

# Heliskiing von Landeshauptmanns Gnaden?

## Öffentliche Interessen und verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz am Beispiel des (Vor-)Arlberger Heliskiings

Noch Ende der 1980er-Jahre war Heliskiing in Österreich vergleichsweise verbreitet,<sup>1)</sup> heute hingegen sind in den meisten Bundesländern keine Heliskiing-Bewilligungen aufrecht. In Vorarlberg jedoch wurden soeben wieder für zwei am Arlberg gelegene Berggipfel („Mehlsack“ und „Schneetäl“) auf fünf Jahre befristete Flugbewilligungen erteilt. Die in Vbg ohnehin schon scharf geführte öffentliche Debatte um Heliskiing-Bewilligungen hat noch eine zusätzliche Verschärfung erfahren, seit auch in anderen Landesteilen darüber nachgedacht wird, einen Heliskiing-Betrieb zu etablieren.<sup>2)</sup> Im Beitrag werden zunächst die wichtigsten einschlägigen Rechtsgrundlagen für die Bewilligung von Heliskiing-Flügen dargestellt. Danach wird der Frage nachgegangen, welche Kriterien nach dem Gesetz für die Bewilligung von Heliskiing-Flügen ausschlaggebend sein müssen bzw welche Kriterien einer gleichheitsrechtlichen Prüfung standhalten können und welche nicht.

Von Felix Karl Vogl

### Inhaltsübersicht:

- A. Einschlägige Rechtsnormen
  1. Vorarlberger Landesrecht
  2. Bundesrecht
  3. Völkerrecht
- B. Bewilligungsfähigkeit von Heliskiing
- C. Faktoren des überwiegenden öffentlichen Interesses an Heliskiing-Bewilligungen
- D. Die Bewilligungsbescheide des Vbg LH von 2011 und 2016
  1. In entscheidenden Punkten nebulos bleibende Beweisergebnisse
  2. Sachlichkeit und Unsachlichkeit der (nicht) herangezogenen Bewilligungskriterien
- E. Ankündigung: Keine Heliskiing-Flüge in anderen Landesteilen
  1. Subjektiv-öffentliches Recht auf Bewilligung
  2. Exkurs: Maximale Zahl von Heliskiing-Flügen?

### A. Einschlägige Rechtsnormen

#### 1. Vorarlberger Landesrecht

An landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen sind insb die Staatszielbestimmungen des Art 7 Abs 6 Vbg LV („Schutz der Umwelt, insb der Natur, der Landschaft, des Ortsbildes sowie der Luft, des Bodens und des Wassers“) sowie des Art 7 Abs 7 Vbg LV (Bekenntnis zum Klimaschutz) einschlägig.

Das Vbg G über Naturschutz und Landschaftsentwicklung (Vbg NLG) statuiert kein generelles Verbot von Heliskiing-Flügen. Motorflüge zu touristischen Zwecken, welche nicht zwischen Flugplätzen stattfinden, können von der LReg jedoch gem § 32 Abs 1 lit a

Vbg NLG mittels V gänzlich, teilweise oder für bestimmte Landesteile untersagt werden. Außerdem kann die LReg gem § 32 Abs 2 Vbg NLG durch V festlegen, dass bestimmte Betätigungen für Sport- und Freizeit-zwecke, die aufgrund ihrer Art oder ihrer Verbreitung Natur oder Landschaft besonders beeinträchtigen können, nur zu bestimmten Zeiten oder in bestimmten umgrenzten Gebieten durchgeführt oder zu bestimmten Zeiten oder in bestimmt umgrenzten Gebieten nicht durchgeführt werden dürfen. Die erstgenannte V-Ermächtigung wurde in das Gesetz aufgenommen, um der LReg eine Möglichkeit zur Einschränkung von Heliskiing-Flügen („Schizielflügen“) einzuräumen.<sup>3)</sup>

Derzeit stehen insgesamt fünf V der Vbg LReg in Geltung, mit denen die Verwendung von Hubschraubern zu touristischen Zwecken in bestimmten Gebieten verboten wird: § 4 Abs 1 lit j der V der LReg über das Naturschutzgebiet Faludriga-Nova (LGBl-V 2013/7 idF LGBl-V 2015/57) gestattet Landungen mit Hubschraubern zu touristischen Zwecken mit einer Bewilligung, während § 3 Abs 2 lit e der V der LReg über das Naturschutzgebiet Hohe Kugel – Hoher Freschen – Mellental (LGBl-V 1979/7 idF LGBl-V 2013/26) diese verbietet. § 3 Abs 1 lit f und g der V der LReg über die Ruhezone Vergaldatal (LGBl-V 2009/75 idF LGBl-V 2016/3) sowie § 3 Abs 2 lit e und f der V der LReg über das Europaschutzgebiet (Natura-2000-Gebiet) Verwall (LGBl-V 2003/56 idF LGBl-V 2015/132)

1) Vgl zB <http://derstandard.at/1358305711542/Heliskiing-Exklusiver-Flug-zum-Schnee> (Stand 7. 2. 2013): „Ende der 80er-Jahre gab es zwischen Montafon und Arlberg über 50 Landezonen“.

2) Vgl <http://vorarlberg.orf.at/news/stories/2809842/> (Stand 18. 11. 2016).

3) ErläufRV 68 BlgVbgLT 26. GP 59.

### RdU 2017/3

§ 9 Abs 2 LFG;  
§ 32 Vbg NschG;  
Art 16 TP-AK

VwGH 3. 7. 1991,  
91/03/0064  
VwSlg 13466 A/  
1991

Außenabflüge;  
Außenlandungen;  
öffentliche  
Interessen;  
Flugbewilligung

verbieten in der Ruhezone bzw im Natura-2000-Gebiet nicht nur das Landen und Starten mit Hubschraubern zu touristischen Zwecken, sondern generell das Abfahren „mit Schiern, Snowboards und ähnlichem unter Benutzung von Aufstiegshilfen“ bzw „das Variantenfahren mit Wintersportgeräten im freien Gelände“. Die V der LReg über das Naturschutzgebiet Gadental (LGBl-V 1987/40 idF LGBl-V 1993/5) schließlich verbietet ebenfalls Landungen mit Hubschraubern zu touristischen Zwecken sowie „mit Schiern abzufahren, sofern als Aufstiegshilfe Hubschrauber verwendet wurden“. Sämtliche genannten V enthalten aber eine Ausnahmebestimmung, die es der Vollziehung unter generalklauselartigen Voraussetzungen („überwiegende öffentliche Interessen“) erlaubt, die grundsätzlich verbotenen Aktivitäten in besonderen Fällen doch zu bewilligen.

## 2. Bundesrecht

An Normen des Bundesverfassungsrechts sind insb § 3 BVG Nachhaltigkeit (umfassender Umweltschutz), Art 6 Abs 1 StGG (Erwerbsfreiheit) sowie Art 7 Abs 1 B-VG (allg Gleichheitssatz) einschlägig.

Auf einfachgesetzlicher Ebene ist das Luftfahrtgesetz (LFG) von zentraler Bedeutung. Gem § 9 Abs 2 LFG dürfen Abflüge und Landungen von Luftfahrzeugen außerhalb von Flugplätzen iSd § 58 LFG („Außenabflüge und Außenlandungen“) nur mit Bewilligung des LH durchgeführt werden (mittelbare Bundesverwaltung). Die Bewilligung ist zu erteilen, wenn öffentliche Interessen nicht entgegenstehen oder wenn das öffentliche Interesse am Außenabflug oder an der Außenlandung ein allenfalls entgegenstehendes öffentliches Interesse überwiegt. Die Bewilligung ist befristet und – insoweit zur Wahrung der öffentlichen Interessen erforderlich – mit Bedingungen und Auflagen zu erteilen. Sie ist unverzüglich zu widerrufen, wenn eine der Voraussetzungen, die zu ihrer Erteilung geführt haben, nicht oder nicht mehr vorliegt oder wenn gegen Auflagen verstoßen wurde. Außerdem erfordert die Bewilligung von Außenabflügen und Außenlandungen das Einverständnis desjenigen, der über das betreffende Grundstück Verfügungsberechtigt ist (§ 9 Abs 4 LFG).

## 3. Völkerrecht

Gem Art 12 Abs 1 des Protokolls „Verkehr“ zur Alpenkonvention (VP-AK) „bemühen sich“ die Vertragsparteien der Alpenkonvention (AK), „das Absetzen aus Luftfahrzeugen außerhalb von Flugplätzen einzuschränken und erforderlichenfalls zu verbieten“. In Bezug auf das Heliskiing noch einschlägiger ist jedoch Art 16 des Protokolls „Tourismus“ (TP-AK). In dieser Bestimmung „verpflichten sich“ die Vertragsparteien, „außerhalb von Flugplätzen das Absetzen aus Luftfahrzeugen für sportliche Zwecke so weitgehend wie möglich zu begrenzen oder erforderlichenfalls zu verbieten.“ Aus dem im Vergleich zu Art 12 Abs 1 VP-AK noch wesentlichen strengeren Wortlaut des Art 16 TP-AK (arg „verpflichten sich“; „so weitgehend wie möglich“) geht eine völkerrechtliche Verpflichtung der vertragsschließenden Teile hervor, bei Bewilligung von

Flügen, die zum Zweck des Absetzens aus Luftfahrzeugen zu sportlichen Zwecken unternommen werden sollen, deutlich restriktiver vorzugehen, als wenn dies anderen Zwecken dienen soll.<sup>4)</sup> Zwar besteht nach wie vor keine Einigkeit darüber, welche Bestimmungen der (vom NR ohne Erfüllungsvorbehalt genehmigten)<sup>5)</sup> Prot zur AK unmittelbar anwendbar sind. Dessen ungeachtet kann jedoch nicht zweifelhaft sein, dass die Prot – unmittelbar anwendbar oder nicht – zumindest im Rahmen der völkerrechtskonformen Interpretation des österr Rechts Beachtung finden müssen. Insb bei der Ausfüllung unbestimmter Gesetzesbegriffe des positiven Rechts, wie etwa der „öffentlichen Interessen“ iSd § 9 Abs 2 LFG, kommt ihnen daher beträchtliche Bedeutung zu.

## B. Bewilligungsfähigkeit von Heliskiing

Wo Heliskiing nicht nach naturschutzrechtlichen Bestimmungen verboten ist, hängt die Bewilligungsfähigkeit von Heliskiing-Flügen ganz entscheidend davon ab, wie das in § 9 Abs 2 LFG angesprochene Spektrum der gesamten im Einzelfall in Betracht kommenden „öffentlichen Interessen“ konkretisiert wird. In dieser Abwägung haben umweltschutzbezogene Aspekte während der letzten Jahrzehnte immer größeres Gewicht erlangt. Wegweisend hierfür war zunächst das BVG Umweltschutz. Nach dessen Inkrafttreten zog die Vollziehung dieses im Wege der Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbestimmungen (wie bspw jenes der „öffentlichen Interessen“) regelmäßig als Rechtsgrundlage dafür heran, Bewilligung für Umwelteingriffe zu versagen, welche vor Inkrafttreten des BVG Umweltschutz (ebenfalls unter Berufung auf „öffentliche Interessen“) noch regelmäßig erteilt worden waren. Bezeichnenderweise handelt es sich bei dem frühesten im RIS veröffentlichten Erk des VwGH, in dem ausdrücklich auf das BVG Umweltschutz Bezug genommen wird, um eine E,<sup>6)</sup> in welcher der VwGH die Versagung einer für schitouristische Zwecke beantragten Bewilligung nach § 9 Abs 2 LFG billigte („Heliskiing-Erk“).<sup>7)</sup>

Nach der Argumentation des Tir LH in dem dem Heliskiing-Erk zugrundeliegenden Bescheid unterliegt der Begriff der „öffentlichen Interessen“ und die damit verbundene Interessenabwägung einem Wandel der Zeit. Es geht demnach um Wertungen, die gesellschaftlich bedingt sind und die sich mit einem gesellschaftlichen Wertewandel ändern können, wodurch sodann auch der Begriff der „öffentlichen Interessen“ einen inhaltlichen Wandel erfährt. Die absolute Dominanz wirtschaftlicher Aspekte, die für die Nachkriegszeit und das damalige Wirtschaftswachstum typisch gewesen sei, sei durch zunehmende Bedeutung von Umweltsichtspunkten abgelöst worden.

4) Insofern unpräzise *Bußjäger/Larch*, Gemeinschaftsrecht, internationales Umweltrecht und Verkehrsprojekte (Teil II), RdU 2006, 104, welche iZm Heliskiing nur Art 12 Abs 1 VP-AK, nicht aber Art 16 TP-AK erwähnen.

5) VwGH 24. 2. 2006, 2005/04/0044.

6) VwGH 3. 7. 1991, 91/03/0064, *Heliskiing*, VwSlg 13466A/1991.

7) Im früheren Erk VwGH 27. 6. 1990, 90/03/0097, war die gegen den Heliskiing-Flüge versagenden Bescheid des Tir LH erhobene VwGH-Beschwerde gegenstandslos geworden.

Der VwGH sprach hierzu aus: „In dem durch § 9 Abs 2 LFG iVm dem BVG über den umfassenden Umweltschutz gegebenen normativen Gefüge liegt die tragende Rechtsgrundlage für den angefochtenen Bescheid. Der VwGH vermag nicht zu erkennen, dass die Ausführungen der bel Beh über den Wertewandel und über die durch landesgesetzliche Regelungen gestaltete Rechtslage auf dem Gebiet des Naturschutzes zu einem dieser tragenden Rechtsgrundlage widersprechenden Ergebnis geführt hätten. Diese Ausführungen bewirkten somit keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids.“

Nun darf nicht unerwähnt bleiben, dass die vom VwGH angesprochenen „landesgesetzlichen Regelungen auf dem Gebiet des Naturschutzes“, welche seinerzeit in Tirol in Geltung standen, bereits ein generelles Verbot von Hubschrauberflügen für touristische Zwecke außerhalb von Flugplätzen statuierten (§ 4 a lit b TNSchG LGBl-T 1975/15 idF LGBl-T 1990/52).<sup>8)</sup> Würde durch eine Bewilligung von Heliskiing-Flügen seitens eines Organs der mittelbaren Bundesverwaltung (hier: LH) ein dem Naturschutzrecht des jeweiligen Landes widersprechender Zustand herbeigeführt, so stehen der Bewilligung bereits aufgrund des von der Vollziehung im Rahmen der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe besonders zu beachtenden bundesstaatlichen Berücksichtigungsgebots öffentliche Interessen entgegen.<sup>9)</sup> Durch Einbeziehung der das Heliskiing schon damals verbietenden Tir Rechtslage in die Auslegung der öffentlichen Interessen iSd § 9 Abs 2 LFG folgte der VwGH also auch seiner eigenen Rspr sowie jener des VfGH zum bundesstaatlichen Berücksichtigungsgebot.

In Vbg hingegen steht kein dem § 5 Abs 1 lit b TNSchG 2005 bzw § 4 a lit b TNSchG 1975 vergleichbares Verbot in Geltung. Im Gegenteil zeigen die in § 32 Abs 1 lit a Vbg NLG enthaltene V-Ermächtigung sowie die auf ihrer Grundlage erlassenen fünf V, in welchen Heliskiing nur für bestimmte Gebiete verboten wird, dass das Vbg Naturschutzrecht dem Heliskiing gegenüber keine schroff ablehnende Haltung einnimmt. Jedoch ist bei Abwägung der öffentlichen Interessen des § 9 Abs 2 LFG auch auf naturschutzrechtliche Einwände Bedacht zu nehmen, die nicht die Schwere eines absoluten Verbots erreichen. Denn zu den öffentlichen Interessen iSd § 9 Abs 2 LFG zählen ganz allgemein ua die „Interessen des Naturschutzes“.<sup>10)</sup>

Zieht man zur Ausfüllung der öffentlichen Interessen des § 9 Abs 2 LFG die gesamte Rechtsordnung heran, so zeigt sich, dass die Programmsätze und Staatszielbestimmungen des positiven Rechts, welche gegen Heliskiing sprechen, seit dem Heliskiing-Erk an Zahl und Gewicht noch deutlich zugenommen haben. Die bedeutendste Änderung des positiven Rechts ist dabei in Art 12 Abs 1 VP-AK und in Art 16 TP-AK zu erblicken. Wie weiter oben gezeigt, ergibt eine Zusammenschau beider Bestimmungen, dass die Vertragsstaaten verpflichtet sind, das Absetzen aus Luftfahrzeugen zu sportlichen Zwecken noch deutlich stärker einzuschränken als jenes zu anderen Zwecken.

Nach den österr parlamentarischen Mat zum TP-AK<sup>11)</sup> ist dieses grundsätzlich ohne Erlassung österr

Gesetze unmittelbar anwendbar. Aufgrund seiner vergleichsweise wenig bestimmten Formulierung ist zwar fraglich, ob dies auch für Art 16 TP-AK gelten kann.<sup>12)</sup> Festzuhalten ist jedoch, dass bereits die genannten Mat, welche der Genehmigung dieses Staatsvertrags durch den NR zugrunde lagen, davon ausgingen, dass in Österreich für das Absetzen aus Luftfahrzeugen „grundsätzlich“ keine Landegenehmigungen erteilt werden.<sup>13)</sup>

Eine Auslegung des Begriffes der „öffentlichen Interessen“ wird deshalb im Wege völkerrechtskonformer Interpretation österreichischen Rechts zum Schluss kommen müssen, dass gem § 9 Abs 2 LFG öffentliche Interessen der Bewilligung von Außenabflügen und -landungen zum Zwecke des Heliskiings grundsätzlich entgegenstehen bzw dass das öffentliche Interesse am Unterbleiben solcher Außenabflüge und -landungen jenes an der Durchführung derselben grundsätzlich überwiegt. Es müssen folglich im einzelnen Fall besonders gewichtige Gründe vorliegen, damit die Bewilligung von Außenabflügen und -landungen zu Heliskiing-Zwecken als ausnahmsweise im (überwiegenden) öffentlichen Interesse gelegen erteilt werden darf.<sup>14)</sup>

## C. Faktoren des überwiegenden öffentlichen Interesses an Heliskiing-Bewilligungen

Allgemein betrachtet sind mehrere Faktoren denkbar, welche für sich genommen oder gemeinsam mit anderen zu einem (ausnahmsweise) überwiegenden öffentlichen Interesse an Heliskiing-Flügen führen können. Wenn zu Heliskiing-Zwecken bspw Gipfel angefliegen werden sollen, die unter Inanspruchnahme bereits vorhandener technischer Aufstiegshilfen kaum erreicht werden können und die außerdem nahe an einem oder in einem Gebiet gelegen sind, in welchem ohnehin schon zahlreiche Hubschrauberflüge stattfinden, so wird man nicht a priori davon ausgehen können, dass

8) Solches steht dem Landes-Naturschutzgesetzgeber kompetenzrechtlich zu; vgl bspw VfSlg 14.178 mwN.

9) VwGH 28. 3. 1984, 84/09/0033 VwSlg 11386A/1984; VfSlg 14.534; so auch *Kohl*, Fluglärm. Rechtslage in Österreich vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts und der Europäischen Menschenrechtskonvention (2005) 65 mwN; *Stolzlechner*, Verwaltungsrechtliche Abwägungsentscheidung. Rechtsfragen der Berücksichtigung öffentlicher und privater Interessen bei individuellen Verwaltungsentscheidungen, ZfV 2000, 214; vgl *Berka*, Verfassungsrecht<sup>9</sup> (2014) Rz 469; *Ohlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>10</sup> (2014) Rz 288.

10) VwGH 28. 2. 2014, 2012/03/0100; 22. 10. 2012, 2011/03/0112; *Kohl*, aaO.

11) 234/ME BgNR 21. GP 40.

12) ME fehlt es am objektiven Element der unmittelbaren Anwendbarkeit. Hierzu *Hautzenberg*, Das Naturschutzprotokoll und seine unmittelbare Anwendung im österreichischen Naturschutzrecht, RdU 2013, 237 (238) mwN; vgl auch VfGH 24. 6. 2010, V 78/09 RdU 2011, 27 (*Hautzenberg*); VwGH 8. 6. 2005, 2004/03/0116 RdU 2006, 42 (*Schulev-Steindl*).

13) 234/ME BgNR 21. GP 41.

14) So auch die bereits im (laut Auskunft des BMVt v 10. 1. 2017 mittlerweile aufgehobenen) Erlass des BM f Verkehr v 7. 1. 1985, 38.503/113-1/85, an die Landeshauptmänner (LH-Erlass) vertretene Rechtsansicht: „Die OZB glaubt, dass nach dem heutigen Stand im Bergland und in anderen Erholungsgebieten die als öffentliche Interessen im Sinne des § 9 Abs 2 LFG zu qualifizierenden Umweltschutzinteressen jedenfalls durch andere öffentliche Interessen überwogen werden müssten, um Außenlande- und Abflugbewilligungen als rechtmäßig erscheinen zu lassen“; abgedruckt bei *Halbmayer/Wiesenwasser*, Das Österreichische Luftfahrtrecht II/1/1 26 (5. ErgLfg 1985).

das öffentliche Interesse am Umweltschutz der Bewilligung jedenfalls entgegensteht. Denn solcherart werden einerseits keine oder nur kleine zusätzliche Gebiete den Hubschrauberimmissionen<sup>15)</sup> ausgesetzt. Andererseits könnten Mensch und Tier in jenem Gebiet, in welchem die Heliskiing-Flüge solcherart stattfinden sollen, an Hubschrauberflüge bereits gewöhnt sein.<sup>16)</sup> Diese Erwägungen stehen mit der st Rspr des VwGH in Einklang, wonach der Lage des Start- und Landplatzes bei der Beurteilung der öffentlichen Interessen iSd § 9 Abs 2 LFG besondere Bedeutung zukommt.<sup>17)</sup>

Das in einem solchen Falle geringe Gewicht von gegen Heliskiing-Flüge sprechenden Umweltschutzwägungen allein wird aber für eine Bewilligung nicht ausreichen. Wäre nämlich eine (in der Praxis gar nicht so selten anzutreffende) Konstellation wie die oben aufgezeigte für eine Bewilligung ausreichend, so würde der von Art 16 TP-AK statuierte **Ausnahmecharakter des Heliskiings** konterkariert – die Bewilligung von Heliskiing-Flügen müsste von der Ausnahme zur Regel werden. Art 16 TP-AK verpflichtet die Republik Österreich aber, Heliskiing-Flüge „so weitgehend wie möglich zu beschränken oder erforderlichenfalls zu verbieten“.

Es werden also in einer Konstellation wie der oben dargestellten **gewichtige, für die Bewilligung von Heliskiing-Flügen sprechende Faktoren hinzutreten** müssen, damit ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Durchführung von Heliskiing-Außenflügen und -landungen bejaht und eine Bewilligung erteilt werden darf. Als solche Umstände des öffentlichen Interesses kommen dabei insb Interessen der medizinischen Versorgung (zB durch Rettungsflüge),<sup>18)</sup> der Daseinsvorsorge (Versorgungsflüge zB für Schutzhütten<sup>19)</sup> oder eingeschneite Ortschaften), der Luftfahrtsicherheit und auch solche des Fremdenverkehrs<sup>20)</sup> in Betracht. Könnte im konkreten Einzelfall bspw ein Rettungshubschrauber ohne die zusätzliche Auslastung durch Heliskiing-Flüge nicht mehr betrieben werden, wären Versorgungsflüge nicht mehr durchführbar, könnten zu solchen Flügen eingesetzte Piloten ohne Heliskiing-Flugstunden ihre Flugberechtigung verlieren oder drohte eine Skiregion ohne Heliskiing im Wettbewerb gegenüber anderen Skidestinationen, die Heliskiing anbieten können, volkswirtschaftlich spürbare Nachteile zu erleiden, so ist ein Überwiegen des öffentlichen Interesses an der Bewilligung von Heliskiing-Flügen durchaus denkbar.

Behauptet ein Bewilligungswerber (BW) das Vorliegen solcher Umstände, so hat die Beh auch über diese Punkte ein Ermittlungsverfahren zur Sammlung des Entscheidungsstoffs sorgfältig durchzuführen. Danach hat sie sämtliche im konkreten Einzelfall in Betracht kommenden Interessen sorgfältig gegeneinander abzuwägen. Gemäß dem Ergebnis dieser Abwägung ist die Bewilligung schließlich zu erteilen oder zu versagen. Weder ist es zulässig, den Behauptungen des BW ohne entsprechende Beweisergebnisse zu folgen, noch kommt in Betracht, ein Vorhaben ohne Ermittlungsverfahren und ohne Kenntnis des konkreten Start- und Landplatzes auf seine Bewilligungsfähigkeit hin zu beurteilen, bevor überhaupt ein entsprechender Antrag gestellt wurde.<sup>21)</sup>

#### D. Die Bewilligungsbescheide des Vbg LH von 2011 und 2016

Weshalb wird nun hier besonders erwähnt, dass der Erteilung (oder Versagung) einer Bewilligung nach dem LFG ein sorgfältig geführtes Ermittlungsverfahren voranzugehen hat? Die seit dem Jahr 2011 vom Vbg LH Wallner erteilten Bewilligungsbescheide, welche dem Verfasser vorliegen,<sup>22)</sup> sowie einige seiner medialen Stellungnahmen geben die ernüchternde Antwort. Sie erwecken nämlich den Eindruck, dass selbst solche rechtsstaatlichen Selbstverständlichkeiten allzu leicht in Vergessenheit geraten können.

#### 1. In entscheidenden Punkten nebulos bleibende Beweisergebnisse

In den Bewilligungsbescheiden für die Jahre 2012 – 2016 und 2017 – 2021 werden zwar zunächst zahlreiche eingeholte Stellungnahmen und Gutachten erörtert. Jene Teile der Bescheidbegründung aber, welche die für das überwiegende öffentliche Interesse an der Durchführung der Heliskiing-Flüge ausschlaggebenden Umstände darlegen, entbehren nahezu jedes Hinweises darauf, welche Beweismittel und Beweisergebnisse den korrespondierenden Feststellungen zugrunde liegen. So bleibt zB völlig im Dunkeln, aus welchen Phänomenen der Vbg LH seine Einschätzung der Wettbewerbssituation der Gemeinde Lech im nationalen und internationalen Markt für Schneesport-Tourismus gewonnen hat.<sup>23)</sup> Dasselbe gilt für jene Passagen der Bescheidbegründung, in denen die positiven Auswirkungen des Heliskiings auf die Durchführung von Hubschrauberflügen zu anderen Zwecken dargetan werden.<sup>24)</sup>

15) Va Lärm, aber zB auch der sog Raubvogeleffekt; vgl VwGH 17. 6. 1998, 96/03/0332.

16) Vgl hierzu VwGH 28. 2. 2014, 2012/03/0100.

17) Vgl bspw VwGH 22. 4. 1992, 91/03/0110; 4. 3. 1992, 92/03/0014; 17. 6. 1998, 96/03/0332; 24. 7. 2012, 2009/03/0069; 29. 4. 2015, 2013/03/0157.

18) VwGH 28. 2. 2014, 2012/03/0100; 22. 10. 2012, 2011/03/0112.

19) So auch der mittlerweile aufgehobene LH-Erlass; abgedruckt bei Halbmayer/Wiesenwasser, Luftfahrtrecht II/1/1 24f (5. ErgLfg 1985).

20) VwGH 17. 6. 1998, 96/03/0332.

21) Vgl VwGH 4. 3. 1992, 92/03/0014; 22. 4. 1992, 91/03/0110, Abwägung öffentlicher Interessen ohne Kenntnis der konkreten Start- und Landplätze von vornherein nicht möglich.

22) Ib-521-2011/0007 v 20. 12. 2011 sowie Ib-521-19/2016-12 v 18. 11. 2016; B aus früheren Jahren liegen dem Verfasser nicht vor.

23) „Schiziflüge am Arlberg stellen im Wintertourismus in Österreich ein Alleinstellungsmerkmal dar. Kein anderer Winterskiort in Österreich kann dieses Angebot seinen Gästen bieten. Aus touristischer Sicht ist dieses Alleinstellungsmerkmal im Wettbewerb mit inländischen Wintersportorten von sehr großer Bedeutung. Lech und Zürs stehen aber nicht nur im Wettbewerb mit inländischen, sondern auch mit internationalen Wintersportorten. Die Gäste vergleichen Lech und Zürs mit Schigebieten in den USA, in der Schweiz, in Kanada, in Russland, ja sogar in der Türkei, in denen Heliskiing ebenfalls angeboten wird. Für die internationale Positionierung des Skigebiets Arlberg als Top-Wintersportregion ist eine Abrundung des Angebots durch Heliskiing wesentlich.“ (B des Vbg LH v 20. 12. 2011, Ib-521-2011/0007, 6).

24) „Die Schiziflüge sichern weiters die ganzjährige Stationierung eines Hubschraubers und des entsprechenden Personals im Gemeindegebiet von Lech ab. Die Piloten stehen auch zur Durchführung von Lawinenbeobachtungs- und -sprengflügen sowie für Rettungsflüge zur Verfügung. Durch diese wiederholten Einsätze ist gewährleistet, dass die Piloten mit den Örtlichkeiten bestens vertraut sind. Die Piloten studieren bei diesen Flügen das je nach Schneelage wechselnde Bild des Geländes und sind dadurch dann in der Lage, auch bei schlechter Sicht aufgrund der Orientierung an den ihnen bekannten Geländemerkmalen Rettungsflüge durchzuführen.“

Dass die solcherart festgestellten, positiven Auswirkungen des Heliskiings auch durchaus ein beinahe unergündliches Eigenleben entwickeln können, erfährt man bei Lektüre jenes Bescheids des Vbg LH, mit welchem die Heliskiing-Flüge für die Jahre 2017 bis 2021 genehmigt wurden. In der Zeit, die seit Erlassung des (ansonsten über weite Strecken wortgleichen) Bescheides aus dem Jahr 2011 verstrichen war, wurde nämlich aus der Heliskiing-bedingten „Abrundung des Angebots“ des Skigebietes Arlberg eine Heliskiing-bedingte „wesentliche Aufwertung“ des skitouristischen Angebots nicht nur in der Arlberg-Region, sondern sogar im ganzen Land Vorarlberg – und das neuerlich ganz ohne Hinweis auf irgendwelche zu dieser Frage durchgeführte Beweisaufnahmen.<sup>25)</sup>

#### 2. Sachlichkeit und Unsachlichkeit der (nicht) herangezogenen Bewilligungskriterien

Für mehrere entscheidende Punkte fehlen in den zitierten Bescheiden des Vbg LH also die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens und/oder die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen, also zwei von drei notwendigen Elementen einer lückenlosen Bescheidbegründung.<sup>26)</sup> Wenigstens an politischem Willen, die Heliskiing-Bewilligung auf weitere fünf Jahre zu erteilen, hat es aber offenbar nicht gefehlt.

Dessen ungeachtet: Einige der in den Bewilligungsbescheiden angestellten Erwägungen wären durchaus geeignet, ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Durchführung von Heliskiing-Flügen darzutun. Es kann wohl davon ausgegangen werden, dass die Mit- oder Querfinanzierung all jener Aktivitäten, die im Gebirge zum Überleben oder zur Führung eines menschenwürdigen Daseins notwendig sind, ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Durchführung von Heliskiing-Flügen zu begründen vermag, wenn diese Aktivitäten ohne die Mit- oder Querfinanzierung durch Heliskiing-Flüge nicht, nur eingeschränkt oder nur ganz beträchtlich erschwert möglich wären.

Rein wirtschaftliche Gründe hingegen, wie etwa die Stärkung eines Skigebiets im Wettbewerb mit anderen in- und ausländischen Wintersportorten, könnten für sich allein ein überwiegendes öffentliches Interesse kaum begründen. Andernfalls würde nämlich der in Art 16 TP-AK vorgegebene Ausnahmecharakter von Heliskiing völlig unterlaufen: Zahlreiche Skiorte in Bundesländern ohne generelles Heliskiing-Verbot sind international bekannt und stehen im nationalen und im internationalen Wettbewerb. Begründete die Stärkung in diesem Wettbewerb bereits ein hinreichendes öffentliches Interesse iSd § 9 Abs 2 LFG, so würde dies in weiten Teilen Österreichs zu einem „Heliskiing-Wettrüsten“ führen. Außerdem kämen überwiegende wirtschaftliche öffentliche Interessen an Heliskiing-Flügen nur in Betracht, wenn Heliskiing zumindest regionalwirtschaftlich ins Gewicht fiel oder ev auch dann, wenn es für ein regionalwirtschaftlich bedeutendes Unternehmen betriebswirtschaftlich von existenzieller Bedeutung wäre.<sup>27)</sup> Der tatsächliche und auch der potentielle Anteil von Heliskiern am Wintertourismus-Aufkommen ist aber vernachlässigbar gering, wie bereits judizierte Sachverhalte<sup>28)</sup> und sogar die

Darstellungen des BW selbst<sup>29)</sup> nahelegen. Auch deutet nichts darauf hin, dass die Heliskiing-Flüge für den BW existenznotwendig wären. Auf sämtliche dieser Aspekte ging der Vbg LH in seinen Bescheiden freilich nicht ein.

Warum der Vbg LH wohl der Frage, ob Heliskiing-Flüge andere Winterurlauber vergrämen könnten, ob also Fremdenverkehrsinteressen der Bewilligung entgegenstehen, ebensowenig auf den Grund ging? Am Fehlen von Beispielen (aus dem eigenen Amt der LReg), in denen das öffentliche Interesse am Fremdenverkehr einer Bewilligung nach § 9 Abs 2 LFG entgegenstand, kann es kaum gelegen haben.<sup>30)</sup>

#### E. Ankündigung: Keine Heliskiing-Flüge in anderen Landesteilen

Bereits in der Vergangenheit wurde in anderen Landesteilen laut darüber nachgedacht, einen Heliskiing-Flugbetrieb zu eröffnen. Den Proponenten, die zu diesem Zeitpunkt einen Antrag offenbar nicht gestellt hatten, bestellte der Vbg LH, dass die Erteilung einer luftfahrtrechtlichen Bewilligung keinesfalls in Betracht komme. Es sei (wem eigentlich?) „fix zugesagt worden“, dass eine solche Bewilligung nur für den Arlberg erteilt werde.<sup>31)</sup>

#### 1. Subjektiv-öffentliches Recht auf Bewilligung

Fällt eine an sachlichen Kriterien orientierte Abwägung der öffentlichen Interessen zugunsten der Durchführung von Außenabflügen und -landungen aus, so hat der BW einen Anspruch auf Erteilung der Bewilligung.<sup>32)</sup> Der Beh kommt bei der Beurteilung der „öffentlichen Interessen“ iSd § 9 Abs 2 LFG nämlich kein Ermessen zu.<sup>33)</sup> Von den zwei Möglichkeiten, die Bewilligung entweder zu erteilen oder sie zu versagen, kann daher im konkreten Einzelfall stets nur eine

ren.“ (B des Vbg LH v 20. 12. 2011, Ib-521-2011/0007, 6f, sowie v 18. 11. 2016, Ib-521-19/2016-12, 9).

25) „Das schitouristische Angebot des gesamten Bundeslandes erfährt durch das Angebot des Heliskiings eine wesentliche Aufwertung. Für die internationale Positionierung des Skigebietes und die damit verbundene Auswirkung auf den Wintertourismus im Bundesland ist die Erteilung einer Bewilligung des Heliskiing in zeitlich und örtlich streng begrenztem Ausmaß zu befürworten und entspricht dem öffentlichen Interesse.“ (B des Vbg LH v 18. 11. 2016, Ib-521-19/2016-12, 9).

26) Vgl Helbling, Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen I (1953) 345f.

27) VwGH 10. 10. 1990, 89/03/0253; 20. 9. 1999, 96/10/0106; 31. 5. 2006, 2003/10/0211; 3. 11. 2008, 2007/10/0080; 21. 5. 2012, 2010/10/0147 RdU 2012, 214 (Niederhuber).

28) Vgl Heliskiing-Erk: Max 1% der Skifahrer.

29) Laut diesem gibt es (für ganz Österreich) einen Markt von 2.000 Heliskiern pro Jahr; [http://diepresse.com/home/wirtschaft/international/4930167/Heliskiing\\_Der-Flug-zum-Schnee](http://diepresse.com/home/wirtschaft/international/4930167/Heliskiing_Der-Flug-zum-Schnee) (Stand 20. 2. 2016).

30) VwGH 26. 4. 1995, 94/03/0065, *Amphibienflugzeug in Bregenzener Bucht*; vgl auch die Ansicht des mittlerweile aufgehobenen LH-Erlasses: „Vermutlich dürften auch wohlverstandene Fremdenverkehrsinteressen eher mit den Umweltschutzinteressen konform gehen.“; abgedruckt bei Halbmayer/Wiesenwasser, Luftfahrtrecht II/1/1 26f (5. ErgLfg 1985).

31) <http://vorarlberg.orf.at/news/stories/2579513> (Stand 11. 4. 2013); [www.vol.at/heliskiing-im-montafon-klares-nein-von-wallner/3543889](http://www.vol.at/heliskiing-im-montafon-klares-nein-von-wallner/3543889) (Stand 11. 4. 2013).

32) St Rspr, zuletzt VwGH 28. 2. 2014, 2012/03/0100.

33) Halbmayer/Wiesenwasser, Luftfahrtrecht II/1/1 zu § 9 LFG 24g (5. ErgLfg 1985).

rechtmäßig sein.<sup>34)</sup> Dass ein überwiegendes öffentliches Interesse nur bestehen kann, wenn die beantragten Heliskiing-Flüge am Arlberg stattfinden sollen, erscheint angesichts der Vielfalt der zu einzubeziehenden Interessen (Naturschutz, Umweltschutz, Fremdenverkehr, medizinische Versorgung, Luftfahrtsicherheit etc) geradezu abwegig. Genauso abwegig wäre daher die Versagung einer Bewilligung von Heliskiing-Flügen nur deshalb, weil diese nicht am Arlberg stattfinden sollen.

Sohin drängt sich zudem die Frage auf, ob eine solche Versagung eine in die Verfassungssphäre reichende Rechtswidrigkeit begründen könnte. Nach st Rspr des VfGH verletzt eine Beh Art 7 Abs 1 B-VG, wenn die angef E auf einer dem Gleichheitsgebot widersprechenden Rechtsgrundlage beruht, sie einem Gesetz einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt oder wenn sie bei der Erlassung eines Bescheids Willkür übt.<sup>35)</sup>

Dass in Vbg Heliskiing-Flüge nur im öffentlichen Interesse gelegen sein können, wenn diese am Arlberg stattfinden, ist wegen der Vielgestalt der nach der Rspr des VwGH in Betracht kommenden öffentlichen Interessen nicht argumentierbar. Billigte ein VwG auf Basis des geltenden Rechts eine Praxis des Vbg LH, Heliskiing-Flüge von vornherein nur am Arlberg zu genehmigen, so wäre in einer solchen Auslegung der öffentlichen Interessen iSd § 9 Abs 2 LFG wohl ein (gröbliches) Verkennen der Rechtslage in einem entscheidenden Punkt und daher Willkür zu erblicken. Ob ein solches „Arlberg-only-Prinzip“ – in eine generelle Norm gegossen – Chancen hätte, einer Gleichheitsprüfung zu standzuhalten, ist zumindest fraglich. Billigte daher ein VwG eine solche Interpretation des § 9 Abs 2 LFG, so unterstellte es dem einfachen Gesetz möglicherweise auch einen gleichheitswidrigen Inhalt.

## 2. Exkurs: Maximale Zahl von Heliskiing-Flügen?

Abschließend soll noch kurz erwogen werden, ob es auf Basis des geltenden Rechts gleichheitsrechtlich zu-

lässig wäre, ab Erreichen einer bestimmten Zahl von Heliskiing-Flügen im gesamten Land Vorarlberg keine weiteren Bewilligungen mehr zu erteilen. Dies unter Berufung auf öffentliche Interessen in Gestalt des Umweltschutzes, welche einer Erteilung weiterer Bewilligungen entgegenstehen. Auf Grundlage des geltenden Rechts kommt eine solche Quasi-Kontingentierung wohl alleine schon deswegen nicht in Betracht, weil die Lösung der Frage, ob und welche öffentlichen Interessen der Erteilung der Bewilligung entgegenstehen, von den im Einzelfall konkret gegebenen Umständen abhängt. Im Übrigen kommt der Tatsache, dass bereits in der Vergangenheit zahlreiche Außenabflüge und -landungen bewilligt wurden und dass ein Grundstück regelmäßig für Flugbewegungen benutzt wird, bei Beurteilung der öffentlichen Interessen für sich keine besondere Bedeutung zu. Dies selbst für den Fall, dass es sich um ein- und dasselbe Grundstück sowie ein- und denselben BW handelt.<sup>36)</sup> Dass für zwei Gipfel am Arlberg Flugbewilligungen erteilt worden sind, hat auf Mensch und Tier in anderen, vom Arlberg weit entfernten Landesteilen idR keinerlei Auswirkungen. Stehen der Bewilligung von Heliskiing-Außenflügen und -landungen in anderen Landesteilen also für sich betrachtet im konkreten Einzelfall (überwiegende) öffentliche Interessen nicht entgegen, so hat der BW einen Anspruch auf Erteilung der Bewilligung. Dass bei Auslegung der öffentlichen Interessen rätselhafte „fixe Zusagen“ oder etwaige persönliche Präferenzen der zuständigen Beh für bestimmte Skiregionen das Gewicht öffentlicher Interessen hätten, kann hingegen nicht ernsthaft erwogen werden.

34) Vgl zB *Adamovich*, Handbuch des Österreichischen Verwaltungsrechts I<sup>8</sup> (1954) 17.

35) St Rspr; zuletzt etwa VfGH 10. 12. 2015, E 1864/2014.

36) VwGH 12. 9. 2001, 99/03/0242; allein wegen der Zahl der beantragten Außenabflüge und -landungen besteht auch keine UVP-Pflicht nach Z 14 Anh 1 UVP-G 2000; vgl VwGH 10. 10. 2006, 2004/03/0086 RdU 2007, 60 (*Schulev-Steindl*).

### → In Kürze

§ 9 Abs 2 LFG ist keine Ermessensbestimmung; ein Bewilligungswerber hat daher Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung für Heliskiing-Flüge, wenn (überwiegende) öffentliche Interessen nicht entgegenstehen. Art 16 TP-AK gebietet jedoch eine strenge Prüfung, bei der ausschließlich wirtschaftliche Interessen als überwiegende öffentliche Interessen kaum in Betracht kommen. Würden Heliskiing-Bewilligungen ohne entsprechende generelle Norm nur für eine ganz bestimmte Region erteilt, so verstieße dies nicht nur gegen die Bestimmung des § 9 Abs 2 LFG, sondern auch gegen das im Gleichheitssatz enthaltene Willkürverbot.

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

Mag. Felix Karl Vogl ist Rechtsanwaltsanwärter in Bregenz und Steuerberater (Befugnis derzeit ruhend gemeldet).

Kontaktadresse: RA Dr. Harald Bösch, Am Stein 19, 6900 Bregenz.

Tel: +43 (0)5574 457 00

Fax: +43 (0)5574 457 00-7

E-Mail: felix.vogl@kanzleiboesch.com

Internet: www.kanzleiboesch.com

#### Literatur:

*Halbmayer/Wiesenwasser*, Das Österreichische Luftfahrtrecht (6. ErgLfg 1988);

*Stolzlechner*, Verwaltungsrechtliche Abwägungsentscheidung. Rechtsfragen der Berücksichtigung öffentlicher und privater Interessen bei individuellen Verwaltungsentscheidungen, ZfV 2000, 214;

*Kohl*, Fluglärm. Rechtslage in Österreich vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts und der Europäischen Menschenrechtskonvention (2005).