

# JYU

Institut für Umweltrecht



AUSGABE 8/2022

# UMWELTRECHT AKTUELL.



## INSTITUT FÜR UMWELTRECHT | VEREIN ZUR FÖRDERUNG DES INSTITUTS FÜR UMWELTRECHT

Redaktionelle Leitung: Univ.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Erika M. Wagner | Sen. Sc. Dr. Rainer Weiß

Sehr geehrte Abonentinnen und Abonntenen!

Sehr geehrte Mitglieder des Vereins zur Förderung des Instituts für Umweltrecht!

Wir freuen uns, Ihnen unseren IUR-Newsletter „Umweltrecht aktuell“ übermitteln zu dürfen. Auch weiterhin informieren wir voraussichtlich einmal monatlich über „Highlights“ aus dem Bereich des Umweltrechts. Dabei werden wir versuchen, auf aktuelle Entwicklungen in Literatur und Judikatur hinzuweisen, über die Ergebnisse aktueller Veranstaltungen berichten und anstehende Termine ankündigen.

Wenn sich Ihre Kontaktdaten geändert haben oder Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten wollen, informieren Sie uns bitte per Mail an [iur@jku.at](mailto:iur@jku.at).

Gibt es Themen, die wir in diesem Newsletter aufgreifen sollten? Haben Sie Ideen, Vorschläge, Anregungen? Bitte lassen Sie uns das einfach wissen – wir freuen uns über einen Austausch mit Ihnen.

Ihre

Univ.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Erika M. Wagner

für das Institut für Umweltrecht und den Verein zur Förderung des Instituts für Umweltrecht.

### INHALTSVERZEICHNIS

EuGH 17.11.2022, C-238/21, <i>Porr</i> : Ein wichtiger Schritt Richtung Kreislaufwirtschaft .....	2
Woher kommt unser Wasser? Zu den rechtlichen Rahmenbedingungen und Kritikpunkten an der Wasserversorgung in Oberösterreich.....	4
Die Alte Donau: Floating Concerts und stehende Gewässer.....	8

## **EUGH 17.11.2022, C-238/21, PORR: EIN WICHTIGER SCHRITT RICHTUNG KREISLAUFWIRTSCHAFT**

Die österr Verwaltungsbehörden und Gerichte vertreten iZm Bodenaushubmaterial eine sehr harte Auffassung, was den Entsorgungswillen und ein allfälliges Abfallende angeht. Nunmehr hatte der EuGH die Möglichkeit, sich ausführlich mit diesem Themenkomplex auseinanderzusetzen.<sup>1</sup>

### **1. Das Ausgangsfahren**

Im Jahr 2015 ersuchten steirische Bauern Porr um die Lieferung von Bodenaushubmaterial für eine Bodenrekultivierung bzw zur Verbesserung der landwirtschaftlichen Ertragsflächen. Nachdem Porr bei einem Bauvorhaben über geeignetes Material verfügte und dasselbe mit dem Ergebnis, dass es die höchste Qualitätsklasse für nicht kontaminierten Bodenaushub erreichte, geprüft worden war, vertrat die zuständige Beh die Auffassung, dass es sich dabei um Abfall iSd AWG handle und dass es daher dem Altlastenbeitrag unterliege. Ein Ende der Abfalleigenschaft des Materials nahm die Beh erst in dem Zeitpunkt an, in dem das Material zur Substitution von Rohstoffen oder von aus Primärrohstoffen erzeugten Produkten verwendet werde. Das von Porr angerufene LVwG Stmk legte dem EuGH mehrere Rechtsfragen betreffend Abfalleigenschaft und Ende derselben bei Bodenaushubmaterial vor.

### **2. Die wesentlichen Aussagen des EuGH ...**

#### **a. ... zum Entledigungswillen bei Bodenaushubmaterial**

Nach Auffassung der österr Behörden und Gerichte ist nach der „Lebenserfahrung“ das jedenfalls dominierende Interesse der Bauherren und der Baufirmen jenes, das Baufeld für die weiteren Arbeiten schnell frei zu bekommen, dazu müssen sie natürlich den Bodenaushubs beseitigen.

Im konkreten Fall war jedoch die Baufirma schon aktiv auf der Suche nach geeignetem Material, das sie entsprechend der Anfrage der Bauern an diese liefern sollte.

Folgerichtig hat der EuGH in seiner E klargestellt, dass im konkreten Fall kein Entledi-

gungswille vorlag, da schon „vor dem Aushub des [...] Materials eine konkrete Anfrage der örtlichen Landwirte in Bezug auf die Lieferung solcher Materials vorlag“ und nach Verfügbarkeit von geeignetem Material bei einem Bauvorhaben eine entsprechende Vereinbarung getroffen wurde, wonach der Unternehmer das Aushubmaterial für „Arbeiten zur Rekultivierung und Verbesserung von ordnungsgemäß bestimmten Böden und landwirtschaftlichen Flächen“ verwenden sollte.

Die österr Beh und Gerichte werden daher zukünftig die Entledigungsabsicht in Bezug auf Bodenaushubmaterial genauer zu prüfen haben.

#### **b. ... zur Nebenprodukt-Eigenschaft von Bodenaushubmaterial**

In der Folge befasste sich der EuGH auch mit der Frage, ob der Bodenaushub ein Nebenprodukt iSd Art 5 Abs 1 Abfall-RRL darstellen kann, ob er also das Ergebnis eines Herstellungsverfahrens ist, dessen Hauptziel nicht die Herstellung dieses Stoffes oder Gegenstands ist. Der EuGH vertritt hier einen weiten Begriff des „Herstellungsverfahrens“ iSd Art 5 Abs 1 Abfall-RRL, der etwa auch Abbauverfahren umfasst.

Der EuGH entschied zwar nicht selbst, ob im konkreten Fall die erforderlichen weiteren Voraussetzungen des Art 5 Abs 1 lit a-d Abfall-RRL vorliegen. Er erläutert jedoch für das vorliegende Gericht die Kriterien zur Prüfung dieser Voraussetzungen näher.

Zutreffend weist er darauf hin, dass die Verwendung von geprüftem, qualitativ hochwertigem Bodenaushubmaterial für den konkreten Einsatzzweck „einen erheblichen Vorteil für die Umwelt auf[weist], da sie, wie es Art 11 Abs 2 lit b dieser RL verlangt, zur Verringerung von Abfällen, zum Schutz der natürlichen Ressourcen und zur Entwicklung einer Kreislaufwirtschaft beiträgt“ und zudem zur Wahrung der Abfallhierarchie des Art 4 der Abfall-RRL beiträgt.

Ist Bodenaushub in concreto ein Nebenprodukt, dann kann er nicht mehr Abfall darstellen, da nach Art 5 Abs 1 der Abfall-RRL die Eigenschaft als „Nebenprodukt“ und jene als „Abfall“ einander ausschließen.

<sup>1</sup> Siehe dazu näher die Entscheidungsanmerkung von R. Weiß in RdU 2023 H 1.

### **c. ... zum Abfallende bei Bodenaushub**

Der EuGH überließ dem vorlegenden Gericht auch Entscheidung über die Frage, ob der Aushub als Abfall oder als Nebenprodukt zu qualifizieren ist, erläuterte aber für den Fall, dass die Abfalleigenschaft anzunehmen ist, genau die Kriterien das Abfallende eintritt.

Während der VwGH bislang unter Berufung auf die Erläut zur AWG-Nov 2010 vertreten hat, dass Aushubmaterialien einer Vorbereitung zur Wiederverwendung nicht zugänglich sind, stellte der EuGH in seiner E nunmehr klar, „dass eine Prüfung, die darauf abzielt, die Qualität und die Präsenz von Schadstoffen oder Verunreinigungen in Aushubmaterial zu ermitteln, als ‚[V]erfahren der Prüfung‘ eingestuft werden kann, das unter den Begriff ‚Vorbereitung zur Wiederverwendung‘ iSv Art 3 Nr 16 der RL 2008/98 fällt“. Abfälle, die einer solchen „Vorbereitung zur Wiederverwendung“ unterzogen wurden, haben somit ein Verwertungsverfahren iSv Art 6 Abs 1 dieser RL durchlaufen, wenn ihre Wiederverwendung keine weitere Vorbehandlung erfordert.

Liegen also auch die sonstigen Voraussetzungen des Art 6 Abs 1 Abfall-RRL vor, so endet daher die Abfalleigenschaft des Aushubmaterials mit erfolgreichem Abschluss der Prüfung und nicht erst in dem Zeitpunkt, in dem das Material zur Substitution von Rohstoffen oder von aus Primärrohstoffen erzeugten Produkten verwendet wird.

### **d. ... zur Bedeutung der Kriterien des Bundes-Abfallwirtschaftsplans für das Abfallende**

Aufgrund der entsprechenden Vorlagefrage des LVwG Stmk hatte sich der EuGH auch noch mit der Frage der Zulässigkeit rein formaler Kriterien im Bundes-Abfallwirtschaftsplan (BAWP) zur Beurteilung des Endes der Abfalleigenschaft zu befassen.

Der EuGH differenzierte idZ klar: Sofern die Kriterien des BAWP für den für den Umweltschutz irrelevant sind, können bzw dürfen sie auch nicht als Voraussetzung für das Eintreten des Abfallendes herangezogen werden. Dagegen sind Formalkriterien, die zur Gewährleistung der Qualität und der Unbedenklichkeit des Materials notwendig sind, zulässig.

In Bezug auf unkontaminiertes Aushubmaterial der höchsten Qualitätsklasse, dessen Eigenschaften zur Verbesserung landwirtschaftlicher Strukturen dienen können, stellte der EuGH

fest, dass eine Verneinung des Abfallendes bei solchem Material nach einer Qualitätskontrolle, mit der sich die Unbedenklichkeit seiner Verwendung für die Umwelt oder die menschliche Gesundheit sicherstellen lässt, trotz Einhaltung der spezifischen Kriterien eine Verkennung der Ziele der Abfall-RRL darstellen würde. In der Folge wies er noch nachdrücklich darauf hin, dass reine Formalkriterien nicht die Wirkung haben dürften, dass die Verwirklichung der Ziele der Abfall-RRL gefährdet wird.

### **3. Wie geht's jetzt im österr Abfallwirtschaftsrecht weiter?**

Die E schafft endlich Klarheit betreffend wesentliche Fragen iZm der Abfalleigenschaft und dem Ende derselben bei hochwertigem, nicht kontaminiertem Bodenaushubmaterial.

National könnte eine endgültige, „saubere“ Lösung vergleichsweise schnell und unkompliziert mit der Erlassung einer Abfallende-V durch die zuständige Bundesministerin erreicht werden.<sup>2</sup> Entsprechende Abfallendeverordnungen haben sich schon bisher sowohl auf europarechtlicher<sup>3</sup> als auch auf nationaler Ebene<sup>4</sup> sehr gut bewährt. Weitere Anpassungen des österr an die Vorgaben des europäischen Abfallwirtschaftsrechts, insb der Voraussetzungen zum Abfallende in § 5 Abs 1 und 2 AWG 2002 an die Vorgaben des Art 6 Abs 1 Abfall-RRL werden wohl noch zu prüfen sein.

Obwohl die E des EuGH (nur) Rechtsfragen bei hochwertigem, nicht kontaminiertem Bodenaushubmaterial behandelt, könnte sie etwa auch in Bezug auf die Qualifikation von Nebenprodukten beträchtliche Schubkraft entwickeln. Dies hätte auch zur Folge, dass solche Stoffe auch niemals mehr dem strengen Abfallrechtsregime unterliegen und keine Beitragspflicht nach ALSAG auslösen würden, da sie gerade *kein* Abfall sind!

*Rainer Weiß*

<sup>2</sup> So auch schon *Krasznai/Nigmatullin*, Nach „Sappi“, vor „Porr“: Zwischenstand bei der Abfallende-Diskussion, RdU-U&T 2022/14, 60 (63) unter Verweis auf die Erläut zur AWG-Nov 2002 (ErläutRV 984 BlgNR 21. GP 88).

<sup>3</sup> Eisen-, Stahl- und Aluminiumschrott-Abfallende-VO, VO (EU) 333/2011; Bruchglas-Abfallende-VO, VO (EU) 1179/2012; Kupferschrott-Abfallende-VO, VO (EU) 715/2013.

<sup>4</sup> KompostV, BGBl II 2001/292; RecyclingholzV, BGBl II 2012/160; Recycling-BaustoffV, BGBl II 2015/181.

## WOHER KOMMT UNSER WASSER?<sup>1</sup> ZU DEN RECHTLICHEN RAHMENBEDINGUNGEN UND KRITIKPUNKTEN AN DER WASSERVERSORGUNG IN OBERÖSTERREICH

**Marina Wetzlmaier**

Im Interview geht Wagner auf die rechtlichen Rahmenbedingungen der Wasserversorgung ein und auf die Frage „Gibt es grundsätzlich ein Recht auf Wasser?“

**Univ.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Erika Wagner**

Ich glaube, dass es gerade in Zeiten von so dramatischen Herausforderungen schon übergeordnete Lösungen braucht, um hier auch eine Gerechtigkeit herzustellen und – wie Sie richtig erkannt haben – wird die Frage „Wer verfügt über Wasserressourcen und wie werden sie verteilt?“ auch in Österreich immer wichtiger.

**Marina Wetzlmaier**

Österreich gilt als eines der wasserreichsten Länder. Dennoch ist in den vergangenen Jahren Wasserknappheit und Trockenheit spürbarer geworden und stärker in den Fokus gerückt. Die Folgen betreffen sowohl die Natur, als auch den Menschen. Auf der einen Seite sind Ökosysteme von Wasserknappheit bedroht, auf der anderen haben auch in diesem Sommer einige Gemeinden an die Bevölkerung appelliert, sorgsamer mit dem Wasser umzugehen. Der durchschnittliche Wasserverbrauch in den Haushalten liegt bei 135 Liter pro Einwohner pro Tag. So steht es in einer Broschüre der Abteilung Wasserwirtschaft des Landes Oberösterreich. Das meiste Wasser benötigen wir für die WC-Spülung, nämlich 34 Liter, gefolgt von den Wasserhähnen in Bad und Küche mit 33 Litern. Für das Trinken und Kochen hingegen verbrauchen wir 3 Liter Wasser laut einer zitierten Studie. Wie sieht ein sinnvoller Umgang mit Trinkwasser aus? Reicht es, als Konsument\*in Wasser zu sparen oder gibt es größere Hebel, etwa auf rechtliche Ebene, und generell woher kommt unser Trinkwasser? Wie ist es um die Versorgungssicherheit bestellt und müssen wir die Verteilung von Wasser neu regeln? ...

**Univ.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Erika Wagner**

Ja, das Thema Wasser ist ein ganz wichtiges Thema und insofern ist es sehr notwendig, dass man sich auch mit dem Rechtsrahmen beschäftigt. Das Wasserrecht, so wie wir es in Österreich kennen, ist eine sehr alte Materie und ich

glaube, es ist grundsätzlich auch ein sehr gutes Gesetz. Man muss wissen, dass seit 2014 in Österreich ein BVG Nachhaltigkeitsrang existiert, das auch als Staatsziel die Pflicht des Staates enthält, die Bevölkerung mit Wasser zu versorgen und auch hier eine Versorgungspflicht quasi für den Staat vorsieht. Allerdings entspringt dieser Versorgungspflicht kein subjektives Recht auf eine Versorgung, es ist nur ein Staatsziel. Der Einzelne, der in Wasserknappheit lebt, kann jetzt nicht zum Staat gehen und sagen „Du entsprichst deinem Handlungsauftrag nicht“.

**Marina Wetzlmaier**

Die Trinkwasserversorgung in Oberösterreich erfolgt zu 100% aus Grund- und Quellwasser, doch wem gehört das Wasser?

**Univ.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Erika Wagner**

In Österreich ist es so, dass das Grundwasser im Eigentum des Privaten steht und das kann einem auch niemand nehmen, formal gesehen. Grundwasser gehört dem Grundeigentümer, nur haben halt nicht alle das Glück, eine Liegenschaft zu besitzen, die grundwasserreich ist. Die Situation ist aber grundsätzlich so, dass man sein eigenes Grundwasser benutzen darf, wenn man eines hat. Das Problem ist, wenn am Nachbargrund etwa eine öffentliche Wasserversorgung ist, dann ist es so, dass man in seinen eigenen Nutzungsinteressen eingeschränkt ist. Rund um öffentliche Wasserversorgungsanlagen bestehen Wasserschutz- und Wasserschongebiete. Dort darf der Private keinesfalls selber, zumindest bis zur Schutzzone 2, in Oberösterreich zT auch bis zur Schutzzone 3 private Grabungen durchführen, die dazu führen würden, die öffentliche Wasserversorgung zu verschmutzen usw. Das heißt, mit der Anordnung von Wasserschutz- und Wasserschongebieten sind Grabungsverbote verbunden, die es dann auch unmöglich machen, eigene private zu betreiben.

**Marina Wetzlmaier**

Wenn ich da kurz einhaken darf: was meinen Sie damit, Sie haben jetzt gesagt Grundwasser ist privat, wenn ich dort eben mein Grundstück habe. Was meinen Sie mit der öffentlichen Wasserversorgung?

<sup>1</sup> Verschriftlichung des Interviews von Radio FRO mit Frau Univ.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Erika Wagner.

### Univ.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Erika Wagner

Die öffentliche Wasserversorgung ist eine Aufgabe der Daseinsvorsorge und die Gemeinden sind entweder dahingehend organisiert, dass sie selbst ein Unternehmen betreiben, wobei sie da wiederum entweder selbst diese Quelle als Eigentum haben oder mit Eigentümern sog Dienstbarkeitsverträge abschließen, sodass dieses Recht der Benutzung der Quelle und das Leitungsrecht auch sichergestellt ist. Das heißt, die Gemeinden haben als Aufgabe der Daseinsvorsorge dafür zu sorgen, dass die Bürgerinnen und Bürger dieser Gemeinde ausreichend Wasser zur Verfügung haben. Sie können das entweder über eine eigene Unternehmung sicherstellen, da müssen sie sich selber darum kümmern, woher das Wasser kommt oder sie können das über die Gründung von Wasserverbänden und die Mitgliedschaft an Wassergenossenschaften und Wasserverbänden erreichen. Diese zwei Möglichkeiten gibt es. Die Wassergenossenschaft und der Wasserverband ist ein sehr altes Modell und da sind sowohl die Nutznießer, die das Wasser brauchen als auch, dies ist nicht zwingend, aber es können auch diejenigen, die das Wasser haben, bei diesem Wasserverband sein. Sie organisieren sich nach den Regeln des Wasserrechtsgesetzes weitgehend selber. Sie gelten als juristische Person des öffentlichen Rechts, sind aber nicht ident mit der Gemeinde oder mit der Gebietskörperschaft. Wenn die Gemeinde selbst ein eigenes Unternehmen der Daseinsvorsorge zur Wasserversorgung betreibt, dann muss sich die Gemeinde darum kümmern woher sie das Wasser bekommt. Ich habe es schon gesagt, entweder hat sie selber genug Wasserressourcen oder sie kann es aus öffentlichen Gewässer beziehen, da braucht man dann eine Bewilligung für eine Sondernutzung öffentlicher Gewässer (muss Trinkwasserqualität haben). Die öffentl. Unternehmung kann auch mit privaten Grundeigentümern, die über eine Quelle verfügen, diese Wasserbenutzung sicherstellen. Das Wasserleitungsrecht wird mit jenen Liegenschaftseigentümern, wo es durchgeleitet wird, vereinbart. Das heißt also, das alles folgt gewissen Regeln, die auch richtig und gut sind. Für die Servitute, sei es das Bezugsrecht oder auch das Leitungsrecht, werden mit den Grundeigentümern in der Regel Entschädigungen vereinbart. Für andere Fragen, etwa Nutzungseinschränkungen in der Nähe einer öffentlichen

Wasserversorgungsanlage, da gibt es keine Entschädigung. Ich habe ja gesagt, dort darf nicht gegraben werden, dort darf kein neuer Brunnen errichtet werden. Eine Abgeltung dieses *Nutzungsentgangs* am eigenen Grund gibt es in dieser Form nicht ...

In öffentlich-rechtlicher Hinsicht muss die Wasserrechtsbehörde prüfen, ob am Nachbargrund eine Bewirtschaftungserschwerung oder sogar ein dramatischer Wassermangel eintreten würde. Dieser wäre abzugelten.

### Marina Wetzlmaier

Sie haben anfangs vom Verfassungsrang gesprochen und dass es grundsätzlich das Ziel ist, die Bevölkerung mit Wasser zu versorgen. Wenn ich jetzt sage, ich hatte einen Brunnen aber der Grundwasserspiegel ist leider so weit gesunken, dass ich nicht mehr genug Wasser habe, habe ich jetzt sozusagen kein Recht auf Wasser.

### Univ.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Erika Wagner

Das ist richtig. Ein Recht auf Wasser für den Einzelnen, der jetzt unter Wasserknappheit leidet, gibt es in der Form nicht. Was möglich wäre, dass sich sozusagen drei Liegenschaftseigentümer zusammenschließen und eine Wassergenossenschaft bilden, das wäre die unterste Grenze und sie müssen dann sicherstellen, dass über eine Leitung von einer Quelle dieses Wasser bezogen wird. Das Wasserrechtsgesetz ist, wie ich schon anfangs gesagt habe, eine sehr alte Materie. Es stammt aus einer Zeit, in der man quasi noch nicht dem Staat „geschrien“ hat, wenn es ein Problem gab, sondern wo man sich selbst geholfen hat. Es gibt das Sprichwort: Hilf dir selbst, dann ist dir geholfen. Dieser Ansicht bin ich nicht unbedingt, das muss ich auch sagen. Ich glaube, dass es in Zeiten von so dramatischen Herausforderungen schon übergeordnete Lösungen braucht, um hier auch eine Gerechtigkeit herzustellen. Wie sie richtig erkannt haben, wird die Frage „Wer verfügt über Wasserressourcen und wie werden sie verteilt?“, auch in Österreich immer wichtiger.

### Marina Wetzlmaier

Abseits der öffentlichen Wasserversorgung erhalten rund 15% der oberösterreichischen Einwohner\*innen ihr Wasser aus eigenen Hausbrunnen. Doch immer mehr Haushalte werden an die kommunale Wasserversorgung angeschlossen, unter anderem im Zuge einer Anschlusspflicht. Was bedeutet das?

### Univ.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Erika Wagner

Diesen Anschlusszwang gibt es aus der Überlegung heraus, dass die Wasserversorgung eben eine Aufgabe der Daseinsvorsorge ist und diese Aufgabe der Daseinsvorsorge aber mit Kosten verbunden ist. Damit diese Aufgabe auch wirtschaftlich betrieben werden kann, gibt es den sogenannten Anschlusszwang, der besagt: im Umkreis einer Wasserversorgungsanlage herrscht ein Anschlusszwang und das bedeutet, dass die Grundeigentümer sich anschließen müssen und in dieser Leitung jedenfalls auch keine andere Wasserquelle durchleiten dürfen. Das dient hygienischen Gründen. Es soll nicht die Gefahr entstehen, dass in der Leitung Fremdkeime sind. Das heißt an sich ein sehr guter Gedanke der Wirtschaftlichkeit. Wenn es unwirtschaftlich ist, dann haben auch die nichts davon, die es dringend brauchen. Das ist so eine Art Solidaritätsgedanke. Aber auf der anderen Seite könnte man auch das hinterfragen: wenn es nämlich Grundeigentümer gibt die selber Wasser haben und diesen Anschlusszwang gerade nicht benötigen. Die Wertung, dass eine Wasserversorgungsanlage ohne den Anschlusszwang nicht existieren kann, könnte man hinterfragen.

### Marina Wetzlmaier

Weil das Wasser dann ungenutzt bleibt?

### Univ.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Erika Wagner

Genau, Sie sagen es richtig. Wertvolle Ressourcen in Brunnen bleiben dann ungenutzt und auf der anderen Seite, ich habe es schon erklärt, woher kommt das Wasser einer öffentlichen Wasserversorgungsanlage: Es kommt in der Regel nicht vom Himmel, sondern aus Grundwasserressourcen von Landwirten, die ihr Grundwasser immer öfters selber brauchen und die unter Umständen dafür gerade nicht entschädigt werden.

### Marina Wetzlmaier

Wie schafft man es da jetzt die Balance zu halten, wenn es darum geht? Wie ist das Wasser verteilt? Also grundsätzlich: ich habe Zahlen gelesen, dass der größte Wasserverbraucher in Oberösterreich einerseits die Industrie ist, dann Haushalte und dann die Landwirtschaft. Oft wird aber auch die Landwirtschaft für Verunreinigungen im Wasser durch Düngemittel, durch Pestizide, durch Entzug von Wasser, verantwortlich gemacht. Das ist aktuell im Burgenland Thema: im Seewinkel, wo man gesagt hat, man hat dort

Gemüse angepflanzt, das sehr viel Wasser verbraucht. Das hat auch dazu beigetragen, dass dort jetzt eine Wasserknappheit, eine Dürre herrscht. Wo sehen Sie da eine Möglichkeit, wo man da ansetzen kann, um das Wasser nachhaltig fair zu verteilen?

### Univ.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Erika Wagner

Sie haben vollkommen Recht, in Zeiten der Wasserknappheit, muss man alle Möglichkeiten bedenken, die zur Verfügung stehen. Was sozusagen die Verunreinigungsthematik betrifft, gebe ich Ihnen vollkommen Recht. Das Verunreinigungsproblem ist ein großes Thema. Dadurch kommt es dazu, dass Wasser in Hausbrunnen, die sogar vielleicht Trinkqualität hätten, nicht mehr als Trinkwasser genutzt werden kann und das wiederum schafft Bedarf, also eine Situation, die man eigentlich verhindern müsste. Es gibt natürlich in der EU genügend Richtlinien und es gibt auch einen Aktionsplan gegen Nitratverunreinigung im Grundwasser. Da gab es jüngst eine ganz revolutionäre Entscheidung dazu, die Burgenland betraf und die zum Inhalt hat, dass bei der Erstellung dieses Aktionsplans gegen Nitrate in Gewässer die NGO Mitspracherechte haben. Dies ist also bislang im österreichischen Wasserrechtsgesetz nicht vorgesehen gewesen; aber nach der Aarhus-Konvention hat der EuGH hier ausgesprochen, dass etwa in Gebieten, die ganz intensiv genutzt werden, ein Nitrataktionsplan erstellt werden muss, wenn die Nitratwerte im Grundwasser die zulässigen Grenzwerte überschreiten. Die NGOs können monieren dass die darin enthaltenen Maßnahmen ungenügend sind. Das wurde dann auch letztlich im Wasserrechtsgesetz nachgebessert.

### Marina Wetzlmaier

Grundsätzlich interessiert mich auch jetzt, gerade in Zeiten von Trockenheit: gibt es da jetzt auch schon Vorgaben in Bezug auf Ressourcenschonung? Zumindest manche Gemeinden haben dann auch den Landwirten nahegelegt, jetzt nicht mehr zu bewässern. Andererseits, wenn die Landwirte davon leben, ist es natürlich schwierig, da auf Bewässerung zu verzichten.

### Univ.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Erika Wagner

Eingriffsmaßnahmen, wie hier in der Frage angesprochen sind, gibt es derzeit nicht. Es wird niemandem vorgeschrieben, nur eine bestimmte Wassermenge zu benutzen. Was es aber schon gibt – und das ist genau die Skurrilität an dieser

Sache – wir haben vorher über die Wirtschaftlichkeit gesprochen: es gibt in gewissen AGBs von Unternehmen Mindestabsatzmengen, wo man Wasser benutzen muss und sich verpflichtet, diese Mindestwasserabsatzmenge auch zu benutzen. Diese Mindestwasserabnahmemengen muss man natürlich schon hinterfragen. In Zeiten der Wasserknappheit kann es ja wohl nicht sein, dass man sozusagen das Wasser „auslässt“, um diese Mindestabsatzmengen zu bekommen. Aber Einsparungsverpflichtungen im Sinne von Eingriffsmaßnahmen gibt es nicht; das sind vielleicht Einsparungsgebote und Appelle an die Vernunft und Solidarität, aber keine normativ sanktionierbaren Einsparungspflichten.

**Marina Wetzlmaier**

So wie man es im Laufe des Sommers immer wieder gelesen hat, dass eben Gemeinden an die Bevölkerung appelliert haben, Wasser zu sparen, aber wenn man es nicht gemacht hat, dann ist auch nichts passiert, wenn man sich trotzdem sein Pool befüllt hat. Sie haben erwähnt, dass das Wasserrecht schon relativ alt ist. Da stellt sich die Frage – es wurde zwar immer wieder aktualisiert –, inwieweit es dennoch noch zeitgemäß ist oder wo sehen Sie da wichtige Handlungsfelder, wenn es jetzt wirklich darum geht, das Wasser schonend nachhaltig zu nutzen?

**Univ.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Erika Wagner**

Grundsätzlich glaube ich, dass das Wasserrechtsgesetz wirklich eines der besten Gesetze ist, die wir in Österreich haben. Also nicht alles was neu ist, ist auch legislativ qualitativ hochwertig. Viele Bestimmungen, die von EU-Seite gekommen sind, haben sich zwanglos ins Wasserrechtsgesetz einfügen lassen. Aber dennoch glaube ich, dass genau der Punkt, den Sie hier ansprechen, nämlich „Gehen wir genügend sparsam mit dieser Ressource um?“, auch im Wasserrechtsgesetz noch einmal kritisch durchforstet und hinterfragt werden könnte. Das wäre ein schönes, wissenschaftliches Projekt für ein Institut, die Frage ist natürlich legitim.

**Marina Wetzlmaier**

Kritisch sieht Erika Wagner auch das Modell der Wassergenossenschaften.

**Univ.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Erika Wagner**

Die genossenschaftliche Struktur im Zusammenhang mit dem Wasserrecht erleichtert sicherlich vieles, nimmt auch der öffentlichen Hand viele Aufgaben ab. Man muss aber schon sehen, dass trotz der Vorteile der Selbstorganisation auch gewisse Nachteile bestehen. In der genossenschaftlichen Organisation herrscht das Mehrheitsprinzip und nicht alles, was die Mehrheit will, ist sinnvoll und der Umwelt zuträglich, das heißt also, da besteht keine Verpflichtung zur Wahrnehmung des Nachhaltigkeitsgedankens. Derzeit macht jede Genossenschaft das, was für sie selbst sinnvoll ist und Überprüfungen gibt es nur im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit oder auf die Wasserqualität. Werhaltungen wie Nachhaltigkeit, aber auch der Rechtsschutz des einzelnen Mitglieds das gegen die Ansicht der Mehrheit ist lässt zu wünschen übrig. Da herrscht derzeit ein Rechtsschutzdefizit, das im Wasserrechtsgesetz mE nachgebessert gehört.

**Marina Wetzlmaier**

Es war sehr viel die Rede von Wirtschaftlichkeit, die für gewisse Entscheidungen da eine Rolle spielt. Das heißt, was im Grunde zu kurz kommt, ist die Verpflichtung oder der Grundsatz der Nachhaltigkeit, oder? Das vermiss ich da ein bisschen.

**Univ.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Erika Wagner**

Ja, ganz richtig. Allein der Begriff der Nachhaltigkeit in einem Gesetz heißt noch nicht, dass dieser auch in der Praxis gelebt wird. Viele können mit dem Begriff der Nachhaltigkeit gar nichts anfangen. Er hat aber eine sehr spezifische Begriffsdimension. Schon seit jeher ist der Begriff aus der Forstwirtschaft im 18. Jh bekannt und ist spätestens seit der genauen Konkretisierung durch die sogenannten Sustainability Goals der Vereinten Nationen aus 2014 ganz konkret festgelegt. Das Ziel Nr 6 der Sustainability Goals, ist die Wasserver- und Wasserentsorgung und daher ist es ganz klar, dass das auch ein Thema des Wasserrechtsgesetzes sein muss.

*Redaktion*

## DIE ALTE DONAU: FLOATING CONCERTS UND STEHENDE GEWÄSSER

Die Alte Donau bezeichnet die natürlichen „alten“ Donauarme, die sich auf einer Fläche von rd 1,6 km<sup>2</sup> von der Floridsdorfer bis zur Donau-stadtbrücke durch die Wiener Bezirke Floridsdorf und Donaustadt ziehen.<sup>1</sup>

Im Sommer 2020 fanden auf der Wasserfläche der Alten Donau mehrere Veranstaltungen statt. Bei diesen „Schwimmenden Konzerten“ (Floating Concerts) spielten MusikerInnen Livemusik auf einer zentralen Oktagon-Plattform (Antriebsplattform), an die mehrere Privatpersonen mit gemieteten Insel- und Sofabooten angedockt hatten. Da der Veranstalter entgegen § 27 Abs 1 der Seen- und Fluss-Verkehrsordnung (SFVO) keine behördliche Bewilligung für die Livekonzerte beantragt hatte, verhängte der Magistrat der Stadt Wien gem § 42 Abs 1 iVm Abs 2 Z 12 SchFG Geldstrafen für die Abhaltung von insgesamt vier Veranstaltungen im Sommer 2020, jeweils in der Höhe von € 105,-. Begründend führte der Magistrat aus, dass Wassersportveranstaltungen, Wasserfeste und sonstige Veranstaltungen, insb solche, die zu einer Ansammlung von Fahrzeugen oder Schwimmkörpern führen oder die Schifffahrt behindern oder gefährden können, sowie die mit solchen Veranstaltungen in Zusammenhang stehenden Proben und Übungen einer behördlichen Bewilligung bedürfen.

Der belangte Unternehmer erhob Beschwerde gegen das StrafErk und bestritt die Anwendbarkeit des SchFG: Da die Alte Donau ein öffentliches, jedoch nicht fließendes Gewässer sei und auch nicht im Anh des SchFG erwähnt werde, sei sie nicht vom nach § 1 SchFG normierten Geltungsbereich umfasst. Vielmehr sei sie im Jahr 1870 im Zuge der Donauregulierung vom Hauptstrom getrennt worden, somit Teil der Donau und daher gem § 2 Abs 1 lit b WRG 1959 ein Gewässer, das schon vor Inkrafttreten des WRG 1959 als öffentlich behandelt wurde. Nach Stattgabe der Beschwerde durch das zuständige VwG wandte sich der

Magistrat der Stadt Wien an den VwGH. Dieser hatte sich in der Folge mit der Frage auseinandersetzen, ob es sich bei der Alten Donau um ein öffentliches oder um ein Privatgewässer handelt.

Vorweg führte der VwGH aus, dass das WRG 1959 zu den öffentlichen Gewässern (§ 2 Abs 1 WRG 1959)

- die im Anh A zum WRG 1959 namentlich aufgezählten Ströme, Flüsse, Bäche und Seen mit allen ihren Armen, Seitenkanälen und Verzweigungen (die Alte Donau ist im Anh A zum WRG 1959 nicht angeführt),
- Gewässer, die schon vor Inkrafttreten des WRG 1959 anlässlich der Erteilung einer wasserrechtlichen Bewilligung als öffentliche behandelt wurden, von der betreffenden Stelle angefangen sowie
- alle übrigen Gewässer, sofern sie nicht im WRG 1959 ausdrücklich als Privatgewässer bezeichnet werden,

zählt.<sup>2</sup>

Privatgewässer sind gem § 3 Abs 1 WRG 1959 hingegen (außer den in § 2 Abs 2 WRG 1959 bezeichneten Gewässern)

- das in einem Grundstück enthaltene unterirdische Wasser (Grundwasser) und
- das aus einem Grundstücke zutage quellende Wasser,
- die sich auf einem Grundstück aus atmosphärischen Niederschlägen sammelnden Wasser sowie
- das in Brunnen, Zisternen, Teichen oder anderen Behältern enthaltene und das in Kanälen, Röhren usw für Verbrauchszwecke abgeleitete Wasser.

Ebenfalls als Privatgewässer gelten jene Gewässer, für die ein besonderer vor dem Jahre 1870 entstandener Privatrechtstitel nachgewiesen wird. Darüber hinaus auch Seen, die nicht von einem öffentlichen Gewässer gespeist oder durchflossen werden sowie die Abflüsse aus den vorgenannten Gewässern bis zu ihrer Vereinigung mit einem öffentlichen Gewässer.<sup>3</sup> Auch das SchFG greift diese Gewässereinteilung auf. Der Anwendungsbereich der SFVO

<sup>1</sup> Stadt Wien, Daten und Fakten – Die Alte Donau, <https://www.wien.gv.at/umwelt/gewaesser/alte-donau/daten-fakten.html> (Abfrage: 9.7.2022); Falter, 7 Sachen, die Sie über die Alte/Neue Donau eventuell nicht wussten, <https://www.falter.at/zeitung/20120502/7-sachen-die-sie-ueber-die-alte-neue-donau-eventuell-nicht-wussten/> 1939170072 (Abfrage: 9.7.2022).

<sup>2</sup> Beachte die nach § 61 WRG 1959 öffentlich erklärten Privatgewässer.

<sup>3</sup> Soweit nicht die Bestimmungen des § 2 Abs 1 lit a und b entgegenstehen.



erstreckt sich gem ihres § 1 im Wesentlichen auf öffentliche fließende Gewässer sowie auf die in Anl 1 des SchFG angeführten öffentlichen Gewässer und Privatgewässer sowie darüber hinaus auf sonstige Privatgewässer. Demnach gilt sie nicht für stehende öffentliche Gewässer, sofern diese nicht in der Anl 1 des SchFG erwähnt werden. Die Alte Donau wurde zum für die Entscheidung des VwGH relevanten Zeitpunkt in Anl 1 nicht angeführt.

Den Ausführungen des Unternehmers, wonach die Alte Donau nach wie vor Teil der Donau sei, begegnete der VwGH mit dem Hinweis, dass die Alte Donau im Zuge der Donauregulierung bereits im Jahr 1870 vollständig vom Hauptstrom der Donau getrennt worden war. Daher ist die Alte Donau – entgegen der Auffassung des Veranstalters – nicht als Teil der Donau, sondern als eigenständiges Gewässer zu behandeln und teilt demgemäß auch nicht mehr das rechtliche Schicksal des Hauptstromes. Sie wird nicht mehr von der Donau, sondern vom Grundwasser gespeist und fließt auch nicht mehr. Ein stehendes Gewässer wird nach Ansicht des VwGH auch nicht allein deshalb zu einem fließenden Gewässer, weil es einen Zufluss und Abfluss besitzt, weisen doch die meisten Teiche und Seen einen Zufluss und Abfluss auf, ohne dass sie dadurch die Eigenschaft als stehendes Gewässer verlieren.<sup>4</sup> Bei der Alten Donau handelt es sich daher um ein eigenständiges, stehendes Oberflächengewässer.

Das WRG 1959 enthält auch keine Norm, die besagt, dass alle Gewässer, die bis 1934 als öffentlich galten, diese Eigenschaft auch im

zeitlichen Geltungsbereich des WRG 1959 beibehalten. Daher ist nach der Auffassung des VwGH auch die Begründung des VwG, die Alte Donau hätte durch ihre Abtrennung vom Hauptstrom ihre Eigenschaft als öffentliches Gewässer nicht verloren, verfehlt. Die Qualifikation eines Gewässers als öffentliches oder Privatgewässer ist vielmehr nach dem (aktuellen) WRG 1959 zu beurteilen. Demnach könnte die Alte Donau nur dann als öffentliches Gewässer qualifiziert werden, wenn sie kein Privatgewässer wäre, bspw wenn es sich um einen See oder Teich handeln würde. Als Seen gelten dabei natürliche Gewässer, als Teiche ablassbare künstliche Gewässer ohne lichtarme Tiefenzone.<sup>5</sup> Der VwGH hielt fest, dass die Alte Donau kein „künstlich geschaffenes“ Gewässer ist, weil als solche „ausschließlich anthropogen geschaffene Gewässer anzusehen sind, und nicht auch Gewässer, die durch hydromorphologische Veränderung, Verlegung oder Begrädnung eines bestehenden Gewässers entstanden sind“.<sup>6</sup> Da die Alte Donau aber durch Umgestaltung eines bereits an dieser Stelle bestehenden Gewässers – nämlich eines Armes des Donaustromes – geschaffen wurde, ist sie als See iSd § 3 Abs 1 lit d WRG 1959 und damit als Privatgewässer zu qualifizieren.

Bei der Alten Donau handelt es sich um ein eigenständiges, stehendes Gewässer. Nach Ansicht des VwGH ist sie als See iSd § 3 Abs 1 lit d WRG 1959 und somit als Privatgewässer zu qualifizieren. Mittlerweile erfolgte eine Klarstellung durch den Gesetzgeber, der die Alte Donau in die Anl 1 des SchFG aufnahm.<sup>7</sup>

*Stefanie Fasching*

<sup>4</sup> VwGH 24.5.2022, Ro 2021/03/0009.

<sup>5</sup> *Bachler* in *Oberleitner/Berger*, WRG<sup>4</sup> (2018) Vor § 1 Rz 12.

<sup>6</sup> VwGH 24.5.2022, Ro 2021/03/0009.

<sup>7</sup> Anl 1 Z 9, vgl BGBl I 2021/230.

#### Impressum

Herausgeber/Medieninhaber: Institut für Umweltrecht (IUR) der JKU Linz, Verein zur Förderung des Instituts für Umweltrecht, jeweils Altenberger Straße 69, 4040 Linz.

Redaktion: Univ.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Erika M. Wagner; Sen. Sc. Dr. Rainer Weiß

Hinweis: Es wird darauf hingewiesen, dass alle Angaben im IUR-Newsletter trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung der Herausgeber, der Redaktion oder sonstiger Personen ausgeschlossen ist.

Alle Rechte vorbehalten.