[BRIEFKOPF WKA-BETREIBER]

An die

[BEHÖRDE]

**GZ: [Geschäftszahl]**

[Ort], am […] September 2023

**Betreff: 3. Sanierungsverordnung, OÖ LGBl 97/2021 / Antrag**

Sehr geehrte Damen und Herren,

vor dem Hintergrund der Verpflichtungen der 3. Sanierungsverordnung, OÖ LGBl 97/2021, erstatte ich folgenden Antrag:

1. Die Verordnung des Landeshauptmanns von Oberösterreich, mit der ein 3. Sanierungsprogramm für Fließgewässer erlassen wird (OÖ LGBl 97/2021, in der Folge kurz: 3. Sanierungsverordnung), setzt sich zum Ziel, die Umsetzung der konkreten Vorgaben (Maßnahmenprogramme) des Nationalen Gewässerbewirtschaftungsplans 2009 und der § 4 und 6 der nationalen Gewässerbewirtschaftungsplanverordnung 2009 idF BGBl II 225/2017 zur Verbesserung des Zustandes der in Anlage 1 aufgelisteten prioritär zu sanierenden Fließgewässerstrecken (Sanierungsgebiete) umzusetzen.

Die Inhaberinnen und Inhaber wasserrechtlicher Bewilligungen in den Sanierungsgebieten haben – vorbehaltlich einer allfälligen Verlängerung der Sanierungsfrist gemäß § 33d Abs. 4 WRG 1959 – bis spätestens 22. Dezember 2024 die in den §§ 2 und 3 festgelegten Sanierungsmaßnahmen umzusetzen.

Für bestehende wasserrechtliche Fischaufstiegshilfen, die aufgrund der Anlagenkonzeption bereits eine ungehinderte Wanderung der für den betroffenen Gewässerabschnitt maßgeblichen Fischarten gewährleisten, wurde normiert, dass diese erst bis 22.12.2027 an die Sanierungsziele anzupassen sind. Verlangt wird hier, dass ein Sanierungsprojekt bis spätestens 30.06.2026 zur wasserrechtlichen Bewilligung vorzulegen ist.

1. Ich bin Inhaber eines Wasserbenutzungsrechts für ein Wasserkraftwerk an der [Fluss]. Dieses Wasserkraftwerk ist im Wasserbuch zu Postzahl […] eingetragen.

Die genannte Wasserkraftanlage liegt bei Fluss-km […] der [Fluss]. Dieser Gewässerabschnitt gilt gemäß Anlage 1 3. Sanierungsverordnung als zu sanierende Fließgewässerstrecke.

Gemäß Anlage 2 3. Sanierungsverordnung gilt für den gegenständlichen Detailwasserkörper [Nummer], der sich in der Fischregion […] in der Fischbioregion „[…]“ gilt [Fischart] mit einer Länge von […] als maßgebende Fischart.

1. Der Antragsteller geht davon aus, dass der bewilligte Fischaufstieg und die vorgeschriebene Restwasserabgabe geeignet sind, um der maßgebenden Fischart den Aufstieg zu ermöglichen.

Der Antragsteller kann aber die Fischpassierbarkeit seines Fischaufstiegs nicht beweisen. Die in der 3. Sanierungsverordnung angeführte Bemessungsfischart ist im Unterwasser nicht vorhanden.

Aus fachlicher Sicht kann eine Funktionskontrolle der Fischaufstiegshilfe derzeit nicht erbracht werden, weil im Unterwasser die nachzweisenden Fische nicht vorhanden sind. Üblicherweise werden in anderen Verfahren andere Möglichkeiten der Nachweis­führung (etwa Einsetzung von Fischen zur Überprüfung der Wandermöglichkeit) nicht akzeptiert.

Es ist aus derzeitiger Sicht zudem ungewiss, ob ein Nachweis in absehbarer Zeit erbracht werden kann.

Der Antragsteller verweist in diesem Zusammenhang auf den NGP vor, der im gegenständlichen Zusammenhang jene nicht-fischpassierbaren Querelemente zeigt, die einen Aufstieg der geforderten Fischarten verunmöglichen.

Aus objektiven Gründen ist daher dem Antragsteller der Nachweis der Fischpassierbarkeit nicht möglich. Ein solcher Nachweis könnte auch bei einer Änderung der Fischaufstiegshilfe oder Erhöhung der Restwasserabgabe nicht erbracht werden, weil die Fische der genannten Größe nicht vorhanden sind.

§ 2 Abs 2 3. Sanierungsverordnung verlangt ausdrücklich die Vorlage eines Sanierungsprojektes zur Anpassung an die Sanierungsziele des Abs 1 und der Anlage 2. Diese Sanierungsziele lauten wie folgt:

§ 2 Abs 1:

*(1) Bei jedem rechtmäßig bestehenden Querbauwerk ist die ganzjährige Passierbarkeit* *für die in Anlage 2 festgesetzten maßgebenden Fischarten und Fischgrößen zu gewährleisten. Ausgenommen davon sind Zeiten mit extremen Abflussbedingungen im Gewässer oder kurzfristige Unterbrechungen der Fischpassierbarkeit, etwa bei der Revision von Anlagen.*

Anlage 2 (Auszug)

*Angegeben sind die prioritären Abschnitte pro Gewässer (Flusskilometer des Berichtsgewässernetzes des Bundes), die betroffenen Detailwasserkörper (Stand NGP 2015), die Fischregion und die Fischbioregion sowie die für die Herstellung der Durchgängigkeit maßgebenden Fischarten und Fischlängen*

Verlangt wird somit, dass die Fische die Querbauwerke passieren können. Eine Herstellung entsprechend dem Stand der Technik ist ebensowenig gefordert, wie ein Nachweis, dass die Bauwerke fischpassierbar sind.

Sollte die Behörde die Auffassung vertreten, dass die bestehende Fischaufstiegshilfe nicht fischpassierbar wäre, wäre es an der Behörde, dies dem Antragsteller nachzuweisen.

1. Aus Gründen der Rechtsicherheit beantragt der Antragsteller die Feststellung, dass die vorhandene Fischaufstiegshilfe und die Restwasserabgabe den Vorgaben der Sanierungsverordnung entsprechen.

Nach Lehre und Rechtsprechung kann mangels besonderer gesetzlicher Anordnung zur Erlassung eines Feststellungsbescheides ein solcher nur über Rechte oder Rechtsverhältnisse ergehen, zum einen, wenn dies von einer Partei beantragt wird, diese ein rechtliches Interesse an der Feststellung hat und es sich um ein notwendiges, letztes und einziges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung handelt oder, zum anderen, wenn die Feststellung im öffentlichen Interesse liegt (vgl VwGH 07.11.2005, 2000/17/0229; 17.11.2014, 2012/17/0451 jeweils mwN).

Nur durch die vom Antragsteller beantragte Feststellung ist es möglich, Rechtssicherheit zu erlangen, dass der von ihm errichtete Fischaufstieg und die Restwasserabgabe tatsächlich den gesetzlichen Anforderungen entsprechen. Andernfalls müsste er – ohne, dass er dazu verpflichtet wäre – ein Projekt einreichen und sanieren oder ein Verwaltungsstrafverfahren riskieren.

Sollte die Behörde diese Feststellung nicht treffen, so steht dem Antragsteller damit der Rechtsweg offen. Bereits an dieser Stelle weist der Antragsteller darauf hin, dass sich die Sanierungsverordnung in der derzeitigen Form als verfassungswidrig darstellt, weil diese in die verfassungsgesetzlichen Grundrechte der Eigentumsfreiheit eingreift und gegen das aus dem Gleichheitsgrundsatz erfließende Sachlichkeitsgebot verstößt. Dies vor dem Hintergrund, dass ohne dem Nachweis, dass die festgelegten Fischarten im gegenständlichen Gewässerabschnitt vorhanden sein werden, eine Verpflichtung auferlegt wird. Selbst wenn dieser Nachweis erbracht würde, ist die Auferlegung einer Verpflichtung unzulässig, wenn flußabwärts situierte unpassierbare Querbauwerke eine Fischwanderung unmöglich machen.

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH ist auch der Verordnungsgeber an das allgemeine Sachlichkeitsgebot gebunden. (etwa VfSlg 17.266/2004, 15.104/1998 uvm).

In der Sanierungsverordnung ist die Anpassung der Fischaufstiegshilfen für eine nicht vorhandene Fischart vorgesehen, obwohl in dem betroffenen Gewässerabschnitt keine Fische dieser Größe vorhanden. Das Sachlichkeitsgebot, das sich aus dem Gleichheitssatz ergibt, legt dem Verordnungsgeber inhaltliche Schranken auf. Es verbietet ihm, sachlich nicht begründbare Regelungen zu erlassen (VfSlg 17.266/2004, vgl VfSlg 11.639/1988).

Die gegenständliche Verordnung ist in diesem Punkt sachlich nicht begründbar. Es gibt keine sachliche Begründung dafür, eine Verordnung zur Anpassung von Fischaufstiegshilfen oder von Restwasserabgaben für eine Fischart vorzuschreiben, die in dem betroffenen Gewässerabschnitt, in dem in der Verordnung beschriebenen Ausmaß nicht vorkommt. Angesichts des massiven Sanierungsrückstands insbesondere auch der öffentlichen Hand, ist die kurze Anpassungsfrist sachlich nicht begründbar.

1. Sollte die Behörde die Auffassung vertreten, dass die beantragte Feststellung nicht getroffen werden kann, wird hiermit die Anlage dahingehend verändert, dass der bisherige Konsens entgegen der Sanierungsverordnung aufrecht bleibt.

Dies muss zulässig sein. Sowohl die Wasserrahmenrichtlinie, als auch das WRG 1959 sehen unter bestimmten – hier zweifellos vorliegenden – Voraussetzungen vor, dass Ausnahmen vom Verschlechterungsverbot zu bewilligen sind. Sollte die Beibehaltung der bestehenden Fischaufstiegshilfe zu einer Verschlechterung des Zustands des Wasserkörpers führen, so könnte im Änderungsverfahren die Bewilligung unter Anwendung der Ausnahmebestimmung des § 104a WRG 1959 erteilt werden. Hinsichtlich der für die Beurteilung erforderlichen Unterlagen verweist der Antragsteller auf die bei der Behörde aufliegenden vidimierten Unterlagen.

1. Aufgrund der dargestellten Sach- und Rechtslage wird sohin gestellt der

ANTRAG

1. Die Behörde wollte feststellen, dass die vom Antragsteller betriebene Wasserkraftanlage den Vorgaben des 3. Sanierungsprogramms, OÖ LGBl 97/2021, entspricht, *in eventu*
2. die Änderung der Wasserkraftanlage dahingehend bewilligen, dass diese entgegen den Vorgaben des 3. OÖ Sanierungsprogramms, OÖ LGBl 97/2021, weiter betrieben wird.

[Antragsteller]