



An das
Bundesverwaltungsgericht
Republik Österreich
Erdbergstraße 192-196
1030 Wien

Salzburg, am 16.04.2019

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

I. REVISION

gemäß Artikel 133 Abs 8 B-VG und den §§ 25a ff VwGG
wegen Rechtswidrigkeit

II. ANTRAG AUF ZUERKENNUNG DER AUFSCHIEBENDEN WIRKUNG

4-fach
1 Beilagen
angefochtenes Erkenntnis (in Kopie)
Eingabengebühr € 240,- entrichtet



I. LEGITIMATION und ANFECHTUNGSERKLÄRUNG

1. Zur Rechtzeitigkeit

Das angefochtene Erkenntnis des BVwG vom 26.02.2019, Zahl W155 2120762-1/478E, wurde dem Revisionswerber per Post am 05.03.2019 zugestellt.

Ausgehend von der Revisionsfrist von 6 Wochen ab dem Tag der Zustellung endet die Frist zur Erhebung der Revision daher am 16.04.2019.

2. Zur Legitimation gemäß Artikel 133 Abs 8 B-VG

Der Umweltanwalt hat im Verfahren gemäß § 19 Abs 3 Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000 (UVP-G 2000), BGBl.Nr. 697/1993 idgF, Parteistellung im Genehmigungsverfahren und das Recht, die Einhaltung von Rechtsvorschriften, die dem Schutz der Umwelt dienen, als subjektives Recht im Verfahren geltend zu machen und Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht sowie Revision an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben. Im Rahmen der Ausübung dieser Beschwerde-Kompetenz stellt die Verletzung prozessualer Rechte für den Umweltanwalt eine Verletzung formell-subjektiver Rechte dar (VfGH G4/04; VwGH 2014/07/0079 mwN), welche mit der ggst Revision geltend gemacht wird.

Die vorliegende Revision stellt, gestützt auf die Rsp des VwGH und des VfGH, eine Amtsrevision dar.

In den vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle gegenüber der Landesumweltanwaltschaft Salzburg ergangenen Erkenntnissen bzw Beschlüssen des VwGH (bspw 2011/10/0058; 2009/02/0175; 2013/10/0176) hat der Gerichtshof die Beschwerden des Revisionswerbers jeweils als „Amtsbeschwerde“ gemäß Art 131 Abs 2 B-VG nach der alten Rechtslage vor dem 01.01.2014 qualifiziert. Gemäß der seit 01.01.2014 geltenden Rechtslage seit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle wird der Inhalt des bisher in der Rsp herangezogenen Art 131 Abs 2 B-VG nunmehr durch Art 133 Abs 8 B-VG geregelt, welcher hinsichtlich der gesetzlich eingeräumten Möglichkeit des Zugangs zu



einem Überprüfungsverfahren wegen Rechtswidrigkeit des angefochtenen Aktes denselben Inhalt wie bisher regelt. Demgemäß bestätigte der VwGH gegenüber der Revisionswerberin auch nach der neuen Rechtslage das Vorliegen einer Amtsrevision (z.B. Ra 2016/05/0026-11 vom 16. Februar 2017; Ra 2017/10/0139-9 vom 20.12.2017 mwN).

Damit wiederholte der VwGH seine langjährige Spruchpraxis, welche auch durch den Verfassungsgerichtshof in der Sache G4/04 vom 16.06.2004 bestätigt wurde:

„Das verfassungsrechtliche Rechtsschutzsystem sieht ausdrücklich vor, dass zwar der Verwaltungsgerichtshof nicht nur gemäß Art131 Abs1 Z1 B-VG über die Verletzung subjektiver Rechte entscheidet, sondern dieser auch - davon deutlich getrennt - in den Fällen des Art131 Abs1 Z2 und 3 B-VG und darüber hinaus in den gemäß Art131 Abs2 B-VG vom Gesetzgeber ausdrücklich bezeichneten weiteren Fällen für Beschwerden zuständig ist, mit denen eine objektive Rechtsverletzung durch eine Verwaltungsbehörde geltend gemacht wird. Dieses auch als "Amts-" bzw. "Organ"beschwerde bezeichnete Rechtsschutzinstrument ist vom einfachen Gesetzgeber auf Grund der geschilderten verfassungsrechtlichen Ermächtigung bestimmten (vorwiegend staatlichen) Organen zur Sicherung der objektiven Rechtmäßigkeit der Verwaltung eingeräumt (vgl. VwSlg. 10.511 A/1981, 13.558 A/1991).“

„Wie der Verwaltungsgerichtshof im Zusammenhang mit Umweltschlichtern mehrfach ausgesprochen hat (vgl. nur VwGH 22.3.1993, Z93/10/0033 mwH), übt auch der als Partei fungierende Landesumweltanwalt "nur formal 'Rechte' aus, inhaltlich gesehen nimmt er 'Kompetenzen' wahr", sodass die ihm vom Gesetzgeber ausdrücklich eingeräumte Beschwerdebefugnis an den Verwaltungsgerichtshof als Amtsbeschwerdeberechtigung nach Art131 Abs2 B-VG anzusehen ist.“

„Dass die Sbg. Landesumweltanwaltschaft ihre Funktionen in Wahrnehmung öffentlicher Interessen als Amtspartei ausübt, wird nicht zuletzt auch daraus deutlich, dass sie der Gesetzgeber mit einer Amtsbeschwerdebefugnis an den Verwaltungsgerichtshof gemäß §8 Abs4 LUA-G ausgestattet hat. Subjektive öffentliche Rechte auf eine Entscheidung bestimmten Inhalts als Voraussetzung der Beschwerdelegitimation nach Art131 Abs1 Z1 B-VG vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. nach Art144 Abs1 B-VG vor dem



Verfassungsgerichtshof sind ihr sohin in materieller Hinsicht nicht eingeräumt. Im Übrigen deckt der Verwaltungsgerichtshof den hier vom Gesetzgeber angestrebten Schutz öffentlicher (Umwelt)Interessen im Rahmen seiner Kompetenz nach Art131 Abs2 B-VG vollständig ab. "

Explizit hervorzuheben ist dabei, dass auch eine explizite gesetzliche Zuschreibung „subjektiver Rechte“ bereits vom VfGH in G4/04 im Rahmen der Beurteilung des UVP-G als „nicht echt“ bezeichnet wurde: dort versuchte der Gesetzgeber ua dem Umweltsanwalt durch Zuschreibung der Geltendmachung öffentlicher Interessen „als subjektives Recht“ eine Beschwerdebefugnis an den VfGH zu eröffnen, was in der Literatur als „Etikettenschwindel“ aufgedeckt [Mayer, Ein "Umweltsanwalt" im österreichischen Recht, JBl. 1982, 113 (116)] und vom VfGH postwendend versagt wurde, da lediglich auf Grund dieser vom Gesetzgeber vorgenommenen Umdeutung eine an sich verfassungsrechtlich unzulässige Ausweitung der Beschwerdelegitimation nicht zulässig wird.

Nach überwiegender Ansicht besitzt der Umweltsanwalt keine materiell-subjektiv-öffentlichen Rechte, welche die Voraussetzung für die Erhebung von Einwendungen darstellen. Der Umweltsanwalt nimmt als Formalpartei somit „nur“ öffentliche Interessen wahr. Auch der VfGH hat in einem Erkenntnis G4/04 festgehalten, dass dieser keine „echten“ subjektiven Rechte wahrnimmt, sondern ihm Kompetenzen zur Durchsetzung gewisser öffentlicher Interessen zukommen und damit auch die Berechtigung zur Erhebung einer Amtsbeschwerde.

Amtsbeschwerden setzen die Verletzung eines subjektiven Rechts der beschwerdeführenden Partei eben nicht voraus (vgl. § 28 Abs. 2 VwGG; VwGH 2013/09/0091). Bei einer Amtsbeschwerde handelt es sich vielmehr um ein Instrument zur Sicherung der Einheit und Gesetzmäßigkeit der Vollziehung, mit welchem als so genannte objektive Beschwerde losgelöst vom individuellen Parteiinteresse die objektive Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides geltend gemacht wird (vgl. z.B. die hg. Erkenntnisse vom 30. März 2006, Zl. 2004/15/0032 oder vom 15. September 2004, Zl. 2003/09/0010).



Der Umweltanwalt ist generell (§ 1 LUA-G) und speziell durch die Einräumung von Parteistellung und Rechtsmittelmöglichkeiten dazu berufen, die Einhaltung von umweltschutzrechtlichen und/oder naturschutzrechtlichen Vorschriften geltend zu machen, objektive Rechtswidrigkeiten von Entscheidungen gerichtlich einzumahnen und damit den öffentlichen Interessen zu ihrer Durchsetzung zu verhelfen und so der Einheit und Gesetzmäßigkeit der Vollziehung im Bereich des Umwelt- und Naturschutzes nachzukommen. Mit den Worten des VfGH: *„Dieses auch als "Amts-" bzw. "Organ"beschwerde bezeichnete Rechtsschutzinstrument ist vom einfachen Gesetzgeber auf Grund der geschilderten verfassungsrechtlichen Ermächtigung bestimmten (vorwiegend staatlichen) Organen zur Sicherung der objektiven Rechtmäßigkeit der Verwaltung eingeräumt (vgl. VwSlg. 10.511 A/1981, 13.558 A/1991).“*

Die vorliegende Revision stellt daher sinngemäß zur bisherigen Rechtsprechung eine Amtsrevision dar und stützt sich gleichzeitig auf die Verletzung prozessualer Rechte, die für den Umweltanwalt formell-subjektive Rechte iSd Art 133 Abs 6 Z 1 B-VG darstellen (VfGH G4/04; VwGH 2014/07/0079 mwN).



3. Zur Frage der Anwaltpflicht

§ 23 (2) VwGG lautet:

„Der Bund, die Länder, die Gemeinden und die Gemeindeverbände, die Stiftungen, Fonds und Anstalten, die von Organen dieser Körperschaften oder von Personen (Personengemeinschaften) verwaltet werden, die hiezu von diesen Körperschaften bestellt sind, und die sonstigen Selbstverwaltungskörperschaften sowie deren Behörden werden durch ihre vertretungsbefugten oder bevollmächtigten Organe vertreten.“

§ 24 (2) VwGG lautet:

„Die Revisionen, Fristsetzungsanträge und Anträge auf Wiederaufnahme des Verfahrens und auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sind durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt (Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer) abzufassen und einzubringen (Anwaltpflicht). Dies gilt nicht für

1. Revisionen und Anträge, die vom Bund, von einem Land, von einer Stadt mit eigenem Statut oder von einer Stiftung, einem Fonds oder einer Anstalt, die von Organen dieser Gebietskörperschaften oder von Personen (Personengemeinschaften) verwaltet werden, die hiezu von Organen dieser Gebietskörperschaften bestellt sind, oder von deren Behörden oder Organen eingebracht werden;“

Gemäß den angeführten Bestimmungen sind Amtsrevisionen in der Regel von der Anwaltpflicht für die Abfassung und Einbringung von Revisionen ausgenommen. Das Gesetz nennt dafür folgende Rechtsträger sowie deren Behörden: Bund, Länder, Städte mit eigenem Statut, Stiftungen, Fonds und Anstalten der Vorgenannten.

Die Landesumweltanwaltschaft Salzburg wurde vom Landesgesetzgeber des Bundeslandes Salzburg durch das Gesetz vom 23. April 1998 über die Salzburger Landesumweltanwaltschaft (Landesumweltanwaltschafts-Gesetz – LUA-G) StF: LGBl Nr 67/1998 (Blg LT 11. GP: RV 378, AB 489, jeweils 5. Sess) eingerichtet.

Gemäß § 2 LUA-G ist die Salzburger Landesumweltanwaltschaft eine Einrichtung mit eigener Rechtspersönlichkeit und berechtigt, das Landeswappen zu führen.



Gemäß § 1 LUA-G erfolgte die Einrichtung der Salzburger Landesumweltanwaltschaft mit folgender Zielsetzung:

1. Bewahrung der natürlichen Umwelt als Lebensgrundlage des Menschen;
2. Vermeidung von schädlichen Einwirkungen auf die Umwelt (zB durch die Beeinträchtigung der Luft, des Wassers, des Bodens oder durch Lärm) und Verminderung von bestehenden solchen Einwirkungen;
3. Vermeidung von Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes oder des Naturhaushaltes und Verbesserung bestehender Beeinträchtigungen.

Diese landesgesetzlich auferlegten Zielsetzungen stellen öffentliche Interessen dar, deren Zielerreichung der Landesumweltanwaltschaft aufgetragen ist und die grundlegende öffentliche Interessen in den Bereichen des Umwelt- und Naturschutzes enthalten. Die Kompetenzen zur Durchsetzung dieser öffentlichen Interessen ergeben sich einerseits aus dem LUA-G selbst (insb § 8) bzw andererseits aus den jeweiligen Materiengesetzen.

Weitere Aufgaben der Landesumweltanwaltschaft sind bspw in § 7 LUA-G enthalten.

Die Organisation der Landesumweltanwaltschaft ist in § 3 LUA-G in personeller und finanzieller Hinsicht umfassend geregelt. Die LUA wird geleitet und in diesem Sinne auch verwaltet von der Landesumweltanwältin. Diese ist bei der Erfüllung der Aufgaben nach diesem Gesetz an keine Weisungen gebunden. Ihre Mitarbeiter sind nur an die Weisungen der Landesumweltanwältin gebunden.

Dem gegenüber ist die Landesregierung berechtigt, sich über alle Gegenstände der Geschäftsführung der Landesumweltanwaltschaft zu unterrichten. Die Landesumweltanwältin wird nach öffentlicher Ausschreibung und Durchführung eines Anhörungsverfahrens von der Landesregierung für die Dauer von fünf Jahren bestellt (§ 4 LUA-G). Die Landesregierung vertritt nur in dienstrechtlichen Angelegenheiten, die die Landesumweltanwältin selbst betreffen, die Landesumweltanwaltschaft. Das Land hat der Landesumweltanwaltschaft die zur ordnungsgemäßen und wirkungsvollen Besorgung ihrer Aufgaben erforderlichen finanziellen Mittel zur Verfügung zu stellen. Dafür unterliegt die Landesumweltanwaltschaft auch der Kontrolle durch den Landesrechnungshof.



Die Landesumweltanwaltschaft stellt demzufolge eine klassische Anstalt öffentlichen Rechts dar: Eine Anstalt des öffentlichen Rechts ist nach einer allgemeinen Definition eine mit einer öffentlichen Aufgabe betraute Institution, deren Aufgabe ihr gesetzlich oder satzungsmäßig zugewiesen worden ist. Ihre meist staatlichen oder kommunalen Aufgaben werden in ihrer Satzung festgelegt. Sie bündelt sachliche Mittel und Personal in einer Organisationseinheit. Überwiegend ist die Anstalt öffentlichen Rechts rechtlich selbständig, mithin eine juristische Person des öffentlichen Rechts.

Parteistellung im ggst zugrundeliegenden Materienverfahren genießt gemäß § 19 UVP-G der Umweltanwalt. Für das Bundesland Salzburg ist die Landesumweltanwaltschaft bzw der Umweltanwalt gemäß dem Landesumweltanwaltschafts-Gesetz – LUA-G, StF: LGBl Nr 67/1998 idgF eingerichtet. Im Sinne der Bestimmungen des § 24 Abs 2 Z 1 VwGG verwaltet der Umweltanwalt die Landesumweltanwaltschaft als Anstalt des öffentlichen Rechts und ist die außenvertretungsbefugte Person bzw das befugte Organ. Dieser ist vom zuständigen Organ der Gebietskörperschaft, der Salzburger Landesregierung, dazu bestellt.

In Erfüllung der Voraussetzungen des § 24 Abs 2 Z 1 VwGG unterliegen Revisionen der Landesumweltanwaltschaft als Anstalt öffentlichen Rechts bzw Revisionen des Umweltanwalts als dazu bestellte und vertretungsbefugte Person bzw als solches Organ der Landesumweltanwaltschaft (§ 23 Abs 2 VwGG) nicht der Anwaltpflicht des § 24 Abs 2 VwGG.

4. Umfang der Anfechtung

Im Falle einer Amtsrevision tritt an die Stelle der Angabe der Revisionspunkte nach § 28 Abs 1 Z 4 VwGG vielmehr das in § 28 Abs 2 VwGG enthaltene Gebot der Erklärung über den Umfang der Anfechtung. Diesem Gebot ist jedoch bereits dann entsprochen, wenn die Revision die Angabe enthält, dass das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes wegen Rechtswidrigkeit angefochten werde (VwGH 2014/03/0004).

Sohin wird erklärt, dass das angefochtene Erkenntnis des LVwG Salzburg im vollen Umfang wegen Rechtswidrigkeit angefochten wird, insbesondere aber wegen



1. Rechtswidrigkeit seines Inhalts (§ 42 Abs 2 Z 1 VwGG)
2. Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichts (§ 42 Abs 2 Z 2 VwGG)
3. Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, die für den Umweltsachverständigen auch formell-subjektive Rechte iSd Art 133 Abs 6 Z 1 B-VG darstellen (VfGH G4/04; VwGH 2014/07/0079), und zwar weil
 - a) der Sachverhalt vom Verwaltungsgericht in einem wesentlichen Punkt aktenwidrig angenommen wurde oder
 - b) der Sachverhalt in einem wesentlichen Punkt einer Ergänzung bedarf oder
 - c) das Verwaltungsgericht bei Einhaltung der verletzten Verfahrensvorschriften zu einem anderen Erkenntnis oder Beschluss hätte kommen können.



SACHVERHALT	14
Begründung der Zulässigkeit der außerordentlichen Revision:	18
1. Vorschreibung der Vorlage eines die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens berührenden Detailprojekts zur Freigabe bei der Behörde nach Rechtskraft der Genehmigung.....	22
2. Unzulässige Pauschalbeurteilung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände....	26
2.1. Fehlende Übereinstimmung mit EU-Recht und Umgehung von Ausnahmeverfahren	30
2.2. Nichtanwendbarkeit deutscher höchstgerichtlicher Rechtsprechung und krasse Fehlinterpretation von EuGH-Rechtsprechung	33
2.3. Prüfgegenstand des BVwG und Abgrenzung zum StGB	38
3. Unzulässigkeit der Anerkennung von RVS als Rechtsgrundlage zur Beurteilung von artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen	41
4. Aktenwidrige Feststellung eines fehlenden Populationsbezugs zum Zwecke des Ausschlusses der Verwirklichung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände.....	43
5. Rechtswidrige Berücksichtigung von Schadensbegrenzungs- und Ausgleichsmaßnahmen bei der Beurteilung der Frage der Verwirklichung von Verbotstatbeständen.....	48
6. Rechtswidrige Anwendung von Naturschutzrecht auf jagdliche Arten	52
7. Zulässigkeit der Revision infolge vollständiger Unterlassung der inhaltlichen Würdigung des auf gleicher fachlicher Ebene erstatteten entscheidungswesentlichen Vorbringens der rw. Partei sowie infolge eigener fachlicher Würdigung durch das Gericht	54
REVISIONSGRÜNDE	61
I. Vorschreibung der Vorlage eines die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens berührenden Detailprojekts zur Freigabe bei der Behörde nach Rechtskraft der Genehmigung.....	61
II. Rechtswidrig vereinheitlichte rechtliche Prämissen und pauschal erfolgte Beurteilung zur Frage der Verwirklichung von artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen	71
1. Gerichtliche Pauschalbeurteilungen der Verbotstatbestände.....	71
2. Rechtsgrundlagen EU-Recht / Naturschutzrecht / Jagdrecht / Strafrecht	75
2.1. Vorgaben im EU-Recht	75



A. Artenschutzrechtliche Verbote nach FFH-Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen	75
B. Artenschutzrechtliche Verbote nach Vogelschutz-Richtlinie 2009/147/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten.....	77
2.2. Präzisierung des EU-Rechts durch die Rsp des EuGH	78
2.3. Umsetzung im Salzburger Landesrecht.....	80
A. FFH-Richtliniengeschützte Tiere und Pflanzen - § 31 Abs 2 Salzburger Naturschutzgesetz.....	80
B1. VS-Richtliniengeschützte Vögel - § 31 Abs 3 Salzburger Naturschutzgesetz	81
B2. VS-Richtliniengeschützte Vögel (Federwild) - § 103 Jagdgesetz.....	82
2.4. Europarechtskonform anzuwendende Rechtslage zu den Verbotstatbeständen - Abgrenzung zum Ausnahmeverfahren	84
2.5. Europarechtskonform anzuwendende Rechtslage zu den Verbotstatbeständen und zum Ausnahmeverfahren - Abgrenzung zum StGB.....	86
2.6. Was hat das BVwG zum Artenschutz geprüft?	91
3. Zu den rechtswidrigen pauschalen Abweichungen von den Verbotstatbeständen	93
3.1. Zur RVS 04.03.15 Artenschutz an Verkehrswegen	93
3.2. Tatsächlich nicht erbrachter Nachweis des Populationsbezuges	95
3.3. Nichtberücksichtigung des gemeinschaftsrechtlichen Vorsorgegrundsatzes...	97
3.4. Rechtswidrige Heranziehung von deutscher höchstgerichtlicher Rechtsprechung und von EuGH-Rechtsprechung zum Tötungsverbot zur Begründung des Populationsbezugs des Verbotstatbestands der Tötung	98
3.5. Missinterpretation der Rsp des VwGH zur Begründung des Populationsbezugs des Verbotstatbestands der Tötung.....	105
4. Rechtswidrige Berücksichtigung von Ausgleichsmaßnahmen (CEF-Maßnahmen), von Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen bei der Beurteilung der Verwirklichung von Verbotstatbeständen	110
5. Anregung auf Vorlage zur Vorabentscheidung an den EuGH.....	121
III. Vögel NSchG	123



1. Tötung Schwarzstorch - Rechtswidrige Würdigung des gutachterlichen Nachweises eines erhöhten Tötungsrisikos für den Schwarzstorch	123
2. Fortpflanzungs- und Ruhestätten	128
Fortpflanzungs- und Ruhestätten - Schwarzstorch	128
Fortpflanzungs- und Ruhestätten - "Waldvögel"	129
IV. Vögel (Federwild) JagdG	133
1. Rechtswidrige Anwendung von Naturschutzrecht auf jagdliche Arten:.....	133
2. Tötung Federwild: Rechtswidrige Würdigung des gutachterlichen Nachweises eines erhöhten Tötungsrisikos für Federwildarten	135
3. Fortpflanzungs- und Ruhestätten Federwild.....	140
Fortpflanzungs- und Ruhestätten- Auerhuhn	140
Fortpflanzungs- und Ruhestätten - Wanderfalke.....	144
4. Störung.....	146
ANTRAG AUF ZUERKENNUNG DER AUFSCHIEBENDEN WIRKUNG	150
1. Die von der Revisionswerberin zu vertretenden öffentlichen Interessen	152
2. Der unverhältnismäßige Nachteil für die Revisionswerberin	155
2.1. Störung durch Fehlendes Bauverbot	156
Aktenwidrige Annahme von Auswirkungen auf Populationen	161
2.2. Tötung durch fehlende Markierung von Materialeilbahnen gegen Vogelkollisionen	167
Zur Frage des Vorliegens eines erhöhten Tötungsrisikos infolge Kollision mit Seilen von Materialeilbahnen während der Bauzeit	170
Aktenwidrige Annahme von Auswirkungen auf Populationen	174
3. Zur konkreten Befürchtung des Eintritts einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung der von den Revisionswerberinnen zu vertretenden öffentlichen Interessen:.....	181
3.1. Zur bisherigen Rechtsprechung des VwGH im Zusammenhang mit Verfahren gemäß § 30 Abs 2 VwGG und artenschutzrechtlichen Verboten.....	182
a) Zum Nachweis der "Absicht"	183
b) Zur Unmittelbarkeit der Gefahr in Bezug zur Dauer des Verfahrens vor dem VwGH	185



c) Unmöglichkeit der Kompensierbarkeit von Störungen und Tötungen durch CEF-Maßnahmen.....	186
d) Zu den Zielen der Vogelschutz-Richtlinie	186
e) Zur Frage nach der „Wiederherstellbarkeit“ bzw. “Wiederbesiedlung mit verbliebenen Exemplaren”	187
f) Zur Abgrenzung zu einer gerichtlich strafbaren Handlung.....	188
4. Zusammenfassung	192
5. Interessenabwägung.....	193
ANTRÄGE	197



SACHVERHALT

Die Austrian Power Grid AG, Wagramer Straße 19, IZD-Tower, 1220 Wien, hat mit Eingabe vom 28. September 2012 um die Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer Starkstromfreileitung, der sog. 380-kV-Salzburgleitung gemäß §§ 3, 5, 17 und 39 iVm Anhang 1 Spalte 1 Z 16 lit a, Spalte 2 Z 46 lit a Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000, UVP-G 2000, BGBl Nr. 697/1993 idGF, angesucht. Diesem Gesamtprojekt ist die Salzburg Netz GmbH, Bayerhamerstraße 16, 5020 Salzburg, hinsichtlich der in Salzburg projektgemäß vorgesehenen Maßnahmen auf der Netzebene 110 kV in derselben Eingabe beigetreten. Mit Anträgen vom 21.12.2012 und vom 31.1.2013 haben die Austrian Power Grid AG und die Salzburg Netz GmbH unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen Antragsänderungen eingebracht.

Für dieses Vorhaben hat die Salzburger Landesregierung ein UVP-Verfahren durchgeführt. Im Rahmen dieses UVP-Verfahrens hat der Umweltanwalt des Bundeslandes Salzburg rechtzeitig fachliche und rechtliche Einwendungen mittels folgender Eingaben erhoben:

- Einwendungen zur UVE vom 15.05.2013
- Einwendungen zum UVG vom 27.02.2014
- Einwendungen 0434 in der mündlichen Verhandlung vom 02.-05.06.2014
- Einwendungen zum UVG vom 24.03.2015

Diese Einwendungen wurden in Form von Stellungnahmen eingebracht, beinhalten aber neben rechtlichen Einwendungen jeweils auch sachverständige Entgegnungen auf gleicher fachlicher Ebene durch die beim Umweltanwalt beschäftigten wissenschaftlichen und juristischen Personen, deren fachliche Qualifikation und Referenzen im Verfahren nachgewiesen und auch nicht bezweifelt wurden.

Mit Bescheid der Revisionsgegnerin (belangte Behörde beim Verwaltungsgericht) vom 14.12.2015 wurde die Genehmigung gemäß § 17 Abs 1, 3, 4 und 6 UVP-G 2000 für das



Vorhaben vom Netzknoten St. Peter am Hart bis zum Umspannwerk Kaprun in der Gemeinde Kaprun erteilt, ohne in den entscheidungswesentlichen Punkten die Einwendungen des Umweltschutzanwalts auf gleicher fachlicher Ebene entkräftet zu haben, weshalb unter neuerlicher Vorlage und Konkretisierung dieser Einwendungen und sachverständigen Ausführungen und mittels ergänzender rechtlicher und sachverständiger Ausführungen mit Schriftsatz vom 27.01.2016 das Rechtsmittel der Bescheidbeschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben wurde.

Mit Schreiben vom 08.05.2017 hat das BVwG die mündliche Verhandlung für den Zeitraum 17.07.2017 bis 27.07.2017 ausgeschrieben.

Mit Schreiben vom 21.06.2017 verständigte das BVwG die Parteien vom Ergebnis der Beweisausnahme durch Übermittlung der eingeholten Sachverständigengutachten und räumte den Parteien eine Frist zur Stellungnahme bis 12.07.2017 ein.

Mit Schreiben vom 29.06.2017 protestierte der Umweltschutzanwalt gegen die - angesichts des Umfangs der Unterlagen und der seit Beschwerdeerhebung vergangenen Zeit von beinahe 1,5 Jahren - gegen die kurze Frist zur Vorbereitung, in der es nicht in gleicher Weise und fachlicher Tiefe wie den gerichtlichen Sachverständigen und den Sachverständigen der Projektwerberin möglich war sich mit den Gegenargumenten zu den Beschwerden und Einwendungen auseinanderzusetzen.

Mit Schreiben vom 03.07.2017 wendete der Umweltschutzanwalt die Unzuständigkeit der Behörde ein und beantragte die Aufhebung des von der unzuständigen Behörde erlassenen Bescheides.

Mit Stellungnahme vom 13.07.2017 verfasste der Umweltschutzanwalt vor der Verhandlung zu den in der kurzen Zeit möglichen wesentlichen Punkten Einwendungen und legte massive Mängel bei den naturschutzfachlichen und -rechtlichen Bewertungen offen.

Vom 17.07.2017 bis 20.07.2017 und vom 24.07.2017 bis 27.07.2017 fand die mündliche Verhandlung vor dem Senat des BVwG statt. Am Ende der mündlichen Verhandlung am



27.07.2017 erklärte das BVwG das Ermittlungsverfahren für geschlossen (Verhandlungsschrift ab 17.07.2017, OZ 272).

Mit Stellungnahme vom 22.08.2017 gab der Umweltanwalt eine abschließende Stellungnahme zum Verfahren ab und fasste in komprimierter fachlicher und rechtlicher Form noch einmal alle vorliegenden Versagungsgründe zusammen und legte ein ornithologisches Gutachten vor: "Bewertung des Tötungsrisikos ausgewählter Vogelarten an der geplanten 380 kV-Salzburgleitung unter Anwendung des Methodenstandards nach Bernotat & Dierschke (2016)" von Mag. S. Werner vom 10.8.2017.

Die ornithologische SV des Bf kommt darin unter Anwendung der aktuellsten verfügbaren und fachlich sowie höchstgerichtlich anerkannten Erkenntnisse, unter besonderer Berücksichtigung der lokalen Situation der ausgewählten Vogelarten sowie unter Berücksichtigung der vorgesehenen Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen zu dem Ergebnis, dass hinsichtlich der Arten Schwarzstorch, Auerhuhn, Birkhuhn, Wanderfalke und Uhu von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko an der 380 kV Salzburgleitung auszugehen ist und dass damit der artenschutzrechtliche Verbotstatbestand der Tötung verwirklicht ist, weshalb das Vorhaben zwingend zu versagen sei.

Mit Stellungnahmen vom 19.06. und 18.08.2018 wurden entscheidungswesentliche Ergänzungen vorgebracht, die bisher nicht im Verfahren berücksichtigt werden konnten, so zum letzten Stand der von der Salzburger Landesregierung entwickelten und im Verfahren angewendeten Berechnungsmethode der Eingriffs- und Ersatzleistungen (Loos) und zum Rodungstatbestand nach eine rezenten EuGH-Urteil.

Ungeachtet aller Einwendungen, insbesondere ohne rechtlich richtige Würdigung naturschutzfachlicher und -rechtlicher Sachverhaltsvorbringen, hat das BVwG mit dem Erkenntnis vom 26.02.2019, GZ W155 2120762-1/478E, die Beschwerde der Revisionswerberin (als BF 50 bezeichnet) gegen den Bescheid der Salzburger Landesregierung vom 14.12.2015, Zl. 20701-1/43.270/3152-2015, mit dem die Genehmigung nach dem UVP-G zur Errichtung und zum Betrieb der 380-



kVSalzburgleitung, soweit sich dieses Vorhaben auf das Landesgebiet des Bundesland Salzburg erstreckt, erteilt wurde, als unbegründet abgewiesen.

Die Revision wurde zwar gem Art 133 Abs 4 B-VG zur Frage der Unzuständigkeit und zur Frage des Rodungstatbestands zugelassen, aus Ressourcengründen ist es der Revisionswerberin aber nicht möglich auf alle eingewendeten Themen, dafür zumindest aber auf die offensichtlichsten Rechtswidrigkeiten im Bereich des Artenschutzes einzugehen, der in höchst konfuser Art behandelt wurde. Der an der Schnittstelle zwischen Recht, Wissenschaft und Praxis sitzenden Revisionswerberin geht es dabei in erster Linie darum, dass faire und gerechte und insbesondere praxistaugliche Lösungen für die gefährdeten Arten gefunden werden und nicht bloß Papierlösungen zur Rechtfertigung von Vorhaben.



Begründung der Zulässigkeit der außerordentlichen Revision:

Das angefochtene Erkenntnis hat ausgesprochen, dass eine ordentliche Revision zulässig ist, weil zur Frage der Zuständigkeit der belangten Behörde eine divergierende Rechtsprechung des VwGH vorliegt. Ebenso zulässig ist die Revision zur Frage des Ausmaßes der Rodungsflächen im Zusammenhang mit der jüngsten Rechtsprechung des EuGH.

Aufgrund der Masse an Themen zu diesem außerordentlich umfangreichen Verfahren einerseits und aufgrund der Ressourcenlage andererseits kann nur im begrenzten Ausmaß auf Rechtswidrigkeiten Bezug genommen werden.

Die Erhebung einer Revision ist gemäß Artikel 133 Abs 4 B-VG grundsätzlich dann zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt,

- insbesondere, weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht,
- eine solche Rechtsprechung fehlt
- oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Daneben stellt die Verletzung prozessualer Rechte für den Umweltschutz die Verletzung formell-subjektiver Rechte dar. Dem Revisionswerber kommt daher zur Durchsetzung seiner aus der durch Gesetz eingeräumten Stellung folgenden prozessualen Befugnisse auch Revisionslegitimation iSd Art 133 Abs 6 Z 1 B-VG zu (vgl. VfGH G4/04; VwGH Ro 2014/07/0079 vom 28.05.2015 mwN).

Zur Frage der Bindungswirkung des Ausspruchs der Zulässigkeit einer Revision genügt der Hinweis, dass der Verwaltungsgerichtshof gemäß § 34 Abs. 1a VwGG bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision (iSd. Art. 133 Abs. 4 B-VG) an den diesbezüglichen Ausspruch des Verwaltungsgerichtes nach § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden ist und der Revisionswerber an der gesonderten Darlegung von in § 28 Abs. 3 VwGG geforderten



Gründen, aus denen entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird, nicht gehindert ist (Hinweis B vom 1. Oktober 2014, Ra 2014/09/0022; VwGH 26.03.2015, Ra 2014/11/0049),), sondern vielmehr explizit gefordert ist, die Gründe für eine Zulässigkeit der Revision aufzuzeigen (VwGH 2014/10/0125 vom 16.12.2015).

Dagegen liegt keine grundsätzliche Rechtsfrage vor, wenn das Gesetz selbst eine eindeutige Regelung trifft; lassen sich die relevierten Rechtsfragen somit unmittelbar aufgrund des Gesetzes und seiner Materialien zweifelsfrei lösen, stellt sich insoweit keine derartige Rechtsfrage (VwGH 18. 2. 2015, Ra 2015/04/0009).

Grundsätzliche Bedeutung kommt Rechtsfragen aber dann zu, wenn sie über den konkreten Einzelfall hinaus Bedeutung besitzen oder wenn sie es im Einzelfall erforderlich machen, aus Gründen der Rechtssicherheit korrigierend einzugreifen (VwGH 24.09.2014; 24.03.2014, Ro 2014/01/0011; 23.09.2014 Ro 2014/01/0033).

Werden auch Bedenken geltend gemacht, die sich aus dem Unionsrecht ergeben sollte, ist eine Revision zulässig, wenn diesen Rechtsfragen grundsätzliche Bedeutung zukommt (VwGH 02.09.2014, Ra 2014/18/0062).

Eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG liegt zwar nicht vor, wenn die Rechtslage eindeutig ist, und zwar selbst dann nicht, wenn dazu noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergangen ist, sofern nicht fallbezogen (ausnahmsweise) eine Konstellation vorliegt, die es im Einzelfall erforderlich macht, aus Gründen der Rechtssicherheit korrigierend einzugreifen (vgl. den hg. Beschluss vom 29. September 2016, Ra 2016/05/0091, mwN). Im vorliegenden Fall ist die Rechtslage eindeutig:

Auch der bloße Umstand, dass eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes zu einem (der Entscheidung des Verwaltungsgerichts zu Grunde liegenden) vergleichbaren Sachverhalt (zu einer bestimmten Rechtsnorm) fehlt, begründet noch keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Genügte nämlich für die Zulässigkeit einer Revision bereits das Fehlen höchstgerichtlicher Entscheidung zu einem vergleichbaren "Sachverhalt", wäre der



Verwaltungsgerichtshof in vielen Fällen zur Entscheidung berufen, obgleich in Wahrheit keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, sondern nur die Einzelfallgerechtigkeit berührende Wertungsfragen aufgeworfen werden (vgl. in diesem Sinn die ständige Judikatur des Obersten Gerichtshofes zu § 502 ZPO, z.B. die Urteile des OGH vom 28. März 2007, 6 Ob 68/07d, vom 5. August 2009, 6 Ob 148/09x, sowie vom 6. Juni 2013, 5 Ob 97/13w). (VwGH 18.02.2015, Ra 2014/12/0017).

Die Zulässigkeit der Revision setzt neben einer grundsätzlichen Rechtsfrage voraus, dass die Revision von der Lösung dieser Rechtsfrage abhängt; davon kann im Zusammenhang mit einem Verfahrensmangel dann ausgegangen werden, wenn auch die Relevanz des Mangels für den Verfahrensausgang dargetan wird; dieser muss abstrakt geeignet sein, im Falle eines mängelfreien Verfahrens zu einer anderen – für den Revisionswerber günstigeren – Sachverhaltsgrundlage zu führen (09.10.2014, Ra 2014/18/0036).

Rechtsfragen des Verfahrensrechtes (insbesondere auch solche der Befangenheit) sind nur dann von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG, wenn tragende Grundsätze des Verfahrensrechtes auf dem Spiel stehen bzw. wenn die in der angefochtenen Entscheidung getroffene Beurteilung grob fehlerhaft erfolgt ist und zu einem die Rechtssicherheit beeinträchtigenden, unvertretbaren Ergebnis geführt hat (vgl. B 9. März 2016, Ra 2016/08/0045).

Grundsätzlich wird eingewendet,

- dass Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung rechts- bzw unionsrechtswidrig gelöst wurden
- dass der zu beurteilende Sachverhalt vom Verwaltungsgericht in wesentlichen Punkten aktenwidrig angenommen wurde
- dass das Verwaltungsgericht bei Einhaltung der verletzten Verfahrensvorschriften, insbesondere im Rahmen der Beweiswürdigung, zu einem anderen Erkenntnis hätte kommen können.



Hinsichtlich der Zulässigkeit der Revision wird vorgebracht, dass die Revision von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt,

- weil die anzuwendenden Gesetze keine eindeutige Regelung treffen
- weil grundlegende Bedenken zur Auslegung und Anwendung von Unionsrecht bestehen
- weil diese Rechtsfragen in ihrer Bedeutung über den Einzelfall hinausgehen, da das Unionsrecht im gesamten Bundesgebiet einheitlich auszulegen und anzuwenden ist
- und weil das bekämpfte Erkenntnis eine Reihe von auch unionsrechtlich relevanten Rechtsunsicherheiten erzeugt, ohne deren Korrektur weitere gleichartige Entscheidungen im Bundesgebiet zu erwarten wären.
- weil es im Einzelfall erforderlich ist aus Gründen der Rechtssicherheit korrigierend einzugreifen
- weil der Sachverhalt aktenwidrig angenommen wurde, weshalb eine grob fehlerhafte Beurteilung vorliegt, die zu einem die Rechtssicherheit beeinträchtigenden, unvertretbaren Ergebnis geführt hat (VwGH Ra 2015/06/0032 vom 29.04.2015)
- und weil tragende Grundsätze des Verfahrensrechts auf dem Spiel stehen, indem die Beweiswürdigung in einer die Rechtssicherheit beeinträchtigenden, unvertretbaren Weise vorgenommen wurde (VwGH 2014/10/0125 vom 16.12.2015; Ra 2016/18/0192 vom 06.09.2016)

Unter Berücksichtigung dieser durch die Rsp entwickelten Vorgaben wird in der Folge die Zulässigkeit der Revision wie folgt begründet:



1. Vorschreibung der Vorlage eines die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens berührenden Detailprojekts zur Freigabe bei der Behörde nach Rechtskraft der Genehmigung

Die durch Erkenntnis des BVwG erteilte UVP-Genehmigung enthält in Auflage 236. die Vorschreibung eines Auftrags an die Vorhabensträgerin ein Detailkonzept zur Herstellung bzw Erweiterung zweier Felsnischen als Fortpflanzungs- und Ruhestätten für den Wanderfalken der Behörde vorzulegen und mit ihr abzustimmen.

„236. Vorzugsweise in der Wand in der Hinterkellau oder an einer potentiell für den Wanderfalken geeigneten Felswand entlang des innerhalb der nördlichen Kalkalpen gelegenen Salzachtales werden mindestens ein Jahr vor Beginn des Seilzuges zwei bestehende Felsnischen derart erweitert, damit diese dem Wanderfalken als Brutnische zusätzlich zur Verfügung stehen. Folgende Voraussetzungen müssen erfüllt sein:

- die Anlage der Nischen erfolgt in einem senkrechten Teil der Wand und in einem Bereich, in dem bereits eine kleine Nische vorhanden ist;*
- die Nischen sind so anzulegen, dass sie einen Schutz vor Witterungseinflüssen wie Schnee und Dauerregen bieten;*
- sie müssen groß genug sein, damit die Jungvögel Platz für das Schwingentraining haben.*

Für diese Maßnahme ist im Vorfeld ein Detailkonzept auszuarbeiten und mit der Behörde abzustimmen. Zur Dokumentation der Wirksamkeit der Maßnahme sind diese Nischen bis 10 Jahre nach Inbetriebnahme der 380 kV-Leitung jährlich im Frühjahr auf die Anwesenheit von Wanderfalken zu kontrollieren. Die Ergebnisse der Kontrollen sind der Behörde jährlich schriftlich zu übermitteln.“

Die Notwendigkeit dazu ergibt sich daraus, dass mit der Errichtung des Vorhabens ein Brutfelsen in der Hinterkellau nicht mehr als Fortpflanzungsstätte nutzbar wäre. Das BVwG hat dies in seiner rechtlichen Beurteilung auf Seite 525 so beurteilt, dass der



Verbotstatbestand der Zerstörung bzw Beschädigung des Nestes verwirklicht sei, wenn nicht ein Ersatzhorst geschaffen würde:

“Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs (vgl. VwGH 18.12.2012, 2011/07/0190) liegt keine „Zerstörung“ oder eine „Beschädigung“ eines Nestes vor, wenn durch ein Vorhaben zwar die spezifische Funktion eines konkreten Nestes beeinträchtigt wird, die Funktion dieses konkreten Nestes aber durch andere Nester aufrechterhalten werden kann. Durch die Schaffung solcher Nester, welche als funktionserhaltende Maßnahme präventiv erfolgen kann, kann die Verwirklichung des Verbotstatbestands bereits im Vorhinein vermieden werden. Die Adaptierung der Nebenbestimmung 197, 234, 236 trägt zur Verbesserung vorhandener, geeigneter Felsnischen als Brutplatz für den Wanderfalken bei, da ein Ersatzhorst die Funktion des beeinträchtigten Nestes übernehmen kann. Unabhängig davon, ist bei Erfolgswahrscheinlichkeit einer Maßnahme nur eine ex ante-Beurteilung maßgeblich, nicht aber der tatsächliche Erfolgseintritt, da Prognosen nie mit endgültiger Sicherheit ausgestattet sind (vgl. BVwG 21.05.2015, W102 2009137-1).”

Auflage 236. enthält deshalb den Auftrag, für die Schaffung von “Felsnischen” ein “Detailkonzept” zu erstellen und mit der Behörde abzustimmen.

Problematisch ist dabei aber, dass weder der Ort noch die Zeit genau festgelegt wurden, noch wurden Vorkehrungen für den Fall getroffen was passieren soll, wenn diese Maßnahme fehlschlägt. Funktionserhaltende Maßnahmen (CEF-Maßnahmen) müssen nämlich genau jene Funktionen, welche die Niststätte bisher erfüllte, ohne Unterbrechung im artspezifisch räumlichen Zusammenhang des Eingriffs (also für das betroffene Brutpaar) weiterhin gewährleisten. Um nicht das strikte Verbot der Zerstörung oder Beschädigung der Richtlinie zu umgehen, verlangt die EU-Kommission dafür eine hundertprozentige Sicherheit für die Wirksamkeit der Maßnahme (EU-Kommission, Leitfaden Artenschutz, 2007). Denn: entweder es besteht Sicherheit, oder es bedarf eines Ausnahmeverfahrens vom Verbot (Art 9 VS-RL, § 34 NSchG bzw § 104b JagdG).



Diese Sicherheit und auch die anderen Voraussetzungen, welche die EU-Kommission von CEF-Maßnahmen fordert, liegen aber nicht vor. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass CEF-Maßnahmen nicht Bestandteil der FFH- oder Vogelschutz-RL sind, sondern ein von der EU-Kommission entworfenes Konzept, welches das strenge Verbot der Zerstörung oder Beschädigung von Niststätten nicht umgehen soll, sondern die kontinuierliche Funktionalität der Niststätten sichern soll. Die Auslegungshoheit dieses Konzeptes kommt daher allein der EU-Kommission im genannten Leitfaden (2007) zu. Werden die von der EU-Kommission vorgegebenen Voraussetzungen an CEF-Maßnahmen nicht erfüllt, liegt die Verwirklichung des Verbotstatbestands vor bzw ist ein Ausnahmeverfahren nach Art 16 FFH-RL bzw Art 9 VS-RL (§ 34 NSchG bzw § 104b JagdG) erforderlich.

Das BVwG hat in seinem Erkenntnis die Wirksamkeit jener Maßnahmen angenommen, die mit Auflage 236. erst zur Detailkonzeptionierung aufgetragen wurden, also ohne diese Maßnahmen genau zu kennen oder überprüfen zu können. Sie hat dies getan ohne die Voraussetzungen, welche die EU-Kommission im Leitfaden (2007) aufgestellt hat, näher zu prüfen. Hätte sie dies getan, wäre sie nämlich zu dem Ergebnis gekommen, dass der örtliche Bezug der CEF-Maßnahme zwingend und nicht bloß "vorzugsweise" (Auflage 236) in der Hinterkellau oder im vorgeschriebenen 40km langen Salzachtal der nördlichen Kalkalpen.

Auch die Revisionswerberin hat bereits mit Stellungnahme vom 22.08.2017 eingewendet, dass es keinen wissenschaftlich nachgewiesenen Fall gibt, wo wildlebende felsenbrütende Wanderfalken der Alpinregion, bestehende und bisher nicht besetzte, durch Menschenhand erweiterte Brutnischen als Ersatz für den Verlust ihres Brutplatzes angenommen hätten. Das VwG hat sich weder mit diesem Einwand noch mit den zwingenden Vorgaben der EU-Kommission auseinandergesetzt und auch überhaupt keine Begründung für eine abweichende Interpretation vom CEF-Maßnahmen-Konzept der EU-Kommission vorgenommen, sodass die in der Entscheidung getroffene Beurteilung grob fehlerhaft erfolgte und zu einem die Rechtssicherheit unvertretbaren Ergebnis führte. Hätte das Gericht doch bei richtiger Würdigung die Genehmigung wegen Verwirklichung des Verbotstatbestands versagen müssen oder ein Ausnahmeverfahren durchführen müssen. Im Falle eines Ausnahmeverfahrens wäre aber schlagend geworden, dass bei Vögeln keine



Ausnahmebewilligungen für dieses Vorhaben erteilt werden dürften, weil der Ausnahmegrund der geltend gemachten öffentlichen Interessen nach den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen gar nicht normiert ist.

Gleichzeitig handelt es sich dabei um eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung die sich aus dem Unionsrecht ergibt, weil es um die Frage des Inhalts des Verbotstatbestands der Zerstörung bzw Beschädigung von Niststätten geht und damit im Zusammenhang um die von der EU-Kommission gestellten Anforderungen an CEF-Maßnahmen, wozu noch keine Rsp existiert.

Tatsächlich würde mit der Umsetzung des Vorhabens in diesem Punkt aber Unionsrecht verletzt, weshalb es auch aus diesen Gesichtspunkten im Einzelfall erforderlich ist aus Gründen der Rechtssicherheit korrigierend einzugreifen.

Im Übrigen stützt sich die Zulässigkeit der Revision in diesem Punkt auch auf das Erk des VwGH vom 22.11.2018, Ro 2017/07/0033-8, in welchem ein gleich gelagerter Fall entschieden wurde, bei welchem ebenfalls das rechtliche Schicksal der Genehmigung von einem nach Rechtskraft vorzulegenden Projektsbestandteil abhing. Bloß angeschnitten aber nicht entschieden wurde dort die Frage, zu welchem Zeitpunkt die Rechtskraft der Genehmigung angenommen werden könnte.

Auch im ggst Fall zielt die Vorschreibung der Abstimmung des Detailkonzeptes mit der Behörde nämlich darauf ab, dass die Behörde erst zustimmen muss, bevor das Konzept umgesetzt werden darf. Damit liegt aber gleichzeitig ein wesentlicher Verfahrensmangel vor, weil tragende Grundsätze des Verfahrensrechts, nämlich Mitwirkung an der Entscheidung als Partei, Mitsprache und Erhebung von Rechtsmitteln umgangen würden, was jedenfalls ein die Rechtssicherheit beeinträchtigendes unvertretbares Ergebnis darstellt und die Revision daher zulässig ist. Die Frage des Zeitpunkts der Rechtskraft der Genehmigung ist weiterhin ungeklärt.



2. Unzulässige Pauschalbeurteilung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände

Das BVwG nimmt im bekämpften Erk in seiner rechtlichen Beurteilung der auf Art 12 FFH-Richtlinie und Art 5 Vogelschutz-Richtlinie basierenden innerstaatlich (tlw abweichend) umgesetzten artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände an verschiedenen Stellen Bezug auf den aus Sicht des Gerichts rechtlich relevanten Inhalt dieser Tatbestände:

- In 2.5.12.1.B. (S 513ff) zu den FFH-richtliniengeschützten Tieren (ausgenommen Fledermäuse) unter Bezugnahme auf die §§29-34 SNSchG
- In 2.5.12.2. (S 518ff) zu den FFH-richtliniengeschützten Fledermäusen und den VS-richtliniengeschützten Vögeln unter Bezugnahme auf die §§29-34 SNSchG
- In 2.5.13. (S 546ff) zu den VS-richtliniengeschützten Vögeln (Federwild: insb Auerhühner, Birkhühner, Wanderfalke) unter Bezugnahme teilweise auf die §§29-34 SNSchG und teilweise auf §103 JagdG

Das BVwG geht darin pauschal bei allen Tieren und Vögeln (NSchG) sowie beim Federwild (JagdG) und ebenso pauschal bei allen drei Verbotstatbeständen

1. jede absichtliche Tötung von Tieren dieser Arten;
2. jede absichtliche Störung der Arten;
3. jede (nur bei Vögeln absichtliche) Zerstörung/Beschädigung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten bzw Niststätten

davon aus, dass - abgesehen von weiteren spezifischen Voraussetzungen je Verbotstatbestand - alle drei Verbotstatbestände in einheitlicher Beurteilung nur dann als verwirklicht gelten,



- wenn sich beim Verbotstatbestand der **Tötung** das **Tötungsrisiko** für Einzelexemplare durch das Vorhaben signifikant erhöhe gegenüber *“dem stets gegebenen Risiko, dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens”* (Opfer durch Fressfeinde, Lebensdauer und Altersschwäche, Krankheiten, Witterungsbedingungen, Nahrungsmangel im Winter, etc) (514f; 521f; 556f) werden
 - bei der **Tötung** müsse sich nach Ansicht des Gerichts die signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos auch zusätzlich *“spürbar auf die vorhandene Population auswirken”*. Die Zahl der potenziellen Opfer müsse dabei eine Größe überschreiten, die mit Rücksicht auf die Zahl der Individuen, die ohnehin regelmäßig dem allgemeinen Naturgeschehen zum Opfer fallen, als nennenswert bezeichnet werden könne. Die Schwelle des allgemeinen Lebensrisikos müsse somit überschritten werden.
- wenn bei der **Tötung** von Vögeln das **Tötungsrisiko** kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren über den Bereich hinausgeht, *“der mit einem Infrastrukturvorhaben im Naturraum immer verbunden ist”* (522)
- wenn auch bei der **Störung** eine **“signifikante Anzahl von Exemplaren”** betroffen ist, sodass der Erhaltungszustand beeinträchtigt werden kann. (517; 523)
- wenn bei **allen drei Verbotstatbeständen** nicht nur Einzelexemplare betroffen sind, sondern die ganze **“Art”** bzw die **“vorhandene Population”** bzw die **“Gesamtpopulation”** in ihrem **Erhaltungszustand** beeinträchtigt würde (S 514f; 520ff; 522; 555;)
 - bei der **Tötung** sei nach einer jüngst ergangenen Entscheidung des VwGH der Tatbestand der absichtlichen Tötung daher im Hinblick auf den Erhaltungszustand gesamtpopulationsbezogen und nicht individuenbezogen zu beurteilen (vgl. VwGH 10.08.2018, Ra 2018/03/0066 bis 0068-9). (515; 522; 555; 556)



- bei der **Störung** müsse es sich *“um die Störung einer signifikanten Anzahl von Exemplaren handeln... sodass der Erhaltungszustand beeinträchtigt werden kann”* (517, 523f)
- bei der **Zerstörung/Beschädigung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten bzw Niststätten von Vögeln** komme es ebenfalls auf den Erhaltungszustand an: *“Je ungünstiger der Erhaltungszustand und Status einer Art, desto eher muss eine Beeinträchtigung als Verbotverletzung eingestuft werden.”* Es müsse *“eine relevante Entwicklung auf den Erhaltungszustand oder den Entwicklungsstand der lokalen Population einer geschützten Art erfüllt sein, damit ein artenschutzrechtlicher Verbotstatbestand verwirklicht ist.”* (524; 558; 560)
- wobei ein **ungünstiger Erhaltungszustand** einer Art auch dann nicht einer (UVP-)Genehmigung entgegenstünde, wenn *“auch ein ungünstiger Erhaltungszustand der Populationen nicht verschlechtert und die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes nicht behindert”* würde. (519; 552;)
- In Bezug auf den solcherart zu prüfenden Zielzustand des Erhaltungszustands einer Art sei dieser Prüfung der Zustand zu Grunde zu legen, der nach Umsetzung der Maßnahmen und der übrigen Auflagen (**Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen**) eintrete (vgl. VwGH 18.12.2012, 2011/07/0190; VwGH 24.07.2014, 2013/07/0215). *“Aus der naturschutzfachlichen Beurteilung der Gutachter ergibt sich sohin zusammenfassend, dass unter Berücksichtigung sämtlicher Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen bei Umsetzung des Projektes für sämtliche vom projektierten Vorhaben betroffenen Gebiet vorkommenden Tierarten der Eintritt des Verbotstatbestandes der Tötung, Störung oder Beschädigung von Ruhe- und Brutstätten ausgeschlossen werden kann.”*

(515 Tötung; 516f F+R; 517 Störung; 518f allg; 521f Tötung; 523 Störung; 525 F+R; 552ff allg. und 554 abschließend für alle Verbotstatbestände; 557 Tötung; 559ff F+R; 565 Störung)



- Bei Berücksichtigung all dieser Faktoren (keine signifikant erhöhte Gefährdung einzelner Tierindividuen und keine Gefährdung der jeweiligen Art aufgrund von Berücksichtigung von Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen) könne bei allen drei Verbotstatbeständen ein **billigendes Inkaufnehmen ("Absicht")** der Tatbestandsverwirklichung vor dem Hintergrund der umfassenden Sicherungsmaßnahmen nicht angenommen werden. (S 514; 518; 522; 557)

Diese Pauschalbeurteilung aller drei Verbotstatbestände ist nach Ansicht der Revisionswerberin unionsrechtswidrig. Diese fehlerhafte Pauschalbeurteilung ist einerseits zurückzuführen

- auf die von den gerichtlichen Sachverständigen (SV-BVwG) verwendeten Beurteilungsgrundlagen der RVS 04.03.15 Artenschutz an Verkehrswegen, welche für die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände richtlinienwidrige Beurteilungsmaßstäbe vorgeben (Prozentuelle Schwellenwerte für Flächenverluste und Bestandsverluste, Populationsbezug, Erhaltungszustand, etc) und von den Sachverständigen auch für die Beurteilung des Vorliegens von Verbotstatbeständen in ihren gerichtlichen Gutachten für die entscheidungswesentlichen Aussagen herangezogen wurde. Besonders hervorzuheben ist dabei das gerichtliche BVwG-Gutachten vom 19.06.2017 "Fachgebiete Naturschutz/Fauna und Flora/Biotope/Ökosysteme/Landschaft", welches auch die Ornithologie (ohne Federwild) beinhaltet. Dieses Gutachten beurteilt die Verwirklichung aller Verbotstatbestände unter Heranziehung der rechtswidrigen Prämissen aus der RVS 04.03.15 und stellt die Entscheidungsgrundlage des BVwG dar, welches die Argumentation bloß übernommen hat.
- auf die Heranziehung von Rechtsprechung zum deutschen Bundesnaturschutzgesetz zum signifikant erhöhten Tötungsrisiko (Individuenschutz) mit dort nicht enthaltener und damit vom BVwG vorgenommener rechtsabweichender Auslegung hinsichtlich



eines mit dem erhöhten Tötungsrisiko verbundenen Populationsschutzes und einem Zusammenhang mit dem Erhaltungszustand der betroffenen Arten

- auf die Heranziehung eines Erk des BVwG, welches selbst wegen Rechtswidrigkeit im Artenschutz derzeit beim VwGH bekämpft wird (BVwG 04.04.2018, W225 2014492-1)
- auf eine rechtswidrige Missinterpretation eines Beschlusses des VwGH über die Nichtzuerkennung einer aufschiebenden Wirkung betreffend das artenschutzrechtlich Tötungsverbot (VwGH 10.08.2018, Ra 2018/03/0066)

Diese fehlerhafte Pauschalbeurteilung ist auch auf eine Verkennung der Unionsrechtslage zurückzuführen.

2.1. Fehlende Übereinstimmung mit EU-Recht und Umgehung von Ausnahmeverfahren

Zu den vom BVwG getroffenen Annahmen gibt es keine Normen entsprechenden Inhalts in der einschlägigen Richtlinie 92/43/EWG (FFH). in der Richtlinie 2009/147/EG (Vogelschutz) beinhaltet zwar der Störungstatbestand die Erweiterung *“sofern sich diese Störung auf die Zielsetzung dieser Richtlinie erheblich auswirkt”* doch hat die Rsp des EuGH zu beiden Richtlinien eindeutig Gegenteiliges festgestellt:

In C-504/14 (Dünen von Kyparissia - Caretta caretta) wies der EuGH sogar den Einwand Griechenlands, die Population der Meeresschildkröte Caretta caretta nehme stabil zu und es bestehe nicht die Gefahr, dass sich ihr natürliches Verbreitungsgebiet verringere, weshalb kein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 Buchst. b und d der Richtlinie 92/43 gerügt werden könne, ausdrücklich zurück (Rn 147).

Aber auch zur Vogelschutz-Richtlinie hat der EuGH einen Populationsbezug der Verbotstatbestände der Zerstörung und Beschädigung von Nestern und der Störung sogar



ausdrücklich verneint. In der Rs C-441/17, Urteil vom 17.04.2018, hat der EuGH zum vierten Klagegrund "Verstoß gegen Art. 5 Buchst. b und d der Vogelschutzrichtlinie" folgendes festgestellt:

262 Als Zweites ist zu dem Vorbringen der Republik Polen, die Populationen der betreffenden Vögel seien stabil geblieben, ja hätten sogar zugenommen, festzustellen, dass der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass dies nichts daran ändert, dass Art. 4 Abs. 4 der Vogelschutzrichtlinie verletzt ist, nach dem die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet sind, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Beeinträchtigung der Lebensräume sowie die Belästigung der Vögel zu vermeiden. Die Schutzpflichten bestehen nämlich schon, bevor eine Abnahme der Vogelzahl festgestellt worden ist oder bevor sich die Gefahr des Aussterbens einer geschützten Vogelart konkretisiert hat (Urteile vom 14. Januar 2016, Kommission/Bulgarien, C-141/14, EU:C:2016:8, Rn. 76, und vom 24. November 2016, Kommission/Spanien, C-461/14, EU:C:2016:895, Rn. 83).

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

Zwar ist im landesrechtlichen Verbot der absichtlichen Störung im § 31 NSchG normiert, dass sich die Störung erheblich auf die Erhaltung der Tierarten bzw der Vogelarten auswirken muss, doch spricht bei den FFH-geschützten Tiere der Wortlaut der FFH-Richtlinie gegen diese Annahme und bei den Vögeln die soeben zitierte Rsp des EuGH eindeutig gegen diese Annahme.

Die Formulierung der erheblichen Auswirkung der Störung hat der Gesetzgeber des Naturschutzgesetzes nicht aus dem einschlägigen Artikel 12 FFH-RL entnommen, sondern aus Art 6 Abs 2 FFH-Richtlinie, der für den Gebietsschutz erlassen wurde, für den allerdings andere Regeln gelten (Verträglichkeitsprüfung gemäß Art 6 Abs 3 der FFH-RL).



Gegen die landesgesetzliche Regelung der Störung in § 103 JagdG spricht wiederum das bereits zit. Urteil des EuGH C-441/17 vom 17.04.2018.

Der vom BVwG zwingend hergestellte Populationsbezug bei der Beurteilung, ob auch nur irgendein Verbotstatbestand durch ein Vorhaben verwirklicht wird oder nicht, widerspricht daher zum Teil der Rechtslage und zum Teil der Rsp des EuGH.

Demgegenüber sieht das Unionsrecht nur in den Ausnahmeverfahren der Art 16 FFH-RL und Art 9 iVm Art 13 VS-RL zwingend die Prüfung des Erhaltungszustands der Populationen vor (sowie das Vorliegen von normierten Ausnahmegründen und von Alternativen, die bei der Prüfung des Vorliegens der Verwirklichung von Verbotstatbeständen sonst niemals geprüft werden).

Daraus leitet sich ab, dass eine Prüfung des Erhaltungszustands nur im Rahmen einer Ausnahmegenehmigung vorzunehmen ist und das Verbot rein individuenbezogen zu beurteilen ist.

Würde man den Bezug zu einer Population und zum Erhaltungszustand nämlich bereits vor einer Ausnahmeprüfung berücksichtigen, indem man die Verbotstatbestände weit auslegt und ihre Verwirklichung von der Beeinträchtigung der Populationen und ihres Erhaltungszustands abhängig machte, dann würde den Art 16 FFH-RL und Art 9 und 13 VS-RL jeglicher Anwendungsspielraum genommen und die Bestimmungen über eine Ausnahme von den Verboten würden regelmäßig umgangen.

Dies ist auch der Grund, weshalb der Beschwerdeführerin bis heute kein einziger Fall bekannt ist, in welchem nach dem Salzburger Landesrecht eine solche Ausnahmegenehmigung jemals erteilt worden wäre. Dies obwohl die Beschwerdeführerin in allen Natur- und Artenschutzverfahren Parteistellung hat.



Gleichzeitig würden mit einer solchen systematischen Umgehung des Ausnahmeverfahrens die Berechtigten aus der Aarhus Konvention regelmäßig an der Beteiligung an Verfahren gehindert, weil die Beurteilung der Frage der Verwirklichung eines Verbotes kein eigenes Verfahren erfordert.

Zu diesen Fragen der Umgehung von Ausnahmeverfahren fehlt bis dato eine höchstgerichtliche Rechtsprechung des VwGH, der bislang jeweils nur zur Frage der Nichtverwirklichung von Verbotstatbeständen angerufen wurde. De facto wird nämlich das unionsrechtlich vorgesehene Ausnahmeverfahren regelmäßig rechtswidrig umgangen. Dies stellt aber eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Zusammenhang mit Unionsrecht dar, die nicht nur für dieses, sondern auch grundsätzlich im gesamten Bundesgebiet aus Gründen der Rechtssicherheit von Bedeutung ist.

2.2. Nichtanwendbarkeit deutscher höchstgerichtlicher Rechtsprechung und krasse Fehlinterpretation von EuGH-Rechtsprechung

Ebenfalls nicht gelöst ist die Frage der Übertragung und Anwendbarkeit deutscher höchstgerichtlicher Rechtsprechung auf die österreichische Rechtslage.

Selbst wenn nämlich „bundesdeutsche Rechtsprechung“ bestünde, wie das BVwG seiner rechtlichen Beurteilung im Gefolge des bekämpften Bescheids der Salzburger Landesregierung zugrunde legt, so ist diese nicht durch bestätigende EuGH-Judikatur belegt und damit in keiner Weise für die Auslegung von Gemeinschaftsrecht für Österreich verbindlich, sondern bedürfte aufgrund des Auslegungsmonopols des EuGH's erst einer solchen Bestätigung.

Die Herleitung des Populationsbezugs aus der deutschen höchstgerichtlichen Rsp ist ebenso krasse rechtswidrig, wie die Behauptung selbiges ergäbe sich aus der Rsp des EuGH!



Zur deutschen Rechtsprechung:

Die ganz einhellige Rsp des dt BVerwG und auch die einschlägigen Leitfäden des dt BfN sowie der EU-Kommission lassen keinen Zweifel am Individuenschutz des Tötungstatbestands aufkommen (BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14/07). Gegen das Tötungsverbot wird dann nicht verstoßen, wenn das Vorhaben nach naturschutzfachlicher Einschätzung unter Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für Einzelexemplare durch Kollisionen verursacht, mithin unter der Gefahrenschwelle in einem Risikobereich bleibt, der im Naturraum immer gegeben ist, vergleichbar dem ebenfalls stets gegebenen Risiko, dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens Opfer einer anderen Art werden (vgl. BVerwG, Urteil vom 12. März 2008 - 9 A 3.06 „A 44 Hessisch-Lichtenau“; BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2008, Az.: 9 A 14.07, Rn. 91, „Bad Oeynhausen“; BVerwG Urteil vom 27. Juni 2013 – 4 C 1.12).

Dabei ist zu beachten, dass das Tötungsrisiko individuen- und nicht etwa populationsbezogen ist (BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14/07). Schon der Verlust von Einzelexemplaren kann damit den Tötungstatbestand auslösen, selbst wenn sich dadurch der Erhaltungszustand der lokalen Population nicht verschlechtert (BVerwG, Beschl. V. 26.02.2008 – 7 B.67.07).

Der Erhaltungszustand von Populationen spielt bei der Frage der Verwirklichung des Tötungstatbestands nämlich generell keine Rolle (im Gegensatz zur Beurteilung im Rahmen eines Ausnahmegewilligungsverfahrens).

Ob ein signifikant erhöhtes Risiko vorliegt, ist jeweils im Einzelfall in Bezug auf die Lage der Freileitungstrasse, die jeweiligen Artvorkommen, die Biologie dieser Arten und deren spezieller Raumnutzung am konkreten Standort (Raumnutzungsanalyse) zu klären.

Im Ergebnis geht es daher nur um die Frage, ob sich das Tötungsrisiko erhöht oder nicht, während ein Populationsbezug auch in der dt Rsp nicht gefordert ist!



Zur zit. Rechtsprechung des EuGH:

Auch in den zit. EuGH-Urteilen fehlt jeglicher vom BVwG unterstellte Inhalt zum Tötungstatbestand hinsichtlich signifikanter Erhöhung und Einfluss auf Population und Erhaltungszustand:

Die entsprechende Textstelle im erstgenannten Urteil des EuGH 18.05.2006, Kommission gg. Spanien, C-221/04, Rz 48 lautet wie folgt:

„48 Es ist daran zu erinnern, dass die Mitgliedstaaten nach Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie verpflichtet sind, die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um ein strenges Schutzsystem für die in Anhang IV Buchstabe a der Richtlinie genannten Tierarten in deren natürlichen Verbreitungsgebieten einzuführen. Dieses System muss nach dieser Bestimmung alle absichtlichen Formen des Fangs oder der Tötung von Tieren der genannten Arten verbieten.“

Schon diese Textstelle ergibt nichts in Hinblick auf die zitierten rechtlichen Feststellungen des BVwG.

Im Gegenteil, die Textstelle weist auf das Verbot aller absichtlichen Formen des Fangs oder der Tötung hin, und damit auf jeden einzelnen Vorgang an sich und damit eben gerade nicht auf populationsbezogene Auswirkungen auf den (im übrigen unerhoben gebliebenen) Erhaltungszustand ganzer Populationen, wie dies erst im fortgeschrittenen Ausnahmeverfahren nach Artikel 16 FFH-RL und Artikel 9 VS-RL gefordert wird. Dem entgegen hat der SV im Verfahren aber ausschließlich mit dem Gleichbleiben des Erhaltungszustands aller Arten zu allen Verbotstatbeständen argumentiert und mit dieser Begründung die Verletzung von allen Verbotstatbeständen rechtswidrig ausgeschlossen

Die entsprechende Textstelle im zweitgenannten Urteil des EuGH 10.01.2006, Kommission gg. Deutschland, C-98/03, Rz 75 lautet wie folgt:



„75 Für diese Arten muss deshalb gemäß Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie ein strenges Schutzsystem eingeführt werden, das alle absichtlichen Formen des Fangs oder der Tötung von aus der Natur entnommenen Exemplaren dieser Arten verbietet.“

Auch aus dieser Textstelle, die verkürzt und zusammengefasst der ersten Textstelle entspricht, ist nichts zugunsten der nachfolgenden Rechtsausführungen des BVwG (arg. „Nach dieser Judikatur“) zu entnehmen, sondern sie stützt ebenso wie die erste Textstelle die gegenteilige Ansicht.

Daneben zitiert das BVwG auch indirekt das Urteil des EuGH in der Rs C-342/05 vom 14.06.2007 (Finnischer Wolf):

Die rechtliche Beurteilung zeigt sich insoweit übereinstimmend mit der Judikatur des VwGH, wonach eine Bewertung des Vorhabens als umweltverträglich auch dann zulässig ist, wenn hinreichend nachgewiesen ist, dass auch ein ungünstiger Erhaltungszustand der Populationen nicht verschlechtert und die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes nicht behindert wird. In Bezug auf den solcherart zu prüfenden Zielzustand ist dieser Prüfung der Zustand zu Grunde zu legen, der nach Umsetzung der Maßnahmen und der übrigen Auflagen eintritt (vgl. VwGH 18.12.2012, 2011/07/0190; VwGH 24.07.2014, 2013/07/0215).

Zu dieser zitierten Rsp zum Erhaltungszustand ist anzumerken, dass der zitierte Inhalt aus dem Urteil des EuGH in der Rs C-342/05 vom 14.06.2007 (Finnischer Wolf) entstammt. In diesem Verfahren wurde die Republik Finnland deshalb verurteilt, weil sie dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art, 12 Abs. 1 und Art 16 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen verstoßen hat, dass sie die Jagd auf Wölfe aus präventiven Gründen erlaubt, ohne dass nachgewiesen ist, dass die Jagd zur Verhütung ernster Schäden im Sinne von Art. 16 Abs. 1 Buchst. b dieser Richtlinie geeignet ist.



In diesem Verfahren ging es daher um eine Ausnahmegewilligung nach Art 16 FFH-RL und um eine angemessene Prüfung der Ausnahmetatbestände im Rahmen eines Ausnahmeverfahrens, nicht aber um die Frage, ob ein Verbotstatbestand iSd Art 12 FFH-RL verwirklicht werde oder nicht, wie im ggst Verfahren. Auch daraus ergibt sich, dass der Populationsbezug erst im Ausnahmeverfahren herzustellen ist und schon nach Art 12 FFH-RL.

Schon dies alleine stellt einen groben Begründungsmangel des BVwG dar und belastet das gegenständliche Erkenntnis mit grober Rechtswidrigkeit. In Wahrheit liegt nämlich nicht nur eine krasse rechtliche Fehlinterpretation, sondern im Ergebnis eine Scheinbegründung vor, die zu einem die Rechtssicherheit beeinträchtigendem unvertretbaren Ergebnis geführt hat.

Darüber hinaus ist auch aus dem übrigen Text der genannten Judikate, und nicht bloß den zitierten Randziffern, nichts zu entnehmen, was die im zitierten Absatz ausgedrückte Rechtsansicht des BVwG stützt.

Dies gilt im übrigen auch für alle anderen Judikate des EuGH.

Die Anwendung und Übertragung deutscher höchstgerichtlicher Rechtsprechung stellt außerdem eine unvertretbare Abweichung vom Auslegungsmonopol des EuGH und eine unvertretbare Beeinträchtigung der Rechtssicherheit dar, die einer dringenden Korrektur bedarf. Dies auch deshalb, weil nicht nur das Schicksal dieses Verfahrens davon abhängt, sondern diesen Auslegungsfragen grundsätzliche Bedeutung für die Umsetzung von Unionsrecht im Bundesgebiet zukommt.



2.3. Prüfgegenstand des BVwG und Abgrenzung zum StGB

Die Bestimmungen der Umweltstrafrecht-Richtlinie 2008/99/EG vom 19. November 2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt normieren folgende gerichtlich strafbare Handlung:

Nach Art 3 lit f der Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die folgenden Handlungen unter Strafe gestellt werden, wenn sie rechtswidrig sind und vorsätzlich oder zumindest grob fahrlässig begangen werden:

f) die Tötung, die Zerstörung, der Besitz oder die Entnahme von Exemplaren geschützter, wildlebender Tier- oder Pflanzenarten, mit Ausnahme der Fälle, in denen die Handlung eine unerhebliche Menge dieser Exemplare betrifft und unerhebliche Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der Art hat;

Diese Bestimmung wurde in Österreich in § 181f. und g. StGB umgesetzt und beschränkt sich bei Tieren auf deren Tötung und Besitz:

Vorsätzliche Schädigung des Tier- oder Pflanzenbestandes

§ 181f. (1) Wer Exemplare einer geschützten wildlebenden Tierart entgegen einer Rechtsvorschrift oder einem behördlichen Auftrag tötet, besitzt oder deren Entwicklungsformen zerstört oder aus der Natur entnimmt oder Exemplare einer geschützten wildlebenden Pflanzenart zerstört, besitzt oder aus der Natur entnimmt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen, es sei denn, dass die Handlung eine nur unerhebliche Menge der Exemplare betrifft und auf den Erhaltungszustand der Art nur unerhebliche Auswirkungen hat.

(2) Geschützte wildlebende Tierarten sind die in Anhang IV lit. a) der Richtlinie 92/43/EWG zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen oder des Anhangs I der Richtlinie 2009/147/EG über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten



aufgezählten Arten; geschützte wildlebende Pflanzenarten sind die in Anhang IV lit. b) der Richtlinie 92/43/EWG zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen aufgezählten Arten.

Grob fahrlässige Schädigung des Tier- oder Pflanzenbestandes

§ 181g. Wer grob fahrlässig (§ 6 Abs. 3) entgegen einer Rechtsvorschrift oder einem behördlichen Auftrag eine der im § 181f mit Strafe bedrohten Handlungen begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen.

Die Erläuterungen in 1392 der Beilagen XXIV. GP RV halten dazu folgendes fest:

„Nach Art. 3 lit. f der Richtlinie sind Tötung, Zerstörung, Besitz oder Entnahme von Exemplaren geschützter wildlebender Tier- oder Pflanzenarten unter Strafe zu stellen.

Eine Strafbarkeit muss jedoch erst dann vorgesehen werden, wenn die Schädigung erhebliche quantitative bzw. wesentliche Auswirkungen auf die geschützte Art zur Folge hat. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. [...] Die in den einzelnen Landesgesetzen enthaltenen verwaltungsrechtlichen Vorschriften zum Schutz dieser geschützten Tier- oder Pflanzenarten sollen daher durch die vorgeschlagenen Bestimmungen der §§ 181f bis 181g ergänzt werden, wobei hinsichtlich der Einschränkung darauf verwiesen wird, dass je nach Gefährungsgrad bereits ein Exemplar eine „erhebliche Menge“ darstellen kann.“

Stellt man nun diese gerichtlich strafbaren Handlungen (insb die Tötung) in Beziehung zum Verbotstatbestand der Tötung nach FFH- und VS-RL, so ergeben sich zwei Vergleichsmerkmale:



1. Der Verbotstatbestand der Tötung verlangt "Absicht", dieser Begriff ist durch den EuGH inzwischen eindeutig geklärt (siehe bereits oben; die Entscheidung des Umweltsenates zu Gössendorf/Kalsdorf, US 8A/2008/15-54 vom 23.12.2008 ist als missglückt anzusehen und war bereits zum Zeitpunkt ihrer Erlassung widerlegt.) Die Definition des EuGH deckt sich mit dem Vorsatz des § 5 Abs 1 StGB, welcher für den Tatbestand des § 181f. StGB gefordert ist:

§ 5. (1) Vorsätzlich handelt, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, daß der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet.

2. Gleich wie die vom BVwG im angefochtenen Erkenntnis angewandte Auslegung des Verbotstatbestands der Tötung fordert auch das StGB den Bezug zu einer nicht unerheblichen Menge an Exemplaren und zu mehr als unerheblichen Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der Art. Hier wird also ebenso ein Populationsbezug mit Auswirkungen auf den Erhaltungszustand hergestellt.

Fazit: Die gerichtlich strafbaren Tatbestände der vorsätzlichen und grob fahrlässigen Schädigung des Tier- oder Pflanzenbestandes decken sich mit der vom BVwG angenommenen Auslegung des artenschutzrechtlichen Verbotstatbestands der Tötung nach FFH- und VS-Richtlinie (NSchG und JagdG).

Wie im Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung und in der Revision ausgeführt kann nach der Aktenlage nicht ausgeschlossen werden, dass die Verbotstatbestände der Tötung und der Störung nicht vorliegen. Somit liegt die Erfüllung einer gerichtlich strafbaren Handlung besonders nahe, was in jedem Falle zu einem die Rechtssicherheit beeinträchtigenden unvertretbaren Ergebnis führt, sodass aus Gründen der Rechtssicherheit korrigierend eingegriffen werden muss. Dies auch deshalb, weil diese Rechtsfrage über den Einzelfall hinaus von Bedeutung ist, da aus Sicht der Revisionswerberin die Auslegung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände durch die Behörden und VwG, wie sie aktuell und wie in der Revision beschrieben stattfindet,



nicht auf derselben Prüfebene stattfinden darf, wie gerichtlich strafbare Handlungen vor den Strafgerichten, ansonsten keine Unterscheidung mehr bestünde zwischen Verwaltungsverfahren und Verwaltungsstrafverfahren einerseits und gerichtlich strafbaren Handlungen andererseits (siehe auch Punkt II.2.5. der Revision).

3. Unzulässigkeit der Anerkennung von RVS als Rechtsgrundlage zur Beurteilung von artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen

Das BVwG verkennt in seiner rechtlichen Beurteilung die Aufgabentrennung zwischen Fach- und Rechtsebene. Damit weicht das BVwG von der Rechtsprechung des VwGH nicht nur ab, sondern steht in offensichtlichem Widerspruch hierzu.

Das BVwG führt an mehreren Stellen des Erkenntnisses Feststellungen mit fast gleichlautendem Inhalt aus. Diese Feststellungen ergeben sich aus den RVS 04.03.15 Artenschutz an Verkehrswegen, Ausgabe vom 01.10.2015, die auf den Seiten 35ff für alle Verbotstatbestände eine Erheblichkeitsschwelle festlegen, ab deren Überschreiten die Verwirklichung eines artenschutzrechtlichen Verbotstatbestands anzunehmen ist:

“Eingriffsintensität gering: Geringfügige Flächenverluste oder zeitlich eingegrenzte Beeinträchtigung der Qualität des Lebensraums. Flächenverluste/Bestandsverluste: bei sehr empfindlichen Arten maximal 0,5 % des lokalen Bestandes bzw. maximal 50 m² des Lebensraums; bei mäßig empfindlichen Arten bis zu 5 % des lokalen Bestandes bzw. maximal 500 m² des Lebensraums”

Diesen Maßstab haben die gerichtlichen Sachverständigen für Artenschutz ihrem BVwG-Gutachten vom 19.06.2017 zugrunde gelegt:



- S 115, Frage 1.14: Verbot der Tötung -> Pauschal-Schwellenwert für Verlust von Individuen und Flächen von 5% der lokalen Population aufgrund RVS
- S 118, Frage 1.15: Verbot der Vernichtung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten -> Populationsbezug aufgrund RVS; 5%-Schwellenwert für Verlust von Individuen und Flächen
- S 59 und 124, Frage 1.16: Verbot der Störung -> Pauschal-Schwellenwert für Verlust von Individuen und Flächen von 5% der lokalen Population

Das Gericht hat in der Folge die bereits von den gerichtlichen Sachverständigen im BVwG-Gutachten vom 19.06.2017 vorweggenommenen rechtlichen Beurteilungen der Verwirklichung von Verbotstatbeständen, die auf Basis der RVS vorgenommen wurde, übernommen und ungeprüft gelassen.

Diese rechtlichen Prämissen und Beurteilungen hat das BVwG sodann in die rechtliche Beurteilung des bekämpften Erkenntnisses übernommen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die oben in Punkt 1. zusammengefassten Verweise auf die entscheidungswesentlichen rechtlichen Beurteilungen im Erkenntnis verwiesen.

Die hier für den Naturschutz einschlägigen RVS im Allgemeinen wurden im Verfahren mehrfach als Stand der Technik bzw der Wissenschaft, was nicht vollständig in Abrede gestellt wird. Hinsichtlich der Auslegung unionsrechtlicher artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände und der Beurteilung und Einordnung von Vorhaben in diese rechtlichen Kategorien weichen die dargestellten Ausführungen der RVS aber krass ab, weshalb sie auch nicht geeignet sind, einem Sachverständigen als gleichzeitig rechtliches Beurteilungswerkzeug zu dienen und schon gar nicht als Auslegungshilfe für Behörden und Gerichte. Das Auslegungsmonopol von Unionsrecht liegt unzweifelhaft allein beim EuGH, sodass Behörden und Gerichte auf die ihnen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zur Einholung einer solchen Auslegung zurückgreifen müssen. Durch den Rückgriff auf die Auslegung der RVS, sei es im Wege der Übernahme der Beurteilung durch die



Sachverständigen, sei es durch direkte Bezugnahme, hat das BVwG aber das angefochtene Erkenntnis rechtswidrig und in Missachtung des unionsrechtlichen Vorsorgegrundsatzes erlassen.

Dem Grunde nach hat das BVwG damit überhaupt keine rechtliche Beurteilung der Verbotstatbestände selbst vorgenommen oder diese zuvor hinsichtlich ihres rechtlichen Inhaltes definiert, sondern dies allein dem Sachverständigen bzw dem Inhalt der RVS überlassen. Der SV hat zwar Fragen des Gerichts beantwortet, die rechtliche Subsumtion dieser Antworten wäre aber in der Zuständigkeit des Gerichts gelegen.

Die Klärung dieser Rechtsfrage durch den VwGH betrifft auch sämtliche ähnlich gelagerten Fälle des Naturschutzrechts und alle übrigen Fälle zu anderen Rechtsmaterien, in denen die Trennung der Klärung von Rechtsfrage und Sach-frage entscheidungserheblich ist.

Zudem stellt diese rechtliche Beurteilung durch das BVwG - ähnlich der Judika-tur des VwGH zur Ablehnung von Beweisanträgen - eine Rechtsfrage von grund-sätzlicher Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 B-VG auch deswegen dar, weil eine grob fehlerhafter Beurteilung der Rechtslage durch das BVwG vorliegt, die – wie dar-gestellt zu einem die Rechtssicherheit beeinträchtigenden unvertretbaren Ergeb-nis führen (vgl. Ra 2015/06/0032).

4. Aktenwidrige Feststellung eines fehlenden Populationsbezugs zum Zwecke des Ausschlusses der Verwirklichung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände

Der gerichtliche SV Ornithologie, der in der mündlichen Verhandlung auch die Beurteilung der Ornithologie im Rahmen der Wildökologie (Federwild) vorgenommen hat, konnte über Befragen nicht nachweisen, ob nach der von ihm angewandten und vom Gericht als Stand der Wissenschaft anerkannten RVS die 5%-Schwelle des Individuen- bzw Flächenverlustes für die relevanten gefährdeten Arten ermittelt und berechnet wurde.



Die Beschwerdeführerin stellte dem SV Ornithologie in der mündlichen Verhandlung folgende Fragen (siehe VHS S 150ff):

"Sie legen bei der Beurteilung der Verbotstatbestände jeweils die Erheblichkeit auf Populationsebene zu Grunde und beziehen sich dabei, auf eine Schwelle von 5 % lebensraum- bzw. Populationsverlust gem. RVS. Wo in den Unterlagen finden sich Angaben über die Abgrenzung der lokalen Populationen, über die Größe des Lebensraumes der lokalen Populationen, über die Individuenanzahl der lokalen Populationen und über den Erhaltungszustand? Wie hoch ist der zu erwartende Verlust an Individuen je untersuchter Art? Wie hoch ist der zu erwartende Verlust an lebensraum je untersuchter Art? Wo wurde das Nichterreichen dieser 5%-Schwelle für jede einzelne Art und Population nachgewiesen und begründet?"

Der gerichtliche SV bestätigte in der mündlichen Verhandlung (VHS S 150 und 153) unter Berufung auf die RVS die Anwendung eines 5%-Pauschalkriteriums bei der Prüfung aller artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände, konnte aber keine Angaben zum Bestand und dem daraus zu erwartenden Verlust von Lebensraum und Individuen machen:

"Zur Frage betreffend Lebensraumverlust dieser ist seriöser Weise nicht festlegbar." (VHS 150)

" ... ist eine detaillierte Zahlenangabe bzw. Abgrenzung einer lokalen Population insbesondere bei sehr weit verbreiteten und häufigen Vogelarten fachlich seriös nicht durchführbar. " (VHS 150)

"Die detaillierte Abgrenzung von Vogelpopulationen und die Beurteilung deren Größe ist nicht realistisch abschätzbar." (VHS 150)

" Eine artweise Abhandlung bzw. Einschätzung der Verminderung des Kollisionsrisikos wurde nicht vorgenommen, da dies weder möglich, noch aus meiner Sicht fachlich notwendig ist." (VHS 141)



Die Beschwerdeführerin äußerte daraufhin in der Verhandlung die nicht protokollierte Feststellung, der naSV habe also seine Beurteilung, die 5%-Schwelle sei nicht überschritten, ohne Grundlage vorgenommen. Dies blieb in der Folge unwidersprochen und vom Gericht unberücksichtigt, obwohl die Beschwerdeführerin darauf auch in ihrer abschließenden Stellungnahme vom 22.08.2017 nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen hatte.

Im Ergebnis stellte das VwG zu den Punkten

- 2.5.12.1.B. (S 513ff) zu den FFH-richtliniengeschützten Tieren (ausgenommen Fledermäuse) unter Bezugnahme auf die §§29-34 SNSchG
- 2.5.12.2. (S 518ff) zu den FFH-richtliniengeschützten Fledermäusen und den VS-richtliniengeschützten Vögeln unter Bezugnahme auf die §§29-34 SNSchG
- 2.5.13. (S 546ff) zu den VS-richtliniengeschützten Vögeln (Federwild: insb Auerhühner, Birkhühner, Wanderfalke) unter Bezugnahme teilweise auf die §§29-34 SNSchG und teilweise auf §103 JagdG

jeweils unter Bezugnahme auf die zusammenfassenden Beweisergebnisse der Sachverständigen wie in der Beweiswürdigung ausgeführt fest, dass die Verbotstatbestände nicht erfüllt seien. Damit wird jeweils vorausgesetzt, dass es zu keiner Verschlechterung des Erhaltungszustands komme: andernfalls müsste ja nach der angewendeten RVS und nach Ansicht des Gerichtes ein Verbotstatbestand verwirklicht sein.

Tatsächlich finden sich im Erkenntnis aber nirgends hinreichend detaillierte Sachverhaltsdarstellungen, die diese einzelnen Erfordernisse für die jeweils betroffenen Arten gesondert erörtern.

Das BVwG unterlässt daraufhin ebenso hinreichend detaillierte rechtliche Schlussfolgerungen - gesondert dargelegt nach den einzelnen Arten, für welche der betroffenen Arten es von einem eingangs günstigen Erhaltungszustand ausgeht, der lediglich zu erhalten ist, und für welche der betroffenen Arten und wie es die Judikatur des EuGH anwendet, der unter außergewöhnlichen Umständen auch einen Eingriff trotz



ungünstigen Erhaltungszustand zulässt (EuGH, Urteil v 14. Juni 2007, Kommission/Finnland C-342/05, Slg. 2007, I-4713) .

Somit bleibt völlig unklar, wie das BVwG zu der eben zitierten einzigen Aussage hinsichtlich des günstigen Erhaltungszustandes gelangte, sodass von einer Aktenwidrigkeit ausgegangen werden muss.

Aktenwidrigkeit (§42 ABs 2 Ziffer 3 lit. a VwGG) liegt vor, wenn der Bescheid in seiner Begründung von Sachverhalten ausgeht, die sich aus dem Akt überhaupt nicht oder nicht in der angenommenen Weise ergeben (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 20. Jänner 1992, 90/15/0074, VwSlg 6642 F/1992; 25.04.2013, 2013/15/0130).

Im gesamten Erkenntnis, und insbesondere in dessen Sachverhaltsfeststellungen, findet sich aber keine nachvollziehbare Darstellung, die den derzeitigen Erhaltungszustand belegen, und keine nachvollziehbare Darstellung, die den künftig angenommenen günstigen Erhaltungszustand nachvollziehbar belegen.

Die Annahme von Aktenwidrigkeit trifft um so mehr zu als die Revisionswerberin explizit in der mündlichen Verhandlung mit ihren Fragen darauf hinweist, dass die Erhaltungszustände nicht erhoben und nachgewiesen worden sind. Die im Zuge der mündlichen Verhandlung gestellten Fragen zur Konkretisierung des Erhaltungszustandes der lokalen Populationen konnten vom gerichtlichen SV nicht beantwortet werden. Der Verweis des Gerichts im Erk auf die Beweisergebnisse geht damit ins Leere und stellt damit bloß eine rechtswidrige Scheinbegründung im Rahmen der krass rechtswidrig erfolgten Beweiswürdigung dar.

Für die Geltendmachung einer Aktenwidrigkeit als Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist darzulegen, warum das rechtliche Schicksal der Revision von dieser Frage abhängen sollte (VwGH 25.03.2014, Ra 2010/04/0001; 24.06.2014, Ra 2014/05/0004).

Wäre das Gericht nicht unrichtigerweise vom Vorliegen aller Kriterien ausgegangen, die eine Günstigkeit oder Beibehaltung des Erhaltungszustandes der betroffenen Arten bedingen, sondern hätte es eine genaue Subsumption des (mangelhaften) Sachverhalts anhand der Zielsetzungen von Art. 1 und 2 VS-RL bzw Art 1 lit i FFH-RL im Erk.



vorgenommen, hätte es zu dem Ergebnis kommen können, dass das Vorhaben nicht genehmigungsfähig ist, insbesondere aufgrund von Art. 9 VS-RL.

Zudem stellt diese rechtliche Beurteilung durch das BVwG - ähnlich der Judikatur des VwGH zur Ablehnung von Beweisanträgen - eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 B-VG auch deswegen dar, weil eine grob fehlerhafter Beurteilung der Rechtslage durch das BVwG vorliegt, die – wie dargestellt zu einem die Rechtssicherheit beeinträchtigenden unvertretbaren Ergebnis führen (vgl. Ra 2015/06/0032).

Hätte das Gericht aber dieses Defizit bei der Beurteilung der Frage der Verwirklichung von Verbotstatbeständen berücksichtigt, hätte es zu dem Schluss kommen müssen, dass mangels Nachweis des konkreten Individuenverlustes und des Flächenverlustes nach der Methode RVS die Verbotstatbestände betreffend Vögel - nach dem rechtlichen Verständnis wie es das Gericht dem Erkenntnis zugrunde gelegt hat - als verwirklicht gelten.

Das BVwG hätte das Vorhaben sodann in einem Ausnahmeverfahren prüfen müssen, wobei mangels Zutreffen eines gesetzlichen Ausnahmegrundes und mangels Zulässigkeit des Ausnahmegrundes der FFH-RL "anderer zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses" bei Vögeln nach der Vogelschutz-Richtlinie eine Versagung des Vorhabens zwingend gewesen wäre.



5. Rechtswidrige Berücksichtigung von Schadensbegrenzungs- und Ausgleichsmaßnahmen bei der Beurteilung der Frage der Verwirklichung von Verbotstatbeständen

Der EuGH hat in den letzten fünf Jahren seine Judikatur hinsichtlich der Unterscheidung und der möglichen Berücksichtigung Erhaltungsmaßnahmen (Art 6 Abs 1), von Vorbeugungsmaßnahmen (Art 6 Abs 2) von Ausgleichsmaßnahmen (Art 6 Abs 4) und von Schadensbegrenzungsmaßnahmen (Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen - ungerichtet) bei der Eingriffsbeurteilung für den Bereich des Gebietsschutzes fortgebildet (FFH- und VS-RL); demzufolge dürfen Schadensbegrenzungsmaßnahmen nicht bei der Vorprüfung dieser Vorhaben auf solche Effekte hin, sondern erst im Rahmen der angemessenen Prüfung berücksichtigt werden (U v 12. April 2018, C-323/17, People Over Wind, Peter Sweetman, Rz 40) und Ausgleichsmaßnahmen dürfen überhaupt erst im Ausnahmeverfahren nach Art 6 Abs 4 geprüft werden, nachdem die Behörde eine Beeinträchtigungen des Gebiets als solches wissenschaftlich nicht explizit ausschließen kann (EuGH Urteil v 15.5.2014, Briels u. a., C-521/12, EU:C:2014:330, Rn. 33ff; U v 21. Juli 2016, Orleans u. a., C-387/15 und C-388/15, EU:C:2016:583, , Rn. 64).

Der EuGH begründete diese erst später erfolgende Prüfung für beide Maßnahmen jeweils sinngemäß damit, dass

1. erst dann die vollständige und genaue Analyse möglich ist, ob sie geeignet sind, mögliche erhebliche Auswirkungen auf das betroffene Gebiet zu vermeiden, zu vermindern oder auszugleichen (U v 12. April 2018, C-323/17, People Over Wind, Peter Sweetman, Rn. 36 für Vorbeugungsmaßnahmen; EuGH Urteil v 15.5.2014, Briels u. a., C-521/12, EU:C:2014:330, Rn. 36 für Ausgleichsmaßnahmen) und

2. mit der möglichen Beeinträchtigung der praktische Wirksamkeit der FFH-RL im Allgemeinen sowie der Prüfungsphase im Besonderen, da diese Phase ansonsten gegenstandslos würde und die Gefahr einer Umgehung dieser Prüfungsphase bestünde (idS U v 12. April 2018, C-323/17, People Over Wind, Peter Sweetman, Rn. 37).



Beide Begründungen sind auch grundsätzlich für den Artenschutz dieser Richtlinien zutreffend.

Eine genaue vorherige Prüfung – ohne Berücksichtigung von Vorbeugungs- und Ausgleichsmaßnahmen in diesem Verfahrensstadium – ist erforderlich, um eine vollständige und genaue Analyse zu ermöglichen, ob ein Vorhaben geeignet ist, mögliche erhebliche Auswirkungen auf das betroffene Gebiet zu entfalten.

Gleichsam besteht auch die Gefahr einer Umgehung der artenschutzrechtlichen Ausnahmeprüfung, wenn bereits im Rahmen der Feststellung, ob ein Vorhaben geeignet ist einen Verbotstatbestand zu verwirklichen, Schadensbegrenzungsmaßnahmen berücksichtigt werden dürften.

Damit erscheint es rechtswidrig, wie im vorliegenden Fall aber durch das BVwG vorgenommen, verschiedene der Ausnahmetatbestände des § 34 NSchG oder § 104b JagdG aufgrund von Schadensbegrenzungs- und (vorgezogenen) Ausgleichsmaßnahmen (CEF-Maßnahmen) von vornherein gar nicht anzuwenden.

Rechtlich widersprüchlich wird die Argumentation des BVwG sodann, wenn es offensichtlich einerseits davon ausgeht, dass keiner der Artenschutz-Verbotstatbestände des NSchG und des JagdG (welche die Art. 12 FFH-RL und Art. 5 VS-RL umsetzen sollen) von vornherein relevant ist, während andererseits mit der oben zitierten Rechtsansicht zum „günstigen Erhaltungszustand“ eine Ausnahme von diesen Verbotstatbeständen in Anlehnung an § 34 Abs 3 lit a NSchG und § 104b Abs 1 JagdG in Entsprechung der Art. 16 Abs. 1 FFH-RL und Art 9 VS-RL zu rechtfertigen versucht.

Auch diese rechtlich höchst widersprüchliche Rechtsansicht erscheint rechtswidrig und von einer über den Einzelfall hinausreichenden grundsätzlichen Bedeutung der Umsetzung von Unionsrecht.

Der VwGH hat zwar die Zulässigkeit von sogenannten CEF-Maßnahmen in seiner bisherigen Judikatur explizit (18.12.2012, 2011/07/190) und implizit (24.7.2014,



2013/07/0215) im Zusammenhang mit dem Verbotstatbestand des Art. 12 Abs 1 lit. d FFH-RL mit Ausnahmen davon (Art. 16 FFH-RL) vertreten.

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

Somit besteht jedoch keine Judikatur,

1. worin der VwGH die Anwendung einer österreichischen Vorschrift, die auf die strenge Umsetzung des Verbotstatbestands des Art. 12 Abs 1 lit. a, b, c und d FFH-RL abzielt, aufgrund solcher Maßnahmen ausschließt (und damit auch die des Art. 16 FFH-RL abzielenden österreichischen Ausnahmeregelungen incl. einer potentiellen Prüfung solcher Maßnahmen erst in diesen Verfahren), sowie

2. worin der VwGH die Anwendung einer österreichischen Vorschrift, die auf die Umsetzung der Verbotstatbestände des Art. 5 lit. a, b und d VS-RL abzielt, aufgrund solcher Maßnahmen ausschließt (und damit auch die auf Art 9 VS-RL abzielenden österreichischen Ausnahmeregelungen incl. einer potentiellen Prüfung solcher Maßnahmen erst in diesen Verfahren).

Da neben den im ggst Fall anzuwendenden Vorschriften im Bundesland Salzburg zahlreiche andere österreichische Rechtsvorschriften bestehen, die der Umsetzung dieser gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dienen, und Schadensbegrenzungsmaßnahmen sowie (vorgezogene) Ausgleichsmaßnahmen in allen für diese Rechtsvorschriften



maßgeblichen Fällen ins Treffen im Sinne von den eben ausgeführten Punkte 1. und 2. geführt werden können, ist dieses derzeitige Fehlen einer Rechtsprechung des VwGH – insbesondere auch im Lichte der dargestellten neuen Judikatur des EuGH zum Zeitpunkt der Berücksichtigung von Schadensbegrenzungs- und Ausgleichsmaßnahmen - nicht nur für den vorliegenden Fall, sondern auch im Interesse der Allgemeinheit an einer einheitlichen, auf zusätzliche Argumente gestützten Rechtsprechung.

Die grundsätzliche Bedeutung erschließt sich – alternativ und/oder zusätzlich – auch aus folgenden Überlegungen. Eine einheitliche Umsetzung und Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu Ausgleichsmaßnahmen und Schadensbegrenzungsmaßnahmen in allen neun Bundesländern dient auch der Bewahrung und gegebenenfalls Wiederherstellung des günstigen Erhaltungszustandes des gesamten Schutzguts der FFH-RL und der VS-RL als deren übergeordnetes Ziel.

Unterschiedliche Zeitpunkte der Zulässigkeit der Berücksichtigung von Vorbeugungs- und Ausgleichsmaßnahmen, je nachdem ob ein Artenschutz- oder Gebietschutzsachverhalt vorliegt, wären insbesondere dann problematisch, wenn

1. ein und dasselbe Vorhaben einen richtlinienrelevanten Artenschutz- und Gebietschutzsachverhalt hinsichtlich einer, beiden Sachverhalten unterliegenden Art erfüllt (zB Art die sowohl in Anhang II wie auch Anhang IV FFH-RL gelistet ist; alle Vogelarten des Anhang I VS-RL);
2. ein und dasselbe Vorhaben einen richtlinienrelevanten Artenschutz- und Gebietschutzsachverhalt hinsichtlich zwei oder mehrerer Arten erfüllt, wobei zumindest hinsichtlich einer Art ein Artenschutzsachverhalt und hinsichtlich einer anderen Art ein Gebietschutzsachverhalt erfüllt ist (zB Art A in Anhang II FFH-RL gelistet und Art B in Anhang IV FFH-RL gelistet) und für beide Arten aber ähnliche Schadensbegrenzungs- oder Ausgleichsmaßnahmen potentiell in Frage kommen;
3. ein und dasselbe Vorhaben einen richtlinienrelevanten Artenschutz- und Gebietschutzsachverhalt bundesländerübergreifend aufweisen und unterschiedliche



Zeitpunkte für die Anwendung von Schadensbegrenzungs- und Ausgleichsmaßnahmen im Artenschutz vorschreiben bzw. anwenden.

Zudem stellt diese rechtliche Beurteilung durch das BVwG - ähnlich der Judikatur des VwGH zur Ablehnung von Beweisanträgen - eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 B-VG auch deswegen dar, weil eine grob fehlerhafte Beurteilung der Rechtslage durch das BVwG vorliegt, die – wie dargestellt – zu einem die Rechtssicherheit beeinträchtigenden unvertretbaren Ergebnis führt (vgl. Ra 2015/06/0032).

6. *Rechtswidrige Anwendung von Naturschutzrecht auf jagdliche Arten*

Rechtswidrige Anwendung von Naturschutzrecht auf jagdliche Arten:

Die Salzburger Rechtslage im Artenschutz differenziert klar zwischen Naturschutzrecht einerseits und Jagdrecht andererseits.

Jagdbare Arten bzw. Wild unterliegen nicht den artenschutzrechtlichen Bestimmungen des Sbg Naturschutzrechts (siehe dazu insbesondere die im Erk auf den Seiten 227ff bis 232 zitierten Bestimmungen § 32 Abs 1 Sbg NSchG, § 1 Abs 3 und § 4 Abs 1 Buchstabe b und c sowie § 4 Abs. 3, jeweils Sbg. Pflanzen- und Tierarten-Schutzverordnung 2001).

Dennoch wendet das BVwG offensichtlich die artenschutzrechtlichen Bestimmungen des Naturschutzrechts - offenbar gemeinsam mit den Bestimmungen des JagdG - auf ausschließlich dem JagdG unterliegende Arten an (siehe Erk S 546ff).

Dies ergibt sich aus der in der rechtlichen Beurteilung zitierten und verwendeten Rechtslage zum Salzburger Naturschutzgesetz und den rechtlichen Ausführungen insb auf den Seiten 553 und 563 des Erk:

Auf Seite 553 ist die Rede von "Ausgleichsfähigkeit" des Vorhabens und von der Erteilung von "Ausnahmebewilligungen" unter Verbindung mit Ausgleichsmaßnahmen. Das würde



voraussetzen, dass das Gericht ein Ausnahmeverfahren gemäß § 104b JagdG (oder §34 NSchG) durchgeführt hätte: dann hätte es aber auch eine Alternativenprüfung und vor allem die Prüfung eines dort normierten Ausnahmegrundes vornehmen müssen. Für das ggst Vorhaben existiert aber bei Betroffenheit von Vögel kein Ausnahmegrund, sodass eine Ausnahmegewilligung zu versagen wäre. Eine solche Prüfung hat das VwG aber rechtswidrig nicht durchgeführt, sondern nur die angebliche Prüfung des Erhaltungszustands und die Vorschreibung von Ausgleichsmaßnahmen vorgezogen, um die Verwirklichung eines Verbotstatbestands ausschließen zu können. Dies ist aber unionsrechtswidrig wie bereits oben eingewendet.

Auf Seite 563 wendet die Behörde sogar den § 3a des Salzburger Naturschutzgesetzes an. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass das VwG damit nicht nur auf "Ersatzleistungen" in dieser Bestimmung anspielen möchte (welche das Gericht völlig zusammenhanglos auf von ihm angenommene "Ausgleichsmaßnahmen" eines Ausnahmeverfahrens umlegt, in Wahrheit aber vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen/CEF-Maßnahmen meint), sondern auch auf das von ihr angenommene öffentliche Interesse am Vorhaben. § 3a NSchG ist aber auf die artenschutzrechtlichen Bestimmungen des Vogelschutzes nicht anzuwenden und ein zwingendes bzw überwiegendes öffentliches Interesse ist nach der Vogelschutzrichtlinie nicht normiert und daher unbeachtlich.

So werden zwar in der rechtlichen Beurteilung des VwG die Bestimmungen des Jagdrechts (insb. § 103 Abs. 2 Sbg JagdG) ebenso zitiert, aber in Vermengung mit naturschutzrechtlichen Vorschriften zum Artenschutz und zum öffentlichen Interesse in rechtlich nicht nachvollziehbarer und willkürlicher Art und Weise und damit in einer die Rechtssicherheit massiv beeinträchtigen Anwendung gebracht.

Es steht dem Vollzug nicht frei, anstelle der gesetzlich vorgesehenen Rechtsgrundlage (hier das Jagdrecht) einfach beliebig eine andere Rechtsgrundlage zu wählen (hier das Naturschutzrecht).

Im vorliegenden Fall verletzt das BVwG das Recht, dass das besondere Artenschutzrecht des Naturschutzrechts auf Tierarten keine Anwendung findet, welche diesem besonderen Artenschutzrecht ausdrücklich nicht unterliegen.



Damit weicht das BVwG von jedweder Judikatur des VwGH zum Naturschutzrecht (und auch zum Jagdrecht) ab, indem es unter grober Rechtsverkennung die genannten Bestimmungen des Naturschutzrecht (und nicht jene des Jagdrecht) anwendet und dies alleine macht schon die vorliegende Rechtsfrage zu einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung.

Zudem stellt diese rechtliche Beurteilung durch das BVwG - ähnlich der Judikatur des VwGH zur Ablehnung von Beweisanträgen - eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 B-VG auch deswegen dar, weil eine grob fehlerhafter Beurteilung der Rechtslage durch das BVwG vorliegt, die – wie dargestellt zu einem die Rechtssicherheit beeinträchtigenden unvertretbaren Ergebnis führen (vgl. Ra 2015/06/0032).

In selber Weise ist die Rechtseinheit gefährdet und auch viele andere Personen und Fälle berührt (analog zu § 502 ZPO RIS-Justiz RS0042405), wenn es im scheinbaren Belieben des BVwG stehen würde, welches Recht (Naturschutzrecht oder Jagdrecht) auf artenschutzrechtliche Fragen anzuwenden ist.

7. Zulässigkeit der Revision infolge vollständiger Unterlassung der inhaltlichen Würdigung des auf gleicher fachlicher Ebene erstatteten entscheidungswesentlichen Vorbringens der rw. Partei sowie infolge eigener fachlicher Würdigung durch das Gericht

Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG können nicht nur solche des materiellen Rechtes, sondern auch solche des Ver-fahrensrechtes sein. Eine solche Bedeutung kommt der Entscheidung jedenfalls dann zu, wenn tragende Grundsätze des Verfahrensrechtes auf dem Spiel stehen (Hinweis E vom 20. November 2014, Ra 2014/07/0052, mwN).



Zwar ist der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen des Revisionsmodells zur Überprüfung der Beweiswürdigung im Allgemeinen nicht berufen (vgl. etwa den erwähnten hg. Beschluss vom 23. September 2014, Zl. Ro 2014/01/0033).

Eine mangelhafte Beweiswürdigung ist allerdings dann geeignet, eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufzuwerfen, wenn das Verwaltungsgericht die Beweiswürdigung im Einzelfall in einer die Rechtssicherheit beeinträchtigenden, unvertretbaren Weise vorgenommen hat (vgl. den hg. Beschluss vom 18. Februar 2015, Zl. Ra 2015/08/0008, sowie zB. den hg. Beschluss vom 10. September 2015, Zl. Ra 2015/09/0066).

Dies ist nach Ansicht der rw Parteien hier geschehen, wie im Folgenden ausgeführt werden wird

Ob ein VwG seiner Begründungspflicht in Ansehung der Tatfrage genügt, stellt eine einzelfallbezogene Frage des Verfahrensrechtes dar, welcher dann grundsätzliche Bedeutung zukommen kann, wenn tragende Grundsätze des Verfahrensrechts auf dem Spiel stehen (vgl. B 26. Februar 2016, Ra 2016/12/0013).

Den Hinweisen des Erk 2015/06/0112 zur Rsp des OGH folgend ergibt sich aus 4Ob91/10a, dass das Fehlen einer nachvollziehbaren Begründung bei der Erledigung der Beweisrüge einen Mangel darstellt, der eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Sache zu hindern geeignet ist. Nach der Rsp des OGH dürfe die Begründungspflicht zwar nicht überspannt werden, doch wenn das Gericht nicht erläutert, weshalb das von ihm eingeholte Gutachten geeignet sein soll, gegenteilige sachverständige Feststellungen zu entkräften, liege eine Scheinbegründung vor.

Nach 5Ob192/11p dürfe die Begründungspflicht nicht überspannt werden, weshalb eine Beweiswürdigung grundsätzlich überhaupt nur dann als anfechtbar betrachtet wird, wenn sich das Rechtsmittelgericht mit der Beweisfrage überhaupt nicht befasst hat. Dem ist eine Scheinbegründung gleichzuhalten.



Ein tragender Grundsatz des Verfahrensrechts wird daher auch dann verletzt, wenn in einem Erkenntnis die sich aus § 17 VwGVG 2014 iVm § 58 AVG ergebende Begründungspflicht in einem wesentlichen Punkt völlig außer Acht gelassen und damit die Überprüfung durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts verunmöglicht wird. (27.04.2016, Ra 2015/10/0082)

Das VwG hat die Pflicht, für die Durchführung aller zur Klarstellung des Sachverhaltes erforderlichen Beweise zu sorgen und auf das Parteivorbringen, soweit es für die Feststellung des Sachverhaltes von Bedeutung sein kann, einzugehen. Das VwG darf sich über erhebliche Behauptungen und Beweisanträge nicht ohne Ermittlungen und ohne Begründung hinwegsetzen (vgl. E 11. Juni 1968, 0189/68; E 26. Jänner 2012, 2009/09/0143; E 20. Februar 2014, 2013/09/0196; E VfGH, 22. Juni 2009, U 1137/08, VfSlg 18799; E VfGH 29. September 2010, U808/10, VfSlg 19181). (10.12.2014, Ro 2014/09/0056)

Die Aussagen von Sachverständigen haben grundsätzlich den gleichen verfahrensrechtlichen Beweiswert, und es besteht demnach zwischen dem Gutachten eines Amtssachverständigen und dem eines Privatsachverständigen kein verfahrensrechtlicher Wertunterschied.

Bei einander widersprechenden Gutachten hat die Behörde allerdings die Gedankengänge aufzuzeigen, die sie veranlasst haben, von den an sich gleichwertigen Beweismitteln dem einen einen höheren Beweiswert zuzubilligen als dem anderen (vgl aus der ständigen hg. Judikatur etwa das Erkenntnis vom 8. April 2014, Zl. 2012/05/0004, mwN).

Diesem Erfordernis ist das Verwaltungsgericht im gegebenen Zusammenhang aber insofern nicht nachgekommen, weil es sich mit den fachlichen Stellungnahmen, Fragen, Feststellungen und Privatsachverständigengutachten der Rw. in Wahrheit inhaltlich beweiswürdigend mit keinem Wort auseinander gesetzt, sondern seine Beweiswürdigung lediglich auf das gerichtlich bestellte - den Standpunkt der Mitbeteiligten Parteien stützende - Gerichtsgutachten gestützt hat.



Nach formelhafter Darlegung der aus Sicht des Gerichtes einwandfreien Ermittlung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts durch die jeweiligen Sachverständigen behauptet das Gericht, die Sachverständigen des BVwG hätten sich mit sämtlichen erstatteten Beschwerdepunkten bzw. den damit in Zusammenhang stehenden Gutachten in schlüssiger und nachvollziehbarer Weise auseinandergesetzt. Die Sachverständigen hätten das erstattete Vorbringen entkräftet. Die Sachverständigen hätten darlegen können, dass das Beschwerdevorbringen insgesamt nicht geeignet war, die Umweltverträglichkeit des Projektes in Zweifel zu ziehen.

Diese Behauptung ist grob aktenwidrig und falsch.

Im Akt findet sich keine einzige Auseinandersetzung eines gerichtlich bestellten Sachverständigen mit dem Beschwerdevorbringen der rw Parteien, mit dem das Vorliegen von Versagungsgründen durch Vorlage von Fachgutachten nachgewiesen wurde.

Vielmehr ist dem Erk auf Seite 467 zu entnehmen, dass Privatgutachten zum Themenkreis Wildökologie offenbar gar nicht mehr dem gerichtlich bestellten SV zur Äußerung vorgelegt wurden, weil das VwG davon aus, dass die Vorbringen lediglich wiederholend seien und schon im behördlichen Verfahren ins Treffen geführt worden seien und daher nicht geeignet seien, eine anderslautende Beurteilung des Sachverhaltes zu begründen.

Dass Vorbringen aus dem erstinstanzlichen Verfahren im Beschwerdeverfahren wiederholt werden ergibt sich aus dem Wesen des Beschwerdeverfahrens die Argumente noch einmal zu überprüfen.

Dass sich das Gericht aber anmaßt, darüber zu entscheiden, ob ein fachliches Vorbringen schon einmal erstattet wurde oder nicht, noch dazu in derart komplizierten Sachverhalten die nur von spezialisierten Sachverständigen beantwortet werden können, wohingegen der zuständige Senat über diesen Sachverstand - ohne Vorwurf - selbst nicht verfügte, und daran die Entscheidung knüpft ein Privatgutachten dem gerichtlichen SV nicht vorzulegen, ist rechtswidrig.



Die Rw hat im Verfahren dem BVwG ein ornithologisches Gutachten zur Bewertung des Tötungsrisikos an den Stromleitungen vorgelegt. Unter Berücksichtigung von Parametern, die zum größten Teil auch die Ausführungen des SV Wildökologie einbinden, wurden von Werner im Fachgutachten „Bewertung des Tötungsrisikos ausgewählter Vogelarten an der geplanten 380 kV-Salzburgleitung unter Anwendung des Methodenstandards nach Bernotat & Dierschke (2016)“ (Werner 10.8.2017 vorgelegt mit der Stn der Bf 22.8.2017) die einzelnen Parameter abgearbeitet und folgende begründete Schlussfolgerung gezogen:

Fazit:

Die 380 kV-Salzburgleitung betrifft

- Arten mit einem sehr hohen Anflugrisiko: Schwarzstorch und Auerhuhn,
- Arten mit einem hohen Anflugrisiko: Birkhuhn, Wanderfalke und Uhu,
- und sehr hohem (Schwarzstorch) und hohem Mortalitäts-Gefährdungsindex (Auerhuhn, Birkhuhn, Wanderfalke, Uhu),

Die Arten Schwarzstorch, Auerhuhn, Wanderfalke, Uhu besitzen

- im Bereich des Vorhabens Brut- und Fortpflanzungsstätten und es gibt nur
- gering wirksame Minderungsmaßnahmen, die das Tötungsrisiko nicht ausreichend herabmindern können.

Aufgrund der Situierung der geplanten Leitung in zentralen, teils direkt für die Fortpflanzung genutzten Lebensräumen von Schwarzstorch, Auerhuhn, Wanderfalke und Uhu, der Zerschneidung wesentlicher Flugkorridore und der hohen Konfliktintensität der 380 kV-Salzburgleitung ergibt sich für diese Vogelarten ein extrem hohes konstellationsspezifisches Risiko.



Aufgrund der hohen Konfliktintensität der 380 kV-Salzburgleitung, der Situierung der geplanten Leitung im weiteren Aktionsraum und der Zerschneidung regelmäßig genutzter Flugwege zwischen Brutplätzen und Nahrungshabitat ergibt sich für das Birkhuhn ein hohes konstellationsspezifisches Risiko.

Die vorgesehenen Minderungsmaßnahmen durch das Anbringen von Vogelschutzmarkierungen sind für diese Vogelarten nur von geringer Wirkung und sind nicht geeignet um das signifikant erhöhte Tötungsrisiko bei Schwarzstorch, Auerhuhn, Birkhuhn, Wanderfalke und Uhu zu vermeiden.

Damit ist für Schwarzstorch, Auerhuhn, Birkhuhn, Wanderfalke und Uhu von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko durch Kollisionen an der 380 kV Salzburgleitung auszugehen. Damit ist der artenschutzrechtliche Verbotstatbestand der Tötung erfüllt.

Auf Seite 300 würdigte das BVwG dieses Gutachten wie folgt:

“BF 50 bezweifelt, wie schon im Behördenverfahren die Wirksamkeit dieser Maßnahmen und verweist auf die nach der mündlichen Beschwerdeverhandlung vorgelegte Bewertung des Tötungsrisikos nach der Methode Bernotat & Dierschke 2016.

Damit gelingt es ihm nicht, die schlüssigen Ausführungen des SV Ornithologie zu entkräften (weitere Ausführungen unten).“

Auf Seite 307 wird die Würdigung fortgesetzt und beendet:

“Zur Bewertung des Tötungsrisikos ausgewählter Vogelarten an der geplanten Freileitung unter Anwendung der Methode Bernotat & Dierschke (2016), BF 50, OZ 291, Beilage 2.

Zur Anwendung der RVS in UVP-Verfahren in Österreich siehe Ausführungen unten.



Zusammenfassend sind die gutachterlich plausiblen Ausführungen in allen Punkten nachvollziehbar und schlüssig und auch durch Nachweise in der Fachliteratur belegt. Negative Auswirkungen der Freileitung auf das Schutzgut Vögel infolge signifikanter Erhöhung des Kollisionsrisikos werden vom SV Ornithologie in fachlich fundierter Auseinandersetzung mit dem Vorbringen und ergänzenden Fragen der Beschwerdeführer insgesamt ausgeschlossen. Die Beurteilung ist daher den Feststellungen entsprechend zu Grunde zu legen. Die beschwerdeseitig dazu erhobenen Einwände treten mangels fachlicher Substantiierung dem nicht fundiert entgegen. Eine Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle wird vom SV Ornithologie ausgeschlossen, sodass sich die gutachterliche Bewertung als vollständig objektiviert zeigt und dieser daher entsprechend zu folgen ist."

In Wahrheit ist der Aktenlage eine solche Auseinandersetzung mit dem Gutachten der Rw nicht zu entnehmen. Dieses Gutachten wurde nachweislich **VOR** Eintritt des Schlusses des Ermittlungsverfahrens mit abschließender Stellungnahme vom 28.08.2018 an das Gericht übermittelt. Eine Weiterleitung an den gerichtlichen SV hat nach dem Inhalt des Erk nicht stattgefunden.

Die Begründung des Erk zu diesem Punkt ist daher nicht mehr als eine rechtswidrige Scheinbegründung im Rahmen der krass rechtswidrig erfolgten Beweiswürdigung. Damit ist aber ein tragender Grundsatz des Verfahrensrechts verletzt, wenn in einem Erkenntnis die sich aus dem Gesetz ergebende Begründungspflicht in einem wesentlichen Punkt völlig außer Acht gelassen und damit die Überprüfung durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts verunmöglicht wird. (27.04.2016, Ra 2015/10/0082). Hätte das Gericht nämlich diesen Beweis gewürdigt, hätte es zur Feststellung gelangen müssen, dass der Verbotstatbestand der Tötung durch Vogelkollisionen mit den Stromleitungen verwirklicht würde, weswegen das Vorhaben zu versagen gewesen wäre.



REVISIONSGRÜNDE

Gemäß § 41 VwGG hat der Verwaltungsgerichtshof, soweit nicht Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichtes oder infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften vorliegt (§ 42 Abs. 2 Z 2 und 3), das angefochtene Erkenntnis oder den angefochtenen Beschluss auf Grund des vom Verwaltungsgericht angenommenen Sachverhalts im Rahmen der geltend gemachten Revisionspunkte (§ 28 Abs. 1 Z 4) bzw. der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (§ 28 Abs. 2) zu überprüfen.

1. Vorschreibung der Vorlage eines die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens berührenden Detailprojekts zur Freigabe bei der Behörde nach Rechtskraft der Genehmigung

Nach dem Inhalt des vom BVwG erlassenen Erkenntnis soll die UVP-Genehmigung für das beantragte Vorhaben in Rechtskraft erwachsen. Im Rahmen der Umsetzung dieser Genehmigung nach Rechtskraft hat die Projektwerberin aufgrund von Auflagen insbesondere folgende nachträgliche Projektierungen vorzunehmen:

„236. Vorzugsweise in der Wand in der Hinterkellau oder an einer potentiell für den Wanderfalken geeigneten Felswand entlang des innerhalb der nördlichen Kalkalpen gelegenen Salzachtales werden mindestens ein Jahr vor Beginn des Seilzuges zwei bestehende Felsnischen derart erweitert, damit diese dem Wanderfalken als Brutnische zusätzlich zur Verfügung stehen. Folgende Voraussetzungen müssen erfüllt sein:

- die Anlage der Nischen erfolgt in einem senkrechten Teil der Wand und in einem Bereich, in dem bereits eine kleine Nische vorhanden ist;*
- die Nischen sind so anzulegen, dass sie einen Schutz vor Witterungseinflüssen wie Schnee und Dauerregen bieten;*
- sie müssen groß genug sein, damit die Jungvögel Platz für das Schwingentraining haben.*



Für diese Maßnahme ist im Vorfeld ein Detailkonzept auszuarbeiten und mit der Behörde abzustimmen. Zur Dokumentation der Wirksamkeit der Maßnahme sind diese Nischen bis 10 Jahre nach Inbetriebnahme der 380 kV-Leitung jährlich im Frühjahr auf die Anwesenheit von Wanderfalken zu kontrollieren. Die Ergebnisse der Kontrollen sind der Behörde jährlich schriftlich zu übermitteln.“

In dieser Auflage wird auf das Wesentliche zusammengefasst die Erarbeitung und Vorlage eines Detailkonzeptes vorgeschrieben

- zur Erweiterung von zwei bestehenden Felsnischen
- vorzugsweise in der Wand in der Hinterkellau

Anmerkung: also dort wo eine Felsnische als Fortpflanzungs- und Ruhestätte durch den Leitungsbau verloren geht

- oder an einer potentiell für den Wanderfalken geeigneten Felswand entlang des innerhalb der nördlichen Kalkalpen gelegenen Salzachtales

Anmerkung: mehr als 40 km Längsausdehnung, eine genaue Verortung dafür fehlt

- diese Erweiterung muss mindestens ein Jahr vor Seilzug erfolgen

Dieses vorgeschriebene Detailkonzept ist mit der zuständigen Behörde abzustimmen, was bedeutet, dass die Behörde dem Konzept zustimmen und dieses freigeben muss.

Diese Maßnahme steht im Zusammenhang mit der Verwirklichung der Verbotstatbestände der absichtlichen Störung dieser Arten, insbesondere während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeit, und der absichtlichen Zerstörung, Beschädigung oder Entfernung der Fortpflanzungs-, Nist- oder Ruhestätten.



Zur Auslegung des Begriffes "Absicht" wird auf die einschlägige EuGH-Rsp zur Auslegung als "bedingter Vorsatz" verwiesen (Rs C-103/00; EU-Kommission Leitfaden Artenschutz 2007).

Im Verfahren war es fachlich strittig, ob eine funktionelle Beschädigung der Felsnische oder eine Störung des Brutpaares vorliegt. Auch divergierten die Angaben, ob die Leitungsseile nun 20m oder 70m an der Felsnische vorbeiführen. Tatsächlich sind unabhängig davon beide Verbotstatbestände wesentlich, da es jeweils um die Funktion des Nistplatzes zur Fortpflanzung und auch um die Minderung des Fortpflanzungserfolges des betroffenen Wanderfalkenpaares und die Verringerung des Verbreitungsgebietes der Wanderfalken, jeweils im Sinne der Definition des Leitfadens der EU-Kommission vom Februar 2007 zum strengen Schutzsystem für Tierarten, geht.

Aus diesem Grund hat das BVwG daher auch im nunmehr angefochtenen Erkenntnis die Auflage 236. neu gefasst und festgestellt, dass mit dieser funktionserhaltenden Maßnahme die Verwirklichung des Verbotstatbestands vermieden werden kann.

Lässt man zunächst außer Betracht, ob solche Umgehungen des Ausnahmeverfahrens nach Art 16 FFH-RL und Art 9 VS-RL (§ 34 NSchG und § 104b JagdG) überhaupt unionsrechtlich zulässig sind (siehe Punkt II.4. der Revision), so müssen nach dem Leitfaden der EU-Kommission (2007) zum Verbotstatbestand der Zerstörung, Beschädigung oder Entfernung der Fortpflanzungs-, Nist- oder Ruhestätten vorgezogene funktionserhaltenden Maßnahmen (CEF-Maßnahmen) folgende Voraussetzungen erfüllen:

(73) Was sind „Maßnahmen zur Sicherung der kontinuierlichen ökologischen Funktionalität von Fortpflanzungs- und Ruhestätten“ (im Folgenden: „funktionserhaltende Maßnahmen“)?

(74) Zunächst müssen sie den Charakter von schadensbegrenzenden Maßnahmen haben, d. h. durch eine Reihe von vorbeugenden Maßnahmen auf eine Minimierung, wenn nicht gar die Beseitigung der negativen Auswirkungen einer Tätigkeit abzielen. Sie können jedoch noch weiter gehen und Maßnahmen einbeziehen, die aktiv zur Verbesserung oder zum Management einer bestimmten Fortpflanzungs-/Ruhestätte beitragen, so dass es zu



keinem Zeitpunkt zu einer Reduzierung oder einem Verlust der ökologischen Funktionalität dieser Stätte kommt. Diese Maßnahmen können z. B. die **Erweiterung der Stätte** oder die **Schaffung neuer Habitate** innerhalb oder in direkter **funktionaler Verbindung zu einer Fortpflanzungs- oder Ruhestätte** umfassen, wodurch der potenzielle Verlust von Teilen oder Funktionen der Stätte ausgeglichen werden soll. **Die ökologische Funktion dieser Maßnahmen für die betreffenden Arten müsste selbstverständlich eindeutig nachgewiesen werden.**

(75) Funktionserhaltende Maßnahmen sind eine Möglichkeit, wenn eine Aktivität **Teile** einer Fortpflanzungs- oder Ruhestätte beeinträchtigen kann. Hat eine Fortpflanzungs- oder Ruhestätte nach Durchführung dieser Maßnahmen **mindestens die gleiche (oder eine größere) Ausdehnung** und eine **gleiche (oder bessere) Qualität** für die zu schützende Art, so liegt keine Beeinträchtigung der Funktion, Qualität oder Integrität der betreffenden Stätte vor und die **Aktivität kann durchgeführt werden, ohne dass eine Ausnahme nach Artikel 16 erforderlich ist. Entscheidend ist, dass die kontinuierliche ökologische Funktionalität der Stätte bewahrt oder verbessert wird.** Daher ist die **Überwachung** der funktionserhaltenden Maßnahmen wichtig. Ein diesbezüglich interessanter Ansatz findet sich in einer niederländischen Publikation mit dem Titel „Effective protection of Annex IV species of the EU Habitats Directive: The landscape approach“⁸¹.

(76) Gemäß dem Vorsorgeprinzip erfüllen Maßnahmen, die die kontinuierliche ökologische Funktionalität einer Stätte nicht gewährleisten, nicht die Anforderungen von Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe d). **Die Maßnahmen müssen mit großer Sicherheit ausreichen, um Beschädigungen oder Zerstörungen zu vermeiden.** Die Beurteilung der Erfolgsaussichten muss sich auf objektive Informationen stützen und den Besonderheiten und spezifischen Umweltbedingungen der betreffenden Stätte Rechnung tragen. Darüber hinaus ist bei der Durchführung von funktionserhaltenden Maßnahmen der Erhaltungszustand der betreffenden Art zu berücksichtigen. So muss beispielsweise bei seltenen Arten mit einem ungünstigen Erhaltungszustand die Sicherheit, dass die Maßnahmen ihren Zweck erfüllen werden, größer sein als bei verbreiteten Arten mit einem günstigen Erhaltungszustand.



CEF-Maßnahmen wären also nur dann statthaft und würden eine Ausnahmegewilligung von vornherein erübrigen, wenn es **zu keinem Zeitpunkt** zu einer **Reduzierung** oder einem **Verlust der ökologischen Funktionalität** der Fortpflanzungs- und Ruhestätten (gleiche oder größere Ausdehnung und gleiche oder bessere Qualität) kommt. Die Wirksamkeit und Funktionalität der CEF-Maßnahmen müssen aber **jedenfalls bereits vor Setzung von Projekten oder Aktivitäten eindeutig nachgewiesen** werden.

CEF-Maßnahmen zur Erhaltung der ökologischen Funktion im Sinne des VwGH (2011/07/0190) müssen daher folgende Voraussetzungen erfüllen:

- artspezifischer räumlicher Zusammenhang
- mindestens die gleiche (oder eine größere) Ausdehnung
- eine gleiche (oder bessere) Qualität (noch unbesetzte Lebensräume!)
- Nachgewiesene Wirksamkeit der jeweiligen Maßnahmenart bereits vor Projektierung und Umsetzung
- Nachweis der zeitlich ununterbrochenen Funktionalität der Stätte
- Überwachung der Maßnahmen

Zum Nachweis der Wirksamkeit der vorgeschriebenen Maßnahme weist das BVwG auf die eigene Rsp BVwG 21.05.2015, W102 2009137-1, Semmering Basistunnel Neu, hin und führt aus:

“Unabhängig davon, ist bei Erfolgswahrscheinlichkeit einer Maßnahme nur eine ex ante-Beurteilung maßgeblich, nicht aber der tatsächliche Erfolgseintritt, da Prognosen nie mit endgültiger Sicherheit ausgestattet sind.”



Dem zitierten Erkenntnis ist ein solcher Inhalt allerdings nicht zu entnehmen. Weitere Nachforschungen brachten das Erk des BVwG vom 21.08.2017, W143 2017269-2, zum Vorschein, in welchem offensichtlich falsch verwiesen wurde.

Dieses Zitat steht in jedem Falle den strengen Regelungen des unionsrechtlichen Artenschutzes entgegen. Bereits das Konzept der CEF-Maßnahmen im Leitfaden der EU-Kommission (2007) ist nicht Bestandteil des unionsrechtlichen Normenkomplexes, sondern nur ein diskursives Konzept zum Umgang mit artenschutzrechtlichen Verboten im Zusammenhang mit Fortpflanzungs-, Nist- und Ruhestätten mit dem Ziel der ohne zeitliche Unterbrechung erfolgenden Aufrechterhaltung der Funktionalität dieser Stätten.

Insofern ist es hinsichtlich des unionsrechtlich gebotenen strengen Schutzes der Arten auch aus Sicht der EU-Kommission geboten diese Bestimmungen mit dem vorgestellten CEF-Konzept nicht zu verletzen: insofern müssen daher nach Forderung der Kommission CEF-Maßnahmen - nachweislich und gesichert - die Funktionen der betroffenen Fortpflanzungs-, Nist- und Ruhestätten ohne zeitliche Unterbrechung weiterhin erfüllen. Andernfalls wäre zwingend von der Verwirklichung des Verbotstatbestands auszugehen.

Wenn also eine CEF-Maßnahme bereits von ihrer Art und Ausgestaltung her nicht gesichert wirksam ist, dann darf eine solche Maßnahme nicht als Ausnahme vom Verbot missbraucht werden.

Wenn eine solche Maßnahme auch nicht zeitlich und örtlich für die betroffenen Individuen wirksam werden kann, dann darf eine solche Maßnahme nicht als Ausnahme vom Verbot missbraucht werden.

Auf die weiteren Voraussetzungen für eine CEF-Maßnahme wird hier ebenfalls verwiesen, ohne die eine solche Maßnahme nicht akzeptiert werden darf.

Die vom BVwG angeführte Rechtsprechung zur niemals sicheren ex-ante Prognose ist daher im Widerspruch zum Unionsrecht unangewendet zu lassen. Entweder es gibt eine sichere Methode, oder es benötigt ein Ausnahmeverfahren gemäß Art 16 FFH-RL bzw Art 9 VS-RL.



Im ggst Fall liegt weder eine sichere Methode, noch der geforderte örtliche und zeitliche Bezug vor:

Wie die Revisionswerberin bereits in der Stellungnahme vom 22.08.2017 eingewendet hatte, gibt es in der Literatur keinen einzigen dokumentierten Fall, wo wildlebende felsenbrütende Wanderfalken in der Alpinregion bestehende und bisher nicht besetzte, durch Menschenhand erweiterte Brutnischen als Ersatz für den Verlust ihres Brutplatzes angenommen hätten.

Der vom BVwG angezogene Fall in der oben zit Rsp des BVwG zur "A 26 Linzer Autobahn, Knoten Linz/Hummelhof (A 7) – Anschlussstelle Donau Nord", betrifft keinen alpinen Wanderfalken.

Es herrschen dort völlig andere Lebensraumbedingungen und auch der dortige Brutplatz in den Urfahrwänden ist nicht mit den Brutfelsen im Projektgebiet vergleichbar. In der alpinen Region wurde beim Wanderfalken nie eine Wiederansiedlung mit gezüchteten Vögeln durchgeführt, daher ist bei diesen Vögeln auch nie eine Prägung auf künstliche Nischen oder kleinere Felswände erfolgt. Auch handelt es sich bei den alpinen Brutwänden nicht um kleine Felsbereiche, die aus der kleinflächig umgebenden Vegetation herausragen. Weder die Schaffung einer künstlichen Nische noch das Freischneiden einer Felswand können daher neue Brutplätze für die lokalen Wanderfalken-Brutpaare schaffen. Diese in Aufl 294 vorgesehene Maßnahme entspricht somit nicht dem Stand der Wissenschaft und es kann daher auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Maßnahme erfolgreich ist. Erhebungen 2017 und 2018 von WERNER haben ergeben, dass nach wie vor der östliche Wandteil, der von der Leitung direkt überspannt werden soll, genutzt wird. Für die Wahl des Brutplatzes durch ein Brutpaar ist die Felswand mit ihrer Ausdehnung und Qualität ausschlaggebend. Dazu zählt auch die günstige An- und Abflugmöglichkeiten, die im Falle der Felswand Hinterkellau durch die geplante 380 kV-Leitung jedenfalls massiv beeinträchtigt wird. Daran kann auch die Neuschaffung einer künstlichen Nische nichts ändern.



Schlagend ist in diesem Zusammenhang jedenfalls aber der nicht mit Sicherheit vorgeschriebene örtliche Bezug zum betroffenen Wanderfalkenhorst in der Hinterkellau, weil die Auflage 236. die Herstellung einer Felsnische dort nur "Vorzugsweise in der Wand in der Hinterkellau oder an einer potentiell für den Wanderfalken geeigneten Felswand entlang des innerhalb der nördlichen Kalkalpen gelegenen Salzachtales" vorschreibt, aber auch einen anderen Ort innerhalb einer Längenausdehnung von über 40km zulässt. Damit kann die beeinträchtigte Funktionalität des betroffenen Wanderfalkenhorstes aber nicht gesichert kontinuierlich im räumlichen Zusammenhang zum Eingriffsort aufrecht erhalten werden.

Auch in zeitlicher Hinsicht ist fraglich, ob alpine Wanderfalken neu geschaffene Felsnischen rechtzeitig annehmen, die erst ein Jahr vor Seilzug (spätestens) geschaffen werden.

Von dieser Beurteilung der Sicherheit der CEF-Maßnahme hängt aber das rechtliche Schicksal der UVP-Genehmigung ab, weil bei Verwirklichung eines artenschutzrechtlichen Verbotes ein Ausnahmeverfahren nach Art 9 VS-RL bzw §104b JagdG durchgeführt werden müsste. Ein solches Verfahren wäre aber bereits von vornherein zum Scheitern verurteilt, weil insbesondere nach der Vogelschutzrichtlinie und den darauf beruhenden nationalen Bestimmungen (§ 34 NSchG; § 104b JagdG) bei Betroffenheit von Vögeln bzw Federwild (anders als nach der FFH-Richtlinie) der gesetzliche Ausnahmegrund "anderer zwingender bzw überwiegender öffentlicher Interessen" fehlt und eine Ausnahme aus diesem Grund daher gar nicht erteilt werden darf. Andere Gründe sind nicht einschlägig, sodass es im ggst Verfahren keinen zulässigen Ausnahmegrund für Vögel gibt.

Damit schreibt das BVwG mit der Auflage 236. aber keine konkrete Maßnahme, sondern nur einen Auftrag vor, um ein Konzept für eine solche Maßnahme vorzulegen.

Eben diesen Fall hat der VwGH vor Erlassung des angefochtenen Erkenntnisses am 22.11.2018 in Ro 2017/07/0033-8 entschieden.



Auch dort blieb die Frage, wie das Verfahren zur "Freigabe" (welche die hier maßgebliche "Abstimmung" mitbeinhaltet, ansonsten die Abstimmung und insbesondere der besondere Bezug zur "Behörde" nutzlos wäre) des Konzeptes und zu seiner Verbindlichkeit konkret ausgestaltet wird, offen. Das Konzept darf nach Auslegung der Auflage nicht umgesetzt werden, bevor es nicht mit der Behörde "abgestimmt" ist. Die Behörde muss also zustimmen.

Auch dort ging es "um die inhaltliche Gestaltung eines entscheidungsrelevanten Teils eines Bewilligungsbescheides, wobei in einem abgesonderten behördlichen "Freigabeverfahren" ohne erkennbare Mitwirkung von Verfahrensparteien Kompensationsmaßnahmen konkretisiert und letztlich verbindlich vorgeschrieben werden sollen.

173 4.3. Solche maßgeblichen Festlegungen eines Konsenses haben aber nicht in einem nur zwischen dem Konsenswerber und der Behörde zu führenden, dem Bewilligungsverfahren nachgelagerten Verfahren, sondern im Bewilligungsverfahren selbst durch Konkretisierung im Bewilligungsbescheid zu erfolgen; nur so steht den anderen Verfahrensparteien auch die Möglichkeit zur Mitsprache und allenfalls zur Erhebung von Rechtsmitteln einerseits sowie zur Überprüfung der Einhaltung des Konsenses andererseits offen (vgl. zu einem ähnlichen Sachverhalt, in dem für den Fall der Nichteinigung zwischen zwei Verfahrensparteien die ökologische Bauaufsicht zur verbindlichen Festlegung einer Maßnahme im Auflagenweg verpflichtet wurde: VwGH 24.2.2005, 2004/07/0030).

174 Dass es unzulässig ist, eine wasserrechtliche Bewilligung mit einer Beweissicherung zu verknüpfen, deren positives Ergebnis Voraussetzung für die Erteilung der Bewilligung sein soll, hat der Verwaltungsgerichtshof bereits mehrfach zum Ausdruck gebracht (VwGH 23.6.1992, 90/07/0014; 8.4.1997, 95/07/0174, 0178, 0180 und 0184). Auch im vorliegenden Fall bewirkt die Auflage A.XII.11.12 die Auslagerung desjenigen Teils des Ermittlungsverfahrens, dessen positives Ergebnis erst Voraussetzung für die Erteilung der Bewilligung selbst ist, in ein gesondertes Verfahren (vgl. dazu auch VwGH 24.11.2005, 2005/07/0107). Der Umstand, dass es sich im vorliegenden Fall bei der Vorschreibung der Ersatzmaßnahme in Spruchpunkt A.I.4. um eine die Genehmigungsfähigkeit des Projektes erst herstellende Auflage handelt, macht im Übrigen den Unterschied zu den Fällen aus,



die den hg. Erkenntnissen vom 20.12.2016, Ro 2014/03/0035, oder vom 19.12.2013, 2011/03/0160, zu Grunde lagen, und die sich mit Auflagen im Zusammenhang mit dem Monitoring des Vorhabens im Zuge der Projektumsetzung befassten.

175 4.4. Die vom BVwG im Zusammenhang mit dieser Ersatzmaßnahme gewählte Vorgangsweise widerspricht daher der Rechtsprechung und führt zur inhaltlichen Rechtswidrigkeit der vorgeschriebenen Auflage."

Gleiches gilt zu diesem Punkt im ggst Verfahren.

Auch im ggst Verfahren hängt die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens nicht nur von der Erfüllung der Auflage 236. ab. Die Auflage 236. selbst ist so formuliert, dass sie eine Genehmigungsfähigkeit - also eine Ausnahme vom Verbotstatbestand - gar nicht begründen kann. Dass der Verbotstatbestand aber erfüllt wäre, würde die Auflage 236. nicht umgesetzt, hat das BVwG in seiner rechtlichen Beurteilung auf Seite 525 unmissverständlich zum Ausdruck gebracht. Sohin führt auch im ggst Verfahren die vorgeschriebene Auflage 236. zur inhaltlichen Rechtswidrigkeit.

Ergänzend dazu werden aber auch die Bedenken des VwGH im Vergleichsfall dahingehend geteilt, dass mit Vorschreibung der Auflage 236. zusätzlich Ungewissheit darüber herrscht, wo die Maßnahme gesetzt und ob und wann die Genehmigung für das gesamte Projekt ihre Rechtswirksamkeit erlangt. Die Unbestimmtheit der Auflage führt daher auch unter diesem Gesichtspunkt zur Rechtswidrigkeit des Erkenntnisses.

Gleichzeitig besteht aber auch Rechtswidrigkeit in Umgehung der Stellung der Revisionswerberin als Partei des Verfahrens, weil ihr durch die Auflage 236. eine Teilnahme, Mitsprache und Rechtsmittelmöglichkeit zu unionsrechtlichen Sachverhalten entzogen wird.



II. Rechtswidrig vereinheitlichte rechtliche Prämissen und pauschal erfolgte Beurteilung zur Frage der Verwirklichung von artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen

1. Gerichtliche Pauschalbeurteilungen der Verbotstatbestände

Das BVwG nimmt im bekämpften Erk in seiner rechtlichen Beurteilung der auf Art 12 FFH-Richtlinie und Art 5 Vogelschutz-Richtlinie basierenden innerstaatlich (tlw abweichend) umgesetzten artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände an verschiedenen Stellen Bezug auf den aus Sicht des Gerichts rechtlich relevanten Inhalt dieser Tatbestände:

- In 2.5.12.1.B. (S 513ff) zu den FFH-richtliniengeschützten Tieren (ausgenommen Fledermäuse) unter Bezugnahme auf die §§29-34 SNSchG
- In 2.5.12.2. (S 518ff) zu den FFH-richtliniengeschützten Fledermäusen und den VS-richtliniengeschützten Vögeln unter Bezugnahme auf die §§29-34 SNSchG
- In 2.5.13. (S 546ff) zu den VS-richtliniengeschützten Vögeln (Federwild: insb Auerhühner, Birkhühner, Wanderfalke) unter Bezugnahme teilweise auf die §§29-34 SNSchG und teilweise auf §103 JagdG

Das BVwG geht darin pauschal bei allen Tieren und Vögeln (NSchG) sowie beim Federwild (JagdG) und ebenso pauschal bei allen drei Verbotstatbeständen

1. jede absichtliche Tötung von Tieren dieser Arten;
2. jede absichtliche Störung der Arten;
3. jede (nur bei Vögeln absichtliche) Zerstörung/Beschädigung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten bzw Niststätten



davon aus, dass - abgesehen von weiteren spezifischen Voraussetzungen je Verbotstatbestand - alle drei Verbotstatbestände in einheitlicher Beurteilung nur dann als verwirklicht gelten,

- wenn sich beim Verbotstatbestand der **Tötung** das **Tötungsrisiko** für Einzelexemplare durch das Vorhaben signifikant erhöhe gegenüber *“dem stets gegebenen Risiko, dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens”* (Opfer durch Fressfeinde, Lebensdauer und Altersschwäche, Krankheiten, Witterungsbedingungen, Nahrungsmangel im Winter, etc) (514f; 521f; 556f) werden
 - bei der **Tötung** müsse sich nach Ansicht des Gerichts die signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos auch zusätzlich *“spürbar auf die vorhandene Population auswirken”*. Die Zahl der potenziellen Opfer müsse dabei eine Größe überschreiten, die mit Rücksicht auf die Zahl der Individuen, die ohnehin regelmäßig dem allgemeinen Naturgeschehen zum Opfer fallen, als nennenswert bezeichnet werden könne. Die Schwelle des allgemeinen Lebensrisikos müsse somit überschritten werden.
- wenn bei der **Tötung** von Vögeln das **Tötungsrisiko** kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren über den Bereich hinausgeht, *“der mit einem Infrastrukturvorhaben im Naturraum immer verbunden ist”* (522)
- wenn auch bei der **Störung** eine **“signifikante Anzahl von Exemplaren”** betroffen ist, sodass der Erhaltungszustand beeinträchtigt werden kann. (517; 523)
- wenn bei **allen drei Verbotstatbeständen** nicht nur Einzelexemplare betroffen sind, sondern die ganze **“Art”** bzw die **“vorhandene Population”** bzw die **“Gesamtpopulation”** in ihrem **Erhaltungszustand** beeinträchtigt würde (S 514f; 520ff; 522; 555;)
 - bei der **Tötung** sei nach einer jüngst ergangenen Entscheidung des VwGH der Tatbestand der absichtlichen Tötung daher im Hinblick auf den Erhaltungszustand gesamtpopulationsbezogen und nicht individuenbezogen



zu beurteilen (vgl. VwGH 10.08.2018, Ra 2018/03/0066 bis 0068-9). (515; 522; 555; 556)

- bei der **Störung** müsse es sich *“um die Störung einer signifikanten Anzahl von Exemplaren handeln... sodass der Erhaltungszustand beeinträchtigt werden kann”* (517, 523f)
- bei der **Zerstörung/Beschädigung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten bzw Niststätten von Vögeln** komme es ebenfalls auf den Erhaltungszustand an: *“Je ungünstiger der Erhaltungszustand und Status einer Art, desto eher muss eine Beeinträchtigung als Verbotverletzung eingestuft werden.”* Es müsse *“eine relevante Entwicklung auf den Erhaltungszustand oder den Entwicklungsstand der lokalen Population einer geschützten Art erfüllt sein, damit ein artenschutzrechtlicher Verbotstatbestand verwirklicht ist.”* (524; 558; 560)
- wobei ein **ungünstiger Erhaltungszustand** einer Art auch dann nicht einer (UVP-)Genehmigung entgegenstünde, wenn *“auch ein ungünstiger Erhaltungszustand der Populationen nicht verschlechtert und die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes nicht behindert”* würde. (519; 552;)
- In Bezug auf den solcherart zu prüfenden Zielzustand des Erhaltungszustands einer Art sei dieser Prüfung der Zustand zu Grunde zu legen, der nach Umsetzung der Maßnahmen und der übrigen Auflagen (**Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen**) eintrete (vgl. VwGH 18.12.2012, 2011/07/0190; VwGH 24.07.2014, 2013/07/0215). *“Aus der naturschutzfachlichen Beurteilung der Gutachter ergibt sich sohin zusammenfassend, dass unter Berücksichtigung sämtlicher Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen bei Umsetzung des Projektes für sämtliche vom projektierten Vorhaben betroffenen Gebiet vorkommenden Tierarten der Eintritt des Verbotstatbestandes der Tötung, Störung oder Beschädigung von Ruhe- und Brutstätten ausgeschlossen werden kann.”*



(515 Tötung; 516f F+R; 517 Störung; 518f allg; 521f Tötung; 523 Störung; 525 F+R; 552ff allg. und 554 abschließend für alle Verbotstatbestände; 557 Tötung; 559ff F+R; 565 Störung)

- Bei Berücksichtigung all dieser Faktoren (keine signifikant erhöhte Gefährdung einzelner Tierindividuen und keine Gefährdung der jeweiligen Art aufgrund von Berücksichtigung von Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen) könne bei allen drei Verbotstatbeständen ein **billigendes Inkaufnehmen ("Absicht")** der Tatbestandsverwirklichung vor dem Hintergrund der umfassenden Sicherungsmaßnahmen nicht angenommen werden. (S 514; 518; 522; 557)

Diese Pauschalbeurteilung aller drei Verbotstatbestände ist rechtswidrig. Diese fehlerhafte Pauschalbeurteilung ist einerseits zurückzuführen

- auf die von den gerichtlichen Sachverständigen (SV-BVwG) verwendeten Beurteilungsgrundlagen der RVS 04.03.15 Artenschutz an Verkehrswegen, welche für die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände richtlinienwidrige Beurteilungsmaßstäbe vorgeben (Prozentuelle Schwellenwerte für Flächenverluste und Bestandsverluste, Populationsbezug, Erhaltungszustand, etc) und von den Sachverständigen auch für die Beurteilung des Vorliegens von Verbotstatbeständen in ihren gerichtlichen Gutachten für die entscheidungswesentlichen Aussagen herangezogen wurde. Besonders hervorzuheben ist dabei das gerichtliche BVwG-Gutachten vom 19.06.2017 "Fachgebiete Naturschutz/Fauna und Flora/Biotope/Ökosysteme/Landschaft", welches auch die Ornithologie (ohne Federwild) beinhaltet. Dieses Gutachten beurteilt die Verwirklichung aller Verbotstatbestände unter Heranziehung der rechtswidrigen Prämissen aus der RVS 04.03.15 und stellt die Entscheidungsgrundlage des BVwG dar, welches die Argumentation bloß übernommen hat.
- auf die Heranziehung von Rechtsprechung zum deutschen Bundesnaturschutzgesetz zum signifikant erhöhten Tötungsrisiko (Individuenschutz) mit dort nicht enthaltener



und damit vom BVwG vorgenommener rechtsabweichender Auslegung hinsichtlich eines mit dem erhöhten Tötungsrisiko verbundenen Populationsschutzes und einem Zusammenhang mit dem Erhaltungszustand der betroffenen Arten

- auf die Heranziehung eines Erk des BVwG, welches selbst wegen Rechtswidrigkeit im Artenschutz derzeit beim VwGH bekämpft wird (BVwG 04.04.2018, W225 2014492-1)
- auf eine rechtswidrige Missinterpretation eines Beschlusses des VwGH über die Nichtzuerkennung einer aufschiebenden Wirkung betreffend das artenschutzrechtlich Tötungsverbot (VwGH 10.08.2018, Ra 2018/03/0066)

Diese fehlerhafte Pauschalbeurteilung ist andererseits auch auf eine völlige Verkennung der Rechtslage zurückzuführen.

2. Rechtsgrundlagen EU-Recht / Naturschutzrecht / Jagdrecht / Strafrecht

2.1. Vorgaben im EU-Recht

Im Folgenden werden zunächst die rechtlichen Grundlagen der artenschutzrechtlichen Verbote im EU-Recht angeführt.

A. Artenschutzrechtliche Verbote nach FFH-Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen



Artikel 12

(1) Die Mitgliedstaaten treffen die notwendigen Maßnahmen, um ein strenges Schutzsystem für die in Anhang IV Buchstabe a) genannten Tierarten in deren natürlichen Verbreitungsgebieten einzuführen; dieses verbietet:

a) alle absichtlichen Formen des Fangs oder der Tötung von aus der Natur entnommenen Exemplaren dieser Arten;

b) jede absichtliche Störung dieser Arten, insbesondere während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten;

c) jede absichtliche Zerstörung oder Entnahme von Eiern aus der Natur;

d) jede Beschädigung oder Vernichtung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten.

(2) Für diese Arten verbieten die Mitgliedstaaten Besitz, Transport, Handel oder Austausch und Angebot zum Verkauf oder Austausch von aus der Natur entnommenen Exemplaren; vor Beginn der Anwendbarkeit dieser Richtlinie rechtmäßig entnommene Exemplare sind hiervon ausgenommen.

(3) Die Verbote nach Absatz 1 Buchstaben a) und b) sowie nach Absatz 2 gelten für alle Lebensstadien der Tiere im Sinne dieses Artikels.

(4) Die Mitgliedstaaten führen ein System zur fortlaufenden Überwachung des unbeabsichtigten Fangs oder Tötens der in Anhang IV Buchstabe a) genannten Tierarten ein. Anhand der gesammelten Informationen leiten die Mitgliedstaaten diejenigen weiteren Untersuchungen oder Erhaltungsmaßnahmen ein, die erforderlich sind, um sicherzustellen, daß der unbeabsichtigte Fang oder das unbeabsichtigte Töten keine signifikanten negativen Auswirkungen auf die betreffenden Arten haben.



Zielsetzung der FFH-Richtlinie ist gemäß Artikel 2 Absatz 2 einen günstigen Erhaltungszustand der natürlichen Lebensräume und wildlebenden Tier- und Pflanzenarten von gemeinschaftlichem Interesse zu bewahren oder wiederherzustellen.

B. Artenschutzrechtliche Verbote nach Vogelschutz-Richtlinie 2009/147/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten

Artikel 5

Unbeschadet der Artikel 7 und 9 erlassen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zur Schaffung einer allgemeinen Regelung zum Schutz aller unter Artikel 1 fallenden Vogelarten, insbesondere das Verbot

- a) des absichtlichen Tötens oder Fangens, ungeachtet der angewandten Methode;
- b) der absichtlichen Zerstörung oder Beschädigung von Nestern und Eiern und der Entfernung von Nestern;
- c) des Sammelns der Eier in der Natur und des Besitzes dieser Eier, auch in leerem Zustand;
- d) ihres absichtlichen Störens, insbesondere während der Brut und Aufzuchtzeit, sofern sich diese Störung auf die Zielsetzung dieser Richtlinie erheblich auswirkt;
- e) des Haltens von Vögeln der Arten, die nicht bejagt oder gefangen werden dürfen.

Ziel der VS-RL ist gemäß Art 1 und 2 die Erhaltung sämtlicher wildlebenden heimischen Vogelarten und das Treffen von erforderlichen Maßnahmen, um die Bestände aller unter Artikel 1 fallenden Vogelarten auf einem Stand zu halten oder auf einen Stand zu bringen,



der insbesondere den ökologischen, wissenschaftlichen und kulturellen Erfordernissen entspricht, wobei den wirtschaftlichen und freizeitbedingten Erfordernissen Rechnung getragen wird.

2.2. Präzisierung des EU-Rechts durch die Rsp des EuGH

Sowohl in der FFH-Richtlinie als auch in der VS-Richtlinie fehlt in den rechtlichen Vorgaben zu den Verbotstatbeständen ein ausdrücklicher Populationsbezug und damit im Zusammenhang ein Bezug zum Erhaltungszustand der betroffenen Arten.

Daneben fehlt aber auch jeglicher konkreter Hinweis in der Rsp des EuGH, dass auch nur einer der Verbotstatbestände sowohl in der FFH-RL als auch in der VS-RL einen Bezug zur Population der betroffenen Arten einerseits und zu ihrem Erhaltungszustand andererseits zwingend aufweisen muss.

Beispielsweise reichte in C-103/00 (*Caretta caretta*) der Hinweis auf das Befahren des Strandes mit Mopeds und das Vorhandensein von Tretbooten im Wasser für die Feststellung einer Störung.

In C-504/14 (Dünen von Kyparissia - *Caretta caretta*) wies der EuGH sogar den Einwand Griechenlands, die Population der Meeresschildkröte *Caretta caretta* nehme stabil zu und es bestehe nicht die Gefahr, dass sich ihr natürliches Verbreitungsgebiet verringere, weshalb kein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 Buchst. b und d der Richtlinie 92/43 gerügt werden könne, ausdrücklich zurück (Rn 147).

Zu dem behaupteten Verstoß gegen das Verbot der Störung der geschützten Arten nach Art. 12 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 92/43 hat der EuGH festgehalten, dass die Verstöße gegen Art. 6 Abs. 2 dieser Richtlinie, wie sie in Rn. 114 des vorliegenden Urteils festgestellt



worden sind, allesamt verbotene Störungen der Meeresschildkröte *Caretta caretta* darstellen. (Rn 157).

Aber auch zur Vogelschutz-Richtlinie hat der EuGH einen Populationsbezug sogar ausdrücklich verneint. In der Rs C-441/17 hat der EuGH zum vierten Klagegrund "Verstoß gegen Art. 5 Buchst. b und d der Vogelschutzrichtlinie" folgendes festgestellt:

262 Als Zweites ist zu dem Vorbringen der Republik Polen, die Populationen der betreffenden Vögel seien stabil geblieben, ja hätten sogar zugenommen, festzustellen, dass der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass dies nichts daran ändert, dass Art. 4 Abs. 4 der Vogelschutzrichtlinie verletzt ist, nach dem die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet sind, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Beeinträchtigung der Lebensräume sowie die Belästigung der Vögel zu vermeiden. Die Schutzpflichten bestehen nämlich schon, bevor eine Abnahme der Vogelzahl festgestellt worden ist oder bevor sich die Gefahr des Aussterbens einer geschützten Vogelart konkretisiert hat (Urteile vom 14. Januar 2016, Kommission/Bulgarien, C-141/14, EU:C:2016:8, Rn. 76, und vom 24. November 2016, Kommission/Spanien, C-461/14, EU:C:2016:895, Rn. 83).

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

Hinweise in älteren Leitfäden der Europäischen Kommission (insb Leitfaden zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG, endgültige Fassung, Februar 2007), wonach - allerdings auch dort bloß einzig und allein zum Verbotstatbestand der Störung - ein Populationsbezug und damit verbunden



ein Bezug zum Erhaltungszustand der betroffenen Arten hergestellt werden müsse, sind daher inzwischen durch die Rsp des EuGH überholt.

Fazit: Im gesamten EU-Recht gibt es bei der Frage der Verwirklichung von Verbotstatbeständen keine zwingende Verpflichtung einen Bezug zur Population der Arten und ihrem Erhaltungszustand herstellen zu müssen.

2.3. Umsetzung im Salzburger Landesrecht

A. FFH-Richtliniengeschützte Tiere und Pflanzen - § 31 Abs 2 Salzburger Naturschutzgesetz

1. alle absichtlichen Formen der Verfolgung, des Fangs oder der Tötung solcher Tiere, die aus der Natur entnommen werden;

Anmerkung: Die Richtlinie spricht von "Exemplaren dieser Arten", woraus der Individuenbezug stärker hervorgeht

2. jede absichtliche Störung dieser Tiere, insbesondere während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderzeiten, sofern sich diese Störung auf die Erhaltung der Tierarten erheblich auswirkt;

Anmerkung: die erhebliche Auswirkung der Störung auf die Erhaltung der Tierarten ist in Artikel 12 FFH-Richtlinie nicht geregelt. Diese Regelung ist nur in Artikel 6 Abs 2 FFH-Richtlinie enthalten und stellt ab auf die von den MS verpflichtend umzusetzenden Vorbeugungsmaßnahmen in Europaschutzgebieten (zu den verschiedenen Maßnahmen nach Artikel 6 FFH-RL siehe EuGH Rs C-323/17 vom



12.04.2018). Unter Hinweis auf die oben angeführte Rsp des EuGH ist der letzte Halbsatz dieser Bestimmung daher unangewendet zu lassen, weshalb kein Bezug zu einer Population und zum Erhaltungszustand der Arten hergestellt werden darf.

3. jede absichtliche Zerstörung oder Entnahme von Eiern aus der Natur;
4. jede Beschädigung oder Vernichtung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten solcher Tiere;
5. den Besitz, den entgeltlichen oder unentgeltlichen Erwerb, die Verwahrung, Übertragung, Beförderung oder Feilbietung solcher Tiere; das Verbot des Erwerbens, Verwahrens, Übertragens, Beförderns und Feilbietens bezieht sich auch auf jedes aus dem Tier gewonnene Produkt und jede andere Ware, die aufgrund eines Begleitdokuments, der Verpackung, eines Zeichens, eines Etiketts oder eines anderen Sachverhalts als Teil oder Derivat des Tieres identifiziert werden kann.

Fazit: Auch nach den Bestimmungen des Salzburger Naturschutzgesetzes für Tiere darf kein Bezug zu Populationen und zum Erhaltungszustand der Arten im Zusammenhang mit der Beurteilung der Verwirklichung von Verbotstatbeständen hergestellt werden.

B1. VS-Richtliniengeschützte Vögel - § 31 Abs 3 Salzburger Naturschutzgesetz

1. alle absichtlichen Formen der Verfolgung, des Fangs oder der Tötung solcher Tiere;
2. die absichtliche Zerstörung oder Beschädigung von Niststätten und Eiern und die Entfernung von Niststätten;
3. das Sammeln der Eier in der Natur und den Besitz dieser Eier, auch in leerem Zustand;



4. das absichtliche Stören, insbesondere während der Brut- und Aufzuchszeiten, sofern sich dieses Stören auf die Erhaltung der Vogelarten erheblich auswirkt;

Anmerkung: siehe oben die Klarstellung dazu in EuGH C-441/17 vom 17.04.2018

5. das Halten von Vögeln der Arten, die nicht gejagt oder gefangen werden dürfen;

6. den Verkauf von lebenden und toten Tieren und von deren ohne weiteres erkennbaren Teilen oder von aus diesen Tieren gewonnenen Erzeugnissen, sowie deren Beförderung und das Halten für den Verkauf und das Anbieten zum Verkauf.

Fazit: auch nach den Bestimmungen des Salzburger Naturschutzgesetzes für Vögel darf kein Bezug zu Populationen und zum Erhaltungszustand der Arten im Zusammenhang mit der Beurteilung der Verwirklichung von Verbotstatbeständen hergestellt werden.

B2. VS-Richtliniengeschützte Vögel (Federwild) - § 103 Jagdgesetz

(1) Folgende Wildarten sind in allen Lebensstadien besonders geschützt:

a) Biber, Wolf, Braunbär, Fischotter, Nerz, Wildkatze, Luchs (Anhang IV lit a der FFH-Richtlinie);

b) alle Federwildarten.

(2) Für Wildarten gemäß Abs 1 gelten folgende Schutzbestimmungen:

a) Alle absichtlichen Formen des Fangens oder der Tötung von Tieren, die der Natur entnommen werden, sind verboten.



b) Jede absichtliche Störung dieser Arten, insbesondere während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeit, ist verboten.

Anmerkung: Die jagdrechtlichen Bestimmungen sehen hier zusätzlich zur Richtlinie auch das Verbot der Störung in der Überwinterungszeit vor, was auch mit der Notzeit der Tiere fachlich begründet ist.

c) Jede absichtliche Zerstörung, Beschädigung oder Entfernung der Fortpflanzungs-, Nist- oder Ruhestätten ist verboten.

d) Die Entnahme von Eiern aus der freien Wildbahn und der Besitz von Eiern auch in entleertem Zustand ist verboten.

e) Der Besitz, Transport, Handel oder Austausch sowie das Angebot zum Verkauf von lebenden oder toten Tieren gemäß Abs 1 lit a, die der Natur entnommen wurden, ist verboten. Das Verbot bezieht sich auch auf jedes aus dem Tier gewonnene Produkt und jede andere Ware, die auf Grund eines Begleitdokuments, der Verpackung, eines Zeichens, eines Etiketts oder eines anderen Sachverhalts als Teil oder Derivat des Tieres identifiziert werden kann.

f) Der Verkauf von lebenden oder toten Tieren gemäß Abs 1 lit b, die der Natur entnommen sind, sowie deren Transport und Halten für den Verkauf und das Anbieten zum Verkauf ist verboten; dieses Verbot gilt auch für erkennbare Teile dieser Tiere und für aus diesen Tieren gewonnene Erzeugnisse.

Fazit: auch nach den Bestimmungen des Jagdgesetzes darf kein Bezug zu Populationen und zum Erhaltungszustand der Arten im Zusammenhang mit der Beurteilung der Verwirklichung von Verbotstatbeständen hergestellt werden.



2.4. Europarechtskonform anzuwendende Rechtslage zu den Verbotstatbeständen - Abgrenzung zum Ausnahmeverfahren

Der Sinn hinter dieser oben dargestellten, sich aus dem Europarecht und der Rsp des EuGH ergebenden restriktiven Regelung und klaren Auslegung der Verbotstatbestände ist leicht zu erfassen: Während die Verbotstatbestände der Art 12 FFH-RL und Art 5 VS-RL den status quo der Arten absichern und eine Verschlechterung ihres Zustands verhindern sollen, dürfen Ausnahmegewilligungen von den Verboten und somit eine behördlich genehmigte Beeinträchtigung der geschützten Arten gemäß den Art 16 FFH-RL und Art 9 und 13 VS-RL sowie unter Berücksichtigung des Urteils des EuGH C-342/05 zum finnischen Wolf nur dann erteilt werden,

1. wenn ein gesetzlich festgelegter Ausnahmegrund besteht
2. wenn es es keine andere zufriedenstellende Lösung gibt
3. und wenn die Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem im günstigen Erhaltungszustand verweilen bzw wenn sichergestellt ist, dass sich ein allenfalls bestehender ungünstiger Erhaltungszustand dieser Populationen nicht verschlechtert und die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands nicht behindert wird.

Während also die europarechtlichen Verbotstatbestände zwingend allein die Individuen streng schützen, wird nach den einschlägigen Ausnahmebestimmungen der Richtlinien der Bezug zu einer Population und zum Erhaltungszustand einer Art erst dann hergestellt, wenn die Verbote verwirklicht und bewilligt werden sollen. Dafür bedarf es aber eines gesondert geregelten Verfahrens.



Verbot	Gesetz	<ul style="list-style-type: none"> • Individuenbezug • strikter Schutz
Ausnahmegenehmigung	Behördliches Verfahren	<ul style="list-style-type: none"> • Ausnahmegrund • Alternativenprüfung • Populationsbezug (Erhaltungszustand)

Würde man den Bezug zu einer Population und zum Erhaltungszustand nämlich bereits vor einer Ausnahmeprüfung berücksichtigen, indem man die Verbotstatbestände weit auslegt und ihre Verwirklichung von der Beeinträchtigung der Populationen und ihres Erhaltungszustands abhängig machte, dann würde den Art 16 FFH-RL und Art 9 und 13 VS-RL jeglicher Anwendungsspielraum genommen und die Bestimmungen über eine Ausnahme von den Verboten würden regelmäßig umgangen.

Dies ist auch der Grund, weshalb der Beschwerdeführerin bis heute kein einziger Fall bekannt ist, in welchem nach dem Salzburger Landesrecht eine solche Ausnahmegenehmigung jemals erteilt worden wäre. Dies obwohl die Beschwerdeführerin in allen Natur- und Artenschutzverfahren Parteistellung hat.

In diesem Zusammenhang stellt sich gleichzeitig die Frage, ob durch diese Umgehung der in der Richtlinie und der nationalen Umsetzung verpflichtenden Ausnahmeverfahren nicht auch die betroffene Öffentlichkeit mit ihren Rechten aus der Aarhus-Konvention gehindert wird, von artenschutzrechtlichen Sachverhalten Kenntnis zu erlangen und sich im Verfahren zu beteiligen.

Die Feststellung der Frage, ob Verbotstatbestände verwirklicht werden, bedarf nämlich keines zwingenden behördlichen Verfahrens, sondern wird dies in der Regel zu einem vorhabensbezogenen Antrag im erforderlichen Naturschutzverfahren mitbehandelt.



Auch fehlt zur Umgehung von Ausnahmeverfahren bis dato eine höchstgerichtliche Rechtsprechung des VwGH, der bislang jeweils nur zur Frage der Nichtverwirklichung von Verbotstatbeständen angerufen wurde. De facto wird nämlich das unionsrechtlich vorgesehene Ausnahmeverfahren regelmäßig rechtswidrig umgangen. So auch im ggst Fall.

2.5. Europarechtskonform anzuwendende Rechtslage zu den Verbotstatbeständen und zum Ausnahmeverfahren - Abgrenzung zum StGB

Wenn daher die Verbotstatbestände individuenbezogen zu beurteilen sind und ein Populationsbezug mit Berücksichtigung des Erhaltungszustands der Arten erst im Ausnahmeverfahren zur Anwendung gelangen darf, dann stellt sich zur weiteren Abgrenzung innerhalb der europäischen Regelungen der Verbotstatbestände die Frage, wann nach den Bestimmungen der Umweltstrafrecht-Richtlinie 2008/99/EG vom 19. November 2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt eine gerichtlich strafbare Handlung vorliegt.

Nach Art 3 lit f der Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die folgenden Handlungen unter Strafe gestellt werden, wenn sie rechtswidrig sind und vorsätzlich oder zumindest grob fahrlässig begangen werden:

f) die Tötung, die Zerstörung, der Besitz oder die Entnahme von Exemplaren geschützter, wildlebender Tier- oder Pflanzenarten, mit Ausnahme der Fälle, in denen die Handlung eine unerhebliche Menge dieser Exemplare betrifft und unerhebliche Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der Art hat;

Diese Bestimmung wurde in Österreich in § 181f. StGB umgesetzt und beschränkt sich bei Tieren auf deren Tötung und Besitz:



Vorsätzliche Schädigung des Tier- oder Pflanzenbestandes

§ 181f. (1) Wer Exemplare einer geschützten wildlebenden Tierart entgegen einer Rechtsvorschrift oder einem behördlichen Auftrag tötet, besitzt oder deren Entwicklungsformen zerstört oder aus der Natur entnimmt oder Exemplare einer geschützten wildlebenden Pflanzenart zerstört, besitzt oder aus der Natur entnimmt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen, es sei denn, dass die Handlung eine nur unerhebliche Menge der Exemplare betrifft und auf den Erhaltungszustand der Art nur unerhebliche Auswirkungen hat.

(2) Geschützte wildlebende Tierarten sind die in Anhang IV lit. a) der Richtlinie 92/43/EWG zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen oder des Anhangs I der Richtlinie 2009/147/EG über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten aufgezählten Arten; geschützte wildlebende Pflanzenarten sind die in Anhang IV lit. b) der Richtlinie 92/43/EWG zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen aufgezählten Arten.

Grob fahrlässige Schädigung des Tier- oder Pflanzenbestandes

§ 181g. Wer grob fahrlässig (§ 6 Abs. 3) entgegen einer Rechtsvorschrift oder einem behördlichen Auftrag eine der im § 181f mit Strafe bedrohten Handlungen begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen.

Die Erläuterungen in 1392 der Beilagen XXIV. GP RV halten dazu folgendes fest:

“Nach Art. 3 lit. f der Richtlinie sind Tötung, Zerstörung, Besitz oder Entnahme von Exemplaren geschützter wildlebender Tier- oder Pflanzenarten unter Strafe zu stellen.

Eine Strafbarkeit muss jedoch erst dann vorgesehen werden, wenn die Schädigung erhebliche quantitative bzw. wesentliche Auswirkungen auf die geschützte Art zur Folge hat. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. [...] Die in den einzelnen



Landesgesetzen enthaltenen verwaltungsrechtlichen Vorschriften zum Schutz dieser geschützten Tier- oder Pflanzenarten sollen daher durch die vorgeschlagenen Bestimmungen der §§ 181f bis 181g ergänzt werden, wobei hinsichtlich der Einschränkung darauf verwiesen wird, dass je nach Gefährdungsgrad bereits ein Exemplar eine „erhebliche Menge“ darstellen kann.“

Stellt man nun diese gerichtlich strafbaren Handlungen (insb die Tötung) in Beziehung zum Verbotstatbestand der Tötung, so ergeben sich zwei Vergleichsmerkmale:

1. Der Verbotstatbestand der Tötung verlangt "Absicht", dieser Begriff ist durch den EuGH inzwischen eindeutig geklärt (die Entscheidung des Umweltsenates zu Gössendorf/Kalsdorf, US 8A/2008/15-54 vom 23.12.2008 ist als missglückt anzusehen und war bereits zum Zeitpunkt ihrer Erlassung widerlegt.)

In Rn 71 hält der Gerichtshof zu den Voraussetzungen des Tatbestandsmerkmals der „Absichtlichkeit“ eindeutig klärend und unter vorhergehender Bezugnahme auf C-103/00 (*Caretta caretta*) fest:

„Das Tatbestandsmerkmal der Absichtlichkeit in Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie kann nur verwirklicht sein, wenn nachgewiesen ist, dass der Handelnde den Fang oder die Tötung eines Exemplars einer geschützten Tierart gewollt oder zumindest in Kauf genommen hat.“

In diese Richtung gehen auch die Vorgaben des Leitfadens der Europäischen Kommission, endgültige Fassung vom Februar 2007, zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG. Demnach ist das Tatbestandsmerkmal der Absichtlichkeit in Artikel 12 FFH-Richtlinie nach Auswertung der Judikatur des EuGH wie folgt auszulegen:

„Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a) verbietet alle Formen des absichtlichen Fangens oder des absichtlichen Tötens von aus der Natur entnommenen Exemplaren der in Anhang IV Buchstabe a) genannten Arten. Der Begriff „absichtlich“ ist dabei als



über den „unmittelbaren Vorsatz“ hinausgehend auszulegen. Eine Person, von der erwartet werden kann, dass sie weiß, dass ihre Handlungen höchstwahrscheinlich zu einem Verstoß gegen die Artenschutzbestimmungen führen, diese Handlung jedoch gewollt begeht oder zumindest die Folgen ihres Handelns in Kauf nimmt, begeht einen Verstoß. Eine gute Unterrichtung und Anweisung durch die zuständigen Behörden scheint ein geeignetes Mittel zur Umsetzung dieser Bestimmungen zu sein.“

Es ist daher von der durch EuGH und Kommission vorgenommenen Auslegung des Begriffes „absichtlich“ im Sinne von „wissend und in Kauf nehmend“ auszugehen ist.

Diese Definition deckt sich mit dem Vorsatz des § 5 Abs 1 StGB, welcher für den Tatbestand des § 181f. StGB gefordert ist:

§ 5. (1) Vorsätzlich handelt, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, daß der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet.

2. Nicht deckungsgleich mit dem Verbotstatbestand der Tötung ist hingegen der im StGB geforderte Bezug zu einer nicht unerheblichen Menge an Exemplaren und zu mehr als unerheblichen Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der Art. Hier wird also ein Populationsbezug mit Auswirkungen auf den Erhaltungszustand hergestellt.

Demgegenüber verlangen die Verbotstatbestände einen bloßen Individuenbezug.

Stellt man diese gerichtlich strafbaren Handlungen in Beziehung zum Ausnahmeverfahren von den Verbotstatbeständen, so ergeben sich ebenfalls zwei Vergleichsmerkmale:

1. Im Ausnahmeverfahren kommt es zwar nicht mehr ausdrücklich auf die Absichtlichkeit an, weil ja ein entsprechender Ausnahmeantrag explizit bei der Naturschutzbehörde gestellt werden muss, der ja bereits die Absicht enthält einen Eingriff im Wege einer Bewilligung durchführen zu dürfen.



2. Hinsichtlich des Bezugs zur Population und zum Erhaltungszustand der Art besteht Deckungsgleichheit hinsichtlich der Ermittlung der fraglichen Auswirkungen einer Verwirklichung von Verbotstatbeständen: es geht um die Menge der betroffenen Exemplare und um die Auswirkungen des Eingriffs auf die Population und deren Erhaltungszustand. "Mehr als unerheblich" laut StGB bedeutet im Umkehrschluss "erheblich". Bereits die Erläuterungen lassen aber erkennen, dass je nach Gefährdungsgrad und damit je nach Erhaltungszustand bereits ein Exemplar eine erhebliche Menge darstellen kann. Das impliziert auch eine mögliche erhebliche Auswirkung auf den Erhaltungszustand, je nach Gefährdungsgrad. Den Maßstab zur Beurteilung des Erhaltungszustands bildet wiederum das Europarecht:

Da die FFH-Richtlinie nach Art. 2 Abs. 1 und 2 auf die Erhaltung der Arten im europäischen Gebiet der Mitgliedstaaten abzielt, gilt es, den Erhaltungszustand auf allen maßgeblichen Beurteilungsebenen in den Blick zu nehmen und die Bedeutung der lokalen Population sowie ihres Erhaltungszustands in diesem Rahmen zu beurteilen. Wenn der Erhaltungszustand insgesamt oder regional ungünstig ist, lokal allerdings günstig, dann können selbst lokal neutrale Eingriffe für den Erhaltungszustand nachteilig sein, wenn sie die Stärkung anderer Vorkommen durch den lokalen „Überschuss“ mindern. Ist der Erhaltungszustand im weiteren Umkreis dagegen günstig und die Bedeutung des lokalen Vorkommens gering, so mag eine lokale Beeinträchtigung zulässig sein (SOBOTTA, Artenschutz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in NuR (2007) 29 und in ANL - Laufener Spezialbeiträge 1/09).

Fazit: Die gerichtlich strafbaren Tatbestände der vorsätzlichen und grob fahrlässigen Schädigung des Tier- oder Pflanzenbestandes decken sich hinsichtlich der erforderlichen Beurteilung der Auswirkungen auf die Arten mit den Bestimmungen über das Ausnahmeverfahren aus den artenschutzrechtlichen Verboten, nicht aber mit den Verbotstatbeständen. Der wesentliche Unterschied liegt lediglich darin, dass im



Naturschutzverfahren ein Antrag für eine Ausnahme vorliegt und im gerichtlichen Strafverfahren nicht.

2.6. Was hat das BVwG zum Artenschutz geprüft?

Setzt man die eingangs dargelegte Prüfung des BVwG zu den Verbotstatbeständen unter Berücksichtigung von

- signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos
- signifikante Anzahl an betroffenen Exemplaren
- Bezug zu Art, Population, Gesamtpopulation
- Bezug zum Erhaltungszustand der betroffenen Arten

in Bezug zu den verfügbaren Normen des Europarechts zum Artenschutz, dann ist festzustellen, dass das BVwG im bekämpften Erkenntnis gerade nicht geprüft hat, ob die Verbotstatbestände erfüllt sind oder nicht.

Das BVwG hat auch nicht geprüft, ob die Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung vorliegen, weil einerseits kein darauf gerichteter Antrag, auch nicht implizit, gestellt wurde (die Projektwerberin hat die Verwirklichung von Verbotstatbeständen stets bestritten und versucht zu widerlegen); andererseits wäre ein solcher Antrag bereits von vornherein zum Scheitern verurteilt gewesen, weil insbesondere nach der Vogelschutzrichtlinie und den darauf beruhenden nationalen Bestimmungen (§ 34 NSchG; § 104b JagdG) bei Betroffenheit von Vögeln bzw Federwild (anders als nach der FFH-Richtlinie) der gesetzliche Ausnahmegrund "anderer zwingender bzw überwiegender öffentlicher Interessen" fehlt und eine Ausnahme aus diesem Grund daher gar nicht erteilt werden darf. Es gibt daher im ggst Verfahren keinen zulässigen Ausnahmegrund für Vögel.



Das BVwG hat im bekämpften Erkenntnis daher vielmehr geprüft, ob eine gerichtlich strafbare Handlung bei Umsetzung des Vorhabens im Zusammenhang mit den artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen vorliegt! § 181f. StGB stellt aber keinen Bewilligungstatbestand im UVP-Verfahren dar. Die artenschutzrechtliche Prüfung und damit die Ermittlung der Umweltverträglichkeit ist daher krass rechtswidrig erfolgt.

Hätte das BVwG eine EU-rechtskonforme Beurteilung des Artenschutzes vorgenommen, dann hätte es die Verwirklichung der Verbotstatbestände der Tötung, der Vernichtung/Zerstörung und Beschädigung von Fortpflanzungs-, Nist- und Ruhestätten und der Störung auf Basis der einzelnen Individuen der betroffenen Arten ohne Populationsbezug und ohne Ermittlung des Erhaltungszustands feststellen müssen.

Dazu hat die Beschwerdeführerin im Verfahren durch die eigene akademisch ausgebildete, seit über 30 Jahren wissenschaftlich und praktisch tätige, mit Ablegung der Dienstprüfung des Landes Salzburg im Rang der Amtssachverständigen stehende, Zoologisch-Ornithologische Sachverständige, Mag Sabine Werner, fachlich fundierte Gutachten und entscheidungswesentliche Einwendungen auf gleicher fachlicher Ebene erhoben, die vom BVwG aber nicht gewürdigt wurden. Frau Mag. Werner ist eine der besten Kennerinnen der Wanderfalken-Brutplätze im Bundesland Salzburg. Im Auftrag der Salzburger Landesregierung führte sie die Felsenbrüterkartierung in allen Bezirken und im Nationalpark Hohe Tauern durch. ist Autorin der Studie "Felsenbrütende Vogelarten im Bundesland Salzburg" (Slotta-Bachmayr & Werner 2005). Hätte das Gericht dieses Vorbringen der Beschwerdeführerin aber fachlich und rechtlich richtig gewürdigt, hätte es insbesondere bei den betroffenen Vögeln die Verwirklichung von Verbotstatbeständen feststellen und das Vorhaben mangels Vorliegens eines Ausnahmegrundes versagen müssen.

Die Darstellung der verfahrensrechtlichen Relevanz dieses Vorbringens erfolgt weiter unten.

Zuvor wird noch zum Abschluss dieses Kapitels der rechtswidrigen Pauschalbeurteilung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände auf die einzelnen Abweichungen durch das BVwG und deren Begründungen im Erkenntnis eingegangen.



3. Zu den rechtswidrigen pauschalen Abweichungen von den Verbotstatbeständen

3.1. Zur RVS 04.03.15 Artenschutz an Verkehrswegen

Wie bereits oben anhand der Abgrenzung zwischen Verbotstatbeständen, Ausnahmeverfahren und Umweltstrafrecht dargestellt, ist den Verbotstatbeständen nach den einschlägigen europarechtlichen Bestimmungen und nach der Rsp des EuGH zwingend ein individuenbezogener Ansatz zugrunde zu legen.

Demgegenüber legen die RVS 04.03.15 Artenschutz an Verkehrswegen, Ausgabe vom 01.10.2015, auf den Seiten 35ff aber für alle Verbotstatbestände eine geringe Eingriffsintensität wie folgt fest:

“Eingriffsintensität gering: Geringfügige Flächenverluste oder zeitlich eingegrenzte Beeinträchtigung der Qualität des Lebensraums. Flächenverluste/Bestandsverluste: bei sehr empfindlichen Arten maximal 0,5 % des lokalen Bestandes bzw. maximal 50 m² des Lebensraums; bei mäßig empfindlichen Arten bis zu 5 % des lokalen Bestandes bzw. maximal 500 m² des Lebensraums”

Diesen Maßstab haben die gerichtlichen Sachverständigen für Artenschutz ihrem BVwG-Gutachten vom 19.06.2017 zugrunde gelegt:

- S 115, Frage 1.14: Verbot der Tötung -> Pauschal-Schwellenwert für Verlust von Individuen und Flächen von 5% der lokalen Population aufgrund RVS
- S 118, Frage 1.15: Verbot der Vernichtung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten -> Populationsbezug aufgrund RVS; 5%-Schwellenwert für Verlust von Individuen und Flächen
- S 59 und 124, Frage 1.16: Verbot der Störung -> Pauschal-Schwellenwert für Verlust von Individuen und Flächen von 5% der lokalen Population



Das Gericht hat in der Folge die bereits von den gerichtlichen Sachverständigen im BVwG-Gutachten vom 19.06.2017 vorweggenommenen rechtlichen Beurteilungen der Verwirklichung von Verbotstatbeständen, die auf Basis der RVS vorgenommen wurde, übernommen und ungeprüft gelassen.

Diese rechtlichen Prämissen und Beurteilungen hat das BVwG sodann in die rechtliche Beurteilung des bekämpften Erkenntnisses übernommen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die oben in Punkt 1. zusammengefassten Verweise auf die entscheidungswesentlichen rechtlichen Beurteilungen im Erkenntnis verwiesen.

Die hier für den Naturschutz einschlägigen RVS im Allgemeinen wurden im Verfahren mehrfach als Stand der Technik bzw der Wissenschaft, was nicht vollständig in Abrede gestellt wird. Hinsichtlich der Auslegung unionsrechtlicher artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände und der Beurteilung und Einordnung von Vorhaben in diese rechtlichen Kategorien weichen die dargestellten Ausführungen der RVS aber krass ab, weshalb sie auch nicht geeignet sind, einem Sachverständigen als gleichzeitig rechtliches Beurteilungswerkzeug zu dienen und schon gar nicht als Auslegungshilfe für Behörden und Gerichte. Das Auslegungsmonopol von Unionsrecht liegt unzweifelhaft allein beim EuGH, sodass Behörden und Gerichte auf die ihnen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zur Einholung einer solchen Auslegung zurückgreifen müssen. Durch den Rückgriff auf die Auslegung der RVS, sei es im Wege der Übernahme der Beurteilung durch die Sachverständigen, sei es durch direkte Bezugnahme, hat das BVwG aber das angefochtene Erkenntnis rechtswidrig und in Missachtung des unionsrechtlichen Vorsorgegrundsatzes erlassen.

Hätte das BVwG aber nicht den populationsbezogenen Ansatz, sondern den europarechtlich zwingend vorgegebenen individuenbezogenen Ansatz gewählt, hätte es die Verwirklichung von Verbotstatbeständen feststellen müssen.



Das BVwG hätte das Vorhaben sodann in einem Ausnahmeverfahren prüfen müssen, wobei mangels Zutreffen eines gesetzlichen Ausnahmegrundes und mangels Zulässigkeit des Ausnahmegrundes der FFH-RL "anderer zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses" bei Vögeln nach der Vogelschutz-Richtlinie eine Versagung des Vorhabens zwingend gewesen wäre.

3.2. Tatsächlich nicht erbrachter Nachweis des Populationsbezuges

Abgesehen von der Unzulässigkeit des Populationsbezugs hat es aber der gerichtliche SV Ornithologie, der in der mündlichen Verhandlung auch die Beurteilung der Ornithologie im Rahmen der Wildökologie (Federwild) vorgenommen hat, nicht geschafft auch tatsächlich die Unterschreitung der 5%-Schwelle der RVS nachzuweisen.

Die Beschwerdeführerin stellte dem SV Ornithologie in der mündlichen Verhandlung folgende Fragen (siehe VHS S 150ff):

"Sie legen bei der Beurteilung der Verbotstatbestände jeweils die Erheblichkeit auf Populationsebene zu Grunde und beziehen sich dabei, auf eine Schwelle von 5 % lebensraum- bzw. Populationsverlust gem. RVS. Wo in den Unterlagen finden sich Angaben über die Abgrenzung der lokalen Populationen, über die Größe des Lebensraumes der lokalen Populationen, über die Individuenanzahl der lokalen Populationen und über den Erhaltungszustand? Wie hoch ist der zu erwartende Verlust an Individuen je untersuchter Art? Wie hoch ist der zu erwartende Verlust an lebensraum je untersuchter Art? Wo wurde das Nichterreichen dieser 5%-Schwelle für jede einzelne Art und Population nachgewiesen und begründet?"

Der gerichtliche SV bestätigte in der mündlichen Verhandlung (VHS S 150 und 153) unter Berufung auf die RVS die Anwendung eines 5%-Pauschalkriteriums bei der Prüfung aller artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände, konnte aber keine Angaben zum Bestand und dem daraus zu erwartenden Verlust von Lebensraum und Individuen machen:



"Zur Frage betreffend Lebensraumverlust dieser ist seriöser Weise nicht festlegbar." (VHS 150)

" ... ist eine detaillierte Zahlenangabe bzw. Abgrenzung einer lokalen Population insbesondere bei sehr weit verbreiteten und häufigen Vogelarten fachlich seriös nicht durchführbar. " (VHS 150)

"Die detaillierte Abgrenzung von Vogelpopulationen und die Beurteilung deren Größe ist nicht realistisch abschätzbar." (VHS 150)

" Eine artweise Abhandlung bzw. Einschätzung der Verminderung des Kollisionsrisikos wurde nicht vorgenommen, da dies weder möglich, noch aus meiner Sicht fachlich notwendig ist." (VHS 141)

Die Beschwerdeführerin äußerte daraufhin in der Verhandlung die nicht protokollierte Feststellung, der naSV habe also seine Beurteilung, die 5%-Schwelle sei nicht überschritten, ohne Grundlage vorgenommen. Dies blieb in der Folge unwidersprochen und vom Gericht unberücksichtigt, obwohl die Beschwerdeführerin darauf auch in ihrer abschließenden Stellungnahme vom 22.08.2017 nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen hatte.

Hätte das Gericht aber dieses Defizit bei der Beurteilung der Frage der Verwirklichung von Verbotstatbeständen berücksichtigt, hätte es zu dem Schluss kommen müssen, dass mangels Nachweis des Populationsbezuges und des Flächenverlustes die Verbotstatbestände betreffend Vögel - sogar nach dem rechtlichen Verständnis wie es das Gericht dem Erkenntnis zugrunde gelegt hat - als verwirklicht gelten.

Das BVwG hätte das Vorhaben sodann in einem Ausnahmeverfahren prüfen müssen, wobei mangels Zutreffen eines gesetzlichen Ausnahmegrundes und mangels Zulässigkeit des Ausnahmegrundes der FFH-RL "anderer zwingender Gründe des überwiegenden



öffentlichen Interesses" bei Vögeln nach der Vogelschutz-Richtlinie eine Versagung des Vorhabens zwingend gewesen wäre.

3.3. Nichtberücksichtigung des gemeinschaftsrechtlichen Vorsorgegrundsatzes

Hätte das BVwG die Beweisergebnisse richtig gewürdigt und erkannt, dass es an einem tatsächlichen Nachweis des Unterschreitens der 5%-Schwelle (Verlust an Flächen und Individuen einer Population) mangelt, hätte es die Genehmigung im Sinne des gemeinschaftsrechtlichen Vorsorgegrundsatzes nicht erteilen dürfen.

Der EuGH interpretiert den Vorsorgegrundsatz schutzgutbezogen so, dass anhand objektiver Umstände ausgeschlossen werden muss, dass ein Vorhaben ein Gebiet beeinträchtigt, ansonsten das Vorhaben zu versagen wäre. Es darf kein vernünftiger Zweifel verbleiben (EuGH C-127/02; C-399/14; C-387-15; C-388-15).

Die EU-Kommission geht in ihrem Leitfaden zum Artenschutz (2007: S 54 Rn 76) dann vom Vorsorgeprinzip aus, wenn etwa Maßnahmen gerade nicht mit großer Sicherheit ausreichen, um Beschädigungen oder Zerstörungen von Fortpflanzungs- und Ruhestätten zu vermeiden. Hier handelt es sich um eine artbezogene Vorsorge, die ein äußerst hohes Maß an Sicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit umzusetzender Maßnahmen erfordert, um die betroffenen Arten nicht zu beeinträchtigen. Liegt diese Sicherheit nicht vor, ist der Verbotstatbestand erfüllt.

Demzufolge wäre das Gericht verpflichtet gewesen die Verwirklichung der Verbotstatbestände festzustellen.

Das BVwG hätte das Vorhaben sodann in einem Ausnahmeverfahren prüfen müssen, wobei mangels Zutreffen eines gesetzlichen Ausnahmegrundes und mangels Zulässigkeit des Ausnahmegrundes der FFH-RL "anderer zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses" bei Vögeln nach der Vogelschutz-Richtlinie eine Versagung des Vorhabens zwingend gewesen wäre.



3.4. Rechtswidrige Heranziehung von deutscher höchstgerichtlicher Rechtsprechung und von EuGH-Rechtsprechung zum Tötungsverbot zur Begründung des Populationsbezugs des Verbotstatbestands der Tötung

Sämtliche mit artenschutzfachlichen Themen befasste Sachverständige der Projektwerberin und auch die gerichtlichen Sachverständigen gehen beim Tötungstatbestand von folgender rechtlicher Prämisse aus, die sich durch alle Gutachten zieht und letztendlich wieder in der RVS 04.03.15 (S 37ff) ihren Niederschlag findet:

“Tötung, Beschädigung und Vernichtung von Individuen/Exemplaren in Zusammenhang mit der Errichtung und dem Betrieb von Bundes-, Landesstraßen und Eisenbahn - HL-Strecken (z.B. aufgrund von Kollisionen) ist dann relevant, wenn diese über das allgemeine Lebensrisiko hinausgehen und eine relevante Wirkung auf den Erhaltungszustand oder das Entwicklungspotenzial der lokalen Population einer geschützten Art hat. Das Tötungsrisiko für Einzelindividuen stellt so lange keinen Verbotstatbestand dar, so lange es ein äußerst seltenes Ereignis ist und nicht zu vermeiden ist.

Eine relevante Beeinträchtigung des Bestandes durch Tötung liegt jedenfalls dann vor, wenn

dadurch die Überlebenswahrscheinlichkeit der lokalen Population verschlechtert wird. Negative Auswirkungen auf die Überlebenswahrscheinlichkeit einer lokalen Population können umso eher eintreten,

– je größer der Anteil der zerstörten Fläche an der Gesamtfläche des Lebensraums Population ist,

– je schlechter der aktuelle Erhaltungszustand einer Population ist und/oder

– je schlechter die generell zu prognostizierende Entwicklung („Trend“) einer Population ist.

Eine Verschlechterung der Überlebenswahrscheinlichkeit der lokalen Population ist bei einem Lebensraum- und/oder Individuenverlust von unter 5 % der lokalen Population i.d.R. nicht anzunehmen.“



Hergeleitet wird diese Definition des Tötungstatbestands aus der deutschen Rechtsprechung.

Bereits der bekämpfte Bescheid der Salzburger Landesregierung verwies zum Tötungstatbestand auf Seite 364 auf ein nicht einschlägiges Urteil des OVG Magdeburg, wonach dieser Tatbestand einen Individuenschutz und nicht einen Populationschutz gebiete.

Auch die Beweiswürdigung des angefochtenen Erkenntnisses ist gespickt mit Ausführungen zum signifikant erhöhten Tötungsrisiko, das sich negativ auf die Population und auf den Erhaltungszustand auswirken muss.

Letztendlich nimmt auch die rechtliche Beurteilung des BVwG auf den Seiten 556f (Ornithologie Federwild) Bezug auf die Rsp des deutschen BVerwG und sogar auf die Rsp des EuGH, auf welche auch auf den Seiten 514 und 521 der rechtlichen Beurteilung des Erk Bezug genommen. Darin behauptet das BVwG jeweils:

“Nach der europäischen Rechtsprechung ist das Tötungsverbot bereits dann nicht erfüllt, wenn das Vorhaben kein signifikant erhöhtes Risiko von Verlusten von Einzelexemplaren verursacht, mithin unter der Gefahrenschwelle in einem Risikobereich verbleibt, welcher vergleichbar ist mit dem ebenfalls stets gegebenen Risiko, dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens Opfer einer anderen Art werden (EuGH 18.05.2006, Kommission gg. Spanien, C-221/04, Rz 48; 10.01.2006, Kommission gg. Deutschland, C-98/03, Rz 75).”

Die Herleitung des Populationsbezugs aus der deutschen höchstgerichtlichen Rsp ist ebenso krass rechtswidrig, wie die Behauptung selbiges ergäbe sich aus der Rsp des EuGH!



Zur deutschen Rechtsprechung:

Die ganz einhellige Rsp des dt BVerwG und auch die einschlägigen Leitfäden des dt BfN sowie der EU-Kommission lassen keinen Zweifel am Individuenschutz des Tötungstatbestands aufkommen (BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14/07). Gegen das Tötungsverbot wird dann nicht verstoßen, wenn das Vorhaben nach naturschutzfachlicher Einschätzung unter Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für Einzelexemplare durch Kollisionen verursacht, mithin unter der Gefahrenschwelle in einem Risikobereich bleibt, der im Naturraum immer gegeben ist, vergleichbar dem ebenfalls stets gegebenen Risiko, dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens Opfer einer anderen Art werden (vgl. BVerwG, Urteil vom 12. März 2008 - 9 A 3.06 „A 44 Hessisch-Lichtenau“; BVerwG, Urteil vom 9. Juli 2008, Az.: 9 A 14.07, Rn. 91, „Bad Oeynhausen“; BVerwG Urteil vom 27. Juni 2013 – 4 C 1.12).

Dabei ist zu beachten, dass das Tötungsrisiko individuen- und nicht etwa populationsbezogen ist (BVerwG, Urteil vom 09.07.2008 – 9 A 14/07). Schon der Verlust von Einzelexemplaren kann damit den Tötungstatbestand auslösen, selbst wenn sich dadurch der Erhaltungszustand der lokalen Population nicht verschlechtert (BVerwG, Beschl. V. 26.02.2008 – 7 B.67.07).

Der Erhaltungszustand von Populationen spielt bei der Frage der Verwirklichung des Tötungstatbestands nämlich generell keine Rolle (im Gegensatz zur Beurteilung im Rahmen eines Ausnahmegewilligungsverfahrens).

Ob ein signifikant erhöhtes Risiko vorliegt, ist jeweils im Einzelfall in Bezug auf die Lage der Freileitungstrasse, die jeweiligen Artvorkommen, die Biologie dieser Arten und deren spezieller Raumnutzung am konkreten Standort (Raumnutzungsanalyse) zu klären.

Im Ergebnis geht es daher nur um die Frage, ob sich das Tötungsrisiko erhöht oder nicht, während ein Populationsbezug auch in der dt Rsp nicht gefordert ist!



Zur zit. Rechtsprechung des EuGH:

Auch in den zit. EuGH-Urteilen fehlt jeglicher vom BVwG unterstellte Inhalt zum Tötungstatbestand hinsichtlich signifikanter Erhöhung und Einfluss auf Population und Erhaltungszustand:

Die entsprechende Textstelle im erstgenannten Urteil des EuGH 18.05.2006, Kommission gg. Spanien, C-221/04, Rz 48 lautet wie folgt:

„48 Es ist daran zu erinnern, dass die Mitgliedstaaten nach Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie verpflichtet sind, die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um ein strenges Schutzsystem für die in Anhang IV Buchstabe a der Richtlinie genannten Tierarten in deren natürlichen Verbreitungsgebieten einzuführen. Dieses System muss nach dieser Bestimmung alle absichtlichen Formen des Fangs oder der Tötung von Tieren der genannten Arten verbieten.“

Schon diese Textstelle ergibt nichts in Hinblick auf die zitierten rechtlichen Feststellungen des BVwG.

Im Gegenteil, die Textstelle weist auf das Verbot aller absichtlichen Formen des Fangs oder der Tötung hin, und damit auf jeden einzelnen Vorgang an sich und damit eben gerade nicht auf populationsbezogene Auswirkungen auf den (im übrigen unerhoben gebliebenen) Erhaltungszustand ganzer Populationen, wie dies erst im fortgeschrittenen Ausnahmeverfahren nach Artikel 16 FFH-RL und Artikel 9 VS-RL gefordert wird. Dem entgegen hat der SV im Verfahren aber ausschließlich mit dem Gleichbleiben des Erhaltungszustands aller Arten zu allen Verbotstatbeständen argumentiert und mit dieser Begründung die Verletzung von allen Verbotstatbeständen rechtswidrig ausgeschlossen

Die entsprechende Textstelle im zweitgenannten Urteil des EuGH 10.01.2006, Kommission gg. Deutschland, C-98/03, Rz 75 lautet wie folgt:



„75 Für diese Arten muss deshalb gemäß Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie ein strenges Schutzsystem eingeführt werden, das alle absichtlichen Formen des Fangs oder der Tötung von aus der Natur entnommenen Exemplaren dieser Arten verbietet.“

Auch aus dieser Textstelle, die verkürzt und zusammengefasst der ersten Textstelle entspricht, ist nichts zugunsten der nachfolgenden Rechtsausführungen des BVwG (arg. „Nach dieser Judikatur“) zu entnehmen, sondern sie stützt ebenso wie die erste Textstelle die gegenteilige Ansicht.

Daneben zitiert das BVwG auch indirekt das Urteil des EuGH in der Rs C-342/05 vom 14.06.2007 (Finnischer Wolf):

Die rechtliche Beurteilung zeigt sich insoweit übereinstimmend mit der Judikatur des VwGH, wonach eine Bewertung des Vorhabens als umweltverträglich auch dann zulässig ist, wenn hinreichend nachgewiesen ist, dass auch ein ungünstiger Erhaltungszustand der Populationen nicht verschlechtert und die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes nicht behindert wird. In Bezug auf den solcherart zu prüfenden Zielzustand ist dieser Prüfung der Zustand zu Grunde zu legen, der nach Umsetzung der Maßnahmen und der übrigen Auflagen eintritt (vgl. VwGH 18.12.2012, 2011/07/0190; VwGH 24.07.2014, 2013/07/0215).

Zu dieser zitierten Rsp zum Erhaltungszustand ist anzumerken, dass der zitierte Inhalt aus dem Urteil des EuGH in der Rs C-342/05 vom 14.06.2007 (Finnischer Wolf) entstammt. In diesem Verfahren wurde die Republik Finnland deshalb verurteilt, weil sie dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 12 Abs. 1 und Art 16 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen verstoßen hat, dass sie die Jagd auf Wölfe aus präventiven Gründen erlaubt, ohne dass nachgewiesen ist, dass die Jagd zur Verhütung ernster Schäden im Sinne von Art. 16 Abs. 1 Buchst. b dieser Richtlinie geeignet ist.



In diesem Verfahren ging es daher um eine Ausnahmegewilligung nach Art 16 FFH-RL und um eine angemessene Prüfung der Ausnahmetatbestände im Rahmen eines Ausnahmeverfahrens, nicht aber um die Frage, ob ein Verbotstatbestand iSd Art 12 FFH-RL verwirklicht werde oder nicht, wie im ggst Verfahren. Auch daraus ergibt sich, dass der Populationsbezug erst im Ausnahmeverfahren herzustellen ist und schon nach Art 12 FFH-RL.

Schon dies alleine stellt einen groben Begründungsmangel des BVwG dar und belastet das gegenständliche Erkenntnis mit grober Rechtswidrigkeit.

Darüber hinaus ist auch aus dem übrigen Text der genannten Judikate, und nicht bloß den zitierten Randziffern, nichts zu entnehmen, was die im zitierten Absatz ausgedrückte Rechtsansicht des BVwG stützt.

Dies gilt im übrigen auch für alle anderen Judikate des EuGH.

Selbst wenn aber „bundesdeutsche Rechtsprechung“ bestünde, wie das BVwG seiner rechtlichen Beurteilung im Gefolge des bekämpften Bescheids der Salzburger Landesregierung zugrunde legt, so ist diese nicht durch bestätigende EuGH-Judikatur belegt und damit in keiner Weise für die Auslegung von Gemeinschaftsrecht für Österreich verbindlich, sondern bedürfte aufgrund des Auslegungsmonopols des EuGH's erst einer solchen Bestätigung.

Das BVwG hat sich mit seinen Rechtsfolgerungen über sämtliche bestehende Judikatur des EuGH hinweg gesetzt, den Tatbestand des Tötungsverbot durch in keiner Weise belegte Rechtsausführungen relativiert und quasi „durchlöchert“.

Wäre das BVwG nicht diesem Rechtsirrtum unterlegen, sondern hätte die sogar von ihm zitierten EuGH-Textstellen angewendet, dann hätte es zur Ansicht gelangen müssen, dass Art 12 Abs. 1 FFH-RL „alle absichtlichen Formen des Fangs oder der Tötung von aus der



Natur entnommenen Exemplaren dieser Arten verbietet.“ und darauf basierend in eine Ausnahmenprüfung gemäß Art. 16 FFH-RL eintreten müssen.

Statt dessen kommt das BVwG abschließend – unter Hinweis auf „zahlreiche Verbesserungen“ zu der nachzitierten Schlussfolgerung betreffend aller Vogelarten und Tierarten (S. 522, 558 des Erkenntnisses):

„Aufgrund der eindeutigen Aussagen der Sachverständigen (zu den erfolgten Projektverbesserungen) erscheint erwiesen, dass sowohl eine erhöhte Gefährdung einzelner Tierindividuen als auch der jeweiligen Tierart in ihrer Gesamtheit ausgeschlossen werden kann. Ein billiges in Kauf nehmen der Tatbestandsverwirklichung kann vor dem Hintergrund der umfassenden Sicherungsmaßnahmen nicht angenommen werden.“

Eine Zusammenschau dieser Aussage mit dem vorzitierten Absatz („Nach der europäischen Rechtsprechung...“) zeigt klar, dass aufgrund des dargelegten Rechtsirrtums das BVwG zum unrichtigen Subsumptionsergebnis kommt, dass der Tötungstatbestand nicht gegeben sei.

Interessanterweise überträgt das BVwG diese unrichtige Rechtsmeinung auch gleich auf die im Sinne der VS-RL geschützten Vogelarten, obgleich sich die von ihm – fälschlicherweise - zitierte Judikatur lediglich auf Art 12 FFH-RL bezieht.

So weicht das BVwG wiederholt und jeweils völlig unbegründet von gefestigter Judikatur des EuGH ab, indem es durch rechtsirrigte Ausführungen, die Anwendung des Tötungstatbestandes, sowohl des Art. 12 Abs 1 Buchstabe a FFH-RL wie auch des Art. 5 Buchstabe a FFH-RL, rechtswidrig ausschließt.

Hätte das BVwG das eben erwähnte Gemeinschaftsrecht rechtskonform angewendet, hätte es das Vorliegen eines Sachverhalts annehmen müssen, der dieses Tötungsverbot erfüllt,



und ein förmliches Ausnahmeverfahren gemäß Art. 16 FFH-RL sowie Art. 9 VS-RL einleiten müssen.

Das BVwG hätte das Vorhaben sodann in einem Ausnahmeverfahren prüfen müssen, wobei mangels Zutreffen eines gesetzlichen Ausnahmegrundes und mangels Zulässigkeit des Ausnahmegrundes der FFH-RL "anderer zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses" bei Vögeln nach der Vogelschutz-Richtlinie eine Versagung des Vorhabens zwingend gewesen wäre.

3.5. Missinterpretation der Rsp des VwGH zur Begründung des Populationsbezugs des Verbotstatbestands der Tötung

Das BVwG zieht zur Begründung der Annahme, der Tötungstatbestand sei nicht individuenbezogen, sondern erfordere die Herstellung eines Populationsbezugs und negative Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der Arten, auch die jüngste Rechtsprechung des VwGH in der Sache Ra 2018/03/0066 vom 10.08.2018 heran.

Entsprechende Verweise finden sich im Erk auf S 515 Tötung zur Herpetofauna, auf S 522 Tötung zu allen Tieren und Vögeln, auf S 524 Fortpflanzungs- und Ruhestätten zu allen Tieren, S 555f Tötung Federwild, S 558 Fortpflanzungs- und Ruhestätten Federwild.

"In seiner jüngst ergangenen Entscheidung hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass bei der Tötung von Wildtieren, die durch die genannten Richtlinien bzw. durch die diese umsetzenden nationalen Bestimmungen geschützt werden, vordergründig der Zweck der durch die nationalen Schutzbestimmungen umgesetzten Richtlinien, nämlich der Artenschutz und die Arterhaltung zu berücksichtigen ist. Als Hauptziele der Vogelschutz-RL sind derart die Erhaltung der Gesamtpopulation und die Vermeidung der Ausrottung der geschützten Vogelarten anzusehen. Der Tatbestand der absichtlichen Tötung ist daher im Hinblick auf den Erhaltungszustand gesamtpopulationsbezogen und nicht individuenbezogen zu beurteilen (vgl. VwGH 10.08.2018, Ra 2018/03/0066 bis 0068-9)."



“Im Vordergrund steht bei der Umsetzung der Vogelschutz-RL der Artenschutz und die Arterhaltung der darin aufgezählten Vogelarten (vgl. RV 609 BlgLT 12. GP, 4. Sess, S. 17 ff). Die zu treffenden Maßnahmen sollten sich auf die verschiedenen auf die Vogelbestände einwirkenden Faktoren erstrecken, und zwar auf die nachteiligen Folgen der menschlichen Tätigkeiten wie insbesondere Zerstörung und Verschmutzung der Lebensräume der Vögel, Fang und Ausrottung der Vögel durch den Menschen, sowie den durch diese Praktiken bewirkten Handel. Als Hauptziele der Vogelschutz-RL sind derart die Erhaltung der Gesamtpopulation und die Vermeidung der Ausrottung der geschützten Vogelarten anzusehen.“

Daraus leitet das BVwG ergänzend zu der deutschen höchstgerichtlichen Rechtsprechung und zu der im Erk zitierten EuGH-Rechtsprechung (siehe Punkt 3.4.) eine Verpflichtung zum Populationsbezug und Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der Arten als zwingende rechtliche Prämisse zur Prüfung der Verwirklichung des Verbotstatbestands der Tötung ab. Damit verkennt das BVwG aber erneut gravierend die Rechtslage.

Bei dem vom BVwG angeführten Judikat Ra 2018/03/0066 handelt es sich nämlich um einen Beschluss des VwGH über die Frage der Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung gemäß § 30 Abs 2 VwGG, in welchem es im Rahmen der Interessenabwägung um die Beurteilung des Vorliegens eines unverhältnismäßigen Nachteils, ausgelöst durch eine erhöhte Tötungsgefahr durch Kollisionen gefährdeter Raufußhuhnarten an Liftseilen ging.

Der VwGH gab dem Antrag mit folgenden Begründungen nicht statt:

1. Es wurde nicht begründet warum der unverhältnismäßige Nachteil in Form einer absichtlichen Tötung - die damit eine eindeutige auf Tötung gerichtete Absicht verlangt - bereits während der Dauer des Verfahrens vor dem VwGH eintreten sollte. Wurde doch ein neuer Bauzeitplan vorgelegt, nach welchem der Kernbereich der Teilpopulation des Auerwildes für 3-4 Jahre unberührt bleibe. Nach allgemeinem Sachverstand des VwGH sei es außerdem notorisch, dass die Liftseile nicht zu Beginn der Bauphase angebracht würden, sodass eine Kollisionsgefahr erst nach mehreren Jahren verwirklicht würde. Es sei nicht ersichtlich, warum das Verfahren vor dem VwGH noch mehrere Jahre dauern sollte.



Anmerkung: Zur Verkennung des Begriffes "Absicht" durch den VwGH wird auf Punkt 2.5. zur Abgrenzung von Verbotstatbestand und Ausnahmeverfahren zum StGB verwiesen. Es handelt sich um einen dolus eventualis iSd § 5 Abs 1 StGB. Im übrigen ergeben sich keine Anhaltspunkte für einen Populationsbezug.

2. Ausgehend von den Annahmen des Verwaltungsgerichts sei das Tötungsrisiko durch eingriffsmindernde Maßnahmen und vorgeschriebene Auflagen vermindert worden, sodass das Tötungsrisiko bei den "meisten" Arten nicht über jenes hinausgehe, welchem die Exemplare im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens unterlägen. Die Eingriffe seien als kritisch zu beurteilen, doch werde der Erhaltungszustand der jeweiligen Gesamtpopulation durch das Projekt nicht gefährdet. Die vorgesehenen CEF-Maßnahmen seien konfliktmindernd und funktionserhaltend und könnten die negativen Auswirkungen der Eingriffe in einem wesentlichen Ausmaß ausgeglichen werden. Das VwG ging daher nicht von einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos durch Kollisionen mit Liftseilen aus.

Anmerkung: Der VwGH folgt der Rechtsansicht des VwG, weil die Rechtmäßigkeit des Populationsbezugs des Tötungstatbestands aus Sicht des VwGH eine ungeklärte Rechtsfrage darstellt, die erst im Hauptverfahren gelöst werden muss. Daraus ist aber nicht abzuleiten, dass der VwGH diese Rechtsansicht vertritt bzw im Sinne einer Rsp vorgibt, wie das BVwG im angefochtenen Erkenntnis rechtsirrend vermeint. Warum der VwGH aber CEF-Maßnahmen (Flächenersatz für beeinträchtigte Fortpflanzungs- und Ruhestätten) als Begründung gegen die Verwirklichung des Tötungsverbots anführt bleibt fachlich wie rechtlich verborgen.

3. Diese Ausführungen des VwG waren für den VwGH nicht etwa von vornherein als unzutreffend bzw als unschlüssig zu erkennen, zumal nach der Rechtslage die Frage der Rechtmäßigkeit derartiger Erwägungen erst im ordentlichen Verfahren zu prüfen sein wird.

Anmerkung: siehe Anmerkung zu 2.



4. Das Jagdgesetz sei außerdem an die FFH-Richtlinie und an die Vogelschutz-Richtlinie angepasst worden. Bei der Beurteilung des unverhältnismäßigen Nachteils gemäß § 30 Abs 2 VwGG sei bei der Tötung von Wildtieren vordergründig der Zweck der Richtlinien, nämlich der "Artenschutz" und die "Arterhaltung" zu berücksichtigen. Die Vogelschutz-RL hat nach ihren Erwägungsgründen die Erhaltung sämtlicher wild lebender Vogelarten zum Ziel. Als Hauptziele der Vogelschutz-RL seien "die Erhaltung der Gesamtpopulation" und die "Vermeidung der Ausrottung" der geschützten Vogelarten anzusehen. Nach den Feststellungen des VwG sei aber der "Erhaltungszustand der Gesamtpopulation" nicht gefährdet. Das Vorbringen, der Tötungstatbestand sei individuenbezogen zu beurteilen und der Tötungstatbestand werde verwirklicht, könne daher keinen unverhältnismäßigen Nachteil geltend machen.

Anmerkung: Angesichts des normierten Verschlechterungsverbots des Art 13 VS-RL kann den vom VwGH angeführten "Hauptzielen" der "Erhaltung der Gesamtpopulation" und der "Vermeidung der Ausrottung" nur eingeschränkt gefolgt werden. Die "Ausrottung" ist eine Formulierung der 6. Begründungserwägung und - selbstverständlich - zu verhindern. Dazu ist es daher iSd Art 13 VS-RL nötig, dass es "*nicht zu einer Verschlechterung der derzeitigen Lage*" kommt. Die Formulierung "Erhaltung der Gesamtpopulation" kann daher nur in diesem Sinne verstanden werden.

5. Auch beziehe sich die im AW-Verfahren zu prüfende Frage der Wiederherstellbarkeit nicht auf denselben Zustand, sondern auf einen gleichartigen Zustand (Wiederaufforstung, Neubesatz einer Fischpopulation, Wiederbesiedlung des betroffenen Gebietes mit "verbliebenen" Individuen. Es konnten daher keine konkreten Nachteile in qualitativer wie quantitativer Hinsicht über der Schwelle der Unverhältnismäßigkeit festgestellt werden.

Anmerkung: Wie bereits aus den Erläuterungen des § 181f. und g. StGB zitiert kann je nach Gefährdungsgrad bereits ein getötetes Exemplar eine "erhebliche Menge" darstellen, wenn es sich bspw um langlebige, nur sehr



gering reproduzierende, gefährdete Arten handelt, bei denen der Ausfall nur weniger Exemplare erhebliche und insbesondere nachhaltige Auswirkungen auf die Population entfaltet, die von den "verbliebenen" Individuen nicht aufgefangen werden kann, wie bspw beim Auerwild.

Grundsätzlich ist zu diesem AW-Beschluss des VwGH auszuführen, dass die zeitlichen Argumente durchaus nachvollziehbar sein können. Im übrigen ist die Nichtstattgabe des Aufschiebungsantrags aber wohl eher der fehlenden innerstaatlichen Rsp zu den Verbotstatbeständen geschuldet, wenngleich die Auslegung durch den EuGH immer klarer wird. Bezogen auf den revisionsgegenständlichen Fall ist aber jedenfalls festzuhalten, dass auch der Beschluss Ra 2018/03/0066 keine zwingende Vorgabe für die Auslegung des Tötungstatbestands darstellt, da dieser nur die Rechtsauffassung des VwG wiedergibt, welche erst im ordentlichen Verfahren zu prüfen sein wird. Dies ist nach aktuellem Kenntnisstand bis dato noch nicht abschließend erfolgt.

Das bedeutet daher auch zu diesem Argument, dass das BVwG bei rechtskonformer Interpretation des zit Beschlusses, das Vorliegen eines Sachverhalts annehmen hätte müssen, der dieses Tötungsverbot ohne Bezugnahme auf die Population erfüllt, und ein förmliches Ausnahmeverfahren gemäß Art. 16 FFH-RL sowie Art. 9 VS-RL einleiten müssen.

Das BVwG hätte das Vorhaben sodann in einem Ausnahmeverfahren prüfen müssen, wobei mangels Zutreffen eines gesetzlichen Ausnahmegrundes und mangels Zulässigkeit des Ausnahmegrundes der FFH-RL "anderer zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses" bei Vögeln nach der Vogelschutz-Richtlinie eine Versagung des Vorhabens zwingend gewesen wäre.



4. Rechtswidrige Berücksichtigung von Ausgleichsmaßnahmen (CEF-Maßnahmen), von Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen bei der Beurteilung der Verwirklichung von Verbotstatbeständen

Das BVwG begründet die Umweltverträglichkeit des Vorhabens in Bezug auf die angenommene Nichtverwirklichung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände wie folgt:

Erk S 518, Ornithologie:

*“Zwar kann gemäß dem Ergebnis der sachverständigen Bewertung bei Vorhabensrealisierung nicht vollständig ausgeschlossen werden, dass es zu einer Beeinträchtigung der Schutzgüter im Sinne der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände kommt, die Risiken für die einzelnen Individuen können jedoch durch die geplanten **eingriffsmindernden Maßnahmen** und die vorgeschriebenen **Auflagen** vermindert werden. Insbesondere durch **Verminderungs- und Vermeidungsmaßnahmen** (z.B. Bauzeiteinschränkungen und dgl.) wird ein Eintreten artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände - wie sich aus den Sachverständigengutachten ergibt - hintangehalten. Die vorgesehenen Maßnahmen erstrecken sich dabei auf sämtliche auf die Populationen einwirkenden Faktoren und sind hinreichend, um den Erhalt des biologischen Gleichgewichts zu erhalten, sodass von einer Bewilligungsfähigkeit des projektierten Vorhabens ausgegangen werden kann.*

Die rechtliche Beurteilung zeigt sich insoweit übereinstimmend mit der Judikatur des VwGH, wonach eine Bewertung des Vorhabens als umweltverträglich auch dann zulässig ist, wenn hinreichend nachgewiesen ist, dass auch ein ungünstiger Erhaltungszustand der Populationen nicht verschlechtert und die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes nicht behindert wird. In Bezug auf den solcherart zu prüfenden Zielzustand ist dieser Prüfung der Zustand zu Grunde zu legen, der nach Umsetzung der Maßnahmen und der übrigen Auflagen eintritt (vgl. VwGH 18.12.2012, 2011/07/0190; VwGH 24.07.2014, 2013/07/0215).



Das gegenständliche Vorhaben ist auch nach neuerlicher Prüfung unter zusammenfassender Bewertung der Umweltauswirkungen und unter Berücksichtigung der Genehmigungskriterien des § 17 UVP-G 2000 als umweltverträglich zu beurteilen. Eine Änderung des Sachverhaltes gegenüber der behördlichen Beurteilung ergibt sich nicht."

Die fett hervorgehobenen Passagen markieren den Vorgang des BVwG, wonach Schadensbegrenzungsmaßnahmen (also Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen) bei der Beurteilung, ob artenschutzrechtliche Verbotstatbestände verwirklicht werden, berücksichtigt wurden.

Erk S 552, Wildökologie: Ornithologie "Federwild"

*"Zwar kann gemäß dem Ergebnis der sachverständigen Bewertung bei Vorhabensrealisierung nicht vollständig ausgeschlossen werden, dass es zu einer Beeinträchtigung der Schutzgüter im Sinne der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände kommt, die Risiken für die einzelnen Individuen können jedoch durch die geplanten **eingriffsmindernden Maßnahmen** und die vorgeschriebenen **Auflagen** vermindert und die Auswirkungen der Eingriffe somit in einem wesentlichen Ausmaß **ausgeglichen** werden. Insbesondere durch Realisierung der dem Funktionserhalt dienenden **vorgezogenen Ausgleichsmaßnahmen (CEF-Maßnahmen)** im Bereich der vorgesehenen Ersatzflächen sowie die Regelung von **Vermeidungsmaßnahmen** wird ein Eintreten artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände hintangehalten.*

Die rechtliche Beurteilung zeigt sich insoweit übereinstimmend mit der Judikatur des VwGH, wonach eine Bewertung des Vorhabens als umweltverträglich auch dann zulässig ist, wenn hinreichend nachgewiesen ist, dass auch ein ungünstiger Erhaltungszustand der Populationen nicht verschlechtert und die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes nicht behindert wird. In Bezug auf den solcherart zu prüfenden Zielzustand ist dieser Prüfung der Zustand zu Grunde zu legen, der nach Umsetzung der



CEF-Maßnahmen und der übrigen Auflagen eintritt (vgl. VwGH 18.12.2012, 2011/07/0190; 24.07.2014, 2013/07/0215).

Um die rechtliche Beurteilung des Vorliegens von Verbotstatbeständen bzw. der Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung treffen zu können, bedarf es einer sachverständig festgestellten Grundlage über die Auswirkungen des Projektes im Fall seiner Umsetzung sowie die Auswirkungen von Ausgleichsmaßnahmen (vgl. VwGH 18.12.2012, 2011/07/0190; 24.07.2014, VwSlg. 18893 A/2014 zu US 26.08.2013, 3A/2012/19-51).

Wie festgestellt ergibt sich aus der fachgutachterlichen Stellungnahme des SV Wildökologie in Zusammenschau mit der Bewertung zum Fachbereich Naturschutz (Teilbereich Ornithologie) und unter Berücksichtigung des Zwecks der naturschutzrechtlichen Bestimmungen, dass eine **Ausgleichsfähigkeit** der Auswirkungen des Vorhabens grundsätzlich gegeben ist. Die nationalen Schutzbestimmungen orientieren sich dabei an den Vorgaben der Vogelschutz-RL und der FFH-RL und setzen diese in richtlinienkonformer Weise um. Maßnahmensseitig ist dabei der günstige Erhaltungszustand als Zielzustand der lokalen Population sicherzustellen; eingreifende Maßnahmen sind nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn der Ausgangszustand ein ungünstiger ist, sofern nur der im Rahmen der Projektverwirklichung zu realisierende Zielzustand ein günstiger ist (vgl. US 26.08.2013, US 3A/2012/19-51). Bei Eingriffen in besondere Lebensräume und Lebensgemeinschaften von Tieren, wie dies vorliegend insbesondere beim Auerwild der Fall ist, kommt nach § 3a Abs. 4 SNSchG als **Ersatzleistung** vor allem die Schaffung von **Ersatzlebensräumen** in Frage. Die **Ersatzlebensräume** und **sonstigen Ersatzleistungen** sind dabei möglichst in unmittelbarer räumlicher Nähe zum Eingriffsort zu verwirklichen. Die **Ersatzleistungen** sind entsprechend vorzuschreiben. **Ausnahmegewilligungen** können auch dann in Betracht kommen, wenn schon in der Vergangenheit erhebliche Verschlechterungen des Erhaltungszustands der Population eingetreten sind und Maßnahmen zur Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands erforderlich sind. Freilich müssen alle nachteiligen Auswirkungen einer nachprüfaren Kontrolle unterworfen werden. Die Voraussetzungen für eine **Ausnahmegewilligung** müssen bestimmt sein und die Ausnahmegewilligung kann nur



zulässig sein, wenn sie mit **Ausgleichsmaßnahmen** verbunden ist (US 26.08.2013, US 3A/2012/19-51; VwGH 18.12.2012, 2011/07/0190).

Tatbestandsvoraussetzung für die Erteilung einer Bewilligung unter Vorschreibung von **Ausgleichsmaßnahmen** ist, dass die Beurteilung der Bewilligungsvoraussetzungen ein negatives Ergebnis erbracht hat (vgl. VwGH 18.12.2012, 2011/07/0190; 23.10.1995, 93/10/0128; 23.02.2009, 2007/10/0143). Diese Tatbestandsvoraussetzung wird vorliegend erfüllt.

Wie im Rahmen der Beweiswürdigung dargelegt werden vorliegend bei der Bewertung des Eingriffes und des angebotenen **Ausgleiches** sämtliche naturschutzfachlich und wildökologisch relevanten negativen Auswirkungen des Eingriffes den positiven Wirkungen einer Ausgleichsmaßnahme gegenübergestellt und ausgehend vom Ist-Zustand die notwendigen **Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen** vorgeschrieben. Zuzufolge der vollständig stichhaltigen Schlussfolgerungen der sachverständigen Beurteilung unter Detailprüfung der geplanten **Vorsorgemaßnahmen** kann somit davon ausgegangen werden, dass die vorgeschriebenen Maßnahmen geeignet sind, den ökologischen Funktionserhalt nachhaltig sicherzustellen und die nachteiligen Auswirkungen des Vorhabens auf ein umweltverträgliches Maß herabzusetzen.

Durch geeignete **Auflagen, Bedingungen, Befristungen**, Projektmodifikationen, **Ausgleichsmaßnahmen** und **sonstige Vorschreibungen** wird zum Schutzgut Wildökologie/Veterinärmedizin unter Einhaltung des normativ angeordneten Schutzniveaus in ausreichendem Umfang beigetragen. Änderungen im Hinblick auf die fachliche Beurteilung der Umweltverträglichkeit des in Aussicht genommenen Vorhabens ergaben sich daher auch nach neuerlicher Prüfung nicht.

Wie sich aus den Feststellungen gemäß der sachverständigen Bewertung des SV Wildökologie zur Gesamtbewertung der Auswirkungen auf jagdbare Wildtiere ergibt, sind die Auswirkungen in der in der Bauphase als gering und in der Betriebsphase als nicht relevant einzustufen.



*Aus der naturschutzfachlichen Beurteilung der Gutachter ergibt sich sohin zusammenfassend, dass unter Berücksichtigung sämtlicher **Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen** bei Umsetzung des Projektes für sämtliche vom projektierten Vorhaben betroffenen Gebiet vorkommenden Tierarten der Eintritt des Verbotstatbestandes der Tötung, Störung oder Beschädigung von Ruhe- und Brutstätten ausgeschlossen werden kann.*

Das gegenständliche Vorhaben ist auch nach neuerlicher Prüfung unter zusammenfassender Bewertung der Umweltauswirkungen und unter Berücksichtigung der Genehmigungskriterien des § 17 UVP-G 2000 als umweltverträglich zu beurteilen. Eine Änderung des Sachverhaltes gegenüber der behördlichen Beurteilung ergibt sich nicht."

Auch hier markieren die fett hervorgehobenen Passagen den Vorgang, mit welchem das BVwG die Beurteilung des Artenschutzrechtes vorgenommen hat, wobei nicht ersichtlich ist, ob das BVwG hier zum jagdrechtlich relevanten Federwild eine Bewilligung nach § 3a NSchG, eine Ausnahmegewilligung nach § 34 NSchG oder § 104b JagdG, oder doch nur eine Beurteilung der Verwirklichung von Verbotstatbeständen nach NSchG(?) oder nach JagdG(?) vornimmt. Klar zum Ausdruck kommt jedenfalls, dass das BVwG alles berücksichtigt was es gibt:

Auflagen, Bedingungen, Befristungen, Ausgleichsmaßnahmen, sonstige Vorschriften, sämtliche Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen, Ausgleichsmaßnahmen, Vorsorgemaßnahmen, (sonstige) Ersatzleistungen, Ersatzlebensräume, CEF-Maßnahmen.

Wie bereits zum Punkt 3.2. zum 5%-Schwellenwert nach RVS nachgewiesen konnte der gerichtliche SV Ornithologie mangels Kenntnis der Größe der Populationen und mangels Kenntnis der beeinträchtigten Flächen seine Feststellungen über die Verwirklichung der Verbotstatbestände und über die Wirksamkeit sämtlicher Maßnahmen nur auf



Mutmaßungen gestützt haben, ohne dafür auch nur ansatzweise eine schlüssige fachliche Begründung abgeben zu können. Sein Argumentationsgerüst als Sachverständiger basierte daher allein darauf, dass die Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen so hochwirksam sind, dass in jedem Fall und zu jeder Zeit und hinsichtlich jeglicher Art die Verwirklichung eines Verbotstatbestandes auszuschließen ist. Genau für diese Annahme fehlte es ihm aber - wie er selbst in mündlichen Verhandlung auf Befragung mehrfach ausführte - an der von der obzitierten Rsp geforderten sachverständig festgestellten Grundlage über die Auswirkungen des Projektes im Fall seiner Umsetzung.

Wenn es nämlich zulässig wäre wie der gerichtliche SV vorzugehen und nur möglichst viele Maßnahmen in Ansatz zu bringen, ohne die wahren Auswirkungen auf die betroffenen Arten zu kennen, würde es sich in jedem Naturschutzverfahren und UVP-Verfahren erübrigen das Vorkommen geschützter Arten überhaupt zu erheben. Eine solche Vorgangsweise widerspricht jedenfalls den gesetzlichen Bestimmungen, insb dem EU-Recht und dem Verfahrensrecht, Entscheidungen im Wege eines Ermittlungsverfahrens nur auf Grundlage erhobener Tatsachen und Beweise treffen zu dürfen.

Sowohl im BVwG-GA als auch in der Verhandlungsschrift verwendet der gerichtliche SV den Begriff "Vorsorgeprinzip" mit dem rechtswidrigen Verständnis, dass die Umsetzung so vieler Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen wie nur möglich letztendlich immer in einer Bewilligungsfähigkeit münden können. Man habe sozusagen - vereinfacht formuliert - das Beste getan und so viel wie situationsbedingt möglich war herausgeholt. Diese Haltung von Sachverständigen, einen Verhandlungsstand mit dem Projektwerber als ausreichend zu markieren, ist dem Bf. aus langjähriger Erfahrung gut bekannt und dient in erster Linie dem SV, sein fachliches Gewissen zu beruhigen. Inhaltlich hängt das Ergebnis aber stark von der eigenen Fachkunde und der Durchsetzungsfähigkeit als Person ab. Ob aber ein Verhandlungsstand nach dem Motto "Mehr war nicht herauszuholen" ausreicht für eine Genehmigungsfähigkeit, ist fraglich. Diese Form der Auslegung des Vorsorgeprinzips kommt jedenfalls dem Projektwerber zugute, weil dieser bestrebt sein wird möglichst viele Vorsorgemaßnahmen zu treffen, aber einschränkend auch nur so viele, wie der SV fähig ist dem Projektwerber abzuringen.



Gemäß dem Vorsorgegrundsatz (siehe auch Punkt 3.3 zur Rechtswidrigkeit) des EuGH (EuGH C-127/02; C-399/14; C-387-15; C-388-15) und der EU-Kommission in ihrem Leitfaden zum Artenschutz (2007: S 54 Rn 76) hätte das BVwG aufgrund der aufgetauchten massiven Zweifel die Verwirklichung der Verbotstatbestände feststellen müssen.

Das BVwG hätte das Vorhaben sodann in einem Ausnahmeverfahren prüfen müssen, wobei mangels Zutreffen eines gesetzlichen Ausnahmegrundes und mangels Zulässigkeit des Ausnahmegrundes der FFH-RL "anderer zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses" bei Vögeln nach der Vogelschutz-Richtlinie eine Versagung des Vorhabens zwingend gewesen wäre.

Vielmehr hätte das BVwG aber die angeführten Maßnahmen bei der rechtlichen Beurteilung der Verwirklichung der Verbotstatbestände gar nicht mitbeurteilen dürfen:

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

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

Der EuGH weist in diesem Urteil darauf hin, dass es sich bei Art 6 FFH-RL (der auch auf die besonderen Schutzgebiete nach Art 4 Abs 1 VS-RL anzuwenden ist) um einen zusammenhängenden Normenkomplex handelt. Die Abs 2 und 3 sollen nämlich das gleich Schutzniveau für Lebensräumen und für Arten gewährleisten, während Abs 4 nur eine Ausnahme von Abs 3 Satz 2 darstellt. Demnach unterteilt Art 6 die Maßnahmen in drei Kategorien (Rn 25):



Abs 1 Erhaltungsmaßnahmen

Abs 2 Vorbeugungsmaßnahmen

Abs 4 Ausgleichsmaßnahmen

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

Im Vergleich zu Art 6 kennt Art 12 FFH-RL "Erhaltungsmaßnahmen", die erforderlich sind, um sicherzustellen, daß der unbeabsichtigte Fang oder das unbeabsichtigte Töten keine signifikanten negativen Auswirkungen auf die betreffenden Arten haben. Weitere Maßnahmen nennt der Artenschutz nicht.

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

Nachdem Art. 16 Abs. 1 und 2 FFH-RL all diese Maßnahmen (wie Schadensbegrenzungsmaßnahmen, Ausgleichsmaßnahmen, etc) nicht explizit nennt, muss die Prüfung von deren Anwendbarkeit wohl unter dem ersten Ausnahme-Prüfschritt des Art. 16 Abs 1 FFH-RL verbunden werden, nämlich „*Sofern es keine anderweitige*



zufriedenstellende Lösung gibt.....“ (korrespondierend § 34 Abs 3 Ziffer 1 Sbg NSchG „1. der Zweck der Maßnahme anders nicht zufrieden stellend erreicht werden kann“).

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

Gleiches muss auch für funktionserhaltende Maßnahmen gelten; diese sind auch nach Meinung der EU-Kommission aus 2008 „.... nur möglich, wenn eine Genehmigungs- oder Planungsregelung mit förmlichen Verfahren vorliegt und die zuständigen Behörden beurteilen können, ob die zur Erhaltung der „Fortpflanzungs-“ oder „Ruhe“-Funktion einer Stätte getroffenen Maßnahmen ausreichen.“ (RZ. 77 Leitfadens)

Es bedarf daher für alle diese Maßnahmen eines förmlichen artenschutzrechtlichen Ausnahmeverfahrens.

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

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



Die Revisionswerberin geht davon aus, dass die Berücksichtigung der vom Gericht angeführten Schadensbegrenzungsmaßnahmen und (vorgezogenen) Ausgleichsmaßnahmen (CEF-Maßnahmen) zu unionsrechtswidrig und damit Unrecht erfolgte. Hätte das Gericht diese Maßnahmen nicht berücksichtigt, hätte es ein artenschutzrechtliches Ausnahmeverfahren durchführen und dort das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Ausnahme, insbesondere Alternativen, Erhaltungszustand und die Zulässigkeit eines Ausnahmegrundes prüfen müssen, welche bei Vögel nur eingeschränkt normiert sind und ein allgemeines öffentliches Interesse nicht als Ausnahmegrund zulassen. Diesfalls wäre aber die Genehmigung zu versagen gewesen.

5. Anregung auf Vorlage zur Vorabentscheidung an den EuGH

Zur Beantwortung der oben aufgeworfenen unionsrechtlichen Fragestellungen in dieser Revision ergeht daher die

Anregung

auf Vorlage zur Vorabentscheidung an den EuGH

zur Klärung der Rechtsfragen

- ob im Zuge der Genehmigung von Plänen und Projekten nach anderen Rechtsvorschriften als denen der Art 16 FFH- und Art 9 Vogelschutz-Richtlinie bei der im jeweiligen anderen Rahmen stattfindenden behördlichen Beurteilung der fraglichen Verwirklichung von artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen Schadensbegrenzungsmaßnahmen und (vorgezogene) Ausgleichsmaßnahmen (CEF-Maßnahmen) ohne Durchführung eines artenschutzrechtlichen Ausnahmeverfahrens, also ohne Anwendung der Bestimmungen nach Art 16 FFH-RL und Art 9 VS-RL, berücksichtigt werden dürfen, oder ob eine solche



Berücksichtigung nur im Ausnahmeverfahren erfolgen darf (vergleichbar wie in C-323/17).

- ob im Zuge der Genehmigung von Plänen und Projekten nach anderen Rechtsvorschriften als denen der Art 16 FFH- und Art 9 Vogelschutz-Richtlinie bei der im jeweiligen anderen Rahmen stattfindenden behördlichen Beurteilung der fraglichen Verwirklichung von artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen Auswirkungen der Vorhaben zwingend auf den Erhaltungszustand der betroffenen Arten zu prüfen sind, oder ob diese Frage ausschließlich erst im Ausnahmeverfahren zu prüfen ist, sohin ob es bei der bloßen Beurteilung ob ein Verbotstatbestand verwirklicht ist, nur auf die tatsächlichen Auswirkungen der Vorhaben auf die Individuen der betroffenen Arten oder auch auf den Erhaltungszustand der betroffenen Populationen ankommt (siehe dazu C-504/14 Rn 147 u 157 und C441/17 Rn 263).



III. Vögel NSchG

1. Tötung Schwarzstorch - Rechtswidrige Würdigung des gutachterlichen Nachweises eines erhöhten Tötungsrisikos für den Schwarzstorch

Rechtlich ist zwischen Vogelarten, die dem Naturschutzgesetz gemäß Pflanzen-Tierartenschutzverordnung unterliegen und dem Wild im Sinne des Jagdgesetzes zu unterscheiden. Der Schwarzstorch ist nach dem Naturschutzgesetz geschützt. Da aber das Tötungsverbot in beiden Gesetzesmaterien vergleichbar ist, wurden in der nachfolgenden fachlichen Bewertung der Schwarzstorch gemeinsam mit den Federwildarten abgehandelt.

Die Tötung von Vögeln durch eine Kollision mit den Seilen von Stromleitungen und auch Masten ist in der Literatur vielfach beschrieben und auch im gegenständlichen Verfahren unbestritten (vgl. UVE Fachbereich Ornithologie, UVGA Ornithologie, Wildökologie, etc.).

Der SV Ornithologie GA BVwG S 116 führt dazu aus: *„Dies trifft beispielsweise auf Raufußhühner zu. Weiters können auch Arten(gruppen) aufgrund sinnesphysiologischer Eigenschaften wie z.B. ein eingeschränktes, binokulares Sichtfeld bzw. durch ihr Flug- oder Jagdverhalten verstärkt betroffen sein. Dazu sind folgende projektrelevanten Arten zu zählen: Uhu, Wanderfalke, Steinadler und Schwarzstorch.“*

Daher wurde von der Rw das Gutachten „Bewertung des Tötungsrisikos ausgewählter Vogelarten an der geplanten 380 kV-Salzburgleitung unter Anwendung des Methodenstandards nach Bernotat & Dierschke (2016)“ von Werner (10.8.2017) für die besonders betroffenen Vogelarten Schwarzstorch, Auerhuhn, Birkhuhn, Wanderfalke und Uhu Arten vorgelegt. Dabei handelt es sich um eine unter Einbeziehung von Experten erarbeitete und abgestimmte Methode für eine wissenschaftlich und nachvollziehbar begründete Beurteilung des Kollisionsrisikos sowie anderer Mortalitätsrisiken von Vogelarten nach BERNOTAT, D. & DIERSCHKE, V. (2016): Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen – 3. Fassung – Stand 20.09.2016, 460 Seiten.



Gerade beim Gebiets- und Artenschutz kommt wissenschaftlich abgeleiteten Kriterien und Maßstäben eine hohe Bedeutung zu, zumal in der Rechtsprechung die Anforderungen mittlerweile gestiegen sind: Neben der „Berücksichtigung der besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse“ (EuGH 07.09.2004, Rs. C-127/02, Rn. 54, 61) und der „Ausschöpfung aller wissenschaftlichen Mittel und Quellen“ (Kokott zu C-127/02; BVerwG 17.1.2007, Az. 9 A 20.05, Rn. 62) bestehen strenge Prüf- und Vorsorgemaßstäbe, so dass „aus wissenschaftlicher Sicht keine vernünftigen Zweifel“ (EuGH 07.09.2004, Rs. C-127/02, Rn. 61) bestehen.

Zur Prognose und Bewertung der Mortalität wurden daher von Bernotat und Dierschke „Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen“ entwickelt. In einem sog. Mortalitäts-Gefährdungs-Index wurden bereits 2012 Arten auf Grundlage einer Vielzahl an populationsbiologischen sowie naturschutzfachlichen Parametern hinsichtlich ihrer allgemeinen Gefährdung gegenüber anthropogener Mortalität eingestuft. Ergänzt wurde das Verfahren durch Einarbeitung von europäischen Forschungsergebnissen in Hinblick auf „anlagebedingte Mortalität“, beispielsweise von Vögeln an Freileitungen, Windkraftanlagen, etc.

Damit stehen mittlerweile fachlich anerkannte Methodenstandards zur Beurteilung und Bewertung des Tötungsrisikos zur Verfügung, bei dem unter Berücksichtigung

- von artspezifischen Kollisionsrisiken (z.B. Bewegungsmuster, Flughöhen, Attraktionswirkungen etc.),
- projektspezifischen Komponenten (z.B. Leitungskonfiguration, Seilstärke etc.),
- räumlichen Konfliktkonstellationen (z.B. Durchschneidung von Brutgebieten, Querung von Migrationskorridoren oder Flugrouten etc.) und
- Minderungsmaßnahmen (Markierung, sowie Ausführungen zu Demontage und CEF-Maßnahmen)

eine nachvollziehbare Beurteilung möglich ist.



Unter Berücksichtigung dieser Parameter, die zum größten Teil auch die Ausführungen des SV Wildökologie einbinden, wurden von WERNER im Fachgutachten „Bewertung des Tötungsrisikos ausgewählter Vogelarten an der geplanten 380 kV-Salzburgleitung unter Anwendung des Methodenstandards nach Bernotat & Dierschke (2016)“ (Werner 10.8.2017 vorgelegt mit der Stn der Bf 22.8.2017) die einzelnen Parameter abgearbeitet und folgende begründete Schlussfolgerung gezogen:

Fazit:

Die 380 kV-Salzburgleitung betrifft

- Arten mit einem sehr hohen Anflugrisiko: Schwarzstorch und Auerhuhn,
- Arten mit einem hohen Anflugrisiko: Birkhuhn, Wanderfalke und Uhu,
- und sehr hohem (Schwarzstorch) und hohem Mortalitäts-Gefährdungsindex (Auerhuhn, Birkhuhn, Wanderfalke, Uhu),

Die Arten Schwarzstorch, Auerhuhn, Wanderfalke, Uhu besitzen

- im Bereich des Vorhabens Brut- und Fortpflanzungsstätten und es gibt nur
- gering wirksame Minderungsmaßnahmen, die das Tötungsrisiko nicht ausreichend herabmindern können.

Aufgrund der Situierung der geplanten Leitung in zentralen, teils direkt für die Fortpflanzung genutzten Lebensräumen von Schwarzstorch, Auerhuhn, Wanderfalke und Uhu, der Zerschneidung wesentlicher Flugkorridore und der hohen Konfliktintensität der 380 kV-Salzburgleitung ergibt sich für diese Vogelarten ein extrem hohes konstellationsspezifisches Risiko.



Aufgrund der hohen Konfliktintensität der 380 kV-Salzburgleitung, der Situierung der geplanten Leitung im weiteren Aktionsraum und der Zerschneidung regelmäßig genutzter Flugwege zwischen Brutplätzen und Nahrungshabitat ergibt sich für das Birkhuhn ein hohes konstellationsspezifisches Risiko.

Die vorgesehenen Minderungsmaßnahmen durch das Anbringen von Vogelschutzmarkierungen sind für diese Vogelarten nur von geringer Wirkung und sind nicht geeignet um das signifikant erhöhte Tötungsrisiko bei Schwarzstorch, Auerhuhn, Birkhuhn, Wanderfalke und Uhu zu vermeiden.

Damit ist für Schwarzstorch, Auerhuhn, Birkhuhn, Wanderfalke und Uhu von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko durch Kollisionen an der 380 kV Salzburgleitung auszugehen. Damit ist der artenschutzrechtliche Verbotstatbestand der Tötung erfüllt.

Diese mit standardisierter Methode anhand wissenschaftlich erarbeiteter Kriterien getroffene Feststellung steht im Gegensatz zu den artspezifisch nicht standardisierten Ausführungen des SV Ornithologie, der zwar richtigerweise zahlreiche Gründe und Faktoren aufzählt, warum das Kollisionsrisiko bei den genannten Vogelarten eklatant ist und eine erhöhte Kollisionsgefahr der Arten mit den Leitungsseilen konstatiert, dann aber *„unter Berücksichtigung der Maßnahmen wie der durchgehenden Markierung des Erdseiles, der relativ dicken Seile bzw. Seilbündel sowie der Demontage, die die Länge der neuen Leitung um ca. 66 Kilometer übersteigt, bleibt zusammenfassend die Beurteilung im Rahmen des behördlichen Verfahrens aufrecht: durch den Bau und den Betrieb der geplanten 380-kV-Salzburgleitung ist der Verbotstatbestand der Tötung aus Sicht von REVITAL weder für den Uhu noch für den Wanderfalken bzw. andere Vogelarten erfüllt“* ansieht (SV Ornithologie GA BVwG S 54).

Dies ist fachlich nicht nachvollziehbar und wurde durch das vorgelegte Gutachten widerlegt. Denn die vom SV Ornithologie aufgezählten Gründe, warum die Tötung doch nicht



signifikant sei, liegen lediglich in der Seildicke. Mittlerweile ist die Aussage, dass größere Seilstärken ein geringeres Kollisionsrisiko bewirken wissenschaftlich widerlegt (Beschwerde vom 27.2016, Werner 10.8.2017).

Nicht berücksichtigt hat der SV Ornithologie bei seiner Einstufung wesentliche Faktoren, wie die lokale Situation, die Lage der Seiltrassen, die Bedeutung der zerschnittenen Lebensräume für die einzelnen Arten, die Flugfrequenz oder auch nur die mangelnde Sichtbarkeit von Markierungen in der Aktivitätszeit des Uhus.

Hätte das Gericht diese Einwendung entsprechend gewürdigt, hätte das Vorliegen des Verbotstatbestandes der Tötung festgestellt werden müssen.

Auch von den Materialeilbahnen, die immerhin eine Gesamtlänge von 60 km erreichen werden, ist ein Kollisionsrisiko für Vögel an deren Seilen gegeben. Dieses wurde im Zuge der Beurteilung von den SV nicht geprüft und somit als zusätzliches Tötungsrisiko berücksichtigt.

Es ist evident und der Aktenlage zu entnehmen, dass für die von den Materialeilbahnen ausgehenden Gefahren überhaupt keine Untersuchungen gemacht oder Vorkehrungen und Schutzmaßnahmen gegen Vogelkollisionen vorgesehen und vorgeschrieben wurden, weshalb der Tötungstatbestand in diesem Falle als erfüllt anzusehen ist.

Im Rahmen der Ausführungen zum Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung hat die SV WERNER auch dazu nachgewiesen, dass für die genannten Arten und auch den Schwarzstorch ein erhöhtes Tötungsrisiko an den Materialeilbahnen besteht.

Infolge der gänzlichen Unterlassung der Prüfung der Materialeilbahnen auf Vogelkollisionen ist das Erk und die Genehmigung inhaltlich rechtswidrig erlassen worden.



2. Fortpflanzungs- und Ruhestätten

Fortpflanzungs- und Ruhestätten - Schwarzstorch

Mehrere Bf. brachten im Zuge ihrer Beschwerdergänzungen Einwendungen hinsichtlich Schwarzstorch ein (zB. Schreiben vom 27.08.2016, OZ 95, BF 62g, BF 41, BF 39; Erk. S 48; Schreiben vom 27.09.2016, OZ 102, BF 58, Schreiben vom 26.08.2017, OZ 301, BF 41 Erk S 57). Das Gericht würdigt diese Vorbringen aber lediglich mit abwertenden Formulierungen "...dass die von den BF in der mündlichen Beschwerdeverhandlung vorgebrachten Einwendungen im Hinblick auf die im Projektgebiet behauptungsgemäß angesiedelte Schwarzstorchpopulation ... nicht auf gleichen fachlichen Niveau... zu werten" sei.

Es stellt sich die Frage, ob damit die Bedeutung des Nachweises herabgemindert werden soll?

Bei den Beobachtungen im Bereich von Adnet handelt es sich um einen Brutnachweis des Schwarzstorchs mit drei Jungvögeln im Nest. Dieser ist anhand von Fotos dokumentiert und seine Lage auf einer Karte genau verortet. Durch die Lage im Trassenkorridor ist die hohe Relevanz dieses Brutplatzes als Niststätte im Sinne des § 31 SNSchG dokumentiert und eindeutig belegt. Eine entsprechende Meldung ist auch in der Biodiversitätsdatenbank des Hauses der Natur abrufbar. Die Meldung erfolgte nach einer Begehung vor Ort durch den Leiter der ornithologischen Arbeitsgemeinschaft am Haus der Natur, der auch als ornithologischer Kurator am Haus der Natur tätig ist.

Weitere Schwarzstorchbeobachtungen mit Einflug in den Wald am Nocksteineinhang sind ebenfalls fotografisch dokumentiert und in der Biodiversitätsdatenbank des Hauses der Natur aufgenommen. Aufgrund des Zeitraumes der Beobachtungen besteht hier ebenfalls eine hoher Brutverdacht, obwohl aus Gründen der Vermeidung von Störungen keine direkte Horstsuche erfolgte.



In seinen Ausführungen versucht der ornithologische SV die durch die 380 kV-Salzburgleitung bewirkte Beschädigung bis Zerstörung dieser Niststätten mit dem Hinweis auf die Größe eines Schwarzstorchrevieres von 100 km² zu relativieren. Damit wird aber die Bedeutung des Brutplatzes, als die zentrale Funktion für die Fortpflanzung nicht berücksichtigt. Ebenso wird verschwiegen, dass der Schwarzstorch eine hohe Nistplatztreue und eine hohe Nesttreue aufweist, wie aus der Literatur bekannt ist. Wären diese Tatsachen berücksichtigt worden, wäre klar, dass einerseits ein im Bereich des Trassenauftriebs gelegener Nistplatz jedenfalls vernichtet wird. Da die 380 kV-Salzburgleitung im Nahbereich des Brutplatzes und der damit zusammenhängenden deutlich erhöhten Flugfrequenz (vgl. u.a. Werner 10.8.2017) ein erhebliches Flughindernis darstellt, so dass auch in diesem Zusammenhang von der Beschädigung der Niststätte jedenfalls ausgegangen werden muss.

Hätte das Gericht diese Einwendungen entsprechend gewürdigt, hätte es feststellen müssen, dass durch Bau und Betrieb der 380 kV-Salzburgleitung beim Schwarzstorch der Verbotstatbestand der Beschädigung und Vernichtung von Niststätten gegeben ist.

Fortpflanzungs- und Ruhestätten - "Waldvögel"

Die Bezeichnung Waldvögel ist kein systematischer Begriff, sondern umfasst sämtliche waldlebende Vogelarten. Im gegenständlichen Fall sind darunter jene, nicht jagdbaren Arten zu verstehen, die dem SNSchG unterliegen, darunter: z.B. Schwarzstorch, die Spechtarten, wie u.a. Schwarz-, Grün-, Grau-, Weißrücken- und Dreizehenspecht; Zwergschnäpper, Dohle u.a.

Von der Bf wurde mehrfach eingewendet, dass die Schlägerungen und Rodungen bei Waldvogelarten zu einem Verlust von Fortpflanzungs- und Ruhestätten kommen wird (u.a. Beschwerde vom 27.1.2016, mündliche Verhandlung).

Diese Einwendungen wurden vom SV Ornithologie zu keiner Zeit artbezogen geprüft und abgearbeitet. Als Beweis wird ein Auszug aus der VHS (S 146) vorgelegt:



Sabine Werner LUA: Bei den artenschutzrechtlichen Bestimmungen geht es nicht um die Population, sondern um das jeweilige Paar. Wo sind durch den Trassenneubau bzw. die Demontage Fortpflanzungs-, und Ruhestätten für Dreizehenspecht, Grauspecht, Sperlingskauz und Zwergschnäpper betroffen? Können Sie das Vorkommen von Brutpaaren dieser geschützten Vogelarten im Trassenbereich ausschließen, obwohl keine detaillierten Verbreitungskarten für die einzelnen Arten vorliegen, und wurden die neuen Erhebungen zu Eulen, Spechten und Zwergschnäpper von Pöhacker und Weber in Bezug auf die Brutreviere dieser Arten berücksichtigt?

SV Gattermayr: Nein, selbstverständlich kann ich das Vorkommen von Brutpaaren nicht ausschließen. Im Rahmen der artenschutzrechtlichen Beurteilung wurden die einzelnen Verbotstatbestände geprüft. Daraus geht hervor, dass derartige Verbotstatbestände für geschützte Vogelarten sowohl in der Bau- als auch in der Betriebsphase unter Berücksichtigung sämtlicher Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen nicht verwirklicht sind. Zur zweiten Frage in Bezug auf Pöhacker und Weber: Sofern die Reviere im Trassenbereich liegen wurden sie entsprechend berücksichtigt bzw. wurde dies größtenteils bereits im Rahmen der UVE berücksichtigt.

(Anmerkung: Die Kartierung von Pöhacker und Weber im Frühjahr 2016 durchgeführt. Die UVE stammt aus 2013).

Sabine Werner LUA: Wohin können die aus dem Trassenbereich vertriebenen Brutvögel in einem artspezifischen Aktionsraum ausweichen und können Sie sicherstellen, dass für diese Brutpaare unbesetzte Lebensräume vorhanden sind?

SV Gattermayr: Das betrifft wieder die artenschutzrechtliche Prüfung, welche bereits mehrfach beantwortet wurde. Ich verweise auf mein GA.

Eine entsprechende Information bzw. Abarbeitung dieser Frage ist dort aber nicht zu finden.



In seinem Gutachten geht der SV Ornithologie wiederum nur allgemein und relativierend auf die Fragestellung ein und führt aus dass eine Zerstörung eines Höhlenbaumes (außerhalb der Brutzeit, siehe Auflagen) durch Fällung oder Rodung führt nicht gleichzeitig zu einer funktionalen Zerstörung eines Revieres führte und daher keine Erfüllung des Tatbestandes darstelle (GA BVwG S 57). Die Ausführungen des SV Ornithologie stehen damit sogar im Widerspruch zu Feststellungen in der UVE Ornithologie (Kollar 2013), wo der Verlust von Brutplätzen für bestimmte Vogelarten für einzelne Teilräume beschrieben wird (u.a. Stn der Bf vom 24.3.2015).

Bereits in der Einwendung vom 24.3.2015 hat die Bf auch darauf hingewiesen, dass gemäß Leitfaden der EU-Kommission Fortpflanzungs- und Ruhestätten nicht nur dann einem Schutz unterliegen, wenn sich die geschützten Arten dort aufhalten. Eine Beschädigung oder Vernichtung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten, welche wiederholt bzw. regelmäßig genutzt werden, kann somit auch vorliegen, wenn sie außerhalb der Brut- oder Überwinterungszeit erfolgt.

Offenbar geht der SV Ornithologie trotzdem von einem Erfordernis den Lebensraumverlust und damit Fortpflanzungs- und Ruhestätten, die dem Leitungsbau zum Opfer fallen, zu kompensieren. Denn mit Aufl 425. wurden nunmehr 4 zusätzliche Altholzzellen von mindestens 16 ha im Tennengau samt Detailkonzept, welches mit der Behörde abzustimmen ist, vorgeschrieben. *"Der SV Ornithologie hat im Rahmen der fachlichen Bearbeitung der Beschwerdevorbringen festgestellt, dass bei der Berechnung der Ausgleichsflächen eine Differenz von 78 ha für Altholzzellen nicht berücksichtigt wurden (vgl. GA-BVwG S 58). Um den Verlust von Lebensraum für Vogel – und Fledermausarten zu vermindern bzw. zu kompensieren sind aus seiner Sicht weitere Altholzzellen in einem Ausmaß von 16 ha vorzuschreiben."*



Auch wenn aus naturschutzfachlicher Sicht der Erhalt von Altholzzellen positiv zu bewerten ist, die Ermittlung der erforderlichen Flächengröße erfolgte rein rechnerisch und erfüllt weder Kriterien hinsichtlich Artspezifität noch kann - da ja eine Detailkonzept erst vorgelegt werden muss - beurteilt werden, für welche Waldvogelarten diese Altholzzelle eine mögliche Kompensation bewirken kann.

Wie in den Einwendungen vom 22.8.2017 zusammengefasst, ist weder quantifiziert, wo und in welchem Ausmaß bzw. für welche Vogelarten Fortpflanzungsstätten durch die 380 kV-Salzburgleitung vernichtet werden, noch wo diese Fortpflanzungsstätten zukünftig sein sollen. Der naSV verweist völlig unbestimmt auf sämtliche Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahme. Zeitliche Einschränkungen für Schlägerungen oder Bau, Vogelschutzmarkierungen, CEF-Maßnahmen Auerhuhn, Altholzzellen, etc können aber nicht verhindern, dass Ruhe- und Fortpflanzungsstätten beschädigt oder vernichtet werden. Dafür kann eine Eingriffsminderung nur dann gegeben sein, wenn neue, attraktive weitgehend unbesiedelte, aber funktionstüchtige Lebensräume in ausreichender Qualität und Quantität zur Verfügung im - artspezifisch - räumlichen Zusammenhang hergestellt werden. Denn ansonsten werden durch die "Abschiebung" der von den Eingriffen betroffenen Brutpaare lediglich andere Brutpaare der geschützten Arten verdrängt. Ohne Brutvogelkartierung der betroffenen Vogelarten - um nur die Höhlenbrüter Dreizehenspecht, Weißrückenspecht, Grauspecht oder Zwergschnäpper zu nennen, kann seriös nicht behauptet werden, dass diese entweder in das Umfeld ausweichen oder die - sehr lokalen - Altholzzellen aus dem Detailkonzept nutzen können. Es ist auch keine Aussage möglich, ob sich diese Altholzzellen überhaupt im Nahbereich der jeweils betroffenen Fortpflanzungsstätte der jeweiligen Vogelart befinden. Außerdem werden diese Maßnahmenflächen " für sonstige Vögel" (die der naSV nicht konkretisieren kann (VHS S 179) bereits von den Vogelarten, deren Habitatansprüche erfüllt sind, genutzt. Da gerade während der Brutzeit die genannten Vogelarten ihr Brutrevier verteidigen und keine Eindringlinge zulassen, ist hier auch keine weitere Besiedlung ohne Verdrängung möglich.



Das Gericht hätte bei Würdigung der Einwendungen feststellen müssen, dass durch Bau und Betrieb der 380 kV-Salzburgleitung Niststätten geschützter wertgebender Vogelarten vernichtet werden und damit der Verbotstatbestand erfüllt ist.

IV. Vögel (Federwild) JagdG

1. Rechtswidrige Anwendung von Naturschutzrecht auf jagdliche Arten:

Die Salzburger Rechtslage im Artenschutz differenziert klar zwischen Naturschutzrecht einerseits und Jagdrecht andererseits.

Jagdbare Arten bzw. Wild unterliegen nicht den artenschutzrechtlichen Bestimmungen des Sbg Naturschutzrechts (siehe dazu insbesondere die im Erk auf den Seiten 227ff bis 232 zitierten Bestimmungen § 32 Abs 1 Sbg NSchG, § 1 Abs 3 und § 4 Abs 1 Buchstabe b und c sowie § 4 Abs. 3, jeweils Sbg. Pflanzen- und Tierarten-Schutzverordnung 2001).

Dennoch wendet das BVwG offensichtlich die artenschutzrechtlichen Bestimmungen des Naturschutzrechts - offenbar gemeinsam mit den Bestimmungen des JagdG - auf ausschließlich dem JagdG unterliegende Arten an (siehe Erk S 546ff).

Dies ergibt sich aus der in der rechtlichen Beurteilung zitierten und verwendeten Rechtslage zum Salzburger Naturschutzgesetz und den rechtlichen Ausführungen insb auf den Seiten 553 und 563 des Erk:

Auf Seite 553 ist die Rede von "Ausgleichsfähigkeit" des Vorhabens und von der Erteilung von "Ausnahmebewilligungen" unter Verbindung mit Ausgleichsmaßnahmen. Das würde voraussetzen, dass das Gericht ein Ausnahmeverfahren gemäß § 104b JagdG (oder §34 NSchG) durchgeführt hätte: dann hätte es aber auch eine Alternativenprüfung und vor allem die Prüfung eines dort normierten Ausnahmegrundes vornehmen müssen. Für das ggst Vorhaben existiert aber bei Betroffenheit von Vögel kein Ausnahmegrund, sodass eine Ausnahmebewilligung zu versagen wäre. Eine solche Prüfung hat das VwG aber



rechtswidrig nicht durchgeführt, sondern nur die angebliche Prüfung des Erhaltungszustands und die Vorschreibung von Ausgleichsmaßnahmen vorgezogen, um die Verwirklichung eines Verbotstatbestands ausschließen zu können. Dies ist aber unionsrechtswidrig wie bereits oben eingewendet.

Auf Seite 563 wendet die Behörde sogar den § 3a des Salzburger Naturschutzgesetzes an. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass das VwG damit nicht nur auf "Ersatzleistungen" in dieser Bestimmung anspielen möchte (welche das Gericht völlig zusammenhanglos auf von ihm angenommene "Ausgleichsmaßnahmen" eines Ausnahmeverfahrens umlegt, in Wahrheit aber vorgezogene Ausgleichsmaßnahmen/CEF-Maßnahmen meint), sondern auch auf das von ihr angenommene öffentliche Interesse am Vorhaben. § 3a NSchG ist aber auf die artenschutzrechtlichen Bestimmungen des Vogelschutzes nicht anzuwenden und ein zwingendes bzw. überwiegendes öffentliches Interesse ist nach der Vogelschutzrichtlinie nicht normiert und daher unbeachtlich.

So werden zwar in der rechtlichen Beurteilung des VwG die Bestimmungen des Jagdrechts (insb. § 103 Abs. 2 Sbg JagdG) ebenso zitiert, aber in Vermengung mit naturschutzrechtlichen Vorschriften zum Artenschutz und zum öffentlichen Interesse in rechtlich nicht nachvollziehbarer und willkürlicher Art und Weise und damit in einer die Rechtssicherheit massiv beeinträchtigenden Anwendung gebracht.

Es steht dem Vollzug nicht frei, anstelle der gesetzlich vorgesehenen Rechtsgrundlage (hier das Jagdrecht) einfach beliebig eine andere Rechtsgrundlage zu wählen (hier das Naturschutzrecht).

Im vorliegenden Fall verletzt das BVwG das Recht, dass das besondere Artenschutzrecht des Naturschutzrechts auf Tierarten keine Anwendung findet, welche diesem besonderen Artenschutzrecht ausdrücklich nicht unterliegen.

Damit weicht das BVwG von jedweder Judikatur des VwGH zum Naturschutzrecht (und auch zum Jagdrecht) ab, indem es unter grober Rechtsverkennung die genannten Bestimmungen des Naturschutzrechts (und nicht jene des Jagdrechts) anwendet, weshalb das angefochtene Erk inhaltlich rechtswidrig erlassen wurde.



2. Tötung Federwild: Rechtswidrige Würdigung des gutachterlichen Nachweises eines erhöhten Tötungsrisikos für Federwildarten

Als Federwild iS des § 4 JagdG gelten die Vogelarten Auerhuhn, Birkhuhn, Wanderfalke und Uhu. In der Folge sind die Federwildarten unterstrichen.

Die Tötung von Vögeln durch eine Kollision mit den Seilen von Stromleitungen und auch Masten ist in der Literatur vielfach beschrieben und auch im gegenständlichen Verfahren unbestritten (vgl. UVE Fachbereich Ornithologie, UVGA Ornithologie, Wildökologie, etc.).

Der SV Ornithologie GA BVwG S 116 führt dazu aus: „Dies trifft beispielsweise auf Raufußhühner zu. Weiters können auch Arten(gruppen) aufgrund sinnesphysiologischer Eigenschaften wie z.B. ein eingeschränktes, binokulares Sichtfeld bzw. durch ihr Flug- oder Jagdverhalten verstärkt betroffen sein. Dazu sind folgende projektrelevanten Arten zu zählen: Uhu, Wanderfalke, Steinadler und Schwarzstorch.“ Daher wurde von der Bf, das Gutachten „Bewertung des Tötungsrisikos ausgewählter Vogelarten an der geplanten 380 kV-Salzburgleitung unter Anwendung des Methodenstandards nach Bernotat & Dierschke (2016)“ von Werner (10.8.2017) für die besonders betroffenen Vogelarten Schwarzstorch, Auerhuhn, Birkhuhn, Wanderfalke und Uhu vorgelegt. Dabei handelt es sich um eine unter Einbeziehung von Experten erarbeitete und abgestimmte Methode für eine wissenschaftlich und nachvollziehbar begründete Beurteilung des Kollisionsrisikos sowie anderer Mortalitätsrisiken von Vogelarten nach BERNOTAT, D. & DIERSCHKE, V. (2016): Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen – 3. Fassung – Stand 20.09.2016, 460 Seiten..

Gerade beim Gebiets- und Artenschutz kommt wissenschaftlich abgeleiteten Kriterien und Maßstäben eine hohe Bedeutung zu, zumal in der Rechtsprechung die Anforderungen mittlerweile gestiegen sind: Neben der „Berücksichtigung der besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse“ (EuGH 07.09.2004, Rs. C-127/02, Rn. 54, 61) und der „Ausschöpfung aller wissenschaftlichen Mittel und Quellen“ “(Kokott zu C-127/02; BVerwG 17.1.2007, Az. 9 A 20.05, Rn. 62) bestehen strenge Prüf- und Vorsorgemaßstäbe,



so dass „aus wissenschaftlicher Sicht keine vernünftigen Zweifel“ (EuGH 07.09.2004, Rs. C-127/02, Rn. 61) bestehen.

Zur Prognose und Bewertung der Mortalität wurden daher von Bernotat und Dierschke „Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen“ entwickelt. In einem sog. Mortalitäts-Gefährdungs-Index wurden bereits 2012 Arten auf Grundlage einer Vielzahl an populationsbiologischen sowie naturschutzfachlichen Parametern hinsichtlich ihrer allgemeinen Gefährdung gegenüber anthropogener Mortalität eingestuft. Ergänzt wurde das Verfahren durch Einarbeitung von europäischen Forschungsergebnissen in Hinblick auf „anlagebedingte Mortalität“, beispielsweise von Vögeln an Freileitungen, Windkraftanlagen, etc.

Damit stehen mittlerweile fachlich anerkannte Methodenstandards zur Beurteilung und Bewertung des Tötungsrisikos zur Verfügung, bei dem unter Berücksichtigung

- von artspezifischen Kollisionsrisiken (z.B. Bewegungsmuster, Flughöhen, Attraktionswirkungen etc.),
- projektspezifischen Komponenten (z.B. Leitungskonfiguration, Seilstärke etc.),
- räumlichen Konfliktkonstellationen (z.B. Durchschneidung von Brutgebieten, Querung von Migrationskorridoren oder Flugrouten etc.) und
- Minderungsmaßnahmen (Markierung, sowie Ausführungen zu Demontage und CEF-Maßnahmen)

eine nachvollziehbare Beurteilung möglich ist.

Unter Berücksichtigung dieser Parameter, die zum größten Teil auch die Ausführungen des SV Wildökologie einbinden, wurden von Werner im Fachgutachten „Bewertung des Tötungsrisikos ausgewählter Vogelarten an der geplanten 380 kV-Salzburgleitung unter Anwendung des Methodenstandards nach Bernotat & Dierschke (2016)“ (Werner 10.8.2017 vorgelegt mit der Stn der Bf 22.8.2017) die einzelnen Parameter abgearbeitet und folgende begründete Schlussfolgerung gezogen:



Fazit:

Die 380 kV-Salzburgleitung betrifft

- Arten mit einem sehr hohen Anflugrisiko: Schwarzstorch und Auerhuhn,
- Arten mit einem hohen Anflugrisiko: Birkhuhn, Wanderfalke und Uhu,
- und sehr hohem (Schwarzstorch) und hohem Mortalitäts-Gefährdungsindex (Auerhuhn, Birkhuhn, Wanderfalke, Uhu),

Die Arten Schwarzstorch, Auerhuhn, Wanderfalke, Uhu besitzen

- im Bereich des Vorhabens Brut- und Fortpflanzungsstätten und es gibt nur
- gering wirksame Minderungsmaßnahmen, die das Tötungsrisiko nicht ausreichend herabmindern können.

Aufgrund der Situierung der geplanten Leitung in zentralen, teils direkt für die Fortpflanzung genutzten Lebensräumen von Schwarzstorch, Auerhuhn, Wanderfalke und Uhu, der Zerschneidung wesentlicher Flugkorridore und der hohen Konfliktintensität der 380 kV-Salzburgleitung ergibt sich für diese Vogelarten ein extrem hohes konstellationsspezifisches Risiko.

Aufgrund der hohen Konfliktintensität der 380 kV-Salzburgleitung, der Situierung der geplanten Leitung im weiteren Aktionsraum und der Zerschneidung regelmäßig genutzter Flugwege zwischen Brutplätzen und Nahrungshabitat ergibt sich für das Birkhuhn ein hohes konstellationsspezifisches Risiko.

Die vorgesehenen Minderungsmaßnahmen durch das Anbringen von Vogelschutzmarkierungen sind für diese Vogelarten nur von geringer Wirkung und sind nicht geeignet um das signifikant erhöhte Tötungsrisiko bei Schwarzstorch, Auerhuhn, Birkhuhn, Wanderfalke und Uhu zu vermeiden.

Damit ist für Schwarzstorch, Auerhuhn, Birkhuhn, Wanderfalke und Uhu von einem signifikant erhöhten Tötungsrisiko durch Kollisionen an der 380 kV Salzburgleitung auszugehen. Damit ist der artenschutzrechtliche Verbotstatbestand der Tötung erfüllt.



Diese mit standardisierter Methode anhand wissenschaftlich erarbeiteter Kriterien getroffene Feststellung steht im Gegensatz zu den artspezifisch nicht standardisierten Ausführungen des SV Ornithologie, der zwar richtigerweise zahlreiche Gründe und Faktoren aufzählt, warum das Kollisionsrisiko bei den genannten Vogelarten eklatant ist und eine erhöhte

Kollisionsgefahr der Arten mit den Leitungsseilen konstatiert, dann aber *„unter Berücksichtigung der Maßnahmen wie der durchgehenden Markierung des Erdseiles, der relativ dicken Seile bzw. Seilbündel sowie der Demontage, die die Länge der neuen Leitung um ca. 66 Kilometer übersteigt, bleibt zusammenfassend die Beurteilung im Rahmen des behördlichen Verfahrens aufrecht: durch den Bau und den Betrieb der geplanten 380-kVSalzburgleitung ist der Verbotstatbestand der Tötung aus Sicht von REVITAL weder für den Uhu noch für den Wanderfalken bzw. andere Vogelarten erfüllt“* ansieht (SV Ornithologie GA BVwG S 54). Dies ist fachlich nicht nachvollziehbar und wurde durch das vorgelegte Gutachten widerlegt. Denn die vom SV Ornithologie aufgezählten Gründe, warum die Tötung doch nicht signifikant sei, liegen lediglich in

- der Seildicke. Mittlerweile ist die Aussage, dass größere Seilstärken ein geringeres Kollisionsrisiko bewirken wissenschaftlich widerlegt (Beschwerde vom 27.2016, Werner 10.8.2017).
- in der Demontage bestehender Stromleitungen. Diese betrifft aber gar nicht Leitungen im Lebensraum der Arten (z.B. Auerhuhn und Birkhuhn), bzw Leitung in größerer Distanz vom Brutplatz als die 380 kV-Leitung (Wanderfalke und Uhu).

Der SV Ornithologie und auch das Gericht berücksichtigen pauschal die gesamte Demontage der Bestandsleitung bei der Beurteilung von Verbotstatbeständen (Tötung) als mindernd für alle betroffenen Vogelarten (BVwG-GA REVITAL S 54, Erk S 301), und kommen u.a. deshalb weil die Demontage, die Länge der neuen Leitung um ca. 66 Kilometer übersteigt, zu dem Schluss, dass durch den Bau und den Betrieb der geplanten 380- kVSalzburgleitung der Verbotstatbestand der Tötung weder für den Uhu noch für den Wanderfalken bzw. andere Vogelarten erfüllt. “



Wie die BF bereits eingewendet hat (Stn vom 13.7.2017) betreffen Rückbauten im Tal bspw in landwirtschaftlich bewirtschafteten Kulturlandschaften oder im Hochgebirge andere Vogelarten/Populationen, als der Neubau der Leitung im Wald mit den entsprechenden Waldvogelarten. Eine Art im Offenland profitiert daher vom Rückbau, eine ganz andere Art im Wald erleidet aber einen entscheidenden Nachteil durch den Neubau und profitiert eben nicht vom Rückbau, beispielsweise das Auerhuhn. Eine derart generalisierende Beurteilung über Artgrenzen hinweg ist fachlich nicht nachvollziehbar und darf fachlich auch nicht als eine Begründung für eine Nichteintreten des Tötungsverbotes angeführt werden.

Auch die Behauptung des SV Wildökologie (Erkenntnis S 379) ist durch die Karten in der UVE (Kollar 2013), in denen die Kerngebiete der Auerhühner, die von der Leitung durchschnitten werden, planlich dargestellt sind (pp 71ff), widerlegt.

Nicht berücksichtigt hat der SV Ornithologie bei seiner Einstufung wesentliche Faktoren, wie die lokale Situation, die Lage der Seiltrassen, die Bedeutung der zerschnittenen Lebensräume für die einzelnen Arten, die Flugfrequenz oder auch nur die mangelnde Sichtbarkeit von Markierungen in der Aktivitätszeit des Uhus.

Hätte das Gericht diese Einwendungen und Widersprüche im Gutachten des SV Ornithologie/Wildökologie entsprechend gewürdigt, hätte das Vorliegen des Verbotstatbestandes der Tötung festgestellt werden müssen.

Verfehlt ist auch die Annahme, *"Zur weiteren Absicherung ist ein Monitoring in der Hinterkellau vorgesehen (Nebenbestimmung 236, VH-Schrift S 146), um eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos durch Kollision im Sinne einer spürbaren Auswirkung auf die vorhandene Population zu vermeiden."* (Erk S 300) Denn weder kann mit einem Monitoring Einfluss auf den Tatbestand der Tötung genommen werden, noch ist dieses als Minderungsmaßnahme geeignet. Darüber hinaus ist Aufl 236 vorgesehen, um die Wirksamkeit der künstlichen Brutnischen zu bestimmen.

Auch von den Materialeilbahnen, die immerhin eine Gesamtlänge von 60 km erreichen werden, ist ein Kollisionsrisiko für Vögel an deren Seilen gegeben. Dieses wurde im Zuge



der Beurteilung von den SV nicht geprüft und somit als zusätzliches Tötungsrisiko berücksichtigt.

3. Fortpflanzungs- und Ruhestätten Federwild

Fortpflanzungs- und Ruhestätten- Auerhuhn

Im Rahmen des UVP-Verfahrens ist es unstrittig, dass Fortpflanzungs- und Ruhestätten des Auerhuhnes beschädigt und vernichtet werden (siehe UVGA wildökologischer SV). Bereits in der Stellungnahme vom 22.8.2017 wurde von der Bf zusammengefasst: Das artenschutzrechtliche Verbot der Vernichtung oder Beschädigung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten weist keinen Populationsbezug auf, sondern ist auf den Erhalt von Stätten gerichtet und beinhaltet nach dem Leitfaden der Kommission (2007) zum Artenschutz folgenden positiv formulierten Inhalt:

"Fortpflanzungs- und Ruhestätten müssen streng geschützt werden, da sie für den Lebenszyklus der Tiere von entscheidender Bedeutung sind und lebenswichtige Teile des Gesamthabitats einer Art bilden. Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe d) sollte deshalb so verstanden werden, dass er darauf abzielt, die kontinuierliche ökologische Funktionalität dieser Stätten zu schützen, so dass sie weiterhin alles bieten können, was für den Fortpflanzungserfolg und die ungestörte Rast der betreffenden Art erforderlich ist. Wenn diese Stätten regelmäßig aufgesucht werden, gilt der Schutz das ganze Jahr hindurch." (S 51)

Da eine Vermeidung dieses strengen Verbots im Zuge von Bauvorhaben fallweise nicht möglich ist und regelmäßig ein artenschutzrechtliches Ausnahmeverfahren vom Verbot (Art 16 FFH-RL) erforderlich wäre, hat die Europäische Kommission die Möglichkeit eröffnet, mittels kontinuierlicher Bereitstellung und damit Aufrechterhaltung der ökologischen Funktion VOR Umsetzung des Vorhabens, bereits die Erfüllung des Verbotstatbestands und damit in der Folge ein Ausnahmeverfahren zu vermeiden.



Derartige CEF-Maßnahmen müssen Bestandteil des Vorhabens sein und gewährleisten, dass die vom Vorhaben beeinträchtigten Funktionen der betroffenen Stätten bereits vorweg im artspezifisch unmittelbaren räumlichen Zusammenhang neu hergestellt werden und zum Zeitpunkt des Eingriffs in die Stätten bereits naht- und lückenlos wirksam und angenommen sein müssen. Nur so kann die durchgehende Funktionalität sichergestellt werden.

Detaillierte Ausführungen zum CEF-Konzept der Europäischen Kommission finden sich im Leitfaden (2007) auf den Seiten 53 und 54. CEF-Maßnahmen, bestätigt durch den VwGH (2011/07/0190), müssen demnach folgende Voraussetzungen erfüllen:

- **artspezifischer räumlicher Zusammenhang**
- **mindestens die gleiche (oder eine größere) Ausdehnung**
- **eine gleiche (oder bessere) Qualität (nicht schon besetzte Lebensräume)**
- **Sachverständiger Nachweis über die Wirksamkeit**
- **Nachgewiesene zeitlich lückenlose Wirksamkeit bereits vor Projektumsetzung**
- **Überwachung der Maßnahmen**

Bezugnahme zu den Ausführungen des wildökologischen SV Gattermayr:

Die Feststellung des Flächenbedarfs an CEF-Flächen für das Auerhuhn richtet sich nach einem mathematischen Modell, nicht aber nach dem realen Erfordernis, wie Bestandszahlen oder den beeinträchtigten Lebensraumfunktionen. Dies erfüllt nicht die Anforderungen im Leitfaden der EU-Kommission und entspricht nicht der üblichen Rechtspraxis. Bei allen vergleichbaren Bewilligungsverfahren, in denen CEF-Maßnahmen für das Auerhuhn notwendig waren, wurden sowohl die aktuellen Bestände als auch die zu ersetzenden Lebensraumfunktionen zugrunde gelegt. Die beeinträchtigte Eingriffsfläche wurde dabei zumindest im Verhältnis 1 : 2 ersetzt, im Gegensatz zu 1 : 0,4 für die geplante 380 kV-Leitung.



Entgegen der Aussage des wildökologischen SV Gattermayr (VHS Seite 216) sind die Lebensstätten-Funktionen der durch die Leitung beeinträchtigten Flächen nicht erhoben worden und daher nicht bekannt. Dies bestätigt auch die PW in einer Stellungnahme von Kollar vom 14.10.2013 (bzw. RA Onz vom 15.10.2013) . Wie kann der wildökologische SV Gattermayr daher davon ausgehen, dass diese Funktionen durch CEF- Flächen im Nahbereich abgedeckt sind? Denn es ist nicht zulässig, die Funktion eines Brut- und Aufzuchtgebietes (Fortpflanzungsstätte) beispielsweise durch ein Überwinterungsgebiet (Ruhestätte) zu ersetzen und umgekehrt.

Eignung: Die Auerhuhn-Bestände in den Eingriffsflächen sind nicht bekannt (VHS Seite 216), ebensowenig die bereits derzeit in den CEF-Flächen vorhandenen AuerhuhnBestände.

Im Gegensatz zur Aussage des wildökologischen SV Gattermayr im Rahmen der mündlichen Verhandlung sind die CEF-Flächen bereits derzeit von Auerhühnern besiedelt und es handelt sich nicht um potentielle (VHS Seite 216) sondern um aktuelle Lebensräume des Auerhuhns. Im vom SV zitierten Detailkonzept für die Umsetzung von CEF-Maßnahmen für das Auerhuhn vom 11.8.2014 Gutachterliche Stellungnahme Wildökologie - Anhang 3) liegen aber bereits jetzt sogar Balzgebiete (und somit Fortpflanzungsstätten) in den CEF- Flächen, z.B. Karte Mast 294-304 KG Lehen; Fläche 397 CO KG Wolfbachthal; Karte Mast 335-343 KG Taxenbach; Fläche 806 F1 KG Oberlehen; Flächen 809 L1 , 810 GO, 810 F1 KG Mühlbach . . .). Die Balzplätze beim Auerhuhn werden von i.d. R. auch als Brut- und Aufzuchtgebiete von den Hennen genutzt.

Somit kann nicht davon ausgegangen werden, dass zusätzliche Auerhühner diese CEF-Flächen besiedeln können, ohne dass dort lebende Vögel verdrängt werden. Wenn eine Fläche bereits derzeit in einem Auerhuhn-Kerngebiet gelegen ist und eine sehr gute Habitatqualität aufweist, bewirken hier Maßnahmen keine Verbesserung. Auch ist eine Aufnahme weiterer Vögel nicht möglich. Eine solche Fläche ist als CEF-Fläche nicht geeignet. Trotzdem sind solche Flächen als CEF-Flächen vorgesehen, z.B. CEF



Maßnahmenflächen Hollereggwald-Hohegg (siehe Detailkonzept Seite 22/50). Derartige Flächen erfüllen nicht die Kriterien für CEF-Flächen und sind daher ungeeignet.

Der erforderliche Zeitpunkt für die Wirksamkeit von CEF-Flächen tritt ab Eingriffsbeginn ein, dies wird auch vom wildökologischen SV Gattermayr bestätigt (VHS Seite 216). Trotzdem sieht das Monitoring einen Nachweis erst ab Seilzug vor. Der Eingriff in den Auerhuhnlebensraum setzt aber bereits mit der Trassenschlägerung und den anderen Vorbereitungen für den Bau der Freileitungen ein.

Damit sind die Kriterien mit den im UVP-Verfahren für das Auerhuhn vorgesehenen CEF-Maßnahmen nicht erfüllt.

Als Nachweis der Wirksamkeit der CEF-Flächen ist eine modellhafte - und damit rein theoretische - Berechnung der Eignung anhand von Indexpunkten nach Maßnahmenumsetzung, aber nicht die reale Beurteilung samt Erfassung der Auerhuhnbestände vor Ort. Auch wenn im Zuge des Monitorings eine Bestandserfassung erfolgt, hat gemäß Auflage 306 die ökologische Bauaufsicht die Wirksamkeit der Maßnahmen erst bis spätestens zum Beginn des Seilzuges zu bestätigen. Aber ohne den derzeitigen Auerhuhnbestand in den Flächen zu kennen, auch nicht abgeschätzt werden, ob eine Verbesserung in der Realität erfolgt ist oder nicht.

Hätte sich das Gericht mit diesen Einwendungen auseinandergesetzt, wäre hervorgekommen, dass die Beschädigung und Vernichtung der Fortpflanzungs- und Ruhestätten des Auerhuhns nicht mit den angebotenen CEF-Maßnahmen kompensiert wird und somit von der Auslösung des Verbotstatbestandes auszugehen ist.



Fortpflanzungs- und Ruhestätten - Wanderfalke

Zum Wanderfalkenbrutplatz in der Hinterkellau führt der SV Ornithologie aus (GA BVwG S 50): *"Aufgrund der nachgewiesenermaßen mehrmaligen erfolgreichen Nutzung des Horstes in der südexponierten Wand (2011, 2012 lt. UVE sowie 2015, Frühauf, mündl.) in der Hinterkellau ist davon auszugehen, dass es sich dabei um einen qualitativ guten Brutplatz für das Paar handelt. Auch wenn das Risiko, dass durch die Überspannung des Horstes eine funktionale Zerstörung des Revieres eintritt, sehr gering ist, wird dem Vorsorgeprinzip entsprechend und unter Berücksichtigung neuer Erkenntnisse zur Wirksamkeit künstlich geschaffener Nistnischen in Oberösterreich eine zusätzliche Auflage formuliert. Somit ist weder von erheblichen negativen Auswirkungen auf das einzelne Brutpaar auszugehen noch sind negative Auswirkungen auf die lokale Wanderfalkenpopulation gegeben."*

Der SV Ornithologie stellt weiters fest, dass der Wanderfalkenhorst in der Hinterkellau überspannt wird und daher höchstwahrscheinlich nicht mehr für den Wanderfalken nutzbar sein wird (GA BVwG S 119, Erkenntnis S 299). Diese Tatsache erfüllt den Tatbestand der Beschädigung einer Fortpflanzungsstätte, wie von der Bf. bereits mehrfach eingewendet wurde (u.a. Beschwerde vom 27.1.2016, Stn vom 22.8.2017). Eine Relativierung des Eingriffs damit, dass nur ein geringes Risiko bestehe, dass eine "funktionale Zerstörung des Reviers" eintritt, ist nicht nachvollziehbar, zumal die Situierung der 380 kV Salzburgleitung im Bereich der Brutwand jedenfalls die Anflugmöglichkeiten der Wanderfalken zur Felswand massiv und dauerhaft einschränkt. Das Ausweichen des hier betroffenen Brutpaares ist nicht realistisch, wie die Bf. bereits ausgeführt hat, da gerade in diesem Bereich geringe Abstände zwischen mehreren Wanderfalken-Brutwänden gegeben sind. Die geeigneten Felswände im Umfeld der Hinterkellau sind somit bereits von anderen Brutpaaren besetzt (z.B. Paß Lueg, Bluntautal), andere Felswände in der Umgebung sind zu klein, zu niedrig, oder weisen keine Überhänge auf (siehe u.a. Beschwerde vom 27.1.2016, Stn vom 22.8.2017). Brutfelsen stellen neben der Nahrungsverteilung den limitierenden Faktor für die Verbreitung des Wanderfalken dar, wie die Bf. bereits eingewendet hat (siehe Slotta-Bachmayr und Werner 2013).



Ohne nachvollziehbare fachliche Gegenargumente zu diesen Einwänden wird im Erkenntnis (S 311) festgestellt, *„dass sich der Wanderfalke insofern anpasst, als er andere Lebensräume aufsucht und die vorgesehen Freistellungen von geeigneten Felswänden als lebensraumverbessernde Maßnahme geeignet ist, dem Verbotstatbestand entgegenzuwirken.“* Aus diesem Grund sollen mit Aufl 236 zwei Felsnischen vorzugsweise an der Wand in der Hinterkellau oder an einer potenziell für den Wanderfalken geeigneten Felswand entlang des innerhalb der nördlichen Kalkalpen gelegenen Salzchtales als Brutnischen künstlich hergestellt werden. Diese Maßnahme ist als CEF-Maßnahme zu werten, da damit eine Kompensation der Beschädigung des Nistplatzes an der Felswand Hinterkellau erfolgen soll. Die Einwendungen der Bf., dass in der wissenschaftlichen Literatur bei alpinen Wanderfalken bisher keine erfolgreiche CEF-Maßnahme durch künstliche Anlage von Brutnischen nachgewiesen ist, wurde vom Gericht nicht gewürdigt. Das Beispiel der Wanderfalken in Linz betrifft nicht die alpine Population des Wanderfalken. Es herrschen dort völlig andere Lebensraumbedingungen und auch der dortige Brutplatz in den Urfahrwänden ist nicht mit den Brutfelsen im Projektgebiet vergleichbar. In der alpinen Region wurde beim Wanderfalken nie eine Wiederansiedlung mit gezüchteten Vögeln durchgeführt, daher ist bei diesen Vögeln auch nie eine Prägung auf künstliche Nischen erfolgt. Diese in Aufl 294 vorgesehene Maßnahme entspricht somit nicht dem Stand der Wissenschaft und es kann daher auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Maßnahme erfolgreich ist. Die Vorschreibung eines Monitorings über 10 Jahre ist wohl ein Beleg dafür, dass auch das Gericht die Wirksamkeit als fraglich einstuft. Jedenfalls sind mit dieser Maßnahme keinesfalls die strengen Prüf- und Vorsorgemaßstäbe erfüllt, so dass „aus wissenschaftlicher Sicht keine vernünftigen Zweifel“ (EuGH 07.09.2004, Rs. C-127/02, Rn. 61) am Erhalt der Funktion der Fortpflanzungsstätte besteht. Im Bereich des Wanderfalkenbrutplatzes Hinterkellau ist jedenfalls vom Eintreten des Verbots der Beschädigung von Fortpflanzungsstätten auszugehen.



4. Störung

Im Erk sind Störungen in der Bauphase unbestritten. *"In der Bauphase kommt es durch die Errichtung von Baulagern zu einem temporären Flächenverlust sowie zu optischen und akustischen Störungen (LKW-Fahrten, Baggerungen, Fällungsarbeiten, Hubschrauberflüge u.a.). Die vorgeschriebenen Nebenbestimmungen und Bauzeitbeschränkungen während der besonders sensiblen Balz- und Brutzeit reduzieren populationsmindernde Auswirkungen auf die einzelnen Arten im Projektgebiet."* (S 286). Allerdings werden die Störungen damit relativiert, dass populationsmindernde Auswirkungen nicht gegeben seien. Dies entspricht aber nicht § 103 Abs 2b, nach dem jede absichtliche Störung dieser Arten, insbesondere während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeit von Wildtieren verboten ist.

Als Wild im Sinne des § 4 JagdG gelten wildlebende Tiere der nachstehenden Arten:

2. Federwild:

- a) Hühnervögel: **Auerhuhn** (Tetrao urogallus), **Birkhuhn** (Tetrao tetrix), Rackelhuhn, **Haselhuhn** (Bonasa bonasia), Steinhuhn (Alectoris graeca), **Alpenschneehuhn** (Lagopus mutus), Rebhuhn (Perdix perdix), Fasan (Phasianus colchicus);
- b) Greifvögel: **Steinadler** (Aquila chrysaetos), **Wespenbussard** (Pernis apivorus), **Mäusebussard** (Buteo buteo), **Habicht** (Accipiter gentilis), **Sperber** (Accipiter nisus), **Turmfalke** (Falco tinnunculus), **Baumfalke** (Falco subbuteo), **Wanderfalke** (Falco peregrinus), **Schwarzmilan** (Milvus migrans), Bartgeier (Gypaetus barbatus), **Gänsegeier** (Gyps fulvus), **Rohrweihe** (Circus aeruginosus);
- c) Eulen: Schleiereule (Tyto alba), **Uhu** (Bubo bubo), **Waldohreule** (Asio otus), Sumpfohreule (Asio flammeus), **Rauhfußkauz** (Aegolius funereus), Steinkauz (Athene noctua), **Sperlingskauz** (Glaucidium passerinum), **Waldkauz** (Strix aluco);
- d) Wildtauben: **Hohлтаube** (Columba oenas), **Ringeltaube** (Columba palumbus), **Türkentaube** (Streptopelia decaocto); Turteltaube (Streptopelia turtur);
- e) Rabenvögel: **Rabenkrähe** (Corvus corone corone), Nebelkrähe (Corvus corone cornix), **Elster** (Pica pica), **Eichelhäher** (Garrulus glandarius), **Kolkrabe** (Corvus corax);



- f) Wasservögel: Saatgans (*Anser fabalis*), Graugans (*Anser anser*), **Stockente** (*Anas platyrhynchos*), Krickente (*Anas crecca*), Tafelente (*Aythya ferina*), **Reiherente** (*Aythya fuligula*), **Höckerschwan** (*Cygnus olor*), **Bekassine** (*Gallinago gallinago*), **Waldschnepfe** (*Scolopax rusticola*), **Lachmöve** (*Larus ridibundus*), **Haubentaucher** (*Podiceps cristatus*), **Grau- oder Fischreiher** (*Ardea cinerea*), **Bläßhuhn** (*Fulica atra*), **Kormoran** (*Phalacrocorax Carbo*).

Alle fettgedruckten Vogelarten wurden bei den Kartierungen für die UVE Ornithologie nachgewiesen. Dazu führt die UVE Ornithologie (Kollar 2013) aus: *“Das Untersuchungsgebiet hat für die festgestellte Avifauna Bedeutung sowohl als Brutgebiet, als auch als Durchzugsraum und Winter- bzw. Sommeraufenthaltsgebiet. Für viele Arten – v. a. in den Bergwaldgebieten – stellen die untersuchten Lebensräume Ganzjahreslebensräume dar, in denen lediglich kleinräumige Vertikalwanderungen entsprechend der Schneelage durchgeführt werden.”*

In einer Tabelle der UVE Ornithologie (S 188 ff) sind darüber hinaus die Betroffenheiten durch Lärm bzw. optische Störungen aufgelistet, ebenso die Ursachen der Störung durch Baustelle, Wegebau, Aufhieb/Bau. Die in der Tabelle angeführte Milderung durch Bauzeitenbeschränkung wurde durch die im Erkenntnis größtenteils nur optional vorgesehenen zeitlichen Einschränkungen durch die ökologische Bauaufsicht massiv eingeschränkt. Siehe nachfolgende Tabelle:



	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
196: Verbot Forstlicher Arbeiten während Bauzeit, Demontage und Bestand. In Ausnahmefällen Einzelbäume durch Zustimmung der ÖBA oder der Behörde				X	X	X						
196: „ allfällige Baubeschränkung “ durch ÖBA	o	o	o				o	o				
197: „ Bauzeiteinschränkung “ durch ÖBA <u>in sensiblen Gebieten, in der Brut und Aufzuchtzeit außerhalb „Bauverbotszeitraum“ in 196</u>	o	o	o				o	o				
197: Bauverbot für fünf Felsenbrüterstandorte												
307: Bauverbot in <u>Auerhuhnlebensräumen</u>			X				X					
309: Hubschrauber in Auer- und Birkhuhn-Lebensräumen, In Einzelfällen Ausnahmen durch ÖBA			X	X	X	X	X					
UVE Ornithologie Demontage im Hochgebirge												

Rot: Verbot

Orange: Sektorales Verbot für forstliche Arbeiten

Grau: Optionale zusätzliche Beschränkungen durch die ÖBA

X: Ausnahmen im Einzelfall durch Entscheidung durch die ÖBA

Bei vielen Arten ist auch dadurch nicht die gesamte Brut- und Aufzuchtzeit abgedeckt. Auch sind bei den Felsenbrütern nur 5 der 7 betroffenen Brutplätze in Aufl 197 explizit angeführt. Es fehlen der Paß Lueg und die Fuschertalquerung. Bei den Eulen ist eine Störung durch Einschränkung der Bauzeiten auf den Tag zwar in der Nacht nicht gegeben, sehr wohl aber tagsüber in der Ruhephase. Störungen in der Überwinterungszeit sind nicht eingeschränkt. Eine Bauzeit im Winter ist generell möglich und sogar teilweise explizit



vorgeschrieben (Aufl 215). Bei den störungssensiblen Raufußhühnern ist eine Bauzeiteneinschränkung lediglich in Auerhuhnlebensräumen vorgesehen, eine Beschränkung von Hubschrauberflügen in Auer- und Birkwildlebensräumen, mit optionaler Freigabe durch die ökologische Bauaufsicht ist möglich. Keinerlei Beschränkung ist in Lebensräumen des Schneehuhns im Hagengebirge (ESG Kalkhochalpen) vorgesehen. Hier deckt das generelle Bauverbot gemäß UVE Ornithologie (Kollar 2013) von der Anfang April beginnenden und Mitte September endenden Brut- und Aufzuchtzeit lediglich die Monate Mai und Juni ab.

Entsprechende Einwendungen der Bf (Beschwerde vom 27.1.2016) zeigen teilweise artspezifisch, teilweise lebensraumspezifisch, dass die vorgesehenen zeitlichen Einschränkungen, die besonders geschützte Fortpflanzungs- und Aufzuchtzeit nicht abdecken. Hätte das Gericht diese Einwendungen entsprechend gewürdigt, hätte es feststellen müssen, dass eine Störung von Federwildarten in den besonders geschützten Zeiten gegeben ist.

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich daraus:

- Störung in der gesetzlich geschützten Kernzeit der Brut- und Aufzuchtzeit im April, Mai und Juni bei allen Vogel- und Federwildarten (ausg. Auerwild) durch fehlende Vorschriften von Bauzeitbeschränkungen
- Störung in der gesetzlich geschützten Überwinterungszeit zumindest im November und Dezember bei allen Vogel- und Federwildarten (ausg. Auerwild) durch fehlende Vorschriften von Bauzeitbeschränkungen

Auf das weitere Vorbringen im Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung wird verwiesen. **Die Genehmigung wurde daher hinsichtlich des Verbotstatbestands der Störung mangels Vorschreibung von Bauzeitbeschränkungen rechtswidrig erteilt.**



ANTRAG AUF ZUERKENNUNG DER AUFSCHIEBENDEN WIRKUNG

Einer Revision kann gemäß § 30 Abs 2 VwGG die aufschiebende Wirkung dann zuerkannt werden, wenn dem nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen und nach Abwägung der berührten öffentlichen Interessen und Interessen anderer Parteien mit dem Vollzug des angefochtenen Erkenntnisses oder mit der Ausübung der durch das angefochtene Erkenntnis eingeräumten Berechtigung für den Revisionswerber ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre.

Der Gerichtshof hat in seiner Judikatur dazu strenge Richtlinien hinsichtlich der Konkretisierungspflicht, sowohl zu den geltend zu machenden Interessen, als auch zum Nachweis eines tatsächlichen Nachteils und dessen Unverhältnismäßigkeit aufgestellt.

Als "unverhältnismäßiger Nachteil" für die Revisionswerberin ist ggst eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der von den Rw. zu vertretenden öffentlichen Interessen auf Einhaltung von Umweltschutzvorschriften als Folge einer Umsetzung des angefochtenen Bescheides in die Wirklichkeit zu verstehen. Ein "unverhältnismäßiger Nachteil" für die Rw. läge daher in Ansehung der durch das UVP-Gesetz und in dessen Anwendung durch das Salzburger Naturschutzgesetz und das Salzburger Jagdgesetz geschützten Interessen dann vor, wenn eine wesentliche Beeinträchtigung dieser Interessen infolge Realisierung des genehmigten Projekts - und zwar bereits während der voraussichtlichen Dauer des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens - konkret zu befürchten wäre, wobei für diese Beurteilung u.a. auch maßgeblich ist, inwieweit die Folgen des Eingriffes im Falle der Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses wieder beseitigt werden können. Im Übrigen obliegt es den Revision erhebenden Parteien, bereits im Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung jene Umstände im Einzelnen darzutun, aus denen sich ein solcher "unverhältnismäßiger Nachteil" ergibt, wobei die Antragsteller eine Konkretisierungspflicht trifft (vgl. zum Ganzen etwa die hg. Beschlüsse vom 3. Juni 2011, Zl. AW 2011/10/0016, vom 13. August 2010, Zl. AW 2010/10/0027, und vom 12. Mai 2010, Zl. AW 2010/10/0002).

Mit dem in einem anderen Revisionsverfahren ergangenen Beschluss des VwGH vom 08.06.2016, Zl. Ra 2016/05/0026-6 präziserte der Gerichtshof bezogen auf den dort



ebenfalls artenschutzrechtlich relevanten Fall, dass ein "unverhältnismäßiger Nachteil" für die Revisionswerberin daher in Ansehung der durch das NSchG geschützten Interessen dann vorläge, „wenn eine wesentliche Beeinträchtigung seltener, gefährdeter oder geschützter Tierarten infolge der Errichtung bzw. des Betriebes der gegenständlichen Anlage bereits während der voraussichtlichen Dauer des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens konkret zu befürchten wäre.“

Nach seiner ständigen Judikatur hat der Verwaltungsgerichtshof im Verfahren über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides nicht zu beurteilen und haben Mutmaßungen über den voraussichtlichen Ausgang des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens bei der Frage der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung außer Bedacht zu bleiben. Selbst die mögliche Rechtswidrigkeit des Bescheides ist kein Grund für die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung. Ist daher das in der Beschwerde erstattete Vorbringen nach der Aktenlage nicht etwa von vornherein als zutreffend zu erkennen, ist bei der Entscheidung über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung jedenfalls zunächst von den Annahmen der belangten Behörde auszugehen. Unter den "Annahmen der belangten Behörde" sind hierbei die Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Bescheid zu verstehen, die nicht von vornherein als un schlüssig zu erkennen sind bzw. die ins Auge springende Mängel nicht erkennen lassen (vgl. etwa die hg. Beschlüsse vom 21. März 2013, Zl. AW 2013/05/0011, vom 25. Jänner 2013, Zl. AW 2012/07/0059, und vom 6. Juni 2012, Zl. AW 2011/07/0065).



1. Die von der Revisionswerberin zu vertretenden öffentlichen Interessen

Gemäß § 1 des Gesetzes vom 23. April 1998 über die Salzburger Landesumweltanwaltschaft (Landesumweltanwaltschafts-Gesetz – LUA-G) StF: LGBl Nr 67/1998 idgF hat der Revisionswerber folgende Interessen zu vertreten:

„Die Einrichtung der Salzburger Landesumweltanwaltschaft (kurz: Landesumweltanwaltschaft) erfolgt mit folgender Zielsetzung:

- 1. Bewahrung der natürlichen Umwelt als Lebensgrundlage des Menschen;*
- 2. Vermeidung von schädlichen Einwirkungen auf die Umwelt (zB durch die Beeinträchtigung der Luft, des Wassers, des Bodens oder durch Lärm) und Verminderung von bestehenden solchen Einwirkungen;*
- 3. Vermeidung von Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes oder des Naturhaushaltes und Verbesserung bestehender Beeinträchtigungen.“*

Gemäß § 55 Sbg NSchG kommt dem Revisionswerber Parteistellung im Sinn des § 8 AVG in Naturschutzverfahren zu um Natur- und Umweltschutzbelange zu wahren.

Gemäß § 19 Abs 1 Z 3 iVm Abs 3 UVP-G 2000 hat der Umweltanwalt im Genehmigungsverfahren und im Verfahren nach § 20 Parteistellung. Der Umweltanwalt ist berechtigt, die Einhaltung von Rechtsvorschriften, die dem Schutz der Umwelt dienen, als subjektives Recht im Verfahren geltend zu machen und Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht sowie Revision an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

Derartige Beschwerden und Revisionen werden von den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts einhellig als Amtsbeschwerden und -revisionen qualifiziert. Ausführlich mit dieser Frage befasst hat sich der Verfassungsgerichtshof in der Sache G4/04 mit Erkenntnis vom 16.06.2004:



„Das verfassungsrechtliche Rechtsschutzsystem sieht ausdrücklich vor, dass zwar der Verwaltungsgerichtshof nicht nur gemäß Art131 Abs1 Z1 B-VG über die Verletzung subjektiver Rechte entscheidet, sondern dieser auch - davon deutlich getrennt - in den Fällen des Art131 Abs1 Z2 und 3 B-VG und darüber hinaus in den gemäß Art131 Abs2 B-VG vom Gesetzgeber ausdrücklich bezeichneten weiteren Fällen für Beschwerden zuständig ist, mit denen eine objektive Rechtsverletzung durch eine Verwaltungsbehörde geltend gemacht wird. Dieses auch als "Amts-" bzw. "Organ"beschwerde bezeichnete Rechtsschutzinstrument ist vom einfachen Gesetzgeber auf Grund der geschilderten verfassungsrechtlichen Ermächtigung bestimmten (vorwiegend staatlichen) Organen zur Sicherung der objektiven Rechtmäßigkeit der Verwaltung eingeräumt (vgl. VwSlg. 10.511 A/1981, 13.558 A/1991).“

„Wie der Verwaltungsgerichtshof im Zusammenhang mit Umweltschadensfällen mehrfach ausgesprochen hat (vgl. nur VwGH 22.3.1993, Z93/10/0033 mwH), übt auch der als Partei fungierende Landesumweltanwalt "nur formal 'Rechte' aus, inhaltlich gesehen nimmt er 'Kompetenzen' wahr", sodass die ihm vom Gesetzgeber ausdrücklich eingeräumte Beschwerdebefugnis an den Verwaltungsgerichtshof als Amtsbeschwerdebefugnis nach Art131 Abs2 B-VG anzusehen ist.“

„Dass die Sbg. Landesumweltanwaltschaft ihre Funktionen in Wahrnehmung öffentlicher Interessen als Amtspartei ausübt, wird nicht zuletzt auch daraus deutlich, dass sie der Gesetzgeber mit einer Amtsbeschwerdebefugnis an den Verwaltungsgerichtshof gemäß §8 Abs4 LUA-G ausgestattet hat. Subjektive öffentliche Rechte auf eine Entscheidung bestimmten Inhalts als Voraussetzung der Beschwerdelegitimation nach Art131 Abs1 Z1 B-VG vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. nach Art144 Abs1 B-VG vor dem Verfassungsgerichtshof sind ihr sohin in materieller Hinsicht nicht eingeräumt. Im Übrigen deckt der Verwaltungsgerichtshof den hier vom Gesetzgeber angestrebten Schutz öffentlicher (Umwelt)Interessen im Rahmen seiner Kompetenz nach Art131 Abs2 B-VG vollständig ab.“



Amtsbeschwerden setzen die Verletzung eines subjektiven Rechts der beschwerdeführenden Partei eben nicht voraus (vgl. § 28 Abs. 2 VwGG; VwGH 2013/09/0091). Bei einer Amtsbeschwerde handelt es sich vielmehr um ein Instrument zur Sicherung der Einheit und Gesetzmäßigkeit der Vollziehung, mit welchem als so genannte objektive Beschwerde losgelöst vom individuellen Parteiinteresse die objektive Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides geltend gemacht wird (vgl. z.B. die hg. Erkenntnisse vom 30. März 2006, Zl. 2004/15/0032 oder vom 15. September 2004, Zl. 2003/09/0010).

Der Umweltanwalt ist generell (§ 1 LUA-G), im vorliegenden Fall aber speziell durch die Einräumung der Parteistellung und der umfassenden Rechtsmittelmöglichkeiten nach dem UVP-G 2000, dazu berufen, die Einhaltung von Rechtsvorschriften, die dem Schutz der Umwelt dienen, (als subjektives Recht) im Verfahren geltend zu machen, objektive Rechtswidrigkeiten von Entscheidungen gerichtlich einzumahnen und damit den öffentlichen Interessen zu ihrer Durchsetzung zu verhelfen und so der Einheit und Gesetzmäßigkeit der Vollziehung im Bereich des Naturschutzes nachzukommen. Mit den Worten des VfGH: *„Dieses auch als "Amts-" bzw. "Organ"beschwerde bezeichnete Rechtsschutzinstrument ist vom einfachen Gesetzgeber auf Grund der geschilderten verfassungsrechtlichen Ermächtigung bestimmten (vorwiegend staatlichen) Organen zur Sicherung der objektiven Rechtmäßigkeit der Verwaltung eingeräumt (vgl. VwSlg. 10.511 A/1981, 13.558 A/1991).“*

Durch das angefochtene Erkenntnis ist die Revisionswerberin bei Umsetzung desselben daher in ihren öffentlichen Interessen auf Einhaltung der naturschutzrechtlichen Vorschriften im Rahmen des UVP-Verfahrens verletzt. Der unverhältnismäßige Nachteil der Verletzung dieser Interessen wird im folgenden ausführlich erläutert.



2. Der unverhältnismäßige Nachteil für die Revisionswerberin

Der unverhältnismäßige Nachteil für die Revisionswerberin wird durch die Rsp des VwGH definiert

- als unverhältnismäßige Beeinträchtigung bzw ein die Schwelle der Unverhältnismäßigkeit übersteigender Nachteil der zu vertretenden öffentlichen Interessen als Folge einer Umsetzung des angefochtenen Erkenntnisses in die Wirklichkeit
- verbunden mit einer konkreten Befürchtung
- beruhend auf konkret darzulegenden tatsächlichen Umständen

Gelingt es nämlich nicht diesen Nachteil ausreichend zu substantiieren, ist der VwGH daran gehindert in die Interessenabwägung gemäß § 30 Abs 2 VwGG einzusteigen. Diesfalls kann der VwGH dann nur noch von den Annahmen des belangten VwG in seinem Erkenntnis ausgehen – sofern das in der Revision erstattete Vorbringen nach der Aktenlage nicht etwa von vornherein als zutreffend zu erkennen ist und die Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Erkenntnis nicht von vornherein als unschlüssig zu erkennen sind bzw. die ins Auge springende Mängel nicht erkennen lassen.

Der unverhältnismäßige Nachteil für die Revisionswerberin wird wie folgt begründet:

Ausgehend von der Aktenlage ist bei Umsetzung des Vorhabens während der Dauer des Verfahrens vor dem VwGH zwingend davon auszugehen, dass die artenschutzrechtlichen Verbote der

- absichtlichen Tötung von Vögeln und der
- absichtlichen Störung dieser Arten, insbesondere während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeit,

gemäß den Bestimmungen des Salzburger Naturschutzgesetzes (Vögel) und des Salzburger Jagdgesetzes (Federwild) in Umsetzung der Vogelschutz-RL verwirklicht werden,



ausdrücklich ohne dabei Bezug auf die in der Revision geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zum Inhalt und zur Auslegung dieser Verbotstatbestände Bezug zu nehmen.

Ausgelöst werden diese Verbote durch folgende Umstände:

1. Weder das Projekt noch die UVP-Genehmigung enthalten Regelungen über ein striktes Bauverbot für Vögel nach NSchG und für Federwild nach JagdG (ausg Auerwild) zu den Zeiten im April, Mai und Juni, also während der Kernzeit der Brut- und Aufzuchtzeit der Vögel.

2. Weder das Projekt noch die UVP-Genehmigung enthalten eine Regelung mit der die zur Errichtung der Strommasten erforderlichen Materialseilbahnen bzw deren Seile gegen Vogelkollisionen gesichert, sohin mit einer Markierung versehen werden.

2.1. Störung durch Fehlendes Bauverbot

§ 103 Jagdgesetz lautet:

(1) Folgende Wildarten sind in allen Lebensstadien besonders geschützt:

- a) Biber, Wolf, Braunbär, Fischotter, Nerz, Wildkatze, Luchs (Anhang IV lit a der FFH-Richtlinie);
- b) alle Federwildarten.

(2) Für Wildarten gemäß Abs 1 gelten folgende Schutzbestimmungen:

- a) ...



- b) Jede absichtliche Störung dieser Arten, insbesondere während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeit, ist verboten.
- c) ...

§ 4 Jagdgesetz lautet:

Als Wild im Sinne dieses Gesetzes gelten wildlebende Tiere der nachstehenden Arten:

2. Federwild:

- g) Hühnervogel: **Auerhuhn** (*Tetrao urogallus*), **Birkhuhn** (*Tetrao tetrix*), Rackelhuhn, **Haselhuhn** (*Bonasa bonasia*), Steinhuhn (*Alectoris graeca*), **Alpenschneehuhn** (*Lagopus mutus*), Rebhuhn (*Perdix perdix*), Fasan (*Phasianus colchicus*);
- h) Greifvögel: **Steinadler** (*Aquila chrysaetos*), **Wespenbussard** (*Pernis apivorus*), **Mäusebussard** (*Buteo buteo*), **Habicht** (*Accipiter gentilis*), **Sperber** (*Accipiter nisus*), **Turmfalke** (*Falco tinnunculus*), **Baumfalke** (*Falco subbuteo*), **Wanderfalke** (*Falco peregrinus*), **Schwarzmilan** (*Milvus migrans*), Bartgeier (*Gypaetus barbatus*), **Gänsegeier** (*Gyps fulvus*), **Rohrweihe** (*Circus aeruginosus*);
- i) Eulen: Schleiereule (*Tyto alba*), **Uhu** (*Bubo bubo*), **Waldohreule** (*Asio otus*), Sumpfohreule (*Asio flammeus*), **Rauhfußkauz** (*Aegolius funereus*), Steinkauz (*Athene noctua*), **Sperlingskauz** (*Glaucidium passerinum*), **Waldkauz** (*Strix aluco*);
- j) Wildtauben: **Hohltaube** (*Columba oenas*), **Ringeltaube** (*Columba palumbus*), **Türkentaube** (*Streptopelia decaocto*); Turteltaube (*Streptopelia turtur*);
- k) Rabenvogel: **Rabenkrähe** (*Corvus corone corone*), Nebelkrähe (*Corvus corone cornix*), **Elster** (*Pica pica*), **Eichelhäher** (*Garrulus glandarius*), **Kolkrahe** (*Corvus corax*);
- l) Wasservogel: Saatgans (*Anser fabalis*), Graugans (*Anser anser*), **Stockente** (*Anas platyrhynchos*), Krickente (*Anas crecca*), Tafelente (*Aythya ferina*), **Reiherente** (*Aythya fuligula*), **Höckerschwan** (*Cygnus olor*), **Bekassine** (*Gallinago gallinago*), **Waldschnepfe** (*Scolopax rusticola*), **Lachmöve** (*Larus ridibundus*), **Haubentaucher** (*Podiceps cristatus*), **Grau- oder Fischreiher** (*Ardea cinerea*), **Bläßhuhn** (*Fulica atra*), **Kormoran** (*Phalacrocorax Carbo*).



Alle fettgedruckten Vogelarten wurden bei den Kartierungen für die UVE Ornithologie nachgewiesen. Dazu führt die UVE Ornithologie (Kollar 2013) aus: *“Das Untersuchungsgebiet hat für die festgestellte Avifauna Bedeutung sowohl als Brutgebiet, als auch als Durchzugsraum und Winter- bzw. Sommeraufenthaltsgebiet. Für viele Arten – v. a. in den Bergwaldgebieten – stellen die untersuchten Lebensräume Ganzjahreslebensräume dar, in denen lediglich kleinräumige Vertikalwanderungen entsprechend der Schneelage durchgeführt werden.”*

In einer Tabelle der UVE Ornithologie (S 188 ff) sind die Betroffenheiten durch Lärm bzw. optische Störungen aufgelistet, ebenso die Ursachen durch Baustelle, Wegebau, Aufhieb/Bau.

Nach dem Aktenstand des Verfahrens bestehen folgende Beschränkungen für die Bauführung zur Umsetzung des Vorhabens in die Wirklichkeit:



	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
196: Verbot Forstlicher Arbeiten während Bauzeit, Demontage und Bestand. In Ausnahmefällen Einzelbäume durch Zustimmung der ÖBA oder der Behörde				X	X	X						
196: „ allfällige Baubeschränkung “ durch ÖBA	o	o	o				o	o				
197: „ Bauzeiteinschränkung “ durch ÖBA <u>in sensiblen Gebieten, in der Brut und Aufzuchtzeit außerhalb „Bauverbotszeitraum“ in 196</u>	o	o	o				o	o				
197: Bauverbot für fünf Felsenbrüterstandorte												
307: Bauverbot in <u>Auerhuhnlebensräumen</u>			X				X					
309: Hubschrauber in Auer- und Birkhuhn-Lebensräumen, In Einzelfällen Ausnahmen durch ÖBA			X	X	X	X	X					
UVE Ornithologie Demontage im Hochgebirge												

Rot: Verbot

Orange: Sektorales Verbot für forstliche Arbeiten

Grau: Optionale zusätzliche Beschränkungen durch die ÖBA

X: Ausnahmen im Einzelfall durch Entscheidung durch die ÖBA

Die Angaben in der Tabelle ergeben sich aus den Auflagen 196, 197, 307 und 309 des vom BVwG aktualisierten Genehmigungsbescheides, sowie aus der UVE Fachbereich: Ornithologie, Verfasser: Dr. Hans Peter Kollar unter Mitarbeit von: DI Thomas Zuna-Kratky, Jänner 2013, Seite 369.



Überall dort wo Erschließungswege zu den zu bauenden Strommasten vorhanden sind oder wo eine Materialseilbahn bereits errichtet ist (also dort wo kein Hubschraubereinsatz mehr erforderlich ist) und wo nicht Felsenbrüterstandorte, Auerhuhnlebensräume und Demontagen im Hochgebirge betroffen sind, gibt es keine generelle Baubeschränkung außerhalb forstlicher Arbeiten für Vögel nach NSchG und Federwild (ausgenommen Auerwild) nach JagdG!

Dies betrifft den Bau der Masten, zugehörige Baustelleneinrichtungen, etc und den damit verbundenen Betrieb der Materialseilbahnen. der sich laut der Aktenlage gemäß UVE Technischem Bericht über Monate hinziehen kann.

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich daraus:

- **Störung in der gesetzlich geschützten Kernzeit der Brut- und Aufzuchtzeit im April, Mai und Juni bei allen Vogel- und Federwildarten (ausg. Auerwild) durch fehlende Vorschriften von Bauzeitbeschränkungen**
- **Störung in der gesetzlich geschützten Überwinterungszeit zumindest im November und Dezember bei allen Vogel- und Federwildarten (ausg. Auerwild) durch fehlende Vorschriften von Bauzeitbeschränkungen**

Die Milderung der Auswirkungen des Vorhabens auf Vögel durch Bauzeitenbeschränkung wurde durch die im Erkenntnis großteils nur optional durch die ökologische Bauaufsicht zu entscheidenden zeitlichen Einschränkungen zusätzlich massiv eingeschränkt (siehe Tabelle). Bei vielen Arten ist auch dadurch nicht die gesamte Brut- und Aufzuchtzeit abgedeckt. Auch sind bei den Felsenbrütern nur 5 der 7 betroffenen Brutplätze in Auflage 197 explizit angeführt. Es fehlen der Paß Lueg und die Fuschertalquerung. Bei den Eulen ist eine Störung durch Einschränkung der Bauzeiten auf den Tag zwar in der Nacht nicht gegeben, sehr wohl aber tagsüber in der Ruhephase. Störungen in der Überwinterungszeit sind nicht eingeschränkt. Eine Bauzeit im Winter ist generell möglich und sogar teilweise explizit vorgeschrieben. Bei den störungssensiblen Raufußhühnern ist eine Baubeschränkung in den Lebensräumen lediglich des Auerhuhns vorgesehen. Bei den Hubschrauberflügen sind nur



Lebensräume von Auerhuhn und Birkhuhn geschont, mit optionaler Freigabe durch die ökologische Bauaufsicht.

Keinerlei Beschränkung gibt es für das Haselhuhn oder für das Schneehuhn im Hagengebirge (ESG Kalkhochalpen). Hier deckt das generelle Bauverbot im Hochgebirge gemäß UVE Ornithologie (Kollar 2013) von der Anfang April beginnenden und Mitte September endenden Brut- und Aufzuchtzeit lediglich die Monate Mai und Juni ab.

Aktenwidrige Annahme von Auswirkungen auf Populationen

Das BVwG hat im angefochtenen Erkenntnis folgende rechtliche Beurteilung zum artenschutzrechtlichen Verbotstatbestand der Störung vorgenommen (S 564f):

“Die Verbotbestimmung des Salzburger Jagdgesetzes untersagt jede absichtliche Störung der unter Schutz gestellten Arten, insbesondere während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeit (vgl § 103 Abs. 2 lit. b SJagdG). Die gleichlautende Bestimmung des 31 Abs. 2 Z 2 SNSchG verlangt als zusätzliche Tatbestandvoraussetzung, dass sich die Störung erheblich auf die Erhaltung der Tierarten auswirkt.

Störungen für eine geschützte Art sind somit etwa dann schädlich, wenn sie die Überlebenschancen, den Fortpflanzungserfolg oder die Reproduktionsfähigkeit vermindern oder wenn sie zu einer Verringerung des Verbreitungsgebietes führen. Ein Verbotstatbestand liegt nicht vor, wenn die Störung zu keiner (erheblichen) Verschlechterung des Erhaltungszustandes der lokalen Population führt.

Gemäß den Ausführungen des SV Wildökologie sind - wie festgestellt - die Auswirkungen des projektierten Vorhabens auf jagdbare Wildtiere (mit Ausnahmen der Vögel) in der Bauphase als gering und in der Betriebsphase als nicht relevant einzustufen. Für alle Vogelarten des Salzburger Jagdgesetzes kann eine vorhabensbedingte Erfüllung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände laut Vogelschutz-RL ausgeschlossen werden. Ein negativer Einfluss, etwa durch erhöhtes Kollisionsrisiko oder Lebensraumverlust, ist für



diese Vogelarten des Salzburger Jagdgesetzes nicht zu gewärtigen. Negative Auswirkungen auf lokale Populationen sind nicht zu erwarten."

Daraus ergibt sich, dass die Bestimmungen für Vögel im Salzburger Jagdgesetz strenger sind als die Bestimmungen für Vögel im Salzburger Naturschutzgesetz. Beide Gesetze beruhen auf den Bestimmungen der Vogelschutz-Richtlinie. Nach EU-Recht ist es jedenfalls zulässig auch strengere als die in den Richtlinien vorgesehenen Schutznormen vorzusehen (wie etwa im Beispiel Deutschlands, wo aus dem Bundesnaturschutzgesetz nach Verurteilung durch den EuGH die Einschränkung "absichtlich" aus allen Verbotstatbeständen gestrichen wurde).

Unabhängig davon prüft das BVwG dennoch den Zusammenhang mit der Population und mit deren Erhaltungszustand, wie es auch das Naturschutzgesetz vorsieht. Auf die Frage der Rechtmäßigkeit dieser Prüfung wird hier ausdrücklich nicht eingegangen, sondern auf die Revision verwiesen.

Es wird jedoch eine ins Auge springende Aktenwidrigkeit folgender, der rechtlichen Beurteilung zugrunde liegenden Sachverhaltsannahme eingewendet: *"Negative Auswirkungen auf lokale Populationen sind nicht zu erwarten."*

Wie dem Aktenstand, insbesondere der Verhandlungsschrift zur mündlichen Verhandlung entnommen werden kann, wurde der gerichtliche ornithologische und wildökologische Sachverständige mit der Frage konfrontiert, wie die Auswirkungen auf die Populationen und den Erhaltungszustand der Vogelarten gemessen wurde, nachdem die vom gerSV angewandten und vom Gericht anerkannten RVS 04.03.15 Artenschutz an Verkehrswegen, Ausgabe vom 01.10.2015, auf den Seiten 35ff für alle Verbotstatbestände eine Erheblichkeitsschwelle von 5% Individuen- oder Flächenverlust vorgeben.



“Eingriffsintensität gering: Geringfügige Flächenverluste oder zeitlich eingegrenzte Beeinträchtigung der Qualität des Lebensraums. Flächenverluste/Bestandsverluste: bei sehr empfindlichen Arten maximal 0,5 % des lokalen Bestandes bzw. maximal 50 m² des Lebensraums; bei mäßig empfindlichen Arten bis zu 5 % des lokalen Bestandes bzw. maximal 500 m² des Lebensraums”

Diesen Maßstab haben die gerichtlichen Sachverständigen für Artenschutz ihrem BVwG-Gutachten vom 19.06.2017 zugrunde gelegt:

- S 115, Frage 1.14: Verbot der Tötung -> Pauschal-Schwellenwert für Verlust von Individuen und Flächen von 5% der lokalen Population aufgrund RVS
- S 118, Frage 1.15: Verbot der Vernichtung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten -> Populationsbezug aufgrund RVS; 5%-Schwellenwert für Verlust von Individuen und Flächen
- S 59 und 124, Frage 1.16: Verbot der Störung -> Pauschal-Schwellenwert für Verlust von Individuen und Flächen von 5% der lokalen Population

Die Beschwerdeführerin stellte dem SV Ornithologie in der mündlichen Verhandlung folgende Fragen (siehe VHS S 150ff):

“Sie legen bei der Beurteilung der Verbotstatbestände jeweils die Erheblichkeit auf Populationsebene zu Grunde und beziehen sich dabei, auf eine Schwelle von 5 % lebensraum- bzw. Populationsverlust gem. RVS. Wo in den Unterlagen finden sich Angaben über die Abgrenzung der lokalen Populationen, über die Größe des Lebensraumes der lokalen Populationen, über die Individuenanzahl der lokalen Populationen und über den Erhaltungszustand? Wie hoch ist der zu erwartende Verlust an Individuen je



untersuchter Art? Wie hoch ist der zu erwartende Verlust an Lebensraum je untersuchter Art? Wo wurde das Nichterreichen dieser 5%-Schwelle für jede einzelne Art und Population nachgewiesen und begründet?"

Der gerichtliche SV bestätigte in der mündlichen Verhandlung (VHS S 150 und 153) unter Berufung auf die RVS die Anwendung eines 5%-Pauschalkriteriums bei der Prüfung aller artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände, konnte aber keine Angaben zum Bestand und dem daraus zu erwartenden Verlust von Lebensraum und Individuen machen:

"Zur Frage betreffend Lebensraumverlust dieser ist seriöser Weise nicht festlegbar." (VHS 150)

" ... ist eine detaillierte Zahlenangabe bzw. Abgrenzung einer lokalen Population insbesondere bei sehr weit verbreiteten und häufigen Vogelarten fachlich seriös nicht durchführbar. " (VHS 150)

"Die detaillierte Abgrenzung von Vogelpopulationen und die Beurteilung deren Größe ist nicht realistisch abschätzbar." (VHS 150)

" Eine artweise Abhandlung bzw. Einschätzung der Verminderung des Kollisionsrisikos wurde nicht vorgenommen, da dies weder möglich, noch aus meiner Sicht fachlich notwendig ist." (VHS 141)

Mit diesen Antworten hat der gerSV erkennen lassen, dass er gar nicht imstande war, Auswirkungen von Störungen, Tötungen oder Flächenverlusten zu quantifizieren und nach der von ihm verwendeten und vom Gericht anerkannten Methode RVS anhand als bekannt vorauszusetzender Größen (Individuen einer Population, Flächen der Fortpflanzungs- und Ruhestätten) eine Überschreitung oder Unterschreitung des Schwellenwertes von 5% zu berechnen.



Damit fehlt daher im Rahmen der fachlichen Beurteilung jeglicher Zusammenhang zwischen dem Bestand der Populationen und dem Ausmaß des zu erwartenden Eingriffs nach der Methode RVS. Es fehlt daher auch die entscheidungswesentliche fachliche Grundlage für die vom Gericht für die rechtliche Beurteilung getroffene Feststellung es seien keine negativen Auswirkungen auf lokale Populationen zu erwarten.

Fazit 1: Es ist daher im gegebenen Zusammenhang mit dem Nachweis eines unverhältnismäßigen Nachteils festzustellen, dass eine erhebliche Störung aller Vogelarten (ausg. Auerwild) in den Monaten April, Mai und Juni nicht ausgeschlossen werden kann.

Es ist außerdem festzustellen, dass die Herstellung eines Bezugs zwischen Störung und Population und deren Erhaltungszustand nach dem Salzburger Jagdgesetz ganz offenkundig nicht gefordert ist, welches damit für Vögel eine strengere Regelung trifft als das Naturschutzgesetz.

Nach dem Aktenstand und unter Berücksichtigung des europarechtlichen Vorsorgegrundsatzes ist daher von der Verwirklichung des Verbotstatbestands der Störung von Vögeln (ausg. Auerwild in der engeren Brutzeit) auszugehen.

Fazit 2: Der unverhältnismäßige Nachteil für die Revisionswerberin ergibt sich aber zusätzlich auch daraus, dass gemäß § 103 Abs 2 b) JagdG eine Störung auch in der Überwinterungszeit und damit in der Notzeit des Federwildes verboten ist, wofür aber jegliche Regelung in der erteilten Genehmigung fehlt. Die Überwinterungszeit des Federwildes reicht von Beginn der geschlossenen Schneedecke bis zur Brutzeit, also je nach Höhenlage ab Mitte November bis Ende März.

Wie aus der obigen Tabelle ersichtlich hat die UVP-Genehmigung aber keine Regelungen für die Monate November und Dezember getroffen. Im Jänner, Februar und März bestehen



nur optional mögliche Beschränkungen die erst von der ÖBA ausgesprochen werden müssen.

Es fehlt daher in der UVP-Genehmigung eine Regelung die dem gesetzlichen Störungsverbot während der Überwinterungszeit Rechnung trägt, weshalb das Störungsverbot als erfüllt anzusehen ist.

Auch hier gilt, dass anhand der Aktenlage mangels erhobener Daten keine Beurteilungen von Auswirkungen auf die Populationen und deren Erhaltungszustand durchgeführt werden können. Solche Auswirkungen dürfen daher nach dem europarechtlichen Vorsorgegrundsatz auch nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

Der EuGH interpretiert den Vorsorgegrundsatz schutzgutbezogen so, dass anhand objektiver Umstände ausgeschlossen werden muss, dass ein Vorhaben ein Gebiet beeinträchtigt, ansonsten das Vorhaben zu versagen wäre. Es darf kein vernünftiger Zweifel verbleiben (EuGH C-127/02; C-399/14; C-387-15; C-388-15).

Die EU-Kommission geht in ihrem Leitfaden zum Artenschutz (2007: S 54 Rn 76) dann vom Vorsorgeprinzip aus, wenn etwa Maßnahmen gerade nicht mit großer Sicherheit ausreichen, um Beschädigungen oder Zerstörungen von Fortpflanzungs- und Ruhestätten zu vermeiden. Hier handelt es sich um eine artbezogene Vorsorge, die ein äußerst hohes Maß an Sicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit umzusetzender Maßnahmen erfordert, um die betroffenen Arten nicht zu beeinträchtigen. Liegt diese Sicherheit nicht vor, ist der Verbotstatbestand erfüllt.

Demzufolge darf die Verwirklichung des Verbotstatbestands der Störung auch nicht ausgeschlossen werden. Im Umkehrschluss ist daher von einer erheblichen Störung der genannten Vogelarten auszugehen.



2.2. Tötung durch fehlende Markierung von Materialseilbahnen gegen Vogelkollisionen

Weder das Projekt noch die UVP-Genehmigung enthält eine Regelung mit der die zur Errichtung der Strommasten erforderlichen Materialseilbahnen bzw deren Seile gegen Vogelkollisionen gesichert, sohin mit einer Markierung versehen werden.

Nach dem Stand der Aktenlage ist laut Projekt die Errichtung von Materialseilbahnen in dem Umfang vorgesehen, wie ihn die UVE, Technischer Bericht Erschließungskonzept Maststandorte, Januar 2013, auf Seite 36f beschreibt:

“In Summe sind 524 Standorte (Masten sowie Lagerungs- und Manipulationsflächen) zu erschließen. Davon sind 281 Standorte (oder 54 %) mittels Baustraßen und Bestandswegen, 237 Standorte (oder 45 %) mittels Materialseilbahnen sowie weitere 6 Standorte (oder 1 %) per Hubschrauber erreichbar.

In Bezug auf die 451 Maststandorte¹⁶ sind somit 208 Standorte (oder 46 %) über das bestehende bzw. neu zu errichtende Wegenetz sowie 243 Standorte (oder 54 %) über Alternativerschließungen in Form von Materialseilbahnen (237 Standorte) und/oder Hubschraubern (6 Standorte) erreichbar. Die 237 Standorte mit Materialseilbahnen sind durch insgesamt 74 zum Großteil zusammenhängende MSB-Systeme erschlossen (vgl. Ausführungen im Kapitel 5).“

Erschließungslängen:

Es ist geplant, das bestehende land- und forstwirtschaftliche Wegenetz für die Erschließung der Masten zu nutzen. In Summe sind dies rund 197,6 km, davon entfallen auf Güterwege und Hofzufahrten rund 56,7 km (oder 29 %), auf Forstwege rund 130,6 km (oder 66 %) sowie auf Feldwege rund 10,3 km (oder 5 %).

Auf die Neuerschließung der Standorte entfallen in Summe rund 91,0 km, davon entfallen auf Baustraßen in Summe rund 24,9 km (oder 28 %), auf Materialseilbahnen rund 60,2 km (oder 66 %) sowie auf 110-kV-Kabelkünetten rund 5,8 km (oder 6 %). Von den rund



24,9 km an Baustraßen entfallen auf Baustraßen mit Rückbau rund 20,3 km bzw. auf Baustraßen ohne Rückbau (als Ersatz- oder Ausgleichsmaßnahme) rund 4,7 km."

Das bedeutet, dass rund 50% der Maststandorte (237 Standorte) mit 74 Materialeilbahn-Systemen mit einer Gesamtlänge von 60,2 km (66% der Neuerschließung) neu erschlossen werden müssen. Die Materialeilbahnsysteme berühren 28 Gemeinden von Eugendorf im Norden bis Kaprun im Süden (siehe Tabelle 5-1 im zit UVE-TB). Die ungefähren Bereiche, in denen MSB-Systeme errichtet werden, ergeben sich aus den Karten im Anhang zu diesem technischen Bericht.

Beweis: UVE, Technischer Bericht Erschließungskonzept Maststandorte, Januar 2013

Laut Aktenlage liegt gemäß Umweltverträglichkeitsgutachten (UVG) vom 16.12.2013, Seite 628, für die Beurteilung der Materialeilbahnen folgender Sachverhalt zugrunde:

"Die Maststandorte der Materialeilbahnen beschränken sich auf wenige Quadratmeter, in denen der Naturhaushalt erheblich beeinträchtigt wird: Die Fundamentplatten der Stützen werden in der Regel auf den gewachsenen Boden aufgesetzt, nur in Ausnahmefällen (bei widrigen Untergrundverhältnissen) sind Betonarbeiten und Verankerungen notwendig. Jede Stütze benötigt eine Aufstandsfläche von rund 4 x 4 m = 16 m². Zudem werden beim Materialeilbahneinsatz im Waldbereich Trassenaufhiebe in einer Breite von 10 m nötig, wobei das Fällen der Bäume händisch und deren Abtransport mittels Seilbringung erfolgt. Die Einsatzdauer der Materialeilbahnen hängt stark von der Anzahl der zu errichtenden Maste ab, welche mit einer Seilbahnsektion erreicht werden müssen, die Dauer beträgt zwischen wenigen Wochen für Einzelmaste, bis hin zu mehreren Monaten für längere Sektionen. Da die exakte Lage der Maststandorte für die Materialeilbahn vorab nicht exakt planbar ist und erst im Zuge der Ausarbeitung eines Detailprojektes erfolgen kann, kommt im Hinblick auf die Minimierung der Eingriffsintensität hier einer ökologischen Bauaufsicht eine besondere Verantwortung zu.



Nach Errichtung der Strommasten wird die Materialseilbahn wieder abgebaut, sodass die Eingriffswirkung auf den Naturhaushalt nur vorübergehend ist."

Laut UVG werden die MSB-Systeme für wenige Wochen bis hin zu mehreren Monaten eingesetzt. Für die genaue Projektierung der im Zeitpunkt der Genehmigung noch nicht bekannten Standorte der Materialseilbahnen wurde der Projektwerberin mittels Auflage 419 eine Detailprojektierung durch einen befugten Ziviltechniker nach Erteilung der Genehmigung vorgeschrieben.

Da Materialseilbahnen dort errichtet werden, wo noch keine anderweitigen Erschließungen bestehen, handelt es sich ausschließlich um unerschlossene Naturräume und dabei hauptsächlich um Waldstandorte (Trassenaufhiebe mit einer Breite von 10m erforderlich) und damit um Lebensräume von Vögeln.

Das BVwG hat im bekämpften Erkenntnis mehrfach zu den verschiedenen Tiergruppen die Ansicht vertreten, dass gegen das Tötungsverbot dann nicht verstoßen wird, wenn das Vorhaben nach naturschutzfachlicher Einschätzung unter Berücksichtigung von Vermeidungsmaßnahmen kein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko für Einzelexemplare durch Kollisionen verursacht, mithin unter der Gefahrenschwelle in einem Risikobereich bleibt, der im Naturraum immer gegeben ist, vergleichbar dem ebenfalls stets gegebenen Risiko, dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens Opfer einer anderen Art werden.

Im Gefolge dieser rechtlichen Beurteilung hat das BVwG auf den jüngst ergangenen Beschluss des VwGH zur Zahl Ra 2018/03/0066 vom 10.08.2018 verwiesen und dazu ausgeführt:

"In seiner jüngst ergangenen Entscheidung hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass bei der Tötung von Wildtieren, die durch die genannten Richtlinien bzw. durch die diese umsetzenden nationalen Bestimmungen geschützt werden, vordergründig der Zweck der durch die nationalen Schutzbestimmungen umgesetzten Richtlinien, nämlich der Artenschutz und die Arterhaltung zu berücksichtigen ist. Als Hauptziele der Vogelschutz-RL sind derart die Erhaltung der Gesamtpopulation und die Vermeidung der Ausrottung



der geschützten Vogelarten anzusehen. Der Tatbestand der absichtlichen Tötung ist daher im Hinblick auf den Erhaltungszustand gesamtpopulationsbezogen und nicht individuenbezogen zu beurteilen (vgl. VwGH 10.08.2018, Ra 2018/03/0066 bis 0068-9)."

In der Folge wird daher anhand der Aktenlage überprüft, ob ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko vorliegt und ob sich dieses auf die jeweilige Population der betroffenen Arten erheblich auswirkt (obwohl § 103 JagdG im Gegensatz zu § 31 Abs 3 NSchG zu keinem Verbotstatbestand eine erhebliche Auswirkung auf den Erhaltungszustand der Tierarten fordert und daher strenger ist).

Zur Frage des Vorliegens eines erhöhten Tötungsrisikos infolge Kollision mit Seilen von Materialeilbahnen während der Bauzeit

Ob ein signifikant erhöhtes Risiko vorliegt, ist jeweils im Einzelfall in Bezug auf die Lage der Seiltrasse, die jeweiligen Artvorkommen, die Biologie dieser Arten und deren spezieller Raumnutzung am konkreten Standort (Raumnutzungsanalyse) zu klären.

Hinweise auf die Sensibilität (insbesondere Kollisionsgefährdung) von Vogelarten in Bezug auf Freileitungen – welche in ihrer Wirkung mit Seilbahnanlagen vergleichbar sind – geben u.a. die Entwurfsversion des EU-Leitfadens (Guidance document on energy transmission infrastructure and Natura 2000 and EU protected species, Final Draft April 2014) sowie DIERSCHKE & BERNOTAT (Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen 3. Fassung - Stand 20.09.2016):

Zum Teil haben diese bereits Eingang in die Rechtsprechung gefunden. Bei der Beurteilung des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots sind z. B. im Zusammenhang mit der geforderten „signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos“ (vgl. z.B. BVerwG, 12.08.2008, 9 A 3.06, Rn. 219 oder BVerwG, 09.07.2008, 9 A 14.07, Rn. 91) neben den artspezifischen Risikofaktoren (z. B. den artspezifischen Verhaltensweisen, vgl. Kap. 8) auch Aspekte des konstellationsspezifischen Risikos wie die „häufige Frequentierung des durchschnittlichen



Raums“ oder die „Wirksamkeit vorgesehener Schutzmaßnahmen“ relevant (vgl. z. B. BVerwG, 14.07.2011, 9 A 12/10, Rn. 99). Der Tatbestand ist danach erfüllt, wenn es sich erstens um Tiere solcher Arten handelt, die aufgrund ihrer Verhaltensweisen gerade im Bereich des Vorhabens ungewöhnlich stark von den Risiken des Vorhabens betroffen sind und zweitens wenn sich diese Risiken durch die konkrete Ausgestaltung des Vorhabens einschließlich der geplanten Vermeidungs- und Minderungsmaßnahmen nicht beherrschen lassen (vgl. BVerwG, 18.03.2009, 9 A 39.07, Rn. 58). Auch der Abstand zwischen Vorhaben und Tiervorkommen sowie die artspezifischen Aktionsradien spielen dabei eine Rolle (vgl. z. B. BVerwG, 08.01.2014, 9 A 4.13, Rn. 97 oder BVerwG, 27.06.2013, 4 C 1/12, Rn. 11). Ebenso der Anteil der nach Vermeidungsmaßnahmen noch im Risikobereich verbleibenden Tiere (BVerwG, 08.01.2014, 9 A 4.13, Rn. 99). All dies ist für eine rechtsrichtige Beurteilung der Frage des Verstoßes gegen das Tötungsverbot zu erheben.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Sachverständigen und die Behörde nach der Aktenlage nicht das Tötungsrisiko zunächst im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens und erst dann dessen Erhöhung durch das Vorhaben prüften (Erk S 522):

“In Entsprechung der sachverständigen Bewertung ist daher nicht von einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos auszugehen. Der artenschutzrechtliche Verbotstatbestand wird somit im Hinblick auf das Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren nicht erfüllt, da dieses in einem Bereich verbleibt, der mit einem Infrastrukturvorhaben im Naturraum immer verbunden ist.”

Die Vornahme dieser Beurteilung ist nicht nur in jeder Hinsicht abwegig, sondern auch völlig willkürlich, denn das Vorhandensein von Infrastrukturvorhaben im Naturraum ist nicht der Normalzustand, von dem bei der Beurteilung der Tötungsgefährdung auszugehen ist!

Die ornithologischen/wildökologischen Sachverständigen stellten mit der Feststellung, das Risiko bleibe im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens, weiters eine bloße Behauptung pauschal für alle betroffenen Arten auf, ohne artspezifisch deren Lebensgewohnheiten und deren Biologie zu berücksichtigen. Die Sachverständigen haben dazu keine eigenen



Erhebungen durchgeführt oder nachvollziehbare Gründe angeführt, die ihre Behauptung stützen könnten. Dies ergibt sich zweifelsfrei aus der Aktenlage und der Beweiswürdigung.

Die Rw. hat daher zu dieser Frage ein ornithologisches Sachverständigen-Gutachten anfertigen lassen und dem BVwG vorgelegt, das bisher aber nicht gewürdigt wurde.

Es handelt sich dabei um das Gutachten „Bewertung des Tötungsrisikos ausgewählter Vogelarten an der geplanten 380 kV-Salzburgleitung“, Mag. Werner vom 10.8.2017, welche ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko und damit die Auslösung des verpönten Tötungstatbestands bei den Arten Schwarzstorch, Auerhuhn, Birkhuhn, Wanderfalke und Uhu nachweist.

Gänzlich vermissen lässt die Aktenlage aber die Auswirkungen von Materialeilbahnen während der Bauphase mit einer Länge von 60,2 km in Vogellebensräumen und der davon ausgehenden Erhöhung der Gefahr von tödlichen Kollisionen.

Dazu hat die Rw. erneut ein ornithologisches Sachverständigen-Gutachten anfertigen lassen, das die Erhöhung der Mortalitätsgefahr im konkreten örtlichen Bezug zwischen Materialeilbahnen und örtlichen Vorkommen gefährdeter Vögel nachweis.

Frau Mag. Werner ist bei der Rw. als wissenschaftliche Mitarbeiterin angestellt und akademisch ausgebildete, seit über 30 Jahren wissenschaftlich und praktisch tätige, mit Ablegung der Dienstprüfung des Landes Salzburg im Rang der Amtssachverständigen stehende, Zoologisch-Ornithologische Sachverständige. Frau Mag. Werner ist u.a. eine der besten Kennerinnen der Wanderfalken-Brutplätze im Bundesland Salzburg. Im Auftrag der Salzburger Landesregierung führte sie die Felsenbrüterkartierung in allen Bezirken und im Nationalpark Hohe Tauern durch. Sie ist Autorin der Studie "Felsenbrütende Vogelarten im Bundesland Salzburg" (Slotta-Bachmayr & Werner 2005).

Dieses mit dem ggst Antrag vorgelegte Gutachten gründet auf der Handlungsanleitung von Dipl.Ing. Dirk Bernotat (Bundesamt für Naturschutz, Deutschland) und Dipl.Biol.Dr. Volker Dierschke (Gavia Eco Research) mit dem Titel „Übergeordnete Kriterien zur Bewertung der



Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen“ in der 3. Fassung vom 20.9.2016.

Von Dierschke und Bernotat wurden bereits 2012 Kriterien zur Bewertung der Mortalität wildlebender Tiere im Rahmen von Projekten und Eingriffen – unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Brutvogelarten – entwickelt. Damit entstand eine Methode für die Planungspraxis, die es ermöglicht, die Bedeutung zusätzlicher Mortalität für Tierarten artspezifisch einzuschätzen. Diese Vorgangsweise hat sich in der Praxis bewährt und wurde nunmehr auch auf andere Tierarten ausgeweitet. Neben der Einarbeitung neuester wissenschaftlicher Erkenntnisse und Literatur wurden darüber hinaus auch die wichtigsten Eingriffsszenarien berücksichtigt und eigene Kapitel zu speziellen vorhabentypspezifischen Kollisions-/Tötungsrisiken von Arten eingefügt. Die aktuelle 3. Fassung stammt vom 20.9.2015 (Bernotat & Dierschke 2016). In dieser Zusammenstellung wird auch detailliert auf das konstellationsspezifische Risiko von Freileitungen gegenüber dem Leitungsanflug von Vögeln eingegangen. Da die Kollisionsgefahr an Seilen von Seilbahnanlagen hiermit vergleichbar ist und Leitungsanflüge an Freileitungen und Seilbahnanlagen in der wissenschaftlichen Literatur in vielen Fällen gemeinsam behandelt werden, wurden die Kriterien dieses Methodenstandards auf das gegenständliche Projekt und hier im Speziellen an die Bauphase unter Zuhilfenahme von Materialeilbahnen angewendet.

Darin wurden

1. artspezifische Kollisionsrisiken (z.B. Flugfähigkeit, Flughöhen, Sehvermögen etc),
2. projektspezifische Komponenten (z.B. Anzahl und Höhe von Anlagen, Länge von Seiltrassen) sowie
3. räumliche Konfliktkonstellationen (z.B. Situierung im Bereich von Korridoren oder Flugrouten)

berücksichtigt, also auch jene Argumente, die der gerichtliche SV in seinem Gutachten anführte und mehr darüber hinaus.

Als Ergebnis wurde festgestellt:



*“Aufgrund der Situierung der geplanten Leitung in zentralen, teils direkt für die Fortpflanzung genutzten Lebensräumen von **Schwarzstorch, Auerhuhn, Wanderfalke und Uhu**, der Zerschneidung wesentlicher Flugkorridore und der hohen Konfliktintensität der 380 kV-Salzburgleitung ergibt sich für diese Vogelarten ein **extrem hohes konstellationsspezifisches Risiko**.*

*Aufgrund der hohen Konfliktintensität der Materialeilbahnen für den Bau der 380 kV-Salzburgleitung, der Situierung der geplanten Materialeilbahnen im weiteren Aktionsraum und der Zerschneidung regelmäßig genutzter Flugwege zwischen Brutplätzen und Nahrungshabitat ergibt sich für das **Birkhuhn** ein **hohes konstellationsspezifisches Risiko**.*

*Die **vorgesehenen Minderungsmaßnahmen** durch das Anbringen von Vogelschutzmarkierungen sind für diese Vogelarten nur von geringer Wirkung und sind **nicht geeignet um das signifikant erhöhte Tötungsrisiko bei Schwarzstorch, Auerhuhn, Birkhuhn, Wanderfalke und Uhu zu vermeiden.**“*

Aktuell ist gegen dieses erhöhte Mortalitätsrisiko, ausgelöst von den ungesicherten und unmarkierten Materialeilbahnen und deren Seilen auf einer Länge von 60,2 km, das einer verbotenen Tötung geschützter Vögel entspricht, keine Gegenmaßnahme vorgesehen und eine Tötung bei Umsetzung des Vorhabens während der Dauer des Verfahrens vor dem VwGH konkret zu befürchten.

Aktenwidrige Annahme von Auswirkungen auf Populationen

Das BVwG hat im angefochtenen Erkenntnis folgende rechtliche Beurteilung zum artenschutzrechtlichen Verbotstatbestand der Tötung vorgenommen (§ 556f):

“§ 103 Abs. 2 SJagdG bzw. § 31 Abs. 2 SNSchG verbieten jede Form der absichtlichen Tötung (art)geschützter Tiere.



Der Tatbestand der Tötung ist erfüllt, wenn sich das Tötungsrisiko für Individuen einer bestimmten Art signifikant, d.h. deutlich bzw. erheblich erhöht. Eine erhebliche Risikoerhöhung liegt dann vor, wenn Tiere betroffen sind, die aufgrund ihrer Verhaltensweisen ein erhöhtes Risikopotential aufweisen. Für die im Verlauf der geplanten Neubau- und Rückbautrassen nachgewiesenen bzw. vorkommenden geschützten Tierarten wäre der Verbotstatbestand der Tötung dann erfüllt, wenn das Vorhaben das Risiko der Tötung einzelner Exemplare einer geschützten Art deutlich und signifikant erhöht, das heißt, über das Risiko hinausgeht, welches die Exemplare einer geschützten Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens unterliegen. In diesem Zusammenhang ist demnach das Tötungsrisiko, das im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens besteht, jenem des Vorhabens gegenüber zu stellen (vgl. zur deutschen Judikatur BVerwG 09.07.2008, A 14.07 Nordumfahrung Bad Oeynhausen; 18.03.2009, 9 A 39.07).

Wie von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid in umfassender Darstellung der von der Rechtsprechung dazu entwickelten Grundsätze und Auslegungskriterien zutreffend ausgeführt (vgl. S 357ff des angefochtenen Bescheids) sind als normative Voraussetzungen zudem Absichtlichkeit, Individuenbezug, Signifikanz und Erheblichkeit erforderlich, um überhaupt eine mögliche Tatbestandverwirklichung annehmen zu können.

In seiner jüngst ergangenen Entscheidung hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass bei der Tötung von Wildtieren, die durch die genannten Richtlinien bzw. durch die diese umsetzenden nationalen Bestimmungen geschützt werden, vordergründig der Zweck der durch die nationalen Schutzbestimmungen umgesetzten Richtlinien, nämlich der Artenschutz und die Arterhaltung zu berücksichtigen ist. Als Hauptziele der Vogelschutz-RL sind derart die Erhaltung der Gesamtpopulation und die Vermeidung der Ausrottung der geschützten Vogelarten anzusehen. Der Tatbestand der absichtlichen Tötung ist daher im Hinblick auf den Erhaltungszustand gesamtpopulationsbezogen und nicht individuenbezogen zu beurteilen (vgl. VwGH 10.08.2018, Ra 2018/03/0066 bis 0068-9).

Eine Tötung von Tieren ist vor dem Hintergrund der im Projekt dargestellten Maßnahmen und Nebenbestimmungen, die zum Schutz der Tiere vorgeschrieben wurden, zu beurteilen (vgl. VwGH 24.07.2014, 2013/07/0268).



Nach der europäischen Rechtsprechung ist das Tötungsverbot bereits dann nicht erfüllt, wenn das Vorhaben kein signifikant erhöhtes Risiko von Verlusten von Einzelexemplaren verursacht, mithin unter der Gefahrenschwelle in einem Risikobereich verbleibt, welcher vergleichbar ist mit dem ebenfalls stets gegebenen Risiko, dass einzelne Exemplare einer Art im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens Opfer einer anderen Art werden (EuGH 18.05.2006, Kommission gg. Spanien, C-221/04, Rz 48; 10.01.2006, Kommission gg. Deutschland, C-98/03, Rz 75). Absichtliches Töten liegt zudem nur dann vor, wenn dies billigend in Kauf genommen wird (vgl. EuGH 18.05.2006, Kommission gg. Spanien, C-221/04; US 26.08.2013, 3A/2012/19-51).

Gemäß dem GA des SV Wildökologie ist gegenständlich eine Erhöhung des Tötungsrisikos insbesondere im Hinblick auf Raufußhühner, hier vor allem das Auerwild, relevant. Eine potenzierte Gefährdung ergibt sich besonders betreffend die Möglichkeit von Leitungskollisionen.

Zwar kann aus fachgutachterlicher Sicht ein (Kollisions-)Schaden für einzelne Individuen nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Durch die vorgesehenen Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen (Markierung des Erdseils sowie Lebensräumen- und Brutplätzen ausweichende Trassenführung) werden die potentiell zu erwartenden Kollisionsverluste jedoch auf ein Minimum reduziert. Eine Verinselung der Teilpopulationen ist nicht zu befürchten. Ein positiver Effekt ist zudem durch die projektierte Leitungsdemontage der 220 kV-Leitung im Hagengebirge zu verzeichnen.

In Entsprechung der sachverständigen Bewertung ist daher nicht von einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos auszugehen. Der artenschutzrechtliche Verbotstatbestand wird somit im Hinblick auf das Risiko kollisionsbedingter Verluste von Einzelexemplaren nicht erfüllt, da dieses in einem Bereich verbleibt, der mit einem Infrastrukturvorhaben im Naturraum immer verbunden ist. Eine Tatbestandverwirklichung der Tötung infolge von Stromschlägen kann vom ASV Wildökologie ausgeschlossen werden, da die Abstände zwischen den stromführenden und geerdeten Teilen zu groß sind. Auf Grund Gattungsgleichheit war die sachverständige Risikobewertung auch auf das Birk- und Haselwild anzuwenden.



Aufgrund der eindeutigen Aussagen der Sachverständigen zu den erfolgten Projektverbesserungen ist erwiesen, dass sowohl eine erhöhte Gefährdung einzelner Tierindividuen als auch der jeweiligen Tierart in ihrer Gesamtheit ausgeschlossen werden kann. Ein billiges in Kauf nehmen der Tatbestandsverwirklichung kann vor dem Hintergrund der umfassenden Sicherungsmaßnahmen nicht angenommen werden."

Das BVwG prüfte demnach den Zusammenhang mit der Population und mit deren Erhaltungszustand. Auf die Frage der Rechtmäßigkeit dieser Prüfung wird hier ausdrücklich nicht eingegangen, sondern auf die Revision verwiesen.

Es wird jedoch eine ins Auge springende Aktenwidrigkeit folgender, der rechtlichen Beurteilung zugrunde liegenden Sachverhaltsannahme eingewendet: *"Negative Auswirkungen auf lokale Populationen sind nicht zu erwarten."*

Wie dem Aktenstand, insbesondere der Verhandlungsschrift zur mündlichen Verhandlung entnommen werden kann, wurde der gerichtliche ornithologische und wildökologische Sachverständige mit der Frage konfrontiert, wie die Auswirkungen auf die Populationen und den Erhaltungszustand der Vogelarten gemessen wurde, nachdem die vom gerSV angewandten und vom Gericht anerkannten RVS 04.03.15 Artenschutz an Verkehrswegen, Ausgabe vom 01.10.2015, auf den Seiten 35ff für alle Verbotstatbestände eine Erheblichkeitsschwelle von 5% Individuen- oder Flächenverlust vorgeben.

"Eingriffsintensität gering: Geringfügige Flächenverluste oder zeitlich eingegrenzte Beeinträchtigung der Qualität des Lebensraums. Flächenverluste/Bestandsverluste: bei sehr empfindlichen Arten maximal 0,5 % des lokalen Bestandes bzw. maximal 50 m² des Lebensraums; bei mäßig empfindlichen Arten bis zu 5 % des lokalen Bestandes bzw. maximal 500 m² des Lebensraums"



Diesen Maßstab haben die gerichtlichen Sachverständigen für Artenschutz ihrem BVwG-Gutachten vom 19.06.2017 zugrunde gelegt:

- S 115, Frage 1.14: Verbot der Tötung -> Pauschal-Schwellenwert für Verlust von Individuen und Flächen von 5% der lokalen Population aufgrund RVS
- S 118, Frage 1.15: Verbot der Vernichtung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten -> Populationsbezug aufgrund RVS; 5%-Schwellenwert für Verlust von Individuen und Flächen
- S 59 und 124, Frage 1.16: Verbot der Störung -> Pauschal-Schwellenwert für Verlust von Individuen und Flächen von 5% der lokalen Population

Die Beschwerdeführerin stellte dem SV Ornithologie in der mündlichen Verhandlung folgende Fragen (siehe VHS S 150ff):

“Sie legen bei der Beurteilung der Verbotstatbestände jeweils die Erheblichkeit auf Populationsebene zu Grunde und beziehen sich dabei, auf eine Schwelle von 5 % lebensraum- bzw. Populationsverlust gem. RVS. Wo in den Unterlagen finden sich Angaben über die Abgrenzung der lokalen Populationen, über die Größe des Lebensraumes der lokalen Populationen, über die Individuenanzahl der lokalen Populationen und über den Erhaltungszustand? Wie hoch ist der zu erwartende Verlust an Individuen je untersuchter Art? Wie hoch ist der zu erwartende Verlust an lebensraum je untersuchter Art? Wo wurde das Nichterreichen dieser 5%-Schwelle für jede einzelne Art und Population nachgewiesen und begründet?”

Der gerichtliche SV bestätigte in der mündlichen Verhandlung (VHS S 150 und 153) unter Berufung auf die RVS die Anwendung eines 5%-Pauschalkriteriums bei der Prüfung aller



artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände, konnte aber keine Angaben zum Bestand und dem daraus zu erwartenden Verlust von Lebensraum und Individuen machen:

"Zur Frage betreffend Lebensraumverlust dieser ist seriöser Weise nicht festlegbar." (VHS 150)

" ... ist eine detaillierte Zahlenangabe bzw. Abgrenzung einer lokalen Population insbesondere bei sehr weit verbreiteten und häufigen Vogelarten fachlich seriös nicht durchführbar. " (VHS 150)

"Die detaillierte Abgrenzung von Vogelpopulationen und die Beurteilung deren Größe ist nicht realistisch abschätzbar." (VHS 150)

" Eine artweise Abhandlung bzw. Einschätzung der Verminderung des Kollisionsrisikos wurde nicht vorgenommen, da dies weder möglich, noch aus meiner Sicht fachlich notwendig ist." (VHS 141)

Mit diesen Antworten hat der gerSV erkennen lassen, dass er gar nicht imstande war, Auswirkungen von Störungen, Tötungen oder Flächenverlusten zu quantifizieren und nach der von ihm verwendeten und vom Gericht anerkannten Methode RVS anhand als bekannt vorauszusetzender Größen (Individuen einer Population, Flächen der Fortpflanzungs- und Ruhestätten) eine Überschreitung oder Unterschreitung des Schwellenwertes von 5% zu berechnen.

Damit fehlt daher im Rahmen der fachlichen Beurteilung jeglicher Zusammenhang zwischen dem Bestand der Populationen und dem Ausmaß des zu erwartenden Eingriffs nach der Methode RVS. Es fehlt daher auch die entscheidungswesentliche fachliche Grundlage für die vom Gericht für die rechtliche Beurteilung getroffene Feststellung es seien keine negativen Auswirkungen auf lokale Populationen zu erwarten.



Fazit: Es ist daher im gegebenen Zusammenhang mit dem Nachweis eines unverhältnismäßigen Nachteils festzustellen, dass die Verwirklichung des Tötungstatbestands nicht ausgeschlossen werden kann.

Nach dem Aktenstand und unter Berücksichtigung des europarechtlichen Vorsorgegrundsatzes ist daher von der Verwirklichung des Verbotstatbestands der Tötung von Vögeln auszugehen.

Der EuGH interpretiert den Vorsorgegrundsatz schutzgutbezogen so, dass anhand objektiver Umstände ausgeschlossen werden muss, dass ein Vorhaben ein Gebiet beeinträchtigt, ansonsten das Vorhaben zu versagen wäre. Es darf kein vernünftiger Zweifel verbleiben (EuGH C-127/02; C-399/14; C-387-15; C-388-15).

Die EU-Kommission geht in ihrem Leitfaden zum Artenschutz (2007: S 54 Rn 76) dann vom Vorsorgeprinzip aus, wenn etwa Maßnahmen gerade nicht mit großer Sicherheit ausreichen, um Beschädigungen oder Zerstörungen von Fortpflanzungs- und Ruhestätten zu vermeiden. Hier handelt es sich um eine artbezogene Vorsorge, die ein äußerst hohes Maß an Sicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit umzusetzender Maßnahmen erfordert, um die betroffenen Arten nicht zu beeinträchtigen. Liegt diese Sicherheit nicht vor, ist der Verbotstatbestand erfüllt.

Demzufolge darf die Verwirklichung des Verbotstatbestands der Störung auch nicht ausgeschlossen werden. Im Umkehrschluss ist daher von einer erheblichen Störung der genannten Vogelarten auszugehen.



3. Zur konkreten Befürchtung des Eintritts einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung der von den Revisionswerberinnen zu vertretenden öffentlichen Interessen:

Die konkrete Befürchtung des Eintritts eines unverhältnismäßigen Nachteils für die Revisionswerberin in Ansehung der durch das Salzburger Naturschutzgesetz und das Salzburger Jagdgesetz geschützten Interessen, hier insbesondere der auf der FFH- und VS-Richtlinie basierenden artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände, bestehen im rechtskräftigen Erkenntnis des BVwG vom 26.02.2019, GZ W155 2120762-1/478E, welches zur jederzeitigen Durchführung des Vorhabens, auch während der voraussichtlichen Dauer des anhängigen verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, berechtigt. Denn damit würden die umweltrechtlich geschützten Interessen der Revisionswerberinnen insofern erheblich verletzt, als gleichzeitig mit der projektgemäßen Umsetzung des Vorhabens Vögel der Raufußhuhnarten Auerhuhn und Birkhuhn sowie Wanderfalke, Uhu und Schwarzstorch in signifikant erhöhter Anzahl als im normalen Naturgeschehen getötet würden, was den Verbotstatbestand der Tötung gemäß § 103 Abs. 2 lit. a Salzburger Jagdgesetz verletzen würde und was – naturgemäß – auch nachträglich nicht wiederherstellbar ist.

Gleichzeitig würde mit dem Beginn der Bauarbeiten eine erhebliche Störung aller Vögel (ausg. Auerwild) verwirklicht, da keine Baubeschränkungen (ausg. forstliche Arbeiten) während Kernzeit der Brut- und Aufzuchtzeit im April, Mai und Juni und keine Baubeschränkungen in der Überwinterungszeit November und Dezember bestehen.



3.1. Zur bisherigen Rechtsprechung des VwGH im Zusammenhang mit Verfahren gemäß § 30 Abs 2 VwGG und artenschutzrechtlichen Verboten

Im Beschluss vom 10.08.2018 zur GZ Ra 2018/03/0066 gabe der VwGH dem dortigen Antrag mit folgenden Begründungen nicht statt:

1. Es wurde nicht begründet warum der unverhältnismäßige Nachteil in Form einer absichtlichen Tötung - die damit eine eindeutige auf Tötung gerichtete Absicht verlangt - bereits während der Dauer des Verfahrens vor dem VwGH eintreten sollte. Wurde doch ein neuer Bauzeitplan vorgelegt, nach welchem der Kernbereich der Teilpopulation des Auerwildes für 3-4 Jahre unberührt bleibe. Nach allgemeinem Sachverstand des VwGH sei es außerdem notorisch, dass die Liftseile nicht zu Beginn der Bauphase angebracht würden, sodass eine Kollisionsgefahr erst nach mehreren Jahren verwirklicht würde. Es sei nicht ersichtlich, warum das Verfahren vor dem VwGH noch mehrere Jahre dauern sollte.
2. Ausgehend von den Annahmen des Verwaltungsgerichts sei das Tötungsrisiko durch eingriffsmindernde Maßnahmen und vorgeschriebene Auflagen vermindert worden, sodass das Tötungsrisiko bei den "meisten" Arten nicht über jenes hinausgehe, welchem die Exemplare im Rahmen des allgemeinen Naturgeschehens unterlägen. Die Eingriffe seien als kritisch zu beurteilen, doch werde der Erhaltungszustand der jeweiligen Gesamtpopulation durch das Projekt nicht gefährdet. Die vorgesehenen CEF-Maßnahmen seien konfliktmindernd und funktionserhaltend und könnten die negativen Auswirkungen der Eingriffe in einem wesentlichen Ausmaß ausgeglichen werden. Das VwG ging daher nicht von einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos durch Kollisionen mit Liftseilen aus.
3. Diese Ausführungen des VwG waren für den VwGH nicht etwa von vornherein als unzutreffend bzw als un schlüssig zu erkennen, zumal nach der Rechtslage die Frage der Rechtmäßigkeit derartiger Erwägungen erst im ordentlichen Verfahren zu prüfen sein wird.



4. Das Jagdgesetz sei außerdem an die FFH-Richtlinie und an die Vogelschutz-Richtlinie angepasst worden. Bei der Beurteilung des unverhältnismäßigen Nachteils gemäß § 30 Abs 2 VwGG sei bei der Tötung von Wildtieren vordergründig der Zweck der Richtlinien, nämlich der "Artenschutz" und die "Arterhaltung" zu berücksichtigen. Die Vogelschutz-RL hat nach ihren Erwägungsgründen die Erhaltung sämtlicher wild lebender Vogelarten zum Ziel. Als Hauptziele der Vogelschutz-RL seien "die Erhaltung der Gesamtpopulation" und die "Vermeidung der Ausrottung" der geschützten Vogelarten anzusehen. Nach den Feststellungen des VwG sei aber der "Erhaltungszustand der Gesamtpopulation" nicht gefährdet. Das Vorbringen, der Tötungstatbestand sei individuenbezogen zu beurteilen und der Tötungstatbestand werde verwirklicht, könne daher keinen unverhältnismäßigen Nachteil geltend machen.

5. Auch beziehe sich die im AW-Verfahren zu prüfende Frage der Wiederherstellbarkeit nicht auf denselben Zustand, sondern auf einen gleichartigen Zustand (Wiederaufforstung, Neubesatz einer Fischpopulation, Wiederbesiedlung des betroffenen Gebietes mit "verbliebenen" Individuen. Es konnten daher keine konkreten Nachteile in qualitativer wie quantitativer Hinsicht über der Schwelle der Unverhältnismäßigkeit festgestellt werden.

Da diese Punkte auch für den gegenständlichen Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung von Relevanz sind, wird - bezogen auf diesen Antrag - wie folgt dazu ausgeführt:

a) Zum Nachweis der "Absicht"

Der VwGH ging im vorzitierten Beschluss davon aus, dass der Verbotstatbestand der Tötung eine eindeutige auf Tötung gerichtete Absicht verlangt. Dies ist vom Wortlaut des Gesetzes her grundsätzlich richtig, allerdings inzwischen seit vielen Jahren durch den EuGH und die Kommission (Leitfaden zum Artenschutz, 2007) geklärt:



Der Verbotstatbestand der Tötung verlangt "Absicht", dieser Begriff ist durch den EuGH inzwischen eindeutig geklärt (die Entscheidung des Umweltsenates zu Gössendorf/Kalsdorf, US 8A/2008/15-54 vom 23.12.2008 ist als missglückt anzusehen und war bereits zum Zeitpunkt ihrer Erlassung widerlegt.)

In Rn 71 hält der Gerichtshof zu den Voraussetzungen des Tatbestandsmerkmals der „Absichtlichkeit“ eindeutig klärend und unter vorhergehender Bezugnahme auf C-103/00 (Caretta caretta) fest:

„Das Tatbestandsmerkmal der Absichtlichkeit in Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie kann nur verwirklicht sein, wenn nachgewiesen ist, dass der Handelnde den Fang oder die Tötung eines Exemplars einer geschützten Tierart gewollt oder zumindest in Kauf genommen hat.“

In diese Richtung gehen auch die Vorgaben des Leitfadens der Europäischen Kommission, endgültige Fassung vom Februar 2007, zum strengen Schutzsystem für Tierarten von gemeinschaftlichem Interesse im Rahmen der FFH-Richtlinie 92/43/EWG. Demnach ist das Tatbestandsmerkmal der Absichtlichkeit in Artikel 12 FFH-Richtlinie nach Auswertung der Judikatur des EuGH wie folgt auszulegen:

„Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a) verbietet alle Formen des absichtlichen Fangens oder des absichtlichen Tötens von aus der Natur entnommenen Exemplaren der in Anhang IV Buchstabe a) genannten Arten. Der Begriff „absichtlich“ ist dabei als über den „unmittelbaren Vorsatz“ hinausgehend auszulegen. Eine Person, von der erwartet werden kann, dass sie weiß, dass ihre Handlungen höchstwahrscheinlich zu einem Verstoß gegen die Artenschutzbestimmungen führen, diese Handlung jedoch gewollt begeht oder zumindest die Folgen ihres Handelns in Kauf nimmt, begeht einen Verstoß. Eine gute Unterrichtung und Anweisung durch die zuständigen Behörden scheint ein geeignetes Mittel zur Umsetzung dieser Bestimmungen zu sein.“

Es ist daher von der durch EuGH und Kommission vorgenommenen Auslegung des Begriffes „absichtlich“ im Sinne von „wissend und in Kauf nehmend“ auszugehen ist.



Diese Definition deckt sich mit dem Vorsatz des § 5 Abs 1 StGB, welcher für den Tatbestand des § 181f. StGB gefordert ist:

§ 5. (1) Vorsätzlich handelt, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, daß der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet.

Die "Absichtlichkeit" ist daher im gegebenen Zusammenhang des hier relevanten Falles unstrittig als gegeben anzunehmen.

b) Zur Unmittelbarkeit der Gefahr in Bezug zur Dauer des Verfahrens vor dem VwGH

Die im ggst Antrag geltend gemachten unmittelbaren Gefahren und unverhältnismäßigen Nachteile in Form der erheblichen Störung und der Tötung von Vögeln treten mit Beginn der Bauarbeiten ein und dauern bis zu deren Abschluss. Der Zeitrahmen für die Bauarbeiten wurde in der Genehmigung mit 10 Jahren angegeben (Spruchpunkt 5.). Ein Seilzug in den Vogellebensräumen darf erst nach Entfaltung der Wirksamkeit der CEF-Flächen, also laut UVE und Erkenntnis frühestens 5 Jahre nach Baubeginn erfolgen (Erkenntnis S 373). Dies markiert den vorläufigen Abschluss der Bauarbeiten ohne nachsorgende Tätigkeiten.

Zwar hat der VwGH im zit Beschluss vom 10.08.2018 darauf hingewiesen, dass nach dem Tätigkeitsbereich des Gerichtshofes für das Jahr 2017 die Verfahrensdauer deutlich unter einem halben Jahr liegt. Allerdings kann nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, dass in einem umfangreichen Verfahren wie diesem mit einer Vielzahl an Revisionswerbern und -themen dieser Zeitrahmen ebenfalls eingehalten werden kann. Die dargelegten Gefahren werden aber bereits mit Baubeginn ausgelöst.



c) Unmöglichkeit der Kompensierbarkeit von Störungen und Tötungen durch CEF-Maßnahmen

Die Begründung des zit. Beschlusses des VwGH ging beim dort relevierten Tötungstatbestand davon aus, dass die vorgesehenen CEF-Maßnahmen konfliktmindernd und funktionserhaltend seien und die negativen Auswirkungen der Eingriffe in einem wesentlichen Ausmaß ausgeglichen werden könnten.

Dazu ist klarzustellen, dass das Konzept der CEF-Maßnahmen ein Vorschlag der EU-Kommission im Leitfaden zum FFH-Artenschutz (2007) ist und einzig und allein im Zusammenhang mit dem Verbotstatbestand der Beschädigung und Vernichtung von Fortpflanzungs- und Ruhestätten nach der FFH-Richtlinie steht. CEF-Maßnahmen werden daher nur angewendet bei Flächenverlusten von wesentlichen Lebensraumbestandteilen, welche die Tiere zum Leben und Überleben benötigen. Tötungen und Störungen können daher schon per definitionem ("funktionserhaltende Maßnahmen") nicht mit CEF-Maßnahmen kompensiert werden. Diese Sichtweise ist aber unter allen Verfahrensbeteiligten unstrittig und auch eindeutig der Aktenlage zu entnehmen.

d) Zu den Zielen der Vogelschutz-Richtlinie

Dem vom VwGH im zit. Beschluss identifizierten Zweck der Schutzbestimmungen der VS-RL, nämlich "Artenschutz" und "Arterhaltung" ist uneingeschränkt zu folgen. Die VS-RL wie auch die FFH-RL enthalten ein mehrstufiges Schutzsystem: einerseits den Gebietsschutz nach Art 6 FFH-RL (der auch für die Vogelschutzgebiete gilt) und andererseits den Artenschutz nach Art 12 FFH-RL und Art 5 VS-RL. Geschützte Arten sind im einen Fall in den für sie ausgewiesenen Schutzgebieten geschützt. Da die Lebenswelt der Tiere aber sämtliche Flächen der Mitgliedstaaten umfasst, besteht außerhalb von Schutzgebieten ein besonderer Schutz gemäß den Art 12 FFH-RL und Art 5 VS-RL in Form von Verboten, die sich auch in den Sprachfassungen der Richtlinien auf die Individuen beziehen. Erst in den Ausnahmeverfahren zu den Verboten sind ganz konkret die Auswirkungen auf die Populationen und deren Erhaltungszustand zu prüfen.



Es besteht daher einerseits Individuenschutz und andererseits Schutz des Erhaltungszustands der derzeitigen Lage, welcher sich nicht verschlechtern darf (Art 13 VS-RL).

Angesichts des normierten Verschlechterungsverbots des Art 13 VS-RL kann daher den vom VwGH angeführten "Hauptzielen" der "Erhaltung der Gesamtpopulation" und der "Vermeidung der Ausrottung" nur eingeschränkt gefolgt werden. Die "Ausrottung" ist eine Formulierung der 6. Begründungserwägung und - selbstverständlich - zu verhindern. Dazu ist es daher iSd Art 13 VS-RL nötig, dass es "*nicht zu einer Verschlechterung der derzeitigen Lage*" kommt. Die Formulierung "Erhaltung der Gesamtpopulation" kann daher nur in diesem Sinne verstanden werden.

Im gegenständlichen Verfahren ist dieses Ziel der Richtlinie aber sachverständig nicht nachgewiesen worden, weil die für die Beurteilung der Verschlechterung erforderlichen Zahlen die nötig gewesen wären, den Schwellenwert von 5% der RVS zu errechnen, anhand der Aktenlage nachweislich nicht erhoben wurden.

e) Zur Frage nach der „Wiederherstellbarkeit“ bzw „Wiederbesiedlung mit verbliebenen Exemplaren“

Nach der ständigen Rsp des VwGH ist für die Beurteilung des Vorliegens einer wesentlichen Beeinträchtigung der vom Revisionswerber zu vertretenden öffentlichen Interessen u.a. auch maßgeblich, inwieweit die Folgen des Eingriffes im Falle der Aufhebung des angefochtenen Bescheides wieder beseitigt werden können. Die Beurteilung, ob die geltend gemachten Nachteile die Schwelle der Unverhältnismäßigkeit erreichen, hängt somit entscheidend von den im Aufschiebungsantrag vorgebrachten konkreten Angaben über die Wiederherstellung des vorherigen Zustandes ab. (vgl VwGH vom 13.08.2010, ZI AW 2010/10/0027).

Es liegt in der Natur der Sache, dass eine Tötung von geschützten Tieren, die ggst signifikant über dem normalen Naturgeschehen liegt, nicht wieder rückgängig gemacht und damit



auch nicht der vorherige Zustand – also die Wiederbelebung des zu Unrecht getöteten Individuums – wiederhergestellt werden kann. Jegliche anderslautende Annahme widerspräche selbst den genannten europarechtlichen Vorgaben und wäre unionsrechtswidrig.

Der VwGH argumentierte jedoch im zitierten Beschluss damit, dass eine Wiederbesiedlung des betroffenen Gebietes mit verbliebenen Individuen jedenfalls möglich wäre bzw konkret zu widerlegen wäre.

Dazu wird darauf hingewiesen, dass es sich bei den betroffenen Arten bspw der Raufußhühner um sehr langlebige Arten mit nur geringer Fortpflanzungsrate handelt, was sie bei erhöhtem Tötungsrisiko umso sensibler hinsichtlich der Gefahr des Verschwindens von Populationen macht. Bei Verunglücken einer Henne im Frühjahr fällt deren allfälliger Fortpflanzungserfolg für die Population zur Gänze weg, da sie keine Jungvögel aufziehen kann. Dieser Verlust kann nicht durch andere verbliebene Exemplare aufgefangen werden, weil die Reproduktionsrate nicht verdoppelt werden kann. Werden mehrere Individuen getötet, ist die Gefahr des Verschwindens der Population konkret gegeben. Aus diesem Grund sind diese Vögel auch stark gefährdet.

Gerade im ggSt Verfahren, in welchem aber die Auswirkungen auf die Populationen gar nicht nachweislich und messbar nach der angewandten Methode RVS festgestellt werden konnten, was sich aus der oben zitierten Aktenlage ergibt, muss im Sinne des Vorsorgegrundsatzes umso mehr von einer konkreten Gefährdung ausgegangen werden.

f) Zur Abgrenzung zu einer gerichtlich strafbaren Handlung

Abschließend ist für den Nachweis eines unverhältnismäßigen Nachteils eine Abgrenzung zum Strafrecht erforderlich.



Die Bestimmungen der Umweltstrafrecht-Richtlinie 2008/99/EG vom 19. November 2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt normieren folgende gerichtlich strafbare Handlung:

Nach Art 3 lit f der Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die folgenden Handlungen unter Strafe gestellt werden, wenn sie rechtswidrig sind und vorsätzlich oder zumindest grob fahrlässig begangen werden:

f) die Tötung, die Zerstörung, der Besitz oder die Entnahme von Exemplaren geschützter, wildlebender Tier- oder Pflanzenarten, mit Ausnahme der Fälle, in denen die Handlung eine unerhebliche Menge dieser Exemplare betrifft und unerhebliche Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der Art hat;

Diese Bestimmung wurde in Österreich in § 181f. und g. StGB umgesetzt und beschränkt sich bei Tieren auf deren Tötung und Besitz:

Vorsätzliche Schädigung des Tier- oder Pflanzenbestandes

§ 181f. (1) Wer Exemplare einer geschützten wildlebenden Tierart entgegen einer Rechtsvorschrift oder einem behördlichen Auftrag tötet, besitzt oder deren Entwicklungsformen zerstört oder aus der Natur entnimmt oder Exemplare einer geschützten wildlebenden Pflanzenart zerstört, besitzt oder aus der Natur entnimmt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen, es sei denn, dass die Handlung eine nur unerhebliche Menge der Exemplare betrifft und auf den Erhaltungszustand der Art nur unerhebliche Auswirkungen hat.

(2) Geschützte wildlebende Tierarten sind die in Anhang IV lit. a) der Richtlinie 92/43/EWG zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen oder des Anhangs I der Richtlinie 2009/147/EG über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten aufgezählten Arten; geschützte wildlebende Pflanzenarten sind die in Anhang IV lit. b) der



Richtlinie 92/43/EWG zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen aufgezählten Arten.

Grob fahrlässige Schädigung des Tier- oder Pflanzenbestandes

§ 181g. Wer grob fahrlässig (§ 6 Abs. 3) entgegen einer Rechtsvorschrift oder einem behördlichen Auftrag eine der im § 181f mit Strafe bedrohten Handlungen begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen.

Die Erläuterungen in 1392 der Beilagen XXIV. GP RV halten dazu folgendes fest:

„Nach Art. 3 lit. f der Richtlinie sind Tötung, Zerstörung, Besitz oder Entnahme von Exemplaren geschützter wildlebender Tier- oder Pflanzenarten unter Strafe zu stellen.

Eine Strafbarkeit muss jedoch erst dann vorgesehen werden, wenn die Schädigung erhebliche quantitative bzw. wesentliche Auswirkungen auf die geschützte Art zur Folge hat. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. [...] Die in den einzelnen Landesgesetzen enthaltenen verwaltungsrechtlichen Vorschriften zum Schutz dieser geschützten Tier- oder Pflanzenarten sollen daher durch die vorgeschlagenen Bestimmungen der §§ 181f bis 181g ergänzt werden, wobei hinsichtlich der Einschränkung darauf verwiesen wird, dass je nach Gefährdungsgrad bereits ein Exemplar eine „erhebliche Menge“ darstellen kann.“

Ebensolche Auswirkungen stellen aber bereits geringe Verluste der angeführten gefährdeten Federwildarten der Raufußhühner und der anderen angeführten Arten dar, was sich auch in der mittels Gutachten nachgewiesenen erhöhten Mortalitätsgefährdung niederschlägt.



Stellt man nun diese gerichtlich strafbaren Handlungen (insb die Tötung) in Beziehung zum Verbotstatbestand der Tötung nach FFH- und VS-RL, so ergeben sich zwei Vergleichsmerkmale:

2. Der Verbotstatbestand der Tötung verlangt "Absicht", dieser Begriff ist durch den EuGH inzwischen eindeutig geklärt (siehe bereits oben; die Entscheidung des Umweltsenates zu Gössendorf/Kalsdorf, US 8A/2008/15-54 vom 23.12.2008 ist als missglückt anzusehen und war bereits zum Zeitpunkt ihrer Erlassung widerlegt.) Die Definition des EuGH deckt sich mit dem Vorsatz des § 5 Abs 1 StGB, welcher für den Tatbestand des § 181f. StGB gefordert ist:

§ 5. (1) Vorsätzlich handelt, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, daß der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet.

3. Gleich wie die vom BVwG im angefochtenen Erkenntnis angewandte Auslegung des Verbotstatbestands der Tötung fordert auch das StGB den Bezug zu einer nicht unerheblichen Menge an Exemplaren und zu mehr als unerheblichen Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der Art. Hier wird also ebenso ein Populationsbezug mit Auswirkungen auf den Erhaltungszustand hergestellt.

Fazit: Die gerichtlich strafbaren Tatbestände der vorsätzlichen und grob fahrlässigen Schädigung des Tier- oder Pflanzenbestandes decken sich mit der vom BVwG angenommenen Auslegung des artenschutzrechtlichen Verbotstatbestands der Tötung nach FFH- und VS-Richtlinie (NSchG und JagdG).

Wenn daher aber nach der Aktenlage nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Verbotstatbestände der Tötung und der Störung nicht vorliegen, dann liegt die Erfüllung einer gerichtlich strafbaren Handlung besonders nahe, was in jedem Falle einen unverhältnismäßigen Nachteil der Revisionswerberin begründet, weil bei gerichtlich strafbaren Handlungen von einer besonderen Schwere des Eingriffs auszugehen, die ggst



auch die Schwelle eines Vergehens überschreitet. In der Sache geht es aber um die Arten, deren Schutz durch die bekämpfte Genehmigung nicht entsprochen wurde.

4. Zusammenfassung

In Form des hg. angefochtenen, rechtskräftigen Erkenntnisses des BVwG besteht die **konkrete Gefahr der Tötung von Vögel der Arten Schwarzstorch, Auerhuhn, Birkhuhn, Wanderfalke und Uhu in signifikant erhöhter Anzahl** als im Vergleich zum normalen Naturgeschehen getötet würden, was den Verbotstatbestand der Tötung gemäß § 103 Abs. 2 lit. a Salzburger Jagdgesetz (bzw § 31 Abs 3 Z 1 NSchG beim Schwarzstorch) verletzen würde und zwar bereits während der voraussichtlichen Dauer des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens.

Das Vorkommen dieser Vogelarten ist durch die UVE, das UVG und die gerichtlichen Gutachten des BVwG konkret und aktuell nachgewiesen.

Die Erhöhung des Tötungsrisikos dieser Vogelarten bei Umsetzung des Vorhabens ist durch das beiliegende Gutachten "Bewertung des Tötungsrisikos von Schwarzstorch, Auerhuhn, Birkhuhn, Wanderfalke und Uhu an den Materialeilbahnen zur Errichtung der geplanten 380 kV-Salzburgleitung", Mag. Werner vom 15.04.2019, nachgewiesen und kann auch gemäß dem vorliegenden Gutachten nicht beherrscht werden.

Die aufgezeigten Auswirkungen sind nicht kompensierbar oder wiederherstellbar und erfüllen die Voraussetzungen zur Verwirklichung des Verbotstatbestands der Tötung, wie ihn das BVwG im angefochtenen Erk auslegt. Gleichzeitig liegen damit die Voraussetzungen zur Erfüllung des gerichtlichen Straftatbestands des § 181f. StGB nahe.

Überall dort wo Erschließungswege zu den zu bauenden Strommasten vorhanden sind oder wo eine Materialeilbahn bereits errichtet ist (also dort wo kein Hubschraubereinsatz



mehr erforderlich ist) **und wo nicht Felsenbrüterstandorte, Auerhuhnlebensräume und Demontagen im Hochgebirge betroffen sind, gibt es keine generelle Baubeschränkung außerhalb forstlicher Arbeiten für Vögel nach NSchG und Federwild (ausgenommen Auerwild) nach JagdG!**

Dies betrifft den Bau der Masten, zugehörige Baustelleneinrichtungen, etc und den damit verbundenen Betrieb der Materialeilbahnen, der sich laut der Aktenlage gemäß UVE Technischem Bericht über Monate hinziehen kann.

Erhebliche Auswirkungen auf die Populationen sind aufgrund der Aktenlage unbewiesen geblieben.

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich daraus:

- **Störung in der gesetzlich geschützten Kernzeit der Brut- und Aufzuchtzeit im April, Mai und Juni bei allen Vogel- und Federwildarten (ausg. Auerwild) durch fehlende Vorschriften von Bauzeitbeschränkungen**
- **Störung in der gesetzlich geschützten Überwinterungszeit zumindest im November und Dezember bei allen Vogel- und Federwildarten (ausg. Auerwild) durch fehlende Vorschriften von Bauzeitbeschränkungen**

Der unverhältnismäßige Nachteil für die Rw. ist damit hinreichend nachgewiesen.

5. Interessenabwägung

Einer Revision kann gemäß § 30 Abs 2 VwGG die aufschiebende Wirkung dann zuerkannt werden, wenn dem nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen und nach Abwägung der berührten öffentlichen Interessen und Interessen anderer Parteien mit dem Vollzug des angefochtenen Erkenntnisses oder mit der Ausübung der durch das



angefochtene Erkenntnis eingeräumten Berechtigung für den Revisionswerber ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung dargetan hat, kann von zwingenden öffentlichen Interessen im Sinne des § 30 Abs. 2 VwGG nur gesprochen werden, wenn die konkrete Interessenslage öffentliche Rücksichten berührt, die einen umgehenden Vollzug des angefochtenen Bescheides gebieten. Der Umstand, dass öffentliche Interessen am Vollzug einer behördlichen Maßnahme bestehen, berechtigt nicht schon ohne Weiteres zur Annahme, dass eben diese Interessen auch eine sofortige Verwirklichung der getroffenen Maßnahmen zwingend gebieten. Hierzu bedarf es noch des Hinzutretens weiterer Umstände, um die öffentlichen Interessen als "zwingend" im Sinne der genannten Gesetzesstelle ansehen zu können (vgl. etwa die hg. Beschlüsse vom 3. Juni 2011, Zl. AW 2011/10/0016, vom 24. Februar 2011, Zl. AW 2010/10/0058, und vom 13. August 2010, Zl. AW 2010/10/0027).

So wurden einer Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehende zwingende öffentliche Interessen im Wesentlichen stets dann angenommen, wenn mit dem Aufschub eine Gefahr für die Gesundheit und das Leben von Menschen (zum Teil auch deren Eigentum) verbunden wäre; daneben lassen sich als relevante Gesichtspunkte die Gefährdung der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches und des Abgabeananspruches als solchen sowie die Gefährdung der Versorgungslage breiter Bevölkerungsteile (z.B. mit Wasser oder Energie) erkennen (vgl. dazu etwa den Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 21. Februar 2012, B 68/12, mwH auf die Literatur). (vgl etwa Beschluss vom 20.03.2013, 2013/05/0005).

Eine solche ist aktuell nicht gegeben. Zwar wird seitens der Projektwerberin des öfteren darauf hingewiesen, dass eine Erneuerung der Infrastruktur überfällig sei und dass erhebliche finanzielle Mittel zur Netzstabilisierung aufgewendet werden müssen. Eine konkrete Gefährdungslage der Stromversorgung der Bevölkerung - und nur eine solche wäre tatsächlich "zwingend" im Sinne der Rechtsprechung - liegt aber mitnichten vor und kann auch für die Dauer des Verfahrens vor dem VwGH nicht angenommen werden. Immerhin würde ein Seilzug der Stromkabel erst frühestens fünf Jahre nach Baubeginn



erfolgen. Auch die Fertigstellungsfrist für das Vorhaben beträgt laut UVP-Genehmigung Spruchpunkt V. 10 Jahre ab Rechtskraft.

Derartige „zwingende“ öffentliche Interessen an der Umsetzung des ggst Projekts während der Dauer des Verfahrens vor dem VwGH bestehen daher jedenfalls nicht.

Daneben ist aber zu beachten, dass – anders als nach Artikel 16 Abs 1 lit c) FFH-Richtlinie im Rahmen eines Ausnahmeverfahrens von den artenschutzrechtlichen Verboten – im Regelungsbereich der Vogelschutz-Richtlinie eine solche Ausnahme im öffentlichen Interesse im Ausnahmeverfahren nach Artikel 9 VS-RL, also im Regelungsbereich des Vogelschutzes, eben nicht zulässig ist.

Ausgehend von

- dem Nachweis der Tötung geschützter Vögel, deren zu erwartende Anzahl signifikant über dem normalen Naturgeschehen liegt und nicht wieder rückgängig gemacht werden kann
- der nicht ausschließbaren Störung geschützter Vögel mangels zwingend erforderlicher Baubeschränkungen
- und deren Einfluss auf die Population und deren Erhaltungszustand, welche nachweislich anhand der Aktenlage nicht erhoben wurden,

dürfen daher in diesem Zusammenhang überhaupt keine öffentlichen Interessen für eine Umsetzung des Vorhabens zur Geltung kommen.



6. Die Revisionswerberin stellt daher den

A N T R A G

der Verwaltungsgerichtshof möge der Revision gemäß § 30 Abs 2 VwGG die aufschiebende Wirkung zuerkennen.

Beilage: Gutachten zur Bewertung des Tötungsrisikos von Schwarzstorch, Auerhuhn, Birkhuhn, Wanderfalke und Uhu an den Materialseilbahnen zur Errichtung der geplanten 380 kV-Salzburgleitung, Mag. Sabine Werner, 15.04.2019



ANTRÄGE

Die Revisionswerberin stellt daher die

A N T R Ä G E

der Verwaltungsgerichtshof möge

1. das angefochtene Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 26.02.2019, GZ W155 2120762-1/478E gemäß § 42 Abs 2 VwGG aufheben und
2. der Revision gemäß § 30 Abs 2 VwGG aufschiebende Wirkung zuerkennen.

Mag. Dipl.Ing. Dr. Gishild Schaufler
Umweltanwältin



Beilagenverzeichnis:

- Einzahlungsbeleg Eingabengebühr
- Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 26.02.2019, GZ W155 2120762-1/478E

./1 Gutachten zur Bewertung des Tötungsrisikos von Schwarzstorch, Auerhuhn, Birkhuhn, Wanderfalke und Uhu an den Materialseilbahnen zur Errichtung der geplanten 380 kV-Salzburgleitung, Mag. Sabine Werner, 15.04.2019

