

Ein seltsamer Fall von Willkür: Die VfGH-Entscheidung zur dritten Piste des Flughafens Wien

von Univ.-Prof. Dr. Franz Merli, Wien

Als das BVwG den Antrag des Flughafens Wien auf Erweiterung um eine dritte Piste abwies, war die Aufregung groß. Der VfGH hat das Erkenntnis des BVwG nun sehr schnell wegen Willkür aufgehoben. Dem Rechtsstaat hat er damit aber einen geringeren Dienst erwiesen als beabsichtigt.

Deskriptoren: Abwägung; Bestimmtheitsgebot; Bodenschutz; Bodenverbrauch; Emissionen; Entscheidung in der Sache; Ermessen; Flughafen; Flugverkehr; Gewichtung von Interessen; Klimaschutz; Klimastrategie; Landesverfassungsrecht; Legalitätsprinzip; öffentliche Interessen; Road Map Luftfahrt 2020; Schutz der Allgemeinheit; Staatszielbestimmung; Treibhausgasemissionen; Umweltschutz; UVP; Verwaltungsgerichtsbarkeit; Willkür; Zivilflugplatz. Abkommen von Paris; B-VG: Art 18; BVG Nachhaltigkeit: § 3; Effort Sharing Decision 406/2009/EG; Emissionshandels-Richtlinie 2003/87/EG; EZG 2011; GRC: Art 37; KSG; Kyoto-Protokoll BGBl III 89/2005; LFG: § 71; NÖ LV 1979: § 4 Z 2; Übereinkommen von Paris BGBl III 197/2016; UVP-G 2000: § 17.

- I. Die angefochtene Entscheidung des BVwG
- II. Die Begründung für die Aufhebung durch den VfGH
- III. Offene Fragen
- IV. Bewertung

I. Die angefochtene Entscheidung des BVwG

Die besprochene Entscheidung des VfGH¹⁾ erging auf Beschwerden gegen ein Erkenntnis des BVwG, mit dem der Antrag auf Bewilligung einer dritten Piste für den Flughafen Wien-Schwechat abgewiesen worden war.²⁾ Das BVwG hatte sich auf die Bestimmung des § 71 Abs 1 LFG gestützt, nach der die Zivilflugplatz-Bewilligung nur zu erteilen ist, wenn (ua) „sonstige öffentliche Interessen nicht entgegenstehen“ (lit d), und seine sehr ausführlichen Erwägungen wie folgt zusammengefasst (127 f):

„Für die Errichtung der dritten Piste sprechen die öffentlichen Interessen an einem zusätzlichen Bedarf an Flugverbindungen und die damit verbundene Standortverbesserung der Ostregion Österreichs sowie die bessere Versorgung mit Verkehrsinfrastruktur und die Schaffung von zusätzlichen Arbeitsplätzen.

Auch in Bezug auf die Flugsicherheit wäre die dritte Piste ein Gewinn, wobei jedoch die Instanzen zur Einhaltung der Flugsicherheit immer der Sicherheit den Vorrang einzuräumen haben.

Keine besonderen öffentlichen Interessen an der Errichtung der dritten Piste bestehen aus steuer- und abgabenrechtlicher Sicht.

In der österreichischen Bundesverfassung sowie der Niederösterreichischen Landesverfassung wird dem Umweltschutz – und hier dem Klimaschutz im Besonderen – ein besonderer Vorrang eingeräumt. Auch das Unionsrecht zielt mit Art 37 GRC auf ein hohes Umweltschutzniveau ab.

¹⁾ VfGH 29.6.2017, E 875/2017, E 886/2017, in diesem Heft S 723.

²⁾ BVwG 2.2.2017, W109 2000179-1/291E, hier zitiert nach https://www.bvwg.gv.at/presse/Dritte_Piste_Entscheidung.html.

Da durch den Klimawandel mit schweren gesundheitlichen Schäden samt einer Zunahme von hitzebedingten Todesfällen sowie mit schweren Beeinträchtigungen der österreichischen Wirtschaft und Landwirtschaft zu rechnen ist, und es durch das Vorhaben zu einem markanten Anstieg an THG[Treibhausgas]-Emissionen kommen wird, muss das öffentliche Interesse an der Verwirklichung des Vorhabens hinter das öffentliche Interesse am Schutz vor den negativen Folgen des Klimawandels und der Bodeninanspruchnahme zurücktreten.

Insgesamt überwiegt das öffentliche Interesse, dass es in Österreich zu keinem weiteren markanten Anstieg an THG-Emissionen durch Errichtung und Betrieb der dritten Piste kommt und Österreich seine national und international eingegangenen Verpflichtungen zur Reduktion der THG-Emissionen einhält gegenüber den verschiedensten öffentlichen Interessen, die für die Errichtung des Vorhabens sprechen. Auch ist die Erhaltung wertvollen Ackerlands für zukünftige Generationen zur Nahrungsmittelversorgung dringend geboten.

Das öffentliche Interesse an der Errichtung der dritten Piste ist somit überwiegend nicht gegeben. Der Antrag der mitbeteiligten Parteien ist daher insgesamt abzuweisen.“

Das Erkenntnis hatte großes Aufsehen erregt, weil erstmals ein Gericht einem großen Vorhaben zum Schutz des Klimas die Genehmigung versagte. Die Reaktionen reichten von Respekt für das Ernstnehmen des vielbeschworenen Klimaschutzziels bis zu Angriffen auf die Richter, das Gericht und die Verwaltungsgerichtsbarkeit überhaupt.

Der VfGH hat über die Beschwerde der Flughafen Wien AG in Rekordgeschwindigkeit eine Entscheidung getroffen und öffentlich mündlich verkündet: Das Erkenntnis des BVwG wurde wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz aufgehoben. Der ebenfalls angerufene VfGH musste damit nicht mehr entscheiden.

II. Die Begründung für die Aufhebung durch den VfGH

Der VfGH wirft dem BVwG Rechtswidrigkeit in vier Punkten vor: 1) Das BVwG hätte neben den CO₂-Emissionen aus Start- und Landevorgängen („LTO-Emissionen“) nicht auch die Emissionen während des Fluges („Cruise-Emissionen“) berücksichtigen dürfen (Rz 209 f). 2) Das BVwG hätte bei der Bewertung der festgestellten Emissionen und bei seiner Interessenabwägung keine „Bezugsgrößen“ aus nicht anwendbaren Vorschriften heranziehen dürfen (Rz 211 ff). 3) Das BVwG hätte Klimaschutz und Bodeninanspruchnahme nicht in die Interessenabwägung nach dem LFG einbeziehen dürfen (Rz 222 ff). 4) Das BVwG hätte bei der Abwägungsgewichtung nicht Staatszielbestimmungen aus Landesverfassungen und nichtnormativen Akten entscheidungsrelevante Bedeutung beimessen dürfen (Rz 226 ff).

Jeder dieser Fehler reiche in die Verfassungssphäre (Rz 209, 211, 224, 231), einzelne seien für sich Willkür (Rz 221, 231), und zusammen liege darin ein gehäuftes Verkennen der Rechtslage, das Willkür darstelle (Rz 199).

Wenig davon leuchtet ein.

ad 1). Die Be- und Zurechnung der CO₂-Emissionen aus dem Ausbau des Flughafens ist sicher keine einfache Frage, aber die Verfassung gibt darauf keine Antwort. Auch der VfGH erklärt nicht wirklich, warum das BVwG die Cruise-Emissionen nicht hätte einbeziehen dürfen: Dass es das entgegen einem Sachverständigengutachten getan hat (Rz 210), kann schon deshalb nicht rechtswidrig sein, weil es sich dabei um eine Rechtsfrage handelt, die nicht von Sachverständigen zu beantworten ist. Entscheidend war für den VfGH anscheinend, dass die Cruise-Emissionen großteils nicht im österreichischen Hoheitsgebiet anfallen (Rz 210) und außer Betracht hätten bleiben müssen, weil „das österreichische Staatsgebiet (vgl. Art. 3 B-VG) sowohl hinsichtlich der Feststellung der Emissionen als auch von deren Auswirkungen den äußersten Bezugsrahmen [bildet]“ (Rz 204).

Diese Begründung verblüfft: Als allgemeine Regel des Verfassungsrechts kann Auslandsblindheit wohl nicht gelten: Muss man etwa gefährliche Straftäter bedingt entlassen, wenn sie weitere Taten voraussichtlich nur im Ausland begehen? Bei einer verfassungsrechtlichen Beschränkung auf Auswirkungen im Inland wären auch die vielen Bestimmungen, die das Gegenteil vorschreiben,³⁾ alle verfassungswidrig (oder nur über den Vorrang des Unionsrechts rechtfertigbar). Auch für eine Beschränkung vorbehaltlich (anderer) gesetzlicher Regelung bietet das B-VG keinen textlichen Anhaltspunkt – „vgl. Art. 3“ (Rz 204) reicht nicht –, und eine solche Vorschrift würde auch schlecht in

³⁾ ZB im Asylrecht, im Auslieferungsrecht, im Wettbewerbsrecht, bei der Strafbarkeit von Verhalten, dessen Erfolg im Ausland eintritt, oder § 8b, § 47 Abs 3 Z 7, § 59m AWG, § 6 Abs 3 Bundes-UmgebungslärmschutzG, § 22 EmissionsschutzG für Kesselanlagen, § 9 Energie-InfrastrukturG, § 356a Abs 3 und 4 GewO, § 119b Abs 3, § 121d Abs 5 f MinROG, § 55m Abs 6, § 55n Abs 4 WRG.

eine Welt völkerrechtlicher Nachbarschaftspflichten⁴⁾ und völkerrechtskonformer Interpretation des innerstaatlichen Rechts⁵⁾ passen.

Und im konkreten Fall lässt sich eine Beschränkung auf Emissionen im Inland besonders schlecht begründen, zum einen, weil im Rahmen einer UVP nach Richtlinie und Gesetz⁶⁾ auch Auswirkungen auf das Ausland zu berücksichtigen sind; zum anderen und vor allem, weil auch Emissionen, die im Ausland anfallen, über das Weltklima schädliche Auswirkungen in Österreich haben, also Interessen im „Bezugsrahmen“ des österreichischen Staatsgebiets beeinträchtigen.

ad 2). Welche „Bezugsgrößen“ das BVwG nach Ansicht des VfGH bei der Bewertung der Emissionen und der Interessenabwägung rechtswidrig herangezogen hat, ist nicht ganz klar, denn der VfGH nennt sie nicht. Der weitere Text zeigt aber, dass der Vorwurf jenen Passagen gilt, in denen das BVwG die Zunahme der Treibhausgasemissionen durch die dritte Piste den Zielvorgaben des Klimaschutzgesetzes zur Senkung der CO₂-Emissionen in ganz Österreich gegenüberstellt (5², 117) und meint, Österreich werde seine näher geschilderten völkerrechtlichen, europarechtlichen und innerstaatlichen Reduktionspflichten nicht erfüllen (97, 123). Der VfGH beanstandet daran, dass die Rechtsquellen, aus denen diese Reduktionspflichten stammen, entweder nicht mehr oder nicht unmittelbar anwendbar seien (so das Kyoto-Protokoll und das Abkommen von Paris) oder den Flugverkehr oder Flughäfen nicht erfassten (so die Effort-Sharing-Decision der EU und die Emissionshandelsrichtlinie sowie das Klimaschutzgesetz und das Emissionszertifikategesetz) (Rz 213 ff).

Dabei unterliegt er aber einer Verwechslung: Das BVwG hat die Abweisung des Genehmigungsantrags ja offensichtlich nicht auf eine dieser Vorschriften, sondern auf § 71 LFG gestützt, und es hat diese Vorschriften auch nicht zu Genehmigungskriterien gemacht.⁷⁾ Die Bezugnahmen auf die Reduktionsvorgaben wollen vielmehr zeigen, dass die Emissionszunahme durch den Betrieb der dritten Piste groß ist (wenn man sie mit dem Emissionsreduktionsziel für ganz Österreich vergleicht),⁸⁾ dass die Verringerung von CO₂-Emissionen ein wichtiges Interesse darstellt (weil es auch mit vielen anderen Vorschriften verfolgt wird) und dass es besonders ernst genommen werden muss (weil die Reduktion in anderen Bereichen nicht oder nur schlecht funktioniert). Für die Gewichtung und Abwägung von Interessen dürfen (und müssen oft) aber nicht nur Wertungen des konkreten Gesetzes,

⁴⁾ ZB v. Arnauld, Völkerrecht³ (2016) Rz 876 ff, 886, 898 ff; Espoo-Konvention, BGBl III 1997/201.

⁵⁾ ZB VfSlg 16.404/2001.

⁶⁾ Art 7, 8 RL 85/337/EWG und RL 2011/92 (zur Anwendbarkeit letzterer auch auf laufende Verfahren Schlussanträge zu EuGH C-196/16 und C-197/16, *Comune di Corridonia ua*, Rz 22); §§ 10, 19 Abs 1 Z 1 und Abs 11 UVP-G. Dass die Umstände, unter denen das gilt, nicht vorliegen, sagt der VfGH nicht.

⁷⁾ Das unterscheidet diesen Fall von VfSlg 13.466/1993.

⁸⁾ So auch *Kirchengast ua*, Flughafen Wien: Untersagung der dritten Piste durch das BVwG, RdU 2017, 121 (128).

sondern auch solche aus der gesamten Rechtsordnung herangezogen werden;⁹⁾ zB kann sich das Gewicht eines Interesses auch für einen verwaltungsrechtlichen Kontext aus der Intensität ergeben, mit dem es verfassungs-, straf- oder zivilrechtlich geschützt wird.

Im Übrigen ist noch auf die Pflicht zur völkerrechtskonformen Auslegung innerstaatlichen Rechts hinzuweisen, die auch gegenüber Staatsverträgen unter Erfüllungsvorbehalt gilt.¹⁰⁾ Deshalb geht der Vorwurf des VfGH ins Leere, und umso weniger überzeugt sein Schnellschluss von der angeblich fehlenden Rechtsgrundlage auf Willkür („sodass Willkür iSd ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes vorliegt“ – Rz 221), denn leichtfertig hat das BVwG gerade nicht gehandelt.¹¹⁾

ad 3). Dass der Schutz des Klimas kein bei der Abwägung zu berücksichtigendes öffentliches Interesse ist, kann man im Ergebnis durchaus so sehen. Dass die gegenteilige Ansicht unvertretbar ist und die angefochtene Entscheidung automatisch rechtswidrig macht, liegt jedoch keinesfalls auf der Hand.¹²⁾

Die Argumentation des VfGH ruht auf zwei Gedanken: § 71 LFG erlaube nicht die Einbeziehung aller am Gemeinwohl orientierten Interessen gleich welcher Art, sondern nur solcher, die nach anderen Regelungen des LFG wahrzunehmen seien (vgl Rz 201 f, 223 f). Und die Staatszielbestimmung über den umfassenden Umweltschutz (§ 3 BVG Nachhaltigkeit) beeinflusse zwar Auslegung und Gewichtung der nach LFG relevanten Interessen, erweitere den Kreis dieser Interessen aber nicht (Rz 208).

Die beiden Regeln gehörten bislang nicht zum gesicherten juristischen Wissen. So hat der VwGH vergleichbare Bestimmungen nicht eng ausgelegt und auch eine Berufung auf den Klimaschutz (und auch auf völkerrechtliche Abkommen dazu) durchaus anerkannt, so als „besonderes volkswirtschaftliches oder regionalwirtschaftliches Interesse“ oder öffentliches Interesse nach Naturschutzrecht,¹³⁾ als energiewirtschaftliches öffentliches Interesse iSd § 17 Abs 4 ForstG¹⁴⁾ oder als „überwiegender Nut-

zen für Gesundheit, Sicherheit und nachhaltige Entwicklung“ iSd § 104a WRG,¹⁵⁾ freilich immer *zugunsten* der Genehmigung von Wasserkraftwerken. Zu der mit § 71 LFG fast gleichlautenden Bestimmung des § 9 Abs 2 LFG billigte der VwGH eine Entscheidung, in der die Luftfahrtbehörde den Umweltschutz unter Berufung auf das genannte Staatsziel als entgegenstehendes öffentliches Interesse qualifizierte und einen Antrag deshalb abwies.¹⁶⁾ § 71 LFG selbst wurde in der Lehre als Beispiel für eine Klausel bezeichnet, die für alle öffentlichen Interessen offen ist.¹⁷⁾ Und die begrenzte Wirkung der Staatszielbestimmung steht zumindest in einem Spannungsverhältnis zu VfSlg 12.009/1989: Dort benutzte der VfGH das Staatsziel zwar zur grundrechtlichen Rechtfertigung einer gesetzlichen Regelung und nicht als gesetzliche Grundlage einer behördlichen Abwägung, doch wenn der Umweltschutz der rechtfertigende Zweck der Bedarfsprüfung war, musste die Behörde bei der Beurteilung des Bedarfs wohl auch den Umweltschutz berücksichtigen, auch wenn das Gesetz das nicht ausdrücklich vorsah.

Dass das BVwG die beiden Regeln noch nicht kannte, ist also zumindest kein grober Fehler. Doch auch wenn man sie als längst überfällige Klarstellungen empfindet, steht gar nicht fest, dass das BVwG sie im Ergebnis überhaupt missachtet hat. Nach dem vom VfGH zustimmend zitierten Erkenntnis VwSlg 7913 A/1970 gehören zum beschränkten Kreis der öffentlichen Interessen iSd § 71 LFG ua der Schutz der Allgemeinheit, die Hintanhaltung von Gefährdungen von Leben, Gesundheit und Eigentum und die Fernhaltung störender Einwirkungen auf Personen und Sachen. Unter dem Schutz der Allgemeinheit auch den Klimaschutz zu verstehen, ist keinesfalls abwegig, schon gar nicht, wenn, wie der VfGH selbst sagt, der Begriff im Lichte des Staatsziels Umweltschutz auszulegen ist. Abgesehen davon hat das BVwG nicht nur mit dem Klimaschutz als solchem, sondern auch mit den nachteiligen Folgen seiner Vernachlässigung argumentiert, darunter Eigentumswertminderungen, Hochwasserkatastrophen, Produktionsverlusten in der Land- und Forstwirtschaft, zusätzlichen menschlichen Todesfällen und schweren gesundheitlichen Beeinträchtigungen (89 f, 117). Wie bei den Emissionen des Flugverkehrs lässt sich auch bei den Folgen des Klimawandels darüber streiten, inwieweit man sie der dritten Piste zurechnen kann. Aber unzweifelhaft betreffen sie öffentliche Interessen, die beide Gerichtshöfe als abwägungsrelevant anerkennen.

Schließlich erging die Entscheidung des BVwG im Rahmen einer Umweltverträglichkeitsprüfung. Für diese schreiben Richtlinie und Gesetz¹⁸⁾ aus-

⁹⁾ ZB *Grabenwarter*, in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (4. Lfg, 2001), Art 130/2 B-VG Rz 16; *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 166.

¹⁰⁾ *Öhlinger*, in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (9. Lfg, 2009), Art 50 B-VG Rz 87.

¹¹⁾ Willkür ist im Kern der Vorwurf, die Behörde oder das Gericht habe sich leichtfertig über das Gesetz hinweggesetzt: *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 742 ff.

¹²⁾ Vgl *Madner/Schulev-Steindl*, Die Presse 3.7.2017.

¹³⁾ VwSlg 17.827 A/2010; VwGH 13.12.2010, 2009/10/0020; 22.10.2013, 2010/10/0127; 27.03.2014, 2010/10/0182; 11.08.2015, 2012/10/0197; VwGH 21.12.2016, Ro 2014/10/0046: „Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes besteht an der Erhöhung des Anteils der Stromerzeugung aus erneuerbarer Energie und der Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung und Wirtschaft mit kostengünstiger, qualitativer hochwertiger Energie ebenso wie an den positiven Auswirkungen für den Klimaschutz ein langfristiges öffentliches Interesse.“

¹⁴⁾ VwGH 24.2.1011, 2009/10/0113.

¹⁵⁾ VwGH 24.11.2016, Ro 2014/07/0101.

¹⁶⁾ VwSlg 13.466 A/1991, VwGH 17.6.1998, 96/03/0332 uva.

¹⁷⁾ *Stolzlechner*, Verwaltungsrechtliche Abwägungsentscheidung, ZfV 2000, 214 (218). Dass das BVwG die Schaffung von zusätzlichen Arbeitsplätzen für relevant hielt, hat den VfGH nicht gestört.

¹⁸⁾ Art 3, 8 RL 85/337/EWG und RL 2011/92/EU; § 1 Abs 1 Z 1 lit a UVP-G.

drücklich vor, die unmittelbaren und mittelbaren Auswirkungen des Vorhabens auf das Klima zu prüfen und zu berücksichtigen. Das BVwG hätte daher seine Entscheidung statt auf § 71 LFG möglicherweise auf § 17 Abs 5 UVP-G stützen können, wollte diesen Weg aber nicht gehen (vgl S 116), weil der VfGH zu der analogen Bestimmung des § 24f Abs 4 UVP-G (ohne nähere Begründung) ausgesprochen hatte, relevant seien nur Belastungen der Umwelt in dem konkret von den Auswirkungen des Vorhabens betroffenen Gebiet, nicht aber Auswirkungen auf das Klima insgesamt.¹⁹⁾ Ob das stimmt und wie weit der Klimaschutzaufrag der UVP reicht,²⁰⁾ ist angesichts anderer Meinungen²¹⁾ und fehlender Rechtsprechung des EuGH wohl noch nicht endgültig geklärt, doch ist das eine europarechtliche und keine verfassungsrechtliche Frage. Ähnlich steht es um den Bodenverbrauch.²²⁾

¹⁹⁾ VwSlg 18.189 A/2011.

²⁰⁾ Für die Entscheidung des BVwG war die Änderung der UVP-Richtlinie durch die Richtlinie 2014/52/EU noch nicht maßgeblich. Die Änderung verstärkt die Bedeutung des Klimaschutzes und spricht ausdrücklich vom „Klimawandel“, also der globalen Dimension; dazu zB *Bunge*, Neue Anforderungen an die Umweltverträglichkeitsprüfung: die UVP-Änderungsrichtlinie, NVwZ 2014, 1257 (1261); *Eberhartinger-Tafill/Bösch*, Handlungsbedarf im UVP-G 2000 aufgrund der RL 2014/52/EU, RdU 2017, 49 (50).

²¹⁾ ZB *Baumgartner/Petek*, UVP-G 2000 (2010) 47, 149 f; *Ennöckl*, in: *Ennöckl/N. Raschauer/Bergthaler*, Kommentar zum UVP-G (2013) § 1 Rz 2. Die Pflicht, in der Umweltverträglichkeitserklärung „die vom Vorhaben ausgehenden klimarelevanten Treibhausgase“ und „Maßnahmen zu ihrer Reduzierung im Sinne des Klimaschutzes“ anzugeben (§ 6 Abs 1 lit e UVP-G idF der Nov BGBl I 2009/187), gilt allerdings nicht für Vorhaben, für die beim Inkrafttreten der Novelle bereits ein Genehmigungsverfahren anhängig war (§ 46 Abs 20 Z 1 UVP-G); der Antrag für die dritte Piste wurde am 1. 3. 2007 gestellt. Außerdem wird eingewandt, Auswirkungen auf das Klima insgesamt seien jedenfalls nicht genehmigungsrelevant und die Einbeziehung in den Emissionshandel schließe anlagenrechtliche Instrumente aus: zB *Schmelzer/Schwarz*, Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000 (2011) § 6 Rz 54, 60, 65, § 17 Rz 105 ff; freilich geht es im konkreten Fall um Anlagenrecht für einen Flughafen und Emissionshandel für Fluglinien. Schließlich passen die Konsultations- und Beteiligungspflichten bei grenzüberschreitenden Emissionen (oben FN 6) auch nicht recht auf „globale“ Effekte.

²²⁾ Art 3 lit b RL 85/337/EWG, Art 3 Abs 1 lit c RL 2011/92/EU und § 1 Abs 1 Z 1 lit a UVP-G nennen den Boden als Schutzobjekt, Anhang IV Z 4 lit b der RL und § 6 Abs 1 Z 1 lit a und Z 4 lit b UVP-G (idF vor der Nov BGBl I 2009/187) verlangen eine Beschreibung des Bedarfs an Grund und Boden und der möglichen erheblichen Auswirkungen des vorgeschlagenen Projekts auf die Umwelt ua infolge der Nutzung der natürlichen Ressourcen. Dazu schon *Cupej*, Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) (1986) 207: „Anhang III Nr. 4 enthält Ansätze für eine ökologische Bilanzierung von Projekten. Erfaßt werden u. a. ggf. auch die Auswirkungen auf das Klima, insbesondere das örtliche Kleinklima, visuelle Beeinträchtigungen sowie die Versiegelung von Grund und Boden nebst Folgewirkungen, vor allem auch Sekundärwirkungen, wie z. B. Erschließungsdruck in bezug auf die Infrastruktur infolge der Ansiedlung eines Projekts.“ Auch in diesem Punkt hat die (im konkreten Fall noch

Das BVwG mag also richtig entschieden haben oder es mag bei der Einbeziehung von Klimaschutz und Bodenverbrauch geirrt haben. Falls es geirrt hat, hat es das aber mit respektablen Argumenten und in guter Gesellschaft getan. Eine grobe, in die Verfassungssphäre reichende Verkennung der Rechtslage ist dies nicht.

ad 4). Ähnliches gilt für den vierten Vorwurf. Dass landesverfassungsrechtliche Staatszielbestimmungen nur im Anwendungsbereich des Art 15 B-VG gelten, ist vielleicht nicht selbstverständlich,²³⁾ kann man aber glauben, weil Art 11 B-VG eine landesgesetzliche Determinierung von bundesgesetzlich geschaffenen Handlungsspielräumen nicht zulässt, und Art 12 B-VG zumindest eine landesgrundsatzgesetzliche Steuerung, etwa durch Staatszielbestimmungen, verbieten könnte. Das Bundesrecht räumt die Spielräume eben den Vollzugsorganen und nicht der Landesgesetzgebung ein.²⁴⁾

ME greift diese Argumentation aber zu kurz. Die Forderung, für die Interessengewichtung könnten ausschließlich gesetzliche Vorgaben herangezogen werden, ist nicht nur weltfremd,²⁵⁾ sondern in gewisser Weise auch inkonsequent, gerade in einer Situation wie der vorliegenden, in der das Gesetz besonders wenig hergibt. Der VfGH deutet § 71 LFG zunächst zu Recht als Abwägungsermächtigung (Rz 203). Mit einer Abwägungsentscheidung wird den zuständigen Verwaltungsorganen und in der Folge den Verwaltungsgerichten aber ein Entscheidungsspielraum eingeräumt, und ein Spielraum wäre keiner, wenn ihn die ermächtigten Organe nicht gerade bei der Gewichtung der Interessen mit einer eigenen (sachlichen) Begründung nutzen können.²⁶⁾ Warum sollten sie sich dann innerhalb dieses Spielraums nicht auch Vorstellungen

nicht anwendbare) Änderung der UVP-Richtlinie durch RL 2014/52/EU zu einer Verstärkung geführt: Art 3 lit c der RL in der geänderten Fassung verlangt nun auch ausdrücklich, die Auswirkungen auf die „Fläche“ und damit den Verbrauch durch Versiegelung zu prüfen; vgl dazu Erwägungsgrund 9, *Bunge* (FN 19) 1258 und *Eberhartinger-Tafill/Bösch* (FN 19) 50.

²³⁾ Vgl *Madner/Schulev-Steindl*, Die Presse 3.7.2017.

²⁴⁾ In diesem Punkt erinnert die Entscheidung des VfGH an das europarechtliche Verbot für die Mitgliedstaaten, das Ermessen ihrer Regulierungsbehörden zu verkürzen: EuGH 3.12.2009, C-424/07, *Kommission/Deutschland*, Slg 2009 I-11431.

²⁵⁾ Vgl als Gegensatz dazu die wirklichkeitsnahe und beispielsweise Darstellung von *Niederhuber*, Abwägungsentscheidungen im Naturschutz- und Forstrecht, in: *Institut für Umweltrecht der JKU Linz/Österreichischer Wasser- und Abfallwirtschaftsverband* (Hrsg), *Jahrbuch des österreichischen und europäischen Umweltrechts*, 2012, 163.

²⁶⁾ ZB *Lienbacher*, Abwägungsentscheidungen im öffentlichen Recht, in: *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber* (Hrsg), *Interessenabwägung und Abwägungsentscheidungen*, 2014, 85 (92 mit Verweis auf *Adamovich/Funk*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*³ [1987] 119): „Indem der Gesetzgeber der Vollziehung die Gewichtung und wertende Abwägung der maßgeblichen Gesichtspunkte überlässt, räumt er ihr zugleich die Befugnis zur Entscheidung nach eigenen Wertungspräferenzen ein.“ Im Ergebnis ähnlich *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² (1991) 367.

anderer Organe zu eigen machen dürfen? Dass sich das BVwG an der Klimastrategie der Bundesregierung, der „Road Map Luftfahrt 2020“ des BMVIT und einer Entschließung des Nationalrates orientiert hat, ist aus demokratischer und rechtsstaatlicher Sicht sicher besser, als wenn es nur persönlichen Präferenzen der Richter gefolgt wäre. Umgekehrt fällt es schwer zu verstehen, dass eine Verfassungswidrigkeit darin liegen sollte, dass ein Gericht (wiederum: innerhalb seines Entscheidungsspielraums) den vom Nationalrat geäußerten Wünschen an die Vollziehung entsprochen hat.

Doch auch wenn man in diesem Punkt die Sicht des VfGH teilen wollte, entscheidungserheblich war die Berufung des BVwG auf diese Dokumente nicht: Streicht man sie, bleiben – neben den Wertungen aus anderen Rechtsakten²⁷⁾ – immer noch Art 37 GRC, § 3 BVG Nachhaltigkeit und die angeführten schweren Folgen des Klimawandels für Leben, Gesundheit und Eigentum der Menschen in Österreich, also für Güter, die grundrechtlich wie auch *gesetzlich* vielfältig und intensiv geschützt sind. Erst wenn diese Begründung die Entscheidung nicht tragen könnte, wäre ihre Aufhebung in Frage gekommen.

III. Offene Fragen

Statt sich ins einfache Recht zu verstricken, hätte der VfGH sich den eigentlichen verfassungsrechtlichen Fragestellungen des Falls zuwenden können.

Schon seine puristische Sicht, nach der allein das konkrete Materiengesetz (und die Staatszielbestimmung des § 3 BVG Nachhaltigkeit) die Abwägungsentscheidung determinieren darf, hätte ihm allen Anlass gegeben, die ausreichende Bestimmtheit des § 71 Abs 1 lit d LFG zu überprüfen.²⁸⁾ Stattdessen übergang er das darauf gerichtete Beschwerdevorbringen, setzte die Unbedenklichkeit der Rechtsgrundlagen voraus (Rz 197) und verwies nur auf alte Entscheidungen, in denen er die Anfechtung dieser Bestimmung für unzulässig²⁹⁾ oder die vergleichbare Bestimmung des § 130 Abs 3 LFG für ausreichend bestimmt erklärt hatte, weil sich aus anderen Vorschriften des LFG ergebe, welche öffentlichen Interessen gemeint seien.³⁰⁾ Das ist zum einen deshalb unbefriedigend, weil auf diese Weise der Begriff „öffentliches Interesse“ zB durch den Begriff „Schutz der Allgemeinheit“ konkretisiert wird, womit nichts gewonnen ist. Zum anderen sagt dies noch nichts zur Frage, ob § 71 LFG oder das LFG in seiner Gesamtheit ausreichende Direktiven für die Interessensgewichtung enthält, an denen allein sich die Vollziehung nach der geschilderten Auffassung des Gerichtshofs orientieren darf. Und schließlich hätte der VfGH sich auch der Frage widmen können, ob eine „politische“ Abwägungsentscheidung zwischen öffentlichen Interessen nicht eine intensivere gesetzliche Determinierung braucht, wenn sie nicht von politisch verantwortli-

chen Verwaltungsorganen, sondern von unabhängigen Richtern getroffen werden muss – oder ob es in solchen Fällen nicht doch eine verfassungsrechtliche Pflicht der Richter zu einer bloß kassatorischen Entscheidung gibt.³¹⁾

IV. Bewertung

Insgesamt ergibt sich damit der Eindruck, dass sich der VfGH in Nebensächliches und Irrelevantes verbiss; den Kern der Begründung des BVwG hat er dagegen nur zT behandelt: dass der Klimaschutz ein öffentliches Interesse nach § 71 LFG darstellt; dass dieses Interesse wegen § 3 BVG Nachhaltigkeit ein besonders wichtiges ist; dass es im konkreten Fall wegen der hohen CO₂-Emissionen und ihrer drohenden Folgen für Leben, Gesundheit und Eigentum in Österreich besonders stark betroffen wird; und dass es daher gegenüber dem Erweiterungsinteresse des Flughafens überwiegt. Hätte sich der VfGH darauf konzentriert, wäre deutlich geworden, dass es bei der Anwendung des LFG nicht um verfassungsrechtliche Fragen, um keine gehäufte Verkennung der Rechtslage und schon gar nicht um Willkür ging, sondern nur um einen Auslegungsdissens zu § 71 LFG. Über diese und viele andere Fragen des einfachen Rechts zu entscheiden, hätte er dem VfGH überlassen sollen.

Ohne Not wich der Gerichtshof auch vom normalen Verfahren ab: Die außergewöhnliche Schnelligkeit und die mündliche Verkündung der Entscheidung erweckten den Eindruck, der VfGH habe als rechtsstaatliche Feuerwehr ausrücken müssen, um einen Brand zu löschen, zu dem der VfGH zu spät käme. Den Schaden für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, der sich daraus und, trotz beschwichtigender Worte des Präsidenten bei der Verkündung, aus der Verwendung des Begriffs „Willkür“ in der nichtjuristischen Öffentlichkeit ergibt, hat er dabei wohl unterschätzt, jedenfalls aber in Kauf genommen.

Die besprochene Entscheidung des VfGH macht also auch die Tugenden des normalen verfassungsgerichtlichen Verfahrens deutlich: ruhige Überlegung auch bei öffentlicher Aufregung, Festhalten an konkreten verfassungsrechtlichen Maßstäben und Respekt für die Aufgabeteilung mit anderen Höchstgerichten.

³¹⁾ Zum Problem zB *Merli*, Rechtsschutz neu – die Verwaltungsgerichte, in Österreichische Juristenkommission (Hrsg), Der Österreich-Konvent – Zwischenbilanz und Perspektiven (2004) 174 (178 ff); *Eberhard*, Kassation und Reformation, und *Fuchs*, Verwaltungsermessens und Verwaltungsgerichtsbarkeit: Rückblick und Ausblick, beide in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht (2014) 217 (227 ff) und 231 (246 ff, 258 ff). Das private Interesse des Flughafenbetreibers hat übrigens in diesem Fall anscheinend keine Rolle gespielt, vielleicht weil das LFG es ignoriert und/oder die Flughafen GmbH von zwei Bundesländern beherrscht wurde (was sich aber womöglich inzwischen geändert hat).

²⁷⁾ Siehe oben unter II. ad 2).

²⁸⁾ So auch *Madner/Schulev-Steindl*, Die Presse 3.7. 2017.

²⁹⁾ VfSlg 12.465/1990.

³⁰⁾ VfSlg 7879/1976.