



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Beck und die Hofrätin Dr. Hinterwirth sowie die Hofräte Dr. N. Bachler, Dr. Lukasser und Mag. Haunold als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Klima, LL.M., über die Revision der Marktgemeinde W in W, vertreten durch die Schwartz Huber-Medek Pallitsch Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, Hohenstaufengasse 7, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich vom 16. April 2018, Zl. LVwG-AV-336/001-2017, betreffend einen wasserpolizeilichen Auftrag (Partei gemäß § 21 Abs. 1 Z 2 VwGG: Bezirkshauptmannschaft Wiener Neustadt), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Revisionswerberin Aufwendungen in der Höhe von €1346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit dem in Revision gezogenen Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich (LVwG) wurde die revisionswerbende Gemeinde verpflichtet, in einem näher bestimmten Teilbereich der P (laut Lageplan) links- und rechtsufrig zum einen die auf den Dammkronen und Uferböschungen befindlichen Pappeln samt deren bei der Dammkrone herausragenden und im Bereich der Dammböschungen befindlichen Wurzeln und Wurzelstöcke und zum anderen den auf beiden Seiten der Bachböschung situierten Strauchbewuchs zu entfernen.
- 2 Für die Entfernung des Strauchbewuchses und der Bäume auf den Uferböschungen wurde ebenso eine Frist von drei Monaten vorgeschrieben wie für die Entfernung von Bäumen mit Biberbisspuren auf den Dammkronen. Die übrigen Bäume auf den Dammkronen und die Wurzeln und Wurzelstöcke seien innerhalb von sechs Monaten zu entfernen.





- 3 Das LVwG ging in der Begründung des Erkenntnisses davon aus, dass der revisionswerbende Gemeinde eine wasserrechtliche Bewilligung nach § 41 WRG 1959 erteilt worden sei und dass ihr das mit dieser Bewilligung eingeräumte Wasserbenutzungsrecht persönlich erteilt worden sei. Die vom wasserpolizeilichen Auftrag erfassten Pflanzungen von Pappeln und Sträuchern stellten keinen Bestandteil des wasserrechtlichen Konsenses dar, schränkten den Abflussquerschnitt ein und führten im 30jährigen Hochwasserfall zu Überflutungen des Umlandes. Angrenzend an die Dämme befänden sich bebaute Grundstücke im Wohngebiet.
- 4 Unter der Überschrift „Beweiswürdigung“ nahm das LVwG rechtliche Überlegungen im Zusammenhang mit dem Vorbringen der Revisionswerberin vor, wonach die ihr erteilte Bewilligung mittlerweile auf den Wasserverband Obere P übergegangen sei. Das LVwG hielt dem entgegen, dass das der Revisionswerberin mit Bescheid vom 12. September 1975 erteilte Wasserrecht kein dingliches sei, zumal es auf öffentlichem Wassergut eingeräumt worden sei. Weil Konsensinhaber und Grundeigentümer daher verschiedene Personen seien, könne das erteilte Wasserbenutzungsrecht nur ein persönliches sein, dessen Übertragung nicht möglich wäre.
- 5 In Bezug auf die fachliche Erforderlichkeit der Entfernung des Bewuchses beider Dammkronen und Böschungen stützte sich das LVwG ebenso auf die eingeholten wasserbautechnischen Gutachten wie bezüglich der vorgeschriebenen Erfüllungsfristen. Als Rechtsgrundlage wurde auf den Umstand verwiesen, dass die wasserrechtliche Bewilligung keine Bepflanzung des Dammes vorgesehen habe, die Anlage daher nicht dem Konsens entspreche und die Konsensinhaberin daher der Instandhaltungsverpflichtung des § 50 WRG 1959 nicht nachgekommen sei. Die Notwendigkeit der Entfernung ergebe sich zum Schutz der öffentlichen Interessen am ungehinderten Hochwasserabfluss und an der Sicherheit von Personen. Der wasserbautechnische Amtssachverständige habe eine wesentliche Beeinträchtigung des Hochwasserabflusses aufgrund der vorhandenen Pappeln und des Strauchbewuchses an den Dammböschungen und der Dammkrone als





gegeben erachtet und hinsichtlich der Entfernungmaßnahmen differenzierte Fristsetzungen vorgeschlagen.

- 6 Wirtschaftliche Erwägungen seien nach der Rechtsprechung unbeachtlich. Offenbar unter Bezugnahme auf das Vorbringen der Gemeinde in der Beschwerde, wonach diese Maßnahmen im Zuge der Umsetzung eines bewilligten Hochwasserschutzprojektes im Jahr 2019 erfolgen könnten, heißt es weiter, dass das Vorliegen einer solchen wasserrechtlichen Bewilligung es nicht rechtfertige, von einer Beauftragung abzusehen oder diese - entgegen der fachlichen Meinung - für einen längeren Zeitraum aufzuschieben. Die erteilte Bewilligung enthalte zudem keine Pflicht zur Projektverwirklichung.
- 7 Die ordentliche Revision wurde mit Formelbegründung nicht zugelassen.
- 8 In der gegen dieses Erkenntnis erhobenen Revision macht die Revisionswerberin Rechtswidrigkeit des Inhaltes in eventu Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend.
- 9 Die vor dem LVwG belangte Behörde erstattete eine Revisionsbeantwortung vom 16. Juli 2018.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

- 10 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.
- 11 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen.
- 12 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.

13 Die außerordentliche Revision macht unter zwei Aspekten Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung geltend. Zum einen vertritt sie die Ansicht, das LVwG habe die Frage der Person des Instandhaltungsverpflichteten unrichtig gelöst, zum anderen rügt sie das Unterbleiben einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Vorschreibung der aufgetragenen Maßnahmen.

14 Die Revision erweist sich als zulässig. Sie ist auch begründet.

15 1. Zur Frage der Instandhaltungsverpflichtung nach § 50 WRG 1959:

16 1.1. § 50 WRG 1959 lautet (soweit hier von Interesse):

„§ 50. (1) Sofern keine rechtsgültigen Verpflichtungen anderer bestehen, haben die Wasserberechtigten ihre Wasserbenutzungsanlagen einschließlich der dazugehörigen Kanäle, künstlichen Gerinne, Wasseransammlungen sowie sonstigen Vorrichtungen in dem der Bewilligung entsprechenden Zustand und, wenn dieser nicht erweislich ist, derart zu erhalten und zu bedienen, daß keine Verletzung öffentlicher Interessen oder fremder Rechte stattfindet. Ebenso obliegt den Wasserberechtigten die Instandhaltung der Gewässerstrecken im unmittelbaren Anlagenbereich.

(2) Nachteilige Wirkungen ihrer Anlagen (Abs. 1) auf andere Gewässerstrecken haben die Wasserberechtigten durch entsprechende Maßnahmen zu beheben. Bestehen bereits Schutz- oder Regulierungsbauten, so haben die Wasserberechtigten die Mehrkosten ihrer Instandhaltung zu tragen.

(3) Wenn nach Abs. 1 oder 2 mehrere Berechtigte verpflichtet sind, ist die Aufteilung der aufzuwendenden Kosten mangels gütlicher Übereinkunft durch Bescheid der Wasserrechtsbehörde zu regeln. Der Regelung hat als Grundlage das Verhältnis der bewilligten Wassernutzungen zu dienen, wobei jedoch auf frühere Regelungen öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Art sowie auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten Rücksicht zu nehmen ist. Ändern sich die Voraussetzungen, unter denen die Aufteilung der Kosten vorgenommen wurde, wesentlich, so hat die Wasserrechtsbehörde auf Antrag eine neue Entscheidung zu treffen.



(4) Kann der Berechtigte nicht ermittelt werden, so obliegen die Verpflichtungen nach Abs. 1 und 2 den Personen, denen die Anlage zum Vorteile gereicht, und zwar mangels anderweitiger Einigung nach dem Verhältnis des tatsächlichen Nutzens.

(5) Für uneinbringliche Leistungen nach den Abs. 1 bis 4 haften anteilmäßig die übrigen Verpflichteten.

(6) Auf Wasseranlagen, die nicht der Wasserbenutzung dienen, finden die vorstehenden Bestimmungen dem Sinne nach Anwendung. Der Eigentümer einer solchen Wasseranlage hat diese mangels ausdrücklicher Verpflichtung nur insoweit zu erhalten, als es zur Verhütung von Schäden notwendig ist, die durch den Verfall der Anlage entstehen können. Wird durch die Erhaltung der Anlage fremdes Eigentum gegen Wassergefahren geschützt, findet § 42 Abs. 2 sinngemäß Anwendung.

(7) ...“

- 17 1.2. Das LVwG vertrat im angefochtenen Erkenntnis - offenbar unter indirekter Bezugnahme auf § 22 WRG 1959 - mit näherer Begründung die Ansicht, es handle sich bei der der Revisionswerberin erteilten wasserrechtlichen Bewilligung um kein dingliches, sondern um ein persönliches Wasserbenutzungsrecht, dessen Übertragung daher nicht möglich sei.
- 18 Unstrittig stützten sich die der Revisionswerberin erteilten wasserrechtlichen Bewilligungen (vom 12. September 1975, vom 5. März 1979 und vom 12. Juli 1983) auf § 41 WRG 1959. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes verleihen Bewilligungen nach § 41 WRG 1959 aber kein Wasserbenutzungsrecht (VwGH 20.2.1997, 96/07/0080; 18.3.2010, 2008/07/0089). Die Ansicht des LVwG, es handle sich vorliegendenfalls um ein der Revisionswerberin persönlich erteiltes Wasserbenutzungsrecht, erweist sich daher als inhaltlich rechtswidrig.
- 19 Auf Wasseranlagen, die nicht der Wasserbenutzung dienen, findet daher nicht die - allein im angefochtenen Erkenntnis wiedergegebene - Bestimmung des § 50 Abs. 1 leg. cit., sondern in erster Linie die Bestimmung des § 50 Abs. 6 WRG 1959 Anwendung.
- 20 Die Anordnung der sinngemäßen Anwendung der vorstehenden Bestimmungen in Abs. 6 des § 50 leg. cit. bedeutet, dass sich die Instandhaltungspflicht primär



nach „rechtgültigen Verpflichtungen anderer“ im Sinne des Abs. 1 richtet. Bestehen solche nicht, ist der Wasserberechtigte zur Instandhaltung verpflichtet. Kann dieser nicht ermittelt werden, trifft die Instandhaltungspflicht in dem durch Abs. 6 zweiter Satz eingeschränkten Umfang den Eigentümer.

- 21 Infolge der unrichtigen Rechtsansicht, wonach das Wasserrecht der Marktgemeinde ein persönlich verliehenes Wasserbenutzungsrecht sei und nicht übertragen werden könne, hat sich das LVwG mit der Frage des Vorliegens von „rechtgültigen Verpflichtungen anderer“ nach § 50 Abs. 1 WRG 1959 nicht befasst. Dass solche „rechtgültigen Verpflichtungen anderer“ bestehen könnten, hat die Revisionswerberin durch ihren Hinweis auf Auflage 7 des Bescheides der BH Wiener Neustadt vom 12. September 1975 und die dort dem Wasserverband überbundene Verpflichtung zur Instandhaltung ins Treffen geführt. Dazu und zur Frage, ob diese Verpflichtungen noch aufrecht sind oder ob es weitere „rechtsgültige Verpflichtungen anderer“ gibt, fehlen Feststellungen und rechtliche Schlussfolgerungen.
- 22 Im Übrigen käme im Falle einer Verpflichtung mehrerer Personen die Solidarhaftung und damit das Auswahlermessen zur Anwendung, welches nach den für die Ermessensübung allgemein geltenden Grundsätzen, also im Sinne des Gesetzes, handzuhaben ist (VwGH 19.5.1994, 93/07/0162; 29.6.2000, 99/07/0114).
- 23 1.3. Der aufgezeigte Begründungsmangel, der in einer unrichtigen Rechtsansicht gründet, führt zur inhaltlichen Rechtswidrigkeit des angefochtenen Erkenntnisses.
- 24 2. Zur Verhältnismäßigkeitsprüfung eines wasserpolizeilichen Auftrags:
- 25 2.1. Auch die zweite als Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung ins Treffen geführte Fragestellung zeigt eine Ergänzungsbedürftigkeit der Begründung des angefochtenen Erkenntnisses auf:



- 26 Bei Aufträgen nach § 138 WRG 1959 ist eine Prüfung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit und der Adäquanz vorzunehmen (VfSlg 13587/93, VfSlg 14489/96). Es handelt sich dabei aber nicht um eine subjektive, auf die jeweilige finanzielle Situation des Verpflichteten abstellende, sondern um eine objektive Zumutbarkeit im Sinne einer Verhältnismäßigkeit von Mitteleinsatz und „Erfolg“ (VwGH 20.2.2014, 2011/07/0080; 17.6.2010, 2010/07/0028).
- 27 Wenn das LVwG daher in der Begründung des angefochtenen Erkenntnisses ganz allgemein und ohne Bezugnahme auf konkrete Rechtsprechung meint, „wirtschaftliche Erwägungen“ wären „nach der Judikatur“ unbeachtlich, so trifft diese Aussage in dieser uneingeschränkten Form nicht zu.
- 28 2.2. Im vorliegenden Fall stellte sich - unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit und der Befristung des Auftrages - die Frage, ob nicht deshalb, weil die Durchführung der aufgetragenen Maßnahmen zur Entfernung des gesamten Bewuchs samt Wurzeln einen derart massiven Eingriff in die Dammstruktur erfordern, dass ein Neubau des Dammes erforderlich werden könnte, in Anbetracht des ohnedies geplanten Neubaus des Dammkörpers mit der Umsetzung des Auftrages noch zugewartet werden könne. Die Revisionswerberin verwies diesbezüglich auf ein mit Bescheid vom 16. März 2012 bewilligtes Hochwasserschutzprojekt und zog mit diesem Vorbringen die obgenannte objektive Zumutbarkeit der Erfüllung des Auftrages in Zweifel.
- 29 Dem entgegnete das LVwG neben dem obgenannten, in dieser Allgemeinheit unrichtigen Hinweis auf die mangelnde Relevanz „wirtschaftlicher Erwägungen“ mit dem Argument, dass eine erteilte Bewilligung (offenbar diejenige des Hochwasserschutzprojektes) keine Verpflichtung zur Projektverwirklichung beinhalte.
- 30 Dieser Überlegung ist zwar grundsätzlich zuzustimmen; allerdings reicht dieser Hinweis nicht aus, das Argument der Revisionswerberin zu entkräften. So fehlen Feststellungen zum Inhalt der wasserrechtlichen Bewilligung vom 16. März 2012, insbesondere zur Frage, ob dem bewilligten Projekt ein Neubau der Dammanlage zu Grunde liegt und ob das Vorhaben tatsächlich im nächsten



Jahr in Angriff genommen werden soll. Um die mangelnde Verpflichtung zur Verwirklichung der bewilligten Hochwasserschutzanlage erfolgreich ins Treffen führen zu können, hätte es aber Indizien für den mangelnden Umsetzungswillen geben müssen. Solche werden vom LVwG aber nicht genannt.

31 Die diesbezüglich in der Revisionsbeantwortung der vor dem LVwG belangten Behörde genannten Indizien vermögen diesen Begründungsmangel des angefochtenen Erkenntnisses nicht zu sanieren.

32 2.3. Eine akute Gefährdungssituation wäre - im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung - ebenfalls ein taugliches Argument gewesen, das Nichtzuwarten bis zur Umsetzung des bewilligten Hochwasserschutzprojektes zu begründen. Auch in diesem Zusammenhang erscheinen die Feststellungen des LVwG zumindest teilweise ergänzungsbedürftig.

33 Dass in Bezug auf die Bäume, die Bisspuren von Bibern aufweisen, akuter Schlägerungsbedarf besteht, erscheint durch die Beweisergebnisse (wie etwa die Stellungnahme der Bundesforste vom 30. März 2016, aber auch das Gutachten des wasserbautechnischen Amtssachverständigen vom 23. Februar 2018) gedeckt. Dass in Bezug auf die übrigen Bäume die aktuelle Gefahr des Umstürzens bestehe, wurde sachverständig hingegen nicht festgestellt. Insofern fehlt den nachvollziehbaren sachverständigen Ausführungen über die zu vermeidenden Folgen von umgestürzten Bäumen im Gerinnequerschnitt eine hinsichtlich der Umstürzmöglichkeit/-wahrscheinlichkeit fachlich tragfähige Grundlage.

34 Die Entfernung der Bäume und Sträucher wurde aus wasserbautechnischer Sicht auch mit der Aufrechterhaltung des Abflussprofils begründet, das allerdings eine verringerte Profiltiefe von im Mittel 35 cm gegenüber dem bewilligten Profil, vermutlich infolge von Anlandungen im Sohlbereich oder Setzungen des Dammes, aufweist. Der Sachverständige empfahl daher zusätzlich auch Maßnahmen zur Erhaltung des Gerinneprofils entsprechend der wasserrechtlichen Bewilligung und das Setzen entsprechender Maßnahmen zur Aufrechterhaltung des Abflussquerschnittes. Auch die Frage, welche Effekte



eine Vertiefung des Profils (dh eine Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes in diesem Bereich) hätte, wäre näher zu prüfen gewesen.

- 35 3. Aus den obgenannten Gründen war das angefochtene Erkenntnis wegen prävalierender inhaltlicher Rechtswidrigkeit gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.
- 36 4. Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013, in der Fassung BGBl. II Nr. 8/2014.

W i e n , am 23. Juli 2018

