



GUTACHTERLICHE STELLUNGNAHME

zu Fragen des Rechtsschutzes von Wasserkraftbetreibern bei Wasserentnahmen

im Auftrag von

Verein Kleinwasserkraft Österreich
Franz-Josefs-Kai 13/12, 1010 Wien

erstellt von

Dr. Berthold Lindner
Lindner Stimmler Rechtsanwälte GmbH & Co KG
Währinger Straße 2-4/1/29, 1090 Wien

Wien, im Januar 2024



EXECUTIVE SUMMARY

1. Im nördlichen Waldviertel im Bereich der Thaya werden regelmäßig zusätzliche Wasserentnahmen zu landwirtschaftlichen Zwecken bewilligt. Dadurch kommt es insbesondere im Sommer zu extrem niedrigen Wasserführungen und zu einer Beeinträchtigung von Rechten von Wasserkraftbetreibern. Dennoch werden diese nicht (regelmäßig) zu Wasserrechtsverfahren eingeladen.
2. Die Rechte von Kraftwerksbetreibern sind absolut geschützt. Diese dürfen nicht (auch nicht geringfügig) beeinträchtigt werden. Eine nicht merkliche Beeinträchtigung wäre grundsätzlich zulässig, jedoch nur, wenn die Auswirkungen hinreichend untersucht wurden.

Kommt es aber durch nicht merkliche Auswirkungen in Summe mit anderen Entnahmen zu „merklichen“ Auswirkungen auf den Kraftwerksbetrieb, wäre dies ein unzulässiger Eingriff.

Bei der Beurteilung der Summationseffekte und der Eingriffswahrscheinlichkeit ist jeweils vom worst case für die Kraftwerksbetreiber auszugehen.

3. Es besteht keine Verpflichtung, Kraftwerksbetreiber zu Entnahmeverhandlungen zu laden, wenn deren Rechte nicht projektgemäß beeinträchtigt werden sollen. Wird die rechtzeitige Erhebung von Einwendungen durch den Kraftwerksbetreiber versäumt, verlieren diese ihre Parteistellung (Präklusion). An diesen Fall kann innerhalb einer zweiwöchigen Frist eine Quasi-Wiedereinsetzung am Wegfall des Hindernisses erhoben werden. Die Erfolgsaussichten eines derartigen Rechtsbehelfs sind sehr gering.
4. Kommt es zu Trockenperioden, ist die zuständige Behörde angehalten, durch Provisorialverfügung einen angemessenen Ausgleich unter den Wasserbenutzungen zu schaffen (§ 25). Akutem Wassermangel kann mit Verfügungen nach § 71 WRG 1959 begegnet werden. Wurden von der Behörde Extremsituationen unzureichend berücksichtigt kommt es dadurch zu Auswirkungen auf öffentliche Interessen (etwa Gewässerökologie) kann auch in bestehende Wasserentnahmen nach § 21a WRG 1959 eingegriffen werden.

INHALTSVERZEICHNIS

EXECUTIVE SUMMARY	2
INHALTSVERZEICHNIS	3
A. SACHVERHALT	4
B. FRAGESTELLUNG	6
C. RECHTLICHE BEURTEILUNG	7
1. ZUM SCHUTZ FREMDER RECHTE NACH § 12 WRG 1959	7
1.1. Bewilligungspflicht nach dem WRG 1959.....	7
1.2. Fremde Rechte nach § 12 WRG 1959	7
1.3. Berücksichtigung fremder Rechte in wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren	8
1.4. Eintrittswahrscheinlichkeit der Verletzung fremder Rechte	9
1.5. Gibt es eine Geringfügigkeitsgrenze für die Verletzung von Wasserrechten?	9
1.6. Wie ist die Aussage zu beurteilen, dass es „zu keinen merklichen Beeinträchtigungen von Wasserrechten“ kommt?.....	10
1.7. Wie sind Summationseffekte im wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren zu berücksichtigen?	11
1.8. Konkretes Vorgehen bei der Beurteilung	13
1.9. Ergebnis.....	14
2. HABEN DIE WASSERRECHTBEHÖRDEN DIE VERPFLICHTUNG, KRAFTWERKBETREIBER ZU VERHANDLUNGEN ZU LADEN?	15
2.1. Verhandlungspflicht im wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren.....	15
2.2. Kundmachung der Verhandlung	16
2.3. Parteistellung im Verfahren.....	16
2.4. Möglichkeit der Quasi-Wiedereinsetzung bei Versäumung der Verhandlung oder Einwendungen	17
2.5. Zusammenfassung	18
3. EINSCHRÄNKUNG DER WASSERENTNAHME ZU LANDWIRTSCHAFTLICHEN ZWECKEN IN TROCKENPERIODEN	19
3.1. Problemstellung	19
3.2. Rechtliche Möglichkeiten	20
3.2.1. Einschränkung bestehender Wasserbenutzungsrechte bei Wassermangel. ...	20
3.2.2. Akuter Wassermangel	21
3.2.3. Dauerhafte Abänderung von Bewilligungen	21

A. Sachverhalt

Das nördliche Waldviertel wird seit Jahrzehnten insbesondere im Bereich der Thaya für Zwecke der Wasserkrafterzeugung genutzt. Aufgrund der klimatischen Veränderungen kommt es insbesondere im Sommer regelmäßig zu niedrigen Wasserführungen.

Zwischenzeitig ist in Trockenperioden der Wassermangel so gravierend, dass selbst die Pflichtwasserabgabe der Kraftwerksbetreiber für die Fischaufstiegshilfen nicht mehr möglich ist.

Aufgrund der Trockenheit entnehmen auch Landwirte zunehmend Wasser um ihre Flächen zu bewässern. Diese Entnahmen erfolgen teilweise direkt aus dem Fluss und teilweise aus dem Grundwasser. Durch diese Wasserentnahmen kam es in der Vergangenheit bereits regelmäßig zu Konflikten zwischen den bewilligten Wasserkraftwerken und Anträgen für die Bewilligung von Entnahmen, weil die intensiven Wasserentnahmen Mitverursacher der Wassermängel im Thaya-Einzugsgebiet sind. Diese Wasserentnahmen finden teils legal, teils illegal statt.

Diese Entnahmen werden auch im jüngsten Rechnungshofbericht „Klimakrise – Herausforderungen für die Wasserwirtschaft in Niederösterreich“¹ sehr kritisch gesehen. Daten über die tatsächlichen Entnahmemengen zu Bewässerungszwecken lagen dem Land NÖ nicht vor. Gleichwohl wurde festgestellt, dass der steigende Bedarf der Landwirtschaft zu einer Übernutzung der Grundwasserressource beiträgt.

Aufgrund der im Bericht aufgezeigten Problemen werden dort unter anderem folgende Schlussempfehlungen gegeben:

(1) Auf Basis des § 59a Wasserrechtsgesetz 1959 wäre ein digitales Melderegister für tatsächliche Wasserentnahmen einzurichten.

(2) Die Entwicklung des Wasserdargebots wäre neu zu bewerten, sobald neue Klimamodellrechnungen für Österreich verfügbar sind.

(4) Individuelle Stellungnahmen des wasserwirtschaftlichen Planungsorgans wären auch für weitere wasserwirtschaftlich sensible Gebiete [...] vorzusehen und dabei

¹ III–1088 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXVII. GP, Rechnungshof GZ 2024–0.009.995 (005.112).

Summationseffekte von Wasserentnahmen aus dem Grundwasser unter 50.000 m³/a bei Bewilligungen für Wasserentnahmen **zu berücksichtigen**.

(5) *Wasserwirtschaftlich sensible Gebiete* wären als Grundlage für die nachhaltige Erteilung von Nutzungsrechten zu definieren, in denen in der Folge **Maßnahmen gegen die Übernutzung von Grundwasserkörpern** ergriffen werden sollen.

(20) Bei Kläranlagen an Vorflutern, die einen weniger als guten Zustand aufweisen, wäre konsequent und zeitnah die Umsetzung erforderlicher Reinigungsstufen vorzuschreiben.

(23) Das **Wasserbuch** wäre zu **vervollständigen** und zu berichtigen. Eine automatisierte Auswertungsmöglichkeit wäre zu schaffen.

(24) Grundlagen für die Erstellung von wasserwirtschaftlichen Regionalprogrammen für wasserwirtschaftlich sensible Gebiete wären zu schaffen. Diese sollen einen **Ausgleich zwischen den verschiedenen Nutzungsinteressen** regeln, die Berücksichtigung von Summationseffekten vorschreiben und zu Wasserentnahmen eine möglichst einheitliche Vorgehensweise bei Neubewilligungs- und Wiederverleihungsverfahren sowie Verfahren nach § 21a Wasserrechtsgesetz 1959 gewährleisten.

(25) Die zuständigen **Behörden** (Wasserrechtsbehörde, Bezirksverwaltungsbehörden und Bürgermeisterinnen bzw. Bürgermeister) wären bei der Entwicklung von Ablaufplänen bei akutem Wassermangel zu **unterstützen**.

(27) Die **Einführung vorbeugender Lenkungsmaßnahmen** im Hinblick auf nicht zwingend notwendige Wassermehrverbräuche analog zum Land Kärnten wäre zu prüfen.

Aktuell zeigt sich das Problem, dass die Betreiber der Wasserkraftanlagen an der Thaya nicht immer zu den wasserrechtlichen Bewilligungsverhandlungen für Wasserentnahmen geladen werden. In dem Bewilligungsverfahren selbst wird auf die Verletzung der Wasserrechte der Betreiber der Wasserkraftanlagen nicht, oder nur unzureichend Rücksicht genommen. In den Verfahren wird von Sachverständigen dabei oft die Formulierung, es komme zu keinen „merklichen“ Beeinträchtigungen fremder Rechte, verwendet.

B. Fragestellung

Gegenstand des vorliegenden Kurzgutachtens sind die rechtlichen Fragen, die im Zusammenhang mit den Wassermängeln im Thaya-Einzugsgebiet und den dadurch entstehenden Beeinträchtigungen von Wasserrechten der Wasserkraftbetreiber auftauchen. Es sind folgende Fragen zu beantworten:

- Gibt es eine Geringfügigkeitsgrenze für die Verletzung von Wasserrechten?
- Wie ist die Aussage zu beurteilen, dass es „zu keinen merklichen Beeinträchtigungen von Wasserrechten“ kommt?
- Wie sind Summationseffekte im wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren zu berücksichtigen?
- Haben die Wasserrechtbehörden die Verpflichtung, Kraftwerksbetreiber zu Verhandlungen zu laden?
- Sind Einschränkungen der Wasserentnahme zu landwirtschaftlichen Zwecken in Trockenperioden möglich bzw geboten sind.

C. Rechtliche Beurteilung

1. Zum Schutz fremder Rechte nach § 12 WRG 1959

1.1. Bewilligungspflicht nach dem WRG 1959

Grundsätzlich bedarf die Benutzung der öffentlichen Gewässer (etwa durch Verwendung für ein Wasserkraftwerk, oder Entnahmen zur Bewässerung landwirtschaftlicher Flächen) und die dazu erforderlichen Anlagen der wasserrechtlichen Bewilligung (§ 9 Abs 1 WRG 1959). Gleiches gilt sinngemäß für private Tagwässer, wenn durch deren Benutzung fremde Rechte oder in Folge eines Zusammenhangs mit öffentlichen Gewässern oder fremden Privatgewässern eine Auswirkung auf diese erfolgen kann (vgl näher § 9 Abs 2 WRG 1959).

Das Maß und die Art der zu bewilligenden Wasserbenutzung ist derart zu bestimmen, dass das öffentliche Interesse nicht beeinträchtigt und bestehende Rechte nicht verletzt werden. Zentrale Bestimmung für den Schutz fremder Rechte ist § 12 WRG, der im Zuge der wasserrechtlichen Bewilligung verlangt, dass fremde Rechte nicht verletzt werden.

1.2. Fremde Rechte nach § 12 WRG 1959

Bewilligungen nach dem WRG 1959 für die Entnahme von Grund- oder Oberflächenwässer dürfen nur dann erteilt werden, wenn dadurch fremde Rechte nicht verletzt werden (§ 12 Abs 1 WRG 1959). Bemerkenswert dabei ist der Umstand, dass die Bestimmung in der Überschrift von „fremden Rechten“, im Text dagegen von „bestehenden Rechten“ spricht. Diese Begriffe sind aber nicht ident, tatsächlich zählen zu den (im Bewilligungsverfahren berücksichtigungswürdigen) fremden Rechten auch das Fischereirecht (§ 15), die Rechte der Gemeinden (§§ 13 Abs 3, 31c Abs 3) und der Nutzungsrechte iSd WWSGG.²

Nach § 12 Abs 1 sind folgende bestehende Rechte geschützt (§ 12 Abs 2 WRG 1959):

- rechtmäßig geübte Wassernutzungen (mit Ausnahme des Gemeingebrauchs),
- Nutzungsbefugnisse nach § 5 Abs 2 WRG 1959 und
- das Grundeigentum.

² Vgl *Bumberger/Hinterwirth*, WRG³ § 12 K1.

Im gegenständlichen Zusammenhang interessiert bloß der Umfang des Schutzes „rechtmäßig geübter Wassernutzungen“. Die anderen beiden genannten „bestehenden Rechte“ können auch von Personen geltend gemacht werden, die ihrerseits keine bewilligten Wassernutzungen inne haben.

Rechtmäßig geübte Wassernutzungen gemäß § 12 Abs 2 WRG 1959 sind solche, die auf einer wasserrechtlichen Bewilligung nach § 9 oder § 10 WRG 1959 gründen, oder auf früheren, in den Rechtsbestand des WRG übergeleitete Wassernutzungen. Vereinfacht dargestellt handelt es sich dabei um durch einen wasserrechtlichen Bewilligungsbescheid eingeräumte, nach Art und Maß bestimmte Wasserbenutzungsrechte.³

Diesen Nutzungen liegt eine behördliche Bewilligung zugrunde. Diese sind durch Maß, Art und Umfang der Wassernutzung eindeutig definiert. Unerheblich für den Schutz dieser bestehenden Wassernutzungen ist abweichend vom Gesetzeswortlaut die tatsächliche Ausübung durch einen Bewilligungsbescheid eingeräumten Rechts. Tatsächlich entfaltet bereits eine rechtskräftige Bewilligung konstitutive Wirkung, ohne dass es erforderlich wäre, dass die Anlage bereits ausgeführt wurde.⁴

1.3. Berücksichtigung fremder Rechte in wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren

Im wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren ist unter anderem zu prüfen, ob fremde Rechte durch das beantragte Vorhaben berührt und verletzt werden. Anders als etwa Fischereirechte nach § 15 WRG 1959⁵ sind rechtmäßig geübte Wassernutzungen absolut geschützt.

Bestehende Rechte können nur durch Zustimmung (VwGH 08.04.1997, 96/07/0195) oder Einräumung von Zwangsrechten beseitigt oder beschränkt werden (VwGH 25.04.1996, 95/07/0114; jüngst etwa VwGH 22.03.2023, Ra 2021/13/0071).⁶

Kommt es daher zu einer Verletzung von fremden Rechten und werden für das bewilligungspflichtige Vorhaben keine Zwangsrechte eingeräumt, ist der Bewilligungsantrag abzuweisen.

³ *Ramsebner* in Kerschner (Hrsg), WRG, § 12 Rz 13 mwN., vgl VwGH 10.06.1997, 96/07/0251.

⁴ *Bachler* in Oberleitner/Berger (Hrsg), WRG⁴ § 12 Rz 7 mwN.

⁵ Zum eingeschränkten Rechtsschutz vgl etwa VwGH 28.04.2016, 2013/07/0055; dazu *Primosch*, Rechte der Fischereiberechtigten im wasserrechtlichen Verfahren, *ecolex* 2016, 1120.

⁶ Anzumerken ist dabei, dass die Einräumung von Zwangsrechten nur bei Vorliegen eines entsprechenden Bedarfs und nach umfassender Interessenabwägung aller berührter Interessen möglich ist.

1.4. Eintrittswahrscheinlichkeit der Verletzung fremder Rechte

Würde bereits jede denkmögliche Berührung fremder Rechte dazu führen, dass eine Bewilligung zu versagen wäre, könnten Bewilligungen praktisch nicht mehr erteilt werden. Ein solches Beurteilungsmaß würde jede weitere Entwicklung verhindern und wäre wohl auch verfassungsgesetzlich wohl als bedenklich zu beurteilen.

Die „Denkmöglichkeit“ einer Beeinträchtigung ist aber dennoch für die Beurteilung der Zulässigkeit von Einwendungen heranzuziehen. Das Recht zur Erhebung von Einwendungen und damit die Parteistellung im Verfahren kommt nur den Inhabern bestehender Rechte iSd § 12 Abs 2 WRG zu und es ist für die Parteistellung ausreichend, aber auch erforderlich, dass eine Beeinträchtigung der im § 12 Abs 2 WRG 1959 angeführten Rechte denkmöglich ist (etwa VwGH 23.04.1998, 97/07/0005; 24.01.2013, 2012/07/0208; hier zu: § 38 Abs 1 WRG 1959, die Überlegungen sind aber allgemein auf wasserrechtliche Bewilligungsverfahren übertragbar).

Gibt es also denkmöglich eine Beeinträchtigung fremder Rechte, sind die Inhaber dieser Rechte berechtigt, Einwendungen zu erheben. Im Wasserrechtsverfahren ist so dann zu prüfen, ob und mit welcher Wahrscheinlichkeit fremde Rechte tatsächlich verletzt werden können.

Eine wasserrechtliche Bewilligung darf wegen einer mit ihrer Ausübung verbundenen Verletzung fremder Rechte dann nicht erteilt werden, wenn eine solche Verletzung fremder Rechte durch die Ausübung der begehrten wasserrechtlichen Bewilligung mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreten wird (vgl VwGH 22.3.2012, 2011/07/0132, 0137; 14.02.2020, Ra 2020/07/0001). Kann eine solche hohe Eintrittswahrscheinlichkeit nicht ermittelt werden, so stehen die fremden Rechte einer Bewilligung nicht entgegen.

1.5. Gibt es eine Geringfügigkeitsgrenze für die Verletzung von Wasserrechten?

Ein Studium der wasserrechtlichen Judikatur des VwGH zeigt, dass von den Behörden regelmäßig angenommen wird, dass ein Eingriff in fremde Rechte zulässig sei, wenn er bloß „geringfügig“ wäre. Damit werden von den Behörden aber die rechtlichen Grundlagen und die dazu ergangene Judikatur des VwGH verkannt.

Das WRG 1959 verwendet den Begriff der Geringfügigkeit an mehreren Stellen. Demonstrativ sei hier etwa auf § 32 WRG 1959 verwiesen, der eine Bewilligungspflicht

von Einwirkungen auf fremde Gewässer nur dann vorsieht, wenn auf diese mehr als bloß geringfügig eingewirkt wird.

Im Zusammenhang mit dem Einwirken auf fremde Rechte enthält der für die Überprüfung der Ausführung von Wasseranlagen (sogenannte „Kollaudierung“) relevante § 121 WRG 1959 folgende Regelung:

Geringfügige Abweichungen, die öffentlichen Interessen oder fremden Rechten nicht nachteilig sind oder denen der Betroffene zustimmt, können im Überprüfungsbescheid nachträglich genehmigt werden.

Aus dieser Passage wird nun regelmäßig (unzulässigerweise) abgeleitet, dass ein geringfügiger Eingriff in fremde Rechte zulässig wäre. Nach ständiger Judikatur des VwGH ist aber der Umfang des Eingriffs in die Wasserrechte unerheblich, weil bereits eine bloß geringfügige Verletzung von Rechten Dritter (hier: einer rechtmäßig geübten Wassernutzung) in qualitativer oder in quantitativer Hinsicht eine maßgebliche und der Erteilung einer wasserrechtlichen Bewilligung entgegenstehende Rechtsverletzung darstellt (etwa VwGH 25.01.2007, 2006/07/0028).

Ausdrücklich hält der VwGH fest (vgl. VwGH 26.02.2015, Ra 2014/07/0055; 25.06.2020, Ra 2018/07/0455):

Bei der Verletzung von Rechten Dritter gibt es keine Geringfügigkeitsgrenze. Es stellt auch eine bloß geringfügige Verletzung von Rechten Dritter in qualitativer oder quantitativer Hinsicht eine maßgebliche und der Erteilung einer wasserrechtlichen Bewilligung entgegenstehende Rechtsverletzung dar.

Fremde Rechte dürfen daher nicht, insbesondere auch nicht geringfügig verletzt werden (VwGH 19.12.2013, 2010/07/0027).⁷.

1.6. Wie ist die Aussage zu beurteilen, dass es „zu keinen merklichen Beeinträchtigungen von Wasserrechten“ kommt?

In jüngerer Vergangenheit wird in der Praxis eine Beeinträchtigung fremder Rechte mit dem Hinweis von Sachverständigen verneint, dass diese Beeinträchtigung nicht „merklich“ ist.

⁷ Vgl. auch *Bumberger*, Rechtsprechung zum Wasserrecht im Jahr 2013, RdU 2014, 49.

Diese Begrifflichkeit wurde in der Vergangenheit bereits öfter für die Beurteilung von Maßnahmen im Hochwasserabflussbereich in Verfahren nach § 38 WRG 1959 verwendet (vgl etwa VwGH 29.09.2016, 2013/07/0299). Eine „nicht merkliche“ Schädigung, somit eine so geringfügige Veränderung der Hochwasserverhältnisse, dass diese zu keiner gegenüber dem bisherigen Zustand erhöhten Beeinträchtigung von Liegenschaften führt (VwGH, 19.12.2013, 2010/07/0027 mwN), bewirke keinen größeren Nachteil zu Lasten des Grundeigentums (LVwG NÖ 13.10.2021, LVwG-AV-618/001-2021).

Grundsätzlich wird die Formulierung „nicht merklich“ vom VwGH anerkannt. Dabei sind derartige Aussagen jedoch kritisch zu hinterfragen. Bedeutet die Aussage „nicht merklich“ tatsächlich eine nur sehr geringfügige Einwirkung, wäre diese nicht zulässig, weil fremde Rechte – wie oben bereits dargelegt – absolut geschützt sind.

Auch eine unzureichende Ermittlung, die den Eingriff nicht genau genug beurteilen kann, wäre unzulässig. Aus einem unzureichenden Gutachten dürfen keine rechtlichen Folgerungen geschlossen werden. Vielmehr muss die Beurteilung der Beeinträchtigung fremder Rechte auf Feststellungen über Inhalt und Ausmaß dieses Rechtes, die in einem auf sachverständiger Ebene erfolgten Eingehen auf dieses Recht und dessen allfällige Beeinträchtigung fußen, erfolgen (VwGH 06.07.2013, Ra 2022/07/0187).

Sachverständige Beurteilungen, die einer Aussage münden, wonach es zu keinen „merklichen Beeinträchtigungen“ kommt, sind daher stets genau zu hinterfragen. Tatsächlich können hier Ermittlungsmängel vorliegen. Die Parteien des Verfahrens haben das Recht, dass die allfällige Beeinträchtigung ihrer Rechte genau geprüft wird, bevor es hier zu unzulässigen Eingriffen kommt. Unzureichende Ermittlungen belasten Bewilligungsbescheide mit entscheidungswesentlichen Verfahrensmängel, die letztlich in einer erfolgreichen Bekämpfung einer erteilten Bewilligung münden können.

1.7. Wie sind Summationseffekte im wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren zu berücksichtigen?

Tatsächlich kann bei einer einzelnen Entnahme der Fall eintreten, dass die konkrete Entnahme keine messbaren Auswirkungen auf fremde Rechte entfaltet. Eine Bewilligung wäre in diesem Fall zulässig. In der weiteren Folge könnten weitere Entnahmen angestrebt werden, die ihrerseits wieder keine messbaren Auswirkungen auf fremde

Rechte entfalten. Wiederholt sich dieser Fall öfters, kann dadurch aber der Fall eintreten, dass die – für sich betrachtet nicht schädlichen – Entnahmen in Summe doch eine Relevanz entfalten.

Dazu führte der VwGH unter Verweis auf Vorjudikatur im Erkenntnis vom 09.09.2020, Ra 2019/07/0118, Folgendes aus (vgl Rz 30 ff):

Nach § 13 Abs 1 WRG 1959 darf einem Antragsteller nicht das gesamte, am Ort seiner beabsichtigten Nutzung vorhandene Wasser ohne Berücksichtigung anderer bereits bestehender Nutzungen zugesprochen werden. Vielmehr verringern die für die Nutzung eines Wasservorkommens bereits erteilten wasserrechtlichen Bewilligungen die für den jeweiligen Bewerber rechtlich zur Verfügung stehende Wassermenge (abgesehen von der Möglichkeit der Einräumung von Zwangsrechten) insoweit, als sein Vorhaben - im Hinblick auf bereits bestehende zulässige Nutzungen mit gleichartigen Auswirkungen- bestehende anderweitige zulässige Nutzungen schmälern würde.

Demgemäß kann bei Bestehen einer Mehrzahl hinsichtlich ihrer Auswirkungen gleichartiger, bereits wasserrechtlich bewilligter bzw rechtmäßig bestehender Nutzungen eines Gewässers das Maß einer angestrebten ebensolchen Nutzung jedenfalls dann nicht ohne Bedachtnahme auf die durch diese Wasserrechte zulässige Minderung des Wasserdargebotes – auch wenn die Auswirkungen jeder einzelnen dieser Nutzungen unterhalb der Messgenauigkeit liegen – festgesetzt werden, wenn die Summe dieser Auswirkungen auf die Rechte anderer Wasserberechtigter auf Grund fachlich fundierter Berechnungen, - im Fall von deren Unmöglichkeit auf Grund fachlich fundierter Schätzungen - ein die übliche Messgenauigkeit hydrologischer Daten erreichendes Ausmaß annimmt. Hierbei können nur die von solchen Entnahmeberechtigungen ausgehenden Auswirkungen in Betracht kommen, die nach Erteilung der beeinträchtigten Nutzungen - im Fall der revisionswerbenden Partei: Wasserkraftnutzung - verliehen wurden [...]

Liegt aufgrund eines Summationseffekts durch andere Wasserberechtigte gerade noch keine Beeinträchtigung fremder Rechte vor und wird diese Beeinträchtigung erst durch die Anlage des Bewilligungswerbers (hier: des Mitbeteiligten) ausgelöst, so steht dies der Erteilung einer wasserrechtlichen Bewilligung selbst dann entgegen, wenn von der Anlage des Bewilligungswerbers (hier: des Mitbeteiligten) für sich alleine keine Beeinträchtigung fremder Rechte ausgeht. Dies gilt selbstverständlich auch dann, wenn aufgrund des Summationseffekts durch andere Wasserberechtigte auch ohne die Anlage

des Bewilligungswerbers (hier: des Mitbeteiligten) bereits eine Beeinträchtigung fremder Rechte gegeben ist, somit von der Anlage des Bewilligungswerbers (hier: des Mitbeteiligten) „für sich allein genommen“ keine Beeinträchtigung ausginge [...]

Ausdrücklich wird in diesem Erkenntnis kritisiert, dass die Sachverständigen die möglichen Auswirkungen bloß des vom Antragsteller beantragten Vorhabens auf unterliegende Wasserrechte beurteilten. Die oberhalb der (potentiell beeinträchtigten) Wasserkraftanlage bewilligten Wasserbenutzungen wurden jedoch nicht beurteilt.

Zentral ist die folgende Aussage, dass im Bewilligungsverfahren nicht nur die Auswirkungen des beantragten Vorhabens, sondern auch die Summe der damit vergleichbaren Auswirkungen anderer Wasserbenutzungen auf den Konsens ermittelt werden müssen

Im Ergebnis hat die Behörde nicht nur die konkreten Auswirkungen einer Entnahme, sondern aller – auch bereits bewilligter – Entnahmen und deren Einfluss auf bestehende Konsense zu ermitteln. Zu berücksichtigen sind dabei alle, auch bloß mittelbare Auswirkungen wie etwa eine Senkung des Wasserspiegels im Fluss durch Senkung des Grundwasserspiegels.

1.8. Konkretes Vorgehen bei der Beurteilung

Bei der Beurteilung der Auswirkung auf einen bestehenden Konsens ist nach ständiger Judikatur immer vom worst case, also der ungünstigsten Situation für den „Einwender“ auszugehen. Dies wurde zwar im WRG 1959, soweit ersichtlich, bislang nicht judiziert, ergibt sich aber eindeutig aus Judikaten zu anderen Materien, etwa der GewO 1994 (etwa VwGH 17.12.2019, Ra 2018/04/0121 mwN).

So ist nicht auf durchschnittliche Abflussmengen, sondern auf die konkreten Abflussmengen in unterschiedlichen Betriebszuständen abzustellen. Es kann daher auch in Monaten, in denen die durchschnittliche Abflussmenge über dem Schluckvermögen liegt zu Verlusten kommen, wenn es stunden- oder tageweise zu Erzeugungsverlusten kommt. In diesen Fällen kommt es durch die Entnahme weiterer Wassermengen immer zu einem Energieerzeugungsverlust. Diese Verluste sind als Eingriffe in ein bestehendes Wasserrecht iSd § 12 Abs 2 WRG 1959 anzusehen. Dies ergibt sich bereits aus dem Erkenntnis des VwGH vom 10.04.1984, 83/07/0313. Diesem Erkenntnis ist folgender Rechtssatz zu entnehmen:

Die Tatsache, dass mit der bekämpften Bewilligung für den Unterlieger ein Wasserrecht am derzeit vorhandenen Überwasser begründet wurde, auf welches die Grundeigentümer der Quelle im Falle einer künftigen Änderung der Benutzung des Quellwassers und seines Abflusses Bedacht zu nehmen haben werden, und welches gegebenenfalls auch eine eigene wasserrechtliche Bewilligung im Sinne des § 9 Abs 2 WRG 1959 erforderlich machen wird, stellt keine gesetzwidrige Beschränkung der Nutzungsbefugnisse der Grundeigentümer der Quelle gemäß § 5 Abs 2 WRG 1959 dar.

Daraus zeigt sich e contrario, dass durch eine Veränderung des Zuflusses zum Unterlieger dieser in seinen Wasserrechten beeinträchtigt wird.

Kommt es durch die beantragte in Summation mit bestehenden (auch bereits davor bewilligter) Wasserentnahmen zu einem messbaren Einfluss auf den Konsens einer Wasserkraftanlage, so wäre die Erteilung einer (weiteren) Bewilligung unzulässig. Dabei ist – mangels Abstimmung oder Beschränkung der Entnahmen stets davon auszugehen, dass sämtliche Entnahmen gleichzeitig mit maximaler Konsensmenge erfolgen.

1.9. Ergebnis

Die Rechte der Kraftwerksbetreiber sind als bestehende Rechte gemäß § 12 Abs 2 WRG 1959 im wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren absolut geschützt.

Die Auswirkungen eine Entnahme auf diese Rechte sind von Amts wegen zu ermitteln, wobei nicht nur die Auswirkungen der konkreten Entnahme, sondern die Summe aller Entnahmen auf den Konsens des Kraftwerksbetreibers im Zuge einer worst case-Betrachtung zu erheben sind.

2. **Haben die Wasserrechtbehörden die Verpflichtung, Kraftwerksbetreiber zu Verhandlungen zu laden?**

2.1. Verhandlungspflicht im wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren

Das WRG 1959 sieht für Bewilligungen in der Regel die Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor.⁸

Grundlage der Verhandlungspflicht ist § 107 Abs 1 WRG 1959. Dieser sieht vor, dass zur Verhandlung neben dem Antragsteller die Eigentümer jener Grundstücke, die durch die geplanten Anlagen oder durch Zwangsrechte (§ 60) in Anspruch genommen werden sollen, persönlich zu laden sind. Weiters sind die im Wasserbuch eingetragenen Wasserberechtigten und Fischereiberechtigten, in deren Rechte durch das Vorhaben projektgemäß eingegriffen werden soll, persönlich zu laden. 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).

Mit der Formulierung „in deren Rechte durch das Vorhaben eingegriffen werden soll“ sind jene Auswirkungen gemeint, die entweder bereits aus dem Projekt selbst ersichtlich sind oder die bei der vorläufigen Überprüfung auffallen hätten müssen.⁹

Es gibt keine Verpflichtung, jene Personen zu laden, in deren Rechte bloß möglicherweise eingegriffen wird, also Personen, deren Rechte nicht bereits projektgemäß beeinträchtigt werden sollen. Diese werden nur durch die öffentliche Kundmachung informiert.

Allerdings sind Auswirkungen auf die Wasserführung durch Summationseffekte durch die dramatischen Niederwasserführungen zwischenzeitig offenkundig, wie auch vom Rechnungshof dargelegt wurde.¹⁰ Projektgemäße Eingriffe in die Rechte von Wasserkraftbetreibern sind daher amtsbekannt vorauszusetzen, weshalb die Behörden angehalten wären, die Kraftwerksbetreiber zu Verhandlungen für Wasserentnahmen in diesen Gebieten zu laden.

⁸ Ausgenommen von dieser Verpflichtung sind nur Anzeigeverfahren nach § 114 WRG 1959; die jedoch gegenständlich nicht in Betracht kommen; vgl *Nigmatullin* in Kerschner, WRG § 107 Rz 3.

⁹ Vgl *Bumberger/Hinterwirth*, WRG³ § 107 K4.

¹⁰ III–1088 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXVII. GP, Rechnungshof GZ 2024–0.009.995 (005.112).

2.2. Kundmachung der Verhandlung

Neben der persönlichen Ladung hat die Kundmachung in zweifacher Weise zu erfolgen (sog. „doppelte Kundmachung“):

- a) durch Anschlag in der Gemeinde, in der die Verhandlung stattfindet oder durch Verlautbarung in der für amtliche Kundmachungen der Behörde bestimmten Zeitung (§ 41 AVG) und
- b) auf sonstige geeignete Weise.

Bei der Auswahl der zweiten Kundmachungsform hat die Behörde grundsätzlich freie Hand, solange sie eine Form wählt, die sicherstellt, dass die Beteiligten von der Anberaumung der Verhandlung voraussichtlich Kenntnis erlangen.¹¹

Dies hat in der Praxis dramatische Auswirkungen: Wurde die Verhandlung gehörig kundgemacht, hat die Unterlassung von Einwendungen den Verlust der Parteistellung (sogenannte Präklusion) zur Folge (§ 42 Abs 1 AVG). Dies gilt nach der Judikatur sogar für jene, eigentlich persönlich zu ladenden Personen, die nicht persönlich geladen wurden (VwGH 17.11.2004, 2004/04/0169).

2.3. Parteistellung im Verfahren

An dieser Stelle soll kurz darauf eingegangen werden, was die Parteistellung bewirkt.

Das österreichische Verwaltungsrecht sieht für die Parteien des Verfahrens besondere Rechte vor, die anderen Personen nicht zukommen. Grundsätzlich gelten als Parteien des Verfahrens jene Personen, die *an der Sache vermöge eines Rechtsanspruches oder eines rechtlichen Interesses beteiligt sind* (§ 8 AVG). Die meisten Materiegesetze, so auch das WRG 1959, sehen konkrete Regelungen vor, wer in einem Verwaltungsverfahren Parteistellung hat.¹²

§ 102 Abs 1 lit b WRG 1959 nennt als Parteien etwa diejenigen *deren Rechte (§ 12 Abs. 2) sonst berührt werden*. Betreibern von Wasserkraftanlagen kommt kraft dieser Bestimmung im Wasserrechtsverfahren daher grundsätzlich Parteistellung zu.

¹¹ Vgl näher *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 42 Rz 10.

¹² Zur Parteistellung ausführlich: *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ Rz 1099 ff.

Parteien haben insbesondere folgende Rechte, die Dritten nicht zukommen:

- Recht auf Teilnahme an der Verhandlung
- Recht nichtamtliche Sachverständige abzulehnen
- Recht auf Zustellung des Bescheids
- Recht ein Rechtsmittel gegen einen Bescheid zu erheben.

Die Parteistellung ist daher ein mächtiges Instrument. Diese wird aber im Mehrparteienverfahren – wie dargelegt – von jenen Personen, die selbst nicht Antragsteller sind, in der Regel nur dann gewährt, wenn rechtzeitig vor oder spätestens in der Verhandlung Einwendungen gegen das Vorhaben erhoben werden.

2.4. Möglichkeit der Quasi-Wiedereinsetzung bei Versäumung der Verhandlung oder Einwendungen

Wurde eine ordnungsgemäß kundgemachte Verhandlung versäumt, können die präkludierten Personen unter den Voraussetzungen des § 42 Abs 3 AVG nur mehr den Rechtsbehelf der „Quasi-Wiedereinsetzung“ erheben:

Eine Person, die glaubhaft macht, daß sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, rechtzeitig Einwendungen zu erheben, und die kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens trifft, kann binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses, jedoch spätestens bis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Entscheidung der Sache bei der Behörde Einwendungen erheben. Solche Einwendungen gelten als rechtzeitig erhoben und sind von jener Behörde zu berücksichtigen, bei der das Verfahren anhängig ist.

Die präkludierte Person muss dabei glaubhaft machen, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, rechtzeitig Einwendungen zu erheben, um den Verlust der Parteistellung abzuwenden.

Als Ereignisse gelten nicht nur Abläufe in der Außenwelt, sondern auch innere Vorgänge, wie zB ein Irrtum oder Vergessen.

Unvorhergesehen ist ein Ereignis, wenn es die Partei tatsächlich nicht einberechnet hat und seinen Eintritt auch unter Bedachtnahme von zumutbarer Aufmerksamkeit und

Vorsicht nicht erwarten konnte. Maßgeblich sind die konkreten Umstände des Einzelfalls, also nicht der objektive Durchschnittsablauf, sondern der konkrete Ablauf der Ereignisse (vgl VwGH 15.09. 2005, 2004/07/0135).

Ein Ereignis ist unabwendbar, wenn sein Eintritt objektiv von einem Durchschnittsmenschen nicht verhindert werden kann. Anders als beim Tatbestand des „unvorhergesehenen“ Ereignisses kommt es nicht auf die konkreten Vorgänge im Einzelfall, nicht auf die subjektiven Verhältnisse der Partei an (vgl VwGH 15.09.2005, 2004/07/0135).¹³

Eine Quasi-Wiedereinsetzung ist nur in engen Grenzen möglich und wird stets sehr streng beurteilt. Auch die eingeräumte 14-Tages-Frist ab Wegfall des Ereignisses ist sehr kurz bemessen. Die Anforderungen an die Begründung werden erfahrungsgemäß sehr hoch bewertet. In der Praxis wird die bloße Unkenntnis der Frist nicht als unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis gewertet, die zur Quasi-Wiedereinsetzung berechtigt.

2.5. Zusammenfassung

Wasserkraftbetreiber sind zu mündlichen Verhandlungen bei Entnahmen nur dann zwingend zu laden, wenn projektgemäß in deren Rechte eingegriffen wird. Dies erscheint aufgrund der Auswirkungen auf die Wasserführung durch Summationseffekte offenkundig, eine Ladung erscheint daher geboten.

Nehmen diese an der Verhandlung nicht teil oder versäumen es in der Verhandlung oder fristgerecht vor Durchführung der Verhandlung Einwendungen zu erheben, so verlieren diese ihre Parteistellung (Präklusion). Die Präklusion hat zur Folge, dass diese Personen kein Recht auf Bescheidzustellung mehr haben, auch die Erhebung von Rechtsmitteln ist ihnen verwehrt.

Gegen den Verlust der Parteistellung kann unter sehr strengen Voraussetzungen der Rechtsbehelf der „Quasi-Wiedereinsetzung“ erhoben werden. Dieser wird in der Praxis aber sehr streng beurteilt.

¹³ Hengstschläger/Leeb, AVG § 42 Rz 51.

3. **Einschränkung der Wasserentnahme zu landwirtschaftlichen Zwecken in Trockenperioden**

3.1. Problemstellung¹⁴

In den letzten Jahren kam es im Bereich des nördlichen Waldviertels regelmäßig zu Trockenperioden und erheblichen Niederwassersituationen. Durch Trockenheit und hohe Temperaturen in Kombination mit erhöhten Wasserentnahmen war die Gewässerökologie bereits mehrfach (etwa in Peigarten am Taxenbach) überfordert und auf Grund fehlender Verdünnung kam es zu einem massiven Sauerstoffmangel mit anschließendem Fischsterben.

Die Thaya führte in den Sommermonaten 2017 und 2018 nach den Zusammenfluss der Deutschen u. Mährischen Thaya am Pegel Raabs über Wochen extrem wenig Wasser. Fischaufstiegshilfen werden funktionsuntüchtig, Restwasserdotationen bei Kleinwasserkraftwerken können wegen Niederwasser nicht mehr erfolgen. Im Gegenteil, damit die Stauräume nicht gänzlich auslaufen müssen die Fischaufstiegshilfen und Restwasserabgaben technisch bedeutend reduziert werden.

Als Gründe für diese Extremsituationen wurden identifiziert:

- Klimaveränderung und daraus resultierende Veränderungen in der Niederschlagsverteilung und Verdunstung mit zunehmender Trockenheit,
- legale und illegale Wasserentnahmen,
- legale und illegale Drainagensysteme im weiten Umland bzw. Einzugsgebiet der Thaya und ihrer Zubringer (Absenkung des Grundwassers bereits im März/April),
- Entfernung und Vernichtung von Strukturen mit niederschlagshaltender Wirkung,
- Bewässerungen von Feldfrüchten, sowie mehrfaches „Spritzen“ von Feldfrüchten mit Wasserentnahmen vom Fließgewässersystem, Zisternen, Brunnen und neuerdings auch aus Tiefbohrbrunnen,
- Wasserentnahmen aus Brunnen, welche im Begleitstrom von Fließgewässern wirken,
- Einleitung von Drainagen in Stapelteiche welche Bewässerungszwecken dienen,
- das Wasser der verschlossenen Flächen wird nicht zurückgehalten, sondern am schnellsten Weg kanalisiert (Versickerungen nach jeder Ortschaft anzustreben),

¹⁴ Die nachfolgenden Informationen wurden dem Verfasser vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt.

- in Schotter gelegte Kanalstränge der Abwasser- und Regenkanäle helfen mit, den Grundwasserspiegel quasi als Drainage ungewollt abzusenken (Lehmriegel wären erforderlich),
- bereits weit mehr als geschätzte 200 ha Feldbewässerungen, im Bezirk.

Kommt es zu mittleren Niederschlagsereignissen steigen die Pegelstände steil an, ebenso fallen sie nach kürzester Zeit wiederum steil ab.

3.2. Rechtliche Möglichkeiten

3.2.1. Einschränkung bestehender Wasserbenutzungsrechte bei Wassermangel.

Um diesen dramatischen Situationen zu begegnen trifft die Wasserrechtsbehörde eine Handlungspflicht. Diese Situation ist in § 25 WRG 1959 geregelt:

Wenn wegen eingetretenen Wassermangels bereits bestehende Wasserbenutzungsrechte nicht vollständig befriedigt werden können, hat in Ermangelung von Übereinkommen die Wasserrechtsbehörde das vorhandene Wasser unter Wahrung des nach § 13 den Gemeinden, Ortschaften und einzelnen Ansiedlungen zustehenden Anspruches nach Rücksichten der Billigkeit, namentlich durch Festsetzung gewisser Gebrauchszeiten oder durch andere, den Gebrauch entsprechend regelnde Bedingungen, durch Bescheid in der Art zu verteilen, daß jeder Anspruch aus einem bestehenden Wasserbenutzungsrechte bei wirtschaftlicher Wasserbenutzung und allfälliger Verwendung einfacher, behelfsmäßiger Einrichtungen soweit als möglich befriedigt wird.

Als bestehende Wasserbenutzungsrechte im Sinne dieser Bestimmung sind rechtmäßig geübte Wasserbenutzungen iSd § 12 Abs 2 WRG 1959 zu verstehen.¹⁵ Fischereiberechtigte haben keinen Anspruch ihre Interessen gestützt auf diese Bestimmung geltend zu machen (VwGH 08.04.1986, 86/07/0040).

Kraftwerksbetreiber haben daher die Möglichkeit, gestützt auf § 25 WRG 1959 eine Einschränkung von Wasserentnahmen zu fordern, wenn es durch Wasserentnahmen zu einem Rückgang ihrer Produktionskapazitäten kommt. Dies wird umso mehr gelten, wenn die Kraftwerksbetreiber nicht einmal mehr die erforderlichen Restwassermengen abgeben können.

Die Bestimmung kommt bei zeitweiligem Wassermangel zur Anwendung.

¹⁵ *Bumberger/Hinterwirth*, WRG³ § 25 K 1; zum Begriff vgl bereits oben.

3.2.2. Akuter Wassermangel

Bei akutem Wassermangels (etwa aufgrund einer akuten Niederwasserführung, die ein Fischsterben zur Folge haben könnte) bietet auch § 71 WRG 1959 eine Möglichkeit. Demnach sind die Bezirksverwaltungsbehörde oder, wenn deren Weisung wegen Gefahr im Verzuge nicht abgewartet werden kann, der Bürgermeister, dessen Stellvertreter oder der vom Bürgermeister ermächtigte Feuerwehrkommandant befugt, wegen zeitweiser Benutzung von öffentlichen Gewässern sowie von Privatgewässern die durch das öffentliche Interesse gebotenen Verfügungen zu treffen und nötigenfalls unverzüglich vollstrecken zu lassen. Eine Beschränkung von Wasserentnahmen nach dieser Bestimmung wäre theoretisch möglich. § 71 WRG 1959 wird in der Regel bei Feuergefahren zur Anwendung gelangen, ob im konkreten Fall eine Anwendung möglich wäre, ist bislang weder in der Judikatur, noch in der Literatur behandelt. Eine Aussage, ob dies möglich ist, lässt sich daher nicht gesichert treffen.

3.2.3. Dauerhafte Abänderung von Bewilligungen

Neben der Provisorialverfügung nach § 25 WRG 1959 und der unmittelbaren Anordnung nach § 71 WRG 1959 kann dauerndem Wassermangel (etwa in Folge einer Übernutzung von Wasservorkommen) auch durch eine Abänderung bestehender Bewilligungen begegnet werden.¹⁶ Dies regelt § 21a WRG 1959, dessen Absatz 1 wie folgt lautet:

*Ergibt sich nach Erteilung der Bewilligung insbesondere unter Beachtung der Ergebnisse der Bestandsaufnahme (§ 55d), dass **öffentliche Interessen** (§ 105) trotz Einhaltung der im Bewilligungsbescheid oder in sonstigen Bestimmungen enthaltenen Auflagen und Vorschriften **nicht hinreichend geschützt** sind, hat die Behörde vorbehaltlich § 52 Abs. 2 zweiter Satz die nach dem nunmehrigen Stand der Technik (§ 12a) zur Erreichung dieses Schutzes erforderlichen anderen oder zusätzliche Auflagen vorzuschreiben, Anpassungsziele festzulegen und die Vorlage entsprechender Projektunterlagen über die Anpassung aufzutragen. **Art und Ausmaß der Wasserbenutzung vorübergehend oder auf Dauer einzuschränken oder die Wasserbenutzung vorübergehend oder auf Dauer zu untersagen.***

¹⁶ Bachler in Oberleitner/Berger (Hrsg), WRG⁴ § 25 Rz 1.

Sollte die Behörde in den Bewilligungsverfahren keine ausreichende Sorge dafür getragen haben, dass in Trockenperioden Beschränkungen der Wasserentnahmen vorgesehen werden, so besteht die Möglichkeit diesbezüglich auch nachträglich Einschränkungen vorzunehmen, um den Schutz der öffentlichen Interessen, insbesondere der Gewässerökologie sicherzustellen.

Lindner Stimmler Rechtsanwälte GmbH & Co KG