

# Kurzgutachten

zur

## Naturschutzrechtlichen Bewilligungspflicht

des

## Donaukraftwerks Ottensheim-Wilhering

im Auftrag der  
**Oberösterreichischen Umweltschutzanstalt**  
2. Fassung  
Wien, im Juni 2022

**Dr. Lorenz E. Riegler, LL.M.**  
Rechtsanwalt  
RA-Code R151678

**A** Mariahilfer Straße 124/14  
1070 Wien  
**T** +43 1 522 31 33  
**F** +43 1 522 31 33-3  
**E** [riegler@allright.at](mailto:riegler@allright.at)  
**W** [www.allright.at](http://www.allright.at)

**UID:** ATU 57539603

Volksbank Salzburg

**BIC:** VBOEATWWSAL

Fremdgeldkonto

**IBAN:** AT76 4501 0506 1817 0001

Honorarkonto

**IBAN:** AT06 4501 0506 1817 0000

## **Ausgangslage**

In umseits genannter Angelegenheit bin ich ersucht worden, näher dargestellte Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Bewilligung des Donaukraftwerks Ottensheim-Wilhering zu erörtern.

Hintergrund der Überlegungen ist der Umstand, dass das betroffene Gebiet des Eferdinger Beckens zum Natura 2000-Gebiet „Europaschutzgebiet ESG Eferdinger Becken“ verordnet wurde (LGBl. Nr. 80/21; kundgemacht am 29.07.2021). In diesem Zusammenhang stellt sich daher die weitere Rechtsfrage, inwieweit erlaubte Maßnahmen vorliegen bzw. aufrechte Konsense gegeben sind - insbesondere ob ein rechtmäßiger Betrieb einer Kraftwerksanlage entsprechend § 4 Abs. 2 Z. 1 lit. e der genannten Verordnung gegeben ist.

Zu klären ist daher im Besonderen die Rechtsfrage, ob für die Errichtung des Donaukraftwerks Ottensheim-Wilhering im Jahr 1970 neben der Bewilligung nach dem Wasserrechtsgesetz (WRG 1959) eine naturschutzrechtliche Bewilligungspflicht nach dem OÖ Naturschutzgesetz bestanden hat und bejahendenfalls deren Rechtsfolgen.

Die bisherigen Recherchen haben ergeben, dass eine derartige naturschutzrechtliche Bewilligung für dieses Kraftwerk seitens des Landes Oberösterreich offenbar nicht erteilt wurde.

## **OÖ Umweltschutz**

Die OÖ Umweltschutz geht vorläufig davon aus, dass auch das im Jahr 1970 anzuwendende OÖ Naturschutzgesetz einen feststellungspflichtigen Tatbestand für ein derartiges Kraftwerk vorsah und daher möglicherweise davon auszugehen ist, dass die Erteilung einer naturschutzrechtlichen Feststellung bzw. Bewilligung bisher verabsäumt wurde.

## **Verbund:**

Der Verbund als Rechtsnachfolger der Österreichischen Donaukraftwerke AG ist der Ansicht, dass das Donaukraftwerk Ottensheim-Wilhering mit Bescheid vom 18.03.1970 wasserrechtlich bewilligt bzw. vorab mittels Bescheiden zum bevorzugten Wasserbau erklärt wurde. Entsprechend den im Genehmigungszeitpunkt geltenden gesetzlichen Bestimmungen wären die Interessen des Naturschutzes im wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren zu berücksichtigen gewesen.

## **Abteilung Naturschutz**

Auf Basis der vorliegenden Unterlagen wurde daher zunächst im August 2021 eine erste Fassung dieses Gutachtens ausgefertigt. Dieses kam zum Ergebnis, dass die vorliegende wasserrechtliche Bewilligung eine naturschutzrechtliche Bewilligung nicht ersetzt und daher im Jahr 1970 ein Feststellungsverfahren zu führen gewesen wäre. Dazu hat das Amt der Oö Landesregierung, Abteilung Naturschutz, mit Schreiben vom 14.03.2022 Stellung genommen und ausgeführt, dass das Donaukraftwerk Ottensheim-Wilhering keiner naturschutzbehördlichen Feststellung bedurfte.

Aufgrund dieser Stellungnahme wurde das vorliegende Gutachten daher noch einmal überarbeitet und ergänzt und werden in der nun vorliegenden zweiten Fassung alle seitens der Abteilung Naturschutz aufgeworfenen Fragen erörtert.

#### **Wesentlicher Sachverhalt - wasserrechtlicher Bescheid:**

Das Donaukraftwerk Ottensheim-Wilhering wurde mit Bescheid des BM für Land- und Forstwirtschaft vom 18.03.1970 (Zl. 96195/105-39376/70) wasserrechtlich bewilligt. Mit Bescheiden des BM für Land- und Forstwirtschaft vom 30.10.1968 (Zl. 96195/24-66415/68) und 19.02.1970 (Zl. 96195/102-31265/70) wurde das Bauvorhaben zum bevorzugten Wasserbau im Sinne des § 100 Abs. 2 WRG 1959 erklärt.

Im Bewilligungsbescheid vom 18.03.1970 wurde ausdrücklich nur die wasserrechtliche Bewilligung erteilt. Ein Bezug auf gesetzliche Bestimmungen zur Berücksichtigung der öffentlichen Interessen des Naturschutzes findet sich nicht.

Unter Hinweis auf die §§ 105 lit. f und 108 Abs. 1 WRG 1959 wird allerdings auf die Pflicht zur ständigen Kontaktnahme mit der Naturschutzbehörde hingewiesen.

Aus den Protokollen der Verhandlungen zur Erteilung der wasserrechtlichen Bewilligung im Zeitraum vom 30.06.1969 bis 04.07.1969 ergibt sich zwar, dass ein Vertreter der OÖ Landesregierung naturschutzrechtliche Aspekte vorgetragen hat. Dieser hält bereits fest, dass die Errichtung dieses Donaukraftwerkes zweifellos einen Eingriff in das Naturgefüge im Sinne des § 1 des OÖ Naturschutzgesetzes darstellt.

Die Naturschutzbehörde ersuchte daher um laufende Unterrichtung zum Projekt und Zuleitung der Pläne, die es ihr gestatten, Art und Umfang der beabsichtigten Eingriffe so rechtzeitig zu erkennen, dass noch mögliche Schutz- und Gestaltungsmaßnahmen vorgeschrieben werden können. Dabei hat sich die Naturschutzbehörde bereits vorbehalten, derartige Maßnahmen während der Bauzeit und nach Abschluss der Bauarbeiten im Detail vorzuschreiben. Weiters werden noch einige konkrete Forderungen aus Sicht der Naturschutzbehörde vorgetragen.

Einem Teil dieser Forderungen wird dann im wasserrechtlichen Bewilligungsbescheid dahingehend entsprochen, dass Auflagen und Bedingungen zum Thema Naturschutz bzw. Landschaftsschutz erteilt werden. Relevant sind in diesem Zusammenhang die Auflagen/Bedingungen Nr. 124 bis Nr. 134, welche wie folgt lauten:

#### *XIV. Naturschutz, Landschaftsschutz, Denkmalschutz*

*124. Der Naturschutzbehörde sind zeitgerecht und laufend jene Unterlagen (Pläne, Beschreibungen, Entwürfe) zuzuleiten, die ihr gestatten, Art und Umfang der vom Kraftwerksunternehmen beabsichtigten Eingriffe in Naturgefüge und Landschaftsbild so rechtzeitig zu erkennen, dass noch mögliche Schutz-, Pflege- und Gestaltungsmaßnahmen vorgeschlagen werden können.*

*125. Alle Anlagen sind mit möglichster Schonung des Landschaftsbildes und des Pflanzenkleides auszuführen; eine harmonische Einfügung der veränderten Teile in die Landschaft ist anzustreben. Alle nicht notwendigen Eingriffe in das Landschaftsbild haben zu unterbleiben.*

126. Verbleibende Schotterdeponien auf derzeitigen Kulturflächen sind – soweit sie überhaupt reaktiviert werden können – ausreichend zu humusieren und nach erprobten Methoden zu begrünen.

127. Die Kraftwerksinsel ist so klein als möglich auszuführen. Bei der Gestaltung der Insel ist das Einvernehmen mit der Naturschutzbehörde herzustellen.

128. Sofern durch die Dammschüttung am orographisch linken Ufer von Strom-km 2147,90 abwärts bis zur Mündung der Rodel Umwidmungen in größerem Ausmaß erfolgen, ist im Einvernehmen mit der Naturschutzbehörde zu klären, ob für diesen Abschnitt ein Gestaltungsplan zu erarbeiten ist.

129. In den Auegebieten der beidseitigen Hinterländer sind alle neu geschaffenen oder veränderten Gerinne unter Beachtung der hydraulischen Notwendigkeiten möglichst naturgerecht in die Aulandschaft einzubinden.

130. Alle notwendigen Ufersicherungen an den Rückstaudämmen und den Nebengerinnen sind möglichst naturgerecht auszuführen. Wo immer möglich sind Maßnahmen zur Begrünung zu treffen. Eine Auffüllung oder Abschneidung der vorhandenen trockenliegenden Aufräben während der Bauarbeiten hat – ausgenommen bei projektspezifischen Maßnahmen – zu unterbleiben.

131. Das Auegebiet zwischen der neuen Aschach-Innbachmündung und der alten Mündung des Ofenwassers ist zu erhalten.

132. Der Brandstätter Altarm ist einschließlich des landseitigen Uferbewuchses möglichst zu erhalten. Die Frage der Hintanhaltung einer Verlandung ist im diesbezüglichen Detailprojekt zu behandeln.

133. An allen jenen Überströmstrecken, in denen nur geringfügige Ufererhöhungen vorgenommen werden sollen (stromaufwärts von Brandstatt), sind die Baumbestände an den Ufern nach Möglichkeit zu erhalten und vor Verletzungen durch den Bauverkehr zu schützen.

134. Die Baustellen müssen spätestens zwei Jahre nach Beendigung der Bauarbeiten von allen Bauresten und Bauhilfseinrichtungen, namentlich von Wohn- und Werksbaracken, Maschinenfundamenten, Masten usw. gesäubert, aufgeräumt und soweit als irgendwie möglich in den früheren Zustand zurückversetzt sein. Die Pflicht der Räumung ist schon in die Bauausschreibung und in die Leistungsverträge mit den Bauunternehmen aufzunehmen. Hierbei dürfen insbesondere Bauhütten aller Art, Wohnbaracken und Werkstätten nach Bauvollendung nur im Einvernehmen mit der zuständigen Baubehörde zum Zweck des weiteren Bestandes an Ort und Stelle belassen werden.

## Rechtsgrundlagen:

### **A) Wasserrechtsgesetz – WRG 1959, BGBl. Nr. 1959/215**

Die relevanten und präjudiziellen Bestimmungen des WRG 1959 lauten:

#### **§ 100 Zuständigkeit des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft**

(1) Das Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft ist mit Ausnahme der Gewässeraufsicht (§ 131) in erster Instanz zuständig

- a) für Angelegenheiten, die ihm durch besondere Bestimmungen dieses Bundesgesetzes zugewiesen sind;
- b) für ortsfeste Anlagen zur Ausnützung der Wasserkräfte der Donau

...

(2) Das Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft kann Wasserbauten aller Art, deren beschleunigte Ausführung im besonderen Interesse der österreichischen Volkswirtschaft gelegen ist, als bevorzugte Wasserbauten erklären. Für diese ist mit Ausnahme des Entschädigungsverfahrens (§ 114 Abs. 1) das Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft in erster Instanz zuständig.

#### **§ 105 Öffentliche Interessen**

Im öffentlichen Interesse kann ein Unternehmen insbesondere dann als unzulässig angesehen oder nur unter entsprechenden Bedingungen bewilligt werden, wenn:

...

f) eine wesentliche Behinderung des Gemeingebrauches, eine Gefährdung der notwendigen Wasserversorgung, der Landeskultur oder eine wesentliche Beeinträchtigung oder Gefährdung eines Denkmals von geschichtlicher, künstlerischer oder kultureller Bedeutung oder eines Naturdenkmals, der ästhetischen Wirkung eines Ortsbildes oder der Naturschönheit entstehen kann;

#### **§ 108 Beziehung von Behörden und Fachkörperschaften**

(1) Kommen bei Erteilung einer angestrebten wasserrechtlichen Bewilligung Interessen der Denkmalpflege, des Heimatschutzes oder des Naturschutzes im Sinne des § 105 lit. f in Betracht, so sind – unbeschadet der in solchen Belangen etwa erforderlichen besonderen Genehmigung – die zur Wahrung dieser Interessen berufenen Stellen vom anhängigen Verfahren rechtzeitig in Kenntnis zu setzen und auf ihr Verlangen der Verhandlung beizuziehen.

#### **§ 111 Inhalt der Bewilligung**

(1) Nach Beendigung aller erforderlichen Erhebungen und Verhandlungen hat die Wasserrechtsbehörde, wenn das Ansuchen nicht als unzulässig abzuweisen ist, über Umfang und Art des Unternehmens und die von ihm zu erfüllenden Bedingungen zu erkennen.....

#### **§ 114 Bewilligung bevorzugter Wasserbauten**

(1) Im Verfahren über bevorzugte Wasserbauten (§ 100 Abs. 2) ist über die Notwendigkeit, den Gegenstand und den Umfang von Zwangsrechten (§ 60) sowie über die den betroffenen Dritten zu leistenden Entschädigungen und Beiträge (§ 117) erst nach Erteilung der wasserrechtlichen Bewilligung – soweit nicht schon im Bewilligungsbescheid Übereinkommen beurkundet oder aus öffentlichen Rücksichten Verfügungen getroffen wurden – in einem gesonderten Verfahren (Entschädigungsverfahren) vom Landeshauptmann zu verhandeln und abzusprechen (BGBl. Nr. 114/1947, § 1 Art. XIV).

(2) Vor Erteilung der Bewilligung ist eine mündliche Verhandlung nur dann erforderlich, wenn sie entweder vom Unternehmer ausdrücklich verlangt oder von der Behörde für notwendig erachtet wird. § 107 Abs. 2 findet keine Anwendung.

(3) Die erteilte Bewilligung schließt alle für die Ausführung der Anlage erforderlichen behördlichen Genehmigungen in sich.

(StGBI. Nr. 113/1945, § 1 Art. VIII)

## B) OÖ Naturschutzrecht

Mit Bezug auf das Oö Naturschutzrecht sind folgende Bestimmungen von Relevanz:

Gesetz betreffend den Naturschutz (**Oö. Naturschutzgesetz**), beschlossen am 15.12.1955, kundgemacht mit LGBl. Nr. 1956/5 (die Änderungen mit LGBl. Nr. 1960/19 sind nicht relevant).

### **§ 1 Abs. 1**

*Eingriffe, die das Landschaftsbild stören, sind verboten, wenn dadurch solche öffentliche Interessen an seiner Erhaltung, die alle anderen Interessen überwiegen, verletzt würden. Soweit die Landesregierung nicht durch Verordnung die Eingriffe näher bezeichnet, auf welche diese Bestimmung zutrifft, bedarf es im Einzelfalle eines Feststellungsbescheides, den die Bezirksverwaltungsbehörde zu erlassen hat, um das Verbot wirksam werden zu lassen.*

### **§ 13 Abs. 1**

*Soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, ist in Angelegenheiten des Naturschutzes in erster Instanz die Bezirksverwaltungsbehörde, in zweiter Instanz die Landesregierung zuständig.*

### **§ 14 Abs 1 bis 3**

*(1) Die Behörden gemäß § 13 Abs. 1 sind nach Maßgabe ihrer Zuständigkeit berufen, die öffentlichen Interessen des Naturschutzes in allen Lagen wahrzunehmen. Dies gilt insbesondere dann, wenn ihnen in einem Verfahren vor einer anderen Behörde, in dem Belange des Naturschutzes berührt werden, gemäß § 8 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes die Stellung einer Partei oder eines Beteiligten zukommt.*

*(2) Die Behörden gemäß § 13 Abs. 1 sind in Verfahren, die auf Grund landesgesetzlicher Vorschriften durchgeführt werden, möglichst so rechtzeitig zu beteiligen, daß das den Gegenstand des Verfahrens bildende Vorhaben mit den öffentlichen Interessen des Naturschutzes noch in Einklang gebracht werden kann.*

*(3) Wird durch ein Verfahren nach diesem Gesetz die Durchführung anderer gesetzlicher Vorschriften berührt, ist die hiefür zuständige Behörde am Verfahren zu beteiligen.*

**Verordnung der Oö. Landesregierung betreffend den Naturschutz** (Oö. Naturschutzverordnung 1965) vom 04.05.1965, LGBl. Nr. 1965/19

### **§ 1.**

*(1) Als Eingriff, der das Landschaftsbild stört, gilt im Sinne des § 1 Abs. 1 des Gesetzes alles, was eine erhebliche Veränderung, das heißt eine Störung der Landschaft in allen ihren aufeinander abgestimmten Lebens- und Erscheinungsformen oder eine erhebliche Verunstaltung oder Verunreinigung der Landschaft zur Folge hat.*

*(2) Ein Eingriff ist unbeschadet einer im einzelnen Fall darüber hinausgehenden Feststellung durch die Bezirksverwaltungsbehörde (§ 1 Abs. 1 des Gesetzes):*

*a) die Errichtung von Bauwerken und Einfriedungen an Flüssen und Bächen innerhalb des Hochwasserabflußgebietes (§ 38 Abs. 3 des Wasserrechtsgesetzes 1959, BGBI. Nr. 215) und eines daran unmittelbar anschließenden 20 m breiten Geländestreifens ;*

...

*b) die Eröffnung von Steinbrüchen, von Sand- und Schottergruben, die Trockenlegung von natürlichen Gewässern und Mooren (Torfabbau) sowie die Rodung von Heckenzügen und von charakteristischem Buschwerk an Fluss- und Bachufern;*

#### **zu A) Beurteilung nach dem WRG 1959**

Hier ist zunächst die Frage zu klären, ob die nach § 114 Abs. 3 WRG 1959 erteilte wasserrechtliche Bewilligung auch eine naturschutzrechtliche Bewilligung einschließt. Dazu ist folgendes auszuführen:

Die Regelung des Naturschutzes fällt - in Ermangelung einer anderen Kompetenzzuweisung - auf Grund der Generalkompetenz des Art 15 Abs. 1 B-VG grundsätzlich in die Kompetenz der Länder (vgl. VfSlg. 2178/1951; 2574/1953; 3818/1960; 4237/1962). Ein ausschließlicher naturschutzrechtlicher Bewilligungstatbestand im Wasserrechtsgesetz als Bundeskompetenz wäre daher kompetenzwidrig.

Im Übrigen gilt im Verhältnis zwischen Wasserrecht und Naturschutzrecht das Kumulationsprinzip.

Dass eine Bewilligung nach § 114 Abs. 3 WRG 1959 allenfalls nur Bundesmaterien umfassen könnte, hat der Verfassungsgerichtshof bereits erkannt.

#### ***Donaukraftwerk Melk***

In einer Entscheidung zum Donaukraftwerk Melk hat der VfGH am 26.06.1982 (B 249/79, VfSlg. 9451/1982) bereits folgendes erkannt:

*Nach § 114 Abs. 3 WRG 1959 schließt die erteilte Bewilligung alle für die Ausführung der Anlage erforderlichen behördlichen Genehmigungen in sich. Diese Bestimmung, welche in der Zeit der einheitsstaatlichen Verfassungsordnung (damals als § 96 Abs. 3 WRG in der Fassung der Nov. StGBI. 113/1945) sich auf alle Bewilligungen bezogen hat, umfaßt seit dem Wiederinkrafttreten der bundesstaatlichen Verfassung - interpretiert man sie auf ihren Hintergrund - (nur mehr) jene Bewilligungen, deren Erteilung in die Vollziehung des Bundes fällt.*

Hintergrund dieser Entscheidung war eine Beschwerde der Stadtgemeinde Melk wegen Verletzung von Parteiengehör. Dort hatte der BM für Land- und Forstwirtschaft - in einer ähnlichen Konstellation wie hier - mit Bescheid vom 01.03.1979 ua. gemäß § 114 WRG 1959 der beteiligten Österreichischen Donaukraftwerke Aktiengesellschaft die wasserrechtliche Bewilligung zur Ausnützung der Wasserkraft der Donau (Melk) erteilt. Dem war vorausgegangen, dass der BM für Land- und Forstwirtschaft mit Bescheid vom 22.12.1977 das Wasserbauvorhaben „Donaukraftwerk Melk“ gemäß § 100 Abs. 2 WRG 1959, Anlage zur Kundmachung der Bundesregierung vom 8. September 1959, BGBl. 215, zum bevorzugten Wasserbau erklärt hat.

#### ***Donaukraftwerk Hainburg***

Ein ebenfalls ähnlicher Sachverhalt lag der Entscheidung des VfGH vom 05.10.1985, VfSlg. 10.605/1985, zum Donaukraftwerk Hainburg zu Grunde.

Am 22.12.1983 hatte der BM für Land- und Forstwirtschaft das Vorhaben Donaukraftwerk Hainburg gemäß § 100 Abs. 2 WRG zum bevorzugten Wasserbau erklärt. Mit Bescheid vom 05.12.1984 erteilte der BM für Land- und Forstwirtschaft dafür die wasserrechtliche Bewilligung. Mit Bescheid der NÖ Landesregierung vom 22.12.1983 wurde für dieses Vorhaben eine naturschutzrechtliche Bewilligung erteilt.

Wesentlich ist hier, dass der wasserrechtliche Bewilligungsbescheid für das Kraftwerk Hainburg die Erteilung einer naturschutzrechtlichen Bewilligung als Bedingung/Auflage vorgesehen hat.

*Die Bewilligung nach den naturschutzrechtlichen Vorschriften ist nicht Gegenstand des wasserrechtlichen Bewilligungsverfahrens, auch nicht in Form einer Vorfrage nach § 38 AVG. Die Wasserrechtsbehörde hätte darüber auch gar nicht verbindlich absprechen können, weil nach § 114 Abs. 3 WRG die wasserrechtliche Bewilligung nur jene Bewilligungen umfassen kann, deren Erteilung in die Vollziehung des Bundes fällt (vgl. hierzu VfSlg. 9451/1982, S 550).*

In dieser Entscheidung geht der VfGH ganz klar davon aus, dass Fragen des Naturschutzrechtes in die Zuständigkeit des Landes Niederösterreich fallen und jedenfalls nicht von der wasserrechtlichen Bewilligung umfasst sind.

Mit der Bewilligung des Donaukraftwerks Hainburg war auch der Verwaltungsgerichtshof befasst. Dieser hält fest, dass gemäß § 114 Abs. 3 WRG 1959 die für einen bevorzugten Wasserbau erteilte wasserrechtliche Bewilligung alle für die Anlage erforderlichen behördlichen Genehmigungen in sich schließt. Davon sind allerdings in verfassungskonformer Auslegung dieser Bestimmung nur nach Bundesrecht erforderliche Genehmigungen erfasst (vgl. dazu *Grabmayr-Rossmann*, Das österreichische Wasserrecht<sup>2</sup>, S. 550). Zu derartigen Genehmigungen zählt jedenfalls eine forstliche Rodungsgenehmigung, wobei allerdings zufolge des Wortlautes des § 114 Abs. 3 WRG 1959 für eine förmliche Rodungsbewilligung kein Raum bleibt (VwGH 01.07.1986, 84/07/0375 = VfSlg 12188 A/1986).

### ***Semmering Basistunnel***

Abschließend ist in diesem Zusammenhang das Erkenntnis des VfGH zum Semmering Basistunnel anzuführen (VfGH 25.06.1999, G 256/98, VfSlg. 15.552/1999).

Hier hat der VfGH die Auffassung vertreten, die weitreichende, alle Aspekte des Eisenbahnwesens umfassende Bundeskompetenz schließt aber dennoch Regelungen der Länder, zu welchen diese gemäß Art. 15 Abs. 1 B-VG berufen sind und die auch Eisenbahnen betreffen, nicht von vornherein aus: Der Naturschutz ist - kompetenzrechtlich gesehen - weder eine Querschnittsmaterie, noch eine Annexmaterie, welche der jeweils zuständige Gesetzgeber mitzuregeln befugt wäre.

Der Naturschutz ist vielmehr im Allgemeinen der Kompetenz der Länder in Gesetzgebung und Vollziehung zugeordnet (VfSlg. 2574/1953; 3818/1960; 4237/1962; 7169/1973).



Daraus kann für den vorliegenden Fall abgeleitet werden, dass der OÖ Landesgesetzgeber berechtigt ist, naturschutzrechtliche Regelungen auch auf Sachgebiete (wie hier Wasserkraftwerke) zu erstrecken, welche kompetenzrechtlich in Gesetzgebung und Vollziehung dem Bund zugeordnet sind.

Aus dem WRG 1959 ergeben sich keine konkreten Aspekte, wonach die öffentlichen Interessen des Naturschutzes zu berücksichtigen wären. Im Sinne dieser Judikatur ist daher klar davon auszugehen, dass eine explizite naturschutzrechtliche Kompetenz des Landes in Gesetzgebung und Vollziehung im Sinne des Art. 15 B-VG vorliegt.

#### ***Innkraftwerk Oberaudorf-Ebbs***

Nach der Entscheidung des VwGH vom 29.02.1988, AW 88/07/0005, schließt die wasserrechtliche Bewilligung des Innkraftwerkes Oberaudorf-Ebbs gemäß § 114 Abs. 3 WRG die für einen bevorzugten Wasserbau erteilte Bewilligung alle (nach Bundesrecht, Hinweis auf *Grabmayr-Rossmann*, Das österreichische Wasserrecht<sup>2</sup>, S 550) erforderlichen behördlichen Genehmigungen in sich.

Nach einer weiteren Entscheidung des VwGH vom 25.05.1983, (83/10/0092 = VwSlg 11071 A/1983) ist § 114 Abs. 3 WRG 1959 vor dem Hintergrund der bundesstaatlichen Verfassung dahingehend auszulegen, dass nur jene Bewilligungen, deren Erteilung in die Vollziehung des Bundes fallen, umfasst sind.

Auch aus diesen Entscheidungen kann im Umkehrschluss gefolgert werden, dass jene Bewilligungen, deren Erteilung in die Vollziehung der Länder fällt, eben gerade nicht umfasst sind.

#### ***Bevorzugter Wasserbau***

Auch der Umstand, dass es um die Bewilligung sogenannter bevorzugter Wasserbauten geht, ändert an dieser Einschätzung nichts. Diese Bevorzugung als Ausdruck des öffentlichen Interesses liegt letztlich ja nur darin, dass der Entfall der Notwendigkeit der Durchführung einer mündlichen Verhandlung festgelegt wurde. Diese Regelung hat der VfGH im Übrigen für verfassungsrechtlich unbedenklich erachtet (VfGH 27.06.1988, VfSlg. 11.766/1988).

#### ***Literatur***

Die einschlägige Literatur (*Krzizek*, Kommentar zum Wasserrechtsgesetz, S 463 f; *Weber*, Der bevorzugte Wasserbau, JBl 1984, 19/20, Seite 540; *Grabmayr-Rossmann*, Das österreichische Wasserrecht<sup>2</sup>, S 550) geht ebenfalls davon aus, dass § 114 Abs. 3 WRG 1959 nur bundesrechtliche Bewilligungen umfasst

#### ***Zwischenergebnis***

Als Zwischenergebnis kann hier also festgehalten werden, dass die am 18.03.1970 erteilte wasserrechtliche Bewilligung für das Donaukraftwerk Ottensheim-Wilhering eine naturschutzrechtliche Bewilligung nicht mitumfasst.

## **zu B) Beurteilung nach dem OÖ Naturschutzrecht**

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die Kompetenz für Gesetzgebung und Vollziehung auch eines Donaukraftwerkes aus dem Blickwinkel des Naturschutzrechts dem Land, also hier dem Land Oberösterreich, zukommt.

### ***Feststellungspflicht***

Das zum damaligen Zeitpunkt anzuwendende OÖ Naturschutzgesetz 1964 hat Regelungen vorgesehen, in welcher Form Eingriffe in das Landschaftsbild oder die Natur vorliegen. Der bezughabenden Naturschutzverordnung 1965 ist weiters zu entnehmen, dass auch ein Kraftwerksbau grundsätzlich einen derartigen Eingriff darstellt (§ 1 Abs. 2 lit. a Oö. Naturschutzverordnung 1965).

Hier wird einerseits auf Bauwerke an Flüssen innerhalb des Hochwasserabflussgebiets und eines daran unmittelbar anschließenden 20m Geländestreifens abgestellt. Andererseits werden auch die Trockenlegung von natürlichen Gewässern sowie die Rodung von charakteristischem Buschwerk an Fluss- und Bachufern als Eingriff definiert (§ 1 Abs. 2 lit. b Oö. Naturschutzverordnung 1965), sodass auch aufgrund der die Errichtung des Kraftwerks begleitenden Arbeiten am Flussufer und die damit verbundene Trockenlegung eine Feststellungspflicht ausgelöst wurde.

Daraus ergibt sich, dass die Errichtung des Donaukraftwerks Ottensheim-Wilhering und die damit verbundenen Begleitmaßnahmen wie Trockenlegung und Rodungen des Flussufers jedenfalls einen Eingriff im Sinne des OÖ Naturschutzgesetzes 1964 darstellen.

Zum damaligen Zeitpunkt war in derartigen Konstellationen vorgesehen, dass die Projektwerber einen Antrag auf Feststellung im Sinne des § 1 Abs. 1 OÖ Naturschutzgesetz 1964 bei der Bezirkshauptmannschaft einzubringen hatten, dass mit dem Vorhaben eben kein das Landschaftsbild störender Eingriff verbunden ist. Die Bezirkshauptmannschaft hat daraufhin ein Verfahren geführt, um unter Zuhilfenahme von Sachverständigen eben festzustellen, ob ein relevanter Eingriff vorliegt.

Nach diesen Verfahren wurden Bescheide unter Anwendung des § 1 Abs. 1 OÖ Naturschutzgesetz 1964 ausgefertigt, mit welchem die Ausführung des Vorhabens eben bewilligt oder verboten wurde.

Aus den vorliegenden Unterlagen ist weder erkennbar, dass die Projektwerberin damals einen derartigen Feststellungsantrag eingebracht hat, noch dass die Bezirksverwaltungsbehörde ein Feststellungsverfahren dahingehend geführt hätte, dass mit der Errichtung des Donaukraftwerks Ottensheim-Wilhering und der damit verbundenen Begleitmaßnahmen eben doch kein störender Eingriff in das Landschaftsbild im Sinne des § 1 Abs. 1 OÖ Naturschutzgesetz 1964 verbunden wäre.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat zum OÖ Naturschutzgesetz 1964 zuletzt erkannt, dass eine derartige Feststellungspflicht besteht und die Errichtung von relevanten Bauwerken verboten ist, solange die Bezirksverwaltungsbehörde nicht mit Bescheid feststellt, dass durch die vorgesehenen Maßnahmen öffentliche Interessen an der Erhaltung des Landschaftsbildes im Sinne des § 1 Abs. 1 OÖ Naturschutzgesetz 1964 nicht verletzt werden (LVwG OÖ vom 21.10.2014, LVwG-550010/21/SE/AK; LVwG OÖ vom 14.08.2015, LVwG-550575/3/Kü/AK - 550576/2).

Da ein klarer Eingriff im Sinne des § 1 Abs. 1 OÖ Naturschutzgesetz 1964 vorliegt, wäre daher auch nach der Rechtslage im Jahr 1970 ein förmliches Feststellungsverfahren zu führen gewesen, wonach die Errichtung des Donaukraftwerks Ottensheim-Wilhering und der damit verbundenen begleitenden Maßnahmen wie Trockenlegungen von natürlichen Gewässern aus naturschutzfachlicher Sicht zu prüfen gewesen wäre.

### ***Altbestand***

Zu prüfen ist daher schließlich, ob ein sogenannter Altbestand vorliegt, welcher von einer naturschutzrechtlichen Bewilligungspflicht befreit.

Dazu hat der Verwaltungsgerichtshof zum OÖ Naturschutzgesetz bereits erkannt, dass unter einem - im Hinblick auf das Fehlen einer entsprechenden gesetzlichen Verpflichtung im Zeitpunkt der Vornahme des Eingriffes in das Landschaftsbild - keiner naturschutzbehördlichen Bewilligung bzw. Feststellung bedürftigen „Altbestand“ solche Eingriffe zu verstehen sind, die vor dem 4. Februar 1956 gesetzt wurden und seither unverändert andauern (VwGH 09.09.1996, 94/10/0054).

Beim Donaukraftwerk Ottensheim-Wilhering läge folglich nur dann ein - auch ohne Bewilligung zulässiger - Altbestand vor, wenn die Maßnahme vor dem 5. Mai 1965 gesetzt worden und seither unverändert bestehen geblieben ist (LVwG-551464/29/FP-551465/2 vom 25. Februar 2020).

### ***Zwischenergebnis***

Als weiteres Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass die naturschutzrechtlichen Vorschriften in Oberösterreich im Jahr 1970 eine Feststellungspflicht zur Errichtung des Donaukraftwerks Ottensheim-Wilhering vorgesehen haben. Ein sogenannter Altbestand, der von einer Bewilligungspflicht befreit, liegt nicht vor.

### **Abteilung Naturschutz**

Daran ändert auch die erwähnte Stellungnahme des Amtes der Oö Landesregierung, Abteilung Naturschutz, vom 14.3.2022 nichts. Diese Stellungnahme kann zwar insofern nachvollzogen werden, als dass auf Basis des Oö Naturschutzgesetzes 1964 nur Untersagungsbescheide auszustellen waren und keine Feststellungsbescheide dahingehend, dass kein landschaftsstörender und somit kein verbotener Eingriff vorliegt.

Nicht mehr nachvollzogen werden kann jedoch, dass mit der Oö Naturschutzverordnung 1965 das zunächst vorgesehene System der Untersagungsbescheide umgedreht wurde, womit die Voraussetzung geschaffen war, auch positive Feststellungsbescheide zu erlassen.

Denn bereits die Vorgängerbestimmung, nämlich die Oö Naturschutzverordnung 1956, LGBl. Nr. 27/1956, hat Eingriffe und Verbotstatbestände definiert. Bereits in dieser VO 1956 waren in § 1 Abs. 2 lit. a die Trockenlegung von natürlichen Gewässern und die Rodung von Gehölzen an Fluss- und Bachufern als Eingriffe definiert. Damals war allerdings bereits ebenso eine Feststellung im Einzelfall vorgesehen.

Schließlich kann bestätigt werden, dass im Jahr 1965 keine umfassende Judikatur zum Thema „Eingriff in das Landschaftsbild“ vorhanden war, sodass letztlich auf die Entstehungsgeschichte der Oö Naturschutzverordnung 1965 abzustellen ist.

### **Historische Interpretation**

Hier ist zunächst festzuhalten, dass die Materialien und Motivenberichte zu dieser Verordnung nicht öffentlich zugänglich sind. In der Stellungnahme der Abteilung Naturschutz werden dann zwar Auszüge aus dem Amtsvortrag wiedergegeben - mit der Angabe, der Verbotstatbestand in § 1 der Oö Naturschutzverordnung 1965 wäre vor allem als Maßnahme gegen die zunehmende Verhüttelung und Verbauung an Flüssen und Bächen erlassen worden.

Dies kann mangels Einsicht in diese Amtsvorträge nicht bestätigt werden. Dass diese zunehmende Verhüttelung ein Problem und somit auch ein Motiv für eine konkrete Verbotsbestimmung war, wird nicht bestritten. Es ist aber nicht nachvollziehbar, dass es zu Kraftwerken überhaupt keine Ausführungen in diesen Amtsvorträgen gibt. Noch dazu, wenn - wie die Abteilung Naturschutz richtig ausführt - zu diesem Zeitpunkt bereits einige Kraftwerksanlagen an der Donau geplant bzw. errichtet wurden.

Dazu kommt, dass - wie oben ausgeführt - bereits nach der Oö Naturschutzverordnung 1956 jede erhebliche Veränderung und Störung der Landschaft einen Eingriff darstellte, der verboten war. Davon waren freilich daher auch bereits schon ab 1956 Bauwerke und Einfriedungen an Flüssen und eines daran unmittelbar anschließenden Grundstreifens erfasst.

Aus diesem Grund kann die Annahme nicht nachvollzogen werden, dass sowohl der Gesetz- als auch der Verordnungsgeber bewusst auf die Festlegung einer Feststellungspflicht für Kraftwerke verzichtet haben. Im Übrigen war bereits im Jahr 1970 kompetenzrechtlich klar, dass wasserrechtliche Bewilligungen keine naturschutzrechtlichen Bewilligungen beinhalten können.

Wollte der Verordnungsgeber daher Flusskraftwerke ausdrücklich von einer naturschutzrechtlichen Feststellungspflicht ausnehmen, wäre bereits aus legistisch-systematischen Überlegungen diese Ausnahme klar und prominent (zum Beispiel als eigener Absatz) anzuführen gewesen.

Immerhin hat der Ordnungsgeber konkret folgende Ausnahmetatbestände definiert: *Ausgenommen hievon sind die Errichtung von Bauwerken und Einfriedungen im verbauten Gebiet, die Errichtung von Straßenbauwerken, sonstigen Bauwerken zur verkehrsmäßigen Benützung des Gebietes sowie von Bauwerken im Zuge der Regulierung und Instandhaltung der Flüsse und Bäche und die Errichtung landesüblicher Weidezäune im Rahmen eines landwirtschaftlichen Betriebs.*

Die Errichtung von Wasserkraftwerken wäre dann wohl analog zu den übrigen Ausnahmetatbeständen anzuführen gewesen. In der historischen Interpretation der Abteilung Naturschutz wird die gegenteilige Ansicht aber aus der Zusammenschau mit anderen Bestimmungen konstruiert.

Im Rahmen einer historischen Interpretation (auch ohne Kenntnis der entsprechenden Materialien) ist vielmehr davon auszugehen, dass ein derartiger Verzicht auf die naturschutzrechtliche Feststellungspflicht für Kraftwerke ausdrücklich in diese Verordnung aufgenommen worden wäre. Dies ist allerdings offenbar bewusst unterblieben, um eine allfällige Beeinträchtigung der öffentlichen Interessen des Naturschutzes im Einzelfall überprüfen und feststellen zu können.

#### **Vorhaben Flusskraftwerk**

Dies wird im Rahmen einer historischen Betrachtung wohl daran liegen, dass mit einem Kraftwerksbau in einem Fluss (Staumauer) mehr oder weniger intensive Begleitarbeiten am Ufer, wie Trockenlegungen oder Rodungen verbunden sind. Daher hat man wohl eben vor allem auf diese mit einem Kraftwerksbau verbundenen Bauwerke und Maßnahmen an den Ufern abgestellt, um den Verbotstatbestand zu definieren. Um die Auswirkungen auf die verbotenen Eingriffe im Detail zu prüfen, war eben das naturschutzrechtliche Feststellungsverfahren vorgesehen.

Diesbezüglich wird das Vorhaben im wasserrechtlichen Bewilligungsbescheid vom 18.03.1970 im Detail beschrieben; es besteht nämlich aus einem Krafthaus, einer Wehranlage, aus Schleusen mit Vorhafen in einem 2,5 km langen Donaudurchstich im rechtsufrigen Auwaldgebiet sowie aus Rückstaudämmen usw.

Mit der Wortfolge *„die Errichtung von Bauwerken und Einfriedungen an Flüssen und Bächen innerhalb des Hochwasserabflussgebietes und eines daran unmittelbar anschließenden 20 m breiten Grundstreifens“* war daher jedenfalls auch an Kraftwerksanlagen gedacht. Denn Flusskraftwerke umfassen ja nicht nur Bauwerke in Flüssen, also Staumauern, sondern in der Regel umfassende Begleitmaßnahmen vor und hinter der Staustufe, insbesondere im Bereich der Ufer.

Eine wörtliche Interpretation der Oö Naturschutzverordnung 1965 (§ 1 Abs. 2 lit. a und lit. b) lässt daher keinen Zweifel offen, dass das oben erwähnte Vorhaben Donaukraftwerk Ottensheim-Wilhering samt Nebenanlagen und Einbauten im Uferbereich unter diese Tatbestände zu subsumieren ist.

Wenn also die Abteilung Naturschutz daraus ableiten will, dass Bauwerke IN Flüssen von dieser Wortfolge nicht erfasst sind, so kann damit wohl nur die Staumauer selbst gemeint gewesen sein.

Völlig außer Acht gelassen wird dabei aber - wie oben dargestellt - dass ein Flusskraftwerk nicht nur eine Staumauer, sondern auch zahlreiche andere bauliche Maßnahmen vor und hinter der Staustufe und an den Flussufern umfasst. Jedenfalls sind auch Trockenlegungen natürlicher Gewässer dabei erforderlich.

### **Mehrweckanlage**

Auch die Annahme der Abteilung Naturschutz, bei einem Donaukraftwerk würde es sich um eine Mehrweckanlage handeln, welche keiner naturschutzrechtlichen Feststellung bedarf, ist nicht schlüssig. Ein Kraftwerk wird bestimmt auch andere Zwecke, wie Flussregulierungen erfüllen oder auch Einfluss auf die Schifffahrtsverhältnisse haben.

Das sind allerdings nur Begleiterscheinungen, wobei ein Kraftwerk vorwiegend dazu dient, elektrische Energie zu erzeugen.

Auf diesem Zweck muss daher auch bei der Frage nach einer naturschutzrechtlichen Feststellungspflicht abgestellt werden. Die Funktion der Regulierung oder Instandhaltung eines Flusses kann bei einem derartigen Bauvorhaben daher bestensfalls untergeordnete Funktionen erfüllen bzw. Bedeutung haben. Dazu kommt, dass bereits die mit dem Kraftwerk verbundenen Begleitarbeiten und Maßnahmen an den Ufern, wie Rodungen von Gehölzen an Flussufern und Trockenlegungen von natürlichen Gewässern Eingriffe im Sinne des § 1 Abs. 2 lit. b Oö. Naturschutzverordnung 1965 darstellen. Dieser Verbotstatbestand ist daher jedenfalls erfüllt, und zwar unabhängig davon, ob das Kraftwerk AN oder IN Flüssen errichtet wird.

### ***Wiederherstellungsauftrag***

Gemäß § 58 Abs. 1 OÖ Natur- und Landschaftsschutzgesetz 2001, LGBl. Nr. 129/2001, idF LGBl. Nr. 54/2019, ist der gesetzmäßige Zustand herzustellen, wenn ein bewilligungspflichtiges Vorhaben ohne eine nach diesem Landesgesetz erforderliche Bewilligung verwirklicht oder wesentlich geändert wurde. Abzustellen ist dabei auf den Zeitpunkt der Errichtung des Vorhabens, wobei insbesondere auch zu klären ist, ob ein sogenannter Altbestand vorliegt (vgl. auch *Hauer/Raschhofer-Lechner*, Das Naturschutzrecht des Landes Oberösterreich, *ProLibris* 2005, zu § 58 Oö NSchG 2001).

Bei einem unter Verletzung der Feststellungspflicht verwirklichtem Vorhaben, welches auch keinen Altbestand darstellt, ist gemäß § 58 Abs. 1 OÖ NSchG 2001 vorzugehen (vgl. dazu LVwG OÖ vom 10.11.2015, LVwG-550443/17/SE/BBa - 550444/2), denn die Erlassung eines Wiederherstellungsauftrags gemäß § 58 Abs. 1 OÖ NSchG 2001 setzt die Ausführung eines Vorhabens ohne Vorliegen einer erforderlichen naturschutzrechtlichen Bewilligung voraus (LVwG OÖ 25.02.2020, LVwG-551464/29/FP - 551465/2).

### **C) Ergebnisse**

Die wasserrechtliche Bewilligung des Donaukraftwerks Ottensheim-Wilhering (samt begleitender baulicher Maßnahmen) aus dem Jahr 1970 umfasst tatsächlich nur eine Bewilligung nach dem WRG 1959 bzw. anderer Bundesmaterien, nicht aber den Sachbereich Naturschutz. Aus der Judikatur aber auch der Literatur ist eindeutig abzuleiten, dass eine naturschutzrechtliche Bewilligung dem Land Oberösterreich vorbehalten ist. Dies vor allem aus historischen und kompetenzrechtlichen Überlegungen.

Die Errichtung des Donaukraftwerks Ottensheim-Wilhering (samt begleitender baulicher Maßnahmen) stellt einen Eingriff im Sinne des OÖ Naturschutzgesetzes 1964 dar. Um das mit diesem Eingriff verbundene Bauverbot aufzuheben, wäre ein naturschutzrechtliches Feststellungsverfahren zu führen gewesen, was offenbar nicht erfolgt ist. Ein bewilligungsfreier Altbestand liegt ebenso nicht vor.

Die vorliegenden Unterlagen müssen daher so ausgelegt werden, dass in Oberösterreich im Jahr 1970 – eben im Gegenteil zu Niederösterreich (Melk, Hainburg) oder Wien (Freudenau), wo es bereits eine tatbestandmäßige naturschutzrechtliche Bewilligungspflicht gab, das Feststellungsverfahren als Bewilligungsverfahren anzusehen ist.

Der eingangs ausgeführten Rechtsmeinung des Verbund kann daher nicht gefolgt werden. Es ergibt sich bereits aus der wiederholt bestätigten Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, dass Aspekte des Naturschutzes im Rahmen des wasserrechtlichen Bewilligungsbescheides nicht zu berücksichtigen waren.

Letztlich kann auch der Ansicht der Abteilung Naturschutz nicht gefolgt werden.

Die erforderlichen Begleitmaßnahmen und Bauwerke am Flussufer, wie Rodungen entlang des Flusses und auch die Trockenlegung von natürlichen Gewässern lösen bereits für sich einen Verbotstatbestand aus, nämlich § 1 Abs. 2 lit. b Oö. Naturschutzverordnung 1965, sodass bereits aus diesem Grund eine naturschutzrechtliche Feststellungspflicht gegeben war. Eine vergleichbare Rechtslage war bereits aufgrund der Vorgängerbestimmung, der Oö. Naturschutzverordnung 1956, gegeben

In diesem Fall macht es auch keinen Unterschied, ob man Flusskraftwerke als Bauwerke AN einem Fluss oder IN einem Fluss einstuft. Die begleitenden Baumaßnahmen waren jedenfalls entlang der Ufer und somit AN den Flüssen erforderlich. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass das Donaukraftwerk Ottensheim-Wilhering in Trockenbauweise errichtet wurde, wobei nach Fertigstellung der Arbeiten der ursprüngliche Verlauf auf einer Länge von mehreren 100 Metern einfach zugeschüttet wurde.

Da somit ein zum Zeitpunkt der Errichtung (und auch nach der derzeitigen Rechtslage) bewilligungspflichtiges Vorhaben vorliegt, ist nach der ständigen Judikatur mit einem Wiederherstellungsauftrag gemäß § 58 Abs. 1 OÖ NSchG 2001 vorzugehen.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Riegler', is centered on the page. The signature is fluid and cursive, with a large initial 'R'.

Dr. Lorenz E. Riegler, LL.M.