

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

28.02.2013

Geschäftszahl

2012/07/0014

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bumberger und die Hofräte Dr. Hinterwirth, Dr. Enzenhofer, Dr. N. Bachler und Mag. Haunold als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Pühringer, über die Beschwerde

1. der K R und 2. des S R, beide in B, beide vertreten durch Dr. Wolfgang Maurer, Rechtsanwalt in 5440 Golling, Markt 5, gegen den Bescheid der Landeshauptfrau von Salzburg vom 17. November 2011, Zl. 20401-1/41764/7-2011, betreffend wasserrechtliches Überprüfungsverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1. F S, 2. G S, beide in K, 3. P S, 4. E S, beide in K), zu Recht erkannt:

Spruch

Soweit sich die Beschwerde gegen Spruchpunkt A des angefochtenen Bescheides richtet, wird sie als unbegründet abgewiesen.

Spruchpunkt B des angefochtenen Bescheides wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat den Beschwerdeführern Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Bescheid vom 4. Februar 2009 erteilte die Bezirkshauptmannschaft H (im Folgenden: BH) den Beschwerdeführern die wasserrechtliche und naturschutzbehördliche Bewilligung zur Errichtung der Forststraße "P" nach Maßgabe des vorgelegten Projektes unter Einhaltung näher genannter Bedingungen und Auflagen. Die mitbeteiligten Parteien wurden dem Bewilligungsverfahren nicht beigezogen.

Über nachträgliche Beschwerde darüber, dass durch die Bauarbeiten das Wasser in ihren Quellen beeinträchtigt würde, räumte die BH nach Einholung von geologischen und wasserbautechnischen Gutachten den mitbeteiligten Parteien Parteistellung im Bewilligungsverfahren ein und stellte ihnen den Bewilligungsbescheid vom 4. Februar 2009 nachträglich zu. Die mitbeteiligten Parteien erhoben keine Berufung; sie beantragten aber in einer Stellungnahme vom 8. Juli 2010 die Einhaltung der Auflagen des Bewilligungsbescheides und die Aufnahme bestimmter weiterer Verpflichtungen der Beschwerdeführer in den Kollaudierungsbescheid, weil die Auflagen des Bewilligungsbescheides offensichtlich nicht ausreichten.

Mit Schreiben vom 16. Oktober 2010 teilte der Zweitbeschwerdeführer der BH mit, dass die Beschwerdeführer im Juli 2010 den Weg fertiggestellt hätten.

Darüber führte die BH am 10. November 2010 eine mündliche Verhandlung durch.

In dieser gab der geologische Amtssachverständige eine Stellungnahme ab, in welcher er zum Ergebnis kam, dass die Maßnahmen zum großen Teil sorgsam ausgeführt worden seien, jedoch seien mehrfach gegen Erosion ungesicherte Flächen entlang der Gerinne vorhanden. So sei unterhalb der Querausleitungen Aushubmaterial angeschüttet worden, sodass es mangels Erosionsbremsen hier zu Ausschwemmungen von Feinmaterial komme. Aus geologischer Sicht habe eine Verschwemmung von Material aus dem Bereich des Straßenbaus stattgefunden; eine vom Forststraßenbau zeitweilig initiierte Trübung der Quellen könne nicht ausgeschlossen werden. Es seien weitere stabilisierende Maßnahmen am Straßenkörper vorzunehmen. Derzeit könne eine Überprüft-Erklärung nicht ausgesprochen werden. Vor Fortsetzung der Überprüfungsverhandlungen seien verschiedene, näher genannte Maßnahmen umzusetzen.

Der wasserbautechnische Amtssachverständige erklärte nach Feststellung des Sachverhaltes ebenso, dass der wasserrechtlichen Überprüft-Erklärung aus wasserbautechnischer Sicht nicht zugestimmt werden könnte. Es

seien jedenfalls noch näher genannte weitere Arbeiten (Befestigung der Einleitungen und Ausleitungen der Querungen mit Steinen; Begrünung der Böschungen) durchzuführen; diese Maßnahmen dienten der Verminderung bzw. Verhinderung der Ausschwemmung von Feinteilen. Der Zweitbeschwerdeführer, auch in Vertretung der Erstbeschwerdeführerin, nahm das Verhandlungsergebnis zustimmend zur Kenntnis. Die Forderungen der anwesenden Amtssachverständigen würden bis zum 30. September 2011 durchgeführt.

Mit Bescheid der BH vom 17. November 2010 wurde gemäß den §§ 98, 121 und 138 WRG 1959 festgestellt, dass die mit Bescheid der BH vom 4. Februar 2009 wasserrechtlich bewilligte Forststraße mit dem Bewilligungsbescheid nicht übereinstimmend ausgeführt worden sei und es wurde die Forststraße als nicht überprüft erklärt (Spruchpunkt I.).

Mit Spruchpunkt II. wurden die Beschwerdeführer "gemäß § 138 des WRG 1959" zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes zur Durchführung der von den Amtssachverständigen vorgeschlagenen wasserbautechnischen und geologischen "Bedingungen und Auflagen" verpflichtet.

Gegen diesen Bescheid erhoben die mitbeteiligten Parteien mit übereinstimmenden Schreiben vom 6. Dezember 2010 Berufung.

Darin führten sie aus, dass die Feststellung, dass die Forststraße nicht in Übereinstimmung mit dem Bewilligungsbescheid errichtet worden sei, nicht bekämpft werde; die Auflagen zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes seien aber unzureichend. Aus dem bekämpften Bescheid gehe hervor, dass es durch die baulichen Maßnahmen zu einer Ausschwemmung von Feinteilen gekommen sei. Diese Feinteile hätten zu einer Trübung des Wassers von für sie notwendigen Quellen geführt. Der wasserbautechnische Amtssachverständige habe diesbezüglich festgestellt, dass es bei ihrer Quelle zu einer Verunreinigung durch wassergefährdende Stoffe gekommen sei. Auch der geologische Amtssachverständige habe festgestellt, dass das Quellwasser geringfügige hellgraue bis leichtbräunliche Absätze zeige. Weiters sei von den Amtssachverständigen angenommen worden, dass nach Erfüllung der vorgeschriebenen Auflagen die Verunreinigungen mit der Zeit aufhörten. Eine genaue Zeitangabe fehle für diese Aussage; da die Restarbeiten erst bis 30. September 2011 fertiggestellt werden müssten, sei davon auszugehen, dass die mitbeteiligten Parteien noch jahrelang mit der Verunreinigung ihres Quellwassers als Folge der Errichtung der Forststraße leben müssten.

Es werde der Antrag gestellt, den Beschwerdeführern geeignete Maßnahmen vorzuschreiben, die die weitere Verunreinigung und Trübung der Quellen durch Ausschwemmungen durch Feinmaterial hintanhielten bzw. ausschlossen. Nach Ansicht der mitbeteiligten Parteien wäre die Vorschreibung des Einbaus einer Filteranlage die geeignetste Maßnahme hierfür. In eventu werde beantragt, den Beschwerdeführern vorzuschreiben, die Quellsammelschächte regelmäßig auf ihre Kosten zu reinigen, die Quellschüttungen monatlich hinsichtlich Menge und Temperatur zu messen, die Wettersituation zu dokumentieren und die Leitungen nach Reinigung des Quellsammelschachtes ordnungsgemäß zu spülen.

Mit Spruchpunkt A des nunmehr angefochtenen Bescheides vom 17. November 2011 änderte die belangte Behörde Spruchpunkt I. des Bescheides der BH insofern ab, als die Bezeichnung "und 138" ersatzlos gestrichen wurde. Somit habe Spruchpunkt I. des bekämpften Bescheides dahingehend zu lauten, dass gemäß den §§ 98 und 121 WRG 1959 nach Durchführung einer Überprüfung festgestellt werde, dass die mit Bescheid der BH vom 4. Februar 2009 wasserrechtlich bewilligte Forststraße mit dem Bewilligungsbescheid nicht übereinstimmend ausgeführt worden sei und die Forststraße als nicht überprüft erklärt werde.

In Spruchpunkt B) heißt es:

"Der Spruchteil II. des bekämpften Bescheides wird ersatzlos behoben. Der belangten Behörde wird aufgetragen, das Verfahren entsprechend zu ergänzen und gegebenenfalls mit einem wasserpolizeilichen Auftrag gemäß § 138 Abs. 1 oder Abs. 2 vorzugehen. Auf die Vorbringen der Berufungswerber (Verunreinigung der Trinkwasserspense) wird einzugehen sein."

Nach Wiedergabe des Sachverhaltes und der §§ 66 Abs. 2 und Abs. 4 AVG sowie des § 121 Abs. 1 WRG 1959 wies die belangte Behörde darauf hin, dass Gegenstand des Kollaudierungsverfahrens und des dieses Verfahren abschließenden Bescheides grundsätzlich nur die Feststellung der Übereinstimmung der neu hergestellten Anlage mit der seinerzeit erteilten Bewilligung sei. Das Projekt selbst könne daher nicht mehr bekämpft werden. Es könne auch nicht dessen Mangel behauptet werden, sondern nur mehr die Nichtübereinstimmung der ausgeführten Arbeiten mit dem bewilligten Projekt.

Die Aussage der mitbeteiligten Parteien in der Kollaudierungsverhandlung, wonach ihre Quelle verunreinigt sei, umschreibe kurz und bündig, dass die mitbeteiligten Parteien in einem subjektiven, durch das WRG 1959 gewährleisteten Recht, nämlich dem qualitativ und quantitativ ungehinderten Bezug von Trinkwasser aus ihrer Quelle, verletzt zu sein behaupteten. Es wäre Aufgabe der BH im gegenständlichen Kollaudierungsverfahren gewesen, diese behaupteten Missstände zu klären und gegebenenfalls beheben zu lassen.

Im Kollaudierungsverfahren hätten jene Personen Parteistellung, die auch im Bewilligungsverfahren Parteistellung hätten. Eine solche Partei dürfe geltend machen, dass das Projekt nicht gemäß dem wasserrechtlichen Bewilligungsbescheid ausgeführt worden sei und sie dadurch in ihren subjektiven, durch das

WRG 1959 gewährleisteten Rechten verletzt worden sei, und zwar auch dann, wenn sie im Bewilligungsverfahren keine tauglichen Einwendungen erhoben hätte.

In einem nach § 121 Abs. 1 WRG 1959 erlassenen Bescheid könnten je nach Lage des Falles mehrere Absprüche zu tätigen sein. Im Falle der vollständigen Übereinstimmung der ausgeführten Anlage mit dem bewilligten Projekt sei der Feststellungsausspruch der Übereinstimmung ausreichend. Im Falle des Vorliegens genehmigungsfähiger Projektabweichungen bedürfe es des Abspruches der nachträglichen Genehmigung im Sinne des § 121 Abs. 1 zweiter Satz WRG 1959. Mängel und nicht genehmigungsfähige Abweichungen der ausgeführten Anlage habe die Behörde durch den zu erlassenden Bescheid beseitigen zu lassen. Eine Abweichung im Sinne des § 121 Abs. 1 zweiter Satz leg. cit. stelle auch die Nichtausführung einer Auflage dar. Das Unterbleiben einer Auflagenausführung könne jedoch nachträglich genehmigt werden, wenn die Voraussetzung dafür vorlägen.

Im konkreten Fall gehe es nicht um die Beseitigung wahrgenommener Abweichungen vom Konsens, sondern um wahrgenommene Mängel, sodass von der Behörde eine Mängelbehebung gemäß § 138 Abs. 1 oder Abs. 2 WRG 1959 zu veranlassen sei. § 138 WRG 1959 ermögliche wasserpolizeiliches Einschreiten zum Schutz der durch einen wasserrechtlichen Missstand gefährdeten öffentlichen Interessen und biete auch bestimmten Privatinteressen gemäß Abs. 6 leg. cit. Schutz. Liege ein Zuwiderhandeln gegen wasserrechtliche Vorschriften vor, erfordere aber weder das öffentliche Interesse noch der Betroffene die Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes, dann sei die Erteilung eines Auftrages nach § 138 Abs. 1 WRG 1959 nicht zulässig. In einem solchem Falle biete sich der sogenannte "Alternativauftrag" nach § 138 Abs. 2 WRG 1959 an. Mit einem solchen Auftrag könne also nur vorgegangen werden, wenn zwar eine eigenmächtige Neuerung vorliege, öffentliche Interessen aber nicht beeinträchtigt würden und die Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes von Betroffenen nicht verlangt werde. Stehe hingegen fest, dass eine Neuerung Rechte Dritter verletze oder gefährde oder liege ein Antrag eines Betroffenen gemäß § 138 Abs. 1 WRG 1959 vor, so sei es unzulässig, "ihre Beseitigung alternativ mit dem Einschreiten die nachträgliche Genehmigung aufzutragen". Der Behörde sei bei Anwendung des Abs. 2 leg. cit. nicht gestattet, von der vorbezeichneten Alternative, vor die die aufgeforderte Partei zu stellen sei, in der Richtung abzusehen, dass der Beseitigungsauftrag entfallen könne und nur ein Auftrag zur Einbringung eines Antrages und nachträgliche Bewilligung erteilt werde.

Sowohl in Spruchpunkt I. als auch II. des Bescheides der BH werde kein konkreter Absatz zum § 138 WRG 1959 genannt. Dies werde bei der neuerlichen Bescheiderlassung jedenfalls zu berücksichtigen sein, handle es sich doch bei dem Verfahren gemäß § 138 Abs. 1 und gemäß Abs. 2 leg. cit. um zwei unterschiedliche Verfahrensarten.

Die belangte Behörde werde im nunmehr wieder zu beginnenden bzw. weiterzuführenden Kollaudierungsverfahren einerseits festzustellen haben, ob die wasserrechtlich bewilligte Forststraße nunmehr, ein Jahr nach Erlassung des bekämpften Bescheides, mit dem Bescheid übereinstimmend ausgeführt worden sei und sich eingehend mit dem Vorbringen der mitbeteiligten Parteien, nämlich der Verunreinigung ihrer Trinkwasserspende durch die nicht konsensgemäße Ausführung der Forststraße, auseinandersetzen haben.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte.

Die mitbeteiligten Parteien beteiligten sich nicht am Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Die hier wesentlichen Bestimmungen des WRG 1959 lauten:

"Überprüfung der Ausführung von Wasseranlagen

§ 121. (1) Die Ausführung einer nach den Bestimmungen des Wasserrechtsgesetzes oder unter Mitwirkung dieses Bundesgesetzes bewilligungspflichtigen Wasseranlage ist unverzüglich der für die Erteilung der Bewilligung zuständigen Behörde bekannt zu geben. Diese hat sich in einem auf Kosten des Unternehmers durchzuführenden Verfahren von der Übereinstimmung der Anlage mit der erteilten Bewilligung, bei Trieb- und Stauwerken insbesondere auch von der richtigen und zweckmäßigen Setzung der Staumaße, zu überzeugen, die Messungsergebnisse schriftlich festzuhalten, das Ergebnis dieser Überprüfung durch Bescheid auszusprechen und die Beseitigung etwa wahrgenommener Mängel und Abweichungen zu veranlassen. Geringfügige Abweichungen, die öffentlichen Interessen oder fremden Rechten nicht nachteilig sind oder denen der Betroffene zustimmt, können im Überprüfungsbescheid nachträglich genehmigt werden. Wird bei einer Fristüberschreitung die Bewilligung nicht ausdrücklich für erloschen erklärt, so gilt die Anlage als fristgemäß ausgeführt (§ 112 Abs. 1).

(2) (...)

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,
- b) Ablagerungen oder Bodenverunreinigungen durch geeignete Maßnahmen zu sichern, wenn die Beseitigung gemäß lit. a nicht oder im Vergleich zur Sicherung an Ort und Stelle nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten (Aufwand) möglich ist,
- c) die durch eine Gewässerverunreinigung verursachten Mißstände zu beheben,
- d) für die sofortige Wiederherstellung beschädigter gewässerkundlicher Einrichtungen zu sorgen.

(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.

(3)"

2. Der angefochtene Bescheid besteht aus zwei Spruchteilen. Mit Spruchpunkt A stellte die belangte Behörde auf Grundlage des § 121 WRG 1959 fest, dass die Forststraße mit dem wasserrechtlichen Bewilligungsbescheid nicht übereinstimmend ausgeführt worden sei.

Die vorliegende Beschwerde bekämpft angesichts ihres uneingeschränkten Anfechtungsumfanges auch diesen Spruchpunkt. Aus dem gesamten Vorbringen der Beschwerdeführer ergibt sich aber nicht, dass und aus welchen Grund sich die vorliegende Beschwerde gegen die mit diesem Spruchpunkt getroffene Feststellung richtet.

Insoweit die Beschwerde auch gegen Spruchpunkt A des angefochtenen Bescheides gerichtet war, war sie schon aus diesem Grund als unbegründet abzuweisen.

3. Die Beschwerdeführer vertreten die Ansicht, den mitbeteiligten Parteien käme im Verfahren keine Parteistellung zu, sodass deren (nur gegen Spruchpunkt II des Erstbescheides erhobene) Berufung zurückzuweisen gewesen wäre und keinesfalls als Grundlage für die in Spruchpunkt B des angefochtenen Bescheides getroffene Entscheidung herangezogen werden hätte können.

Spruchpunkt II des Erstbescheides beinhaltete einen wasserpolizeilichen Auftrag auf Grundlage des § 138 WRG 1959, der offenbar aus Anlass des Kollaudierungsverfahrens erlassen wurde. Die den Beschwerdeführern aufgetragenen Maßnahmen stehen im Zusammenhang mit den von den mitbeteiligten Parteien behaupteten Beeinträchtigungen ihrer Quellnutzung und wurden deshalb als notwendig erachtet, weil es durch den Straßenbau zu einer zeitweilig initiierten Trübung des Quellwassers der mitbeteiligten Partei gekommen war. Die Erstbehörde ging in diesem Zusammenhang von eigenmächtigen Neuerungen aus, die zur Verletzung von Rechten der Mitbeteiligten führten; die den Beschwerdeführern aufgetragenen Maßnahmen umfassten Schritte zum Schutze der Rechte der Mitbeteiligten.

Den mitbeteiligten Parteien kam daher im Verfahren nach § 138 WRG 1959 Parteistellung zu, der erstinstanzliche Bescheid gestaltete ihre Rechtsposition. Sie konnten daher von der belangten Behörde zutreffend als Parteien des wasserpolizeilichen Auftragsverfahrens angesehen werden; ihre Berufung erwies sich somit als zulässig.

Ergänzend wird bemerkt, dass den mitbeteiligten Parteien auch Parteistellung im Kollaudierungsverfahren zukam.

Daran, dass eine Berührung der Rechte der mitbeteiligten Partei an der Nutzung der Quelle durch die projektsgemäße Ausübung des den Beschwerdeführern mit der behördlichen Bewilligung verliehenen Rechtes der Sachlage nach nicht auszuschließen war (vgl. zur Relevanz dieses Kriteriums für die Parteistellung das hg. Erkenntnis vom 20. September 2012, 2012/07/0004, mwN), sind hier angesichts der vorliegenden sachverständigen Äußerungen keine Zweifel entstanden. Ein gänzlicher oder teilweiser Verlust der Parteistellung im Bewilligungsverfahren erstreckt sich nicht auf das Überprüfungsverfahren. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer kam den mitbeteiligten Parteien daher auch im Kollaudierungsverfahren Parteistellung zu (vgl. dazu *Bumberger/Hinterwirth*, WRG2, K14 und K15 zu § 121); sie konnten dort geltend machen, dass die Anlage abweichend von der Bewilligung ausgeführt wurde und dass dadurch ihre wasserrechtlich geschützten Rechte berührt würden.

4. Mit Spruchpunkt B des angefochtenen Bescheides traf die belangte Behörde mehrere Entscheidungen im Zusammenhang mit Spruchpunkt II des Erstbescheides. Zum einen behob sie Spruchpunkt II des Erstbescheides "ersatzlos", trug aber gleichzeitig der Erstbehörde eine Verfahrensergänzung durch Berücksichtigung des Vorbringens der mitbeteiligten Parteien und "gegebenenfalls" die Erlassung eines wasserpolizeilichen Auftrags nach § 138 Abs. 1 oder Abs. 2 WRG 1959 auf.

Auch wenn sich der Spruch des angefochtenen Bescheides auf § 66 Abs. 4 AVG stützt, so erscheint doch bei einer Gesamtbetrachtung der in Spruchpunkt B gewählten Vorgangsweise der belangten Behörde in Wahrheit ein Vorgehen nach § 66 Abs. 2 AVG gemeint gewesen zu sein. Dies vor allem deshalb, weil der

Erstbehörde nach der "ersatzlosen" Behebung des Spruchpunktes II des Erstbescheides sehr wohl die Erlassung eines Ersatzbescheides in diesem Umfang aufgetragen wird, dessen Inhalt vom Ergebnis des Ermittlungsverfahrens abhängen soll (arg.: "gegebenenfalls nach Abs. 1 oder Abs 2"); schließlich zitierte die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid auch die Bestimmung des § 66 Abs. 2 AVG.

Der Verwaltungsgerichtshof geht angesichts dessen davon aus, dass mit Spruchpunkt B die Aufhebung und Zurückverweisung der Angelegenheit an die Erstbehörde nach § 66 Abs. 2 AVG vorgenommen wurde (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 26. Jänner 2012, 2010/07/0042).

Fraglich ist, ob die Beschwerdeführer durch diese Vorgangsweise in Rechten verletzt wurden.

4.1. Im Fall eines gemäß § 66 Abs. 2 AVG ergangenen aufhebenden Bescheides sind die Verwaltungsbehörden wie auch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts an die die Aufhebung tragenden Gründe und die für die Behebung maßgebliche Rechtsansicht - sofern nicht eine wesentliche Änderung der Sach- oder Rechtslage eingetreten ist - gebunden, wobei mit einem solchen Bescheid - bei unveränderter Sach- und Rechtslage - auch die Zuständigkeitsordnung in dieser Sache festgelegt ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 23. Oktober 1997, 96/07/0127).

Die Bindungswirkung eines auf § 66 Abs. 2 AVG gestützten Bescheides bezieht sich aber ausschließlich auf die die Aufhebung tragenden Gründe dieses Bescheides. Sonstigen Ausführungen in der Bescheidebegründung kommt hingegen keine Bindungswirkung zu (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 24. Mai 2012, 2010/07/0151, vom 26. Juli 2012, 2011/07/0125, ua).

Entspricht ein die Aufhebung gemäß § 66 Abs. 2 AVG tragendes Begründungselement nicht dem Gesetz, führt dies - wegen der Bindungswirkung auch dieses Begründungselementes für das weitere Verfahren - zur Rechtswidrigkeit des Behebungsbescheides (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. November 2001, 2001/07/0067).

4.2. Die belangte Behörde überband der Erstbehörde zwar in der Begründung des angefochtenen Bescheides ein Vorgehen nach § 138 WRG 1959, weil sie die Ansicht vertrat, es gehe nicht um die Beseitigung "wahrgenommener Abweichungen" vom Konsens im Sinne des § 121 WRG 1959, sondern um "wahrgenommene Mängel". Sie scheint dies zwar im Spruch des Bescheides abzuschwächen, weil sie die Erlassung eines wasserpolizeilichen Auftrages vom Verfahrensergebnis abhängig machte, diesen also nur "gegebenenfalls" auftrag, allerdings bezog sich dieses "gegebenenfalls" offenbar - dies folgt aus der Bescheidebegründung -

auf die Wahl der Art des Auftrages (§ 138 Abs. 1 oder Abs. 2) und nicht auf den Auftrag an sich.

Die Erstbehörde war daher - als Folge der dargestellten Bindungswirkung - im fortgesetzten Verfahren verpflichtet, einen auf § 138 WRG 1959 gestützten Auftrag zu erteilen. Nach den weiteren Begründungsausführungen sollte dieser Auftrag aber "im Kollaudierungsverfahren" ergehen.

Um beurteilen zu können, ob darin eine Rechtsverletzung der Beschwerdeführer liegt, erscheint es notwendig, sich mit der Abgrenzung eines Verfahrens nach § 121 WRG 1959 (von dessen "Neubeginn" bzw "Fortsetzung" die belangte Behörde spricht) von einem Verfahren nach § 138 WRG 1959 auseinanderzusetzen.

Gegenstand eines Überprüfungsverfahrens und des ein solches Verfahren abschließenden Bescheides ist die Feststellung der Übereinstimmung der hergestellten Anlage mit der seinerzeit erteilten Bewilligung. Eine im Gesetz vorgesehene Funktion des Überprüfungsbescheides ist demnach nicht nur die Beseitigung wahrgenommener Mängel, sondern auch die Beseitigung wahrgenommener Abweichungen vom Konsens zu veranlassen. Insoweit verdrängt die spezielle Norm des letzten Halbsatzes des ersten Satzes des § 121 Abs. 1 WRG 1959 die Anwendbarkeit des § 138 Abs. 1 lit. a leg. cit. (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 12. Oktober 1993, Zl. 91/07/0087, mwN). Nur solche vom Bewilligungsträger gesetzten Sachverhalte, die zwar aus Anlass der Überprüfung des bewilligten Projektes wahrgenommen wurden, aber nicht selbst Projektbestandteil sind, stellen sich als eigenmächtige Neuerungen im Sinne des § 138 Abs. 1 lit. a WRG 1959 dar. Steht ein im Zuge eines Überprüfungsverfahrens wahrgenommener konsenswidriger Sachverhalt mit dem bewilligten Projekt in einem technisch sachnahen Zusammenhang, so ist dieser nicht zum Gegenstand eines wasserpolizeilichen Auftrages nach § 138 WRG 1959 zu machen, sondern nach der Regelung des § 121 Abs. 1 WRG 1959 zu behandeln, weil es auch eine im Gesetz vorgesehene Funktion des Überprüfungsbescheides ist, die Beseitigung wahrgenommener Abweichungen vom Konsens zu veranlassen, sodass insoweit die spezielle Norm des letzten Halbsatzes des ersten Satzes des § 121 Abs. 1 WRG 1959 die Anwendbarkeit des § 138 WRG 1959 verdrängt (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 20. Februar 1997, 96/07/0105, vom 29. Juni 2012, 2009/07/0151, uam).

4.3. Dieses Abgrenzungskriterium der technischen Sachnähe wurde von der belangten Behörde in ihrer Bescheidebegründung nicht berücksichtigt. Es erscheint aber im vorliegenden Fall keinesfalls ausgeschlossen, dass der rechtsrichtige Weg zur Beseitigung der festgestellten Mängel ein Auftrag nach § 121 WRG 1959 und nicht ein solcher nach § 138 WRG 1959 wäre.

Die Bindung der Erstbehörde dahingehend, im Folgeverfahren einen Auftrag auf der Rechtsgrundlage des § 138 WRG 1959 zu erteilen, erweist sich daher als rechtswidrig.

4.4. Im Übrigen fehlen im angefochtenen Bescheid auch Ausführungen dazu, warum die belangte Behörde die als notwendig erachteten ergänzenden Ermittlungen nicht selbst vorgenommen hat. Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 66 Abs. 2 AVG wird nicht näher begründet.

5. Der angefochtene Bescheid war daher im Umfang des Spruchpunktes B wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

6. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 28. Februar 2013