

# TE VwGh Erkenntnis 1993/11/16 93/07/0085

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 16.11.1993

## Index

10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
10/10 Grundrechte;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
81/01 Wasserrechtsgesetz;

## Norm

AVG §68 Abs1;  
AVG §76;  
AVG §77 Abs1;  
AVG §79;  
B-VG Art130 Abs1;  
B-VG Art130 Abs2;  
B-VG Art7 Abs1;  
StGG Art2;  
VStG §31 Abs3;  
VStG §31;  
VwGG §27;  
VwGG §34 Abs1;  
WRG 1959 §105 Abs1 litb;  
WRG 1959 §107;  
WRG 1959 §111;  
WRG 1959 §138 Abs1 lita;  
WRG 1959 §138 Abs1;  
WRG 1959 §138 Abs2;  
WRG 1959 §138;  
WRG 1959 §38 Abs1;  
WRG 1959 §38;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Hoffmann und die Hofräte Dr. Kratschmer, Dr. Hargassner, Dr. Bumberger und Dr. Pallitsch als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Möslinger-Gehmayer, über die Beschwerde 1. des H R und 2. der E R, beide in K, die Zweitbeschwerdeführerin vertreten durch den

Erstbeschwerdeführer, gegen den Bescheid des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft vom 19. Mai 1993, Zl. 410.935/01-I4/93, betreffend wasserrechtliche Bewilligung und wasserpolizeilicher Auftrag,

### **Spruch**

1. den Beschuß gefaßt:

Der Antrag der Beschwerdeführer, der Verwaltungsgerichtshof möge die Entscheidung fällen, "daß infolge gesetzlich bestehender Vollstreckungsverjährung die Abtragung des bestehenden Zaunes gesetzlich nicht mehr zulässig" sei, wird zurückgewiesen.

2. zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführer haben dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 3.035,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der belangten Behörde vom 19. Mai 1993 wurde das Ansuchen der Beschwerdeführer um Erteilung der wasserrechtlichen Bewilligung für die Einfriedung bestimmter Grundstücke mit einem Zaun abgewiesen. Gleichzeitig wurde den Beschwerdeführern aufgetragen, bis spätestens 31. Juli 1993 den zur Einfriedung dieser Parzellen hergestellten Zaun zu entfernen. Weiters wurden die Beschwerdeführer zur Entrichtung von Kommissionsgebühren verpflichtet.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der Rechtswidrigkeit des Inhalts und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden. Gleichzeitig wird der Antrag gestellt, der Verwaltungsgerichtshof möge die Entscheidung fällen, daß infolge gesetzlich bestehender Vollstreckungsverjährung die Abtragung des seit 20. Februar 1986 bestehenden Zaunes gesetzlich nicht mehr zulässig sei.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und in der Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

I.

In ihrem Antrag auf Entscheidung über die Vollstreckungsverjährung führen die Beschwerdeführer aus, seit der Errichtung des verfahrensgegenständlichen Zaunes seien mehr als 3 Jahre verstrichen, sodaß Vollstreckungsverjährung eingetreten sei. Eine Vollstreckung der Abtragung des gegenständlichen Zaunes sei daher nicht mehr möglich, ebensowenig eine Bestrafung. Die belangte Behörde könne daher theoretisch wohl einen Abtragungsbescheid erlassen, was sie auch getan habe, dieser Abtragungsbescheid könne aber infolge der eingetretenen Strafbarkeits- und Vollstreckungsverjährung nicht mehr vollstreckt werden.

Der Verwaltungsgerichtshof erkennt nach Art. 130 Abs. 1 B-VG über Beschwerden, womit Rechtswidrigkeit von Bescheiden der Verwaltungsbehörden einschließlich der unabhängigen Verwaltungssenate (lit. a) oder Verletzung der Entscheidungspflicht der Verwaltungsbehörden einschließlich der unabhängigen Verwaltungssenate behauptet wird (lit. b).

Der Antrag der Beschwerdeführer, der Verwaltungsgerichtshof möge die Entscheidung fällen, "daß infolge gesetzlich bestehender Vollstreckungsverjährung die Abtragung des bestehenden Zaunes gesetzlich nicht mehr zulässig ist", stellt weder eine Bescheidbeschwerde noch eine Säumnisbeschwerde dar. Für eine Entscheidung über diesen Antrag fehlt dem Verwaltungsgerichtshof daher die Zuständigkeit, weshalb er gemäß § 34 Abs. 1 und 3 VwGG zurückzuweisen war.

II.

In ihrer Beschwerde gegen den angefochtenen Bescheid wenden die Beschwerdeführer Verjährung ein, weil der Zaun bereits seit mehr als 3 Jahren bestehe. Der angefochtene Bescheid könne daher nicht mehr vollstreckt werden. Es sei aber auch "Bewilligungsversagungsverjährung" eingetreten.

Weder das Wasserrechtsgesetz 1959 (WRG 1959) noch sonstige Bestimmungen der österreichischen Rechtsordnung sehen vor, daß eine wasserrechtliche Bewilligung nicht mehr versagt werden dürfte, wenn seit der bewilligungslosen

Setzung der bewilligungspflichtigen Maßnahmen mehr als 3 Jahre verstrichen sind. Ebenso wenig findet sich eine Bestimmung des Inhalts, daß nach Ablauf dieser Zeit die Beseitigung bewilligungslos gesetzter Maßnahmen im Wege eines wasserpolizeilichen Auftrages nach § 138 WRG 1959 nicht mehr angeordnet bzw. eine angeordnete Beseitigung nicht mehr vollstreckt werden dürfte. Der von den Beschwerdeführern ins Treffen geführte § 31 VStG kommt nur im Verwaltungsstrafverfahren zum Tragen. Da eine Verjährung somit aus rechtlichen Gründen nicht in Frage kommt, bedurfte es auch keiner diesbezüglichen Beweisaufnahmen.

Die Beschwerdeführer werfen der belangten Behörde einen Verstoß gegen das Schikaneverbot vor, welches sie aus § 2 VVG ableiten. Sie sehen diesen Verstoß darin, daß die belangte Behörde erst 6 Jahre und 9 Monate nach der Zaunerrichtung bzw. 6 Jahre und 5 Monate nach der mündlichen Verhandlung vom 12. Juni 1986 die Zaunabtragung verlangte habe, daß mit einem Wasserrechtsbescheid vom 8. April 1960 eine Grundstückseinzäunung mit einer "lebenden Hecke" genehmigt worden sei und daß alle anderen Grundeigentümer einen gleichen oder ähnlichen Zaun an der Grundstücksgrenze angebracht hätten.

Daß das Verstreichen eines bestimmten Zeitraumes seit der bewilligungslosen Durchführung einer bewilligungspflichtigen Maßnahme die Behörde nicht an der Erlassung eines wasserpolizeilichen Auftrages hindert, wurde bereits im Zusammenhang mit dem Verjährungsargument der Beschwerdeführer dargelegt. Gleiches gilt auch dann, wenn zwischen Bewilligungsverhandlung und Abtragungsauftrag mehr als 3 Jahre vergangen sind, da keine Bestimmung des WRG 1959 oder des Verfahrensrechts daran die von den Beschwerdeführern behauptete Konsequenz der Unzulässigkeit einer Auftragerteilung nach § 138 Abs. 1 WRG 1959 knüpft.

Die wasserrechtliche Genehmigung vom 8. April 1960 bezog sich auf eine "lebende Hecke"; Gegenstand der versagten Bewilligung bzw. des wasserpolizeilichen Auftrages war aber ein Drahtzaun. Aus der wasserrechtlichen Genehmigung vom 8. April 1960 ist daher für die Beschwerdeführer im vorliegenden Zusammenhang nichts zu gewinnen.

Selbst wenn es zutreffen sollte, daß auch andere Personen bewilligungspflichtige Zäune ohne wasserrechtliche Bewilligung errichtet hätten, ohne daß die Behörde dagegen eingeschritten wäre, wären die Beschwerdeführer dadurch nicht in ihren Rechten verletzt, da aus einem rechtswidrigen Verhalten der Behörde in anderen Fällen kein Anspruch der Beschwerdeführer auf ein ebensolches gesetzwidriges Untätigwerden ihnen gegenüber abgeleitet werden kann (vgl. die Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. 5372, 6992, 7082, 7836, 9169 u. a.). Aus diesem Grund bedurfte es auch nicht der Aufnahme der von den Beschwerdeführern beantragten Beweise zur Frage, ob von anderen Grundstückseigentümern ebenfalls Zäune errichtet wurden.

Unzutreffend ist weiters die Auffassung der Beschwerdeführer, die Bewilligungsfreiheit für ihren Zaun ergäbe sich aus § 38 Abs. 2 WRG 1959. Nach dieser Bestimmung bedürfen bei den nicht zur Schiff- oder Floßfahrt benutzten Gewässerstrecken Drahtüberspannungen in mehr als 3 m lichter Höhe über dem höchsten Hochwasserspiegel, wenn die Stützen den Hochwasserabfluß nicht fühlbar beeinflussen und kleine Wirtschaftsbrücken und -stege keiner Bewilligung nach § 38 Abs. 1 WRG 1959. Der Drahtzaun der Beschwerdeführer stellt weder eine Drahtüberspannung noch eine kleine Wirtschaftsbrücke oder einen kleinen Wirtschaftssteg dar, weshalb § 38 Abs. 2 WRG 1959 nicht zur Anwendung kommen kann. Aus diesem Grund erübrigte sich auch eine Beweisaufnahme zum Thema, ob der "Altarm Luberegg" eine zur Schiff- oder Floßfahrt benutzte Gewässerstrecke ist.

Völlig unverständlich ist das Argument der Beschwerdeführer, die Bewilligungsfreiheit für ihren Zaun ergäbe sich aus § 32 Abs. 1 WRG 1959. Unbestritten ist, daß der Zaun keiner Bewilligungspflicht nach dieser Gesetzesstelle unterliegt. Die belangte Behörde hat die Bewilligungspflicht auch nicht auf § 32 Abs. 1 WRG 1959 gestützt, sondern auf § 38 Abs. 1 leg. cit. Beweisaufnahmen zur Bewilligungsfreiheit nach § 32 Abs. 1 WRG 1959 konnten daher unterbleiben.

Die Beschwerdeführer wenden ein, ihr "Zaunansuchen" vom 20. Februar 1986 sei in der Wasserrechtsverhandlung vom 12. Juni 1986 "grundsätzlich materiell positiv" entschieden worden; es sei nur die formelle Ausfertigung und Zustellung des Genehmigungsbescheides unterblieben. Die belangte Behörde habe gegen den Grundsatz der entschiedenen Sache verstößen.

Eine Bewilligung der Zaunerrichtung hätte der Bescheidform bedurft. Ein Bescheid wurde, wie die Beschwerdeführer selbst einräumen und wie sich aus dem Akt, insbesondere der Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 12. Juni 1986 ergibt, nicht erlassen. Entschiedene Sache stand der Abweisung des Bewilligungsansuchens und der

Erteilung eines wasserpolizeilichen Auftrages daher nicht entgegen. Die Aktenunterlagen über die mündliche Verhandlung vom 12. Juni 1986, aus denen sich klar und eindeutig ergibt, daß kein Bescheid erlassen wurde, standen der belangten Behörde zur Verfügung; die Einvernahme des Verhandlungsleiters war daher nicht erforderlich.

Der von den Beschwerdeführern behauptete Umstand, daß der Drahtzaun untrennbar mit einer lebenden Hecke verbunden ist, sodaß er nur unter völliger Beseitigung der letzteren abgetragen werden kann, stellt keine Unmöglichkeit der Leistung dar. Wenn die Beschwerdeführer den Drahtzaun

- bewilligungslos - so errichtet haben, daß seine Beseitigung nur mit einer Vernichtung der Hecke bewerkstelligt werden kann, so haben sie sich das selbst zuzuschreiben. Die belangte Behörde war nicht verpflichtet, Beweise zu der von den Beschwerdeführern aufgestellten Behauptung aufzunehmen, da selbst bei Zutreffen dieser Behauptung von einer Unmöglichkeit der Leistung keine Rede sein kann.

Weiters machen die Beschwerdeführer geltend, die belangte Behörde habe zu Unrecht § 138 Abs. 1 WRG 1959 angewendet, weil sie nicht begründet habe, warum der Zaunbestand zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Hochwasserabflusses führe und warum das öffentliche Interesse die Entfernung des Zaunes erfordere.

Nach § 138 Abs. 1 lit. a WRG 1959 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.

In allen anderen Fällen einer eigenmächtig vorgenommenen Neuerung oder unterlassenen Arbeit hat nach § 138 Abs. 2 leg. cit. die Wasserrechtsbehörde eine angemessene Frist zu bestimmen, innerhalb deren entweder um die erforderliche wasserrechtliche Bewilligung nachträglich anzusuchen, oder die Neuerung zu beseitigen oder die unterlassene Arbeit nachzuholen ist.

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 (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 19. März 1959, Slg. N.F. 4913/A, vom 8. Februar 1974, Slg. N.F. 8551/A u.a.).

Nach § 38 Abs. 1 WRG 1959 ist zur Errichtung und Abänderung von Brücken, Stegen und von Bauten an Ufern, dann von anderen Anlagen innerhalb der Grenzen des Hochwasserabflusses fließender Gewässer sowie von Unterführungen unter Wasserläufen, schließlich von Einbauten in stehende öffentliche Gewässer, die nicht unter die Bestimmungen des § 127 fallen, 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 Beschwerdeführer haben innerhalb der Grenzen des Hochwasserabflusses der Donau einen Zaun und damit eine bewilligungspflichtige Anlage errichtet, ohne daß hiefür eine wasserrechtliche Bewilligung vorlag. Das Tatbestandsmerkmal der "eigenmächtigen Neuerung" ist daher erfüllt. Ein Alternativauftrag nach § 138 Abs. 2 WRG 1959 kam im Beschwerdefall nicht in Betracht, da ein Ansuchen um Bewilligung des Zaunes bereits seit dem Jahre 1986 vorlag. Kommt eine Bewilligung der konsenslos durchgeführten Maßnahmen nicht in Betracht, so ist ein wasserpolizeilicher Auftrag nach § 138 Abs. 1 WRG 1959 zu erteilen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Jänner 1988, Zl. 87/07/0154 u.a.). Der erteilte wasserpolizeiliche Auftrag erweist sich daher jedenfalls dann als zulässig, wenn den Beschwerdeführern die beantragte wasserrechtliche Bewilligung nach § 38 Abs. 1 WRG 1959 zu Recht versagt wurde.

Eine Bewilligung nach § 38 Abs. 1 WRG 1959 kann nur erteilt werden, wenn durch die Anlage weder öffentliche Interessen beeinträchtigt noch fremde Rechte verletzt werden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. September 1983, Zl. 83/07/0028 u.a.). Der im erstinstanzlichen Verfahren beigezogene Amtssachverständige für Wasserbautechnik hat in seinem Gutachten vom 9. Juli 1992 zum Ausdruck gebracht, die Ausführung des Zaunes sei geeignet, die lokalen Strömungsverhältnisse beim Füll- und Entleerungsvorgang des Rückstauraumes nachteilig für Dritte zu verändern. Durch den engmaschigen Zaun könne es zu Verklausungen und örtlichen Ablagerungen von Schwebstoffen und von Treibgut auf Fremdgrund kommen. Der Wasserabfluß in der bestehenden Geländemulde werde verzögert. Daraus ergibt sich, daß durch den Zaun fremde Rechte verletzt werden, weshalb schon aus diesem Grund eine Bewilligung des Zaunes nicht in Betracht kam. Der Zaun erweist sich aber noch aus einem anderen Grund als nicht bewilligungsfähig. Nach § 105 Abs. 1 lit. b WRG 1959 liegt eine Verletzung öffentlicher Interessen vor, wenn durch eine Maßnahme eine

erhebliche Beeinträchtigung des Ablaufes der Hochwässer zu besorgen ist. Eine Änderung der (bei Hochwässern auftretenden) Strömungsverhältnisse, die zu Nachteilen für Dritte führt, kann nicht mehr als unerhebliche Beeinträchtigung des Ablaufes der Hochwässer angesehen werden. Eine wasserrechtliche Bewilligung für den Zaun kam daher auch wegen Beeinträchtigung öffentlicher Interessen nicht in Betracht. Daraus ergibt sich aber auch, daß die belangte Behörde den wasserpolizeilichen Auftrag zu Recht erlassen hat. Angesichts dieses Ergebnisses erübrigt sich eine nähere Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Wasserrechtsbehörden die im § 104 WRG 1959 vorgesehene vorläufige Überprüfung vorgenommen haben. Nicht untersucht werden braucht auch, ob, wie von den Beschwerdeführern behauptet, Teile der Begründung des erstinstanzlichen Bescheides dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 12. Juni 1986 widersprechen, da der erstinstanzliche Bescheid nicht Prüfungsgegenstand für den Verwaltungsgerichtshof ist. Der angefochtene Bescheid aber steht jedenfalls nicht in Widerspruch zu den Ergebnissen der erwähnten mündlichen Verhandlung, insbesondere nicht zu "gutächtlichen Äußerungen", da solche bei dieser Verhandlung gar nicht erstattet wurden; vielmehr wurde die Einholung von Gutachten ausdrücklich vorbehalten.

Schließlich meinen die Beschwerdeführer, die belangte Behörde habe zu Unrecht ein Einhebung von Kommissionsgebühren für das erstinstanzliche Verfahren bestätigt, weil sie nicht begründet habe, warum sie von dem ihr in § 77 Abs. 1 AVG eingeräumten Ermessen zu Lasten der Beschwerdeführer Gebrauch gemacht habe.

Nach § 77 Abs. 1 AVG können für Amtshandlungen der Behörden außerhalb des Amtes Kommissionsgebühren eingehoben werden. Hinsichtlich der Verpflichtung zur Entrichtung dieser Gebühren finden die Bestimmungen des § 76 sinngemäß Anwendung.

Nach § 76 Abs. 1 AVG hat für die der Behörde bei einer Amtshandlung erwachsenen Barauslagen, sofern nach den Verwaltungsvorschriften nicht auch diese von Amts wegen zu tragen sind, im allgemeinen die Partei aufzukommen, die um die Amtshandlung angesucht hat.

Wurde jedoch die Amtshandlung durch das Verschulden eines anderen Beteiligten verursacht, so sind nach § 76 Abs. 2 leg. cit. die Auslagen von diesem zu tragen. Wurde die Amtshandlung von Amts wegen angeordnet, so belasten die Auslagen den Beteiligten dann, wenn sie durch sein Verschulden herbeigeführt worden sind.

Die im § 76 AVG für Barauslagen betroffenen Regelungen gelten nach der Anordnung des § 77 Abs. 1 auch für Kommissionsgebühren.

§ 77 Abs. 1 AVG spricht zwar von "können". Nicht jede "Kann"-Bestimmung bedeutet aber Ermessen. Bisweilen will der Gesetzgeber durch die Verwendung des Wortes "kann" der Behörde eine Kompetenz einräumen, wobei eine nähere Interpretation zutage fördern kann, daß damit keine Freiheit eingeräumt werden soll, weil das Behördenverhalten sehr eingehend geregelt ist (vgl. Antonioli - Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., S. 237f und die dort angeführte Judikatur). Ein solcher Fall liegt hier vor. Eine Zusammenschau der §§ 77 Abs. 1, 76 und 79 ergibt, daß die Voraussetzungen, unter denen Kommissionsgebühren vorzuschreiben sind, so eingehend geregelt sind, daß für ein Ermessen kein Raum bleibt. Da diese Voraussetzungen im Beschwerdefall vorlagen, wurden die Beschwerdeführer durch die Vorschreibung von Kommissionsgebühren auch nicht in ihren Rechten verletzt.

Aus den dargelegten Erwägungen erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen war.

Der Kostenzuspruch gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. Nr. 104/1991.

## **Schlagworte**

Offenbare Unzuständigkeit des VwGH Angelegenheiten in welchen die Anrufung des VwGH ausgeschlossen ist Mangel der Berechtigung zur Erhebung der Beschwerde mangelnde subjektive Rechtsverletzung Parteienrechte und Beschwerdelegitimation Verwaltungsverfahren Mangelnde Rechtsverletzung Beschwerdelegitimation verneint keine BESCHWERDELEGITIMATION Verletzung der Entscheidungspflicht Ermessen Rechtswidrigkeit von Bescheiden Rechtskraft Umfang der Rechtskraftwirkung Allgemein Bindung der Behörde Inhalt der Säumnisbeschwerde

## **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1993:1993070085.X00

## **Im RIS seit**

10.12.2001

**Zuletzt aktualisiert am**

03.12.2010

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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