

# TE Lvwg Erkenntnis 2018/10/17 LVwG-2018/37/0880-9

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.10.2018

## Entscheidungsdatum

17.10.2018

## Index

81/01 Wasserrechtsgesetz

40/01 Verwaltungsverfahren

## Norm

WRG 1959 §38

WRG 1959 §41

WRG 1959 §138

VwGVG §28

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Dr. Hirn über die Beschwerde 1. der AA, Adresse 1, Z, und 2. der BB, Adresse 2, Z, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Y vom 28.02.2018, ZI \*\*\*\*, betreffend einen Auftrag nach § 138 Wasserrechtsgesetz 1959 (belangte Behörde: Bezirkshauptmannschaft Y), nach Abhaltung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

zu Recht:

1. Der Beschwerde wird Folge gegeben und der angefochtene Bescheid ersatzlos behoben.
2. Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

Am 05.09.2011 hat die Gemeinde X dem Baubezirksamt W, Wasserwirtschaft, mitgeteilt, dass im Bereich der Gste Nrn \*\*1 sowie \*\*2, beide GB \*\*\*\* V, rechtsufrig der CC eine Mauer errichtet werde.

Dazu erging die an die Gemeinde X gerichtete Stellungnahme des Baubezirksamtes W, Wasserwirtschaft, vom 06.09.2011, ZI \*\*\*\*. In diesem Schreiben erfolgte der Hinweis, dass die gegenständlichen Teilflächen im Hochwasserabflussbereich (HQ30) der CC liegen würden und für die Errichtung von Bauten am Ufer oder für die Errichtung von Anlagen innerhalb der Grenzen des Hochwasserabflussbereiches fließender Gewässer eine wasserrechtliche Bewilligung zu erwirken sei.

Mit Spruchpunkt I. des Bescheides vom 03.11.2011, ZI \*\*\*\*, hat die Bezirkshauptmannschaft Y DD, geb am XX.XX.XXXX, Adresse 1, Z, wegen der Verwaltungsübertretung nach § 137 Abs 3 Z 5 in Verbindung mit (iVm) § 38 Abs 1 Wasserrechtsgesetz 1959 (WRG 1959), BGBl Nr 215/1959 in der Fassung (idF)BGBl I Nr 14/2011, bestraft, weil er zumindest seit 05.09.2011 auf den Gste Nrn \*\*1 und \*\*3, beide GB \*\*\*\* V, im Hochwasserabflussbereich (HQ30) der CC, orographisch rechtsufrig, eine Mauer aus Natursteinen ohne wasserrechtliche Bewilligung errichtet habe.

Mit Spruchpunkt II. des Bescheides vom 03.11.2011, ZI \*\*\*\*, hat die Bezirkshauptmannschaft Y DD gemäß § 138 Abs 1 lit a WRG 1959 aufgetragen, bis längstens 30.11.2011 die zumindest seit 05.09.2011 auf den Gste Nrn \*\*1 und \*\*2, beide GB \*\*\*\* V, im Hochwasserabflussbereich (HQ30) der CC, orographisch rechtsufrig, errichtete Mauer aus Natursteinen zu entfernen und den Nachweis hierüber der zuständigen Wasserrechtsbehörde vorzulegen.

Mit Schriftsatz vom 17.11.2011 hat DD um die Erteilung der wasser- und naturschutzrechtlichen Bewilligung für den Neubau einer Natursteinmauer auf den Gste Nrn \*\*1 und \*\*2, beide GB \*\*\*\* V, angesucht. Ergänzend dazu hat DD ersucht, den Beseitigungsauftrag gemäß Spruchpunkt II. des Bescheides der Bezirkshauptmannschaft Y vom 03.11.2011, ZI \*\*\*\*, bis zur Entscheidung über sein Ansuchen auf Erteilung der wasser- und naturschutzrechtlichen Bewilligung auszusetzen.

Mit Schriftsatz vom 26.01.2017, ZI \*\*\*\*, hat die Bezirkshauptmannschaft Y an das Baubezirksamt W, Fachbereich Wasserwirtschaft, das Ersuchen gerichtet zu beurteilen, ob die gegenständliche Mauer nunmehr bewilligungsfähig wäre. Dazu erging die wasserfachliche Stellungnahme vom 08.06.2017, ZI \*\*\*\*. Darin wurde die Vorlage eines Projektes sowie verschiedener, näher bezeichneter Nachweise gefordert.

Mit Bescheid vom 11.07.2017, ZI \*\*\*\*, hat die Bezirkshauptmannschaft Y DD, Adresse 1, Z, gemäß § 138 Abs 1 lit a WRG 1959 aufgetragen, bis längstens 31.08.2017 die zumindest seit 05.09.2011 auf den Gste Nrn \*\*1 und \*\*2, beide GB \*\*\*\* V, im Hochwasserabflussbereich (HQ30) der CC, orographisch rechtsufrig, errichtete Mauer aus Natursteinen zu entfernen und den Nachweis hierüber der Wasserrechtsbehörde vorzulegen.

Eine Zustellung dieses Bescheides war nicht möglich, da DD bereits im Jahr 2012 verstorben war.

In weiterer Folge hat die Bezirkshauptmannschaft Y erhoben, dass nunmehr AA, Adresse 1, Z, und BB, Adresse 2, Z, je zur Hälfte Miteigentümerinnen der Gste Nrn \*\*1 und \*\*2, beide GB \*\*\*\* V, sind.

Mit Schriftsatz vom 26.07.2017, ZI \*\*\*\*, hat die Bezirkshauptmannschaft Y AA und BB über die bisherigen Verfahrensschritte informiert und die beiden Miteigentümerinnen aufgefordert mitzuteilen, ob sie die gegenständliche Mauer entfernen lassen oder allenfalls um die Erteilung der erforderlichen wasser- und naturschutzrechtlichen Bewilligung ansuchen. In weiterer Folge kam es zu einer telefonischen Rücksprache mit BB am 19.10.2017.

Mit Bescheid vom 28.02.2018, ZI \*\*\*\*, hat die Bezirkshauptmannschaft Y AA, Adresse 1, Z, und BB, Adresse 2, Z, gemäß § 138 Abs 4 WRG 1959 aufgetragen, bis längstens 15.04.2018 die seit zumindest 05.09.2011 auf den Gste Nrn \*\*1 und \*\*2, beide GB \*\*\*\* V, im Hochwasserabflussbereich (HQ30) der CC, orographisch rechtsufrig, errichtete Mauer aus Natursteinen zu entfernen und den Nachweis darüber der Wasserrechtsbehörde vorzulegen.

Gegen diesen Bescheid haben AA und BB mit Schriftsatz vom 26.03.2018 Beschwerde erhoben. Gleichzeitig haben die beiden Beschwerdeführerinnen um die Erteilung der wasser- und naturschutzrechtlichen Bewilligung für die gegenständliche Mauer angesucht.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat mit Schriftsatz vom 02.05.2018, ZI LVwG-2018/37/0880-1, das Ansuchen der beiden Beschwerdeführerinnen vom 26.03.2018 auf Erteilung der wasser- und naturschutzrechtlichen Bewilligung für die bereits errichtete Natursteinmauer auf den Gste Nrn \*\*1 und \*\*2, beide GB \*\*\*\* V, an die Bezirkshauptmannschaft Y weitergeleitet. Zum Ersuchen des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 03.05.2018, ZI LVwG-2018/37/0880-2, hat der wasserbautechnische Amtssachverständige EE mit Schriftsatz vom 09.05.2018,

ZI \*\*\*\*, Befund und Gutachten erstattet und sich insbesondere zum Hochwasserabflussbereich der CC im Hinblick auf die Gste Nrn \*\*1, \*\*2 und \*\*3, alle GB \*\*\*\* V, geäußert.

Zur wasserbautechnischen Stellungnahme haben die beiden Beschwerdeführerinnen im Schriftsatz vom 08.06.2018 Stellung genommen und darin betont, dass dringend Maßnahmen zum Schutze ihres Objektes auf dem Gst Nr \*\*3, GB \*\*\*\* V, erforderlich seien. Ein Übertreten der CC im Bereich der Gste Nrn \*\*1 und \*\*2, beide GB \*\*\*\* V, würde zu einer Flutung ihres Hauses führen.

Am 03.10.2018 hat die öffentliche mündliche Verhandlung stattgefunden, in deren Rahmen festgehalten wurde, dass der korrekte Namen der Beschwerdeführerin BA seit deren Heirat am 01.09.2018 BB lautet. In der Verhandlung wurde Beweis aufgenommen durch die Einvernahme des FF, Vertreter der Beschwerdeführerin BB, als Partei, durch die Einvernahme des wasserbautechnischen Amtssachverständigen EE sowie durch die Verlesung der Akten der Bezirkshauptmannschaft Y, ZI \*\*\*\* und ZI \*\*\*\*, und des Aktes des Landesverwaltungsgerichtes Tirol, ZI LVWG-2018/37/0880, jeweils samt Beilagen.

In dem aufgrund des Ansuchens der beiden Beschwerdeführerinnen vom 26.03.2018 eingeleiteten wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren hat die Bezirkshauptmannschaft Y zuletzt mit Schriftsatz vom 14.06.2018 den beiden Beschwerdeführerinnen einen Auftrag zur Verbesserung ihres Ansuchens binnen einer vierwöchigen Frist aufgetragen und gleichzeitig mitgeteilt, dass bei fruchtlosem Ablauf der Frist das Ansuchen vom 26.03.2018 als zurückgezogen gilt. Bislang sind die Beschwerdeführerinnen diesem Verbesserungsauftrag nicht nachgekommen.

## II. Beschwerdevorbringen:

Zunächst bringen die Beschwerdeführerinnen vor, es sei für sie überraschend gewesen, dass 5 ½ Jahre nach dem von ihrem frühzeitig verstorbenen Vater gestellten Ansuchen vom November 2011 sie die Aufforderung erhalten hätten, neuerlich ein Ansuchen auf Erteilung der Bewilligung zu stellen und zusätzlich ein Gutachten über die Einwirkungen eines 100-jährigen Hochwasserereignisses sowie eine Wasserspiegelberechnung vorzulegen. Die dafür erforderlichen Kosten in Höhe von bis zu Euro 5.000,-- seien nicht akzeptabel, da beim Land Tirol für den ganzen Bereich der CC ein Gefahrenzonenplan mit den nunmehr geforderten Daten vorliegen sollte.

Unabhängig davon weisen die beiden Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass eine Überspülung des Ufers in diesem Bereich unweigerlich zu einer Zerstörung ihres ca 50 m entfernten Gebäudes ? Gasthaus mit angebautem Stall ? führe, da in diesem Bereich die auf einem gegenüber der CC höheren Niveau verlaufende B \*\* den Rückfluss in die natürliche Gewässerrinne verhindere. Es sei daher das Land Tirol gefordert, einen Hochwasserschutz (Dammmauer) entlang des Ufers zu den beiden Gste Nrn \*\*1 und \*\*2, beide GB \*\*\*\* V, zu errichten, um bei Hochwasserereignissen den Abfluss in Richtung des eben beschriebenen Gebäudes zu verhindern. Die bereits errichtete Mauer entlang des Ufers würde den Zugang zum Gerinne nicht verhindern. Das Bachbett sei auch von der gegenüberliegenden Uferseite über die dortige in ihrem Eigentum stehende Grundparzelle mit Zufahrtsweg leicht erreichbar.

## III. Sachverhalt:

DD, der im Jahr 2012 verstorbene Vater der AA und der BB, hat im Herbst 2011 auf den damals in seinem Eigentum stehenden Gste Nrn \*\*1 und \*\*2, beide GB \*\*\*\* V, rechtsufrig der CC im Uferbereich eine Natursteinmauer errichtet. Die Errichtung dieser Natursteinmauer erfolgte einerseits, um zu verhindern, dass sich dort aufhaltende Personen über die steile Böschung in die CC stürzen, andererseits als Schutz des „GG“ ? Gasthaus samt Stall auf dem Gst Nr \*\*4, GB \*\*\*\* V ? vor Hochwasser. Die Natursteinmauer wurde trotz des mit Spruchpunkt II. des rechtskräftigen Bescheides der Bezirkshauptmannschaft Y vom 03.11.2011, ZI \*\*\*\*, erteilten Behandlungsauftrages nicht entfernt.

Die beiden Beschwerdeführerinnen sind unter anderem Miteigentümerinnen (je zur Hälfte) der Gste Nrn \*\*1, \*\*3, \*\*2, \*\*5, \*\*6/1 und \*\*4, alle GB \*\*\*\* V. Teilflächen der Gste Nrn \*\*1, \*\*3 und \*\*2, alle GB \*\*\*\* V, befinden sich innerhalb des 30-jährlichen Hochwasserabflussbereiches der CC. Die Errichtung der verfahrensgegenständlichen Natursteinmauer erfolgte innerhalb dieses 30-jährlichen Hochwasserabflussbereiches.

Die derzeit bestehende Natursteinmauer bietet keinen ausreichenden Hochwasserschutz für den „GG“ (Gasthaus und Stall, Gst \*\*4, GB \*\*\*\* V). Diese Mauer bewirkt im Falle eines Hochwasserereignisses aber keine Erhöhung der Gefahr für andere Flächen oder andere Objekte, insbesondere auch nicht für die im Nahbereich verlaufende Bundesstraße B\*\*.

Derzeit wird für die gesamte CC bis zur Staatsgrenze der Gefahrenzonenplan überarbeitet. Gegenstand des neu ausgearbeiteten Gefahrenzonenplanes ist auch jener Bereich, den die von DD errichtete Natursteinmauer schützen soll.

Unter Verwendung eines Baggers und eines Lastkraftwagens lässt sich die von DD im Jahr 2011 errichtete Natursteinmauer innerhalb eines Tages entfernen.

## IV. Beweiswürdigung:

Dass der im Jahr 2012 verstorbene Vater der beiden Beschwerdeführerinnen im September 2011 die verfahrensgegenständliche Natursteinmauer errichten ließ und diese bislang nicht entfernt wurde, haben die Beschwerdeführerinnen im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 03.10.2018 außer Streit gestellt. Deren Zweck hat FF, der Bruder des verstorbenen DD, im Zuge seiner Einvernahme erläutert.

Die im Zuge des behördlichen verwaltungsgerichtlichen Verfahrens vorgelegten Fotos zeigen, dass DD die Natursteinmauer am Ufer der CC errichtet hat. Der wasserbautechnische Amtssachverständige hat unter Hinweis auf den derzeit bestehenden Gefahrenzonenplan ergänzend festgehalten, dass sich die verfahrensgegenständliche Natursteinmauer innerhalb des 30-jährlichen Hochwasserabflussbereiches befindet.

Der wasserbautechnische Amtssachverständige EE hat im Rahmen seiner Einvernahme ausdrücklich festgehalten, dass die von DD errichtete Mauer keinen ausreichenden Hochwasserschutz für den „GG“ (Gasthaus und Stall) darstellt, gleichzeitig aber eingeräumt, dass durch diese Natursteinmauer bei einem Hochwasserereignis keine Erhöhung der Gefahr für andere Flächen oder andere Objekte, insbesondere auch nicht für die im Nahbereich verlaufende Bundesstraße B\*\*, bewirkt wird. Der wasserbautechnische Amtssachverständige hat sich zudem zur Frage geäußert, welche Mittel für die Entfernung der verfahrensgegenständlichen Mauer einzusetzen sind und innerhalb welchen Zeitraums eine solche Maßnahme umsetzbar ist.

Ausgehend von diesen Beweisergebnissen hat das Landesverwaltungsgericht Tirol die Feststellungen in Kapitel II. „Sachverhalt“ des gegenständlichen Erkenntnisses getroffen.

#### V. Rechtslage:

##### 1. Wasserrechtsgesetz 1959:

Die für das gegenständliche Verfahren entscheidungswesentlichen Bestimmungen des Wasserrechtsgesetzes 1959 (WRG 1959), BGBl Nr 215/1959, in den anzuwendenden Fassungen BGBl I Nr 74/1997 (§ 41), BGBl I Nr 155/1999 (§ 138) und BGBl I Nr 14/2011 (§ 38), lauten samt Überschriften auszugsweise wie folgt:

##### „Besondere bauliche Herstellungen

§ 38. (1) Zur Errichtung und Abänderung von Brücken, Stegen und von Bauten an Ufern, dann von anderen Anlagen innerhalb der Grenzen des Hochwasserabflusses fließender Gewässer oder in Gebieten, für die ein gemäß § 42a Abs. 2 Z 2 zum Zweck der Verringerung hochwasserbedingter nachteiliger Folgen erlassenes wasserwirtschaftliches Regionalprogramm (§ 55g Abs. 1 Z 1) eine wasserrechtliche Bewilligungspflicht vorsieht, sowie von Unterführungen unter Wasserläufen, schließlich von Einbauten in stehende öffentliche Gewässer, die nicht unter die Bestimmungen des § 127 fallen, ist nebst der sonst etwa erforderlichen Genehmigung auch die wasserrechtliche Bewilligung einzuholen, wenn eine solche nicht schon nach den Bestimmungen des § 9 oder § 41 dieses Bundesgesetzes erforderlich ist. Die Bewilligung kann auch zeitlich befristet erteilt werden.

(2) Bei den nicht zur Schiff- oder Floßfahrt benutzten Gewässerstrecken bedürfen einer Bewilligung nach Abs. 1 nicht:

- a) Drahtüberspannungen in mehr als 3 m lichter Höhe über dem höchsten Hochwasser-spiegel, wenn die Stützen den Hochwasserablauf nicht fühlbar beeinflussen;
- b) kleine Wirtschaftsbrücken und -stege; erweist sich jedoch eine solche Überbrückung als schädlich oder gefährlich, so hat die Wasserrechtsbehörde über die zur Beseitigung der Übelstände notwendigen Maßnahmen zu erkennen.

(3) Als Hochwasserabflußgebiet (Abs 1) gilt das bei 30jährigen Hochwässern überflutete Gebiet. Die Grenzen der Hochwasserabflußgebiete sind im Wasserbuch in geeigneter Weise ersichtlich zu machen.“

##### „Schutz- und Regulierungsbauten

§ 41. (1) Zu allen Schutz- und Regulierungswasserbauten in öffentlichen Gewässern einschließlich der Vorkehrungen zur unschädlichen Ableitung von Gebirgswässern nach dem Gesetze vom 30. Juni 1884, RGBl. Nr. 117, muß, sofern sie nicht unter die Bestimmungen des § 127 fallen, vor ihrer Ausführung die Bewilligung der Wasserrechtsbehörde eingeholt werden.

(2) Bei Privatgewässern ist die Bewilligung zu derartigen Bauten, sofern sie nicht unter die Bestimmungen des § 127 fallen, dann erforderlich, wenn hiedurch auf fremde Rechte oder auf die Beschaffenheit, den Lauf oder die Höhe des Wassers in öffentlichen oder fremden privaten Gewässern eine Einwirkung entstehen kann.

[...]“

„Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes.

§ 138. (1) Unabhängig von Bestrafung und Schadenersatzpflicht ist 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

a) eigenmächtig vorgenommene Neuerungen zu beseitigen oder die unterlassenen Arbeiten nachzuholen,

[...]

(2) In allen anderen Fällen einer eigenmächtig vorgenommenen Neuerung oder unterlassenen Arbeit hat die Wasserrechtsbehörde eine angemessene Frist zu bestimmen, innerhalb deren entweder um die erforderliche wasserrechtliche Bewilligung nachträglich anzusuchen, die Neuerung zu beseitigen oder die unterlassene Arbeit nachzuholen ist.

[...]

(4) Wenn das öffentliche Interesse die Beseitigung eigenmächtig vorgenommener Neuerungen, das Nachholen unterlassener Arbeiten oder die Sicherung von Ablagerungen oder Bodenverunreinigungen verlangt und der nach Abs. 1 Verpflichtete nicht dazu verhalten oder zum Kostenersatz herangezogen werden kann, dann kann an seiner Stelle dem Liegenschaftseigentümer der Auftrag erteilt oder der Kostenersatz auferlegt werden, wenn er die eigenmächtige Neuerung, das Unterlassen der Arbeit oder die Bodenverunreinigung ausdrücklich gestattet hat oder wenn er der Ablagerung zugestimmt oder sie freiwillig geduldet und ihm zumutbare Abwehrmaßnahmen unterlassen hat. Dies gilt bei Ablagerungen auch für Rechtsnachfolger des Liegenschaftseigentümers, wenn sie von der Ablagerung Kenntnis hatten oder bei gehöriger Aufmerksamkeit Kenntnis haben mußten. § 31 Abs. 6 findet in allen Fällen dieses Absatzes sinngemäß Anwendung. § 16 Abs. 4 Forstgesetz 1975 bleibt unberührt.

[...]“

2. Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz:

Die für das gegenständliche Verfahren entscheidungswesentliche Bestimmung des § 28 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (VwGVG) lautet in der anzuwendenden Stammfassung BGBl I Nr 33/2013 samt Überschrift auszugsweise wie folgt:

„Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

[...]“

VI. Erwägungen:

1. Zur Rechtzeitigkeit:

Gemäß § 7 Abs 4 VwGVG beträgt die Frist zur Erhebung einer Beschwerde gegen den Bescheid einer Behörde vier Wochen.

Der Bescheid der belangten Behörde wurde den Beschwerdeführerinnen am 20.03.2018 zugestellt. Die gegen diesen Bescheid gerichtete Beschwerde ist am 28.03.2018 und somit innerhalb der vierwöchigen Frist bei der Bezirkshauptmannschaft Y eingelangt.

2. In der Sache:

2.1. Zur Bewilligungspflicht:

Unter Schutz- und Regulierungsbauten sind alle wasserbaulichen Maßnahmen (Bauten und Vorrichtungen) zu verstehen, deren ausschließliche oder hauptsächliche Aufgabe es ist, das Gerinne eines Gewässers zur Abwehr seiner schädlichen Wirkungen zu beeinflussen, die Ufer zu festigen und das anliegende Gelände vor Überflutungen oder Vermurungen zu bewahren (zB Hochwasserdämme, Uferbauten, Durchstiche, Begradigungen, Verbreiterungen, Einschränkungen, sowie alle Maßnahmen zur Sicherung der Sohle des Wasserlaufes). Während die §§ 38 und 39 WRG

1959 Maßnahmen mit Nebeneffekten auf den Wasserabfluss betreffen, zielt § 41 WRG 1959 auf eine beabsichtigte Beeinflussung des Ablaufes von Oberflächengewässern, sei es durch Steuerung der Abflussart und -richtung (Regulierung), sei es durch Abwehr von Wasserangriffen (Schutzwasserbauten). Damit ist der Zweck eines Vorhabens für die Zuordnung zu einem bestimmten Bewilligungstatbestand und für die jeweils anzuwendenden Anforderungen und Kriterien maßgeblich. Der Bewilligungstatbestand des § 41 Abs 1 WRG 1959 geht der subsidiär formulierten Bewilligungsvorschrift des

§ 38 Abs 1 WRG 1959 voraus. Für die Einordnung einer Anlage in § 41 WRG 1959 kommt es auf die Schutzabsicht an; daher bestimmt allein der Zweck, ob eine Anlage als Schutzbau oder Regulierungsbau im Sinn des § 41 WRG 1959 oder nur als besondere Herstellung im Sinn des § 38 WRG 1959 (oder als Maßnahme nach § 39 WRG 1959) zu beurteilen ist. Dass eine für andere Zwecke errichtete Anlage auch dazu geeignet ist, das dahinterliegende Ufer vor schädlichen Wasserwirkungen zu schützen bzw selbst dem Wasser standzuhalten, macht sie noch nicht zum Schutz- oder Regulierungswasserbau [Lindner in Oberleitner/Berger, WRG –ON4.00 § 41 Rz 3f mit Hinweisen auf die Judikatur (Stand: 15.07.2018, rdb.at)].

§ 38 Abs 1 WRG 1959 unterscheidet zwischen „Brücken, Stegen und Bauten“ einerseits und „anderen Anlagen“ andererseits. Unter einer Anlage im Sinn des WRG 1959 ist nach ständiger Rechtsprechung alles zu verstehen, was durch die Hand des Menschen „angelegt“, also errichtet wird, unter Bauten (Bauwerk, Bauanlage, Baulichkeit) sind Anlagen zu verstehen, zu deren Herstellung ein wesentliches Maß bautechnischer Kenntnisse erforderlich ist, die mit dem Boden in eine gewisse Verbindung gebracht und wegen ihrer Beschaffenheit die öffentlichen Interessen zu berühren geeignet sind; Anlage ist somit der weitere, Bau der engere Begriff. Für Brücken, Stege und Bauten am Ufer wird die Bewilligungspflicht allein dadurch ausgelöst, dass es sich um Brücken, Stege und Bauten „an Ufern“ handelt, unerheblich ist, ob sie innerhalb der Grenzen des Hochwasserabflussbereiches gelegen sind. Für „andere Anlagen“ (als Brücken, Stege und Bauten am Ufer) besteht die Bewilligungspflicht (nur) dann, wenn sie innerhalb der Grenzen des Hochwasserabflussbereiches ? oder in Gebieten, für die wasserwirtschaftliche Regionalprogramme mit dem Zweck der Verringerung hochwasserbedingter nachteiliger Folgen erlassen wurden ? liegen [Lindner in Oberleitner/Berger, WRG-ON4.00 § 38 Rz 1 und 9 (Stand: 15.07.2018, rdb.at)].

DD hat im Jahr 2011 auf den Gste Nrn \*\*1 und \*\*2, beide GB \*\*\*\* V, am Ufer der CC, nicht abeim diesem öffentlichen Gewässer eine Natursteinmauer errichtet. Es sollte dadurch sichergestellt werden, dass Personen, insbesondere Kinder, die sich in diesem Bereich aufhalten, nicht über die steile Böschung abstürzen. Zudem sollte sie für das nahe gelegene Gasthaus samt Stall („GG“) einen Schutz vor Hochwässern bilden.

Unter Berücksichtigung der konkreten Ausgestaltung der im Jahr 2011 von DD errichteten Natursteinmauer qualifiziert das Landesverwaltungsgericht Tirol diese Anlage nicht als Schutz- und Regulierungswasserbau. Die Natursteinmauer unterliegt allerdings als „andere Anlage“ der Bewilligungspflicht des § 38 Abs 1 WRG 1959, da sie sich am Ufer der CC und zudem innerhalb deren Hochwasserabflussgebietes im Sinne des § 38 Abs 3 WRG 1959 befindet.

## 2.2. Zum Auftrag nach § 138 WRG 1959:

Unter einer eigenmächtigen Neuerung im Sinn des § 138 Abs 1 lit a WRG 1959 ist die Errichtung von Anlagen oder die Setzung von Maßnahmen zu verstehen, für die eine wasserrechtliche Bewilligung ? sofern sie einer solchen überhaupt zugänglich sind ? erforderlich gewesen wäre, aber nicht erwirkt worden ist (vgl VwGH 25.06.2015, ZI Ro 2015/07/0007, mit weiteren Nachweisen). Die von DD ohne wasserrechtliche Bewilligung nach § 38 Abs 1 WRG 1959 am Ufer der CC errichtete Natursteinmauer stellt eine eigenmächtige Neuerung im Sinn des § 138 Abs 1 lit a WRG 1959 dar.

Die Bezirkshauptmannschaft Y hat mit Spruchpunkt II. des rechtskräftigen Bescheides vom 03.11.2011, ZI \*\*\*\*, DD den Auftrag erteilt, die ohne die erforderliche wasserrechtliche Bewilligung im Hochwasserabflussgebiet der CC errichtete Natursteinmauer zu entfernen. DD ist allerdings bereits vor Umsetzung des ihm erteilten Entfernungsauftrages im Jahr 2012 verstorben.

Der im Wasserrecht vorzufindende Grundsatz der „Dinglichkeit“ und der daraus erfließenden Möglichkeit der Rechtsnachfolge in wasserrechtliche Rechtspositionen knüpft an gesetzlich eingeräumte Rechtspositionen wie verliehene Wasserrechte und Rechte im Sinn des § 12 Abs 2 WRG 1959 an, hat aber keinen Anwendungsbereich gegenüber Personen, denen wegen Übertretung des WRG 1959 ein wasserpolizeilicher Auftrag nach § 138 WRG 1959 zu erteilen ist. Die gemäß § 138 WRG 1959 gegenüber einer Person mittels Bescheides ausgesprochene Verpflichtung

zur Beseitigung eigenmächtig vorgenommener Neuerungen erlischt demnach als persönliche Verbindlichkeit mit deren Tod. Eine solche bescheidmäßige Verpflichtung haftet daher auch nicht etwa an der Anlage [Berger in Oberleitner/Berger, WRG-ON4.00 § 138 Rz 22 (Stand: 15.07.2018, rdb.at)].

Zu prüfen ist daher, ob den beiden Beschwerdeführerinnen als Rechtsnachfolgerinnen (im Liegenschaftseigentum) des DD für die von ihrem Vater bewilligungslos errichtete Natursteinmauer ein Entfernungsauftrag erteilt werden darf.

Die Bezirkshauptmannschaft Y hat den angefochtenen Bescheid auf § 138 Abs 4 WRG 1959 und damit auf die subsidiäre Haftung von Grundeigentümern gestützt.

Die Anwendung dieser Bestimmung setzt zunächst voraus, dass das öffentliche Interesse die Beseitigung der eigenmächtig vorgenommenen Neuerung verlangt. Ein solches öffentliches Interesse liegt nicht vor, da die gegenständliche eigenmächtige Neuerung ? Natursteinmauer am Ufer der CC ? keine erhebliche Beeinträchtigung des Hochwasserabflusses bewirkt und damit für sonstige Flächen, insbesondere auch nicht für die im Nahbereich vorbeiführende Bundesstraße B\*\*, die mit einem Hochwasserereignis verbundenen Gefahren erhöht.

Darüber hinaus ist nach dem eindeutigen Wortlaut des § 138 Abs 4 WRG 1959 die Inanspruchnahme des jeweiligen Liegenschaftseigentümers nur zulässig, wenn er die eigenmächtige Neuerung ausdrücklich gestattet hat. Die Übertretung muss daher mit Wissen und Willen des Liegenschaftseigentümers erfolgt sein.

Dieses Tatbestandsmerkmal ist im gegenständlichen Fall nicht erfüllt. Zum Zeitpunkt der Errichtung der Mauer waren die beiden Beschwerdeführerinnen nicht Miteigentümerinnen der betroffenen Liegenschaften und haben an der Errichtung dieses Bauwerkes in keiner wie immer gearteten Weise mitgewirkt.

Es verbietet sich daher, einen gegen die beiden Beschwerdeführerinnen gerichteten Auftrag auf § 138 Abs 4 WRG 1959 zu stützen.

§ 138 Abs 4 WRG 1959 schließt es allerdings nicht aus, dass der Grundeigentümer primär als Verursacher im Sinn des § 138 Abs 1 (oder 2) WRG 1959 herangezogen wird. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes stellt nämlich auch die Aufrechterhaltung und Nutzung eines konsenslos bestehenden Zustandes eine Übertretung von Bestimmungen des WRG 1959 im Sinn des § 138 WRG 1959 dar. Zur „Aufrechterhaltung und Nutzung“ eines konsenslos geschaffenen Zustandes genügt es aber nicht, dass der Liegenschaftseigentümer den durch eine unzulässige Neuerung geschaffenen Zustand lediglich durch passives Verhalten bestehen lässt. Gerade unter Berücksichtigung des § 138 Abs 4 WRG 1959 müssen andere oder zusätzliche Faktoren vorliegen (VwGH 25.06.2015, ZI Ro 2015/07/0007).

Zunächst ist festzuhalten, dass auch die Erteilung eines Auftrages nach § 138 Abs 1 WRG 1959 nur zulässig ist, wenn das öffentliche Interesse die Beseitigung einer eigenmächtig vorgenommenen Neuerung erfordert. Ein derartiges öffentliches Interesse ist im gegenständlichen Fall ? wie dargelegt ? nicht anzunehmen, da die Natursteinmauer keine erheblichen Beeinträchtigungen des Hochwasserabflusses der CC und damit auch keine zusätzlichen Gefahren für Flächen Dritter, insbesondere die Bundesstraße B\*\*, bewirkt.

Zudem besteht das Verhalten der beiden Beschwerdeführerinnen lediglich darin, die durch ihren Vater bewilligungslos errichtete Natursteinmauer und somit den durch eine unzulässige Neuerung herbeigeführten Zustand fortauern zu lassen, ohne aktiv weitere Maßnahmen zu setzen. Für die Heranziehung der beiden Beschwerdeführerinnen als Verursacherinnen im Sinn des § 138 Abs 1 (oder 2) WRG 1959 fehlt es daher an dem von der Judikatur geforderten Vorliegen anderer oder zusätzlicher Faktoren. Aufgrund dieses Umstandes scheidet auch die Erlassung eines Alternativauftrages nach § 138 Abs 2 WRG 1959 aus, der ? im Gegensatz zu § 138 Abs 1 WRG 1959 ? das Vorliegen eines öffentlichen Interesses nicht erfordert.

Es liegen sohin die Voraussetzungen nicht vor, um den Beschwerdeführerinnen als nunmehrigen Miteigentümerinnen jener Grundstücke, auf denen deren verstorbener Vater die verfahrensgegenständliche Natursteinmauer errichtet hat, einen auf § 138 Abs 4 WRG 1959 oder § 138 Abs 1 lit a WRG 1959 gestützten Entfernungsauftrag zu erteilen. Da die beiden Beschwerdeführerinnen den von ihrem Vater durch eine unzulässige Neuerung geschaffenen Zustand ? bewilligungslos errichtete Natursteinmauer ? lediglich belassen, ist auch unter Berücksichtigung der „Aufrechterhaltungsjudikatur“ die Erteilung eines Alternativauftrages nach § 138 Abs 2 WRG 1959 nicht zulässig.

Da sich im gegenständlichen Fall ein Entfernungsauftrag mit § 138 Abs 1 lit a oder Abs 4 WRG 1959 nicht begründen lässt, entfällt die grundsätzlich bei Aufträgen nach § 138 WRG 1959 erforderliche Prüfung der wirtschaftlichen

Zumutbarkeit und Adäquanz (vgl VwGH 23.07.2018, ZI Ro 2018/07/0372, mit weiteren Hinweisen).

### 2.3. Ergebnis:

Der von der Bezirkshauptmannschaft Y den beiden Beschwerdeführerinnen erteilte Entfernungsauftrag lässt sich weder auf § 138 Abs 1 lit a WRG 1959 noch auch die subsidiäre Liegenschaftseigentümerhaftung gemäß § 138 Abs 4 WRG 1959 stützen. Da die beiden Beschwerdeführerinnen den von ihrem Vater durch die bewilligungslose Errichtung der Natursteinmauer geschaffenen Zustand lediglich belassen, scheidet auch ein Alternativauftrag nach § 138 Abs 2 WRG 1959 aus.

Dementsprechend war der Beschwerde Folge zu geben und der angefochtene Entfernungsauftrag ersatzlos zu beheben (vgl Spruchpunkt 1. des gegenständlichen Erkenntnisses).

### VII. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Im gegenständlichen Fall hatte das Landesverwaltungsgericht Tirol den Sachverhalt zu klären. Zur Bewilligungspflicht der gegenständlichen Natursteinmauer stützt sich das Landesverwaltungsgericht Tirol auf den klaren Wortlaut des § 38 Abs 1 WRG 1959 und der zu dieser Bestimmung ergangenen Judikatur.

Bei der Frage, ob sich der Entfernungsauftrag mit § 138 Abs 4 WRG 1959 begründen lässt, hat sich das Landesverwaltungsgericht Tirol mit der eben zitierten Bestimmung und der dazu ergangenen Judikatur auseinandergesetzt und ist von dieser nicht abgewichen. Das Landesverwaltungsgericht Tirol hatte in weiterer Folge zu klären, ob die beiden Beschwerdeführerinnen als primär Verantwortliche nach § 138 Abs 1 lit a WRG 1959 zu qualifizieren sind und dabei auf die „Aufrechterhaltungsjudikatur“ des Verwaltungsgerichtshofes zurückgegriffen, insbesondere auf das Erkenntnis vom 25.06.2015, ZI Ro 2015/07/0007. Davon ausgehend erfolgte auch eine Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für die Erlassung eines Alternativauftrages gemäß § 138 Abs 2 WRG 1959.

Bei all diesen Fragen hat sich das Landesverwaltungsgericht Tirol auf den klaren Wortlaut der zitierten Gesetzesbestimmungen gestützt und die dazu ergangene Judikatur berücksichtigt.

Rechtsfragen von erheblicher Bedeutung waren folglich nicht zu klären. Dementsprechend wird die ordentliche Revision nicht zugelassen (vgl Spruchpunkt 2. des gegenständlichen Erkenntnisses).

### Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, oder außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden können.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Hirn

(Richter)

### Schlagworte

Wasserpolizeiliche Maßnahme; Wiederherstellungsauftrag; subsidiäre Haftung;  
Eigenmächtige Neuerung;

### European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGTI:2018:LVwG.2018.37.0880.9

### Zuletzt aktualisiert am

08.11.2018



**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Tirol LVwg Tirol, <https://www.lvwg-tirol.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)