



Büro Landesumweltanwalt

Dipl.-Ing. Andreas Hudler

Meranerstr. 5

6020 Innsbruck

0512/508-3485

landesumweltanwalt@tirol.gv.at

www.tirol.gv.at

UID: ATU36970505

Informationen zum rechtswirksamen Einbringen und
Datenschutz unter www.tirol.gv.at/information

An das
Amt der Tiroler Landesregierung
Abteilung Umweltschutz

Geschäftszahl – beim Antworten bitte angeben

LUA-0-8.1/73/14-2023 (U-ABF-6/132/62-2023)

Innsbruck, 30.06.2023

**Bodenaushubdeponie Biberwier;
Verfahren nach § 37 Abs. 1 AWG 2002;
Beschwerde des Landesumweltanwaltes**

Sehr geehrter Herr Mag. Czakert,

sehr geehrte Damen und Herren,

mit Bescheid des Amtes der Tiroler Landesregierung vom 05.06.2023, Zl. U-ABF-6/132/62-2023, beim Landesumweltanwalt eingelangt am 05.06.2023, wurde XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXX die abfallwirtschaftsrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb der Bodenaushubdeponie Biberwier (GLN Kompartiment: 9008392211838) auf Teilflächen des Gst. Nr. 1925/1, KG Biberwier, mit einer Gesamtkapazität von 279.000 m³ auf einer Gesamtfläche von 24.700 m², davon einer befristeten Rodung im Ausmaß von 24.700 m² und mit einem befristeten Einbringungszeitraum bis 31.05.2043 erteilt.

Gegen diesen Bescheid erhebt der Landesumweltanwalt binnen offener Frist nachstehende

Beschwerde

gemäß Art 130 Abs. 1 Z 1 B-VG

an das Landesverwaltungsgericht.

Der oben angeführte Bescheid vom 05.06.2023, Zl. U-ABF-6/132/62-2023, wird wegen Mangelhaftigkeit und Rechtswidrigkeit mit folgender Begründung angefochten:

I. Präambel

Die nunmehr von der Abfallbehörde erneut genehmigte Bodenaushubdeponie auf der Fernpasshöhe entspricht im Wesentlichen jenem Vorhaben, welches bereits im Jahr 2019 genehmigt, in weiterer Folge jedoch vom Landesverwaltungsgericht Tirol rechtskräftig versagt wurde (Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 12.4.2021 über die Einstellung des von der Antragstellerin betriebenen außerordentlichen Revisionsverfahrens).

Nach wie vor ist der Landesumweltanwalt in Wahrung der ihm gesetzmäßig aufgetragenen Vertretung der Naturschutzgüter der Ansicht, dass der gewählte Standort aufgrund seiner naturschutzfachlichen Bedeutung und seiner Lage für die Errichtung und den Betrieb einer Bodenaushubdeponie ungeeignet und unvertretbar ist.

Dies auch im Bewusstsein, dass grundsätzlich Bodenaushubmaterial u.a. bei Bauprojekten anfällt und teilweise einer Deponierung zugeführt werden muss. Im Sinne eines modernen Umweltgedankens müssten hierbei die Fahrtstrecken kurze Distanzen aufweisen, bestenfalls der Aushub an Ort und Stelle wiederverwertet werden, aber auch eine Deponierung – sofern notwendig – unter Wahrung der Schutzinteressen der natürlichen Lebensräume, der Landschaft und des Naturhaushalts erfolgen.

In scharfem Gegensatz dazu würde jedoch dieses Projekt sämtliche Naturschutzgüter in bis zu starkem bzw. irreversiblen Ausmaß belasten und zu einem Verlust von gesetzlich geschützten Pflanzen und deren Lebensraum führen. Es würde eine große Fläche eines sehr strukturreichen und seichtgründigen Waldbodenstandortes überschüttet, was eine in menschlichen Zeiträumen gedacht nicht wiedergutzumachende Zerstörung eines artenreichen und von seiner geomorphologischen Entstehung her besonderen, lichten Bergwaldes zur Folge hätte.

Aus Sicht des Landesumweltanwalts wäre – auch unter Bezugnahme auf das bisherige, rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren zu dieser Bodenaushubdeponie – diese klar naturschutzrechtlich im konzentrierten AWG-Verfahren zu versagen gewesen.

Für eine naturschutzrechtliche Genehmigung ausschlaggebende Gründe, die für die Errichtung und den Betrieb einer Bodenaushubdeponie am gewählten Standort, dazu in dieser Größenordnung sprechen, bestehen aus Sicht des Landesumweltanwaltes nach wie vor nicht.

II. Rechtzeitigkeit und Zulässigkeit

Der Landesumweltanwalt kann aufgrund der gesetzlich eingeräumten Befugnis nach § 42 AWG 2002 die Einhaltung von naturschutzrechtlichen Bestimmungen im konzentrierten AWG-Bewilligungsverfahren geltend machen und Beschwerden an das Landesverwaltungsgericht erheben.

Gemäß § 7 Abs. 4 VwGVG beträgt die Frist zur Erhebung einer Beschwerde gegen den Bescheid einer Behörde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG vier Wochen.

Der angefochtene Bescheid wurde dem Landesumweltanwalt am 05.06.2023 auf elektronischem Wege zugestellt. Die gegen den Bescheid des Amtes der Tiroler Landesregierung erhobene Beschwerde ist daher rechtzeitig und zulässig.

III. Verfahrensablauf und Sachverhalt

Mit Bescheid vom 06.09.2019 hat der Landeshauptmann von Tirol als Abfallbehörde XXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXXXX XXXXXXXX die abfallwirtschaftsrechtliche und die naturschutzrechtliche Bewilligung für die Errichtung und den Betrieb der Deponie Fernpass unter anderem auf Gst. Nr. 1925/1,

KG Biberwier, auf einer Fläche von 3,97 ha, einem Schüttvolumen von 412.000 m³ Bodenaushubmaterial und einem Einbringungszeitraum von 20 Jahren erteilt. Mit Erkenntnis vom 12.11.2020, LVwG-2019/15/2069-29, hat das Landesverwaltungsgericht Tirol der Beschwerde des Landesumweltanwaltes von Tirol vom 03.10.2019, Zl. LUA-0-8.1/73/3-2019, gegen diesen Bescheid Folge gegeben und diesen hinsichtlich der naturschutzrechtlichen Bewilligung behoben.

Stattdessen hat das Landesverwaltungsgericht den Antrag auf Erteilung der naturschutzrechtlichen Bewilligung für die Errichtung und den Betrieb der gegenständlichen Bodenaushubdeponie abgewiesen und die ordentliche Revision für nicht zulässig erklärt. Bei Realisierung des Vorhabens wäre es zu durch den naturkundefachlichen Amtssachverständigen festgestellten starken Beeinträchtigungen der Naturschutzgüter gekommen. Die Versagung der naturschutzrechtlichen Bewilligung begründet das Landesverwaltungsgericht im Wesentlichen mit der Verwirklichung des Bewilligungstatbestandes des § 7 Abs. 2 lit. b TNSchG 2005 und der artenschutzrechtlichen Tatbestände des § 2 Abs. 2 lit. a und § 2 Abs. 4 TNSchVO 2006 sowie mit den in Kombination mit den festgestellten Beeinträchtigungen fehlenden, für das Vorhaben sprechenden langfristigen öffentlichen Interessen bzw. zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 18.02.2021, Zl. Ra 2021/10/0007-3, wurde die dazu von der revisionswerbenden Partei erhobene Revision zurückgewiesen.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 12.04.2021, Zl. Ra 2021/05/0001-10, wurde das Verfahren eingestellt.

Mit Schreiben vom 17.12.2021 hat XXXXXXXX XXXXXXXXXXXX XXXXXXXX unter Vorlage von Projektunterlagen die abfallwirtschaftsrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb einer Bodenaushubdeponie Biberwier auf Teilflächen des Gst. Nr. 1925/1, KG Biberwier, mit einer Gesamtkapazität von 324.000 m³ auf einer Gesamtfläche von 30.270 m² beantragt. Das nun unter dem Titel „Bodenaushub Biberwier“ und nicht mehr „Bodenaushubdeponie am Fernpass“ laufende Vorhaben ist hinsichtlich des Deponiestandortes im Wesentlichen ident mit jenem von 2019 (siehe die Ausführungen der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid ab S 116). Es soll eine talförmige Mulde, die sich im Bereich der Fernpasshöhe unmittelbar südlich der B179 Fernpassstraße befindet, mit Bodenaushubmaterial verfüllt werden. Gleichzeitig wurde eine neue, präzisere Erhebung der Vegetation/geschützte Pflanzen im Eingriffsraum vorgelegt.

Mit Eingabe vom 09.06.2022 erfolgten Projektänderungen, es ergab sich in Verbindung mit der mächtigeren Ausgestaltung der übrigen Bauabschnitte sowie der flächenmäßigen Erweiterung der übrigen Abschnitte um 0,24 ha daraus das nunmehr verfahrensgegenständliche Deponievolumen im Ausmaß von 279.000 m³ auf einer Gesamtfläche von 24.700 m². Gleichzeitig wurde antragstellerseitig ein Begleitkonzept zum Schutz der betroffenen Pflanzenarten in abgeänderter Form vorgelegt, das nun u.a. vorsieht, die im Deponiebereich wachsenden, nach Tiroler Naturschutzverordnung 2006 geschützten Pflanzen vor Beginn der Deponieerrichtung auszugraben, in einer angrenzenden Fläche wieder einzupflanzen und dort zu belassen.

Nach einer Prüfung der Projektänderungen durch die Behörde hinsichtlich des Vorliegens eines Prozesshindernisses einer entschiedenen Sache im Sinne des § 68 Abs.1 AVG kam die Behörde zu dem Schluss, dass ein solches nunmehr eben nicht vorläge.

Die abschließende Begutachtung des gegenständlichen Vorhabens samt Begleitmaßnahmen durch den Amtssachverständigen für Naturkunde im nachfolgenden Ermittlungsverfahren ergab, dass insbesondere die *„Beeinträchtigungen für Naturhaushalt und Lebensgemeinschaft von Pflanzen und Tieren werden bei Verwirklichung des derzeit eingereichten Projektes jedenfalls zumindest so stark sein wie in der Beurteilung vom 5.6.2019.“*

Weiters wären vom Vorhaben nach wie vor ca. 180 Individuen von 11 Arten geschützter Pflanzen betroffen.

„Es werden durch das beantragte Vorhaben die Interessen des Naturschutzes nach § 1 Abs. 1 Tiroler Naturschutzgesetz 2005 zum Teil stark, aber zum Teil auch mittelmäßig stark beeinträchtigt. Eine zeitlich unterschiedliche Reversibilität ist für die Schutzgüter Naturhaushalt, Lebensgemeinschaften von Pflanzen und Tieren und Erholungswert gegeben,“ wobei die Beeinträchtigungen der Landschaft irreversibel eingestuft werden und jene des Lebensraumes für geschützte Pflanzenarten mit einer Dauer von 160 Jahren.

Die Abfallbehörde hat mit Bescheid vom 5.6.2023 die gegenständliche Bodenaushubdeponie genehmigt.

Sie kam zusammenfassend zu dem Schluss, dass für das vorliegende Deponieprojekt – entgegen der Variante von 2019 – nunmehr weder eine Bewilligungspflicht nach dem Tiroler Naturschutzgesetz 2005, noch ein Verbotstatbestand hinsichtlich geschützter Pflanzen oder Tiere nach der Tiroler Naturschutzverordnung 2006 verwirklicht würde. Folglich wäre weder eine Interessensabwägung noch eine Prüfung von Alternativvarianten erforderlich und das Ansuchen könne abfallrechtlich genehmigt werden.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die vorliegende Beschwerde.

IV. Rechtswidrigkeit und Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens

- a. Fälschliche Nicht-Anwendung naturschutzrechtlicher Landesvorschriften im konzentrierten Genehmigungsverfahren für eine gem. § 37 Abs. 1 AWG 2002 genehmigungspflichtige Anlage –
Unzulässige Schlussfolgerungen hinsichtlich Nicht-Verwirklichung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände nach der TNSchVO 2006**

-) geschützte Pflanzenarten

Bereits im vorhergehenden Verfahren 2019 war bekannt, dass der geplante Errichtungsort der Bodenaushubdeponie Wuchsort von nach Tiroler Naturschutzverordnung 2006 (TNSchVO 2006) gänzlich und/oder teilweise geschützten Pflanzenarten ist. Gemäß den nunmehr letzten (unstrittigen) Feststellungen des Amtssachverständigen für Naturkunde handelt es sich aktuell dabei um Folgende:

Name Deutsch	Name Lateinisch	NSCHVO Anlage 1-3	NSCHVO a, b, c, oder d	NSCHVO Ziffer
Rotbraune Stendelwurz	<i>Epipactis atrorubens</i>	gg Anl2	d	27
Breitblättrige Stendelwurz	<i>Epipactis helleborine</i>	gg Anl2	d	27
Langspornige Händelwurz	<i>Gymnadenia conopsea</i>	gg Anl2	d	27
Seidelbast	<i>Daphne mezereum</i>	tg Anl3	b	20
Wald-Bärlapp	<i>Lycopodium annotinum</i>	tg Anl3	a	1
Großes Zweiblatt	<i>Listera ovata</i>	gg Anl2	d	27
Duftende Händelwurz	<i>Gymnadenia odoratissima</i>	gg Anl2	d	27
Rotes Waldvögelein	<i>Cephalanthera rubra</i>	gg Anl2	d	27
Geflecktes Knabenkraut	<i>Dactylorhiza maculata</i>	gg Anl2	d	27
Türkenbund	<i>Lilium martagon</i>	gg Anl2	d	41
Weißer Waldhyazinthe	<i>Platanthera bifolia</i>	gg Anl2	d	27

(Darstellung auf S 133 des angefochtenen Bescheids)

Gemäß ebendiesem Gutachten soll „der derzeit entsprechend ausgeprägte Lebensraum für eine nicht geringe Anzahl von gänzlich und/oder teilweise geschützten Arten durch die Deponie überschüttet werden“.

Im Eingriffsbereich wurden (ebenso unstrittig) zumindest 176 Exemplare dieser Arten sowie zusätzlich 20 m² Bärlappeinheiten auf 52 Einzelflächen festgestellt.

Die projektsgegenständliche „den Pflanzenindividuenschutz betreffende Planung“ beinhaltet neben der Aussparung von Randbereichen, Rekultivierungsmaßnahmen mittels Bodensoden und Wiederansaat mittels Saatgut, im Speziellen das Bergen der Individuen geschützter Pflanzenarten und deren Verbringen auf einen Bereich östlich des Bauabschnittes D, welcher außerhalb des Deponieschüttungsbereiches liegt. Die Pflanzen sollen mittels einem Kleinbagger bzw. händisch (nur, wenn mit Kleinbagger nicht mehr zugänglich) ausgehoben werden und mit einem kleinen Dumper transportiert und sogleich wieder an einer geeigneten Stelle im Osten der Deponie (siehe naturschutzrechtliches Einreichoperat vom 25.11.2021) wieder eingepflanzt werden.

Im Ermittlungsverfahren erfolgte eine sehr vertiefte gutachterliche Auseinandersetzung mit dem „Anwuchserfolg“ der derartig zu versetzenden Pflanzen sowie deren Wiederaufkommen auf der nach Abschluss der jeweiligen Schüttung rekultivierten Deponie.

Es wird festgehalten, dass die Schlussfolgerungen des Amtssachverständigen für Naturkunde seitens des Landesumweltanwalts im erstinstanzlichen Verfahren weitgehend geteilt werden. Bei der Versetzbarkeit der vorkommenden geschützten Pflanzenarten sieht der Landesumweltanwalt aufgrund publizierter wissenschaftlicher Langzeitbeobachtung den erzielbaren Erfolg sogar noch deutlich geringer:

Die vom ASV für Naturkunde zugrunde gelegte Überlebensrate ist nach Ansicht des Landesumweltanwalts und vor allem diesbezüglich dokumentierter Monitorings ein zu optimistischer Wert. Die Ausfallsrate wird wesentlich höher sein, wie sich u.a. im Monitoring „Versetzung einer Orchideenwiese“ von Bejvl, W, Öko-L, 2010 ablesen lässt. Demnach ist je nach natürlicher Orchideenart mit Ausfallsraten sogar bis zu 100 % zu

rechnen. Auch internationale Forschungsergebnisse zeigen ganz klar, dass weltweit die gesicherte Versetzung von Orchideenarten mit hohen Ausfallraten (z.B. 44% in den Anden verbunden ist, (z.B. Benavides, A.M. et al, (2023), Surviving in a new host: Eight years of monitoring translocated aroids, bromeliads, and orchids in the Andean forests in Colombia). Unter Berücksichtigung nicht nur dieser Erfahrungen wird der Hypothese, dass eine Verpflanzung der erhobenen Individuen zu einem großen Teil erfolgreich sein wird, auf jeden Fall entschieden entgegengetreten. Für den Landesumweltanwalt ist daraus weiters abzuleiten, dass ein dauerhafter Versetzungserfolg jedenfalls nicht als gesichert angenommen werden kann.

Der Ordnung halber wird festgehalten, dass der Landesumweltanwalt einen Hochschulabschluss in Biologie/Botanik aufweist und jahrelang selbst als Sachverständiger für Naturkunde tätig war, somit diese fachlichen Ergänzungen jedenfalls auf gleicher fachlicher Ebene erfolgen, wie die dazu bereits getätigten Aussagen des befassten ASV für Naturkunde.

Der ASV für Naturkunde hält zusätzlich fest, dass bei ungünstigen Witterungsverhältnissen die Ausfallrate nochmal deutlich steigen würde.

Erschwerend kommt so im gegenständlichen Fall hinzu, dass – u.a. unter Bezugnahme auf das forstfachliche Gutachten – der Projektbereich sogar sehr anfällig für ungünstige Aufwuchsbedingungen ist, dies aufgrund des geringen Wasserrückhaltevermögens des vorliegenden Bodentyps.

Auch die belangte Behörde stützt in ihrer Beweiswürdigung ihre Erwägungen bis zu einem gewissen Punkt auf die oben angeführten gutachterlichen Feststellungen:

„Aus der Sicht des ASV für Naturkunde wird die Möglichkeit einer erfolgreichen Erst-Verpflanzung der vorkommenden geschützten und / oder teilweise geschützten Pflanzenarten in einen unberührten Teil östlich der Bodenaushubdeponie zwar gut gegeben sein. Ein tatsächliches Anwachsen wird aber aufgrund der oben angeführten geänderten Bodenstruktur und Kleinklima / Lichtverhältnisse sowie aufgrund von „Versetzungstress“ nicht zu 100% wahrscheinlich sein.

„Die Keimungsraten sind (im positivsten Falle; Ausnahme Seidelbast und Türkenbund) jedoch derart gering und das Wachstum bis zu einem generativen Stadium derart lang, dass auch hier wiederum nach erfolgreicher Rekultivierung Jahre vergehen, bis sich ein Erfolg einstellen kann. Dies wurde im Gutachten ebenfalls erläutert. Es kann keinesfalls von einem erfolgreichen Anwachsen von ausgesäten Samen in Eingriffsbereichen mit deutlich verändertem Bodenaufbau gesprochen werden.“

Die Verbotstatbestände hinsichtlich der gänzlich geschützten Pflanzenarten (darunter fallen sämtliche Orchideenarten und somit 8 der 11 betroffenen geschützten Pflanzenarten) gemäß § 2 Abs. 2 TNSchVO 2006 lauten:

„Hinsichtlich der gänzlich geschützten Pflanzenarten der Anlage 2 ist es verboten:

a) absichtlich Pflanzen solcher Arten sowie deren Teile (Wurzeln, Zwiebeln, Knollen, Blüten, Blätter, Zweige, Früchte und dergleichen) und Entwicklungsformen von ihrem Standort zu entfernen, zu beschädigen oder zu vernichten, im frischen oder getrockneten Zustand zu befördern, feilzubieten, zu veräußern oder zu erwerben,

b) den Standort von Pflanzen solcher Arten so zu behandeln, dass ihr weiterer Bestand an diesem Standort unmöglich wird.“

Es ist offenkundig, dass aufgrund obiger Sachverhaltsfeststellung Exemplare auch gänzlich geschützter Pflanzenarten in Folge der Projektumsetzung – auch oder gerade unter Berücksichtigung der Vermeidungsmaßnahmen – beschädigt und teils sogar vernichtet werden (als Folge des Entnehmens am

natürlichen Standort und dem Absterben nach der Verpflanzung), da der Versetzungserfolg vorhersehbar eben gering, bei weitem aber nicht 100% betragen wird.

Der ASV für Naturkunde führt in seinen Gutachten aus, dass je nach botanisch-fachlich gebotener methodisch vorsichtigen oder weniger vorsichtigen Einschätzung die Ausfallrate zwischen 20 % und 50 % der aktuell im Schuttbereich wachsenden geschützten Exemplare liege. Zieht man die kartierten 176 Individuen heran, bedeuten diese (aus Sicht des Landesumweltanwalts noch optimistischen) Anteile einen Verlust von jedenfalls ca. 35 bis 88 Individuen.

Die belangte Behörde begründet ihre Entscheidung, wonach artenschutzrechtliche Tatbestände dennoch nicht zur Anwendung zu kommen hätten damit, dass *„in Anbetracht der sehr umfangreichen den Pflanzenartenindividuenschutz betreffenden Planung auch keine weiteren möglichen und zumutbaren Maßnahmen erkennbar wären, die derartige Individuenverluste weiter ausschließen könnten bzw. ein Beschädigen, Entfernen oder Vernichten einzelner Individuen innerhalb des Eingriffsbereichs weiter vermeiden können.“*

Somit könne nicht mehr von einem billigenden Inkaufnehmen eines diesbezüglichen Risikos ausgegangen werden und wären im Zuge des Ermittlungsverfahrens unter Berücksichtigung der natürlichen Vorgänge bei dem dortigen maßgebenden Standort, welcher eine weitaus größere Fläche als die Eingriffsfläche mit unzähligen Individuen der betroffenen geschützten Pflanzenarten aufweist, keinerlei Anhaltspunkte für eine signifikante Erhöhung des Verlustrisikos hervorgekommen. Im Ergebnis scheiden damit die Verbotstatbestände des § 2 Abs. 2 lit. a und Abs. 4 lit. a und b bereits in Ermangelung des Vorliegens von Absichtlichkeit aus.“ (eigene Hervorhebung).

Diese Rechtsansicht wird seitens des Landesumweltanwalts nicht geteilt. Es ist für das für die Verwirklichung eines artenschutzrechtlichen Verbotstatbestandes zweifellos relevante Kriterium der „Absichtlichkeit“ nicht von Bedeutung, ob weitere mögliche zumutbare Maßnahmen zur Reduktion von in jedem Fall aufgrund des Vorhabens eintretenden Individuenverlusten erkennbar sind.

Die Feststellung der belangten Behörde, wonach die Verbotstatbestände des § 2 Abs. 2 lit. a und Abs. 4 lit. b TNSchVO 2006 zweifelsohne einen individualsbezogenen Ansatz verfolgen, die Abfallbehörde jedoch nicht davon ausgehen muss, dass bereits der Verlust eines einzigen Individuums einer geschützten Art zwingend einen Verbotstatbestand auslöst, ist ein offensichtlicher Widerspruch in sich.

Mit dem Urteil in den Rechtssachen C-473/19 und C-474/19 lässt auch der EuGH keine Bewegung in der europäischen Rechtsprechung hinsichtlich der Auslegung der artenschutzrechtlichen Tötungs- und Störungsverbote zu. Der EuGH stärkt den individualsbezogenen Schutzansatz der beiden EU-Naturschutzrichtlinien und begründet diesen auch aus dem Wortlaut der FFH-RL (Artikel 12) und der V-RL (Artikel 1 Absatz 2), welcher auf „Exemplare“ und „Eier“ und damit auf den Schutz der Individuen abstellt.

Auch die nationalen Gesetze und Verordnungen wie das TNSchG 2005 und die TNSchVO 2006 betreffend die Arten nach der Anlage 2 haben ausdrücklich den Schutz jedes einzelnen Exemplars vor Auge. Eine Beeinträchtigung geschützter Arten findet sich daher nicht etwa erst ab einer gewissen Größenordnung, sondern genießt bereits das einzelne Individuum den Schutz des Naturschutzrechtes. Vor diesem Hintergrund können auch die Verbote nach § 23 Abs. 3 TNSchG 2005 bzw. § 2 Abs. 2 und 4 TNSchVO 2006 nur so verstanden werden, dass die im Zuge der Umsetzung eines Vorhabens mit Sicherheit zu erwartende Zerstörung von Exemplaren einer geschützten Pflanzenart nur nach Erteilung einer naturschutzrechtlichen Bewilligung möglich ist. Für jede andere Sichtweise, dass nämlich erst bei der Zerstörung einer größeren Gruppe geschützter Pflanzenarten fehlen Anhaltspunkte im Gesetz und ließe sich eine derartige Auslegung

auch nicht mit den Zielen und Grundsätzen des TNSchG 2005, wie sie in § 1 Abs. 1 TNSchG 2005 statuiert werden, in Einklang bringen (LVwG Tirol vom 12.11.2020, Zl. LVwG-2019/15/2069-29).

Gemäß Rechtsprechung (LVwG Tirol vom 16.06.2016, Zl. LVwG-2015/44/1078-12) liegt ein absichtliches Handeln iSd der Verbotstatbestände des § 23 TNSchG 2005 iVm § 2 TNSchVO 2006 anders als bei der strafrechtlichen Absichtlichkeit bereits dann vor, wenn die Verwirklichung des maßgeblichen Sachverhaltes billigend in Kauf genommen wird.

Es muss bei Festhalten an der Vorhabenverwirklichung durch die Antragstellerin – im Wissen des gutachterlich festgestellten Sachverhalts als Ergebnis des Ermittlungsverfahrens (Versetzungserfolg beträgt eben nicht 100%) – sehr wohl von einer billigenden Inkaufnahme des maßgeblichen Sachverhalts ausgegangen werden:

Zwar kann in der „Planung des Pflanzenindividuumsschutzes“ der Wunsch des Erhalts sämtlicher Exemplare erkannt werden, auf Basis des Ermittlungsergebnisses verändert dies die Auswirkungen auf den maßgeblichen Sachverhalt jedoch nicht. Trotz sämtlicher Maßnahmen wird es schließlich in quantifizierter, absehbarer und zudem gutachterlich festgestellter Weise zu einem Verlust von einer nicht geringen Anzahl an Individuen kommen.

Die Antragstellerin würde daher in vollem Bewusstsein der damit verbundenen Konsequenzen Handlungen setzen, welche zur Beschädigung bzw. Vernichtung gänzlich geschützter Pflanzen führt, wodurch aus Sicht des Landesumweltanwalts in Folge der Inkaufnahme des maßgeblichen Sachverhalts ein Verbotstatbestand nach TNSchVO 2006 klar verwirklicht wird.

Zum Begriff der „Absichtlichkeit“ im artenschutzrechtlichen Zusammenhang wird weiters auf Entscheidungen des EuGH verwiesen (Rechtssachen C-103/00 und C-221/04), die im Gleichklang mit der Interpretation des LVwG Tirol stehen. Ausschlaggebend auch für den EuGH waren dabei die Umstände, dass die Handelnden sich der Folgen ihres Handelns bewusst sein müssen, d.h. Kenntnis vom Vorkommen der geschützten Arten besitzen müssen, und weiters diese Folgen zumindest in Kauf nehmen. Beides liegt in gegenständlichem Fall zweifelsfrei vor:

Zu dem Vorkommen der geschützten Arten hat die Antragstellerin selbst naturkundliche Erhebungen beauftragt und muss sich deren Existenz daher bewusst sein.

Sämtliche Gutachten des ASV für Naturkunde, so auch die Feststellung, dass die Maßnahmenwirksamkeit sicher nicht bei 100% (aus Sicht des Landesumweltanwalts bei weitem nicht bei 100 %) liegen wird, sind der Antragstellerin ebenso im Rahmen des Parteiengehörs und der mündlichen Verhandlung zur Kenntnis gebracht worden.

Ein allfälliger Vergleich der gegenständlichen Planung „Pflanzenindividuenschutz“ mit der Absammlung von Individuen geschützter Tierarten aus einem Projektgebiet („Baufeldfreimachung“) ist aus Sicht des Landesumweltanwalts nicht zulässig. Es ist – im Gegensatz zu fachgerecht vorübergehend gefangenen und sodann in einem geeigneten Habitat außerhalb eines projektsbedingten Gefahrenbereichs wieder freigelassenen Tieren – im hier vorliegenden Fall nämlich mit Sicherheit absehbar, dass ein guter Teil der verpflanzten geschützten Individuen an ihrem neuen Wuchsort vorhabensbedingt absterben wird. Durch das Fehlen von Fortbewegungsmöglichkeit ist das Überleben von Pflanzen im Gegensatz zu Tieren sehr eng von genau dem von ihnen bewurzelten und bodenstrukturell ungestörten Wuchsort abhängig. Die gutachterliche Beschreibung dieses Wuchsortes ist wie im vorliegenden Fall sehr präzise möglich, so können auch Feststellungen zum Absterben der Exemplare dort leicht getroffen werden. Wieder freigelassene Tiere haben zumindest die Möglichkeit, sich geeignete Habitate bzw. Habitatnischen – nachdem sie von der direkten Tötung durch ihre Absammlung verschont wurden – selbst aufzusuchen, was bei verpflanzten Orchideen nicht der Fall sein wird. Abgesehen davon geht einer Absammlung in der Regel ein Verfahren voran, in dem die Tragweite des Vorhabens und Prüfung der öffentlichen Interessen vorgenommen wird. Die

gegenständlichen Pflanzenversetzungen können allein schon aufgrund der in Zusammenhang mit der betroffenen Organismengruppe relevanten Umstände keinesfalls als Absammlung / Baufeldfreimachung gesehen werden.

Bei Festhalten an der Projektumsetzung – der Antrag wurde aufrecht gehalten – nimmt die Antragstellerin die Beschädigung bzw. Vernichtung der geschützten Exemplare somit billigend in Kauf. Nimmt sie hingegen an, durch die Begleitmaßnahmen keine Beschädigung oder Vernichtung von Exemplaren zu verursachen, so ist dies unglaublich.

Eine Anwendung der Judikatur des EuGH auf gegenständlichem Fall ist allein schon aufgrund des § 1 Abs. 2 TNSchVO 2006 (Geschützte Pflanzenarten laut Anhang IV lit. b der Habitat-Richtlinie) geboten, in welchem ebenso wie in dem hier anzuwendenden § 2 Abs. 2 TNSchVO 2006 quasi im identen Wortlaut der Begriff „absichtlich“ ausschlaggebend ist.

Der Landesumweltanwalt sieht durch das Vorhaben klar artenschutzrechtliche Verbote gemäß § 2 Abs. 2 TNSchVO 2006 verwirklicht und dadurch eine naturschutzrechtliche Bewilligungspflicht des gegenständlichen Vorhabens ausgelöst. Die belangte Behörde hat es in Hinblick auf § 38 Abs. 1 AWG 2002 rechtswidrig unterlassen, in einem eigenen Spruchpunkt darüber zu entscheiden. Die im Verfahren anzuwendenden naturschutzrechtlichen Vorschriften wurden dadurch nicht eingehalten.

Die Begründung der belangten Behörde, welche zu einem gegenteiligen Ergebnis führte, ist aus Sicht des Landesumweltanwalts unschlüssig und auch nicht mit der Rechtsprechung in Einklang zu bringen.

-) geschützte Tierarten

Neben geschützten Pflanzenarten kommen gutachtensgemäß im Vorhabensgebiet auch nach Anlage 6 TNSchVO 2006 geschützte Tierarten vor, so z.B. Eichhörnchen. Wenn das naturkundefachliche Gutachten davon ausgeht, dass es durch die Maßnahmen jedenfalls zu starken Beeinträchtigungen käme, sofern dies (Anm. wohl die Rodungen iZm dem Deponiebau) innerhalb der Paarungs- und Aufzuchtzeit stattfindet (§ 91 f des angefochtenen Bescheids), so steht damit auch fest, dass sich innerhalb des Eingriffsbereichs auch für die Jungenaufzucht geeignete Behausungen (bei Eichhörnchen: Kobel, ein kugelförmiges Nest in Baumästen oder -höhlen) befinden müssen. Aufgrund der Habitatausstattung und Größe der Eingriffsfläche ist zumindest für einige der in Anlage 6 gelisteten Tierarten (zB Eichhörnchen) das Vorliegen von Behausungen jedenfalls anzunehmen.

Gemäß § 5 Abs. 2 lit. d TNSchVO 2006 ist es für die in Anlage 6 gelistete Tierarten verboten, Behausungen dieser Tiere zu entfernen oder zu zerstören. Es kommt gemäß Wortlaut- im Gegensatz zu lit. a und b sowie § 2 Abs. 2 lit. a TNSchVO 2006 (gänzlich geschützte Pflanzen) dabei nicht auf die Absichtlichkeit an.

Werden nun – gleich zu welcher gemäß Nebenbestimmungen festgelegter Jahreszeit – Bäume mit Behausungen des Eichhörnchens zum Zwecke der Deponiererrichtung gerodet, so ist aus Sicht des Landesumweltanwalts dieser Verbotstatbestand verwirklicht, ganz gleich ob dies absichtlich oder nicht erfolgt, und auch unabhängig davon, ob in umliegenden Gebieten Lebensraum für Eichhörnchen besteht oder nicht. Richtigerweise kommt die belangte Behörde daher zu dem Schluss, dass gegenständlich nicht ausgeschlossen werden kann, dass Behausungen einzelner Eichhörnchen zerstört werden.

Wenn nun die belangte Behörde weiter davon ausgeht, bei dem Tatbestand des § 5 Abs. 2 lit. d geht es nicht um jede einzelne Behausung, sondern im Ergebnis um die Erhaltung der Funktionalität, so ist dazu zu bemerken, dass die Eingriffsfläche von rund 2,5 ha durchaus in der Größenordnung eines gesamten Eichhörnchen“reviers“ liegt, wodurch bei Errichtung der Deponie nicht nur einzelne Behausungen, sondern für die im Revier ansässigen Eichhörnchen sämtliche Behausungen, inklusive des Wurfkobels (Aufzuchtstätte) entfernt bzw. zerstört wurden, wodurch eben auch die durch u.U. mehrerer bestehender Behausungen bedingte Funktionalität nicht mehr vorliegen wird.

Die Schlussfolgerung der Behörde, die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände der TNSchVO 2006 werden nicht verwirklicht, ist auch unter diesem Gesichtspunkt mangelhaft bzw. unbegründet.

-) geschützte Vogelarten

Gemäß naturkundefachlichem Gutachten werden die im Vorhabensgebiet vorkommenden 21 nach TNSchVO 2006 bzw. VS-RL geschützten Vogelarten zumindest „vorübergehend“ stark beeinträchtigt. Es ist damit zu rechnen, dass für die direkt betroffenen Arten in jedem Fall ein Teil-Lebensraum Verlust über ca. 20 - 25 Jahre ab Beginn des jeweiligen Bauabschnittes besteht. Auch die nur Schwachholz als Lebens- bzw. Brutraum benötigenden Arten würden auf der Fläche zumindest 5, bei starken Vorkommen aber auch bis zu 8 Reviere verlieren.

Gemäß § 6 Abs. 3 lit. f TNSchVO 2006 ist die Behandlung des Lebensraumes von Vögeln in einer Weise, dass ihr weiterer Bestand in diesem Lebensraum erheblich beeinträchtigt oder unmöglich wird, verboten.

Dass im Eingriffsbereich Lebensraum für geschützte Vögel vorliegt, steht aus Sicht des Landesumweltanwalts unstrittig fest.

Der naturkundefachliche ASV stellt fest, dass in diesem (Teil-)Lebensraum der geschützten Arten über Jahrzehnte andauernde, starke Beeinträchtigungen sowie ein Verlust von bis zu 8 Revieren je Art durch die Vorhabensverwirklichung zu erwarten sein wird.

Entgegen den Schlussfolgerungen der belangten Behörde geht der Landesumweltanwalt nicht davon aus, dass die geplante Behandlung des Vogellebensraums eine nur unerhebliche Beeinträchtigung des Vogelbestandes in diesem Lebensraum zur Folge hat, auch wenn die dort lebenden Vogelarten überwiegend auch in angrenzenden Bereichen vorkommen und deren Populationen in einem guten Erhaltungszustand liegt. Es handelt sich schließlich um 2,5 ha Fläche mit bis zu 8 Revieren pro Vogelart, welche über einen langen Zeitraum als Vogellebensraum nicht zur Verfügung stehen wird. Keinesfalls handelt es sich um nur „einzelne“ betroffene Individuen. Unter der Annahme von 5 Revieren je Art und 2 Vögeln pro Revier wären über 200 Vögel unmittelbar betroffen, zuzüglich des so entfallenen jährlichen Nachwuchses.

Zusätzlich ist der Begriff „vorübergehend“ zu präzisieren. Je nach Beobachtungszeitraum wird der Begriff relativ genutzt und ist daher für eine gutachterliche Feststellung ungeeignet. In geologischen Zeiträumen bedeutet vorübergehend die Anwesenheit des Menschen auf der Erde. Für Vögel bedeutet ein Zeitraum von zumindest 20 - 25 Jahren zahlreichen Generationen. Und mit menschlichem Maßstab bedeutet 20 - 25 Jahren nahezu eine Generation und damit jedenfalls langfristig.

Aus Sicht des Landesumweltanwalts wird durch das gegenständliche Vorhaben auch der Verbotstatbestand des § 6 Abs. 3 lit. f TNSchVO 2006 verwirklicht, was die belangte Behörde rechtswidrig verkannt hat.

b. Vorliegen einer Res Judicata in Folge der Verwirklichung artenschutzrechtlicher Verbote

Die Anordnung des § 68 Abs. 1 AVG zielt in erster Linie darauf ab, die wiederholte Aufrollung einer bereits „entschiedenen Sache“ ohne nachträgliche Änderung (dh. bei Identität) der Sach- und Rechtslage auf Antrag der Partei oder von Amts wegen durch die Behörde selbst zu verhindern (VwGH 02.08.1996, 94/02/0364; VwGH 25.04.2003, 2000/12/0055; VwGH 24.01.2006, 2003/08/0162; ua).

Identität der Rechtslage als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 68 Abs. 1 AVG liegt dann vor, wenn seit der Erlassung eines formell rechtskräftigen Bescheides hinsichtlich der die Entscheidung tragenden Normen, auf welche die Behörde den Bescheid gestützt hat, keine wesentliche, dh. die Erlassung eines

inhaltlich anderslautenden Bescheides ermöglichende oder gebietende Änderung eingetreten ist (VwGH 18.05.2004, 2001/05/1152; 12.09.2006, 2003/03/0279; 21.06.2007, 2006/10/0093).

Richtigerweise führt die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid aus, dass eine solche Änderung der maßgebenden Rechtslage seit der Erlassung der rechtskräftigen Entscheidung bis dato nicht erfolgt ist.

Identität der Sache als weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 68 Abs. 1 AVG ist nach ständiger Rechtsprechung des VwGH dann gegeben, wenn sich der für die Entscheidung maßgebende Sachverhalt, welcher dem formell rechtskräftigen Vorbescheid zugrunde lag, nicht geändert hat (VwGH 26.02.2004, 2004/07/0014; VwGH 27.06.2006, 2005/06/0358; VwGH 21.02.2007, 2006/06/0085; uva).

Bei der Beurteilung der „Identität der Sache“ ist nämlich in primär rechtlicher, und nicht etwa in rein technischer oder mathematischer Betrachtungsweise festzustellen, ob in den entscheidungsrelevanten Fakten eine wesentliche Änderung eingetreten ist (VwGH 26.02.1974, 500/72; VwGH 09.07.1992, 92/06/0062; VwGH 27.06.2006, 2005/06/0358; Hengstschläger/Leeb, AVG² § 68).

Eine Identität der Sache liegt im Übrigen dann vor, wenn bei gleich gebliebener maßgeblicher Sach- und Rechtslage auch das neue Parteienbegehren im Wesentlichen mit dem früheren Begehren übereinstimmt (VwGH 29.06.2005, 2003/08/0060; ua). Wenn also in einer bereits entschieden „Sache“ eine nochmalige Entscheidung gefordert wird (VwGH 16.11.1993, 92/08/0191; VwGH 30.09.1994, 94/08/0183; VwGH 24.01.2006, 2003/08/0162; ua).

Nur wenn sich das neue Ansuchen auf ein vom seinerzeitigen, rechtskräftig abgelehnten Vorhaben völlig verschiedenes Projekt bezieht, liegt keine „res iudicata“ vor (VwSlg 9574 A/1978; VwGH 22.11.2004, 2001/10/0035; uva; Hengstschläger/Leeb, AVG² § 68).

Ein Abrücken des Projektsgebiets aus dem zuvor geringfügig betroffenen Uferschutzbereich des Blindsees für sich vermochte nach Ansicht der Abfallbehörde somit nichts an der Beurteilung jener nach wie vor identen betroffenen Flächen zu ändern, auf die sich die im rechtskräftigen Erkenntnis getroffenen Feststellungen hinsichtlich des Artenschutzes beziehen, wodurch diesbezüglich entgegen den Ausführungen der Antragstellerin vom selben wesentlichen Parteibegehren auszugehen war. Die übrigen erwähnten Änderungen, sofern sie nicht auf den Artenschutz auf eben jenen Flächen abstellen, können diesbezüglich zu keiner anderen Beurteilung führen, sondern stellen eben solche Nebenumstände dar, die für die rechtliche Beurteilung in der Hauptsache (§ 2 Abs. 2 lit. a und § 2 Abs. 4 TNSchVO 2006) unerheblich sind.

Auch aus Sicht des Landesumweltanwalts führt die belangte Behörde richtigerweise aus, dass das Parteibegehren, nämlich die Errichtung einer Bodenaushubdeponie auf den dargestellten Teilflächen des Gst. Nr. 1925/1, KG Biberwier, im obigen Sinne, somit auch in Anbetracht der beschriebenen Änderungen gegenüber dem der rechtskräftigen Entscheidung zugrunde gelegten Projekt dasselbe ist.

Nach Ansicht der Abfallbehörde muss darüber hinaus, eine dritte Voraussetzung vorliegen: Die Identität der Sache an sich. Dies sei nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dann gegeben, wenn sich der für die Entscheidung maßgebliche Sachverhalt, welcher der formell rechtskräftigen Entscheidung zugrunde lag, nicht geändert hat (VwGH 26.02.2004, 2004/07/0014).

Gegenstand der so durch § 68 Abs. 1 AVG geschützten materiellen Rechtskraft sei also der konkrete Norminhalt der in Frage stehenden Entscheidung, das heißt der im rechtskräftigen Erkenntnis des LVwG getroffene Abspruch über den Antrag auf naturschutzrechtliche Bewilligung zur Errichtung der Bodenaushubdeponie auf der Fernpasshöhe, der dadurch seine Erledigung gefunden habe, und zwar aufgrund der Sachlage, wie sie in dem vom Landesverwaltungsgericht angenommenen Sachverhalt zum

Ausdruck käme (VwGH 04.04.2001, 98/09/0041; 23.04.2003, 2000/08/0040; auch Hengstschläger-Leeb, AVG, § 68 Rz 23).

Für die Beurteilung sei somit festzuhalten, dass auf jene konkreten Umstände abzustellen sei, die zur rechtskräftigen Versagung der beantragten naturschutzrechtlichen Bewilligung geführt hätten.

Diese Umstände betreffen den Uferschutzbereich des Blindsees sowie jene ursprünglich projektierten Maßnahmen, die auf den dem rechtskräftigen Erkenntnis des LVwG zugrunde gelegten Flächen zur Verwirklichung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände geführt haben.

Was den Uferschutzbereich anlangt, teilt der Landesumweltanwalt die Ansicht der belangten Behörde, wonach nach Änderung des Projektes nunmehr der Tatbestand des § 7 Abs. 2 lit. b TNSchG 2005 nicht mehr verwirklicht ist. Die Außengrenzen der gegenständlichen Deponie verlaufen derart, dass der 500m Radius (äußerst knapp) unberührt bleibt.

Nach den artenschutzrechtlichen Feststellungen der belangten Behörde seien von 6 geschützten Pflanzenarten auf den damals beantragten Flächen nunmehr 3 davon (nämlich die Eibe, das Langblättrige Waldvögelein sowie der Keulen-Bärlapp) auf den gegenständlich beantragten Flächen aufgrund der räumlichen Änderung nicht mehr betroffen. Die übrigen 3 (Seidelbast, Breitblättrige Stendelwurz, sowie geflecktes Knabenkraut) kämen aber auch auf den gegenständlich beantragten Flächen vor und zwar in größerer Zahl, als dies im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht angenommen wurde. Weiters wären auch dies Arten nach wie vor Teil der „Planungen Pflanzenindividuenschutz“.

Hinsichtlich der beiden bereits zuvor festgestellten Orchideenarten Breitblättrige Stendelwurz und Geflecktes Knabenkraut (neben den nunmehr zusätzlich verorteten zuvor nicht festgestellten Orchideenarten) wurde aus naturkundefachlicher Sicht aber ausgeführt, dass bei einer Verpflanzung der Individuen, wie im Projekt in OZl.1 dargestellt, mit einer Ausfallsrate von zumindest 20 %, möglicherweise aber auch mit bis zu 50 %, jedenfalls nicht 100% zu rechnen ist, wodurch im Ergebnis letztlich keine wesentliche Änderung des maßgebenden Sachverhalts erkennbar ist:

Entgegen der Ansicht der belangten Behörde führt das Vorhaben direkt zur Vernichtung der betroffenen Pflanzen und deren Teile und liegt hier aufgrund der billigen Inkaufnahme des bekannten Risikos der Verwirklichung des maßgebenden Sachverhalts bereits Absichtlichkeit des Handelns vor. Unter Verweis auf Punkt a. der vorliegenden Beschwerde (*Fälschliche Nicht-Anwendung Naturschutzrechtlicher Landesvorschriften im konzentrierten Genehmigungsverfahren für eine gem. § 37 AWG 2002 genehmigungspflichtige Anlage - Unzulässige Schlussfolgerungen hinsichtlich Nicht-Verwirklichung artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände nach der Tiroler Naturschutzverordnung 2006*) UND unter Verweis auf die rechtliche Beurteilung durch die belangte Behörde selbst (Bescheid S 119 unten, S 120 oben), muss sich aus dem bestehenden Sachverhalt eine bindende Wirkung aus dem rechtskräftigen Erkenntnis des LVwG Tirol vom 12.11.2020, Zl. LVwG-2019/15/2069-29. ergeben und die naturschutzrechtliche Bewilligung wäre zu versagen, wenn nicht a priori zurückzuweisen gewesen.

c. Nicht-Vorliegen der Voraussetzungen zur Bewilligung einer Ausnahme von den Verboten gemäß TNSchVO 2006, unter Anwendung der §§ 23, 24, 25 TNSchG 2005

Selbst unter der Annahme des Nicht-Vorliegens einer bindenden Wirkung der Erkenntnis vom 12.11.2020, LVwG-2019/15/2069-29 – was seitens des Landesumweltanwalts bestritten wird – liegen die Voraussetzungen zur Bewilligung einer Ausnahme von den Verboten gemäß TNSchVO 2006 für gegenständliches Vorhaben aus Sicht des Landesumweltanwalts klar nicht vor.

Die Behörde hätte jedenfalls für eine Entscheidung in einem eigenen Spruchpunkt über die Voraussetzungen zur Bewilligung einer Ausnahme von den Verboten gemäß TNSchVO 2006, unter Anwendung der §§ 23, 24, 25 TNSchG 2005 absprechen müssen.

Um Wiederholungen zu vermeiden, wird an dieser Stelle explizit auf die zugehörigen Ausführungen in der Beschwerde vom 03.10.2019, Zl. LUA-0-8.1/73/3-2019, insbesondere zum Nicht-Vorliegen überwiegender anderer, langfristiger öffentlicher Interessen, verwiesen. Diese werden hiermit erneut zu beschwerdebegründenden Vorbringen erklärt und im Lichte der vergangenen und des aktuellen Verfahrens wie folgt untermauert:

c.1 Nicht-Vorliegen zwingender bzw. langfristiger, überwiegender öffentlicher Interessen

Die Argumentation der belangten Behörde, wonach

- in Aussicht gestellte, noch nicht genehmigte Tunnelbauprojekte (Anm.: Zweite Röhre Lermooser Tunnel, Fernpass Scheiteltunnel) keinesfalls ein öffentliches Interesse an der Verwirklichung eines Deponieprojekts begründen,
- es nicht nachvollziehbar ist, im Bezirk Reutte und Imst bestünde eine Knappheit an verfügbaren Deponievolumina,
- das bloße finanzielle Interesse der Gemeinde an einem Projekt, weil daraus etwa Steuereinnahmen lukriert werden könnten, vom Verwaltungsgerichtshof regelmäßig nicht als öffentliches Interesse anerkannt wird,

ist für den Landesumweltanwalt nachvollziehbar und wird nicht bestritten.

Gerade die vom Landesverwaltungsgericht 2020 durchgeführte Prüfung des Bedarfs einer Eröffnung dieses Deponiestandorts anhand des offenen Deponievolumens in der relevanten Umgebung kam zu dem Ergebnis, dass kein Bedarf an gegenständlicher Deponie besteht.

Die belangte Behörde vertritt die Rechtsansicht, wonach zur Notwendigkeit der beantragten Deponie im Hinblick auf die vorhandenen Kapazitäten im Bereich Zwischentoren bzw. zur Klärung des öffentlichen Interesses an der beantragten Deponie eine Bedarfsprüfung erforderlich erscheint, dass eine Bedarfsprüfung im AWG 2002 nicht vorgesehen sei und eine „bloße Bedarfsprüfung“ durch die Behörde somit nicht zu erfolgen hatte.

Für eine Genehmigung einer Ausnahme von den artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen wäre eine Auseinandersetzung mit dem Bedarf nach neu zu eröffnendem Deponievolumen unter Berücksichtigung der Judikatur (LVwG-2019/15/2069-29) speziell in diesem Fall aus Sicht des Landesumweltanwalts jedoch erforderlich, zumal damit ein eventuelles öffentliches Interesse an einer geordneten Entsorgung von Bodenaushub damit untermauert werden könnte, oder eben nicht.

Da diese Prüfung im hier erstinstanzlichen Verfahren somit nicht aktualisiert wurde, muss von einem unveränderten entscheidungsrelevanten Sachverhalt und aufgrund des damaligen Ergebnisses nach wie vor von offenen Kapazitäten auf genehmigten Deponien in der relevanten Umgebung ausgegangen werden.

Die Würdigung des Bestehens mehrerer Geschieberückhaltebecken im Raum Zwischentoren vermag daran insofern nichts zu verändern, als dass das daraus allenfalls zu entnehmende Material unvorhersehbar anfällt- es wird in Tirol wohl kaum möglich sein, für die hypothetische Räumung sämtlicher im Land bestehende Geschieberückhaltebecken offenes Deponievolumen zu „bevorraten“. Diese Geschiebebecken haben bereits 2019 bestanden und das daraus anfallende Material wurde folglich indirekt in der Bedarfsprüfung des LVwG im Jahr 2020 mitberücksichtigt.

Eine Ableitung eines zwingenden öffentlichen Interesses auch daraus ist aus Sicht des Landesumweltanwalts nicht zu begründen.

Hinsichtlich vorgebrachter öffentlicher Interessen „wirtschaftlicher Art“ am Betrieb der Deponie durch XXXX XXXXX in Form der Stellungnahme des Wirtschaftsprüfers XXXX wird vom Landesumweltanwalt vorgebracht, dass gemäß Rechtsprechung *„das Interesse an der Führung eines einzelnen Betriebes ohne entscheidende Bedeutung für die (Tourismus)wirtschaft in der ganzen Region nicht als langfristiges oder gar zwingendes öffentliches Interesse zu werten ist“* (LVwG Tirol 04.08.2014, LVwG-2014/15/0120-8). Eine entscheidende Bedeutung der XXXXXX XXX „für die ganze Region“ wird seitens des Landesumweltanwalts klar bestritten, dies im Hinblick auf im Raum Reutte bestehende Großbetriebe in Industrie und Handel, welche ein Vielfaches Umsatz aufweisen und an Arbeitsplätzen garantieren. Speziell die Zurechnung der durch die Bodenaushub Deponie Biberwier allenfalls entstehenden Arbeitsplätze zur Region Zwischentoren ist insofern unzulässig, als dass die XXXX XXXX nicht in Zwischentoren ansässig ist und weder deren Lkw-Fahrer noch Verwaltungsmitarbeiter aufgrund der Betriebsabläufe in einem räumlichen Zusammenhang mit dem Standort der Deponie stehen müssen.

Sämtliche bereits vorgebrachten Aspekte hinsichtlich der Klimarelevanz der Lkw-Fahrten zur Belieferung der Deponie – es wird auch auf die diesbezügliche Würdigung im Erkenntnis (LVwG-2019/15/2069-29) verwiesen – müssen aufgrund der Entwicklungen in den vergangenen Jahren als sogar verschärft aufrecht betrachtet werden. Die Erreichung der Klimaziele scheint nach wie vor in weiter Ferne, gerade im Bereich Mobilität steigen die Treibhausgasemissionen in Österreich jährlich um 4% (vgl. <https://www.umweltbundesamt.at/umweltthemen/mobilitaet/mobilitaetsdaten/verkehr-treibhausgase>), worin sich auch unter diesem Aspekt gegenläufige öffentliche Interessen hinsichtlich des Deponiestandorts begründen lassen.

c.2 Starke Beeinträchtigungen der Schutzgüter des TNSchG 2005

Im Zuge des Ermittlungsverfahrens kam über die Artenschutzaspekte hinaus erneut hervor, dass *„durch das beantragte Vorhaben die Interessen des Naturschutzes nach § 1 Abs. 1 Tiroler Naturschutzgesetz 2005 zum Teil stark, aber zum Teil auch mittelmäßig stark beeinträchtigt werden. Eine zeitlich unterschiedliche Reversibilität ist für die Schutzgüter Naturhaushalt, Lebensgemeinschaften von Pflanzen und Tieren und Erholungswert gegeben,“* wobei die Beeinträchtigungen der Landschaft irreversibel eingestuft werden und jene des Lebensraumes für geschützte Pflanzenarten mit einer Dauer von 160 Jahren.

Der Landesumweltanwalt muss festhalten, dass diese Einschätzung aus seiner Sicht mehr als berechtigt ist, und weiters hinsichtlich der Frage der „Reversibilität“ ergänzend auszuführen ist:

Hinsichtlich des Schutzgutes Landschaft wird die abschließende Einschätzung des naturkundefachlichen ASV, wonach die topografische Überprägung des Eingriffsraumes in Folge der Schütthöhe / Kubatur irreversibel ist, geteilt. Selbst bei eines Wieder-Bewuchses des Deponiekörpers in vielen Jahren wird der „Fremdkörper“ in der Landschaft gerade in diesem Gebiet jedenfalls in Erscheinung treten.

Hinsichtlich des Schutzgutes Lebensraum heimischer Pflanzen und Tiere bzw. Naturhaushalt wird erneut auf die speziellen Gegebenheiten des Projektbereichs hingewiesen, welcher sehr strukturreich ist und gleichzeitig seichtgründige Bodenverhältnisse aufweist (vgl. auch Feststellungen aus geologischer Sicht, S 30 des Bescheids, und Feststellungen aus forstfachlicher Sicht, S 76 des Bescheids). In Folge dessen ist der Bereich auch forstlich gesehen geringwüchsig und schwierig wiederzubewalden.

Dieser bis dato von der Bodenstruktur her völlig unberührte Lebensraum – die Vielzahl an Waldorchideen ist sichtbarer Beweis dafür – ist nach Stand des Wissens und der Fachliteratur aufgrund seiner sehr langen Entwicklungsdauer nicht wiederherstellbar. Der naturkundliche ASV stellt fest, dass die einem Naturzustand

entsprechenden Wuchsbedingungen auf der rekultivierten Deponie speziell für die am Waldboden wachsenden Orchideen erst ab ca. 160 Jahren vorliegen werden, während die Untergrundverhältnisse auf der neu entstehenden Deponieoberfläche überhaupt nie mehr so vorliegen werden, wie sie es derzeit sind.

U.a. gemäß Biotopwertliste zur Anwendung der Bayerischen Kompensationsverordnung (<https://www.stmuv.bayern.de/themen/naturschutz/eingriffe/doc/biotopwertliste.pdf>) gelten Biotoptypen ab einer Wiederherstellungsdauer von 26 Jahren bereits als „gering wiederherstellbar und nur schwer (langfristig)“ ersetzbar. Ab einer Dauer von 80 Jahren gelten Lebensräume als „äußerst bis sehr gering wiederherstellbar bzw. nicht bis schwer (langfristig)“ ersetzbar.

Auch wird in der Fachliteratur bei Biotopanlage- und Rekultivierungsmaßnahmen ab dafür nötigen Spannen von über 15 Jahren nicht mehr von planbaren Zeiträumen gesprochen (zusammengefasst u.a. in <https://www.bfn.de/daten-und-fakten/regenerierbarkeit-der-biotoptypen-deutschland>).

Vor diesem Hintergrund muss der an mehreren Stellen auch vom Fachgutachter angeführte Begriff „vorübergehend“ in Zusammenhang mit auftretenden Belastungen, insbesondere der Schutzgutes Lebensraum heimischer Pflanzen und Vogelarten (was so auch von der Behörde übernommen wurde), jedenfalls bestritten werden. Vielmehr wird – aufgrund der angenommen Zeiträume in quasi jedem projektsbedingten Zusammenhang (zumindest 20 Jahre Schüttung und mehrjährige Rekultivierungsphase) – von langfristigen, wenn nicht gar dauerhaft vorliegenden Beeinträchtigungen ausgegangen.

Die versuchte Relativierung, wonach die starken Beeinträchtigungen der Schutzgüter in maßgeblichem Ausmaß nur „vorübergehend“ vorliegen würden, ist daher fachlich aufgrund des berührten Lebensraumtyps nicht haltbar.

In einer Interessensabwägung in Zusammenhang mit der Erteilung einer artenschutzrechtlichen Ausnahmegenehmigung müssten diese schwerwiegenden Belastung der Naturschutzgüter jedenfalls Berücksichtigung finden. Gleichsam muss diese auch in Zusammenhang mit der Prüfung „öffentlicher Interessen“ im Sinne der Bestimmungen des AWG 2002 und des Forstgesetzes 1975 im konzentrierten abfallrechtlichen Verfahren als dem Vorhaben gegenläufige öffentliche Interessen gewürdigt werden, schließlich liegt der Natur- und Landschaftsschutz jedenfalls im öffentlichen Interesse. Dies ist aus Sicht des Landesumweltanwalts von der belangten Behörde nicht in ausreichendem Maße erfolgt, da diese dabei im Wesentlichen nur vorübergehende Belastungen des Landschaftsbildes iZm „sonstigen öffentliche Interessen“ im Sinne des § 43 Abs. 1 Z 6 AWG 2002 anerkennt.

c.3 Vorliegen anderer zufriedenstellender Lösungen

Sowohl in Folge des offenen Deponievolumens im Einzugsgebiets, als auch den gutachterlichen Feststellungen des naturkundefachlichen ASV zur Alternativenprüfung muss davon ausgegangen werden, dass Bodenaushub im relevanten Einzugsgebiet sowohl auf bestehenden Deponien untergebracht werden kann, als auch Flächen für die Errichtung und den Betrieb einer Deponie mit deutlich geringeren nachteiligen Auswirkungen auf die Naturschutzinteressen und geschützten Arten vorliegen. Gemäß Stellungnahme des naturkundefachlichem ASV vom 07.03.2023 wären, *„sollten Flächen der Gemeinden von Nassereith und Biberwier zur ggstl. geplanten Eingriffsfläche für Alternativen herangezogen werden, dann jedenfalls landschaftlich wenig einsehbare Freiflächen mit geringem ökologischen Wert, gestörte Ruderalflächen oder auch naturferne Waldflächen mit geringer Einsehbarkeit vorzuziehen. Derartige Flächen finden sich sowohl im Bereich von Biberwier als auch Nassereith“*.

Es ist daher klar vom Vorliegen „anderer zufriedenstellender Lösungen“ iSd Bestimmungen für die Genehmigung von Ausnahmen von artenschutzrechtlichen Verboten ausgegangen, was einen Versagungsgrund für das gegenständliche Vorhaben unter diesem Gesichtspunkt darstellt.

Aufgrund der verfehlten Ansicht der Behörde, wonach eine Ausnahme von artenschutzrechtlichen Verboten nicht erforderlich wäre, hat sie sich mit diesem Aspekt nicht weiter befasst.

V. Fazit

Der Landesumweltanwalt geht zusammengefasst von einer fehlerhaften Beurteilung des Sachverhalts durch die belangte Behörde aus. Diese hätte bei korrekter Beurteilung zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass zumindest eine Verwirklichung artenschutzrechtlicher Verbote gemäß TNSchVO 2006 vorliegt.

In Folge dessen besteht – auch der Argumentation der belangten Behörde folgend – eine bindende Wirkung durch die Erkenntnis des LVwG Tirol vom 12.11.2020, Zl. LVwG-2019/15/2069-29, wonach die Genehmigung einer Ausnahme vom artenschutzrechtlichen Verbot gemäß TNSchVO 2006 erneut zu versagen gewesen wäre.

Darüber hinaus hätte die belangte Behörde für ihre Entscheidung unter Mitwirkung des TNSchG 2005 eine Bedarfsprüfung durchführen müssen und im Rahmen der Interessensabwägung bzw. spätestens bei der Alternativenprüfung – aus den angeführten Gründen – zu dem Schluss kommen müssen, dass das Ansuchen um Errichtung und Betrieb der Bodenaushubdeponie zu versagen wäre.

Aus den genannten Gründen stellt der Landesumweltanwalt daher folgende

Anträge:

Das Landesverwaltungsgericht möge

1. dieser Beschwerde Folge geben, den Bescheid beheben und das Ansuchen um abfallwirtschaftsrechtliche Bewilligung aufgrund Vorliegens einer entschiedenen Sache zurückweisen

in eventu

2. dieser Beschwerde Folge geben, den Bescheid beheben und die abfallwirtschaftsrechtliche Bewilligung versagen,

in eventu

3. das erstinstanzliche Ermittlungsverfahren entsprechend ergänzen und in der Sache entscheiden

Des Weiteren wird der Antrag gestellt, das Landesverwaltungsgericht möge gemäß § 24 VwGVG eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen.

Mit freundlichen Grüßen

Der Landesumweltanwalt

Mag. Johannes KOSTENZER