



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Dr. Pollak sowie die Hofrätin Mag. Hainz-Sator und den Hofrat Dr. Pürgy als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revisionen von 1. Ing. R K, 2. B K, 3. A K und 4. S K, alle in S, sowie 5. Dr. M P in G, alle vertreten durch Dr. Günther John, LL.M., Rechtsanwalt in 1010 Wien, Reichsratsstraße 17/15, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. März 2024, Zl. W225 2144678-2/190E, betreffend ein Genehmigungsverfahren nach dem UVP-G 2000 (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Niederösterreichische Landesregierung; mitbeteiligte Partei: e G.m.b.H. in M, vertreten durch die Lindner Stimmler Rechtsanwälte GmbH & Co KG in 1090 Wien, Währinger Straße 2-4/1/29), den **Beschluss** gefasst:

Die Revisionen werden zurückgewiesen.

Begründung:

- 1 **1.1.** Die mitbeteiligte Partei beantragte mit Eingabe vom 12. Juni 2015 bei der Niederösterreichischen Landesregierung (belangte Behörde) die Genehmigung nach dem Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000 (UVP-G 2000) für die Errichtung und den Betrieb des in den Gemeinden G, S, G und L gelegenen Vorhabens „Windpark [...]“.
- 2 Mit Bescheid der belangten Behörde vom 8. November 2016 wurde der mitbeteiligten Partei die UVP-rechtliche Genehmigung für das beantragte Vorhaben erteilt. Dieses umfasst acht Windkraftanlagen mit einer Nennleistung von jeweils 3,45 MW (somit mit einer Gesamtleistung von 27,6 MW) und einer Nabenhöhe von 137 m bzw. 117 m, eine windparkinterne Verkabelung inklusive Datenleitungen sowie zwei Erdkabelsysteme als externe Windparkverkabelung zum Umspannwerk L und den „Zuwegungen“ einschließlich aller damit in Zusammenhang stehender Begleitmaßnahmen.
- 3 Gegen diesen Genehmigungsbescheid erhoben (unter anderem) die revisionswerbenden Parteien - als Nachbarn - Beschwerde an das Verwaltungsgericht.



- 4 Mit der Novelle BGBl. I Nr. 80/2018 wurde das UVP-G 2000 dahingehend geändert, dass der Schwellenwert im Tatbestand „Anlagen zur Nutzung von Windenergie“ der Z 6 lit. a, Spalte 2 des Anhangs 1 von 20 MW auf 30 MW (elektrische Gesamtleistung) erhöht wurde.
- 5 In der Folge änderte die mitbeteiligte Partei ihren Antrag dahingehend ab, dass anstelle der dem UVP-Genehmigungsbescheid vom 8. November 2016 zu Grunde liegenden Windkraftanlagen der Type Vestas V 126 mit einer elektrischen Leistung von jeweils 3,45 MW nunmehr Windkraftanlagen derselben Type mit einer elektrischen Leistung von jeweils 3,8 MW (somit mit einer Gesamtleistung von 30,4 MW) zum Einsatz gelangen sollten. Die Nabenhöhe, der Rotorendurchmesser und alle sonstigen von außen sichtbaren Elemente würden hingegen unverändert bleiben.
- 6 **1.2.** Mit Erkenntnis vom 23. April 2019 gab das Verwaltungsgericht den Beschwerden Folge und hob den Genehmigungsbescheid vom 8. November 2016 ersatzlos auf.
- 7 In seiner Begründung verwies das Verwaltungsgericht darauf, dass durch die erfolgte Antragsänderung die Megawattleistung des Windparks im Vergleich zum ursprünglich projektierten Vorhaben von 27,6 MW auf 30,4 MW erhöht worden sei und dies einer Erhöhung der Gesamtkapazität bzw. einer Leistungszunahme von mehr als 10 % entspreche. Durch das Softwareupdate könnten die Windkraftanlagen auch bei höheren Windgeschwindigkeiten als bisher betrieben werden. Das Verwaltungsgericht kam zum Ergebnis, dass sich die Antragsänderung in Hinblick auf § 13 Abs. 8 AVG als wesentlich erweise. Zudem übersteige ein Absprechen über einen Windpark mit nunmehr 30,4 MW und somit einer deutlich erhöhten Gesamtkapazität den Spruch des angefochtenen Bescheides und sei daher der Kognitionsbefugnis des Verwaltungsgerichts entzogen.
- 8 **1.3.** Diese Entscheidung des Verwaltungsgerichts wurde vom Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 26. Mai 2021, Ra 2019/04/0071, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben, weil sich das Verwaltungsgericht nur unzureichend mit der Frage



auseinandergesetzt hatte, wie sich das nachträgliche Softwareupdate auf den Betrieb bzw. die Betriebszeiten der Windkraftanlagen auswirke, und die insoweit mangelhaften Feststellungen des Verwaltungsgerichts daher einer nachprüfenden Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof nicht standhielten.

- 9 **1.4.** Im fortgesetzten Verfahren gab das Verwaltungsgericht mit Erkenntnis vom 18. Juni 2021 den Beschwerden erneut Folge und hob den Genehmigungsbescheid vom 8. November 2016 wieder ersatzlos auf.
- 10 In der Begründung hielt das Verwaltungsgericht fest, dass die mitbeteiligte Partei im Beschwerdeverfahren die Megawattleistung des von ihr beantragten Windparks im Vergleich zum bisher projektierten Vorhaben von insgesamt 27,6 MW auf insgesamt 30,4 MW erhöht habe. Zwischenzeitlich sei jedoch von der mitbeteiligten Partei bei der belangten Behörde erneut die Genehmigung des Vorhabens „Windpark [...]“ in der Spezifikation von acht Windkraftanlagen mit einer Nennleistung von jeweils 3,45 MW (somit mit einer Gesamtleistung von 27,6 MW) beantragt worden.

Der Wegfall des „Errichtungswillens“ im Sinn des Wegfalls der Verwirklichungsabsicht eines zur Genehmigung beantragten Vorhabens durch das Stellen eines neuerlichen (zeitlich späteren) Genehmigungsantrages für ein Vorhaben, das der Errichtung des erstbegehrten Vorhabens entgegenstehe, komme - so das Verwaltungsgericht - der Zurückziehung ebendieses, dem erstbegehrten Vorhaben zugrundeliegenden Antrags gleich. Die Zurückziehung eines verfahrenseinleitenden Antrags im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens bewirke den Wegfall der Zuständigkeit der Behörde zur Erlassung dieses Bescheides und damit (nachträglich) dessen Rechtswidrigkeit. Liege die Entscheidung einer unzuständigen Behörde vor, habe das mit Beschwerde angerufene Verwaltungsgericht diese Unzuständigkeit (von Amts wegen) wahrzunehmen und diese Entscheidung zu beheben.

- 11 **1.5.** Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21. Juli 2022, Ro 2021/04/0025, wurde diese Entscheidung des Verwaltungsgerichts wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes ebenfalls aufgehoben.



- 12 Das Verwaltungsgericht ließ nämlich außer Acht, dass es dem Projektwerber nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sehr wohl offensteht, während eines zu seinem ersten Antrag beim Verwaltungsgericht anhängigen Verfahrens einen weiteren eigenständigen Antrag auf Erteilung einer Anlagengenehmigung für ein Vorhaben an demselben Standort bei der Behörde einzubringen. Das Verwaltungsgericht hätte daher nicht schon allein auf Grund eines solchen weiteren, bei der Behörde gestellten Genehmigungsantrages vom Wegfall des „Errichtungswillens“ für das im anhängigen Beschwerdeverfahren gegenständliche Vorhaben (und einer daraus folgenden konkludenten Zurückziehung des ersten Genehmigungsantrages) ausgehen dürfen.
- 13 **2.1.** Im fortgesetzten Verfahren wies das Verwaltungsgericht mit dem nunmehr angefochtenen Erkenntnis die gegen den Genehmigungsbescheid vom 8. November 2016 erhobenen Beschwerden der revisionswerbenden Parteien mit der Maßgabe ab, dass der Spruch des angefochtenen Bescheides auf Grund der erfolgten Antragsänderung entsprechend geändert werde. Zudem wurden einzelne Auflagen des angefochtenen Bescheides abgeändert und sechs neue Auflagen ergänzt.
- 14 Die ordentliche Revision erklärte das Verwaltungsgericht für nicht zulässig.
- 15 **2.2.** In der Begründung stellte das Verwaltungsgericht zum Fachbereich „Schall/Infraschall“ fest, dass im erstinstanzlichen Verfahren die Genehmigungsvoraussetzung von Messungen der ortsüblichen Situation mit zufälliger Geräuschcharakteristik abhängig gemacht worden sei. Die für die revisionswerbenden Parteien relevanten Ergebnisse stammten aus den tatsächlich durchgeführten Messungen an den Messpunkten MP 1, MP 2 und MP 10. Die konkret zu erwartenden Immissionen im Infraschallbereich lägen, selbst unter Berücksichtigung einer Leistungssteigerung bis zu 3,8 MW und der bekannten Abstände der Windkraftanlagen zu den Anrainern, für das gegenständliche Projekt weit unter der Wahrnehmbarkeitsschwelle bzw. den Richtwerten der fachlich dafür geeigneten internationalen Regelungen. Die Beurteilung der Auswirkungen entspreche dem Stand der Technik und dem Stand der sonst in Betracht kommenden Wissenschaften.



- 16 In seinen rechtlichen Erwägungen hielt das Verwaltungsgericht zunächst fest, dass mit der erfolgten Antragsänderung die Megawattleistung des gegenständlichen Vorhabens erhöht werde. Durch diese Änderung komme es aber zu keinen negativen Auswirkungen auf die Schutzgüter des UVP-G 2000. Ebenso bleibe die sachliche und örtliche Zuständigkeit gewahrt.
- 17 Einzelne Auflagen (des angefochtenen Bescheides) seien ungenau bzw. unzureichend ausgearbeitet gewesen, weshalb sie entsprechend abgeändert und ergänzt würden. Sowohl die geänderten als auch die neu hinzugekommenen Auflagen entsprächen den Vorschlägen der Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung.
- 18 Zu den Einwendungen, das (vom nichtamtlichen Sachverständigen erstellte) schalltechnische Gutachten entspreche nicht den Anforderungen an ein Gutachten, führte das Verwaltungsgericht aus, dass das betreffende Gutachten einerseits aus einem Befund bestehe, wo der Sachverständige unter Zuhilfenahme wissenschaftlicher Feststellungsmethoden Tatsachenfeststellungen treffe. Andererseits fänden sich im Gutachten Schlussfolgerungen des Sachverständigen aus dem Befund, zu deren Gewinnung er seine besonderen Fachkenntnisse und Erfahrungen benötige. Es treffe somit nicht zu, dass der Sachverständige weder die Tatsachen, auf die sich sein Urteil gründe, noch die Art, wie diese Tatsachen ermittelt worden seien, erkennen lasse und das Gutachten folglich unbrauchbar wäre. Auch lege der Sachverständige dar, auf welchem Weg er zu seinen Schlussfolgerungen gekommen sei. Das Verwaltungsgericht verkenne nicht, dass von einer revisionswerbenden Partei ein schalltechnisches Gutachten vorgelegt worden sei. Jedoch gehe der von der revisionswerbenden Partei beauftragte Sachverständige in seinen Ausführungen nicht von einem aktuellen Stand der Technik aus. Es würden nämlich die Inhalte aktueller ÖNORMEN falsch wiedergegeben und somit fachlich grob falsche Aussagen getätigt. Zudem sei darauf hinzuweisen, dass das vorgelegte Privatgutachten auch vom gerichtlichen bestellten Sachverständigen berücksichtigt worden sei.
- 19 Dem Einwand der revisionswerbenden Parteien, das ornithologische Gutachten sei unzureichend, hielt das Verwaltungsgericht entgegen, dass damit kein den



Nachbarn gewährtes subjektiv-öffentliches Recht vorgebracht werde. Die diesbezüglichen Einwände bzw. auch die Anträge, das ornithologische Gutachten zu ergänzen, seien daher unzulässig.

- 20 Die Revision sei im vorliegenden Fall nicht zulässig, weil die aufgeworfenen Rechtsfragen durch die wiedergegebene Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bereits eindeutig beantwortet seien. Das Verwaltungsgericht folge mit der gegenständlichen Entscheidung dieser Rechtsprechung.
- 21 **3.** Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.
- 22 Gemäß § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen.
- 23 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.
- 24 **4.1.** Die Revision bringt zur Begründung ihrer Zulässigkeit vor, es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage geänderter Verhältnisse wegen überlanger Verfahrensdauer und während dieser Zeit eingetretener entscheidender Änderungen hinsichtlich des Schutzes von gefährdeten Greifvögeln. Die revisionswerbenden Parteien hätten mehr als sechs Monate vor der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht auf diesen Umstand hingewiesen und die Einholung eines ornithologischen



Ergänzungsgutachtens sowie die Einvernahme eines näher genannten Experten für das betreffende Greifvogelgebiet gefordert. Auf Grund neuester Erkenntnisse und der Flugauswertungen eines besenderten Seeadlers im umliegenden Gebiet sei nachgewiesen, dass sich im anschließenden Waldgebiet, weniger als 600 m entfernt von den projektierten Windkraftanlagen, ein Bruthorst eines Seeadlers befinde. Dieser sowie Kaiseradler und Sakerfalken seien unionsrechtlich durch die Vogelschutz-Richtlinie geschützt. Auch aus diesem Grund sei die Revision zuzulassen.

- 25 Das Verwaltungsgericht sei auch von (näher bezeichneter) Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen, weil es ordnungsgemäß Lärmmessungen an den Messpunkten MP 02 und MP 10 unterlassen habe. Obwohl durch den Immissionsbericht eines gerichtlich beeideten Sachverständigen die ursprünglichen Messungen widerlegt worden seien, habe das Verwaltungsgericht keine Nachmessungen beauftragt. Anstelle einer ordnungsgemäßen Schallmessung des Umgebungslärms habe sich das Verwaltungsgericht mit theoretischen Berechnungen zufriedengegeben.
- 26 Schließlich gebe es auch zur Frage der Abstandmessung gemäß § 23 Abs. 3a Z 2 NÖ ROG 2014 keine Rechtsprechung, die festlegen würde, von welchem Punkt aus der Abstand hinsichtlich der Umweltauswirkungen zu messen sei. Dies sei für die Rechtsordnung von grundsätzlicher Bedeutung. Bereits in den Beschwerden sei auf diese Frage verwiesen und die Unterschreitung der Mindestabstände bei den projektierten Anlagen „GD1, GD 6 und SD2“ in Hinblick auf das gewidmete Bauland [...] der revisionswerbenden Parteien geltend gemacht worden.
- 27 **4.2.** Bei ihrem Vorbringen, das ornithologische Gutachten hätte angesichts der eingetretenen Änderungen hinsichtlich des Schutzes von gefährdeten Greifvögeln ergänzt werden müssen, übersieht die Revision, dass dieser Einwand und die dazu erstatteten Anträge vom Verwaltungsgericht mangels Geltendmachung eines subjektiven öffentlichen Rechts zurückgewiesen wurden. Die Revision tritt dieser Begründung des Verwaltungsgerichts nicht





entgegen und geht auch auf die vorgelagerte Frage der Zulässigkeit der vorgebrachten Einwendung nicht ein.

Damit kommt es aber auf die nachgelagerte, von der Revision als grundsätzlich angesehene Rechtsfrage der Aktualität der eingeholten Gutachten im vorliegenden Fall nicht an. Zur Beantwortung bloß abstrakter Rechtsfragen auf Grund von Revisionen ist der Verwaltungsgerichtshof jedoch nicht berufen (vgl. etwa VwGH 18.11.2021, Ra 2018/04/0127, mwN).

28 Soweit die Revision fehlende Lärmmessungen rügt und sich dabei auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes beruft, trifft es zwar zu, dass nach dieser ein grundsätzlicher Vorrang von Messungen vor lärmtechnischen Berechnungen gilt (vgl. etwa VwGH 18.5.2016, Ra 2015/04/0053, mwN). So hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass in Fällen, in denen eine Messung am entscheidenden Immissionspunkt möglich ist, es - von Ausnahmefällen abgesehen - unzulässig ist, die dort zu erwartenden Immissionen (bloß) aus den Ergebnissen einer Messung an einem anderen Ort zu prognostizieren (vgl. etwa das - von der Revision ins Treffen geführte - Erkenntnis VwGH 19.12.2013, 2011/03/0160 bis 0164, Pkt. II. 2.6.2., mwN).

Nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts wurden jedoch im vorliegenden Fall an den Messpunkten MP 1, MP 2 und MP 10 Messungen vorgenommen. Dem Beschwerdevorbringen der revisionswerbenden Parteien, es müssten Nachmessungen durchgeführt werden, weil die ursprünglichen Messungen durch ein vorgelegtes Privatgutachten widerlegt worden seien, hielt das Verwaltungsgericht - mit näherer Begründung und gestützt auf die Ausführungen des nichtamtlichen Sachverständigen - entgegen, dass dieses Privatgutachten nicht den Stand der Technik berücksichtige und daher mangelhaft sei. Zudem habe der nichtamtliche Sachverständige - so das Verwaltungsgericht weiter - in seinem Gutachten bestätigt, dass vom Ersteller der Messberichte die Eichscheine der verwendeten Geräte vorgelegt worden seien. Nach diesen Dokumenten seien die Messgeräte zum Zeitpunkt der Messung entsprechend den gesetzlichen Regelungen laut Maß- und Eichgesetz gültig geeicht gewesen. Schließlich habe sich der nichtamtliche



Sachverständige in der mündlichen Verhandlung auch mit der Kritik der revisionswerbenden Parteien an der Auswahl des MP 10 auseinandergesetzt und dabei unter anderem festgehalten, dass an mehreren Punkten Nachmessungen stattgefunden hätten.

Vor diesem Hintergrund vermag die Revision mit ihrem Vorbringen keine Abweichung von der oben wiedergegebenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (und dem grundsätzlichen Vorrang von Messungen vor lärmtechnischen Berechnungen) darzutun.

29 Dem weiteren Vorbringen, es fehle Rechtsprechung zur Auslegung des § 20 Abs. 3a Z 2 NÖ ROG 2014, ist Folgendes zu entgegnen:

Wenn ein Vorhaben einer Umweltverträglichkeitsprüfung zu unterziehen ist, sind zwar gemäß § 3 Abs. 3 UVP-G 2000 die nach den bundes- oder landesrechtlichen Verwaltungsvorschriften, auch soweit sie im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde zu vollziehen sind, für die Ausführung des Vorhabens erforderlichen materiellen Genehmigungsbestimmungen von der Behörde in einem konzentrierten Verfahren mitanzuwenden (vgl. VwGH 11.12.2012, 2011/05/0038). Insofern ist im UVP-Verfahren auch das Vorliegen der entsprechenden Widmungskategorie zu berücksichtigen.

Im vorliegenden Fall verkennt die Revision jedoch, dass § 20 Abs. 3a Z 2 NÖ ROG 2014 und die darin normierten Vorgaben (Einhaltung konkreter Mindestabstände) im Verfahren der Flächenwidmung zu berücksichtigen sind und sie sich demnach an die Raumordnungsbehörde richten (arg: „Bei der Widmung einer Fläche für Windkraftanlagen müssen [...] folgende Mindestabstände eingehalten werden:“).

Ausgehend davon kann mit dem Vorbringen fehlender Rechtsprechung zu dieser raumordnungsrechtlichen Bestimmung im gegenständlichen Revisionsverfahren keine grundsätzliche Rechtsfrage aufgezeigt werden.



- 30 **5.** In der Revision werden somit keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher zurückzuweisen.

W i e n , am 22. Juli 2024

