

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

18.11.2014

**Geschäftszahl**

2012/05/0186

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kail und den Hofrat Dr. Enzenhofer sowie die Hofrätin Dr. Pollak als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Sußner, über die Beschwerde 1. des Dipl. Ing. Dr. A M und

2. der E P, beide in O, beide vertreten durch List Rechtsanwälte GmbH in 1180 Wien, Weimarer Straße 55/1, gegen den Bescheid der Oberösterreichischen Landesregierung vom 27. September 2012, Zl. IKD(BauR)-014445/1-2012-Hd/Wm, betreffend einen Bauauftrag (mitbeteiligte Partei: Gemeinde O in O), zu Recht erkannt:

**Spruch****Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Die Beschwerdeführer haben dem Land Oberösterreich Aufwendungen in Höhe von insgesamt EUR 610,60 (je zu gleichen Teilen) binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

Mit Bescheid des Bürgermeisters der mitbeteiligten Gemeinde vom 26. März 2010 wurde den Beschwerdeführern gemäß § 40 Abs. 8 Oö Raumordnungsg 1994 (ROG) der Auftrag erteilt, das auf der näher angeführten Parzelle in der mitbeteiligten Gemeinde "errichtete Windrad samt Fundament und etwa 10 m ...hohen Masten ... bis längstens acht Wochen nach Rechtskraft dieses Bescheides zu beseitigen". Die Beschwerdeführer hätten auf ihrem Grundstück ein Windrad mit Fundament und einem etwa 10 m hohen Mast errichtet. Dieses Windrad samt Fundament und Mast stelle eine bauliche Anlage dar, zu deren werkgerechter Herstellung fachtechnische Kenntnisse notwendig seien, und zwar in statischer und sicherheitstechnischer Hinsicht, auch wenn sie nicht der Oö. Bauordnung 1994 (BO) unterliege.

Im derzeit rechtskräftigen Bebauungsplan habe der Gemeinderat keine bauliche Anlage für die Stromerzeugung vorgesehen. Die betreffende Windradanlage stelle daher eine bauliche Anlage dar, die dem Bebauungsplan und damit auch dem Oö. Raumordnungsgesetz 1994 (ROG) widerspreche.

Der Gemeinderat der mitbeteiligten Gemeinde gab der dagegen erhobenen Berufung der Beschwerdeführer mit Bescheid vom 15. Februar 2012 keine Folge und ordnete unter Neuformulierung des Spruches an, dass die

"im nördlichen Bereich des Grundstücks Nr. 1471/4, KG ..., errichtete Windkraftanlage (Stahlbeton-Fertigteilefundament, Holzmast mit einer Höhe von zirka 10 Metern, darauf montiert ein zirka 1 Meter langes Rohr, das als Träger für ein dreiflügeliges Windrad mit einem Durchmesser von zirka 1,5 Metern dient; Abstand 15,00 Meter zur östlichen Nachbargrundgrenze, Abstand 3,50 Meter zur nördlichen Straßengrundgrenze, Abstand zum nordöstlichen Eck des bestehenden Schuppens 5,30 Meter) ... binnen acht Wochen ab Rechtskraft dieses Bescheides zu entfernen"

sei, und setzte für die Entfernung der "Windkraftanlage" eine Frist von acht Wochen ab Rechtskraft des Bescheides fest. Die Berufungsbehörde führte aus, die verfahrensgegenständliche Windkraftanlage falle gemäß § 1 Abs. 1 Oö Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2006 (im Folgenden: Oö ElWOG) unter dieses Gesetz und sei nach § 6 Abs. 2 Oö ElWOG wegen der unter 30 kW liegenden Engpassleistung bewilligungsfrei. Gemäß § 1 Abs. 3 Z 5a BO unterliege die Windkraftanlage aber der BO und sei gemäß § 25 Abs. 1 Z. 7 BO bei der Baubehörde anzuzeigen, weil sie eine Höhe von mehr als zehn Meter aufweise. Abgesehen von der fehlenden baubehördlichen Anzeige widerspreche die errichtete Windkraftanlage dem ROG, nämlich der Widmung Bauland-Wohngebiet. Nach einem Erlass der Oö Landesregierung vom 18. Februar 2007 sei eine Windkraftanlage mit der Widmung Wohngebiet unvereinbar. Auch wenn die Anwendbarkeit der BO nicht gegeben wäre, hätte die Baubehörde die Beseitigung der Windkraftanlage gemäß § 40 Abs. 8 ROG verfügen

müssen. Die örtliche Beschreibung der Windkraftanlage beruhe auf der Vermessung eines näher bezeichneten Ziviltechnikers. Die baufachliche Beurteilung stütze sich auf die gutachterlichen Äußerungen eines näher bezeichneten Amtssachverständigen.

Der dagegen erhobenen Vorstellung gab die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid keine Folge. Sie führte dazu im Wesentlichen aus, dass die genaue Höhe des Holzastes nicht habe ermittelt werden können, da die Beschwerdeführer dem Vermesser den Zutritt zur Liegenschaft nicht erlaubt hätten. Dadurch seien die Beschwerdeführer ihrer Mitwirkungspflicht zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts gemäß § 37 AVG nicht nachgekommen, weshalb auch kein mangelhaftes Ermittlungsverfahren vorliege. Die Widmungskonformität einer baulichen Anlage müsse unabhängig vom Bestehen einer Anzeigepflicht geprüft werden. Die Widmung Bauland-Wohngebiet komme für die Errichtung von Kleinwindkraftanlagen nicht in Frage, da es sich gemäß § 22 ROG nicht um bauliche Anlagen handle, die wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Bedürfnissen vorwiegend der Bewohner des Wohngebietes diene, sondern allenfalls den Bedürfnissen einzelner Bewohner. Außerdem könne nicht ausgeschlossen werden, dass durch die ordnungsgemäße Benützung keine Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Bewohner entstünden. Im Fall einer anzeigepflichtigen baulichen Anlage (Windrad von mehr als 10 Meter Höhe) sei der Entfernungsauftrag auf § 49 Abs. 6 BO zu stützen. Falls keine Anzeigepflicht gemäß § 25 Abs. 1 Z. 7 BO bestehe (Windrad bis zu 10 Meter Höhe), sei der Entfernungsauftrag auf § 40 Abs. 8 ROG zu stützen, der dann anwendbar sei, wenn bauliche Anlagen unabhängig von einer dafür bestehenden Anzeige- oder Bewilligungspflicht widmungswidrig errichtet worden seien. Dass die Berufungsbehörde ihren Entfernungsauftrag auf § 49 Abs. 6 BO gestützt habe, stelle keine Rechtsverletzung dar, da es im Ergebnis nicht von Bedeutung sei, auf welche Rechtsgrundlage der Auftrag gegründet sei.

Über die dagegen erhobene Beschwerde, zu der die belangte Behörde die Verwaltungsakten vorgelegt und eine Gegenschrift mit dem Antrag erstattet hat, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen, hat der Verwaltungsgerichtshof in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

1. Gemäß § 79 Abs. 11 VwGG idF BGBl. I Nr. 122/2013 sind, soweit durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz (VwGbk-ÜG) nicht anderes bestimmt ist, in den mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Beschwerdeverfahren die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden. Dies trifft auf den vorliegenden Fall zu.

2. Die für den vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen der BO, LGBl. Nr. 66/1994 idF LGBl. Nr. 36/2008, lauten:

"§ 1

Geltungsbereich

(1) Dieses Landesgesetz regelt das Bauwesen im Land Oberösterreich, soweit es sich nicht um technische Anforderungen an Bauten handelt.

...

(3) Dieses Landesgesetz gilt nicht für

...

5a. Stromerzeugungsanlagen, soweit sie dem Oö. Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2006 unterliegen, ausgenommen Windräder gemäß § 25 Abs. 1 Z 7;

..."

"§ 25

Anzeigepflichtige Bauvorhaben

(1) Folgende Bauvorhaben sind der Baubehörde vor Beginn der Bauausführung anzuzeigen (Bauanzeige), soweit § 26 nichts anderes bestimmt:

...

7. die Anbringung oder Errichtung von Solaranlagen mit einer Fläche von mehr als 20 m<sup>2</sup> sowie die Errichtung von gemäß dem Oö. Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2006 nicht bewilligungspflichtigen Windrädern von mehr als zehn Meter Höhe, gemessen vom tiefsten Befestigungspunkt;

..."

"§ 26

Bewilligungs- und anzeigefreie Bauvorhaben

Weder einer Baubewilligung noch einer Bauanzeige bedürfen die in den §§ 24 und 25 nicht angeführten Bauvorhaben; dies gilt insbesondere für

...

8. bauliche Anlagen der im § 25 Abs. 1 Z 7 genannten Art, soweit sie die dort angegebenen Abmessungen (Fläche, Höhe) nicht erreichen;

..."

"§ 49

Bewilligungslose bauliche Anlagen

...

(6) Stellt die Baubehörde fest, daß eine baubehördlich nicht bewilligungspflichtige bauliche Anlage nicht entsprechend den für sie geltenden bau- oder raumordnungsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere jenen des Flächenwidmungsplans oder Bebauungsplans, ausgeführt wird oder bereits ausgeführt wurde, hat sie dem Eigentümer mit Bescheid die Herstellung des rechtmäßigen Zustandes innerhalb einer angemessenen festzusetzenden Frist aufzutragen. § 48 Abs. 7 gilt sinngemäß."

Die relevanten Bestimmungen des Oö ElWOG, LGBl. Nr. 1/2006

idF LGBl. Nr. 72/2008, lauten:

"§ 1

Geltungsbereich

(1) Dieses Landesgesetz regelt die Erzeugung, die Übertragung, die Verteilung von und die Versorgung mit elektrischer Energie sowie die Organisation der Elektrizitätswirtschaft in Oberösterreich.

... ."

"§ 6

Bewilligungspflicht

(1) Die Errichtung, wesentliche Änderung und der Betrieb von Stromerzeugungsanlagen mit einer installierten Engpassleistung von 30 kW und darüber bedürfen einer elektrizitätsrechtlichen Bewilligung.

(2) Keiner elektrizitätsrechtlichen Bewilligung nach Abs. 1 bedürfen:

1. Stromerzeugungsanlagen mit einer installierten Engpassleistung unter 30 kW;

... ."

§§ 22 und 40 ROG, LGBl. Nr. 114/1993 idF LGBl. Nr. 115/2005,

lauten auszugsweise:

"§ 22

Widmungen im Bauland

(1) Als Wohngebiete sind solche Flächen vorzusehen, die für Wohngebäude bestimmt sind, die einem dauernden Wohnbedarf dienen; andere Bauten und sonstige Anlagen dürfen in Wohngebieten nur errichtet werden, wenn sie wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Bedürfnissen vorwiegend der Bewohner dienen und ihre ordnungsgemäße Benützung keine Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Bewohner mit sich bringt; Büros und Kanzleien sind in Wohngebieten darüber hinaus zulässig, soweit die einzelnen Bauten nicht überwiegend für solche Zwecke benützt werden. ...

... ."

"§ 40

Schlußbestimmungen

...

(8) Stellt die Baubehörde fest, daß eine bauliche Anlage nicht entsprechend diesem Landesgesetz ausgeführt wurde oder ausgeführt oder verwendet wird, hat sie - soweit nicht eine entsprechende Maßnahme nach der Oö. Bauordnung 1994 zu setzen ist -

dem Eigentümer mit Bescheid die Herstellung des rechtmäßigen Zustands innerhalb einer angemessenen Frist aufzutragen oder, wenn dies tatsächlich nicht möglich ist, die Verwendung der baulichen Anlage zu untersagen. § 57 Abs. 1 Z 11 und Abs. 2 der Oö. Bauordnung 1994 gelten.

... ."

3. Die Beschwerde ist unbegründet.

3.1. Unstrittig ist im Beschwerdefall, dass auf dem Grundstück der Beschwerdeführer eine Windkraftanlage zur Stromerzeugung mit einer installierten Engpassleistung unter 30 kW errichtet wurde.

Die Beschwerde wendet sich gegen die Feststellung, die gegenständliche Windkraftanlage überschreite eine Höhe von 10 m. Es seien diesbezüglich keine genauen Messungen durchgeführt worden. Die Beschwerdeführer würden in diesem Zusammenhang keiner Mitwirkungspflicht unterliegen. Weiters seien zwar von der gegenständlichen Anlage ausgehende Gefahren behauptet, jedoch keine diesbezüglichen Ermittlungen

durchgeführt worden. Die gegenständliche Windkraftanlage widerspreche auch nicht § 22 ROG, da sie aufgrund der Stromerzeugung für den Eigenbedarf den wirtschaftlichen Bedürfnissen der Beschwerdeführer als Bewohner des Wohngebietes diene. Die Anlage sei auch gesetzeskonform bzw. sach- und fachgerecht errichtet, sodass keine Gefahren oder erheblichen Nachteile für Bewohner bestünden.

Dazu ist auszuführen, dass die gegenständliche Windkraftanlage gemäß § 6 Abs. 2 Z 1 Oö EIWOG keiner elektrizitätsrechtlichen Bewilligung bedarf, da ihre installierte Engpassleistung unter 30 kW liegt. Somit erfüllt die vorliegende Windkraftanlage die erste Voraussetzung des § 25 Abs. 1 Z 7 BO, wonach für gemäß Oö EIWOG nicht bewilligungspflichtige Windräder Anzeigepflicht besteht. Es kann im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben, ob die Behörden auf Grund mangelnder Mitwirkung der Beschwerdeführer berechtigt waren, im Rahmen der freien Beweiswürdigung einen für die Beschwerdeführer negativen Schluss zu ziehen, konkret anzunehmen, dass das Windrad mehr als 10 m hoch sei (vgl. u.a. das hg. Erkenntnis vom 16. Oktober 2001, Zl. 99/09/0260; siehe auch *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 39 Rz 9 - 11 und Rz 16), da die vorliegende Windkraftanlage im verfahrensgegenständlichen Wohngebiet jedenfalls nicht zulässig war.

Gemäß § 22 Abs. 1 ROG dürfen andere Bauten und sonstige Anlagen (als Wohngebäude, die für einen dauernden Wohnbedarf bestimmt sind) in Wohngebieten ua. nur errichtet werden, wenn sie wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Bedürfnissen vorwiegend der Bewohner dienen. Im gegenständlichen Fall dient die Windkraftanlage - wie auch die Beschwerde ausführt - den wirtschaftlichen Bedürfnissen nur der Beschwerdeführer und somit nicht den Bedürfnissen vorwiegend der Bewohner des Wohngebietes (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Juli 2004, Zl. 2004/05/0111). Auch wenn der Entfernungsauftrag nicht auf § 49 Abs. 6 BO hätte gestützt werden können (etwa das Windrad gemäß § 1 Abs. 3 Z 5a BO nicht unter dieses Gesetz fallen würde), war der Entfernungsauftrag gemäß § 40 Abs. 8 ROG wegen der aufgezeigten Widmungswidrigkeit rechtmäßig. Dass die verfahrensgegenständliche Windkraftanlage keine bauliche Anlage darstellen sollte, wird selbst von den Beschwerdeführern nicht behauptet.

3.2. Zu den Ausführungen in der Beschwerde, dass die erstinstanzliche Behörde den Bauauftrag zu Unrecht auf den Bebauungsplan von 1994 gestützt hätte, genügt es darauf hinzuweisen, dass der Bebauungsplan für die Entscheidung der Berufungsbehörde und der belangten Behörde nicht von Bedeutung war.

3.3. Die Beschwerdeführer bringen schließlich vor, die Auslegung der belangten Behörde, wonach generell keine Windkraftanlagen im Wohngebiet zulässig seien, widerspreche der "EU-Richtlinie für Energie aus erneuerbaren Quellen" (gemeint wohl die Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG), da die nationale Umsetzung auch autarke Kleinwindkraftanlagen zur Eigenversorgung erfordere. Dem ist zu entgegnen, dass diese Richtlinie eine unmittelbar anwendbare Norm, nach der im Wohngebiet Einrichtungen zur Energiegewinnung aus erneuerbaren Energien zugelassen werden müssen, nicht enthält, sondern lediglich eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass ein bestimmter näher berechneter Anteil von Energie aus erneuerbaren Quellen stammt.

4. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, weshalb sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen war.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der gemäß § 3 Z 1 der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014 in der Fassung BGBl. II Nr. 8/2014 weiterhin anzuwendenden Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 18. November 2014