



**Univ.-Doz. Dr. Wolfgang List**  
Rechtsanwalt

**Mag. Fiona List**  
Rechtsanwaltsanwarterin

**Mag. Piotr Pyka**  
Rechtsanwaltsanwärter

Weimarer Straße 55/1  
A-1180 Wien  
Tel. +43 (0) 1 908 18 98 - 0  
Fax +43 (0) 1 908 18 98 - 18  
office@ralist.at  
www.ralist.at

Sprechstelle  
Geiergraben 202  
A-8913 Admont

**In Kooperation mit:**

ENGLMAIR  
DUURSMA-KEPPLINGER  
Rechtsanwält GmbH

Dametzstrae 6/5. Stock  
A-4020 Linz  
Tel. +43 (0) 732 23 99 99  
Fax +43 (0) 732 23 99 99-40  
office@edkra.at  
www.edkra.at

An das  
Bundesverwaltungsgericht  
Erdbergstrae 192 – 196  
1030 Wien

per webERV

Wien, 27.07.2016  
4951/16 - KA1/FL - 38549.doc

Eingabegebühr von EUR 240,00 unwiderrufflich überwiesen

**Revisionswerberin:** Forschungsgemeinschaft Wilhelminenberg  
Leopold-Werndl-Straße 25/11  
4400 Steyr

vertreten durch: List Rechtsanwalts GmbH  
Weimarer Straße 55/1  
1180 Wien  
Vollmacht erteilt

**mitbeteiligte Partei:** Windpark Engelhartstetten GmbH  
Dorfstraße 1  
2284 Untersiebenbrunn

vertreten durch: Schönherr Rechtsanwälte GmbH  
Schottenring 19  
1010 Wien

**belangte Behörde:** Niederösterreichische Landesregierung  
Landhausplatz 1  
3109 St. Pölten

**angefochtenes Erk:** Erkenntnis des BVwG vom 23.06.2016,  
GZ: W 109 2107438-1/44E

## I.

### Vollmachtsbekanntgabe

## II.

### Revision

**gem Art 133 Abs 1 Z 1 iVm Abs 6 Z 1 B-VG**

**III.**  
**Anregung auf Stellung eines Vorabentscheidungsantrages  
gem Art 267 AEUV und § 38b VwGG**

**IV. Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung**

Angefochtenes Erkenntnis in Kopie  
Einzahlungsbestätigung im Original

## I.

In der umseits bezeichneten Rechtssache gibt die Revisionswerberin bekannt, dass sie die List Rechtsanwalts GmbH mit der Vertretung ihrer rechtlichen Interessen beauftragt und bevollmächtigt hat.

## II.

In umseits bezeichneter Verwaltungssache gibt die Revisionswerberin bekannt, die List Rechtsanwalts GmbH mit der Erhebung folgender

### Revision

gem Art 133 Abs 1 Z 1 iVm Abs 6 Z 1 B-VG an den Verwaltungsgerichtshof beauftragt und bevollmächtigt zu haben.

#### 1. Sachverhalt

- 1.1. Mit Schreiben vom 22.08.2014 stellte die Windpark Engelhartstetten GmbH den Antrag zur Errichtung und zum Betrieb für das Vorhaben "Windpark Engelhartstetten" mit 13 Windkraftanlagen (WKA) und einer Nennleistung von insgesamt 41,6 MW gemäß § 5 Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000 (UVP-G 2000) bei der Nö. Landesregierung als UVP-Behörde.
- 1.2. Dagegen langten bei der Behörde Einwendungen der Revisionswerberin ein.
- 1.3. Mit Bescheid der Nö. Landesregierung vom 17.03.2015, GZ: RU4-U-773/025-2014, wurde das Vorhaben im vereinfachten Verfahren unter Vorschreibung von Nebenbestimmungen von der Behörde genehmigt.
- 1.4. Mit Schriftsatz vom **08.04.2016** erhob die Revisionswerberin gegen den angefochtenen Bescheid, **Bescheidbeschwerde an das**

**Bundesverwaltungsgericht.** Die Revisionswerberin brachte vor, dass das Genehmigungsverfahren mangelhaft und der angefochtene Bescheid im Bereich Vogelschutz inhaltlich rechtswidrig ist, da das Vorhaben in einem sogenannten "faktischen Vogelschutzgebiet" liegt. Darüber hinaus entspricht die Naturverträglichkeitsprüfung (NVP) nicht der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL) bzw. § 10 NÖ Naturschutzgesetz 2000 (NÖ NSchG 2000). So sind die angewandten Erhebungs- und Bewertungsmethoden in der Umweltverträglichkeitserklärung (UVE) und die daraus gezogenen Schlussfolgerungen mangelhaft. Dies betrifft insbesondere die Großtrappe (Barriere Wirkung, mögliche Kollisionsgefährdung und Habitatverlust), den Kaiser- und den Seeadler sowie den Bienenfresser (jeweils Kollisionsgefährdung und Habitatverlust) sowie die Bewertung der kumulativen Auswirkungen. Die Revisionswerberin vertritt die Ansicht, dass die Behörde eine Genehmigung zu versagen hat, wenn Unsicherheit darüber besteht, dass keine nachteiligen Auswirkungen auftreten. Ein ornithologisches Gutachten zu den Auswirkungen des Vorhabens wurde vorgelegt.

- 1.5. Mit Schreiben vom 27.10.2015 legte der vom BVwG bestellte Sachverständige für den Fachbereich Naturschutz, Dr. Bieringer, den ersten Teil seines Gutachtens vor. Dieses zeigte verschiedene gravierende Mängel in der NVP gemäß Art. 6 Abs. 3 FFH-RL bzw. § 10 NÖ NSchG 2000 auf. Weiters wurde die Frage aufgeworfen, ob die zusammenfassende Bewertung in wesentlichen Teilen nachvollziehbar ist bzw. entscheidungsrelevante Widersprüche enthält (Fragen zur Erheblichkeitseinstufung mögliche Widersprüche zu den Erhaltungszielen des Europaschutzgebiets "Sandboden und Praterterrasse"). Schließlich ging das Gutachten auf die fachlichen Standards zur Prüfung der Verbotstatbestände nach Art. 5 der Vogelschutz-RL und Art. 12 FFH-RL ein.
- 1.6. Mit Schreiben vom 15.01.2016 modifizierte die mitbeteiligte Partei im Zuge der Beantwortung verschiedener Fragen des BVwF das Vorhaben, um, die allfällige Mortalität der Fledermäuse bestmöglich hintanzuhalten.

- 1.7. Mit Schreiben vom 15.02.2016 des BVwG wurde die mitbeteiligte Partei aufgefordert, verschiedene ergänzende Unterlagen und Daten zu Beobachtungen der Großtrappe und zur Prüfung der möglichen kumulativen Effekte vorzulegen, die sich nicht auf eine bloße Betrachtung des Erhaltungszustands oder Erhaltungsgrads der betroffenen Schutzgüter beschränkt, sondern bei der die konkreten Pläne und Projekte als Beurteilungsgrundlage verwendet werden. Diese Informationen wurden dem BVwG mit Schreiben vom 01.03.2016 vorgelegt.
- 1.8. Mit 06.04.2016 legte der gerichtlich bestellte Sachverständige den zweiten Teil seines Gutachtens vor. Dieser Teil betraf die Auswirkungen auf die Großtrappe durch mögliche Fernwirkungen (Beeinträchtigung der Lebensraumeignung) sowie durch Kollisionen, die mögliche Beeinträchtigung von Europaschutzgebieten durch kumulative Wirkungen sowie die artenschutzrechtliche Prüfung im Hinblick auf die Tötungstatbestände der Vogelschutz-RL und der FFH-RL.
- 1.9. Am 11.04.2016 führte das BVwG eine öffentliche mündliche Verhandlung durch.
- 1.10. Mit dem nunmehr angefochtenen **Erkenntnis des BVwG** vom **23.06.2016**, GZ: W109 2107438-1/44E, modifizierte das BVwG die Auflagen I.2.11 des angefochtenen Bescheides zum Bereich Naturschutz/Ornithologie in der Fassung der Vorhabensmodifikation vom 15.01.2016, aufgrund der Beschwerde der Revisionswerberin. Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen.
- 1.11. Die **ordentliche Revision** gegen Spruchpunkt B wurde für **zulässig** erklärt. Diesbezüglich hat das BVwG Folgendes ausgeführt:

## **„Zu B)**

*Die Revision gegen Spruchpunkt B ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig, weil die Entscheidung in diesem Bereich von der Lösung von Rechtsfragen abhängt, denen grundsätzliche Bedeutung zukommt und dazu noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vorliegt. Insbesondere liegt u.a. zur Frage, ob die Beurteilung kumulativer Effekte nach Art 6 Abs 3 FFH-RL und dem darauf aufbauenden § 10 NÖ NSchG 2000 bei fehlendem Wissen zu den Vorbelastungen bzw. anstehenden weiteren Belastungen durch andere Pläne und Programme durch eine umfassende Anwendung des Versorgungsgrundsatzes kompensiert werden kann, keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vor. Ebenso fehlt eine Rechtsprechung zur Frage, ob bei einem fehlenden System zur Überwachung des unbeabsichtigten Tötens nach Art 12 Abs 4 FFh-RL dieses durch eine besondere Berücksichtigung des Vorsorgeprinzips kompensiert werden kann.“*

## **2. Rechtzeitigkeit und Zulässigkeit**

Das angefochtene Erkenntnis wurde der Revisionswerberin am 29.06.2016 zugestellt, sodass die gegenständliche Revision jedenfalls innerhalb der offenen Frist erhoben wurde.

Das BVwG hat die ordentliche Revision zu Recht für zulässig erklärt, weil die Entscheidung von der Lösung von Rechtsfragen abhängt, denen grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Insbesondere liegen zwei Rechtsfragen vor, denen grundsätzliche Bedeutung zukommt:

1. Kann die Beurteilung kumulativer Effekte nach Art 6 Abs 3 FFH-RL und dem darauf aufbauenden § 10 NÖ NSchG 2000 bei fehlendem Wissen zu den Vorbelastungen bzw. anstehenden weiteren Belastungen durch andere Pläne und Programme durch eine umfassende Anwendung des Versorgungsgrundsatzes kompensiert werden?
2. Kann bei einem fehlenden System zur Überwachung des unbeabsichtigten Tötens nach Art 12 Abs 4 FFh-RL dieses durch eine besondere Berücksichtigung des Vorsorgeprinzips kompensiert werden?

werden?

### 3. Revisionspunkte

Die Revisionswerberin erachtet sich durch das angefochtene Erkenntnis in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten auf **Durchführung eines UVP-Genehmigungsverfahrens, Teilnahme als Partei an einem ordentlichen UVP-Genehmigungsverfahren einschließlich der Möglichkeit, die ergangene Entscheidung im Rechtsmittelwege zu bekämpfen**, betreffend das Vorhaben der mitbeteiligten Partei, verletzt. Folglich erachtet sich die Revisionswerberin in ihrem subjektiven Recht auf Einhaltung der Umweltvorschriften gemäß UVP-G 2000, sohin insbesondere auf ein gesetzmäßiges Prüfverfahren, ob das geplante Vorhaben im Zusammenwirken mit anderen Projekten und Plänen die Erhaltungsziele von Europaschutzgebieten gefährdet, sowie auf Landschafts- und Naturschutz, verletzt.

Darüber hinaus erachtet sich die Revisionswerberin in ihrem subjektiven Recht auf Einhaltung des Unionsrechts, vor allem auf Einhaltung der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.05.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen („Habitatrichtlinie“), verletzt.

Letztlich erachtet sich die Revisionswerberin durch das angefochtene Erkenntnis auch in ihren subjektiven öffentlichen Rechten verletzt, dass das Vorhaben der mitbeteiligten Partei einerseits, weil es nicht umweltverträglich ist, andererseits weil dessen Errichtung und Betrieb eine Verletzung von materiellen subjektiven öffentlichen Rechten der Revisionswerberin, verletzt.

#### 4. Revisionsgründe

Das angefochtene Erkenntnis wird hinsichtlich **Spruchpunkt B)** wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts gemäß § 42 Abs 2 Z 1 VwGG sowie wegen Rechtswidrigkeit infolge der Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs 2 Z 3 lit b VwGG angefochten.

##### a) Zur inhaltlichen Rechtswidrigkeit

Wie bereits in Punkt 1.3. des Sachverhalts ausgeführt, wurde der mitbeteiligten Partei mit Bescheid der Nö. Landesregierung vom 17.03.2015, GZ: RU4-U-773/025-2014, eine Genehmigung im vereinfachten Verfahren für ihr Vorhaben gemäß den Bestimmungen des UVP-G 2000 erteilt.

##### 4.1. Unsicherheit über die Wirkung der vorgeschriebenen Maßnahmen

Die Gewissheit, dass eine Beeinträchtigung eines verordneten Europaschutzgebietes nicht gegeben ist, fehlt auf Grund der Unsicherheit über die Wirkung der vorgeschriebenen Maßnahmen.

Das Erkenntnis des BVwG genehmigt ein Vorhaben, dem in Bezug auf die Schutzpflicht der Europaschutzgebiete „Sandboden und Praterterrasse“, „Donau Auen östliche von Wien“ und „March-Thaya-Auen“ die **Genehmigungsvoraussetzung nach § 10 NÖ Naturschutzgesetz 2000 fehlt:**

Im Zusammenwirken mit anderen Plänen und Projekten geht der vom Gericht bestellte Sachverständige von einer erheblichen Beeinträchtigung aus. Im zweiten Teil des Gutachtens auf Seite 15, Frage 4, antwortet der Sachverständige auf die nachstehende Frage das Folgende:

*„Ist aus naturschutzfachlicher Sicht die rechtzeitige Wirksamkeit der im UVP-Gutachten als Auflage erteilten schadensbegrenzenden Maßnahmen für*



Seeadler und Kaiseradler gewährleistet?":

„Die Antragstellerin vertritt den Standpunkt, dass die lebensraumverbessernden Maßnahmen nicht notwendig seien, um eine erhebliche Beeinträchtigung zu vermeiden. Allerdings ist zumindest in **Kumulation mit anderen Plänen und Projekten sehr wohl von einer erheblichen Beeinträchtigung auszugehen** (siehe Anhang 3).“

Der Sachverständige hält somit **explizit** fest, dass bei einer Kumulation jedenfalls von einer **erheblichen Beeinträchtigung auszugehen** ist. Es besteht für das BVwG keine Gewissheit, dass die vorgesehenen Maßnahmen, die vorgeschrieben wurden, diese **festgestellten Beeinträchtigungen** mildern sowie die unterstellten Wirkungen erzielen können. Diesbezüglich hält der Sachverständige im zweiten Teil seines Gutachtens auf Seite 14 folgendes fest:

„Mangels der Vorlage konkreter Beispiele, durch die eine entsprechende Verlagerung der Aktionsräume dieser Arten nachgewiesen ist, **besteht jedoch keine Sicherheit, dass die vorgesehenen Maßnahmen die prognostizierte Wirkung im erforderlichen Ausmaß erzielen**. Daher wird vorgeschlagen, folgende Auflage zu erteilen:

1. Bis spätestens 31.12.2020 ist der UVP-Behörde anhand der Ergebnisse eines geeigneten Monitorings nachzuweisen, dass die lebensraumverbessernden Maßnahmen dazu geführt haben, dass das Kollisionsrisiko für Seeadler, Kaiseradler, Rohrweihe und Sakerfalke durch den Windpark Engelhartstetten keinen die Bagatellgrenze übersteigenden Einfluss auf die Bestände der genannten Arten in den Europaschutzgebieten „Sandboden und Praterterrasse“, „Donau-Auen östlich von Wien“ und „March-Thaya-Auen“ hat.“

Auch wenn das BVwG durch die Modifizierung diesen Vorschlag in Auflagenpunkt I.2.11.10 vorgeschrieben hat, jedoch diesen Nachweis zwei Jahre vor Baubeginn in Form einer Literaturrecherche einfordert, ist nicht auszuschließen, dass sich tatsächlich in der Natur die erhofften Auswirkungen der Maßnahme zeigen. Damit **wäre der Betrieb einer Anlage möglich, die Europaschutzgebiete beeinträchtigt**. An dieser Tatsache ändert sich auch durch die Vorschreibung eines jährlichen Monitorings (Auflage 1.2.11.8) nichts, da ein solches, allenfalls Gewissheit über die Unwirksamkeit oder Wirksamkeit der Maßnahme ergibt, aber nicht gewährt, dass die Beeinträchtigungen nicht stattfinden, sollten die erwarteten Wirkungen verfehlt werden.

Nach der **Rechtsprechung des EuGH** ist jedoch die Norm des § 10 NÖ NSchG so auszulegen, dass vor der Zustimmung der Behörde zu einem Vorhaben **Sicherheit bestehen muss**, dass **keine Beeinträchtigungen** gegeben sind. In Bezug auf in ihrer Qualität verbesserte Lebensräume **verneint** der EuGH die **Zulässigkeit**, deren mögliche Auswirkungen in der Entscheidung zu berücksichtigen sind, wenn die **gewünschten Auswirkungen schwer vorhersehbar und erst in einigen Jahren erkennbar sein werden** (Urteil C-521/12, Rn 32 und 33).

In der Entscheidung vom 15.05.2014, C-521/12 hält der EuGH in Rn 33 fest, dass die praktische Wirksamkeit der in Art 6 der Habitatrichtlinie vorgesehenen Schutzmaßnahmen verhindern soll, dass die zuständige nationale Behörde (hier: das BVwG) durch sogenannte „abmildernde“ Maßnahmen (hier: Auflagenpunkte I.2.11.), die in Wirklichkeit Ausgleichsmaßnahmen entsprechen, die in dieser Vorschrift festgelegten spezifischen Verfahren umgeht, indem sie nach Art 6 Abs 3 Projekte genehmigt, die das betreffende Gebiet als solches beeinträchtigen. Doch genau dies ist gegenständlich geschehen, weshalb diese **Vorgehensweise der Rechtsprechung des EuGH widerspricht und somit das angefochtene Erkenntnis mit Rechtswidrigkeit behaftet**.

Die belangte Behörde sowie das BVwG haben auch aus einem weiteren Grund der Rechtsprechung des EuGH widersprochen. In seinem Urteil vom 11.04.2013, C-258/11, führte der EuGH aus, dass die Genehmigung eines Projekts im Sinne von Art 6 Abs 3 der Habitatrichtlinie nur unter der Voraussetzung erteilt werden darf, wenn die zuständigen Behörden nach der Ermittlung sämtlicher Gesichtspunkte des betreffenden Projekts, die für sich oder in Verbindung mit anderen Projekten die für das betreffende Gebiet festgelegten Erhaltungsziele beeinträchtigen können und unter Berücksichtigung der besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse Gewissheit darüber erlangt haben, dass sich das Projekt nicht dauerhaft nachteilig auf das betreffende Gebiet als solches auswirkt. Dies ist dann der Fall, wenn aus wissenschaftlicher Sicht kein vernünftiger Zweifel daran besteht, dass es keine solchen Auswirkungen gibt (vgl. Urteile vom 24.11.2011, Kommission/Spanien, Rn 99; Solvay u.a., Rn 67).

Bezugnehmend auf die ständige Rechtsprechung des EuGH darf **die Behörde einem Vorhaben nicht zustimmen**, wenn eine **Unsicherheit** besteht, **ob die Beeinträchtigung eines Europaschutzgebietes vermieden wird** (vgl C-258/11, Rn 40).

Im angefochtenen Erkenntnis des BVwG wird aber einem Vorhaben zugestimmt, welches die **Erhaltungsziele mehrerer Europaschutzgebiete gefährdet**. Eine Gewissheit, dass eine solche Gefährdung nicht gegeben ist, kann erst durch ein in den Auflagen vorgeschriebenes Monitoring erlangt werden. Das Monitoring kann aber auch die Unwirksamkeit der Maßnahmen zum Ergebnis haben. § 10 Abs. 4 Nö. NSchG bestimmt, dass eine **Bewilligung zu erteilen** ist, wenn **festgestellt** wird, dass ein **Gebiet als solches nicht beeinträchtigt wird**. Das BVwG hat **nicht festgestellt**, dass es **nicht beeinträchtigt wird**, sondern nur festgestellt, dass es **nicht beeinträchtigt werden könnte (!)**.

Der EuGH hält in stRsp fest, dass die Behörde die Genehmigung des Projekts versagen muss, wenn **Unsicherheit besteht, ob keine nachteiligen Auswirkungen auf das Gebiet als solches auftreten (vgl EuGH C-258/11, Rn 41).**

Gegenständlich besteht auch eine enorme Unsicherheit bezüglich der Wirksamkeit der vorgeschriebenen Auflagen, vor allem hinsichtlich den Maßnahmen attraktivere Nahrungsflächen außerhalb des Europaschutzgebietes „Sandboden und Praterterrasse“ zu schaffen und damit das Töten der Vogelarten Seeadler, Kaiseradler, Rohrweihe und Sakerfalke zu vermeiden, weil als Erhaltungs- und Wiederherstellungsmaßnahmen für diese Vogelarten des Europaschutzgebietes, vergleichbare Maßnahmen für das Schutzgebiet per Verordnung bestimmt sind. Daher ist bei einer rechtskonformen Landnutzung im Europaschutzgebiet und damit auch in jenem Bestandteil, der durch die Anlagenteile beansprucht wird, davon auszugehen, dass auch hier attraktive Nahrungsflächen entstehen werden bzw. entstehen müssten.

Die Verordnung 5500/63 hält folgendes fest:

*„Für das Vogelschutzgebiet „Sandboden und Praterterrasse“ werden folgende Erhaltungsziele festgelegt:*

*Erhaltung oder Wiederherstellung einer ausreichenden Vielfalt und einer ausreichenden Flächengröße der Lebensräume aller unter Abs. 2 genannten Arten. Im Speziellen sind dies die Erhaltung von einem ausreichenden Ausmaß an:*

*(...)*

*o einer extensiven Landwirtschaft mit abwechslungsreicher Fruchtfolge,*

*(...)*

*o an Sonderstrukturen wie Hecken, Buschgruppen, Einzelgehölze, Waldränder, Ruderalflächen, Brachen, breite, unbehandelte Ackerraine in den*

*gehölzgeprägten Landschaftsteilen.“*

Das BVwG kann in seinem Erkenntnis daher nicht davon ausgehen, dass jedenfalls deutlich attraktivere Nahrungsflächen außerhalb des Europaschutzgebietes bestehen bleiben, auch wenn solche tatsächlich durch die vorgeschriebenen Maßnahmen entstehen würden, da bereits eine Verpflichtung durch das Gesetz besteht, auch im Schutzgebiet solche Maßnahmen zu ergreifen.

#### **4.2. Keine Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen gemäß § 17 Abs 2 UVP-2000**

Genehmigungsvoraussetzung gemäß § 17 Abs 2 Z 2 lit b UVP-2000 ist u.a. die Vermeidung einer bleibenden Schädigung von Tierbeständen. Gemäß § 17 Abs 4 UVP-G 2000 ist durch geeignete Auflagen (u.a. Projektmodifikationen, Ausgleichsmaßnahmen) zu einem hohen Schutzniveau für die Umwelt beizutragen.

Das BVwG hat zwar unter 3.11.6 des Erkenntnisses festgestellt, dass die Tötung von Fledermäusen durch Abschaltmaßnahmen unter eine Bagatellgrenze fällt, aber im Zusammenwirken aller WEA in Ostösterreich sehr wohl negative Effekte auf die Populationen möglich sein könnten, welche spezifische Erhaltungsmaßnahmen erfordern könnten. Allerdings fehlt die Grundlage für eine fachliche Beurteilung dieser Frage, da in Niederösterreich, **entgegen der Vorgabe des Art 12 Abs 4 FFH-RL, kein System zur Überwachung des unbeabsichtigten Tötens** besteht.

Das Bundesverwaltungsgericht hat festgestellt, dass Auflagen erforderlich sind, um negative Effekte auf Populationen streng zu schützender Arten durch das Vorhaben zu vermeiden, auch wenn diese negativen Effekte nicht durch die isolierte Betrachtung des Vorhabens, sondern erst im Zusammenwirken mit anderen Projekten und Plänen zu erkennen sind. Versäumnisse in der

Verwaltungspraxis sollte keine zulässige Begründung sein, mögliche Auswirkungen eines Vorhabens nicht zu berücksichtigen und allenfalls erforderliche Auflagen nicht vorzuschreiben.

#### **4.3. Rechtswidrigkeit der Auflagen 1.2.11.1 bis 1.2.11.3**

Bezüglich Schutzmaßnahmen, die Bestandteil von zu prüfenden Projekten werden, hat der EuGH in seinem Urteil vom 15.05.2014, C-521/12, unter Rn 28 und 29 folgendes festgehalten:

*„Daher hat die zuständige nationale Behörde nach dem Vorsorgegrundsatz im Rahmen der Durchführung von Art. 6 Abs. 3 der Habitatrichtlinie die Verträglichkeit der Auswirkungen, die das Projekt auf das Natura-2000-Gebiet hat, mit den Erhaltungszielen für dieses Gebiet zu prüfen. Dabei hat sie die in das Projekt aufgenommenen Schutzmaßnahmen zu berücksichtigen, mit denen die etwaigen unmittelbar verursachten schädlichen Auswirkungen auf das Gebiet verhindert oder verringert werden sollen, um dafür zu sorgen, dass das Gebiet als solches nicht beeinträchtigt wird.*

*Dagegen dürfen in einem Projekt vorgesehene Schutzmaßnahmen, mit denen dessen schädliche Auswirkungen auf ein Natura-2000-Gebiet ausgeglichen werden sollen, im Rahmen der Prüfung der Verträglichkeit des Projekts nach Art. 6 Abs. 3 nicht berücksichtigt werden.“*

Die vom BVwG bestimmten Maßnahmen sind im Wesentlichen lebensraumverbessernde Maßnahmen auf 52 ha Fläche außerhalb des Europaschutzgebietes „Sandboden und Praterterrasse“, von welchem ein Bestandteil als Anlagenstandort in Anspruch genommen wird (Auflage 1.2.11.1 und 1.2.11.2) und lebensraumverbessernde Maßnahmen auf 2,6 ha Fläche im zentralen Marchfeld (Auflage 1.2.11.3).

Das Ziel der Maßnahmen, ist es das Töten von Individuen der Vogelarten Seeadler, Kaiseradler, Rohrweihe und Sakerfalke, durch Kollisionen mit der geplanten Anlage, dadurch zu vermeiden, indem die aufgesuchten Nahrungsflächen im beanspruchten Bestandteil des Europaschutzgebietes „Sandboden und Praterterrasse“ ihre Funktion als Nahrungsfläche für die gegenständlichen Vogelarten verlieren, indem neu zu schaffende, deutlich attraktivere Nahrungsflächen außerhalb des Europaschutzgebietes entsprechend der Vorschriften entstehen. Die gegenständlichen Vogelarten sollen aus dem beanspruchten Bestandteil des Europaschutzgebietes in ein Gebiet außerhalb des Europaschutzgebietes gelockt werden.

Der Revisionswerber bezweifelt jedoch die Zulässigkeit, einer solchen Maßnahme **schadensbegrenzende Wirkung zuzuerkennen, wenn die vorgesehene Maßnahme zum Abwandern von Vogelarten aus einem Europaschutzgebiet führen soll, für deren Erhalt jedoch das Europaschutzgebiet verordnet wurde.** Eine solche Maßnahme ist eher als **schadensverursachend** zu qualifizieren.

Auch ist die ausreichende Verfügbarkeit von Nahrungsflächen für die relevanten Vogelarten ein Erhaltungsziel des Europaschutzgebietes „Sandboden und Praterterrasse“, u.a. für Seeadler, Kaiseradler und Rohrweihe. Eine Gefährdung dieses Erhaltungsziels könnte eine erhebliche Beeinträchtigung des Gebietes zur Folge haben, wobei das NÖ Naturschutzgesetz wesentliche Beeinträchtigungen nicht nur für das Schutzgebiet bezogen auf seine Gesamtheit, sondern auch auf seine Bestandteile, verbietet.

§ 9 Abs 4 Nö. NSchG lautet wie folgt:

*„Die Verordnung nach Abs. 3 hat die flächenmäßige Begrenzung des Schutzgebietes, den jeweiligen Schutzgegenstand, insbesondere prioritäre natürliche Lebensraumtypen und prioritäre Arten, die Erhaltungsziele sowie*

*erforderlichenfalls zur Erreichung eines günstigen Erhaltungszustandes notwendige Gebote und Verbote festzulegen. Zu verbieten sind insbesondere Maßnahmen, die zu einer Zerstörung oder einer wesentlichen Beeinträchtigung des Schutzgebietes oder seiner Bestandteile führen können. Weitergehende Schutzvorschriften nach diesem Gesetz bleiben unberührt.“*

Aufgrund der Auflage 1.2.11.3, aufgrund welcher 2,5 ha Fläche im zentralen Marchfeld als Lebensraum für Vögel aufgewertet werden sollen, bleibt unklar ob diese Flächen innerhalb des Europaschutzgebietes oder außerhalb des Europaschutzgebietes liegen bzw. zu liegen haben. Liegen sie innerhalb des Europaschutzgebietes ist die Zulässigkeit schadensmindernde Auswirkungen anzuerkennen fraglich, da die vorgeschriebenen Maßnahmen, bereits durch das Gesetz bestimmte Maßnahmen sein könnten (Verordnung 5500/63, § 14 Abs 3).

Würde die Maßnahmenfläche außerhalb des Europaschutzgebietes liegen, ergibt sich die gleiche Problematik wie für die Auflage 1.2.11.1.

**b) Zur Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften**

- 4.4. Das BVwG hat zur vorgebrachten Beschwerde bezüglich der möglichen erheblichen Beeinträchtigung von Europaschutzgebieten durch kumulative Wirkungen im Sinne des Art. 6 Abs. 3 der FFH-RL unter 3.9.3 des Urteils erwogen:

*„Weder die mitbeteiligte Partei noch die belangte Behörde haben geeignete Grundlagen für eine Berücksichtigung kumulativer Effekte anderer Pläne und Projekte vorgelegt. Somit liegen **an sich nicht die formalen Voraussetzungen für eine kumulative Beurteilung nach § 10 Abs. 1 NÖ NSchG 2000 iVm Art. 6 Abs. 3 FFH-RL vor.** Das Bundesverwaltungsgericht hat vor diesem Hintergrund davon Abstand genommen, den Bescheid mit Beschluss nach § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG aufzuheben und zur*



*Verfahrensergänzung an die belangte Behörde zurückzuverweisen.*

*Dieser Kenntnismangel wurde durch eine Ergänzung des Verfahrens kompensiert. Auf Veranlassung des Bundesverwaltungsgerichtes wurde durch den gerichtlich bestellten Sachverständigen im Beschwerdeverfahren der Vorsorgegrundsatz umfassend angewandt und der bestehende Kenntnismangel so ausgeglichen.*

*(...)*

*Dazu hält das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die vom Sachverständigen des behördlichen Verfahrens vorgeschlagene Vorgangsweise, die Nutzung des Windparks Engelhartstetten durch kollisionsgefährdete Greifvogelarten dadurch zu vermeiden, dass deutlich attraktivere Nahrungshabitate in erreichbarer Entfernung neu angelegt werden, grundsätzlich geeignet ist, eine erhebliche Beeinträchtigung von Seeadler, Kaiseradler, Rohrweihe und Sakerfalke durch den Windpark Engelhartstetten im Zusammenwirken mit anderen Plänen und Projekten zu vermeiden. Eine erhebliche Beeinträchtigung von Europaschutzgebieten durch kumulative Wirkungen gemäß § 10 Abs. 1 NÖ NSchG 2000 iVm Art. 6 Abs. 3 FFH-RL kann somit durch die Auflagen des angefochtenen UVP-Bescheids und die ergänzenden Auflagen nach Spruchpunkt B. sowie durch die im Beschwerdeverfahren vorgenommenen Projektsänderungen vermieden werden“*

Dem diesbezüglichen Gutachten, welches den Kenntnismangel kompensieren soll, liegt die Annahme zu Grunde, nur das mögliche Mortalitätsrisiko durch Kollisionen führt zu einer Beeinträchtigung. Diese Auswirkungen des Vorhabens würden durch Vorschreibungen soweit verringert, dass sie unter eine Bagatellgrenze fallen. Die Gefahr des Tötens von Vögeln und Fledermäuse bliebe zwar bestehen, aber die Auswirkungen wären gering. **Allerdings hat der EuGH in seiner Rechtsprechung bereits entschieden, dass die Argumentation, Auswirkungen wären geringfügig, nicht von der Prüfung kumulativer Wirkungen eines Projektes befreit (vgl C-418/04).**

In den Rz 244 ff hält der EuGH, C-418/04, folgendes fest:

*„Hinsichtlich des Vorbringen Irlands, dass für Muschelzuchten keine Umweltverträglichkeitsprüfung verlangt worden sei, weil sie von geringer Größe seien und nur begrenzte Auswirkungen auf die Umwelt hätten, sieht die Kommission darin zu Recht keinen hinreichenden Grund, um von einer Prüfung der Auswirkungen eines solchen Plans oder Projekts abzusehen. Denn Art. 6 Abs. 3 Satz 1 der Habitatrichtlinie verlangt, wie in Randnr. 238 des vorliegenden Urteils ausgeführt, eine geeignete Prüfung jedes Plans oder Projekts in der Zusammenschau mit anderen Plänen und Projekten.*

*Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich außerdem, dass die **Nichtberücksichtigung der kumulativen Wirkung von Projekten praktisch zur Folge hat, dass sämtliche Projekte einer bestimmten Art der Verträglichkeitsprüfung entzogen werden können**, obgleich sie zusammengenommen möglicherweise erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt haben (vgl. entsprechend Urteil vom 21. September 1999, Kommission/Irland, C 392/96, Slg. 1999, I 5901, Randnr. 76).“*

Bei einer richtlinienkonforme Auslegung der Bestimmungen des § 10 Nö. NSchG hätte das BVwG die Prüfung kumulativer Auswirkungen jedenfalls feststellen müssen. Nur nach einer eingehender Prüfung der Kumulationen, hätte eine Entscheidung ergehen dürfen.

Die nicht Berücksichtigung des Zusammenwirkens mit anderen Projekten und Plänen dürfte nicht nur formalen Charakter haben, wie vom BVwG erwogen, sondern stellt einen **entscheidungsrelevanten Kenntnismangel** dar. Die vom Gutachter angewandte Analyseverfahren ist **keine ausreichend geeignete Kompensation des bestehenden Kenntnismangels**. Dies lässt sich wie folgt begründen:

Die angewandte Analysemethode erkennt das Wesen der Prüfung des Zusammenwirkens mit anderen Projekten und Plänen.

Die Analyse des gerichtlich beeideten Sachverständigen, welche die Prüfung des Vorhabens im Zusammenwirken mit anderen Projekten und Plänen ersetzen soll, hat als Grundlage den IST-Zustand der Vogelfauna, der im Rahmen der UVE erhoben wurde (Gutachten Beilage 3). In seinem zweiten Teil des Gutachtens auf Seite 11 B führt er bezüglich der inhaltlichen Beurteilung der kumulativen Effekte nachstehendes aus:

*„Da seitens der Antragstellerin und der UVP-Behörde **keine geeigneten Grundlagen für eine Berücksichtigung kumulativer Effekte** anderer Pläne und Projekte vorgelegt wurden, erfolgte die Beurteilung anhand einer Analyse des Verfassers des vorliegenden Gutachtens. Dabei wurde die mangelnde Kenntnis der zu kumulierenden Vorhaben durch eine umfassende Anwendung des Vorsorgegrundsatzes kompensiert. Die Analyse hat ergeben, dass*

*(i) für Seeadler, Kaiseradler, Rohrweihe und Sakerfalke eine erhebliche Beeinträchtigung durch kumulative Effekte **nicht** ausgeschlossen werden kann;*

*(ii) diese Beeinträchtigung ausschließlich auf dem Kollisionsrisiko beruht, dem in den betroffenen Europaschutzgebieten brütende, jedoch außerhalb dieser Gebiet im Windpark Engelhartstetten nahrungssuchende Individuen der genannten Arten ausgesetzt sind;*

*(iii) daher lebensraumverbessernde Maßnahmen mit dem Ziel einer Lenkung der Habitatnutzung als schadensbegrenzende Maßnahmen eingesetzt werden können;*

*(iv) die vom UVP-Gutachter der Landesregierung vorgeschlagenen und im UVP-Bescheid als Auflagen erteilten Maßnahmen grundsätzlich für alle vier Arten geeignet sind, den Einfluss des Windparks Engelhartstetten unter die Bagatellgrenze zu bringen.“*

**Die Anwendung des Vorsorgegrundsatzes kann nicht als Argument für den Ersatz der Prüfung des Zusammenwirkens mit anderen Plänen und Projekten geltend gemacht werden, da dieser ein grundsätzliches Genehmigungskriterium ist.**

Der EuGH hält in seiner Entscheidung C-258/11 in den Rn 40 ff diesbezüglich folgendes fest:

„Die Genehmigung eines Plans oder Projekts im Sinne von Art. 6 Abs. 3 der Habitatrichtlinie darf daher **nur unter der Voraussetzung erteilt werden**, dass die zuständigen Behörden nach **Ermittlung sämtlicher Gesichtspunkte** des betreffenden Plans oder Projekts, die für sich oder in Verbindung mit anderen Plänen oder Projekten die für das betreffende Gebiet festgelegten Erhaltungsziele beeinträchtigen können, und unter Berücksichtigung der besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse **Gewissheit** darüber erlangt haben, dass sich der Plan oder das Projekt nicht dauerhaft nachteilig auf das betreffende Gebiet als solches auswirkt. Dies ist dann der Fall, wenn aus **wissenschaftlicher Sicht kein vernünftiger Zweifel** daran besteht, dass es keine solchen Auswirkungen gibt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 24. November 2011, Kommission/Spanien, Randnr. 99, und Solvay u. a., Randnr. 67).

Da die **Behörde die Genehmigung** des Plans oder des Projekts **versagen muss, wenn Unsicherheit darüber besteht, ob keine nachteiligen Auswirkungen auf das Gebiet als solches auftreten**, schließt das in Art. 6 Abs. 3 Satz 2 der Habitatrichtlinie vorgesehene Genehmigungskriterium den Vorsorgegrundsatz ein und erlaubt es, durch Pläne oder Projekte entstehende Beeinträchtigungen der Schutzgebiete als solche wirksam zu verhüten. Ein weniger strenges Genehmigungskriterium als das in Rede stehende könnte die Verwirklichung des Zieles des Schutzes der Gebiete, dem diese Bestimmung dient, nicht ebenso wirksam gewährleisten (Urteil

*Waddenvereniging und Vogelbeschermingsvereniging, Randnr. 57 und 58).*

Das Analyseergebnis stellt nicht fest, dass auch unter Berücksichtigung der vorgeschlagenen Maßnahmen keine Auswirkungen bezüglich des Kollisionsrisikos bestehen, sondern dass diese lediglich unter eine Bagatellgrenze gebracht werden sollen. Jedoch besteht gerade darin das Wesen der Prüfung im Zusammenwirken mit anderen Projekten und Plänen, dass ein Vorhaben für sich betrachtet keine Beeinträchtigung darstellt, sich sehr wohl aber eine solche im Zusammenwirken mit anderen Projekten und Plänen ergeben könnte.

Im Leitfaden zur Entwicklung der Windenergie und Natura 2000 (Europäische Kommission 2010) wird bezüglich kumulativer Wirkungen von Windenergieanlagen (Kap. 3.6 auf S. 52) nachstehendes festgestellt:

*„Maßgeblich sind außerdem die **kumulativen Wirkungen eines Projekts in Verbindung mit anderen Entwicklungen im jeweiligen Gebiet (d.h. nicht nur in Verbindung mit Windparks)**. Die Auswirkungen eines isolierten Plans oder Vorhabens fallen vielleicht nicht ins Gewicht; in Kombination mit anderen Planungen oder Vorhaben können sich jedoch durchaus erhebliche kumulative Wirkungen ergeben. Bei der Untersuchung kumulativer Wirkungen ist unter Umständen zu berücksichtigen, dass die Zersplitterung von Lebensräumen zur Zerstörung von Populationsstrukturen und damit zu Auswirkungen auf die Dynamik eines breiten Artenspektrums führen kann.“*

Die Analysemethode führt **nicht zu der vom EuGH geforderten Gewissheit** und dem Ausschluss jedes vernünftigen Zweifels, dass keine nachteiligen Auswirkungen auf das Schutzgebiet entstehen, was jedoch explizit vom EuGH gefordert wird.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG hat der Sachverständige auch Zweifel an seiner Methode bekundet

(Verhandlungsschrift Seite 16/17:

*„Die Beurteilung der Auswirkungen abgeschlossener Pläne und Projekte, über Indikatoren zum Erhaltungsgrad der Schutzgüter, hat den Nachteil, dass auch Förderungsmaßnahmen für die Arten mitberücksichtigt werden, die nicht dauerhaft gesichert sind.“*

Damit **zeigt der Sachverständigen selbst eine wesentliche Schwäche seiner Analysemethode** auf, die sich nur durch eine Prüfung des Zusammenwirkens des Vorhabens mit den Auswirkungen der landwirtschaftlichen Nutzung beheben lässt. Eine Analysemethode, der unbestritten ein Nachteil anhaftet, kann nicht zu Schlussfolgerungen führen, welche die erforderliche Gewissheit erbringen und jeden vernünftigen wissenschaftlichen Zweifel ausschließen.

Wäre es zulässig das Zusammenwirken mit anderen Projekten und Plänen indirekt aus dem Erhaltungsgrad von Schutzgegenständen in einem Europaschutzgebiet zu schließen (der gerichtlich bestellte Sachverständige wählte den Begriff „implizit“, Gutachten Teil 2, Seite 12) könnte die Prüfpflicht des Zusammenwirkens mit anderen Projekten und Plänen an Hand der Wirkungspfade und konkret zu adressierender Auswirkungen umgangen werden. Dies würde erneut der stRsp des EuGH widersprechen.

Die Frage der möglichen Auswirkungen im Zusammenwirken mit anderen Projekten und Plänen beschränkt sich auf die Mortalität durch Kollisionen ausgewählter Vogelarten und umfasst nicht die Auswirkungen auf die Erhaltungsziele der relevanten Vogel- und Fledermausarten im erforderlichen Umfang.

In seinem Urteil verneint das BVwG eine mögliche erhebliche Beeinträchtigung des Europaschutzgebiets "Sandboden und Praterterrasse" durch mögliche Fernwirkungen auf die Großtrappe. Dabei stützt es sich auf

das Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen.

Bezüglich der Frage, ob aus naturschutzfachlicher Sicht eine erhebliche Beeinträchtigung des Europaschutzgebiets „Sandboden und Praterterrasse“ durch mögliche Fernwirkungen auf die Großtrappe (Meidung der Nähe zu WEA) ausgeschlossen werden kann, führt der Sachverständige folgendes aus:

*„Die Aussage der Antragstellerin, dass ein für die Großtrappe als Europaschutzgebiet ausgewiesener Gebietsteil wohl auch in den nächsten Jahren nicht regelmäßiger genutzt werden wird und die Abstandsempfehlungen aus diesem Grund eingehalten worden seien, lässt jedoch die Verpflichtung zur Wiederherstellung einer ausreichenden Flächengröße der Lebensräume der Großtrappe, die sich aus der Europaschutzgebietsverordnung ergibt, außer acht und ist daher aus fachlicher Sicht als Argument zurückzuweisen.*

*Im Gebiet „Parndorfer Platte und Heideboden“ ist für Bereiche, die 500 m oder weiter von der nächsten WEA entfernt sind, weder anhand der beobachteten Mindestabstände zu bestehenden WEA noch anhand eines Vergleichs zwischen der Habitatnutzung vor und nach der Errichtung von WEA eine Meidung als Brutplatz oder Einstandsgebiet für Großtrappen feststellbar. Alle „Großtrappen-Polygone“ im Gebiet „Sandboden und Praterterrasse“ sind mindestens 490 m von der jeweils nächstgelegenen WEA des geplanten Windparks Engelhartstetten entfernt und liegen daher in einem Abstandsbereich, für den keine Beeinträchtigung durch WEA feststellbar ist. Das Projekt verursacht daher keine Verminderung der Habitateignung in den Lebensräumen der Großtrappe.“*

Zwar führt der Sachverständige aus, dass der von ihm festgestellte Lebensraum der Großtrappe keine Verminderung der Habitateignung durch die Anlage erfährt, da dieser Lebensraum mindestens 490 m von den

nächstgelegenen Anlagen entfernt liege und eine allfällige Wiederherstellung einer ausreichenden Flächengröße des Lebensraums vom Vorhaben unberührt bleibe, da der Lebensraum sich in einem entsprechenden Abstand zur Windkraftanlage befinden würde, allerdings gibt es zu den anderen Vogelarten, die Schutzgegenstand sind, keine diesbezüglichen Feststellungen.

Das vom Sachverständigen zurückgewiesene Argument, eine aktuelle nicht regelmäßige Nutzung eines Gebietsteiles des Europaschutzgebietes, lasse die Verpflichtung zur Wiederherstellung einer ausreichenden Flächengröße der Lebensräume außeracht, ist auf alle Vogelarten anzuwenden, für welche das Europaschutzgebiet verordnet wurde.

Auch wenn innerhalb des Wirkungsbereichs der geplanten Anlage kein Lebensraum der Großtrappe festgestellt wurde, bedeutet dies nicht, dass für keine andere relevante Vogelart ein Lebensraum innerhalb des Wirkungsbereichs bestehen würde bzw. im Rahmen der verpflichtenden Wiederherstellung einer ausreichenden Flächengröße zu entwickeln wäre. Eine mögliche Gefährdung dieser Erhaltungsziele des Europaschutzgebietes wäre insbesondere im Zusammenwirken mit der landwirtschaftlichen Nutzung zu prüfen.

Die Verordnung zum Europaschutzgebiet Sandboden und Praterterrasse bestimmt als Schutzgegenstand (LGBl. 5500/6-3, § 14 Abs 2) die in Anhang I der Vogelschutz-Richtlinie angeführten Brutvogelarten:

*Rohrweihe (Circus aeruginosus), Wiesenweihe (Circus pygargus), Großtrappe (Otis tarda), Triel (Burhinus oediconemus), Ziegenmelker (Caprimulgus europaeus), Mittelspecht (Dendrocopos medius), Heidelerche (Lullula arborea), Brachpieper (Anthus campestris), Sperbergrasmücke (Sylvia nisoria), Neuntöter (Lanius collurio), Kaiseradler (Aquila heliaca), Blutspecht (Dendrocopos syriacus),*

sowie die in Anhang I der Vogelschutz-Richtlinie angeführten Durchzügler und



Wintergäste:

*Silberreiher (Egretta alba), Seeadler (Haliaeetus albicilla), Kornweihe (Circus cyaneus), Merlin (Falco columbarius),  
die im gegenständlichen Gebiet regelmäßig auftretenden Zugvogelarten.*

Als Erhaltungsziele sind in der Verordnung die Erhaltung oder Wiederherstellung einer ausreichenden Vielfalt und einer ausreichenden Flächengröße der Lebensräume aller unter Abs. 2 genannten Arten festgelegt (§ 14 Abs 3).

Der Gutachter schließt für einige relevante Vogelarten populationsrelevante Effekte durch die Kollision mit der geplanten Windkraftanlage mit nachstehender Begründung aus (Gutachten Teil 2, Seite 20):

*„Einige Arten treten überdies im Bereich des Windparks Engelhartstetten nur vereinzelt auf, so dass es selbst unter äußerst ungünstigen Annahmen betreffend die Kollisionsgefährdung nur sehr selten tatsächlich zu Kollisionen kommen könnte. Dies trifft auf Bekassine, Waldwasserläufer, Sturmmöwe, Bienenfresser, Wiedehopf und Raubwürger zu.“*

Mit dieser Begründung bedient er sich selbst des von ihm zurückgewiesenen Argumentes einer geringen Nutzung des Wirkungsbereichs der geplanten Anlage ohne jedoch die Verpflichtung zur Wiederherstellung einer ausreichenden Vielfalt und ausreichenden Flächengröße deren Lebensräume zu beachten. Das Versäumnis der Beachtung dieser Erhaltungsziele ist in zweifacher Hinsicht wesentlich:

Einerseits könnten durch das Vorhaben, im Wirkungsbereich der Anlage, wiederhergestellte Lebensräume, wegen Meidung, dieses Erhaltungsziel gefährden und andererseits, falls keine Meidung erfolgt und kollisionsgefährdete Arten vermehrt auftreten, die Mortalität durch Kollisionen populationsrelevante Effekte hervorrufen.

Eine Prüfung, wieweit und ob das Zusammenwirken der Umsetzung der Landnutzung und die Auswirkungen des geplanten Vorhabens die Erhaltungsziele beeinflussen, erfolgte nicht. Es entspricht auch der Rechtsprechung des EuGH die Beurteilung nicht auf den aktuellen Erhaltungszustand des Schutzgebietes abzustellen, sondern als maßgeblich jene Qualität eines Lebensraums anzunehmen, der im günstigsten Fall tatsächlich erreicht werden kann (vgl. EuGH C-404/09).

EuGH, C-404/09, Rn 132 ff:

*„Das Königreich Spanien wendet ein, dass dieser Verlust an Lebensraum für die Erhaltung des Auerhuhns keine Rolle spiele, weil in dem betroffenen Gebiet kein Paarungsgebiet liege.*

*Dieses Argument ist nicht stichhaltig, denn selbst wenn dieses Gebiet nicht als Paarungsgebiet genutzt werden könnte, ist **nicht auszuschließen, dass es von dieser Art zu anderen Zwecken als Lebensraum genutzt werden könnte, insbesondere als Aufenthaltsgebiet oder zur Überwinterung.***

*Außerdem kann nicht ausgeschlossen werden, dass dieses Gebiet, wäre dort der Betrieb nicht aufgenommen worden, nach von den Behörden zu diesem Zweck getroffenen Maßnahmen unter Umständen als Paarungsgebiet hätte benutzt werden können.*

*Insoweit ist zu beachten, dass sich der Schutz der BSG nicht auf die Abwehr externer, vom Menschen verursachter Beeinträchtigungen und Störungen beschränken darf, sondern je nach Sachlage auch positive Maßnahmen zur Erhaltung oder Verbesserung des Gebietszustands einschließen muss (Urteil Kommission/Österreich, Randnr. 59 und die dort angeführte Rechtsprechung).“*

Die Wiederherstellung einer ausreichenden Flächengröße der Lebensräume für die Erhaltung der Vogelarten sowie die Veranlassung der dazu erforderlichen Maßnahmen **beurteilt der EuGH u.a. als unentbehrliche Pflicht der Mitgliedsstaaten:**

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes verpflichtet Artikel 4 Absätze 1 und 2 der Vogelrichtlinie die Mitgliedstaaten dazu, ein BSG mit einem rechtlichen Schutzstatus auszustatten, der geeignet ist, u. a. das Überleben und die Vermehrung der in Anhang I aufgeführten Vogelarten sowie die Vermehrung, die Mauser und die Überwinterung der nicht in Anhang I aufgeführten, regelmäßig auftretenden Zugvogelarten sicherzustellen (vgl. EuGH C-209/19, Rn 32).

Insoweit ist daran zu erinnern, dass Art. 4 der Vogelschutzrichtlinie eine besonders gezielte und verstärkte Schutzregelung für die in Anhang I aufgeführten Arten und die Zugvogelarten vorsieht, die dadurch gerechtfertigt ist, dass es sich um die Arten handelt, die am stärksten bedroht sind bzw. ein gemeinsames Erbe der Gemeinschaft darstellen (Urteil vom 13. Juli 2006, Kommission/Portugal, C 191/05, Slg. 2006, I 6853, Randnr. 9 und die dort angeführte Rechtsprechung). Im Übrigen ergibt sich aus dem neunten Erwägungsgrund dieser Richtlinie, dass Schutz, Pflege oder Wiederherstellung einer ausreichenden Vielfalt und einer ausreichenden Flächengröße der Lebensräume für die Erhaltung aller Vogelarten unentbehrlich ist. Die **Mitgliedstaaten sind daher verpflichtet, die zur Erhaltung dieser Arten erforderlichen Maßnahmen zu erlassen** (Urteil vom 28. Juni 2007, Kommission/Spanien, C 235/04, Slg. 2007, I 0000, Randnr. 23).

Das Erreichen der Erhaltungsziele eines Schutzgebietes ist maßgeblich für die Frage einer Beeinträchtigung des Schutzgebietes im Sinne des Artikel 6 FFH Richtlinie (Urteil EuGH Rechtsache C-258/11) und nicht die alleinige Beurteilung, ob der aktuelle Erhaltungsgrad einzelner Arten sich

verschlechtere. Auch wenn Flächen nicht als Paarungs- oder wesentliches Aufenthaltsgebiet festgestellt werden, so ist die Prüfung unter dem Aspekt durchzuführen, ob diese Flächen durch allenfalls erforderliche Maßnahmen eine solche Eignung entwickeln könnten.

Das BVwG hätte daher allein auf Grund dieses schwerwiegenden Mangels der Prüfmethode die Analysemethode nicht anerkennen dürfen. Der Kenntnismangel der fehlenden Prüfung kumulativer Auswirkungen wurde nach Ansicht des Revisionswerbers nicht kompensiert. Der Sachverhalt zu bestehenden oder zu entwickelbaren Nahrungs- und Fortpflanzungsstätten im betroffenen Teil des Europaschutzgebietes Sandboden und Praterterrasse wurde nicht umfassend ermittelt.

Neben dem Mangel der Prüfmethode sind auch fehlende erforderliche Prüfinhalte zu beanstanden. Dies betrifft die bereits erwähnten Erhaltungsziele bezüglich Vogelarten, für welche das Vogelschutzgebiet „Sandboden und Praterterrasse“ verordnet wurde, aber auch Erhaltungsziele bezüglich Fledermausarten im Schutzgebiet „Donau Auen östlich von Wien“.

Laut Befund des gerichtlich beeideten Sachverständigen (Gutachten Teil 2, Seite 18) rechnet er für folgende Fledermausarten, dass die Tötungstatbestände gemäß Art. 12 Abs. 1 der FFH-RL durch den Betrieb der geplanten Anlage erfüllt werden:

*Abendsegler (Nyctalus noctula), Mopsfledermaus (Barbastella barbastellus), Breitflügelfledermaus (Eptesicus serotinus), Alpenfledermaus (Hypsugo savii), Kleinabendsegler (Nyctalus leisleri), Weißbrandfledermaus (Pipistrellus kuhlii), Rauhautfledermaus (Pipistrellus nathusii), Zwergfledermaus (Pipistrellus pipistrellus), Mückenfledermaus (Pipistrellus pygmaeus) und Zweifarbfledermaus (Vespertilius murinus).*

Die vorgeschriebenen Auflagen hält der Sachverständige für geeignet, die Kollisionswahrscheinlichkeit soweit zu reduzieren, dass es zu keinem absichtlichen Töten von Fledermäusen mehr kommt. Bezüglich der nicht vermeidbaren Kollisionen stellt er folgendes fest (Gutachten Teil 2, Seite 21):

*„Die (wenigen) trotzdem stattfindenden Kollisionen sind somit als unbeabsichtigtes Töten im Sinne des Art. 12 Abs. 4 der FFH-RL zu werten.*

*Im Fachbeitrag „Tiere, Pflanzen und Lebensräume“ zur UVE wird festgestellt, dass das unbeabsichtigte Töten an WEA im Zusammenwirken aller WEA in Ostösterreich negative Effekte auf die Populationen von Fledermausarten haben könnte. Da in Niederösterreich kein System zur Überwachung des unbeabsichtigten Tötens besteht, **fehlt (!) die Grundlage für eine fachliche Beurteilung dieser Frage. Daher kann auch nicht geklärt werden, ob spezifische Erhaltungsmaßnahmen erforderlich sind, die etwa eine Beschränkung für die Errichtung weiterer WEA umfassen könnten.**“*

Die festgestellte fehlende fachliche Beurteilung in Bezug auf mögliche negative Effekte bezieht sich dem zu Folge auf die Populationen von Abendsegler, Mopsfledermaus, Breitflügelfledermaus, Alpenfledermaus, Kleinabendsegler, Weißrandfledermaus, Rauhautfledermaus, Zwergfledermaus, Mückenfledermaus und Zweifarbfledermaus.

In seinen Erwägungen hätte das BVwG berücksichtigen müssen, dass zumindest die Fledermausart „Mopsfledermaus“ Schutzgegenstand des Europaschutzgebietes „Donau Auen östlich von Wien“ ist. Zwar wird die Anlage nicht direkt im Europaschutzgebiet „Donau Auen östlich von Wien“ errichtet, aber es besteht ein Wirkungsgefüge zwischen Schutzgebiet und Anlagenstandort, da bei Fledermäusen und Vögeln als flugfähige Tiere, von einer entsprechend großen Raumnutzung auszugehen ist.

Verordnung 5500/6-5 „Donau Auen östlich von Wien“, § 23 Abs 2 lautet wie

folgt:

*„Schutzgegenstand des FFH-Gebietes Donau-Auen östlich von Wien, AT1204000, sind folgende:*

*(...)*

*o in Anhang II der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie angeführte Tier- und Pflanzenarten:*

*Kleine Hufeisennase (Rhinolophus hipposideros), Mopsfledermaus (Barbastella barbastellus), Langflügelfledermaus (Miniopterus schreibersii), Großes Mausohr (Myotis myotis),(...)*

Auch aus diesem Grund hätte das BVwG nicht von einer Kompensation des Kenntnismangels kumulativer Effekte anderer Pläne und Projekte ausgehen dürfen. Der Sachverhalt zur Frage einer möglichen Beeinträchtigung der Mopsfledermaus durch das unabsichtliche Töten im Zusammenwirken aller Windkraftanlagen in Ostösterreichs, konnte mangels entsprechender Grundlagen, rechtlich nicht beurteilt werden.

Die Mopsfledermaus ist jedoch Schutzgegenstand des Europaschutzgebiets „Donau Auen östliche von Wien“, welches vom Sachverständigen dem Wirkungsbereich der geplanten Anlage zugerechnet wurde. Daher wäre es unerlässlich zu klären, ob das geplante Vorhaben negative Effekte auf die Population der Mopsfledermaus hat und allenfalls spezifisch Erhaltungsmaßnahmen erforderlich wären, da andernfalls keine Gewissheit zu erlangen ist, ob sich das Vorhaben nicht nachteilig auf die Erhaltungsziele des Europaschutzgebietes „Donau Auen östlich von Wien“ auswirkt.

All die unter Punkt 4.4. angeführten Rechtswidrigkeiten belasten das angefochtene Erkenntnis mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

## 5. Anträge

Die Revisionswerberin stellt sohin die

### **Anträge,**

der Verwaltungsgerichtshof möge:

1. nach Abschluss des Vorverfahrens gem § 39 Abs 1 Z 1 VwGG eine mündliche Verhandlung durchführen, und

a. der Revision Folge geben und das angefochtene Erkenntnis des BVwG vom 23.06.2016, GZ: W109 2107438-1/44E, gemäß § 42 Abs. 4 VwGG dahingehend abändern, dass der Genehmigungsbescheid der Nö Landesregierung vom 17.03.2016, RU4-U-773/025-2014, aufgehoben und der Nö Landesregierung zur neuerlichen Entscheidung zurückverwiesen wird,

*in eventu*

b. der Revision Folge geben und das angefochtene Erkenntnis des BVwG vom 23.06.2016, GZ: W109 2107438-1/44E, gemäß § 42 Abs. 4 VwGG dahingehend abändern, dass festgestellt wird, dass das Vorhaben der Windpark Engelhartstetten GmbH einem ordentlichen Genehmigungsverfahren nach dem UVP-G 2000 zu unterziehen ist,

*in eventu*

c. der Revision Folge geben und das angefochtene Erkenntnis des BVwG vom 23.06.2016, GZ: W109 2107438-1/44E, wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts gem § 42 Abs 2 Z 1 VwGG und/oder wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gem § 42 Abs 2 Z 3 lit b VwGG, aufheben sowie

2. gem §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung idgF erkennen, der Bund als zuständiger Rechtsträger ist schuldig, die der Revisionswerberin durch das Verfahren vor dem VwGH entstandenen Kosten im gesetzlichen Ausmaß zu Handen der ausgewiesenen Rechtsvertretung binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## II.

Die in der Revision dargestellte Problematik betrifft die Auslegung des Unionsrechts. Sollte der Verwaltungsgerichtshof zum Ergebnis kommen, dass die richtige Anwendung des Unionsrechts nicht als derart offenkundig erscheint, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt, stellt die Revisionswerberin folgende

### **Anregung,**

der Verwaltungsgerichtshof möge gem Art 267 AEUV iVm § 38b VwGG einen Antrag auf Vorabentscheidung der Frage der Auslegung des Art 6 Abs. 3 der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.05.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen sowie der Auslegung des Art 12 Abs 4 der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.05.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen an den Gerichtshof (EuGH) stellen:

#### Vorgeschlagene Fragestellungen:

1. Steht das Unionsrecht, insbesondere der Art 6 Abs 3 der der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.05.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, einer nationalen Rechtslage entgegen, wonach eine Naturverträglichkeitsprüfung gemäß § 10 Nö. NSchG 2000 auch dann angemessen ist, wenn bei fehlendem Wissen zu den Vorbelastungen bzw. anstehenden weiteren Belastungen durch andere



Pläne und Programme, dieser Kenntnismangel durch eine umfassende Anwendung des Vorsorgegrundsatzes kompensiert wird?

2. Ist Art 12 Abs 4 der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.05.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen dahin auszulegen, dass bei einem fehlenden System zur Überwachung des unbeabsichtigten Tötens dieses durch eine besondere Berücksichtigung des Vorsorgeprinzips kompensiert werden kann?

### **III. ANTRAG AUF ZUERKENNUNG DER AUFSCHIEBENDEN WIRKUNG**

Wie aus dem Vorbringen in der Revision ersichtlich, stehen zwingende öffentliche Interessen der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung nicht entgegen. Es gibt im Gegenteil aufgrund der nicht hinreichend geklärten Auswirkungen des Vorhabens auf die Umwelt, sogar ein öffentliches Interesse, dass eine aufschiebende Wirkung zuerkannt wird.

Ohne Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung würde nämlich die Umgebung während des laufenden Verfahrens der Gefahr von Beeinträchtigungen, ausgesetzt sein.

Die Revisionswerberin richtet sohin an den Verwaltungsgerichtshof den

**Antrag,**

der am 27.07.2016 eingebrachten Revision aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

**Forschungsgemeinschaft Wilhelminenberg**

KOSTENVERZEICHNIS

**Tarif: Verwaltungsgerichtshof**

|                      |     |          |
|----------------------|-----|----------|
| Ordentliche Revision | EUR | 922,00   |
| Summe USt-pflichtig  | EUR | 922,00   |
| 20% USt.             | EUR | 184,40   |
| Pauschalgebühr       | EUR | 240,00   |
| GESAMT               | EUR | 1.346,40 |