

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

29.01.2015

**Geschäftszahl**

2013/07/0065

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bumberger sowie die Hofrätin Dr. Hinterwirth und die Hofräte Dr. N. Bachler, Dr. Lukasser und Mag. Haunold als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Pitsch, über die Beschwerde der F GmbH in W, vertreten durch Eisenberger & Herzog Rechtsanwalts GmbH in 8010 Graz, Hilmgasse 10, gegen den Bescheid des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft vom 3. August 2009, Zl. BMLFUW-UW.4.1.12/0181- I/6/2008, betreffend Widerstreitverfahren gemäß § 109 WRG 1959 (mitbeteiligte Partei: Kleinkraftwerk R GmbH in R, vertreten durch Kaan Cronenberg & Partner Rechtsanwälte in 8010 Graz, Kalchberggasse 1), zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der beschwerdeführenden Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

Mit Bescheid des Landeshauptmannes von Kärnten (LH) vom 23. September 2008 wurde der Antrag der mitbeteiligten Partei auf Erteilung der wasserrechtlichen Bewilligung für die Errichtung und den Betrieb des Kraftwerkes K. gemäß § 109 Abs. 2 WRG 1959 zurückgewiesen.

Begründend führte der LH unter anderem aus, dass das von der mitbeteiligten Partei am 24. April 2008 eingereichte Projekt zwar ident mit jenen der am 8. April 2008 verhandelten Widerstreitprojekte der beschwerdeführenden Partei und der Wasserkraft GmbH sei. Die Einreichung des Projektes durch die mitbeteiligte Partei sei jedoch nach Schluss der mündlichen Widerstreitverhandlung erfolgt. Die Widerstreitverhandlung sei vom 25. März 2008 bis zum 7. April 2008 öffentlich kundgemacht worden. Das Projekt der mitbeteiligten Partei sei somit im Widerstreitverfahren nicht zu berücksichtigen gewesen, da dieses nach dem in § 109 Abs. 2 WRG 1959 genannten Zeitpunkt eingereicht worden sei.

Gegen diesen Bescheid erhob die mitbeteiligte Partei Berufung an die belangte Behörde. In dieser führte sie unter anderem aus, dass sie als bekannte Beteiligte im Widerstreitverfahren persönlich zu laden gewesen wäre. Selbst wenn sie nicht als bekannte Beteiligte zu werten gewesen wäre, hätte die Widerstreitverhandlung in "geeigneter Form" gemäß § 41 Abs. 1 zweiter Satz AVG kundgemacht werden müssen. Die alleinige Kundmachung durch Anschlag an der Amtstafel der Gemeinde K. sei keine Kundmachungsform gewesen, die sicherstellen würde, dass die mitbeteiligte Partei als Beteiligte von der Anberaumung der Verhandlung voraussichtlich Kenntnis erlangt hätte. Hätte die mitbeteiligte Partei davon Kenntnis erlangt, hätte sie bis zum Schluss der mündlichen Widerstreitverhandlung einen eigenen Antrag stellen können.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid behob die belangte Behörde aufgrund der Berufung der mitbeteiligten Partei den Bescheid des LH vom 23. September 2008 ersatzlos.

Begründend führte die belangte Behörde aus, es sei zu überprüfen, ob die Anberaumung der Widerstreitverhandlung rechtmäßig erfolgt sei. In diesem Zusammenhang sei zu klären, ob die mitbeteiligte Partei "bekannte Beteiligte/Partei bzw. Beteiligte" im Widerstreitverfahren gewesen sei. Dies habe nämlich zur Folge, dass sie "persönlich zu laden bzw. in sonstiger geeigneter Weise zu laden gewesen wäre".

Laut Aktenlage sei nicht ersichtlich, dass die mitbeteiligte Partei eine bekannte Beteiligte sei und folglich gemäß § 41 Abs. 1 AVG von der mündlichen Verhandlung persönlich zu verständigen gewesen wäre.

Auch wenn die mitbeteiligte Partei nicht als bekannte Beteiligte im Widerstreitverfahren zu laden gewesen wäre, sei als nächster Schritt zu prüfen, ob die mitbeteiligte Partei als Beteiligte in Betracht komme.

Diese Prüfung ergäbe, dass der mitbeteiligten Partei die Stellung einer "Beteiligten" im Sinne des § 102 Abs. 2 WRG 1959 iVm § 8 AVG zukomme, da gemäß § 8 AVG Personen, die eine Tätigkeit der Behörde in Anspruch nähmen oder auf die sich die Tätigkeit der Behörde beziehe, als Beteiligte zu werten seien.

Wenn daher noch andere Personen als Beteiligte in Betracht kämen, sei die Verhandlung gemäß § 41 Abs. 1 AVG überdies durch Anschlag in der Gemeinde oder durch Verlautbarung in der für amtliche Kundmachungen der Behörde bestimmten Zeitung kundzumachen.

Sei eine Verhandlung gemäß § 41 Abs. 1 zweiter Satz AVG und in einer der in den Verwaltungsvorschriften vorgesehenen besonderen Form kundgemacht worden, so habe dies zur Folge, dass eine Person ihre Stellung als Partei verliere, wenn sie nicht spätestens am Tag vor Beginn der Verhandlung bei der Behörde oder während der Verhandlung Einwendungen erhebe.

Wenn die Verwaltungsvorschriften über die Form der Kundmachung nichts bestimmten, so trete die im ersten Satz bezeichnete Rechtsfolge ein, wenn die mündliche Verhandlung gemäß § 41 Abs. 1 zweiter Satz AVG und in geeigneter Form kundgemacht worden sei. Eine Kundmachungsform sei geeignet, wenn sie sicherstelle, dass ein Beteiligter von der Anberaumung der Verhandlung voraussichtlich Kenntnis erlange.

Da im WRG 1959 keine spezielle Regelung für die Kundmachungsform getroffen werde, sei neben der Kundmachungsart nach § 41 Abs. 1 zweiter Satz AVG auch in "geeigneter Form" kundzumachen.

§ 107 Abs. 1 dritter Satz WRG 1959 sehe nämlich keine besondere Kundmachungsform vor, sondern wiederhole inhaltlich lediglich die Regelung des § 41 Abs. 1 zweiter Satz AVG, wobei Beispiele dafür angeführt würden, was jedenfalls als Kundmachung "auf sonstige geeignete Weise" anzusehen sei.

Laut Aktenlage - so führte die belangte Behörde in ihrer Begründung weiter aus - seien die bekannten Beteiligten persönlich geladen worden. Zudem sei an der Amtstafel der Gemeinde K. vom 25. März 2008 bis 7. April 2008 ein ordnungsgemäßer Aushang vorgenommen worden. Nach § 42 Abs. 1 AVG sei jedoch als zusätzliche Bedingung für den Eintritt der Rechtsfolge des Verlustes der Parteistellung eine Kundmachung in "geeigneter Form" vorgesehen. Diese Voraussetzungen würden die in § 41 Abs. 1 zweiter Satz AVG vorgesehenen Formen der Verständigung durch Edikt, also durch Anschlag in der Gemeinde oder durch Zeitungsverlautbarung erfüllen. Wenn daher als erste Kundmachungsform der Anschlag in der Gemeinde gewählt worden sei, komme als zweite Form auch (neben anderen Möglichkeiten) die Verlautbarung in der für amtliche Kundmachungen der Behörde bestimmten Zeitung in Frage und umgekehrt.

Im gegenständlichen wasserrechtlichen Widerstreitverfahren sei keine (über den Anschlag an die Gemeindefafel hinausgehende) Kundmachung in "geeigneter Form" erfolgt. Der LH habe nicht in ausreichender Form dafür Sorge getragen, dass die mitbeteiligte Partei als Beteiligte von der Widerstreitverhandlung Kenntnis erlangt habe. Die Kundmachung einer mündlichen Verhandlung in geeigneter Form diene jedoch insbesondere der Absicherung, dass auch die der Behörde nicht bekannten Beteiligten von der Verhandlung Kenntnis erlangten und die Möglichkeit erhielten, entsprechende Einwendungen zu erheben.

Aufgrund der Tatsache, dass die mitbeteiligte Partei von der Widerstreitverhandlung keine Kenntnis erlangt habe, sei ihr die Möglichkeit genommen worden, im Rahmen der mündlichen Widerstreitverhandlung für die Projekte der beschwerdeführenden Partei und der Wasserkraft GmbH fristgerecht ein widerstrebendes Ansuchen um Bewilligung einer Wasserbenutzung im Sinne des § 17 WRG 1959 zu stellen. Gegenstand einer Widerstreitverhandlung sei die Verhandlung aller rechtzeitig gestellten widerstrebenden Ansuchen. Gemäß § 109 Abs. 2 WRG 1959 seien Ansuchen, die einer bereits in Behandlung gezogenen Bewerbung widerstreiten würden, in Verfahren, die zunächst auf die Frage des Vorzugs beschränkt wären, nur dann zu berücksichtigen, wenn sie noch vor Abschluss der mündlichen Verhandlung über den Vorzug bei der Behörde geltend gemacht würden.

Ein Widerstreitverfahren könne nur mit jenen verschiedenen Bewerbungen ausgelöst werden, die vor Abschluss der mündlichen Verhandlung der Wasserrechtsbehörde vorgelegen seien.

Die Widerstreitverhandlung müsse die umfassende Erfassung der Vorbringen aller Beteiligten sicherstellen. Um alle Beteiligten erfassen zu können, sei die rechtmäßige Kundmachung einer Verhandlung unerlässlich. Erst durch die Kundmachung der Verhandlung in geeigneter Form sei sichergestellt, dass die Beteiligten von der Verhandlung voraussichtlich Kenntnis erlangten.

Von der Behörde sei durch den Kundmachungsmangel nicht sichergestellt, dass alle widerstrebenden Ansuchen (auch das potentiell widerstrebende Ansuchen der mitbeteiligten Partei als Beteiligte) im Rahmen der mündlichen Widerstreitverhandlung berücksichtigt hätten werden können.

Ergänzend merkte die belangte Behörde noch an, dass die Bestimmungen über die Kundmachungsformen gemäß § 41 und § 42 AVG sowie § 107 WRG 1959 neben Bewilligungsverfahren auch für Widerstreitverfahren zu gelten hätten. Der Gesetzeswortlaut des § 107 WRG 1959 spreche von einem "Verfahren" ganz allgemein. Damit müsse auch ein Widerstreitverfahren mitumfasst sein.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der Rechtswidrigkeit des Inhaltes und 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.

Auch die mitbeteiligte Partei erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragte.

Zu diesen beiden Gegenschriften erstattete die beschwerdeführende Partei eine weitere Stellungnahme.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Auf den vorliegenden, mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Beschwerdefall sind nach § 79 Abs. 11 letzter Satz VwGG die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden.

Die §§ 17, 102, 107 und 109 WRG 1959 samt Überschriften lauten:

**"Widerstreit zwischen geplanten Wasserbenutzungen**

§ 17. (1) Stehen verschiedene Bewerbungen (§ 109) um geplante Wasserbenutzungen in Widerstreit, so gebührt jener der Vorzug, die dem öffentlichen Interesse (§ 105) besser dient.

(2) Die Bewilligung des sonach bevorzugten Unternehmens kann mit einer zeitlichen Beschränkung oder mit Bedingungen verbunden werden, die - ohne seine zweckmäßige Ausführung auszuschließen - eine entsprechende Berücksichtigung anderer Vorhaben ermöglichen.

(3) Gestattet die Beurteilung nach Abs. 1 keine Entscheidung, so ist das vorhandene Wasser unter besonderer Bedachtnahme auf die Bedürfnisse der Wasserversorgung nach Rücksichten der Billigkeit, insbesondere durch den Gebrauch regelnde Bedingungen, in der Art zu verteilen, daß alle sich als gleichwertig darstellenden Ansprüche so weit als möglich und zweckmäßig befriedigt werden. Ist dies nicht möglich, so sind vorzugsweise jene Bewerbungen zu berücksichtigen, welche die bessere Erreichung des angestrebten Zweckes oder eine geringere Rückwirkung auf Dritte erwarten lassen.

...

**Parteien und Beteiligte**

§ 102. (1) Parteien sind:

- a) der Antragsteller;
- b) diejenigen, die zu einer Leistung, Duldung oder Unterlassung verpflichtet werden sollen oder deren Rechte (§ 12 Abs. 2) sonst berührt werden, sowie die Fischereiberechtigten (§ 15 Abs. 1) und die Nutzungsberechtigten im Sinne des Grundsatzgesetzes 1951 über die Behandlung der Wald- und Weidenutzungsrechte sowie besonderer Felddienstbarkeiten, BGBl. Nr. 103, sowie diejenigen, die einen Widerstreit (§§ 17, 109) geltend machen;

...

**Mündliche Verhandlung**

§ 107. (1) Das Verfahren ist nach Maßgabe der Bestimmungen des § 39 Abs. 2 AVG durch Anberaumung einer mündlichen Verhandlung fortzusetzen. Zu dieser sind der Antragsteller und die Eigentümer jener Grundstücke, die durch die geplanten Anlagen oder durch Zwangsrechte (§ 60) in Anspruch genommen werden sollen, persönlich zu laden; dies gilt auch für jene im Wasserbuch eingetragenen Wasserberechtigten und Fischereiberechtigten, in deren Rechte durch das Vorhaben eingegriffen werden soll. Wenn noch andere Personen als Beteiligte in Betracht kommen, ist die Verhandlung gemäß § 41 Abs. 1 zweiter Satz AVG kundzumachen und darüber hinaus auf sonstige geeignete Weise (insbesondere durch Verlautbarung in einer Gemeindezeitung oder Tageszeitung, Postwurfsendungen). Soll durch das Vorhaben in Nutzungsrechte im Sinne des Grundsatzgesetzes 1951 über die Behandlung der Wald- und Weidenutzungsrechte sowie besonderer Felddienstbarkeiten, BGBl. Nr. 103, eingegriffen werden, ist die zuständige Agrarbehörde von der Verhandlung zu verständigen.

(2) Eine mündliche Verhandlung ist jedenfalls dann durchzuführen, wenn der Bewilligungswerber dies verlangt.

...

**Widerstreitverfahren**

§ 109. (1) Liegen widerstreitende (§ 17), auf entsprechende Entwürfe (§ 103) gestützte Ansuchen um Bewilligung einer Wasserbenutzung vor, dann ist auf Antrag eines Bewerbers vorerst darüber zu entscheiden, welchem Vorhaben der Vorzug gebührt. Sind für die Bewilligung der widerstreitenden Vorhaben sachlich verschiedene Behörden zuständig, so obliegt die Entscheidung über die Frage des Vorzuges der Behörde (§§ 98, 99 und 100).

(2) Ansuchen, die einer bereits in Behandlung gezogenen Bewerbung widerstreiten (Abs. 1), sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sie noch vor Abschluss der mündlichen Verhandlung - wenn jedoch das Verfahren gemäß Abs. 1 zunächst auf die Frage des Vorzuges beschränkt war, noch vor Abschluss der mündlichen

Verhandlung hierüber - bei der Verwaltungsbehörde geltend gemacht werden. Sofern keine mündliche Verhandlung stattfindet, wird auf den Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides erster Instanz abgestellt.

(3) Entscheidungen gemäß Abs. 1 treten außer Kraft, wenn das Vorhaben, dem der Vorzug gebührt, nicht bewilligt wurde oder ein Erlöschenstatbestand gemäß § 27 Abs. 1 lit. f vorliegt."

Nach § 41 Abs. 1 AVG hat die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung durch persönliche Verständigung der bekannten Beteiligten zu erfolgen. Wenn noch andere Personen als Beteiligte in Betracht kommen, ist die Verhandlung überdies an der Amtstafel der Gemeinde oder durch Verlautbarung in der für amtliche Kundmachungen der Behörde bestimmten Zeitung kundzumachen.

Die beschwerdeführende Partei beantragte mit Eingabe vom 17. September 2007 beim LH die Durchführung der Vorprüfung und Erteilung der wasserrechtlichen Bewilligung für ein Wasserkraftwerk im Gemeindegebiet von K. Ein weiterer Projektant, die Wasserkraft GmbH, suchte ebenfalls mit Eingabe vom 17. September 2007 um Vorprüfung und Erteilung der wasserrechtlichen Bewilligung für ein Wasserkraftwerk im selben Gewässerabschnitt an.

Beide Vorhaben wurden vom LH einer vorläufigen Überprüfung unterzogen. Dabei wurde festgestellt, dass die beiden Vorhaben im Widerstreit stehen. Die beschwerdeführende Partei beantragte daraufhin mit Schreiben vom 20. Februar 2008 die Einleitung eines Widerstreitverfahrens.

Der LH setzte mit Ladung vom 17. März 2008 die mündliche Verhandlung im Widerstreitverfahren für den 8. April 2008 fest. Die beschwerdeführende Partei und die Wasserkraft GmbH wurden dazu persönlich geladen.

Zusätzlich wurde die Verhandlung an der Amtstafel der Gemeinde angeschlagen.

Am 8. April 2008 wurde die mündliche Verhandlung durchgeführt und geschlossen.

Am 24. April 2008, also nach Abschluss der mündlichen Widerstreitverhandlung, beantragte die mitbeteiligte Partei die Erteilung einer wasserrechtlichen Bewilligung für ein Wasserkraftwerk im selben Gewässerabschnitt.

Dieser Antrag wurde vom LH mit Bescheid vom 23. September 2008 zurückgewiesen.

Die ersatzlose Behebung dieses Bescheides begründete die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid zusammengefasst wie folgt: Der LH habe durch einen Kundmachungsmangel nicht sichergestellt, dass alle widerstreitenden Ansuchen (auch das potentiell widerstreitende Ansuchen der mitbeteiligten Partei als Beteiligte) im Rahmen der mündlichen Widerstreitverhandlung berücksichtigt hätten werden können. Der LH habe nicht in ausreichender Form dafür Sorge getragen, dass die mitbeteiligte Partei als Beteiligte von der Widerstreitverhandlung Kenntnis erlange. Die Kundmachung einer mündlichen Verhandlung in geeigneter Form diene jedoch insbesondere der Absicherung, dass auch die von der Behörde nicht bekannten Beteiligten von der Verhandlung Kenntnis erlangten und die Möglichkeit erhielten, entsprechende Einwendungen zu erheben.

Damit verkennt die belangte Behörde - wie die beschwerdeführende Partei im Ergebnis zutreffend ausführt - die Rechtslage.

Der Regelungsinhalt des § 109 Abs. 1 und 2 WRG 1959 lässt die klare gesetzgeberische Absicht erkennen, die Frage, welche widerstreitenden Bewerbungen in einem wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren zu berücksichtigen sind, möglichst frühzeitig zu entscheiden. § 109 Abs. 2 zweiter Satz leg.cit. stellt nun auf den Zeitpunkt der Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides als letzten Zeitpunkt ab, bis zu dem - bei Vorliegen der weiteren in dieser Bestimmung normierten Voraussetzungen - noch ein einem bereits in Behandlung gezogenen Bewilligungsansuchen widerstreitendes Ansuchen zulässigerweise gestellt werden kann. Sofern jedoch im erstinstanzlichen Bewilligungsverfahren eine mündliche Verhandlung stattfindet - sei es über das bereits in Verhandlung gezogene Bewilligungsansuchen, sei es über die Frage des Vorzugs widerstreitender Bewerbungen - kann ein (allenfalls weiteres) konkurrierendes Bewilligungsansuchen zulässigerweise nur vor Abschluss der Verhandlung gestellt werden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. Oktober 2013, Zl. 2011/07/0119).

Zutreffend führt die belangte Behörde in ihrem angefochtenen Bescheid aus, dass Gegenstand einer Widerstreitverhandlung "die Behandlung aller rechtzeitig gestellten widerstreitenden Ansuchen" ist.

In einem Widerstreitverfahren kann es für die Behörde dieses Verfahrens nur bekannte Beteiligte im Sinne des § 41 Abs. 1 AVG geben, die zur Widerstreitverhandlung persönlich zu laden sind. Erst durch die rechtzeitige Einreichung einer Bewerbung (vor Abschluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz nach § 109 Abs. 2 WRG 1959), aus der die widerstreitenden Projektabsichten klar erkennbar sind (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. Februar 1991, Zl. 90/07/0112), wird nämlich eine Parteistellung im Widerstreitverfahren gemäß § 102 Abs. 1 lit. b WRG 1959 begründet.

Frühestens mit der Einreichung ihres Projektes am 24. April 2008 konnte die mitbeteiligte Partei Partei des Widerstreitverfahrens werden. Zu diesem Zeitpunkt war der Kreis der Verfahrensbeteiligten aufgrund des Schlusses der Widerstreitverhandlung aber bereits abschließend festgelegt: Es waren dies einzig und allein die beschwerdeführende Partei und die Wasserkraft GmbH. "Verhandlungsgegenstand" war das Widerstreitverfahren zwischen diesen Parteien.

Zum Zeitpunkt der Antragstellung durch die mitbeteiligte Partei am 24. April 2008 konnte diese der Verfahrensgemeinschaft von beschwerdeführender Partei und Wasserkraft GmbH im Widerstreitverfahren

(vgl. *Bumberger/Hinterwirth*, WRG Wasserrechtsgesetz Kommentar<sup>2</sup>, 2013, K 9 zu § 109 WRG) nicht mehr beitreten, da bereits eine mündliche Verhandlung stattgefunden hatte. Zu diesem Zeitpunkt war die Stellung eines weiteren konkurrierenden Bewilligungsansuchens durch die mitbeteiligte Partei jedenfalls unzulässig, welcher Umstand vom LH in seinem Bescheid vom 23. September 2008 zutreffend erkannt wurde.

In diesem Zusammenhang erweisen sich alle Erwägungen der belangten Behörde zur Frage, ob die Verhandlung des LH vom 8. April 2008 ausreichend kundgemacht wurde, um den Verlust der Parteistellung eintreten zu lassen, als unmaßgeblich.

Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Der Ausspruch über den Aufwandsersatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm § 79 Abs. 11 VwGG und § 3 der VwGH-Aufwandsersatzverordnung, BGBl. II Nr. 518/2013 idF BGBl. II. Nr. 8/2014, iVm der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 29. Jänner 2015