



Tiroler Umweltschutzbehörde

Mag. Manuela Fichtenbauer

Telefon 0512/508-3485

Fax 0512/508-3495

landesumweltschutz@tirol.gv.at

DVR:0059463

UID: ATU36970505

_____ **Gemeinde Eben a.A., Eben; "Taschenbodenweg" auf den Gst.Nrn. 679/1 KG Eben a.A. und 1278
KG Jenbach - Berufung**

Geschäftszahl LUA- 9-3.2.2/7/3-2011

Innsbruck, 27.06.2011

Sehr geehrter Herr [REDACTED]!

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Schwaz vom 16.06.2011, GZl. U-5018/1-11, eingelangt bei der Tiroler Umweltschutzbehörde am 20.06.2011, wurde der Gemeinde Eben am Achensee die naturschutzrechtliche Bewilligung zur Errichtung des „Taschenbodenweges“ auf den Gpn. 679/1, KG Eben a.A. und 1278, KG Jenbach erteilt.

Gegen Spruchpunkt I) dieses Bescheides erhebt der Landesumweltschutzanwalt binnen offener Frist

BERUFUNG

mit folgender

Begründung:

Der gegenständliche Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit und Mangelhaftigkeit in seinem vollen Umfang angefochten.

I. Wesentliche Feststellungen zum Sachverhalt und zu den Ergebnissen des erstinstanzlichen Ermittlungsverfahrens

Die Gemeinde Eben a.A., vertreten durch Herrn Bürgermeister [REDACTED], beantragte die naturschutzrechtliche Bewilligung für die Errichtung eines LKW-befahrbaren Wander- und Radweges, dem „Taschenbodenweg“, auf den Gpn. 679/1, KG Eben a.A. und 1278, KG Jenbach.

Der Taschenbodenweg soll laut Projekt LKW-befahrbar errichtet werden und eine Längsneigung von max. 18 % aufweisen. Der Taschenbodenweg soll von HM 2,95 bis zum Taschenboden mit einer Fahrbahnbreite von 3,5 m ausgeführt werden. Ab dem Taschenboden bis zum Weißenbachsattel soll die Fahrbahnbreite 2,0 m betragen. Die LKW-befahrbare Teilstrecke soll mittels Durchlassrohren und einem bergseitigen Straßengraben an geeigneten Stellen entwässert werden. Ab dem Taschenboden soll die Wegtrasse leicht nach außen geneigt sein, damit das Oberflächenwasser flächig abrinnen kann.

Aus ornithologischer Sicht bedeutsam ist das Vorkommen des Birkwildes, sowie des Raufußkauzes und des Schwarzspechtes.

Laut Behörde liegt für die Gemeinde der primäre Zweck der geplanten Wegeanlage darin, den bestehenden Steig durch einen sicheren Wanderweg zu ersetzen. Weiters führt die Behörde aus, dass ein weiterer Vorteil des neu zu errichtenden Weges die Bewirtschaftung des Schutzwaldes ist.

Die naturschutzrechtliche Bewilligung wurde gemäß § 4 Abs. 1 lit. c der Verordnung der Landesregierung vom 20.12.1988 über die Erklärung eines Teiles des Karwendelgebirges im Gebiet der Marktgemeinde Jenbach und der Gemeinde Eben a.A. zum Landschaftsschutzgebiet (Landschaftsschutzgebiet Bärenkopf), LGBl. Nr. 26/1989 (kurz: LSchG Bärenkopf) iVm § 29 Abs. 2 lit. b Ziffer 2 Tiroler Naturschutzgesetz 2005, LGBl.Nr. 26/2005 i.d.g.F. LGBl. 98/2009 (kurz: TNSchG 2005) unter Einhaltung eines im Bescheid genannten 6 Punkte umfassenden Kataloges von Nebenbestimmungen erteilt.

Gemäß § 44 Abs. 4 TNSchG 2005 wurde [REDACTED] zur ökologischen Bauaufsicht bestellt.

Der Ermittlung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes wurde ein Sachverständigengutachten aus dem Fachbereich Naturkunde zugrunde gelegt. Außerdem wurde im Zuge des Ermittlungsverfahrens noch eine Stellungnahme des Naturschutzbeauftragten sowie der Gemeinde Eben a.A. abgegeben.

Gemäß den Ausführungen des naturkundlichen Amtssachverständigen ergeben sich durch den projektierten LKW-befahrbaren Wander- und Radweg folgende Beeinträchtigungen:

*„Das Grundlagengutachten geht bei einer Störungsbreite von 100 m entlang des Weges von einem **Habitatsverlust von 38 ha** aus. Bekannt ist jedenfalls, dass durch Störungen aus verschiedenen Gründen **Brutverluste** eintreten können. Laut der roten Liste der Brutvögel Tirols ist jedenfalls als Gefährdungsursache insbesondere die **Störung durch Erschließungen** genannt. [...] Bei einer*

neuerlichen **Durchschneidung des Gebietes** durch einen Freizeitweg ist daher davon auszugehen, dass auf einer **weiteren Fläche es zu Störungen** durch Erholungssuchende kommt.

[...] Es ist daher abzu prüfen, ob durch die Ausgleichsmaßnahme, nämlich den Rückbau des bestehenden Weges, die Beeinträchtigungen abgefangen werden können. Auf Grund des sehr guten Zustandes des Steiges und des hohen Erholungswertes ist jedoch ein **Rückbau des genannten Steiges zu hinterfragen**. Auch stellt sich die Frage, ob durch einen Rückbau der Anfangsbereiche die Nutzung des Weges verhindert werden kann.

[...] Insofern geht also der **Trend** auch im Karwendel bezüglich der Lebensraumeignung eher **zu einer Verschlechterung**, Insbesondere, da es zu einer Störung einer großen Population des Birkwildes von immerhin 4 bis 6 % des Gesamtbestandes des Natura 2000-Gebietes kommt, ist durchaus von einer **erheblichen Störung** durch die Errichtung des Weges auszugehen.

[...] sind jedenfalls Beeinträchtigungen auch für die genannten Arten **Raufußkauz** und **Schwarzspecht** (beide Anhang I-Arten) durch die mögliche forstliche Nutzung in diesen Bereichen zu erwarten.“

Bezüglich der weiteren Schutzgüter des TNSchG 2005 äußerte sich der Amtssachverständige für Naturkunde wie folgt:

„[...] Es handelt sich, wie bereits im Befund erwähnt, um ein Mosaik aus Kultur-, Landschafts- und Naturlandschaftselementen. Als landschaftlich besonders eindrücklich ist der oberhalb gelegene lichte Lärchenwald zu bezeichnen. Durch den Weg kommt jedenfalls im Taschenboden ein **technisches Element** zu liegen, das durch größere Hanganschnitte geprägt ist. Somit wird der Weg in diesem Bereich als **deutlicher Fremdkörper erkennbar** sein. Insbesondere auf Grund der Lage im Landschaftsschutzgebiet, in dem ein besonderes Augenmerk dem Schutzgut Landschaftsbild zu widmen ist, sind daher **deutliche Beeinträchtigungen für das Schutzgut Landschaftsbild zu erwarten**.

[...] Der neu errichtete Weg wird großteils als ein für den Wanderer **eintöniger Forstweg** mit starken Böschungsanschnitten bis zum Taschenboden ausgeführt. Auch der als Mountainbikeweg ausgeführte Weg kann nicht den Erlebniswert des bestehenden Wanderweges erreichen bzw. ersetzen. Weiters geht das Gutachten davon aus, dass der **gegenständliche Steig einen höheren Erholungswert** aufweist als der Fahrradweg. Durch den Rückbau des Weges und den Ersatz durch den relativ monotonen breiten Weg, der mit den Radfahrern geteilt werden muss, ist somit eine **Beeinträchtigung des Schutzgutes Erholungswert gegeben**.“

Der verfahrensbeteiligte Naturschutzbeauftragte betonte, dass eine Realisierung des Taschenbodenweges zu **massiven Beeinträchtigungen** sämtlicher Schutzgüter im Sinne des § 1 Abs. 1 TNSchG 2005 führt. Da sich dieses Gebiet zusätzlich in einem Natura 2000-Gebiet befindet, sprach er sich entschieden gegen die Realisierung des Taschenbodenweges aus. Außerdem wies er auf die im Natura 2000-Gebiet notwendige Erheblichkeitsprüfung hin.

Die Behörde gibt die Stellungnahme der Gemeinde Eben a.A. derart wieder, dass ihrer Meinung nach die Errichtung dieses Forstweges und die dadurch entstehende Verbindung zwischen der Bärenbadalm und der Weißenbachalm von großem öffentlichen Interesse zu sein „scheint“. Weiters soll sie ausgeführt haben, dass es sich beim bestehenden Wanderweg um ein sehr gefährliches Teilstück handeln würde, auf dem es schon des Öfteren zu schweren Unfällen von Wanderern gekommen sei.

II. Erstinstanzliche Verfahrensmängel aus Sicht der Landesumweltanwaltschaft

1) Res iudicata

Gemäß § 68 Abs. 1 AVG sind Anbringen von Beteiligten, die außer den Fällen der §§ 69 und 71 leg.cit. die Abänderung eines der Berufung nicht oder nicht mehr unterliegenden Bescheides begehren, wenn die Behörde nicht den Anlass zu einer Verfügung gemäß den Abs. 2 bis 4 leg.cit. findet, wegen entschiedener Sache zurückzuweisen. Die Anordnung des § 68 Abs. 1 AVG zielt in erster Linie darauf ab, die wiederholte Aufrollung einer bereits „entschiedenen Sache“ ohne nachträgliche Änderung (d.h. bei Identität) der Sach- und Rechtslage auf Antrag der Partei oder durch die Behörde selbst (von Amts wegen) zu verhindern (vgl. VwGH vom 24.01.2006, ZI. 2003/08/0162). Ziel und Zweck der Regelung des § 68 Abs. 1 AVG ist es damit, die Bestandskraft von Bescheiden zu schützen.

Die Zurückweisung eines Anbringens nach § 68 Abs. 1 AVG setzt voraus, dass sich der Antrag auf eine rechtskräftig entschiedene Sache bezieht, die nur dann vorliegt, wenn sich gegenüber dem früheren Bescheid, dessen Abänderung oder Aufhebung begehrt wird, weder am erheblichen Sachverhalt noch an der maßgeblichen Rechtslage etwas geändert hat und sich das neue Parteienbegehren im Wesentlichen mit dem früheren deckt (vgl. VwGH vom 27.05.2004, ZI. 2003/07/0100).

Auf den gegenständlichen Fall angewandt bedeutet das aus Sicht der Tiroler Umweltanwaltschaft folgendes:

Gegen den Bescheid vom 07.09.2006, ZI. U-2480/11-06, mit welchem der Firma ████████ die forst- und naturschutzrechtliche Bewilligung erteilt wurde, wurde seitens des Landesumweltanwaltes am 09.10.2006, ZI. LUA-9-3.2/714, Berufung erhoben. Dieser wurde mit dem Berufungserkenntnis der Tiroler Landesregierung als vom 15.10.2008, ZI. U-14.027/33, Folge gegeben. Dieser Bescheid kann nicht mehr mit ordentlichen Rechtsmitteln bekämpft werden, sodass er in formelle Rechtskraft erwachsen ist.

Im gegenständlichen Fall steht zweifellos fest, dass sich zwischen dem Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides der Tiroler Landesregierung vom 15.10.2008, ZI. U-14.027/33, und dem nunmehr angefochtenen Bescheid keine Änderung der maßgeblichen Rechtslage ergeben hat. In beiden Fällen sind Bestimmungen des Tiroler Naturschutzgesetzes 2005 zur Anwendung gelangt. Auch das Parteienbegehren, welches auf die Erteilung der naturschutzrechtlichen Bewilligung für die Errichtung

eines LKW-befahrbaren Wander- und Radweges, dem Taschenbodenweg, gerichtet ist, **ist dasselbe**. Dies ergibt sich auch aus dem angefochtenen Bescheid vom 16.06.2011, ZI. U-5018/1-11, der einerseits in der Beschreibung des Vorhabens selbst von einer „**fast identen Trasse**“ spricht und sich andererseits in seiner Begründung auf das naturkundliche Gutachten im Bescheid vom 07.09.2006, ZI. U-2480/11-06, (welcher aufgehoben wurde!) stützt, da „*sich gegenüber den damaligen naturkundefachlichen Gegebenheiten bzw. dem naturkundefachlichen Umfeld keine wesentlichen Änderungen ergeben*“.

Eine Änderung in der Person des Antragstellers, wie im gegenständlichen Fall von ■■■■■ in die Gemeinde Eben a.A., **stellt keine wesentliche Änderung des Sachverhaltes dar**, da der Bescheid der Tiroler Landesregierung vom 15.10.2008, ZI. U-14.027/33, nur auf die Eigenschaften der Errichtung des Taschenbodenwegs in seiner damals geplanten Ausführung abstellt und auf diese Eigenschaften auch nunmehr abzustellen ist, kann dies für sich allein **keine maßgebliche Änderung des Sachverhalts** bewirken. Somit möge die Behörde prüfen, ob bereits eine entschiedene Sache gemäß § 68 Abs. 1 AVG vorliegt.

Des Weiteren wird hiezu im Rahmen des Berufungsverfahrens aus Sicht der Landesumweltanwaltschaft noch folgendes festgestellt bzw. vorgebracht:

2) Verträglichkeitsprüfung

Ziel der Landesumweltanwaltschaft ist es u.a., naturkundlich wertvolle, einzigartige und sensible Lebensräume in ihrer Ursprünglichkeit auch für die Zukunft erhalten zu können und nicht durch zahlreiche Erschließungsprojekte zu beeinträchtigen oder gar zu zerstören oder vernichten.

Die gegenständliche Wegeanlage befindet sich im Landschaftsschutzgebiet Bärenkopf, das wiederum Teil des Alpenparks Karwendel, einem Natura 2000-Gebiet, ist. Dabei ist besonders zu betonen, dass für Natura 2000-Gebiete Sonderbestimmungen bestehen, die insbesondere dem Schutz der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung und der Europäischen Vogelschutzgebiete, dienen. Art 6 Abs. 3 FFH-RL bestimmt, dass Pläne oder Projekte, die ein solches Gebiet erheblich beeinträchtigen könnten, einer **Verträglichkeitsprüfung** bedürfen.

Der naturkundliche Sachverständige führte in seinem Gutachten aus, dass es durch die Errichtung des Weges zu einer Störung einer großen Population des Birkwildes von 4 bis 6 % des Gesamtbestandes kommt, weshalb er von einer **erheblichen Störung** ausgeht.

Somit hätte ohne jeden Zweifel eine Verträglichkeitsprüfung gemäß der FFH-RL durchgeführt werden müssen, welche die Behörde aus Sicht der Landesumweltanwaltschaft nicht im erforderlichen Maß vorgenommen hat.

3) Mangelhafte Interessensabwägung

Auch die durchgeführte Interessensabwägung erscheint der Landesumweltanwaltschaft zum einen rechtlich falsch und zum anderen inhaltlich nicht nachvollziehbar bzw. unzureichend.

Zur rechtlichen Beurteilung seitens der bescheiderlassenden Behörde ist festzustellen, dass sie sich in ihrer Begründung zuerst auf § 14 Abs. 4 TNSchG 2005 beruft (Seite 11, erster Absatz). Später stützt sie ihre Begründung auf § 29 Abs. 2 lit. b Z. 2 TNSchG 2005 (Seite 11, letzter Absatz). Diese Gesetzesbestimmung findet jedoch auf § 14 TNSchG und somit auf Natura 2000-Gebiete keine Anwendung, da dieser in Abs. 5 eine „verschärfte“ Interessensabwägung vorsieht und somit als *lex specialis* vorgeht.

§ 14 Abs. 5 TNSchG 2005 besagt nämlich, dass trotz des Vorliegens einer erheblichen Beeinträchtigung des Natura 2000-Gebietes das Vorhaben bewilligt werden darf, wenn es keine andere zufrieden stellende Lösung gibt und es aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art durchzuführen ist.

Zwingende Gründe können jedoch nicht angenommen werden, da aus dem Gutachten des naturkundlichen Amtssachverständigen klar hervorgeht, dass der neue Wander- und Radweg keinesfalls die gleichen Vorteile aufweisen wird können, wie der bereits bestehende Steig. Dies aus folgenden Gründen:

- Der bestehende Weg wird bereits von Erholungssuchenden genutzt und wird sicher auch in Zukunft mehr genutzt werden als ein neuer monotoner Weg.
- Der derzeit bestehende Fußweg, welcher offensichtlich in einem herausragend guten Zustand ist, weist für einen alpinen Steig eine sehr sichere Ausführung auf, da die Bereiche, in denen ein Höhenunterschied zu überwinden ist, mit Treppen und teilweise Absturzsicherungen ausgestattet sind. Der naturkundliche Sachverständige führt in seinem Gutachten aus, dass bei der Begehung Fußgänger beobachtet werden konnten, die lediglich mit Turnschuhen unterwegs waren. Außerdem hat es die Gemeinde verabsäumt Nachweise zu erbringen, die die genannten Unfälle belegen könnten.
- Weiters wird die Strecke auch von nicht allzu trittsicheren Wanderern benutzt, um die Möglichkeit eines „Bergerlebnisses“ im Grenzwaldbereich zu erfahren.
- Außerdem ist festzuhalten, dass bereits Mountainbikerouten bestehen, sodass eine weitere Route keinesfalls ein zwingendes öffentliches Interesse darstellen kann.

Dem bisherigen Ermittlungsergebnis ist nicht zu entnehmen, ob ein Rückbau des bestehenden Steiges zielführend ist oder ob damit ein unverhältnismäßig hoher Aufwand verbunden wäre.

Bezüglich des Schutzwaldes ist festzuhalten, dass sich die Umweltanwaltschaft der Notwendigkeit der Bewirtschaftung durchaus bewusst ist. Nach Informationen der Umweltanwaltschaft ist die Bewirtschaftung dieses Schutzwaldes jedoch bereits jetzt ausreichend gesichert, sodass gemäß § 43 Abs. 3 TNSchG 2005 von den Antragstellern nicht umfassend dargelegt wurde, ob es eines weiteren LKW-befahrbaren Rad- und Wanderweges bedarf.

Wie vom Amtssachverständigen ausgeführt wurde, geht der Trend im Karwendel bezüglich der Lebensraumeignung ohnehin bereits immer mehr in Richtung Verschlechterung, weshalb die **Beeinträchtigungen nie ein derart starkes öffentliches Interesse zulassen, das die Durchführung dieses Projektes rechtfertigen würde.**

4) Variantenprüfung

Weiters wurde im gegebenen Fall zwar eine **Variantenprüfung** gemäß § 29 Abs. 4 TNSchG 2005 durchgeführt, wonach trotz Vorliegens der Voraussetzungen nach Abs. 1 lit. b, Abs. 2 Z. 2, Abs. 3 lit. a oder § 14 Abs. 4 die Bewilligung zu versagen ist, wenn der angestrebte Zweck mit einem im Verhältnis zum erzielbaren Erfolg vertretbaren Aufwand auf eine andere Art und Weise erreicht werden kann, durch die die Interessen des Naturschutzes nach § 1 Abs. 1 nicht oder in einem geringeren Ausmaß beeinträchtigt werden. Allerdings ist diese insofern mangelhaft geblieben, als dass nicht nur geprüft werden hätte müssen, welche Alternative besteht, sondern ob eventuell auch die **Nullvariante** als Alternative in Frage kommt. Der naturkundliche ASV führte unter anderem aus, dass der Rückbau des bestehenden Steiges aufgrund des seichtgründigen Bodenaufbaus eher schwierig sein wird und dass aufgrund des sehr guten Zustandes des Steiges und des hohen Erholungswertes ein Rückbau des genannten Steiges zu hinterfragen ist. Auch stelle sich die Frage, ob durch einen Rückbau der Anfangsbereiche die Nutzung des Weges verhindert werden kann. Seitens der Behörde **wurde weder die Machbarkeit noch die Sinnhaftigkeit hinterfragt und geprüft.**

Für die Landesumweltanwaltschaft ist abschließend zu prüfen und zu klären, ob

- hier res iudicata vorliegt. Daher wird die Berufungsbehörde zu entscheiden haben, ob eine idente Sach- und Rechtslage vorliegt und das Anbringen daher gemäß § 68 Abs. 1 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 zurückzuweisen gewesen wäre;
- der rechtsrelevante Sachverhalt ermittelt wurde. Letztendlich wird von der Berufungsbehörde zu entscheiden sein, ob der Sachverhalt derart mangelhaft ist, dass die Angelegenheit gemäß § 66 Abs. 2 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 zur neuerlichen Verhandlung und zur Erlassung eines neuen Bescheides an eine untergeordnete Behörde zurückzuverweisen ist.

Die Landesumweltanwaltschaft kommt somit zu dem Schluss,

- dass bereits eine entschiedene Sache vorliegt und der Antrag sohin zurückzuweisen ist,
- dass keine ausreichende Verträglichkeitsprüfung gemäß § 14 TNSchG 2005, welcher sich auf die FFH-RL stützt, durchgeführt wurde,
- dass dem Ermittlungsverfahren kein nachvollziehbares aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses für die Realisierung des Vorhabens abgeleitet werden konnte und damit auch bisher keine gesetzeskonforme Interessenabwägung erfolgen konnte,

- dass die Alternativenprüfung von der bescheiderlassenden Behörde mangelhaft erfolgte und noch weiterer Ergänzungen bedarf.

Aus all diesen Gründen wird seitens der Landesumweltanwaltschaft fristgerecht folgender

III. Berufungsantrag

gestellt:

- 1) Die Berufungsbehörde möge das Anbringen der Antragstellerin gemäß § 68 Abs. 1 Allgemeines Verwaltungsgesetz 1991 wegen entschiedener Sache zurückweisen, dieser Berufung Folge geben und den Bescheid aufheben

in eventu

- 2) den Bescheid dahingehend abändern, dass dieser nach ergänzenden Erhebungen und Alternativenprüfung zu einer nachvollziehbaren Interessenabwägung und gegebenenfalls zur Versagung der Bewilligung führt

in eventu

- 3) die Angelegenheit gemäß § 66 Abs. 2 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 zur neuerlichen Verhandlung und zur Erlassung eines neuen Bescheids an die Bezirksverwaltungsbehörde zurückzuverweisen.

Mit freundlichen Grüßen

Der Landesumweltanwalt

Mag. Johannes Kostenzer