

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

26.04.2013

**Geschäftszahl**

2012/07/0100

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bumberger und die Hofräte Dr. Hinterwirth, Dr. N. Bachler, Dr. Lukasser und Mag. Haunold als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Pühringer, über die Beschwerde der Gemeinde N, vertreten durch Dr. Michael E. Sallinger, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, Sillgasse 21/III, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol vom 12. März 2012, Zl. IIIa1-W- 60.355/16, betreffend wasserrechtliches Kollaudierungsverfahren (mitbeteiligte Partei: M K in N), zu Recht erkannt:

**Spruch****Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Die beschwerdeführende Partei hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

Die beschwerdeführende Gemeinde beantragte mit Schreiben vom 21. April 2000 bei der Bezirkshauptmannschaft I (im Folgenden: BH) die Erteilung einer wasserrechtlichen Bewilligung gemäß den beigelegten Projektunterlagen (erstellt von DI B.F.). Der Ladung zur mündlichen Verhandlung wie auch der mündlichen Verhandlung vom 2. Mai 2000 ist zu entnehmen, dass neben der Gemeinde auch R. P. als Konsenswerber auftrat.

Nach den Projektunterlagen war Gegenstand des Projekts u. a. die Ausbildung der Hochwasserabflussrinne (für den R-bach) in Verbindung mit der Absenkung der Gemeindestraße. Durch das Projekt wurde auch das im Eigentum der mitbeteiligten Partei stehende Grundstück Nr. 343/8, EZ. 1502, KG N. berührt. Aus der planlichen Darstellung des Projekts ergibt sich in diesem Zusammenhang, dass dieses Grundstück in seinem östlichen Eckbereich durch die Errichtung zum einen des Schlussteiles eines unter der Gemeindestraße führenden Stahlbetondurchlasses und zum anderen des daran anschließenden Teiles der Hochwasserabflussrinne in Anspruch genommen wird.

Den Akten kann nicht entnommen werden, dass sich die mitbeteiligte Partei am Bewilligungsverfahren beteiligte.

Mit rechtskräftigem Bescheid der BH vom 4. Mai 2000 wurde mit Spruchpunkt A) I) der beschwerdeführenden Gemeinde "die wasserrechtliche Bewilligung zur Durchführung von verschiedenen Maßnahmen im Bereich der Hochwasserabflussrinne des (R-baches) im Bereich des Abschnittes vom neuen Feuerwehrhaus bis zum bachabwärtigen Ende des Durchlasses unter der Gemeindestraße nach Maßgabe der vorgelegten und signierten Projektunterlagen unter Einhaltung der im Spruchpunkt III angeführten Nebenbestimmungen erteilt."

Mit Spruchpunkt A) II) wurde R. P. eine gleichlautende wasserrechtliche Bewilligung "im Bereich des Abschnittes vom bachabwärtigen Ende des Durchlasses unter der Gemeindestraße bis zum Ende des Bauabschnittes talauswärts des (Hotel P.)" entsprechend den Projektunterlagen unter Einhaltung der im Spruchpunkt III genannten Nebenbestimmungen erteilt.

Mit Spruchpunkt A) IV) sprach die BH aus, dass gemäß § 111 Abs. 4 WRG 1959 die erforderlichen Dienstbarkeiten unter anderem auch auf GSt. Nr. 343/8 als eingeräumt gälten, soweit nicht anders lautende Vereinbarungen vorlägen oder getroffen würden.

Mit E-Mail vom 15. April 2009 zeigte die beschwerdeführende Gemeinde bei der BH den Abschluss der Herstellung der Hochwasserabflussrinne an und ersuchte um Überprüfung.

In der darüber durchgeführten mündlichen Verhandlung vom 1. Oktober 2009 brachte die anwaltlich vertretene mitbeteiligte Partei vor, dass der Abschnitt zwischen Querung der Gemeindefstraße und der Zufahrt zum Hotel P. nicht projektgemäß ausgeführt worden sei und der vorliegenden Ausführung als dadurch betroffene Grundeigentümerin nicht zugestimmt werde.

Mit Bescheid vom 11. November 2009 genehmigte die BH mit Spruchpunkt I gemäß § 121 Abs. 1 dritter Satz WRG 1959 folgende "geringfügige Abweichung" von der mit Bescheid vom 4. Mai 2000 erteilten wasserrechtlichen Bewilligung:

"Vom Durchlass bachaufwärts wurde das Trapezgerinne nicht hergestellt. Die Gemeinde beabsichtigt, diesen Bereich neu planen (Gehsteig, Bebauung V.)."

Mit Spruchpunkt II wurde gemäß § 121 Abs. 1 erster Satz WRG 1959 die bewilligte Anlage "unter Berücksichtigung der nachträglich genehmigten Abweichung für überprüft erklärt." Dem nachfolgend heißt es im Spruch des Bescheides weiter:

"Angemerkt wird, dass laut Auskunft der (beschwerdeführenden Gemeinde) nunmehr der bescheidgemäße Zustand im Bereich des Anschlusses der Überdeckung (Hotel P.) bis zum Gemeindegweg hergestellt wurde. Das Gerinne lag zum Zeitpunkt der Überprüfungsverhandlung abweichend vom Projekt in diesem Bereich zur Gänze auf der Gp. 343/8 (...) und nicht wie im Projekt vorgesehen auf dem GSt. .857 des (Hotels P.)."

Mit Schreiben vom 23. November 2009 erhob die mitbeteiligte Partei Berufung gegen diesen Bescheid, in der sie unter anderem einen Nachweis dahingehend forderte, dass die Lage der Verrohrung der Plandarstellung entspreche und somit nicht zusätzlich Fläche ihres Grundstückes beansprucht werde. Der Bescheid sei rechtswidrig, da die Genehmigung der Anlage erst erteilt werden könne, wenn die ordnungsgemäße Herstellung durchgeführt und abgenommen worden sei. Diese projektmäßig herzustellende Versetzung des Gerinnes bilde eine wesentliche Voraussetzung dafür, dass die wasserrechtliche Bewilligung erteilt werden könne.

Mit Schreiben vom 22. Februar 2010 ersuchte die belangte Behörde die beschwerdeführende Gemeinde, eine Vermessung samt entsprechender planlicher Darstellung zum Nachweis dafür zu erbringen, dass der Stahlbetondurchlass und das Trapezgerinne so errichtet worden seien wie im Einreichoperat dargestellt und dass keine zusätzliche Grundinanspruchnahme der mitbeteiligten Partei stattgefunden habe.

DI B.F. legte daraufhin einen Bericht vom 17. November 2010 samt planlicher Darstellungen vor.

Dem Bericht ist dabei unter anderem zu entnehmen, dass die beanspruchte Fläche durch das "Gerinne" auf dem GSt. Nr. 343/8 gemäß Einreichprojekt 2,95 m<sup>2</sup> betrage und die Länge des Durchlasses in der Achse auf diesem Grundstück 2,50 m. Zum Zeitpunkt der Bestandsaufnahme (6. Mai 2010) seien Werte von 1,94 m<sup>2</sup> respektive 3,53 m gemessen worden. Durch die tatsächlich erfolgten Baumaßnahmen sei die beanspruchte Fläche durch das Gerinne auf dem GSt. Nr. 343/8 um rund 1 m<sup>2</sup> gegenüber dem Einreichprojekt reduziert, die Länge des Durchlasses hingegen um 1 m verlängert worden. Gegenüber dem Einreichprojekt sei die reduzierte beanspruchte Fläche durch das Gerinne von 1,94 m<sup>2</sup> um maximal 0,35 m nach Nordwesten und um maximal 0,66 m nach Nordosten verschoben worden. Die Lage des errichteten Durchlasses weiche geringfügig von der Lage des Durchlasses im bewilligten Einreichprojekt ab.

Einer planlichen Darstellung der Gegenüberstellung des Einreichprojektes mit der Bestandsaufnahme kann entnommen werden, dass im Bereich der durch den Entwässerungsgraben beanspruchten Fläche durch die tatsächliche Ausführung ein Teil des GSt. Nr. 343/8 in Anspruch genommen wird, der projektgemäß nicht zur Inanspruchnahme vorgesehen war.

Mit Schreiben vom 8. September 2011 nahm die beschwerdeführende Gemeinde zum Bericht der Vermessungstechnikerin und zur Berufung Stellung und beantragte, dieser keine Folge zu geben; sie begehrte auch die Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 12. März 2012 gab die belangte Behörde der Berufung der mitbeteiligten Partei gemäß § 66 Abs. 4 AVG Folge und behob den Bescheid der BH vom 11. November 2009.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass die nachträgliche Genehmigung von Abweichungen gemäß § 121 Abs. 1 WRG 1959 Rechten Dritter dann nicht nachteilig sei, wenn der Zustand auf Grund der wasserrechtlichen Überprüfung keine Verschlechterung gegenüber dem ursprünglichen Bewilligungsbescheid bedeute. Dieser sei dann nicht nachteilig, wenn dadurch keine über die erteilte Zustimmung hinausgehende Inanspruchnahme von Grundeigentum erfolge. Eine solche liege dann vor, wenn die Anlage nicht auf der vereinbarten Fläche errichtet worden sei oder wenn die Anlage zwar an der vereinbarten Stelle errichtet, aber mehr an Grundfläche in Anspruch genommen worden sei.

Im vorliegenden Fall sei das mit Bescheid der BH vom 4. Mai 2000 bewilligte Vorhaben nicht bescheid- und projektgemäß errichtet worden. Durch die tatsächlich erfolgten Baumaßnahmen sei die beanspruchte Fläche durch das Gerinne auf dem GSt. Nr. 343/8 um rund 1 m<sup>2</sup> gegenüber dem Einreichprojekt reduziert und der Durchlass in der Achse um 1 m verlängert worden. Die mitbeteiligte Partei habe ihre Zustimmung für eine solche Abänderung nicht erteilt.

Eine Inanspruchnahme von Fremdgrund ohne Zustimmung des Eigentümers verletze dessen aus dem Grundeigentum erfließenden Rechte. Eine solche Abweichung sei den Eigentumsrechten nachteilig, sodass auch

im Fall ihrer Geringfügigkeit eine nachträgliche Bewilligung nach § 121 WRG 1959 nur im Fall der Zustimmung der mitbeteiligten Partei in Frage käme.

Die BH habe sich im Rahmen der freien Beweiswürdigung auf die Mitteilung der beschwerdeführenden Gemeinde gestützt, wonach der bescheidgemäße Zustand im Bereich des Anschlusses der Überdeckung Hotel P. bis zum Gemeindeweg hergestellt worden sei. Nach den aktuellen zweitinstanzlichen Erhebungen entspreche dies aber nicht der Sachlage. Da die mitbeteiligte Partei ihre Zustimmung nicht erteilt habe, hätte eine Bewilligung nach § 121 WRG 1959 nicht erteilt werden dürfen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

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

Die mitbeteiligte Partei beteiligte sich nicht am Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die beschwerdeführende Gemeinde führt eingangs aus, dass § 121 Abs. 1 WRG 1959 zwei Tatbestände kenne; einerseits die Zustimmung des Betroffenen oder andererseits das Ergebnis der amtswegigen Überprüfung, wonach die geringfügige Abweichung öffentlichen Interessen nicht entgegenstehe und fremde Rechte nicht nachteilig berühre, wobei nach dem der letztgenannten Tatbestand vorgegangen hätte werden müssen.

Es sei fachkundig von DI B.F. bestätigt worden, dass es sich lediglich um geringfügige Abweichungen handle und diese entsprechend den wasserrechtlichen Vorschriften ausgeführt worden seien. Hätte die belangte Behörde diese Feststellungen für nicht zureichend erachtet, so wäre es ihre Pflicht gewesen, der beschwerdeführenden Gemeinde im Sinne des § 13 AVG eine Verbesserung des bereits vorgelegten Testats der Sachverständigen vorzulegen. Im Übrigen wären einer mündlichen Überprüfungsverhandlung im Zuge des Berufungsverfahrens nicht nur die Projektantin als Sachverständige, sondern auch der Ausführende beigezogen worden, sodass eine entsprechende Abklärung ebenfalls möglich gewesen wäre.

Darüber hinaus sei die tatsächliche Ausführung günstiger und die mitbeteiligte Partei weniger belastend als das bewilligte Projekt. Eine unzumutbare Belastung der mitbeteiligten Partei sei sohin nicht ersichtlich, sodass alle Voraussetzungen für eine Bewilligung auch ohne Zustimmung der mitbeteiligten Partei vorlägen. Es sei ein geringerer Grundstücksteil in Anspruch genommen worden, sodass die abweichende Ausführung bewilligt hätte werden müssen.

Die belangte Behörde habe die Rechtslage falsch angewandt, weil sie verkannt habe, dass die Voraussetzungen einer Bewilligung von lediglich geringfügigen Abweichungen vorlägen. Sie hätte dazu das rechtliche Gehör gewähren und sinnvollerweise auch eine mündliche Verhandlung anberaumen müssen, die erwiesen hätte, dass die örtlichen Verhältnisse sich so darstellten wie vorgebracht. Auch hätten Befund und Gutachten eines wasserbautechnischen Sachverständigen im Hinblick auf die Geringfügigkeit der Abweichungen eingeholt werden müssen.

§ 121 Abs. 1 WRG lautet auszugsweise:

"§ 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 ... 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. ..."

Aus dem Zweck des Überprüfungsverfahrens ergibt sich, welche Einwände von den Parteien vorgebracht werden können, nämlich solche, die eine ihre Rechte beeinträchtigende mangelnde Übereinstimmung der ausgeführten mit der bewilligten Anlage geltend machen, und solche, mit denen die Verletzung ihrer Rechte durch eine allfällige nachträgliche Bewilligung von Abweichungen vorgebracht wird (vgl. ua das hg. Erkenntnis vom 26. Juni 2012, 2010/07/0228, mwN).

Ein solches taugliches Vorbringen hat die mitbeteiligte Partei mit ihrem Einwand, durch die von der wasserrechtlichen Bewilligung abweichende Ausführung des verfahrensgegenständlichen Projekts käme es zu einer abweichenden Inanspruchnahme ihres Gst. Nr. 343/8, der sie nicht zugestimmt habe, zweifelsohne erstattet.

Die beschwerdeführende Gemeinde bestreitet in ihrem Beschwerdevorbringen auch nicht, dass eine Abweichung in der Ausführung tatsächlich stattgefunden hat. Dem Bericht von DI B. F. vom 17. November 2010 und den beiliegenden Plänen zur Bestandsaufnahme der tatsächlichen Ausführung des Projekts ist diesbezüglich zu entnehmen, dass der Durchlass gegenüber dem bewilligten Projekt verlängert wurde und nun 1 m<sup>2</sup> mehr in Anspruch nimmt. Auch die durch das Gerinne beanspruchte Fläche wurde

verschoben und die Lage des gebauten Durchlasses weicht geringfügig von der Lage des Durchlasses im bewilligten Einreichprojekt ab. Dabei kann der planlichen Darstellung entnommen werden, dass durch den Entwässerungsgraben projektgemäß nicht in Anspruch zu nehmende Teile des GSt. Nr. 343/8 durch die tatsächliche Ausführung beansprucht wurden.

Die nachträgliche Genehmigung von Abweichungen nach § 121 WRG 1959 ist den Rechten des betroffenen Grundeigentümers allerdings nur dann nicht nachteilig, wenn dadurch keine über die erteilte Zustimmung hinausgehende Inanspruchnahme seines Grundeigentums erfolgt. Eine solche liegt entweder dann vor, wenn die Anlage nicht auf der vereinbarten Fläche errichtet wurde oder wenn die Anlage zwar an der vereinbarten Stelle errichtet wurde, aber mehr an Grundfläche in Anspruch genommen wurde. Darauf, ob die Fremdgrundinanspruchnahme insgesamt gleich bleibt oder nicht, kommt es dabei nicht an. Entscheidend ist, welche Grundfläche durch die Ausführung im Vergleich mit dem bewilligten Projekt in Anspruch genommen wird. Auch bei einer Gleich- oder Minderbelastung von Fremdgrund ist es nicht unerheblich, an welcher Stelle er von der errichteten Anlage in Anspruch genommen wird (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 24. November 2005, 2004/07/0159).

Durch die abweichende Ausführung (vgl. zur unterirdischen, über die erteilte Rechtseinräumung hinausgehenden Inanspruchnahme von Grund auch das hg. Erkenntnis vom 23. Februar 2012, 2008/07/0169) liegt somit eine im Sinne des § 121 Abs. 1 WRG 1959 nachteilige Inanspruchnahme des GSt. Nr. 343/8 der mitbeteiligten Partei vor, der diese unstrittig nicht zustimmte.

Sind die bei einer Überprüfung nach § 121 Abs. 1 WRG 1959 vorgefundenen Abweichungen der ausgeführten Arbeiten vom bewilligten Vorhaben den Rechten eines Betroffenen nachteilig, kommt deren nachträgliche Genehmigung nicht mehr in Betracht, sodass es keiner Prüfung ihrer Geringfügigkeit im Sinne des zweiten Satzes des § 121 Abs. 1 leg. cit. bedarf (vgl. dazu *Bumberger/Hinterwirth*, WRG2, E 66 zu § 121).

Da somit eine nachträgliche Genehmigung nicht mehr in Frage kam, erübrigte sich für die Behörde die Prüfung der Geringfügigkeit der vom Projekt abweichenden Inanspruchnahme von GSt. Nr. 343/8. Den im Zusammenhang mit der Geringfügigkeit der Abweichung von der beschwerdeführenden Gemeinde in ihrer Beschwerde angeführten Verfahrensmängeln, wie etwa die Unterlassung eines Verbesserungsauftrages bzw. der Durchführung einer mündlichen Verhandlung, fehlte daher die Relevanz für das Verfahrensergebnis. Sie waren daher nicht geeignet, eine Rechtsverletzung der beschwerdeführenden Gemeinde darzutun.

Die Beschwerde war somit gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Entscheidung über den Kostenersatz gründet auf §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 26. April 2013

### European Case Law Identifier

ECLI:AT:VWGH:2013:2012070100.X00