Beilage ./ 71

Rechtsgutachtliche Stellungnahme

Erstattet im Auftrag der *Concin & Partner Rechtsanwälte GmbH* („Auftraggeberin")

Prof. Dr. Nicolas Raschauer

Triesen, Liechtenstein

August 2017

Dieses Gutachten ist ausschließlich für die Auftraggeberin bestimmt. Der der Verfassung des Gutachtens zugrundeliegende Auftrag ist kein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte. Die Haftung des Gutachters für nicht vorsätzlich verursachte Schäden wurde durch eine Individualvereinbarung mit der Auftraggeberin unter Ausschluss einer persönlichen Haftung des Gutachters auf die Versicherungssumme seiner Haftpflichtversicherung eingeschränkt.

GLIEDERUNG

I. GUTACHTENSAUFTRAG 3

II. RECHTLICHE ANMERKUNGEN 4

A. Relevanz von EuGH C-205/08 4

B. Relevanz von VwGH Ro 2015/05/0022 7

I. Gutachtensauftrag

(1) Die Auftraggeberin hat mich im August 2017 mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens beauftragt. In diesem Gutachten ist zu bestimmten, in der Verhandlungsschrift des Bundesverwaltungsgerichts betreffend das aktuelle UVP-Verfahren **380 kV-Leitung Salzburg-Oberösterreich vorgebrachten Aspekten rechtlich Stellung zu beziehen.**[1]

(2) Gegenstand des Verfahrens ist die Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Starkstromfreileitung nach den §§ 3, 5, 17 und 39 iVm Anhang 1 Spalte 1 Z 16 lit a und Anhang 1 Spalte 2 Z 46 lit a UVP-G 2000.[2]

(3) In der zuvor zitierten Verhandlungsschrift wird wie folgt ausgeführt:

„RA Onz: *Als das Vorhaben 380kV-Salzburgleitung Ende September 2012 als ein einheitliches, Bundesländergrenzen überschreitendes UVP-pflichtiges Vorhaben bei den LReg. von Oö und Sbg zur Genehmigung eingereicht wurde, haben diese UVP-Behörden, der damaligen Verfassungsrechtslage entsprechend, eine einvernehmliche Vorgangsweise gewählt. Dies betraf die Auswahl der von diesen Behörden hinzugezogenen SV und die Erstellung des einheitlichen UV[P]-Gutachtens. Die Auflage dieses UVGA erfolgte zeitkongruent durch beide LReg. Mit 01.01.2014 ist diese Einvernehmensregelung durch ersatzlose Aufhebung des Art. 11 Abs. 8 B-VG weggefallen. Ab diesem Zeitpunkt haben die LReg. gemäß ihrer jeweiligen örtlichen Zuständigkeit die beiden Verfahren über das nach wie vor einheitliche UVP-pflichtige Vorhaben fortgesetzt. Dies lässt sich bei den Bescheiden an den relevanten Fundstellen entnehmen.*
Die in Bezug auf die örtliche Zuständigkeit notwendige Aufspaltung eines Bundesländergrenzen überschreitenden UVP-pflichtigen Vorhabens, führt dazu, dass bei solchen Vorhaben, insbesondere Linienvorhaben, zwei Bescheide der UVP-Behörden zu ergehen haben. In Summe sprechen diese beiden Bescheide in räumlicher Hinsicht über das Projekt ab. Diesem Verständnis liegt auch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Umweltanwalt von Kärnten, Rs C-205/08 zu Grund[e].
Die jeweils auf das Bundesland beschränkte Absprache über das UVP-pflichtige Gesamtvorhaben der 380kV-Salzburgleitung ergibt sich im vorliegenden Fall unschwer daraus, dass das Vorhaben in OÖ Änderungen einer bereits UVP-genehmigten 380-kV-Starkstromfreileitung umfasst, die ihrerseits die Bundesländer OÖ und Sbg betrifft; im Salzburger Teil umfasst das gegenständliche Vorhaben ebenfalls Änderungen, zusätzlich jedoch und vor allem die Neuerrichtung einer Leitungsanlage auf Salzburger Landesgebiet.
Im Anlassfall des VwGH-Erkenntnisses vom 29.03.2017, Ro 2015/05/0022, handelt es sich um eine Einzelfallprüfung eines Windparks, ein Vorhaben also, welches nicht bloß

---

1 Die Verhandlungsschrift, die mir auszugsweise vorliegt, datiert auf den 20. Juli 2017. Stand der berücksichtigten Rechtslage: 18. August 2017.

2 Bundesgesetz über die Prüfung der Umweltverträglichkeit (Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000 – UVP-G 2000), BGBl 1993/697 idF BGBl I 2017/111.

in der linearen Überschreitung einer Bundesländergrenze bestanden hat. Die Ausführungen des VwGH müssen daher unbedingt im Zusammenhang mit einer solchen Einzelfallprüfung gesehen werden. Dagegen treffen die Bedenken des VwGH in einem UVP-Genehmigungsverfahren nach § 17 UVP-G für ein Bundesländergrenzen überschreitendes Linienverfahren nicht zu. Das Erkenntnis ist daher für den hier vorliegenden Anlassfall nicht einschlägig. Es war den UVP-Behörden unschwer möglich, den sie betreffenden Verfahrensgegenstand zu ermitteln und über diesen abzusprechen. Vorliegend steht nicht der Vorhabensbegriff des UVP-G im Vordergrund, sondern die durch § 3 AVG vorgegebene Zuständigkeitsordnung. Abschließend wird darauf hingewiesen, dass dem Vernehmen nach eine Novelle des § 39 UVP-G beabsichtigt oder bereits beschlossen ist, die aber für die gegenständliche Fragestellung ohne Bedeutung ist."

(4) Ich erstatte nachfolgende Stellungnahme, wobei im Anschluss an die Gliederung der Ausführungen von *RA Onz* auf zwei zentrale Rechtsfragen Bezug zu nehmen ist: Erstens (unten A.) die Relevanz des Erkenntnisses des EuGH in der Rechtssache C-205/08 und zweitens (unten B.) die Maßgeblichkeit von VwGH Ro 2015/05/0022 für das konkrete Verfahren.

II. Rechtliche Anmerkungen

A. Relevanz von EuGH C-205/08

(5) Der zitierten Stellungnahme kann zunächst entnommen werden, dass im Anlassfall der 380 kV-Salzburgleitung zwei Bescheide der zuständigen UVP-Behörden von Salzburg und Oberösterreich ergingen, die in räumlicher Hinsicht isoliert nur über jene Projektbestandteile absprachen, die das jeweilige Landesgebiet von Salzburg bzw Oberösterreich berührten. Diesem Verständnis würde auch EuGH C-205/08 zu Grunde liegen.

(6) Nun ist es zweifelsohne korrekt, dass der EuGH im Bezug habenden Urteil – das den staatsgrenzüberschreitenden Bau einer Hochspannungsfreileitungen für eine Stromstärke von 220 kV mit einer Länge von mehr als 15 km betraf – festhielt, dass die zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats dieses Vorhaben auch dann einer UVP zu unterziehen haben, wenn es sich um ein grenzüberschreitendes Projekt handelt, das sich im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats nur über eine Länge von weniger als 15 km erstreckt.[3] Der maßgebliche Schwellenwert von Anhang I Z 20 UVP-RL 85/337/EWG wurde im Anlassfall auf österreichischer Seite nicht erreicht.

---

[3] EuGH 10. 12. 2009, C-205/08 (*Umweltanwalt von Kärnten*), ECLI:EU:C:2009:767 Rn 58. In Rn 57 führte der EuGH aus: *„Der Umstand allein, dass die in Österreich gelegene Teilstrecke weniger als 15*

(7) Von besonderer Bedeutung sind jedoch insbesondere die Ausführungen des Gerichtshofes in Rn 51 ff des Bezug habenden Urteils. Darin hat der EuGH ausdrücklich klargestellt, dass die Mitgliedstaaten bei grenzüberschreitenden Vorhaben verpflichtet sind, die **UVP** in allen durch das Vorhaben berührten Ländern **aufeinander abzustimmen** und das Prüfungsverfahren (auch materiell) zu koordinieren: Daher sind im jeweils nationalen Genehmigungsverfahren auch die **Auswirkungen** eines Vorhabens auf die Umwelt **in den Nachbarstaaten zu berücksichtigen** (was sich zwangsläufig auch aus dem Loyalitätsgebot nach Art 4 Abs 3 EUV ergibt);[4] dies ist im Verfahren betreffend die Salzburgleitung nachweislich nicht im gebotenen Umfang erfolgt. Nur dadurch könne jedoch, so der EuGH weiter, die von der UVP-RL vorgegebene **integrative Gesamtbeurteilung** der Auswirkungen eines Vorhabens sichergestellt werden. Jede andere Auslegung würde den Sinn und Zweck der UVP-RL unterlaufen und wäre daher mit dem telos des Regimes nicht vereinbar.

(8) Wörtlich führt der EuGH im Bezug habenden Urteil aus:

*„51. Ferner geht die Richtlinie 85/337 von einer **Gesamtbewertung** der Auswirkungen von Projekten auf die Umwelt aus (...), **unabhängig davon, ob es sich möglicherweise um ein grenzüberschreitendes Projekt handelt.***
52. Darüber hinaus müssen die Mitgliedstaaten die Richtlinie 85/337 so ausführen, dass sie dabei in vollem Umfang den Anforderungen entsprechen, die die Richtlinie im Hinblick auf ihr wesentliches Ziel aufstellt, das nach Art. 2 Abs. 1 darin besteht, dass Projekte, bei denen insbesondere aufgrund ihrer Art, ihrer Größe oder ihres Standorts mit erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt zu rechnen ist, vor Erteilung der Genehmigung einer Prüfung in Bezug auf ihre Auswirkungen unterzogen werden (...).
*53. Außerdem hat der Gerichtshof entschieden, dass das Ziel der Richtlinie 85/337 **nicht durch die Aufsplitterung eines Projekts umgangen werden** und die Nichtberücksichtigung der kumulativen Wirkung mehrerer Projekte in der Praxis nicht zur Folge haben darf, dass die Projekte insgesamt der Verpflichtung zur Umweltverträglichkeitsprüfung entzogen werden, obwohl sie zusammengenommen ‚erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt' im Sinne von Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 85/337 haben können (...).*

---

km lang ist, darf nicht dazu führen, dass das Projekt von dem in der Richtlinie 85/337 vorgesehenen Prüfverfahren ausgenommen wird. Der betroffene Mitgliedstaat wird die Auswirkungen eines solchen Projekts auf die Umwelt in seinem eigenen Hoheitsgebiet einer Prüfung unter Berücksichtigung der konkreten Folgen dieses Projekts unterziehen müssen."

4 Das ist mittlerweile unbestritten: EuGH 11. 2. 2015, C-531/13 (*Marktgemeinde Strasswalchen* ua), ECLI:EU:C:2015:79 Rn 46: *„Aus denselben Gründen kann die Beurteilung der Auswirkungen anderer Projekte nicht von den Gemeindegrenzen abhängen"*; zu bundesländergrenzüberschreitenden Straßenvorhaben (Elbtunnel) dt BVerwG 10. 11. 2016, 9 A 18.15 Rn 38 mwH.

54. Daraus folgt, dass die von Anhang I der Richtlinie 85/337 erfassten Projekte, die sich auf das Hoheitsgebiet mehrerer Mitgliedstaaten erstrecken, der Anwendung dieser Richtlinie nicht aus dem alleinigen Grund entzogen werden können, dass die Richtlinie keine ausdrückliche Bestimmung über solche Projekte enthält.
55. Eine solche Ausnahme würde das von der Richtlinie 85/337 verfolgte Ziel stark beeinträchtigen. Ihre praktische Wirksamkeit wäre nämlich ernsthaft in Frage gestellt, wenn die zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats bei der Entscheidung über die Frage, ob ein Projekt einer Umweltverträglichkeitsprüfung unterzogen werden muss, den in einem anderen Mitgliedstaat durchzuführenden Teil des Projekts außer Acht lassen dürften (...).
*56. Wie der Generalanwalt in Nr. 81 seiner Schlussanträge hervorgehoben hat, wird diese Feststellung durch den Wortlaut von Art. 7 der Richtlinie 85/337 bekräftigt, der eine **zwischenstaatliche Zusammenarbeit** für den Fall vorsieht, dass ein Projekt erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt in einem anderen Mitgliedstaat haben könnte."*[5]

(9) Diese **Ausführungen** sind auf das gegenständliche bundesländerüberschreitende Vorhaben **zu übertragen**. Auch in diesem Verfahren hätten die beteiligten Landesregierungen als zuständige UVP-Genehmigungsbehörden die Pflicht gehabt, ihr Vorgehen aufeinander abzustimmen und koordinierte Ermittlungsverfahren durchzuführen bzw aufeinander aufbauende (inhaltlich einvernehmliche) Genehmigungsbescheide zu erlassen.[6] Solches ist im Anlassfall nach den mir vorliegenden Informationen gerade nicht erfolgt. Denn ein koordiniertes Vorgehen setzt nach hA nicht nur voraus, dass die betroffenen Behörden ihr Vorgehen positiv und inhaltlich aufeinander abstimmen, was erfordert, dass beide Behörden in den jeweiligen Wirkungsbereichen zumindest widerspruchsfrei vorgehen.[7] Entscheidend ist aus Sicht der UVP-RL wohl auch, dass die beteiligten Behörden – wenn sie „zwischenstaatlich zusammenarbeiten" – ihre jeweiligen **Entscheidungen auch in einem zeitlichen Naheverhältnis** zu einander erlassen.

(10) Da die Salzburger Landesregierung ihre Genehmigungsentscheidung jedoch erst ein Jahr nach Erlassung des oberösterreichischen Genehmigungsbescheides veröffent-

---

5 Hervorhebungen nicht im Original.

6 Einvernehmen bedeutet nach Auffassung des VfGH/VwGH die Übereinstimmung der Meinungen beider Behörden über die Entscheidung (VfSlg 4395/1963). Ein rechtmäßiges Vorgehen setzt daher eine übereinstimmende Willensbetätigung voraus (vgl VwGH 24. 10. 1995, 95/07/0046; VwGH 29. 3. 2017, Ro 2015/05/0022).

7 *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht[5] (2016) Rz 419.

licht hat, kann von einem koordinierten Vorgehen im Sinne der bisherigen Ausführungen nicht gesprochen werden. Diese Auffassung wird durch folgendes Argument unterstrichen: Dem Salzburger Genehmigungsbescheid aus 2015 kann auf S 507 deutlich entnommen werden, dass die Salzburger Landesregierung ein einvernehmliches Vorgehen infolge der Aufhebung des Art 11 Abs 8 B-VG mit Ablauf des 31. 12. 2013 nicht mehr für erforderlich erachtet hat.[8] Damit ist evident, dass die **Zielvorgaben der UVP-RL betreffend eine koordinierte Gesamtbetrachtung im Fall der 380 kV-Leitung Salzburg-Oberösterreich nicht erfüllt wurden.**

B. Relevanz von VwGH Ro 2015/05/0022

(11) In der einleitend wiedergegebenen Wortmeldung wurde die Relevanz von VwGH Ro 2015/05/0022 und die Übertragbarkeit der darin getroffenen Feststellungen auf das gegenständliche Vorhaben in Abrede gestellt. Die Auffassung von *RA Onz* stützt sich auf zwei Argumente: Einerseits hätte der VwGH im Anlassfall eine Einzelfallprüfung betreffend einen Windpark zu beurteilen gehabt, ein Vorhaben, welches nicht bloß in der linearen Überschreitung einer Bundesländergrenze bestanden hat; es handle sich daher um eine andere qualitative Art von Vorhaben, welches der VwGH zu beurteilten hatte. Andererseits würden die Bedenken des VwGH in einem UVP-Genehmigungsverfahren nach § 17 UVP-G für ein Bundesländergrenzen überschreitendes Linienverfahren nicht zutreffen.

(12) Diese Auffassung überzeugt nicht. Dass die Aussagen des VwGH auf den Anlassfall sehr wohl übertragbar sind, ergibt sich schon daraus, dass die **jeweils selbe Behörde nach den jeweils gleichen prozessualen und materiellen Bestimmungen des AVG und des UVP-G vorzugehen hat (siehe auch § 39 Abs 1 UVP-G) – dies**

---

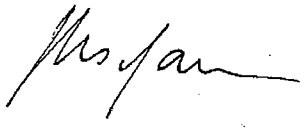
8 So hält die Sbg Landesregierung in ihrem Bescheid vom 14. 12. 2015, Zl 20701-1/43.270/3152-2015 fest: *„Auch die Erläuterungen zur B-VG-Novelle BGBl I Nr 51/2012, mit der Art 15 Abs 7 B-VG sowie die hier einschlägige lex specialis dazu, nämlich Art 11 Abs 8 B-VG, entfallen sind, bestätigen dieses Ergebnis, wenn es dort heißt (vgl RV 1618 BlgNR XXIV.GP), dass anstelle dessen jedes Land die Auswirkungen auf sein Gebiet beurteilen und der Grundsatz der Genehmigungskonkurrenz zu[r] Anwendung kommen soll. Das bedeutet, dass die Behörden beider Vollzugsbereiche nunmehr unabhängig voneinander über das Projektansuchen mit Bescheid jeweils insoweit abzusprechen haben, als es sich auf ihren örtlichen Zuständigkeitsbereich bezieht, und der Antragsteller das Projekt nur realisieren kann, wenn es beide Behörden genehmigen."* Diese Auffassung ist mit dem telos der UVP-RL (integrative Gesamtschau, Koordination des Vorgehens der Behörden bei grenzüberschreitenden Vorhaben) und der Judikatur des EuGH nicht vereinbar.

sowohl in Verfahren nach § 3 Abs 7, als auch solchen nach § 17 UVP-G 2000. Auch sind die Grenzen der Ermittlungs- und Entscheidungsbefugnis, die aus der limitierten örtlichen Zuständigkeit der Landesregierung resultieren, in Feststellungs- und in Genehmigungsverfahren nach erstem bzw zweitem Abschnitt des UVP-G 2000 die gleichen.

(13) Ferner bleibt unerfindlich, worin der strukturelle Unterschied zwischen dem Sachverhalt, den VwGH Ro 2015/05/0022 zu beurteilen hatte, und jenem des Anlassfalles der 380 kV-Salzburgleitung liegen soll. In Rn 73 des zitierten Erkenntnisses geht der VwGH ausdrücklich von einem **einheitlichen Vorhaben** aus, dass aus einem Windpark und einer daran anknüpfenden Anschlussleitung bestand. Das Vorhaben berührte **zwei Bundesländer** und betraf funktionell vergleichbare Vorhaben, die beide dem **Fachbereich Energiewesen** zuzuordnen sind. Schon daraus ergibt sich, dass die Überlegungen des VwGH auch im Anlassfall der 380 kV-Salzburgleitung von Bedeutung sind.

(14) Zudem ist zu bedenken, dass das BVwG die Überlegungen des VwGH zur örtlichen Zuständigkeit im gegenständlichen Beschwerdeverfahren selbstverständlich zu berücksichtigen hat; dies schon in methodischer Hinsicht. Man kommt daher weiterhin nicht um die Feststellung herum, dass im **Anlassfall die Anwendung des § 3 Z 1 AVG durch die Salzburger Landesregierung – wie VwGH Ro 2015/05/0022 unmissverständlich festhält – nicht zulässig war.**

(15) Das bedeutet nach wie vor, dass das BVwG die **Genehmigungsentscheidung der Salzburger Landesregierung** vom 14. 12. 2015 **ersatzlos zu beheben hat** (§ 27 VwGVG), da eine örtlich unzuständige Behörde eingeschritten ist.

(16) Die rezente Klarstellung des Gesetzgebers durch Einfügung eines § 39 Abs 4 UVP-G (BGBl I 2017/111) ändert an dieser Auffassung nichts, da die Novelle im Anlassfall nicht von Bedeutung ist.

Nicolas Raschauer mp