

# RECHT **RdU** DER UMWELT

Editorial:  
Mehr Wasser-  
recht!

Schriftleitung + Redaktion **Ferdinand Kerschner**

Redaktion **Wilhelm Bergthaler, Eva Schulev-Steindl**

Ständige Mitarbeiter **W. Berger, M. Bydlinski, D. Ennöckl, B.-C. Funk, D. Hinterwirth,**

**W. Hochreiter, P. Jabornegg, V. Madner, F. Oberleitner, B. Raschauer,**

**N. Raschauer, P. Sander, J. Stabentheiner, E. Wagner, R. Weiß**

April 2018

02

45 – 88

## Schwerpunkt Wasserrecht

### Wasserkraftwerke, Flusseintiefungen und nachträgliche Änderungen rechtskräftiger Bewilligungen

*Volker Mauerhofer und Gerhard Klasz* ➔ 49

**VwGH: Erweiterung der Ausnahme vom Verschlechterungsverbot**

*Chiara Rockenschaub* ➔ 76

**Leitsätze Schwerpunkt Wasserrecht** ➔ 73

## Beitrag

**Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot der Vogelschutzrichtlinie  
iZm Windenergieanlagen** *Thomas Neger und Peter Stadlober* ➔ 55

## Aktuelles Umweltrecht

**Besserer Vollzug des EU-Umweltrechts – Mitteilung der EK** ➔ 65

**Ökostrom-EinspeisetarifV 2018** ➔ 68

## Umwelt & Technik

**Haftung des gewerberechlichen Geschäftsführers Dritten gegenüber**

*Erika Wagner* ➔ U&T 26

## Rechtsprechung

**OGH bejaht Amtshaftung infolge fehlerhafter Baulandwidmung  
im Gefährdungsgebiet** *Claudia Jandl* ➔ 81

**OGH verneint Haftung bei Wasserschäden durch  
Fernwärmeübergabestation** *Claudia Jandl* ➔ 86

# Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot der Vogelschutzrichtlinie iZm Windenergieanlagen

Der Beitrag analysiert Aspekte der Umsetzung der RL 2009/147/EG über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (VSch-RL) in die österr Rechtsordnung, indem die unionsrechtlichen Vorgaben der VSch-RL iZm der Errichtung von Windenergieanlagen in den Bundesländern Kärnten und Steiermark dargestellt werden. IdZ ist auch näher auf die Rspr des EuGH zum artenschutzrechtlichen Tötungsverbot gem Art 5 VSch-RL einzugehen.

Von Thomas Neger und Peter Stadlober

## Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangslage
- B. Windenergie und Vogelschutz; Standortwahl
- C. Die Europäische Vogelschutz-RL (artenschutzrechtliches Tötungsverbot und Ausnahmen)
- D. Der Vogelschutz in Kärnten iZm der Errichtung von Windkraftanlagen (K-NSG)
- E. Der Vogelschutz in der Steiermark iZm der Errichtung von Windkraftanlagen (StNSchG 2017)
- F. Kein „öffentliches Interesse“ des Klimaschutzes
- G. Die VSch-RL im Verhältnis zur FFH-RL
- H. Mitwirkung von Umweltorganisationen in naturschutzrechtlichen Bewilligungsverfahren
- I. Zusammenfassung und Resümee

## A. Ausgangslage

In Österreich sind mit Stand Ende 2017 1.260 Windkraftanlagen errichtet worden.<sup>1)</sup> Durch den Umstieg von fossilen Brennstoffen auf erneuerbare Energien wird der Strombedarf stetig steigen. IdS ist in Österreich im Jahr 2018 der Zubau von 68 neuen Windkraftanlagen geplant.<sup>2)</sup> Am 16. 1. 2018 hat der Steirische Landtag die – von der Stmk LReg erarbeitete – (neue) „Klima- und Energiestrategie Steiermark 2030“<sup>3)</sup> beschlossen.<sup>4)</sup> Diese sieht ua die Anhebung des Anteils an erneuerbaren Energien auf 40% vor. Obgleich die Klima- und Energiestrategie Steiermark 2030 konsta-

tiert, dass „das Windkraftpotential in der Steiermark nicht so ausgeprägt wie im Nordosten von Österreich“<sup>5)</sup> sei, ist darin vorgesehen, die **Windenergieerzeugung in der Steiermark von rund 0,8 Petajoule (Stand 2015) bis 2030 auf 4,5 Petajoule annähernd zu versechsfachen (!)**.<sup>6)</sup> Die vermehrte Anzahl an (genehmigten) Windkraftanlagen stellt aber auch eine wesentliche Bedrohung für den Bestand der heimischen Vogelarten und deren Lebensräume dar.

Um die im europäischen Gebiet der MS der EU wildlebenden Vogelarten zu schützen und deren Lebensräume zu bewahren, wurde die **RL 2009/147/EG über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten**<sup>7)</sup> (im Folgenden „VSch-RL“) erlassen. Konkretes Ziel der VSch-RL ist die Erhaltung der im europäischen Gebiet

## RdU 2018/36

Art 5, 9 VSch-RL;  
§ 9 Abs 7 K-NSG;  
§ 27 Abs 3  
StNSchG 2017

EuGH 8. 7. 1987,  
C-247/85;  
7. 3. 1996,  
C-118/94;  
26. 1. 2012,  
C-192/11;  
VfGH 29. 6. 2017,  
E 875/2017

Vogelschutz;  
Artenschutz;  
Naturschutz;  
Windkraft;  
Anwendungsvorrang Unionsrecht

1) [www.igwindkraft.at/?xmlval\\_id\\_key\[0\]=1047](http://www.igwindkraft.at/?xmlval_id_key[0]=1047) (alle Links aufgerufen am 24. 1. 2018).

2) Vgl *IG Windkraft*, Windkraft in Österreich. Jahresanfangspressekonferenz 10. 1. 2018; <https://windfakten.at/mmedia/download/2018.01.09/1515508826794413.pdf>

3) [www.technik.steiermark.at/cms/dokumente/12449173\\_142705670/f9e55343/KESS2030\\_Web\\_Seiten.pdf](http://www.technik.steiermark.at/cms/dokumente/12449173_142705670/f9e55343/KESS2030_Web_Seiten.pdf)

4) Vgl auch *Kleine Zeitung*, Klima-Plan: Windkraft soll versechsfacht werden, 17. 1. 2018, 16f.

5) *Amt der Steiermärkischen Landesregierung, Fachabteilung Energie und Wohnbau (FAEW), Referat Energietechnik und Klimaschutz (Hrsg)*, Klima- und Energiestrategie Steiermark 2030 (2017) 24.

6) Vgl *Amt der Steiermärkischen Landesregierung, Fachabteilung Energie und Wohnbau (FAEW), Referat Energietechnik und Klimaschutz (Hrsg)*, Klima- und Energiestrategie Steiermark 2030, 25f.

7) RL 2009/147/EG des EP und des Rates v 30. 11. 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl L 2010/20, 7.

der MS wildlebenden Vogelarten. Dazu sollen Maßnahmen in den MS gesetzt werden, die negativ einwirkende Faktoren auf die Vogelbestände, wie die Zerstörung und Verschmutzung der Lebensräume, möglichst verhindern sollen.<sup>8)</sup> Die **Umsetzung der VSch-RL** erfolgt in Österreich insb in den NaturschutzG der Bundesländer. Da der Naturschutz gem Art 15 B-VG in die Kompetenz der Länder fällt, ist dieser in den jeweiligen Bundesländern gesondert geregelt. Windkraftanlagen werden oftmals in der freien Landschaft, dh etwa außerhalb von geschlossenen Siedlungen oder Gewerbeparks,<sup>9)</sup> errichtet. Daher bedarf es in den meisten Fällen einer **naturschutzrechtlichen Bewilligung**. Im Folgenden werden Aspekte der Umsetzung der VSch-RL im Krnt und Stmk NSchG und die Auswirkungen der VSch-RL iZm der Errichtung von Windenergieanlagen in diesen Bundesländern näher betrachtet.

Bevor jedoch auf die artenschutzrechtliche Komponente des Vogelschutzes iZm der Errichtung von Windparks näher eingegangen wird, sollen zunächst allgemein und ohne Anspruch auf Vollständigkeit mögliche Auswirkungen von Windkraftanlagen auf Vögel sowie bisher genutzte (raumordnungsrechtliche) Planungsinstrumente zur Bestimmung geeigneter Standorte dargestellt bzw analysiert werden.

## B. Windenergie und Vogelschutz; Standortwahl

Aufgrund des Klimawandels steigt die Nachfrage nach erneuerbarer Energie. Windkraft stellt dabei ein Verfahren der Stromerzeugung aus regenerativen Quellen dar. Durch den Ausbau von Windkraftanlagen, welcher auch im Alpenraum betrieben wird, vergrößern sich die **Konfliktpotentiale** insb aus der Sicht des Natur- und Artenschutzes. Dies gilt aus ökologischen und topografischen Gründen verstärkt für den österr Alpenraum und hier besonders für die wegen des Windangebots für Windkraftanlagen interessanten, exponierten Bereiche in der höheren Montan-, Subalpin- und Alpinstufe (Bergsättel und -kämme, Hangkuppen, Passlandschaften). Negative Auswirkungen von Windkraftanlagen ergeben sich etwa durch kollisionsbedingte Mortalität, indirekte Habitatsverluste, Hindernis- und Scheueffekte oder direkte Lebensraumzerstörung. Zusätzlich zu beachten sind naturschutzfachlich relevante Eingriffe durch die Errichtung von Infrastrukturen, wie den Bau neuer, breiter Zufahrtsstraßen für die Errichtung der Anlagen und Leitungstrassen.<sup>10)</sup>

Es ist grundsätzlich schwierig, **Kollisionen** von Tieren mit Windkraftanlagen systematisch zu erfassen. So weisen größere Vogelarten, insb Greifvögel, die höchsten Opferzahlen auf. Beim Seeadler, dessen Bestand in Österreich ohnehin schon sehr gering ist, betrug in Deutschland die Mortalitätsrate, die durch Windkraftanlagen verursacht wurde, zwischen 2002 und 2010 7,2%. Des Weiteren wurde von der norwegischen Insel Smøla bekannt, dass der Seeadler-Brutbestand von 13 auf fünf Paare nach Errichtung eines großen Windparks gesunken ist.<sup>11)</sup>

Um derartige negative Einwirkungen auf Vogelarten in Österreich bestmöglich zu verhindern, ist es

ue die wichtigste Methode, bereits auf Ebene von allgemeinen (verwaltungsbehördlichen) Plänen bzw Programmen die **richtige, präventive Standortwahl** sicherzustellen. So sind Nationalparks, Naturschutzgebiete, Kernzonen von Biosphärenreservaten, flächenhafte Naturdenkmäler und geschützte Landschaftsbestandteile generell von Windkraftanlagen freizuhalten.<sup>12)</sup> Selbiges sollte etwa auch für Puffer-, Schon- und Ruhezone gemäß dem Energieprotokoll<sup>13)</sup> der Alpenkonvention gelten.<sup>14)</sup> Aus diesem Grund erfolgten in den vergangenen Jahren in diversen Bundesländern, in denen vermehrt Windkraftanlagen errichtet wurden/geplant sind, Festlegungen in Form von speziellen (Raumordnungs-)Programmen auf Ebene der generellen (verwaltungsbehördlichen) Planerlassung.<sup>15)</sup> Inhalt dieser Programme ist im Wesentlichen, an welchen Standorten die Errichtung von Windkraftanlagen zulässig ist.<sup>16)</sup>

Ein „**Good-Practice**“-Beispiel für eine solche vorbereitende Standortwahl ist das Bgld. Dieses hat vorab bei der Erstellung eines „**Regionalen Rahmenkonzepts für Windkraftanlagen**“ ein umfangreiches Monitoring über die Auswirkungen von Windkraftanlagen auf Vögel durchgeführt. Diese Daten wurden einbezogen und – neben der Untersuchung neuer Gebiete – bestehende Verbotszonen evaluiert. Zusätzlich wird bei Genehmigungen verstärkt auf umfangreiche Ausgleichsmaßnahmen gesetzt, um negativen Auswirkungen von Windparks insb für Greifvögel entgegenzuwirken. Diese Ausgleichsmaßnahmen zielen auf eine Verbesserung der Nahrungsflächen und Sicherung wichtiger Elemente, wie bspw Horstbäume und Sitzwarten, ab.<sup>17)</sup>

Auch in der Stmk wurde 2013 auf Basis von § 11 Stmk Raumordnungsg 2010 (StROG)<sup>18)</sup> ein Entwicklungsprogramm für den Sachbereich Windenergie (**SAPRO Windenergie**) erlassen.<sup>19)</sup> Das SAPRO Windenergie umfasst – als raumordnungsrechtliche V – den Geltungsbereich der Alpenkonvention in der Stmk und enthält nähere Vorgaben über die Eignung oder Nicht-Eignung von Flächen für die Errichtung von

8) Vgl ErwGr 5 und 6 VSch-RL.

9) Vgl etwa § 5 Abs 1 Krnt Naturschutzgesetz (K-NSG) LGBl-K 2002/79 idF LGBl-K 2017/57.

10) *Wichmann/Uhl/Weißbair*, Das Konfliktpotential zwischen Windkraftnutzung und Vogelschutz in Oberösterreich (2012) 3; [www.ooe-umweltanwaltschaft.at/Mediendateien/Projektbericht\\_Tabuzonen.pdf](http://www.ooe-umweltanwaltschaft.at/Mediendateien/Projektbericht_Tabuzonen.pdf)

11) *Von Lindeiner*, Windkraft und Vogelschutz, ANLIEGEN NATUR 36 (1), 2014, 41 f; [www.anl.bayern.de/publikationen/anliegen/doc/an36107lindeiner\\_2014\\_windkraft\\_und\\_vogelschutz.pdf](http://www.anl.bayern.de/publikationen/anliegen/doc/an36107lindeiner_2014_windkraft_und_vogelschutz.pdf)

12) *Von Lindeiner*, ANLIEGEN NATUR 36 (1), 2014, 40.

13) Protokoll zur Durchführung der Alpenkonvention von 1991 im Bereich Energie – Protokoll „Energie“ BGBl III 2002/237 idF BGBl III 2005/110.

14) Vgl dazu auch *T. Neger*, Die Berücksichtigung von Puffer-, Schon- und Ruhezone nach dem Energieprotokoll bei der Errichtung von Energieanlagen, in *Essl/Schmid* (Hrsg), Das Protokoll „Energie“ der Alpenkonvention (2016) 65.

15) *T. Neger* in *Essl/Schmid* (Hrsg), 65 (70 ff).

16) *Schachinger/T. Neger*, Kritische Aspekte der aktuellen Festlegungen von Eignungszonen für Windkraftanlagen, ZTR 2013, 179.

17) *WWF Österreich*, Burgenland – ein Best Practice-Beispiel für ökologisch verträglichen Windkraft-Ausbau? 17, 21; [www.wwf.at/de/view/files/download/showDownload/?tool=12&feld=download&sprach\\_connect=2614](http://www.wwf.at/de/view/files/download/showDownload/?tool=12&feld=download&sprach_connect=2614)

18) LGBl-St 49/2010 idF LGBl-St 2017/117.

19) Entwicklungsprogramm für den Sachbereich Windenergie (SAPRO Windenergie) LGBl-St 2013/72 idF LGBl-St 2014/106.

Windkraftanlagen.<sup>20)</sup> Darin werden Ausschlusszonen, in denen die Errichtung von Windkraftanlagen mit einer Nennleistung ab 0,5 MW nicht zulässig ist, Vorrangzonen,<sup>21)</sup> in denen die Errichtung von Windkraftanlagen konzentriert werden soll, und Eignungszonen,<sup>22)</sup> welche die Vorrangzonen ergänzen sollen, definiert.<sup>23)</sup> Gem § 2 Abs 2 SAPRO Windenergie sollen bei der Festlegung von Gebieten für Windkraftanlagen auch Grundsätze des Natur- und Landschaftsschutzes berücksichtigt werden. Eine vertiefte Prüfung möglicher relevanter Schutzgüter wie bspw „Vögel“ oder „Fledermäuse“ wird allerdings nicht gefordert. Dies soll in den Vorrangzonen erst in allfälligen nachfolgenden Genehmigungsverfahren wie zB UVP-Verfahren erfolgen.<sup>24)</sup>

Laut dessen § 6 ist das SAPRO Windenergie spätestens fünf Jahre nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern. Aktuell wird das SAPRO Windkraft auf Behördenebene gerade entsprechend überarbeitet.<sup>25)</sup> Dabei sollen dem Vernehmen nach insb auch die Vorrangflächen für neue Windparks ausgebaut werden.<sup>26)</sup> Ob nunmehr – insb bei der Festlegung weiterer Vorrangzonen – ein entsprechend umfangreiches Monitoring über die Auswirkungen von Windkraftanlagen auf Vögel bereits auf Ebene der Planerlassung durchgeführt werden wird, um eine richtige, präventive Standortwahl sicherzustellen und damit auch die Rechts- und Planungssicherheit für potentielle Investoren zu erhöhen, bleibt abzuwarten.

Eine ähnliche Regelung wie das SAPRO Windenergie wurde auch in Krnt mit der (mittlerweile überarbeiteten) **Windkraftstandorträume-Verordnung** erlassen.<sup>27)</sup> Ziel dieses ebenso raumordnungsrechtlichen Rechtsakts ist es, gem § 1 Windkraftstandorträume-V die energetische Nutzung der Windpotentiale des Landes Krnt zu ermöglichen und dabei die Eigenart der Krnt Landschaft weitgehend zu erhalten. Dabei erstreckt sich der Anwendungsbereich dieser V auf die raumordnungsfachliche Zulässigkeit von Windparks in Krnt. Als Windpark gelten gem § 3 Abs 1 Windkraftstandorträume-V drei oder mehr Windkraftanlagen am selben Standortraum. Dafür werden in § 4 Abs 1 Windkraftstandorträume-V generell jene Standorte definiert, die für die Nutzung der Windkraft grundsätzlich geeignet sein sollen, sowie in Abs 2 jene Standorträume, in denen Windparks nicht zulässig sind.<sup>28)</sup> Demnach kommen ua besondere Schutzgebiete sowie „ökologische Sonderstandorte, an denen die Errichtung oder der Betrieb von Windparks mit den Schutzziele der FFH-Richtlinie oder der Vogelschutz-Richtlinie nicht im Einklang steht“, nicht in Betracht. Nach dem Umweltbericht, der gem § 3 lit a Krnt Umweltplanungsgesetz (K-UPG)<sup>29)</sup> für die Erlassung der Windkraftstandorträume-V verpflichtend erstellt werden musste, stellt diese aber keine Positivplanung dar, deren Auswirkungen aufgrund von bereits erfolgten Gebietsfestlegungen etwa in Form von Windpark-Vorrangzonen überprüfbar wären. Die Entscheidungskriterien der V dienen daher lediglich als eine Basis für eine Vorselektion, dass Standorträume, an denen wesentliche negative Umweltauswirkungen bei der Realisierung von Windkraftanlagen erwartbar sind, von

vornherein für potentielle Projektanten als planerische Tabuzonen ausgeschieden werden. Dadurch beinhaltet die V va Beurteilungskriterien für die Negativselektion ungeeigneter Standorte. Zudem können die mit dieser V festgelegten Zulassungskriterien erst bei Vorliegen konkreter Projekte auf ihre Einhaltung überprüft werden.<sup>30)</sup>

Zusammengefasst lässt sich somit konstatieren, **dass mit der Errichtung von Windkraftanlagen oftmals ein erheblicher (grundsätzlich negativer) Einfluss auf heimische Vogelarten einhergeht.** Eine Maßnahme, derartige negative Auswirkungen bestmöglich zu verhindern, wäre, bereits vorab (vor der Einleitung eines Projektgenehmigungsverfahrens) zu überprüfen, welche Gebiete besonders schutzbedürftig für die heimischen Vogelarten sind. Hierbei besteht bspw seitens des Landes Stmk noch Nachholpotential. Zwar wurde ein (raumordnungsrechtliches) Entwicklungsprogramm für den Sachbereich Windenergie erarbeitet, dies jedoch, ohne in den ausgewiesenen Gebieten, in welchen die Errichtung von Windkraftanlagen zulässig sein soll, eine vertiefte Prüfung bspw hinsichtlich der Schutzgüter „Vögel“ oder „Fledermäuse“ vorzunehmen. Somit bedarf es in den ausgewiesenen Vorrang- bzw Eignungszonen derzeit auf Projektebene umfangreicher weiterer Überprüfungen, ob zB der Vogelbestand durch den beabsichtigten Bau von Windkraftanlagen negativ betroffen sind wird. Dies gilt umso mehr für die Krnt Windkraftstandorträume-V, die im Wesentlichen lediglich als eine Basis für eine Vorselektion nicht geeigneter Standorte für Windkraftanlagen dient. →

20) Vgl *Stöger*, Das Steiermärkische Sachprogramm Windenergie, RdU-U&T 2014, 102; siehe zur Nutzung raumordnungsrechtlicher Instrumente iZm der Errichtung von Windkraftanlagen im Alpenraum auch *Schlögl*, Windkraft in der Raumordnung der Bundesländer, RFG 2015, 60.

21) Diese sind: Steinriegel, Pretul, Oberzeiring, Hochpürschling, Handalm und Gaberl.

22) Diese sind: Roßkogel, Präbichl, Pongratzer Kogel, Perchauer Eck, Kraubatheck, Hubereck, Herrenstein, Fürstkogel und Freiländer Alm.

23) Vgl *T. Neger in Ess/Schmid* 65 (71 ff).

24) Siehe *Amt der Steiermärkischen Landesregierung – Abteilung 7 Landes- und Gemeindeentwicklung*, Entwicklungsprogramm für den Sachbereich Windenergie. Verordnung, Erläuterungen, Umweltbericht (2013), 40; [www.raumplanung.steiermark.at/cms/dokumente/11825666\\_99496236/20efdd65/Sapro%20Wind\\_Publikation%20HP\\_reduziert](http://www.raumplanung.steiermark.at/cms/dokumente/11825666_99496236/20efdd65/Sapro%20Wind_Publikation%20HP_reduziert)

25) Vgl *Amt der Steiermärkischen Landesregierung, Fachabteilung Energie und Wohnbau (FAEW), Referat Energietechnik und Klimaschutz* (Hrsg), Klima- und Energiestrategie Steiermark 2030, 19 f.

26) Vgl *Kleine Zeitung*, 17. 1. 2018, 16 f; *Kleine Zeitung*, Lackmustest steht erst bevor, 17. 1. 2018, 17.

27) V der Krnt LReg v 12. 7. 2016, 03-Ro-ALL-373/24–2016, mit der das Sachgebietsprogramm für Standorträume von Windkraftanlagen neu erlassen wird (Windkraftstandorträume-V), LGBl-K 2016/46.

28) Vgl Erläut zur neuen Windkraftstandorträume-V 5; [www.ktn.gv.at/Service/Amtliche-Informationen-ALT/Bekanntmachungen%20der%20Landesregierung%20als%20Planungsbehoerde](http://www.ktn.gv.at/Service/Amtliche-Informationen-ALT/Bekanntmachungen%20der%20Landesregierung%20als%20Planungsbehoerde)

29) LGBl-K 2004/52 idF LGBl-K 2016/24.

30) Vgl Umweltbericht gem § 3 lit a K-UPG zur neuen Windkraftstandorträume-Verordnung; enthalten in den Erläut zur neuen Windkraftstandorträume-V 8 ff, [www.ktn.gv.at/Service/Amtliche-Informationen-ALT/Bekanntmachungen%20der%20Landesregierung%20als%20Planungsbehoerde](http://www.ktn.gv.at/Service/Amtliche-Informationen-ALT/Bekanntmachungen%20der%20Landesregierung%20als%20Planungsbehoerde)

### C. Die Europäische Vogelschutz-RL (artenschutzrechtliches Tötungsverbot und Ausnahmen)

Die VSch-RL hat das Ziel, den Schutz und die Erhaltung von Vogelarten, die im europäischen Gebiet der MS beheimatet sind, zu garantieren. Dieser Schutz gilt gem Art 1 VSch-RL für **sämtliche wildlebenden Vogelarten, die im europäischen Gebiet der MS heimisch sind**. Umfasst sind die **Vögel, ihre Eier, Nester sowie Lebensräume**. Um diesen Schutz zu garantieren, haben nach Art 2 und 3 VSch-RL die MS erforderliche Maßnahmen zu treffen, um den Bestand der in den MS heimischen wildlebenden Vogelarten sowie deren Lebensräume zu erhalten. Demnach haben die MS Schutzgebiete einzurichten, die Pflege und ökologisch richtige Gestaltung der Lebensräume in und außerhalb von Schutzgebieten sicherzustellen, zerstörte Lebensstätten wiederherzustellen sowie neue Lebensstätten zu schaffen.<sup>31)</sup> IdZ wurden in Österreich bis dato 98 Vogelschutzgebiete mit einer Fläche von rund 10.000 km<sup>2</sup> ausgewiesen.<sup>32)</sup>

Als ein Kernelement regelt die VSch-RL in Art 5 das **artenschutzrechtliche Tötungsverbot**, welches den Schutz der umfassten Vogelarten garantieren soll. Dieses beinhaltet das Verbot

- des absichtlichen Tötens oder Fangens, ungeachtet der angewandten Methode;
- der absichtlichen Zerstörung oder Beschädigung von Nestern und Eiern und der Entfernung von Nestern;
- des Sammelns der Eier in der Natur und des Besitzes dieser Eier, auch in leerem Zustand;
- ihres absichtlichen Störens, insb während der Brut- und Aufzuchtzeit, sofern sich diese Störung auf die Zielsetzung dieser RL erheblich auswirkt;
- des Haltens von Vögeln der Arten, die nicht bejagt oder gefangen werden dürfen.

Zusammengefasst ist demnach insb sowohl das absichtliche Töten oder Fangen der geschützten Vögel als auch das Zerstören ihrer Lebensräume verboten.<sup>33)</sup>

**Ausnahmen** von diesem artenschutzrechtlichen Tötungsverbot lässt die VSch-RL **nur in einem äußerst eingeschränkten Umfang** zu. Art 9 Abs 1 VSch-RL erlaubt Abweichungen von den in Art 5 VSch-RL normierten Verboten nur

- im Interesse der Gesundheit und der öffentlichen Sicherheit,
  - im Interesse der Sicherheit der Luftfahrt,
  - zur Abwendung erheblicher Schäden an Kulturen, Viehbeständen, Wäldern, Fischereigebieten und Gewässern,
  - zum Schutz der Pflanzen- und Tierwelt;
- zu Forschungs- und Unterrichtszwecken, zur Aufstockung der Bestände, zur Wiederansiedlung und zur Aufzucht iZm diesen Maßnahmen;
- um unter streng überwachten Bedingungen selektiv den Fang, die Haltung oder jede andere vernünftige Nutzung bestimmter Vogelarten in geringen Mengen zu ermöglichen.

Eine Abweichung aus anderen Gründen, etwa „sonstigen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“, ist in der VSch-RL nicht vorgesehen.

Art 9 Abs 1 VSch-RL ist **abschließend (taxativ) zu verstehen**, dh, dass er nicht gegenüber weiteren Ausnahmegründen offen ist. Dies ergibt sich aus zahlreichen U des EuGH bezüglich der Anwendung der VSch-RL. So hat dieser bereits im U v 8. 7. 1987, C-247/85, bezüglich der damals gültigen VSch-RL (RL 79/409/EWG) entschieden, dass der Begriff des „örtlichen Interesses“ nicht zu den in Art 9 Abs 1 der RL **abschließend aufgezählten Gründen** gehört, aus denen die MS von den Schutzbestimmungen der RL abweichen dürfen.<sup>34)</sup> Diese Auslegung bekräftigte der EuGH in seinem U v 7. 3. 1996, C-118/94, indem er Folgendes festhielt:

„Art 9 Abs 1 RL 79/409 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, der die Möglichkeit der Abweichung der MS von dem in den Art 5 und 7 der RL niedergelegten allgemeinen Verbot der Bejagung geschützter Arten vorsieht, sofern es keine andere zufriedenstellende Lösung gibt und die Abweichung auf einem der **abschließend aufgeführten Gründe** beruht, und Art 9 Abs 2, der die strengen Formkriterien nennt, denen solche Abweichungen entsprechen müssen, sind dahin auszulegen, dass sie den MS die Zulassung dieser Abweichungen nur durch Maßnahmen gestatten, die eine hinreichend ausführliche Bezugnahme auf die in Art 9 Abs 1 und 2 vorgesehenen Angaben enthalten“<sup>35)</sup> (Hervorhebungen durch die Autoren).

„Zu der in Art 9 RL vorgesehenen Möglichkeit der Abweichung von den die Jagd beschränkenden Vorschriften und den anderen Einschränkungen und Verboten nach den Art 5, 6 und 8 RL hat der Gerichtshof festgestellt, dass diese drei Bedingungen unterliegt. Erstens muss der MS die Abweichung auf den Fall beschränken, dass es keine andere zufriedenstellende Lösung gibt. Zweitens muss **die Abweichung mindestens auf einem der in Art 9 Abs 1 lit a, b und c abschließend aufgeführten Gründe beruhen**. Drittens muss die Abweichung den in Art 9 Abs 2 genannten strengen Formkriterien entsprechen, die die Abweichungen auf das unbedingt Notwendige beschränken und ihre Überwachung durch die Kommission ermöglichen sollen. Obwohl dieser Art eine weitgehende Abweichung von der allgemeinen Schutzregelung gestattet, sieht er also nur eine konkrete und gezielte Anwendung vor, um bestimmten Erfordernissen und besonderen Situationen Rechnung zu tragen (U v 8. 7. 1987, Rs 247/85, Kommission/Belgien, Slg 1987, 3029, Rn 7, und Rs 262/85, Kommission/Italien, Slg 1987, 3073, Rn 7)“<sup>36)</sup> (Hervorhebungen durch die Autoren).

Zwar beziehen sich die beiden vorhin dargestellten U des EuGH auf die Vorgänger-RL der nun in Kraft stehenden VSch-RL 2009/147/EG, jedoch bestätigte und konkretisierte der EuGH in einer weiteren E, **dass die Gründe in Art 9 auch für die „neue“ VSch-RL als abschließend zu interpretieren sind**. So hat der EuGH in der E v 26. 1. 2012, C-192/11, genau über die Frage

31) Art 3 Abs 2 VSch-RL.

32) Vgl [www.umweltbundesamt.at/umweltschutz/naturschutz/natura\\_2000/vrl\\_gebiete\\_alp/](http://www.umweltbundesamt.at/umweltschutz/naturschutz/natura_2000/vrl_gebiete_alp/)

33) Vgl Art 5 lit a, b und d VSch-RL.

34) Vgl EuGH 8. 7. 1987, C-247/85, Rn 58.

35) EuGH 7. 3. 1996, C-118/94, 2. Leitsatz.

36) EuGH 7. 3. 1996, C-118/94, Rn 21.

entscheiden müssen, inwieweit der (mitgliedstaatliche) Gesetzgeber Ausnahmen bezüglich der in der VSch-RL genannten Verbote festlegen darf. Dazu führte der EuGH aus, dass der im Recht der Republik Polen für die Erteilung einer Ausnahme vom artenschutzrechtlichen Tötungsverbot vorgesehene Tatbestand, welcher die Möglichkeit der Ausnahmeerteilung auch aus anderen als den in der VSch-RL erwähnten Gründen vorsah, ua aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art oder positiver Folgen für die Umwelt, nicht von der VSch-RL gedeckt ist. Gründe, welche das Recht der Republik Polen für die Ausnahmeerteilung vorsah, **darunter Gründe des überwiegenden öffentlichen oder wirtschaftlichen Interesses, sind laut EuGH nicht in den abschließenden Ausnahmetatbeständen des Art 9 Abs 1 VSch-RL erwähnt.**<sup>37)</sup>

Die Judikatur des EuGH stellt somit klar, dass eine **Regelung, die über die in Art 9 Abs 1 VSch-RL genannten Ausnahmegründe hinaus eine Abweichung von den in Art 5 VSch-RL geregelten Verboten gewähren würde, nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist.** Des Weiteren ergibt sich daraus, dass nur eine hinreichend klare und präzise innerstaatliche Bestimmung eine Abweichung vom Tötungsverbot begründen könnte.

#### D. Der Vogelschutz in Kärnten iZm der Errichtung von Windkraftanlagen (K-NSG)

Das Krnt Naturschutzgesetz (K-NSG) regelt in § 17 Abs 2 die **allgemeinen Schutzbestimmungen** für Tiere. Diese Regelung besagt, dass *„freilebende, nicht als Wild geltende und nicht dem Fischereirecht unterliegende Tiere samt allen ihren Entwicklungsformen [...] weder mutwillig beunruhigt, verfolgt, gehalten, verletzt oder getötet werden [dürfen]. Der Lebensraum solcher Tiere (Nist-, Brut- und Laichplätze, Einstände) ist von menschlichen Eingriffen möglichst unbeeinträchtigt zu belassen.“*

Um den Schutz der Tiere und die Erhaltung der Lebensräume zu garantieren, kann die LReg gem § 17 Abs 3 K-NSG Schutzmaßnahmen durch V näher festlegen. Dabei hat sie ua die Regelungen der Art 5 ff VSch-RL zu berücksichtigen. Ausnahmen von diesen allgemeinen Schutzbestimmungen sind gem § 22 Abs 2 K-NSG nur unter Beachtung der Ausnahmetatbestände des Art 9 VSch-RL möglich.

§§ 4 ff K-NSG sehen für bestimmte Maßnahmen in der freien Landschaft<sup>38)</sup> oder der Alpinregion eine **naturschutzrechtliche Bewilligungspflicht** vor. Seit der Nov LGBl-K 2017/57 statuiert § 5 Abs 1 lit m K-NSG explizit eine Bewilligungspflicht für die Errichtung von Windkraftanlagen sowie von Freileitungen mit einer Netzspannung über 36 kV in der freien Landschaft. Eine derartige **Anlage darf grundsätzlich nur dann bewilligt werden, wenn sie die Vorgaben des § 9 Abs 1 K-NSG einhält.** Demnach darf zB eine Bewilligung dann nicht erteilt werden, wenn durch das Vorhaben oder die Maßnahme das Landschaftsbild nachhaltig nachteilig beeinflusst oder das Gefüge des Haushalts der Natur im betroffenen Lebensraum nachhaltig

beeinträchtigt würde.<sup>39)</sup> Eine nachhaltige Beeinträchtigung des Gefüges des Haushalts der Natur liegt nach § 9 Abs 2 K-NSG dann vor, wenn der Bestand oder der Lebensraum von seltenen, gefährdeten oder geschützten Tierarten wesentlich beeinträchtigt oder vernichtet werden würde.

Dass durch Windkraftanlagen das Landschaftsbild nachhaltig nachteilig beeinflusst wird, kann in Krnt durchaus in vielen Fällen zutreffen. Sehr oft aber hat die Errichtung von Windkraftanlagen negative Auswirkungen sowohl auf den Bestand als auch auf den Lebensraum von heimischen wildlebenden Vogelarten, was eine nachhaltige Beeinträchtigung des Gefüges des Haushalts der Natur nahelegt.

§ 9 Abs 7 K-NSG regelt allerdings, dass eine **Versagung** einer Bewilligung dann **nicht erfolgen darf, „wenn das öffentliche Interesse an den beantragten Maßnahmen unter dem Gesichtspunkt des Gemeinwohles höher zu bewerten ist als das öffentliche Interesse an der Bewahrung der Landschaft vor störenden Eingriffen“.** Dies **kollidiert** bereits mit den **allgemeinen Schutzbestimmungen** gem § 17 K-NSG, wonach der Lebensraum von Tieren von menschlichen Eingriffen möglichst unbeeinträchtigt bleiben soll und **jegliche Ausnahme** davon gem § 22 Abs 2 nur unter den **Ausnahmetatbeständen** des Art 9 VSch-RL möglich ist. Würde durch die Errichtung, den Betrieb bzw Bestand einer Windkraftanlage daher gegen das artenschutzrechtliche Tötungsverbot verstoßen werden, darf der **Ausnahmetatbestand des „höher zu wertenden öffentlichen Interesses“** gem § 9 Abs 7 K-NSG **für die Begründung** der naturschutzrechtlichen Bewilligung **per se nicht herangezogen werden.** Vielmehr sind in einem solchen Fall ausschließlich die in Art 9 Abs 1 der VSch-RL genannten Ausnahmegründe einschlägig. Die Zulassung von Ausnahmen/Erteilung einer Genehmigung aus anderen Gründen würde gegen das K-NSG selbst sowie auch die höherrangige VSch-RL verstoßen, da Art 9 Abs 1 VSch-RL, wie oben näher dargestellt, abschließend zu verstehen ist.

Zwar verweist § 9 K-NSG nicht unmittelbar auf die allgemeinen Schutzbestimmungen in § 17 K-NSG. Dass diese aber auch bei der Bewilligung zu beachten sind, ergibt sich bereits aus dem **Anwendungsvorrang des Unionsrechts.** § 17 Abs 3 K-NSG statuiert, wie vorhin bereits erwähnt, dass die Regelungen der Art 5 ff VSch-RL beim Schutz der Tiere und der Erhaltung ihrer Lebensräume zu berücksichtigen sind. Demnach wäre es nicht zulässig, § 9 Abs 7 K-NSG derart anzuwenden, dass diese Bestimmung als (weiterer) „Ausnahmetatbestand“ iZm geschützten Vogelarten herangezogen würde. Dadurch würde nämlich auch unmittelbar gegen Art 9 Abs 1 VSch-RL und damit gegen übergeordnetes Unionsrecht verstoßen werden. Somit kommen in einem naturschutzrechtlichen Bewilligungsverfahren dann, wenn geschützte Vogelarten nach der VSch-RL oder deren Lebensräume gefährdet

37) Vgl EuGH 26. 1. 2012, C-192/11, Rn 36, 37, 39 und 43.

38) Gem § 5 Abs 1 K-NSG ist dies der Bereich außerhalb von geschlossenen Siedlungen, Gewerbeparks und den zu diesen Bereichen gehörigen besonders gestalteten Flächen, wie Vorgärten, Haus- und Obstgärten und Parkplätzen.

39) § 9 Abs 1 lit a und b K-NSG.

werden, nur die Ausnahmegründe nach Art 9 Abs 1 der VSch-RL in Betracht und nicht etwa „andere höher zu wertende öffentliche Interessen“.

Zudem wäre in einem solchen Fall die **VSch-RL wohl auch unmittelbar anwendbar**. Eine RL kann dann unmittelbar angewendet werden, wenn die RL entweder nicht innerhalb der Umsetzungsfrist oder nur unzureichend umgesetzt wurde und die RL selbst hinreichend bestimmt ist. Wie sich aus den zuvor zitierten U des EuGH ergibt, ist der „Ausnahmegrund“ des „öffentlichen Interesses“ nicht mit den in Art 9 Abs 1 VSch-RL geregelten Ausnahmegründen vereinbar. Des Weiteren ist die „Ausnahme“ des § 9 Abs 7 K-NSG des „höher zu wertenden öffentlichen Interesses unter dem Gesichtspunkt des Gemeinwohles“ als eine bei Weitem zu unpräzise und unklare Bestimmung zu bewerten.<sup>40)</sup> Somit ist die VSch-RL im K-NSG – zumindest iZm naturschutzrechtlichen Bewilligungsverfahren – nicht ausreichend umgesetzt worden. **Für § 9 Abs 7 K-NSG bleibt iZm der Bewilligung von Windkraftanlagen, sofern geschützte Vogelarten im Sinne des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots betroffen sind, kein Anwendungsräum für die Vollzugsorgane. Die Bestimmung darf daher – jedenfalls aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts – nicht vollzogen werden.**

#### E. Der Vogelschutz in der Steiermark iZm der Errichtung von Windkraftanlagen (StNSchG 2017)

Mit 1. 8. 2017 ist in der Stmk ein neues Naturschutzgesetz (StNSchG 2017) in Kraft getreten.<sup>41)</sup> Dieses soll den aktuellen Anforderungen bezüglich des Naturschutzes entsprechen und die Pflege der Natur und der Landschaft in der Stmk nach den heutigen Erfordernissen regeln.<sup>42)</sup>

§ 3 StNSchG 2017 regelt den **allgemeinen Schutzzweck**, der bei allen Vorhaben berücksichtigt werden muss. Dabei wird der Schutz des Naturhaushalts in seinem Wirkungsgefüge, des Landschaftscharakters sowie des Landschaftsbilds genannt (§ 3 Abs 1 StNSchG 2017). Eine nachhaltige Beeinträchtigung des Naturhaushalts in seinem Wirkungsgefüge liegt laut § 3 Abs 2 StNSchG 2017 insb vor, wenn durch den Eingriff seltene oder gefährdete Tierarten, deren Lebensräume oder Lebensgrundlagen in ihrer Vielfalt oder Häufigkeit geschädigt werden. Eingriffe iS dieses Gesetzes sind Veränderungen der Gestalt oder Nutzung von Grundflächen oder der Landschaftsstruktur, die auf zumindest eines der in § 3 Abs 1 StNSchG 2017 aufgezählten Schutzgüter nicht nur unbedeutende Auswirkungen haben. Die Beeinträchtigung der genannten Güter muss mit einer gewissen Ernst zu nehmenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden. Maßstäbe für die Schwere einer Beeinträchtigung können ua die Dauer der Beeinträchtigung oder die Größe der beanspruchten Fläche sein.<sup>43)</sup>

Ebenso, wie es für gewisse Bauten in der freien Landschaft einer naturschutzrechtlichen Bewilligung gem § 5 K-NSG bedarf, bedarf es bspw gem § 8 Abs 3 StNSchG 2017 für gewisse Bauten in Landschaftsschutzgebieten einer **naturschutzrechtlichen Bewilli-**

**gung**. In der Stmk sind ca 33% des Landesgebiets Landschaftsschutzgebiete. Diese umfassen unterschiedliche Landschaftsräume, von den alpinen Hochlagen über die ausgedehnten Wirtschaftswaldungen, den inneralpinen Talzügen zu den Hügellandschaften der West- und Oststeiermark und Auwaldbereichen entlang der Mur bis Radkersburg. Landschaftsschutzgebiete sollen Typlandschaften der Stmk sein, die sich durch eine besondere Eigenständigkeit bäuerlicher Kulturlandschaft, durch eine jeweils charakteristische Ausstattung von Landschaftselementen oder durch naturräumlich hochwertige Lebensräume von den umgebenden Landschaftsbereichen abheben.<sup>44)</sup> Zwar nennt anders als das K-NSG § 8 Abs 3 StNSchG 2017 nicht explizit die Errichtung einer Windkraftanlage als ein bewilligungspflichtiges Vorhaben, jedoch bedarf nach § 8 Abs 3 Z 2 ohnehin die Errichtung von nicht im Bauland liegenden Bauten in den Landschaftsschutzgebieten einer Bewilligung. Daher sind auch Windkraftanlagen, die in Landschaftsschutzgebieten errichtet werden, gem § 8 Abs 3 Z 2 StNSchG 2017 bewilligungspflichtig. Weiters statuiert etwa § 28 Abs 1 StNSchG 2017, dass Vorhaben innerhalb und außerhalb von Europaschutzgebieten, die einzeln oder im Zusammenwirken mit anderen Vorhaben nach Ermittlung und Untersuchung der Auswirkungen auf die in der V angeführten Schutzgüter zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Schutzzwecks oder Schutzziels führen können, einer Prüfung auf ihre Verträglichkeit mit dem Schutzzweck oder Schutzziel bedürfen (Naturverträglichkeitsprüfung).

Auf den ersten Blick könnte die Meinung aufkommen, dass die VSch-RL im neuen StNSchG 2017 besser als im K-NSG umgesetzt worden sei. In § 18 Abs 2 StNSchG 2017 wurden sinngemäß die in Art 5 VSch-RL genannten Verbote sowie in § 18 Abs 5 StNSchG 2017 die in Art 9 VSch-RL genannten Ausnahmen hinsichtlich dieser Verbote implementiert. Somit ist anders als im K-NSG klar geregelt, nach welchen Voraussetzungen ein Eingriff in die Verbotsnormen des Vogelschutzes (zB das artenschutzrechtliche Tötungsverbot) möglich ist. **§ 18 Abs 2 StNSchG 2017** regelt demnach für die von der VSch-RL **geschützten Vogelarten**, unabhängig davon, ob eine Windkraftanlage nach den Vorschriften des StNSchG 2017 bewilligungspflichtig ist, **folgende Verbote**:

- das absichtliche Töten oder Fangen, ungeachtet der angewandten Methode,
- die absichtliche Zerstörung oder Beschädigung sowie Entfernung von Nestern und Eiern aus der Natur, einschließlich deren Besitz auch in leerem Zustand,
- das absichtliche Stören, insb während der Brut- und Aufzuchtzeit, sofern sich diese Störung erheblich auswirkt,
- das Halten von wildlebenden Vögeln aller Art, die nicht bejagt oder gefangen werden dürfen, und

40) Vgl etwa auch EuGH 26. 1. 2012, C-192/11.

41) Stmk NSchG 2017 LGBl-St 2017/71.

42) Vgl AB Stmk LT, EZ/OZ 178/7, 17. GP StLT.

43) Erläut AB EZ 178/8, 17. GP StLT 2.

44) Erläut AB EZ 178/8, 17. GP StLT 6.

- den Besitz oder Verkauf von lebenden und toten wildlebenden Vögeln und von deren ohne Weiteres erkennbaren Teilen oder aus diesen Tieren gewonnenen Erzeugnissen sowie deren Beförderung und Halten für den Verkauf und das Anbieten zum Verkauf.

Ausnahmen sind demnach gem § 18 Abs 5 StNSchG 2017 nur

- im Interesse der Volksgesundheit und der öffentlichen Sicherheit;
- im Interesse der Sicherheit der Luftfahrt;
- zur Abwendung erheblicher Schäden an Kulturen, Viehbeständen, Wäldern, Fischereigeieten und Gewässern;
- zum Schutz der Tier- und Pflanzenwelt und der Pilze;
- zu Forschungs- und Unterrichtszwecken, zur Aufstockung der Bestände, zur Wiederansiedlung und zur Aufzucht iZm diesen Maßnahmen;
- unter streng überwachten Bedingungen, zum selektiven Fang, zur selektiven Haltung oder zu jeder anderen vernünftigen Nutzung bestimmter wildlebender Vögel in geringen Mengen;

zulässig.

Ebenso wie im K-NSG regelt das StNSchG 2017 in § 27, dass Bewilligungen für Vorhaben ua nach § 8 Abs 3 grundsätzlich nur dann zu erteilen sind, wenn von diesen Vorhaben keine Beeinträchtigungen iSd § 3 Abs 1 zu erwarten sind. Eine Bewilligung ist allerdings nach § 27 Abs 3 StNSchG 2017 **auch dann zu erteilen, „wenn das überwiegende öffentliche Interesse an dem Vorhaben höher zu bewerten ist als das öffentliche Interesse an der Bewahrung von Natur und Landschaft vor störenden Eingriffen. In diesem Fall ist durch Auflagen sicherzustellen, dass die nachhaltigen Wirkungen des Vorhabens oder der Maßnahme möglichst gering gehalten werden.“** Im Falle der **Errichtung einer Windkraftanlage wird ein „überwiegendes öffentliches Interesse“ an dem Vorhaben in Fällen, wo geschützte Vogelarten betroffen sind, jedoch niemals eine Bewilligung rechtfertigen können.** Da Windkraftanlagen oftmals geeignet sind, gegen die artenschutzrechtlichen Verbote des Art 5 VSch-RL bzw § 18 Abs 2 StNSchG 2017 zu verstoßen, könnten sie nur bei Vorliegen der Ausnahmeveraussetzungen des § 18 Abs 5 StNSchG 2017 (bzw des Art 9 Abs 1 VSch-RL) bewilligt bzw betrieben werden. Jeglicher Versuch einer Legitimierung durch ein „überwiegendes öffentliches Interesse“ würde, wie oben bereits näher erläutert, gegen das StNSchG 2017 selbst sowie die höherrangige VSch-RL verstoßen. **Auch für § 27 Abs 3 StNSchG 2017 bleibt iZm der Bewilligung von Windkraftanlagen, sofern geschützte Vogelarten betroffen sind, kein Anwendungsraum für die Vollzugsorgane (siehe dazu auch bereits die obigen Ausführungen zur Kärntner Rechtslage). Auch diese Bestimmung darf daher – jedenfalls aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts – nicht vollzogen werden.**

Selbiges gilt für die Bestimmungen des § 27 Abs 4 S 2 und Abs 5 StNSchG 2017, da diese an die Regelung des § 27 Abs 3 StNSchG 2017 anknüpfen. Gem § 27 Abs 4 StNSchG 2017 ist eine Bewilligung von der Beh dann zu versagen, wenn eine nachhaltige

Verunstaltung oder die nachhaltigen Wirkungen des Vorhabens oder der Maßnahme durch die Vorschreibung von Auflagen oder Bedingungen gem § 27 Abs 2 und 3 leg cit nicht gering gehalten werden können. Laut § 27 Abs 4 S 2 StNSchG 2017 kann die Beh anstelle der Untersagung des Vorhabens oder der Maßnahme auf Antrag der Antragstellerin/des Antragstellers, unabhängig von einer Bewilligung gem § 28 leg cit, Ausgleichsmaßnahmen vorschreiben, wenn damit eine wesentliche Verbesserung des Landschaftsbilds oder Naturhaushalts erreicht wird und diese Verbesserung die nachteiligen Auswirkungen des Vorhabens oder der Maßnahme erheblich überwiegt. § 27 Abs 5 StNSchG 2017 sieht darüber hinaus vor, dass dann, wenn ein Ausgleich der nachhaltigen Wirkungen des Vorhabens oder der Maßnahme nicht möglich sein sollte, der Antragstellerin/dem Antragsteller ein Beitrag vorzuschreiben ist, der den Kosten von Ausgleichsmaßnahmen gem § 27 Abs 4 leg cit entspricht. Er bildet eine Einnahme des Landes und ist für die Erreichung der Ziele dieses Gesetzes zu verwenden. **UE verbietet der Anwendungsvorrang des Unionsrechts den Vollzugsorganen auch die Anwendung der Bestimmungen des § 27 Abs 4 S 2 und Abs 5 StNSchG 2017, um eine Bewilligung für Windkraftanlagen erteilen zu können, sofern dadurch gegen die artenschutzrechtlichen Verbote des Art 5 VSch-RL bzw § 18 Abs 2 StNSchG 2017 verstoßen würde.**

Eine interessante Neuerung zur alten Rechtslage und Unterscheidung zum K-NSG weist das StNSchG 2017 allerdings bezüglich des **Vogelschutzes bei der Errichtung von nicht nach dem StNSchG 2017 zu genehmigenden Windkraftanlagen** auf. So regelt § 18 Abs 9 Z 1 StNSchG 2017, dass spätestens drei Monate vor Beginn der Ausführung von naturschutzrechtlich nicht bewilligungspflichtigen Windkraftanlagen der LReg Unterlagen bezüglich der Einhaltung der artenschutzrechtlichen Bestimmungen vorzulegen sind. Eine Verpflichtung zur Vorlage eines artenschutzrechtlichen Gutachtens beinhaltet dies jedoch nicht.<sup>45)</sup> Zwar wird eine Windkraftanlage in den meisten Fällen einer naturschutzrechtlichen Bewilligung bedürfen. Für nicht genehmigungspflichtige Vorhaben ist allerdings ebenfalls dann, wenn geschützte Vogelarten beeinträchtigt werden, aufgrund der allgemeinen artenschutzrechtlichen Verbote und mangels Möglichkeit einer Ausnahmegenehmigung grundsätzlich keine rechtliche Zulässigkeit gegeben.

## F. Kein „öffentliches Interesse“ des Klimaschutzes

Selbst wenn man – entgegen der oben vertretenen Auffassung – in einem „(überwiegenden) öffentlichen Interesse“ einen Ausnahmegrund hinsichtlich artenschutzrechtlicher Verbotstatbestände bzw für die Legitimierung einer naturschutzrechtlichen Bewilligung erblicken würde, dürfte es schwierig zu argumentieren sein, weshalb dieses gegenüber dem öffentlichen Interesse des Naturschutzes, insb dem Artenschutz, überwiegen sollte. Ein wesentliches Argument, das wieder-

45) Erläut AB EZ 178/8, 17. GP StLT 9.



holt für die Errichtung von Windkraftanlagen ins Treffen geführt wird, ist, dass es sich dabei um eine etablierte Methode der regenerativen Energiegewinnung handle und dies einen wichtigen **Beitrag gegen den Klimawandel darstelle und zu einer Reduktion der Treibhausgasemissionen führe**.<sup>46)</sup>

Allerdings dürfte sich aufgrund der Rspr des VfGH die Argumentation des Klimaschutzes als ein in rechtlicher Hinsicht zu berücksichtigendes öffentliches Interesse als **schwierig erweisen**. So judizierte der VfGH erst kürzlich in seiner E zur beabsichtigten dritten Piste des Flughafens Wien-Schwechat,<sup>47)</sup> dass die Einbeziehung des Klimaschutzes bei einer Interessenabwägung nach dem Luftfahrtgesetz (LFG)<sup>48)</sup> willkürlich und somit verfassungswidrig ist. In dem dem zitierten Erk des VfGH vorangegangenen UVP-Verfahren zur Genehmigung der Errichtung einer dritten Start-Lande-Piste für den Flughafen Wien-Schwechat argumentierte das Bundesverwaltungsgericht (BVwG), dass es nach § 71 Abs 1 lit d LFG, welcher von „*sonstigen öffentlichen Interessen*“ spricht, möglich sei, auch den Klimaschutz als Erwägungsgrund heranzuziehen, ob eine Zivilflugplatz-Bewilligung erteilt werden kann. So zog das BVwG ua für die Begründung eines überwiegenden (öffentlichen) Interesses des Klimaschutzes (welches seiner Ansicht nach der Bewilligung einer dritten Piste für den Flughafen Wien-Schwechat entgegenstehen sollte) das Kyoto-Protokoll sowie das Übereinkommen von Paris und deren Ziele der Verringerung der Treibhausgasemissionen heran. Zudem führte das BVwG neben Werten von CO<sub>2</sub>-Emissionen, die sich aus den Start- und Landevorgängen von Luftfahrzeugen ergeben (sog „LTO-Emissionen“), auch solche des internationalen Luftverkehrs (Emissionen während des Flugs, sog „Cruise-Emissionen“) ins Treffen und rechnete diese zur Gänze dem Vorhaben zu. Dazu hielt der VfGH fest, dass diese beiden internationalen Abkommen aber nicht unmittelbar anwendbar seien. Aus diesen könne nicht abgeleitet werden, dass Projekte, die eine gewisse Erhöhung der Emissionen von klimarelevanten Gasen bewirken würden, nicht zulässig wären.<sup>49)</sup> Daher hat das BVwG laut VfGH in Verkennung der Rechtslage seine E mit einem in die Verfassungssphäre reichenden Vollzugsfehler belastet. Der VfGH judizierte schließlich, dass aufgrund des gehäuften Verkennens der Rechtslage die E des BVwG mit Willkür belastet war und die Parteien im Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz verletzt hat, weshalb der VfGH die E des BVwG aufgehoben hat.<sup>50)</sup>

Aus der dargestellten Judikatur des VfGH ergibt sich nunmehr im **Umkehrschluss**, dass eine Argumentation, wonach für die Errichtung von Windkraftanlagen der Klimaschutz als wesentliches (überwiegendes) öffentliches Interesse ins Treffen geführt wird, **grundsätzlich ebenfalls nicht zulässig erscheint**. Es sprechen somit gute Gründe dagegen, dass für die rechtliche Legitimierung der Errichtung von Windkraftanlagen das Kyoto-Protokoll oder das Übereinkommen von Paris herangezogen werden können. Zudem kann uE der Ausstoß von Emissionen bzw – e contrario – auch deren Reduktion nur lokal gesehen werden. In der zitierten E des VfGH wird nämlich auch angedeu-

tet, dass nur solche Emissionen, die unmittelbar durch den Betrieb der Anlage entstehen, bei der Bewertung des öffentlichen Interesses miteinbezogen werden dürfen (keine Zurechnung von „Cruise-Emissionen“ zum Vorhaben). Daher kann immer nur der mögliche Nutzen des konkret anhängigen Projekts an dem konkreten Standort berücksichtigt und nicht eine Gesamtbeurteilung angestellt werden, in welchem Ausmaß Windkraftanlagen allgemein zur Reduktion von Treibhausgasemissionen beitragen.<sup>51)</sup>

Zusammengefasst lässt sich daher sagen, dass das Erk des VfGH zur dritten Piste des Flughafens Wien-Schwechat die Heranziehung des Klimaschutzes zur (uE per se europarechtswidrigen) naturschutzrechtlichen Legitimierung von Windkraftanlagen, welche das artenschutzrechtliche Tötungsverbot tangieren, wegen eines „(überwiegenden) öffentlichen Interesses“ quasi verunmöglicht haben dürfte.

### G. Die VSch-RL im Verhältnis zur FFH-RL

Die **Fauna-Flora-Habitat-RL** (im Folgenden: FFH-RL)<sup>52)</sup> hat zum Ziel, wildlebende Arten, deren Lebensräume und die europaweite Vernetzung dieser Lebensräume zu sichern und zu schützen. Dieses Ziel soll mit dem Aufbau des europäischen Schutzgebietsnetzes „Natura 2000“ erreicht werden. Die MS sind verpflichtet, Gebiete zu nennen, zu erhalten und zu entwickeln, in denen Arten und Lebensräume von europaweiter Bedeutung vorkommen.<sup>53)</sup> Die FFH-RL wird, ebenso wie die VSch-RL, in Österreich insb in den einzelnen NaturschutzG der Länder umgesetzt.

Wie auch in der VSch-RL (in Art 5) nennt die FFH-RL in Art 12 ua **Verbote**, die jegliche absichtliche Form von **Fang oder Tötung** von Tieren sowie jede Störung dieser Tierarten ausschließen. **Der Katalog der Ausnahmen** von diesen Verboten geht in Art 16 FFH-RL allerdings **weiter als in Art 9 VSch-RL**. So nennt Art 16 Abs 1 lit c FFH-RL neben der Volksgesundheit und der öffentlichen Sicherheit auch noch „*andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art oder positive Folgen für die Umwelt*“.

Daraus könnte versucht werden zu argumentieren, dass, um Wertungswidersprüche zwischen der FFH-RL und der VSch-RL zu verhindern, auch für den Schutz der Vögel als Ausnahmetatbestand Gründe des „öffentlichen Interesses“ herangezogen werden könnten. Allerdings wäre eine solche Bezugnahme auf die Ausnahmegründe der FFH-RL bei der Anwendung der VSch-RL unzulässig. **Die Ausnahmebestim-**

46) Vgl zB *Von Lindeiner*, Windkraft und Vogelschutz, ANLIEGEN NATUR 36 (1), 2014, 39.

47) VfGH 29. 6. 2017, E 875/2017.

48) BGBl 1957/253 idF BGBl I 2017/92.

49) Vgl dazu etwa auch VwGH 24. 8. 2011, 2010/06/0002.

50) VfGH 29. 6. 2017, E 875/2017.

51) Vgl etwa auch VGH München 6. 10. 2014, 22 ZB 14.1079.

52) RL 92/43/EWG des Rates v 21. 5. 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABIL 1992/206, 7.

53) [www.umweltbundesamt.at/umweltschutz/naturschutz/ffh\\_richtlinie/](http://www.umweltbundesamt.at/umweltschutz/naturschutz/ffh_richtlinie/)

mung „andere zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses oder positive Folgen für die Umwelt“ gilt lediglich für die FFH-RL, nicht jedoch für die VSch-RL, die explizit etwas anderes vorsieht. Würde man nämlich diesen in der FFH-RL normierten Ausnahmegrund auf die VSch-RL erstrecken, so würde dies den klaren Wortlaut der VSch-RL verlassen. (Weitergehende) Ausnahmegründe aus der FFH-RL können daher nicht im Wege der Interpretation auf die VSch-RL ausgedehnt bzw. übertragen werden. Dies wäre auch durch eine Analogie nicht möglich. Einer analogen Anwendung steht nämlich einerseits entgegen, dass hier kein allgemeiner Rechtsgedanke, sondern lediglich ein Ausnahmetatbestand vorliegt, und andererseits auch, dass keine planwidrige Regelungslücke gegeben ist. Die in Art 9 Abs 1 VSch-RL normierten Ausnahmegründe stellen nämlich Regelungen mit Ausnahmecharakter dar. Zudem ist die Aufzählung auch, wie bereits oben erläutert, abschließend. Schon aus den einschlägigen (bereits dargestellten) U des EuGH<sup>54</sup>) ergibt sich hinreichend, dass – da Art 9 Abs 1 VSch-RL als abschließend zu verstehen ist – es nicht möglich ist, aus einer anderen RL, etwa der FFH-RL, einen (weiteren) Ausnahmegrund zu entnehmen und in Art 9 Abs 1 VSch-RL quasi hineinzudeuteln. Hinzu kommt, dass die Schutzintentionen der VSch-RL einerseits und der FFH-RL andererseits nicht deckungsgleich sind.

Mit diesem Thema befasste sich auch bereits das dt Bundesverwaltungsgericht, das feststellte:

„Entgegen der Auffassung des Bekl beurteilt sich die Rechtmäßigkeit des Planfeststellungsbeschlusses nach Art 4 Abs 4 VRL und nicht nach dem weniger strengen Schutzregime, das Art 6 Abs 3 und 4 der RL 92/43/EWG des Rates v 21. 5. 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (ABl EG Nr L 206 S 7 – Habitatrichtlinie – FFH-RL) und die seiner Umsetzung dienende Vorschrift des § 34 BNatSchG errichten“<sup>55</sup>) (Hervorhebung durch die Autoren).

Somit unterscheidet sich die FFH-RL wesentlich von der VSch-RL und kann im Hinblick auf Ausnahmebestimmungen aufgrund des „weniger strengen Schutzregimes“ nicht bei Anwendungsfällen der VSch-RL analog herangezogen werden.

## H. Mitwirkung von Umweltorganisationen in naturschutzrechtlichen Bewilligungsverfahren

Schließlich ist im vorliegenden Zusammenhang auch noch auf die jüngst durch den EuGH erneut gestärkten Beteiligungsmöglichkeiten von Umweltorganisationen hinzuweisen. So hat der EuGH – ausgehend von einem österr (wasserrechtlichen) Fall – festgehalten, dass es **Umweltorganisationen ermöglicht werden muss, wasserrechtliche Entscheidungen**, die sich auf die Umwelt nachteilig auswirken können, **vor einem Gericht anzufechten**. Dies gilt grundsätzlich für jegliche wasserrechtlichen Verfahren, welche Vorhaben betreffen, die europäisches Umweltrecht tangieren. Weiters

hat der EuGH zur österr Rechtslage festgestellt, dass Umweltorganisationen nicht nur eine gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit der Entscheidung einzuräumen ist, sondern dass sich diese **auch bereits am verwaltungsbehördlichen wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren für Vorhaben, welche europäisches Umweltrecht tangieren, beteiligen können müssen**, da dies in Österreich Voraussetzung ist, um gegen den verfahrensbeendenden Bescheid einen gerichtlichen Rechtsbehelf (Bescheidbeschwerde) zu erheben. Schließlich hat der EuGH auch noch festgehalten, dass aufgrund der aktuellen österr Rechtslage das **Präklusionsregime** des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes (§ 42 AVG) hinsichtlich Umweltorganisationen in wasserrechtlichen Verfahren, welche Vorhaben betreffen, die europäisches Umweltrecht tangieren, **grundsätzlich nicht angewandt werden darf, da dies ansonsten europarechtswidrig wäre**.<sup>56</sup>)

Dieses U des EuGH wird uE jedoch nunmehr nicht nur für Verfahren nach dem WRG, sondern insb **auch für Verfahren nach den NaturschutzG der Länder entscheidende Bedeutung einnehmen**. Umweltorganisationen werden daher ab sofort aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts bspw auch in naturschutzrechtlichen Bewilligungsverfahren – zumindest sofern diese auf Unionsrecht fußen (zB VSch-RL oder FFH-RL) – Mitwirkungs- und insb Rechtsschutzmöglichkeiten einzuräumen sein. Darüber hinaus sprechen auch durchaus gute Gründe dafür, dass Umweltorganisationen bereits abgeschlossene naturschutzrechtliche Verfahren quasi nachträglich wieder aufrollen könnten, da wohl nur die wenigsten der verfahrensabschließenden Bescheide den Umweltorganisationen bislang zugestellt wurden (was Voraussetzung für den Beginn der Rechtsmittelfrist ist), das Präklusionsregime des AVG nicht greift und wohl auch nur in Ausnahmefällen Umweltorganisationen bis dato in einem naturschutzrechtlichen Verfahren als Partei auftreten konnten. Es dürften also durchaus spannende (neue) Zeiten auch auf das Naturschutz(verfahrens)recht zukommen.

## I. Zusammenfassung und Resümee

- Mit der Errichtung von Windkraftanlagen geht oftmals ein erheblicher (grundsätzlich negativer) Einfluss auf heimische Vogelarten einher. Eine Maßnahme, derartigen negativen Auswirkungen zu einem möglichst frühen Zeitpunkt zu begegnen, wäre, bereits bei der Standortwahl (vor der Einleitung eines Projektgenehmigungsverfahrens) zu überprüfen, welche Gebiete besonders schutzbedürftig für die heimischen Vogelarten sind. Hierbei besteht bspw seitens der Bundesländer Stmk und Krnt noch Nachholpotential.
- Der Schutzzumfang der VSch-RL erstreckt sich auf sämtliche wildlebenden Vogelarten, die im europäischen Gebiet der Mitgliedstaaten heimisch sind.

54) Vgl zB EuGH 8. 7. 1987, C-247/85, Rn 58; EuGH 7. 3. 1996, C-118/94, 2. Leitsatz, Rn 21; EuGH 26. 1. 2012, C-192/11, Rn 39 und 43.

55) BVerwG Deutschland 8. 1. 2014, 9 A 4.13, Rn 39.

56) Vgl EuGH 20. 12. 2017, C-664/15.

Geschützt sind neben den Vögeln selbst ua auch deren Lebensräume. Insb das in Art 5 VSch-RL normierte artenschutzrechtliche Tötungsverbot soll den Schutz der umfassten Vogelarten garantieren. Demnach sind ua sowohl das absichtliche Töten oder Fangen von geschützten Vögeln als auch das Zerstören ihrer Lebensräume verboten.

- Die VSch-RL lässt gem Art 9 Abs 1 Ausnahmen von diesem artenschutzrechtlichen Tötungsverbot nur in einem äußerst eingeschränkten Umfang zu. Die Aufzählung der Ausnahmetatbestände in Art 9 Abs 1 VSch-RL hat taxativen (abschließenden) Charakter, weshalb weitere, in der VSch-RL nicht explizit angeführte Ausnahmen nicht möglich sind. So rechtfertigen insb „sonstige zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“, wie etwa der Klimaschutz, keine Ausnahme vom artenschutzrechtlichen Tötungsverbot. Mitgliedstaatliche Regelungen zur Umsetzung der VSch-RL, welche über die in Art 9 Abs 1 VSch-RL genannten Ausnahmegründe hinaus eine Abweichung von den in Art 5 VSch-RL geregelten Verboten zulassen, sind nicht mit dem Unionsrecht vereinbar.
- In Österreich erfolgt die Umsetzung der VSch-RL in den NSchG der Bundesländer. Windkraftanlagen bedürfen idR einer naturschutzrechtlichen Bewilligung. Unabhängig davon gilt das artenschutzrechtliche Tötungsverbot jedoch auch bei naturschutzrechtlich nicht bewilligten Windkraftvorhaben. § 9 Abs 7 Krnt NSchG normiert, dass eine Versagung einer naturschutzrechtlichen Bewilligung (etwa für eine Windkraftanlage) dann nicht erfolgen darf, „wenn das öffentliche Interesse an den beantragten Maßnahmen unter dem Gesichtspunkt des Gemeinwohles höher zu bewerten ist als das öffentliche Interesse an der Bewahrung der Landschaft vor stören-

den Eingriffen“. Auch nach § 27 Abs 3 Stmk NSchG 2017 ist eine Bewilligung dann zu erteilen, „wenn das überwiegende öffentliche Interesse an dem Vorhaben oder der Maßnahme höher zu bewerten ist als das öffentliche Interesse an der Bewahrung von Natur und Landschaft vor störenden Eingriffen“.

- Für § 9 Abs 7 K-NSG und § 27 Abs 3 Stmk NSchG 2017 bleibt – aufgrund des artenschutzrechtlichen Tötungsverbots – iZm der Bewilligung von Windkraftanlagen, sofern geschützte Vogelarten betroffen sind, kein Anwendungsraum für die Vollzugsorgane. Die Bestimmungen dürfen daher – jedenfalls aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts – nicht vollzogen werden.
- Durch das Erk des VfGH zur dritten Piste des Flughafens Wien-Schwechat dürfte die Heranziehung des Klimaschutzes zur (uE per se europarechtswidrigen) naturschutzrechtlichen Legitimierung von Windkraftanlagen, welche geschützte Vogelarten beeinträchtigen, wegen eines „(überwiegenden) öffentlichen Interesses“ quasi verunmöglicht worden sein.
- Die FFH-RL unterscheidet sich wesentlich von der VSch-RL und kann im Hinblick auf Ausnahmebestimmungen aufgrund des „weniger strengen Schutzregimes“ nicht bei Anwendungsfällen der VSch-RL analog herangezogen werden.
- Umweltorganisationen wird ab sofort aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts auch in naturschutzrechtlichen Bewilligungsverfahren – zumindest sofern diese auf Unionsrecht fußen (zB VSch-RL oder FFH-RL) – Parteistellung einzuräumen sein und Rechtsmittellegitimation zukommen. Auch bereits abgeschlossene naturschutzrechtliche Verfahren könnten so allenfalls durch Umweltorganisationen nachträglich wieder aufge-  
rollt werden.

### → In Kürze

Durch den verstärkten Ausbau von Windkraftanlagen, welcher auch im Alpenraum betrieben wird, vergrößern sich die Konfliktpotentiale insb aus der Sicht des Natur- und Artenschutzes. Dem artenschutzrechtlichen Tötungsverbot der VSch-RL (und somit den europarechtlichen Vorgaben) kommt idZ entscheidende Bedeutung – va bei der Entscheidung über die naturschutzrechtliche Bewilligung von Windkraftanlagen – zu.

### → Zum Thema

#### Über die Autoren:

RA Dr. Thomas Neger ist – ua auf Umweltrecht spezialisierter – Rechtsanwalt in Graz und Partner der Kanzlei Neger/Ulm Rechtsanwälte.

Mag. Peter Stadlober ist juristischer Mitarbeiter in der Kanzlei Neger/Ulm Rechtsanwälte in Graz.

Kontaktadresse: Neger/Ulm Rechtsanwälte GmbH,  
Parkstraße 1, 8010 Graz.  
Tel: +43 (0)316-23 20 32  
Fax: +43 (0)316-67 25 90  
E-Mail: thomas.neger@neger-ulm.at  
Internet: www.neger-ulm.at/

#### Von denselben Autoren erschienen:

Thomas Neger, Ortsteilbürgermeister in steirischen Gemeinden, RFG 2017, 130;  
Thomas Neger, Die Berücksichtigung von Puffer-, Schon- und Ruhezeiten nach dem Energieprotokoll bei der Errichtung von Energieanlagen, in Essl/Schmid (Hrsg), Das Protokoll „Energie“ der Alpenkonvention (2016) 65;  
Heranrückende Wohnbebauung, bbl 2016, 136 (gemeinsam mit Dieter Neger und Thomas Spiegel);  
Thomas Neger, Baubescheide sind Umweltinformationen! bbl 2015, 114 (gemeinsam mit Dieter Neger);  
Thomas Neger, Der gerichtlich determinierte Verwaltungsakt, ZVG 2015, 142.

### → Literatur-Tipp



**Kroneder, Wiener Naturschutzrecht (2014)**

**MANZ Bestellservice:**

Tel: (01) 531 61-100

Fax: (01) 531 61-455

E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter [www.manz.at](http://www.manz.at)