



Ermessen im starkstromwegerechtlichen Bau- und Betriebsbewilligungsverfahren

Zugleich ein Beitrag über die Grundzüge des österreichischen Starkstromwegerechts

Matthias Zußner*, Universität Graz

Kurztext: Der vorliegende Beitrag analysiert die Reichweite behördlicher Entscheidungsspielräume im Rahmen des Bau- und Betriebsbewilligungsverfahrens von Leitungsanlagen für Starkstrom und bindet ein praxisrelevantes Problemfeld an die klassische Ermessenslehre an. Da eine vorausschauende staatliche Starkstromwegeplanung weitgehend fehlt, wird entgegen der Rechtsprechung des VwGH für ein funktionell-rechtlich begründetes Ermessen der Behörde bei der tatbestandsbezogenen Beurteilung des „öffentlichen Versorgungsinteresses“ im starkstromwegerechtlichen Bau- und Betriebsbewilligungsverfahren plädiert.

Schlagworte: Starkstromwegerecht; starkstromwegerechtliches Bau- und Betriebsbewilligungsverfahren; Leitungsanlagen für Starkstrom; Kompetenzverteilung; Verwaltungsermessen.

I. Problemstellung und Gang der Untersuchung

Strom ist nur begrenzt speicherbar bzw lässt sich aus physikalischer Sicht ohne die Umwandlung in eine andere Energieform gar nicht speichern.¹ Vor diesem Hintergrund ist jede moderne Gesellschaft auf eine leitungsgebundene Stromversorgung angewiesen.² In einem differenzierten Netzsystem wird Strom auf unterschiedlichen Spannungsebenen übertragen.³ Um die Stromverluste bei der Netzübertragung möglichst gering zu halten, werden gerade beim Transport hoher

* Mag. Matthias Zußner ist Projektmitarbeiter am Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft der Universität Graz. Der vorliegende Beitrag stellt die überarbeitete Schriftfassung eines Vortrages dar, den der Verfasser am 22. 10. 2015 im Rahmen der interuniversitären Lehrveranstaltung „Das Recht der Großinfrastrukturprojekte“ in den Räumlichkeiten des Frankfurter Büros der Rechtsanwaltssozietät Hogan Lovells gehalten hat. Den Lehrveranstaltungsleitern, Univ.-Prof. Dr. Stefan Storr (Universität Graz) und Univ.-Prof. Dr. Josef Ruthig (Johannes Gutenberg-Universität Mainz) möchte der Verfasser an dieser Stelle herzlich für die anregende Diskussion im Anschluss an das Referat danken. Dank gebührt auch Mag. Daniel Heitzmann (Universität Graz) für weiterführende Gespräche im Zusammenhang mit dem österreichischen Starkstromwegerecht, das einen Schwerpunkt seiner aktuellen Forschung bildet, sowie Mag. Meinhardt Schweditsch (Universität Graz) für die rasche, aber umsichtige Durchsicht des Manuskripts.

1 Pelte, Die Zukunft unserer Energieversorgung (2010) 221 ff; Lindermuth, Die Planung der Netze im Elektrizitätsrecht. Die Steuerung von Netzinvestitionen als Voraussetzung der Energiewende und der Energieunion (2015) 9, 11.

2 Neubauer/Onz/Mendel, Starkstromwegerecht (2010) § 7 StWG Rz 28. Strom gilt als „Schlüsselinfrastruktur“ moderner Gesellschaften; dazu Unger, Bundesinnenministerium: Nationale Sicherung kritischer Energieinfrastrukturen, in Braml et al (Hrsg), Weltverträgliche Energiesicherheitspolitik (2008) 71 (71 ff).

3 Lindermuth, Netzplanung 10.

Übertragungsleistungen über weite Entfernungen Leitungen auf Hoch- und Höchstspannungsebene betrieben. Diese dienen dann nicht nur dem Anschluss von Großkraftwerken und der Versorgung von Großraumgebieten, sondern zunehmend auch den Verbundnetzen für den überregionalen und europaweiten Stromtransit, insb der Anbindung abgelegener, aber standortgebundener Erzeugungskapazitäten.⁴ Die Tendenz geht überhaupt dahin, dass „Strom [...] nicht mehr vorwiegend dort erzeugt [wird], wo er auch verbraucht wird“.⁵

Indes liegt die politische Dimension leistungsfähiger Leitungsanlagen für Starkstrom auf der Hand: Nur dort, wo eine zuverlässige und bedarfsgerechte Stromversorgung dauerhaft gewährleistet ist, etablieren sich bedeutende Wirtschafts- und Industriestandorte.⁶ Geradezu evident ist damit auch der Einfluss, den Starkstromwege mittelbar auf die Entwicklung von Ballungszentren und Besiedlungsstrukturen nehmen. Voraussetzungsgemäß nehmen Starkstromwege aber auch Raum in Anspruch, ein allfälliger energiepolitischer Bedarf an elektrischen Leitungsanlagen für Starkstrom muss also immer erst mit entgegenstehenden Raumnutzungsansprüchen abgestimmt werden.⁷ Nun sind Stromfreileitungen zwar zumeist, Erdverkabelungen nahezu immer, mit anderen Widmungsarten des Raumordnungsrechts kompatibel.⁸ Dafür konfliktieren elektrische Leitungsanlagen für Starkstrom aber regelmäßig mit einer Vielzahl an weiteren öffentlichen oder privaten Interessen.⁹ Neben der Beeinträchtigung des Landschaftsbildes und der Umwelt, sind es vor allem die Interessen an einer geordneten Siedlungsentwicklung oder an einem ausreichenden Schutz der Nachbarn, die bei der Planung und Errichtung von Starkstromwegen eine Rolle spielen.¹⁰ Flankierend können nicht nur die für die Trassenführung notwendigen Rechte (insb Leitungsrechte), sondern gegebenenfalls auch die entsprechenden Bodenflächen zwangsweise in Anspruch genommen werden.¹¹

Energiepolitik, Raumplanung, Interessenskonflikte, Individualrechtsschutz – schon ein erster Blick auf die Thematik lässt erkennen, wie viele Dimensionen und welches Konfliktpotential Planung, Errichtung und Inbetriebnahme von elektrischen Leitungsanlagen für Starkstrom in sich vereinigen. Das soll Anlass dazu geben, aufbauend auf einer Darstellung des allgemeinen Rechtsrahmens des österreichischen Starkstromwegerechts (Kapitel II.) zunächst die Vollzugsspielräume der Behörde im starkstromwegerechtlichen Bau- und Betriebsbewilligungsverfahren näher zu beleuchten (Kapitel III.) und anschließend – vor dem Hintergrund des Art 130 Abs 3 B-VG – auf ihre Beanstandungsresistenz hin in einem nachgelagerten Bescheidbeschwerdeverfahren vor den VwG erster Instanz zu hinterfragen (Kapitel IV.).

4 Aus der österreichischen Literatur *Schulev-Steindl*, Die Verantwortung des Staates bei der Energiewende, RdU 2014, 90 (97); *Lindermuth*, Netzplanung 10; aus der deutschen Literatur *Hermes*, Planung von Erzeugungsanlagen und Transportnetzen, in *J. Schneider/Theobald* (Hrsg), Recht der Energiewirtschaft⁴ (2013) § 7 Rz 2.

5 *Schulev-Steindl*, RdU 2014, 97.

6 Dazu und zum Folgenden *Berka*, Starkstromwegeplanung und örtliches Bau- und Raumordnungsrecht. Zu den raumordnungsrechtlichen und baurechtlichen Zuständigkeiten bei überregionalen Starkstromwegen, ZfV 2006, 318 (318 ff); *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 28.

7 *Berka*, ZfV 2006, 320; vgl auch *Hermes* in *J. Schneider/Theobald* § 7 Rz 19.

8 *Berka*, ZfV 2006, 323.

9 Dazu und zum Folgenden *Berka*, ZfV 2006, 319; vgl auch *Hermes* in *J. Schneider/Theobald* § 7 Rz 1.

10 *Berka*, ZfV 2006, 319.

11 ZB §§ 11 ff und 18 ff Starkstromwegegesetz 1968 (StWG 1968), BGBl 70/1968 (zuletzt BGBl I 112/2003); *Lindner*, Starkstromwege, in *Energieinstitut an der Johannes Kepler Universität Linz* (Hrsg), Beiträge zum Elektrizitätsrecht (2009) 219 (235 ff); *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 47.

II. Der Rechtsrahmen der Starkstromwegeplanung im Überblick

A. Eine zersplitterte Kompetenzrechtslage als Ausgangspunkt der Untersuchung

Starkstromwegerecht bezeichnet, noch ganz allgemein gesprochen, das Anlagenrecht für das Netz elektrischer Leitungsanlagen für Starkstrom einschließlich bestimmter Nebenanlagen.¹² Dieses ist nach der allgemeinen Kompetenzverteilung in Gesetzgebung und Vollziehung zwischen Bund und Ländern geteilt.¹³ Bundessache in Gesetzgebung und Vollziehung sind nur länderübergreifende Starkstromwege.¹⁴ Die Regelungskompetenz hinsichtlich der Errichtung von elektrischen Leitungsanlagen für Starkstrom, die sich auf nur ein Bundesland erstrecken, kommt dem Bund nur zur Regelung der Gesetzgebung über die Grundsätze zu, die Länder haben in dem durch das Bundesgrundsatzgesetz vorgegebenen Rahmen die näheren Bestimmungen durch Ausführungsgesetze zu erlassen und diese dann auch zu vollziehen.¹⁵ Die dargestellte Kompetenzrechtslage erweckt vorschnell den Eindruck, das Starkstromwegerecht sei ein äußerst länderfreundliches Kompetenzfeld. Der Bund hat aber gerade in sehr starkem Umfang von seiner Kompetenz zur Regelung der Grundsätze betreffend elektrische Leitungsanlagen für Starkstrom, die sich *nicht* auf zwei oder mehrere Bundesländer erstrecken, Gebrauch genommen.¹⁶ In der Tat entsprechen die Ausführungsgesetze der Länder¹⁷ folglich weitgehend, großteils sogar wörtlich, den Bestimmungen des StarkstromwegeG des Bundes (StWG 1968¹⁸).¹⁹ Länderfreundlich bleibt das Starkstromwegerecht damit im Ergebnis nur, was die Aufteilung der Vollziehungskompetenzen zwischen Bund und Ländern betrifft.²⁰

Zentraler Regelungsgegenstand des Starkstromwegerechts sind wie gezeigt die Bau- und Betriebsbewilligungsvoraussetzungen für elektrische Leitungsanlagen für Starkstrom einschließlich bestimmter Nebenanlagen. Wie bereits eingangs festgestellt wurde, benötigen Bestand und Verlauf von Stromleitungen aber voraussetzungsgemäß auch Platz.²¹ Der Kompetenztatbestand Starkstromwegerecht umfasst daher nicht nur das Anlagenrecht elektrischer Leitungen. Vielmehr

12 Vorwort zu *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht; vgl auch *B. Raschauer*, Handbuch Energierecht (2005) 56. Das Starkstromwegerecht hat sich aus dem Gewerberecht heraus entwickelt; dazu *Reibersdorfer-Köller*, Das Österreichische Starkstromwegerecht. Dissertation Universität Graz (1991) 2 ff.

13 Dazu und zum Folgenden *Reibersdorfer-Köller*, Starkstromwegerecht 18 ff; *Berka*, ZfV 2006, 319; *A. Hauer*, Starkstromwegeplanung, in *ders/Nußbaumer* (Hrsg), Österreichisches Raum- und Fachplanungsrecht (2006) 303 (303 ff); *B. Raschauer*, Energierecht 55 f; vgl auch *Mayer*, Rechtsfragen der Verbundwirtschaft, *ecolox* 1996, 45 (bei FN 21).

14 Art 10 Abs 1 Z 10 B-VG; *Mayer/Muzak*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁵ (2015) Art 10 B-VG Anm I.10. Nach der Judikatur des VfGH erfasst der Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 10 B-VG nur „überregionale Leitungsanlagen“ (VfSlg 19.456/2011).

15 Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG; *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 1 StWG Rz 4. Allgemein zum Kompetenztatbestand des Art 12 B-VG *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹¹ (2015) Rz 266 ff; *Mayer/Muzak*, B-VG⁵ Vorbemerkung zu Art 12 B-VG.

16 BG vom 6. 2. 1968 über elektrische Leitungsanlagen, die sich nicht auf zwei oder mehrere Bundesländer erstrecken (im Folgenden kurz: StWGG), BGBl 71/1968 (zuletzt BGBl I 112/2003).

17 Im Folgenden werden nur die Kurztitel wiedergegeben: Bgld Starkstromwegegesetz, LGBl 10/1971 (zuletzt LGBl 79/2013); Kärntner Elektrizitätsgesetz (K-EG), LGBl 47/1969 (LGBl zuletzt 85/2013); NÖ Starkstromwegegesetz, LGBl 7810-0 (zuletzt LGBl 7810-4); Oö Starkstromwegegesetz 1970, LGBl 1/1971 (zuletzt LGBl 90/2013); §§ 52 ff des Salzburger Landeselektrizitätsgesetzes 1999 ([Salzburger] LEG), wv LGBl 75/1999 (zuletzt LGBl 73/2014); Steiermärkisches Starkstromwegegesetz 1971, LGBl 14/1971 (zuletzt LGBl 25/2007); Tiroler Starkstromwegegesetz 1969, LGBl 11/1970 (zuletzt LGBl 148/2014); [Vorarlberger] Starkstromwegegesetz ([Vorarlberger] StWG), LGBl 22/1978 (zuletzt LGBl 44/2013); Wiener Starkstromwegegesetz 1969, LGBl 37/1999 (zuletzt LGBl 35/2013).

18 BGBl 70/1968 (zuletzt BGBl I 112/2003).

19 Für diesen Befund *B. Raschauer*, Energierecht 56 („mit weitgehend parallelen Bestimmungen“); *Pirstner-Ebner*, Energierecht, in *Poier/Wieser* (Hrsg), Steiermärkisches Landesrecht. Band 3: Besonderes Verwaltungsrecht (2010) 479 (496); *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 1 StWG Rz 6.

20 Vgl *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 1 StWG Rz 4.

21 Siehe oben Kapitel I.

geht schon von Verfassungswegen mit der Kompetenz in Starkstromwegerechtssachen auch die Zuständigkeit zum Erlass entsprechender raumordnungsrechtlicher Maßnahmen einher (sog Fachplanungskompetenz).²² Aufgrund der Generalzuständigkeit der Länder in raumordnungsrechtlichen Belangen²³ profitiert davon im Ergebnis nur der Bund, soweit seine starkstromwegerechtlichen Zuständigkeiten reichen; die Länder verfügen ja in den Belangen des Raumordnungsrechts ohnehin über eine allgemeine Raumordnungskompetenz nach Art 15 Abs 1 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG²⁴). Soweit die Grundsatzgesetzgebung des Bundes den Ländern Spielraum dahingehend belässt, ihre Fachplanungskompetenz betreffend landesinterner Starkstromwege im Rahmen der Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung auszuüben, tritt sie einfach neben die „eigentliche [dh allgemeine] Raumordnungskompetenz“ der Länder.²⁵

B. Koordinationsbedarf bei der Starkstromwegeplanung

Wie dargestellt, sind schon die Zuständigkeiten im Starkstromwegerecht zwischen Bund und Ländern geteilt.²⁶ Nun kann der Lebenssachverhalt von elektrischen Leitungsanlagen aber offenkundig nicht nur unter starkstromwegerechtlichen, sondern etwa auch unter naturschutzrechtlichen, forstrechtlichen oder verkehrsrechtlichen Gesichtspunkten geregelt werden.²⁷ Aus der „zersplitterten und kleinräumig parzellierten“²⁸ Kompetenzverteilung des B-VG folgt vor diesem Hintergrund, dass – bei entsprechender Kumulation von Zuständigkeiten unterschiedlicher Behörden²⁹ – oftmals zur Verwirklichung nur eines einzigen Starkstromweges im Einzelfall gleich mehrere Bewilligungsverfahren geführt werden müssen.³⁰ Eine Ausnahme besteht nur insoweit, als das geplante starkstromwegerechtliche Bewilligungsverfahren der Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung unterworfen ist.³¹ Denn die UVP-Behörde vollzieht im Rahmen ihrer örtlichen Zuständigkeit alle einschlägigen Materiengesetze und hat daher ggf auch die starkstromwegerechtlichen Bestimmungen mitanzuwenden.³² Nun statuiert die Bundesverfassung zwar Kompetenzausübungsschranken in Form von wechselseitigen Rücksichtnahmepflichten zwischen den Gebietskörperschaften, die nicht nur den Gesetzgeber, sondern, gerade was raumordnungsrechtliche Belange betrifft, gleichermaßen die Vollziehung binden (sog Berück-

22 Aus der Judikatur VfSlg 19.456/2011; aus der Literatur *Berka*, ZfV 2006, 318; *Lienbacher*, Raumordnungsrecht, in *Bachmann et al* (Hrsg), *Besonderes Verwaltungsrecht*⁸ (2010) 433 (458); *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 126, 128.

23 Grundlegend VfSlg 2674/1954; *Lienbacher* in *Bachmann et al* 458; *F. Herbst*, Raumordnungsrecht, in *Poier/Wieser* (Hrsg), *Steiermärkisches Landesrecht. Band 3: Besonderes Verwaltungsrecht* (2010) 193 (199).

24 Bundes-Verfassungsgesetz idF von 1929, wv BGBl I/1930 (zuletzt BGBl I 102/2014).

25 *Lienbacher* in *Bachmann et al* 458; vgl auch *F. Herbst* in *Poier/Wieser* 199.

26 Siehe oben Kapitel II.A.

27 Zur Gesichtspunktetheorie allgemein *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 297; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 270, 280 ff.

28 *Berka*, ZfV 2006, 319. Siehe dazu auch *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 297; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 270.

29 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 280.

30 *Berka*, ZfV 2006, 319; *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 3 StWG Rz 17 ff, 21 ff, 24 f.

31 Eine solche UVP-Pflicht nach dem 2. Abschnitt des Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetzes 2000 (UVP-G 2000), BGBl 697/1993 (zuletzt BGBl I 14/2014) besteht nach Anhang 1 Z 16 lit a UVP-G 2000 bei Starkstromfreileitungen mit einer Nennspannung von mindestens 220 kV und einer Leitungslänge von mindestens 15 km bzw nach Anhang 1 Z 16 lit b UVP-G bei Nennspannung von mindestens 110 kV und mindestens 20 km Leitungslänge in schutzwürdigen Gebieten der Kategorien A und B. Siehe dazu *B. Raschauer*, *Energierrecht* 56; *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 11, 14; *Lindermuth*, *Netzplanung* 199 (FN 873).

32 *Berka*, ZfV 2006, 327.

sichtigungsgebot).³³ Es liegt aber auf der Hand, dass gerade bei der Starkstromwegeplanung ein über diese wechselseitigen Rücksichtnahmepflichten hinausgehender Koordinationsbedarf zwischen den betroffenen Gesetzgebungs- und Planungsautoritäten besteht.³⁴

Verstärkt wird dieser Koordinationsbedarf schließlich durch eine Grundsatzentscheidung des österreichischen Starkstromwegerechts, keine vorausschauende, originär staatliche Starkstromwegeplanung vorzusehen, sondern den genauen Verlauf der Starkstromwegetrassen erst im Rahmen individueller Bau- und Betriebsgenehmigungsverfahren festzulegen.³⁵ Gegenstand eines solchen Verfahrens ist das einzelne Projekt, die Planungsinitiative bleibt nach dieser Regelungssystematik bei den Elektrizitätsnetzbetreibern.³⁶ Raumplanerische Momente einfließen zu lassen oder das Vorliegen eines spezifischen Elektrizitätswirtschaftlichen Interesses an der konkreten Trassenführung zu prüfen, ist der zuständigen Behörde damit im Starkstromwegerecht erst im Rahmen der Erledigung eines eingebrachten Bau- und Betriebsbewilligungsantrages möglich.³⁷ Das war solange kein Problem, als die Elektrizitätsunternehmen als Elektrizitätsnetzbetreiber noch unter staatlicher Kuratel standen.³⁸ Denn neben der politischen oder zivilrechtlichen Koordinierung der Elektrizitätsnetzbetreiber bedurfte es keines weiteren rechtlichen Ordnungsrahmens für die Lenkung und Planung von Netzinvestitionen und Netzausbau.³⁹ Neuer Koordinationsbedarf entstand erst, nachdem der bisherige Ordnungsrahmen mit der Markttöffnung der Elektrizitätswirtschaft und der Trennung von Netzbetreibern und Erzeugern seine Steuerungskraft verloren hatte und notwendige Netzinvestitionsmaßnahmen insb aus wirtschaftlichen Gründen unterblieben waren.⁴⁰

C. Nationaler und europäischer Ordnungsrahmen

Der Ordnungsrahmen der Netzinvestitionsplanung, wie wir ihn heute kennen, schafft die erforderliche Koordination sowohl auf nationaler wie auch auf unionaler Ebene.⁴¹ Auf nationaler Ebene müssen die Übertragungsnetzbetreiber⁴² der nationalen Regulierungsbehörde jedes Jahr einen zehnjährigen Netzentwicklungsplan für das Übertragungsnetz zur Genehmigung vorlegen,⁴³ den

33 Lienbacher in Bachmann et al 458 f; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 287 f; Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 298, auch mit einer kritischen Anmerkung. Entwickelt wurde die Rücksichtnahmepflicht einer Gebietskörperschaft auf die Interessen der gegenbeteiligten Gebietskörperschaften in der Judikatur des VfGH (grundlegend VfSlg 8831/1980; siehe auch VfSlg 10.306/1984; 15.281/1998; 17.854/2006; 18.096/2007; 19.434/2011). In seiner früheren Judikatur ging der VfGH noch nicht von einer Pflicht, sondern nur von einem Recht aus, die Interessen der gegenbeteiligten Gebietskörperschaften zu berücksichtigen (VfSlg 3163/1957; 7138/1973).

34 IdS auch Neubauer/Onz/Mendel, Starkstromwegerecht § 1 StWG Rz 4; vgl B. Raschauer, Energierecht 56 f.

35 A. Hauer in ders/Nußbaumer 304; Berka, ZfV 2006, 323.

36 A. Hauer in ders/Nußbaumer 304.

37 A. Hauer in ders/Nußbaumer 304.

38 Lindermuth, Netzplanung 36 ff, insb 40 f und 54.

39 Fremuth, Aktueller Überblick und Entwicklungstendenzen, in FS Wenger (1983) 755 (760 f); Lindermuth, Netzplanung 38 f, insb 40.

40 Eingehend Lindermuth, Netzplanung 36 ff, insb 42, und 54 ff.

41 Lindermuth, Netzplanung 63 ff, 97 ff.

42 Sog Übertragungsnetzbetreiber sind nach der Legaldefinition des § 7 Z 70 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 (ElWOG 2010), BGBl I 110/2010 (zuletzt BGBl I 174/2013), entweder natürliche oder juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, die verantwortlich für den Betrieb, die Wartung sowie erforderlichenfalls den Ausbau des Übertragungsnetzes und gegebenenfalls der Verbindungsleitungen zu anderen Netzen sowie für die Sicherstellung der langfristigen Fähigkeit des Netzes sind, eine angemessene Nachfrage nach Übertragung von Elektrizität zu befriedigen. Übertragungsnetzbetreiber sind die Verbund-Austrian Power Grid AG, die TIWAG-Netz AG und die VKW-Übertragungsnetz AG.

43 Das nationale Netzinvestitionsplanungsregime beruht auf unionalen Vorgaben; dazu Lindermuth, Netzplanung 97 ff.

die Regulierungsbehörde mit Bescheid genehmigt⁴⁴ und der von den Übertragungsnetzbetreibern verpflichtend umzusetzen ist.⁴⁵ Auf unionaler Ebene existiert flankierend eine Liste sog „Vorhaben von gemeinsamem Interesse“ (engl *Projects of Common Interest – PCI*), die als Anhang zur TEN-E-VO⁴⁶ im EU-Verordnungsrang steht.⁴⁷ Genehmigungsvorhaben, die für Vorhaben von gemeinsamem Interesse erforderlich sind, werden auf nationaler Ebene von der sog Energie-Infrastrukturbehörde koordiniert,⁴⁸ soweit diese nach dem Recht eines Mitgliedstaates nicht selbst Genehmigungsbehörde ist.⁴⁹ Alle betroffenen Behörden haben die Genehmigungsanträge für PCI außerdem prioritär zu behandeln,⁵⁰ für eine effiziente Durchführung der Verfahren zu sorgen und die Verfahren auch in einer bestimmten Zeit abzuschließen.⁵¹

Die bescheidförmige Genehmigung des Netzentwicklungsplans und die Aufnahme in die Unionsliste der PCI substituieren zwar das anlagenrechtliche Genehmigungsverfahren für Starkstromwege einschließlich der einzelfallbezogenen Festlegung des konkreten Trassenverlaufs nicht,⁵² mag der (partielle) Verlauf des einzureichenden Projektes auch im Einzelfall aufgrund der topographischen Gegebenheiten und der Leitungslänge bereits faktisch vorgegeben sein.⁵³ Jedenfalls entfalten aber sowohl die Genehmigung des Netzentwicklungsplans als auch die Aufnahme in die PCI-Liste Wechselwirkungen für die materiell-rechtliche Bewertung des Bewilligungsantrages durch die Starkstromwegerechtsbehörde im nachgelagerten anlagerechtlichen Projektgenehmigungsverfahren: Denn einerseits gelten Vorhaben von gemeinsamem Interesse schon kraft Art 7 TEN-E-VO als in einem öffentlichen, energiepolitischen Interesse gelegen⁵⁴ und spricht kraft Genehmigungsvoraussetzungen des Netzentwicklungsplans andererseits auch der Genehmigungsbescheid der Regulierungsbehörde für das Vorliegen eines öffentlichen, energiepolitischen Interesses an jenen Projektvorhaben, die im Netzentwicklungsplan enthalten sind.⁵⁵

44 § 38 ElWOG 2010; *Storr*, Investitionsverpflichtung auf Anforderung. Netzausbau in der Energiewirtschaft, in *ders* (Hrsg), Neue Impulse für die Energiewirtschaft. Reform des Energierechts (2012) 73 (90); *Micheler* in *Hauenschild et al* (Hrsg), ElWOG – Kommentar² (2013) Anm zu § 37.

45 § 37 Abs 1 ElWOG 2010; *Storr* in *ders* 80 f; *Lindermuth*, Netzplanung 142. Zu den unionsrechtlich vorgegebenen Sanktionen für die Netzbetreiber bei Nichteinhaltung der Netzentwicklungspläne und deren grundrechtlicher Bewertung siehe etwa *Schweditsch*, Kapazitätsengpässe und Netzzugang, in *Rensmann/Storr* (Hrsg), Die Energiewende im rechtlichen Mehrebenensystem. Regionale, nationale und internationale Herausforderungen (2015) 145.

46 VO (EU) 347/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur und zur Aufhebung der Entscheidung 1364/2006/EG und zur Änderung der Verordnungen (EG) 713/2009, (EG) 714/2009 und (EG) 715/2009, ABl L 115, 39 (im Folgenden kurz: TEN-E-VO).

47 Art 3 Abs 4 TEN-E-VO; vgl auch *Schulev-Steindl*, RdU 2014, 97. Zur TEN-E-VO im Allgemeinen und den Vorhaben von gemeinsamem Interesse im Speziellen *Heitzmann*, Transeuropäische Netze: Staatliche Planung im österreichischen Starkstromwegerecht, ALJ 1/2016, 1 (Kap. II. und insb Kap II.C.).

48 Art 8 Abs 1 TEN-E-VO.

49 Vgl in diesem Zusammenhang den vorgeschlagenen § 12 des Ministerialentwurfs eines Energieinfrastrukturgesetzes (88/ME 25. GP).

50 Art 3 Abs 7 letzter Satz TEN-E-VO.

51 Art 10 TEN-E-VO.

52 Zur TEN-E-VO siehe Art 7-10 TEN-E-VO; *Schulev-Steindl*, RdU 2014, 97; zum Netzentwicklungsplan *Lindermuth*, Netzplanung 198 f („anschließenden anlagerechtlichen Genehmigungsverfahren“), 200.

53 *Lindermuth*, Netzplanung 200; vgl auch *Karbiner/Krennmayr*, Gaswirtschaftliche Planung, in *A. Hauer/Nußbaumer* (Hrsg), Österreichisches Raum- und Fachplanungsrecht (2006) 273 (278).

54 Dazu auch *Schulev-Steindl*, RdU 2014, 97, 99.

55 IdS auch *Lindermuth*, Netzplanung 200 f: „Ist das im starkstromwegerechtlichen Verfahren eingereichte Projekt im Netzentwicklungsplan enthalten, attestiert die Genehmigung die Übereinstimmung mit den gesetzlichen Zielen der technischen Notwendigkeit, Angemessenheit und Wirtschaftlichkeit. Ist ein Netzinvestition aber technisch notwendig, dient sie auch dem öffentlichen Interesse der Versorgungssicherheit.“ Siehe in diesem Zusammen-

III. Das starkstromwegerechtliche Bewilligungsverfahren

Das starkstromwegerechtliche Genehmigungsverfahren ist ein Projektgenehmigungsverfahren und als antragsbedürftiger Verwaltungsakt konzipiert.⁵⁶ Errichtung und Inbetriebnahme von elektrischen Leitungsanlagen für Starkstrom bedürfen also erst der Bewilligung durch die Behörde im Einzelfall. Das gilt für bundesländerübergreifende Starkstromwege genauso wie für Starkstromwege, die auf dem Gebiet nur eines Bundeslandes verlaufen.⁵⁷ Die folgenden Ausführungen können aufgrund der nahezu gänzlichen Übereinstimmung⁵⁸ der einschlägigen Bewilligungstatbestände der StarkstromwegeG des Bundes und der Länder allgemein gehalten werden. Umgekehrt lassen sich auch Judikatur und Literatur wechselseitig heranziehen.⁵⁹

Die Starkstromwegerechtsbehörde *hat* die Bau- und Betriebsbewilligung sowohl nach Bundesrechtslage als auch nach Länderrechtslage zu erteilen, wenn die elektrische Leitungsanlage dem öffentlichen Interesse an der Versorgung der Bevölkerung oder eines Teiles derselben mit elektrischer Energie nicht widerspricht.⁶⁰ In der Bewilligung hat die Behörde *durch Auflagen zu bewirken*, daß die elektrischen Leitungsanlagen diesen Voraussetzungen entsprechen. *Dabei* hat eine Abstimmung mit den bereits vorhandenen oder bewilligten anderen Energieversorgungseinrichtungen und mit den Erfordernissen der Landeskultur, des Forstwesens, der Wildbach- und Lawinenverbauung, der Raumplanung, des Natur- und Denkmalschutzes, der Wasserwirtschaft und des Wasserrechtes, des öffentlichen Verkehrs, der sonstigen öffentlichen Versorgung, der Landesverteidigung, der Sicherheit des Luftraumes und des Dienstnehmerschutzes⁶¹ zu erfolgen. Nur für Vorarlberg ist nach § 7 Abs 2 [Vorarlberger] StWG über die Abstimmung mit den zuletzt genannten Interessen (durch Auflagen) auch eine Abstimmung mit den durch die Leitungsanlage berührten privaten Interessen (ebenfalls durch Auflagen) angeordnet, sofern dadurch die Beeinträchtigung von Grundstücken verringert und das Bauvorhaben nicht wesentlich erschwert werden, es sei denn, dass der betroffene Grundeigentümer der Inanspruchnahme seines Grundstückes bereits schriftlich zugestimmt hat.

hang auch die Genehmigungsvoraussetzungen nach § 38 EIWOG 2010; dazu *Micheler* in *Hauenschild et al* (Hrsg), EIWOG – Kommentar² (2013) Anm zu § 38.

56 Erst mit der Einbringung eines Antrages wird das Bau- und Betriebsbewilligungsverfahren nach § 7 StWG anhängig. Siehe dazu VwGH 23. 2. 1999, 98/05/0196; 15. 10. 1991, 90/05/0214; VwSlg 15908 A/2002; A. Hauer in *ders/Nußbaumer* 305 und 306; *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 18.

57 Siehe dazu die Bundesbestimmung des § 3 Abs 1 StWG 1968 einerseits und andererseits, aufbauend auf die Grundsatzbestimmung des § 3 StWGG, die landesgesetzlichen Ausführungsbestimmungen der §§ 3 Abs 1 Bgld Starkstromwegegesetz, 3 Abs 1 K-EG, 3 Abs 1 NÖ Starkstromwegegesetz, 3 Abs 1 Öö Starkstromwegegesetz; 52 Abs 1 [Salzburger] LEG; 3 Abs 1 Steiermärkisches Starkstromwegegesetz 1971; 3 Abs 1 Tiroler Starkstromwegegesetz 1969; 3 Abs 1 [Vorarlberger] StWG; 3 Abs 1 Wiener StarkstromwegeG 1969.

58 Siehe dazu einerseits die Bundesbestimmung des § 7 Abs 1 StWG 1968 und andererseits, aufbauend auf die Grundsatzbestimmung des § 7 StWGG, die landesgesetzlichen Ausführungsbestimmungen der §§ 7 Abs 1 Bgld Starkstromwegegesetz, 7 Abs 1 K-EG, 7 Abs 1 NÖ Starkstromwegegesetz, 7 Abs 1 Öö Starkstromwegegesetz, 54 Abs 1 [Salzburger] LEG, 7 Abs 1 Steiermärkisches Starkstromwegegesetz 1971, 7 Abs 1 Tiroler Starkstromwegegesetz 1969, 7 Abs 1 und 2 [Vorarlberger] StWG, 7 Abs 1 Wiener Starkstromwegegesetz 1969.

59 Vgl *Pirstner-Ebner* in *Poier/Wieser* 496.

60 Dazu und zum Folgenden § 7 StWG 1968; *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 13.

61 § 7 Abs 1 K-EG spricht nicht von Dienstnehmerschutz sondern von *Arbeitnehmerschutz*.

A. Schritt 1: Prüfung des öffentlichen Versorgungsinteresses

Für die Bewilligungsfähigkeit des Projektes wird zunächst auf das Vorliegen eines entsprechenden öffentlichen Interesses an der Versorgung der Bevölkerung mit elektrischer Energie abgestellt.⁶² Die Behörde hat demnach in einem ersten Schritt zu prüfen, wie sich das zur Bewilligung eingereichte Projekt zum öffentlichen Versorgungsinteresse verhält.⁶³ Die gesetzlichen Bestimmungen des Starkstromwegerechts selbst enthalten keine nähere Definition des öffentlichen Versorgungsinteresses.⁶⁴ Doch berücksichtigt man die historische Interpretation, gewinnt der unbestimmt gehaltene Gesetzesbegriff schnell an Konturen. So liest man in den EB⁶⁵ zum StWG 1968, dass die Versorgung der Bevölkerung mit elektrischer Energie nicht nur ein Problem der Erzeugung, sondern auch ein Problem der Verteilung ist und sich daher „[d]as öffentliche Versorgungsinteresse der Bevölkerung in bezug auf die Versorgung der Bevölkerung mit elektrischer Energie [...] nicht nur auf den Bau von Stromerzeugungsanlagen, sondern auch auf die Schaffung der Möglichkeit [erstreckt], die erzeugte elektrische Energie an den Verbraucher heranzutragen“.

Strom soll also – zusammengefasst – nicht einfach nur ins Blaue hinein erzeugt werden, sondern letztlich auch beim Endverbraucher ankommen,⁶⁶ um seinem Energiebedarf zu dienen.⁶⁷ Das setzt wiederum den Bestand leistungsfähiger Verteiler- und Übertragungsnetze voraus (arg „Leitungsgebundenheit“).⁶⁸

Das konkrete Leitungsvorhaben muss also – in technischer Hinsicht – überhaupt in der Lage sein, Strom in zuverlässiger Weise und, was besonders hervorzuheben ist, gerade im bedarfsadäquaten Ausmaß zu transportieren.⁶⁹ Denn mit dem besonderen Zweck des Leitungsvorhabens, von der Nah-, über die Großraumversorgung bis hin zur Stromautobahn, verändern sich voraussetzungs-gemäß auch die Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit elektrischer Leitungsanlagen für Starkstrom. Das konkrete Leitungsvorhaben muss so angelegt sein, dass der Strom den Endverbraucher auch tatsächlich erreicht. Das kann letztlich aber nur dann der Fall sein, wenn sich die Verbraucher den – aus technischer Perspektive lieferbaren – Strom überhaupt leisten werden können.⁷⁰ In diesem Sinn judiziert auch der VwGH,⁷¹ dass das öffentliche Versorgungsinteresse der Bevölkerung oder eines Teile derselben mit elektrischer Energie nicht nur in einem Interesse an einer „ausreichenden,“ und „sicheren“, sondern auch in einem Interesse an einer „preiswerten“ Stromversorgung besteht. Im Ergebnis ähnlich definiert der Bundesgesetzgeber, zwar außerhalb des Starkstromwegerechts, aber immerhin als prioritäres Ziel der gesamten österreichischen Elektrizitätswirtschaft, dass „der österreichischen Bevölkerung und Wirtschaft *kostengünstige* Elektrizität in hoher Qualität zur Verfügung zu stellen [sei]“.⁷²

Nun sind die genannten Kriterien (ausreichend, sicher und preiswert) ihrerseits wieder (relativ) unbestimmt und können miteinander selbst in Widerspruch geraten; etwa weil sich eine höhere

62 Siehe dazu schon im Einzelnen die Nachweise in FN 58.

63 *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 15, 22.

64 IdS auch A. Hauer in *ders/Nußbaumer* 306: „Die gesetzlichen Genehmigungspunkte sind auslegungsbedürftig[.]“

65 ErläutRV 625 BlgNR 11. GP 10.

66 Vgl auch *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 28.

67 Zum Energiebedarf *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 28; dazu auch schon in Kapitel I.

68 Zur Leitungsgebundenheit der Stromverteilung, siehe Kapitel I.

69 *Reibersdorfer-Köller*, Starkstromwegerecht 26; *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG 48 ff.

70 Vgl auch *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 24.

71 VwGH 4. 3. 2008, 2005/05/0281.

72 § 3 Z 1 EIWOG 2010.

Qualität bei der technischen Stromverteilung auf die Verbraucherkosten auswirken kann und umgekehrt.⁷³ Aber gerade weil die Langfristigkeit der Energieinfrastrukturplanung⁷⁴ der Behörde bei der Beurteilung des öffentlichen Versorgungsinteresses auch abverlangt, ausgehend von der gegenwärtigen Versorgungsstruktur eine Energiebedarfsprognose anzustellen⁷⁵ – etwa, um das Entstehen versorgungsgefährdender Parallelstrukturen⁷⁶ oder die Realisierung von Projektvorhaben, die sich aus volkswirtschaftlicher Sicht nicht rentieren würden und daher eine preiswerte Stromversorgung nicht gewährleisten können, hintanzuhalten⁷⁷ –, braucht es im Starkstromwegerecht schon aus sachlichen Gründen gesetzlich angelegte Vollzugsspielräume der Starkstromwegerechtsbehörde, die, überspitzt formuliert, verhindern, dass der Rechtsstaat mittels überschießender Vorherbestimmung des Verwaltungshandelns am Ende „seine eigene Stilllegung [provoziert]“⁷⁸. Als Zwischenergebnis steht jedenfalls fest, dass die Erteilung einer Bau- und Betriebsbewilligung von elektrischen Leitungsanlagen für Starkstrom in einem ersten Schritt davon abhängt, ob das eingereichte Projekt einen *positiven* Beitrag für das öffentliche Versorgungsinteresse zu leisten vermag,⁷⁹ – zumindest nach Erteilung entsprechender Auflagen.⁸⁰ Ob dies der Fall ist, hat die Behörde anhand einer komplexen Abwägung festzustellen, in der nicht zuletzt auch Entwicklungstendenzen technischer und (volks-)wirtschaftlicher Art verarbeitet werden müssen.⁸¹

B. Schritt 2: Interessensabwägung auf Ebene des Individualrechtsschutzes

Steht ein positiver Beitrag des zur Bewilligung eingereichten Projektvorhabens zum öffentlichen Versorgungsinteresse außer Streit, hat die Behörde, bevor eine Genehmigung erteilt werden kann, in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob das öffentliche Versorgungsinteresse mit subjektiv-öffentlichen Interessen der Verfahrensparteien konfligiert. Etwa, weil ein betroffener Grundeigentümer oder ein sonstiger dinglich Berechtigter im Rahmen des Ermittlungsverfahrens rechtzeitig eingewandt hat, dass sich eine Leitungstrasse anbieten würde, die weniger stark in sein verfassungsgesetzlich geschütztes Eigentumsrecht eingreift,⁸² oder schlimmer: das für ihn von der Leitungstrasse beträchtliche Gesundheitsgefährdungen ausgehen.⁸³ Damit ist (noch) nicht die

73 IdS *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 33.

74 *Fischerhof*, Energiewirtschaftsrecht und Wirtschaftslenkung, in *Mayer-Maly* (Hrsg), Energiewirtschaft und Recht (1973) 93 (100).

75 *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 41; vgl in diesem Zusammenhang aus der deutschen Literatur *Hermes* in *J. Schneider/Theobald* § 7 Rz 3: „Den Ausgangspunkt für die planungsrechtliche Bewältigung dieser Herausforderungen bildet zunächst die Prognose, dass für eine Energieanlage ein Bedarf besteht. Gegenstand dieser fachlichen Bedarfsplanung ist also in erster Linie eine Prognose des Bedarfs neuer Erzeugungs- und Transportkapazitäten.“

76 *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 39.

77 *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 35.

78 *Eichenberger*, Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982) 7 (19).

79 VfGH 6. 6. 2005, B 509/05; VwGH 21. 5. 1959, 1019/1020/56, 4. 3. 2008, 2005/05/0281; *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 22.

80 § 7 Abs 1 Satz 2 StWG 1968.

81 Vgl auch *Fischerhof* in *Mayer-Maly* 100.

82 Während des Ermittlungsverfahrens kann der betroffene Grundeigentümer einwenden, dass kein öffentliches Interesse daran bestünde, die elektrische Leitungsanlage für Starkstrom gerade in der sein Grundstück berührenden Art (VfGH 6. 6. 2005, B 509/05; VwSlg 15.396 A/2000; 15.458 A/2000) oder in der vorgesehenen Weise auszuführen (VwSlg 13.237 A/1990; VwGH 17. 9. 1991, 91/05/0077; 23. 4. 1996, 94/05/0021; 15. 10. 1996, 95/05/0139). Siehe dazu *A. Hauer* in *ders/Nußbaumer* 307 (mwN zur Judikatur); *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 91 ff.

83 VwGH 26. 4. 2000, 96/05/0048; 14. 11. 2006, 2006/05/0171; VwSlg 17394 A/2008. Keine Rücksicht zu nehmen ist aber im starkstromwegerechtlichen Bewilligungsverfahren auf Fragen des Lärmschutzes (VwGH 23. 2. 1988, 87/05/0182).

in den Bewilligungstatbeständen angeordnete „Abstimmung“ mit bestimmten anderen, taxativ aufgezählten Interessen im Rahmen der Auflagenerteilung angesprochen (dazu gleich unten in Kapitel III.C.), sondern eine dieser Abstimmungsverpflichtung vorgelagerte Abwägung auf der Ebene des Individualrechtsschutzes.⁸⁴

Falls die Behörde nach Abwägung des öffentlichen Versorgungsinteresses mit den eingewandten subjektiv-öffentlichen Interessen zum Ergebnis kommt, dass zwar kein öffentliches Interesse daran bestünde, die elektrische Leitungsanlage für Starkstrom gerade in der die betroffenen Grundstücke berührenden Art und Weise auszuführen,⁸⁵ aber zumindest ein alternativer Trassenverlauf bewilligungsfähig wäre, gibt es nur zwei Möglichkeiten: Entweder der Projektwerber findet sich zur Abänderung seines Projekts bereit, oder das Projekt muss von der Behörde abgewiesen werden.⁸⁶ Überwiegt das öffentliche Versorgungsinteresse (zumindest nach Erteilung entsprechender Auflagen⁸⁷) hat der Antragsteller aber einen Rechtsanspruch auf Bewilligungserteilung. Letzteres ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (arg „hat“) und entspricht auch der ständigen Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts.⁸⁸

C. Schritt 3: Interessensabstimmung im Rahmen der Auflagenerteilung

Die anlagenrechtlichen Bewilligungstatbestände der StarkstromwegerechtsG tragen der Behörde nicht nur auf, soweit das durch Auflagen möglich ist, eine Genehmigungsfähigkeit des zur Bewilligung eingereichten Projektvorhabens in Bezug auf einen positiven Beitrag zum öffentlichen Versorgungsinteresse zu bewirken, sondern das genehmigungsfähige Projekt *dabei* auch schon bestmöglich mit bestimmten anderen öffentlichen Interessen abzustimmen.⁸⁹ Dass diese Abstimmung „nur“ im Rahmen der Auflagenerteilung erfolgen darf, den Bewilligungsanspruch des Projektwerbers aber nicht zu Fall bringen kann,⁹⁰ ergibt sich nicht nur aus dem Gesetz, sondern auch aus den EB⁹¹ zu § 7 StWG 1968. Dort steht festgeschrieben, dass „[i]m Zusammenhang [mit der Erteilung der Bewilligung] vorgesehen [ist], daß [...] durch entsprechende Auflagen jedenfalls eine Abstimmung mit den anderen durch die Leitungsführung allenfalls berührten sonstigen Interessen zu erfolgen hat und die zur Wahrung derselben berufenen Behörden und öffentlich-rechtlichen Körperschaften zu hören sind“.

Damit ist es der Behörde aber im Umkehrschluss verwehrt, das Projekt in seinem Wesen zu verändern⁹² oder den Bewilligungsantrag wegen eines möglichen Interessenkonflikts abzuweisen. Die eigentliche Durchsetzung der von der Starkstromwegerechtsbehörde bei der Abstimmung durch Auflagen zu beachtenden öffentlichen Interessen obliegt den *zu ihrem Vollzug* berufenen Verwaltungsbehörden.⁹³

84 Vgl. *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 75, 80 ff.

85 Siehe dazu nochmals die Nachweise in FN 82.

86 VwGH 5. 3. 1985, 84/05/0193 (auch mwN); 17. 9. 1985, 84/05/0248; 23. 2. 1988, 87/05/0182; A. Hauer in *ders/Nußbaumer* 307; *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 96.

87 Siehe dazu nochmals die Nachweise in FN 58.

88 VfGH 6. 6. 2005, B 509/05; VwGH 21. 5. 1959, 1019/1020/56, 4. 3. 2008, 2005/05/0281; *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 13.

89 *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 14, 32.

90 Vgl. *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 15 (arg „bestmöglich“).

91 ErläutRV 625 BlgNR 11. GP 10 (Hervorhebungen nicht im Original).

92 Vgl. *Fischerhof* in *Mayer-Maly* 101.

93 *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 32.

IV. Ermessen im starkstromwegerechtlichen Bewilligungsverfahren

Die Starkstromwegerechtsbehörde hat im anlagenrechtlichen Betriebs- und Bewilligungsverfahren in mehreren Schritten komplexe Abwägungen vorzunehmen, die ihr in gewissem Umfang auch tatbestandsbezogene Beurteilungsspielräume eröffnen. Das wirft die Frage auf, inwieweit diese Beurteilungsspielräume dem Kontrollzugriff durch Verwaltungsgerichte unterliegen, dh von ihnen beanstandet und ggf korrigiert werden dürfen. Denn gegen den Bescheid der Starkstromwegerechtsbehörde steht nach Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG bereits verfassungsmittelbar die Beschwerde beim zuständigen VwG erster Instanz offen.⁹⁴ Prüfungsmaßstab im Bescheidbeschwerdeverfahren vor dem VwG ist die Rechtmäßigkeit des beanstandeten Verwaltungshandelns in der Rechtssatzform des Bescheides.⁹⁵ Nach Maßgabe des Art 130 Abs 3 B-VG liegt aber Rechtswidrigkeit außerhalb des Verwaltungsstrafrechts und der Rechtssachen, die in die Zuständigkeit des Bundesfinanzgerichts (BFG) fallen,⁹⁶ nicht vor, wenn und soweit das Gesetz der Behörde Ermessen einräumt und sie von diesem Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch genommen hat.

Eine fehlerfreie Ermessensübung der Starkstromwegerechtsbehörde wäre also kraft verfassungsgesetzlicher Festlegung vor verwaltungsgerichtlicher Beanstandung geschützt und dürfte im Bescheidbeschwerdeverfahren selbst bei Vorliegen einer verfassungsrechtlichen Reformationspflicht nach Art 130 Abs 4 B-VG nicht durch eine anderslautende Ermessensübung des VwG ersetzt werden.⁹⁷ Eine explizite Ausnahme vom verfassungsrechtlichen Ermessensschutz gemäß dem vorhin zitierten Einleitungshalbsatz des Art 130 Abs 3 B-VG liegt hinsichtlich des starkstromwegerechtlichen Bau- und Betriebsbewilligungsverfahrens eindeutig nicht vor.

94 *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit (2013) Art 130 B-VG Rz 2; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts¹⁰ (2014) Rz 673, 675.

95 Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG (arg „wegen Rechtswidrigkeit“); *Berka*, Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium⁵ (2014) Rz 908.

96 In den genannten Angelegenheiten kann das VwG stets sein eigenes Ermessen an die Ermessensübung der Behörde setzen. Siehe dazu *Berka*, Verfassungsrecht⁵ Rz 930; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 927/22.

97 ErläutRV 1618 BlgNR 24. GP 14; *Pabel*, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, in *Fischer/Pabel/N. Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) 379 (Rz 75 f); *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 130 B-VG Rz 59 f; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 927/22; *Berka*, Verfassungsrecht⁵ Rz 930; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ Rz 662. IdS aber jüngst auch VwGH 21. 4. 2015, Ra 2015/09/0009 (Hervorhebungen nicht im Original), im Rahmen einer außerordentlichen Revision gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes: „Die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts trifft [...] zu, dass das Verwaltungsgericht, wenn es zur selben sachverhaltsmäßigen und rechtlichen Beurteilung kommt, vor dem Hintergrund des Art. 130 Abs. 3 B-VG nicht sein eigenes Ermessen an die Ermessensübung durch die [Behörde] setzen darf. Jedoch ist das Verwaltungsgericht bei seiner Entscheidung [...] nicht von der Verpflichtung zur Beurteilung entbunden, ob die Ermessensübung durch die [Behörde] auf gesetzmäßige Weise erfolgte. Weiters ist zu bedenken, dass das Verwaltungsgericht im Fall einer gesetzwidrigen Entscheidung der Verwaltungsbehörde im Fall des § 28 Abs. 2 VwGVG (Art. 130 Abs. 4 B-VG) in der Sache selbst zu entscheiden und dabei auch eine Ermessensentscheidung zu treffen hat.“ Ob schon jede sonstige Rechtswidrigkeit des angefochtenen (Teil-)Bescheides eine eigenständige Ermessenshandhabung des VwG erster Instanz nach sich zieht (*Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 927/22 FN 44, auch mwN, ist allerdings zweifelhaft. Denn wenn der angefochtene (Teil-)Bescheid auf einer Entscheidung beruht, die sich in trennbare Gedankenschritte zerlegen lässt, die ihrerseits getrennt vom Inhalt des restlichen angefochtenen (Teil-)Bescheides beurteilt werden können, hat das VwG erster Instanz in Ansehen des Art 130 Abs 3 B-VG als Element materieller Gewaltenteilung jedenfalls noch keinen legitimen Grund, sein Ermessen bei Trennbarkeit von Einzelaspekten einer behördlichen Entscheidung an die Stelle eines *fehlerfrei* geübten Ermessens der Behörde zu setzen.

A. Grundlagen

Allein aus dem Umstand, dass nach dem Einleitungshalbsatz des Art 130 Abs 3 B-VG die Anwendung des § 7 StWG sowie der korrespondierenden Bewilligungstatbestände der StarkstromwegeG der Länder nicht stets der sog „vollen Ermessenskontrolle“ durch die VwG erster Instanz unterliegt, lässt sich eine Einschränkung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte freilich noch nicht ableiten. Zwar belassen die betreffenden Bewilligungstatbestände der jeweils zuständigen Starkstromwegerechtsbehörde zweifellos einen Spielraum, der ihr regelmäßig wohl auch nach Anwendung aller Interpretationsmethoden einschließlich der verfassungskonformen Interpretation zwei oder mehrere Arten des Vollzuges ermöglicht, die jeweils für sich allein betrachtet (noch) mit dem Gesetz in Einklang stehen.⁹⁸ Mit Blick auf die Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsgewalten haben weite Teile der Lehre⁹⁹ den Bestimmungen über eine sondergerichtliche Kontrolle der Verwaltung im Siebenten Hauptstück der Bundesverfassung aber schon lange vor Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 in überzeugender Weise entnommen, dass die partielle Selbstdeterminierung der Behörde nicht stets in vollem Umfang vor verwaltungsgerichtlicher Beanstandung geschützt sein kann. Denn, wenn dem so wäre, könnte die (nunmehr zweistufige) Verwaltungsgerichtsbarkeit ja „praktisch [überhaupt] keine Überprüfung der inhaltlichen Rechtmäßigkeit der Rechtsanwendung vornehmen [...] und ihre eigentliche Aufgabe, der Entscheidung strittiger Rechtsfragen [...] nicht nachkommen“.¹⁰⁰ Obgleich Art 130 Abs 3 B-VG also auf einem rechtstheoretischen Fundament aufbaut,¹⁰¹ markieren rechtstheoretisch relevante Kriterien nur die äußersten Grenzen eines allfälligen Ermessens iSd Art 130 Abs 3 B-VG, sagen aber noch nichts über die (partielle) Kontrollfestigkeit einer allfälligen – falls fehlerfreien – Selbstprogrammierung der Verwaltung im Rahmen der fortschreitenden Rechtskonkretisierung.¹⁰² Die Frage ob und bejahendenfalls inwieweit die Behörde im starkstromwegerechtlichen Bau- und Betriebsbewilligungsverfahren über beanstandungsresistentes Ermessen verfügt, ist also mit der Identifikation von Entscheidungsspielräumen der Behörde im Rahmen der Rechtsanwendung noch lange nicht beantwortet, sondern gerade erst gestellt.

98 Anhand der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung nach der rechtlichen Bedingtheit lässt sich nachweisen, dass das Gesetz die Behörde selbst im Fall einer Geltung des denkbar strengsten Legalitätsprinzips gar nicht nach allen Seiten vorherbestimmen könnte, weshalb die partielle Selbstprogrammierung auch auf allen Stufen der Rechtskonkretisierung präsent bleibt. Siehe dazu nur *Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (4. Lfg 2001) Art 130 Abs 2 B-VG Rz 4 mwN.

99 Dazu stellvertretend *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1997) 324 mwN.

100 Zitat nach *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 324. Siehe außerdem *Rill*, Ermessensprüfung/Beurteilungsspielraum/Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, in *GS Geck* (1990) 115 (122); *Potacs*, Devisenbewirtschaftung. Eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Untersuchung unter Berücksichtigung des Völker- und Europarechts (1991) 155.

101 Stellvertretend *Potacs*, Devisenbewirtschaftung 151.

102 Vgl *Rill* in *GS Geck* 122 in Bezug auf Art 130 Abs 2 B-VG aF; *Hofer-Zeni*, Das Ermessen im Spannungsfeld von Rechtsanwendung und Kontrolle (1981) 114 f, 123 f; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 266 f; *Thienel*, Strukturfragen des Staatsbürgerschaftsrechts, in *GS Ringhofer* (1995) 165 (168 f); *Potacs*, Devisenbewirtschaftung 155 f; *Fuchs*, Verwaltungsermessen und Verwaltungsgerichtsbarkeit: Rückblick und Ausblick, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht (2014) 231 (264 [arg „spezifisch eingeräumte ‚Zuständigkeit‘ zur – eigenverantwortlichen – Entscheidung innerhalb dieser Spielräume“]).

B. Abgrenzung nach der Normstruktur (Traditionelle Abgrenzungsdogmatik)

Der VwGH¹⁰³ hat nun in Bezug auf § 7 StarkstromwegeG NÖ ausgesprochen, dass der Behörde bei der Anwendung derselben Bestimmung kein Ermessen eingeräumt ist. Diese Feststellung des VwGH ist vor dem Hintergrund ergangen, dass die entsprechende Bestimmung eine (!) bestimmte Rechtsfolge bei Vorliegen der Bewilligungsvoraussetzungen im Tatbestandsbereich der Norm anordnet (arg „hat“). Die entsprechenden Feststellungen des VwGH lassen sich auch auf die entsprechenden Bewilligungstatbestände der StarkstromwegeG der übrigen Länder sowie auch auf § 7 StWG 1968 übertragen.

Die Rechtsauffassung des VwGH baut auf der Überlegung, dass sich der rechtsdogmatische Ermessensbegriff auf gesetzlich vordefinierte Handlungsoptionen im Rechtsfolgenbereich einer Norm beschränkt – ein Konzept, das zwar der traditionellen Ermessensdogmatik und der bislang noch nicht ausdrücklich aufgegebenen Auffassung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts entspricht,¹⁰⁴ aber in der öffentlich-rechtlichen Dogmatik zumindest abseits der Lehrbuchliteratur in zunehmendem Maße ausdrücklich angezweifelt wird. Dies freilich nicht nur deshalb, weil die Lehre vom Rechtsfolgeermessen schon auf einer unterkomplexen Vorstellung davon beruht, wie sich Recht vollzieht¹⁰⁵ und sich dieselben Entscheidungsspielräume aus legistischer Sicht zumeist auch problemlos zwischen Tatbestands- und Rechtsfolgenbereich einer Norm verschieben lassen,¹⁰⁶ sondern gerade auch weil die Abgrenzung der Letztentscheidungskompetenzen zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit nach der Normstruktur in der Tat noch nicht einmal in der Judikatur des VwGH selbst – und zwar nicht einmal vor dem Hintergrund eines durchgängig konditional-strukturierten Normenprogramms¹⁰⁷ – durchgehalten wird. Insofern ist in sinngemäßer Übereinstimmung mit einem immer größer werdenden Teil der österreichischen Lehre¹⁰⁸ davon auszugehen, dass die Frage des Bestands eines allfälligen Ermessens der Behörde schon *an sich* und damit letztlich auch bei der Anwendung des § 7 StWG 1968 und der korrespondierenden Bewilligungstatbestände der StarkstromwegeG der Länder nicht allein aufgrund normstruktureller Überlegungen beantwortet werden kann.

103 VwSlg 18465 A/2012.

104 Dazu etwa *Fuchs in Holoubek/Lang* 242 f; *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2015) Rz 170 („Nach hL ist die Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe von der Einräumung von Ermessen zu unterscheiden.“) Aus der Judikatur siehe zB VwGH 20. 5. 2008, 2006/12/0202: („Insbesondere unterscheiden sich Ermessensentscheidungen von der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe dadurch, dass in Ansehung der letzteren im Wesentlichen die Präjudizien der zuständigen Gerichte maßgeblich sind.“); aus der Lehrbuchliteratur *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 575.

105 *Jestaedt*, Das doppelte Ermessensantlitz. Eine rechtstheoretische Vermessung des administrativen Entscheidungsfreiraums, ZfV 2015, 339 (341).

106 *Jestaedt*, ZfV 2015, 341.

107 Zum unbestimmten Gesetzesbegriff zB VwSlg 2681 A/1952; VwGH 23. 12. 1955, 3278/53; 27. 6. 1990, 90/18/0044; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 579. Inhaltlich gleichgelagerte Judikate finden sich auch hinsichtlich Abwägungsentscheidungen, die auf Tatbestandsseite einer Norm angesiedelt und an deren Ergebnis *eine* bestimmte Rechtsfolge geknüpft ist; siehe dazu VwGH 22. 12. 2011, 2008/07/0123; 28. 6. 1993, 93/10/0019; 31. 1. 1994, 92/10/0041; 21. 11. 1994, 94/10/0076; 22. 10. 2012, 2011/03/0112; 24. 10. 2013, 2013/07/0053 (insb Punkt 4.3.). Siehe zu alledem *Fuchs in Holoubek/Lang* 243 ff, 246 ff.

108 ZB *Rill in Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (1. Lfg, 2001) Art 18 B-VG Rz 62; *Potacs*, Devisenbewirtschaftung 156; *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 323; *Stoll*, Ermessen im Steuerrecht² (2001) 62 ff, insb 64.

C. Mögliche Alternativen

Art 130 Abs 3 B-VG spricht zusammengefasst davon, dass der Behörde dann ein Ermessen zukommt, wenn das Gesetz der Behörde dieses selbst einräumt. Eine sinngemäße Textierung wies auch schon Art 130 Abs 2 aF B-VG auf. Daraus schließt ein Teil der Lehre¹⁰⁹, dass der Bestand eines allfälligen Ermessens immer, aber eben auch nur dann anzunehmen ist, wenn der Gesetzgeber die Letztentscheidung der Verwaltung *intendiert* hat – und zwar grundsätzlich unabhängig davon, wo der entsprechende Spielraum in normstruktureller Hinsicht zu verorten ist. Auch wenn § 7 StWG 1968 und die korrespondierenden Bestimmungen der StarkstromwegeG der Länder der Starkstromwegerechtsbehörde keine vordefinierten Optionen im Rechtsfolgenbereich einer Norm bereitstellen, stellt sich damit die vom VwGH – zwar in an sich konsequenter Weise übergangene, aber – zu Unrecht unbeantwortet gelassene Frage, ob die zuständigen Gesetzgeber der Starkstromwegerechtsbehörde nicht wenigstens auf Tatbestandsseite der Bewilligungstatbestände Ermessen eingeräumt hat, weiter.

Stellt man sich dieser Frage, kommt man – wie so oft¹¹⁰ – auch im gegenständlichen Fall zu keinem eindeutigen Ergebnis. Aus den Materialien zum StWG 1968 lässt sich zwar ableiten, dass der Gesetzgeber mit dem öffentlichen Versorgungsinteresse bewusst einen unbestimmten Gesetzesbegriff verwendet, um der Dynamik der Regelungsmaterie gerecht zu werden.¹¹¹ Außerdem lässt sich dem Normtext entnehmen, dass der Gesetzgeber gerade *der Behörde* aufträgt, eine Abstimmung mit bestimmten öffentlichen Interessen im Rahmen der Auflagenerteilung vorzunehmen.¹¹² Ob man daraus aber auch den Schluss ziehen kann, dass der Gesetzgeber die Behörde gleichsam selbst zur letztverbindlichen Entscheidung über die daraus resultierenden Entscheidungsspielräume berufen wollte, lässt sich dem Gesetz mE nicht mehr unmittelbar entnehmen. In der Konsequenz müsste man das Vorliegen eines allfälligen Ermessens daher mangels eindeutig nachweisbarer Intention des Gesetzgebers grundsätzlich verneinen, selbst wenn man die gesetzlichen Rahmenbedingungen berücksichtigt.¹¹³

Anderes kann nur gelten, wenn man nicht nur die Intention des Gesetzgebers zur Einräumung einer Letztentscheidungskompetenz der Verwaltung als maßgebliches Kriterium heranzieht, sondern auch funktionell-rechtliche Kriterien für die Entscheidung ob des Vorliegens einer gesetzlichen Ermessenseinräumung für die Verwaltung zulässt, wie dies Teile der Lehre¹¹⁴ zunehmend fordern. Ob und bejahendenfalls inwieweit man in einem solchen Fall dann tatsächlich noch vom Nachweis einer entsprechenden Intention des Gesetzgebers und damit zugleich von der bloßen Klärung einer Rechtsfrage sprechen kann,¹¹⁵ oder nicht schon von einer eigenständigen Ermessensgewährung durch das rechtsanwendende Organ selbst ausgehen muss, setzt eine viel all-

109 Rill in *Kneihls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 18 B-VG Rz 62; Potacs, Devisenbewirtschaftung 156; Grabenwarter, Verfahrensgarantien 323; Stoll, Ermessen² 62 ff, insb 64.

110 Vgl nur Fuchs in *Holoubek/Lang* 262.

111 Oben Kapitel III.A.

112 Oben Kapitel III.C.

113 Vgl dazu nur Grabenwarter in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 130 Abs 2 B-VG Rz 8 mwN.

114 Holoubek, Kognitionsbefugnis, Beschwerdelegitimation und Beschwerdegegenstand, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 127 (136 f); vgl auch schon Merli, Die Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte erster Instanz, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008) 65 (72 f). Vgl auch Fuchs in *Holoubek/Lang* 262 f und insb auch 264.

115 So wohl (auch) Fuchs in *Holoubek/Lang* 262.

gemeinere Untersuchung des Verwaltungsermessens voraus und soll daher an dieser Stelle nur angesprochen, aber nicht abschließend beantwortet werden.

Denn wie man die (speziellere) Frage nach der eigentlichen Rolle der Verwaltungsgerichte bei der Ermessensgewährung auch beurteilen mag; dass der verfassungsrechtliche Ermessensschutz – wie *Holoubek*¹¹⁶ meint – nicht auf irgendeine beliebige, sondern gerade auf eine funktionsadäquate Aufgabenverteilung zwischen der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit abzielt, lässt sich nur schwer bestreiten. Denn obgleich sich die Vorgängerbestimmungen des Art 130 Abs 3 B-VG historisch gerade gegen übermäßige Übergriffe der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Verantwortungsbereich der Verwaltung gerichtet haben,¹¹⁷ sind weiter keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, Art 130 Abs 3 B-VG als dem Scharnier zwischen zwei Staatsgewalten nicht umgekehrt auch als Schutzbestimmung vor übermäßiger Belastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit solchen Aufgaben zu begreifen, die in den politischen Verantwortungszusammenhang gehören¹¹⁸. Das führt dann aber zu der Frage zurück, ob sich wenigstens auf der Basis funktionaler Argumente begründen ließe, dass § 7 StWG 1968 und die korrespondierenden Bestimmungen der StarkstromwegeG der Länder der Starkstromwegerechtsbehörde Ermessen einräumen.

Für die Annahme eines Ermessens bei der Beurteilung der Frage, ob das eingereichte Projekt dem Grunde nach überhaupt einen positiven Beitrag zum öffentlichen Versorgungsinteresse zu leisten vermag, streitet jedenfalls der Umstand, dass eine vorhergehende staatliche Bedarfsprüfung nach der Systematik der StarkstromwegeG fehlt¹¹⁹ und die Prüfung der Erforderlichkeit der konkreten Energieleitung am geplanten Standort daher erst im Rahmen des einzelnen Bewilligungsverfahrens zu erfolgen hat. Dabei muss die Starkstromwegerechtsbehörde aus staatlicher Sicht nicht nur die Verarbeitung energiepolitischer Interessen nachholen, was bis zu diesem Zeitpunkt von bestimmten Ausnahmen¹²⁰ abgesehen aufgrund der Regelungssystematik der StarkstromwegeG ja noch gar nicht stattfinden konnte,¹²¹ sondern hat auch den Verlauf wirtschaftlicher und technischer Entwicklungen in ihrer Entscheidung zu verarbeiten.¹²² Nicht zuletzt auch aufgrund der Langfristigkeit der Energieinfrastrukturplanung hat die Beurteilung des öffentlichen Versorgungsinteresses damit offenkundig auch eine enorme politische Dimension, die weit über das einzelne Projekt hinausreicht. Dieser Befund lässt sich im Übrigen auch unter Zuhilfenahme eines rechtsvergleichenden Arguments untermauern, obliegt doch die Beantwortung der Frage nach dem öffentlichen Bedarf an neuen Starkstromwegen in Deutschland niemand geringerem als dem Gesetzgeber selbst.¹²³

Auch bei der Abwägung des öffentlichen Versorgungsinteresses mit grundrechtlich verbürgten Individualinteressen Privater kann nach der hier vertretenen Auffassung jedenfalls solange von einem kontrollfesten, soweit fehlerfrei geübten Ermessen der Starkstromwegerechtsbehörde ausgegangen werden, als die entsprechenden Grundrechtspositionen der Behörde „nur unver-

116 *Holoubek* in *Holoubek/Lang* 136 f.

117 *Jablöner*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich: 1867–2012 und darüber hinaus, in *Holoubek/Lang* (Hrsg.), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 15 (17); *Thienel*, Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 (2013) 1.

118 Vgl dazu schon Gedanken bei *Merli* in *Holoubek/Lang* 72 f.

119 Sieh schon oben Kapitel II.B.

120 Oben Kapitel II.C.

121 Oben Kapitel II.B.

122 Oben Kapitel III.A.

123 *Hermes* in *J. Schneider/Theobald* § 7 Rz 59.

hältnismäßige Eingriffe [...] verbiete[n], also Eingriffe, die zum Gewicht des Eingriffszieles *außer Verhältnis* stehen“.¹²⁴ Soweit ein solcher unverhältnismäßiger Eingriff nicht vorliegt, bleibt der Eingriff rechtmäßig und die entsprechende (fehlerfreie) Abwägung entgegenstehender Interessen damit Aufgabe der Verwaltung¹²⁵ (arg „Beschwerde [...] wegen Rechtswidrigkeit“¹²⁶). Wenn der VwGH im starkstromwegerechtlichen Bewilligungsverfahren unter einer Gefährdung des Eigentumsrechts oder sonstigen dinglichen Rechts nicht gleich eine jede Minderung des Verkehrswertes, sondern umgekehrt sogar nur eine Substanzvernichtung oder den Verlust der Verwertbarkeit versteht,¹²⁷ erkennt der VwGH die Achtung der Kontrollfestigkeit jenes Spielraumes, den die erforderliche Abwägung der Behörde hier bis zum Erreichen des Grades der Unverhältnismäßigkeit belässt, in der Sache übrigens auch selbst an. Umso mehr muss damit im Ergebnis schließlich aber auch die Abstimmung des Projektes im Rahmen der Auflagenverteilung¹²⁸ mit anderen, in den Bewilligungstatbeständen angeführten, ausschließlich öffentlichen Interessen ein Ermessen der Behörde nach sich ziehen, das von den VwG nur dann beanstandet bzw auch im Rahmen einer Sachentscheidung bloß dann korrigiert werden darf,¹²⁹ wenn der Behörde Fehler bei der Ermessensübung vorgeworfen werden können.

V. Fazit

Anders als der VwGH annimmt, räumen die Bau- und Betriebsbewilligungstatbestände der StarkstromwegerechtsG der Behörde sehr wohl ein beanstandungsresistentes, wenn fehlerfrei geübtes Ermessen ein. Zwar hat die Starkstromwegerechtsbehörde bei Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen die Bewilligung ohne Frage zu erteilen. Nur weil man der Behörde keine gesetzlich vordefinierten Handlungsoptionen im Rechtsfolgenbereich einer Norm bereitstellt, heißt das aber nicht, dass das Vorliegen eines allfälligen Ermessens schon *per se* ausgeschlossen ist. Die Normstruktur stellt kein geeignetes Kriterium dar, die Abgrenzung von Letztentscheidungskompetenzen zwischen der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit vorzunehmen. Vor dem Hintergrund des Art 130 Abs 3 B-VG kommt es vielmehr auf die Einräumung eines Ermessens durch das Gesetz selbst an. Jedenfalls wenn sich eine Intention des Gesetzgebers nachweisen lässt, allenfalls auch durch Rückgriff auf funktionale Argumente, lässt sich ein Ermessen auch abseits des Rechtsfolgenbereichs einer Norm begründen. Wie gezeigt worden ist, sprechen gerade funktionale Argumente dafür, nicht nur hinsichtlich der Abwägung mit Individualinteressen sowie bei der Abstimmung des eingereichten Projektes mit anderen öffentlichen Interessen im Rahmen der Auflagenerteilung, sondern gerade schon bei der Feststellung des öffentlichen Versorgungsinteresses von einem Ermessen der Starkstromwegerechtsbehörde auszugehen. Die Wertung, die gerade mit der letzteren Abwägung verbunden ist, weist nämlich auch enorme (energie-)politische Implikationen auf, die ein Verwaltungsgericht wohl weder verfolgen, noch selbst verantworten sollte.¹³⁰

124 Pöschl, Entwicklungstendenzen der migrationsrechtlichen Judikatur, in Rechtsfragen der Migration und Integration – 6. Grazer Fakultätstag (2008) 103 (112 f).

125 Siehe zu diesem Aspekt, wenn auch vor dem Hintergrund des Art 8 EMRK, nochmals aaO 112 f.

126 Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG.

127 VwGH 9. 10. 2014, 2013/05/0078; siehe aber auch schon *Neubauer/Onz/Mendel*, Starkstromwegerecht § 7 StWG Rz 86.

128 Oben Kapitel III.C.

129 Dazu schon oben FN 97.

130 Vgl dazu sinngemäße, aber allgemeinere Gedanken von *Merli* in *Holoubek/Lang* 72 f.