differenz der Flugbewegungen zwischen Nullfall (ohne 3. Piste) und Planfall (mit 3. Piste) – und der daraus von BVwG eigenständig bzw mit Hilfe von

---

<sup>40</sup> Erkenntnis S 127 erster Absatz.

<sup>41</sup> Erkenntnis S 52, 117.

Beschwerdeführern errechneten CO<sub>2</sub>-Emissionen aus dem Flugverkehr – wäre der zusätzliche Beitrag der 3. Piste zu den globalen THG-Emissionen.

Dieser Schluss widerspricht den natürlichen Denkgesetzen:

Der Umstand, dass ein Flug nicht auf der 3. Piste in Wien abgewickelt werden kann, bedeutet keineswegs, dass der Flug nicht stattfindet. Die **Annahme des BVwG, die Flugbewegungen**, nach denen ja ein Bedarf besteht, **würden gleichsam in einem "schwarzen Loch" verschwinden, ist denkmöglich.**

Das BVwG hätte in einem weiteren Schritt erst ermitteln müssen, welche Auswirkungen der Entfall der 3. Piste auf das Verkehrsgeschehen in der Luft und zu Lande hätte. Man hätte also die Auswirkungen auf das gesamte europäische und weltweite Verkehrsnetz betrachten müssen.<sup>42</sup> Erst die Beantwortung dieser Frage würde zeigen, ob der Entfall der 3. Piste zu mehr oder zu weniger Verkehr in der Luft und zu Lande sowie – daraus folgend – zu mehr oder zu weniger CO<sub>2</sub>-Emissionen führen würde. Zur Verdeutlichung folgende Beispiele:

- Wenn der Ärztekongress wegen schlechter Flugverbindungen nicht in Wien stattfinden kann, wird er in Kuala Lumpur oder anderswo stattfinden; eine CO<sub>2</sub>-Einsparung für das Weltklima wäre damit nicht verbunden.
- Wenn der Ärztekongress trotz schlechter Flugverbindungen in Wien stattfindet, bedeutet das einerseits Warteschleifen im Landeanflug auf Wien und andererseits Umwege über Umsteige-Flughäfen (zB Frankfurt, München oder Bratislava) mit zusätzlichen Starts und Landungen sowie der Nutzung größerer (schadstoffintensiverer) Luftfahrzeuge zu diesen Umsteige-Flughäfen und allfälligen Kfz-Fahrten, somit jedenfalls mehr CO<sub>2</sub>-Emissionen und nicht weniger.
- Gleiches gilt sinngemäß oder ähnlich für die Tagungen von UNO und OPEC, internationale Konferenzen, Touristen, Unternehmer, usw. Bspw wird ein chinesischer Tourist nicht auf seinen Urlaub verzichten, nur weil er in Wien nicht (direkt) landen kann.
- Ein Reisender aus Wien kann Los Angeles im Planfall (mit 3. Piste) mit einem Direktflug von Wien erreichen. Im Nullfall (ohne 3. Piste) muss er mangels Direktflug zB in Frankfurt umsteigen. In diesem Fall verursachen Zwischenlandung und Zwischenstart in Frankfurt zusätzliche CO<sub>2</sub>-Emissionen.

Mit dem Entfall der 3. Piste wird in Wahrheit nicht 1 kg CO<sub>2</sub>-Emissionen eingespart.

Dieser Mangel ist zunächst ein inhaltlicher Mangel, weil das Thema Klimaschutz inhaltlich unrichtig behandelt wurde.

Daraus ergeben sich (sekundäre) Verfahrensmängel, weil basierend auf dem inhaltlichen Gedankenfehler die **notwendigen Ermittlungen unterlassen** wurden.

---

<sup>42</sup> Dabei hätte – zwecks Vergleichbarkeit – dasselbe Verkehrsmodell (Intraplan München) eingesetzt werden müssen, das den Prognosen für die Flugbewegungszahlen in Wien für das mit "2025" bezeichnete Prognosezenario verwendet wurde. Auch hier musste man selbstverständlich das gesamte europäische und weltweite Verkehrsnetz betrachten.

Das BVwG hätte erst die Auswirkungen des Entfalls der 3. Piste auf das Verkehrsgeschehen in der Luft und zu Lande im Prognosezeitpunkt "2025" ermitteln müssen. Hätte das BVwG diese Ermittlungen durchgeführt, wäre es zum Ergebnis gekommen, dass der Nullfall (ohne 3. Piste) weder zu einem Entfall der prognostizierten Flugbewegungen, noch zu einer Verbesserung des Klimas, sondern vielmehr zu einer Erhöhung der CO<sub>2</sub>-Emissionen gegenüber dem Planfall geführt hätte. Für das Weltklima macht es ja keinen Unterschied, wo die CO<sub>2</sub>-Emission stattfindet.

Für die vorliegende Frage der Zulässigkeit der Revision genügt die Feststellung, dass das BVwG die Frage, ob der Entfall der 3. Piste am Flughafen Wien auch zu einer Reduktion der verkehrsbedingten CO<sub>2</sub>-Emissionen für das Weltklima führen würde, auf eine den Denkgesetzen widersprechende Weise beantwortet und behandelt hat. Die den Denkgesetzen widersprechende Beantwortung der nach Ansicht des BVwG entscheidenden Frage führt zu einem die Rechtssicherheit beeinträchtigenden, unvertretbaren Ergebnis und bildet damit eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 B-VG. Darüber hinaus ist keine Rsp des VwGH zur Frage der Berechnung der Emission klimaschädigender Gase im Allgemeinen und der Berechnung des Nullfalls im Besonderen sowie der zugrunde zu legenden Annahmen ersichtlich.

Zur Frage, ob der Entfall der 3. Piste am Flughafen Wien auch zu einer Reduktion der verkehrsbedingten CO<sub>2</sub>-Emissionen für das Weltklima führen würde, gibt es – ausgehend von dem grundlegenden Gedankenfehler – zudem keinerlei Feststellungen, keinerlei Ermittlungsschritte und keinerlei Gehör. Dies führt zu einem die Rechtssicherheit beeinträchtigenden, unvertretbaren Ergebnis.<sup>43</sup> Das BVwG ist mit dem mangelhaft durchgeführten Ermittlungsverfahren von der ständigen Rsp des VwGH abgewichen. Es liegt somit eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 B-VG vor.

Bei Durchführung eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens wäre das BVwG zum gegenteiligen Ergebnis (mit dem Entfall der 3. Piste wird in Wahrheit nicht 1 kg CO<sub>2</sub>-Emissionen eingespart) gelangt.

#### 6.17.2 Fehlende Ermittlungen und Begründungsmängel zu den Folgen des Klimawandels

Gleiches gilt zu den Annahmen des BVwG zu den behaupteten Folgen des Klimawandels. Das BVwG lässt sich auf den S 52f sowie S 77 bis 90 – sehr ausführlich – zu Aussagen über vermutete Folgen des Klimawandels hinreißen, die **zu keinem Zeitpunkt Gegenstand des Ermittlungsverfahrens** waren. Dazu gab es weder ein Ermittlungsverfahren noch wurde dazu ein Sachverständiger befragt noch gab es dazu irgendein rechtliches Gehör. Die über weite Strecken emotionalen Stellungnahmen, zB zu den "Todesfolgen" und den "Klimaflüchtlingen" (Erkenntnis S 52f), sind durch keinerlei Verfahrensergebnisse abgesichert.

---

<sup>43</sup> VwGH 25.01.2017, Ra 2016/10/0137; vgl auch VwGH 24.03.2015, 2015/09/0011 mHin auf die Rsp des OGH.

Auch vor diesem Hintergrund liegt eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 B-VG vor, weil das BVwG grundlegende Verfahrensgarantien missachtet hat und somit von der Rsp des VwGH abgewichen ist.

Bei Durchführung eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens hätte das BVwG die Folgen des Klimawandels anders bewertet und wäre damit zu einem anderen Ergebnis gelangt.

#### 6.17.3 Fehlende Ermittlungen und Begründungsmängel zum Thema Bodeninanspruchnahme

Dasselbe gilt auch für die Feststellungen des BVwG hinsichtlich Bodenverbrauch und Lebensmittelbedarf. Das BVwG zitiert auf den S 98-102 seines Erkenntnisses im Wesentlichen das Gutachten des ASV für Landwirtschaft aus dem erstinstanzlichen Verfahren und stellt dazu fest, dass 661 ha landwirtschaftlicher Ackerböden verloren gingen. Völlig unvermittelt finden sich sodann die folgenden Aussagen im Erkenntnis des BVwG: *"Es ist mit schweren Schäden für die österreichische Landwirtschaft zu rechnen."*<sup>44</sup> *"Dabei ist weiter zu beachten, dass dadurch die landwirtschaftliche Produktion weiter vom Verbraucher, dem Großraum Wien, abrückt und damit die regionale Versorgung verschlechtert wird, was dem öffentlichen Interesse widerstrebt."*<sup>45</sup> *"Auch ist die Erhaltung wertvollen Ackerlands für zukünftige Generationen zur Nahrungsmittelversorgung dringend geboten."*<sup>46</sup> Diese Aussagen finden **keinerlei Deckung im Gutachten des Prüfgutachters** der Behörde erster Instanz, vielmehr trifft das BVwG diese Feststellungen selbst. Wie es zu diesen Aussagen kommt und warum das Gutachten des Prüfgutachters für Landwirtschaft dazu ignoriert wird, wird vom BVwG nicht begründet.

Weil das BVwG somit **ohne jegliche ergänzende Ermittlungsschritte ergänzende Sachverhaltsfeststellungen getroffen** und in abändernder Beweiswürdigung sowie trotz des Fehlens wesentlicher Ermittlungen unrichtige Bewertungen vorgenommen hat, erfolgte die Prüfung unseres Vorhabens jedenfalls grob fehlerhaft und führt zu einem die Rechtssicherheit beeinträchtigenden, unvertretbaren Ergebnis. Die Revision ist daher auch aus diesem Grund zuzulassen.

Bei Durchführung eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens wäre das BVwG zum gegenteiligen Ergebnis (Bodeninanspruchnahme nicht relevant und kein Genehmigungshindernis) gelangt.

#### 6.17.4 Fehlende Ermittlungen und Begründungsmängel zur "Verlegung Landesstraße B 10"

Das BVwG weist in seinem Erkenntnis in Spruchpunkt B den UVP-Genehmigungsantrag der beiden Antragstellerinnen ab und merkt dabei lediglich an, dass das Vorhaben "Parallelpiste 11R/29L" auch die "Verlegung der B 10" mitumfasst.

---

<sup>44</sup> Erkenntnis S 117.

<sup>45</sup> Erkenntnis S 118.

<sup>46</sup> Erkenntnis S 126.

Für die Abweisung des Vorhabenbestandteils "Verlegung der Landesstraße B 10" enthält das angefochtene Erkenntnis jedoch **keinerlei Begründung**. Zudem fehlen auch jegliche Feststellungen oder Beweiswürdigungen. Die Landesstraße B 10 wird auch in der (vermeintlichen) Interessenabwägung nicht berücksichtigt.

Die CO<sub>2</sub>-Emissionen aus dem Luftverkehr und das Argument des Bodenverbrauchs können der Verlegung der Landesstraße B 10 jedoch keinesfalls entgegengehalten werden.

Wäre das BVwG seiner Begründungs- und Ermittlungspflicht nachgekommen, so hätte dieses zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die Verlegung der Landesstraße B 10 jedenfalls genehmigungsfähig und der UVP-Genehmigungsbescheid zu bestätigen ist.

Auch vor diesem Hintergrund liegt somit eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 B-VG vor, weil das BVwG entgegen der VwGH-Judikatur gegen grundsätzliche Verfahrensprinzipien verstoßen hat.

Bei Durchführung eines Ermittlungsverfahrens wäre das BVwG zum gegenteiligen Ergebnis (Verlegung der Landesstraße B 10 genehmigungsfähig) gelangt.

#### 6.17.5 Verletzung des Parteiengehörs

Das Erkenntnis verstößt außerdem gegen den Grundsatz des Parteiengehörs, das kardinale Voraussetzung eines gesetzmäßigen Verfahrens ist.<sup>47</sup> Uns gegenüber erfolgte das letzte Parteiengehör mit Schreiben des BVwG vom 08.07.2016 (ON 255), also ca 7 Monate vor Erlassung des Erkenntnisses.

Im Rahmen unserer nach Erlassung des Erkenntnisses am 17.02.2017 vorgenommenen Akteneinsicht haben wir zum ersten Mal von **Stellungnahmen der Beschwerdeführer** Kenntnis erlangt, **zu denen uns kein Gehör gewährt wurde:**

Stellungnahmen vom 31.08.2016 (ON 273) und 07.10.2016 (ON 279) der AFLG Antifluglärmgemeinschaft (und des Privatsachverständigen Vrtala), die ua die Folgen des Klimawandels<sup>48</sup> behandelt, Stellungnahme der Erstbeschwerdeführerin vom 19.10.2016 (ON 280), in der die negativen Auswirkungen des Bodenverbrauchs bemängelt werden sowie Ausführungen der BI gegen Fluglärm in Wien West vom 02.12.2016 (ON 282).

Nicht übermittelt wurde uns **weilers eine Stellungnahme des Gerichtsgutachters UnivProf Sturm zur Stellungnahme Vrtala** vom 31.08.2016. Dieses Dokument enthält keine Ordnungsnummer und ist im Verfahrensakt nicht enthalten. Aufgrund des Leistungsverzeichnisses (ON 284) vom 10.12.2016, das UnivProf Sturm dem BVwG und dieses uns übermittelt hat, ist uns die Existenz dieser Stellungnahme bekannt, deren Inhalt aber nicht.

Alle diese Stellungnahmen kreisen gerade um **jene Themen** (Klimawandel und Bodenverbrauch), **die das BVwG nunmehr zu seinen tragenden Entschei-**

---

<sup>47</sup> VwGH 02.07.1987, 87/09/0046; 22.11.1990, 90.09/0084.

<sup>48</sup> Stellungnahme Vrtala vom 31.08.2016, S 24f.

**dungsgründen zur Abweisung unseres Vorhabens erhoben hat.** Damit erweist sich die Verletzung des Parteiengehört als besonders gravierend. Zwar zitiert das BVwG diese weiteren Stellungnahmen in seinem Erkenntnis nicht ausdrücklich, doch ist bei dessen Lektüre klar erkennbar, dass das BVwG diese Stellungnahmen ganz besonders gewürdigt hat.

Wären uns diese Stellungnahmen, insb die Stellungnahme Vrtala, übermittelt worden, so hätten wir ausgeführt, dass (i) die Folgen des Klimawandels im gegenständlichen Fall nicht für die Interessensabwägung heranzuziehen sind und (ii) falls doch, dass diese Aspekte zum gegenteiligen Ergebnis geführt hätten. Wäre uns die Stellungnahme der Erstbeschwerdeführerin übermittelt worden, so hätten wir ausgeführt, dass (i) die Folgen des Bodenverbrauchs im gegenständlichen Fall nicht für die Interessensabwägung heranzuziehen sind und (ii) falls doch, dass diese Argumentation angesichts der Überproduktion an landwirtschaftlichen Produkten unschlüssig ist. Dies hätte zur Folge gehabt, dass das BVwG das Vorhaben genehmigt hätte.

Da das BVwG dies unterließ, hat es gegen Grundsätze eines rechtsstaatlichen Ermittlungsverfahrens verstoßen und abweichend von der stRsp des VwGH gehandelt; damit liegt eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor.

#### 6.17.6 Verstoß gegen das Überraschungsverbot

Schließlich verstößt das angefochtene Erkenntnis auch gegen das Überraschungsverbot.

Weder aus der anwendbaren Rechtslage noch aus der Kommunikation des BVwG konnte erkennbar sein, dass nach Ansicht des BVwG die CO<sub>2</sub>-Emissionen aus den Flugbewegungen für Baumaßnahmen am Flughafen (oder an der Landesstraße) entscheidungsrelevant sein könnten. Das gilt sowohl für den LTO-Anteil (also landing und take off, dh bis zu 3000 Fuß = ca 1000 m) als auch – umso mehr – für den Cruise-Anteil (den gesamten, meist internationalen Flug bis zum Zielort). Ganz im Gegenteil **mussten wir davon ausgehen, dass nach Ansicht des BVwG – der Rechtslage entsprechend – die CO<sub>2</sub>-Emissionen der Flugbewegungen irrelevant sind.**

Selbstverständlich war nämlich davon auszugehen, dass

- sich das BVwG an die ständige, auf einen verstärkten Senat zurückgehende Rsp des VwGH zu § 71 Abs 1 lit d LFG hält, wonach öffentliche Interessen im Sinne dieser Bestimmung nur im LFG grundlegende Interessen sein können, daher keinesfalls auch Klimaschutz und Bodenverbrauch;
- sich das BVwG auch an die Rsp des VwGH zu § 17 Abs 5 UVP-G gebunden erachtet, wonach Klimaschutzabwägungen im UVP-Genehmigungsverfahren nicht maßgeblich sind;<sup>49</sup>
- dass das BVwG die Rechtssystematik des KSG und des EZG (sowie des dahinter stehenden Unionsrechts und der dahinter stehenden internationalen Rege-

---

<sup>49</sup> VwGH 24.08.2011, 2010/06/0002 zu A 5 Nordautobahn.

lungen) beachtet, wonach die CO<sub>2</sub>-Emissionen der Luftfahrzeuge keinesfalls dem Flughafen zuordenbar sind.

Weiters mussten wir auf die Kommunikation des BVwG vertrauen:

- In der mündlichen Verhandlung wurde das Thema der CO<sub>2</sub>-Emissionen im Themenblock Luftschadstoffe<sup>50</sup> – und nicht im Themenblock öffentliche Interessen<sup>51</sup> – erörtert.
- Zum Themenblock Luftschadstoffe gab der Gerichtsgutachter UnivProf Sturm die Empfehlung für eine zusätzliche Bescheidaufgabe ausdrücklich nur für die dem Flughafen zurechenbaren CO<sub>2</sub>-Emissionen (dh an den Anlagen und Einrichtungen des Flughafens Wien) ab. Ziel war, dass die durch die 3. Piste bedingten Zusatzemissionen (aus diesen Flughafen-Anlagen) kompensiert werden.<sup>52</sup>
- Das BVwG hat dazu explizit klargestellt, dass sich dieser Vorschlag auf das UVP-G (und nicht auf das LFG) stützt, dass CO<sub>2</sub> als Luftschadstoff betrachtet wird (und nicht als klimaschädigende Emission), und dass nur die vom Flughafen beeinflussbaren Anlagen, nicht jedoch der Flugverkehr maßgeblich sind.<sup>53</sup>
- In den nachfolgenden Stellungnahmen des UnivProf Sturm ging es immer nur um das "Kompensationspotenzial" bei den CO<sub>2</sub>-Emissionen am Flughafen selbst. Die CO<sub>2</sub>-Emissionen der Flugzeuge wurden (i) lediglich im sogenannten "LTO-Zyklus", dh für landing und take off, dh bis 3000 Fuß = ca 1000 m Höhe und (ii) lediglich als Vergleichsgröße genannt.

Zu keinem Zeitpunkt hat uns das BVwG kommuniziert, dass es die Rechtsansicht geändert hätte oder, dass es von der Rsp des VwGH abweichen wolle oder, dass es die Klimaschutzregelungen heranziehen und diese entgegen dem Wortlaut auslegen wolle. Zu keinem Zeitpunkt hat uns das BVwG kommuniziert, dass die umfangreiche Korrespondenz zur "Kompensation" der vom Flughafen beeinflussbaren CO<sub>2</sub>-Emissionen aufgrund eines Meinungsumschwungs "Makulatur" geworden sind und es nun um den globalen Klimaschutz gehe. Daher gab es für uns keinerlei Veranlassung, zu Klimaschutzfragen der Luftverkehrsemissionen rechtliches und faktisches Vorbringen zu erstatten. Wir wurden von den nun im Erkenntnis vertretenen Rechtsansichten des BVwG ebenso überrascht wie die gesamte österreichische – und weltweite – Rechtsgemeinschaft. Damit wurden wir daran gehindert, auf Basis dieser grundlegenden Änderung der Rechtsansicht (man kann von einer "kopernikanischen Wende" im Umwelt- und Anlagenrecht sprechen) ein entsprechendes Sachvorbringen zu erstatten.

---

<sup>50</sup> Verhandlungsschrift S 49-169.

<sup>51</sup> Verhandlungsschrift S 186-238.

<sup>52</sup> Verhandlungsschrift S 65 und 101.

<sup>53</sup> Verhandlungsschrift S 120f.

Im Zusammenspiel mit den uns nicht übermittelten Stellungnahmen der Einwender zu genau diesem Thema und mit genau dem Inhalt des nunmehrigen überraschenden BVwG-Erkenntnisses hat das BVwG gegen das Überraschungsverbot verstoßen.

Allenfalls wäre dazu sogar eine mündliche Verhandlung erforderlich gewesen.<sup>54</sup> Zudem kommt eine ergänzende Beweiswürdigung durch das VwG regelmäßig erst nach einer mündlichen Verhandlung in Frage.<sup>55</sup>

Das BVwG hat, wie dargelegt, gegen diese Grundsätze verstoßen. Zum überraschenden Abweichen von den Grundsätzen der geltenden Klimaschutz-Rechtslage und zum überraschenden Abweichen von der kommunizierten Rechtsansicht hätte das BVwG unter den Umständen des vorliegenden Falles Gehör gewähren und allenfalls sogar eine mündliche Verhandlung durchführen müssen. Der Verstoß dagegen führt zu einem die Rechtssicherheit beeinträchtigenden, unvertretbaren Ergebnis. Alternativ fehlt es an einer gefestigten Rsp, ob und inwieweit sich die Erfordernisse des rechtlichen Gehörs und der mündlichen Verhandlung auch auf Rechtsfragen beziehen, etwa dann, wenn das Verwaltungsgericht (erstmalig österreich- oder gar weltweit) eine neue und der eigenen Kommunikation widersprechende Rechtsansicht vertreten will.

#### 6.18 Demokratische Staatsorganisation

Im Kern geht es darum: Dadurch, dass das BVwG verkannt hat, dass es sich bei § 71 LFG um eine gebundene Entscheidung handelt, hat es sich zu einer umfassenden Abwägungsentscheidung befugt erachtet, in der jedwedes öffentliche Interesse zur Abweisung eines Antrags führen kann.

Dies erinnert an die "Ungeduld des Interpreten" und die "Unzufriedenheit des Rechtsanwenders mit dem Gesetz". Da sich die Vertragsparteien des Übereinkommens von Paris in der Folgekonferenz in Marokko nicht auf konkrete Maßnahmen einigen konnten und da das nationale Klimaschutzgesetz nur zur Befassung von Kommissionen, aber nicht zu Maßnahmen führt, will nun das BVwG die Initiative ergreifen und sowohl die nationale und internationale Politik als auch die verschiedenen nationalen und internationalen Gesetzgeber überholen.

Dies erfolgt zudem auf unzureichender Ermittlungsgrundlage: Für den Entfall der 3. Piste wurde nicht erhoben, wie sich die Luft- und Landbewegungen ändern, und ob es dabei überhaupt zu einer Einsparung an CO<sub>2</sub>-Emissionen kommen könnte (tatsächlich wäre das Gegenteil der Fall). Zu den Folgen des Klimawandels gab es keine Ermittlungen und kein Gehör; das BVwG beschränkt sich dazu auf emotionale Darlegungen zu behaupteten "Todesfolgen" und "Klimaflüchtlingen".<sup>56</sup> Ebenso ohne jedes Ermittlungsverfahren und Gehör äußert das BVwG die emotionale (je-

---

<sup>54</sup> Jüngst zB VwGH 24.01.2017, Ra 2015/05/0035.

<sup>55</sup> ZB VwGH 30.09.2015, Ra 2015/06/0007.

<sup>56</sup> Erkenntnis S 52f.

doch unbegründete) Sorge um die regionale Lebensmittelversorgung des Großraums Wien (S 118).

Dies führt zu einer Entscheidung, die mit den Grundsätzen der demokratischen Staatsorganisation Österreichs unvereinbar ist. In diesem System ist es die **Aufgabe der demokratisch legitimierten Gesetzgebung**, Maßnahmen zum Klimaschutz und Maßnahmen zur Minimierung des Bodenverbrauchs festzulegen. Solange die zuständige Gesetzgebung in diesen Zusammenhängen Festsetzungen nicht getroffen hat, ist es **nicht die Befugnis der Verwaltung oder der – der demokratischen wie politischen Verantwortung entzogenen – Gerichte**, im Einzelfall rechtssetzend tätig zu werden.

Auch die Frage, wie weit der Entscheidungsspielraum der Verwaltung und der Verwaltungsgerichte in einer demokratischen Staatsorganisation reichen kann, ist eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 B-VG.

## 7 Revisionsgründe

Das angefochtene Erkenntnis leidet sowohl an Rechtswidrigkeit des Inhalts als auch an Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

### 7.1 Ausgangslage

Nach einem 4-jährigen Mediationsverfahren (2001-2005), der darauf aufbauenden Ausarbeitung der Einreichunterlagen und einem 10-jährigen UVP-Genehmigungsverfahren (2007-2017), also in Summe nach einem 16-jährigen Verfahren, in dem alle Details der Genehmigungsvoraussetzungen mehrfach intensiv geprüft wurden, stand einer positiven UVP-Genehmigung des für Österreich insgesamt – und insb für die Ostregion – so bedeutsamen Vorhabens nichts mehr im Wege. Auch das BVwG stellt ua fest, dass der Bedarf nach dem Vorhaben gegeben ist, weil die Kapazität des 2-Pisten-Systems am Flughafen Wien in dem mit "2025" bezeichneten Prognoseszenario<sup>57</sup> nicht mehr den Bedarf decken wird.

Dazu ist zum besseren Verständnis anzumerken: Da sich die bestehenden 2 Pisten kreuzen, entsprechen diese nur einer Kapazität von etwa 1,6 Pisten. Erst mit der nun geplanten 3. Piste ("Parallelpiste 11R/29L") wird ein Parallelbetrieb mit parallelen Starts und Landungen möglich sein.

Zudem bestätigt das BVwG die großen öffentlichen Interessen an der 3. Piste, die sich auch in einem Beschluss der österreichischen Bundesregierung manifestieren ("Road Map Luftfahrt 2020"):

- Standortverbesserung der österreichischen Ostregion;
- Attraktivität für derzeit ansässige internationale Organisationen (UNO, OPEC, usw), für international tätige Unternehmen, für internationale Kongresse, für den internationalen Tourismus, für Kultur und Außenpolitik;

---

<sup>57</sup> Laut Ermittlungsergebnissen wird dieses Szenario tatsächlich ca 2030 eintreten. Angesichts einer zumindest 10-jährigen Detailplanungs-, Ausschreibungs- und Bauphase käme die 3. Piste gerade noch rechtzeitig.

- zehntausende neue Arbeitsplätze (teils direkt, teils indirekt, teils induziert);
- Bedeutung für die österreichische Volkswirtschaft;
- Dynamik der gesamten Region, Erhaltung und Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit;
- Verbesserung der Flugsicherheit;
- usw.

Das BVwG meint jedoch, dass § 71 LFG zu einer umfassenden Interessenabwägung und zu einer Ermessensübung ermächtigt. Auf § 71 LFG gestützt, rückt das BVwG im Erkenntnis den Klimawandel in das Zentrum seiner Betrachtung und meint, das Interesse am Klimaschutz sei nach § 71 LFG relevant, überwiege alle anderen Interessen und führe zur Versagung der Genehmigung. Gegen eine Genehmigung spreche auch noch das öffentliche Interesse, landwirtschaftlichen Boden nicht in Anspruch zu nehmen.

Damit verstößt das BVwG gegen die Gesetze der Logik und gegen den von der nationalen und internationalen Politik vorgegebenen Ordnungsrahmen zur Bekämpfung des Klimawandels, weil

- THG-Emissionen und der Klimawandel ein globales Phänomen sind, das Weltklima daher nicht durch eine für das Weltklima irrelevante, isolierte Projektverhinderung "gerettet" werden kann;
- die Verpflichtungen aus den internationalen Klimaschutzabkommen einzelne Staaten und die Europäische Kommission treffen und folglich diese den Kampf gegen den Klimawandel steuern und Maßnahmen setzen; dies geschieht auch auf nationaler und europäischer Ebene, bspw. mit dem Emissionszertifikatehandel für Luftfahrzeuge im EWR-Raum und auf Ebene der UNO (ICAO) durch entsprechende Programme und Maßnahmen;
- darüber hinaus aus Gründen des Klimaschutzes kein Raum für die Versagung von Einzelprojekten besteht, weil in einem offenen Markt bei einem festgestellten Bedarf lediglich eine Verlagerung von Passagierzahlen auf andere Flughäfen stattfindet und daher unter Berücksichtigung der zusätzlichen Umwege, Zwischenlandungen und Landverkehrsstrecken die THG-Emissionen insgesamt denklogisch nicht weniger werden können;
- daher die Folgen des Klimawandels durch Verhinderung der 3. Piste am Flughafen Wien nicht geringer werden, stattdessen aber die zahlreichen positiven Effekte des Vorhabens zunichte gemacht werden;
- der internationale und nationale Ordnungsrahmen für den Klimaschutz des Luftverkehrs als Normadressaten ausschließlich die Luftverkehrsunternehmen sieht und nicht die Inhaber der Flughäfen, für die ein gänzlich anderes Regime gilt;
- den Inhabern der Flughäfen – wenn überhaupt – nur die von ihnen beeinflussbaren CO<sub>2</sub>-Emissionen (zB Energieversorgung und Kühlung von Terminals und sonstigen Gebäude, Fuhrpark am Vorfeld, usw.) zugerechnet werden können;

- das BVwG letztlich eine "politische" Entscheidung trifft, die ihm nicht zukommt;
- das BVwG eine Lose-Lose-Situation heraufbeschwört, die dem öffentlichen Interesse gesamthaft widerspricht und die Verwirklichung von Infrastruktur- und sonstigen Großprojekten (aber auch Kleinprojekten) in Österreich insgesamt von Grund auf in Frage stellt.

## 7.2 Unrichtige Auslegung des § 71 Abs 1 LFG

Alle Überlegungen zu Klimaschutz und Bodeninanspruchnahme wären hinfällig, wenn das BVwG § 71 LFG rechtsrichtig ausgelegt hätte. Bei einer Betrachtung der Auslegung des § 71 LFG durch das BVwG können insgesamt drei Fehler identifiziert werden:

- Erstens hat das Gericht den Begriff der "sonstigen öffentlichen Interessen" in § 71 Abs 1 lit d LFG falsch ausgelegt.
- Zweitens geht das BVwG unrichtigerweise davon aus, dass § 71 LFG der Vollziehung die Übung von Ermessen einräumt.
- Drittens interpretiert das BVwG § 71 LFG unrichtig dahingehend, dass diese Bestimmung eine Interessensabwägung vorsähe.

Aufgrund dieser mehrfach falschen Interpretation des § 71 LFG werden wir in unserem Recht auf Erteilung der Genehmigung unseres Vorhabens verletzt.

### 7.2.1 Interpretation des Begriffs "sonstige öffentliche Interessen"

Die unrichtige Auslegung des Begriffs "sonstige öffentliche Interessen" in § 71 Abs 1 LFG hätte das BVwG vermeiden können, wenn es sich einerseits auf das LFG selbst und andererseits auf die Auslegung dieses Begriffs durch den VwGH besonnen hätte. Diese Unterstützung durch den VwGH hat das BVwG prinzipiell auch erkannt, wie die Zitate der VwGH-Judikatur auf S 108f des Erkenntnisses zeigen. Allein, das BVwG wollte seinen eigenen Weg gehen.

Der VwGH hat sich schon relativ früh mit der Bestimmung des § 71 Abs 1 lit d LFG auseinandergesetzt. In seinem für seine weitere Judikatur grundlegenden Erkenntnis vom 20.10.1970, 1820/69, hat der Gerichtshof in einem verstärkten Senat – wie das Erkenntnis des BVwG zeigt nur vermeintlich – alle Zweifel hinsichtlich dieser Bestimmung ausgeräumt:

Aus dem Wort "sonstig" schließt der Gerichtshof, dass die in lit a bis c des § 71 Abs 1 LFG angeführten Interessen nicht darunter fallen. Es sind daher andere öffentliche Interessen, **die nach dem LFG wahrzunehmen sind.**

Der VwGH hat also erkannt, dass die "sonstigen öffentlichen Interessen" iSd lit d des § 71 Abs 1 LFG jenen in lit a bis c leg cit gleichzuhalten sind: Nach § 71 Abs 1 **lit a bis d** LFG sind demnach **alle** nach dem Luftfahrtgesetz wahrzunehmenden öffentliche Interessen zu berücksichtigen. Diese Interpretation durch den verstärkten Senat des VwGH wird allen Ansprüchen einer gesetzes- und verfassungskonformen Auslegung dieser Bestimmung gerecht: Da weder der Wortlaut des Geset-

zes noch die Gesetzesmaterialien zum LFG<sup>58</sup> weitere Schlüsse auf den Inhalt dieser Bestimmung zulassen, hatte sich der VwGH des übrigen Auslegungsinstrumentariums zu bedienen. Eine systematische Interpretation dieser Bestimmung ergibt rasch, dass sich im LFG neben den in § 71 Abs 1 lit a-c LFG genannten öffentlichen Interessen weitere öffentliche Interessen finden. Eine Einbeziehung öffentlicher Interessen außerhalb des LFG ist schon deshalb nicht geboten, weil die Luftfahrtbehörde zu deren Berücksichtigung im Rahmen ihrer Vollzugstätigkeit nicht berufen ist. Auf den konkreten Fall bezogen ist insb aus verfassungsrechtlicher Sicht darauf hinzuweisen, dass Klimawandel und quantitativer Bodenschutz keinesfalls in den Bereich der Vollziehung, schon gar nicht in den des LFG fallen. Dies ergibt sich nicht nur aus einer systematischen und verfassungskonformen Interpretation des § 71 Abs 1 LFG, sondern auch aus einer teleologischen Auslegung: § 71 Abs 1 LFG hat nämlich den Zweck, dass die übrigen, nach dem LFG wahrzunehmenden öffentlichen Interessen bei der Bewilligung eines Flugplatzes berücksichtigt werden, die dabei ansonsten keine Berücksichtigung fänden. Man denke etwa an den Lärmschutz für Nachbarn. Für eine darüber hinausgehende teleologische Interpretation besteht schon deshalb kein Raum, weil die Zwecke des Klimaschutzes und Bodenverbrauchs Gegenstand gänzlich anderer Gesetze und Regelungsinstrumentarien sind.

Der VwGH hat § 71 Abs 1 lit d LFG daher ganz bewusst dahingehend ausgelegt, dass nach dieser Bestimmung nur diejenigen "sonstigen öffentlichen Interessen" zu berücksichtigen sind, "*die nach dem Luftfahrtgesetz wahrzunehmen sind*".

Auch die Folgejudikatur wird vom BVwG falsch interpretiert. In seinen Entscheidungen zu § 71 Abs 1 lit d LFG bezieht sich der VwGH immer auf die im Erkenntnis des Sen vom 20.10.1970, 1820/69, getroffene Auslegung. Es lassen sich alle vom VwGH identifizierten öffentlichen Interessen aus dem LFG ableiten:

- Die Erhöhung der Sicherheit der Luftfahrt liest sich aus dem gesamten Gesetz heraus (zB §§ 5, 86ff LFG und der gesamte 8. Teil).<sup>59</sup>
- Die Hintanhaltung von Gefährdungen von Leben, Gesundheit und Eigentum lässt sich aus § 133 LFG ableiten.<sup>60</sup>
- Der Schutz der Allgemeinheit (§§ 92, 96 und 124 LFG), die Hintanhaltung von Gefährdungen von Leben, Gesundheit und Eigentum und die Verhinderung von vermeidbaren Geräuschen lassen sich ua aus den §§ 5, 14, 122, 128, 133 LFG ableiten.<sup>61</sup>

Die Judikaturlinie des VwGH ist somit konsistent. Würde man dem VwGH – wie das BVwG – jedoch unterstellen, dass der VwGH in den Folgeentscheidungen zu 1820/69 den Kreis der sonstigen öffentlichen Interessen iSd § 71 Abs 1 lit d LFG über jenen des LFG hinaus erweitert habe, wäre der Gerichtshof – unter Missach-

---

<sup>58</sup> ErläutRV 307 8. GP, 36.

<sup>59</sup> VwGH 15.06.1994, 92/03/0141.

<sup>60</sup> VwGH 25.06.2008, 2007/03/0181.

<sup>61</sup> VwGH 30.09.2010, 2010/03/0110.

tion von § 13 Abs 1 Z 1 VwGG – von seiner eigenen Rsp eines verstärkten Senats abgewichen, was dem VwGH nicht unterstellt werden kann.

Nicht zuletzt ist auch der VfGH dieser Rsp des VwGH vorbehaltlos gefolgt.<sup>62</sup>

Das BVwG hat somit § 71 Abs 1 LFG rechtswidrig angewendet. Dies belastet das Erkenntnis mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit.

### 7.2.2 Unzulässige Ermessensübung

Das BVwG nimmt in seinem Erkenntnis insb auf S 113 an, dass ihm durch § 71 Abs 1 LFG einerseits die Übung von Ermessen, andererseits die Vornahme einer Interessenabwägung übertragen wäre. Mit beiden Annahmen ist das BVwG im Unrecht. Zunächst zum Ermessen:

Vorausgeschickt sei, dass auf rechtstheoretischer Ebene kein Unterschied zwischen der von unbestimmten Rechtsbegriffen gesteuerten Rechtsanwendung und Ermessensübung besteht.<sup>63</sup> Doch darum geht es nicht. Entscheidend ist, ob § 71 LFG aus rechtsdogmatischer Sicht Ermessen iSd Art 130 Abs 3 B-VG – oder eben eine **gebundene Entscheidung** – normiert.

Die Antwort ist eindeutig: § 71 LFG sieht eine bindende Regelung des Verhaltens der Verwaltungsbehörde vor.<sup>64</sup> "*Die Zivilflugplatz-Bewilligung ist zu erteilen, wenn ...*" die Voraussetzungen des § 71 Abs 1 lit a-c erfüllt sind und wenn gem § 71 Abs 1 lit d "*sonstige öffentliche Interessen nicht entgegenstehen*".

Weitere Genehmigungsvoraussetzungen normiert § 71 Abs 2 LFG für öffentliche Flugfelder und für Flughäfen (beides ist im Fall des Flughafens Wien maßgeblich).

An keiner Stelle ist damit der Behörde bzw dem BVwG Ermessen eingeräumt. Ein Ermessen wäre der Behörde bzw dem Gericht dann eingeräumt, wenn der Gesetzgeber – etwa durch die Verwendung des Worts "kann"<sup>65</sup> – dies klar intendiert hätte.<sup>66</sup> Der Maßstab ist dabei die Einräumung eines Ermessens "in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise".<sup>67</sup>

Dies trifft auf § 71 LFG jedoch nicht zu. Vielmehr handelt es sich hier um traditionelles konditionales Verwaltungsrecht: Es sind positive Voraussetzungen normiert, die erfüllt sein müssen, und negative Voraussetzungen, die nicht vorliegen dürfen. Die Behörde und das BVwG haben nach dem Gesetz zu prüfen, ob diese erfüllt

---

<sup>62</sup> VfGH 27.09.1990, G170/88.

<sup>63</sup> Grabenwarter, Ermessen und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (2010) 319 (322), mwN.

<sup>64</sup> Ebenso zB *Fuchs*, Verwaltungsermessen und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem BVwG und dem BFG (2014) 231 (247) FN 89.

<sup>65</sup> So zuletzt zB VwGH 16.12.2016, Ra 2014/02/0087 zu § 45 VStG oder VwGH 15.12.2016, Ra 2015/11/0059 zu § 18 Abs 2 WaffG; anders zu § 17 Abs 2 ForstG VwGH 29.05.2000, 97/10/0036 (dazu sogleich).

<sup>66</sup> Grabenwarter, aaO 323f mwN; als Bsp für Ermessensentscheidungen aus der Judikatur seien die vom BVwG in seinem Erkenntnis auf S 113 zitierten Entscheidungen des VwGH vom 01.03.2016, Ra 2015/11/0106, zu § 8 BEinstG und vom 26.04.2016, Ro 2015/03/0038, zu § 6 PrR-G genannt.

<sup>67</sup> Grabenwarter, aaO 325 mHin auf VwSlg 7789 A/1970.

sind bzw nicht vorliegen. Die Behörde und das BVwG sind nach dieser Bestimmung daran gebunden, ein "eindeutig bestimmbares Verhaltensgebot"<sup>68</sup> zu erfüllen. Das konkrete Verhaltensgebot ist hier die Prüfung, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 71 Abs 1 und 2 LFG vorliegen oder nicht. Für eine Ermessensübung – insb dahingehend, welche öffentlichen Interessen dabei zu berücksichtigen sind (und welche nicht), oder dass und wie diese gewichtet werden – bleibt dabei kein Raum.

Diese Auslegung wird insofern durch die Judikatur bestätigt, als der VwGH bereits zu den strukturell dem § 71 Abs 1 LFG sehr ähnlich gelagerten §§ 17 Abs 2 ForstG und 12 Abs 7 WaffG ausgesprochen hat, dass diese gerade kein Ermessen einräumen.<sup>69</sup> Anders zB § 17 Abs 3 ForstG, in dem Interessen explizit gegeneinander abgewogen werden sollen (arg "überwiegt").<sup>70</sup>

Das BVwG begründet seine Ermessensübung auf S 113 des Erkenntnisses mit Judikaten des VwGH vom 01.03.2016, Ra 2015/11/0106, zu § 8 BEinstG und vom 26.04.2016, Ro 2015/03/0038, zu § 6 PrR-G. Diese Bestimmungen – und damit auch die beiden Erkenntnisse des VwGH – sind jedoch mit § 71 Abs 1 LFG nicht nur inhaltlich, sondern auch rechtsdogmatisch nicht vergleichbar: Beide Bestimmungen räumen erkennbar Ermessen ein und enthalten dazu eine Vielzahl an Kriterien, an denen sich die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens zu orientieren hat. Zu § 8 BEinstG führt der VwGH im zitierten Erkenntnis vom 01.03.2016 aus, dass "*[d]er hinter § 8 BEinstG gelegene Sinn des Gesetzes liegt darin, dass der Behörde die Möglichkeit verschafft wird, abzuwägen, ob eher dem Arbeitnehmer eine Kündigung oder dem Dienstgeber eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses zugemutet werden kann.*" Zu § 6 PrR-G führt der VwGH in seinem Erkenntnis vom 18.05.2011, 2011/03/0034, – auf das er sich im vom BVwG zitierten Erkenntnis vom 26.04.2016 beruft – aus: "*Vorgegeben ist ein variables Beurteilungsschema, das eine Quantifizierung und einen Vergleich der einzelnen Bewerber im Hinblick auf die Zielsetzung zulässt, einen leistungsfähigen und in seinem Bestand kontinuierlichen Privatradiobetrieb sicherzustellen, der Gewähr für größtmögliche Meinungsvielfalt, eines der wesentlichsten Ziele des Privatrundfunkrechtes, bietet.*" Beiden Bestimmungen gemein ist somit die Regelung der Übung verwaltungsbehördlichen Ermessens durch die Abwägung verschiedener Interessen anhand klar definierter Kriterien.

---

<sup>68</sup> Grabenwarter in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (2010) 324.

<sup>69</sup> Arg der in dieser Hinsicht idente Wortlaut von § 12 Abs 7 WaffG ("ist von der Behörde [...] aufzuheben, wenn [...]") und § 71 Abs 1 LFG ("ist [von der Behörde] zu erteilen, wenn [...]"), VwGH 26.06.2014, Ro 2014/03/0063; im Fall von § 17 Abs 2 ForstG noch überzeugender, weil hier der VwGH trotz Vorliegens einer "Kann"-Bestimmung kein Ermessen der Behörde annimmt, VwGH 29.05.2000, 97/10/0036, 16.11.1998, 95/10/0147 mwN.

<sup>70</sup> ZB VwGH 29.05.2000, 97/10/0036; § 17 Abs 3 ForstG sieht sowohl eine Ermessensübung als auch eine Interessenabwägung vor.

§ 71 Abs 1 LFG ist demgegenüber gänzlich anders konstruiert: Nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung ("ist ... zu erteilen, wenn ...") hat die Behörde ausschließlich zu prüfen, ob die positiven Voraussetzungen für die Erteilung der Zivilflugplatzbewilligung vorliegen und ob sonstige öffentliche Interessen<sup>71</sup> entgegenstehen.

§ 71 Abs 1 LFG ähnelt aus rechtsdogmatischer Sicht schon aufgrund der Formulierung § 12 Abs 7 WaffG und § 17 Abs 2 ForstG, zu denen der VwGH bereits explizit ausgesprochen hat, dass diese Bestimmungen den Verwaltungsbehörden kein Ermessen einräumen.<sup>72</sup>

Für eine Ermessensübung besteht schon deshalb kein Raum, weil für eine solche in § 71 LFG keinerlei Kriterien vorgegeben sind und einer solchen damit auch – zumindest nach der Interpretation des BVwG – keine nachvollziehbaren Grenzen gesetzt wären. Dies kann dem Gesetzgeber jedoch nicht unterstellt werden, zumal die Bestimmung diesfalls verfassungswidrig unbestimmt wäre (Art 18 B-VG).

### 7.2.3 Unzulässige Interessenabwägung

Eine Auslegung des § 71 Abs 1 LFG zeigt weiters, dass diese Bestimmung – entgegen der Annahme des BVwG – auch keine Interessenabwägung normiert.

Vorausgeschickt sei, dass die Begriffe Interessenabwägung und Ermessensübung streng voneinander zu trennen sind. Eine Interessenabwägung ist von einer Verwaltungsbehörde oder einem VwG nur dort zu vorzunehmen, wo das Gesetz eine solche auch ausdrücklich – etwa durch Verwendung der Worte "überwiegen" oder "abwägen"<sup>73</sup> – normiert.<sup>74</sup> Nach Interessenabwägung kann eine gebundene Entscheidung oder Ermessen normiert sein.

Das BVwG unterscheidet diese Begriffe in seinem Erkenntnis insb auf S 113 nicht klar und spricht einerseits davon, die belangte Behörde habe öffentliche Interessen "*nicht in Abwägung gestellt*"; andererseits könne "*die Ermessensübung nicht als fehlerfrei gesehen werden*".

Auf dieser Grundlage listet das BVwG ab S 114 die für unser Vorhaben sprechenden öffentlichen Interessen (wenn auch gravierend unvollständig) und die gegen das Vorhaben sprechenden öffentlichen Interessen (wenn auch inhaltlich unrichtig bzw den Denkgesetzen widersprechend) auf und wägt sie auf den S 120 bis 127 gegeneinander (wenn auch beliebig gewichtet) ab.

---

<sup>71</sup> Zu diesem Begriff bereits oben 7.2.1.

<sup>72</sup> Zu § 17 Abs 2 ForstG zB VwGH 29.05.2000, 97/10/0036, 16.11.1998, 95/10/0147 mWN; zu § 12 Abs 7 WaffG VwGH 26. 6. 2014, Ro 2014/03/0063.

<sup>73</sup> Im Bereich des Luftfahrtrechts finden sich solche Bestimmungen zB in § 9 Abs 2 und 3, § 86 Abs 2, § 99 Abs 1 LFG; im Bereich des Anlagenrechts zB in § 17 Abs 3 ForstG, §§ 21 Abs 1 und 104a Abs 2 Z 2 WRG §§ 17 Abs 5 und 24f Abs 4 UVP-G, § 83 Abs 1 Z 1 MinroG, § 5 Abs 1 Z 7 RohrleitungsG sowie in den NSchG der Länder (statt vieler zB § 3a Abs 2 Z 1 Sbg NSchG).

<sup>74</sup> So zuletzt VwGH 10.05.2016, Ra 2016/22/0005 Rz 13, zum Anlagenrecht 20.03.2014, 2013/07/0243; 30.01.2014, 2013/05/0204; 24.07.2013, 2012/10/0144; 21.04.2010, 2007/03/0173.

Begründend für die Vornahme dieser Interessenabwägung wird auf S 109 pauschal behauptet, dass "[f]ür die Errichtung der dritten Piste des Flughafen Wien [...] also ein öffentliches Interesse vorhanden sein [muss] bzw dürfen gegenläufige öffentliche Interessen nicht **überwiegen**." Weiters seien "auch die der Genehmigung entgegenstehenden öffentlichen Interessen [...] **in Abwägung zu ziehen**."

Damit widerspricht das BVwG jedoch dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 71 LFG, der eine solche **Interessenabwägung nicht normiert**: "Die Zivilflugplatz-Bewilligung **ist zu erteilen, wenn** ... sonstige öffentliche Interessen nicht entgegenstehen". Für eine Interessenabwägung besteht dabei kein Raum.

Nichts anderes ist auch der bisherigen Judikatur des VwGH zu dieser Bestimmung zu entnehmen: "[D]ie Errichtung eines Flughafens [kann] nur dann bewilligt werden ..., wenn dem keine öffentlichen Interessen im Sinne des § 71 Abs. 1 LFG entgegenstehen und das öffentliche Interesse im Sinne des § 71 Abs. 2 LFG gegeben ist."<sup>75</sup> Von einer Interessenabwägung, wie sie in zahllosen anderen Bestimmungen des Anlagenrechts vorgesehen ist, kann hier eindeutig nicht die Rede sein. Im gegenständlichen Fall besteht für eine solche schon nach dem Wortlaut des § 71 Abs 1 kein Raum.

Anderes gilt bspw für den von *Pabel* in der vom BVwG mehrfach angezogenen Literaturstelle angeführten § 17 Abs 3 ForstG: Nach dieser Bestimmung kann die Behörde in bestimmten Konstellationen die Rodungsbewilligung erteilen, wenn ein öffentliches Interesse an einer anderen Verwendung der zur Rodung beantragten Fläche das öffentliche Interesse an der Erhaltung der Fläche als Wald überwiegt.

#### 7.2.4 Demokratische Staatsorganisation

Wie dargelegt, hat das BVwG verkannt, dass es sich bei § 71 LFG um eine gebundene Entscheidung handelt und weder Ermessen einräumt noch eine Interessenabwägung normiert.

Die Vorgangsweise des BVwG erinnert an das Phänomen der "Ungeduld des Interpreten" bzw der "Unzufriedenheit des Rechtsanwenders mit dem Gesetz". Da sich die Vertragsparteien des Übereinkommens von Paris in der Folgekonferenz in Marokko nicht auf konkrete Maßnahmen einigen konnten und da das nationale Klimaschutzgesetz nur zur Befassung von Kommissionen, aber nicht zu Maßnahmen führt, will nun offenbar das BVwG die Initiative ergreifen und sowohl die Politik als auch die verschiedenen Gesetzgeber sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene überholen.

Die Annahme des BVwG, zu einer derart umfassenden Abwägungsentscheidung befugt und zur Übung von weitreichendem Ermessen ermächtigt zu sein, in der jedwedes öffentliche Interesse zur Abweisung eines Antrags führen kann, trifft jedoch – wie dargelegt – nicht zu.

Wenn man Interessenabwägungen und Ermessensentscheidungen in einem derart uferlosen und nicht näher determinierten Umfang und ohne Abwägungskriterien

---

<sup>75</sup> VwGH 20.10.1970, 1820/69.

zuließe, so wäre dies mit den Grundsätzen der demokratischen Staatsorganisation Österreichs unvereinbar. In diesem System ist es die **Aufgabe der demokratisch legitimierten Gesetzgebung**, Maßnahmen zum Klimaschutz und Maßnahmen zur Minimierung des Bodenverbrauchs festzulegen. Solange die zuständige Gesetzgebung in diesen Zusammenhängen Festsetzungen nicht getroffen hat, ist es nicht die Befugnis der Verwaltung oder der Gerichte, im Einzelfall rechtssetzend tätig zu werden.<sup>76</sup>

Hinzu kommt, dass Gerichte auch nicht mittelbar demokratisch legitimiert sind und auch keiner politischen Verantwortung unterliegen. Der Entscheidungsspielraum, welcher der Verwaltung – oder gar den Gerichten – in einer demokratischen Staatsorganisation zukommt, wurde mit dem vorliegenden Erkenntnis verlassen.

Aufgabe der Verwaltung und der Verwaltungsgerichte ist es, den gem Art 1 B-VG demokratisch in Gestalt der Gesetze erzeugten Volkswillen zu vollziehen. Aus dem Legalitätsprinzip folgt außerdem die **Bindung der Verwaltung an die Gesetze**. Ein Handeln ist nur aufgrund des Gesetzes erlaubt. Dementsprechend muss jedes Handeln des Staates auf ein Gesetz zurückgeführt werden können, womit gewährleistet ist, dass jede Ausprägung der Staatsgewalt demokratisch legitimiert ist.<sup>77</sup> Ein Agieren im rechtsfreien Raum – so wie im vorliegenden Fall geschehen – ist dem BVwG verwehrt.

Eine verfassungskonforme Interpretation gebietet daher eine entsprechend eingeschränkte Auslegung des § 71 LFG.

#### 7.2.5 Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die mehrfach rechtswidrige Auslegung des § 71 LFG das Erkenntnis mit Rechtswidrigkeit belastet, die zu dessen Aufhebung führen muss.

Doch selbst wenn man annehmen wollte, dass die Auslegung des § 71 LFG durch das BVwG zutreffend erfolgte, diese Bestimmung somit eine nahezu grenzenlose Interessensabwägung sowie die Übung verwaltungsbehördlichen Ermessens vorsähe und jedwedes öffentliches Interesse ein Versagungsgrund sein könne, hätte das BVwG rechtswidrig entschieden:

- Insb hat das BVwG die Rechtsvorschriften und -instrumente zum Klimaschutz grundlegend missverstanden und dabei maßgebliche Rechtsvorschriften außer Betracht gelassen. Dadurch hat das BVwG verkannt, dass die CO<sub>2</sub>-Emissionen der Luftfahrzeuge nur die Luftfahrtunternehmen, nicht aber die Flughäfen betreffen (Pkt 7.3).
- Weiters hat das BVwG die Verpflichtungen aus GRC, B-VG, NÖ LV missinterpretiert (Pkt 7.4).

---

<sup>76</sup> Oberndorfer in Korinek/Holoubek (Hrsg), Kommentar zum Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 1 B-VG Rz 22f.

<sup>77</sup> Berka, Verfassungsrecht<sup>6</sup> 155.

- Vor allem aber: Selbst wenn der Klimaschutz im Verfahren nach § 71 LFG relevant wäre (was nicht zutrifft) und selbst wenn die CO<sub>2</sub>-Emissionen der internationalen Luftfahrt dem Flughafen zurechenbar wären (was ebenfalls nicht zutrifft), wurde die Klimaschutzbetrachtung in einer gegen die Denkgesetze verstoßenden Weise vorgenommen (Pkt 7.5).
- Ähnliches gilt für die Bodeninanspruchnahme (Pkt 7.6).
- Für die Mitabweisung der Verlegung der Landesstraße B 10 fehlt es an jeglicher Rechtsgrundlage (Pkt 7.7).
- In formaler Hinsicht hätten die unzulässigen (auf öffentliche Interessen bezogenen) Einwendungen von Nachbarn als unzulässig zurückgewiesen werden müssen (Pkt 0).
- Schließlich sind iZm den Betrachtungen zu Klimaschutz und Bodenverbrauch auch noch einige wesentliche Verfahrensmängel unterlaufen (Pkt 7.9).

Dazu der Reihe nach im Folgenden.

### 7.3 Klimawandel-Instrumente grundlegend falsch interpretiert

#### 7.3.1 Allgemeines

In seiner "Interessenabwägung" stützt das BVwG seine wesentlichen Aussagen im Hinblick auf Treibhausgasemissionen (THG-Emissionen) auf seine eigenen Berechnungen auf S 76f des Erkenntnisses. Kurz zusammengefasst wird dort versucht, die THG-Emissionen des Flugverkehrs dem Vorhaben 3. Piste zuzurechnen. Dies ist rechtlich völlig verfehlt.

Die Herausforderungen beim Thema Klimawandel sind ua deshalb groß, weil die Ursachen und die Wirkung des Klimawandels nicht auf einzelne Regionen und Staaten der Erde beschränkt sind – und auch nicht beschränkt werden können –, sondern den gesamten Planeten betreffen. Gleichzeitig sind die maßgeblichen Akteure der internationalen Politik immer noch Nationalstaaten mit einzelstaatlichen Interessen. In Europa nimmt die Europäische Union einen zentralen Platz im Kampf gegen den Klimawandel ein.<sup>78</sup> Wenig verwunderlich hat sich daher schon sehr früh die Einsicht durchgesetzt, dass diesem Phänomen – genauer gesagt: dem anthropogen verursachten Anteil an diesem – **nur mit internationalen Vereinbarungen und Maßnahmen** beizukommen ist.<sup>79</sup>

#### 7.3.2 Internationale Ebene

Mit dem **Übereinkommen von Paris** vom 12.12.2015<sup>80</sup> haben die 195 Mitgliedstaaten der Klimarahmenkonvention der Vereinten Nationen (UNFCCC) die Nach-

---

<sup>78</sup> Siehe [https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies\\_de\\_\(abgerufen\\_03.03.2017\)](https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies_de_(abgerufen_03.03.2017)), wo die Strategien und Ziele der EU zum Klimaschutz dargestellt werden.

<sup>79</sup> Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen samt Anlagen BGBl 414/1994; weiters [https://ec.europa.eu/clima/policies/international\\_de\\_\(abgerufen\\_03.03.2017\)](https://ec.europa.eu/clima/policies/international_de_(abgerufen_03.03.2017)), wo die internationalen Klimabemühungen aufgelistet werden.

<sup>80</sup> Übereinkommen von Paris BGBl III 2016/197.

folge für das **Kyoto-Protokoll**<sup>81</sup> in Angriff genommen. Das Abkommen trat am 04.11.2016 in Kraft. Das Ziel, den globalen Durchschnittstemperaturanstieg auf deutlich unter 2°C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu halten, soll über entsprechende Reduktionszusagen der **Mitgliedstaaten** erreicht werden, die einer laufenden Revision unterliegen.<sup>82</sup>

Bei den beiden internationalen Abkommen handelt es sich um nicht unmittelbar anwendbare Abkommen. Sie verlangen umfassende, auf die Lastenverteilung ausgerichtete politische Prozesse in den beteiligten Staaten. Auswirkungen auf einzelne Projektgenehmigungsverfahren ergeben sich aus diesen internationalen Abkommen jedoch noch keine. Zutreffend hat der VwGH zum Kyoto-Protokoll festgestellt:<sup>83</sup> *"Aus dem Kyoto-Protokoll kann nicht abgeleitet werden, dass Projekte (wie im vorliegenden Fall ein Bundesstraßenprojekt), die eine gewisse Erhöhung der Emissionen von klimarelevanten Gasen bewirken, nicht zulässig wären"*. Nichts anderes kann für das Übereinkommen von Paris gelten. **Es bedarf erst politischer Entscheidungen und gesetzgeberischer Akte.**

Derartige internationale Abkommen können somit von vornherein kein Grund für die Versagung einer konkreten Projektgenehmigung sein.

Im Hinblick auf die hier interessierende Luftfahrt kommt aber noch ganz entscheidend hinzu: **Die internationale Luftfahrt ist von der Anwendbarkeit** des Kyoto-Protokolls ausdrücklich **ausgenommen**. Daher scheint die internationale Luftfahrt auch nicht in den nationalen Emissionsinventuren gemäß den IPCC-Richtlinien auf. Dies ergibt sich ua aus Punkt 4 des Beschlusses 2/CP.3, wonach Emissionen aus dem internationalen Flugverkehr nicht in die nationalen Gesamtsummen aufzunehmen sind.

Im Hinblick auf die Besonderheiten der Luftfahrt richtet Art 2 Abs 2 Kyoto-Protokoll an die **UNO**, konkret an die International Civil Aviation Organization ("**ICAO**"), die Aufforderung, Schritte zur Begrenzung oder Reduktion der Emissionen in diesem Bereich zu setzen.<sup>84</sup> Nichts anderes gilt für das Übereinkommen von Paris. Auch dort wird die Luftfahrt nicht erwähnt.<sup>85</sup>

Entsprechend dem Auftrag des Kyoto-Protokolls wurde im Herbst 2016 von der ICAO auf Grundlage einer Resolution der Generalversammlung ein globales markt-basiertes System ("**GMBM**") zur Reduktion von CO<sub>2</sub>-Emissionen der internationa-

---

<sup>81</sup> Protokoll von Kyoto zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen samt Anlagen BGBl III 2005/89.

<sup>82</sup> Übereinkommen von Paris BGBl III 2016/197.

<sup>83</sup> VwGH 24.08.2011, 2010/06/0002 zur A 5 Nordautobahn.

<sup>84</sup> Das Protokoll von Kyoto zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen (Beschluss 2/CP.3) <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpger.pdf> (1997) 37 (abgerufen 15.03.2017); siehe auch BGBl III 2005/89 und ErläutRV 987 BlgNR 21. GP 5.

<sup>85</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, KOM (2016) 110, 10; [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-3326\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3326_de.htm) (abgerufen 15.03.2017).

len Luftfahrt beschlossen.<sup>86</sup> Dieses System ist unter der Kurzbezeichnung "**CORSIA**" bekannt. Im Unterschied zum EU-Emissionshandelssystem ("EU-ETS") handelt es sich bei CORSIA um ein sogenanntes Ausgleichssystem ("Offsetting-System"), bei dem nicht wie im Emissionshandel eigene Zertifikate ausgegeben werden, sondern die CO<sub>2</sub>-Emissionen durch den Kauf von bereits am Markt befindlichen Zertifikaten kompensiert werden. "Offsetting" bedeutet Kompensation von CO<sub>2</sub> durch globale projektbasierte Mechanismen (GMBM), zB Clean Development Mechanism von UNFCCC), Programme (zB REDD +) oder Projekte. Der Ausgleich erfolgt durch den Erwerb und die Rücknahme von Emissionseinheiten, die sich aus verschiedenen Quellen von Emissionsreduktionen ergeben, die durch ebendiese Mechanismen erreicht werden.<sup>87</sup> Die Pilotphase von CORSIA von 2021 bis 2026 wird freiwillig sein. Jedoch werden alle EU-Mitgliedstaaten von Beginn an dabei sein und gehören 18 der teilnehmenden Staaten zu den 20 Staaten mit dem größten internationalen Zivilluftfahrtsektor.

In der zweiten Phase (2027-2035) ist die Teilnahme für alle Länder mit bedeutendem Luftverkehrssektor verbindlich.

Das Ziel ist ein **klimaneutrales Wachstum des globalen Luftverkehrs von 2020-2035**. In der anschließenden Phase bis 2050 sollen die CO<sub>2</sub>-Emissionen gegenüber dem Ausgangszustand 2005 um 50 % reduziert werden.

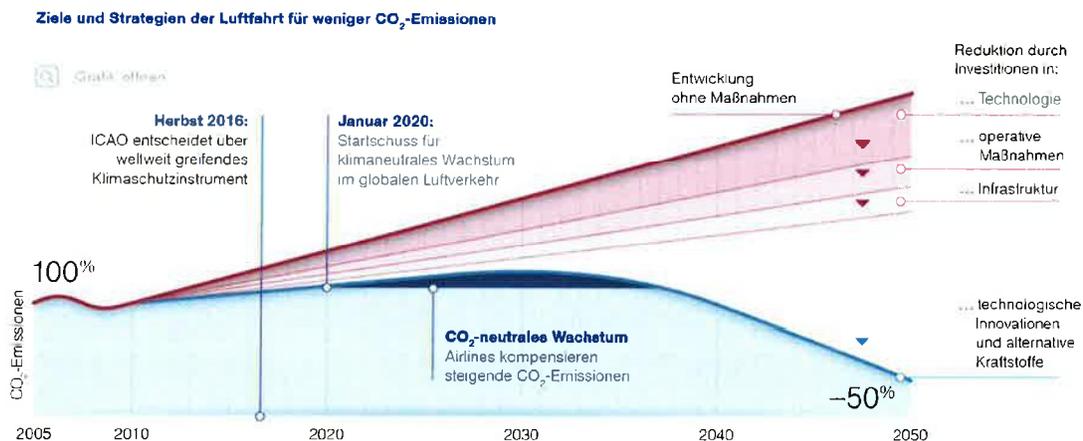


Abbildung 1: Ziele und Strategien der internationalen Luftfahrt<sup>88</sup>

<sup>86</sup> UN Generalversammlung Consolidated statement of continuing ICAO policies and practices related to environmental protection – Global Market-based Measure (MBM) scheme Resolution A39-3 vom 17.10.1984, A/RES/39/3 [http://www.icao.int/environmental-protection/Documents/Resolution\\_A39\\_3.pdf](http://www.icao.int/environmental-protection/Documents/Resolution_A39_3.pdf) (Stand 16.03.2017).

<sup>87</sup> ICAO, What is CORSIA and how does it work? [http://www.icao.int/environmental-protection/Pages/A39\\_CORSIA\\_FAQ2.aspx](http://www.icao.int/environmental-protection/Pages/A39_CORSIA_FAQ2.aspx) (Stand 16.03.2017); Bundesverband der Deutschen Luftverkehrswirtschaft, Positionspapier: CORSIA: Globales marktbasierendes Klimaschutzinstrument für den internationalen Luftverkehr | Januar 2017 <https://www.bdl.aero/download/2407/bdl-positionspapier-zum-icao-klimaschutzinstrument-corsia.pdf> (Stand 16.03.2017).

<sup>88</sup> [https://www.lufthansagroup.com/fileadmin/downloads/de/politikbrief/02\\_2016/epaper/epaper/grafiken/grafik-3\\_1.png](https://www.lufthansagroup.com/fileadmin/downloads/de/politikbrief/02_2016/epaper/epaper/grafiken/grafik-3_1.png) (Stand 17.03.2017).

Die Maßnahmen, die dazu eingesetzt werden sollen, sind vielgestaltig; nur bspw:

- Technologische Entwicklung von leichteren Luftfahrzeugen und emissionsärmeren Turbinen,
- Alternative Kraftstoffe und Antriebe,
- Verbesserung des Flugverkehrsmanagements, zB in Europa durch das Ziel eines einheitlichen europäischen Luftraums namens "Single European Sky",<sup>89</sup>
- Verbesserung der Verfügbarkeit von Flughäfen und Pisten (!), um Umwege und Warteschleifen zu minimieren.

Dass die bislang eingesetzten Maßnahmen auch wirksam sind, beweisen bspw folgende Zahlen: In Deutschland ist der durchschnittliche Verbrauch je Personenkilometer seit 1990 um 42 % gesunken (aktuell ca 3,6 l pro 100 km). Optimierungen der Flugwege durch die deutsche Flugsicherungsbehörde – und damit Vermeidung von Umwegen – haben allein im Jahr 2015 zu einer Emissionsreduktion von 65.000 t CO<sub>2</sub> bewirkt.<sup>90</sup> Die neue Generation der Airbus-Luftfahrzeuge mit dem Zusatz "neo" verringert den Treibstoffverbrauch und die CO<sub>2</sub>-Emissionen um gleich 20%.

Hervorzuheben ist in Bezug auf die Luftfahrt: Entgegen der Annahme des BVwG soll aufgrund der internationalen Vereinbarungen (einschließlich Kyoto-Protokoll und Übereinkommen von Paris) nicht etwa der Flugverkehr beschränkt werden. Vielmehr soll im Zeitraum **2027-2035** ein **klimaneutrales Wachstum (!) der Luftfahrt** sichergestellt werden. Zu diesem Schluss wäre das BVwG auch selbst gekommen, hätte es "CORSIA" seiner Entscheidung zugrunde gelegt.

Das BVwG lässt nicht nur diese für die Luftfahrt einschlägigen internationalen Klimaschutz-Regelungen außer Acht, sondern auch die daraus abgeleiteten europäischen Grundlagen, wie zB die TEN-V-VO, das Weißbuch Verkehr und die Luftfahrtstrategie für Europa:

In Anhang II der **TEN-V-VO**<sup>91</sup> ist der Flughafen Wien-Schwechat als einer der "**Hauptflughäfen**" (Art 41 Abs 3) des europäischen Kernnetzes angeführt. Dem Flughafen Wien kommt somit nach Art 38 TEN-V-VO ua die Aufgabe zu, die wachsende Mobilität zu bewältigen, einen hohen Sicherheitsstandard zu gewährleisten und ein **CO<sub>2</sub>-armes Verkehrssystem** aufzubauen (sic!). Die Erwähnung des "CO<sub>2</sub>-armen Verkehrssystems" mag in diesem Zusammenhang auf den ersten Blick verwundern. Bei näherer Betrachtung ist jedoch die Situierung von Hub-Flughäfen dort, wo die Wegstrecken am kürzesten sind, eine der wichtigen Maß-

---

<sup>89</sup> Vgl *Europäisches Parlament*, Kurzdarstellung zu Artikel 100 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union  
[http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/de/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_5.6.9.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/de/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.6.9.html) (Stand 17.03.2017).

<sup>90</sup> *Bundesverband der Deutschen Luftverkehrswirtschaft*, Klimaschutzreport 2016  
[http://www.bdl.aero/de/veroeffentlichungen/klimaschutzreport\\_2016/](http://www.bdl.aero/de/veroeffentlichungen/klimaschutzreport_2016/) (Stand 17.03.2017).

<sup>91</sup> VO (EU) 1315/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2013 über Leitlinien der Union für den Aufbau eines transeuropäischen Verkehrsnetzes und zur Aufhebung des Beschlusses 661/2010/EU, ABI L 348/1 vom 20.12.2013 (TEN-V-VO).

nahmen zur CO<sub>2</sub>-Reduktion in der Luftfahrt. Wien ist aufgrund seiner geographischen Lage ein solcher "natürlicher" Hub. Hinzu kommt, dass das Vermeiden von Kapazitätsengpässen (Stau der Luftfahrzeuge beim Start, Kreisen vor der Landung, Ausweichverkehr) ebenfalls eine wichtige Maßnahmen zur CO<sub>2</sub>-Reduktion in der Luftfahrt ist.

Im **Weissbuch Verkehr**<sup>92</sup> der Europäischen Kommission findet sich auf S 6 die Aussage, dass die Einschränkung der Mobilität keine Option ist. Weiters wird dort in Punkt 31 explizit darauf hingewiesen, dass im Luftverkehr die Steigerung der Effizienz der Flugzeuge und des Flugverkehrsmanagements angestrebt werden muss. *"Es ist aber darauf zu achten, dass der Flugverkehr in der EU keinen übermäßigen Belastungen ausgesetzt wird, die die Rolle der EU als 'globales Luftverkehrs-drehkreuz' beeinträchtigen könnten. Die **Flughafenkapazität muss optimiert und, wo nötig, erhöht werden**, um die steigende Flugreisenachfrage nach und von Drittländern sowie ansonsten schlecht angebundenen Regionen Europas zu bewältigen ...."*

In der **Luftfahrtstrategie für Europa**<sup>93</sup> wird dieser Gedanke weiter gesponnen und ausgeführt, dass *"[d]ie größte Herausforderung im Hinblick auf das Wachstum der europäischen Zivilluftfahrt ... die **Verringerung der Kapazitäts- und Effizienzengpässe** [ist], die das Potenzial der europäischen Luftfahrtbranche für nachhaltiges Wachstum und internationale Wettbewerbsfähigkeit stark einschränken und zu Überlastung, Verspätungen und steigenden Kosten führen. ... Eine solch ineffiziente Nutzung des Luftraums verursacht höhere Preise und Verspätungen für Flugreisende sowie einen **höheren Kraftstoffverbrauch und höhere CO<sub>2</sub>-Emissionen** für die Betreiber. Sie behindert außerdem unsere Bemühungen um einen besseren Umweltschutz."*<sup>94</sup>

Eine Optimierung und **Erhöhung der Flughafenkapazitäten** ist daher erklärtes Ziel der Europäischen Union, nicht nur, um die internationale Wettbewerbsfähigkeit zu sichern, sondern auch, **um die CO<sub>2</sub>-Emissionen zu reduzieren** und den Umweltschutz zu verbessern.

Das BVwG hat das Kyoto-Protokoll und das Übereinkommen von Paris fälschlich auf die Luftfahrt angewendet und die stattdessen maßgeblichen internationalen Rechtsgrundlagen und Programme – insb das auf UNO- bzw ICAO-Ebene implementierte System CORSIA – zu Unrecht nicht einmal erwähnt. Dieses unrichtige und unvollständige Heranziehen internationaler Rechtsgrundlagen ist rechtswidrig und führt zu falschen Ergebnissen.

---

<sup>92</sup> Weißbuch, Fahrplan zu einem einheitlichen europäischen Verkehrsraum – Hin zu einem wettbewerbsorientierten und ressourcenschonenden Verkehrssystem KOM (2011) 144 endg.

<sup>93</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen KOM (2015) 0598 endg.

<sup>94</sup> KOM (2015) 0598 endg 6.

### 7.3.3 EU-Ebene

Auch die **Europäische Union** hat das Kyoto-Protokoll und das Übereinkommen von Paris ratifiziert. Schon auf Grundlage des Kyoto-Protokolls hat die Europäische Union die Weichen in Richtung THG-Emissionsreduktion gestellt und entsprechende Rechtsakte erlassen.

Die Europäische Klimaschutzpolitik beruht auf 2 Säulen:

- Erste Säule ist das EU-Emissionshandelssystem (EU-ETS).<sup>95</sup>
- Zweite Säule ist die Lastenteilungsentscheidung (**Effort-Sharing-Decision, ESD**).<sup>96</sup>

Diese zwei Säulen sind strikt voneinander zu unterscheiden und **schließen einander aus**.

Im Folgenden werden die unionsrechtlichen Grundlagen jeweils im Verbund mit der nationalen Umsetzung in Österreich behandelt. Dabei zeigt sich, dass das BVwG grundlegenden Rechtsirrtümern unterliegt.

### 7.3.4 Emissionszertifikatehandel (ETS) und EZG

Aus Anlass der Vorgaben des Kyoto-Protokolls zum Klimaschutz wurde auf EU-Ebene im Jahr 2005 das **EU-ETS** – das europäische Emissionszertifikatesystem – eingeführt. Mit der **RL 2008/101/EG** wurde mit Wirksamkeit ab 2012 – international heftig umstritten – auch die **Luftfahrt** in das EU-ETS miteinbezogen, womit die EU der internationalen Gemeinschaft vorausgeeilt ist. Das EU-ETS gilt derzeit nur für Flüge, die innerhalb des EWR-Raums starten und landen und nur bis 2020.<sup>97</sup>

Inwieweit **ab 2021 CORSIA das EU-ETS ersetzen** bzw das EU-ETS in CORSIA integriert wird, kann erst nach weiteren Verhandlungsergebnissen zwischen der ICAO und der EU beurteilt werden.<sup>98</sup> Dazu liegt derzeit ein Vorschlag für eine VO zur Änderung der RL 2003/87/EG<sup>99</sup> und zur **Vorbereitung der Umsetzung von GMBM im EWR-Raum** vor.<sup>100</sup>

<sup>95</sup> RL 2003/87/EG über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft, ABI L 2003/275, 32 zuletzt geändert durch RL 2009/29/EG, ABI L 2009/140, 63.

<sup>96</sup> Entscheidung 406/2009/EG über die Anstrengungen der Mitgliedstaaten zur Reduktion ihrer Treibhausgasemissionen mit Blick auf die Erfüllung der Verpflichtungen der Gemeinschaft zur Reduktion der Treibhausgasemissionen bis 2020, ABI L 2009/140, 136.

<sup>97</sup> *Europäische Kommission, EU ETS Handbook* 89 [https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/docs/ets\\_handbook\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/docs/ets_handbook_en.pdf) (Stand 20.03.2017).

<sup>98</sup> Bericht-Jahresvorschau BMVIT 2017 III-353 BlgNR 25.GP 9f; *Europäische Kommission*, Pressemitteilung 03.02.2017 [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-189\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-189_de.htm) (Stand 20.03.2017).

<sup>99</sup> RL 2003/87/EG ABI L 2003/ 275, 32.

<sup>100</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zur Aufrechterhaltung der derzeitigen Einschränkung ihrer Anwendung auf Luftverkehrstätigkeiten und zur Vorbereitung der Umsetzung eines globalen marktbasierenden Mechanismus ab 2021, KOM (2017) 54 endg 2f.

Das EU-ETS, dh der Emissionszertifikatehandel, ist somit derzeit in der EU das zentrale Instrument zur Reduktion der THG-Emissionen im Luftverkehr. Sobald größere Klarheit über die Ausgestaltung des von der ICAO beschlossenen GMBM herrscht, wird eine Neubewertung und Überarbeitung des EU-ETS für die Zeit nach 2020 stattfinden. Eine fortgehende rechtliche Existenz des EU-ETS nach 2020 steht somit noch in den Sternen.

Dass die zwei Säulen des unionsrechtlichen Klimaschutzes (EU-ETS und ESD) strikt voneinander zu unterscheiden sind und **einander ausschließen**, wird nicht zuletzt auch durch die **VO 1031/2010/EU**<sup>101</sup> untermauert. Diese unterscheidet klar zwischen der Zuteilung von Zertifikaten für Treibhausgasemissionen aus Luftverkehrstätigkeiten (an die Luftfahrzeugbetreiber) und der Zuteilung von Zertifikaten für ortsfeste Anlagen (an die Anlageninhaber). Das Unionsrecht geht jedenfalls von der richtigen Einsicht aus, dass es den Luftfahrtunternehmen – und nicht dem Flughafenbetreiber – obliegt, die von Luftfahrzeugen ausgehenden CO<sub>2</sub>-Emissionen im Rahmen des Erwerbs und der Abgabe von Zertifikaten zu steuern.

Der **EU-Emissionshandel** ist seit 2012 **das zentrale Instrument** zur Reduktion der THG-Emissionen im **Luftverkehr**. Der Emissionshandel basiert auf der Grundannahme, dass bestimmte Tätigkeiten nur durchgeführt werden dürfen, wenn der Betreiber über handelbare Emissionsrechte verfügt. Durch dieses marktbasiertere Instrument soll gewährleistet werden, dass Emissionsreduktionen dort durchgeführt werden, wo die Kosten am günstigsten sind. Dadurch sollen die Gesamtkosten für die Emissionsreduktionen gesenkt werden.<sup>102</sup>

Die Umsetzung der **EU-Emissionshandels-RL** erfolgte in Österreich im Emissionszertifikatesgesetz (**EZG**). Der **Luftverkehr** unterliegt diesem aufgrund des § 2 Abs 1 Z 2 iVm Anhang 2 EZG.

Wesentlich ist in Bezug auf den Luftverkehr: Die Verpflichteten nach diesem Gesetz sind die **Luftfahrzeugbetreiber** und – anders als sonst – nicht die Anlageninhaber.

Nach dem EZG hat jeder Luftfahrzeugbetreiber die von seinen Luftfahrzeugen ausgestoßenen Emissionen zu überwachen und dem BMLFUW ein Überwachungskonzept vorzulegen (§ 8 EZG), Emissionsmeldungen gem § 9 EZG zu erstatten und sich nach den Bestimmungen des § 10 iVm § 14 EZG einer Prüfung unterziehen zu lassen. Die Zuteilung und Vergabe von Emissionszertifikaten erfolgt nach den §§ 28 ff EZG. Die **Luftfahrzeugbetreiber** sind sodann verpflichtet, dem BMLFUW bis zum 30.04. eines jeden Jahres die Anzahl von Emissionszertifikaten abzugeben, die den nach § 10 EZG geprüften Gesamtemissionen der von ihm betriebenen Luftfahrzeuge im vorhergehenden Kalenderjahr entspricht (§ 33 EZG).

---

<sup>101</sup> VO (EU) über den zeitlichen und administrativen Ablauf sowie sonstige Aspekte der Versteigerung von Treibhausgasemissionszertifikaten gemäß der RL 2003/87/EG vom 12.11.2010. Diese unterscheidet in ihrem gesamten Inhalt zwischen Anlageninhabern und Luftfahrzeugbetreibern.

<sup>102</sup> Siehe Art 1 RL 2003/87/EG ABI L 2003/275, 32.

Es kann somit festgehalten werden, dass mit dem Europäischen Emissionshandel für den Luftverkehr ein verpflichtendes und abschließendes System zur Reduktion von THG-Emissionen geschaffen wurde. Normadressaten für den Luftverkehr sind ausschließlich die **Luftfahrzeugbetreiber**.

Der **Betrieb von Flugplätzen** hingegen ist vom Emissionshandel **nicht erfasst**. Nach dem EZG ist nämlich glasklar zwischen den Emissionen aus Anlagen (hier: Flughafen) und Emissionen der Luftfahrzeuge zu unterscheiden (vgl nur § 3 Z 2 EZG).<sup>103</sup> Normadressat für die CO<sub>2</sub>-Emissionen des Flughafens könnte – wenn überhaupt – nur der Inhaber der Anlage, dh des Flughafens, hier die Flughafen Wien AG sein. Normadressat für die CO<sub>2</sub>-Emissionen des **Flugbetriebs** sind hingegen die **Luftfahrzeugbetreiber**, also die Fluglinien.

Der Betrieb von Luftfahrzeugen und der Betrieb von Flugplätzen sind unter dem Gesichtspunkt des Klimaschutzes **strikt zu trennen**.

**Die CO<sub>2</sub>-Emissionen der Luftfahrzeuge gelten nicht als CO<sub>2</sub>-Emissionen des Flughafens.**

Hinsichtlich Anlagengenehmigung ist ergänzend anzumerken:

Das **EZG** enthält in den **§§ 4-6 Genehmigungsbestimmungen für Anlagen**, die auch im UVP-Genehmigungsverfahren mitanzuwenden wären. Diese sehen **nicht** vor, dass eine Genehmigung aus Klimaschutzgründen versagt werden könnte. Für Flughäfen gelten **nicht** einmal diese Regelungen (Flughäfen sind in Anhang 1 und 3 nicht angeführt). Da diese Regelungen des EZG hinsichtlich der THG-Emissionen von Anlagen abschließend sind, ist es schon aus diesem Grund **unzulässig**,

- für **Flughäfen** in einem Anlagengenehmigungsverfahren überhaupt irgendwelche Vorschriften zu machen und
- gar **eine Genehmigung zu versagen**.
- Weiters ist es unzulässig, diese Rechtsvorschriften dadurch zu "**umgehen**", dass eine nach anderen Gesetzen (hier: LFG) vorgesehene Beurteilung öffentlicher Interessen als Genehmigungshindernis hinsichtlich THG-Emissionen gedeutet wird.

Zusammenfassend gilt daher:

Indem das BVwG die CO<sub>2</sub>-Emissionen der Luftfahrzeuge und des Flugverkehrs fälschlich – entgegen allen maßgeblichen Rechtsgrundlagen – dem Flughafen zugeordnet hat, belastet es den Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit.

Indem das BVwG gegen die abschließende Regelung des EZG betreffend THG-Emissionen von Anlagen verstößt, belastet es den Bescheid auch aus diesem Grund mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit.

---

<sup>103</sup> So auch in der Literatur: *Kohlbach/Wollansky*, EZG (2012) § 4 Rz 23.

### 7.3.5 Effort-Sharing-Decision (ESD) und KSG

Da Flughäfen – wie eben gezeigt – nicht der ersten Säule des europäischen Klimaschutzrechts unterliegen, ist die zweite Säule der Europäischen Klimaschutzpolitik, die Effort-Sharing-Decision zu betrachten. Nach dieser Entscheidung sollen die THG-Emissionen all **jener Sektoren, die nicht dem Emissionszertifikatehandel unterliegen**, zwischen 2013-2020 – je nach Wirtschaftsleistung der Mitgliedstaaten unterschiedlich stark – reduziert werden. Von dieser Entscheidung ist daher auch der Flughafen und das Vorhaben 3. Piste potenziell betroffen (die Anlage, nicht jedoch der Flugverkehr).

Österreich hat sich dazu verpflichtet, 16% an Treibhausgasemissionen gegenüber 2005 zu reduzieren.<sup>104</sup> Wie die Mitgliedstaaten ihre Ziele erreichen, wird nicht definiert und ist den Mitgliedstaaten überlassen. In Österreich ist insb das Klimaschutzgesetz (**KSG**) Ausfluss der ESD.

Zum KSG sind im Hinblick auf unser Vorhaben folgende drei Punkte festzuhalten:

1. Aus dem KSG ergeben sich keine Verpflichtungen im Hinblick auf die Genehmigung konkreter Projekte. Das Klimaschutzgesetz ist gewissermaßen als "Initialzündung" eines politischen Prozesses zu sehen, weshalb die zentrale Bestimmung des Gesetzes zu **Verhandlungen auf politischer Ebene** aufruft (§ 3 KSG). Erst das Ergebnis dieser Verhandlungen wird – aber das ist zum heutigen Zeitpunkt reine Spekulation – in konkrete gesetzliche Verpflichtungen münden. Das KSG ist daher in Genehmigungsverfahren ganz generell nicht anwendbar.

Der zentrale Satz des Gesetzes bestimmt, dass **auf politischer Ebene "Verhandlungen zu führen sind"** (§ 3 KSG). Nichts anderes ergibt sich auch aus dem auf S 79ff des angefochtenen Erkenntnisses – überaus ausführlich – wiedergegebenen Ministerratsbeschluss, der nichts anderes als eine erste Ideensammlung ist. Die Meinungsbildung der Bundesregierung ist derzeit im Gange und alles andere als abgeschlossen. Der Grund für das offenkundige Missverständnis, dem das BVwG erlegen ist, könnte aus S 52 des angefochtenen Erkenntnisses erhellen. Dort wird behauptet: "*Österreich ist mit dem Klimaschutzgesetz die Verpflichtung eingegangen, im Jahr 2014 die THG-Emissionen auf die Menge von 52,1 Mio t CO<sub>2</sub>-Äquivalente zu reduzieren*". Tatsächlich ist die Republik Österreich jedoch mit dem KSG keinerlei Verpflichtung eingegangen. In der Regierungsvorlage<sup>105</sup> wird klargestellt, dass die auf dieser Grundlage künftig erstellten Vorschläge (Aufteilung auf Sektoren) **erst eines weiteren Gesetzesbeschlusses bedürfen**. Das KSG bildet daher lediglich den **Startschuss für einen politischen Planungsprozess**.

---

<sup>104</sup> Anhang II zur ESD 406/2009/EG.

<sup>105</sup> ErläutRV 1456 BlgNR 25. GP 11.

2. Darüber hinaus trifft das KSG für den Zeitraum der geplanten Umsetzung des gegenständlichen Vorhabens keine Aussage, weil sich dessen Anlage 2 – entsprechend der Effort-Sharing-Entscheidung – auf einen **Zeithorizont bis 2020 beschränkt**. Für die Zeit nach 2020 – und somit für die geplante Umsetzung des Vorhabens – gibt es noch nicht einmal Ziele! Das KSG ist daher für den Zeitraum nach dem Jahr 2020 – somit für das vorliegende Vorhaben, das erst im Zeitraum ab 2025 umgesetzt werden soll – nicht maßgeblich.
3. Vor allem aber: Aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung ist klar, dass die **CO<sub>2</sub>-Emissionen aus dem Luftverkehr vom KSG nicht umfasst** sind. Dies ist geradezu denknotwendig, weil die CO<sub>2</sub>-Emissionen aus dem Luftverkehr ja – wie gezeigt – dem Emissionszertifikatehandel unterliegen und sich die beiden Systeme ausschließen.

Das ergibt sich explizit aus der **Anlage 2 zum KSG**. Dort sind die politisch anzustrebenden jährlichen Höchstmengen von THG-Emissionen in Mio Tonnen CO<sub>2</sub>-Äquivalent angeführt, so ua auch für den Sektor Verkehr (Hervorhebung durch die Revisionswerberinnen):

Sektor	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
<b>Verkehr</b> CRF-Sektoren <b>1A3a</b> (abzüglich CO <sub>2</sub> ), 1A3b, 1A3c, 1A3d und 1A5	22,3	22,3	22,2	22,1	22,0	21,9	21,8	21,7

Der "CRF-Sektor 1A3a", bei dem die CO<sub>2</sub>-Emissionen **nicht** maßgeblich sind, ist laut den "IPCC-Richtlinien 2006 für Nationale Treibhausgasinventuren"<sup>106,107</sup> – ausgerechnet – der zivile Flugverkehr ("Civil Aviation").<sup>108</sup>

Die argumentative Heranziehung des KSG für die Begründung des BVwG ist daher denkunmöglich.

Wie strikt die Trennung zwischen den beiden Systemen (Emissionshandelssystem nach EU-ETS/EZG einerseits und Lastenverteilung nach ESD/KSG andererseits) vorzunehmen ist, zeigt auch die **Übergangsbestimmung des § 46 Abs 2 EZG**: Falls ein Anlagengenehmigungsbescheid (aus der Zeit vor Inkrafttreten des EZG) für Treibhausgas-Emissionen Grenzwerte enthält, diese Anlage aber nunmehr dem Emissionszertifikate-Regime unterliegt, so ist der Genehmigungsbescheid so abzu-

<sup>106</sup> Eggleston H.S./Buendia L., Miwa K./Ngara T./Tanabe K. (Hrsg), 2006 IPCC Guidelines for National Greenhouse Gas Inventories, IPCC 2006 [http://www.ipcc-nggip.iges.or.jp/public/2006gl/pdf/2\\_Volume2/V2\\_3\\_Ch3\\_Mobile\\_Combustion.pdf](http://www.ipcc-nggip.iges.or.jp/public/2006gl/pdf/2_Volume2/V2_3_Ch3_Mobile_Combustion.pdf) (Stand 2.3.2017) Volume 2 Energy, 3.8.

<sup>107</sup> Der Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) ist eine Institution der Vereinten Nationen. In seinem Auftrag tragen Wissenschaftler weltweit den aktuellen Stand der Klimaforschung zusammen und bewerten anhand anerkannter Veröffentlichungen den jeweils neuesten Kenntnisstand zum Klimawandel.

<sup>108</sup> Angemerkt sei: Auch der Treibstoffverbrauch für den Bodentransport ist vom KSG nicht erfasst, weil dieser nach IPCC unter 1A3e fällt.

ändern, dass diese Emissionsgrenzwerte künftig für diese Anlage nicht mehr gelten (außer die Einhaltung dieser Emissionsgrenzwerte ist zugleich auch deshalb erforderlich, um erhebliche lokale Umweltverschmutzungen zu vermeiden). Dies unterstreicht die strikte Trennung der beiden Systeme nach KSG und EZG nachdrücklich.

Dies unterstreicht zugleich auch, dass Gegenstand von Anlagengenehmigungsverfahren immer **nur lokale Umweltverschmutzungen** sein können, nicht jedoch das Weltklima. **Mit der Betrachtung des Weltklimas überschreitet das BVwG den Betrachtungsgegenstand.**

### 7.3.6 Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten: Die vom BVwG vorgenommene Zurechnung der CO<sub>2</sub>-Emissionen aus dem Flugverkehr zum Vorhaben 3. Piste ist grundlegend rechtswidrig und widerspricht allen genannten Rechtsvorschriften diametral.

Durch die Zurechnung von dem Emissionszertifikatehandel unterliegenden Emissionen (nämlich des Luftverkehrs) zu einem Vorhaben, das nicht diesem System, sondern der Effort-Sharing-Decision unterliegt, schafft das BVwG eine unzulässige<sup>109</sup> Mischform der beiden Säulen des europäischen und nationalen Klimaschutzrechts.

Das BVwG führt auf S 97 aus, *"dass die genannten konkreten Berechnungen für das Vorhaben Flughafen Wien dritte Piste zeigen [...], dass eine Reduktion der THG-Emissionen aus dem Flugverkehr beim prognostizierten Wachstum und bei Genehmigung der entsprechenden Infrastruktur nicht stattfinden wird und bereits von vornherein mit besonderer Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, dass die Richtlinie und das sie umsetzende Emissionszertifikatengesetz zumindest in Bezug auf Österreich ihr Ziel nicht erreichen werden."*

Diese Sichtweise steht im krassen Widerspruch zu den unionsrechtlichen Vorgaben und zum nationalen Recht. Zudem steht es in Widerspruch zu den internationalen Rechtsgrundlagen (Kyoto-Protokoll, Übereinkommen von Paris und dem auf UNO-Ebene von der ICAO entwickelten System CORSIA):

- Normadressat für die CO<sub>2</sub>-Emissionen des **Flughafens** kann nur der **Inhaber der Anlage**, dh des Flughafens, hier die Flughafen Wien AG sein.
- Normadressat für die CO<sub>2</sub>-Emissionen des **Flugbetriebs** sind hingegen die **Luftfahrzeugbetreiber**, also die Fluglinien.

**Die CO<sub>2</sub>-Emissionen der Luftfahrzeuge dürfen nicht dem Flughafen zugerechnet werden.**

Allen diesen Rechtsgrundlagen liegt die Einsicht zugrunde, dass nur jemand in die Pflicht genommen werden kann, der auch einen Einfluss auf das Ergebnis nehmen kann. Der Flughafen kann zwar Einfluss auf die CO<sub>2</sub>-Emissionen des Flughafens (also der Anlagen und der betrieblichen Prozesse am Flughafen) nehmen, nicht je-

---

<sup>109</sup> So explizit Erwägungsgrund 2 und 6 sowie Art 2 Abs 1 der Entscheidung 406/2009/EG ABI L 2009/140, 136.

doch auf die CO<sub>2</sub>-Emissionen der Luftfahrzeuge. Diese liegen in der ausschließlichen Ingerenz der Flugsicherungsbehörden und der Luftfahrzeugbetreiber (Fluglinien). Global sinnvolle Maßnahmen für den Klimaschutz in der Luftfahrt lassen sich nur von den Luftfahrzeugbetreibern und den Flugsicherungsbehörden setzen (zB leichtere Luftfahrzeuge, emissionsärmere Turbinen, anderer Treibstoffmix, Landungen ohne Warteschleifen, direkte Flugwege, "Single European Sky" usw). Daher setzen die internationalen wie nationalen Normsetzer auch dort an.

Die in mehrfacher Hinsicht rechtswidrige Anwendung des KSG, die mangelnde Berücksichtigung des EZG und die grundlegend falsche Auslegung der zugrunde liegenden internationalen Normen – sowie die den Denkgesetzen widersprechende Ingerenzbetrachtung – belasten das Erkenntnis mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit.

#### 7.4 Keine Verpflichtungen aus GRC, B-VG, NÖ LV

Das BVwG schließt aus dem Umstand, dass die Europäische Union dem Klimaschutzabkommen von Paris beigetreten und die Effort-Sharing-Entscheidung mit-einzubeziehen sei, dass "damit" das Unionsrecht mitanzuwenden und somit auch **Art 37 GRC** zu beachten sei. Warum sich aus dem Umstand, dass die Europäische Union einem völkerrechtlichen Vertrag beigetreten ist und für die einzelnen Mitgliedstaaten THG-Emissionsziele formuliert hat, eine Anwendung von Art 37 GRC – noch dazu in einem Anlagengenehmigungsverfahren – ergeben sollte, ist nicht nachvollziehbar.

Jedenfalls aber ergeben sich aus dieser unionsrechtlichen Zielbestimmung<sup>110</sup> keine Vorgaben für nationale Genehmigungsvorschriften. Diese Zielbestimmung verleiht einzelnen auch keine direkt ableitbaren Rechte. Vielmehr soll damit lediglich festgeschrieben werden, dass die Union ein hohes Umweltschutzniveau anstrebt und dies bei ihren Gesetzgebungsakten zu berücksichtigen ist.<sup>111</sup> Normadressaten von Art 37 GRC sind die Organe und Einrichtungen der Union und die Mitgliedstaaten nur soweit, als sie Unionsrecht durchführen, also insb bei der Umsetzung von Umweltschutzrichtlinien.<sup>112</sup> Hingegen kommt diese Bestimmung auch für den VfGH nicht als Prüfungsmaßstab in Frage.<sup>113</sup>

Der Hinweis des BVwG,<sup>114</sup> dass auch der VfGH<sup>115</sup> Bestimmungen der GRC interpretativ heranziehe, geht ins Leere: In dem viel zitierten "Normenkontroll-Erkenntnis" kam der VfGH zum Ergebnis, dass Art 47 GRC gleichsinnig mit Art 6 EMRK mitanzuwenden sei, im konkreten Fall jedoch nicht verletzt war. Im Unterschied zu Art 37 GRC verleiht jedoch Art 47 GRC unzweifelhaft ein "Recht". Dies trifft auf

---

<sup>110</sup> *Madner in Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC-Kommentar (2014) Art 37 GRC Rz 10; *Meyer*, Kommentar zur Charta der Grundrechte der EU<sup>3</sup> (2011) Art 37 Rz 9; *Sander/Schlatter in Baumgartner*, Jahrbuch Öffentliches Recht (2014) 243.

<sup>111</sup> *Madner in Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC-Kommentar (2014) Art 37 GRC Rz 26f.

<sup>112</sup> *Madner in Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC-Kommentar (2014) Art 37 GRC Rz 28.

<sup>113</sup> VfSlg 19.632/2012, Rz 36.

<sup>114</sup> Erkenntnis S 123.

<sup>115</sup> VfSlg 19.632/2012.

Art 37 GRC nicht zu, was auch aus einschlägiger Literatur zu Art 37 GRC hervorgeht, die diesen als Grundsatz qualifiziert, der erst der Konkretisierung durch Unionsrecht oder den jeweiligen nationalen Gesetzgeber bedarf, um unmittelbar zur Anwendung zu gelangen.<sup>116</sup>

Es kann daher festgehalten werden, dass durch Art 37 GRC zwar Selbstverpflichtungen und auch Leitlinien für die gesetzgebenden Organe geschaffen worden sind, jedoch in Anbetracht des hohen Umweltschutzniveaus sowohl in der Europäischen Union und in der österreichischen Gesetzgebung **keinerlei Auswirkungen** und Implikationen **auf den Vollzug österreichischer Rechtsvorschriften** gegeben sind.<sup>117</sup>

Auch die **NÖ Landesverfassung** und **BVG Nachhaltigkeit** sind dahingehend zu verstehen, dass die jeweiligen Ziele bei staatlichen Handlungen zu beachten sind. Damit sind aber noch keine Genehmigungskriterien geschaffen worden. Die Berücksichtigung dieser Ziele erfolgt vielmehr in einem Zwischenschritt, in dem die jeweiligen gesetzgebenden Körperschaften bzw die Verwaltung bei der Gestaltung von Gesetzen und Verordnungen Klima- bzw Umweltschutzüberlegungen miteinbeziehen bzw auf den Schutz abstellende Akte erlassen bzw solche noch erlassen werden.

Zudem kann die NÖ Landesverfassung schon aus verfassungsrechtlichen Kompetenzgründen nicht zur Auslegung eines Bundesgesetzes (hier: LFG) herangezogen werden.

Das BVG Nachhaltigkeit ist – ebenso wie sein Vorläufer – in Anlagengenehmigungsverfahren nicht anzuwenden; vgl dazu auch die Rsp des VwGH.<sup>118</sup> Im Anbetracht seiner Entstehungsgeschichte ist zudem zweifelhaft, ob der "Klimaschutz" von diesem Verfassungsgesetz überhaupt mitumfasst ist. In der Gesetzgebungsphase des BVG Nachhaltigkeit wurde zwar in Erwägung gezogen, "Klimaschutz" ausdrücklich in die Bestimmung des § 3 Abs 2 miteinzubeziehen, wovon aber schließlich explizit abgesehen wurde.<sup>119</sup> Im stenographischen Protokoll zum BVG Nachhaltigkeit wird diese Nichtumsetzung kritisiert. Zugleich wird festgehalten, dass "Umweltschutz" im Gegensatz zum Klimaschutz ausschließlich menschenbezogen ist.<sup>120</sup>

Dies kann jedoch dahingestellt bleiben: Staatszielbestimmungen können zwar als Auslegungshilfen dienen; jedoch können diese bei sonstiger Verfassungswidrigkeit mangels ausreichender Bestimmtheit iSd Art 18 B-VG **keinesfalls ein Genehmigungshindernis** bilden. Um einer Staatszielbestimmung unmittelbare Anwendbarkeit in einem Anlagengenehmigungsverfahren zu verleihen, bedarf es eines "fi-

---

<sup>116</sup> Siehe FN 111.

<sup>117</sup> Sander/Schlatter in Baumgartner, Jahrbuch Öffentliches Recht (2014) 244.

<sup>118</sup> VwGH 28.03.2006, 2003/03/0177. Vgl in Bezug auf die ebenfalls materiellrechtlichen Aspekte der Parteilstellung schon VwGH 20.09.1995, 95/03/0177.

<sup>119</sup> Horvath, Die geplante Neuordnung des Klimaschutzrechts, RFG 2009, 39 (45).

<sup>120</sup> StProt 13.06.2013, 207. Sitzung 24. GP, 157.

nenalen Determinierungsaktes" (Gesetz, Verordnung), der die Staatszielbestimmung konkretisiert und eine nachvollziehbare Anwendung auf konkret bestimmbare Fälle ermöglicht.

Das BVwG hat die genannten Bestimmungen somit rechtswidrig angewendet.

Lediglich der Vollständigkeit halber: Es ist unerfindlich, weshalb das BVwG gerade diese Staatszielbestimmungen – und ausschließlich solche, die gegen das Vorhaben sprechen – heranzieht. Führt man den – wenn auch unrichtigen – Gedanken-gang des BVwG konsequent fort, hätten auch **alle übrigen Staatszielbestimmungen** (und sonstigen verfassungsgesetzlichen Regelungen), die vom Vorhaben berührt werden und allenfalls für das Vorhaben sprechen, in die Erwägungen mit-einbezogen werden müssen. Dass dies nicht die Intention des die Staatszielbe-stimmungen erlassenden Verfassungsgesetzgebers ist und den Rahmen eines je-den Erkenntnisses sprengen würde, bedarf keiner Erklärung.

#### 7.5 Die inhaltliche Beurteilung widerspricht den Denkgesetzen

Wie in Pkt 7.2.1 und 7.2.3 näher dargestellt, fallen Klimawandel und Bodeninan-spruchnahme nicht unter die nach § 71 Abs 1 lit d LFG wahrzunehmenden Interes-sen. Doch selbst wenn man annehmen wollte, dass dies doch zulässig wäre, so erweist sich die inhaltliche Beurteilung als unrichtig und im Kern als gegen die Denkgesetze verstoßend. Dies aus nachstehenden Gründen:

- Die THG-Emissionen, die von BVwG (völlig zu Unrecht) dem Vorhaben zuge-ordnet werden, sind **verglichen mit den globalen THG-Emissionen ver-schwindend gering**, dh irrelevant.
- Das BVwG unterstellt denkunmöglich, dass die für "2025" erwarteten **Flugbe-wegungen** – nach denen ein Bedarf festgestellt wurde – gleichsam **in einem "schwarzen Loch" verschwinden** würden, falls es in Wien keine 3. Piste ge-ben sollte. Diese Annahme ist grob unrichtig, ja denkunmöglich. Das Gegenteil wäre der Fall.
- Wenn § 71 LFG tatsächlich – wie das BVwG rechtsirrig meint – eine Berück-sichtigung sämtlicher "öffentlicher Interessen" normierte (weshalb auch der Klimaschutz relevant wäre), so erfolgte die Prüfung des BVwG unvollständig. **Zahlreiche weiter öffentliche Interessen** wären zu berücksichtigen.

Dazu im Folgenden.

##### 7.5.1 Irrelevanz für Klima

Das BVwG stellt nicht fest, dass das Vorhaben 3. Piste das lokale, regionale, natio-nale oder globale Klima beeinflussen würde.

Es hält lediglich apodiktisch fest, dass es – verglichen mit dem 2-Pisten-System – zu einer relevanten Zunahme an THG-Emissionen (was tatsächlich gar nicht zu-trifft, siehe nachfolgenden Pkt 7.5.2) im Vergleich zu den nationalen CO<sub>2</sub>-Emissionen kommen würde und dies dem öffentlichen Interesse Klimaschutz wi-derspreche. Schon diese Überlegung ist verfehlt. Hier werden "Äpfel mit Birnen" verglichen.

Wenn es um das Weltklima geht, sind Gegenstand der Betrachtung selbstverständlich die weltweiten THG-Emissionen. Die weltweiten THG-Emissionen betragen für das Jahr 2010, 49 ( $\pm 4.5$ ) Gt CO<sub>2</sub>eq.<sup>121</sup>

Die vom BVwG vermuteten Erhöhungen "durch das Vorhaben" – wohlgermerkt unter unzulässiger Zurechnung der Luftverkehrsemissionen zum Flughafen Wien (dazu bereits oben Pkt 7.3) und unter der irrigen Annahme, diese würden bei Nichterichtung der 3. Piste in einem "schwarzen Loch" verschwinden (dazu unten Pkt 7.5.2) – gehen von einer "Zunahme" von 1,17 Mio t CO<sub>2</sub>eq im Jahr 2025 aus.<sup>122</sup> Das entspricht lediglich **0,0024 %** der weltweiten THG-Emissionen.<sup>123</sup> Es ist denkunmöglich, dass sich daraus ein relevanter Einfluss auf die globale Erderwärmung ableiten lässt.

Selbst wenn man von der unrichtigen Annahme ausginge, den Flugverkehr (im LTO-Zyklus) in die Berechnung des Flughafens miteinzubeziehen, ergäbe sich für das Prognosejahr "2025" eine relative Erhöhung bei 3-Pistenbetrieb (625,7 kt) im Vergleich zu 2-Pistenbetrieb (410,4 kt) von nur ca 0,2 % bis 0,3 % (Szenario WEM bzw WAM) der österreichweiten CO<sub>2</sub>-Emissionen (65.534 bzw 58.203 kt).<sup>124</sup> Auch dies wäre irrelevant.

Würde man richtigerweise nur die vom Flughafen beeinflussbaren Emissionsanteile aus Abfertigung, stationärer Infrastruktur und Emissionen landside (2-Pistensystem 81,5 kt; 3-Pistensystem 102,7 kt) betrachten, so ergäbe sich eine Differenz von lediglich ca 21 kt.<sup>125</sup> An den CO<sub>2</sub>-Emissionen Österreichs würde sich daraus nur eine minimale Änderung von ca 0,032 % bis 0,036 % (WEM bzw WAM) ableiten lassen. Zudem würde die Erhöhung von 21 kt durch das von Univ-Prof Sturm vorgeschlagene Reduktionsziel von 30 kt/a (Maßnahmen am Flughafen) sogar überkompensiert werden, dh die dem Flughafen Wien zuordenbaren CO<sub>2</sub>-Emissionen werden trotz Zunahme des Betriebs sogar abnehmen.

Um dies in den globalen Kontext zu stellen:

- Derzeit werden weltweit 409 Flughäfen neu gebaut oder geplant.<sup>126</sup> Insgesamt entspricht das einem Investitionsvolumen von USD 234,8 Mrd. Der größte Teil entfällt dabei auf den asiatisch-pazifischen Raum mit 222 Neu-Projekten und einem Investitionsvolumen von USD 121 Mrd. In Europa handelt es sich immerhin um 52 Neubauten (geplant oder in Bau befindlich) und einer Investitionshöhe von USD 67,4 Mrd.

---

<sup>121</sup> *The Core Writing Team/Pachauri/Meyer* (Hrsg), *Climate Change 2014: Synthesis Report*, IPCC 2014 <https://www.ipcc.ch/report/ar5/syr/> (Stand 02.03.2017), 5.

<sup>122</sup> Erkenntnis S 77.

<sup>123</sup> Das BVwG vergleicht "Äpfel mit Birnen", indem es die CO<sub>2</sub>-Emissionen des internationalen Flugverkehrs mit dem österreichischem CO<sub>2</sub>-Ausstoß in Relation setzt. Zudem verkennt es – wie dargelegt – die internationalen Rechtsvorschriften und Berichtsvorgaben.

<sup>124</sup> Gutachten SV Sturm zu Prognose THG-Emissionen in Österreich 29.02.2016 S 4, 7.

<sup>125</sup> Gutachten SV Sturm zu CO<sub>2</sub> Reduktionspotenzial 29.02.2016 S 4.

<sup>126</sup> *CAPA - Centre for Aviation*, Airport Construction Database, [www.centreforaviation.com](http://www.centreforaviation.com), (Stand 03.03.2017).

- Zusätzlich zu den 409 neuen Flughäfen sind weltweit derzeit 121 zusätzliche Start- und Landebahnen in Bau oder Planung. Diese 121 Projekte entsprechen einem Investitionsvolumen von weltweit USD 171,5 Mrd. In Europa sind derzeit 27 Start- und Landebahnen mit einem Investitionsvolumen von USD 43 Mrd in Bau oder Planung.

Die Annahme, der Entfall einer 3. Piste in Wien hätte irgendeine relevante Auswirkung auf das Weltklima erscheint vor diesem Hintergrund realitätsfern.

Es verstößt gegen die Denkgesetze, aus einer – wie bereits mehrfach angeführt: unzulässig – prognostizierten Zunahme von THG-Emissionen den Schluss zu ziehen, diese Zunahme würde das Klima beeinflussen, ohne dass dies in irgendeiner Form belegt wäre. Die bloße Behauptung, eine bestimmte Prognose für ein Projekt würde für die lediglich allgemein beschriebenen Auswirkungen des Klimawandels von Einfluss sein, erscheint an den Haaren herbeigezogen. Das Klima ist viel komplexer als es das BVwG vermutet.

Der Klimawandel hängt maßgeblich mit der Konzentration von THG-Emissionen in der Atmosphäre zusammen. Selbst wenn demnach die Verhinderung der 3. Piste singular betrachtet zu einer CO<sub>2</sub>-Einsparung führen würde – was tatsächlich nicht der Fall ist –, wäre damit noch nicht gesagt, was mit den globalen THG-Emissionen geschieht. Nur diese haben aber einen nachweisbaren Einfluss auf den Klimawandel.

Aus der Feststellung einer Zunahme von CO<sub>2</sub>-Emissionen durch ein Vorhaben kann **keine Aussage** abgeleitet werden, **welchen Einfluss diese Emissionen auf den Klimawandel haben** werden. Dies deshalb, weil die Genehmigung oder Versagung der 3. Piste keinen Einfluss auf Milliarden andere THG-Emittenten hat; ebenso wenig auf von der Politik vorgegebene Maßnahmen und den technischen Fortschritt.

Ebenso widerspricht es den Denkgesetzen anzunehmen, das öffentliche Interesse an der Erreichung von Klimaschutzzielen wäre von der Genehmigung eines einzelnen Vorhabens abhängig.

Dies gilt umso mehr, als die Ziele des KSG durch die vom BVwG herangezogenen CO<sub>2</sub>-Emissionen aus der Luftfahrt nicht verfehlt werden können, weil diese vom KSG – ebenso wie vom Kyoto-Protokoll und dem Pariser Übereinkommen – gar nicht erfasst sind und auch nicht in dessen zeitlichen Anwendungsbereich fallen, wie bereits in Pkt 7.3.5 dargelegt.

#### 7.5.2 BVwG lässt den festgestellten Bedarf verschwinden

Entscheidend ist aber vor allem folgender Punkt, in dem das BVwG einem den Denkgesetzen widersprechenden, grundlegenden Irrtum unterliegt.

Das BVwG hat zunächst festgestellt, dass – auch losgelöst von der 3. Piste – von einer Steigerung der Flugbewegungen auszugehen ist und dass der Flughafen ohne 3. Piste bereits vor dem Prognosezeitpunkt "2025" an seine Kapazitätsgrenzen

stoßen wird.<sup>127</sup> Dass sich der Prognosezeitpunkt "2025" aufgrund der Wirtschaftskrise der letzten Jahre und der aktuellen Umstellung der Fluglinien auf größere Luftfahrzeuge – wie in der mündlichen Verhandlung festgestellt – um etwa 5 Jahre, dh auf etwa 2030, verschieben wird,<sup>128</sup> ändert daran nichts.

Auszugehen ist nämlich davon, dass weltweit, europaweit und auch in Wien von einer **Steigerung der Flugbewegungen** und einem steigenden Bedarf auszugehen ist.<sup>129</sup> Nur bspw: Eurocontrol (die Europäische Flugsicherungsbehörde) rechnet mit einem jährlichen Wachstum der Flugbewegungen bis 2025 von 2,50 %. Bei den Passagierzahlen rechnet die IATA mit einem jährlichen Wachstum von 3,7 % bis 2035; die Flugzeughersteller Boeing und Airbus rechnen mit 4,5 % bzw 4,0 % an jährlichem Wachstum bis 2035.

Der Flughafen Wien wird also bereits vor dem mit "2025" bezeichneten Prognosezeitpunkt an seine **Kapazitätsgrenze** stoßen, sodass es ab dann im bestehenden 2-Pisten-System nur noch ein "gehemmtes" Wachstum geben kann;<sup>130</sup> dabei könnte der Bedarf nicht mehr gedeckt werden.<sup>131</sup> Hingegen gäbe es im 3-Pisten-System ein "nicht gehemmtes" Wachstum, weil der Bedarf gedeckt werden kann.

Das BVwG hat nun die Differenz der Flugbewegungen am Flughafen Wien in diesem mit "2025" bezeichneten Zeitpunkt zwischen 2-Pisten-System (Nullfall) und 3-Pisten-System (Planfall) herangezogen. Diese Zahlen waren aus einem gänzlich anderen Grund – nämlich zur Ermittlung des Bedarfs und des Prognoseverkehrs, der der Lärmbetrachtung zugrunde zu legen ist – ermittelt worden.

Diese Zahlen verwendet nun das BVwG für einen völlig anderen Zweck und errechnet daraus (eigenständig bzw mit Hilfe einzelner Beschwerdeführer) die Differenz der zugehörigen CO<sub>2</sub>-Emissionen. Sodann unterstellt das BVwG, diese Differenz wäre der zusätzliche Beitrag der 3. Piste zu den globalen THG-Emissionen.

Dieser Schluss widerspricht den natürlichen Denkgesetzen:

Der Umstand, dass ein Flug nicht auf der 3. Piste in Wien abgewickelt werden kann, bedeutet noch lange nicht, dass der Flug nicht stattfindet. Die **Annahme, die Flugbewegungen**, nach denen ja ein Bedarf besteht, **würden gleichsam in einem "schwarzen Loch" verschwinden, ist denkunmöglich.**

Vielmehr wäre in einem weiteren Schritt erst zu ermitteln, welche Auswirkungen der Entfall der 3. Piste auf das Verkehrsgeschehen in der Luft und zu Lande hätte. Wie bereits bei der Ermittlung der Prognose für die Flugbewegungszahlen in Wien für das mit "2025" bezeichnete Prognoseszenario hätte man dazu eine **netzweite**

---

<sup>127</sup> Erkenntnis S 39-49.

<sup>128</sup> Verhandlungsschrift S 187ff (189) sowie Intraplan (Dr-Ing Schubert); Studie "Verkehrsentwicklung Flughafen Wien" von 2009 – Bewertung der Prognosen aus Sicht Herbst 2014, Beilage zur Verhandlungsschrift.

<sup>129</sup> Vgl dazu auch *Wipf*, Gutachten zur Flugverkehrsprognose (2016) im Auftrag des BVwG ON 227.

<sup>130</sup> Nochmals sei angemerkt, dass das bestehende 2-Pisten-System wegen der sich kreuzenden Pisten lediglich der Kapazität von etwa 1,6 Pisten entspricht.

<sup>131</sup> Für die Bedarfsdeckung ist insb die Kapazität in den Spitzenstunden (zumeist morgens und abends) maßgeblich.

**Betrachtung** anstellen müssen, die nicht nur Wien, sondern das gesamte europäische Luftverkehrsnetz und die interkontinentalen Anschlussverbindungen beinhaltet. Dabei hätte – zwecks Vergleichbarkeit – dasselbe Verkehrsmodell (Intraplan München) eingesetzt werden müssen, das den Prognosen für die Flugbewegungszahlen in Wien für das mit "2025" bezeichnete Prognoseszenario verwendet wurde. Siehe dazu bereits Dokument 30.35 des Einreichoperats, im Verfahren mehrfach validiert (im Verfahren erster Instanz durch DLR Deutsches Zentrum für Luft- und Raumfahrt, UnivProf Reichmuth; im BVwG-Verfahren durch DI Wipf, ehemals Schweizer Flugsicherungsbehörde "Skyguide") und aktualisiert (zB Intraplan München, Dr-Ing Schubert, in der mündlichen Verhandlung). Das BVwG hatte auf dieser Grundlage festgestellt, dass von einer Steigerung der Flugbewegungen auszugehen ist und dass der Flughafen Wien ohne Bau einer weiteren Piste bereits vor dem mit "2025" bezeichneten Prognosezeitpunkt an seine Kapazitätsgrenzen stoßen wird (Erkenntnis S 43-47).

Wie gesagt, müsste man zur Frage, welche Auswirkungen der Entfall der 3. Piste auf das Verkehrsgeschehen in der Luft und zu Lande hätte, logischerweise die gleiche Methode heranziehen.

Dabei würde sichtbar werden, welche Folgen es hat, wenn ein Flughafen seine Kapazitätsgrenze erreicht:

- Ein Flughafen, der an der Kapazitätsgrenze betrieben wird, verursacht Zusatzemissionen an CO<sub>2</sub>, denn es müssen vor der Landung Warteschleifen geflogen werden und es gibt Stau auf den Rollbahnen vor dem Start.
- Je stärker der Kapazitätsengpass zum Tragen kommt, desto häufiger wird es zu Umwegen über andere Hub-Flughäfen kommen. Dies führt wegen der zusätzlichen Starts und Landungen zu vermehrten CO<sub>2</sub>-Emissionen. Dass gerade die Starts und Landungen besonders emissionsintensiv sind, ist bekannt. Zudem würden die dann eingesetzten größeren Maschinen zwischen Wien und den anderen Hub-Flughäfen mehr CO<sub>2</sub>-Emissionen verursachen.
- Der Flughafen Wien wird seine Funktion als Hub-Flughafen, der also auch eine Umsteigefunktion hat, verlieren. Dabei ist Wien aufgrund seiner geographischen Lage ein sogenannter "natürlicher" Hub, weil von hier aus möglichst kurze Wege geflogen werden, was sowohl ökonomisch als auch ökologisch sinnvoll ist (CO<sub>2</sub>-Reduktion). Nur ein Hub-Flughafen kann viele direkte Flugverbindungen anbieten. Der Verlust der Hub-Funktion hat zur Folge, dass von Wien aus zahlreiche Ziele nicht mehr direkt angefliegen, sondern nur mehr über Umwege (andere Hub-Flughäfen) erreicht werden können.
- Aus diesen Gründen werden Unternehmen, internationale Organisationen und sonstige Einrichtungen ihre Unternehmenssitze, Besprechungstermine, Kongresse, usw von Wien weg in andere Städte verlegen. Zudem werden auch Touristen nicht mehr so leicht nach Wien kommen und entweder Umwege fliegen oder andere Ziele besuchen. Dies bringt zwar dem Weltklima nichts, schadet aber Wien, der Ostregion und Österreich.
- Kongresse, die wegen schlechter Flugverbindungen künftig nicht in Wien stattfinden, werden anderswo auf dem Globus stattfinden; eine CO<sub>2</sub>-Einsparung für das Weltklima wäre damit nicht verbunden.

- Gleiches gilt für Tagungen von UNO und OPEC, EU-Behörden usw.
- Touristen, die wegen schlechter Flugverbindungen Wien nicht mehr (oder nicht mehr direkt) erreichen können, werden nicht auf ihren Urlaub verzichten, nur weil sie in Wien nicht mehr (direkt) landen können. Sie fliegen entweder Umwege mit Zwischenlandungen oder sie machen anderswo Urlaub.
- Ähnliches gilt für Unternehmenssitze usw. Solange diese noch in Wien gehalten werden können, werden wegen Überschreitung der Kapazitätsgrenze am Flughafen Wien Warteschleifen und Umwege in Kauf zu nehmen sein, was zusätzliche CO<sub>2</sub>-Emissionen verursacht. Wenn die Unternehmen dies nicht mehr hinnehmen, werden sie an einen anderen Standort wechseln und dort die gleichen CO<sub>2</sub>-Emissionen verursachen wie in Wien.
- Bei alldem ist zu bedenken: Wie bereits dargelegt, weist das derzeitige 2-Pisten-System am Flughafen Wien wegen der sich kreuzenden Pisten nur eine Kapazität von ca 1,6 Pisten auf. Erst mit der geplanten "Parallelpiste 11R/29L" (der sogenannten 3. Piste) wird ein unabhängiger und effizienter Parallelbetrieb auf 2 Pisten möglich sein.

Auf konkrete Beispiele umgelegt, würde sich zeigen:

- Ein Reisender von Hamburg nach Tiflis nutzt im Planfall mit 3. Piste den Flughafen Wien als Umsteigflughafen. Im Nullfall ohne 3. Piste findet er hier kein adäquates Verkehrsangebot und steigt stattdessen in München um. Dieser Fall wäre für die globalen CO<sub>2</sub>-Emissionen neutral.
- Ein Reisender aus Linz, der im Planfall mit 3. Piste mit dem Zug nach Wien/Schwechat reist, um dort den Direktflug nach Hong Kong zu erreichen, fliegt im Nullfall ohne 3. Piste von Linz nach Frankfurt, um von dort aus sein Reiseziel zu erreichen. Wiederum verursacht der Umweg mit Zwischenlandung zusätzliche CO<sub>2</sub>-Emissionen. Zudem werden bei Anreise nach Wien tendenziell weniger CO<sub>2</sub>-Emissionen verursacht, weil der Flughafen Wien sehr gut an das Bahnnetz angeschlossen ist.
- Ein Reisender aus Wien reist mit dem Flugzeug nach Los Angeles. Im Planfall mit 3. Piste kann er sein Ziel mit einem Direktflug von Wien aus erreichen; im Nullfall (ohne 3. Piste) steigt er mangels Direktflug in Frankfurt um. In diesem Fall verursachen Zwischenlandung und Zwischenstart in Frankfurt zusätzliche CO<sub>2</sub>-Emissionen.

Der Denkansatz des BVwG widerspricht dem Klimaschutzgedanken, wie zB am letztgenannten Beispiel gezeigt werden kann: In der Rechnung des BVwG wäre im Planfall mit 3. Piste der Flug von Wien bis Los Angeles in der CO<sub>2</sub>-Bilanz enthalten, im Nullfall ohne 3. Piste aber nur der Flug bis Frankfurt, obwohl der Wiener Passagier ja bis Los Angeles reist. Sein "CO<sub>2</sub>-Footprint" würde dann nach der Systematik des BVwG größtenteils dem Flughafen Frankfurt zugeordnet und nicht dem Flughafen Wien; der Flughafen Wien hätte also wegen der zusätzlich erforderlichen Zwischenlandung einen kleineren "CO<sub>2</sub>-Footprint". Für eine Weltklimabetrachtung wäre dies unsachlich, denn Zwischenlandung und Zwischenstart in Frankfurt verursachen zusätzliche CO<sub>2</sub>-Emissionen.

Der Entfall der 3. Piste wäre insgesamt ein **kapitaler Schildbürgerstreich**:

- **Null Beitrag zum Weltklima**, denn für das globale Klima ist es selbstverständlich einerlei, wo die CO<sub>2</sub>-Emissionen stattfinden.
- **Zugleich massive Verschlechterung der wirtschaftlichen sowie der sozialen und politischen Rahmenbedingungen** für die Ostregion und ganz Österreich.

Dieser Mangel ist zunächst ein inhaltlicher Mangel, weil das Thema Klimaschutz inhaltlich unrichtig behandelt wurde. Daraus ergeben sich zugleich auch (sekundäre) Verfahrensmängel, weil basierend auf dem inhaltlichen Gedankenfehler die notwendigen Ermittlungen (Auswirkungen des Entfalls der 3. Piste auf das Verkehrsgeschehen in der Luft und zu Lande im Prognosezeitpunkt "2025") unterlassen wurden. Diese Ermittlungen hätten – wie dargelegt – zur gegenteiligen Entscheidung geführt.

### 7.5.3 Sonstige Mängel

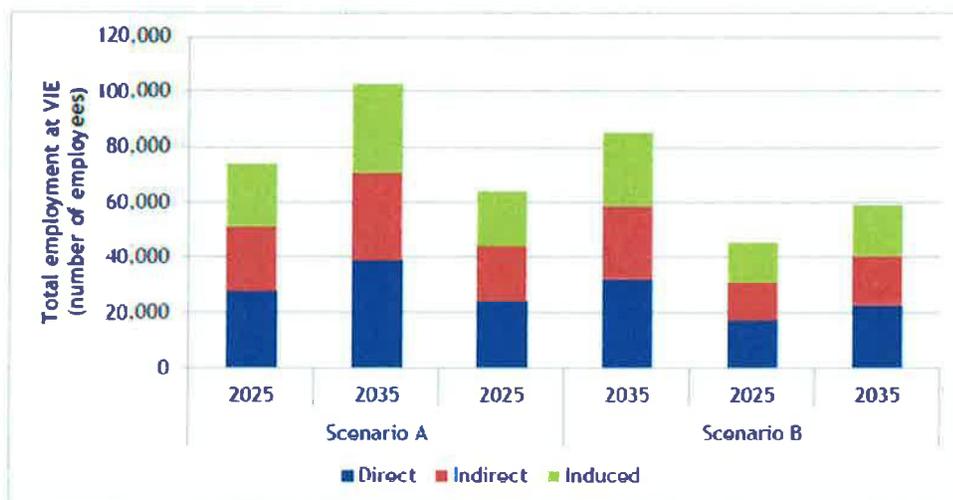
Sofern – wie das BVwG meint – tatsächlich eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen wäre (was tatsächlich nicht der Fall ist), so wäre die vom BVwG vorgenommene Interessenabwägung jedenfalls grob **unvollständig**.

- Auf S 115 seines Erkenntnisses stellt das BVwG fest, dass durch den Bau der 3. Piste die internationale Attraktivität des Flughafens Wien erhalten bleibt bzw noch gesteigert wird. Eine Aussage zum Nullfall im Prognosezeitpunkt (keine 3. Piste, der Bedarf kann nicht gedeckt werden) findet sich hingegen nicht. Damit blendet das BVwG bei der Interessenabwägung die **Nachteile, die bei Nichterrichtung der 3. Piste entstehen**, unsachlich aus. Die Annahme des BVwG, dass dann alles beim Status quo bliebe, ist unzutreffend. Nur bspw wären zu betrachten:
  - Der Wegfall der Hub-Funktion des Flughafens und damit der Wegfall internationaler Flugverbindungen.
  - Der Wegfall von Arbeitsplätzen am Flughafen wegen der sich dann vom Flughafen Wien zurückziehenden Unternehmen.
  - Der außenpolitische Schaden durch einen Wegzug internationaler Organisationen.
  - Der wirtschaftliche Schaden durch das Abziehen von Europazentralen, Unternehmen, usw in der gesamten Ostregion.
  - Damit verbunden der Wegfall zehntausender Arbeitsplätze.
  - Die damit verbundenen volkswirtschaftlichen Nachteile.
  - Der Rückgang an Steueraufkommen.
  - Die tendenziell sinkende Flugsicherheit (wenn auch im Rahmen des Zulässigen) bei ständigem Betrieb an der Kapazitätsgrenze, wobei hinter dem technischen Begriff "Flugsicherheit" viele Menschenleben stehen.

- Die zusätzliche Lärmbelastung jener Menschen, die im Bereich der bestehenden Pisten dem Fluglärm ausgesetzt sind. Wenn man in 6 Richtungen starten und landen kann, lassen sich die Schallemissionen besser verteilen als wenn nur 4 Richtungen zur Verfügung stehen. Zudem können die besonders sensiblen Tagesrandzeiten mit 3 Pisten besser vermieden werden als mit 2 Pisten jenseits der Kapazitätsgrenze.<sup>132</sup>
- Der "Nichtzuwachs" an Arbeitsplätzen wird nicht entsprechend gewürdigt:

Nach der dem BVwG bekannten Standortstudie von *Steer Davies Gleave* bedeutet die Prognose für die Nullvariante für 2035 gegenüber einem gut ausgelasteten 3-Pisten System einen potenziellen Verlust von 16.656 Arbeitsplätzen am Standort und bis zu **43.900 Arbeitsplätzen in der Region**.<sup>133</sup>

FIGURE 7.5 TOTAL EMPLOYMENT AT VIE UNDER SCENARIOS A/B/C



Source: Steer Davies Gleave analysis

- Zum Steuer- und Abgabenaufkommen ist auf einen weiteren Fehler in der Entscheidung hinzuweisen: Auf S 118 des Erkenntnisses führt das BVwG aus, dass "der Flughafen Wien keinen direkten wesentlichen Beitrag zum Steuer- und Abgabenaufkommen leistet, ist vom Willen des Gesetzgebers getragen und kann der erstmitbeteiligten Partei nicht als gegenläufiges Interesse entgegengehalten werden. Aus steuer- und abgabenrechtlicher Sicht gibt es daher weder ein legitimierendes, noch ein gegenläufiges Interesse am Vorhaben der dritten Piste." Dazu ist zunächst festzuhalten, dass das BVwG hier nur das direkte Steuer- und Abgabenaufkommen, nicht aber auch das mittelbare berücksichtigt (anders als bei den THG-Emissionen). Weiters fehlen jegliche Ausführ-

<sup>132</sup> Das ist auch einer der Gründe, weshalb aus dem Bereich der am stärksten betroffenen Gemeinden und Bürgerinitiativen kein Rechtsmittel gegen die erstinstanzliche Genehmigung erhoben wurde.

<sup>133</sup> Steer Davies Gleave The Austrian Aviation Sector in the Context of the Business Location Austria. Final report (2014) 86f <https://www.bmvit.gv.at/verkehr/luftfahrt/roadmap/standortstudie.pdf> (abgerufen am 17.03.2017).

rungen dazu, welche Auswirkungen die Nullvariante auf das öffentliche Interesse an Steuern und Abgaben hat. Dass es sich dabei um erhebliche, jedenfalls im öffentlichen Interesse gelegene Summen handelt, beweisen drei verschiedene Studien, die von **Steuer- und Sozialversicherungsbeiträgen zwischen EUR 1,7 und 2,3 Mrd** ausgehen.<sup>134</sup>

- Nicht zuletzt zieht das BVwG bei seiner "Abwägungsgewichtung durch das Unionsrecht" auf S 123 völlig verfehlt zwar die Effort-Sharing-Decision (siehe dazu bereits 7.3.5) und Art 37 GRC (dazu bereits 7.4) heran. Gleichzeitig lässt das BVwG aber bspw die **TEN-V-VO**<sup>135</sup> sowie das **Weißbuch Verkehr**<sup>136</sup> und die **Luftfahrtstrategie für Europa**<sup>137</sup> außer Acht.

In Anhang II der **TEN-V-VO** wird der Flughafen Wien-Schwechat als einer der "**Hauptflughäfen**" (Art 41 Abs 3) **des europäischen Kernnetzes** gelistet. Dem Flughafen Wien kommt somit nach Art 38 TEN-V-VO ua die Aufgabe zu, die wachsende Mobilität zu bewältigen und einen hohen Sicherheitsstandard zu gewährleisten und ein CO<sub>2</sub>-armes Verkehrssystem aufzubauen (sic!).

Bereits auf S 6 des **Weißbuchs Verkehr** der Europäischen Kommission findet sich die Aussage, die Einschränkung der Mobilität sei keine Option. Weiters wird dort in Pkt 31 explizit darauf hingewiesen, dass im Luftverkehr die Steigerung der Effizienz der Flugzeuge und des Flugverkehrsmanagements angestrebt werden muss. *"Es ist aber darauf zu achten, dass der Flugverkehr in der EU keinen übermäßigen Belastungen ausgesetzt wird, die die Rolle der EU als 'globales Luftverkehrsdrehkreuz' beeinträchtigen könnten. Die **Flughafenkapazität muss optimiert und, wo nötig, erhöht werden**, um die steigende Flugreisenachfrage nach und von Drittländern sowie ansonsten schlecht angebundenen Regionen Europas zu bewältigen ...."*

In der **Luftfahrtstrategie für Europa** wird dieser Gedanke weiter gesponnen und ausgeführt, dass *"[d]ie größte Herausforderung im Hinblick auf das Wachstum der europäischen Zivilluftfahrt ... die Verringerung der Kapazitäts- und Effizienzengpässe [sei], die das Potenzial der europäischen Luftfahrtbranche für **nachhaltiges Wachstum und internationale Wettbewerbsfähigkeit** stark einschränken und zu Überlastung, Verspätungen und steigenden Kosten führen. [...] Eine solch ineffiziente Nutzung des Luftraums verursacht höhere Preise und Verspätungen für Flugreisende sowie einen höheren Kraft-*

---

<sup>134</sup> *Oxford Economics*, The economic impact of changing the Air Transport Levy in Austria (2012) 4; *Industriewissenschaftliches Institut*, Die volkswirtschaftliche Bedeutung der österreichischen Luftverkehrswirtschaft (2015) 8, 16; *Österreichisches Institut für Wirtschaftsforschung*, Wirtschaftsfaktor Flughafen Wien (2015) 25f.

<sup>135</sup> VO (EU) 1315/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2013 über Leitlinien der Union für den Aufbau eines transeuropäischen Verkehrsnetzes und zur Aufhebung des Beschlusses 661/2010/EU, ABI L 348/1 vom 20.12.2013 (TEN-V-VO).

<sup>136</sup> Weißbuch, Fahrplan zu einem einheitlichen europäischen Verkehrsraum – Hin zu einem wettbewerbsorientierten und ressourcenschonenden Verkehrssystem KOM (2011) 144 endg.

<sup>137</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen KOM (2015) 0598 endg.

*stoffverbrauch und höhere CO<sub>2</sub>-Emissionen für die Betreiber. Sie behindert außerdem unsere Bemühungen um einen besseren Umweltschutz.*"<sup>138</sup>

Eine Abwägung der Interessen hätte daher auch anhand dieser unionsrechtlichen Kriterien erfolgen müssen.

## 7.6 Bodeninanspruchnahme

### 7.6.1 Fehlende Rechtsgrundlage

Anders als zum Klimaschutz vermag das BVwG nicht nur keine falsche, sondern überhaupt keine Rechtsgrundlage zu zitieren, die einen quantitativen Schutz von Bodenflächen als öffentliches Interesse legitimieren könnte.

Wenn man sich auf die Suche nach solchen Rechtsvorschriften begibt, stößt man zunächst auf das **NÖ Bodenschutzgesetz**. Danach ist ein qualitativer Schutz des Bodens gefordert; jedoch enthält das Gesetz keine Regelungen zur flächenmäßigen Inanspruchnahme.

Das **Bodenschutz-Protokoll der Alpenkonvention** ist schon aus räumlichen Gründen nicht anwendbar.

Die Minimierung der Bodeninanspruchnahme ist eines der Ziele des **NÖ Raumordnungsgesetzes**. Damit ist auch schon die Richtung aufgezeigt: Eine Minimierung der Bodeninanspruchnahme lässt sich nicht durch Versagung einzelner Genehmigungen erreichen, sondern muss Gegenstand einer vorausschauenden Planung im Rahmen der Raumordnung sein. Insb der Verbrauch landwirtschaftlicher Flächen lässt sich daher über einzelne Projektgenehmigungen nicht steuern, dazu bedarf es vielmehr einer vorausschauenden Planung. Im Projektgenehmigungsverfahren besteht sodann bei vorliegender Flächenwidmung ein Rechtsanspruch auf Genehmigung. Dies gebietet das verfassungsgesetzliche Legalitätsprinzip.

Die *"Erhaltung, Stärkung und Schaffung einer leistungsfähigen bäuerlichen Land- und Forstwirtschaft entsprechend den natürlichen und strukturellen Gegebenheiten des Landes Niederösterreich"* ist schließlich Ziel des **NÖ Grundverkehrsgesetzes**. Auch hier zeigt sich, dass das Ziel nicht durch die Versagung einer einzelnen Genehmigung erreicht werden kann, sondern durch grundverkehrliche Maßnahmen.

Keine der genannten landesgesetzlichen Rechtsvorschriften enthält einen Genehmigungstatbestand, der zur Mitwirkung in einem UVP-Genehmigungsverfahren anzuwenden wäre.

Unter den angewendeten Rechtsvorschriften nennt das BVwG nur den Abs 1 des § 17 UVP-G nicht jedoch auch **§ 17 Abs 2 lit b UVP-G**. Dies zu Recht, weil auch diese Bestimmung nur qualitative Schädigungen von Böden zum Gegenstand hat, nicht jedoch quantitative Verluste von Flächen.

---

<sup>138</sup> KOM (2015) 0598 endg, 6.

Auch "schwerwiegende Umweltbelastungen" iSd **§ 17 Abs 5 UVP-G** scheiden aus. Das BVwG hat für die Anwendung dieses Sondertatbestands keine Ermittlungen durchgeführt und dazu auch keine Überlegungen angestellt. Ganz im Gegenteil hält das BVwG ausdrücklich fest,<sup>139</sup> dass § 17 Abs 5 UVP-G nicht angewendet wurde.

Dies ist bemerkenswert: Wenn nicht einmal eine "schwerwiegende Umweltbelastung" festgestellt wurde, warum kann dann ein öffentliches Interesse der Genehmigung entgegenstehen?

**§ 71 LFG** scheidet – wie in Pkt 7.2 dargelegt –, von vornherein aus: Die Bodeninanspruchnahme berührt kein öffentliches Interesse, das nach § 71 LFG zur Versagung einer Flugplatzbewilligung führen kann. Das LFG bietet keinen Anhaltspunkt für die Annahme, dass der Luftfahrtbehörde die Minimierung der Bodeninanspruchnahme als Aufgabe zugewiesen wäre.

Dabei ist zusätzlich zu beachten, dass landesgesetzliche Interessen in einem bundesrechtlichen Genehmigungsverfahren schon aus bundesverfassungsgesetzlichen Gründen nur zu berücksichtigen, nicht aber anzuwenden sind. Sie können daher nicht zur Versagung einer in die Bundeskompetenz fallenden Genehmigung führen.

Das BVwG meint – freilich ohne Begründung –, dass *"die Erhaltung wertvollen Ackerlands für zukünftige Generationen dringend geboten"* sei.<sup>140</sup> Das BVwG nimmt damit im Anlagengenehmigungsverfahren Kompetenzen wahr, die dem Raumordnungsgesetzgeber zukommen. Eine vorausschauende und steuernde Planung des Bodenverbrauchs kann – ebenso wenig wie der Klimaschutz – über einzelne Genehmigungsverfahren sinnvoll gestaltet werden. Schon gar nicht im Wege einer wertenden Interessenabwägung.

Als Ergebnis ist festzuhalten: Es fehlt daher an einer Rechtsgrundlage, auf die das BVwG die Versagung der Genehmigung aus Gründen des Flächenverbrauchs stützen könnte. Das Heranziehen dieses Kriteriums ist daher gesetzwidrig.

#### 7.6.2 Inhaltlich falsch

Doch selbst wenn man dem BVwG folgen wollte und davon ausginge, dass der Bodenverbrauch nach § 71 LFG berücksichtigt werden und zu einer Versagung der Genehmigung führen könnte, stünde die Bodeninanspruchnahme im konkreten Fall einer Genehmigung nicht entgegen.

Das BVwG zeichnet in seiner Interessenabwägung ein nahezu apokalyptisches Bild, wonach bei Verwirklichung des Vorhabens die Nahrungsmittelversorgung zukünftiger Generationen gefährdet wäre. Diese Annahme hat mit der Realität nichts zu tun:

---

<sup>139</sup> Erkenntnis S 116f.

<sup>140</sup> Erkenntnis S 126.

Einleitend sei angemerkt: Von den genannten 661 ha "Bodeninanspruchnahme" werden nur ca 1/3 versiegelt (Piste, Rollwege, Enteisungspositionen und Wege). Etwa 80 ha werden für ökologische Ausgleichsmaßnahmen verwendet. Der weit- aus überwiegende Teil der Fläche bleibt in der Natur Grünland. Auf 436 ha findet nämlich nur eine Änderung der Bodennutzung von Acker zu Grünland (Magerrasen) statt, wobei aufgrund der vorgesehenen Projektmaßnahmen zur ordnungsgemäßen Rekultivierung die Multifunktionalität des Bodens erhalten bleibt.<sup>141</sup>

Richtig ist, dass die landwirtschaftlich genutzten Flächen in Österreich zurückgehen. Laut EUROSTAT von 3.262.900 ha im Jahr 2005 auf 2.720.400 ha im Jahr 2015. Das ergibt einen Verlust von 542.500 ha in zehn Jahren. Zum Vergleich: Der vom BVwG festgestellte Verlust durch das Vorhaben beträgt 661 ha.<sup>142</sup> Allein schon ein Vergleich dieser Zahlen zeigt, dass die Darstellung des BVwG völlig übertrieben ist und in keinem Verhältnis zu gesamtösterreichischen Zahlen steht.

Bezogen auf das Ackerland: Laut Statistik Austria betrug die Ackerfläche in Österreich im Jahr 2015 insgesamt 1,346.118 ha. Der Verlust durch Änderung der Bodennutzung infolge des Vorhabens beträgt demnach nur rd **0,05% des österreichischen Ackerlands**, was sicherlich vernachlässigbar ist. Auch im Vergleich zum niederösterreichischen Ackerland (682.034 ha) sind die 661 ha mit rd 0,1% vernachlässigbar.

Laut Statistik Austria bestanden in Österreich im Jahr 2015 ca 48.200 ha **Ackerbrachen**. Das entspricht dem **73-fachen** jener Ackerfläche, die aufgrund des Vorhabens nicht mehr ackerbaulich genutzt werden kann. Allein in Niederösterreich gab es im Jahr 2015 rd 30.000 ha Ackerbrachen. Die Anlage solcher Brachen wird zumeist sogar finanziell gefördert.

Schon aus diesen Gründen lässt sich sagen: Ein Entfall der ackerbaulichen Nutzung von 661 ha hat keinerlei nachteilige Auswirkungen auf die österreichische Pflanzenproduktion und die Lebensgrundlagen der Bevölkerung.

Die Abnahme landwirtschaftlicher Fläche hat vielerlei Ursachen und ist zu relativieren: Gleichzeitig **steigt** nämlich die **Produktivität**, sodass für die Produktion landwirtschaftlicher Produkte immer weniger Fläche benötigt wird. Dies zeigt nachstehende Grafik des BMLFUW:<sup>143</sup>

---

<sup>141</sup> Siehe UVE Fachbeitrag Boden und Landwirtschaft.

<sup>142</sup> Wie bereits gesagt: Der Großteil der Fläche bleibt in der Natur Grünland, auf 436 ha findet lediglich eine Änderung der Bodennutzung von Acker zu Grünland (Magerrasen) statt.

<sup>143</sup> *BMLFUW*, Lebensmittel in Österreich, Zahlen-Daten-Fakten 2013, Tabelle S 2.



Angesichts der Tatsache, dass die **EU gemessen am Warenwert der größte Lebensmittelproduzent der Welt** ist, kann nicht davon gesprochen werden, dass ein Engpass an der Nahrungsmittelproduktion zu befürchten wäre.<sup>144</sup> Laut einer Studie der Europäischen Kommission betrug die **Lebensmittelverschwendung** im Jahr 2010 89 Mio Tonnen (!) und wird für das Jahr 2020 mit 126 Mio Tonnen prognostiziert.<sup>145</sup>

Laut dem vom BVwG zitierten Umweltbundesamt betrug die tägliche **Zunahme von Siedlungs- und Verkehrsflächen** im Durchschnitt der Jahre 2013-2015 16,1 ha pro Tag (7,0 ha Bau- und Verkehrsflächen und 9,1 ha Betriebs-, Erholungs- sowie Abbauf Flächen), somit 5.876,5 ha pro Jahr.<sup>146</sup> Die gegenständliche Flächeninanspruchnahme macht nur einen **verschwindend kleinen Bruchteil** davon aus.

Dies wird auch in dem vom BVwG zitierten erstinstanzlichen Gutachten eindeutig belegt:<sup>147</sup> *"Tatsächlich ist nicht der einmalige konkrete Verbrauch von 661 ha Fläche ein Problem, sondern, wie in vielen anderen Bereichen auch, die kumulative Wirkung, der Verbrauch von 4.200 ha Jahr für Jahr in Österreich, aber wahrscheinlich in ähnlichen Dimensionen gleichfalls in anderen EU-Staaten und darüber hinaus. Eine Lösung kann daher – sh Risikofaktor 11 – nicht im einzelnen Anlassfall gefunden werden, sondern muss in strategischer Planung erfolgen ('EU-Strategie für nachhaltige Entwicklung', 'Die Österreichische Strategie zur Nachhaltigen Entwicklung'). In Wahrheit ist daher die Frage des Verlustes an landwirtschaftlicher Fläche durch Flächeninanspruchnahme nicht eine Frage des Fachgebietes Landwirtschaft, sondern vielmehr der Raumplanung."*

<sup>144</sup> <http://derstandard.at/2000002252158/EU-ueberholt-USA-als-groesster-Lebensmittelexporteur> (Stand 02.03.2017).

<sup>145</sup> *European Commission (DG ENV – Directorate C), Preparatory study on food waste across EU 27: Final Report, Bio Intelligence Service (BIOS) in association with AEA Energy&Environment and Umweltbundesamt* [http://ec.europa.eu/environment/eussd/pdf/bio\\_foodwaste\\_report.pdf](http://ec.europa.eu/environment/eussd/pdf/bio_foodwaste_report.pdf) (Stand 25.02.2017).

<sup>146</sup> [http://www.umweltbundesamt.at/umweltsituation/raumordnung/rp\\_flaecheninanspruchnahme/](http://www.umweltbundesamt.at/umweltsituation/raumordnung/rp_flaecheninanspruchnahme/) (Stand 25.02.2017).

<sup>147</sup> Erkenntnis S 102.

Das **Gutachten** bestätigt somit, dass die Flächeninanspruchnahme des Vorhabens für sich betrachtet **kein Problem** darstellt. Gleichzeitig wird die in Pkt 7.7.1 angeführte rechtliche Analyse gestützt, wonach die Fragen der Flächeninanspruchnahme nicht über die Versagung einer konkreten Projektgenehmigung, sondern nur durch die Raumordnung gelöst werden kann. Das BVwG setzt sich über diese Aussagen des Gutachters ohne nähere Begründung hinweg und betreibt letztlich Raumordnungspolitik ohne rechtliche Grundlage.

Nur der guten Ordnung halber: Selbstverständlich ist die Luftfahrt der Verkehrsträger mit dem – bei weitem – **geringsten spezifischen Bodenverbrauch** (Bodenverbrauch je Personenkilometer). Dies ist selbsterklärend. Gerade einem Flughafen den Bodenverbrauch vorzuhalten, entbehrt nicht einer gewissen Parodie. Man stelle sich vor, die ca 3,7 Milliarden Menschen<sup>148</sup>, die allein im Jahr 2016 das Flugzeug verwendeten, würden sich weltweit zu Lande und zu Wasser fortbewegen.

#### 7.7 Rechtswidrige Mitabweisung der Verlegung B 10

Im Spruch des erstinstanzlichen UVP-Genehmigungsbescheids wurde dem Land NÖ (Abteilung Landesstraßenplanung) die Genehmigung zur "Verlegung der Landesstraße B 10" erteilt.<sup>149</sup>

Das BVwG weist in seinem Erkenntnis den Antrag der beiden Antragsteller zu Errichtung und Betrieb des Vorhabens "Parallelpiste 11R/29L" samt "Verlegung der Landesstraße B 10" ab. Dabei merkt das BVwG lediglich an, dass das Vorhaben auch die Verlegung der Landesstraße B 10 umfasst.<sup>150</sup>

Das Erkenntnis stützt sich bei der Abweisung im Wesentlichen auf die Feststellung, dass es durch den Bau und den Betrieb der 3. Piste aufgrund der Flugbewegungen zu einer Zunahme der gesamtösterreichischen THG-Emissionen kommen werde. Dadurch könne das Klimaschutzziel nicht erreicht werden.

Eine Abweisung eines Straßenvorhabens mit der Begründung, der Zunahme von THG-Emissionen durch **Flugbewegungen** ist jedoch inhaltlich nicht nachvollziehbar.

Zudem ist nicht nachvollziehbar, was die bloße Verlegung einer Landesstraße mit dem **Bodenverbrauch** zu tun haben könnte.

---

<sup>148</sup> Siehe Pressemitteilung IATA vom 17.02.2017 <http://www.iata.org/pressroom/pr/Pages/2017-02-02-01.aspx> (Stand 17.03.2017); wie auch: Pressemitteilung ICAO vom 02.01.2017 <http://www.icao.int/Newsroom/Pages/traffic-growth-and-airline-profitability-were-highlights-of-air-transport-in-2016.aspx> (Stand 17.03.2017).

<sup>149</sup> Bescheid NÖ LReg 10.07.2012, RU4-U-302/301-2012, S 10.

<sup>150</sup> Erkenntnis S 39.

## 7.8 Fehlende Differenzierung zwischen subjektiven und öffentlichen Interessen

Das BVwG vertritt die Ansicht, dass im Bescheidspruch auf die Beschwerden der "übrigen Beschwerdeführer" (also ua der Nachbarn) nicht einzugehen gewesen sei, weil unser Genehmigungsantrag aufgrund der Beschwerden der Nichtregierungsorganisationen und der Bürgerinitiativen abgewiesen wurde.<sup>151</sup>

Dabei übersieht das BVwG, dass Nachbarn im UVP-Genehmigungsverfahren nur subjektive Interessen geltend machen können. Die Geltendmachung von öffentlichen Interessen ist jedenfalls unzulässig und daher vom BVwG zurückzuweisen.<sup>152</sup> Es wäre daher erforderlich gewesen, im Bescheidspruch in zulässiges und unzulässiges Vorbringen zu differenzieren und das **unzulässige Vorbringen** – insb jenes der Nachbarn zu öffentlichen Interessen – **als unzulässig zurückzuweisen**.

Dies hat im Fall eines fortgesetzten Verfahrens vor dem BVwG nach Kassation des Erkenntnisses durch den VwGH wesentliche Bedeutung. Je nach Begründung des VwGH kann sich aufgrund der Bindungswirkung des VwGH-Erkenntnisses nämlich ergeben, dass auch Beschwerdeführer befugt sein könnten, zB Aspekte des Klimaschutzes, die zur Versagung der UVP-Genehmigung geführt haben, geltend zu machen, obwohl diese zu solchem Vorbringen gar nicht legitimiert sind oder solche Aspekte im bisherigen Verfahren gar nicht geltend gemacht haben.

Das BVwG hätte das unzulässige Vorbringen der Beschwerdeführer als unzulässig zurückweisen müssen. Dieses Unterlassen belastet das Erkenntnis mit Rechtswidrigkeit.

## 7.9 Verfahrensmängel

### 7.9.1 Fehlende Ermittlungen und Begründungsmängel zu den CO<sub>2</sub>-Emissionen bei Entfall der 3. Piste

Die Abweisung unseres Genehmigungsantrags gründet im Wesentlichen auf der Feststellung des BVwG, dass es durch den Bau und den Betrieb der 3. Piste aufgrund der Flugbewegungen zu einer Zunahme der THG-Emissionen kommen würde. Dadurch könne das Klimaschutzziel nicht erreicht werden (Erkenntnis S 52, 117).

Dass dies inhaltlich unrichtig ist und den Denkgesetzen der Logik widerspricht, wurde bereits in Pkt 7.5.2 dargelegt.

Daraus ergeben sich zugleich auch (sekundäre) Verfahrensmängel, weil basierend auf dem inhaltlichen Gedankenfehler die notwendigen **Ermittlungen unterlassen** wurden. Wegen des sachlichen Zusammenhangs wurden auch diese bereits in Pkt 7.5.2 dargelegt. Kurz zusammengefasst:

---

<sup>151</sup> Erkenntnis S 127.

<sup>152</sup> VwGH 30.09.2015, Ra 2015/06/0085; 10.06.1999, 95/07/0196; *Hengstschläger/Leeb*, AVG II (2005) § 59 Rz 15; BVwG 15.04.2016, W 104 2120022 (gleicher Senat wie im gegenständlichen Fall).

Das BVwG hat es unterlassen, die für den Klimaschutz wesentliche Vorfrage zu stellen, **ob der Entfall der 3. Piste am Flughafen Wien auch zu einer Reduktion der verkehrsbedingten CO<sub>2</sub>-Emissionen für das Weltklima führen würde**. Dazu gibt es keinerlei Feststellungen und keinerlei Ermittlungsschritte. Hätte das BVwG dazu ein Ermittlungsverfahren durchgeführt, so hätte es festgestellt: Der Entfall der 3. Piste in Wien würde – bestenfalls – nur zu einer Verlagerung, nicht jedoch zu einer Reduktion der globalen CO<sub>2</sub>-Emissionen führen.

Zugleich hat das BVwG zur Frage der globalen CO<sub>2</sub>-Emissionen bei Entfall der 3. Piste auch **kein rechtliches Gehör** gewährt. Bei Wahrung des rechtlichen Gehörs hätten wir dargelegt, dass der Entfall der 3. Piste in Wien – bestenfalls – nur zu einer Verlagerung, keinesfalls jedoch zu einer Reduktion der globalen CO<sub>2</sub>-Emissionen führen würde.

Zudem **widerspricht** das BVwG den Feststellungen und den **Aussagen des eigenen Gerichtsgutachters**: Auf S 74 des Erkenntnisses wird die Aussage des Gerichtsgutachters (UnivProf Sturm) völlig zutreffend wiedergegeben: "*Das Projekt basiert auf einem gewissen Bedarf zusätzlicher Flüge, der wenn nicht hier dann wo anders abgedeckt werden wird. Somit ist es auf die klimatische Wirkung bezogen eigentlich irrelevant, ob die Kondensstreifen nun von in Wien oder in Bratislava gestarteten/gelandeten Flugzeugen herrühren.*"

Damit hat der vom BVwG bestellte Gutachter Univ-Prof Sturm völlig zutreffend das ohnehin Selbstverständliche zum Ausdruck gebracht: Der Entfall der 3. Piste am Flughafen Wien würde zu keiner Reduktion der verkehrsbedingten CO<sub>2</sub>-Emissionen für das Weltklima führen. Hätte das BVwG die dazu notwendigen Ermittlungen durchgeführt, so wäre dies festgestellt worden. Auch das Abweichen von den Feststellungen des Gerichtsgutachters ohne hinreichende Beweiswürdigung und Begründung ist ein wesentlicher Verfahrensmangel. Bei Berücksichtigung dieser Feststellungen hätte das BVwG zwangsläufig zum gegenteiligen Ergebnis gelangen müssen.

#### 7.9.2 Fehlende Ermittlungen und Begründungsmängel zu den Folgen des Klimawandels

Das BVwG lässt sich auf den S 52f sowie S 77 bis 90 – sehr ausführlich – zu Aussagen über **vermutete Folgen des Klimawandels** hinreißen, die **zu keinem Zeitpunkt Gegenstand des Ermittlungsverfahrens** waren. Dazu gab es weder ein Ermittlungsverfahren, noch wurde dazu ein Sachverständiger befragt, noch gab es dazu irgendein rechtliches Gehör. Die über weite Strecken emotionalen Stellungnahmen, zB zu den "Todesfolgen" und den "Klimaflüchtlingen" (Erkenntnis S 52f), sind durch keinerlei Belege abgesichert.

Zu diesem Themenkomplex hat das BVwG sämtliche Verfahrensgrundsätze missachtet. Es gab dazu kein Ermittlungsverfahren, es wurden dazu keine Sachverständigen befragt, die Feststellungen fußen auf weitgehend nicht nachvollziehbaren Grundlagen, es wurde kein rechtliches Gehör gewährt. Dass dieser Themenkomplex für die Entscheidung in Wahrheit völlig irrelevant ist (weil Klimaschutz kein Kriterium ist, das nach § 71 LFG oder irgendeiner anderen anwendbaren

Rechtsvorschrift relevant wäre), tut dem keinen Abbruch. Denn das BVwG macht gerade diese Feststellungen – wenn auch rechtsirrig – zum Hauptargument für die abweisende Entscheidung. Der Verstoß gegen nahezu sämtliche Grundsätze eines geordneten Verwaltungsverfahrens zu diesem nach Ansicht des BVwG zentralen Punkt stimmt nachdenklich.

Bei Wahrung des rechtlichen Gehörs hätten wir dargelegt, dass einerseits das Vorhaben keinerlei Relevanz für die (emotional) befürchteten Folgen des Klimawandels hätte, zudem hätten wir dargelegt, dass – nur bspw und bildhaft – den befürchteten zusätzlichen Hitzetoten ein Minus an Kältetoten gegenüberzustellen ist und die Frage, welche Nach- und Vorteile der Klimawandel hat, keineswegs so mono-direktional zu sehen ist wie vom BVwG angenommen.<sup>153</sup>

### 7.9.3 Begründungsmängel zu den CO<sub>2</sub>-Sparmaßnahmen des Flughafens

Am Flughafen Wien wurden die **CO<sub>2</sub>-Emissionen** in den Jahren 2012 bis 2016 um rund **27 % reduziert**. Ua wurde in diesem Zeitraum der Treibstoffverbrauch der Fahrzeuge am Flughafen Wien um 10,3 % und der Gesamtenergiebedarf um 6,8 % verringert; dies trotz einer Steigerung der Verkehrseinheiten um 5,7 %.

Die Erstrevisionswerberin (Flughafen Wien AG) hat im Zuge des BVwG-Verfahrens eine **weitere Reduktion** des CO<sub>2</sub>-Ausstosses um 4.200 t/a angeboten<sup>154</sup> und plant, weitere EUR 30 Mio in Energieeffizienz und CO<sub>2</sub>-Reduktionsmaßnahmen zu investieren (was nun durch die Entscheidung des BVwG in Frage gestellt ist).

Das BVwG geht im Erkenntnis fälschlicherweise davon aus, dass sich der Flughafen auf Stufe 1 des ACAS (Airport Carbon Accreditation Scheme) befinde.<sup>155</sup> Während des Verfahrens vor dem BVwG haben wir bereits darauf hingewiesen, dass sich der Flughafen Wien seit Ende des Jahres 2015 auf Level 2 befunden hat.<sup>156</sup> Mittlerweile hat der Flughafen Wien sogar den **ACAS Level 3** (Optimierung) erreicht.<sup>157</sup> Dies ist die letzte Stufe vor Erreichen der vierten und letzten Stufe (CO<sub>2</sub>-Neutralität).

Bei richtiger Würdigung hätte das BVwG zum Ergebnis gelangen müssen, dass der Flughafen Wien auch hinsichtlich CO<sub>2</sub>-Einsparungsmaßnahmen ein weltweites Vorbild ist und **alle in seiner Ingerenz stehenden Klimaschutzmaßnahmen trifft**, sodass einer Genehmigung nichts im Wege steht.

---

<sup>153</sup> Auch wenn sich beide Revisionswerberinnen – wie sie laufend beweisen – nachdrücklich zum Klimaschutz bekennen, ist doch anzumerken, dass Grönland auch schon einmal grün war.

<sup>154</sup> Erkenntnis S 20, 57, 64.

<sup>155</sup> Erkenntnis S 20, 57, 64.

<sup>156</sup> Erkenntnis S 20, 57, 66; siehe auch: *Airports Council International*, 7th annual report of Airport Carbon Accreditation 2015-2016 <http://www.airportcarbonaccreditation.org/library/annual-reports.html> (Stand 17.03.2017).

<sup>157</sup> Siehe <http://www.airportcarbonaccreditation.org/airport/participants/europe.html> (Stand 17.03.2017).

#### 7.9.4 Fehlende Ermittlungen und Begründungsmängel zum Thema Bodeninanspruchnahme

Das BVwG stützt sich auf die Aussage des von der UVP-Behörde im erstinstanzlichen Verfahren beigezogenen landwirtschaftlichen Sachverständigen (Teilgutachten zum UVGA, *Schretzmayer* 23.04.2009). Demnach werden durch das Vorhaben ca 661 ha an Fläche der landwirtschaftlichen Produktion entzogen. Dass davon nur etwa 1/3 (für Pisten und Rollwege) versiegelt wird und etwa 80 ha für ökologische Ausgleichflächen verwendet werden, wird verschwiegen.

Der wesentliche Begründungsmangel ist jedoch jener, das die zentrale Behauptung, die Bodeninanspruchnahme widerspreche "*dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung der Lebensgrundlagen der Bevölkerung*"<sup>158</sup> durch nichts belegt wird. Es gab **zur Frage, ob diese Flächen zur Erhaltung der Lebensgrundlagen der Bevölkerung erforderlich sind, kein Ermittlungsverfahren**, keine Fragen an Sachverständige, kein rechtliches Gehör.

Dass die Annahmen des BVwG inhaltlich unzutreffend sind, haben wir in Pkt 7.6 bereits dargelegt. Hätte es ein rechtliches Gehör und ein Ermittlungsverfahren zu dieser Frage gegeben, so wäre nachgewiesen worden, dass die Vermutung des BVwG nicht zutrifft. Die Produktivitätssteigerung in der landwirtschaftlichen Produktion (Hektarerträge Getreide und Feldfrüchte) ist größer als der Flächenverlust landwirtschaftlicher Flächen.

Zudem hat der vom BVwG zitierte **Amtssachverständige** in seinem Gutachten ausdrücklich festgehalten, dass

- für die Verminderung landwirtschaftlicher Flächen nicht (nur) der Flughafen Wien, sondern der hohe Siedlungsdruck im Umfeld der Großstadt Wien maßgeblich ist;
- in Österreich pro Tag ca 11,5 ha Land für diverse Bau- und Verkehrsflächen verbraucht werden, die Gesamtfläche des für die 3.Piste und die verlegte Landesstraße B 10 benötigten Arealis also einem Verbrauch von (nur) 2 Monaten entspricht;<sup>159</sup>
- die Frage des Verlustes landwirtschaftlicher Flächen nicht Aufgabe des Fachgebiets Landwirtschaft im Genehmigungsverfahren, sondern zukünftig eine zentrale Aufgabe der Raumplanung sein wird und dafür eine Abwägung durch Politik und Raumplanung gefordert ist.

Diese **Aussagen** wurden **nicht entsprechend gewürdigt**.

Zur nach Ansicht des BVwG mitentscheidenden Frage, ob die Flächen für die Erhaltung der Lebensgrundlagen der Bevölkerung erforderlich sind (woraus sich erst ein öffentliches Interesse ergeben könnte), gab es kein Ermittlungsverfahren, es wur-

---

<sup>158</sup> Erkenntnis S 119.

<sup>159</sup> Angemerkt sei nochmals, dass nur etwa 1/3 der Flächen versiegelt wird. Die restlichen 2/3 bleiben Wiese und werden einer landwirtschaftlichen Nutzung nicht dauerhaft entzogen.

de dazu kein Sachverständiger befragt, es wurden Beweismittel nicht entsprechend gewürdigt und es wurde kein rechtliches Gehör gewährt.

Hätte das BVwG dazu ein Ermittlungsverfahren durchgeführt, so hätte dieses ergeben, dass die Flächen für die Erhaltung der Lebensgrundlagen der Bevölkerung nicht erforderlich sind. Daher hätte dieses öffentliche Interesse vom BVwG nicht herangezogen werden können.

#### 7.9.5 Fehlende Ermittlungen und Begründungsmängel zur Abweisung Landesstraße B 10

Das BVwG hat auch den Antrag der Zweitrevisionswerberin (Land NÖ) zur Verlegung der Landesstraße B 10 abgewiesen.

Für diese Abweisung enthält das Erkenntnis jedoch **keinerlei Begründung**. Zudem fehlen Feststellungen oder Beweiswürdigungen; die Landesstraße B 10 wird auch in der Interessensabwägung nicht berücksichtigt.

Die CO<sub>2</sub>-Emissionen aus dem Luftverkehr können gegen die Verlegung der Landesstraße B 10 keinesfalls ins Treffen geführt werden; auch das Argument des Bodenverbrauches kann der Verlegung wohl nicht entgegengehalten werden.

Wäre das BVwG seiner Begründungs- und Ermittlungspflicht nachgekommen, so hätte dieses zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die Verlegung der Landesstraße B 10 jedenfalls genehmigungsfähig und der UVP-Genehmigungsbescheid zu bestätigen ist.

Das BVwG hat somit auch in diesem Punkt das angefochtene Erkenntnis mit wesentlichen Verfahrensmängeln behaftet.

#### 7.9.6 Verletzung des Parteiengehörs

Uns gegenüber erfolgte das **letzte Parteiengehör** mit Schreiben des BVwG vom **08.07.2016** (ON 255), also ca 7 Monate vor Bescheiderlassung. Darin wurde uns die Stellungnahme des Gerichtsgutachters UnivProf Sturm vom 06.07.2016 übermittelt, in dem dieser abschließend festhält, dass die **Auswirkungen erhöhter CO<sub>2</sub>-Emissionen auf das Klima global zu betrachten sind** und es angesichts des Bedarfs an vermehrten Flügen **gleichgültig sei, ob dieser Bedarf an Flügen in Bratislava anstelle von Wien gedeckt werde**. Für das Klima habe das die gleichen Auswirkungen.

**Kein Parteiengehör** wurde **zu den späteren Stellungnahmen** der AFLG bzw deren Privatsachverständigem Vrtala gewährt, nämlich zu

- Stellungnahme AFLG/Vrtala zur Stellungnahme Sturm vom 31.08.2016 (ON 273),
- Stellungnahme AFLG/Vrtala zum Thema Klimawandel und Kondensstreifen vom 07.10.2016 (ON 279),
- Stellungnahme AFLG zum Thema Bodenverbrauch vom 19.10.2016 (ON 280).
- Gleiches gilt für die Ausführungen der BI gegen Fluglärm in Wien West vom 02.12.2016 (ON 282).

Nicht übermittelt wurde uns weiters eine **Stellungnahme von UnivProf Sturm** zur Stellungnahme Vrtala vom 31.08.2016. Dieses Dokument enthält keine Ordnungsnummer und ist im Verfahrensakt nicht enthalten. Aufgrund des Leistungsverzeichnisses von UnivProf Sturm (ON 284) vom 10.12.2016, welches uns das BVwG übermittelt hat, ist uns die Existenz dieser Stellungnahme bekannt, deren Inhalt aber nicht.

Die nachträglich eingebrachten und uns nicht zur Kenntnis gebrachten Stellungnahmen der Beschwerdeführer behandeln gerade jene Themen (Klimawandel und Bodenverbrauch), die das BVwG nunmehr zu seinen tragenden Entscheidungsgründen zur Abweisung unseres Vorhabens erhoben hat. Damit ist die Verletzung des Parteiengehörs besonders relevant. Zwar zitiert das BVwG diese weiteren Stellungnahmen in seinem Erkenntnis nicht ausdrücklich, doch erweist dessen Lektüre klar, dass das BVwG diese Stellungnahmen inhaltlich gewürdigt hat.

Diese Verletzung des Parteiengehörs ist wesentlich. Wäre uns die Stellungnahme Vrtala übermittelt worden, so hätten wir ausgeführt, dass (i) die Folgen des Klimawandels im gegenständlichen Fall nicht für die Interessensabwägung heranzuziehen sind und (ii) falls doch, dass diese Aspekte zum gegenteiligen Ergebnis geführt hätten. Wäre uns die Stellungnahme der Erstbeschwerdeführerin übermittelt worden, so hätten wir ausgeführt, dass (i) die Folgen des Bodenverbrauchs im gegenständlichen Fall nicht für die Interessensabwägung heranzuziehen sind und (ii) falls doch, dass diese Argumentation angesichts der Überproduktion an landwirtschaftlichen Produkten unschlüssig ist. Dies hätte zur Folge gehabt, dass das BVwG das Vorhaben genehmigt hätte.

#### 7.9.7 Überraschungsverbot

Für uns konnte bis zur Zustellung des BVwG-Erkenntnisses nicht erkennbar sein, dass die CO<sub>2</sub>-Emissionen aus den Flugbewegungen entscheidungsrelevant sein könnten. Dies aus mehreren Gründen:

Zunächst mussten wir davon ausgehen, dass sich das BVwG – so wie auch die Behörde erster Instanz – an die ständige, auf einen verstärkten Senat zurückgehende Rsp des VwGH zu § 71 Abs 1 lit d LFG gebunden erachtet, wonach unter diese Bestimmung nur im LFG grundlegende Interessen zu subsumieren sind, somit keinesfalls auch Klimaschutz.<sup>160</sup>

Weiters mussten wir davon ausgehen, dass sich das BVwG auch an die Rsp des VwGH zu § 17 Abs 5 UVP-G gebunden erachtet, wonach Klimaschutzabwägungen im UVP-Genehmigungsverfahren nicht maßgeblich sind.<sup>161</sup>

Schließlich mussten wir davon ausgehen, dass sich das BVwG an die Rechtssystematik des KSG und des EZG sowie der vorgelagerten unionsrechtlichen und inter-

---

<sup>160</sup> Siehe Pkt 7.2.

<sup>161</sup> VwGH 24.08.2011, 2010/06/0002 zu A 5 Nordautobahn.

nationalen Rechtsgrundlagen hält, wonach die CO<sub>2</sub>-Emissionen der Luftfahrzeuge keinesfalls dem Flughafen zuordenbar sind.<sup>162</sup>

Vor diesem Hintergrund erschien die Kommunikation des BVwG konsequent: In der mündlichen Verhandlung, die strikt nach Themenblöcken gegliedert war, wurde das Thema der CO<sub>2</sub>-Emissionen zum Themenblock Luftschadstoffe<sup>163</sup> – und nicht zum Thema der öffentlichen Interessen<sup>164</sup> – erörtert. Zum Themenblock Luftschadstoffe gab der Gerichtsgutachter UnivProf Sturm die Empfehlung für eine zusätzliche Bescheidaufgabe ab, wonach der Flughafen die ihm zurechenbaren CO<sub>2</sub>-Emissionen (dh an den Anlagen und Einrichtungen des Flughafens Wien) so reduzieren solle, dass die durch die 3. Piste bedingten Zusatzemissionen (aus diesen Flughafen-Anlagen) kompensiert werden. Dazu sollte der Flughafen das Reduktionspotenzial darlegen.<sup>165</sup> Dazu hat das BVwG auch noch explizit klargestellt, dass sich dieser Vorschlag auf das UVP-G (und nicht auf das LFG) stützt, dass CO<sub>2</sub> als Luftschadstoff betrachtet wird (es also aus rechtlichen Gründen nicht um Klimaschutz geht), und dass nur die vom Flughafen beeinflussbaren Anlagen, nicht jedoch den Flugverkehr maßgeblich sind:<sup>166</sup>

*"BR2/DR. BAUMGARTNER: Ich würde nur noch einmal klarstellen oder sozusagen nochmal präzisieren in welche Richtung wir jetzt gehen wollen. Es gibt die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, die leider, sage ich jetzt einmal, die klare Grenzen setzt, was den CO<sub>2</sub>-Ausstoß vom Vorhaben betrifft. Weil er sagt: er hat rein der CO<sub>2</sub>-Ausstoß eines Vorhabens ist keine lokale Umweltauswirkung und deswegen können sie es über die Immission eigentlich nicht begrenzen. Bei der A5 hat er es glaube ich gesagt. Unser Ansatzpunkt jetzt ist hier die Emission von Luftschadstoffen. Wir sehen CO<sub>2</sub> als Luftschadstoff und sagen im UVP-Gesetz ist ja festgelegt die Emissionen von Luftschadstoffen sind nach dem Stand der Technik zu begrenzen. Und da sehen wir noch Potenziale beim FH und in diese Richtung geht auch die Energiebilanz die wir vom FH haben wollen und dann resultierend daraus werden wir versuchen Auflagen zu erarbeiten, dass dort wo der FH direkt einen Einfluss hat, dass er diesen Einfluss auch geltend macht und eine Reduktion stattfindet. Natürlich ist das nur ein kleiner Teil der CO<sub>2</sub>-Emissionen. Denn der größte Teil der CO<sub>2</sub>-Emissionen sind die Flugzeuge. Und die Emissionen der Flugzeuge kann der FH nicht direkt beeinflussen. Das wird unser Problem sein. Und insofern wird es auch nur ein kleiner Beitrag sein, aber es ist immerhin die Möglichkeit Potenziale auszuschöpfen dort wo sie sind."*

Uns wurde zu keinem Zeitpunkt kommuniziert, dass sich diese Rechtsansicht geändert hätte. Daher gab es für uns keinerlei Veranlassung, zum Klimaschutz rechtliches und faktisches Vorbringen zu erstatten. In den nachfolgend kommunizierten Stellungnahmen des Univ-Prof Sturm ging es immer nur um das "Kompensations-

---

<sup>162</sup> Siehe Pkt 7.3.

<sup>163</sup> Verhandlungsschrift S 49-169.

<sup>164</sup> Verhandlungsschrift S 186-238.

<sup>165</sup> Verhandlungsschrift S 65 und 101.

<sup>166</sup> Verhandlungsschrift S 120f.

potenzial" bei den CO<sub>2</sub>-Emissionen am Flughafen selbst. Die CO<sub>2</sub>-Emissionen der Flugzeuge wurden (i) lediglich im sogenannten "LTO-Zyklus", dh für landing und take off, dh bis 3000 Fuß = ca 1000 m Höhe und (ii) lediglich als Vergleichsgröße genannt.

Das **BVwG hätte uns gegenüber darlegen müssen**, dass es seine klar dargelegte Rechtsansicht geändert hat, sich nicht an die stRsp des VwGH zu § 71 LFG halten will und/oder von der Rsp des VwGH zum UVP-G abgehen will, dass es CO<sub>2</sub> als klimaschädigende Emission und nicht als Luftschadstoff ansehen will, dass das BVwG die Bestimmungen des KSG und des EZG sowie den internationalen Rechtsrahmen zu den CO<sub>2</sub>-Emissionen der Luftfahrt entgegen dem Wortlaut dieser Bestimmungen auszulegen beabsichtigt, dass die aufwändige Korrespondenz zur "Kompensation" der vom Flughafen beeinflussbaren CO<sub>2</sub>-Emissionen aufgrund eines Meinungsumschwungs "Makulatur" geworden ist und es nun um den globalen Klimaschutz geht. Nur so wären wir in der Lage gewesen, auf Basis dieser grundlegenden Änderung der Rechtsansicht ein entsprechendes (Rechts- und) Sachvorbringen zu erstatten.

Mit anderen Worten: Das BVwG hätte entgegen der ursprünglich klar kommunizierten Intention klarlegen müssen, dass es nun nicht mehr nur um die dem Flughafen zurechenbaren Maßnahmen an der Anlage geht (und mit dem Hinweis auf die Emissionen der Luftverkehrsunternehmen im LTO-Zyklus lediglich Relationen aufgezeigt werden sollten), dass es also nun nicht mehr nur darum ging, vom Flughafenbetreiber weitere Anstrengungen an den Anlagen auf Grundlage des § 17 Abs 4 UVP-G zu bewirken, sondern dass es § 71 LFG entgegen der stRsp und entgegen dem verst Sen des VwGH auslegen will, und dass es dazu auch KSG, BVG Nachhaltigkeit usw in Spiel bringen will.

Aus diesem Grund – und im Zusammenspiel mit den nicht übermittelten Stellungnahmen der Einwender zu genau diesem Thema und mit genau dem Inhalt des nunmehrigen überraschenden BVwG-Erkenntnisses – hat das BVwG gegen das Überraschungsverbot verstoßen.

Nach gefestigter Rsp des VwGH ist im Verwaltungsverfahren das sogenannte Überraschungsverbot zu beachten. Darunter ist das Verbot zu verstehen, dass die Behörde in ihre rechtliche Würdigung Sachverhaltselemente einbezieht, die der Partei nicht bekannt waren. Die zum "Überschungsverbot" entwickelten Grundsätze sind auch für das Verfahren vor dem VwG maßgeblich, weil von den Verwaltungsgerichten auf dem Boden des § 17 VwGVG sowohl das Amtswegigkeitsprinzip des § 39 Abs 2 AVG als auch der Grundsatz der Einräumung von Parteiengehör iSd § 45 Abs 3 AVG zu beachten ist.<sup>167</sup> Darüber hinaus nimmt der VwGH aufgrund des Zusammenhangs mit § 37 AVG (arg "Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen") an, dass die Behörde der Partei Gelegenheit zu geben hat, sich auch zu den rechtlichen Konsequenzen der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens auf die Lösung des Rechtsfalls zu äußern.<sup>168</sup> In diese Richtung

---

<sup>167</sup> Vgl VwGH 17.12.2014, Ro 2014/03/0066; 03.05.2005, 2002/18/0053; 03.08.2016, Ra 2016/07/0040.

<sup>168</sup> VwSlg 15.035 A/1998; VwGH 18.01.1971, 1180/70; 18.10.2001, 2000/07/0003; 05.09.1995, 95/08/0002.

weisen zudem Stellungnahmen im Schrifttum,<sup>169</sup> denen zufolge sich das Parteiengehör auch auf rechtliche Erwägungen bezieht bzw sich insoweit "notwendig auch auf die Rechtsfrage erstreckt, als es um die Entscheidungsrelevanz der festgestellten Tatsachen" geht.<sup>170</sup>

Allenfalls wäre dazu sogar eine mündliche Verhandlung erforderlich gewesen: Auf der Grundlage des § 24 Abs 4 VwGVG ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber als Zweck einer mündlichen Verhandlung die Klärung des Sachverhalts und die Einräumung von Parteiengehör vor Augen gehabt hat, darüber hinaus aber auch die mündliche Erörterung einer nach der Aktenlage strittigen Rechtsfrage zwischen den Parteien und dem Gericht.<sup>171</sup>

Ebenso kommt eine ergänzende Beweismwürdigung durch das Verwaltungsgericht regelmäßig erst nach einer mündlichen Verhandlung in Frage.<sup>172</sup>

Dieser Verstoß gegen das Überraschungsverbot ist wesentlich, denn bei Beachtung des Überraschungsverbots wären wir in der Lage gewesen, auf Basis der grundlegend geänderten Rechtsansicht ein entsprechendes Rechts- und Sachvorbringen zu erstatten. Dieses hätte zweifellos zu einem in der Sache anderen Ergebnis geführt.

## **8 Anträge**

Wir, beide Revisionswerberinnen hinsichtlich des Gesamtvorhabens "Parallelpiste 11R/29L" (samt "Verlegung der Landesstraße B 10"),

*in eventu*

die Erstrevisionswerberin in Bezug auf das Vorhaben "Parallelpiste 11R/29L" mit Ausnahme des Vorhabenbestandteils "Verlegung der Landesstraße B 10" und die Zweitrevisionswerberin in Bezug auf den Vorhabenbestandteil "Verlegung der Landesstraße B 10"

stellen daher die

### **A n t r ä g e,**

der VwGH möge nach Zulassung der Revision

1. in der Sache selbst entscheiden und den UVP-Genehmigungsbescheid der belangten Behörde bestätigen;

---

<sup>169</sup> Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 45 Rz 26.

<sup>170</sup> *Walter/Thienel*, AVG § 37 Anm 4; vgl auch *Holzinger* in FS Walter 280; ferner – auch zu den diesbezüglichen Anforderungen aus Art 6 MRK – *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 617ff.

<sup>171</sup> Jüngst zB VwGH 24.01.2017, Ra 2015/05/0035.

<sup>172</sup> ZB VwGH 30.09.2015, Ra 2015/06/0007.

*in eventu*

2.a das angefochtene Erkenntnis im Spruchpunkt B aufheben,

*in eventu*

2.b das angefochtene Erkenntnis in den Spruchpunkten B und C aufheben,

*in eventu*

2.c das angefochtene Erkenntnis in seinem gesamten Umfang aufheben

*sowie jedenfalls*

3. den Rechtsträger des belangten Gerichts zum Kostenersatz im gesetzlichen Ausmaß zu Handen der ausgewiesenen Rechtsvertreterin verpflichten.

1. Flughafen Wien AG
2. Land Niederösterreich