

## Gericht

Verwaltungsgerichtshof

## Entscheidungsdatum

25.06.2009

## Geschäftszahl

2007/07/0032

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bumberger sowie die Hofräte Dr. Beck, Dr. Hinterwirth, Dr. Enzenhofer und Dr. Sulzbacher als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde 1. des H L, 2. der J S, 3. des Dr. G J, 4. der Mag. C H, alle in B, und 5. der C L in A, alle vertreten durch Dr. Charlotte Böhm, Mag. Marina Breitenecker, Dr. Christine Kolbitsch und Dr. Heinrich Vana, Rechtsanwälte in 1020 Wien, Taborstraße 10/2, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Niederösterreich vom 9. Jänner 2007, Zl. WA1-W-42213/001-2005, betreffend wasserpolizeilicher Auftrag (mitbeteiligte Partei:

K GmbH & Co KG in B, vertreten durch Waldbauer & Paumgarten & Naschberger, Rechtsanwält Partnerschaft in 6332 Kufstein, Josef-Egger-Straße 3), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat den beschwerdeführenden Parteien Aufwendungen in der Höhe von insgesamt EUR 1.286,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Der mitbeteiligten Gesellschaft wurden mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft B (BH) vom 18. Juli 2003 die wasserrechtliche Bewilligung und die gewerbebehördliche Genehmigung zur Errichtung und Inbetriebnahme eines Kurzentrums (Hotel mit Kurbetrieb) in B (auf dem Grundstück Nr. 327 der Liegenschaft EZ 2225, KG V) erteilt. Bereits davor war mit Bescheid der BH vom 12. März 2003 die Ableitung der während der Bauarbeiten im Rahmen der Wasserhaltung anzutreffenden Grund- und Kluftwässer im Ausmaß von 5 l/s bzw. 18 m<sup>3</sup>/h in die gemeindeeigene Regenwasserkanalisation und in weiterer Folge in drei näher bezeichnete Bäche bis 30. März 2004 befristet wasserrechtlich bewilligt worden.

Die beschwerdeführenden Parteien sind Eigentümer benachbarter Grundstücke. Im Zuge der Bauarbeiten kam es zu einer dauerhaften Absenkung des Grundwasserspiegels und zu einem Trockenfallen der Brunnen der erst-, zweit- dritt- und fünftbeschwerdeführenden Parteien.

Daraufhin beantragten die erst- bis viertbeschwerdeführenden Parteien - und eine weitere, nicht am verwaltungsgerichtlichen Verfahren beteiligte Person (W.F.) - mit rechtsanwältlichem Schriftsatz vom 30. November 2004, die BH möge der Mitbeteiligten als Konsenswerberin des Bauvorhabens "Kurzentrums B" gemäß § 138 WRG 1959 auftragen, "den gesetzmäßigen Zustand wiederherzustellen, indem eine vollständige Grundwasseraufspiegelung stattfindet, sowie die Bodenfeuchteverhältnisse im Bereich des alten Baumbestandes wiederhergestellt werden." Die Fünftbeschwerdeführerin schloss sich diesem Antrag in der Verhandlung am 25. April 2005 an.

Mit Bescheid der BH vom 30. Mai 2005 wurde die Mitbeteiligte im Spruchpunkt I. gemäß § 138 Abs. 1 lit. a WRG 1959 verpflichtet, "innerhalb von sechs Monaten ab Zustellung dieses Bescheides die durch die auf dem Gst. Nr. 327, KG V, erfolgte Herstellung einer Drainage in Form einer Ableitung von 2,5 l/sec bis 3,8 l/sec über Drainageleitungen und neu verlegte Kanalleitungen in den Regenwasserkanal herbeigeführte Absenkung des Grundwasserspiegels zu unterlassen und den ursprünglichen Zustand insoweit wieder herzustellen, dass es zu keiner Beeinträchtigung fremder Rechte, insbesondere der Besitzer der Brunnen auf Gst. Nr. 278/7, KG V (Erst- bis Drittbeschwerdeführer und W.F.), sowie auf Gst. Nr. 268/4 und .162, KG V (Fünftbeschwerdeführerin), kommt."

Im Spruchpunkt II. wurde der Antrag der Viertbeschwerdeführerin hinsichtlich der Wiederherstellung der vollständigen Gewässeraufspiegelung abgewiesen. Die Anträge aller beschwerdeführenden Parteien und von W.F. betreffend die Wiederherstellung der Bodenfeuchteverhältnisse im Bereich des alten Baumbestandes wurden im Spruchpunkt III. zurückgewiesen.

Dagegen erhoben sowohl die Mitbeteiligte als auch die Beschwerdeführer und W.F. Berufung, worüber der Landeshauptmann von Niederösterreich (LH) mit dem angefochtenen Bescheid vom 9. Jänner 2007 wie folgt entschied:

"1) Aufgrund der eingebrachten Berufungen wird der Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides der Bezirkshauptmannschaft B vom 30. Mai 2005, BNW2-WA-04275/004, behoben.

2) Aufgrund der eingebrachten Berufungen werden die Spruchpunkte II. und III. dieses Bescheides ersetzt durch folgenden neuen Spruch:

Der Antrag von (*Erst- bis Viertbeschwerdeführer* und W.F.) vom 2.12.2004 (eigentlich vom 30.11.2004) sowie inhaltsgleich von (*Fünftbeschwerdeführerin*) vom 25. April 2005, den gesetzmäßigen Zustand dadurch wiederherzustellen, dass eine vollständige Gewässeraufspiegelung stattfindet und die Bodenfeuchteverhältnisse im Bereich des alten Baumbestandes wiederhergestellt werden, wird gemäß § 13 Abs. 3 AVG zurückgewiesen.

3) Der Antrag vom 20. Dezember 2006 auf Erstreckung der Frist zur Abgabe einer weiteren schriftlichen Stellungnahme wird abgewiesen."

Die Antragszurückweisung im Spruchpunkt 2) - und die damit zusammenhängende, unter 1) vorgenommene Behebung des im Spruchpunkt I. des erstinstanzlichen Bescheides angeordneten wasserpolizeilichen Auftrages - begründete die belangte Behörde nach Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens damit, dass den Beschwerdeführern mit Schreiben vom 6. April 2006 Parteiengehör zu den eingeholten Gutachten eines wasserbautechnischen und eines geohydrologischen Amtssachverständigen "gemäß § 138 Abs. 6 WRG 1959" eingeräumt und ihnen "mit gleichem Schreiben auch gleichzeitig Gelegenheit zur Verbesserung ihres Antrages auf Erlassung eines gewässerpolizeilichen Auftrages gemäß § 13 Abs. 3 AVG gegeben" worden sei. Mit Schreiben vom 12. Juli 2006 hätten die Rechtsvertreter der Beschwerdeführer auf ein beigelegtes Privatgutachten vom 6. Juli 2006 verwiesen und abschließend unter anderem beantragt, dass die Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes hinsichtlich bereits durchgeführter Maßnahmen verfügt werde. Im Hinblick darauf und auf weitere Stellungnahmen der Mitbeteiligten zu den eingeholten Gutachten habe die belangte Behörde neuerlich den geohydrologischen Amtssachverständigen befasst, der am 7. November 2006 ein ergänzendes Gutachten erstattet habe. Dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführer sei Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu diesem Gutachten bis zum 8. Jänner 2007 eingeräumt worden. Mit Schreiben vom 20. Dezember 2006 sei im Hinblick auf einen Urlaub des bisher befassten Privatsachverständigen um Fristerstattung bis Ende Februar 2007 ersucht worden.

Der Spruch des erstinstanzlichen Bescheides übernehme im ersten Teil des Punktes I. das als Ziel formulierte Begehren in den Anträgen der Beschwerdeführer. Dazu sei festzuhalten, dass dem § 138 WRG 1959 eine Unterlassung als aufzutragende Verpflichtung fremd sei und der Bescheid insoweit schon aus diesem Grund zu beheben gewesen sei. Zum zweiten Teil des Spruchpunktes I. des Bescheides der BH betreffend die Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes sei den Beschwerdeführern ein Mängelbehebungsauftrag erteilt worden, dem nicht entsprochen worden sei, sodass auch dieser Spruchteil zu beheben und der nicht verbesserte Antrag zurückzuweisen gewesen sei.

Das begründete die belangte Behörde in den weiteren Ausführungen nach Wiedergabe des § 13 Abs. 3 AVG und dazu ergangener Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes des Näheren damit, aus den Gutachten vom 6. Februar 2006 und dem Gutachten vom 28. März 2006 gehe hervor, dass von den Beschwerdeführern in ihren Anträgen lediglich ein Ziel formuliert worden sei, nämlich die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes durch Wiederherstellung der vollständigen Grundwasseraufspiegelung und der Bodenfeuchteverhältnisse, konkrete technische Maßnahmen seien jedoch nicht angeführt worden. Der daraufhin von der belangten Behörde erteilte Verbesserungsauftrag vom 6. April 2006 sei den Rechtsvertretern der Beschwerdeführer am 13. April 2006 nachweislich zugestellt worden und die (verlängerte) Frist mit Ablauf des 16. Juni 2006 ungenützt verstrichen. Zu den danach eingebrachten Stellungnahmen der Parteien sei zwar noch ein (ergänzendes) Gutachten des hydrogeologischen Amtssachverständigen eingeholt worden. Doch in diesem Gutachten vom 7. November 2006 sei ebenfalls ausgeführt worden, dass auch den nunmehr vorgelegten Unterlagen und Schriftsätzen der Beschwerdeführer keine konkreten Maßnahmen zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes entnommen werden könnten. Dem Verbesserungsauftrag vom 6. April 2006 sei somit von den Beschwerdeführern "mangels entsprechenden Vorbringens und mangels allfälliger Vorlage entsprechender Unterlagen bis dato nicht entsprochen" worden, sodass die belangte Behörde "ab fruchtlosem Verstreichen der eingeräumten Verbesserungsfrist zur Zurückweisung des Antrages berechtigt ist".

Die Berufungsbehörde sei nämlich berechtigt, Formgebrechen, deren Vorliegen die Verwaltungsbehörde erster Instanz übersehen habe, aufzugreifen und deren Behebung in Anwendung des § 13 Abs. 3 AVG anzuordnen. In einem Verbesserungsauftrag nach dieser Bestimmung müsse über die Fristsetzung hinaus nicht noch ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass das Anbringen nach fruchtlosem Ablauf der Frist "nicht mehr berücksichtigt wird". Der Eintritt dieser Rechtsfolge sei nicht von einem dem Auftrag beigelegten Hinweis

abhängig. Da "bis dato" keine Präzisierung des Begehrens auf Erlassung eines gewässerpolizeilichen Auftrages, wie in den Gutachten der Amtssachverständigen gefordert, erfolgt sei, seien die Anträge der Beschwerdeführer vom 30. November 2004 und vom 25. April 2006 zurückzuweisen gewesen. Ein inhaltliches Eingehen auf das Vorbringen in den Berufungen habe daher nicht zu erfolgen gehabt.

Abschließend begründete die belangte Behörde noch mit näheren Ausführungen, weshalb sie dem Antrag der Beschwerdeführer auf Erstreckung der Stellungnahmefrist zum Gutachten vom 7. November 2006 im Spruchpunkt 3) des angefochtenen Bescheides keine Folge gegeben hat.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, über die der Verwaltungsgerichtshof nach Vorlage der Verwaltungsakten und Erstattung von Gegenschritten durch die belangte Behörde und durch die Mitbeteiligte erwogen hat:

Unter der Überschrift "Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes" enthält § 138 WRG 1959 nähere Regelungen betreffend die Erlassung eines gewässerpolizeilichen Auftrages. Nach der lit. a des Abs. 1 ist unabhängig von Bestrafung und Schadenersatzpflicht derjenige, der die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes übertreten hat, wenn das öffentliche Interesse es erfordert oder der Betroffene es verlangt, von der Wasserrechtsbehörde zu verhalten, auf seine Kosten eigenmächtig vorgenommene Neuerungen zu beseitigen oder die unterlassenen Arbeiten nachzuholen. Nach § 138 Abs. 6 WRG 1959 sind als Betroffene im Sinne des Abs. 1 unter anderem die Inhaber bestehender Rechte (§ 12 Abs. 2 WRG 1959) anzusehen. Dazu zählen rechtmäßig geübte Wassernutzungen mit Ausnahme des Gemeingebrauches, Nutzungsbefugnisse nach § 5 Abs. 2 WRG 1959 und das Grundeigentum. Den Grundeigentümern steht nach § 5 Abs. 2 WRG das Recht zu, das nach § 3 Abs. 1 lit. a WRG 1959 als Privatgewässer qualifizierte Grundwasser, z.B. durch einen Hausbrunnen, zu nutzen (vgl. etwa das Erkenntnis vom 25. Jänner 2007, Zl. 2006/07/0128).

Als eigenmächtige Neuerung ist die Errichtung von Anlagen oder die Setzung von Maßnahmen zu verstehen, für die eine wasserrechtliche Bewilligung einzuholen gewesen wäre, eine solche aber nicht erwirkt wurde. Darunter fällt auch das Fortdauern des durch die betreffende Maßnahme herbeigeführten Zustandes, weshalb auch die weitere Aufrechterhaltung eines solchen konsenslos geschaffenen Zustandes als eigenmächtige Neuerung anzusehen ist. Hierbei kann es sich um völlig konsenslose, ebenso jedoch auch um konsensüberschreitende Veränderungen handeln (vgl. beispielsweise das Erkenntnis vom 26. Juni 2008, Zl. 2005/07/0131, mwN).

Betroffener im Sinne des § 138 Abs. 6 WRG 1959 ist derjenige, in dessen Rechte durch die eigenmächtige Neuerung eingegriffen wird. Ein Anspruch auf Beseitigung einer eigenmächtigen Neuerung besteht dann, wenn durch diese im § 138 Abs. 6 WRG 1959 genannte Rechte tatsächlich beeinträchtigt werden (siehe auch dazu das zuletzt zitierte Erkenntnis). Zweck dieses Antragsrechtes ist es, unbefugte Eingriffe in die im § 138 Abs. 6 WRG 1959 genannten Rechte abzuwehren (vgl. das Erkenntnis vom 26. April 2007, Zl. 2006/07/0058). Ein auf Antrag eines Betroffenen erlassener Beseitigungsauftrag gemäß § 138 Abs. 1 WRG 1959 ist daher nur soweit gerechtfertigt, als dies zur Beseitigung der Verletzung wasserrechtlich geschützter Rechte erforderlich ist (vgl. etwa das Erkenntnis vom 23. März 2006, Zl. 2005/07/0022, mwN). In diesem Umfang hat der Betroffene aber einen Rechtsanspruch darauf, dass über seinen Antrag ein wasserpolizeilicher Auftrag zur Beseitigung der eigenmächtigen Neuerung erlassen wird.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes muss ein Auftrag nach § 138 Abs. 1 lit. a WRG 1959 so bestimmt formuliert sein, dass eine Vollstreckung durch Ersatzvornahme möglich ist. Durch die Spruchfassung muss einerseits dem Beauftragten die überprüfbare Möglichkeit gegeben werden, dem Leistungsauftrag zu entsprechen, andererseits muss dadurch auch der Umfang einer allfälligen Ersatzvornahme deutlich abgegrenzt sein (vgl. u.a. das Erkenntnis vom 8. Juli 2004, Zl. 2003/07/0141).

Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist der belangten Behörde zwar darin beizupflichten, dass die dem Antrag der Beschwerdeführer folgende Spruchformulierung im Punkt I. des Bescheides der BH - Verpflichtung zur Unterlassung der Absenkung des Grundwasserspiegels durch Wasserableitungen in bestimmtem Umfang und zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes, sodass es zu keiner Beeinträchtigung der Rechte näher genannter benachbarter Brunnenbesitzer kommt - nicht dem Gesetz entspricht. Entgegen der Meinung der belangten Behörde ist es aber nicht Sache des Betroffenen, der eine Beeinträchtigung seiner wasserrechtlich geschützten Rechte durch eine unzulässige Neuerung geltend gemacht hat, in seinem Antrag auf Erlassung eines gewässerpolizeilichen Auftrages zur Beseitigung dieser Neuerung im Sinne des § 138 Abs. 1 lit. a iVm Abs. 6 WRG 1959 auch die hierfür dem Adressaten aufzutragenden konkreten (technischen) Maßnahmen im Einzelnen anzuführen. Die Umschreibung des Auftrags und die Schaffung der dafür notwendigen sachverhaltsmäßigen Grundlagen - insbesondere auch durch die Einholung entsprechender Sachverständigengutachten -

fällt vielmehr in die amtswegig wahrzunehmende Aufgabe der Wasserrechtsbehörde. In diesem Sinn hat der Verwaltungsgerichtshof auch bereits wiederholt ausgesprochen, dass das Verfahren nach § 138 Abs. 1 lit. a WRG 1959 - wenn auch möglicherweise ausgelöst durch das "Verlangen" eines Betroffenen - von Amts wegen durchzuführen ist (vgl. z.B. das Erkenntnis vom 27. Mai 2003, Zl. 2002/07/0090, mwN).

Die belangte Behörde hat die von ihr vorgenommene Antragszurückweisung auf § 13 Abs. 3 AVG gestützt. Danach ermächtigen Mängel schriftlicher Anbringen die Behörde nicht zur Zurückweisung, sondern sie hat vielmehr von Amts wegen unverzüglich deren Behebung zu veranlassen und kann dem Einschreiter die

Behebung des Mangels mit der Wirkung auftragen, dass das Anbringen nach fruchtlosem Ablauf einer gleichzeitig zu bestimmenden, angemessenen Frist zurückgewiesen wird. Ob ein Mangel des Anbringens vorliegt, der im Falle seiner Nichtverbesserung die Zurückweisung des Anbringens rechtfertigt, ist in erster Linie nach den in Betracht kommenden Verwaltungsvorschriften zu beurteilen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. Jänner 1997, Zl. 96/07/0184). Dem § 138 Abs. 6 WRG 1959 kann aber - wie erwähnt - nicht entnommen werden, dass (als Voraussetzung für seine Zulässigkeit) im Antrag eines Betroffenen auf Erlassung eines wasserpolizeilichen Auftrages die zur Beseitigung der unzulässigen Neuerung im Einzelnen erforderlichen Maßnahmen angeführt werden müssen. Es wird aber im angefochtenen Bescheid sonst keine Rechtsgrundlage für das Bestehen einer derartigen Verpflichtung genannt. Die Erteilung eines entsprechenden Mängelbehebungsauftrages nach § 13 Abs. 3 zweiter Satz AVG mit der Folge, dass der Antrag bei dessen Nichterfüllung zurückgewiesen wird, kam daher in der vorliegenden Konstellation von vornherein nicht in Betracht, was in der Beschwerde zutreffend aufgezeigt wird.

Im Übrigen hatte das von der belangten Behörde als Verbesserungsauftrag im Sinne des § 13 Abs. 3 AVG angesehene, an die Beschwerdeführer und W.F. gerichtete Schreiben vom 6. April 2006 lediglich folgenden Inhalt:

"Betrifft

K GmbH & Co KG, Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes, Antrag, Bescheid, wasserrechtliches Berufungsverfahren, Verbesserungsauftrag und Parteigehör

Das Ergebnis des durchgeführten Ermittlungsverfahrens (2 Gutachten des wasserbautechnischen Amtssachverständigen vom 6. Februar 2006 und Gutachten des geohydrologischen Amtssachverständigen vom 28. März 2006) wird Ihnen zur Kenntnis gebracht. Sie haben die Möglichkeit, innerhalb von **drei Wochen** ab Erhalt dieses Schreibens entsprechend fachlich fundierte Ergänzungen zum Antrag abzugeben bzw. hiezu schriftlich Stellung zu nehmen.

Mit freundlichem Gruß

Für den Landeshauptmann

(es folgt die elektronische Unterfertigung durch den Sachbearbeiter)"

Es bedarf keiner weiteren Erörterung, dass dieses Schreiben nicht den inhaltlichen Anforderungen eines Verbesserungsauftrages nach § 13 Abs. 3 AVG genügt (siehe dazu *Hengstschläger/Leeb*, AVG, Rz 29 zu § 13), zumal ihm nicht einmal zu entnehmen ist, welche vom Gesetz geforderten Voraussetzungen den Anträgen der Beschwerdeführer nach Ansicht der belangten Behörde fehlen, und es auch keinen konkreten Auftrag zur Verbesserung der Anträge enthält. Im Übrigen haben die Amtssachverständigen in ihren Gutachten nicht - wie es im angefochtenen Bescheid heißt - die Präzisierung der Anträge "gefordert", sondern sich lediglich zur Fragestellung der belangten Behörde, ob die "beantragten Maßnahmen" tatsächlich erforderlich seien, dahin geäußert, dass von den Beschwerdeführern keine konkreten technischen Maßnahmen zur Wiederherstellung der ursprünglichen Grundwassersituation "festgelegt", sondern lediglich Ziele formuliert worden seien, die im Bescheid der BH auch sinngemäß vorgeschrieben worden seien. Auch in Verbindung mit diesen Ausführungen war daher für die Beschwerdeführer die Notwendigkeit einer Ergänzung der Anträge zur Hintanhaltung ihrer Zurückweisung nicht erkennbar.

Das zitierte Schreiben vom 6. April 2006 ist vielmehr seinem Inhalt nach als bloße Einräumung des Parteigehörs zu den damit übermittelten Gutachten zu qualifizieren und konnte - wie in der Beschwerde ebenfalls zu Recht gerügt wird - keine Grundlage für den Eintritt der Rechtsfolgen des § 13 Abs. 3 AVG bilden. Auch aus diesem Grund erweist sich die von der belangten Behörde vorgenommene Antragszurückweisung als mit dem Gesetz nicht im Einklang stehend.

Der angefochtene Bescheid war somit aus den angeführten Gründen gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Der Kostenzuspruch gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008.

Wien, am 25. Juni 2009