

Alternativenprüfung und ihre verfahrensrechtliche Bedeutung

Michael Hecht und Josef Peer

Transkription der Präsentation im Rahmen der Tagung "SUP & Raumplanung"

Michael Hecht: Alternativenprüfung ist gut, aber immer zu spät. Das ist eigentlich die Conclusio aus rechtlicher Sicht, aber wie es zu dieser Conclusio kommt und vielleicht eine geringfügig differenzierte Aufarbeitung dieser Conclusio möchten wir in diesen 15 Minuten über die Rampe bringen. Warum gut aber immer zu spät zeigt sich schon an der Reihung der Inhalte unseres Vortrags. Wir wollen mit einer kleinen Provokation beginnen, dann was sind Alternativen und kommen von der Raumordnung in die Genehmigungsverfahren. Das tun wir deshalb, auch das vorwegnehmend, weil Alternativenprüfung und Zielerörterung in der traditionellen Österreichischen Rechtsordnung lange Jahre, Jahrzehnte und bald Jahrhunderte lang ein Bereich war, der eher der Flächenwidmung und Raumordnung vorbehalten war und weniger den Genehmigungsverfahren. Daher vorher ein paar Aspekte des Rahmenprogramms der SUP und was man daraus schlussfolgern und mitnehmen kann in die Genehmigungsverfahren. Sie werden sagen „Was ist das für eine Kinderei?“, wenn wir Sie mit Definitionen von Alternativen belästigen. Es ist wie gesagt eine kleine Provokation, denn aus juristischer Sicht ist eine Alternative weder ein Bauplan noch eine Standortauswahl, sondern etwas anderes, nämlich eine menschliche Willensentscheidung. Und warum ist es das? Wenn sie sich die allgemeine Definition anschauen: „Möglichkeit zur Entscheidung zwischen zwei einander ausschließenden Handlungsmöglichkeiten“. Wenn man diese substantivische Definition heranzieht, dann sieht man eine rechtliche Bedeutung, es geht bei der Alternativenprüfung im rechtlichen Sinn eben niemals um das nebeneinander legen verschiedener Pläne und Planungsvarianten, sondern es geht um eine Willensentscheidung.

Das zeigt sich darin, dass jede rechtliche Entscheidung, jeder Bescheid, jedes Erkenntnis eines Verwaltungsgerichts ein hoheitlich normativer Akt ist und im Normativen steckt eine Willensentscheidung. Dies ist auch deshalb wichtig, weil insbesondere wir Juristen ja nichts fachlich oder sachlich prüfen können, aber wenn es um Formalismen geht sind wir ganz gut dabei. Was sich bei diesen Genehmigungsverfahren dann zeigt, wenn man die Hausaufgaben in der Raumordnung gut gemacht hat, dann ist die Willensentscheidung für ein bestimmtes Tun, und damit im Ausschlussverfahren das Unterlassen eines anderen Vorhabens ganz gut durchsetzbar. Wenn man diesen Willen schlecht dokumentiert hat, dann schaut's im Genehmigungsverfahren auch nicht so gut aus. Alternativen hängen, jedenfalls aus rechtlicher Sicht aber auch ganz allgemein sprachlogisch und nach den Denkgesetzen, immer damit zusammen - insbesondere dann, wenn sie einander ausschließen, wenn ich mich für eine von beiden entscheide - nach welchen Vorgaben die Entscheidung beurteilt wird. Damit ist auch schon etwas aus dem Verfahren vorweggenommen: Alternativenprüfung und ob sie rechtmäßig oder rechtswidrig erledigt wurde, können Sie immer nur prüfen, wenn sie auch Ziele geprüft haben, und Ziele können sie nur im Zusammenhang mit öffentlichen Interessen prüfen.

Ein Beispiel warum die Raumordnung lange Zeit - bis heute - eine Domäne war, die mit Zielen und Zielkonflikten umgehen gelernt hat, zeigt sich wenn sie die Wiener Bauordnung als „Raumordnungsgesetz des Landes Wien“ heranziehen. Da kommen ihnen natürlich alle Ziele bekannt vor. Da finden sie unterschiedliche wie, Flächenvorsorge, Wohnraum, Arbeits- und Produktionsstätten aber auch

natürlich tendenziell konfligierende Interessen, Vorsorge für Grün- und Wasserflächen, Schutz des Wienerwaldes. Zyniker würden sagen alles was Rainer Maria Rilke auch geschrieben hätte, finden sie als miteinander in einem Spannungsverhältnis stehende Ziele. Solche Zielkataloge finden sie traditionell in der österreichischen Rechtsordnung nur im Raumordnungsrecht, aber nicht in den Genehmigungsbestimmungen, dazu nachher mehr.

Wenn wir jetzt wissen, dass Alternativen einander ausschließende Willensentscheidungen sind, dann kriegt man ein bisschen ein Gefühl dafür, was sich bei der Rechtmäßigkeitskontrolle in der Raumordnung tut. Einerseits, das wissen natürlich auch die Fachleute unter Ihnen, ist bei der Rechtmäßigkeitskontrolle ganz massiv ein Thema, ob die Grundlagenforschung richtig erledigt wurde. Und das ist hochgradig eine Frage der Auseinandersetzung mit all diesen in Spannungsverhältnis zueinander stehenden Zielen. Der Verfassungsgerichtshof hat diese Grundlagenforschung und damit die Auseinandersetzung mit den möglichen Alternativen eigentlich im Laufe der Jahre intensiviert und detailliert. Insbesondere gilt das für das Thema der Anlasswidmungen. Wir haben ja alle gelernt, jedenfalls meine Generation in der rechtlichen Umgebung, da gibt's die Flächenwidmung oben drüber und das einzelne Projekt braucht man in der Flächenwidmung gar nicht beurteilen. Weil die Flächenwidmung und die Raumplanung setzt sich auseinander mit dem Konsum von Raum und nicht mit dem eigentlichen Projekt. Das hat sich in der Literatur und auch in der Judikatur eigentlich fast ins Gegenteil verkehrt. Sie haben heute sicher schon gehört: SUP-Pflicht ist dann gegeben, wenn der Plan oder das Programm den Rahmen für ein UVP-pflichtiges Projekt setzt. Naja, woher soll man wissen ob eine UVP Pflicht gegeben ist? Das kann man nur wissen, wenn man das Projekt schon kennt. In der SUP muss ich das Projekt schon beurteilt haben, das hat die traditionelle Österreichische Zugangsweise ein bisschen auf den Kopf gestellt.

Es gibt wie vorher schon gesagt im Raumordnungsrecht traditionellerweise eine Auseinandersetzung mit Zielen und damit mit Alternativen und auch im Raumordnungsrecht eine Definition der verschiedenen Spielarten der Alternativenprüfung (zB im niederösterreichischen Raumordnungsgesetz). Die SUP erzwingt die Auseinandersetzung mit Alternativen. Wenn wir vorher gesagt haben, dass der Verfassungsgerichtshof generell die Grundlagenforschung einmahnt, die Auseinandersetzung mit den Zielen und damit auch die Auseinandersetzung mit Alternativen, dann gilt das noch mehr im Bereich der Anlasswidmungen und ganz besonders überall dort, wo eine SUP Pflicht gegeben ist. Ähnlich im SUP-Recht der hochrangigen Verkehrsinfrastruktur. Auch dort sehen Sie dasselbe in Grün.

Die Conclusio aus dem ist einerseits: Im Raumordnungsrecht gibt es eine ganz tiefe und vom Verfassungsgerichtshof kontrollierbare Auseinandersetzung mit Zielen, mit Alternativen, mit Vorgaben. Diese Auseinandersetzung

gibt's in den Genehmigungsverfahren, zu denen wir gleich kommen, in einem weitaus geringeren Ausmaß. Aber mitunter gilt auch im Genehmigungsrecht, dass das Bessere der Feind des Guten ist und die „schleißige“ Auseinandersetzung mit Alternativen killen kann. Das heißt, da ist einmal die Message ganz wichtig: Dort, wo man mit Zielen und Alternativen hantiert, also im Raumordnungsbereich, ist der Projektwerber meist gar nicht dabei, wenn es dort aber schiefgeht, schleppen Sie das mit in Genehmigungsverfahren und dort kann es Sie einholen.

Ein Beispiel: Naturverträglichkeitsprüfung ist natürlich etwas, wo man schon ganz tief im Genehmigungsrecht drinnen ist. Wobei man den Artikel 6 der Flora-Fauna-Habitat Richtlinie nicht außen vor lassen darf, denn der spricht Pläne und Projekte an und nicht Großprojekte. Der verlangt, dass dort der Plan geprüft wird aber auch das Projekt auf Verträglichkeit und wenn, so sagt es die Richtlinie und alle umsetzenden Gesetzgeber in Österreich, wenn eine Alternativlösung nicht vorhanden ist, dann ist das Prüfsystem ein anderes. Oder ich formuliere es umgekehrt: Wenn die Verträglichkeitsprüfung „schief“ läuft, weil es erhebliche Beeinträchtigungen gibt in Hinblick auf ein Erhaltungsziel, dann rettet das Vorhaben bloß noch das Vorhandensein öffentlichen Interesses und eine Alternativenprüfung in der sie bescheinigen können, dass es keine Alternativen gibt. Wenn sie diesen Nachweis nicht schaffen im Genehmigungsverfahren, ist anders als in der SUP das Projekt gestorben. Jetzt ist es natürlich so, und das ist auch ein Aspekt den die Judikatur gezeigt hat: Ob es für etwas Alternativen gibt, das ist eine Frage des menschlichen Willens und diese Frage ist beantwortbar nach dem Zweck, den Zielen und nach den Vorgaben. Diese Ziele, beziehungsweise den Zweck können Sie im Genehmigungsverfahren nicht mehr als Projektwerber (alleine) selbst darlegen, weil sie können jedes Projekt so formulieren, dass es keine Alternativen gibt. Daher können sie das nicht endogen schnitzen. Da muss es einen exogenen Pflock geben, den jemand eingeschlagen hat, und den schlagen sie am besten in der Raumordnung ein. Ähnlich vielleicht im Bereich des Artenschutzes – Josef, wenn du das aufrühren möchtest.

Josef Peer: Lange war die Alternativenprüfung in genehmigungsrechtlicher Hinsicht ein Highlight des NVP-Verfahrens. Vom NVP-Verfahren ist dann die Alternativenprüfung auch auf den Artenschutz übergeschwappt. Verankert ist die Alternativenprüfung in Artikel 16 Abs 1 der Flora-Fauna-Habitat Richtlinie, national umgesetzt aber in den einzelnen Naturschutzgesetzen der Länder. Wenn man jetzt von NVPs und Alternativenprüfung spricht, muss man auch einen Exkurs machen auf die Verkehrsvorhaben des Bundes, insbesondere auf das Erkenntnis zum Semmering-Basistunnel.

Dieses Erkenntnis war insofern ein Novum, als der Verwaltungsgerichtshof dort ausgesprochen hat, dass, sofern eine Alternativenprüfung gemeinschaftsrechtlich erforder-

lich ist, diese auch durchzuführen ist, im naturschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren aber die Bundesinteressen bereits in der Trassenverordnung verankert sind und die Naturschutzbehörde an diese Interessen gebunden ist. Das ist insofern bemerkenswert, als dass sich hier wieder der Kreis schließt und die Trassenverordnung ein sehr frühes Stück in der Projektentwicklung ist und man hier bereits die Interessen festlegt, die dann später in einem naturschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren wieder von Relevanz sind. Mittlerweile sind diese Bundesinteressen durch den SUP-Prozess bereits dokumentiert und auch in diesem Frühstadium gesichert.

Vor dem naturschutzrechtlichen Verfahren kommt meistens das allen bekannte UVP-Prüfverfahren. Interessanter Art und Weise ist genau in diesem UVP-Verfahren aber die Alternativenprüfung kein großer Schwerpunkt, obwohl durch die Novelle 2018 das ein bisschen verbessert worden ist. Konkret wird zwar im UVP-Gesetz festgehalten, dass der Projektwerber Alternativen und die Vor- und Nachteile dieser Alternativen darzulegen hat, gleichzeitig hat die UVE auch realistische Lösungsmöglichkeiten überblickshaft zu beschreiben, allerdings ist im UVP-Gesetz nicht verankert, dass die umwelterträglichste Variante auch die zu genehmigende Variante ist- im Gegensatz zum NPV-Verfahren oder Naturschutzverfahren.

Am relevantesten ist die Alternativenprüfung im UVP-Gesetz bei Vorhaben, die später zu einer Enteignung führen, da dort eine eigene Bestimmung verankert ist in § 1 Abs 1 Z 4 UVP-G. Das Thema Enteignung ist auch das Thema, wo es zukünftig wohl am spannendsten wird im Hinblick auf eine Alternativenprüfung. Grundsätzlich kommt eine Enteignung sehr spät im Verfahren, meistens ist dies der letzte Schritt. Allerdings sind die Fragen der Notwendigkeit und der Alternativen bereits sehr frühzeitig zu klären. Da ist auch interessant wie sich die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs in den Jahren verändert hat. Ständige Linie war eigentlich, dass die Varianten und die Alternativen im Enteignungsverfahren nicht mehr zu prüfen

sind, sprich die festgelegte Trasse besteht und man enteignet dann im Rahmen dieser Trasse. Konkret seit 2017 hat der Verwaltungsgerichtshof aber diese Judikaturlinie etwas aufgeweicht und spricht nun davon, dass die Notwendigkeit des Vorhabens nur mehr sehr eingeschränkt zu prüfen ist. Was unter eingeschränkt zu verstehen ist, hat der Verwaltungsgerichtshof natürlich offen gelassen. Derselbe Senat hat aber 2018 ein Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Tirol aufgehoben und festgehalten, dass konkrete Feststellungen hinsichtlich der Notwendigkeit des Vorhabens und damit auch hinsichtlich möglicher Alternativen zu treffen gewesen wären.

Was kommt für einen Projektwerber als Conclusio des Ganzen heraus? Die Alternativenprüfung wird immer wichtiger, es ist wichtig, frühzeitig die Interessen darzulegen um möglichst frühzeitig fixe Blöcke einzuschlagen um im späteren Verfahrensverlauf keinen Hemmschuh aufgrund der Alternativenprüfung zu haben. Der frühzeitigste Punkt an dem man ansetzen sollte, ist der Punkt der Raumordnung. Diesbezüglich spannend ist das Kärntner Raumordnungsgesetz, das dem Projektwerber - unseres Erachtens nach durchaus einzigartig- bereits die Möglichkeit gibt, aktiv eine Raumverträglichkeitsprüfung zu veranlassen und zu unterstützen.

Schließen möchten wir mit einem Zitat von Karl Kraus, das zur Alternativenprüfung und der Thematik sehr gut passt: „*In zweifelhaften Fällen entscheide man sich für das Richtige*“.

Dieser Text wurde von Lena Rücker transkribiert.

Quellenverzeichnis

Hecht, Michael; Peer, Josef (2019): Alternativenprüfung und ihre verfahrensrechtliche Bedeutung. Präsentation SUP & Raumplanung 2019.