

schönherr

PER WEB-ERV

An den
Verfassungsgerichtshof
Freyung 8
1010 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

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

13.06.2017
VIE/06003 CS-ROM

E 875/2017-23, E 886/2017-22

Beschwerdeführerinnen:

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 37-0 | F:+43 1 534 37-66100

Verwaltungsgericht:

Bundesverwaltungsgericht
1030 Wien, Erdbergstraße 192-196

belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht:

NÖ Landesregierung
Landhausplatz 1, 3109 St. Pölten

wegen:

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

REPLIK

1-fach

Inhalt

1	ALLGEMEINES	3
1.1	Gegenstand der Replik	3
1.2	Irrelevantes Vorbringen	3
1.3	Versuchtes Nachholen einer Begründung	4
1.4	Anschein der Voreingenommenheit	5
1.5	"Alles ist möglich"	5
2	GEHÄUFTES VERKENNEN DER RECHTSLAGE	6
3	ZU § 71 LFG	9
3.1	Keine Interessenabwägung	9
3.2	Kein Ermessen	9
3.3	Verfassungswidrige Interpretation	10
4	DEMOKRATISCHE STAATSORGANISATION.....	13
4.1	Verfassungsgesetzliche Grundlagen.....	13
4.2	Meritorische Entscheidung nach § 28 Abs 2 VwGVG	16

Mit Schreiben vom 24.05.2017, E 875/2017-23 und E 886/2017-22, uns zugestellt am 26.05.2017, hat uns der VfGH folgende Äußerungen zu unserer Beschwerde übermittelt:

- Äußerung der NÖ Landesregierung (als belangte Behörde) vom 04.05.2017,
- Äußerung der Stadt Wien vom 15.05.2017,
- Äußerung der (übrigen) Standort- und Nachbargemeinden vom 11.05.2017,
- Äußerung des Bundesverwaltungsgerichts vom 22.05.2017,
- Äußerung der AFLG Antifluglärmgemeinschaft ua vom 19.05.2017,
- Äußerung der Bürgerinitiative gegen Fluglärm in Wien West vom 17.05.2017,
- Äußerung der Bürgerinitiative "Lärmschutz Laaerberg" vom 18.05.2017,
- Äußerung der Bürgerinitiative "Plattform gegen die 3.Piste des Flughafens Wien" ua vom 18.05.2017 und
- Äußerung des Wilhelm Pavicsits vom 19.04.2017.

Dazu erstaten wir nachstehende

R e p l i k :

1 Allgemeines

1.1 Gegenstand der Replik

Die Äußerungen der NÖ Landesregierung (als belangte Behörde), der Stadt Wien und der (übrigen) Standort- und Nachbargemeinden unterstützen unser Beschwerdevorbringen im Wesentlichen. Daher gehen wir auf diese nicht näher ein.

Auf die übrigen Äußerungen gehen wir nicht im Einzelnen ein, auch wenn diese zahlreiche unrichtiges, teils aktenwidriges Vorbringen enthalten. Im Wesentlichen vermögen die Äußerungen unser Beschwerdevorbringen nicht zu widerlegen; so dass – um Wiederholungen zu vermeiden – ein Verweis auf unser Beschwerdevorbringen genügt.

Wir wollen nachstehend lediglich auf einige wenige Punkte replizieren. Dabei nehmen wir auch auf die von manchen mitbeteiligten Parteien vorgelegte bzw zitierte, in Druck befindliche Entscheidungsbesprechung¹ Bezug.

1.2 Irrelevantes Vorbringen

Die Äußerungen der mitbeteiligten Parteien verlassen über weite Strecken den Verfahrensgegenstand und versuchen, "Stimmung zu machen".

Beispielsweise wird dem Flughafen Wien unterstellt, er hätte medial eine Befangenheit der Richter behauptet. Diesen Vorwurf weisen wir vehement zurück. Die Vorstände der Flughafen Wien AG haben wiederholt betont, dass sie "die richterli-

¹ *Kirchengast/Madner/Schulev-Steindl/Steininger/Hollaus/Karl*, Flughafen Wien: Untersagung der dritten Piste durch das BVwG, RdU (in Druck).

che Entscheidung und nicht die Richter" bekämpfen und haben sich von jeglichen Befangenheitsmutmaßungen distanziert. Dieses Vorbringen geht völlig ins Leere.

Von manchen wird der Bedarf nach einer 3. Piste bezweifelt (zB Äußerung AFLG² Rz 3, 4 und 203-205). Der Bedarf wurde jedoch vom BVwG bestätigt, ist nicht bekämpft und daher nicht Verfahrensgegenstand.

Die Behauptung, andere Genehmigungskriterien wie Lärm, Luftschadstoffe und gesundheitliche Auswirkungen seien nicht geprüft worden,³ ist erstens irrelevant, weil nicht Verfahrensgegenstand, zweitens auch tatsachenwidrig. Der allergrößte Teil des vieljährigen Verfahrens sowohl vor der Behörde als auch vor dem Verwaltungsgericht hat sich gerade mit diesen Fragen intensiv beschäftigt. Alle diese Fragen wurden auch positiv begutachtet. Diese Themen fanden nur deshalb keinen Eingang in das Erkenntnis des BVwG, weil dieses die Genehmigung aus Gründen angeblich entgegenstehender öffentlicher Interessen (Klimaschutz und Bodeninanspruchnahme) versagt hat.

Ähnliches gilt zB für den Abstand zwischen den beiden Parallelpisten, der verschiedentlich angesprochen wird. Hätten die mitbeteiligten Parteien am Mediationsverfahren teilgenommen, so wüssten sie, aus welchen sachlichen Gründen sich die Lage der 3. Piste ergibt (insbesondere Schallschutz für die hauptbetroffenen Standort- und Umlandgemeinden sowie gesicherter curved approach). Diese Gründe sind auch in den Einreichunterlagen ausführlich dargelegt.

1.3 Versuchtes Nachholen einer Begründung

In manchen Äußerungen wird versucht, eine bislang nicht vorliegende Begründung für das Erkenntnis des BVwG nachzuliefern. Das gilt insbesondere für die AFLG, die bereits im Verfahren vor dem BVwG diesem jene Argumente geliefert hat, die dann zum großen Teil 1:1 im angefochtenen Erkenntnis übernommen wurden, ohne dass uns dazu rechtliches Gehör gewährt wurde.⁴

Wir sehen uns mit der nicht alltäglichen Situation konfrontiert, dass eine mitbeteiligte Partei (die AFLG) Begründungen nachzuliefern versucht, die das angefochtene Erkenntnis des BVwG nicht enthält, und dass das BVwG sich in seiner Äußerung darauf beschränkt, einzelne dieser Begründungsversuche zu übernehmen.

Gegenstand der Kontrolle iSd Art 144 B-VG bildet lediglich das Erkenntnis des BVwG und die Frage der Verletzung von Rechten der Beschwerdeführerinnen durch diese Entscheidung.⁵ Ein Nachholen und Ergänzen der Begründung der angefochtenen Entscheidung ist unzulässig.

Zwei Beispiele von vielen für den Versuch, Begründungen nachzuliefern bzw auszutauschen:

² Äußerung der AFLG Antifluglärmgemeinschaft und anderer (vertreten von Proksch & Fritzsche Frank Fletzberger Rechtsanwälte GmbH) vom 19.05.2017.

³ ZB Äußerung AFLG Rz 13-16.

⁴ Beschwerde Pkt 14.3.

⁵ VfGH 29.11.2014, G30/2014 ua; VfGH 26.06.1997, B 2357/95.

- Unter Zuhilfenahme der bereits oben erwähnten Entscheidungsbesprechung finden sich in den Äußerungen zB erstmals inhaltliche – wenn auch großteils unrichtige – Auseinandersetzungen mit den Themenbereichen der Emissionsverlagerungen bei Entfall der 3. Piste, mit dem EU-ETS, mit CORSIA usw. All diese Themenbereiche wurden im angefochtenen Erkenntnis – wenn überhaupt – nur am Rande gestreift.
- In der in Beschwerde gezogenen Entscheidung hat das BVwG das Klimaschutzgesetz ausdrücklich als "angewendete Rechtsvorschrift" angeführt. Wie in unserer Beschwerde ausgeführt, hat es sich sodann über viele Seiten mit den von der Bundesregierung initiierten Bestrebungen zur Umsetzung des Klimaschutzgesetzes auseinandergesetzt. Schließlich wird in der in Beschwerde gezogenen Entscheidung – wenn auch rechtlich verfehlt – behauptet, die Republik Österreich habe mit dem Klimaschutzgesetz die Verpflichtung zu einer bestimmten Reduktion von Treibhausgasen übernommen. Deutlicher kann eine Behörde nicht zum Ausdruck bringen, dass sie ein Gesetz bei der Fällung einer Entscheidung "angewendet" hat. Offenbar inspiriert durch die Äußerung der AFLG behauptet das BVwG nunmehr in seiner Stellungnahme (auf S 2), dass es das Klimaschutzgesetz nicht angewendet, sondern nur "berücksichtigt" habe. Abgesehen davon, dass auch eine Berücksichtigung im Rahmen einer Subsumtionsentscheidung eine Form von Anwendung bildet, bedeutet ein solches Vorbringen ein unzulässiges nachträgliches Auswechseln der Begründung der in Beschwerde gezogenen Entscheidung.

1.4 Anschein der Voreingenommenheit

Das BVwG hält in seiner Äußerung auf S 2 – offenbar inspiriert durch die Äußerung der AFLG Rz 150 – fest: Die Wirksamkeit der ICAO-Maßnahmen "wird bezweifelt". Demgegenüber wird auf S 3 hervorgehoben, dass sich Österreichs Nachbarstaaten ebenfalls zur Einhaltung des Zwei-Grad-Ziels verpflichtet haben.

Unter dem Blickwinkel des Beschwerdevorwurfs denkunmöglicher und willkürlicher Rechtsanwendung bedeutet das: Bezüglich der Effektivität der Maßnahmen jener Internationalen Organisation, der unionsrechtlich die Zuständigkeit zum Setzen von Maßnahmen zur Reduktion von Treibhausgasen aus dem Flugverkehr übertragen wurde, genügt die Behauptung, dass deren Wirksamkeit "bezweifelt wird". Dagegen genügt bezüglich Deutschlands und der Slowakei der bloße Umstand, dass sie das Pariser Übereinkommen unterzeichnet haben, für die Annahme, dass diese Staaten keine neuen Flughäfen oder Pisten bewilligen würden (dass das Gegenteil zutrifft, ist allgemein bekannt).

Für uns erscheint hier der Vorwurf einer gewissen Voreingenommenheit nicht von der Hand zu weisen. Jedenfalls ist eine solche Argumentation in einem rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahren inakzeptabel.

1.5 "Alles ist möglich"

Die Äußerung der AFLG kann als Beleg dafür angeführt werden, dass – wenn man die entsprechende Überzeugung hat – "alles möglich" ist. Nur einige wenige Beispiele: Die bewusste Unterscheidung des Gesetzgebers zwischen Angaben in der

Umweltverträglichkeitserklärung einerseits und über den Gegenstand der UVP-Entscheidung andererseits entfällt (Rz 162 zum Thema Klima- und Energiekonzept). Der nach einhelliger Kommentarliteratur qualitative Bodenschutz wird zum quantitativen Bodenschutz (Rz 165). Zudem wären – ohne einschlägige Rechtsgrundlage – auch die Ultrafeinstäube zu prüfen gewesen (Rz 13). Diese Auflistung ließe sich lange fortsetzen; doch schon diese wenigen Beispiele zeigen: Mit der Anwendung des UVP-G und mit der Vollziehung des LFG hat das alles schon lange nichts mehr zu tun.

2 Gehäuftes Verkennen der Rechtslage

Wir haben bereits in unserer Beschwerde aufgezeigt, dass das BVwG im angefochtenen Erkenntnis zahlreiche Rechtsgrundlagen denkunmöglich und verfassungswidrig ausgelegt hat. Insbesondere haben wir aufgezeigt, dass bei verfassungskonformer Interpretation und verfassungskonformer Anwendung der Rechtsgrundlagen

- § 71 LFG **kein Ermessen** iSd Art 130 Abs 3 und Art 133 Abs 3 B-VG und **keine Interessenabwägung** normiert, weil diese Bestimmung das Anlagenrecht im Sinn herkömmlicher Programmierung regelt und eine gebundene Entscheidung vorsieht;⁶
- unter den "**sonstigen öffentlichen Interessen**" iSd § 71 Abs 1 lit d LFG nur jene zu berücksichtigen sind, die **nach dem LFG** wahrzunehmen sind; Bodeninanspruchnahme und Klima fallen nicht darunter;⁷
- das Kyoto-Protokoll und das Pariser Übereinkommen nicht herangezogen hätten werden dürfen: Gemäß Art 2 Abs 2 Kyoto-Protokoll ist **die Luftfahrt** nämlich von diesem eindeutig ausgenommen, auch das Pariser Übereinkommen verliert kein Wort über die Einbeziehung der Luftfahrt; diese wurde nämlich im Zuge des Vertragserstellungsprozesses wieder herausgestrichen, damit diesbezügliche Maßnahmen zur Begrenzung und Reduktion der Emissionen im Rahmen der zuständigen UNO-Organisation – nämlich der International Civil Aviation Organization ("**ICAO**") – gesetzt werden können; dazu wurde bereits ein sogenanntes Ausgleichssystem ("**CORSIA**") beschlossen; entgegen der Ansicht des BVwG soll global **nicht der Luftverkehr an sich reduziert** werden, sondern ein "**klimateutrales Wachstum**" der CO₂-Emissionen aus der Luftfahrt herbeigeführt werden;⁸
- das **KlimaschutzG** ("KSG") **nicht herangezogen hätte werden dürfen**, weil dieses (i) im Genehmigungsverfahren generell nicht anwendbar ist, (ii)

⁶ Beschwerde Pkt 7.1. und 7.2.

⁷ Beschwerde Pkt 7.3 und 13.

⁸ Beschwerde Pkt 10;

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6agjNzCUH48J:www.atag.org/component/download/downloads/306.html+%&cd=8&hl=de&ct=clnk&gl=at>.

für den Zeitraum nach dem Jahr 2020 nicht maßgeblich ist und – vor allem – (iii) auf die zivile Luftfahrt ausdrücklich gar nicht anwendbar ist;⁹

- der Betrieb von **Flugplätzen** (durch Flugplatzbetreiber wie uns) und der Betrieb von **Luftfahrzeugen** (durch die Luftfahrzeugbetreiber) iSd EU-ETS und EZG unter dem Gesichtspunkt des Klimaschutzes **strikt zu trennen** ist;¹⁰
- Art 37 GRC, das BVG Nachhaltigkeit und Bestimmungen der NÖ Landesverfassung **keinen Versagungsgrund in einem Genehmigungsverfahren** bilden können.¹¹

Dass dem BVwG darüber hinaus auch gravierende Verletzungen der Verfahrensvorschriften – wie Verletzung des Parteienghört, mangelnde Ermittlungen und Verstoß gegen das "Überraschungsverbot" zu den entscheidenden Themenbereichen des Klimawandels und der Bodeninanspruchnahme – unterlaufen sind,¹² und dass diese gehäuften Verstöße (ebenfalls) Willkür im verfassungsrechtlichen Sinn begründen,¹³ sei lediglich erwähnt. Darauf gehen wir nicht nochmals ein.

Wesentlich ist vielmehr, Folgendes hervorzuheben:

Es ist einerlei, ob das BVwG die genannten Bestimmungen "**angewendet**" hat (wie wir meinen)¹⁴ oder lediglich "**berücksichtigt**" hat (wie die mitbeteiligten Parteien meinen); die Vorgangsweise des BVwG ist in beiden Fällen qualifiziert rechtswidrig:

- Wenn der Sinngehalt einer Norm ist, dass er auf einen bestimmten Lebenssachverhalt nicht anzuwenden ist, dann kann diese Norm auch nicht im Fall bloßer Berücksichtigung für diesen Lebenssachverhalt herangezogen werden.

Wenn also zB Kyoto-Protokoll, Pariser Übereinkommen und KSG nicht für die Luftfahrt gelten, dann kann man diese Normen auch nicht im Wege der "Berücksichtigung" anstelle von "Anwendung" für den Lebenssachverhalt "Luftfahrt" heranziehen. Die internationalen, europäischen und österreichischen Gesetzgeber haben eben klar ihren Willen zum Ausdruck gebracht, dass die Luftfahrt aufgrund ihrer Besonderheiten im Rahmen der UNO einem eigenen Regime (CORSIA) unterliegt.

- Wenn der Sinngehalt der Klimaschutznormen ist, dass klar zwischen Emissionshandelssystem (hier: Luftfahrtunternehmen) und "Effort Sharing Decision"

⁹ Beschwerde Pkt 11.1.

¹⁰ Beschwerde Pkt 11.3.

¹¹ Beschwerde Pkt 12.

¹² Beschwerde Pkt 14.

¹³ VfSlg; 11852/1988 uva; *Berka* in *Kneihls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar (1 Lfg) Art 7 B-VG Rz 112.

¹⁴ Dass das BVwG ua das KSG mitangewendet hat, ergibt sich daraus, dass es bei den Rechtsgrundlagen – genauso wie die einschlägigen Bestimmungen des UVP-G, des LFG usw – das KSG ausdrücklich anführt und sich in seiner weiteren Begründung immer wieder darauf stützt. Dass dieses Gesetz für das BVwG rechtserheblich war, ist daher – entgegen der Ausführungen in seiner Stellungnahme – nicht von der Hand zu weisen.

(hier: Flughäfen) zu unterscheiden ist, dann kann diese Unterscheidung nicht dadurch beseitigt werden, dass man diese Klimaschutznormen "nur" berücksichtigt. Es bleibt dabei: Klimaschutzmaßnahmen für Flughäfen sind nur hinsichtlich der von den Flughäfen selbst beherrschbaren Maßnahmen denkbar. Genau darauf zielten auch sämtliche Ermittlungsschritte des BVwG im Verfahren ab und dazu wurden von der Flughafen Wien AG auch überaus effiziente Maßnahmen angeboten.¹⁵

- Wenn der Sinngehalt einer Norm ist, dass erst auf politischer Ebene Verhandlungen zu führen sind, sie also auf einen bestimmten Lebenssachverhalt nicht anzuwenden ist, dann kann diese Norm nicht im Fall bloßer Berücksichtigung für diesen Lebenssachverhalt dann doch herangezogen werden. Genau das trifft auf das KSG zu. Dieses ist auf die Luftfahrt nicht anwendbar und darf daher auch nicht berücksichtigt werden.

Auch die von den mitbeteiligten Parteien vorgelegte Entscheidungsbesprechung¹⁶ bekräftigt dies: Das KSG ist lediglich auf die Emissionsreduktion für Sektoren **außerhalb** des Emissionshandels und daher **nicht** auf den Luftverkehr anwendbar. Weiters bejahen die Autoren, dass das KSG **keine verbindlichen Klimaschutzmaßnahmen** regelt, sondern **lediglich die Klimapolitik zu Planung und Kooperation anleitet**. All dies bestätigt die in der Beschwerde dargelegten Gründe für eine denkbare Mitbewandlung des KSG.¹⁷

Das BVwG hat den Inhalt und die Wirkungszusammenhänge der Vorschriften zum Klimaschutz grundlegend verkannt. Bei richtiger Sichtweise hätte das BVwG zur Erkenntnis gelangen müssen, dass der Klimaschutz jedenfalls nach derzeitiger Rechtslage kein Grund sein kann, irgendeine – schon gar nicht die vorliegende – Anlagengenehmigung zu verweigern.

Völlig zutreffend hat daher der VwGH bereits zum Kyoto-Protokoll festgestellt:¹⁸ "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". Auch wenn diese Entscheidung zu § 17 Abs 5 UVP-G erging: Nichts anderes kann für § 71 Abs 1 lit d LFG und damit für den vorliegenden Fall gelten. Es bedarf erst politischer Entscheidungen und gesetzgeberischer Akte.

¹⁵ Das BVwG hat seiner Entscheidung ohne Ermittlungen und absolut nicht vorhersehbar das Vorbringen der AFLG und anderer (welches wir zu einem großen Teil nie zu Gesicht bekommen hatten) und demzufolge die CO₂-Emissionen der internationalen Luftfahrt – nicht bloß des Flughafens – zugrunde gelegt. Dies ist nicht nur inhaltlich rechtswidrig, sondern verstößt wie dargelegt auch gegen grundlegende Verfahrensvorschriften.

¹⁶ *Kirchengast/Madner/Schulev-Steindl/Steininger/Hollaus/Karl*, Flughafen Wien: Untersagung der dritten Piste durch das BVwG, RdU (in Druck) 10.

¹⁷ Beschwerde Pkt 11.

¹⁸ VwGH 24.08.2011, 2010/06/0002 zur A 5 Nordautobahn.

3 Zu § 71 LFG

3.1 Keine Interessenabwägung

Die Autoren der von den mitbeteiligten Parteien vorgelegten Entscheidungsbesprechung¹⁹ gestehen selbst zu, dass § 71 LFG "ein *konditional strukturierter Tatbestand*" ist und nicht "*explizit*" zur Abwägung ermächtigt. In weiterer Folge nehmen sie jedoch unrichtigerweise eine "*implizite*" Abwägungsermächtigung an, übersehen dabei aber, dass gerade im Fall des § 71 LFG kein Raum für eine Interessenabwägung bleibt ("*Die Zivilflugplatz-Bewilligung ist zu erteilen, wenn sonstige öffentliche Interessen nicht entgegenstehen*"). Aus dieser Bestimmung ergibt sich eindeutig, dass für die Erteilung der Zivilflugplatzbewilligung "*bestimmte positive Voraussetzungen erfüllt*" sein müssen und "*bestimmte Versagungsgründe nicht vorliegen*" dürfen.²⁰

Dies kann auch an der von den mitbeteiligten Parteien und in der Entscheidungsbesprechung vergleichsweise herangezogenen Bestimmung des § 9 LFG (wenn auch unrichtigerweise; siehe dazu unten Pkt 3.3) veranschaulicht werden:

Nach § 9 Abs 2 LFG ist die Bewilligung für Außenlandungen und -abflüge zu erteilen, wenn eine der zwei dort angeführten Alternativen erfüllt ist. Dies ist dann der Fall, wenn (i) öffentliche Interessen nicht entgegenstehen (Fall 1) oder (ii) ein an der Außenlandung oder am Außenabflug bestehendes öffentliches Interesse ein allenfalls entgegenstehendes öffentliches Interesse **überwiegt** (Fall 2). Hier wird ein eindeutiger struktureller Unterschied zu § 71 Abs 1 lit d LFG deutlich: § 9 Abs 2 ordnet in Fall 2 tatsächlich eine Interessenabwägung an (arg: "überwiegt"). Der Gesetzgeber hätte in § 71 Abs 1 lit d LFG dasselbe getan, wenn er eine Interessenabwägung anordnen hätte wollen. Davon hat er aber bewusst Abstand genommen.

3.2 Kein Ermessen

In Bezug auf die "Ermessensübung" wird in der von den mitbeteiligten Parteien vorgelegten Entscheidungsbesprechung eingestanden, es sei "*wohl*" anzunehmen, dass § 71 LFG nur zu einer gebundenen Entscheidung ermächtige (wobei sich die Autoren in weiterer Folge – dem widersprechend – der unrichtigen Ansicht des BVwG anschließen, dass "*dahin gestellt bleiben könne*", ob § 71 LFG Ermessen iSd Art 130 Abs 3 B-VG einräume oder nicht einräume).²¹

Die diesbezüglichen Ausführungen sind jedenfalls nicht geeignet, unser Beschwerdevorbringen zu entkräften. Vielmehr bestätigen sie unsere Rechtsansichten.

¹⁹ Kirchengast/Madner/Schulev-Steindl/Steininger/Hollaus/Karl, Flughafen Wien: Untersagung der dritten Piste durch das BVwG, RdU (in Druck) 13.

²⁰ Beschwerde Pkt 7.1.

²¹ Kirchengast/Madner/Schulev-Steindl/Steininger/Hollaus/Karl, Flughafen Wien: Untersagung der dritten Piste durch das BVwG, RdU (in Druck) 13.

3.3 Verfassungswidrige Interpretation

In den uns übermittelten Äußerungen²² wird – nahezu identisch – vorgebracht, dass zu den "sonstigen öffentlichen Interessen" iSd § 71 Abs 1 lit d LFG auch der Klimaschutz zu zählen sei. Bemerkenswert an diesem Vorbringen ist zunächst, dass sich die Äußerungen – ähnlich der Begründung des angefochtenen BVwG-Erkenntnisses – eingehend mit der zur § 9 LFG ergangenen Judikatur des VwGH beschäftigen, sich aber nicht mit dem hier maßgeblichen § 71 Abs 1 lit d LFG auseinandersetzen.

Zunächst ist hervorzuheben, dass § 71 Abs 1 lit d LFG bereits auf Grund des dem Art 18 Abs 1 B-VG entspringenden Legalitätsprinzips keinen unbestimmbaren Inhalt haben darf.

Unstrittig ist, dass nach stRsp des VfGH aus dem Legalitätsprinzip nicht abzuleiten ist, dass es keine "unbestimmten Gesetzesbegriffe" geben dürfe.²³ Vielmehr sind solche Gesetzesbegriffe in verfassungskonformer Interpretation unter Zuhilfenahme der Auslegungsmethoden zu bestimmen. Wenn jedoch auch unter Zuhilfenahme der Auslegungsmethoden nicht beurteilt werden kann, wozu das Gesetz die Verwaltungsbehörde ermächtigt, verletzt die Regelung die in Art 18 B-VG enthaltenen rechtstaatlichen Erfordernisse.²⁴

Zieht man gegenständlich die gängigen Interpretationsmethoden heran, lässt sich aus dem Wort "sonstige" ableiten, dass die in lit a bis c des § 71 Abs 1 LFG genannten öffentlichen Interessen nicht unter § 71 Abs 1 lit d LFG fallen. Unter Heranziehung der Systematik des LFG erschließt sich, dass die öffentlichen Interessen aus dem LFG herauszulesen sind.²⁵ Wirft man einen Blick in die Gesetzesmaterialien, finden sich zu § 71 Abs 1 lit d LFG keine dezidierten Ausführungen. Zum Abs 2 leg cit nennt der (historische) Gesetzgeber den Bedarf und den Ausbau der österreichischen Zivilluftfahrt als vom öffentlichen Interesse erfasst. Darüber hinaus soll darauf Bedacht genommen werden, dass *"Flugplatzunternehmen nicht im planlosen Wettbewerb einen sachgemäßen Ausbau der österreichischen Zivilluftfahrt verhindern"*.²⁶ Ziel und Zweck des LFG ist demnach, die zivile Luftfahrt in geordneten Bahnen auszubauen. Auch dies spricht für eine Auslegung der "öffentlichen Interessen" des § 71 Abs 1 lit d LFG nach den luftfahrtrechtlichen Bestimmungen des LFG, die diese Ziele sicherstellen sollen.

²² Äußerung der BVwG S 1, der AFLG S 14ff, der BI gegen Fluglärm in Wien West S 8f, der BI Plattform gegen die 3. Piste des Flughafens Wien und Herbert Hofer, S 2ff sowie (wortgleich) der BI Lärmschutz Laaerberg, S 2ff; mit Bezugnahme auf *Kirchengast/Madner/Schulev-Steindl/Steininger/Hollaus/Karl*, Flughafen Wien: Untersagung der dritten Piste durch das BVwG, RdU (in Druck) 8f.

²³ VfSlg 13.785/1994 mwN.

²⁴ VfSlg 8.395/1979 mwN.

²⁵ Vgl Schutz der Allgemeinheit (§§ 92, 96 und 124 LFG), die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit (§§ 5, 124, 126, 145), die Hintanhaltung von Gefährdung von Leben, Gesundheit und Eigentum (§ 133), die Gewährleistung der Sicherheit der Person und des Eigentums (§ 122), der Sicherheit von Personen und Sachen auf der Erde (§ 128), die Fernhaltung störender Einwirkungen auf Personen und Sachen (§ 5) und die Vermeidung vermeidbaren Geräusches (§ 14).

²⁶ ErläutRV 307 BlgNR 8. GP 36.

Als **Zwischenergebnis** ist daher festzuhalten, dass die Auslegung der "sonstigen öffentlichen Interessen" bereits aus verfassungsrechtlichen Überlegungen anhand des LFG zu erfolgen hat. Öffentliche Interessen, die sich daraus nicht ableiten lassen – wie der Klimaschutz und die Minimierung von Bodenverbrauch – sind vom LFG nicht erfasst. Erst wenn der Gesetzgeber diese Interessen im LFG verankern sollte, wären auch diese Interessen zu berücksichtigen.

Eine solche verfassungskonforme Interpretation des § 71 Abs 1 lit d LFG anhand der sonstigen Bestimmungen des LFG wurde in der Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts von VfGH und VwGH vorgenommen. Hiezu sei nochmals auf das grundlegende Erkenntnis des **VwGH** – in einem **verstärkten Senat** – vom 20.11.1970, 1820/69 verwiesen. Dort führt der Gerichtshof unmissverständlich aus, dass – abseits der in § 71 Abs 1 lit a bis c normierten öffentlichen Interessen – jene zu berücksichtigen sind, "*die nach dem Luftfahrtgesetz wahrzunehmen sind*". Direkt im Anschluss legt der VwGH das LFG nach diesen öffentlichen Interessen demonstrativ aus. Diese beispielhafte Aufzählung bezieht sich dezidiert auf die aus dem LFG ableitbaren öffentlichen Interessen. Anders als die mitbeteiligten Parteien in ihren Äußerungen unterstellen, handelt es sich dabei nicht um eine beispielhafte Aufzählung überhaupt existierender öffentlicher Interessen. Der VwGH hat die Auslegung der "*sonstigen öffentlichen Interessen*" iSd § 71 Abs 1 lit d LFG in der Folge in seiner Rechtsprechung beibehalten, diesen unbestimmten Gesetzesbegriff immer wieder anhand des LFG ausgelegt und führt die entsprechenden Gesetzesstellen des LFG fallweise auch beispielhaft an.

Der **VfGH** geht ebenfalls davon aus, dass der Begriff der "sonstigen öffentlichen Interessen" aus dem LFG abzuleiten ist.²⁷ Mit Fug und Recht lässt sich daher behaupten, dass eine gefestigte Rechtsprechung zur Auslegung von § 71 Abs 1 lit d LFG existiert. Diese wird von den mitbeteiligten Parteien ignoriert.

Hervorzuheben ist: Der VwGH führt diese Judikatur bis heute – also auch noch **nach** den von mitbeteiligten Parteien in ihren Äußerungen zitierten Erkenntnissen des VwGH zu einer anderen Bestimmung des LFG, nämlich § 9 Abs 2 – unverändert fort.²⁸

Der Versuch der mitbeteiligten Parteien (und mit ihnen des BVwG), die Rechtsprechung des VwGH zu einer ganz anderen Norm, nämlich zu § 9 LFG heranzuziehen und diese auf § 71 LFG zu übertragen, ist untauglich. Nicht umsonst hat der VwGH – wie gesagt – die Rsp zu § 71 LFG entgegen der Rsp zu § 9 LFG unverändert beibehalten. Es bestehen nämlich gravierende Unterschiede zwischen den beiden Bestimmungen.

Wesentliches **Ziel** des LFG war und ist es, die Luftfahrt in Österreich in geordneten Bahnen auszubauen und deren Sicherheit zu gewährleisten.²⁹ Diese soll primär

²⁷ VfSlg 12.465/1990.

²⁸ Vgl VwGH 15.06.1994, 92/03/0141; VwGH 25.06.2008, 2007/03/0181; VwGH 30.09.2010, 2010/03/0110.

²⁹ Vgl ErläutRV 307 BlgNR 8. GP sowie die in FN 4 beispielhaft aufgezählten Gesetzesbestimmungen mit "Sicherheitsbezug".

konzentriert auf Flugplätzen gem § 58 LFG abgewickelt werden. Daher bestimmt § 9 Abs 1 LFG, dass – abgesehen von den Ausnahmen nach § 9 Abs 2 bis 4 und § 10 LFG – zum Abflug und zur Landung von Luftfahrzeugen nur Flugplätze benutzt werden dürfen. Außenlandungen und Außenabflüge – nach § 9 Abs 2 definitionsgemäß außerhalb von Flugplätzen – sollen nach dem Willen des Gesetzgebers die absolute **Ausnahme** sein. Dies ist auch konsequent, weil der Start und die Landung von Luftfahrzeugen außerhalb von Flugplätzen nicht im selben Maß einen geordneten und sicheren Flugbetrieb gewährleisten kann.

Auch die **Bewilligungsvoraussetzungen** sind anders determiniert: Nach § 9 Abs 2 LFG ist die Bewilligung für Außenlandungen und -abflügen zu erteilen, wenn eine der zwei dort angeführten Alternativen erfüllt ist. Wie bereits oben in Pkt 3.1 erwähnt: Im Gegensatz zu § 71 Abs 1 lit d LFG ordnet § 9 Abs 2 LFG in Fall 2 tatsächlich eine Interessenabwägung an. Darüber hinaus fordert § 9 Abs 2 LFG – anders als § 71 Abs 2 LFG – nicht zwingend, dass die Außenlandungen und -abflüge im öffentlichen Interesse stehen müssen. Es genügt vielmehr, dass öffentliche Interessen nicht entgegenstehen (Fall 1). Nach § 71 Abs 2 LFG muss der Flugplatz hingegen im öffentlichen Interesse stehen, wobei jedenfalls ein Bedarf gegeben sein muss. Diesen Bedarf sieht der Gesetzgeber bei Außenlandungen und -abflügen nur in den in § 10 Abs 1 Z 1 bis Z 6 LFG genannten Fällen gegeben und stellt diese grundsätzlich bewilligungsfrei. Für alle sonstigen Außenlandungen und -abflüge sieht der Gesetzgeber keinen Bedarf und unterstellt sie einer Bewilligungspflicht nach § 9 Abs 2 LFG.

Zwar trifft es zu, dass der VfGH den Begriff der öffentlichen Interessen in § 9 Abs 2 LFG – im Gegensatz zu § 71 Abs 1 lit d LFG – weiter auslegt und über die aus dem LFG ableitbaren öffentlichen Interessen hinaus ausdehnt.³⁰ Jedoch ist dies nicht weiter verwunderlich, wenn man sich die unterschiedlichen Zielsetzungen und die strukturellen Unterschiede der beiden Bestimmungen vor Augen führt. Die anlagenrechtliche Bewilligung eines Flugplatzes kann nicht mit der Bewilligung einzelner Flüge außerhalb von Flugplätzen verglichen werden. Dass nach § 9 Abs 2 LFG auch andere öffentliche Interessen als nach dem LFG wahrzunehmen sind, ist schon deshalb gerechtfertigt, weil die Flüge nach § 9 LFG gerade nicht auf einer für den regelmäßigen Flugbetrieb genehmigten Anlage, dem Flugplatz, stattfinden und der Gesetzgeber dieser Form der Landungen und Abflüge gegenüber kritisch eingestellt ist. Während für Flugplätze alle erforderlichen anlagenrechtlichen Genehmigungen nach LFG, WRG, NSchG usw eingeholt werden müssen, fehlt diese anlagenrechtliche Prüfung bei Außenlandungen und -abflügen regelmäßig, weil diese "auf der grünen Wiese" stattfinden und Bewilligungspflichten nach sonstigen Materiensetzen oft nicht ausgelöst werden. Folglich muss der Mangel der anlagenrechtlichen Genehmigungsverfahren bei Bewilligung einer Außenlandung nach § 9 LFG kompensiert werden. "Im Einzelfall" – und diesen betont der VfGH in seiner Rsp zu Außenlandungen – kann es daher geboten sein, bspw auch das öffentli-

³⁰ Vgl die in den Äußerungen an den VfGH aufgezählten Erkenntnisse des VfGH zu § 9 Abs 2 VfGH beginnend mit VfGH 03.07.1991, 91/03/0064.

che Interesse am Naturschutz zu berücksichtigen.³¹ Freilich wird eine solche Berücksichtigung nach § 9 LFG dort "überflüssig", wo anlagenrechtliche Bewilligungen auch für Außenlandungen und -abflüge benötigt werden und das öffentliche Interesse in diesen Verfahren bereits berücksichtigt ist.³² Daher geht auch der VwGH davon aus, dass bei einer Bewilligung nach § 9 LFG alle *im Einzelfall* in Betracht kommenden öffentlichen Interessen zu berücksichtigen sind. Es sind dies aber stets öffentliche Interessen, die ansonsten im Rahmen von anlagenrechtlichen Bewilligungsverfahren berücksichtigt werden und anlagenrechtlich steuerbar sind. So stellt der VwGH für die Beurteilung der zu berücksichtigenden öffentlichen Interessen maßgeblich auf die Lage des Start- bzw Landeplatzes ab.

Klimaschutz fällt jedenfalls nicht unter diese anlagenrechtlichen Aspekte, die im Einzelfall zu berücksichtigen sind; Klimaschutz wurde und wird daher vom VwGH auch nicht nach § 9 Abs 2 LFG herangezogen.³³

Für § 71 Abs 1 lit d LFG gilt jedenfalls: Nur eine auf das Gesetz rückführbare Interpretation macht den Tatbestand des § 71 Abs 1 lit d LFG im Hinblick auf das Legalitätsprinzip verträglich.

Wollte man der Meinung der mitbeteiligten Parteien und des BVwG folgen, nach § 71 Abs 1 lit d LFG sei "jedwedem" öffentliche Interesse zu beachten (und es gäbe keinerlei Abwägungskriterien für diese unbeschränkte Zahl an öffentlichen Interessen), so würde diese Bestimmung gegen das Determinierungsgebot des Art 18 B-VG verstoßen. Diesfalls wäre § 71 Abs 1 lit d LFG verfassungswidrig.

4 Demokratische Staatsorganisation

4.1 Verfassungsgesetzliche Grundlagen

Für den Fall, dass § 71 Abs 1 lit d LFG – wie das BVwG meint³⁴ – tatsächlich eine Ermessensentscheidung iSd B-VG normiert, stellt sich die Frage, ob es den Grundsätzen der demokratischen Staatsorganisation entspricht, dass das BVwG dieses Ermessen übt. Der vorliegende Fall macht diese Frage augenscheinlich:

Nach Ansicht des BVwG ist nach § 71 Abs 1 lit d LFG jedwedem öffentliche Interesse heranzuziehen. Zudem fehlen für die Gewichtung aller dieser öffentlichen Interessen jegliche Anhaltspunkte im Gesetz.³⁵ Wenn man nun vor diesem Hintergrund – wie das BVwG es macht – auch noch aus allgemeinen (internationalen und nationalen) politischen Zielsetzungen öffentliche Interessen herleitet, die gesetzlich in dieser Form nicht normiert sind (zB Klimaschutz- oder Bodenverbrauchskriterien

³¹ Etwa, wenn es keine gesonderte naturschutzrechtliche Genehmigungspflicht gibt.

³² Vgl zB die naturschutzrechtliche Bewilligungspflicht nach § 25 Abs 1 lit e Salzburger Naturschutzgesetz für die wiederkehrende Benutzung von Außenlandungen und Außenabflüge.

³³ VwGH 29.04.2015, 2013/03/0157.

³⁴ Erkenntnis des BVwG S 113 und 120.

³⁵ Wir halten dies – wie dargelegt – schon wegen des Widerspruchs zum Legalitätsprinzip für unzulässig und wegen verfassungskonformer Interpretation für unzutreffend.

für eine Anlagengenehmigung), dann wird klar, dass die Ermessensentscheidung zu einer zutiefst "politischen" Entscheidung wird.

Auf verfassungsgesetzlicher Ebene normiert Art 130 Abs 3 B-VG, dass Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids nicht vorliegt, soweit das Gesetz der Verwaltungsbehörde Ermessen einräumt und sie dieses im Sinne des Gesetzes geübt hat. Das Verwaltungsgericht ist also grundsätzlich auf eine nachprüfende Kontrolle der verwaltungsbehördlichen Ermessensübung beschränkt. Rechtswidrigkeit liegt nur dann vor, wenn die Verwaltungsbehörde das Ermessen nicht im Sinne des Gesetzes übt, also bei Überschreiten der gesetzlich gesetzten Grenzen des Ermessens.

In Art 130 Abs 4 B-VG werden die Voraussetzungen für die reformatorische Entscheidungsbefugnis des Verwaltungsgerichts festgelegt.

Aus dem Regelungsgehalt dieser beiden Bestimmungen allein kann noch nicht auf eine verfassungsrechtliche Befugnis zur Ermessensübung auch durch die Verwaltungsgerichte geschlossen werden.³⁶ Diese ergibt sich erst aus Art 133 Abs 3 B-VG, der für die Kognitionsbefugnis des VwGH normiert: "*Rechtswidrigkeit liegt nicht vor, soweit das Verwaltungsgericht Ermessen im Sinne des Gesetzes geübt hat*". Daraus folgt, dass aufgrund der Bundesverfassung auch das Verwaltungsgericht ermächtigt ist, im Beschwerdeverfahren anstelle der Verwaltungsbehörde Ermessen zu üben, und zwar bei Vorliegen der reformatorischen Entscheidungsbefugnis (Art 130 Abs 4 B-VG).

Auf einfachgesetzlicher Ebene knüpft daran § 28 Abs 4 VwGVG an, wonach das Verwaltungsgericht im Fall einer fehlerhaften Ermessensübung mit Behebung und Zurückverweisung vorzugehen hat, sofern nicht die Voraussetzungen für eine Entscheidung in der Sache selbst vorliegen. Hat das Verwaltungsgericht sohin nach § 28 Abs 2 VwGVG (bzw Art 130 Abs 4 B-VG) meritorisch zu entscheiden, hat es selbst Ermessen zu üben.³⁷

§ 28 Abs 4 VwGVG lautet: "*Hat die Behörde bei ihrer Entscheidung Ermessen zu üben, hat das Verwaltungsgericht, wenn es nicht gemäß Abs. 2 in der Sache selbst zu entscheiden hat und wenn die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder abzuweisen ist, den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückzuverweisen. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.*"

Diese Bestimmung wirft – jedenfalls in ihrer bisherigen Auslegung durch den VwGH – Fragen auf: Wozu bedarf es des § 28 Abs 4 Satz 1 VwGVG, wenn dieser

³⁶ Eine Auslegung im Lichte des demokratischen Grundprinzips könnte ergeben, dass das VwG in Ermessensfällen stets nur mit Aufhebung des Bescheids und Zurückverweisung der Rechtssache vorgehen darf.

³⁷ *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit (2013) Art 130 B-VG Rz 59f; *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte (2015) § 28 VwGVG Rz 22 mwN; siehe auch die bei *Eder/Martin/Schmid*, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte² § 28 VwGVG E 56 - E 60 zitierte Rsp des VwGH.

das Gleiche normiert wie § 28 Abs 2 VwGVG? Oder soll hier für die Fälle des Ermessens allenfalls doch etwas Abweichendes normiert werden?

In der Lehre wurden vielfach Bedenken an der eigenständigen Ermessensübung durch die Verwaltungsgerichte erster Instanz geäußert.³⁸ Der grundlegende Tenor lautet dabei, dass politisches Gestaltungsermessen und politische Wertungsfragen als Entscheidungsprärogative der demokratisch legitimierten Verwaltung vorbehalten sein sollen. *Merli* bringt es treffend auf den Punkt: "*Welche Verkehrs-, Gesundheits- oder Einbürgerungspolitik sollte denn ein Verwaltungsgericht verfolgen?*"³⁹

Dass diese Einwände nicht von der Hand zu weisen sind, lässt sich am Organisationsystem des B-VG veranschaulichen. Aus dem demokratischen Prinzip der Bundesverfassung wird der Grundsatz abgeleitet, dass neben die funktionelle Abhängigkeit der Exekutive von der Legislative durch die Bindung an das Gesetz (Legalitätsprinzip)⁴⁰ auch eine bestimmte Grundstruktur der staatlichen Verwaltungsorganisation tritt. So erschließt sich aus den Bestimmungen des B-VG⁴¹, dass die obersten Vollzugsorgane unter eine sanktionsbewehrte Kontrollbefugnis eines allgemeinen Vertretungskörpers zu stellen sind und den obersten Vollzugsorganen wiederum gegenüber den ihnen nachgeordneten Vollzugsorganen eine umfassende Leitungsbefugnis einzuräumen ist.⁴²

Im Kern müssen somit sämtliche Hoheitsakte auf den Willen eines allgemeinen Vertretungskörpers rückführbar sein. Dies verwirklicht – neben dem Legalitätsprinzip in funktioneller Hinsicht – zum einen die Verantwortlichkeit der obersten Verwaltungsorgane gegenüber "ihrem" allgemeinen Vertretungskörper und andererseits die Weisungs- und Leitungsbefugnis der obersten Verwaltungsorgane gegenüber nachgeordneten Verwaltungsorganen.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist in diesem System nur durch die Bindung an das Gesetz (Art 18 Abs 1 B-VG) beschränkt, steht aber ansonsten aufgrund ihrer verfassungsgesetzlich verbrieften Unabhängigkeit⁴³ außerhalb eines personellen Legitimationszusammenhangs.⁴⁴

³⁸ Beispielhaft seien genannt *Merli*, Die Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte erster Instanz, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz 72; *Holoubek*, Kognitionsbefugnis, Beschwerdelegitimation und Beschwerdegegenstand, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 127 (136); *Storr*, Das Verfahrensrecht für die zukünftigen Verwaltungsgerichte, *ZfV* 2012, 911 (914).

³⁹ *Merli*, Die Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte erster Instanz, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 73.

⁴⁰ Art 18 Abs 1 B-VG.

⁴¹ Vgl Art 20 Abs 1, 77, 101 Abs 1, 102 Abs 1, 103 Abs 1 B-VG.

⁴² *Tessar*, Bundesverfassungsrechtliche Organisationsprinzipien staatlichen Handelns und Ausgliederung (2010) 481; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) 233.

⁴³ Vgl Art 134 Abs 7 iVm Art 87 Abs 1 und 2 sowie Art 88 Abs 1 und 2 B-VG.

⁴⁴ In der Stellungnahme der Bürgerinitiative gegen Fluglärm in Wien West S 10, wird vorgebracht, es bestehe (im Fall des BVwG) eine mittelbare demokratische Legitimation der Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterinnen aufgrund ihrer Ernennung durch den Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundesregierung

Im Fall gebundener Entscheidungen ist dies unproblematisch, zumal sich die Voraussetzungen für ein konkretes Verwaltungshandeln strikt aus dem Gesetz ergeben. Anders verhält es sich jedoch bei jenen Normen, die der Verwaltungsbehörde (politisches) Ermessen einräumen. Entscheidet ein Verwaltungsgericht erster Instanz bei Vorliegen der Voraussetzungen reformatorisch, eröffnet sich unter dem Aspekt der Gewaltenteilung ein Spannungsfeld zwischen den beiden Staatsfunktionen Verwaltung und Gerichtsbarkeit.⁴⁵ Es kommt zu einer Verlagerung des politischen Gestaltungspotenzials hin zur Gerichtsbarkeit, die ein erhebliches demokratisches Defizit in sich birgt.⁴⁶

Daraus ergeben sich Bedenken gegen Art 133 Abs 3 B-VG wegen des Verstoßes gegen das demokratische Grundprinzip (Baugesetz) der Bundesverfassung.

Jedenfalls aber ist eine baugesetzkonforme Interpretation geboten, die es dem BVwG nicht erlaubt, derart unbeschränktes politisches Ermessen wie im vorliegenden Fall zu üben.

Diese baugesetzkonforme Interpretation wird insbesondere auf die Auslegung des § 28 Abs 2 VwGGV durchschlagen. Dazu im Folgenden.

4.2 Meritorische Entscheidung nach § 28 Abs 2 VwGGV

Die mitbeteiligten Parteien meinen, das BVwG wäre dazu verpflichtet gewesen, selbst eine meritorische Entscheidung zu fällen.⁴⁷ Dazu verweisen sie auf folgenden Teil der Begründung des Erkenntnisses:

"Da der Umweltsenat bzw. sodann das Bundesverwaltungsgericht bereits schon eine Fülle von Ergänzungen des Ermittlungsverfahrens durchzuführen hatten, wäre eine Zurückverweisung wegen neuerlicher Ermessensübung mit zusätzlicher zeitlicher Verzögerung und zusätzlichem Aufwand verbunden gewesen, zumal der diesbezügliche Sachverhalt nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung und eines ergänzenden Parteiengehörs nun auch feststeht und keiner ergänzenden Ermittlungen bedarf."⁴⁸

Dies erscheint nicht nur gesetzwidrig, sondern auch verfassungs- und baugesetzwidrig:

(vgl § 2 Abs 2 BVwGG sowie Art 134 Abs 3 B-VG). Dazu ist festzuhalten, dass Art 134 Abs 3 B-VG weder eine politische Verantwortlichkeit noch einen Weisungszusammenhang statuiert, vielmehr ist auf die verfassungsgesetzlichen Garantien der richterlichen Unabhängigkeit zu verweisen. Weder der Bundespräsident noch die Bundesregierung können auf die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte Einfluss nehmen.

⁴⁵ An dieser Stelle müsste nach *Holoubek*, Kognitionsbefugnis, Beschwerdelegitimation und Beschwerdegegenstand, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 136, angeknüpft und typisierend festgeschrieben werden, "was funktionsadäquaterweise bei der Verwaltung angesiedelt ist und wo bei der Ausübung von Entscheidungsspielräumen die Gerichtsbarkeit ihre legitime Aufgabe hat".

⁴⁶ Ähnlich Äußerung Stadt Wien S 19.

⁴⁷ Äußerung AFLG Pkt D; Äußerung der BI gegen Fluglärm in Wien West Pkt B.5.

⁴⁸ Erkenntnis S 114.

Das BVwG geht (wie dargelegt, zu Unrecht) davon aus, dass die Behörde als öffentliches Interesse ua auch den Klimaschutz berücksichtigen hätte müssen; dies nicht nur hinsichtlich der CO₂-Emissionen des Flughafens, sondern auch hinsichtlich der CO₂-Emissionen der internationalen Luftfahrt. Dazu hätte sie Ermittlungen anstellen müssen, die sie jedoch zur Gänze unterlassen habe. Ähnliches gilt für die Bodeninanspruchnahme.

Dies ist ein klassischer Fall, in dem das Verwaltungsgericht nach Art 130 Abs 4 B-VG sowie § 28 Abs 2 VwGVG eben nicht zur Entscheidung in der Sache verpflichtet ist, weil die Behörde Ermittlungen zu dem (vermeintlich) entscheidenden Thema gänzlich unterlassen hat. Im Fall der Ermessensübung sind Art 130 Abs 4 B-VG sowie § 28 Abs 2 VwGVG darüber hinaus so auszulegen, dass in solchen Fällen eine Verpflichtung zur Aufhebung und Zurückverweisung besteht, weil andernfalls der Verwaltungsbehörde die Möglichkeit genommen wird, das politische Ermessen zu üben.

Die Annahme der mitbeteiligten Parteien und des BVwG, die gebotene Aufhebung und Zurückverweisung dadurch umgehen zu können, dass zuerst Ermittlungen vorgenommen und Sachverhaltsfeststellungen getroffen werden, um sodann ex post zu sagen, nun mache eine Zurückverweisung keinen Sinn mehr, ist gesetz-, verfassungs- und baugesetzwidrig. Das BVwG hat die in § 28 Abs 2 VwGVG (wortgleich in Art 130 Abs 4 zweiter Satz B-VG) normierten Voraussetzungen der meritorischen Entscheidungsbefugnis unrichtig und ihrem Sinn widersprechend angewendet.⁴⁹ Entgegen den Ausführungen in der Begründung ist nämlich die Frage der Entscheidung in der Sache selbst **ex ante** zu beurteilen, also **vor** Durchführung eines ergänzenden Ermittlungsverfahrens. Das BVwG hätte somit vor Aufnahme seiner Ermittlungstätigkeit prüfen müssen, ob aufgrund der im Gesetz niedergelegten Effizienzgesichtspunkte mit der Aufhebung des Bescheids und der Zurückverweisung der Rechtssache an die Verwaltungsbehörde vorzugehen oder eine Sachentscheidung zu treffen gewesen wäre.⁵⁰ Wäre stets erst nach Durchführung eines ergänzenden Ermittlungsverfahrens des Verwaltungsgerichts zu beurteilen, ob kassatorisch oder reformatorisch zu entscheiden ist, verbliebe kein Anwendungsbereich für eine Zurückverweisung.

Diese Sichtweise ist jedenfalls dann unzulässig, wenn es sich um Ermessensentscheidungen handelt.

Angemerkt sei dazu schlussendlich noch Folgendes:

- Wenn nach § 71 Abs 1 lit d LFG tatsächlich jedwedes öffentliches Interesse heranzuziehen wäre, gäbe es noch zahlreiche weitere öffentliche Interessen, die erst ermittelt hätten werden müssen (und die auch das BVwG noch nicht ermittelt hat). Entgegen der Annahme des BVwG bliebe es bei Nichterrichtung der 3. Piste nicht beim Status Quo. Schon aus diesem Grund wäre noch zu ermitteln gewesen:

⁴⁹ So auch Äußerung Stadt Wien S 24.

⁵⁰ *Fister/Fuchs/Sachs*, Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren (2013) § 28 VwGVG Anm 8.

- Auswirkungen auf die Schallsituation und damit die Gesundheit einer Vielzahl von Menschen (3 Pisten mit 6 Start- und Landerichtungen können die Belastung besser verteilen als 2 Pisten mit nur 4 Start- und Landerichtungen);
 - Wegfall der Hub-Funktion des Flughafens und damit Wegfall internationaler Flugverbindungen;
 - Wegfall von Arbeitsplätzen am Flughafen Wien wegen der sich dann vom Flughafen zurückziehenden Unternehmen;
 - außenpolitischer Schaden durch den Wegzug internationaler Organisationen;
 - wirtschaftlicher Schaden durch das Abziehen von Europazentralen, Unternehmen usw in der gesamten Ostregion;
 - damit verbundener Wegfall zehntausender Arbeitsplätze und
 - die daraus in weiterer Folge resultierenden volkswirtschaftlichen Nachteile;
 - tendenziell sinkende Flugsicherheit (wenn auch im Rahmen des Zulässigen) bei ständigem Betrieb an der Kapazitätsgrenze, wobei hinter dem technischen Begriff "Flugsicherheit" das Leben vieler Menschen steht; usw.
- Die Fragen zur demokratischen Staatsorganisation erübrigen sich bei verfassungskonformer, dem Legalitätsprinzip entsprechender Auslegung des LFG: Kein Ermessen, keine Interessenabwägung und vor allem: nur die öffentlichen Interessen des LFG sind maßgeblich.

1. Flughafen Wien AG
2. Land Niederösterreich