

Rechtsgutachten
über die Grundrechts- und Gesetzwidrigkeit der Erklärung
von Teilen der Isel, der Schwarzach und des Kalser Baches zum
Natura 2000-Gebiet
durch die Tiroler Landesregierung

verfasst von
em Univ.-Prof. Dr. Norbert Wimmer
Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre
Universität Innsbruck

INHALTSVERZEICHNIS

I.	Sachverhalt.....	4
1.	Vorbemerkung.....	4
2.	Allgemeines.....	4
a)	Die Errichtung der Natura 2000-Schutzgebiete.....	4
b)	Kollision zwischen ökonomischen und ökologischen Interessen.....	4
c)	Der Hintergrund der Ausweisung der „Osttiroler Gletscherflüsse“	5
d)	Der Irrweg des Ordnungsgebers bei der Ausweisung des Natura 2000-Gebietes.....	5
II.	Rechtsfragen.....	6
III.	Rechtliche Vorgaben für die Ausweisung von Natura 2000-Gebieten	7
1.	Kombination europarechtliche und nationale Vorschriften	7
2.	Verfahrensrechtliche Vorgaben.....	7
a)	Die einzelnen Phasen nach der FFH-RL	7
b)	Die Sonderbestimmungen für Natura 2000-Gebiete in § 14 TNSchG 2005	7
3.	Materiell-rechtliche Vorgaben	8
a)	Allgemeines	8
b)	Die Nichtberücksichtigung insb wirtschaftlicher Interessen bei der „Vorlage der Liste von Gebieten“ gem Art 4 Abs 1 FFH-RL	8
c)	Materiell-rechtliche Kriterien für die „auf nationaler Ebene vornehmende Beurteilung der relativen Bedeutung der Gebiete“ (Art 4 Abs 1 FFH-RL iVm Anhang III (Phase 1)).....	9
d)	Bindung durch verfassungsrechtliche Grundsätze.....	10
IV.	Zur Gesetzwidrigkeit des Entwurfes einer Verordnung, mit der einzelne Teile des Iseltales, des Virgentales, des Deferegentales und des Kaiser Tales zum Naturschutzgebiet erklärt werden	10
1.	Kritik an der von der Tiroler Landesregierung gewählten Vorgangsweise	10
2.	Die Köpenickiade des Natura 2000-Verordnungsgebers	11
a)	Zu den Unterschieden von § 14 und § 21 TNSchG 2005.....	11
b)	Etikettenschwindel.....	11
3.	Der Widerspruch der Natura 2000 Verordnung zum Rechtsstaatsprinzip	12
a)	Gesetzliche Grundlage von Durchführungsverordnungen	12
b)	Verstoß gegen Unionsrecht.....	12
V.	Verstoß gegen das Sachlichkeitsgebot	13

1.	Allgemeines.....	13
2.	Der Inhalt des Sachlichkeitsgebotes.....	13
3.	Sachlichkeitsgebot und Vollziehung.....	13
4.	Fehlende Zieladäquanz.....	13
5.	Ergebnis.....	14
VI.	Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.....	14
1.	Der Inhalt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.....	14
2.	Die konkrete Prüfung.....	15
3.	Ergebnis.....	15
VII.	Rechtliche Mittel zur Bekämpfung der Vorgangsweise der Tiroler Landesregierung bei der Ausweisung der Osttiroler Gletscherflüsse als Natura 2000-Gebiete.....	16
1.	Welche entscheidungsrelevanten Schritte im Rahmen der Erklärung zu einem Natura 2000-Gebiet können mit rechtlichen Mitteln bekämpft werden?.....	16
2.	Die Bedeutung der „nationalen Liste“ im Rahmen des Konkretisierungsverfahrens.....	16
3.	Zur rechtlichen Einordnung der „nationalen Liste“.....	17
a)	Die Bedeutung der „nationalen Liste“.....	17
b)	Zur rechtlichen Qualifikation der „nationalen Liste“.....	17
4.	Zur Tatbestandswirkung der „nationalen Liste“.....	17
VIII.	Anfechtungsmöglichkeiten.....	18
1.	Anfechtung wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz.....	18
2.	Anfechtung wegen denkunmöglicher Anwendung von Unionsrecht.....	18
3.	Anspruch auf Staatshaftung.....	19
IX.	Zusammenfassung in Leitsätzen.....	19

I. Sachverhalt

1. Vorbemerkung

Der nachstehende Sachverhalt beruht auf der Informationslage, die dem Verfasser vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wurde. Er wird im Folgenden nur insofern wiedergegeben, als er für die nachstehenden Rechtsfragen von Bedeutung ist.

2. Allgemeines

a) Die Errichtung der Natura 2000-Schutzgebiete

Die Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL) sieht die Errichtung eines kohärenten, europäischen, **ökologischen Netzes besonderer Schutzgebiete** mit der Bezeichnung „Natura 2000“ vor (s Art 3 Abs 1 Satz 1). Dieses Schutzgebietsnetz soll sich aus den natürlichen Lebensräumen (Anhang I) sowie Habitaten der im Anhang II bezeichneten Arten (verschiedenste Tier- und Pflanzenarten) zusammensetzen. Jeden **Mitgliedstaat** trifft gem Art 3 Abs 2 FFH-RL die **Verpflichtung**, „im Verhältnis der in seinem Hoheitsgebiet vorhandenen ... natürlichen **Lebensraumtypen** und **Habitaten** der Arten zur Errichtung von Natura 2000“ beizutragen. Dadurch soll der Erhaltungszustand dieser Lebensraumtypen insgesamt gesichert werden.

b) Kollision zwischen ökonomischen und ökologischen Interessen

Aus der FFH-RL ergeben sich zwangsläufig **Kollisionen zwischen ökonomischen und ökologischen Interessen**. Diese zeigen sich vornehmlich in zwei Bereichen: Bei der **Gebietsauswahl** und –**meldung** von FFH-Gebieten und bei der **Zulassung oder Durchführung von Plänen und Projekten**, die den Schutzbereich von FFH-Gebieten tangieren. Die folgenden Erörterungen beziehen sich ausschließlich auf die Frage der Festlegung der FFH-Gebiete und die mit ihnen verbundenen (rechts)politischen Konsequenzen.

Zweifellos eröffnet die großflächige Ausweisung von Natura 2000-Schutzgebieten eine neue Dimension von naturschutzrechtlichen **Beschränkungen des agrarischen Eigentums** und seiner Nutzung [idS *Holzer*, Eigentumsbeschränkungen und Entschädigung im Spannungsfeld von Natura 2000 und Land- und Forstwirtschaft (Teil 2), RdU 2017, 93 ff, 97]. Im Wesentlichen betrifft dies vor allem das **Verschlechterungsverbot** und die Verpflichtung, Vorhaben, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung von Schutzgütern führen können, einer **Naturverträglichkeitsprüfung** zu unterziehen. Selbst kleinflächige Änderungsvorhaben in einem Natura 2000-Gebiet, wie zB Kulturumwandlungen, sind einer solchen Naturverträglichkeitsprüfung und einem Bewilligungsverfahren mit hohem Sachverständigenaufwand und ungewissem Ausgang zu unterziehen [idS *Holzer*, Eigentumsbeschränkungen, 97 f].

Im Besonderen stellen auch die in den **Schutzgebietsverordnungen** für die Erhaltung und den Gebietsschutz notwendigen Vorgaben in Form von verbindlichen Ge- und Verboten,

insb auch die sog Managementpläne, Eigentumsbeschränkungen dar, die oftmals auch zu einer Aushöhlung des Eigentums führen.

c) Der Hintergrund der Ausweisung der „Osttiroler Gletscherflüsse“

Anlass für die Ausweisung des konkreten Schutzgebietes (siehe dazu Schreiben der Abteilung Umweltschutz der Tiroler Landesregierung, zuletzt aktualisiert am 11.02.2016) war das von der Europäischen Kommission (EK) im Jahr 2013 gestartete **Vertragsverletzungsverfahren** gegen Österreich, das die Nachmeldung für mehrere Lebensraumtypen und Arten in der alpinen und in der kontinentalen Region der österreichischen Bundesländer zum Ziel hat. Auch Tirol ist davon betroffen. Auf Initiative der österreichischen Bundesländer erklärte sich die EK bereit, von weiteren Verfahrensschritten abzusehen, wenn bis Ende 2015 die nötigen Gebiete zur Abdeckung der geforderten Lebensraumtypen und Arten namhaft gemacht werden. Die **Nachnennung** von drei Gebieten in Tirol sowie weiteren Gebieten in anderen Bundesländern im Juni 2015 wurde auf Grund dieses Verfahrens vorgenommen.

Die Absicht, die Kommission mit diesen Maßnahmen „zufrieden zu stellen“ hat freilich zu keinem Erfolg geführt. Denn wie sich aus dem „Arbeitsdokument vom 02.10.2017“ der Kommission ergibt (s dazu Bericht in der Tiroler Tageszeitung vom 13.10.2017) reicht die **Nominierungsforderung der Kommission erheblich weiter** als jene, die von der Republik vorgeschlagen wurde. Was insb die Isel betrifft, so sind die bisherigen Gebietsabgrenzungen nach Auffassung der Kommission in mehrfacher Hinsicht **fachlich unzureichend**. „Schwerpunktvorkommen der Deutschen Tamariske würden sich weiterhin außerhalb des Schutzbereichs befinden, die Gebietsausweisungen seien außerdem ausschließlich auf Grundstücken des öffentlichen Wasserguts erfolgt. Die EU drängt darauf dass die Isel und ihre Zubringer mit allen Vorkommen der Deutschen Tamariske als funktionelle Einheit und Verbundsystem anzusehen ist. Ihre Schlussfolgerung: Beim Natura 2000-Gebiet „Osttiroler Gletscherflüsse“ ist daher die Gebietsabgrenzung im Bereich der Isel, des Tauernbachs, der Schwarzach und des Kalserbachs nach rein fachlichen Kriterien festzulegen, ‚daher unter Einbeziehung aller aktuellen und potenziellen Vorkommensbereiche‘.“

d) Der Irrweg des Ordnungsgebers bei der Ausweisung des Natura 2000-Gebietes

Soweit es sich bei dieser Stellungnahme der Kommission um **fachliche Einwände** handelt, sind diese auch von den einschlägigen Fachdisziplinen zu bewerten. Eine eindeutige **juristische Dimension** kommt allerdings der von der Tiroler Landesregierung eingeschlagenen **Vorgangsweise** zu. Diese ist Gegenstand des vorliegenden Rechtsgutachtens. Wie unten noch ausführlich dargestellt werden wird (s Z IV.1. und 2.), beruft sich die Landesregierung auf die erfolgte Ausweisung eines Naturschutzgebietes gem § 21 TNSchG 2005 und nimmt dies als Grundlage für die Verlautbarung eines Natura 2000-Gebietes, das gem § 14 TNSchG 2005 der Kommission namhaft gemacht wurde.

Diese Vorgangsweise vermengt die europarechtlich vorgesehenen Ausweisungsschritte mit den naturschutzgesetzlichen Vorgaben in unzulässiger Weise wie folgt: Zunächst wird

das gesamte Gebiet der Isel – rechtlich unzulässig – zum Naturschutzgebiet erklärt, erst dann wird die Liste der Gebiete, in denen die „Deutsche Tamariske“ vorkommt, im Landesgesetzblatt als Natura 2000-Gebiet verlautbart und werden – wenn überhaupt – die weiteren, in § 14 Abs 3 TNSchG 2005 vorgesehenen Maßnahmen gesetzt.

Wie noch zu zeigen sein wird, ist dieser **Irrweg des Verordnungsgebers** nicht zuletzt verantwortlich für das fachlich nicht ausreichende Ergebnis der bisherigen Lösungsansätze betreffend Natura 2000-Ausweisung, sondern belastet sie auch mit **gravierenden Rechtsmängeln**, die teilweise in die Verfassungssphäre hineinreichen und überdies im Widerspruch zu unionsrechtlichen Vorschriften stehen.

Aus diesem Sachverhalt ergeben sich die nachstehenden Rechtsfragen:

II. Rechtsfragen

1. Welche gesetzlichen **Vorgaben** bestehen für die Ausweisung von Natura 2000-Gebieten? (Z III.)
2. Inwieweit **widerspricht** die Vorgangsweise der Tiroler Landesregierung bei der Ausweisung der Schutzgebiete den gesetzlichen **Vorgaben**? (Z VI.1.)
3. Worin liegt im speziellen der **Etikettenschwindel** des Verordnungsgebers? (Z IV.2.)
4. Wird durch die Vorgangsweise auch **Unionsrecht verletzt**? (Z IV.3.)
5. Worin besteht der **Widerspruch** zwischen der gegenständlichen Ausweisung und dem **Sachlichkeitsgebot**? (Z V.)
6. Inwieweit **verstößt** die gegenständliche Ausweisung gegen das unionsrechtlich und verfassungsgesetzlich verankerte **Verhältnismäßigkeitsgebot**? (Z VI.)
7. Welche **entscheidungsrelevanten Schritte** im Rahmen der Erklärung zum Natura 2000-Gebiet können mit rechtlichen Mitteln **bekämpft** werden? (Z VII.1.)
8. Welche Bedeutung hat die „**Vorlage einer Liste von Gebieten**“ („nationale Liste“) für das Natura 2000-**Verfahren**? (Z VII.2.)
9. Wie ist die „**nationale Liste**“ **rechtlich** zu qualifizieren? (Z VII.3.)
10. Welchen Einfluss hat die **Tatbestandswirkung** der „nationalen Liste“ in Hinblick auf die **Anfechtung** einer späteren Natura 2000-Ausweisung? (Z VII.4.)
11. Welche **Rechtsmittel** gibt es zur Anfechtung der Ausweisung wegen **Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz**? (Z VIII.1.)
12. Besteht eine **Möglichkeit der Anfechtung** wegen denkunmöglicher Anwendung von **Unionsrecht**? (Z VIII.2.)
13. Ist die Geltendmachung eines Anspruches auf **Staatshaftung** wegen unrechtmäßig zugefügter Schäden durch die Natura 2000-Ausweisung durch die betroffenen **Grundeigentümer** denkbar? (Z VIII.3.)

III. Rechtliche Vorgaben für die Ausweisung von Natura 2000-Gebieten

1. Kombination europarechtliche und nationale Vorschriften

Die Erstellung von Natura 2000-Gebieten fußt auf der Kombination europarechtlicher und nationaler Vorschriften. Was die Umsetzung der FFH-RL betrifft, so ist die Durchführung einer Richtlinie nur in Gesetzesform, weiters durch eine Verordnung nur aufgrund einer speziellen ausreichend bestimmten formell-gesetzlichen Ermächtigung zulässig [Pürgy, Natura 2000, Auswirkung und Umsetzung im innerstaatlichen Recht (2005) 228]. Für Tirol ist diesbezüglich das Tiroler Naturschutzgesetz 2005, LGBl 2005/26 idF LGBl 2017/32, maßgeblich. Aus beiden Rechtsgrundlagen ergeben sich sowohl **verfahrensrechtliche** als auch **materiell-rechtliche** Vorgaben, an die die Behörde sich bei der Ausweisung von Schutzgebieten zu halten hat.

2. Verfahrensrechtliche Vorgaben

a) Die einzelnen Phasen nach der FFH-RL

Diese sind eindeutig. Die FFH-RL sieht ein detailliert geregeltes Verfahren vor [Pürgy, Natura 2000, 90 ff; *Ennöckl*, Natura 2000, Die Vogelschutz- und Fauna-Flora-Habitat-RL und ihre Umsetzung im österreichischen Naturschutzrecht (2002) 33], das sich in folgende Phasen gliedert:

- **Erstellung der nationalen Gebietslisten** (im Folgenden: „nationale Listen“): Gem Art 4 Abs 1 Unterabs 1 legen die Mitgliedstaaten anhand der in Anhang III Phase 1 festgelegten Kriterien eine Liste von Gebieten vor. In dieser Liste sind die in den vorgeschlagenen Gebieten vorkommenden Lebensraumtypen des Anhangs I und die einheimischen Arten des Anhangs II angeführt.
- **Entwurf der Gemeinschaftsliste**: In dieser Phase der Schutzgebietsausweisung erstellt die Kommission federführend jeweils im Einvernehmen mit den Mitgliedstaaten aus den vorgelegten Gebietslisten den Entwurf einer Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung. Maßgeblich sind die in der FFH-RL festgelegten Kriterien.
- In einem weiteren Schritt wird dieser Entwurf unter Beteiligung des vorwiegend aus Vertretern der Mitgliedstaaten gebildeten Habitatsausschusses als **endgültige Gemeinschaftsliste** verabschiedet. (Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung, SCI - Sights of Community Interest). Die aktuelle Gemeinschaftsliste für die alpine Region – Tirol liegt zur Gänze innerhalb der alpinen Region – wurde am 03.12.2014 beschlossen (s Tirol, Abteilung Umweltschutz, Natura 2000 Tirol).

b) Die Sonderbestimmungen für Natura 2000-Gebiete in § 14 TNSchG 2005

Die weitere Operationalisierung der Natura 2000-Gebiete fällt in den nationalen Bereich. Gem Art 4 Abs 4 FFH-RL sind, wie bereits erwähnt, die in der Gemeinschaftsliste enthaltenen SCI durch die nationalen Behörden als besondere Schutzgebiete auszuweisen („so schnell wie möglich“). In diesem Sinn sind Sonderbestimmungen für Natura 2000-

Gebiete im § 14 TNSchG 2005 enthalten. Ihnen zufolge werden die Ziele und notwendigen Erhaltungsmaßnahmen im **Verordnungsweg** festgelegt oder – alternativ oder kumulativ – durch vertragliche Vereinbarung bestimmt (**Vertragsnaturschutz**).

Aufgrund des vorliegenden Sachverhaltes ist im Besondere darauf hinzuweisen, dass diese **Natura 2000-Gebiete gem § 14 TNSchG 2005** zu unterscheiden sind von den in § 21 TNSchG 2005 **geregelt** **Naturschutzgebieten**. Für die in beiden Gesetzesbestimmungen enthaltenen Verordnungsermächtigungen gelten jeweils spezielle Bestimmungen, deren Vermengung zwangsläufig zu einem gesetzwidrigen Ergebnis führt.

3. Materiell-rechtliche Vorgaben

a) Allgemeines

Was die inhaltlichen Vorgaben für die Erstellung der Natura 2000-Gebiete betrifft, so ist ebenfalls zwischen Vorgaben zu unterscheiden, die sich

- aus der FFH-RL bzw
- aus dem TNSchG 2005 ergeben.

Vorweg ist dabei festzuhalten, dass sich die jeweiligen Vorgaben auf unterschiedliche Phasen des Verfahrens beziehen.

Die **materiell-rechtlichen Bestimmungen der FFH-RL** betreffen im Besonderen gem Art 4 Abs 1 die Vorlage der Liste von Gebieten seitens der Mitgliedstaaten und gem Art 4 Abs 2 die Erstellung des Entwurfes einer Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung durch die Kommission.

§ 14 TNSchG 2005 knüpft bei der Umsetzung der FFH-RL erst in einem relativ späten Zeitpunkt der Realisierung der Natura 2000-Gebiete, nämlich beim Tatbestandsmerkmal „Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung“, an und schreibt erst hier ihre Ausweisung in „besonderen Schutzgebieten vor, die im Landesgesetzblatt zu verlautbaren sind („Natura 2000-Gebiete“)“ [§ 14 Abs 2 TNSchG 2005].

Für den ersten Akt der FFH-RL, der Erstellung des Listenentwurfes, bei der das Land als Vorlageberechtigte und –verpflichtete eine zentrale Rolle spielt, gibt es keine naturschutzgesetzliche Regelung. Wie sich noch zeigen wird, muss dieses Schweigen des Gesetzgebers unter dem Gesichtswinkel einer „vorausbestimmten“ und insofern „objektivierten“ Verwaltungstätigkeit zweifellos als (rechtspolitisches) Manko gewertet werden.

b) Die Nichtberücksichtigung insb wirtschaftlicher Interessen bei der „Vorlage der Liste von Gebieten“ gem Art 4 Abs 1 FFH-RL

Was die Erstellung der nationalen Gebietslisten betrifft, so ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Art 4 Abs 1 FFH-RL [„Anhand der in Anhang III festgelegten Kriterien und einschlägiger wissenschaftlicher Informationen“], dass **wirtschaftlichen Interessen jeder Einfluss** auf die **mitgliedstaatliche Auswahl** von Natura 2000-Gebieten versagt ist. Auch Lehre und Rechtsprechung [Pürgy, Natura 2000, 96 mwN; Ennöckl, Natura 2000, 39]

gehen davon aus, dass die Mitgliedstaaten bei der Erstellung der nationalen Gebietslisten außerökologische Belange des Art 2 Abs 3 FFH-RL nicht berücksichtigen dürfen.

Auch aus dem Wortlaut des Art 5 Abs 1, wonach „ein bilaterales Konzertierungsverfahren zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission zum Vergleich der auf beiden Seiten verwendeten wissenschaftlichen Daten eingeleitet wird“ ist abzuleiten, dass **nur naturschutzfachliche Kriterien** heranzuziehen sind. Und der EuGH [EuGH Rs C-371/98, Slg 2000, I-9235] stellt in dieser Angelegenheit klar, dass nach Art 4 Abs 1 ein Mitgliedstaat den Anforderungen von Wirtschaft, Gesellschaft und Kultur sowie den regionalen und örtlichen Besonderheiten, wie sie in Art 2 Abs 3 genannt sind, nicht Rechnung tragen darf, wenn er über die Auswahl und Abgrenzung der Gebiete entscheidet, die der Kommission vorgeschlagen werden sollen. In eben diese Richtung wird bei der Frage argumentiert, ob öffentliche Interessen bei der Erstellung der Gemeinschaftslisten eine Rolle spielen können.

- c) Materiell-rechtliche Kriterien für die „auf nationaler Ebene vorzunehmende Beurteilung der relativen Bedeutung der Gebiete“ (Art 4 Abs 1 FFH-RL iVm Anhang III (Phase 1))

Eine **Bindung bei der Auswahl der Gebiete** besteht an die im Anhang III Phase 1 der FFH-RL enthaltenen „Kriterien zur Auswahl der Gebiete, die als Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung bestimmt und als besondere Schutzgebiete ausgewiesen

- der Repräsentativitätsgrad des in diesem Gebiet vorkommenden natürlichen Lebensraumtyps,
- die vom natürlichen Lebensraumtyp (LRT) eingenommene Fläche im Vergleich zur Gesamtfläche des betreffenden LRT im gesamten Hoheitsgebiet des Staates,
- der Erhaltungsgrad der Struktur und der Funktionen des betreffenden natürlichen LRT und Wiederherstellungsmöglichkeit sowie
- die Gesamtbeurteilung des Wertes des Gebietes für die Erhaltung des betreffenden natürlichen LRTs.

Diese Kriterien bestehen zum Teil aus unbestimmten Begriffen und sind als solche mehrdeutig, sodass sie den nationalen Behörden einen relativ **großen Gestaltungsspielraum** einräumen. Erschwerend tritt hinzu, dass die nationale Regelungsautorität, in concreto der Tiroler Naturschutzgesetzgeber, sich nicht veranlasst sah, dieses materielle Regelungsdefizit zu reduzieren. Gerade bei einer solchen abgeschwächten Determinierung fordert die Judikatur des VfGH als Ausgleich eine besonders **strenge Verfahrensbindung (Legitimation durch Verfahren)**, wie „bei der Regelung künftiger, sich dynamisch entwickelnder Sachverhalte, mit denen vor allem im Planungsrecht zu rechnen ist (Raumordnungsrecht, Wirtschaftsplanung). Hier darf sich der Gesetzgeber mit einer abgeschwächten inhaltlichen Determinierung in der Form von Zielvorgaben (sog finale Determinierung) begnügen. Als Ausgleich dafür fordert die Judikatur eine besonders strenge Verfahrensbindung (Legitimation durch Verfahren), was auch gesteigerte behördliche Ermittlungs- und Abwägungspflichten nach sich ziehen kann

(VfSlg 8280/1978, 14.041/1995, 17.348/2004, 19.305/2011)“ [Berka, Verfassungsrecht⁶ (2016) Rz 508].

Wie noch ausgeführt werden wird, ist das Land Tirol dieser Verpflichtung bei der Ausweisung des konkreten Natura 2000-Gebietes jedenfalls nicht nachgekommen, sondern hat sich einer Vorgangsweise bedient, die als **juristischer Etikettenschwindel** bezeichnet werden muss (s dazu Z IV.2.b.).

d) Bindung durch verfassungsrechtliche Grundsätze

Neben diesen materiellen und formalen Vorgaben, die teils europarechtlich, teils einfachgesetzlich begründet sind, sind die Landesbehörden auch an allgemeine Verfassungsbestimmungen und -grundsätze gebunden, wie insb das Legalitätsprinzip und die Grundrechte. Auch die denkunmögliche Anwendung des Unionsrechts kann zu einer Verletzung eines in der österreichischen Verfassung verankerten Grundrechts führen (s dazu unten).

IV. Zur Gesetzwidrigkeit des Entwurfes einer Verordnung, mit der einzelne Teile des Iseltales, des Virgentales, des Deferegentales und des Kalser Tales zum Naturschutzgebiet erklärt werden

1. Kritik an der von der Tiroler Landesregierung gewählten Vorgangsweise

Im Rahmen einer Anfragebeantwortung des Amtes der Tiroler Landesregierung (Abteilung Umweltschutz, Rechtliche Angelegenheiten) vom 17.08.2015 wurde das Prozedere bei der Ergänzung der Nationalliste wie folgt beschrieben:

„Am 04.03.2015 hat die Tiroler Landesregierung kundgemacht, dass der Entwurf einer Verordnung, mit der Teile der Isel, der Schwarzach und des Kalserbaches gemäß § 21 Tiroler Naturschutzgesetz 2005 zum Naturschutzgebiet erklärt werden sollen (im Folgenden „Verordnung“ – Anmerkung des Verfassers), samt Erläuternden Bemerkungen und planlicher Darstellung zur allgemeinen Einsicht aufgelegt wurde.

Am 30.06.2015 wurde der Europäischen Kommission u.a. das Gebiet Osttiroler Gletscherflüsse Isel, Schwarzach und Kalser Bach zur Aufnahme in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung namhaft gemacht.

Die Tiroler Landesregierung hat die Bezeichnung der der Europäischen Kommission (EK) namhaft gemachten Gebiete gem § 14 (11) TNSchG 2005 im Boten für Tirol vom 29.07.2015 verlautbart.“

Angesichts der fehlenden ordnungsgemäßen Kundmachung der Verordnung (die selbstverständlich gegenüber der Kundmachung des Entwurfes zur allgemeinen Einsicht ein Aliud ist) ist der Schluss zwingend, dass die Erklärung und Namhaftmachung des gegenständlichen Natura 2000-Gebietes noch **keine taugliche Grundlage für** die im Tiroler Naturschutzgesetz 2005 idgF vorgesehenen **Eingriffe in subjektive Rechte** darstellt. Von einer **Umsetzung** der FFH-RL, auch in dem von der Kommission gerügten ungenügenden Ausmaß, kann also **keine Rede** sein. Eine tiefergehende Untersuchung der

bisherigen Vorgänge fördert allerdings auch weitere Rechtsmängel bei der Ausweisung des Schutzgebietes „Osttiroler Gletscherflüsse“ zutage. Auf sie und die Möglichkeiten ihrer Anfechtung wird im Folgenden eingegangen. Eine zentrale Ursache für die Verwirrung und Schutzlosstellung der Betroffenen liegt im **Etikettenschwindel** des Natura 2000-Verordnungsgebers, der die §§ 14 und 21 TNSchG 2005, wie im Folgenden näher dargestellt, gegeneinander ausspielt.

2. Die Köpenickiade des Natura 2000-Verordnungsgebers

a) Zu den Unterschieden von § 14 und § 21 TNSchG 2005

Das TNSchG 2005 idgF unterscheidet zwischen zwei Regelungskomplexen:

- **Sonderbestimmungen für Natura 2000-Gebiete gem § 14 TNSchG 2005:** Gem Abs 1 haben die zu treffenden Maßnahmen den Fortbestand bzw die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustandes des LRT und der Habitate ... zu gewährleisten.
- **Naturschutzgebiete gem § 21 TNSchG 2005:** Gem Abs 1 kann die Landesregierung außerhalb geschlossener Ortschaften gelegene Gebiete, die durch eine besondere Vielfalt der Tier- oder Pflanzenwelt ausgezeichnet sind ..., durch Verordnung zu Naturschutzgebieten erklären

Beide Rechtsquellen verfolgen – zusammengefasst - unterschiedliche Zielsetzungen, unterschiedliche Voraussetzungen und unterschiedliche Rechtsfolgen. So geht § 14 leg cit von bestimmten Erhaltungszielen betreffend die in der FFH-RL angeführten Lebensraumtypen aus, während § 21 leg cit an territorialen Strukturen (Naturschutzgebiete „außerhalb von Ortschaften“) anknüpft. Auch die Verbotstatbestände als Folge der Unterschutzstellung sind unterschiedlich ausgestaltet.

b) Etikettenschwindel

Die aktuelle Vorgangsweise lässt sich am besten als Köpenickiade des Natura 2000 Verordnungsgebers bezeichnen. Beschlossen wurde ein Naturschutzgebiet „Osttiroler Gletscherflüsse Isel, Schwarzach und Kalserbach“, obwohl es ein derartiges Schutzziel bzw einen derartigen Schutzzweck im Tiroler Naturschutzgesetz (§ 21) überhaupt nicht gibt und ein solches Schutzgut (eine solche Schutzkategorie) auch seitens der EU bislang nie eingemahnt worden ist. Eingemahnt wurde hingegen bekanntlich der Lebensraumtyp 3230 „Alpine Flüsse mit Ufergehölzen *Myricaria Germanica*“.

Der Verordnungsgeber setzt sich also den Hut des § 14 TNSchG 2005 auf, steht aber de facto auf dem Boden des § 21 TNSchG 2005. Durch formale Beachtung der räumlichen Bestimmungen des § 21 leg cit gelingt es ihm, das Schutzgebiet „Osttiroler Gletscherflüsse ...“ im Sinne seiner nicht-ökologischen Zielsetzungen zu konfigurieren, das heißt eben **Teile des Kalser Baches außerhalb des Natura 2000-Schutzgebietes** zu halten und dennoch „Gemeinschaftstreue“ zu simulieren.

Diese Umgehungstaktik führt im Ergebnis dazu, dass die Etablierung des gegenständlichen Natura 2000-Gebietes nicht auf Basis des § 14 TNSchG 2005 und in

weiterer Folge auf dem entsprechenden Regelungswerk der FFH-RL erfolgt, sondern sich auf § 21 TNSchG 2005 stützt. Die „Namhaftmachung“ der Landesregierung bedeutet also letztlich einen Etikettenschwindel und – innerstaatlich gesehen - insofern ein Täuschungsmanöver zulasten jener Grundbesitzer, die nunmehr den Beschränkungen des Natura 2000-Regimes ausgesetzt sind, **ohne dass ihr Grund und Boden zur Verwirklichung des Schutzes des Lebensraumtypus 3230 etwas Namhaftes beitragen kann**. Dagegen werden – wie schon im Sachverhalt ausgeführt und von der Kommission jüngst gerügt - weitere Schwerpunktorkommen aus dem Schutzbereich ausgeklammert. Das rechtsstaatliche Prinzip gem Art 18 B-VG wird dadurch aus nachfolgenden Gründen verletzt.

3. Der Widerspruch der Natura 2000 Verordnung zum Rechtsstaatsprinzip

a) Gesetzliche Grundlage von Durchführungsverordnungen

Art 18 Abs 2 B-VG ermächtigt jede Verwaltungsbehörde zur Erlassung von Durchführungsverordnungen. Dies hat der Naturschutzgesetzgeber unter anderem in § 14 Abs 3 TNSchG 2005 („Die Landesregierung hat für Natura 2000-Gebiete durch Verordnung ... festzulegen“) und § 21 Abs 1 TNSchG 2005 („Die Landesregierung kann ... durch Verordnung zu Naturschutzgebieten erklären“) getan.

Die Verordnungen dürfen nur aufgrund der Gesetze erlassen werden. Dh Rechtsverordnungen dürfen gesetzliche Regelungen nur präzisieren; der Inhalt selbst muss durch das Gesetz vorbestimmt sein [s dazu allgemein mit umfangreichen Hinweisen auf die Judikatur *Mayer/Muzak*, B-VG Kurzkommentar⁵ (2015) 141 ff].

b) Verstoß gegen Unionsrecht

Grundlage innerstaatlicher Vollzugsakte können nicht nur österreichische Rechtsvorschriften, sondern auch gemeinschaftsrechtliche Vorschriften sein [*Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht (2004) 602]. *Pernthaler* hat diese doppelte verfassungsrechtliche Bindung österreichischer Staatsorgane mit dem Begriff der „Doppelverfassung Österreichs“ umschrieben.

Auf die konkrete Problemstellung bezogen bedeutet dies, dass der Inhalt von nach § 14 Abs 3 TNSchG 2005 aber auch nach § 21 Abs 1 TNSchG 2005 erlassenen Verordnungen sowohl anhand des (österreichischen) Naturschutzrechts als auch des Unionsrechts, im Besonderen also des Natura 2000-Regulativs, zu überprüfen ist. Zweifellos kann sich der zur Einsicht aufgelegte Verordnungsentwurf schon aus normlogischen Gründen nicht auf § 14 Abs 3 TNSchG 2005 stützen, da er ja auf der Grundlage des § 21 TNSchG 2005 erlassen wurde. Damit steht er zwangsläufig auch im Widerspruch zur FFH-RL, deren Zielsetzungen und Rechtsfolgen er jedenfalls nicht konkretisiert.

V. Verstoß gegen das Sachlichkeitsgebot

1. Allgemeines

Das Verwaltungshandeln ist nicht nur durch das Legalitätsprinzip determiniert, sondern unterliegt auch weiteren verfassungsgesetzlichen Grundsätzen, von denen für die konkrete Problemstellung der Gleichheitsgrundsatz und das aus ihm abgeleitete Sachlichkeitsgebot einerseits sowie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz andererseits besondere Bedeutung haben.

2. Der Inhalt des Sachlichkeitsgebotes

Das Sachlichkeitsgebot besagt, dass Regelungen die tatsächlichen Gegebenheiten berücksichtigen sowie „in sich stimmig und in einer zur Erreichung des betreffenden Zieles adäquaten Weise ausgestaltet sein müssen“ [Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) 229]. Insofern ist der Gleichheitsgrundsatz das Surrogat für eine fehlende materiell rechtliche Determinierung durch das Gesetz [Jann/Oberndorfer].

3. Sachlichkeitsgebot und Vollziehung

Nach der Judikatur des VfGH [s. Nachweise bei Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ (2016) 361] verletzt eine Verordnung das Gleichheitsgebot, wenn sie auf einem gleichheitswidrigen Gesetz beruht oder wenn sie die Differenzierungen schafft, die sachlich nicht gerechtfertigt sind oder wenn sie eine Regelung trifft, die schlechthin unsachlich ist. „Unsachlichkeit oder Willkür in diesem Sinn liegt vor, wenn eine Annahme des Ordnungsgebers mit den tatsächlichen Verhältnissen offenkundig gar nicht übereinstimmen könnte“ [VfSlg 14.601/1996].

4. Fehlende Zieladäquanzen

Misst man die gegenständliche Regelung am Gleichheitsgrundsatz und damit am Sachlichkeitsgebot, ist im Sinne der Judikatur des VfGH zu beurteilen, ob das Ziel der Verordnung, der Schutz des Lebensraumtypus 3230, durch die getroffenen Maßnahmen („in einer zur Erreichung des betreffenden Zielen adäquaten Weise“ s. oben) erreicht werden kann.

Wie im Schreiben der Bürgermeister der Marktgemeinde Matrei in Osttirol sowie der Gemeinden Virgen und Prägraten am Großvenediger vom 16.03.2015 an den Umweltkommissar ausgeführt, ist dies keineswegs der Fall. Denn an der Oberen Isel befänden sich, was im Übrigen durch naturkundefachliche Gutachten bestätigt wird, nicht einmal 1 % aller in Osttirol festgestellten Tamariskenbestände. Andererseits würden wesentliche Teile am Kalser Bach, an welchem sich 45 % aller Osttiroler Tamariskenbestände befinden, ausgespart. Weiters wird ausgeführt: „Die Isel ist mit Sicherheit kein durchgehender, technisch unbeeinflusster Gletscherfluss, sondern aufgrund der umfangreichen Verbauungen nach den Hochwasserkatastrophen in den 1990er Jahren durch die insbesondere auf Matreier Gemeindegebiet erfolgten „harten“ Verbauungen (bspw. Betonbuhnen, Längs- und Querbauwerke, Sohleverstärkungen sowie

Ufersicherungen, zum Teil mit Ufermauern!) „Natur aus zweiter Hand“.“ Diese Vorbringen lassen den Schluss zu, dass die Tiroler Landesregierung Teile der oberen Isel zu Unrecht ausgewiesen hat.

Diese Einschätzung wird umso plausibler, wenn man die Judikatur des VfGH betreffend Gleichheitsgrundsatz und Flächenwidmungspläne per analogiam heranzieht. So wird nach VfSlg 14.629/1996 der **Gleichheitsgrundsatz verletzt**, wenn in einem Flächenwidmungsplan ein Liegenschaftseigentümer ohne zwingenden Grund **krass bevorzugt** wird ..., einem anderen in grundsätzlich gleicher Lage befindlichen dagegen die Bebauung überhaupt versagt wird. Vom Sachverhalt erscheint gerade dieser Fall im Konkreten gegeben, allerdings in noch „krasserer“ Form: Ein Teil der Grundeigentümer wird mit Beschränkungen nach Natura 2000 belastet, andere überhaupt nicht, obwohl sich bei ihnen der Hauptanteil des Schutzgutes befindet.

5. Ergebnis

Führt man diese Sachverhaltsdarstellung an die Judikatur des VfGH heran, kann kein Zweifel daran bestehen, dass die in der Verordnung enthaltenen Maßnahmen weder „stimmig“ noch „tauglich“ sind, das Schutzziel, die Sicherung des Bestandes des Lebensraumtypus 3230, zu erreichen. **Die Verordnung verstößt daher in grober und evidenter Weise gegen das Sachlichkeitsgebot.**

VI. Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

1. Der Inhalt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz findet nicht nur in positiv rechtlichen Bestimmungen seinen Ausdruck, sondern ist auch in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen verankert. So stellt *Pesendorfer* fest [ÖZÖR 1977, 265], dass angesichts der Dichte und Ubiquität derartiger Verhältnismäßigkeitsregeln es gerechtfertigt sei, im Gebot der Verhältnismäßigkeit einen allgemeinen Grundsatz zu sehen, der seinerseits interpretativ auf das Rechtsmaterial zurückwirkt.

Mit anderen Worten: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist auch dann zu berücksichtigen, wenn er im zu Rechtseingriffen ermächtigenden Gesetz tatbestandsmäßig nicht explizit angeführt ist, sondern das Gesetz nicht erkennen lässt, dass dieser Grundsatz nicht maßgeblich sein soll“ [VwSlg 12683A/1988; siehe auch *Raschauer*, Verwaltungsrecht³, 233].

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip zielt nach *Berka* [Verfassungsrecht⁶, Rz 1300] auf eine **angemessene Ziel-Mittel-Relation**. Zweck und Eingriff in die Freiheitssphäre der betroffenen Grundrechtsträger müssen in einem angemessenen Verhältnis stehen. Der Eingriff darf nicht „außer Verhältnis“ zur Belastung stehen. In diesem Sinne muss insb geprüft werden [*Berka*, Verfassungsrecht⁶, Rz 1301 ff],

- ob der vom Staat verfolgte **Zweck legitim** ist,

- ob das vom Staat eingesetzte **Mittel geeignet** ist,
- ob der Einsatz des Mittels zur **Erreichung des Zwecks notwendig** bzw **erforderlich** ist und
- ob insgesamt ein **angemessenes Verhältnis** zwischen dem eingesetzten **Mittel** und der damit verbundenen **Grundrechtsbeeinträchtigung** gewahrt bleibt.

Der VfGH hat den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Schranke des einfachen Gesetzgebers entwickelt. Für Verordnungen gelten grundsätzlich die gleichen Formeln wie für die Gesetze [Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹, 320].

Letztlich sei darauf hingewiesen, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach der Rechtsprechung des EuGH auch ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist und damit Über-Verfassungsrang besitzt [Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹, 317].

2. Die konkrete Prüfung

Die Prüfung der Übereinstimmung der Verordnung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist anhand folgender Kriterien vorzunehmen [Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹, 316 f]:

- Ist die Regelung zur Erreichung des öffentlichen Interesses, also des Schutzes des Lebensraumtypus 3230, **geeignet**? Die Unterschutzstellung eines Gebietes, in der der **Lebensraumtypus 3230 nicht vorkommt**, ist **nicht geeignet**, dieses spezielle öffentliche Interesse zu verwirklichen.
- Ist die Regelung **erforderlich**? Bildet sie also ein möglichst schonendes (**gelindes**) Mittel zur Erreichung dieses Zieles? Ist sie also jenes Mittel, das die Grundrechtsposition so wenig wie möglich einschränkt? Auch diese Fragen müssen **verneint** werden. Die Grundrechtsposition jener Eigentümer, auf deren Grund der Lebensraumtypus 3230 nur in **Spurenelementen** vorkommt, wird durch die Maßnahmen von Natura 2000 beschränkt ohne dass dies im Interesse des Schutzzieles erforderlich wäre.
- Besteht zwischen der verkürzten Grundrechtsposition der Grundeigentümer und dem Eingriff eine **angemessene Relation (Adäquanz)**? Eine diesbezüglich vorzunehmende Güterabwägung [VfSlg 11.853/1988] muss zu dem Schluss kommen, **dass ein mangels Schutzgut leerlaufender Eingriff jedenfalls in keinem adäquaten Verhältnis zum Grundrechtsverzehr steht.**

3. Ergebnis

Aus dieser Prüfung ergibt sich zwingend, dass die **Verordnung im Widerspruch zum unionsrechtlich und verfassungsgesetzlich verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz steht.**

VII. Rechtliche Mittel zur Bekämpfung der Vorgangsweise der Tiroler Landesregierung bei der Ausweisung der Osttiroler Gletscherflüsse als Natura 2000-Gebiete

1. Welche entscheidungsrelevanten Schritte im Rahmen der Erklärung zu einem Natura 2000-Gebiet können mit rechtlichen Mitteln bekämpft werden?

Es wurde schon mehrfach ausgeführt, dass die Erklärung zum Natura 2000-Gebiet nicht auf einer einzigen punktuellen Entscheidung beruht, sondern das **Resultat eines abschnittswisen (Phasen!) gegliederten Prozesses** ist, der in Form einzelner **Teilentscheidungen** mit durchaus unterschiedlicher rechtlicher Qualität zum **endgültigen Ergebnis** führt. Dazu zählt zum einen der genuine Anteil der unionsrechtlichen Vorgaben durch die FFH-RL, zum anderen die Regelung des TNSchG 2005 idgF. Was Erstere betrifft, so erscheint es nach Ansicht des Gutachters wenig zielführend, rechtlich dagegen anzukämpfen, etwa durch **Nichtigkeitsklagen**, die dem EuGH auch von Einzelpersonen vorgelegt werden können. Hier wäre gegebenenfalls eine europarechtliche Expertise einzuholen.

Sohin verbleiben als Gegenstand rechtlicher Bekämpfungsbemühungen folgende Entscheidungsschritte (s auch Z IV.1.):

- Die Vorlage der „nationalen Liste“,
- Die von der Tiroler Landesregierung namhaft gemachten Gebiete auf der Basis des Entwurfes einer Verordnung gemäß § 21 TNSchG 2005,
- Die Verlautbarung der von der Tiroler Landesregierung der Kommission namhaft gemachten Gebiete gemäß § 14 Abs 11 TNSchG 2005 im Boten von Tirol.

2. Die Bedeutung der „nationalen Liste“ im Rahmen des Konkretisierungsverfahrens

Auf den ersten Blick lediglich **informellen Charakter** besitzt die „Vorlage einer Liste von Gebieten“, in der die schutzwürdigen Lebensraumtypen aufgeführt sind, seitens der Mitgliedstaaten. Gleichwohl ist sie für das weitere Natura 2000-Verfahren von entscheidender Bedeutung. Sie ist Grundlage der **fachlichen Kommentierung** durch die Kommission, weiters von **Rügen** im Fall unzureichender oder fehlerhafter Ausweisungen und letztlich von **Sanktionen** etwa durch die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens. Und schließlich ist die „nationale Liste“ auch die Grundlage der **Erstellung eines Entwurfes einer Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung**, die von der Kommission im Einvernehmen mit den Mitgliedstaaten erstellt wird (§ 4 Abs 2 FFH-RL).

Der **nationale Umsetzungsprozess** baut auf dieser FFH-RL Vorgabe auf. Für Tirol bildet die gesetzliche Grundlage § 14 TNSchG 2005 idgF. Gem Abs 2 leg cit hat die TLReg den das Land Tirol betreffenden Teil der Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung nach Art 4 Abs 2 FFH-RL ... **im Landesgesetzblatt zu verlautbaren** (Natura 2000-

Gebiete). Sodann sind gem § 14 Abs 3 die jeweiligen Erhaltungsziele und die notwendigen Erhaltungsmaßnahmen durch Verordnung festzulegen.

3. Zur rechtlichen Einordnung der „nationalen Liste“

a) Die Bedeutung der „nationalen Liste“

Die Vorlage der „nationalen Liste“ hat also einen wesentlichen Einfluss auf die Gemeinschaftsliste und in weiterer Folge auf den Verordnungsinhalt gem § 14 TNSchG 2005. Wird ein Gebiet mit entsprechenden Lebensraumtypen – mit oder ohne Druck der Kommission - nicht „namhaft gemacht“, so ist auch eine Transformation in ein Natura 2000-Gebiet ausgeschlossen und umgekehrt. Die Liste bestimmt auch die geografische Konfiguration des Natura 2000-Gebietes. Als Schlusspunkt kommt es innerstaatlich zur Ausweisung als „besonderes Schutzgebiet“ (§ 14 TNSchG 2005). Erst jetzt wird die Liste für den einzelnen Betroffenen, also den in seiner Verfügungsmacht über Grund und Boden Geschmälernten (etwa durch Regelungen betreffend den Erhaltungszustand, Bewirtschaftungspläne, Verschlechterungsverbot, Naturverträglichkeitsprüfung, etc), **konkret spürbar und bekämpfbar**. Angesichts der zentralen Bedeutung der „nationalen Liste“ ist es – zumindest rechtspolitisch – unbefriedigend, dass sie zwar unionsrechtlich an die im Anhang III der FFH-RL festgelegten Kriterien gebunden ist, das Naturschutzgesetz allerdings keinerlei Aussagen – weder materiell noch verfahrensrechtlich – enthält. Das eröffnet – wie der konkrete Vorgang zeigt – einen Gestaltungsspielraum der Behörde, der, wie beschrieben, tief in das gesamte Natura 2000 Verfahren hineinwirkt.

b) Zur rechtlichen Qualifikation der „nationalen Liste“

Von entscheidender Bedeutung ist daher die Frage, wie die Fehlerhaftigkeit einer solchen „Nationalliste“ bekämpft werden kann. Als Vorfrage ist dabei zu klären, welchem Rechtsnormtyp diese „Nationalliste“ zuzuordnen ist. Vorweg ist festzuhalten, dass „bei der normativen Durchführung von EU-Recht zunächst der vom VfGH in stRsp aus dem demokratischen und dem rechtsstaatlichen Bauprinzip abgeleitete Grundsatz der relativen Geschlossenheit des verfassungsrechtlichen Rechtsquellensystems zu beachten ist. Dieser besagt, dass der einfache Gesetzgeber keine generellen Rechtsquellentypen schaffen darf, die bundesverfassungsgesetzlich nicht vorgesehen sind, insoweit also einem Rechtstypenzwang unterliegt“ (*Ranacher/Frischhut*, Handbuch Anwendung des EU-Rechts mit Judikatur (2009) 319 mwN). Es kommen daher für die Umsetzung von EU-Rechtsakten in Österreich Gesetze und Verordnungen in Betracht. Juristisch bewertet enthält die „Liste von Gebieten“ gem Art 4 Abs 1 FFH-RL eine **Information** an die Kommission, die jedenfalls **keinen normativen Charakter** besitzt. Die Charakterisierung der „nationalen Liste“ als **Verordnung ist nicht möglich**. Die mit diesem Rechtstypus verbundenen Rechtsschutzmöglichkeiten scheiden daher aus.

4. Zur Tatbestandswirkung der „nationalen Liste“

Kann also die „nationale Liste“ vom Einzelnen nicht bekämpft werden, ist er insofern schutzlos, als damit das Endprodukt des Konkretisierungsvorganges, die Ausweisung als

Natura 2000-Gebiet, die Verlautbarung im Landesgesetzblatt und daran anschließend die konkreten naturschutzrechtlichen Bewilligungen oder Untersagungen in formeller aber auch inhaltlicher Hinsicht folgerichtig erscheinen. Eine „falsche“ Gebietsausweisung, wie eben im Fall der Osttiroler Gletscherflüsse, wäre ungeachtet ihrer Rechtswidrigkeit wirksam. Lehre und Rechtsprechung [s dazu *Aichreiter*, Österreichisches Verordnungsrecht, Bd 1 (1988) 46, 51] haben hier allerdings unter dem Begriff der **Tatbestandswirkung** eines früheren Bescheides oder einer früheren Verordnung folgende Feststellungen getroffen: „Sieht demnach eine Rechtsvorschrift vor, daß ein späterer normativer Akt an einen früheren als Tatbestandsmerkmal anknüpft, so kann dieser frühere nunmehr als bloßes Tatbestandsmerkmal anzusehende Akt aus Anlaß der Überprüfung des anknüpfenden Aktes über Antrag einer Partei des „Anknüpfungsverfahrens“ (nachträglich) einer Überprüfung zugeführt werden, die im Zuge seiner Erlassung nicht am Verfahren zu beteiligen war.“

Auf die konkrete Fragestellung herabgebrochen, bedeutet dies, dass auf Grund ihrer Tatbestandswirkung die Fehlerhaftigkeit der „nationalen Liste“ anlässlich der Bekämpfung einer zukünftigen Verordnung betreffend Osttiroler Gletscherflüsse von dem jeweilig in seinen Rechten Betroffenen (also insb den Grundeigentümern) geltend gemacht werden kann.

VIII. Anfechtungsmöglichkeiten

1. Anfechtung wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz

Wie unter Ziffer V. und VI. ausgeführt, widerspricht der Verordnungsentwurf sowohl dem **Sachlichkeitsgebot** als auch dem **Verhältnismäßigkeitsprinzip**. Bescheidmäßige Eingriffe in das Eigentum oder die Erwerbsausübungsfreiheit sind daher gleichheitswidrig und stehen auch im Widerspruch zu den Grundrechten der Freiheit des Eigentums und der Erwerbsausübung.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die EuGH-Vorabentscheidung in Hinblick auf die Deklassifizierung von Natura 2000-Gebieten bei „nicht gerechtfertigten Gebietsausweisungen“ (Rs C-301/12) hinzuweisen. Eine Eigentumsverletzung liegt nach der Rechtsauffassung des EuGH insb dann vor, wenn die Ausweisung eines Schutzgebietes zu Beschränkungen des Eigentums führt, obwohl es nicht (mehr) gerechtfertigt ist, dass dieses Gebiet (weiterhin) den Vorgaben der FFH-RL unterliegt.

2. Anfechtung wegen denkunmöglicher Anwendung von Unionsrecht

Weiters ist mit Blick auf den Widerspruch der FFH-RL, insb Art 4, darauf hinzuweisen, dass durch die fehlerhafte Anwendung von Unionsrecht auch ein im österreichischen Verfassungsrecht gewährleistetes Grundrecht verletzt werden kann [s zum Folgenden *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹, 113 f].

„Wird etwa Unionsrecht „denkumöglich“ angewandt, so kann darin in gleicher Weise die Verletzung eines österreichischen Grundrechtes (zB der Eigentumsgarantie oder der Erwerbsfreiheit) liegen wie in einer denkumöglichen Anwendung eines österreichischen Gesetzes. Denkumöglichkeit in diesem Sinn liegt auch vor, wenn die Behörde eine innerstaatliche gesetzliche Vorschrift angewendet hat, die offenkundig einer unmittelbar anwendbaren Vorschrift des Unionsrechts widerspricht und daher nicht hätte angewendet werden dürfen (VfSlg 15.448/1999, 16.627/2002). Derartige Rechtsfehler können ... nach der E des VwG vor dem VfGH nach Art 144 B-VG geltend gemacht werden. Ist dieser Widerspruch dagegen zweifelhaft, so ist es Sache der VwG unter der nachprüfenden Kontrolle des VfGH, die Rechtmäßigkeit des Bescheides zu beurteilen.“

3. Anspruch auf Staatshaftung

Letztlich wäre auch zu prüfen, ob durch die geschilderte Vorgangsweise für die Geschädigten auch ein **Anspruch auf Staatshaftung** entsteht. Nach der ständigen Judikatur des EuGH sind die Mitgliedstaaten zum Ersatz der Schäden verpflichtet, die dem Einzelnen durch Verstöße gegen das Unionsrecht entstehen, die diesen Staaten zuzurechnen sind [s dazu mit Hinweisen auf die Judikatur des EuGH *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁶ (2017) 201 ff]. Ein solcher Anspruch besteht unabhängig davon, welches Organ des Mitgliedstaates durch sein Handeln oder Unterlassen den Verstoß begangen hat. Im konkreten Fall würde dies jedenfalls auch auf die **Tiroler Landesregierung** zutreffen.

IX. Zusammenfassung in Leitsätzen

1. Die **Vorgangsweise** der Tiroler Landesregierung bei der Namhaftmachung der Osttiroler Gletscherflüsse zur Aufnahme in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung **widerspricht dem § 14 TNSchG 2005**. Denn die Etablierung des gegenständlichen Natura 2000-Gebietes erfolgt nicht auf der Basis dieser Bestimmung, sondern stützt sich auf § 21 leg cit.
2. Angesichts der fehlenden ordnungsgemäßen Kundmachung der Verordnung (die selbstverständlich gegenüber der Kundmachung des Entwurfes zur allgemeinen Einsicht ein Aliud ist) ist der Schluss zwingend, dass die Erklärung und Namhaftmachung des gegenständlichen Natura 2000-Gebietes noch **keine taugliche Grundlage für** die im Tiroler Naturschutzgesetz 2005 idgF vorgesehenen **Eingriffe in subjektive Rechte** darstellt.
3. Von einer **Umsetzung der FFH-RL**, auch in dem von der Kommission gerügten ungenügenden Ausmaß, kann also **keine Rede** sein.
4. Die „Namhaftmachung“ der Landesregierung bedeutet einen **Etikettenschwindel** und – innerstaatlich gesehen - insofern ein **Täuschungsmanöver zulasten** jener **Grundbesitzer**, die nunmehr den Beschränkungen des Natura 2000-Regimes ausgesetzt sind, **ohne dass ihr Grund und Boden** zur Verwirklichung des Schutzes des Lebensraumtypus 3230 etwas Namhaftes **beitragen kann**.

5. Der Verordnungsentwurf steht im **Widerspruch zur FFH-RL**, deren Zielsetzungen und Rechtsfolgen er jedenfalls nicht konkretisiert. Er ist also **unionsrechtlich bedenklich**.
6. Die im Verordnungsentwurf enthaltenen Maßnahmen sind weder „**stimmig**“ noch „**tauglich**“, das Schutzziel, die Sicherung des Bestandes des Lebensraumtypus 3230, zu erreichen. **Die Regelung verstößt daher in grober und evidenter Weise gegen das Sachlichkeitsgebot.**
7. Die im Verordnungsentwurf vorgesehenen Eingriffe sind in Bezug auf den **Grundrechtsverzehr** weder **erforderlich** noch **adäquat**. Sie widersprechen daher auch dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit**.
8. Die „nationale Liste“ ist für das Natura 2000-Verfahren von entscheidender Bedeutung. Sie ist Grundlage der **fachlichen Kommentierung** durch die Kommission, weiters von **Rügen** im Fall unzureichender oder fehlerhafter Ausweisungen und letztlich von **Sanktionen** etwa durch die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens. Und schließlich ist die „nationale Liste“ auch die Grundlage der **Erstellung eines Entwurfes einer Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung**, die von der Kommission im Einvernehmen mit den Mitgliedstaaten erstellt wird (§ 4 Abs 2 FFH-RL).
9. Auf Grund ihrer **Tatbestandswirkung** kann die **Fehlerhaftigkeit** der „nationalen Liste“ anlässlich der Bekämpfung einer zukünftigen Verordnung betreffend Osttiroler Gletscherflüsse von dem jeweilig in seinen Rechten Betroffenen (also insb den Grundeigentümern) **geltend gemacht** werden.
10. Der Verordnungsentwurf widerspricht sowohl dem **Sachlichkeitsgebot** als auch dem **Verhältnismäßigkeitsprinzip**. Bescheidmäßige Eingriffe in das Eigentum oder die Erwerbsausübungsfreiheit sind daher **gleichheitswidrig** und stehen zudem im Widerspruch zu den Grundrechten der Freiheit des Eigentums und der Erwerbsausübung.
11. Durch die **fehlerhafte Anwendung von Unionsrecht** kann auch ein im österreichischen Verfassungsrecht gewährleistetes **Grundrecht** verletzt werden. Derartige Rechtsfehler können letztlich vor dem **VfGH nach Art 144 B-VG** geltend gemacht werden.
12. Durch die geschilderte Vorgangsweise kann für die Geschädigten auch ein **Anspruch auf Staatshaftung** entstehen. Nach der ständigen Judikatur des EuGH sind die Mitgliedstaaten zum Ersatz der Schäden verpflichtet, die dem Einzelnen durch **Verstöße gegen das Unionsrecht** entstehen, die diesen Staaten zuzurechnen sind.

Norbert Wimmer (eh)