

Geschäftszahl:

LVwG-AV-229/001-2022

St. Pölten, am 15. November 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch Mag. Dr. Grünstäudl als Einzelrichter über die Beschwerde der A GmbH & Co KG in ***, ***, vertreten durch B Rechtsanwälte GmbH in ***, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Zwettl vom 4. Jänner 2022, Zl. ***, betreffend Auftrag nach dem NÖ Naturschutzgesetz 2000 (NÖ NSchG 2000), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zu Recht:

1. Der Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) Folge gegeben und der angefochtene Bescheid aufgehoben.
2. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine ordentliche Revision im Sinne des Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe:

1. Zum verwaltungsbehördlichen Verfahren:

1.1. Mit Bescheid vom 4. Jänner 2022, Zl. ***, verpflichtete die Bezirkshauptmannschaft Zwettl (in der Folge: belangte Behörde) die A GmbH & Co KG (in der Folge: Beschwerdeführerin) auf dem Grundstück Nr. ***, KG ***, bis spätestens 28. Februar 2022 einen Kunsthorst, bestehend aus einer Brutplattform mit einer Unterlage aus Zweigen, einem Mindestdurchmesser von 1 m und einer Traglast

von mindestens 50 kg auf einer Mindesthöhe ab 10 m, zu errichten und diesen auf die Zeit des Bestehens des Windparks *** zu erhalten.

1.2. Begründend führte die belangte Behörde auf das Wesentliche zusammengefasst Folgendes aus: Die Beschwerdeführerin habe in der Zeit von 2. März 2021 bis zum 21. April 2021 Bautätigkeiten für die Errichtung der Windenergieanlage *** des Windparks *** veranlasst. In unmittelbarer Nähe zur Windenergieanlage (ca. 150 m vom Fundament entfernt) sei am 8. Mai 2021 ein Schwarzstorch-Horst entdeckt worden. Am 2. Juni 2021 seien in diesem Schwarzstorch-Horst zwei juvenile Mäusebussarde wahrgenommen worden. Für diese sei der Legetermin für den 8. April 2021 und ein Schlupftermin für den 10. Mai 2021 zu errechnen. Am 25. April 2021 sei ein Schwarzstorchpaar erstmals beim Balzflug im Projektgebiet der Windenergieanlage beobachtet worden. Schwarzstörche würden insbesondere während der Nestbesetzungsphase und dem ersten Teil der Brutphase sehr störungssensibel reagieren. Das Schwarzstorchpaar habe trotz ihrer körperlichen Überlegenheit und Wehrhaftigkeit gegenüber dem unterlegenden Mäusebussard den Horst nicht angenommen. Dies sei deshalb passiert, weil die von der Beschwerdeführerin veranlassten Bautätigkeiten in der Zeit zwischen 2. März 2021 bis zum 21. April 2021 eine Besetzung des Horstes durch das Schwarzstorchpaar verhindert hätten. Die Rechtsvorgängerin der Beschwerdeführerin sei mit Schreiben der NÖ Landesregierung vom 11. September 2020 auf den Fund eines (anderen) Horstes auf einem ca. 11 km entfernten Grundstück hingewiesen und darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass ein Lebensraum des Schwarzstorches auch im Projektgebiet der Windenergieanlagen nicht ausgeschlossen werden könne. Nachdem es zu einem Meideverhalten und der Nicht-Besetzung des Horstes durch das Schwarzstorchpaar gekommen und daher das Schwarzstorchpaar aufgrund der Bautätigkeiten zwischen 2. März und 21. April 2021 gestört worden sei, hätte die Beschwerdeführerin gegen § 18 Abs. 2 Z. 2 des NÖ NSchG 2000 verstoßen. Die Beschwerdeführerin hätte besonders geschützte Tierarten, nämlich den Schwarzstorch, absichtlich beunruhigt, da sie durch die Bauarbeiten eine Störung zumindest in Kauf genommen hätte. Da damit gegen Bestimmungen des NÖ NSchG 2000 verstoßen worden sei, sei nach § 35 Abs. 2 NÖ NSchG vorzugehen und der Beschwerdeführerin die Errichtung eines Kunsthorstes als Kompensationsmaßnahme vorzuschreiben gewesen.

2. Zum Beschwerdevorbringen:

Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin rechtzeitig Beschwerde. In dieser brachte sie im Wesentlichen zusammengefasst vor, dass der erste gesicherte Nachweis der Anwesenheit eines Schwarzstorchpaares erst durch die Beobachtung des Balzfluges am 25. April 2021 gegeben sei. Es beruhe auf spekulativen Mutmaßungen der Amtssachverständigen, dass sich Schwarzstörche bereits vor dem 22. April 2021 im Projektgebiet aufgehalten hätten. Aufgrund dieser tatsächwidrigen Annahme, gehe die Behörde davon aus, dass nicht der Mäusebussard, sondern die Bauarbeiten die wesentliche Ursache für die Nichtannahme des Horstes durch die Schwarzstörche gewesen seien. Dabei werde ignoriert, dass der Horst im Bereich der Windenergieanlage *** bereits ab Februar 2021 durch den Mäusebussard besetzt gewesen sei. Darüber hinaus hätte sich die Amtssachverständige in ihren Gutachten auf nicht überprüfbare mündliche Angaben von C gestützt. Dieser sei für eine Bürgerinitiative bzw. eine Umweltorganisation betreffend einen anderen Windpark aufgetreten und habe sich dort gegen das Vorhaben aufgrund von Schwarzstorchaktivitäten ausgesprochen. Darüber hinaus bestünden Zweifel an der objektiven Einstellung eines von der Amtssachverständigen zitierten Verfassers mehrerer Studien. Die Beschwerdeführerin rügte darüber hinaus, dass die belangte Behörde die von ihr aufgegebenen Gutachten eines Privatsachverständigen nicht würdige. Entgegen der Judikatur des VwGH begründe die belangte Behörde den höheren Beweiswert des Gutachtens der Amtssachverständigen damit, dass es von einer Amtssachverständigen erstellt worden sei. Außerdem führte die Beschwerdeführerin aus, dass für den von der belangten Behörde erlassenen Bescheid keine hinreichende Rechtsgrundlage bestehe. Bei der Konsumation der bescheidmäßig ausgesprochenen naturschutzbehördlichen Bewilligung zur Errichtung und zum Betrieb des Windparks könne es inhaltlich zu keiner rechtswidrigen Handlung kommen. Bewege sich die Beschwerdeführerin innerhalb des bewilligten Konsenses sei es der Behörde nicht gestattet, Maßnahmen nach § 35 Abs. 2 NÖ NSchG 2000 vorzuschreiben. Im Übrigen müsse eine Störung mit entsprechender Sicherheit nachgewiesen werden. Darüber hinaus habe die Störung eine gewisse Erheblichkeit aufzuweisen. Beides sei im vorliegenden Fall nicht gegeben.

Die Beschwerdeführerin beantragte den angefochtenen Bescheid – nach Durchführung einer Verhandlung – ersatzlos zu beheben.

3. Zum durchgeführten Ermittlungsverfahren:

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich führte am 3. November 2022 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch. Beweis wurde erhoben durch Einsicht in die verfahrensgegenständlichen Akten sowie durch Befragung der Amtssachverständigen für Naturschutz bzw. Biologie D (in der Folge: Amtssachverständige).

4. Feststellungen:

4.1. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 28. Juli 2016, Zl. ***, wurde der Rechtsvorgängerin der Beschwerdeführerin die naturschutzbehördliche Bewilligung für die Errichtung und den Betrieb des Windparks *** auf den Grundstücken Nr. ***, ***, ***, KG ***, sowie auf den Grundstücken Nr. ***, ***, KG ***, erteilt. Dieser Bescheid ist in Rechtskraft erwachsen. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 10. Juli 2018, Zl. ***, wurde die Frist für den Baubeginn bis 31. Dezember 2020 und die Fertigstellungsfrist bis 31. Dezember 2021 verlängert.

4.2. In den Jahren 2012, 2015 und 2019 wurden mehrere strukturierte avifaunistische (das heißt aller in einer Region vorkommenden Vogelarten betreffende) Raumnutzungsuntersuchungen im Planungsgebiet des Windparks *** durchgeführt. Bei der Erhebung im Jahr 2012 wurde lediglich ein Schwarzstorch am Durchzug bzw. das Planungsgebiet überfliegend gesichtet. Im Jahr 2020 wurde eine ergänzende Raumnutzungsuntersuchung u.a. mit Schwerpunkt Schwarzstorch durchgeführt. Bei der von Februar 2020 bis Juni 2020 dauernden Erhebung wurde der Schwarzstorch erstmals am 15. April 2020, jedoch lediglich das Planungsgebiet überfliegend, beobachtet. Im Zeitraum 2012 bis Juni 2020 wurde im Rahmen einer strukturierten Untersuchung kein Schwarzstorch nahrungssuchend bzw. balzend im Planungsgebiet gesichtet.

4.3. Am 20. August 2020 wurde von der Amtssachverständigen auf einem ca. 11 km von den vier Windenergieanlagen entfernten Grundstück ein Schwarzstorch-Horst gefunden. Es handelt sich dabei um das Grundstück Nr. ***, KG ***. Während des

Lokalaugenscheins durch die Sachverständige am 20. August 2020 konnte in der Nähe und am Horst kein Schwarzstorch vorgefunden werden.

4.4. Mit Schreiben der NÖ Landesregierung vom 11. September 2020, Zl. ***, wurde die Beschwerdeführerin über den Horst sowie darüber, dass im Rahmen des Lokalaugenscheins keine Schwarzstörche vorzufinden waren, in Kenntnis gesetzt. Die Behörde teilte – ohne nähere Ausführungen oder Erklärungen – mit, dass deshalb ein Lebensraum des Schwarzstorches im Projektgebiet des Windparks „nicht auszuschließen“ sei.

4.5. Am 24. September 2020 fand durch einen von der Beschwerdeführerin beauftragten Sachverständigen eine Begehung des Planungsgebietes statt, um mögliche Brutplätze von Schwarzstörchen im Umkreis zu den Windenergieanlagen zu finden. Dabei wurden keine Brutplätze gefunden. Der Sachverständige kam in seinem Gutachten vom 25. September 2020 zum Schluss, dass ein Brutrevier im Planungsgebiet und in der näheren Umgebung ausgeschlossen werden kann sowie das Planungsgebiet nur ein sehr geringes Nahrungshabitatpotential zur Verfügung stellt und in ausreichender Entfernung zu den umliegenden Horsten situiert ist.

4.6. Mit Schreiben der NÖ Landesregierung vom 15. Oktober 2020, Zl. ***, erging eine Anfrage an die Amtssachverständige, ob von einem Bestehen einer Schwarzstorchpopulation „im Bereich“ des Windparks *** auszugehen sei. Für den Fall, dass dieses Bestehen noch zu ermitteln sei, wurde die Amtssachverständige aufgefordert, nähere Methoden betreffend den Nachweis einer Population und dem Bestehen von Nist-, Brut- oder Zufluchtsstätten bekanntzugeben.

4.7. Mit Schreiben vom 17. November 2020, Zl. ***, teilte die Amtssachverständige mit, dass sie aufgrund von Beobachtungen von nicht namentlich angeführten Einzelpersonen, die aus dem Umfeld einer Bürgerinitiative stammen, davon ausgehe, dass im Planungsgebiet ein Lebensraum einer Schwarzstorchpopulation sei. Da es aus Sicht der Amtssachverständigen unklar sei, wie viele Schwarzstörche sich „im Raum“ tatsächlich befinden, wo die Horste bzw. Ersatzhorste seien und wie die Tiere den Raum nutzen würden, seien weitere Erhebungen im Rahmen einer Funktionsraumanalyse notwendig.

4.8. Ab Anfang März 2021 fanden im Auftrag der Beschwerdeführerin bis zum 21. April 2021 Bauarbeiten im Planungsgebiet des Windparks *** statt, bei denen Bagger und LKW eingesetzt wurden.

4.9. In der Zeit von 11. April 2021 bis zum 19. August 2021 wurde durch ein von der Behörde beauftragtes Unternehmen (E, C) eine weitere Funktionsraumanalyse durchgeführt. In der Zeit von 21. April 2021 bis zum 24. August 2021 wurde durch einen von der Beschwerdeführerin beauftragten Sachverständigen (F, G) eine weitere Funktionsraumanalyse durchgeführt.

4.10. Am 25. April 2021 wurde erstmals im Rahmen einer strukturierten Erhebung ein Schwarzstorchpaar im Balzflug über dem Waldgebiet des Windparks *** gesichtet.

4.11. Am 8. Mai 2021 wurde in Entfernung von ca. 150 m zur Windenergieanlage *** ein Horst gefunden, wobei dabei kein Schwarzstorch am Horst vorgefunden werden konnte. Dennoch vermutete die E, C, (fälschlicherweise), dass es sich um einen von einem Schwarzstorch besetzten Horst handeln würde. Die Beschwerdeführerin wurde über diesen Fund am 11. Mai 2021 verständigt und stellte daraufhin die Arbeiten vorsorglich ein.

4.12. Der Horst nächst der Windkraftanlage *** wurde seit Ende Februar bzw. Anfang März 2021 bis zumindest 10. Juni 2021 von Mäusebussarden besetzt und diente seit Ende März bzw. Anfang April 2021 als deren Brutstätte.

4.13. Es kann nicht festgestellt werden, dass sich in der Zeit von 2. März 2021 bis zum 21. April 2021 Schwarzstörche im Nahbereich bzw. im Projektgebiet des Windparks *** aufgehalten haben.

4.14. Es kann nicht festgestellt werden, dass Schwarzstörche den Horst nächst der Windkraftanlage *** in der Zeit von 2. März 2021 bis zum 21. April 2021 befliegen haben. Ebenso kann nicht festgestellt werden, aus welchem Grund der Horst nächst der Windkraftanlage *** von Schwarzstörchen nicht besetzt wurde.

4.15. Es kann nicht festgestellt werden, dass es in der Zeit von 2. März 2021 bis zum 21. April 2021 durch die Bauarbeiten an der Windkraftanlage *** zu einer Beunruhigung von Schwarzstörchen gekommen ist.

5. Beweiswürdigung:

5.1. Die Feststellungen zu Punkt 4.1. ergeben sich aus den dort genannten Bescheiden und sind unstrittig.

5.2. Die Feststellungen zu Punkt 4.2. ergeben sich aus der fachlichen Stellungnahme des Biologen G (F), in welcher dieser strukturiert darlegte, welche avifaunistischen Raumnutzungsuntersuchungen betreffend das Projektgebiet des Windparks *** bisher durchgeführt wurden und zu welchem Ergebnis diese gelangten. Das Landesverwaltungsgericht hatte keinerlei Zweifel an dieser Aufstellung. Diese wurden von den weiteren Parteien des Verfahrens im Übrigen auch nicht bestritten.

5.3. Die Feststellungen zu Punkt 4.3. ergeben sich aus der nachvollziehbaren Aussage der Amtssachverständigen im Rahmen der Verhandlung und sind unstrittig.

5.4. Die Feststellungen zu Punkt 4.4. - 4.11 ergeben sich aus den im Verwaltungsakt inliegenden Schriftstücken und sind unstrittig. Der Beginn der Bauarbeiten im Jahr 2021 und die dabei verwendeten Maschinen ergeben sich aus dem Bautagebuch. Dies ist ebenso unstrittig. Dass am 25. April 2021 erstmals im Rahmen einer strukturierten Erhebung ein Schwarzstorchpaar im Balzflug über dem Waldgebiet gesichtet wurde, ergibt sich aus den Stellungnahmen von E, C, und G (F). Dies ist ebenfalls unstrittig. Hingegen wurden die von einer Bürgerinitiative vorgelegten Einzel- und Zufallsichtungen weder systematisch erhoben noch der Erhebungsaufwand dokumentiert, sodass – wie der Biologe G (F) schlüssig darlegt – sich daraus eine Nutzungsfrequenz oder die relative Aktivitätsverteilung im Planungsgebiet des Windparks nicht ableiten lässt. Auch die Amtssachverständige führt dazu – im Rahmen der Verhandlung befragt – aus, dass die von der Bürgerinitiative vorgebrachten Daten nur teilweise wissenschaftlichen Standards entsprechen.

5.5. Die Feststellungen zu Punkt 4.12. beruhen auf den schlüssigen und nachvollziehbaren Angaben der Amtssachverständigen im Rahmen der mündlichen Verhandlung. Die Amtssachverständige legte anschaulich dar, dass aufgrund einer Rückrechnung von Brutzeit, Schlupfzeit und Jungvogelalter des Mäusebussards von einer gesicherten Besetzung des Horstes durch den Mäusebussard zwischen Ende Februar bzw. Anfang März 2021 auszugehen ist. Diese Schlussfolgerung wird zudem durch die plausiblen Berechnungen des Biologen H (Schreiben vom 14. Oktober 2021) gestützt und auch vom Biologen G (F) geteilt, der schlüssig darlegt, dass der Horst bereits Ende Februar vom Mäusebussard besetzt gewesen sein muss (Schreiben vom 2. November 2021).

5.6. Die Feststellungen betreffend Punkt 4.13. ergeben sich aus den die bisherigen Gutachten ergänzenden Aussagen der Amtssachverständigen im Rahmen der Verhandlung. So legte die Amtssachverständige insbesondere schlüssig dar, dass ein tatsächlicher Aufenthalt des Schwarzstörches in der Zeit zwischen 2. März 2021 und 21. April 2021 im Nahbereich bzw. im Projektgebiet der Windkraftanlage weder bestätigt noch ausgeschlossen werden kann. Die Amtssachverständige schwächte damit ihre im Gutachten vom 12. November 2021 getroffene Aussage, wonach „davon auszugehen sei, dass das Brutpaar bei *** bereits vor den ersten Sichtbeobachtungen bzw. der Sichtung des Balzfluges vor Ort im Raum war“, deutlich ab. Im Rahmen der Verhandlung ergänzte die Amtssachverständige, dass Schwarzstörche typischerweise ab Anfang März wieder in ihren Lebensraum zurückkehren, wann dies aber im Revier *** passiert sei, könne sie nicht sagen. Darüber hinaus wies sie darauf hin, dass eine Wahrscheinlichkeitsprognose aufgrund der geringen Datenlage nicht möglich ist. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die Revieraufteilung der Schwarzstörche im Raum *** nach fachkundiger Aussage der Amtssachverständigen nicht ausreichend bekannt ist, weil etwa die Zahl der Reviere aber auch deren Grenzen im Jahr 2021 nicht erforscht wurden. Aufgrund dieser insgesamt äußerst vagen Angaben waren keine anderslautenden Feststellungen möglich.

5.7. Zu den Feststellungen betreffend Punkt 4.14. ist auszuführen: Offenbar ging die belangte Behörde davon aus, dass „die Bautätigkeiten [...] in der Zeit zwischen 2. März und 21. April 2021 zu einem Meideverhalten und der Nicht-Besetzung des

Schwarzstorchhorstes durch das Brutpaar geführt“ (Bescheid S. 42) hätten. Diese Annahme erweist sich als verfehlt. So hat die Amtssachverständige im Rahmen der Verhandlung – entgegen ihrer Annahmen im Gutachten vom 12. November 2021 – deutlich nachvollziehbarer dargelegt, dass die Frage, warum der Schwarzstorch den Horst nicht besetzt und damit den Mäusebussard nicht vom Horst vertrieben hat, nicht beantwortet werden kann. Die Amtssachverständige führte zwar aus, dass ein Schwarzstorch potentiell aufgrund seiner Größe und vom Verhalten geeignet wäre, einen Mäusebussard zu vertreiben. Warum der Schwarzstorch den Mäusebussard nicht vom Horst vertrieben habe, könne sie nicht sagen. Die Amtssachverständige konnte im Rahmen der Verhandlung nicht schlüssig darlegen, ob dies aufgrund der Bauarbeiten, der früheren Anwesenheit des Mäusebussards im Horst oder aufgrund anderer Faktoren erfolgt sei. So wies die Amtssachverständige insbesondere darauf hin, dass dies mangels gesicherter Daten alles nur „Spekulation“ ist. In diesem Zusammenhang muss darauf hingewiesen werden, dass nicht einmal nachvollziehbar dargelegt werden konnte, dass sich der Schwarzstorch in der Zeit zwischen März 2021 und 21. April 2021 überhaupt im Nahbereich bzw. im Projektgebiet der Windenergieanlagen befunden hat. Im Übrigen hat die Amtssachverständige im Rahmen der Verhandlung auch ausgeführt, dass „nicht mehr festgestellt werden [kann], wann und ob der Horst nächst der Windkraftanlage *** durch einen Schwarzstorch je genutzt wurde“. Um dies gesichert feststellen zu können, wären aus Sicht der Amtssachverständigen weitere Datenerhebungen notwendig gewesen, welche allerdings nicht durchgeführt wurden. In diesem Zusammenhang ist es aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts daher nicht schlüssig, wenn die Amtssachverständige in ihrem Gutachten vom 12. November 2021 noch ausgeführt hat, dass es „naheliegend und höchst wahrscheinlich“ ist, dass der Horst im Jahr 2020 vom Schwarzstorch bebrütet wurde. Es war daher ihrem Gutachten in diesem Punkt nicht zu folgen.

5.8. Zu den Feststellungen betreffend Punkt 4.15. ist auf die bisherige Beweiswürdigung zu verweisen. Da nicht einmal festgestellt werden konnte, ob sich die Schwarzstörche im Nahbereich bzw. im Projektgebiet des Windparks *** aufgehalten haben, konnte auch nicht festgestellt werden, dass sie durch die Bauarbeiten beunruhigt wurden.

6. Rechtslage:

Die maßgeblichen Bestimmungen des NÖ NSchG 2000 lauten auszugsweise:

„§ 18

Artenschutz

(2) Wildwachsende Pflanzen oder freilebende Tiere, die nicht Wild im Sinne des NÖ Jagdgesetzes 1974, LGBl. 6500, sind, deren Bestandsschutz oder Bestandspflege

1. wegen ihrer Seltenheit oder der Bedrohung ihres Bestandes,
2. aus wissenschaftlichen oder landeskundlichen Gründen,
3. wegen ihres Nutzens oder ihrer Bedeutung für den Naturhaushalt oder
4. zur Erhaltung von Vielfalt oder Eigenart von Natur und Landschaft
erforderlich ist, sind durch Verordnung der Landesregierung gänzlich oder, wenn es für die Erhaltung der Art ausreicht, teil- oder zeitweise unter Schutz zu stellen. In der Verordnung können die Tier- und Pflanzenarten, deren Vorkommen im Landesgebiet vom Aussterben bedroht ist, bestimmt werden.

(3) Durch Verordnung können nichtheimische Arten besonders geschützten heimischen Arten gleichgestellt werden, wenn deren Bestandsschutz erforderlich ist, um im Geltungsbereich dieses Gesetzes Ursachen ihres bestandsgefährdenden Rückgangs zu beschränken oder auszuschließen, und die

1. in einem anderen Bundesland oder in ihrem Herkunftsland einen besonderen Schutz genießen,
2. in internationalen Übereinkommen, denen Österreich beigetreten ist, mit einer entsprechenden Kennzeichnung aufgeführt sind oder
3. nach gesicherten Erkenntnissen vom Aussterben bedroht sind, ohne in ihrem Herkunftsland geschützt zu sein.

(4) Es ist für die nach den Abs. 2 und 3 besonders geschützten Arten verboten:

[...]

2. Tiere [...] absichtlich zu beunruhigen [...].

§ 35

Besondere Maßnahmen

[...] (2) Unabhängig von einer Bestrafung nach § 36 sind Personen, die den Bestimmungen dieses Gesetzes oder aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen oder Entscheidungen zuwidergehandelt haben, von der Behörde zu verpflichten, den früheren Zustand wieder herzustellen oder, wenn dies nicht möglich ist, den geschaffenen Zustand den Interessen des Naturschutzes bestentsprechend abzuändern. Zu diesem Zweck kann die Behörde auch die Setzung angemessener Kompensationsmaßnahmen oder die Verpflichtung zur Erstellung eines Sanierungsplanes vorschreiben; dieser Plan ist der Behörde zur Bewilligung vorzulegen.

Die maßgeblichen Bestimmungen der NÖ Artenschutzverordnung lauten auszugsweise:

„Die NÖ Landesregierung hat am 5. Juli 2005 aufgrund des § 18 Abs. 2 und 3 des NÖ Naturschutzgesetzes 2000, LGBl. 5500–3, verordnet:

§ 1

Gegenstand

Diese Verordnung dient dem Schutz wildwachsender Pflanzen und freilebender Tiere. [...]

§ 3

Gänzlich geschützte Tierarten

Gänzlich geschützt sind die in Anlage 2 angeführten freilebenden Tierarten. [...]

Anlage 2

[...] Schwarzstorch *Ciconia nigra* [...]"

7. Rechtliche Erwägungen:

7.1. Voraussetzung für einen naturschutzbehördlichen Auftrag ist, dass die Beschwerdeführerin eine Bestimmung des NÖ NSchG 2000 übertreten hat. Erst wenn dies der Fall ist, kann sie von der Behörde dazu verpflichtet werden, den früheren Zustand wiederherzustellen oder, wenn dies nicht möglich ist, den geschaffenen Zustand den Interessen des Naturschutzes bestentsprechend abzuändern. Im vorliegenden Fall wirft die belangte Behörde der Beschwerdeführerin vor, sie habe § 18 Abs. 4 Z. 2 NÖ NSchG 2000 übertreten.

7.2. Gemäß § 18 Abs. 4 Z. 2 NÖ NSchG 2000 ist es verboten, besonders geschützte Tiere absichtlich zu beunruhigen. Als besonders geschütztes Tier gilt gemäß der Anlage 2 der NÖ Artenschutzverordnung auch der Schwarzstorch.

Der Auslegung des Begriffs der „Beunruhigung“ nach § 18 Abs. 4 Z. 2 NÖ NSchG 2000 ist in unionsrechtskonformer Interpretation notwendigerweise die Judikatur zur „Störung“ im Sinne des Art. 5 lit. d der Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten zugrunde zu legen.

7.3. Eine solche „Störung“ kann – je nach Art des Tieres – zum Beispiel durch Lärm, grelles Licht, massive Erschütterungen oder intensiven Geruch erfolgen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs bezieht sich das Störungsverbot auf die Art (die Population) und nicht auf das Individuum (VwGH 15. Oktober 2020, ZI. Ro 2019/04/0021-0024). Von der Verletzung des Störungsverbots ist überdies – ungeachtet des Fehlens einer ausdrücklichen Bezugnahme auf eine derartige Bedingung im Landesgesetz – nur auszugehen, wenn die Störung „erheblich“ ist, d.h. wenn sie sich auf die Überlebenschancen, den Fortpflanzungserfolg oder die

Reproduktionsfähigkeit einer geschützten Art nachteilig auswirken kann. Der Störungstatbestand ist also dann nicht als erfüllt anzusehen, wenn die betroffene Art in einem günstigen Erhaltungszustand verbleibt. Darüber hinaus sind gelegentliche Störungen, bei denen negative Auswirkungen auf einzelne Tiere oder die lokale Population unwahrscheinlich sind, nicht als erhebliche Störung anzusehen.

7.4. Die Störung einer geschützten Art ist mit einer entsprechenden Sicherheit nachzuweisen, bloße Spekulationen und Mutmaßungen reichen dafür nicht aus. Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass ein Aufenthalt der Schwarzstörche im vorgeworfenen Tatzeitraum, nämlich von 2. März 2021 bis 21. April 2021 im (erweiterten) Umkreis des Windparks *** nicht festgestellt werden konnte. Die erste Sichtung eines Schwarzstorches erfolgte erst am 25. April 2021. Darüber hinaus war der erst im Mai 2021 nächst der Windkraftanlage gefundene Horst schon seit Februar 2021 durch einen Mäusebussard besetzt. Da der Horst schon vor Beginn der Bauarbeiten durch den Mäusebussard besetzt war, konnte folglich schon aus diesem Grund eine Vergrämung des Schwarzstorchpaares bei der Besetzung des Horstes durch die Bauarbeiten nicht vorliegen bzw. kann nicht mit ausreichend hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass die Nichtbesetzung des Horstes aufgrund der Bauarbeiten erfolgte.

7.5. Da zusammengefasst weder festgestellt werden konnte, ob sich gegenständliche Schwarzstörche im Zeitraum von 2. März 2021 bis 21. April 2021 im (erweiterten) Umkreis des Windparks *** befanden, noch, ob die in diesem Zeitraum erfolgten Bauarbeiten dazu führten, dass der Horst nicht durch das Schwarzstorchpaar besetzt wurde oder sonstige erhebliche Beunruhigungen durch die Bauarbeiten erfolgten, fehlt es vorliegend an der Grundlage zur Erlassung eines Auftrags nach § 35 Abs. 2 NÖ NSchG 2000.

7.6. Bereits aufgrund der Nichtfeststellbarkeit des Tatbestandsmerkmals der Beunruhigung nach § 18 Abs. 4 Z. 2 NÖ NSchG 2000 war der Beschwerde Folge zu geben. Die Behandlung der Ausführungen durch die belangte Behörde dazu, dass das Tatbestandsmerkmal der „Absichtlichkeit“ nach § 18 Abs. 4 Z. 2 NÖ NSchG 2000 – entgegen dem klaren Wortlaut der Bestimmung – als Eventualvorsatz zu deuten

sei, konnte aus diesem Grund ebenso unterbleiben, wie die Beantwortung der Frage, ob Absicht bzw. Eventualvorsatz der Beschwerdeführerin vorlag.

7.7. Die ersatzlose Behebung eines Bescheides setzt voraus, dass dieser nicht hätte ergehen dürfen und der dem materiellen Recht entsprechende Zustand nur durch die Kassation hergestellt werden kann. Dabei handelt es sich um eine „negative“ Sachentscheidung (vgl. z.B. *Hengstschläger/Leeb*, AVG III, § 66 AVG, Rz 97, m.w.N.) (vgl. VwGH 28. Juni 2016, ZI. Ra 2015/17/0082). Ersatzlos zu beheben ist ein Bescheid mitunter, wenn dieser von Amts wegen erlassen wurde, ohne dass die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen (vgl. *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrensrecht*¹¹, S. 541, Rz. 854). Die ersatzlose Behebung hat daher zu erfolgen, wenn am Ende des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens feststeht, dass in dieser Sache überhaupt kein förmlicher Abspruch erfolgen darf oder zumindest von der belangten Behörde kein Bescheid erlassen werden durfte (vgl. *Leeb*, *Verfahrensrecht* 109 f; *Leeb* in *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 28 VwGVG, Rz 72, Stand 15. Februar 2017, rdb). Anhand der getroffenen (negativen) Feststellungen des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich ergibt sich, dass die Erlassung des bescheidmäßigen Auftrags nach § 32 Abs. 2 NÖ NSchG 2000 nicht erfolgen hätte dürfen. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

8. Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da im gegenständlichen Verfahren keine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil die Entscheidung nicht 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. Fragen der Beweiswürdigung kommt regelmäßig als nicht über den Einzelfall hinausreichend keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu (vgl. VwGH 21. April 2017, ZI. Ro 2016/11/0004).