

G 21138 F
Art.-Nr. 56394003

ZfW

ZEITSCHRIFT FÜR WASSERRECHT

Deutsches und
internationales
Umweltschutzrecht
in den Bereichen
Wasser und Abfall

3 2010 Seiten 129-188
ZfW · 49. Jg. · ISSN 0722-8910



Carl Heymanns Verlag

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

Rechtsanwalt Lukas Andreas Wenderoth, Berlin

Die Unterhaltung von Gewässern und Anlagen der Landentwässerung (Melioration) nach dem neuen Wasserrecht 129

Mitteilungen

Energieversorgung und Umweltschutz – 25. Trierer Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht (*Gast*). 143

Entscheidungen

Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 10.9.2009 – Rs. C-206/08 – Dienstleistungskonzession – Leistungen der Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung 145

Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 20.4.2009 – 7 B 838/09 – Wasserrechtliche Verantwortlichkeit des Insolvenzverwalters 153

Oberverwaltungsgericht Münster, Beschluss vom 5.2.2009 – 9 A 3953/06 – Gebührenmaßstab für Unterhaltungsaufwand 159

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 27.6.2008 – 8 B 06.2340, 8 B 06.2314 – Wasserrechtliche Planfeststellung – Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen. 162

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 8.5.2008 – 22 B 06.3184 – Öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch – wasserrechtlich beschränkte Erlaubnis. 174

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 25.1.2008 – 22 N 04.3471 – Erforderlichkeit der Festsetzung eines Wasserschutzgebiets 178

Oberverwaltungsgericht Lüneburg, Urteil vom 30.1.2008 – 13 LB 162/05 – Unterhaltungsverband – Heranziehung zu Mindestbeitrag (nur LS) 185

Buchbesprechungen

Jarass, Bundesimmissionsschutzgesetz (*Müggenborg*). 187

Zeitschrift für Wasserrecht

Heft 3/2010

Abhandlungen

Die Unterhaltung von Gewässern und Anlagen der Landentwässerung (Melioration) nach dem neuen Wasserrecht.

Rechtsanwalt Lukas Andreas Wenderoth, Berlin

Auf Grund der Föderalismusreform I bekam der Bund im Jahre 2006 die Möglichkeit, bundeseinheitliche Regelungen zum Wasserhaushalt zu erlassen. Mit dem am 1.3.2010 in Kraft getretenen Gesetz zu Neuregelung des Wasserrechts¹ hat der Bund von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht und ein neues Wasserrecht in Kraft gesetzt, das das rahmenrechtlich ausgestaltete alte Wasserhaushaltsgesetz ablöst und durch bundeseinheitliche Vollregelungen ersetzt. Frühere landesrechtliche Regelungen gelten nach der Übergangsvorschrift des Art. 125 b Abs. 1 Satz 1 GG zunächst als Bundesrecht fort. Bisherige Vorschriften des Wasserhaushaltsgesetzes sowie landesrechtlich bewährte Regelungen sind in das einheitlich geltende Bundesrecht integriert worden. Vereinheitlicht wurden u. a. die großen Spielräume der Länder bei der Gewässer- und Anlagenunterhaltung. Dies wirkt sich insbesondere auf Gewässer und Anlagen aus, die der Landentwässerung im Allgemeinen oder der Landwirtschaft im Besonderen (Melioration) dienen. Insbesondere in den norddeutschen Bundesländern war umstritten, ob der Betrieb von Schöpfwerken eine Pflichtaufgabe der Gewässerunterhaltung darstellt, oder ob darin eine freiwillige, erlaubnispflichtige Gewässerbenutzung zu sehen ist.

I. Historische Entwicklung der Entwässerungsmelioration

Die Kultivierung großer Teile Norddeutschlands stand über Jahrhunderte vor dem Problem der Staunässe; durch Boden- und Geländebeschaffenheit konnte das Niederschlagswasser nur schlecht abfließen, was die Nutzbarkeit dieser Gebiete erheblich einschränkte. Bereits im frühen Mittelalter wurden Meliorationsgräben angelegt, die Bodenfeuchtigkeit

¹ Wasserhaushaltsgesetz (WHG), BGBl. I 2009, S. 2585.

durch eine gezielte Abführung des Wassers regulierten. Die seit dem Beginn der Neuzeit stark gestiegene Bevölkerungsdichte in den norddeutschen Ländern führte zu einem immer größer werdenden Landbedarf, der nur durch die Entwässerung von weiten Sumpf- und Morastgebieten gestillt werden konnte. Die Melioration solcher Flächen erforderte jedoch bereits erhebliches wasserbauliches Know-How, das seit Mitte des 17. Jahrhunderts hauptsächlich aus den Niederlanden kam – das Holländische Viertel in Potsdam und der Stadtkanal dort sind noch immer ein anschauliches Beispiel dieser Zeit. In Preußen fand diese Entwicklung mit der Kultivierung des Oderbruchs einen vorläufigen Höhepunkt, die Friedrich den Großen zu dem Wort inspirierte, er hätte im Frieden eine Provinz gewonnen.

Die Abführung der Bodennässe durch Gräben fand jedoch dort ihre technischen Grenzen, wo die Flächen unterhalb des Wasserspiegels der Oberflächengewässer lagen. Wiederum nach holländischem Vorbild wurden solche Flächen mit dem Einsatz von Schöpfwerken entwässert, die das Wasser aus den Meliorationsgräben auf das Niveau der natürlichen Gewässer heben; zunächst erfolgte dies durch Windenergie oder Wasserkraft, später durch elektrische Pumpen. In beiden deutschen Staaten wurden bis in die sechziger Jahre hinein mit hohem technischem Aufwand fast alle noch verbliebenen Luchgebiete drainiert. In der DDR geschah dies zumeist durch Meliorationsgenossenschaften, die die wasserbaulichen Anlagen herstellten und betrieben. Dabei handelte es sich zumeist um zwischenbetriebliche Einrichtungen von verschiedenen Landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften (LPG), die relativ selbständig mit eigenem Fonds und eigenem Plan wirtschafteten. Der Wirkungsbereich einer Meliorationsgenossenschaft war oft identisch mit einem Wassereinzugsgebiet und umfasste somit das Territorium mehrerer landwirtschaftlicher Betriebe. In aller Regel wurden die Anlagen ohne Genehmigung oder Zustimmung nach § 17 Wassergesetz-DDR erbaut und betrieben. Allein im Bundesland Brandenburg wurden auf diese Weise etwa 370 Schöpfwerke erbaut und betrieben. Bedingt durch den Zusammenbruch eines Großteils der LPGen lösten sich auch die Meliorationsgenossenschaften auf. Etwa 1,75 Millionen Hektar der landwirtschaftlichen Nutzfläche der ehemaligen DDR sind von der Funktion dieser Anlagen betroffen, im Bundesland Brandenburg werden insbesondere die Luchgebiete wie das Rhinluch melioriert und über die Wiesen- und Weidewirtschaft hinaus auch als Ackerland genutzt. Die hohen Kosten der Unterhaltung der Meliorationsgräben und insbesondere des Betriebes der Schöpfwerke lassen die weitere landwirtschaftliche Nutzung der betroffenen Flächen fraglich erscheinen.

II. Die Gewässerunterhaltung nach dem neuen Bundesrecht

Die nunmehr bundesrechtliche Gewässerunterhaltung wird seit dem 1.3.2010 in § 39 WHG (n. F.) geregelt und löst die alte Vorschrift in § 28 WHG (a. F.) ab, der als Rahmenvorschrift nur bundesrechtliche Mindestanforderungen an die Gewässerunterhaltung umriss. Beispielhaft konkretisiert § 39 Abs. 1 WHG (n. F.) den Umfang der Gewässerunterhaltung insbesondere als die Erhaltung des Gewässerbettes und der Ufer, auch zur Sicherung eines ordnungsgemäßen Wasserabflusses (Nr. 1, 2), die Erhaltung der Schiffbarkeit und der ökologischen Gewässerfunktionen (Nr. 3, 4) sowie die Erhaltung des Gewässers in einem Zustand, der hinsichtlich der Abführung von Wasser den wasserwirtschaftlichen Bedürfnissen entspricht (Nr. 5). Die Maßnahmen der Gewässerunterhaltung haben sich an den ökologischen Bewirtschaftungszielen des Wasserhaushaltsgesetzes auszurichten und sollen das Bild der Gewässerlandschaft berücksichtigen (§ 39 Abs. 2); sie finden daher so-

wohl auf natürliche als auch künstliche oder sonst veränderte (ausgebaute) Gewässer Anwendung (§ 39 Abs. 3). Fast wortgleich übernimmt das neue Wasserhaushaltsgesetz damit die Unterhaltungsregelungen seines Vorgängers und vieler Landeswassergesetze; der Gesetzgeber wollte hier den tradierten Umfang der Gewässerunterhaltung nur vereinheitlichen,² was insbesondere aus dem Lager der Umweltverbände kritisiert wurde.

Der Begriff der Unterhaltung ist kein *terminus technicus* des Bundes- oder Landeswasserrechts, sondern ist dem allgemeinen Sprachgebrauch entnommen.³ Danach wird Unterhaltung als »laufende Pflege aller dem Verschleiß ausgesetzten Teile einer Sache« verstanden. Diese Definition ist jedoch für die Belange des Wasserrechts kaum brauchbar. Selbst die neue Umschreibung in § 39 Abs. 1 WHG (n. F.) als »Pflege und Entwicklung« der Gewässers reicht nicht aus, um die Zielvorgaben in § 39 Abs. 2 WHG (n. F.) zu erfüllen. In historischer Hinsicht sind Unterhaltungspflichten traditionell wesentliche Bestandteile des Vorsorgeprinzips im Umweltrecht.⁴ Ihre Aufgabe besteht darin, die durch die Natur ermöglichte und vom Menschen künstlich beeinflusste physikalische und biologische Nutzbarkeit der Umweltgüter zu erhalten und schädlichen Umwelteinwirkungen vorzubeugen. Zudem sollen vermeidbare Beeinträchtigungen unterbleiben.⁵ Als öffentlich-rechtliche Verpflichtung ist die Gewässerunterhaltung im Interesse der Allgemeinheit auszuüben; der unmittelbare Schutz der Interessen Einzelner wird nur mittelbar verfolgt.⁶

Zu Recht wies der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Entwurf des neuen Wasserhaushaltsgesetzes daraufhin, dass schon die bisherige Praxis der Gewässerunterhaltung sich an den Erfordernissen des konkreten Gewässers ausrichtete, sodass gesetzliche Vorgaben hinsichtlich des Umfangs kaum sinnvoll erschienen; es komme auf die Einzelfall bezogene Bewirtschaftungsentscheidung für das jeweilige Gewässer an.⁷ Der Umfang der Unterhaltungslast ist daher in § 39 Abs. 1 Satz 2 WHG (n. F.) nur beispielhaft und als nicht abschließend zu verstehen. Unter weitgehender Übernahme der Vorgaben in den bisherigen Landeswassergesetzen wird nur der Kernbestand von Unterhaltungsmaßnahmen dargestellt, der die Grundlage der bundeseinheitlichen Regelung bildet.⁸

III. Entwässerungsgräben als Bezugsobjekte der Gewässerunterhaltung

Die Anwendbarkeit des Wasserhaushaltsgesetzes setzt voraus, dass die landwirtschaftlichen Meliorationsgewässer überhaupt vom Wasserrecht umfasst sind. Grundsätzlich gilt das Wasserrecht für alle oberirdischen Gewässer, jedoch ist es gem. § 2 Abs. 2 WHG den Ländern überlassen, Be- und Entwässerungsgräben auszunehmen. Als zu unterhaltende Gewässer kommen die einzelnen Entwässerungsgräben in Betracht, in die die Drainagerohre münden, die Hauptgräben und schließlich das vor dem Schöpfwerk liegende Ge-

2 BR-Drs. 280/09 v. 3.4.2009, S. 181 (Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Neuregelung des Wasserrechts).

3 *Martini*, Die Unterhaltung von Anlagen im Gewässerbereich nach dem Wassergesetz von Rheinland-Pfalz, S. 39.

4 Vgl. *Ossenbühl*, NVwZ 1986, S. 161, 162 ff.

5 BGH, Urt. v. 24.2.1994 – III ZR 4/93 –, BGHZ 125, 186, 191.

6 BVerwG, Urt. v. 14.12.1973 – IV C 50/71 –, BVerwGE 44, 235, 238; *Stüer/Hermanns*, Gewässerunterhaltung für Restseen im Braunkohlentagebau, VBl.NRW 2003, S. 41 m. w. N.

7 Stellungnahme des Bundesrates v. 15.5.2009, BR-Drs. 280/09, S. 22 ff.

8 BR-Drs. 280/09 v. 3.4.2009, S. 181 f. (Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Neuregelung des Wasserrechts).

wässer, aus dem das Wasser bei Betrieb des Schöpfwerks abgepumpt wird. Die Landeswassergesetze, die als Bundesrecht fortgelten, haben von der schon im alten Wasserhaushaltsgesetz gegebenen Befugnis recht einheitlich Gebrauch gemacht und Gewässer von untergeordneter Bedeutung ausgenommen. Beispielhaft sei hier § 2 Abs. 5 des Brandenburgischen Wassergesetzes (BbgWG) genannt; danach sind Drainageeinrichtungen von den Bestimmungen des Wasserhaushaltsgesetzes ausgenommen sind. Zwar sind Meliorationsgräben im weiteren Sinne auch als Drainageeinrichtungen zu bezeichnen, jedoch werden von § 2 Abs. 5 BbgWG nur »*künstlich geschaffene Anlagen (Robre), durch die Flächen entwässert werden und in denen das gesammelte Wasser vom natürlichen Wasserreislauf abgesondert wird*« umfasst.⁹ Diese Definition deckt sich im Wesentlichen mit der Fassung anderer Landeswassergesetze, die landwirtschaftliche Meliorationsgräben, die nur der Vorflut eines Grundstückes dienen, als Gewässer von untergeordneter Bedeutung ausnehmen. Allgemein kann jedoch in jedem Bundesland davon ausgegangen werden, dass ab dem Hauptgraben, der mehr als das Grundstück nur eines Eigentümers entwässert oder sonst eine wasserbaulich übergeordnete Funktion hat, das Wasserrecht anwendbar ist. In jedem Falle unterfällt der zum Schöpfwerk führende Graben den Regelungen des Wasserhaushaltsgesetzes, da bereits die Existenz einer solchen Anlage die Bedeutung des Gewässers für den örtlichen Wasserhaushalt impliziert. Dies wird auch von § 28 Nr. 1e WHG (n. F.) bestätigt, der die Bewirtschaftungsziele für Gewässer, die der Wasserregulierung oder Landesentwässerung dienen nur einschränkt, nicht aber völlig ausschließt. Gemäß § 39 Abs. 3 WHG (n. F.) sind auch künstliche oder ausgebaute Gewässer zu unterhalten.

IV. Die Erhaltung des ordnungsgemäßen Abflusses

Die wasserrechtliche Unterhaltung eines Gewässers umfasst auch die Erhaltung eines ordnungsgemäßen Wasserabflusses. Das von § 39 Abs. 1 Nr. 1 WHG verwandte Wort »Erhaltung« wird überwiegend definiert als »*Bewahrung, für das weitere Bestehen Sorge tragen*«. ¹⁰ Das Merkmal der Erhaltung wirkt sich demgemäß begrenzend auf den sachlichen Umfang der wasserrechtlichen Unterhaltung aus – die Bewahrung und im Falle einer nachteiligen Veränderung die Wiederherstellung des natürlichen oder künstlich geschaffenen status quo. ¹¹ Ziel der Erhaltung ist mithin die Sicherung des erreichten Zustands; dies gilt selbst dann, wenn der erreichte Zustand aus wasserwirtschaftlicher Sicht unzulänglich ist, aber längerfristig als ordnungsgemäß akzeptiert wurde. ¹²

Konkretisiert wird die Zielrichtung der Unterhaltungsmaßnahmen nach § 39 Abs. 1 Nr. 1 WHG (n. F.) durch das Wort »Abfluss«. »Fließen« wird definiert als die gewöhnliche Bewegung des Wassers im Wasserlauf nach Maßgabe der natürlichen Geländeverhältnisse. ¹³ Verfügt das Gelände über kein Gefälle fließt Wasser nicht. Gewässer ohne Abfluss sind stehende Gewässer ¹⁴ i. S. von § 3 Nr. 1 WHG (n. F.); bei stehenden Gewässern schei-

9 LT-Drs. 4/5052, Gesetzentwurf zur Änderung wasserrechtlicher Vorschriften v. 29.8.2007, S. 75.

10 *Wabrig*, Deutsches Wörterbuch, 8. Aufl., zu »Erhaltung«; Duden, zu »Erhaltung«.

11 *Kotulla*, Ökologische und zivilisatorische Belange der Gewässerunterhaltung und Gewässerabbau, LVK 1996, S. 356.

12 OVG Lüneburg, WuB 1970, 236; *Breuer*, Öffentliches und privates Wasserrecht, 3. Aufl., Rn. 632, 643.

13 BGH, ZfW 1974, 355, 356; vgl. auch den Begriff der »Vorflut« gem. § 114 PrWG.

14 *Czychowski/Reinhardt*, Wasserhaushaltsgesetz, § 1 (a. F.) Rn. 14.

det jedoch eine Unterhaltung im Interesse des Wasserabflusses aus.¹⁵ Dies wird auch bestätigt durch den Wortlaut § 28 Abs. 1 WHG i. d. F. der Bekanntmachung vom 12.11.1996¹⁶, in der die Gewässerunterhaltung insoweit als »...Erhaltung eines ordnungsgemäßen Zustands für den Wasserabfluss...« umschrieben wurde, was allgemein als Erhaltung des Gewässerbetts im Sinne einer Erhaltung des Abflussquerschnitts interpretiert wurde.¹⁷ Ausdrücklich bezieht sich die Erhaltung im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 1 WHG (n. F.) auf das Gewässerbett; allein dieses ist in dem als ordnungsgemäß angesehenen Zustand zu erhalten. Insbesondere fallen darunter Arbeiten wie die Beseitigung von Sandbänken, Schlamm- und Geröllablagerungen sowie von umgestürzten Bäumen und ähnlichen Abflusshindernissen, das Entkrauten und das Entfernen von Pflanzenteilen aus dem Gewässer sowie die Befestigung von Uferböschungen, soweit dies auch unter ökologischen Aspekten für die Aufrechterhaltung des bislang als ordnungsgemäß angesehenen Wasserabflusses erforderlich ist.

Der Betrieb eines Schöpfwerkes kommt aber nur dann in Betracht, wenn der Entwässerungsgraben keinen natürlichen Wasserabfluss hat, weil er unter dem Niveau der natürlichen Gewässer liegt. Die Abführung des Wassers ist dann nur durch die Pumparbeit der Schöpfwerke möglich; einen Abfluss im Rechtssinne hat der Entwässerungsgraben dann nicht. Auch wenn bei Vorhandensein eines Schöpfwerks die Abführung des Wassers nur durch dessen Betrieb erfolgen kann, umfasst § 36 Abs. 1 Nr. 1 WHG (n. F.) nicht den Betrieb einer technischer Anlagen, da dies nicht als Erhaltung des Abflussquerschnitts angesehen werden kann.

V. Gewässerunterhaltung als Abführung und Rückhaltung von Wasser

§ 39 Abs. 1 Nr. 5 WHG (n. F.) erweitert die Gewässerunterhaltung als Erhaltung des Gewässers in einem Zustand, der u. a. hinsichtlich der Abführung oder Rückhaltung von Wasser den wasserwirtschaftlichen Bedürfnissen entspricht. Bundesrechtlich ist damit erstmals eine Unterhaltungspflicht definiert worden, die den Erhalt eines bestimmten Wasserstandes durch Einwirkung auf das Wasser selbst zum Ziel hat. Das im Gewässer befindliche Wasser war bislang nicht Gegenstand der bundesrechtlichen Gewässerunterhaltung nach § 28 WHG (a. F.).¹⁸ Gleichwohl war auch nach dem alten Wasserrecht anerkannt, dass Einwirkungen auf das Wasser selbst auch Unterhaltungsmaßnahmen darstellen konnten und die Länder insoweit die Gewässerunterhaltung im Rahmen ihrer Landeswassergesetze ausdehnen konnten. So ergänzt die Pflicht zum Ausgleich der Wasserführung nach z. B. §§ 87 f. NordrhWestfWG oder § 77 BbgWG die Regelungen der Gewässerunterhaltung und schloss sogar einen Anlagenbetrieb zur Erreichung des gesetzlichen Ziels ein; natürliche periodische Schwankungen des Wasserstandes im Gewässer begründen jedoch keine Ausgleichspflicht.¹⁹ Wesentlich für die Entwässerungsmelioration ist jedoch der Betrieb von Schöpfwerken, der von den meisten Wassergesetzen der norddeutschen Länder als Unterhaltungsmaßnahme definiert wird.

15 Czychowski/Reinhardt, a. a. O., § 28 Rn. 21; Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, Wasserhaushaltsgesetz, § 28 (a. F.) Rn. 23.

16 BGBl. I, S. 1695, geändert durch Neubekanntmachung v. 19.8.2002 (BGBl. I, S. 3245).

17 Czychowski/Reinhardt, a. a. O., § 28 Rn. 18, 39; Breuer, Öffentliches und privates Wasserrecht, 3. Aufl., Rn. 643.

18 Czychowski/Reinhardt, a. a. O., § 28 (a. F.) Rn. 7.

19 Loger/Nögel, Brandenburgisches Wasserrecht, § 77 BbgWG.

VI. Unterschiedliche landesrechtliche Länderauffassungen zum Schöpfwerksbetrieb

In den Landeswassergesetzen der Länder Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Mecklenburg-Vorpommern sind die Schöpfwerke als Teil der Gewässerunterhaltung nicht wörtlich benannt, sondern als »Anlagen, die der Abführung des Wassers dienen« umschrieben.²⁰ Ohne Gegenmeinung sind damit u. a. Schöpfwerke gemeint, was für das Land Sachsen-Anhalt durch die Entscheidung des OVG Magdeburg²¹ vom 18.1.2001 bestätigt wurde. In Niedersachsen bezieht § 98 Abs. 2 Nr. 4 NdsWG die Gewässerunterhaltung auch auf Schöpfwerke mit der Formulierung »...*Unterhaltung und der Betrieb der Anlagen, die der Abführung des Wassers dienen...*«. Bei den Beratungen zum Niedersächsischen Wassergesetz herrschte Einigkeit, dass der Betrieb der Schöpfwerke zur Gewässerunterhaltung gehöre; die Nennung im Rahmen der Gewässerunterhaltung diene nur deklaratorischen Zwecken, insbesondere um die Betriebskosten der Schöpfwerke flächendeckend auf alle Mitglieder der Wasserverbände verteilen zu können und nicht nur auf die direkten Nutznießer des Betriebs.²² Auch das Landeswassergesetz von Mecklenburg-Vorpommern regelt den Schöpfwerksbetrieb in § 62 Abs. 1 Nr. 7 MecklVorpWG, wonach sich die Gewässerunterhaltung insbesondere darauf erstreckt, »...*Anlagen, die der Abführung des Wassers dienen, zu unterhalten und zu betreiben...*«. In gleicher Weise regelt das Wassergesetz des Landes Sachsen-Anhalt in § 102 Abs. 2 Nr. 4 SachsAnhWG den Schöpfwerksbetrieb als Gewässerunterhaltung: »...*die Unterhaltung und der Betrieb der Anlagen, die der Abführung des Wassers dienen; hierzu zählen auch Anlagen, die als Bestandteil des Gewässers dessen Ausbauzustand bestimmen und sichern...*«. In Schleswig-Holstein konkretisiert § 38 SchlHWG den Umfang der Gewässerunterhaltung, dort werden jedoch Schöpfwerke weder ausdrücklich genannt noch umschrieben. Dennoch wird das Landeswassergesetz Schleswig-Holsteins einstimmig dahingehend ausgelegt, dass der Schöpfwerksbetrieb als Gewässerunterhaltung gilt, da nur so der ordnungsgemäße Wasserabfluss erzielt werden kann.²³ Verdeutlicht wird dies in § 51 Abs. 1 Nr. 2 SchlHWG, der einzigen Regelung, die Schöpfwerke ausdrücklich erwähnt. Danach gewährt das Land Schleswig-Holstein einen Landeszuschuss für den Schöpfwerksbetrieb, wenn dies als Maßnahme der in § 38 SchlHWG geregelten Gewässerunterhaltung anzusehen ist.

Demgegenüber wählte Brandenburg mit seinem 1994 in Kraft getretenen Wassergesetz einen eigenen Weg, ohne dies allerdings ausdrücklich im Gesetz niederzulegen: Der Schöpfwerksbetrieb sei eine Maßnahme der Gewässerbewirtschaftung, nicht der Gewässerunterhaltung. In den Jahren 1994 bis 1995 war das insoweit zuständige Umweltministerium sogar der Auffassung, dass der Schöpfwerksbetrieb allein Sache der Anlageneigentümer sei, allenfalls eine freiwillige Aufgabe des zuständigen Wasserverbands und sogar einer wasserrechtlichen Genehmigung bedürfe.²⁴ Aufgrund des Änderungsgesetzes vom

20 Rehder, Niedersächsisches Wassergesetz, § 81 (a. F.) Rn. 3; v. Abrendstorff, Wasserrecht in Niedersachsen, S. 41; OVG Lüneburg, OVG E 25, 405, 408; Thiem, Landeswassergesetz Schleswig-Holstein, § 33 (a. F.) Rn. 7.

21 OVG Magdeburg, Urt. v. 18.1.2001 – 1 L 25/00 –, ZfW 2002, 113; »Schöpfwerke ... (sind) ... Anlagen der Wasserabführung, die dazu bestimmt sind, das Wasser abzuführen, das dem Gewässer nach den natürlichen Bodenverhältnissen gewöhnlich zufließt.«

22 Rehder, a. a. O.

23 Thiem, a. a. O.

24 Rundschreiben Bbg. Umweltministerium v. 21.7.1996 über Betrieb und Unterhaltung von Schöpfwerken.

22.12.1997 (Bbg.GVBl. I/1997, S. 168) wurde mit § 81 Abs. 2 BbgWG unter dem Titel »Kostenbeteiligung des Landes an der Unterhaltung der Gewässer« eine Bezuschussung des Schöpfwerksbetriebs eingeführt und in § 82 Satz 2 BbgWG die Unterhaltungslast dieser Anlagen den Wasserverbänden auferlegt. Dennoch sollte der Schöpfwerksbetrieb auch nach dieser Gesetzesänderung eine freiwillige, erlaubnispflichtige Maßnahme der Gewässerbewirtschaftung darstellen und nicht Gewässerunterhaltung; der Brandenburgische Landtag habe sich gegen das »niedersächsische Modell« entschieden.²⁵ Mit der Änderung des Wassergesetzes im Jahre 2004 (Bbg.GVBl. I/2005, S. 50) wurde in § 37 Abs. 1 BbgWG eine zusätzliche Genehmigungspflicht für die Beseitigung und Außerbetriebnahme von Schöpfwerken eingeführt.

Obwohl in Brandenburg eine Gesetzeslage besteht, die fast wörtlich der in Schleswig-Holstein entspricht, wird der Betrieb der Schöpfwerke in Brandenburg auch heute noch als fakultative Bewirtschaftung betrachtet, während er in allen anderen vergleichbaren Bundesländern als gesetzlich vorgeschriebene Unterhaltungsmaßnahme angesehen wird. Mit dem Inkrafttreten des neuen Wasserrechts gelten gem. Art. 125 b Abs. 1 Satz 1 GG die bisherigen Landeswassergesetze zunächst als Bundesrecht fort, mit der Folge, dass hinsichtlich des Schöpfwerksbetriebes in den einzelnen Ländern divergierendes Bundesrecht besteht. Wesentlich ist jedoch, dass die brandenburgische Sicht des Schöpfwerksbetriebes gegen die bundesrechtliche Neuregelung der Gewässerunterhaltung nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 WHG (n. F.) verstoßen dürfte.

VII. Der Schöpfwerksbetrieb als bundesrechtliche Gewässerunterhaltungsmaßnahme

Bereits die von § 39 Abs. 1 Nr. 5 WHG (n. F.) verwendete Formulierung »Abführung von Wasser« deutet auf die in den Landeswassergesetzen üblicherweise für den Schöpfwerksbetrieb verwendete Diktion »Anlagen, die der Abführung von Wasser dienen« hin. Anders als der allein schwerkraftbedingte »Abfluss« im Sinne von Nr. 1 umfasst die »Abführung« stets auch Ableitung des Wassers mittels Krafteinsatz technischer Anlagen.

Der Schöpfwerksbetrieb als Unterhaltungsmaßnahme zu Zwecken der Landentwässerung kommt jedoch nur in Betracht, wenn dies nicht im Widerspruch zu den in § 39 Abs. 2 WHG (n. F.) dargestellten Unterhaltungs- und Bewirtschaftungszielen steht. Zwar drängt sich durch die Formulierung der Norm ein Primat der ökologischen Gewässerverbesserung auf, jedoch wird dies durch den ausdrücklichen Verweis auf § 27 Abs. 2 i. V. m. § 28 Nr. 1e WHG (n. F.) wieder relativiert; für künstliche oder stark veränderte Gewässer gilt lediglich ein ökologisches Verschlechterungsverbot. Andererseits sind als einzige nicht ökologisch motivierte Unterhaltungsziele nur das Bild und der Erholungswert der Gewässerlandschaft genannt; insbesondere fehlt ein ausdrücklicher Verweis auf sonstige Belange des Allgemeinwohls, wie dies z. B. in § 37 Abs. 3 WHG (n. F.) enthalten ist. Jedoch war für die Gewässerunterhaltung nach altem Recht gesichert, dass es sich bei den in § 28 WHG (a. F.) genannten Zielen, die von § 39 Abs. 2 WHG (n. F.) fast wörtlich übernommen wurden, nur um besonders hervorgehobene Belange des Allgemeinwohls handelt; ein Abschluss der anderen von § 1 a WHG (a. F.) genannten Ziele war damit nicht bezweckt.²⁶

²⁵ Reinhardt (Bbg. Umweltministerium), Das Änderungsgesetz zum Bbg. Wassergesetz, WWT 1998, S. 17, 18; Loger/Nögel, Brandenburgisches Wasserrecht, 1. Aufl. 1998, Erläuterung zu § 81 Rn. 2.

²⁶ Czychowski/Reinhardt, a. a. O., § 28 Rn. 2, 23.

Die Unterhaltungsziele definieren sich auch nach dem neuen Wasserhaushaltsgesetz entsprechend des § 1 WHG.

Nach § 1 WHG (n. F.) sind die Gewässer als Bestandteil des Naturhaushalts so zu bewirtschaften, dass sie dem Wohl der Allgemeinheit und im Einklang mit ihm auch dem Nutzen Einzelner dienen. Bewirtschaftung ist daher im umfassenden Sinn der Gebrauch und Verbrauch des Wassers durch unmittelbare oder mittelbare menschliche Einwirkungen auf die Gewässer.²⁷ Im Rahmen dieses weiten programmatischen Formelkompromisses ist es zumindest denkbar, dass es die wasserwirtschaftlichen Belange des Allgemeinwohls auch erfordern, dass landwirtschaftliche Flächen entwässert werden können.²⁸ Adressat dieser Verpflichtung sind in erster Linie die Wasserbehörden, die mit dem Vollzug des Wasserrechts beauftragt sind und sonstige Stellen der öffentlichen Hand, die Wasserwirtschaft betreiben, insbesondere die Wasserverbände. Für Private hat die Vorschrift keine Bindungswirkung.²⁹ Zwar ist § 1 WHG als Grundsatznorm keine selbstständige Ermächtigungsgrundlage für behördliche Eingriffsmaßnahmen und die Gestaltung rechtlicher Verhältnisse, jedoch bedürfen die Grundsätze der Gewässerbewirtschaftung einer Konkretisierung und stehen deshalb über den einzelne Vorgänge ordnenden Vorschriften der Wassergesetze.³⁰ Sie fließen ein in den konkreten Vollzug der Wassergesetze und verpflichten die landesrechtlich bestimmten Wasserbehörden zu einer entsprechenden Ausrichtung ihrer Handlungen und müssen daher als Ermessensdirektive verstanden werden.³¹

Die Wasserbehörden der Länder sind (Sonder-)Ordnungsbehörden (§ 103 Abs. 2 BbgWG verweist z. B. direkt auf das Ordnungsbehördengesetz) und somit verpflichtet, Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren. Eine solche Gefahr kann in der Beeinträchtigung der Rechtsgüter der Allgemeinheit gesehen werden, insbesondere wenn eine Überflutung Ortschaften, Straßen etc. gefährdet oder deren Benutzung einschränkt. Selbst das Umweltministerium Brandenburgs sieht in solchen Fällen eine Verpflichtung zum Betrieb von Schöpfwerken. Zumindest bei unklarer Eigentumslage wären dann die Wasserverbände verpflichtet, die in ihrem Bereich existierenden Schöpfwerke zur akuten Gefahrenabwehr in Betrieb zu setzen.³² Da jedoch das Abpumpen von Wasser durch ein Schöpfwerk nach brandenburgischer Auffassung eine erlaubnispflichtige Gewässerbenutzung darstellt, wird den Wasserverbänden vom Umweltministerium empfohlen, vorab »Noterlaubnisse« für den Anlagenbetrieb zu beantragen. Dies führt zu dem wenig nachvollziehbaren Ergebnis, dass die Wasserverbände zumindest in Extremsituationen verpflichtet sind, Schöpfwerke zu betreiben, hierfür aber eine Erlaubnis benötigen. Das Existieren einer Rechtspflicht schließt jedoch im Allgemeinen das Erfordernis einer besonderen Erlaubnis aus. Wäre dagegen der Schöpfwerksbetrieb eine Maßnahme der Gewässerunterhaltung, stellte sich dieses Problem nicht, da Unterhaltungsmaßnahmen grundsätzlich genehmigungsfrei sind.³³

Über die akute Gefährdung von Rechtsgütern der Allgemeinheit, würde jedoch die umfassende Einstellung des Betriebs der Schöpfwerke auch zu einer Veränderung der Kul-

27 Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, a. a. O., § 1 a WHG Rn. 4.

28 Czychowski/Reinhardt, a. a. O., § 1 a (a. F.) Rn. 5.

29 Czychowski/Reinhardt, a. a. O., § 1 (a. F.) Rn. 4 f.

30 Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, a. a. O.; Czychowski/Reinhardt wie in Fn. 29.

31 Breuer, a. a. O., Rn. 70.

32 Rundschreiben des Brandenburgischen Umweltministeriums v. 21.7.1996.

33 Vgl. zum Genehmigungserfordernis Czychowski/Reinhardt, a. a. O., § 28 Rn. 2, § 3 Rn. 86–91.

turlandschaft und ihrer Nutzung führen; auch dies stellt eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne des Polizei- und Ordnungsrechts aller Länder dar. Das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit umfasst die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie der Einrichtungen des Staates. Den Kern der öffentlichen Sicherheit bilden alle Normen, d. h. Gesetze, Verordnungen und Satzungen, die zu einem bestimmten Verhalten oder Unterlassen verpflichten. Es kann sich dabei um Verhaltenspflichten gegenüber der Allgemeinheit handeln, z. B. aus unmittelbar geltenden Ge- oder Verbotsnormen. Da es hier jedoch letztlich um die Ausgestaltung gesetzlicher Regelungen geht, sind auch Grundrechte und Staatsziele einzubeziehen. Wenn die Verfassung die Existenz bestimmter Rechtsgüter für ordnungspolitisch erwünscht hält, so müssen die staatlichen Organe dafür sorgen, dass deren Existenz ermöglicht wird. Nach Art. 89 Abs. 3 GG ist auch in Bezug auf wasserwirtschaftliche Belange die Landeskultur zu wahren, nach Art. 39 Abs. 1 der Brandenburgischen Verfassung ist die gewachsene Kulturlandschaft besonders zu schützen. Kulturlandschaft ist dabei die durch die Handlungen des Menschen nutzbar gemachte Natur. Im Bundesland Brandenburg ist die Entwässerungsmelioration seit Jahrhunderten ein wesentlicher Bestandteil der Landeskultur. Bedingt durch die geografische und geologische Struktur des Landes ist es zur agrarischen Nutzung weiter Landesteile notwendig, die Feuchtgebiete (Luche) zu entwässern, was dort seit etwa 800 Jahren geschieht. Durch die Einstellung des Betriebs der Schöpfwerke würden die Entwässerungsgräben volllaufen und zu Stauwässern auf den Flächen führen. Wenn dieser Zustand selbst in den Sommermonaten fortbesteht, ist mit einer Versumpfung des Gebiets zu rechnen. Als Kulturlandschaft wären diese Flächen nicht mehr zu nutzen. Durch Grundgesetz und Brandenburgische Verfassung wird aber die gewachsene Kulturlandschaft geschützt. Für den Bereich der Gewässerunterhaltung wird diese verfassungsrechtliche Vorgabe auch in § 78 BbgWG konkretisiert: Danach ist Aufgabe der Gewässerunterhaltung u. a. die »...landeskulturelle Funktion der Gewässer zu erhalten...«. Die Umsetzung des Erhalts der Kulturlandschaft ist also eine Verpflichtung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften.³⁴ Auch die wasserwirtschaftlichen Interessen der Landwirtschaft galten bereits nach der alten Rechtslage als besonders zu berücksichtigende Belange des Wohls der Allgemeinheit.³⁵ Ob davon allerdings auch die erst nach 1945 intensiv entwässerten Gebiete umfasst werden, erscheint zumindest fraglich. Gleiches gilt, wenn das Unterlassen des Betriebs von Schöpfwerken nur zu einer hinnehmbaren Verzögerung des Beginns der landwirtschaftlichen Nutzung im Frühjahr führt.³⁶ Dort aber, wo die Entwässerungsmelioration das Bild und die Nutzungsmöglichkeit der Landschaft traditionell prägt und die dauernde Einstellung der Entwässerung eine deutliche Veränderung der Landschaft und ihrer Nutzung bedeuten würde, gebieten Grundgesetz und Länderverfassungen die Einbeziehung des Schöpfwerkbetriebes in die Gewässerunterhaltung. Dies wird auch nicht durch eine Abwägung mit ökologischen Aspekten insbesondere der gewünschten Renaturierung relativiert. Die ungeplante Beendigung der Entwässerung, die nicht durch gezielte Rückbaumaßnahmen flankiert wird, führt nur zu einer zerstörten Kulturlandschaft, was nicht mit einem renaturierten Zustand gleichgesetzt werden kann.

34 Vgl. *Martini*, a. a. O., S. 40.

35 LG Landshut, Urt. v. 22.2.1990, ZfW Sh. 1990, Nr. 128; *Czychowski/Reinhardt*, a. a. O., § 31 (a. F.) Rn. 19.

36 Insoweit richtig; Rundschreiben des Brandenburgischen Umweltministeriums v. 21.7.1996.

Unter dieser Maßgabe und angesichts des Gesetzauftrages in § 39 WHG sowie dem fortgeltenden § 78 BbgWG ist Aufgabe der wasserrechtlichen Unterhaltung, den Widmungs- und Normalzustand eines Gewässers zu erhalten oder wieder herzustellen, soweit dies ohne wesentliche Neugestaltung oder Ausbau möglich ist. Dieser Zustand ist kein zu rekonstruierender Urzustand, sondern orientiert sich an den existierenden Rahmenbedingungen. Angesichts dieser gesetzlichen Vorgaben ist mit der wasserrechtlichen Unterhaltung der Zustand anzustreben, der die pragmatisch beste ökologische Funktionsfähigkeit des Gewässers unter Berücksichtigung der Belange der öffentlichen Sicherheit und Ordnung unter den gegebenen Rahmenbedingungen gewährleistet. Soweit dies nur durch den Betrieb von Schöpfwerken erreicht werden kann, muss die Gewässerunterhaltung auch dies umfassen. Diese Auslegung trägt wesentlich zu der vom neuen Wasserhaushaltsgesetz geforderten Vereinheitlichung des Wasserrechts bei, da in allen anderen Bundesländern mit vergleichbarer Topografie der Betrieb der Schöpfwerke ohnehin als Maßnahme der Gewässerunterhaltung gilt. In Anbetracht der erheblichen Bedeutung der Melioration in Brandenburg würde damit ein erheblicher Beitrag zum Rechtsfrieden geleistet werden.

VIII. Die neue bundesrechtliche Anlagenunterhaltung

Mit dem neuen Wasserhaushaltsgesetz regelt der Bundesgesetzgeber nunmehr erstmals die Unterhaltung von Anlagen in, an und über Gewässern. § 36 Satz 1 WHG (n. F.) regelt in Anlehnung an bestehende landesrechtliche Vorschriften nunmehr die grundlegenden Anforderungen, die bei Errichtung, Betrieb, Unterhaltung und Stilllegung solcher zu beachten sind. Die Neuregelung soll dem häufig nicht unerheblichen Gefährdungspotenzial Rechnung tragen, das von derartigen Anlagen für Gewässer ausgehen kann.

Da der Anlagenbegriff auch in den meisten Landeswassergesetzen nicht konkretisiert wurde, stellt der Bundesgesetzgeber in § 36 Satz 2 WHG (n. F.) nunmehr eine Mindestdefinition des Anlagenbegriffs auf: bauliche Anlagen, Leitungen und Fähren. Gemäß Satz 3 sollen jedoch die ggf. weitergehenden landesrechtliche Vorschriften zur Konkretisierung des wasserrechtlichen Anlagenbegriffs ausdrücklich unberührt bleiben.³⁷ Bereits nach den Kommentierungen zum alten Wasserrecht galten als Anlagen alle Einrichtungen, die im weitesten Sinne ortsfest, also mit Grund und Boden verbunden sind.³⁸

Die in § 36 WHG (n. F.) geregelte Anlagenunterhaltung ist jedoch von der Gewässerunterhaltung nach § 39 WHG (n. F.) abzugrenzen. Die Unterhaltung eines Gewässers umfasst auch die Erhaltung und Instandsetzung von Anlagen im Gewässerbett sowie außerhalb des Wassers gelegene Baulichkeiten wie Böschungsbefestigungen, Ufermauern, etc., soweit dies für die Belange der Gewässerunterhaltung, z. B. zur Erhaltung des Wasserabflusses notwendig ist.³⁹ Da Schöpfwerke zum einen Baulichkeiten in oder am Gewässer darstellen, ihre Funktion aber der Erhaltung des Gewässerabflusses dient, galten sie bereits nach der alten Rechtslage allgemein als Sonderanlagen.⁴⁰ Zumindest in allen Ländern, in denen der Betrieb von Schöpfwerken als Unterhaltungsmaßnahme angesehen wurde,

37 BR-Drs 280/09 v. 3.4.2009, S. 177 (Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Wasserrechts).

38 Vgl. BayObLG, BayVBl. 1982, 313; *Czychowski/Reinhardt*, a. a. O., § 15 (a. F.) Rn. 8.

39 *Czychowski/Reinhardt*, a. a. O., § 28 (a. F.) Rn. 17 f., 52.

40 Vgl. Amtliche Begründung BbgWG zu § 82, S. 35; a. A. *Thiem*, Landeswassergesetz Schleswig-Holstein, § 49 LWG (a. F.) Rn 2. Der Autor vertritt die Auffassung, dass Schöpfwerke keine Sonderanlagen seien, da sie der Gewässerunterhaltung dienen, ohne dies näher zu definieren.

galt die Unterhaltung der Schöpfwerksgebäude als Annex zur Gewässerunterhaltung, die die landesgesetzliche Anlagenunterhaltung verdrängte.⁴¹

Die Unterhaltung einer Anlage im Rahmen des § 36 WHG (n. F.) hat so zu erfolgen, dass durch ihre Existenz oder ihren Betrieb keine Gefahren für das Gewässer ausgehen, d. h. ein ordnungsgemäßer Umweltzustand erhalten bleibt. Danach umfasst die Anlagenunterhaltung alle Maßnahmen der Instandsetzung, insbesondere Wartung, Reinigung, Pflege, Inspektion, und Reparatur der Anlage, soweit dies zum Schutz des Gewässers notwendig ist. Die wasserrechtliche Anlagenunterhaltung hat also grundsätzlich die Gewässerunschädlichkeit zu gewährleisten und deckt sich insoweit mit der zivilrechtlichen Verkehrssicherungspflicht.⁴² Die Anlagenunterhaltung gemäß § 36 WHG umfasst daher nicht die Erhaltung der technischen Funktionsfähigkeit einer Anlage.⁴³

Anders als die meisten bisherigen Wassergesetze benennt der neue § 36 WHG keinen Adressaten der Verpflichtung; unproblematisch kann hier jedoch auf die Handlungs- und Zustandsstörer des Ordnungsrechts Bezug genommen werden, also weitestgehend auf den Eigentümer oder Betreiber der Anlage. Da eine katastermäßige Neuvermessung und Abschreibung der von Meliorationsanlagen beanspruchten Flächen regelmäßig nicht erfolgte, stehen kleinere Schöpfwerke und sonstige wasserbauliche Anlagen heute regelmäßig im Eigentum des jeweiligen Grundeigentümers. Selbst wenn selbstständiges Anlageneigentum entstanden sein sollte,⁴⁴ ist dieses gem. § 12 Meliorationsanlagengesetz erloschen, d. h. das Schöpfwerk ist zum wesentlichen Bestandteil des Grundstücks geworden. Jedoch stehen Schöpfwerke, die im öffentlichen Interesse betrieben werden, d. h. deren Betrieb von der Gewässerunterhaltung umfasst wird, gemäß § 9 a Grundbuchbereinigungsgesetz⁴⁵ im Eigentum des Unterhaltungspflichtigen, zumeist der Wasser- und Bodenverbände. Das Grundstück auf dem das Schöpfwerk steht, ist von diesem gesetzlich angeordneten Eigentumsübergang des Schöpfwerksgebäudes nicht betroffen; nach dem Grundbuchbereinigungsgesetz ist rückwirkend zum 3.10.1990 nur selbstständiges, vom Grundstück unabhängiges Anlageneigentum entstanden. Dieses wird gem. § 9 Abs. 1 VermBerG i. V. m. § 1 SachenR-DV⁴⁶ zugunsten der unterhaltungspflichtigen Wasser- und Bodenverbände durch eine Grunddienstbarkeit an den Grundstücken, auf dem sich die Schöpfwerke befinden, abgesichert.

Auch für den Bereich der Anlagenunterhaltung zeigt sich die Unvereinbarkeit der Auffassung des brandenburgischen Umweltministeriums mit dem geltenden Bundesrecht. Gemäß § 82 Satz 2 BbgWG obliegt die Unterhaltung von Schöpfwerken, unabhängig davon, ob sie im öffentlichen Interesse oder rein privat betrieben werden, den Wasser- und Bodenverbänden. Nach Auffassung der Landesregierung⁴⁷ sei dies erforderlich, da von den Schöpfwerksbauten besondere Gefahren für die Gewässer in Folge ihrer Vernachläss-

41 Vgl. OVG Magdeburg, Urt. v. 18.1.2001 – 1 L 25/00 –, ZfW 2002, 113.

42 Vgl. Rundschreiben des Brandenburgischen Umweltministeriums v. 21.7.1996 über den Betrieb und die Unterhaltung von Schöpfwerken.

43 *Loger/Nögel*, Brandenburgisches Wasserrecht, § 82 BbgWG; Bbg. LT-Drs. 3/3861 v. 12.2.2002, Antwort der Landesregierung zum Landeswasserhaushalt.

44 Z. B. nach § 27 LPG-Gesetz oder § 459 Abs. 1 ZGB-DDR.

45 Grundbuchbereinigungsgesetz vom 20.12.1993 (BGBl. I, S. 3900) in der Fassung des Vermögensrechtsbereinigungsgesetzes – VermBerG – vom 20.10.1998 (BGBl. I, S. 3180, 3187).

46 Vermögensrechtsbereinigungsgesetzes – VermBerG – vom 20.10.1998 (BGBl. I, S. 3180, 3187) i. V. m. der Sachenrechts-Durchführungsverordnung vom 20.12.1994 (BGBl. I, S. 3900).

47 LT-Drs 3/3861 v. 12.2.2002, Antwort der Landesregierung zum Landeswasserhaushalt.

sigung ausgingen. Dem kann nicht gefolgt werden; die Schöpfwerke bedeuten für die Gewässer, an denen sie errichtet sind, keine höheren Gefahren als andere Baulichkeiten. Schöpfwerke, die im öffentlichen Interesse betrieben werden, stehen ohnehin im Eigentum der Wasser- und Bodenverbände und müssen sowohl nach § 36 WHG (n. F.) als auch nach § 82 Satz 1 BbgWG von diesen unterhalten werden. Für rein private Betreiber stellt § 82 Satz 2 BbgWG einen kaum zu rechtfertigenden Eingriff in das Eigentumsrecht dar. Aufgrund des landesrechtlichen Vorbehalts im letzten Satz von § 36 WHG wird diese Rechtslage auch durch das Inkrafttreten des neuen Wasserhaushaltsgesetzes nicht tangiert.

IX. Folgen der neuen bundesgesetzlichen Gewässerunterhaltung für das Land Brandenburg

Mit dem Inkrafttreten des neuen Wasserhaltsgesetzes am 1.3.2010 ist die Auffassung des Landes Brandenburg, dass der Betrieb der Schöpfwerke allein Sache der Anlageneigentümer sei, nicht mehr haltbar. Zumindest Schöpfwerke, deren Betrieb im öffentlichen Interesse steht, d. h. zur Abwehr von Gefahren für die Allgemeinheit aber auch zum Erhalt der Landeskultur in Form der tradierten agrarischen Nutzung erforderlich ist, sind von den Wasser- und Bodenverbänden im Rahmen ihrer Unterhaltungslast gem. § 39 WHG (n. F.) zu warten und in Funktion zu setzen.

In den meisten Fällen wird dies zu keiner Änderung der Betriebspraxis führen, da fast alle wichtigen Schöpfwerke in Brandenburg als freiwillige Verbandsaufgabe von den Wasser- und Bodenverbänden betreut werden. Auch wenn gem. Art. 72 Abs. 3 Satz 2 GG das neue Wasserhaushaltsgesetz dem älteren brandenburgischen Wassergesetz vorgeht, ist nur die Auslegung des Landeswassergesetzes zu ändern. In den 15 Jahren seiner Existenz sah sich Brandenburg bereits 1997, 2004 und 2009 genötigt, sein Wassergesetz hinsichtlich der Schöpfwerksproblematik anzupassen, so dass im Vergleich zu den anderen Bundesländern, die den Schöpfwerksbetrieb als Gewässerunterhaltung ansehen, kaum relevante Unterschiede in den Rechtsfolgen bestehen. Auch in Brandenburg ist man der Auffassung, dass nur die öffentlichen Körperschaften in der Lage seien, eine einheitliche, angemessene und effektive Gewässer- und Anlagenunterhaltung durchzuführen, § 79 BbgWG.⁴⁸ Dieser Gedanke wird in § 82 Satz 2 BbgWG weitergeführt, wonach die Unterhaltung von Schöpfwerksgebäuden ebenfalls ausschließlich den in § 79 BbgWG genannten öffentlichen Körperschaften obliegt. Viele Schöpfwerke werden im öffentlichen Interesse betrieben und dafür vom Land finanziell unterstützt, § 81 Abs. 2 BbgWG. Wesentlich ist jedoch die im Jahre 2004 eingeführte zusätzliche Genehmigungspflicht für die Beseitigung und Außerbetriebnahme von Schöpfwerken. Nach der Auffassung des Umweltministeriums⁴⁹ sei dies geboten, um die Auswirkungen der Außerbetriebnahme auf die an das Gewässer angrenzenden Landflächen zu kontrollieren. Die Versagung der Genehmigung zur Außerbetriebsetzung des Schöpfwerks führt zu einer faktischen Betriebspflicht. Insgesamt alles Folgen, die auch eine Gewässerunterhaltungsmaßnahme kennzeichnen.

X. Möglichkeiten zukünftiger abweichender Unterhaltungsregelungen

Der Betrieb von Schöpfwerken wird zwar durch das neue Wasserhaushaltsgesetz als Maßnahme der Gewässerunterhaltung anzusehen sein, jedenfalls wenn ein öffentliches Interes-

⁴⁸ Amtliche Begründung zu § 79 BbgWG, S. 34.

⁴⁹ Amtliche Begründung zum Gesetz zur Änderung des Brandenburgischen Wassergesetz v. 29.10.2003.

se daran besteht. In Anbetracht der den Ländern gem. Art. 72 Abs. 3 GG zugestandenen Abweichungskompetenz könnte das Land Brandenburg jedoch zukünftig ein Gesetz erlassen, dass den Betrieb der Schöpfwerke von der Gewässerunterhaltung ausdrücklich ausnimmt.

Die Gründe für eine mögliche Neuregelung sind vielfältig. Zum einen beträgt die Landesbeteiligung an den im öffentlichen Interesse betriebenen Schöpfwerken gem. § 81 Abs. 2 BbgWG nach dem Haushaltsplan 2008/2009 bereits 1.022.500,00 € pro Jahr.⁵⁰ Darüber hinaus gehören die Beiträge der brandenburgischen Landeigentümer für Wasser- und Bodenverbände bereits heute zu den höchsten in Deutschland. Mit der Erweiterung des Schöpfwerksbetriebs als Unterhaltungsmaßnahme zum Erhalt der Landeskultur werden diese Kosten noch weiter steigen, wodurch der politische Druck zur Erhöhung des Landeszuschusses deutlich wachsen wird. Zum anderen wird seit der Wende die Stilllegung einer großen Anzahl von Schöpfwerken von den Naturschutzverbänden gefordert, um so die betroffenen Flächen zu renaturieren. In seiner Stellungnahme zur Änderung des brandenburgischen Wassergesetzes vom 26.7.2006 war der NABU Brandenburg der Auffassung, dass die Landesbeteiligung zur Gewässerunterhaltung und zum Schöpfwerksbetrieb nach § 81 BbgWG ersatzlos zu streichen sei: Für die Kosten hätten allein die Vorteilsnehmer aufzukommen, lieber solle man Straßen höher legen, als den Wasserspiegel unbefristet mit Landesmitteln abzusenken.⁵¹

Anders als das zum 28.2.2010 außer Kraft getretene alte Wasserrecht regelt das neue Wasserhaushaltsgesetz keinen Mindeststandard mehr; § 28 Abs. 2 WHG (a. F.) sah z. B. nur eine landesrechtliche Erweiterung, nicht aber Einschränkung der bundesgesetzlichen Regelungen vor.⁵² Dies bedeutet, dass die Länder nunmehr auch landesgesetzliche Regelungen schaffen können, die die Vorgaben des neuen Wasserhaushaltsgesetzes unterschreiten können. Für die Abweichungskompetenz ordnet Art. 72 Abs. 3 Satz 2 GG an, dass im Verhältnis von Bundes- und Landesrecht das jeweils spätere Gesetz vorgeht. In der Literatur wird dies als »Ping-Pong-Gesetzgebung« bezeichnet. Ein vom Bundesrecht abweichendes Landesgesetz setzt das Bundesrecht für das Gebiet des betreffenden Landes nicht außer Kraft, sondern hat lediglich Anwendungsvorrang (»geht vor«). Novelliert der Bund sein Recht, z. B. um neue Vorgaben des EU-Rechts bundesweit umzusetzen, geht das neue Bundesrecht – als das spätere Gesetz – dem Landesrecht vor. Hebt der Bund sein Gesetz auf, gilt wieder das bisherige Landesrecht. Die Länder ihrerseits können auch von novelliertem Bundesrecht erneut abweichen (im Beispielsfall aber nur unter Beachtung des auch für die Länder verbindlichen EU-Rechts). Das Landesrecht geht dann wiederum dem Bundesrecht vor.

Im Bereich der Bewahrung von Landschaftselementen fehlt es jedoch weitestgehend an gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, so dass der Landesgesetzgeber die Gewässerunterhaltung nach eigener Interessenlage neu regeln kann. Obwohl die Landschaftsplanung mit der Erfassung und Bewertung der Schutzgüter von Natur und Landschaft sowie der Entwicklung von Zielprioritäten das zentrale raumbezogene und vorsorgeorientierte Planungsinstrument des Naturschutzes und der Landschaftspflege bildet, kommt den Ländern hier ein sehr weites Normsetzungsmessen zu. Bereits im Verfahren zur Änderung

50 Haushaltsplan 2008/2009, Band X, Einzelplan 10 (Umweltministerium), Titel 637 20.

51 NABU Brandenburg, Stellungnahme zum Entwurf des Brandenburgischen Wassergesetz v. 26.7.2006, S. 12.

52 Zur ehemaligen Rechtslage vgl. *Czychowski/Reinhardt*, a. a. O., § 28 (a. F.) Rn. 37.

des Grundgesetzes wurde daher der »unangemessen weite und konturenlose Gestaltungsspielraum der Länder im Rahmen der Abweichungsgesetzgebung« kritisiert.⁵³ Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts⁵⁴ steht dem Landesgesetzgeber gerade im Bereich des Naturschutzrechts ein weites Normsetzungsermessen zu, dass nur vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingeschränkt wird; danach seien die gegenüberstehenden Interessen des Natur- und Landschaftsschutzes einerseits und die Nutzungsinteressen der von Nutzungsbeschränkungen betroffenen Grundeigentümer auf der anderen Seite abzuwägen. Im Allgemeinen muss diese Würdigung der widerstreitenden Interessen auf der Ebene der überörtlichen Planung erfolgen.⁵⁵

Für den Betrieb von Schöpfwerken im Land Brandenburg bedeutet dies, dass die Ausgliederung des Betriebs von Schöpfwerken im öffentlichen Interesse aus der bundesrechtlichen Gewässerunterhaltung einer planerischen Entscheidung bedarf. Ausgehend von dem Fakt, dass die dauerhafte Einstellung der Absenkung des Wasserspiegels durch den – teilweisen – Verzicht auf Schöpfwerke zunächst nur die Kulturlandschaft zerstört und selbst langfristig gerade keine Renaturierung bewirkt, bedarf es einer nachhaltigen Planung. Nur in dieser Form kann die vom Bundesverwaltungsgericht geforderte Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen angemessen berücksichtigt werden; darüber hinaus ist in die Planentscheidung einzubeziehen, welche Anlage mit welchen Folgen für die Umwelt abgeschaltet werden kann und welche notwendigen Rückbau- und Renaturierungsmaßnahmen zu treffen sind. Dies bedeutet nicht, dass insbesondere die exzessiven Meliorationsmaßnahmen der DDR-Zeit für auf alle Ewigkeit das Landschaftsbild bestimmen sollen. Erforderlich ist eine sinnvolle planerische Entwicklung des Landes auch auf dem Gebiet der Melioration, wie dies bereits an einzelnen Standorten auch in Brandenburg durchgeführt wurde. Bis zum Vorliegen solcher maßnahmenbezogenen Pläne erfordert der Erhalt der gewachsenen Kulturlandschaft, den Betrieb der Schöpfwerke als Gewässerunterhaltungsmaßnahme gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 WHG anzusehen, da nur so der wasserwirtschaftlich geschuldete Erhalt des status quo der Gewässer erzielt werden kann.

XI. Fazit

Das neue Wasserhaushaltsgesetz erweitert gegenüber seinem Vorgänger den sachlichen Umfang der Gewässerunterhaltung. Durch den grundgesetzlichen Auftrag des Gesetzgebers bundeseinheitliche Vollregelungen auf dem Gebiet des Wasserrechts zu schaffen, war es notwendig, den über den alten rahmengesetzlichen Unterhaltungsstandard hinausgehenden wesentlichen Regelungsgehalt der Landeswassergesetze in das Bundesrecht zu integrieren. Zur Auslegung des neuen Wasserhaushaltsgesetzes ist daher auch die bisher herrschende Rechtspraxis der Länder einzubeziehen, da nur so ein bundeseinheitliches Wasserrecht überhaupt entstehen kann. Erst von dieser gemeinsamen Basis aus kommt die Abweichungskompetenz des Landesgesetzgebers überhaupt in Betracht.

53 Sachverständigenrat für Umweltfragen, Der Umweltschutz in der Föderalismusreform, S. 19.

54 BVerwG, Beschl. v. 29.1.2007 – 7 B 68.06 –, Urt. v. 11.12.2003 – 4 CN 10.02 –, BVerwGE 119, 312.

55 BVerwG, Beschl. v. 29.1.2007 – 7 B 68.06 –.

Mitteilungen

Energieversorgung und Umweltschutz – 25. Trierer Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht

Vom 30.8. bis 1.9.2009 veranstaltete das Institut für Umwelt- und Technikrecht der Universität Trier unter der Leitung von Prof. Dr. *Peter Marburger* das 25. Trierer Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht. Die diesjährige Veranstaltung stand unter dem Motto »Energieversorgung und Umweltschutz«. Der Einladung der Direktoren Prof. Dr. *Reinhard Hendler*, Prof. Dr. *Peter Marburger*, Prof. Dr. *Peter Reiff* und Prof. Dr. *Meinhard Schröder* folgten etwa 130 Teilnehmer aus Wissenschaft und Praxis.

Prof. Dr. *Marc O. Bettzüge* von der Universität zu Köln führte mit seinem Vortrag »Energemix 2030 – Ökonomische und politische Bestimmungsfaktoren, Grundlagen der zukünftigen Energieversorgung« in die Thematik ein. Den Schwerpunkt bildete hierbei die Erläuterung verschiedener Szenarien zur künftigen Entwicklung der weltweiten Energieversorgung unter Beachtung staatlicher Fördermaßnahmen und Marktpreismechanismen. *Bettzüge* plädierte insbesondere für eine Standortoptimierung der regenerativen Energien durch eine harmonisierte europäische Förderpolitik.

Anschließend erläuterte Prof. Dr. *Matthias Ruffert*, Universität Jena, die »Vorgaben des Europarechts und nationale Gestaltungsspielräume«. Hierbei ging er insbesondere auf die im Vertrag von Lissabon enthaltenen energiepolitischen Ziele und Energiekompetenzen ein. Zudem wies er darauf hin, dass ein Ausstieg Deutschlands aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie auch in Zukunft möglich sei.

In der nachfolgenden Diskussion wurden in erster Linie Fragen der Finanzierung und der ökonomischen Effizienz der zukünftigen Energieversorgung sowie die Erforderlichkeit einer stärkeren staatlichen Aufsicht im Bereich der Energiewirtschaft besprochen.

Der Vortrag von Prof. Dr. *Peter Salje*, Universität Hannover, trug den Titel »Versorgungssicherheit, Preiswürdigkeit und Umweltverträglichkeit der Energieversorgung als zentrale Forderungen des Energiewirtschaftsrechts – Wettbewerbsfähigkeit?«. Er kam zu dem Ergebnis, dass neben der Regulierung auch die Wettbewerbsfähigkeit der Energieabnehmer ein Anliegen des EnWG sei. Um die Belastung der energieintensiven Industrie durch hohe Strompreise zu reduzieren, forderte er kürzere Lieferverträge und eine Neuregelung der Industriestromversorgung im EnWG.

Rechtsanwalt Dr. *Christian Theobald* aus Berlin befasste sich mit dem Thema »Die erneuerbaren Energien im System des Energierechts«. Sein Vortrag gab einen Überblick über das Recht der erneuerbaren Energien und dessen Verhältnis zum EnWG sowie zum Konzessionsvertragsrecht. Konzessionsverträge seien geeignet, auf kommunaler Ebene regenerative Energien über die gesetzlichen Vorgaben hinaus zu fördern.

Prof. Dr. *Georg Hermes*, Universität Frankfurt a. M., beschäftigte sich vor Abschluss des ersten Tages mit »Sicherheit, Zuverlässigkeit und Ausbau der Leitungsnetze«. Einleitend erläuterte er die Verpflichtungen der Netzbetreiber nach § 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG und vertrat die Ansicht, dass die Pflicht zum bedarfsgerechten Ausbau der Netze auch den Neubau erfasse. Danach stellte er fest, dass der klimapolitisch motivierte Strukturwandel der europäischen und nationalen Energieversorgung eine Anpassung der Leitungsnetze erfordere. Aufgrund dessen sei eine in Kooperation zwischen Netzbetreibern,

Exekutive und Politik aufgestellte energiewirtschaftliche Bedarfsplanung zwingend notwendig.

In der anschließenden Diskussion war vor allem die Möglichkeit einer Beschränkung langfristiger Lieferverträge und einer Risikoverringerung für industrielle Eigenkraftwerke Gegenstand der Betrachtungen. Darüber hinaus setzten sich die Diskussionsteilnehmer auch mit der Investitionspflicht der Netzbetreiber auseinander.

Den zweiten Tag eröffnete Rechtsanwalt Dr. *Dieter Sellner* aus Berlin mit Ausführungen zu »Stromerzeugung und Klimaschutz: Perspektiven des Kernenergierechts«. Zunächst ging er auf die wesentlichen Änderungen des Atomgesetzes sowie die verschiedenen Möglichkeiten einer Laufzeitverlängerung ein. Rechtlich umstritten sei insbesondere die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Restrisiko weiter vermindert werden müsse. Des Weiteren wies er im Rahmen der Endlagerproblematik darauf hin, dass das atomrechtliche Planfeststellungsverfahren mit einer gebundenen Entscheidung abschließe und der Behörde daher keine Möglichkeit einer Alternativenprüfung offenstehe.

Prof. Dr. *Johann-Christian Pielow*, Universität Bochum, referierte über die »Rechtsfragen der Abscheidung und Speicherung von CO₂ – Carbon Capture and Storage (CCS)«. Nach einem Überblick zu den Rahmenbedingungen und der Technologie erörterte er die Anforderungen der neuen RL 2009/31/EG, des geltenden deutschen Rechts sowie des Entwurfs eines CO₂-Speichergesetzes (KSpG-E). Als problematisch sah er vor allem die rechtliche Behandlung konkurrierender Nutzungen an. *Pielow* forderte eine Anlehnung des deutschen Speichergesetzes an die Regelungen des BBergG.

Im letzten Vortrag beschäftigte sich Prof. Dr. *Martin Burgi*, Universität Bochum, mit der rechtlichen Beurteilung der Frage »Kostenlose Zuteilung oder Versteigerung von Emissionsberechtigungen (Emissionszertifikaten)?«. Nach einer Einführung in die Funktionsweise des europäischen Emissionshandelssystems besprach er die Einordnung der teilentgeltlichen Abgabe von Zertifikaten in das deutsche Finanzverfassungsrecht. Außerdem war die Vereinbarkeit der Versteigerungsoption mit den EU-Grundrechten Gegenstand seiner Betrachtungen.

Die anschließende Diskussion behandelte im Schwerpunkt die Frage, ob eine Versteigerung mit dem Grundrecht auf Eigentum vereinbar ist. Darüber hinaus wurde auch die Thematik der Haftung und des Verantwortungsübergangs im Rahmen der CCS-Technologie erörtert.

Zum Schluss stellte Prof. Dr. *Peter Marburger* fest, dass mit der diesjährigen Tagung das weite Feld des Energieumweltrechts durch äußerst informative Vorträge und angeregte Diskussionen aufgearbeitet werden konnte und richtete seinen Dank an alle Vortragenden, Teilnehmer sowie Organisatoren.

Ina Gast, Wiss. Mitarbeiterin am IUTR, Trier

Entscheidungen

Art. 1 Richtlinie 2004/17/EG*

Bei einem Vertrag über Dienstleistungen genügt der Umstand, dass eine unmittelbare Entgeltzahlung des öffentlichen Auftraggebers an den Auftragnehmer nicht erfolgt, sondern der Auftragnehmer das Recht erhält, Entgelte von Dritten zu erheben, um den betreffenden Vertrag als »Dienstleistungskonzession« i. S. des Art. 1 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste einzuordnen, wenn das vom öffentlichen Auftraggeber eingegangene Betriebsrisiko aufgrund der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung der Dienstleistung von vornherein zwar erheblich eingeschränkt ist, der Auftragnehmer aber dieses eingeschränkte Risiko in vollem Umfang oder zumindest zu einem erheblichen Teil übernimmt.

Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 10.9.2009 – Rs. C-206/08 –

[1] Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung des Begriffs »Dienstleistungskonzession« i. S. der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. L 134, S. 1).

[2] Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen dem Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (im Folgenden: WAZV Gotha) und der Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (im Folgenden: Eurawasser) über die Vergabe von gemeinwirtschaftlichen Leistungen der Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung.

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

[11] Den Akten ist zu entnehmen, dass es sich beim WAZV Gotha um einen Verband von Gemeinden handelt, dem kraft bestimmter deutscher Rechtsvorschriften die Trinkwasserversorgung und die Abwasserbeseitigung für die Bevölkerung in seinem Verbandsgebiet obliegt.

[12] Im Rahmen eines 1994 geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrags hatte der WAZV Gotha der Stadtwirtschaft Gotha GmbH (im Folgenden: SW Gotha) sämtliche technischen, kommerziellen und administrativen Leistungen auf dem Gebiet der Wasserversorgung übertragen. Da dieser Vertrag im Laufe des Jahres 2008 auslief, beabsichtigte der WAZV Gotha, die SW Gotha als Mitglied aufzunehmen, um sie weiterhin mit der Geschäftsbesorgung zu betrauen. Die Aufsichtsbehörden lehnten jedoch unter Berufung auf die Vergabebestimmungen die Aufnahme der SW Gotha in den WAZV Gotha ab.

[13] Da der WAZV Gotha die Aufgaben nach wie vor von Dritten wahrnehmen lassen wollte, beschloss er, eine Konzession für die Trinkwasserversorgung und die Abwasserbeseitigung zu vergeben. Hierzu leitete er im September 2007 ein nicht förmliches Vergabe-

* Quelle: <http://curia.europa.eu>.

verfahren ein und entschied sich damit gegen ein förmliches Vergabeverfahren i. S. der §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Gleichwohl veröffentlichte der WAZV Gotha im ABL. der EU vom 19.9.2007 unter der Referenznummer 2007/S 180-220518 eine Bekanntmachung.

[14] In der Bekanntmachung wurden die Vergabe einer Dienstleistungskonzession für die Trinkwasserversorgung und die Abwasserbeseitigung im Verbandsgebiet des WAZV Gotha für die Dauer von 20 Jahren angekündigt und interessierte Unternehmen zur Einreichung von Bewerbungen aufgefordert.

[15] Die Vergabebekanntmachung und die zugehörigen Vertragsentwürfe sahen vor, dass der Konzessionär die genannten Leistungen auf der Grundlage privatrechtlicher Verträge in eigenem Namen und auf eigene Rechnung gegenüber den im Verbandsgebiet des WAZV Gotha ansässigen Nutzern erbringt und hierfür von den jeweiligen Nutzern ein entsprechendes Entgelt erhält.

[16] Der Konzessionär sollte das Recht haben, die Entgelte für die geleisteten Dienste nach billigem Ermessen selbst zu bestimmen und alleinverantwortlich festzusetzen. Diese Befugnis war jedoch insoweit beschränkt, als bis zum 31.12.2009 die im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung gültigen Entgelte zu erheben waren und danach die Entgelte den Vorgaben des Thüringer Kommunalabgabengesetzes entsprechen mussten.

[17] Die Vergabebekanntmachung und die zugehörigen Vertragsentwürfe sahen ferner vor, dass die technischen Anlagen zur Wasserversorgung und zur Abwasserbeseitigung im Eigentum des WAZV Gotha verbleiben und an den Konzessionär verpachtet werden, wobei Letzterer den Pachtzins bei der Berechnung des von den Nutzern erhobenen Entgelts für die Dienstleistungen berücksichtigen darf. Die Instandhaltung der betreffenden Anlagen oblag dem Konzessionär.

[18] Der WAZV Gotha verpflichtete sich, im Wege einer Satzung einen Anschluss- und Benutzungszwang an das System der Wasserversorgung und der Abwasserbeseitigung auszusprechen. Der Konzessionär hatte jedoch keinen Anspruch darauf, dass dieser Zwang in jedem Einzelfall auch vollzogen wird.

[19] Schließlich verpflichtete sich der WAZV Gotha, von ihm empfangene öffentliche Zuwendungen im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten an den Konzessionär weiterzuleiten.

[20] In der Vergabebekanntmachung war als Schlusstermin für den Eingang von Teilnahmeanträgen der 8.10.2007 angegeben. Mit Schreiben vom 4.10.2007 rügte Eurawasser die Absicht des WAZV Gotha, die betreffenden Dienstleistungen nicht im Rahmen einer förmlichen Ausschreibung eines Dienstleistungsauftrags, sondern im Wege einer Dienstleistungskonzession zu vergeben.

[21] Die Eurawasser reichte ihren Teilnahmeantrag am 8.10.2007 ein. SW Gotha und die Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (im Folgenden: WAL) nahmen ebenfalls an dem Wettbewerb teil und wurden vom WAZV Gotha zur Abgabe eines Angebots aufgefordert. Insgesamt lagen bei Ablauf der in der Vergabebekanntmachung festgelegten Frist acht Teilnahmeanträge vor.

[22] Der WAZV Gotha wies die Rüge von Eurawasser mit Schreiben vom 9.10.2007 zurück. Nachdem weitere Eingaben vom 19.10. und 23.11.2007 erfolglos geblieben waren, leitete Eurawasser bei der zuständigen Vergabekammer ein Nachprüfungsverfahren ein und trug vor, dass der WAZV Gotha ein unzutreffendes Vergabeverfahren gewählt habe.

[23] Mit Beschluss vom 24.1.2008 entschied die Vergabekammer, dass es sich hier tatsächlich um einen Dienstleistungsauftrag handle und der WAZV Gotha ein förmliches Vergabeverfahren hätte durchführen müssen, weshalb das Verfahren in den Stand vor Vergabebekanntmachung zurückzusetzen sei.

[24] Gegen diesen Beschluss erhob der WAZV Gotha Beschwerde vor dem zuständigen Thüringer OLG.

[25] SW Gotha und der WAL wurden als Streithelfer zu diesem Verfahren zugelassen.

[26] Unter diesen Umständen hat das Thüringer OLG beschlossen, das Verfahren aussetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Ist ein Vertrag über Dienstleistungen (hier über Leistungen der Wasserversorgung und Abwasserbehandlung), nach dessen Inhalt eine unmittelbare Entgeltzahlung des öffentlichen Auftraggebers an den Auftragnehmer nicht erfolgt, sondern der Auftragnehmer das Recht erhält, privatrechtliche Entgelte von Dritten zu erheben, allein aus diesem Grund als Dienstleistungskonzession i. S. des Art. 1 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 2004/17 – in Abgrenzung zum entgeltlichen Dienstleistungsvertrag i. S. von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und d der Richtlinie – einzuordnen?

2. Falls die erste Vorlagefrage mit nein zu beantworten ist, liegt bei Verträgen der in der ersten Vorlagefrage beschriebenen Art eine Dienstleistungskonzession vor, wenn das mit der fraglichen Dienstleistung aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung (Anschluss- und Benutzungszwang; Preiskalkulation nach dem Kostendeckungsprinzip) verbundene Betriebsrisiko von vornherein, also auch dann, wenn der öffentliche Auftraggeber die Leistung selbst erbringen würde, zwar erheblich eingeschränkt ist, der Auftragnehmer aber dieses eingeschränkte Risiko in vollem Umfang oder zumindest ganz überwiegend übernimmt?

3. Falls auch die zweite Vorlagefrage verneint wird, ist Art. 1 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie dahin auszulegen, dass das mit der Erbringung der Leistung verbundene Betriebsrisiko, insbesondere das Absatzrisiko, qualitativ demjenigen nahe kommen muss, das üblicherweise unter den Bedingungen eines freien Marktes mit mehreren konkurrierenden Anbietern besteht?

Zur Zulässigkeit

[27] Der WAZV Gotha macht geltend, dass das Vorabentscheidungsersuchen unzulässig sei, da die Antwort auf die erste Frage aus der Definition der Dienstleistungskonzession in Art. 1 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 2004/17 und der Rechtsprechung des Gerichtshofs eindeutig hervorgehe. Ein Auslegungsbedürfnis bestehe daher nicht. Der WAL trägt im Kern das Gleiche vor.

[28] SW Gotha führt aus, dass die Vorlagefragen für die Entscheidung des vorlegenden Gerichts nicht erheblich seien, da der Ausgangsrechtsstreit ohne Antwort auf diese Fragen entschieden werden könne. Der WAZV Gotha habe nämlich ein Vergabeverfahren durchgeführt, das selbst dann ordnungsgemäß sei, wenn die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Verträge als Dienstleistungsaufträge, die der Richtlinie 2004/17 unterfielen, einzuordnen seien.

[29] Demgegenüber hält die Kommission der Europäischen Gemeinschaften das Vorabentscheidungsersuchen für zulässig. Wie sich aus dem Vorlagebeschluss ergebe, erachte das nationale Gericht die auf die Abgrenzung zwischen den Begriffen des Dienstleistungsauftrags und der Dienstleistungskonzession abzielenden Vorlagefragen für unerlässlich, um über die Zulässigkeit der vor ihm anhängigen Beschwerde zu entscheiden.

[30] Nach Einreichung des Vorabentscheidungsersuchens hat der WAZV Gotha am 4.9.2008 beschlossen, das Vergabeverfahren, das den Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits bildet, aufzuheben.

[31] Im Anschluss an diese Aufhebung hat die Eurawasser ihren Nachprüfungsantrag geändert, aber nicht zurückgenommen. Eurawasser beantragt nunmehr, festzustellen, dass sie durch das aufgehobene Verfahren in ihren Rechten auf Einhaltung der Vorschriften über die Vergabe von Aufträgen aus den §§ 97 ff. GWB verletzt ist.

[32] Mit Schreiben vom 24.12.2008 hat das vorlegende Gericht dem Gerichtshof mitgeteilt, dass es sein Vorabentscheidungsersuchen aufrechterhalte. Für seine Entscheidung über den geänderten Nachprüfungsantrag benötige es nämlich schon deswegen weiterhin eine Antwort auf die Vorlagefragen, weil Dienstleistungskonzessionen nicht in den Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB fielen und die Änderung des Nachprüfungsantrags folglich keine Auswirkung darauf habe, dass die Befassung der Stellen, die für die Nachprüfung der Einhaltung der für öffentliche Aufträge geltenden Verfahren zuständig seien, d. h. der Vergabekammer und des Vergabesenaats, unzulässig sei, wenn der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Vertrag als Dienstleistungskonzession eingestuft werden sollte.

[33] Hierzu hat der Gerichtshof entschieden, dass im Rahmen seiner Kooperation mit den nationalen Gerichten nach Art. 234 EG nur das nationale Gericht, das mit dem Rechtsstreit befasst ist und in dessen Verantwortungsbereich die zu erlassende Entscheidung fällt, im Hinblick auf die Besonderheiten der Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof vorzulegenden Fragen zu beurteilen hat. Daher ist der Gerichtshof grundsätzlich gehalten, über ihm vorgelegte Fragen zu befinden, wenn diese die Auslegung des Gemeinschaftsrechts betreffen (vgl. u. a. Urt. v. 23.4.2009, *Rüffler*, C-544/07, Slg. 2009, I-0000, Rn. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[34] Der Gerichtshof hat auch entschieden, dass es ihm ausnahmsweise obliegt, zur Prüfung seiner eigenen Zuständigkeit die Umstände zu untersuchen, unter denen er vom nationalen Gericht angerufen wird. Die Entscheidung über eine Vorlagefrage eines nationalen Gerichts kann nur dann abgelehnt werden, wenn die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn der Gerichtshof nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine sachdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind (vgl. u. a. Urt. *Rüffler*, Rn. 37 und 38 und die dort angeführte Rechtsprechung).

[35] In seiner Vorlageentscheidung wie auch in seinem Schreiben vom 24.12.2008 hat das vorlegende Gericht klar zum Ausdruck gebracht, warum es die von ihm gestellten Fragen für erheblich hält und die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits seiner Auffassung nach von der Antwort auf diese Fragen abhängt. Angesichts dieser Erläuterungen erscheinen die Vorlagefragen weder hypothetisch noch losgelöst vom Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits.

[36] Somit sind die Vorlagefragen zulässig.

Zu den Vorlagefragen

Vorbemerkungen

[37] Vorab ist klarzustellen, dass der WAZV Gotha nach Aktenlage unter die Definition des öffentlichen Auftraggebers in Art. 2 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2004/17 fällt und

es sich bei besagtem öffentlichen Auftraggeber um eine der Kategorien von Auftraggebern handelt, für die diese Richtlinie nach ihrem Art. 2 Abs. 2 Buchst. a gilt.

[38] Das Ausgangsverfahren fällt ferner nach ihrem Art. 4 unter die Richtlinie 2004/17, da der betroffene öffentliche Auftraggeber, nämlich der WAZV Gotha, eine Tätigkeit im Bereich der Trinkwasserversorgung und der Ableitung von Abwässern ausübt.

[39] Die Richtlinie 2004/17 ist in zeitlicher Hinsicht auf den Ausgangsrechtsstreit anwendbar, da die in ihrem Art. 71 festgesetzte Frist für ihre Umsetzung am 31.1.2006 abgelaufen war und das Vergabeverfahren, um das es im Ausgangsrechtsstreit geht, im September 2007 eingeleitet wurde.

[40] Es ist darauf hinzuweisen, dass eine Definition der Dienstleistungskonzession in Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/17 in das Gemeinschaftsrecht aufgenommen wurde. Sie fehlte in den früheren einschlägigen Richtlinien, insbesondere der Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14.6.1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 199, S. 84).

[41] In Art. 18 der Richtlinie 2004/17 hat der Gemeinschaftsgesetzgeber klargestellt, dass diese Richtlinie nicht für Dienstleistungskonzessionen gilt, die von Auftraggebern vergeben werden, die u. a. Tätigkeiten im Wassersektor ausüben.

[42] Außerdem ist daran zu erinnern, dass die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S. 114) für ihren eigenen Anwendungsbereich in ihrem Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und 4 Definitionen des »öffentlichen Auftrags« und der »Dienstleistungskonzession« enthält, die im Wesentlichen mit den entsprechenden Definitionen in Art. 1 Abs. 2 Buchst. a und 3 Buchst. b der Richtlinie 2004/17 übereinstimmen.

[43] Aufgrund dieser Übereinstimmung müssen bei der Auslegung der Begriffe des Dienstleistungsauftrags und der Dienstleistungskonzession in den jeweiligen Anwendungsbereichen der oben genannten Richtlinie die gleichen Erwägungen zugrunde gelegt werden.

[44] Wird der Vorgang, um den es im Ausgangsverfahren geht, als »Dienstleistungsauftrag« im Sinne der Richtlinie 2004/17 eingestuft, muss der betreffende Auftrag folglich grundsätzlich nach den Verfahren vergeben werden, die in den Art. 31 und 32 dieser Richtlinie vorgesehen sind. Wird der Vorgang dagegen als Dienstleistungskonzession angesehen, gilt die Richtlinie 2004/17 nach ihrem Art. 18 nicht für ihn. In diesem Fall unterläge die Vergabe der Konzession gleichwohl den Grundregeln des EG-Vertrags im Allgemeinen sowie dem Gleichbehandlungsgrundsatz, dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und der daraus folgenden Transparenzpflicht im Besonderen (vgl. i. d. Sinne Urt. v. 7.12.2000, *Telaustria und Telefonadress*, C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Rn. 60 bis 62, v. 21.7.2005, *Coname*, C-231/03, Slg. 2005, I-7287, Rn. 16 bis 19, v. 13.10.2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Slg. 2005, I-8585, Rn. 46 bis 49, und v. 13.11.2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, Slg. 2008, I-0000, Rn. 25).

[45] Dies ist der Hintergrund, vor dem das vorlegende Gericht um Klarstellung der Kriterien ersucht, anhand deren zwischen einem Dienstleistungsauftrag und einer Dienstleistungskonzession unterschieden werden kann.

Zu der ersten und der zweiten Frage

[46] Mit seinen ersten beiden Fragen, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob bei einem Vertrag über Dienstleistungen der Umstand, dass eine unmittelbare Entgeltzahlung des öffentlichen Auftraggebers an den Auftragnehmer nicht erfolgt, sondern der Auftragnehmer das Recht erhält, privatrechtliche Entgelte von Dritten zu erheben, für sich allein genügt, um den betreffenden Vertrag als Dienstleistungskonzession i. S. des Art. 1 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 2004/17 einzuordnen. Für den Fall, dass diese Frage zu verneinen ist, fragt das nationale Gericht, ob ein derartiger Vertrag als Dienstleistungskonzession anzusehen ist, wenn das vom öffentlichen Auftraggeber eingegangene Betriebsrisiko aufgrund der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung der Dienstleistung von vornherein zwar erheblich eingeschränkt ist, der Auftragnehmer aber dieses eingeschränkte Risiko in vollem Umfang oder zumindest ganz überwiegend übernimmt.

[47] Der WAZV Gotha, SW Gotha und der WAL bejahen wie die deutsche und die tschechische Regierung die erste Frage und führen aus, der Umstand, dass der Auftragnehmer sein Entgelt erhalte, indem er es von Nutzern der Dienstleistung erhebe, genüge für die Annahme einer Dienstleistungskonzession.

[48] Eurawasser und die Kommission sind dagegen der Auffassung, dass der Auftragnehmer außerdem das mit der fraglichen Dienstleistung verbundene Betriebsrisiko übernehmen müsse.

[49] Insoweit ist festzustellen, dass nach Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/17 »Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge« zwischen einem oder mehreren der in Art. 2 Abs. 2 dieser Richtlinie aufgeführten Auftraggeber und einem oder mehreren Unternehmern, Lieferanten oder Dienstleistern geschlossene entgeltliche schriftliche Verträge sind.

[50] Gemäß Art. 1 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 2004/17 ist eine »Dienstleistungskonzession« ein Vertrag, der von einem Dienstleistungsauftrag nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

[51] Aus dem Vergleich dieser beiden Definitionen geht hervor, dass der Unterschied zwischen einem Dienstleistungsauftrag und einer Dienstleistungskonzession in der Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen liegt. Der Dienstleistungsauftrag umfasst eine Gegenleistung, die vom öffentlichen Auftraggeber unmittelbar an den Dienstleistungserbringer gezahlt wird (vgl. i. d. Sinne Urt. *Parking Brixen*, Rn. 39), während im Fall einer Dienstleistungskonzession die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung besteht, sei es ohne oder zuzüglich der Zahlung eines Preises.

[52] Die Vorlagefragen gehen ausdrücklich davon aus, dass nach dem in Rede stehenden Vertrag eine unmittelbare Entgeltzahlung des öffentlichen Auftraggebers an den Auftragnehmer nicht erfolgt, sondern der Auftragnehmer vom Auftraggeber das Recht erhält, privatrechtliche Entgelte von Dritten zu erheben.

[53] Im Licht des in Rn. 51 des vorliegenden Urteils genannten Kriteriums handelt es sich bei dem Umstand, dass der Dienstleistungserbringer sein Entgelt durch Zahlungen Dritter, hier der Nutzer der betreffenden Dienstleistung, erhält, um eine der Formen, die das dem Dienstleistungserbringer eingeräumte Recht zur Nutzung der Dienstleistungen annehmen kann.

[54] Dieses Kriterium ergab sich schon aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs vor dem Inkrafttreten der Richtlinie 2004/17. Nach dieser Rechtsprechung lag eine Dienstleistungskonzession dann vor, wenn die vereinbarte Vergütung im Recht des Dienstleistungserbringers zur Verwertung seiner eigenen Leistung bestand (vgl. i. d. Sinne Urt. *Telaustria und Telefonadress*, Rn. 58, Beschl. v. 30.5.2002, *Buchhändler-Vereinigung*, C-358/00, Slg. 2002, I-4685, Rn. 27 und 28, sowie Urt. v. 18.7.2007, *Kommission/Italien*, C-382/05, Slg. 2007, I-6657, Rn. 34, und v. 13.11.2008, *Kommission/Italien*, C-437/07, Rn. 29).

[55] Insoweit spielt es keine Rolle, ob das Entgelt privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich geregelt ist.

[56] Der Gerichtshof hat eine Dienstleistungskonzession u. a. in Fällen anerkannt, in denen das Entgelt des Dienstleistungserbringers aus Zahlungen der Nutzer eines öffentlichen Parkplatzes, eines öffentlichen Verkehrsdienstes und eines Kabelfernsehnetzes stammte (vgl. Urt. *Parking Brixen*, Rn. 40, v. 6.4.2006, *ANAV*, C-410/04, Slg. 2006, I-3303, Rn. 16, und *Coditel Brabant*, Rn. 24).

[57] Demnach genügt im Fall eines Vertrags über Dienstleistungen der Umstand, dass eine unmittelbare Entgeltzahlung des öffentlichen Auftraggebers an den Auftragnehmer nicht erfolgt, sondern der Auftragnehmer das Recht erhält, Entgelte von Dritten zu erheben, dem in Art. 1 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 2004/17 vorgesehenen Erfordernis einer Gegenleistung.

[58] Diese Feststellung verlangt jedoch eine Präzisierung des Begriffs »Recht zur Nutzung« als »Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen« in der betreffenden Vorschrift.

[59] Besteht die vereinbarte Vergütung im Recht des Dienstleistungserbringers zur Verwertung seiner eigenen Leistung, so bringt diese Art der Bezahlung es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs mit sich, dass der Dienstleistungserbringer das Betriebsrisiko der fraglichen Dienstleistungen übernimmt (vgl. i. d. Sinne Urt. *Parking Brixen*, Rn. 40, v. 18.7.2007, *Kommission/Italien*, C-382/05, Slg. 2007, I-6657, Rn. 34, und v. 13.11.2008, *Kommission/Italien*, C-437/07, Rn. 29).

[60] Hierzu haben die Beteiligten, die Erklärungen abgegeben haben, in ihrem Haupt- oder Hilfsvorbringen gegensätzliche Standpunkte eingenommen.

[61] Nach Ansicht des WAZV Gotha genügt der Umstand, dass der Auftragnehmer das Betriebsrisiko unter den im Ausgangsverfahren geltenden Umständen übernimmt, um eine Dienstleistungskonzession zu bejahen.

[62] Nach Auffassung von SW Gotha, des WAL und der tschechischen Regierung braucht der Auftragnehmer das Betriebsrisiko nicht in vollem Umfang zu übernehmen. Es reiche aus, wenn er den überwiegenden Teil dieses Risiko trage.

[63] Die deutsche Regierung vertritt die Ansicht, dass eine Dienstleistungskonzession vorliege, sobald der Auftragnehmer ein Betriebsrisiko übernehme, das nicht völlig unwesentlich sei.

[64] Nach Meinung von Eurawasser besteht bei dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Projekt kein relevantes Risiko, das der öffentliche Auftraggeber auf den Arbeitnehmer übertragen könnte. Daher sei es als Auftrag und nicht als Konzession einzu-stufen.

[65] Die Kommission bemerkt, dass ein erhebliches Betriebsrisiko vorliegen müsse, das jedoch nicht notwendigerweise dem wirtschaftlichen Risiko entsprechen müsse, das auf einem freiem Markt üblicherweise eingegangen werde. Ein Dienstleistungsvertrag, bei

dem das wirtschaftliche Risiko durch die öffentliche Gewalt auf ein Minimum reduziert sei, könne nicht als Dienstleistungskonzession angesehen werden.

[66] Hierzu ist festzustellen, das das Risiko untrennbar mit der wirtschaftlichen Nutzung der Dienstleistung verbunden ist.

[67] Trägt der Auftraggeber weiterhin das volle Risiko und setzt er den Dienstleistungserbringer nicht den Risiken des Marktes aus, verlangt die Vergabe der Nutzung der Dienstleistung die Anwendung der Formvorschriften, die die Richtlinie 2004/17 zum Schutz der Transparenz und des Wettbewerbs vorsieht.

[68] Fehlt es vollkommen an der Übertragung des mit der Erbringung der Dienstleistung verbundenen Risikos auf den Dienstleistungserbringer, handelt es sich bei dem betreffenden Vorgang um einen Dienstleistungsauftrag (vgl. i. d. Sinne Urt. v. 27.10.2005, *Contse u. a.*, C-234/03, Slg. 2005, I-9315, Rn. 22, und v. 18.7.2007, *Kommission/Italien*, Rn. 35 bis 37, sowie entsprechend in Bezug auf eine Baukonzession Urt. v. 13.11.2008, *Kommission/Italien*, Rn. 30 und 32 bis 35). Wie in Rn. 51 des vorliegenden Urteils ausgeführt, bestünde in diesem Fall die Gegenleistung nicht im Recht zur Nutzung der Dienstleistung.

[69] Die Vorlagefragen beruhen auf der Prämisse, dass die Erbringung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Dienstleistung auch dann mit erheblich eingeschränkten wirtschaftlichen Risiken verbunden wäre, wenn die betreffende Dienstleistung vom öffentlichen Auftraggeber erbracht würde, und zwar aufgrund der Anwendung der für den betroffenen Tätigkeitsbereich geltenden Regelungen.

[70] Zum Teil ist vorgetragen worden, damit der fragliche Vorgang unter diesen Umständen eine Konzession darstellen könne, müsse es sich bei dem Risiko, das vom Konzessionsgeber auf den Konzessionär übertragen werde, um ein erhebliches Risiko handeln.

[71] Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden.

[72] Es ist üblich, dass für bestimmte Tätigkeitsbereiche, insbesondere Bereiche, die die öffentliche Daseinsvorsorge betreffen, wie z. B. die Wasserversorgung und die Abwasserbeseitigung, Regelungen gelten, die eine Begrenzung der wirtschaftlichen Risiken bewirken können.

[73] Zum einen erleichtert die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung, der die Nutzung der Dienstleistung in wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht unterworfen ist, die Kontrolle ihrer Nutzung und vermindert die Faktoren, die die Transparenz beeinträchtigen und den Wettbewerb verfälschen können.

[74] Zum anderen muss es den redlich handelnden öffentlichen Auftraggebern weiterhin freistehen, Dienstleistungen mittels einer Konzession erbringen zu lassen, wenn sie der Auffassung sind, dass die Erbringung der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Leistung so am besten sicherzustellen ist, und zwar selbst dann, wenn das mit der Nutzung verbundene Risiko erheblich eingeschränkt ist.

[75] Es wäre außerdem nicht sachgerecht, von einer Behörde, die eine Konzession vergibt, zu verlangen, dass sie für einen schärferen Wettbewerb und ein höheres wirtschaftliches Risiko sorgt, als sie in dem betreffenden Sektor aufgrund der für ihn geltenden Regelungen existieren.

[76] Da der öffentliche Auftraggeber keinen Einfluss auf die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung der Dienstleistung hat, kann er in solchen Fällen keine Risikofaktoren einführen und daher auch nicht übertragen, die durch diese Ausgestaltung ausgeschlossen sind.

[77] Selbst wenn das Risiko des öffentlichen Auftraggebers erheblich eingeschränkt ist, ist es jedenfalls für die Annahme einer Dienstleistungskonzession erforderlich, dass er das volle Betriebsrisiko oder zumindest einen wesentlichen Teil davon auf den Konzessionär überträgt.

[78] Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu beurteilen, ob das volle Risiko oder ein wesentlicher Teil des Risikos des öffentlichen Auftraggebers übertragen worden ist.

[79] Dabei dürfen die allgemeinen Risiken, die sich aus Änderungen der Rechtslage während der Durchführung des Vertrags ergeben, nicht berücksichtigt werden.

[80] Folglich ist auf die erste und die zweite Frage zu antworten, dass bei einem Vertrag über Dienstleistungen der Umstand, dass eine unmittelbare Entgeltzahlung des öffentlichen Auftraggebers an den Auftragnehmer nicht erfolgt, sondern der Auftragnehmer das Recht erhält, Entgelte von Dritten zu erheben, genügt, um den betreffenden Vertrag als »Dienstleistungskonzession« i. S. des Art. 1 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 2004/17 einzuordnen, wenn das vom öffentlichen Auftraggeber eingegangene Betriebsrisiko aufgrund der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung der Dienstleistung von vornherein zwar erheblich eingeschränkt ist, der Auftragnehmer aber dieses eingeschränkte Risiko in vollem Umfang oder zumindest zu einem erheblichen Teil übernimmt.

Zur dritten Frage

[81] In Anbetracht der Antwort auf die erste und die zweite Frage ist die dritte Frage nicht zu beantworten.

§§ 19 g, 19 i WHG; § 53 HessWG; § 15 GPSG; § 16 a HessAGVwG

1. Die bloße Wahrnehmung einer Gefahrenabwehrpflicht durch den Insolvenzverwalter als Zustandsverantwortlichen begründet für ihn keine Stellung als Betreiber einer Anlage zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (Tanklager).

2. Maßgeblicher Zeitpunkt der Sach- und Rechtslage für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer wasseraufsichtsrechtlichen Maßnahme nach § 53 Abs. 2 HessWG ist wie im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht der Zeitpunkt des Erlasses der behördlichen Anordnung.

3. Die wasserrechtliche Ermächtigungsgrundlage des § 53 Abs. 2 HessWG wird auch dann nicht durch die geräte- und produktsicherheitsrechtliche Vorschrift des § 15 GPSG verdrängt, wenn eine Anlage sowohl wasserrechtlichen als auch geräte- und produktsicherheitsrechtlichen Anforderungen genügen muss und diese inhaltlich identisch sind.

4. Bei dem die Durchführung eines Vorverfahrens ausschließenden Tatbestand der Nr. 13.4 der Anlage zu § 16 a HessAGVwGO handelt es sich – wie bei der überwiegenden Mehrzahl der Tatbestände der Anlage zu § 16 a HessAGVwGO – um eine statische Verweisung auf das darin bezeichnete Gesetz in einer bestimmten Fassung.

Hessischer Verwaltungsgeschichtshof, Beschluss vom 20.4.2009 – 7 B 838/09 –

Der Ast. begehrt vorläufigen Rechtsschutz im Hinblick auf eine gegen ihn als Insolvenzverwalter gerichtete wasseraufsichtsrechtliche Stilllegungsverfügung eines Tanklagers nach Maßgabe der Vorschriften der Anlagenverordnung (VAwS) für die Anlagen zum Lagern wassergefährdender Stoffe gem. § 53 HessWG, die eine Masseverbindlichkeit begründen würde.

Am 22.12.2008 hat der Ast. beim VG Kassel um vorläufigen Rechtsschutz gegen die Stilllegungsverfügung im Bescheid des Ag. vom 2.12.2008 nachgesucht; das VG hat den Antrag abgelehnt. Die eingelegte Beschwerde hat dagegen Erfolg.

Aus den Gründen

Die gem. § 146 Abs. 1 VwGO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde gegen den im Tenor bezeichneten Beschluss des VG Kassel ist begründet.

Der die Stilllegungsverfügung im Bescheid des Ag. vom 2.12.2008 betreffende Antrag des Ast. nach § 80 Abs. 5 Satz 1, 2. Fall VwGO ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

Der Zulässigkeit des Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs scheidet insbesondere nicht daran, dass der Widerspruch gegen die angegriffene wasseraufsichtsrechtliche Verfügung gesetzlich ausgeschlossen und damit infolge offensichtlicher Unzulässigkeit von vornherein ungeeignet wäre, eine aufschiebende Wirkung auszulösen (vgl. zur mangelnden Eignung eines unstatthaften Rechtsbehelfs, eine aufschiebende Wirkung herbeizuführen: OVG Münster, Beschl. v. 16.3.2005 – 19 B 374/05 –, NWVBl. 2005, 352). Der durch Art. 4 des Ersten Gesetzes zur Verwaltungsstrukturreform vom 20.6.2002 (GVBl. I S. 342) eingeführte Wegfall des Vorverfahrens nach § 16 a des Hessischen Gesetzes zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung vom 27.10.1997 (GVBl. I S. 381), zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.11.2008 (GVBl. I S. 970) – HessAGVwGO – i. V. m. Nr. 13.4 der Anlage zu dieser Vorschrift gilt nicht für die wasseraufsichtsrechtliche Verfügung des Ag. vom 2.12.2008. Nach Nr. 13.4 der Anlage zu § 16 a HessAGVwGO, die als Regelung unverändert geblieben ist, entfällt das Vorverfahren gegen »Entscheidungen nach § 74 des Hessischen Wassergesetzes in Verbindung mit der Anlagenverordnung vom 16. September 1993 (GVBl. I S. 409), zuletzt geändert durch Verordnung vom 31. März 2000 (GVBl. I S. 260).«

In der gleichfalls unverändert fortgeltenden Nr. 13.2 der Anlage zu § 16 a HessAGVwGO wird als Hessisches Wassergesetz dessen Fassung vom 22.1.1990 (GVBl. I S. 114), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.12.2001 (GVBl. I S. 595) identifiziert. Bei dem die Durchführung eines Vorverfahrens ausschließenden Tatbestand der Nr. 13.4 der Anlage zu § 16 a HessAGVwGO handelt es sich – wie bei der überwiegenden Mehrzahl der Tatbestände der Anlage zu § 16 a HessAGVwGO – um eine statische Verweisung auf das darin bezeichnete Gesetz in einer bestimmten Fassung, nicht um eine dynamische Verweisung auf das Gesetz in seiner jeweils geltenden Fassung. Dies wird in systematischer Hinsicht dadurch bestätigt, dass der Gesetzgeber in der Anlage zu § 16 a HessAGVwGO vereinzelt dynamische Verweisungen vorgesehen hat, indem er gerade nicht auf ein Gesetz in einer bestimmten Fassung Bezug genommen hat, sondern pauschal auf Entscheidungen in einem bestimmten Rechtsgebiet (vgl. etwa Nr. 3.2 [Entscheidungen Pass- und Personalausweisrecht] und Nr. 3.8 [Entscheidung im Aufenthaltsrecht]). Auch hat der hessische Gesetzgeber die statischen Verweisungen der Anlage zu § 16 a HessAGVwGO in der Vergangenheit aktualisiert, wenn er den Wegfall des Vorverfahrens aufrecht erhalten wollte (vgl. etwa Art. 1 Nr. 3 des Dritten Gesetzes zur Verwaltungsstrukturreform vom 17.10.2005 [GVBl. I S. 674], Art. 3 Nr. 4 des Gesetzes zur Änderung verwaltungsvollstreckungsrechtlicher und anderer Rechtsvorschriften vom 19.11.2008 [GVBl. I S. 970]). Für die auf § 53 Abs. 2 des Hessischen Wassergesetzes vom 6.5.2005 (GVBl. I S. 305), geändert durch Gesetz vom 19.11.2007 (GVBl. I S. 792) – HessWG – beruhende Verfügung des Ag. vom 2.12.2008 gilt der Ausschluss des Vorverfahrens damit

nicht, auch wenn diese Befugnisnorm nahezu wortlautidentisch mit § 74 Abs. 1 HessWG a. F. als Vorgängervorschrift ist.

Hinzu kommt, dass der vom Ast. eingelegte Widerspruch selbst dann zur Herbeiführung der aufschiebenden Wirkung tauglich wäre, wenn man Nr. 13.4 der Anlage zu § 16 a HessAGVwGO auf Entscheidungen nach § 53 HessWG erstrecken wollte. Im Hinblick auf die zuvor angestellten Erwägungen wäre der vom Ast. erhobene Widerspruch dann jedenfalls nicht offensichtlich unzulässig und somit zur Auslösung des Suspensiveffekts geeignet.

Der Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1, 2. Fall VwGO ist auch begründet. Die Abwägung zwischen dem öffentlichen Vollziehungsinteresse und dem Aussetzungsinteresse des Ast. fällt zu dessen Gunsten aus. Nach dem Erkenntnisstand des Senats im Zeitpunkt seiner Beschwerdeentscheidung ist die wasseraufsichtsrechtliche Ermächtigungsgrundlage des § 53 Abs. 2 HessWG anwendbar (1.) und weist die Stilllegungsverfügung keine formellen Rechtsmängel auf (2.), in materieller Hinsicht fehlt es indes an der Verantwortlichkeit des als Insolvenzverwalter in Anspruch genommenen Ast. sowie an der hinreichenden Bestimmtheit der Verfügung (3.)

1. Rechtsgrundlage der wasseraufsichtsrechtlichen Stilllegungsverfügung des Ag. vom 2.12.2008 ist § 53 Abs. 2 HessWG. Nach dieser Vorschrift haben die Wasserbehörden im Rahmen der Wasseraufsicht u. a. die nach pflichtgemäßem Ermessen erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um von der Allgemeinheit, dem Einzelnen oder den Gewässern Gefahren abzuwehren, die durch den Zustand oder die Benutzung der Anlagen hervorgerufen werden, die unter das Wasserhaushaltsgesetz, dieses Gesetz oder die dazu erlassenen Vorschriften entfallen. Diese wasserrechtliche Ermächtigungsgrundlage wird entgegen der Auffassung des Ast. insbesondere nicht durch die geräte- und produktsicherheitsrechtliche Vorschrift des § 15 des Geräte- und Produktsicherheitsgesetzes vom 6.1.2004 (BGBl. I S. 2, ber. S. 219), geändert durch Gesetz vom 7.7.2005 (BGBl. I S. 1970) – GPSG – verdrängt. Im Hinblick auf die unterschiedlichen Regelungszwecke – einerseits Gewässerschutz, andererseits Schutz von Beschäftigten und Dritten – gilt dies auch, wenn eine Anlage sowohl wasserrechtlichen als auch geräte- und produktsicherheitsrechtlichen Anforderungen genügen muss und diese inhaltlich identisch sind (vgl. etwa die Technischen Regeln für brennbare Flüssigkeiten TRbF 20, Lager, die zu den allgemein anerkannten Regeln der Technik nach § 19 g Abs. 3 WHG zählen und gleichzeitig den Stand der Technik i. S. des § 14 Abs. 1 Nr. 3 GPSG, § 12 Betriebssicherheitsverordnung vom 27.9.2002 [BGBl. I S. 3777], geändert durch Verordnung vom 18.12.2008 [BGBl. I S. 2768] – BetrSichV – wiedergeben). Das Tanklager, auf das sich die wasseraufsichtsrechtliche Verfügung des Ag. bezieht, ist zum einen eine Anlage zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen i. S. des § 19 g Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 Satz 1, 3. Spiegelstrich WHG, § 47 HessWG, zum anderen eine überwachungsbedürftige Anlage i. S. der §§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 7 Nr. 9 GPSG, § 12 BetrSichV. Die Eingriffsbefugnisse der Wasserbehörden zur Gewährleistung der wasserrechtlichen Anforderungen und damit einhergehend zur Abwehr wasserrechtlicher Gefahren bestehen neben den Handlungsmöglichkeiten des für die Durchführung des Geräte- und Produktsicherheitsgesetzes grundsätzlich nach § 1 Nr. 9 Arbeitsschutzzuständigkeitsverordnung vom 8.7.2003 (GVBl. I S. 206), geändert durch Verordnung vom 24.4.2006 (GVBl. I S. 138), zuständigen Regierungspräsidiums.

2. Die Stilllegungsverfügung des Ag. weist auch keine formellen Defizite auf. Die sachliche Zuständigkeit des Kreis Ausschusses des Ag. als untere Wasserbehörde folgt aus

§§ 54 Abs. 3, 55 Abs. 1 HessWG, seine örtliche Zuständigkeit aus § 100 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 3 Abs. 1 Satz 3 HessSOG. Verfahrensrechtlich konnte im Hinblick auf ein Unterbleiben der ständigen Überwachung der Tankanlage als gewässerspezifische Gefahrenlage, die mit Ablauf des 31.12.2008 infolge Beendigung der Energieversorgung drohte, von einer vorherigen Anhörung des Ast. gem. § 28 Abs. 2 Nr. 1 HessVwVfG abgesehen werden. Der Ag. hat auch dem Schriftformerfordernis des § 75 Abs. 1 Satz 1 HessWG genügt.

3. Die Stilllegungsverfügung im Bescheid des Ag. vom 2.12.2008 erweist sich jedoch als materiell rechtswidrig. Maßgeblicher Zeitpunkt der Sach- und Rechtslage für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der wasseraufsichtsrechtlichen Maßnahme ist wie im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht der Zeitpunkt des Erlasses der behördlichen Anordnung (vgl. *Breuer*, Öffentliches und privates Wasserrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 806 m. w. N.).

a) Allerdings hat der Ag. zu Recht einen sein Einschreiten rechtfertigenden Gefahrenatbestand nach § 53 Abs. 2 HessWG angenommen. Mit dem nach Unterbrechung der Energieversorgung drohenden Ausfall der Überwachung der Tankanlage drohte ein Verstoß gegen das der Gewässerreinheit dienende Gebot des § 19 i Abs. 2 Satz 1 WHG, wonach der Betreiber einer Anlage i. S. des § 19 g Abs. 1 WHG ihre Dichtigkeit und die Funktionsfähigkeit der Sicherheitseinrichtungen ständig zu überwachen hat.

b) Der Ast. ist indes im auch insoweit maßgeblichen Zeitpunkt des wasserbehördlichen Einschreitens nicht als Verantwortlicher für diese gewässerspezifische Gefahr in Anspruch zu nehmen gewesen.

aa) Die Zustandsverantwortlichkeit des Ast. als andere berechtigte Person gem. § 7 Abs. 2 HessSOG i. V. m. § 53 Abs. 4 HessWG aufgrund seiner nach § 80 Abs. 1 InsO entstandenen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis als Insolvenzverwalter endete mit seiner die Tanklagergrundstücke und damit das Tanklager betreffenden Freigabeerklärung. Die Freigabe, also die einseitige Erklärung des Insolvenzverwalters gegenüber dem Schuldner, mit der ein massezugehöriges, an sich dem Insolvenzbeschlagn unterfallendes Recht wieder in das insolvenzfremde Vermögen des Schuldners übertragen wird, ist auch nicht nach § 138 Abs. 1 BGB wegen Sittenwidrigkeit nichtig. Denn die Freigabe, die gewohnheitsrechtlich anerkannt ist und von der Insolvenzordnung vorausgesetzt wird (vgl. § 32 Abs. 3 InsO), ist ein von der Rechtsordnung vorgesehenes Rechtsinstitut, dessen Zweck es ist, die Masse von nicht verwertbaren Gegenständen zu entlasten. Nach dem im Eilverfahren geltenden Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist auch ein Zugang der Freigabeerklärung des Ast. bei dem jeweiligen Adressaten anzunehmen. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Freigabeerklärungen des Ast. mangels Zugangs nicht wirksam geworden sind. Vielmehr hat Herr Dr. D., einer der Geschäftsführer und Gesellschafter der Schuldnerin, in seiner eidesstattlichen Versicherung vom 26.3.2009 die Freigabe der Tanklagergrundstücke im Oktober 2008 bestätigt.

Die Zustandsverantwortlichkeit des Ast. als Inhaber der tatsächlichen Gewalt nach § 7 Abs. 1 Satz 1 HessSOG i. V. m. § 53 Abs. 4 HessWG entfiel mit der Besitzeinräumung an Herrn Dr. D. Ein Fortbestand der Zustandshaftung des Ast. nach § 7 Abs. 3 HessSOG i. V. m. § 54 Abs. 3 HessWG schied aus, da das Tanklager infolge der Freigabe und der Besitzübertragung nicht zur herrenlosen Sache i. S. des § 7 Abs. 3 HessSOG geworden ist, vielmehr Verfügungsgewalt und Sachherrschaft der Schuldnerin wieder auflebten. Eine darüber hinausgehende nachwirkende Zustandsverantwortlichkeit, die

den Ast. treffen könnte, sehen die bereichsspezifischen ordnungsrechtlichen Vorschriften des § 7 HessSOG i. V. m. § 53 Abs. 4 HessWG nicht vor (vgl. zur Zustandsverantwortlichkeit des Insolvenzverwalters BVerwG, Urt. v. 23.9.2004 – 7 C 22.03 –, BVerwGE 122, 75; *Schwemer*, NordÖR 2002, S. 96; *Kley*, DVBl. 2005, S. 727; *Eckardt*, AbfallR 2008, S. 197).

bb) Der Ast. ist auch nicht als Verhaltensverantwortlicher nach § 6 Abs. 1 HessSOG i. V. m. § 54 Abs. 3 HessWG rechtmäßiger Adressat der Stilllegungsverfügung des Ag. Nach den genannten Vorschriften besteht eine Verantwortlichkeit der Person, die eine gewässerspezifische Gefahr verursacht hat.

Anlass für das Einschreiten der Wasseraufsicht ist die gewässerspezifische Gefahr gewesen, dass mit Ablauf des 31.12.2008 das Ausbleiben einer den Anforderungen des § 19 i Abs. 2 WHG genügenden Kontrolle des Tanklagers drohte. Diese Gefahr ist dem Ast. als Insolvenzverwalter nicht i. S. einer Verursachung nach § 6 Abs. 1 HessSOG i. V. m. § 53 Abs. 4 HessBG zurechenbar.

Verursacher einer (gewässerspezifischen) Gefahr i. S. dieser Vorschriften ist die Person, deren Verhalten unmittelbar den Eintritt der Gefahr auslöst. Die erforderliche Unmittelbarkeit des Zusammenhangs zwischen Verhalten und Gefahr, also das Fehlen wesentlicher Zwischenursachen, ist durch eine wertende Beurteilung festzustellen. Zentrale Bedeutung kommt damit der Frage zu, inwieweit die Rechtsordnung die Entstehung einer Gefahr dem Verantwortungsbereich desjenigen zuordnet, dessen Verhalten nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die Gefahr entfällt. Ein positives Tun begründet dabei die Verhaltensverantwortlichkeit, wenn der Handelnde die ihm durch die Rechtsordnung gezogene Gefahrengrenze überschritten hat. Durch ein Unterlassen einer Person wird die Gefahrengrenze nur überschritten, wenn die Rechtsordnung ihr eine Handlungspflicht auferlegt.

Hieran gemessen sind im für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgeblichen Zeitpunkt des wasserbehördlichen Einschreitens unmittelbare Verursacher der Gefahr der mangelnden Überprüfung des Tanklagers die Schuldnerin bzw. deren Organe. Denn die Schuldnerin traf die Handlungspflicht zur Überwachung der Dichtheit der Anlage und der Funktionsfähigkeit von deren Sicherheitseinrichtungen nach § 19 i Abs. 2 Satz 1 WHG. Die Schuldnerin ist (auch) im Zeitpunkt des wasserbehördlichen Einschreitens am 2.9.2008 als Betreiberin des Tanklagers i. S. des § 19 i Abs. 2 Satz 1 WHG anzusehen. Der Begriff des Betriebens einer Anlage beschreibt einen Dauertatbestand, der jede Art der bestimmungsgemäßen Nutzung einer Anlage erfasst. In zeitlicher Hinsicht umfasst das Betreiben bereits den etwaigen Probetrieb einer Anlage und endet erst mit der endgültigen – den jeweiligen bereichsspezifischen Anforderungen genügenden – Außerbetriebsetzung der Anlage. Betreiber einer Anlage zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen ist demgemäß, wer im vorbezeichneten Zeitraum in tatsächlicher sowie rechtlicher Hinsicht über die Anlage bestimmt und auch wirtschaftlich für sie verantwortlich ist, also ihre Kosten trägt und Nutzen aus ihr zieht (vgl. zu Vorstehendem *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 9. Aufl. 2007, § 19 i Rn. 4; *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG, Stand: August 2008, § 19 i Rn. 2, jeweils m. w. N.).

Die Schuldnerin ist hiernach über den Zeitpunkt der Einstellung des Aktivgeschäfts Ende Juli 2008 hinaus Betreiberin des Tanklagers gewesen und war es auch im Zeitpunkt des Erlasses der Stilllegungsverfügung des Ag. Als Betreiberin trafen sie die Verhaltenspflichten nach §§ 19 g Abs. 1 und 3, 19 i Abs. 2 WHG, § 47 Abs. 3 Nr. 6 HessWG i. V. m. § 3 Nr. 2 der Anlagenverordnung vom 16.9.1993 (GVBl. I S. 409), geändert durch Verord-

nung vom 25.2.2008 (GVBl. I S. 648) – VAwS – sowie der Regelungen 17 und 18 Nr. 9 und Nr. 11 der Technischen Regeln für brennbare Flüssigkeiten TRbF 20 »Läger«.

Den Ast. als Insolvenzverwalter hat hingegen im Hinblick auf die abzuwehrende Gefahr einer nicht ordnungsgemäßen Kontrolle des Tanklagers keine Verhaltensverantwortlichkeit getroffen. Seine fehlende Bereitschaft, weiterhin die Kosten der Energieversorgung des Tanklagers zu tragen, verursacht die gewässerspezifische Gefahr lediglich wegen der fehlenden Liquidität der direkt verantwortlichen Schuldnerin und damit grundsätzlich nur mittelbar. Eine Garantienstellung des Ast., die eine Verhaltensverantwortlichkeit wegen Unterlassens der weiteren Energieversorgung und damit der ordnungsgemäßen Kontrolle des Tanklagers begründen würde, folgt auch nicht aus einer Betreiberstellung des Ast. Denn der Ast. als Insolvenzverwalter ist nach dem Erkenntnisstand des Senats im Zeitpunkt seiner Beschwerdeentscheidung zu keinem Zeitpunkt Betreiber des Tanklagers gewesen.

Eine Betreiberstellung des Ast. nach Freigabe des Tanklagers scheidet bereits mangels rechtlicher Verfügungsgewalt aus. Aber auch im davor liegenden Zeitraum zwischen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der Freigabe des Tanklagers ist der Ast. als Insolvenzverwalter trotz rechtlicher Verfügungsmacht nicht Betreiber des Tanklagers gewesen. Es fehlt an einer Fortführung des Betriebs des Tanklagers und damit an dessen wirtschaftlicher Nutzung für die Masse durch den Ast. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1.10.2008 hat der Ast. als Insolvenzverwalter eine bestimmungsgemäße Nutzung des Tanklagers nicht wieder aufgenommen. Der Ast. hat in dem rund 3-wöchigen Zeitraum zwischen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der Freigabe des Tanklagers lediglich sichergestellt, dass das nicht mehr genutzte Tanklager weiterhin ordnungsgemäß auf seine Dichtigkeit und die Funktionsfähigkeit der Sicherheitseinrichtungen kontrolliert wurde. Durch dieses Verhalten erfüllte der Ast. die aus seiner Zustandsverantwortlichkeit nach § 7 HessSOG i. V. m. § 53 Abs. 4 HessWG herrührende Pflicht, dafür Sorge zu tragen, dass von der seiner Sachherrschaft unterliegenden Anlage keine (gewässerspezifische) Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausging. Die Wahrnehmung einer Gefahrenabwehrpflicht durch einen Zustandsverantwortlichen allein begründet keine Stellung als Betreiber der Anlage. Hierfür ist vielmehr ein aktives betriebsgestaltendes Verhalten erforderlich, das darauf abzielt, die Anlage wirtschaftlich zu nutzen. Ein entsprechendes Verhalten des Ast. ist für den Senat nicht erkennbar. Dabei kann dahinstehen, ob Bemühungen eines Insolvenzverwalters, eine Anlage zu veräußern, überhaupt ein aktives betriebsgestaltendes Verhalten darstellen, das eine Betreiberstellung des Insolvenzverwalters begründet. Denn nach dem Erkenntnisstand des Senats im Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung hat der Ast. nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Interessenten keine Verhandlungen über die Veräußerung der Tanklagergrundstücke geführt. Eine Aufforderung zur Abgabe von sogenannten indikativen – unverbindlichen – Angeboten (»Teaser«), die im Rahmen eines vor der Insolvenzeröffnung eingeleiteten Verkaufsprozesses vom 15.9.2008 bis zum 17.9.2008 an potenzielle Investoren versendet worden war, war im Hinblick auf das Tanklager erfolglos geblieben.

c) Die Rechtswidrigkeit der wasseraufsichtsrechtlichen Stilllegungsverfügung des Ag. folgt darüber hinaus aus ihrer mangelnden Bestimmtheit. Nach § 37 Abs. 1 HessVwVfG muss ein Verwaltungsakt inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Wird dem Verfügungsadressaten eine Handlungspflicht auferlegt, setzt das Bestimmtheitserfordernis grundsätzlich voraus, dass dem Inanspruchgenommenen im verfügbaren Teil des Verwaltungsaktes auf-

gezeigt wird, welches konkrete Tun von ihm erwartet wird. Mindestfordernis ist dabei die bestimmte Angabe des Ziels der geforderten Handlung. Die im Bescheid des Ag. vom 2.12.2008 getroffene Anordnung der rechtzeitigen und ordnungsgemäßen Stilllegung der Anlagen zum Lagern wassergefährdender Stoffe auf den Grundstücken vor Abschaltung der Energieversorgung nach Maßgabe der Vorschriften der Anlagenverordnung, die auch in der Begründung des Bescheides nicht näher erläutert wird, genügt diesen Anforderungen nicht. Ohne Konkretisierung dieses Handlungsgebots in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht, ist für den Adressaten nicht erkennbar, welche Handlungen zu welchem Zeitpunkt von ihm gefordert werden. Damit kann die Verfügung dem Ast. als Adressat gegenüber auch nicht im Wege des Verwaltungszwangs durchgesetzt werden und wird ihrer Titelfunktion nicht gerecht.

§ 92 NordrhWestfWG; § 6 NordrhWestfKAG

Die Maßstabbildung für Gebühren betreffend den Unterhaltungsaufwand der Gewässer zweiter Ordnung darf auch unter Anlegung eines Wahrscheinlichkeitsmaßstabs nicht an die Frage anknüpfen, ob das Grundstück in einem im Zusammenhang bebauten Ortsteil liegt.

Oberverwaltungsgericht Münster, Beschluss vom 5.2.2009 – 9 A 3953/06 –

Der Kl. ist Eigentümer eines im Verbandsgebiet des Wasser- und Bodenverbandes P. gelegenen Grundstücks. Für das Kalenderjahr 2002 wurde die Stadt E. zu einem Unterhaltungsaufwand für dieses Verbandsgebiet in Höhe von 52.663,06 € herangezogen, den der Bekl. im Jahr 2003 auf die Eigentümer der betroffenen Grundstücke umlegte. Mit Abgabenbescheid vom 14.4.2003 setzte der Bekl. die vom Kl. zu zahlende Gewässergebühr auf 19,92 € fest. Das VG wies die Klage ab. Die Berufung des Kl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen

Es mangelt an einer wirksamen Rechtsgrundlage für die Heranziehung des Kl. zu Gebühren für den Unterhaltungsaufwand der Gewässer zweiter Ordnung für das hier maßgebliche Jahr 2002. Die einschlägige Satzung der Stadt E. über die Erhebung von Gebühren für den Unterhaltungsaufwand für Gewässer zweiter Ordnung vom 2.12.1980 in der Fassung der 1. Änderungssatzung vom 19.12.1997 (Gewässergebührensatzung; im Folgenden: GGS) i. V. m. der Satzung über die Festsetzung der Höhe der für das Haushaltsjahr 2002 zu erhebenden Gebühren für den Unterhaltungsaufwand der Gewässer zweiter Ordnung vom 20.12.2002 ist insoweit nichtig. Denn sie enthält für die Gebührenerhebung keine den Anforderungen des § 92 Abs. 1 Satz 6 NordrhWestfWG gerecht werdende Maßstabsregelung.

Nach § 4 Abs. 1 Satz 2 GGS ist Gebührenmaßstab die Größe der Grundstücksfläche. Nach § 4 Abs. 2 GGS werden Grundstücke, die innerhalb der im Zusammenhang bebauten Orteile liegen, mit ihrer um 100 % erhöhten Fläche und Waldflächen mit einer Größe von mehr als 0,3 ha mit 50 % ihrer Fläche in Ansatz gebracht. Dieser Maßstab wird den Anforderungen des § 92 Abs. 1 Satz 6 NordrhWestfWG nicht gerecht. Hiernach sollen versiegelte Flächen höher bewertet werden als die übrigen Flächen; bei der Veranlagung der übrigen Flächen insbesondere bei Waldgrundstücken, sollen maßgebliche Unterschiede des Wasserabflusses berücksichtigt werden.

Während § 4 Abs. 2 GGS hiernach bei der Höherbewertung entsprechend der alten Fassung des § 92 Abs. 1 Satz 6 NordrhWestfWG an den Umstand anknüpft, ob ein Grundstück in einem im Zusammenhang bebauten Ortsteil liegt, fordert § 92 Abs. 1 Satz 6 NordrhWestfWG in der hier maßgeblichen Fassung für den Regelfall die Anknüpfung an die Eigenschaft einer Fläche als versiegelt. Da es keinen allgemein gültigen Erfahrungssatz des Inhalts gibt, dass die im Zusammenhang bebauter Ortsteile liegenden Grundstücke vollständig versiegelt oder dass außerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile liegende Grundstücke gänzlich unversiegelt sind, noch der Beklagte für die Stadt E. ein solches vorgetragen hat, verfehlt die satzungsmäßige Maßstabsregelung die gesetzliche Vorgabe von vornherein.

Auch mit der im Gesetzgebungsverfahren zu Tage getretenen Intention des Gesetzgebers ist die streitige Maßstabsregelung nicht vereinbar. Die Vorläuferregelung des § 92 Abs. 1 Satz 6 NordrhWestfWG hatte folgenden Wortlaut: »Im Zusammenhang bebaute Ortsteile sollen höher bewertet werden als die übrige Fläche; das nähere regelt das Ortsrecht.«

Der Entstehung der im Jahr 2002 maßgeblichen Fassung des § 92 Abs. 1 Satz 6 NordrhWestfWG liegt ein Gesetzentwurf der Landesregierung zur Änderung und Ergänzung wasser- und wasserverbandsrechtlicher Vorschriften vom 7.9.1994 (LT-Drs. 11/7653) zugrunde. Zu dessen Zielsetzung wurde u. a. ausgeführt (S. 182): »Der natürliche Weg des Regenwassers in das Grundwasser und die Oberflächengewässer ist durch die zunehmende Flächenversiegelung und die Ableitung in Abwasseranlagen vielfach gestört. Die ortsnahe Versickerungs- und Einleitungsmöglichkeit von unbelastetem Niederschlagswasser soll wasserwirtschaftlich stärker berücksichtigt werden.«

Einen Änderungsvorschlag zu § 92 NordrhWestfWG enthielt dieser Entwurf noch nicht. Die endgültige gesetzgeberische Fassung des § 92 Abs. 1 Satz 6 NordrhWestfWG geht vielmehr auf die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Landwirtschaft, Forsten und Naturschutz vom 10.2.1995 (LT-Drs. 11/8440, S. 232 f.) zurück. Zur Begründung wird dort ausgeführt: »Für unbebaute bzw. nicht versiegelte Flächen werden Differenzierungen häufig nicht vorgenommen, da die Vorschrift des § 92 LWG dazu nicht verpflichtet. Sie lässt diese Möglichkeit allerdings zu. Das führt bisher häufig zu Beiträgen, die als ungerecht empfunden werden. Dies trifft beispielsweise auf wasserwirtschaftlich bedeutsame Waldgrundstücke zu, die in der gleichen Größenordnung veranlagt werden wie die übrigen Flächen, obwohl Wälder vor allem durch Versickerung und Verdunstung einen dämpfenden Einfluss auf den Wasserabfluss haben und deshalb auch geringere Kosten bei der Gewässerunterhaltung verursachen.«

Dem Ausschussprotokoll vom 19.1.1995 (11/1476, S. 21) lässt sich entnehmen: »Bisher habe ein Unterschied zwischen im Zusammenhang bebauten Ortsteilen und dem Rest bestanden, wobei es bei im Zusammenhang bebauten Ortsteilen versiegelte und unversiegelte Flächen gebe. Die SPD-Fraktion wolle deutlich machen, dass man genauer differenzieren sollte. Versiegelte Flächen sollten stärker belastet werden als unversiegelte.«

Dies macht deutlich, dass der Gesetzgeber mit seiner Anknüpfung an die versiegelten Flächen gerade eine Abkehr von der bis dahin anzuwendenden Maßstabsbildung beabsichtigt und es sich nicht, wie der Bekl. meint, um eine bloße redaktionelle Änderung gehandelt hat.

Soweit der Bekl. meint, die Ermittlung der versiegelten Flächen sei zu verwaltungsaufwändig, eröffnet dieses finanzielle Argument allein – andere ortsbezogene Besonderheiten

sind weder ersichtlich noch vorgetragen – nicht das über die Soll-Vorschrift des § 92 Abs. 1 Satz 6 NordrhWestfWG ausnahmsweise mögliche Ermessen. Ein solcher Ausnahmefall ist vorliegend nicht gegeben. Denn es steht dem Bekl. frei, z. B. ohne großen finanziellen Aufwand im Rahmen einer Selbstveranlagung der Grundstückseigentümer im seitlichen Einzugsgebiet die versiegelten Flächen zu ermitteln und sich auf eine stichprobenweise Überprüfung zu beschränken. Wenn der Bekl. dabei feststellen sollte, dass Gebührenschuldner pflichtwidrig nicht der Wahrheit entsprechende Angaben gemacht haben, kann er auch später noch weitere Kontrollen vornehmen und entsprechende Nachveranlagungen, soweit erforderlich, veranlassen (vgl. OVG Münster, Urt. v. 18.12.2007 – 9 A 3648/04- –, DÖV 2008, 294).

Die Vorgehensweise der Stadt kann auch (von vornherein) nicht von § 92 Abs. 1 Satz 9 NordrhWestfWG gedeckt sein. Zwar können nach dieser Vorschrift bebaute Grundstücke pauschal höher belastet werden als unbebaute Grundstücke, wenn nach den örtlichen Verhältnissen der Verwaltungsaufwand in einem Missverhältnis zum umlagefähigen Aufwand steht. Für das Umlagejahr 2002 kommt dieser erst ab dem 12.5.2005 gültigen Norm jedoch kein Aussagegehalt zu.

Die Maßstabsregelung rechtfertigt sich auch nicht über § 92 Abs. 1 Satz 1 NordrhWestfWG i. V. m. § 6 Abs. 3 Satz 2 NordrhWestfKAG. Hiernach kann, wenn die Bemessung der Gebühr nach der Inanspruchnahme der Einrichtung oder Anlage besonders schwierig oder wirtschaftlich nicht vertretbar ist, ein Wahrscheinlichkeitsmaßstab gewählt werden, der nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zu der Inanspruchnahme stehen darf. Die Vorgaben des § 92 Abs. 1 Satz 6 NordrhWestfWG sind jedoch auch unter Anlegung dieses Wahrscheinlichkeitsmaßstabs zu beachten. Der Bekl. wird über § 6 Abs. 3 Satz 2 NordrhWestfKAG nicht davon entbunden, die Bewertung von der Ermittlung der versiegelten Flächen abhängig zu machen.

§§ 3, 7, 31 WHG, Art. 16, 58, 83 BayWG

1. Für die Beachtung der Anforderungen des Art. 6 FFH-RL ist der Zeitpunkt maßgeblich, an dem das Vorhaben förmlich aufgelegt worden ist. Die zeitliche Dauer des Planfeststellungsverfahrens ist kein Gesichtspunkt, um zur Anwendung der FFH-Richtlinie zu gelangen.

2. Eine erhebliche und dauerhafte Erhöhung der Hochwassergefahr i. S. von § 31 Abs. 5 Satz 3 WHG führt vorliegend nicht zur Versagung der Planfeststellung. Nur die vollständige Verkennung der Hochwassersituation in dem von einem Bauvorhaben berührten Bereich eines Flusses durch die Planfeststellungsbehörde kann zur Aufhebung der Planfeststellung führen. Sonstige Mängel der Auslegung des Hochwasserschutzes können dagegen durch Ergänzung des Plans behoben werden.

3. Fehler der Abwägungsentscheidung der Behörde im Rahmen der wasserrechtlichen Planfeststellung nach § 31 Abs. 2 WHG führen nicht zwingend zur Aufhebung des Bescheids.

4. Die Grenze planerischer Gestaltungsfreiheit bei der Auswahl zwischen verschiedenen Lösungen ist erst überschritten, wenn sich eine andere als die gewählte Lösung unter Berücksichtigung aller erwägungserheblichen Belange eindeutig als die bessere, weil für die öffentlichen und privaten Belange insgesamt schonendere Lösung darstellen würde – wenn sich mit anderen Worten diese Lösung der Behörde hätte aufdrängen müssen.

5. Gem. § 19 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG, Art. 6 a Abs. 1 Satz 1 BayNatSchG sind Ausgleichmaßnahmen vorrangig anzuordnen. Eine Differenzierung zwischen Ausgleich- und Ersatzmaßnahmen ist vorzunehmen.

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 27.6.2008 – 8 B 06.2340, 8 B 06.2314 –

[1] Der Kl., ein anerkannter Naturschutzverein, wendet sich gegen den Bescheid des Landratsamts D. vom 15.4.2002. Inhalt des Bescheids sind eine Planfeststellung zur Sanierung der U. I. von Fluss-km 21,00 bis 8,30, eine Bewilligung zum Betrieb des Kraftwerks P., eine gehobene Erlaubnis zur Herstellung von Grundwasserschwankungen und Bewirtschaftung des linksseitigen Ersatzfließgewässers sowie eine Baugenehmigung für das Krafthaus.

[13] Mit Urteil vom 24.7.2006 hat das VG den angefochtenen Bescheid vom 15.4.2002 aufgehoben, soweit darin eine Planfeststellung erfolgt und eine gehobene Erlaubnis erteilt worden ist. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Die Klage sei unzulässig, soweit sie sich gegen die Bewilligung für den Betrieb des Kraftwerks P. und die Baugenehmigung für die Errichtung des Krafthauses richte. Hinsichtlich der Planfeststellung und der Erteilung einer gehobenen Erlaubnis sei die Klage jedoch zulässig und begründet, weil die Planfeststellungsbehörde nicht alle relevanten Gesichtspunkte in die Abwägung einbezogen habe. Mangels der in Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie und Art. 4 Vogelschutz-Richtlinie vorgesehenen Verträglichkeitsprüfung sei von einem Ermittlungs- und Erkenntnisdefizit auszugehen. Zudem habe die Planfeststellungsbehörde bei ihrer Abwägungsentscheidung nicht den in den genannten Richtlinien vorgegebenen Maßstab angelegt.

[14] Mit den vom VG am 23.1.2007 zugelassenen Berufungen machen der Bekl. und die Beigeladene geltend, das VG habe die rechtlichen Maßstäbe für seine Entscheidung verkannt und beantragen, die Klage abzuweisen.

Aus den Gründen

[44] Die Rechtsmittel des Bekl. und der Beigeladenen haben nur zum Teil Erfolg. Hinsichtlich der Entscheidung des VG über die gehobene Erlaubnis ist die zulässige Berufung des Bekl. begründet, während die Berufung der Beigeladenen unzulässig ist. Die zulässigen Berufungen des Bekl. und der Beigeladenen gegen die erstgerichtliche Entscheidung über die wasserrechtliche Planfeststellung sind nur zum geringen Teil begründet.

[45] I. Die Berufung des Bekl. gegen das Urteil des VG Regensburg vom 24.7.2006 ist insgesamt zulässig. Dagegen ist die Berufung der Beigeladenen nur insoweit zulässig, als das Erstgericht die in dem angefochtenen Bescheid des Landratsamts D. vom 15.4.2002 enthaltene wasserrechtliche Planfeststellung aufgehoben hat. Unzulässig und zu verwerfen ist die Berufung der Beigeladenen (§ 125 Abs. 2 Satz 1 VwGO) insoweit, als das VG die gehobene Erlaubnis im Bescheid vom 15.4.2002 aufgehoben hat.

[46] Hinsichtlich der Entscheidung des Erstgerichts über die gehobene Erlaubnis fehlt der Beigeladenen die für das Berufungsverfahren erforderliche materielle Beschwer (vgl. hierzu *Kopp/Schenke*, VwGO, 15. Aufl. 2007, Vorb. § 124 Rn. 46 m. w. N.). Die gehobene Erlaubnis wurde ausschließlich dem Bekl. erteilt. Der Beigeladenen wurden durch die gehobene Erlaubnis keine Befugnisse i. S. von § 7 WHG, Art. 16 Abs. 1 BayWG eingeräumt. Den rechtlichen Interessen der Beigeladenen an der Wasserkraftnutzung wurde durch die wasserrechtliche Planfeststellung, die Baugenehmigung für das Krafthaus und die Bewilli-

gung für den Betrieb des Kraftwerks Genüge getan. Dem Bekl. wurde dagegen die gehobene Erlaubnis erteilt, damit er die Kontrolle über die Herbeiführung der Grundwasserschwankungen und die Bewirtschaftung des linksseitigen Ersatzfließgewässers ausüben kann. Im Übrigen betreibt die Beigeladene bereits seit längerem das Kraftwerk, ohne dass sie hierzu in rein technischer Hinsicht der durch die gehobene Erlaubnis gewährten wasserrechtlichen Befugnisse bedürft hätte.

[47] II. Die Berufung des Bekl. ist insoweit begründet, als das VG Regensburg in seinem Urteil vom 24.7.2006 den Bescheid des Landratsamts D. vom 15.4.2002 aufgehoben hat, soweit dort dem Bekl. eine gehobene Erlaubnis erteilt worden ist. Die Klage ist insoweit abzuweisen, weil dem Kl. zur Anfechtung der gehobenen Erlaubnis die Klagebefugnis fehlt.

[48] Die Klagebefugnis des Kl. als anerkannter Verein i. S. von § 29 des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG) in der bis zum 3.4.2002 geltenden Fassung kann sich vorliegend nur aus § 69 Abs. 7 Satz 1 i. V. m. Abs. 5 Nr. 2 und § 61 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG (vom 25.3.2002, BGBl. I S. 1193) ergeben. Der Tatbestand des § 61 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG ist hier nicht erfüllt; die erteilten Befreiungen i. S. von § 61 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNatSchG beziehen sich nicht auf die Gegenstände der gehobenen Erlaubnis.

[49] Ebenso wenig sind die Voraussetzungen des § 61 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNatSchG gegeben; die gehobene Erlaubnis ist grundsätzlich nicht Bestandteil der wasserrechtlichen Planfeststellung, sondern stellt eine rechtlich eigenständige wasserrechtliche Gestattung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 WHG, Art. 16 Abs. 1 Satz 1 BayWG dar. Die Entnahme bzw. Einleitung von I.-Wasser und von Grundwasser zur Herstellung von Grundwasserschwankungen sowie die Bewirtschaftung des linksseitigen Ersatzfließgewässers sind im angefochtenen Bescheid neben dem planfestgestellten Vorhaben »Sanierung der I.« gesondert geregelt. Es kann hierbei dahinstehen, ob im Hinblick auf § 3 Abs. 3 Satz 1 WHG die Erteilung einer gesonderten gehobenen Erlaubnis überhaupt erforderlich war, nachdem die Rohrleitungen für die Erzeugung der Grundwasserschwankungen sowie das linksseitige Ersatzfließgewässer mit planfestgestellt wurden (vgl. hierzu *Zeitler*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG, Stand: 1.9.2007, § 14 Rn. 12; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 9. Aufl. 2007, § 31 Rn. 105). Jedenfalls würde auch eine überflüssigerweise erteilte gehobene Erlaubnis nicht zu einer Ausdehnung der Klagebefugnis des klagenden Vereins nach § 61 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG führen. Dies erschiene auch deshalb nicht zielführend, weil der Kl. ohnehin im Rahmen seiner Angriffe auf die wasserrechtliche Planfeststellung die dort mit erfassten Ersatzfließgewässer und Rohrleitungen infrage stellen kann. Würde die Planfeststellung der Sanierung der I. aufgehoben, so würde die gehobene Erlaubnis in rechtlicher und technischer Hinsicht funktionslos werden.

[50] III. Die Berufungen des Bekl. und der Beigeladenen sind ferner insoweit zum geringen Teil begründet, als das VG Regensburg die wasserrechtliche Planfeststellung nach § 31 Abs. 2 Satz 1 WHG im Bescheid vom 15.4.2002 aufgehoben hat. Das VG hätte die Planfeststellung nicht aufheben dürfen. Es ist vielmehr entsprechend den Hilfsanträgen lediglich festzustellen, dass der Bescheid vom 15.4.2002 insoweit, als er eine wasserrechtliche Planfeststellung zum Gegenstand hat, rechtswidrig ist und nicht vollzogen werden darf, weil eine Fehlerheilung im ergänzenden Verfahren möglich ist (Art. 83 Abs. 1 Satz 1 BayWG i. V. m. Art. 75 Abs. 1 a Satz 2 BayVwVfG); im Übrigen ist die Klage in Bezug auf die wasserrechtliche Planfeststellung abzuweisen (vgl. *BVerwG*, Urt. v. 17.1.2007, *BVerwGE* 128, 1, 12). Die Möglichkeit zur Fehlerheilung gilt nicht nur in Bezug auf er-

hebliche Mängel der Abwägung, sondern auch bei sonstigen formellen und materiellen Fehlern des Planfeststellungsbeschlusses, soweit nicht die Grundzüge der Planung berührt werden (vgl. BVerwG, Urt. v. 17.5.2002, BVerwGE 116, 254, 268; Urt. v. 17.1.2007, a. a. O., 12 f.).

[51] 1. Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis für die Klage gegen die wasserrechtliche Planfeststellung ist gegeben (vgl. hierzu *Kopp/Schenke*, a. a. O., Vorb. § 40 Rn. 30). Sie besteht unabhängig davon, ob eine ganz oder teilweise erfolgreiche Anfechtungsklage gegen die Planfeststellung tatsächlich zu einem Rückbau des bereits erfolgten I.-Ausbaus oder zur Nachbesserung bei den Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen führen wird. Das planfestgestellte Vorhaben ist jedenfalls noch nicht endgültig fertiggestellt, zumindest was die Ersatzfließgewässer und Rohrleitungen anbelangt. Die Rechtsmittelführer haben auch nicht substantiiert vorgetragen, dass nicht zumindest ein teilweiser Rückbau noch möglich wäre (vgl. zum Baurecht VGH BadWürtt, Urt. vom 17.9.1993, BRS 55 Nr. 147; OVG Münster, Beschl. v. 17.10.2000, BRS 63 Nr. 198). Nachbesserungen bei den Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen sind ohnehin noch möglich.

[52] Ebenso wenig führt die Tatsache, dass der Bescheid vom 15.4.2002 hinsichtlich der Bewilligung nach § 8 WHG und der Baugenehmigung für das Krafthaus bestandskräftig ist, zum Wegfall des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses für die Anfechtungsklage gegen die wasserrechtliche Planfeststellung. Der Beigeladenen ist aus dem gesamten Regelungszusammenhang des Bescheids vom 15.4.2002 hinreichend bekannt, dass die Möglichkeit zur Wasserkraftnutzung von dem planfestgestellten Gewässerausbau abhängt. Die Wehranlage und das Kraftwerk wurden hierbei als selbstständige Baukörper betrachtet. Demnach musste die Beigeladene damit rechnen, dass im Fall der Aufhebung der wasserrechtlichen Planfeststellung ihr Kraftwerk z. B. durch einen (teilweisen) Rückbau der Wehranlage zumindest teilweise funktionslos würde. Ebenso wenig wäre die Anordnung weiterer Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen dadurch gehindert, dass die Beigeladene über eine bestandskräftige Baugenehmigung für das Krafthaus sowie eine Bewilligung nach § 8 WHG verfügt.

[53] 2. Die Planrechtfertigung für die planfestgestellte Sanierung der I. ist gegeben. Es kann dabei dahinstehen, ob der Kl. als anerkannter Naturschutzverein diesen rechtlichen Gesichtspunkt überhaupt rügen kann (vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 9.6.2004, NVwZ 2004, 1486, 1489 m. w. N.). Eine Planung ist gerechtfertigt, wenn für das Vorhaben nach Maßgabe der mit dem jeweiligen Fachplanungsgesetz verfolgten Ziele ein Bedürfnis besteht, es also vernünftigerweise geboten ist (vgl. BVerwG, Urt. v. 14.2.1975, BVerwGE 48, 56, 60; Urt. v. 7.7.1978, BVerwGE 56, 110, 118 ff.). Hierfür ist nicht erforderlich, dass eine Ausbaupflicht i. S. von Art. 54 BayWG eingreift, denn an diese sind höhere Anforderungen gestellt. Die Ausbaupflicht besteht nur, soweit das Wohl der Allgemeinheit die konkrete Ausbaumaßnahme erfordert und die Finanzierung gesichert ist. Die Planrechtfertigung wirkt danach – gemessen an den Zielen des einschlägigen Fachplanungsgesetzes – nur bei groben und einigermaßen offensichtlichen Missgriffen als Schranke der Planungshoheit (vgl. BVerwG, Urt. v. 11.7.2001, NVwZ 2002, 350, 353 m. w. N.).

[54] Vorliegend richten sich die Einwände des Kl. im Wesentlichen gegen die angeblich fehlende ausreichende Prüfung flussbaulicher Alternativen. So wird auch in der Klagebegründung vom 24.7.2002 nicht substantiiert dargetan, dass der geplante Gewässerausbau einen planerischen Fehlgriff darstelle. Es wird vielmehr referiert, dass nach Meinung mehrerer Fachleute die Eintiefung der I. im Mündungsgebiet stattfindet, diese

aber auch ohne den Bau von Stützschwelen gestoppt werden könne. Nicht entscheidend kommt es dabei auf die zwischen den Beteiligten umstrittene Frage an, ob und wann ein Sohledurchschlag konkret gedroht hätte. Für die Bejahung der Planrechtfertigung ist es ohne Weiteres als ausreichend anzusehen, wenn ohne den geplanten Ausbau der I. die Sohlerosion mit ihren negativen Folgen für die Umwelt und die Allgemeinheit ungehindert fortschreiten würde. Im Übrigen hat der Beistand des Kl. in der mündlichen Verhandlung des Senats selbst ausgeführt, dass im Hinblick auf die gegebene Eintiefung und die Flussbettverschmälerung grundsätzlich flussbauliche Maßnahmen erforderlich gewesen seien.

[55] 3. Soweit die Kl.-Seite geltend macht, im behördlichen Verfahren hätte eine Verträglichkeitsprüfung nach der FFH-Richtlinie (Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.5.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume der wild lebenden Tiere und Pflanzen, ABl. L 206 vom 22.7.1992, S. 7 – FFH-RL) durchgeführt werden müssen, weil die geplante Maßnahme im gemeldeten FFH-Gebiet »U. I. zwischen L. und P. (Nr. 7243-301)« liege, vertritt sie ebenso wie das VG eine fehlerhafte Rechtsauffassung. Die direkte Anwendung von Art. 13 c, 49 a des Bayerischen Naturschutzgesetzes (BayNatSchG) scheidet im vorliegenden Fall bereits deshalb aus, weil die genannten Vorschriften nur für bereits gelistete Schutzgebiete Geltung beanspruchen (vgl. *Tausch*, Bayerisches Naturschutzgesetz 2007, Vorb. III a. Abschnitt, Rn. 10 f.; *Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle/Egner*, Naturschutzrecht in Bayern, Stand: 1.4.2007, Art. 13 c Rn. 2). Die Listung des FFH-Gebiets erfolgte vorliegend jedoch erst am 7.12.2004, also erst während des gerichtlichen Verfahrens.

[56] Aber auch eine Schutzwirkung direkt aus Art. 6 FFH-RL (vgl. hierzu BayVGH, Urt. v. 30.10.2007 – 8 A 06.40025 –, Rn. 108) scheidet hier aus, denn die strittigen Planungen stammen aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der FFH-Richtlinie. Die FFH-Richtlinie datiert vom 21.5.1992, die Umsetzungsfrist lief am 22.7.1994 ab (vgl. Art. 23 Abs. 1 FFH-RL). Sie bemisst sich keine Geltung für Projekte bei, die vor ihrem Inkrafttreten in Angriff genommen worden sind. Für die Würdigung der Rüge, die Anforderungen des Art. 6 FFH-RL seien nicht beachtet worden, ist demnach der Zeitpunkt maßgeblich, an dem das Vorhaben förmlich aufgelegt worden ist (vgl. EUGH, Urt. v. 23.3.2006, Kommission/Republik Österreich, NuR 2006, 429, 431 Rn. 58). Im vorliegenden Fall wurde die Planfeststellung mit Schreiben des Wasserwirtschaftsamts L. vom 25.7.1988 beantragt; mit Schreiben vom 28.2.1989 wurden die Planunterlagen ergänzt. Das Anhörungsverfahren wurde durch Auslegung der Planunterlagen am 14.3.1989 eingeleitet. Damit war grundsätzlich erkennbar, welchen Umfang die beantragte wasserrechtliche Planfeststellung haben würde. Auf spätere Planänderungen kommt es deshalb nicht mehr an, außer es würde sich um ein »anderes Vorhaben« handeln, was hier jedoch nicht der Fall ist. Denn nur das formale Kriterium der förmlichen Stellung des Antrags entspricht dem Grundsatz der Rechtssicherheit und ist geeignet, die praktische Wirksamkeit einer Richtlinie zu erhalten (vgl. EUGH, Urt. v. 23.3.2006, a. a. O., Rn. 57). Die zeitliche Dauer des Planfeststellungsverfahrens kann demnach kein Gesichtspunkt sein, um doch noch zur Anwendung der FFH-Richtlinie zu gelangen.

[57] Darüber hinaus wäre der Kl., selbst bei grundsätzlicher Anwendbarkeit der FFH-Richtlinie auf den vorliegenden Fall, mit seinem Vorbringen zu diesem Gesichtspunkt gem. § 61 Abs. 3 BNatSchG im Gerichtsverfahren präkludiert (vgl. BVerwG, Urt. v. 22.1.2004, NVwZ 2004, 861, 863; Beschl. v. 12.4.2005, NVwZ 2005 943, 946). ...

[59] 4. Der Kl. ist auch hinsichtlich der Thematik »Europäischer Vogelschutz« gem. § 61 Abs. 3 BNatSchG im Gerichtsverfahren präkludiert (vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 22.1.2004, a. a. O.; Beschl. v. 12.4.2005, a. a. O.). ...

[62] 5. Die für die wesentliche Umgestaltung der I. und ihrer Ufer im Rahmen der Sanierung erforderliche Planfeststellung gem. § 31 Abs. 2 Satz 1 WHG ist nicht nach § 31 Abs. 5 Satz 3 WHG zu versagen. Eine Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit steht dem Gewässerausbauvorhaben nicht entgegen. Denn entsprechend den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips, das in Art. 58 Abs. 2 BayWG seinen Ausdruck gefunden hat, können mögliche Beeinträchtigungen des Wohls der Allgemeinheit durch Bedingungen und Auflagen verhütet bzw. ausgeglichen werden (vgl. *Kottulla*, WHG, § 31 Rn. 34; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 31 Rn. 62). Dies gilt auch bei gemeinnützigen wasserrechtlichen Planfeststellungen – wie hier –, wobei die zwingenden Versagungsgründe des § 31 Abs. 5 Satz 3 WHG dort eine Schranke für das Planungsermessen der Behörde darstellen (vgl. *Zeitler*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG, Stand: 1.9.2007, § 31 Rn. 157 ff., 218 a). Insbesondere eine erhebliche und dauerhafte, nicht ausgleichbare Erhöhung der Hochwassergefahr oder eine Zerstörung natürlicher Rückhalteflächen, vor allem in Auwäldern, ist hier nicht zu erwarten. Im vorliegenden Fall ist grundsätzlich ein Ausgleich der zu erwartenden Beeinträchtigungen möglich.

[63] 5.1 Eine erhebliche und dauerhafte Erhöhung der Hochwassergefahr i. S. von § 31 Abs. 5 Satz 3 WHG führt vorliegend nicht zur Versagung der Planfeststellung. Nur die vollständige Verkennung der Hochwassersituation in dem von einem Bauvorhaben betroffenen Bereich eines Flusses durch die Planfeststellungsbehörde kann zur Aufhebung der Planfeststellung führen. Sonstige Mängel der Auslegung des Hochwasserschutzes können dagegen durch Ergänzung des Plans behoben werden (vgl. zu einem Straßenbauvorhaben BayVGH, Urt. v. 19.6.2002, NuR 2003, 425). Zwar geht die Planfeststellungsbehörde davon aus, dass die Veränderung der Wasserspiegelhöhe im Extremfall lediglich wenige Zentimeter betragen dürfte. Der Kl. ist aber der Auffassung, dass bei einer Hochwasserwelle wenige Zentimeter entscheidend sein können. Dementsprechend hat die Planfeststellungsbehörde vom Unternehmensträger Nachweise nachgefordert. Falls sich wesentliche Veränderungen ergeben sollten, habe der Unternehmensträger Ausgleichsmaßnahmen vorzuschlagen. Diese könnten auch im Unterlauf der I. ausgeführt werden. Daraus ist ersichtlich, dass die Veränderungen im Hochwasserabfluss an der U. I. grundsätzlich durch Ausgleichsmaßnahmen beherrschbar sind. Dies wird auch vom Kl. nicht substantiiert bestritten.

[64] Der Bescheid vom 15.4.2002 ist jedoch insoweit rechtswidrig und darf nicht vollzogen werden, als er die erforderlichen Ausgleichsmaßnahmen nicht selbst festsetzt. Er regelt unter A. Ziff. I. 7.4.1.4 lediglich, dass der Unternehmensträger die Veränderung des Abflussverhaltens infolge der Maßnahme nachzuweisen hat. Falls der Retentionsraum vermindert wird, hat er einen entsprechenden Ausgleich vorzuschlagen; das eventuell erforderliche Wasserrechtsverfahren ist von ihm zu beantragen. Damit wird die Planfeststellungsbehörde dem jedes Planfeststellungsverfahren beherrschenden Grundsatz der Problembewältigung nicht gerecht. Hiernach sind in die Planfeststellung alle Gesichtspunkte einzubeziehen, die es ermöglichen, die Planungsaufgabe und die von dem Planvorhaben in seiner räumlichen Umgebung aufgeworfenen Probleme umfassend zu lösen (vgl. BVerwG, Urt. v. 7.9.1979, BVerwGE 58, 281, 284; Urt. v. 23.1.1981, BVerwGE 61, 307, 311). Die Planfeststellungsbehörde darf keine grundsätzli-

chen Fragen zu Schutzmaßnahmen aus ihren planerischen Erwägungen ausklammern, sondern einer ergänzenden Planfeststellung allenfalls die Entscheidung darüber vorbehalten, ob die im Verfahren ermittelten und in ihren Wirkungen prinzipiell berücksichtigten Werte die Anordnung von Schutzmaßnahmen im konkreten Fall erforderlich machen (vgl. BVerwG, Urt. v. 23.1.1981, a. a. O., 312 f.). Im vorliegenden Fall war die planfestgestellte Maßnahme bereits im Jahr 1994 weitgehend fertig gestellt und die I. eingestaut. Die Planfeststellungsbehörde hätte demnach in ihrem Bescheid vom 15.4.2002 längst die Auswirkungen des Vorhabens auf die Hochwasserlage genauer ermitteln und entsprechende Auflagen erteilen können. Jedenfalls rund acht Jahre nach Inbetriebnahme der Stützkraftstufe war es zur Problembewältigung nicht mehr ausreichend, dem Unternehmensträger weitere Ermittlungen aufzugeben. Die Behörde hätte vielmehr in diesem langen Zeitraum mit Hilfe des amtlichen Sachverständigen selbst entsprechende Erhebungen vornehmen müssen. Nachdem sie bereits selbst geschätzt hatte, dass etwa 3 Millionen m³ an Retentionsraum verloren gehen werden, ist die Auflage, dass der Unternehmensträger einen entsprechenden Ausgleich vorzuschlagen habe, falls der Retentionsraum tatsächlich vermindert werde, nicht mehr nachvollziehbar. Die Behörde hätte vielmehr vor Erlass des Bescheids genaue Berechnungen verlangen und dann präzise Auflagen zum Hochwasserschutz festsetzen müssen. Die Behebung dieses offensichtlichen Mangels kann jedoch noch in einem ergänzenden Verfahren i. S. von Art. 75 Abs. 1 a Satz 2 BayVwVfG erfolgen.

[65] 5.2 Ebenso verhält es sich hinsichtlich der Zerstörung natürlicher Rückhalteflächen i. S. von § 31 Abs. 5 Satz 3 WHG, vor allem in Auwäldern, durch das Ausbauvorhaben. Hierzu behauptet die Behörde zwar, dass die natürlichen Rückhalteflächen erhalten würden und diese bereits früher verändert oder eingeschränkt worden seien. Durch die Dammbauten und den Einstau der I. werden jedoch ohne Zweifel Auwaldbestände beseitigt. Für die gerodeten Auwaldflächen soll nach den Auflagen A. Ziff. I. 7.3.6.1.2 und 7.8.6 des Bescheides vom 15.4.2002 eine Ersatzaufforstung im Verhältnis von 1:1,5 erfolgen. Die Details und die Lage sollen im Rahmen der Gesamtbilanzierung im landschaftspflegerischen Begleitplan vorgeschlagen werden.

[66] Die Planfeststellungsbehörde hat auch hier den Ausgleich für den Verlust an natürlichen Rückhalteflächen in Auwäldern nicht selbst geregelt, sondern weiteren Planungen des Unternehmensträgers überlassen. Dies widerspricht dem Grundsatz der Problembewältigung. Zum Zeitpunkt der Planfeststellung waren die Eingriffe in den Auwald bereits seit rund acht Jahren zum großen Teil erfolgt. Der Bescheid enthält zwar bereits eine, wenn auch fehlerhafte Gesamtbilanzierung. Es ist aber nicht geregelt, wie die neue Gesamtbilanzierung nach A. Ziff. I. 7.3.6.1.2 und 7.8.6 Eingang in die Planfeststellung finden soll. Der überarbeitete landschaftspflegerische Begleitplan soll dem Landratsamt D. lediglich vorgelegt werden. Diese Fehler bei der Behandlung der Frage der natürlichen Rückhalteflächen zwingen indes nicht zur Versagung der Planfeststellung nach § 31 Abs. 5 Satz 3 WHG. Der angefochtene Bescheid ist jedoch insoweit rechtswidrig und darf nicht vollzogen werden. Die festgestellten offensichtlichen Mängel können in einem ergänzenden Verfahren i. S. von Art. 75 Abs. 1 a Satz 2 BayVwVfG behoben werden.

[67] 6. Fehler der Abwägungsentscheidung der Behörde im Rahmen der wasserrechtlichen Planfeststellung nach § 31 Abs. 2 WHG führen nicht zwingend zur Aufhebung des Bescheids. Jede Planfeststellung hat die Anforderungen des Abwägungsgebots sowohl hinsichtlich des Abwägungsvorgangs als auch des Abwägungsergebnisses zu beachten

(vgl. BVerwG, Urt. v. 7.7.1978, BVerwGE 56, 110, 122 f.; Urt. v. 24.11.1994, BVerwGE 97, 143, 148). Die Planfeststellungsbehörde darf sich hierbei für die Bevorzugung eines Belangs und die Zurückstellung anderer Belange entscheiden. Insbesondere bei der Alternativenabwägung darf sie nicht eindeutig bessere Alternativlösungen ausscheiden.

[68] 6.1 Die Alternativenabwägung der Planfeststellungsbehörde ist ohne Rechtsfehler erfolgt.

[69] Die Grenze der planerischen Gestaltungsfreiheit bei der Auswahl zwischen verschiedenen Lösungen ist erst dann überschritten, wenn sich eine andere als die gewählte Lösung unter Berücksichtigung aller erwägungserheblichen Belange eindeutig als die bessere, weil für die öffentlichen und privaten Belange insgesamt schonendere Lösung darstellen würde – wenn sich mit anderen Worten diese Lösung der Behörde hätte aufdrängen müssen (vgl. BVerwG, Urt. v. 9.6.2004, NVwZ 2004, 1486, 1490; Beschl. v. 18.6.2007, NuR 2008, 36, 38 Rn. 35). Dies ist hier nicht der Fall.

[70] Der Kl. hält der Planfeststellungsbehörde vor, dass flussbauliche Alternativen nicht untersucht und keine Kombinationslösungen geprüft und erwogen worden seien. Es spricht jedoch bereits viel dafür, dass die vom Kl. erwähnten flussbaulichen Lösungen deshalb ausscheiden, weil sich mit ihnen ein Detailziel der Planung nicht erreichen lässt (vgl. BayVGH, Urt. v. 30.10.2007, a. a. O., Rn. 53 ff.). Aus dem Gesamtzusammenhang des Bescheids vom 15.4.2002 und insbesondere den Ausführungen zur Bewilligung ist zu entnehmen, dass es neben der Sanierung der U. I. ein wichtiges Detailziel der Planung ist, die Wasserkraft der I. zur Energieerzeugung zu nutzen. Weder mit den vom Kl. bevorzugten sohlstabilisierenden Maßnahmen noch mit anderen Kombinationslösungen ließe sich eine Wasserkraftnutzung in P. erreichen. Allein die Errichtung der Stützkraftstufe P. und der Aufstau der I. verwirklichen auch das Detailziel der Wasserkraftnutzung.

[71] Die Behauptung des Kl., dass flussbauliche Alternativen nicht ausreichend untersucht worden seien, trifft aber auch nicht zu. Das frühere Bayerische Landesamt für Wasserwirtschaft hat in einer »ökotechnischen Modelluntersuchung U. I.« von 1983 zahlreiche Alternativlösungen untersucht. Untersucht wurden die sog. Null-Lösung, die Sohlensicherung durch Berollung, Sohlgurte und Sohlwellen, künstliche Geschiebezugabe, die Verbreiterung des Gerinnes, Abstürze und feste Wehre mit geringer Fallhöhe, Sohlrampen, Stützwellenkraftwerke und Stützkraftstufen. Weiterhin untersucht wurden die bei Stützwellenkraftwerken sowie bei Stützkraftstufen erforderlichen ökologischen Ausgleichsmaßnahmen. Soweit der Kl. behauptet, die Planfeststellungsbehörde habe keine Kombinationslösungen untersucht, ist er mit diesem Vorbringen gem. § 61 Abs. 3 BNatSchG präkludiert, weil er im Planfeststellungsverfahren nicht dargetan hat, wie die Kombinationslösungen konkret aussehen sollen. Dies ist vielmehr erst im Gerichtsverfahren mit dem Gutachten K. vom 12.2.2008 geschehen. Der Verweis des Kl. auf sein Schreiben vom 10.4.1992 an die Planfeststellungsbehörde, in dem seine Stellungnahme vom 26.3.1988 im Raumordnungsverfahren zitiert wird, hilft hier nicht weiter. Denn dort wird als Fazit der klägerischen Forderungen lediglich herausgestellt, dass eine Verbreiterung des Abflussquerschnitts durch Rücknahme der Hochwasserdämme erfolgen solle. Diese aus ökologischer Sicht positive Lösungsmöglichkeit sei seitens der Wasserwirtschaft zu negativ beurteilt und daher nicht weiter untersucht worden. Das Schreiben des Kl. vom 31.8.1998 an das Landratsamt D. enthält insoweit keine weitergehenden Ausführungen. Hieraus ist zu ersehen, dass der Bekl. die vom Kl. damals genannte Lösungsmöglichkeit sehr wohl untersucht hat, wobei dies vom Kl. als nicht ausreichend angesehen wurde. Dies

wurde in der »ökotechnischen Modelluntersuchung U. I.« von 1983 auf den Seiten 220 und 232 unternommen und von der Planfeststellungsbehörde bei ihrer Entscheidung berücksichtigt. Ob weitere Untersuchungen zu diesem Lösungsansatz möglich und nötig gewesen wären, kann letztlich dahinstehen, denn der Kl. konnte nicht dartun, dass sich diese Lösungsmöglichkeit der Planfeststellungsbehörde als vorzugswürdig hätte aufdrängen müssen.

[72] Die Lösungsalternative einer Verbreiterung des Abflussquerschnitts durch Rücknahme der Hochwasserdämme und ggf. weitere begleitende Maßnahmen musste sich der Planfeststellungsbehörde nicht als vorzugswürdig aufdrängen. Es ist nicht ersichtlich, dass diese Alternative unter Berücksichtigung aller abwägungserheblichen Belange eindeutig die bessere, weil für die öffentlichen und privaten Belange insgesamt schonendere Lösung dargestellt hat (vgl. BVerwG, Urt. v. 9.6.2004, a. a. O.; Beschl. v. 18.6.2007, a. a. O.). ...

[73] Soweit von Kl.-Seite in der mündlichen Verhandlung des Senats ausgeführt wurde, die jährliche Zugabe von ca. 20.000 m³ Geschiebe stelle im Verbund mit weiteren flussbaulichen Maßnahmen eine denkbare Alternative dar, ist der Kl. mit diesem Vorbringen gem. § 61 Abs. 3 BNatSchG präkludiert, weil er die Geschiebezugabe im Verwaltungsverfahren nicht vorgebracht hat. Zudem hat er dort nicht näher konkretisiert, welches die weiteren flussbaulichen Alternativen (außer der Geschiebezugabe) neben der Verbreiterung des Abflussquerschnitts sein sollen. Schließlich ist die Geschiebezugabe an der U. I. auch nicht eine Lösung, die sich aufdrängen musste. ...

[75] Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass sich der Alternativvorschlag des Kl. zwar aus ökologischer Sicht möglicherweise als die bessere Lösung darstellt, dieser sich jedoch der Planfeststellungsbehörde bei einer Gesamtbetrachtung nicht als eindeutig vorzugswürdigere Lösung aufdrängen musste. Denn die dauerhafte Geschiebezugabe in erheblichem Umfang, die nicht gegebene Möglichkeit der Wasserkraftnutzung sowie die erhebliche Inanspruchnahme von landwirtschaftlichen Flächen und von Auwald für die Aufweitung der I. lassen sich nicht einfach beiseite schieben. Die Alternativenabwägung der Planfeststellungsbehörde ist demnach aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

[76] 6.2 Die Zulassungsentscheidung der Planfeststellungsbehörde verstößt nicht in der Weise gegen § 31 Abs. 1 Satz 1 WHG oder § 31 Abs. 5 Satz 1 WHG, dass die Planfeststellung aufzuheben wäre. Bei beiden Vorschriften handelt es sich um Grundsätze für den Ausbau von Gewässern, jedoch nicht um dem planerischen Abwägungsvorgang vorgelagertes zwingendes Recht.

[77] 6.2.1 Nach § 31 Abs. 1 Satz 1 WHG sollen Gewässer, die sich im natürlichen oder naturnahen Zustand befinden, in diesem Zustand erhalten bleiben und nicht naturnah ausgebaute natürliche Gewässer soweit wie möglich wieder in einen naturnahen Zustand zurückgeführt werden, wenn überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit nicht entgegenstehen. Hierbei handelt es sich um beim Gewässerausbau zu beachtende Grundsätze, die von der Planfeststellungsbehörde als öffentliche Belange in ihre Abwägungsentscheidung einzustellen sind (vgl. *Zeitler*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, a. a. O., § 31 Rn. 35; *Drost*, *Das Wasserrecht in Bayern*, Stand: 1.9.2007, § 31 Rn. 31). Die Fassung als Sollvorschrift legt jedoch ein erhöhtes Darlegungs- und Begründungserfordernis fest, falls von den Grundsätzen abgewichen werden soll. Der Kl. geht davon aus, dass sich die U. I. vor dem Ausbau in einem naturnahen Zustand befunden habe. Der Bekl. unterstellt, dass sich der Fluss im maßgeblichen Bereich wegen der

zahlreichen Eingriffe seit 1849 nur noch bedingt in einem naturnahen Zustand befunden habe. Einem Erhalt oder einer Wiederherstellung des naturnahen Zustands in diesem Bereich stehen jedoch nach Auffassung der Planfeststellungsbehörde überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit entgegen. Ein Erhalt des noch naturnahen Zustands der U. I. würde den Verzicht auf die aus wasserwirtschaftlicher Sicht erforderlichen planfestgestellten Maßnahmen bedingen. Eine Wiederherstellung des naturnahen Zustands würde eine großräumige Rückverlegung der seit langem bestehenden Hochwasserdeiche erfordern. Dies hat die Planfeststellungsbehörde aus den unter Ziff. 6.1 dieses Urteils erörterten Gründen im Rahmen ihrer Abwägungsfreiheit ohne Rechtsfehler abgelehnt. Der Kl. hat im Rahmen der Grundsätze nach § 31 Abs. 1 Satz 1 WHG keine weitergehenden Gesichtspunkte vorgetragen, die diese Abwägungsentscheidung erschüttern könnten.

[78] 6.2.2 Gemäß § 31 Abs. 5 Satz 1 WHG sind beim Ausbau natürliche Rückhalteflächen zu erhalten, das natürliche Abflussverhalten nicht wesentlich zu verändern, naturraumtypische Lebensgemeinschaften zu bewahren und sonstige erhebliche nachteilige Veränderungen des natürlichen oder naturnahen Zustands des Gewässers zu vermeiden oder, soweit dies nicht möglich ist, auszugleichen. Hierbei handelt es sich um bei einem Gewässer Ausbau zu beachtende wasserwirtschaftliche Grundsätze, die als öffentliche Belange zusammen mit den ggf. anzuordnenden Ausgleichsmaßnahmen in die planerische Abwägung einzustellen sind (vgl. *Drost*, a. a. O., § 31 Rn. 45; *Schenk*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, a. a. O., § 31 Rn. 38). Die Planfeststellungsbehörde hat diese Thematik auf den Seiten 117 bis 120 des Bescheids vom 15.4.2002 abgehandelt. Zum Erhalt der natürlichen Rückhalteflächen kann auf die Ausführungen unter Ziff. 5.2 dieses Urteils verwiesen werden; die Planfeststellungsbehörde hat die Ausgleichsbilanz in einem ergänzenden Verfahren zu überarbeiten. Das natürliche Abflussverhalten wird nach Auffassung der Planfeststellungsbehörde wesentlich verändert. Die Pflicht zur Erhaltung des natürlichen Abflussverhaltens ist jedoch kein Selbstzweck, sondern dient ebenfalls dem Hochwasserschutz (vgl. *Schenk*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, a. a. O., § 31 Rn. 38 b; *Drost*, a. a. O., § 31 Rn. 50). Hierzu kann auf die Ausführungen unter Ziff. 5.1 des Urteils verwiesen werden; die Planfeststellungsbehörde hat in einem ergänzenden Verfahren die erforderlichen Ausgleichsmaßnahmen festzulegen. Was die Aufgabe anbelangt, naturraumtypische Lebensgemeinschaften zu bewahren, so wurde hier ein ökologischer Belang zu einem auch wasserwirtschaftlichen aufgewertet (vgl. *Schenk*, a. a. O., § 31 Rn. 38d; *Drost*, a. a. O., § 31 Rn. 53). Die im vorliegenden Fall auftretenden Einschränkungen hat die Planfeststellungsbehörde in ihrer Abwägung zur Erreichung des Planungsziels hingenommen. Als Ausgleichsmaßnahmen werden insbesondere die Wiederherstellung von Grundwasserschwankungen sowie die Herstellung von Ersatzfließgewässern angesehen. Zu deren grundsätzlicher Wirksamkeit und den Defiziten bei der Festsetzung ist auf Ziff. 9 dieses Urteils zu verweisen.

[79] 6.3 Das planfestgestellte Vorhaben steht nicht im Widerspruch zu den Ergebnissen des Raumordnungsverfahrens nach § 15 des Raumordnungsgesetzes (ROG), Art. 22 des Bayerischen Landesplanungsgesetzes (BayLPlG) und damit den sonstigen Erfordernissen der Raumordnung i. S. von § 3 Nr. 4 ROG. Vielmehr hat die Planfeststellungsbehörde diese sonstigen Erfordernisse gem. § 4 Abs. 2 ROG im Rahmen ihrer Abwägung berücksichtigt. Die von Kl.-Seite genannte Maßgabe 2.5 der landesplanerischen Beurteilung der Regierung von N. beruht auf Art. 2 Ziff. 2 BayLPlG, wonach unvermeidbare wesentliche Beeinträchtigungen der Landschaft und des Naturhaushalts durch landschaftspflegerische

Maßnahmen möglichst auszugleichen sind. Danach sollten die erforderlichen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen an der U. I. möglichst mit dem Einstau funktionsfähig sein. Bereits aus der Wortwahl »sollten möglichst« ist zu ersehen, dass es sich hier um eine sehr weich formulierte Maßgabe handelt. Sollte sich die Maßgabe aufgrund von Hemmnissen im Planfeststellungsverfahren – wie hier – oder auch im Bauablauf nicht mit Einstau der I. erfüllen lassen, so führt dies nicht dazu, dass das Sanierungsvorhaben nicht mehr mit den Erfordernissen der Raumordnung übereinstimmt. Auch wenn sich deren Verwirklichung durch eine gerichtliche Auseinandersetzung über das planfestgestellte Vorhaben und die nötigen Ausgleichsmaßnahmen verzögert, führt dies nicht zu einem Widerspruch zu den Ergebnissen des Raumordnungsverfahrens. Es kann sich somit die Situation ergeben, dass wesentliche Teile eines Ausbauvorhabens bereits fertig gestellt und der Einstau erfolgt sind, bevor die Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen in Angriff genommen werden können; dies wird jedoch mit der Möglichkeit der Zulassung des vorzeitigen Beginns nach § 31 Abs. 4 i. V. m. § 9 a WHG in Kauf genommen.

[80] 7. Der von Kl.-Seite behauptete Verstoß gegen die Wasserrahmenrichtlinie (Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik vom 23.10.2000, ABl. L 327, S. 1 – WRRL) liegt nicht vor. Eine Direktwirkung der Richtlinie scheidet bereits deshalb aus, weil sie bis zum 22.12.2003 im Bund und in Bayern umgesetzt worden ist; Mängel bei der Umsetzung hat der Kl. nicht vorgetragen. Zudem ist vorliegend der Bescheid am 15.4.2002 und damit vor Ablauf der Umsetzungsfrist ergangen. Schließlich wäre der Kl. mit seinem Vorbringen zur WRRL nach § 61 Abs. 3 BNatSchG im Gerichtsverfahren präkludiert, denn er hat hierzu im Verwaltungsverfahren nichts Konkretes vorgetragen.

[81] In nationales Recht umgesetzt wurde die WRRL am 19.8.2002 (BGBl. I S. 3245) unter anderem durch §§ 25 a bis 25 d, 33 a WHG und Art. 3 c BayWG. Unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf den Bescheid vom 15.4.2002 ist der Kl. mangels substantiierten Sachvortrags hierzu im Planfeststellungsverfahren auch insoweit nach § 61 Abs. 3 BNatSchG präkludiert. Selbst im Gerichtsverfahren hat der Kl. sein Vorbringen nicht präzisiert. Seine Ausführungen in der Klagebegründung vom 24.7.2002 beziehen sich lediglich auf Art. 4 Abs. 1a WRRL und rügen pauschal die Verschlechterung der Qualität der Oberflächengewässer und des Grundwassers. Selbst das Gutachten K. vom 18.11.2004 geht jedoch davon aus, dass die I. in ihrem gesamten Verlauf bereits heute die Gewässergüteklasse II (mäßig belastet) aufweist und damit dem Zielzustand für ein Gewässer dieser Größenordnung entspricht. Die vorliegende Planung wird dort dahingehend bewertet, es habe sich durch den Aufstau die Gewässergüte im Stauraum offensichtlich noch nicht soweit verändert, dass eine erhebliche Verschlechterung der Gewässergüte festzustellen wäre. Allerdings sei mit einer zunehmenden Ablagerung von Schlamm und im Extremfall mit der Bildung von Faulschlamm eine weitere Verschlechterung möglich. Für die geplanten Ersatzfließgewässer erscheine die Einhaltung der Vorgaben zur Gewässergüte möglich. Angesichts dessen hätte es einer substantiierten Auseinandersetzung des Kl. mit dem Zustand der I. und des Grundwassers im maßgeblichen Bereich bedurft, um Defizite bei der Gewässergüte durch die angegriffene Planung aufzuzeigen. Das ist jedoch weder im Verwaltungsverfahren noch im Gerichtsverfahren geschehen.

[82] 8. Soweit der Kl. Verstöße gegen den Biotopschutz nach Art. 13 d Abs. 1 Bay-NatSchG behauptet, ist sein Vorbringen unsubstantiiert. In der Klagebegründung vom

24.7.2002 finden sich hierzu keine näheren Ausführungen. Unabhängig davon hat die Planfeststellungsbehörde eine Ausnahme nach Art. 13 d Abs. 2 BayNatSchG zugelassen. Die Auffassung des Bekl., dass die Maßnahme aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls notwendig sei, weil ohne die geplante I.-Sanierung die Gefahr einer weiteren Eintiefung mit schwerwiegenden Folgen für den Naturhaushalt und auch die geschützten Biotope bestehe, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Entgegen der Auffassung des Kl. besteht aus den unter Ziff. 6.1 erörterten Gründen auch keine Planungsalternative, auf die der Bekl. verwiesen werden könnte.

[83] 9. Die Behandlung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung nach §§ 18 ff. BNatSchG, Art. 6 ff. BayNatSchG durch die Planfeststellungsbehörde ist teilweise rechtswidrig. Die erheblichen Mängel können jedoch in einem ergänzenden Verfahren i. S. von Art. 83 Abs. 1 Satz 1 BayWG i. V. m. Art. 75 Abs. 1 a Satz 2 BayVwVfG behoben werden. Demgemäß ist die Planfeststellung nicht aufzuheben, sondern lediglich die Rechtswidrigkeit festzustellen mit der Folge, dass der Bescheid insoweit nicht vollzogen werden darf.

[84] Nach Art. 6 a Abs. 1 Satz 1 BayNatSchG ist der Verursacher eines Eingriffs verpflichtet, vermeidbare Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft zu unterlassen sowie unvermeidbare Beeinträchtigungen durch Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege vorrangig auszugleichen (Ausgleichsmaßnahmen) oder in sonstiger Weise zu kompensieren (Ersatzmaßnahmen), soweit es zur Verwirklichung der Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege erforderlich ist. Gemäß Art. 6 a Abs. 2 Satz 1 BayNatSchG ist ein Eingriff zu untersagen, wenn die Beeinträchtigungen nicht zu vermeiden oder nicht im erforderlichen Maß in angemessener Frist auszugleichen oder in sonstiger Weise zu kompensieren sind und die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege bei der Abwägung aller Anforderungen an Natur und Landschaft im Rang vorgehen. Im vorliegenden Fall sind die Eingriffe in Natur und Landschaft aufgrund der planfestgestellten Sanierungsmaßnahmen an der U. I. nicht vermeidbar. Entgegen der Auffassung des Kl. sind hierbei Planungsalternativen nicht mehr zu prüfen (vgl. BVerwG, Urt. v. 7.3.1997, BVerwGE 104, 144, 149 f.), diese sind vielmehr bereits bei der fachplanerischen Abwägung zu behandeln (vgl. BVerwG, Urt. v. 12.12.1996, BVerwGE 102, 331, 342). ... Ob die vorgesehenen Kompensationsmaßnahmen in Form von Ersatzfließgewässern und künstlich erzeugten Grundwasserschwan- kungen fachlich ausreichend sind, ist nachfolgend bei der Beurteilung der Ersatz- und Ausgleichsmaßnahmen zu prüfen.

[85] 9.1 Gemäß Art. 6 a Abs. 1 Satz 1 BayNatSchG ist der Ausgleich unvermeidbarer Beeinträchtigungen durch Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege vorrangig. Im vorliegenden Fall wurde als wesentliche Ausgleichsmaßnahme die künstliche Erzeugung von Grundwasserschwan- kungen zwischen den I.-Deichen und den Ersatzfließgewässern festgesetzt. (Wird ausgeführt.) Zudem enthält der Bescheid einen Auflagenvorbehalt für den Fall, dass die Be- und Entwässerungen nicht wie geplant wirken sollten.

[86] Soweit der Kl. einen unfiltrierten Eintrag von Schadstoffen aus der I. ins Grundwasser befürchtet, kann dem durch entsprechende Überwachungsmaßnahmen begegnet werden. ... Falls der Kl. jedoch Belege für seine Befürchtungen liefern sollte, so kann die Planfeststellungsbehörde im Rahmen der ohnehin erforderlichen Nachbesserung der Planfeststellung im ergänzenden Verfahren auch Auflagen zur Messung der Wasserqualität des aus den Betonröhren austretenden Wassers festsetzen.

[87] 9.2 Sind Ausgleichsmaßnahmen nicht möglich, so sind die Beeinträchtigungen durch den Eingriff gemäß Art. 6 a Abs. 1 Satz 1 BayNatSchG in sonstiger Weise zu kompensieren. Als Ersatzmaßnahmen in diesem Sinn sind vorliegend insbesondere die Ersatzfließgewässer rechts und links der I. vorgesehen. ...

[90] 9.3 Soweit der Kl. behauptet, die Verluste im Auwaldbestand seien wesentlich größer als vom Bekl. bilanziert, ist dieser dem in der mündlichen Verhandlung des Senats entgegengetreten. Entgegen der Auffassung des Kl. würden die Rohrleitungen zur Erzeugung der Grundwasserschwankungen bewirken, dass wieder teilweise Auwald entstehe; eine maximale naturnahe Situation sei damit allerdings nicht erreichbar. In der Planfeststellung wird zwar eine Ersatzaufforstung mit der 1,5-fachen Fläche für die Beseitigung von Auwald angeordnet. Zur fehlenden Problembewältigung durch die Planfeststellungsbehörde insoweit wird aber auf Ziff. 5.2 des Urteils verwiesen. Im Rahmen der ohnehin erforderlichen Überarbeitung des landschaftspflegerischen Begleitplans wird der Bekl. auch zu überprüfen haben, inwieweit die vom Kl. behaupteten indirekten Auwaldverluste entstehen. Hierbei ist entgegen dem Gutachten K. vom 12.2.2008 nicht von einer Kolmarterierung der Betonfilterrohre auszugehen, denn der Unternehmensträger hat für deren Funktionieren einzustehen.

[91] 9.4 Die Planfeststellung ist mangels Problembewältigung auch insoweit rechtswidrig, als ein allgemeines Defizit bei den Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen verbleibt. Die Planfeststellungsbehörde hat selbst erkannt, dass die gestaute I. nicht mit 122,6 ha als Ersatzmaßnahme angesetzt werden kann. Sie hat deshalb den Unternehmensträger im Rahmen der Überarbeitung des landschaftspflegerischen Begleitplans zu einer Neubilanzierung verpflichtet. Sie hätte das Problem des Defizits bei den Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen aber selbst in der Planfeststellung bewältigen müssen (vgl. BVerwG, Ur. v. 7.9.1979, BVerwGE 58, 281, 284; Ur. v. 23.1.1981, BVerwGE 61, 307, 311). ...

[92] 9.5 Schließlich ist die Planfeststellung auch insoweit rechtswidrig, als sie keine Differenzierung zwischen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen vornimmt. Nachdem die Ausgleichsmaßnahmen gem. § 19 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG, Art. 6 a Abs. 1 Satz 1 BayNatSchG vorrangig anzuordnen sind, ist eine derartige Differenzierung erforderlich (vgl. BVerwG, Ur. v. 27.10.2000, BVerwGE 112, 140, 162 zu § 8 BNatSchG a. F.; BayVGh, Ur. v. 30.7.2002, NuR 2003, 755, 757). Das hat die Planfeststellungsbehörde auch grundsätzlich erkannt und den Unternehmensträger im Rahmen der Überarbeitung des landschaftspflegerischen Begleitplans zur Unterscheidung der Kompensationsmaßnahmen in Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen verpflichtet. Dies stellt jedoch eine mangelnde Problembewältigung dar; insoweit kann auf die Ausführungen unter Ziff. 9.4 verwiesen werden. Das LfU hat die fehlende Unterscheidung bereits in seiner Stellungnahme vom 11.12.1995 bemängelt. Die fehlende Differenzierung kann aber in einem ergänzenden Verfahren i. S. von Art. 75 Abs. 1 a Satz 2 BayVwVfG nachgeholt werden.

[93] 9.6 Die angefochtene Planfeststellung enthält keine naturschutzrechtliche Abwägung i. S. von § 19 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG, Art. 6 a Abs. 2 Satz 1 BayNatSchG. Hiernach kann ein Eingriff trotz nicht ausreichender Kompensationsmaßnahmen zugelassen werden, wenn die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege bei der Abwägung aller Anforderungen an Natur und Landschaft den anderen Belangen im Rang vorgehen. Eine derartige Abwägung findet sich im Bescheid vom 15.4.2002 nicht, auch nicht im Rahmen der knappen (rechtlichen) Würdigung auf Seite 143. Dies wurde von Seiten des Bekl. in der mündlichen Verhandlung des Senats bestätigt; Defizite bei der Kompensation seien nicht weggewogen worden. Eine ordnungsgemäße naturschutzrechtliche Abwägung

wäre im vorliegenden Fall aber ohnehin nicht möglich gewesen. Diese setzt als letzte Stufe der Eingriffsregelung (vgl. BVerwG, Urt. v. 27.10.2000, a. a. O.) voraus, dass eine Differenzierung zwischen Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen erfolgt ist und ein etwa verbleibendes Kompensationsdefizit genau ermittelt wurde. Demzufolge wird die Planfeststellungsbehörde im ergänzenden Verfahren i. S. von Art. 83 Abs. 1 Satz 1 BayWG i. V. m. Art. 75 Abs. 1 a Satz 2 BayVwVfG zunächst die tatsächlichen Eingriffe – insbesondere hinsichtlich der Auwälder – genau zu ermitteln, dann die erforderlichen, geeigneten und möglichen Kompensationsmaßnahmen getrennt nach Ausgleich und Ersatz festzusetzen und schließlich bei einem ggf. verbleibenden Defizit die naturschutzrechtliche Abwägung vorzunehmen haben.

Art. 4, 16, 17, 54, 75 BayWG

1. Grundsätzlich schließt eine wasserrechtlich beschränkte Erlaubnis einen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch in Bezug auf die mit dieser Erlaubnis gestattete Einleitung nicht von vornherein aus. Es existiert keine dem § 11 Abs. 1 Satz 1 WHG und dem Art. 16 Abs. 3 Satz 1 BayWG entsprechende Vorschrift. Dies hat zur Folge, dass die wasserrechtlich beschränkte Erlaubnis des Art. 17 BayWG keine Ansprüche wegen nachteiliger Wirkungen der gestatteten Gewässerbenutzung ausschließt, die etwa auf Unterlassung der Gewässerbenutzung, auf Herstellung von Schutzeinrichtungen oder auf Schadensersatz gerichtet sind.

2. Für einen Eingriff ist jedoch erforderlich, dass es sich um einen rechtlich-relevanten Kausalbeitrag handelt, also einen feststellbaren, erkennbaren und effektiven Kausalbeitrag, der ein schutzwürdiges Interesse des Eigentümers i. S. von § 905 Satz 2 BGB berührt.

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 8.5.2008 – 22 B 06.3184 –

Der Kl. ist Miteigentümer und Mitbewohner des Anwesens S.-Weg in N. Das klägerische Anwesen wird von einem Gewässer dritter Ordnung, dem sogenannten S.-Bach, durchflossen. Der S.-Bach hat Zuflüsse aus dem Osten und Norden, und zwar u. a. den H. Bach und u. a. den in den H. Bach einmündenden Sch. Graben. Die gesamte Fläche von ca. 1,5 ha wurde nach Angaben des Kl. im Jahr 2005 bei drei Hochwasserereignissen (25.6., 22.8. sowie 23./24.8.) vollständig überschwemmt, was durch das Wasserwirtschaftsamt R. bestätigt wurde. Der Kl. hielt dem Bekl. mit Schreiben vom 16.11.2005 vor, das Ausmaß der Überschwemmungen auf seinem Anwesen werde durch die vom Bekl. veranlassten Zuleitungen über den Sch. Graben verursacht. Der Kl. forderte den Bekl. auf, diese Zuleitungen nunmehr einzustellen. Der Bekl. ging darauf nicht ein. Er habe alle seine Gewässerunterhaltungs- und Gewässerausbauverpflichtungen erfüllt.

Der Kl. erhob hiergegen Klage zum VG und beantragte, den Bekl. zu verpflichten, Wasser- und Kanaleinleitungen in den H. Bach/S.-Bach zu unterlassen bzw. zu beseitigen. Das VG wies die Klage als unbegründet ab (Urt. v. 10.10.2006), worauf der Kl. mit der vom VGH zugelassenen Berufung sein Rechtsschutzbegehren weiterverfolgte, jedoch auch mit dieser erfolglos blieb.

Aus den Gründen

[17] Die Berufung ist nicht begründet. Das VG hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Das klägerische Anwesen ist bei Hochwasser zwar von Überschwemmungen be-

droht; dem Kl. stehen deswegen jedoch keine Ansprüche gegen den Bekl. auf Abhilfemaßnahmen (Schutzvorkehrungen oder Unterlassung von Einleitungen) zu.

[18] 1. Abhilfeansprüche des Kl. gegen den Bekl. können sich zum einen nicht aus etwaigen Gewässerausbaupflichten des Bekl. hinsichtlich des S.-Grabens, des H. Bachs, des Sch. Grabens oder des Sch.-Grabens ergeben. Für derartige Ansprüche auf Gewässerausbau gibt es keine gesetzliche Grundlage. § 1 Nr. 9 des Gesetzes zur Änderung des Bayerischen Wassergesetzes vom 20.12.2007 (GVBl. S. 969), in Kraft getreten am 1.1.2008, hat Art. 54 BayWG folgenden Absatz 2 angefügt: »Die Aufgabe nach Abs. 1 ist eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung«. Die Bedeutung dieses Zusatzes als Abschluss von Ausbauansprüchen Dritter wird insbesondere durch die amtliche Begründung verdeutlicht. Diese lautet folgendermaßen: »Die Hochwasserereignisse der jüngsten Vergangenheit haben zu zahlreichen gerichtlichen Auseinandersetzungen geführt, in denen auch ein Anspruch Dritter auf Gewässerausbau geltend gemacht worden ist. Schon nach bisheriger Rechtsauffassung stellt die Ausbaupflicht lediglich eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung dar, durch die Pflichten gegenüber der Allgemeinheit, nicht aber gegenüber Dritten, begründet wurden. Anders als in Art. 42 BayWG für die Gewässerunterhaltung wird dies jedoch nicht ausdrücklich zum Ausdruck gebracht und könnte im Vergleich der beiden Bestimmungen zu dem Rückschluss führen, dass anders als die Gewässerunterhaltung ein Gewässerausbau zu Hochwasserschutz zwecken eingeklagt werden könnte. Daher ist die klarstellende Regelung, dass es sich bei der Ausbaupflicht ebenfalls um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung handelt, unerlässlich. Ein Ausbauanspruch Dritter besteht nicht« (LT-Drs. 15/8876, S. 14 f.). Soweit der H. Bach ein Wildbach ist, würde eine öffentlich-rechtliche Ausbaupflicht überdies nicht den Bekl., sondern den Freistaat Bayern treffen (Art. 54 Abs. 1 Nr. 2 BayWG).

[19] 2. Dem Kl. stehen auch keine Abwehransprüche auf Unterlassung der am 8.5.2002 gestatteten Einleitung in den Sch. Graben sowie auf Unterlassung der in den 60er Jahren des vergangenen Jahrhunderts erfolgten Einleitungen in den Sch.-Graben zu. Diese können insbesondere nicht auf den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch gestützt werden. In der Rechtsprechung des VGH (vgl. insbesondere Urt. v. 4.4.2005 – 22 B 01.247 –, bestätigt durch BVerwG, Beschl. v. 11.1.2006 – 7 B 53.05 –) ist zwar anerkannt, dass der öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch unter bestimmten Voraussetzungen als Anspruchsgrundlage in Betracht kommt, wenn ein Bürger von der Gemeinde Hochwasserschutz für seine Grundstücke begehrt. Dieser gewohnheitsrechtlich anerkannte und durch Richterrecht geprägte Anspruch, der letztlich auf dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und auf der Abwehrfunktion der Grundrechte beruht, hat u. a. zur Voraussetzung, dass durch einen hoheitlichen Eingriff ein subjektives Recht des Betroffenen verletzt und dadurch ein noch andauernder rechtswidriger Zustand geschaffen worden ist (vgl. dazu auch BVerwG, Urt. v. 26.8.1993, BVerwGE 94, 100, 104). Der Folgenbeseitigungsanspruch zielt auf die Wiederherstellung des Zustands, der im Zeitpunkt vor Beginn des Eingriffs bestand; er dient nicht dem allgemeinen Ausgleich von Schäden, die durch rechtswidriges Verwaltungshandeln – etwa auch in Form pflichtwidrigen Unterlassens – verursacht worden sind (BVerwG, Urt. v. 21.9.2000, DVBl. 2001, 726, 731 f.). Die Voraussetzungen für einen derartigen Anspruch sind im vorliegenden Fall nicht gegeben.

[20] a) Entgegen dem angefochtenen Urteil schließt die wasserrechtliche beschränkte Erlaubnis vom 8.5.2002 den geltend gemachten öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungs-

anspruch in Bezug auf die mit dieser Erlaubnis gestattete Einleitung von Niederschlagswasser in den Sch. Graben zwar nicht von vornherein aus.

[21] Für wasserrechtliche beschränkte Erlaubnisse existiert keine dem § 11 Abs. 1 Satz 1 WHG und dem Art. 16 Abs. 3 Satz 1 BayWG entsprechende Vorschrift. Dies hat zur Folge, dass die wasserrechtliche beschränkte Erlaubnis des Art. 17 BayWG keine Ansprüche wegen nachteiliger Wirkungen der gestatteten Gewässerbenutzung ausschließt, die etwa auf Unterlassung der Gewässerbenutzung, auf Herstellung von Schutzeinrichtungen oder auf Schadensersatz gerichtet sind. Der durch eine Gewässerbenutzung, für die eine wasserrechtliche beschränkte Erlaubnis erteilt ist, Geschädigte ist vielmehr in seinen rechtlichen Möglichkeiten völlig frei; er wird durch diese in keiner Weise mit irgendwelchen Ansprüchen gegen die Gewässerbenutzung ausgeschlossen. Anders gewendet: Der Inhaber der wasserrechtlichen beschränkten Erlaubnis genießt aufgrund dieser keinen Rechtsschutz gegenüber den dadurch tatsächlich oder rechtlich betroffenen Dritten. Können diese aufgrund ihrer durchgesetzten Rechtsansprüche die Gewässerbenutzung verhindern, so geht die erteilte wasserrechtliche beschränkte Erlaubnis ins Leere; von ihr kann nicht Gebrauch gemacht werden (vgl. *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, BayWG, Rn. 11 zu Art. 17). Dies gilt gleichermaßen, wenn die Gewässerbenutzung als privatrechtliche und wenn sie als öffentlich-rechtliche Maßnahme zu qualifizieren ist, weil eine Einleitung in ein Gewässer von einer Gemeinde schlichthoheitlich im Rahmen der Daseinsvorsorge (Beseitigung von Niederschlagswasser) vorgenommen wird.

[22] Eine Duldungspflicht kann sich hier nur nach Art. 4 Abs. 2 Satz 1 BayWG ergeben, wonach der Eigentümer eines Gewässers dessen Benutzung durch einen Dritten im Rahmen einer wasserrechtlichen beschränkten Erlaubnis zu dulden hat. Die Duldungspflicht bezieht sich lediglich auf die Benutzung des Gewässers des Eigentümers; bei oberirdischen Gewässern wird dieses regelmäßig bestimmt durch das Wasser und das Gewässerbett; zum Gewässerbett gehören der vom Wasser bedeckte Boden und die Ufer. Die Grenze zwischen dem Gewässergrundstück und den Landgrundstücken wird durch die Uferlinie (Art. 12 BayWG) bestimmt (*Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, BayWG, Rn. 31 zu Art. 4); die Duldungspflicht erstreckt sich jedoch nicht auf die Grundstücksflächen außerhalb der Uferlinien der oberirdischen Gewässergrundstücke (vgl. BayVGH, Beschl. v. 25.1.2008 – 22 ZB 06.849 –).

[23] Die wasserrechtliche beschränkte Erlaubnis vom 8.5.2002 ist somit für den vom Kl. geltend gemachten Anspruch unerheblich. Dies gilt auch für die vom Kl. vorgebrachten Einwände gegen diese Erlaubnis und gegen eventuell missverständliche Formulierungen im Erläuterungsbericht (betreffend die Aufnahmefähigkeit des Sch. Grabens und den Ausbauzustand des S.-Bachs). Maßgebend sind allein die nunmehr bestehenden tatsächlichen Verhältnisse.

[24] b) Die Voraussetzungen für einen öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch sind im Hinblick auf die im Jahr 2002 gestattete Einleitung von Niederschlagswasser in den Sch. Graben gleichwohl nicht gegeben.

[25] Es ist zwar richtig, dass das klägerische Anwesen und damit sein durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschütztes Grundstückseigentum bei Hochwasser von Überschwemmungen bedroht ist. Der S.-Graben kann bei Hochwasser nur einen Bruchteil der abfließenden Wassermenge aufnehmen (ca. 6 m³ pro Sekunde gegenüber einer Wassermenge von ca. 20,8 m³ pro Sekunde bei einem 100-jährlichen Hochwasser); das Anwesen des Kl. liegt in einem faktischen Überschwemmungsgebiet. Die damit verbundenen Beeinträchti-

gungen des Grundstückseigentums des Kl. können aber nicht auf einen hoheitlichen Eingriff des Bekl. zurückgeführt werden. Zwar kann in der Einleitung von Niederschlagswasser in ein Gewässer dritter Ordnung im Zuge der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Beseitigung von Niederschlagswasser, wie sie hier aufgrund des Bescheids vom 8.5.2002 vorgenommen wird, ein derartiger schlicht-hoheitlicher Eingriff liegen. Unter den gegebenen Umständen scheidet aber ein rechtlich relevanter Kausalbeitrag zu den Beeinträchtigungen des Grundstückseigentums des Kl. durch Überschwemmungen aus. Die bloße Feststellung, dass in ein bisweilen Hochwasser führendes Gewässer dritter Ordnung eine bestimmte Wassermenge zusätzlich eingeleitet wird, reicht nicht aus, um einen solchen rechtlich relevanten Kausalbeitrag zu belegen (BayVGh, Urt. v. 18.12.2003 – 22 B 03.823 –). Wie der VGh in den Urteilen vom 2.2.2004 – 22 B 02.3084 – und vom 4.4.2005 – 22 B 01.247 – entschieden hat, muss es sich um einen feststellbaren, erkennbaren, effektiven Kausalbeitrag handeln. Er muss ein schutzwürdiges Interesse des Eigentümers i. S. von § 905 Satz 2 BGB berühren. Er muss in dem Sinn greifbar sein, dass er zu einem in Geld bewertbaren zusätzlichen Schaden führt (BayVGh, Urt. v. 18.12.2003 – 22 B 03.823 –). Daran fehlt es hier.

[26] ... Für das Anwesen des Kl. ist daraus der Stellungnahme des Wasserwirtschaftsamts vom 24.6.2007 zufolge kein relevanter Beitrag zu eventuellen Überschwemmungen mehr zu erwarten. Diese Einschätzung des Wasserwirtschaftsamts, der aufgrund der besonderen Stellung der Wasserwirtschaftsämter als wasserwirtschaftlicher Fachbehörden (Art. 75 Abs. 2 Satz 1 BayWG) besonderes Gewicht zukommt (vgl. auch BayVGh, Beschl. v. 7.10.2002 – 22 ZB 02.1206 –, BayVBl. 2003, 753) hält der VGh für überzeugend. Lediglich bei einer rein theoretischen Betrachtungsweise könnte angenommen werden, dass die Überschwemmungen im Bereich der Grundstücke des Kl. in äußerst geringem Umfang zunehmen; diese Zunahme ist jedoch nicht konkret berechenbar und in ihrer praktischen Bedeutung völlig unerheblich; einen derartig minimalen Kausalbeitrag hält der VGh auch rechtlich für unerheblich (zu einer vergleichbaren Bewertung vgl. BayVGh, Urt. v. 18.12.2003 – 22 B 03.823 –). ...

§ 19 WHG; Art. 85 BayWG; Art. 73 BayVwVfG

1. Nach Art. 85 Abs. 3 Satz 1 BayWG i. V. mit Art. 73 Abs. 3 Satz 1 BayVwVfG sind Planunterlagen auf Veranlassung der Anhörungsbehörde in den Gemeinden, in denen sich das Vorhaben auswirkt, für die Dauer eines Monats zur Einsicht auszulegen, wobei der Begriff »Dauer« als maßgeblicher Anknüpfungspunkt der Auslegung die Zeitspanne von Anfang bis Ende der von der Gemeinde bestimmten Auslegungsfrist umfasst. Selbst eine »gespaltenen« Auslegung als möglicher Verfahrensfehler löst nicht per se die Rechtsfolge der Nichtigkeit einer Verordnung aus.

2. Die Festsetzung eines Wasserschutzgebiets ist erforderlich i. S. von § 19 Abs. 1 Nr. 1 WHG, wenn sie vernünftigerweise geboten ist, um eine Beeinträchtigung der Eignung des in Anspruch genommenen Grundwassers für Trinkwasserzwecke zu vermeiden und entsprechende Restrisiken weiter zu vermindern. Damit verbundenen Beeinträchtigungen sind unvermeidlich und halten sich grundsätzlich auch dann im Rahmen des Verhältnismäßigen, wenn sich die Wasserrechtsbehörde bei einer näheren Abgrenzung des Schutzgebiets und seiner weiteren Schutzzone mit wissenschaftlich fundierten, in sich schlüssigen Schätzungen begnügt.

3. Für die Erforderlichkeit des strittigen Wasserschutzgebiets ist entscheidend, dass für das Landratsamt keine gleichermaßen geeignete, für die jeweils Betroffenen weniger belastende Alternativlösung bestanden hat, die auch für die Beigeladene zumutbar wäre, insbesondere ohne erheblichen Aufwand hätte verwirklicht werden können (st. Rspr., vgl. z. B. BayVGH v. 5.12.2007 – 22 N 05.194 –). Zu beachten ist hierbei, dass dem Landratsamt dabei ein Gestaltungsspielraum zusteht, da sich die Auswahl unter verschiedenen Alternativen als eine auf Bewertungs-, Abwägungs- und Einschätzungsvorgängen beruhende Entscheidung darstellt, bei der es nicht nur um eine rechtlich richtige Lösung geht (vgl. zuletzt BayVGH, v. 13.2.2008 – 22 N 06.484 –).

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 25.1.2008 – 22 N 04.3471 –

Gegenstand des Normenkontrollverfahrens ist die Verordnung des Landratsamts M. vom 13.10.2003 über das Wasserschutzgebiet für die öffentliche Wasserversorgung (Brunnen I und II) in der Stadt E. (ab hier: Verordnung). Die Verordnung wurde im Amtsblatt des Landkreises M. vom 4.11.2003 bekannt gemacht und ist nach ihrem § 10 am 5.11.2003 in Kraft getreten. Die Verordnung ersetzt die frühere Wasserschutzgebietsverordnung vom 5.3.1986.

Die Ast. ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die auf dem Gemeindegebiet der Beigeladenen einen Gewerbepark betreibt. Der Gewerbepark befindet sich im Grenzbe- reich zwischen der engeren und der weiteren Schutzzone am D.-Weg und an der M. Straße. Die Ast. ist Eigentümerin zweier Grundstücke in der weiteren Schutzzone, wobei sich auf einem mehrere gewerbliche Betriebe befinden, sowie eines weiteren Grundstücks, das zum größeren Teil in der weiteren Schutzzone und zu einem kleinen Teil in der engeren Schutzzone liegt.

Die Ast. beantragt beim VGH erfolglos die Feststellung der Unwirksamkeit der Ver- ordnung.

Aus den Gründen

[14] I. Der Normenkontrollantrag ist zulässig, insbesondere statthaft (§ 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, Art. 5 Satz 1 AGVwGO). Die Ast. ist antragsbefugt (§ 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO). Sie macht geltend, durch die angegriffene Rechtsvorschrift in ihren Rechten verletzt zu sein, indem sie sich jedenfalls auch darauf beruft, als Grundstückseigentümerin im Gel- tungsbereich der angegriffenen Verordnung von rechtswidrigen Nutzungsbeschränkun- gen betroffen zu sein. Dies genügt (st. Rspr., vgl. z. B. BayVGH, Urt. v. 5.12.2007 – 22 N 05.194 –). Die Zweijahresfrist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO a. F. (maßgeblich gem. § 195 Abs. 7 VwGO) ist eingehalten.

[15] II. Der Normenkontrollantrag ist unbegründet. Die angegriffene Verordnung ver- stößt nicht gegen höherrangiges Recht.

[16] 1. Der gerügte Verfahrensfehler führt nicht zur Nichtigkeit der angegriffenen Ver- ordnung.

[17] Nach Art. 85 Abs. 3 Satz 1 BayWG i. V. m. Art. 73 Abs. 3 Satz 1 BayVwVfG ist der »Plan«, der nach Art. 73 Abs. 1 Satz 2 BayVwVfG aus den Zeichnungen und Erläute- rungen besteht, die das Vorhaben, seinen Anlass und die vom Vorhaben betroffenen Grundstücke und Anlagen erkennen lassen, auf Veranlassung der Anhörungsbehörde in den Gemeinden, in denen sich das Vorhaben auswirkt, für die Dauer eines Monats zur Einsicht auszulegen. Vorliegend haben die Antragsunterlagen bei der Beigeladenen in der

Zeit vom 26.8.2002 bis einschließlich 20.9.2002 und nochmals vom 7.10.2002 bis einschließlich 14.10.2002 ausgelegt.

[18] Obwohl die Unterlagen damit tatsächlich länger als einen Monat ausgelegt haben, erscheint zweifelhaft, ob die Anforderungen des Art. 85 Abs. 3 Satz 1 BayWG i. V. m. Art. 73 Abs. 3 Satz 1 BayVwVfG vorliegend erfüllt sind. Der Begriff »Dauer« als maßgeblicher Anknüpfungspunkt der Auslegung umfasst die Zeitspanne von Anfang bis Ende der von der Gemeinde bestimmten Auslegungsfrist (vgl. BVerwG, v. 9.2.1992, DÖV 1993, 249, 250). Dies spricht dafür, die Regelung in Art. 85 Abs. 3 Satz 1 BayWG i. V. m. Art. 73 Abs. 3 Satz 1 BayVwVfG dahingehend zu verstehen, dass die Unterlagen zusammenhängend für die Dauer eines Monats zur Einsicht auszulegen sind. Aber selbst wenn bei einer »gespaltenen« Auslegung ein Verfahrensfehler vorliegen sollte, vermag dieser vorliegend nicht die Rechtsfolge der Nichtigkeit der strittigen Verordnung nach sich zu ziehen.

[19] Dem berechtigten Anliegen der Normerhaltung kann hier jedenfalls Rechnung getragen werden, weil bei einer Gesamtbetrachtung aller Umstände ausgeschlossen werden kann, dass die angegriffene Verordnung ohne den Verfahrensfehler einen anderen Inhalt erhalten hätte (vgl. BayVGh, Urt. v. 11.4.2000 – 22 N 99.2159 –, BayVBl. 2000, 531). Es sind keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen worden noch somit ersichtlich, dass von der Verordnung betroffene Grundstückseigentümer durch die »gespaltenen« Auslegung an der Einsichtnahme in die Unterlagen bzw. an der Erhebung von Einwendungen gehindert worden sind oder dies ihnen unzumutbar erschwert worden ist. Nach dem Akteninhalt hat das Landratsamt mit der Beigeladenen bereits am 18.9.2002, also noch während der ersten Auslegungsphase, vereinbart, dass die Unterlagen von der Beigeladenen zusätzlich eine komplette Arbeitswoche (vom 7.10.2002 bis einschließlich 14.10.2002) ausgelegt werden. Die Beigeladene hat dies am 26.9.2002 ortsüblich bekannt gemacht und die auswärtigen Grundstückseigentümer mit Schreiben vom 24.9.2002 entsprechend informiert. Aufgrund des eindeutigen kommunalen Bezugs und der Kürze der Unterbrechung zwischen der ersten und der zweiten Auslegung kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Angelegenheit bei den Betroffenen inzwischen in Vergessenheit geraten war. Die Gesellschafter der Ast. haben mit Schreiben vom 20.9.2002 unter Hinweis auf die Plankopie des Wasserschutzgebiets im Amtsblatt für sich und auch im Namen und mit Zustimmung ihrer Kinder »Widerspruch« erhoben und ihren Standpunkt umfassend vorgetragen. Letztere haben ebenfalls – wie eine Vielzahl weiterer Betroffener – für ihre betroffenen Grundstücke Einwendungen erhoben. Die Ast. hat nichts dazu vorgetragen, was ihre Gesellschafter bei einer Auslegung in einem zusammenhängenden Zeitraum vom 26.8.2002 bis 25.9.2002 zusätzlich gegen die angegriffene Verordnung vorgebracht hätten. Auch hinsichtlich ihrer Kinder ist hierfür nichts ersichtlich. Sollten bei den Betroffenen aufgrund der »gespaltenen« Auslegung Unsicherheiten über die Wirksamkeit bereits erhobener Einwendungen oder die Notwendigkeit nochmaliger Einwendungserhebung aufgetreten sein, hätte es ihnen im Übrigen zugemutet werden können, sich beim Landratsamt oder der Beigeladenen diesbezüglich zu informieren (vgl. BVerwG, v. 8.9.1992, DÖV 1992, 249, 250). Der Ag. hat zudem darauf verwiesen, dass sich beim Landratsamt keine Betroffenen mit dem Hinweis gemeldet haben, durch die »gespaltene« Auslegung an der Einsichtnahme in die Unterlagen oder der Erhebung von Einwendungen gehindert worden zu sein.

[20] 2. Die von der Ast. gerügten materiell-rechtlichen Fehler liegen nicht vor. Das Wohl der Allgemeinheit erfordert den Erlass der Verordnung zum Schutz des durch die

Brunnen I und II geförderten Grundwassers im Interesse der derzeit bestehenden öffentlichen Trinkwasserversorgung der Beigeladenen vor nachteiligen Einwirkungen (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 WHG). Die Festsetzung eines Wasserschutzgebiets ist dann erforderlich i. S. von § 19 Abs. 1 Nr. 1 WHG, wenn sie vernünftigerweise geboten ist, um eine Beeinträchtigung der Eignung des in Anspruch genommenen Grundwassers für Trinkwasserzwecke zu vermeiden und entsprechende Restrisiken weiter zu vermindern (st. Rspr., vgl. z. B. BayVGH, v. 26.2.2002, BayVBl. 2003, 146 ff.). Dies ist hier der Fall. Die damit verbundenen Beeinträchtigungen für die Ast. sind unvermeidlich und halten sich grundsätzlich im Rahmen des Verhältnismäßigen.

[21] a) Schutzwürdigkeit, Schutzbedürftigkeit und Schutzfähigkeit des verfahrensgegenständlichen Trinkwasservorkommens sind in ausreichendem Umfang gegeben. Bei dem von den Brunnen I und II erschlossenen Grundwasser handelt es sich nach Qualität und Quantität in seiner Gesamtheit um ein schutzwürdiges Trinkwasservorkommen. Daran ändern die in der Vergangenheit bei beiden Brunnen festgestellten LHKW-Belastungen nichts. Wie das Wasserwirtschaftsamt mitgeteilt hat, ist die Sanierung der LHKW-Schadensfälle im Stadtgebiet der Beigeladenen seit Oktober 2005 abgeschlossen; die LHKW-Belastungen sind weitestgehend abgeklungen und unterschreiten in den Brunnen und Grundwassermessstellen den Grenzwert der Trinkwasserverordnung, so dass weder aus Sicht des allgemeinen Grundwasserschutzes noch des Trinkwasserschutzes ein weiterer Sanierungsbedarf besteht. Das Trinkwasservorkommen ist auch schutzbedürftig. Es ist vernünftigerweise geboten, abstrakte Gefährdungen für das Trinkwasser vorsorglich auszuschließen. Es bedarf insoweit keines konkreten Nachweises eines unmittelbar drohenden Schadenseintritts; ausreichend ist ein Anlass, typischerweise gefährlichen Situationen zu begegnen (BVerwG, Urt. v. 12.9.1980 – IV C 89.77 –, BayVBl. 1980, 759, 760). Es gibt keinen Grund zu bezweifeln, dass diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind. Es besteht hier aufgrund der Lage der Brunnen im Stadtgebiet der Beigeladenen hinreichend Anlass, die Integrität der schützenden Deckschichten zu erhalten und schwer abbaubare Schadstoffe zuverlässig fernzuhalten.

[22] Was die Schutzfähigkeit des durch die Brunnen I und II erschlossenen Trinkwasservorkommens angeht, ist unstreitig, dass derzeit nicht davon ausgegangen werden kann, dass dieses Trinkwasservorkommen in jeder Hinsicht in vollem Umfang vor abstrakten Gefährdungen wirksam und auf Dauer geschützt werden kann. Dies schließt es aber nicht aus, dass das Wohl der Allgemeinheit die Festsetzung dieses Wasserschutzgebiets gleichwohl erfordert.

[23] Wie im hydrogeologischen Gutachten zur Neuabgrenzung des Wasserschutzgebiets für die Brunnen I und II der Beigeladenen des Wasserwirtschaftsamts vom 10.5.2000 erläutert wird, sind im Wasserschutzgebiet zahlreiche Gefährdungspotenziale vorhanden, die im Gutachten im Einzelnen angesprochen sind. Dies ändert aber nichts an der Verwendbarkeit des durch die Brunnen I und II erschlossenen Trinkwassers im Allgemeinen für die Trinkwasserversorgung der Beigeladenen. Insofern hat der VGH keine Zweifel an der entsprechenden Beurteilung des Wasserwirtschaftsamts, zumal Maßnahmen zur Verringerung des Gefährdungspotentials im Schutzgebietkatalog verankert wurden. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die durch die engere Schutzzone verlaufenden Straßen (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 5.1.2 der Verordnung). Insoweit kommt hinzu, dass die bisherige jahrzehntelange tatsächliche Erfahrung gezeigt hat, dass die Wahrscheinlichkeit einer durch den Straßenverkehr verursachten Verunreinigung des Trinkwasservorkommens und eines dadurch bedingten Ausfalls der Brunnen I und II für die

Trinkwasserversorgung der Beigeladenen gering ist (vgl. z. B. BayVGH, Urt. v. 26.6.2002 – 22 N 01.2625 –, BayVBl. 2003, 146, 147). Für die in der engeren Schutzzone liegenden Abwasserleitungen wird in § 3 Abs. 1 Nr. 4.7.2 der Verordnung der Nachweis deren Dichtigkeit sowie die Beachtung des ATV-DVWK-Arbeitsblatts A 142 im Sanierungsfall verlangt. Was die in der weiteren Schutzzone in weiten Bereichen vorhandene Wohnbebauung angeht, ist deren Gefährdungspotential nach der Einschätzung des Wasserwirtschaftsamts eher gering zu bewerten. Die Sanierung der festgestellten LHKW-Schadensfälle im Stadtgebiet der Beigeladenen ist – wie bereits oben ausgeführt wurde – seit Oktober 2005 abgeschlossen. Das in der weiteren Schutzzone liegende Kreiskrankenhaus stellt kein weiteres und zusätzliches hygienisches Gefährdungspotenzial für das genutzte Wasservorkommen dar. Schließlich hat das Wasserwirtschaftsamt in seiner Stellungnahme vom 21.11.2005 noch darauf hingewiesen, dass die bisherigen Ergebnisse der im Gutachten vom 10.5.2000 als erforderlich angesehenen und dementsprechend durchgeführten Vorfeldüberwachung zeigen, dass sich die Belastungen aus dem Grundwasser im Quartär weniger stark als befürchtet auf das Grundwasser im Buntsandstein auswirken. Nach den neueren Erkenntnissen der Vorfeldüberwachung liegt die sich außerhalb des Wasserschutzgebiets im Norden befindliche ehemalige Hausmülldeponie nicht im Zustrombereich der Brunnen der Beigeladenen. Nach der zusammenfassenden Einschätzung des Wasserwirtschaftsamts in dieser Stellungnahme wird zwar aus wasserwirtschaftlicher Sicht nach wie vor die Notwendigkeit gesehen, zumindest mittel- bis langfristig eine neue Wassergewinnung an besser schützbarer Stelle zu erschließen, allerdings hat sich aufgrund der neueren Untersuchungen die Dringlichkeit der Umsetzung einer alternativen Wasserversorgung gegenüber dem Gutachten vom 10.5.2000 vermindert.

[24] b) Aufgrund der unter den vorliegenden Umständen damals und heute nicht in jeder Hinsicht zu bejahenden Schutzfähigkeit des durch die Brunnen I und II erschlossenen Trinkwasservorkommens ist für die Erforderlichkeit des strittigen Wasserschutzgebiets entscheidend, dass für das Landratsamt keine gleichermaßen geeignete, für die jeweils Betroffenen weniger belastende Alternativlösung Aufwand hätte verwirklicht werden können (st. Rspr., vgl. z. B. BayVGH, v. 5.12.2007 – 22 N 05.195 –). Zu beachten ist hierbei, dass dem Landratsamt dabei ein Gestaltungsspielraum zusteht, da sich die Auswahl unter verschiedenen Alternativen als eine auf Bewertungs-, Abwägungs- und Einschätzungsvorgängen beruhende Entscheidung darstellt, bei der es nicht nur um eine rechtlich richtige Lösung geht (vgl. zuletzt BayVGH, v. 13.2.2008 – 22 N 06.484 –). Bei der Auswahl unter verschiedenen Alternativen muss der Verordnungsgeber, wie er es auch bei der Entscheidung über die Einbeziehung einzelner Grundstücke tun muss, die örtlichen Gegebenheiten prüfen und sich dabei auf wasserwirtschaftliche und hydrogeologische Erkenntnisse stützen. Diesen Anforderungen ist das Landratsamt vorliegend gerecht geworden.

[25] Entgegen dem Vorbringen der Ast. kann nicht davon ausgegangen werden, dass alternative Wassergewinnungsmöglichkeiten nur unzureichend untersucht worden sind. (Wird ausgeführt.)

[27] c) Das strittige Wasserschutzgebiet ist auch hinsichtlich der flächenmäßigen Ausdehnung der weiteren Schutzzone erforderlich i. S. des § 19 Abs. 1 Nr. 1 WHG.

[28] Die Voraussetzungen, unter denen gem. § 19 Abs. 1 Nr. 1 WHG ein Wasserschutzgebiet festgesetzt werden kann, müssen zwar für jede darin einbezogene Teilfläche gegeben sein (BVerwG, Beschl. v. 23.1.1984 – 4 B 157/83, 4 B 158/83 –, BayVBl.

1984, 371). In ein Wasserschutzgebiet dürfen nur solche Grundstücke einbezogen werden, die im Einzugsbereich der zu schützenden Trinkwasserbrunnen liegen und von denen nach den gegebenen Erkenntnismöglichkeiten aufgrund eingehender Prüfung der örtlichen Verhältnisse Einwirkungen auf das zu schützende Grundwasser ausgehen können. Der örtliche Normgeber muss die örtlichen Gegebenheiten prüfen und sich hierbei auf wasserwirtschaftliche und geologische Erkenntnisse stützen. Eine hydrogeologisch nicht gerechtfertigte Einbeziehung eines Grundstücks in ein Wasserschutzgebiet wäre rechtswidrig (st. Rspr., vgl. zuletzt BayVGH, v. 13.2.2008 – 22 N 06.484 –). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich die genauen Grenzen des erforderlichen Wasserschutzgebiets bzw. seiner weiteren Schutzzone oft selbst bei größter Sorgfalt und genauer Kenntnis der örtlichen Verhältnisse nur annähernd umreißen lassen. Solche Erkenntnislücken betreffen die Verhältnisse im Untergrund und sind daher häufig unvermeidbar und mit verhältnismäßigem, dem konkreten Konflikt angemessenem, zumutbarem Aufwand nicht zu schließen. Gerade die Ausdehnung des Einzugsgebiets eines Trinkwasservorkommens zeichnet sich in der Regel nicht auf der Erdoberfläche ab. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn sich die Wasserrechtsbehörde bei einer näheren Abgrenzung des Schutzgebiets und seiner weiteren Schutzzone mit wissenschaftlich fundierten, in sich schlüssigen Schätzungen begnügt (st. Rechtsprechung, vgl. zuletzt BayVGH, a. a. O.). Dabei kommt den Beurteilungen des zuständigen Wasserwirtschaftsamts aufgrund seiner Stellung als kraft Gesetzes eingerichteter wasserwirtschaftlicher Fachbehörde (Art. 75 Abs. 2 Satz 1 BayWG) und aufgrund seiner Erfahrung nach einer jahrzehntelangen Bearbeitung eines bestimmten Gebiets besondere Bedeutung zu (vgl. zuletzt BayVGH, a. a. O.).

[29] Nach diesen Maßstäben ist die Ausdehnung der weiteren Schutzzone nicht zu beanstanden. Die Würdigung des hydrogeologischen Gutachtens des Wasserwirtschaftsamts zur Neuabgrenzung des Wasserschutzgebiets für die Brunnen I und II der Beigeladenen vom 10.5.2000 und der Stellungnahmen des Wasserwirtschaftsamts im gerichtlichen Verfahren i. V. m. den hierzu in der mündlichen Verhandlung vor dem VGH gegebenen Erläuterungen führt zu dem Schluss, dass insofern kein Rechtsfehler vorliegt. Die Grundwasserfließrichtung und der Einzugsbereich der zu schützenden Trinkwasserbrunnen können aus den ermittelten wasserwirtschaftlichen und hydrogeologischen Fakten mit plausiblen Erwägungen abgeleitet werden.

[30] Die hiergegen von der Ast. und ihrem Fachbeistand gerichteten Einwendungen sind nicht stichhaltig. Im Gutachten vom 10.5.2000 sind die vorhandenen geologischen und hydrogeologischen Erkenntnisse zusammenfassend textlich dargestellt. Hinsichtlich der geologischen Situation hat das Wasserwirtschaftsamtsamt die vorhandenen geologischen Unterlagen, insbesondere die Schichtenprofile der Brunnen und Grundwassermessstellen ausgewertet. Zwar können nach der Einschätzung des Wasserwirtschaftsamts weitere Erkenntnisse über Verläufe von geologischen Störungen möglicherweise mit Hilfe von aufwändigen geophysikalischen Messungen gewonnen werden. Allerdings ist dieses Kenntnis aus Sicht des Wasserwirtschaftsamts wegen der ausgeprägten tektonischen Beanspruchung des tieferen Untergrunds nicht notwendig.

[31] Bei der Darstellung der hydrogeologischen Verhältnisse wird u. a. auch auf die verschiedenen Grundwasserleiter, die geohydraulischen Parameter, die Lage der Grundwasser Oberfläche und ihre Schwankungen eingegangen. Das Wasserwirtschaftsamtsamt hat hierzu alle verfügbaren Unterlagen, insbesondere über die zahlreichen vorhandenen Grundwassermessstellen im Stadtgebiet der Beigeladenen erhoben und ausgewertet.

Soweit der Fachbeistand der Ast. eine flächenhafte Darstellung hydrogeologischer Parameter vermisst, ist diese nach der Beurteilung des Wasserwirtschaftsamts nur sehr selten möglich, da auch bei guter Datenlage meist nur Punktinformationen über den Untergrund vorliegen, und eine solche Darstellung im vorliegenden Fall wegen des im Bereich des Buntsandsteins gegebenen sehr inhomogenen Untergrundaufbaus zudem nicht sinnvoll erscheint. Die Ermittlung des Einzugsgebiets wird im Gutachten vom 10.5.2000 mit Angaben zur Einzugsgebietsgröße, der Grundwasserneubildung und des ermittelten Grundwasserdargebots zusammenfassend beschrieben. Genauere Berechnungen sind nach der Einschätzung des Wasserwirtschaftsamts nicht erforderlich, weil diese nur der Plausibilitätsprüfung dienen, während bei der konkreten Bemessung des Wasserschutzgebiets die örtlichen geomorphologischen und hydrogeologischen Randbedingungen zu berücksichtigen sind. Schließlich würde sich nach der Auffassung des Wasserwirtschaftsamts aus einem Grundwasserströmungsmodell kein wesentlicher Erkenntniszuwachs im Hinblick auf die Schutzgebietsabgrenzung ergeben, weil wegen der vorhandenen und im Rahmen der Vorfelduntersuchungen neu errichteten Grundwassermessstellen ausreichend Messwerte von Wasserständen vorliegen, die deren zusätzliche Berechnung als nicht zwingend erforderlich erscheinen lassen. Auch nach der Stellungnahme des Bayerischen Landesamts für Wasserwirtschaft vom 22.7.1998 war der Kenntnisstand über die hydrogeologischen Verhältnisse trotz der komplexen hydrogeologischen Situation im Bereich der Wassergewinnung der Beigeladenen ausreichend, um das für das Erschließungsgebiet erforderliche Wasserschutzgebiet fundiert bemessen zu können. Unter diesen Voraussetzungen hält der VGH die Einschätzung des Wasserwirtschaftsamts für überzeugend, dass die Unterlagen ausreichend waren, um eine Schutzgebietsabgrenzung nach den oben dargestellten Grundsätzen vornehmen zu können und eine größere Erkenntnissicherheit mit vertretbarem Aufwand nicht erreichbar ist. ...

[32] Was die Abgrenzung der weiteren Schutzzone im Osten angeht, ist die Ausdehnung des Einzugsgebiets schwierig zu bestimmen, weil in diesem Bereich keine Grundwassermessstellen zum Zeitpunkt des Verordnungserlasses vorhanden waren. Wo die Grenzen des Einzugsgebiets liegen, steht damit zwar nicht genau fest. Dies ist hier aber schon deshalb unerheblich, weil sich der Normgeber ohnehin auf die Einbeziehung von Flächen beschränkt hat, die nur einen Teil des Einzugsgebiets bilden und diesem zweifelsfrei angehören. ... Dass sich das Landratsamt hinsichtlich der Bemessung der weiteren Schutzzone auf der Grundlage dieser fachlichen Beurteilung durch das Wasserwirtschaftsamt nicht am Umfang des Einzugsgebiets orientiert, sondern zugunsten der betroffenen Grundstückseigentümer nur dessen quellennahe Teile in Schutz genommen hat, kann rechtlich nicht beanstandet werden. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Wasserrechtsbehörde nach Ermessen entscheidet, inwieweit sie beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 19 Abs. 1 WHG ein Wasserschutzgebiet festsetzt oder ob sie dies im Hinblick auf andere Möglichkeiten eines wirksamen Grundwasserschutzes unterlässt (st. Rspr., vgl. zuletzt BayVGH, v. 13.2.2008 – 22 N 06.484 –).

[33] Auch die Ausdehnung der weiteren Schutzzone im Westen bis zum M. ist rechtlich nicht zu beanstanden. ... Die Festlegung der Grenze der weiteren Schutzzone ist auf der Grundlage der sich aus den zum damaligen Zeitpunkt vorliegenden Grundwassergleichplänen ergebenden Randstromlinien im quartären Grundwasser erfolgt. ...

[39] d) Bei der Abgrenzung der engeren Schutzzone hat sich das Landratsamt zu Recht an der auch von der Ast. für richtig gehaltenen sog. 50-Tage-Linie orientiert (vgl.

dazu Nr. 3.4 der DVGW-Richtlinien W 101 vom Februar 1995). Danach soll die engere Schutzzone bis zu einer Linie reichen, von der aus das genutzte Grundwasser eine Verweildauer von mindestens 50 Tagen bis zum Eintreffen in der Trinkwassergewinnungsanlage hat. Diese Mindestverweildauer gewährleistet in der Regel, dass pathogene Mikroorganismen zurückgehalten werden. ... Für die Grundwasserfließgeschwindigkeiten im Bereich des Absenkrichters wurde die zwischen P 3 und dem Brunnen II festgestellte Abstandsgeschwindigkeit von 4,8 m/d als repräsentativ angesehen. Wegen des nachgewiesenen Auftretens eines höheren Grundwassergefälles als zum Zeitpunkt des Markierungsversuchs erfolgte in Richtung der Hauptanströmung von Ost bis Südosten ein Sicherheitszuschlag, der in Richtung Westen (Grundstücke der Ast.) unterblieb, so dass dort die engere Schutzzone eher knapp bemessen ist. Der VGH hält diese Überlegungen für überzeugend. ...

[42] e) Die konkreten Schutzanordnungen sind auch unter Berücksichtigung der Betroffenheit der Ast. gerechtfertigt; ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinn) liegt nicht vor. Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass das Landratsamt im Hinblick auf die vorliegend erfolgte Erweiterung eines bereits bestehenden Wasserschutzgebiets und die vorhandenen Nutzungen nicht die Schutzanordnungen der Musterschutzgebietsverordnung pauschal übernommen hat. Vielmehr hat es den Verbotskatalog in Zusammenarbeit mit den Fachbehörden und dem Fachbeistand der Beigeladenen sehr stark den vorhandenen örtlichen Verhältnissen angepasst, um die Betroffenheiten auf das unerlässliche Maß zu reduzieren und dennoch dem Trinkwasserschutz gerecht zu werden; soweit möglich wurden Verbote aus Gründen der Verhältnismäßigkeit in Genehmigungsvorbehalte umformuliert.

[43] Die von der Ast. beanstandeten Verbote in § 3 Abs. 1 Nrn. 2.1, 4.7.1 und 4.7.2, 5.1.1 und 5.1.2, 5.4 und 6.1 der Verordnung betreffen Handlungen, die sich in besonderer Weise nachteilig auf das als Trinkwasser genutzte Grundwasser auswirken können (vgl. Stellungnahme des Wasserwirtschaftsamts vom 21.11.2005). Was das Verbot in § 3 Abs. 1 Nr. 2.1 der Verordnung angeht, verweist die Ast. lediglich auf die Kündigung der Firma X, die auf einem der Grundstücke eine Transportbetonanlage betrieben hat. In dieser Kündigung wird allerdings nur pauschal auf die zu erwartende zusätzliche Kostenbelastung durch die Lage dieses Grundstücks im Wasserschutzgebiet verwiesen. Es bleibt dabei außer Betracht, dass dieses Grundstück nur in der weiteren Schutzzone der Verordnung liegt und dort nach Nr. 2.1 – soweit überhaupt für den Betrieb einer Transportbetonanlage erforderlich – Aufschlüsse oder Veränderungen der Erdoberfläche auf der Grundlage einer wasserrechtlichen Genehmigung zulässig sind. Bezüglich der Betroffenheit durch § 3 Abs. 1 Nrn. 4.7.1 und 4.7.2 der Verordnung wird für Anlagen in der weiteren Schutzzone nur auf die Kontroll- und Prüfpflichten nach der Eigenüberwachungsverordnung hingewiesen. In der engeren Schutzzone wird für vorhandene Abwasseranlagen der Nachweis der Dichtigkeit durch Druckprobe und eine alle fünf Jahre wiederkehrende Überprüfung verlangt. Insoweit ist nicht nachvollziehbar, worin die erhebliche Mehrbelastung der Ast. bestehen soll, wenn – worauf der Ag. hinweist – die Abwasserleitungen auch außerhalb von Schutzgebieten dicht sein müssen und Druckprüfungen in fünf-jährigem Turnus auch nach örtlichen Entwässerungssatzungen vorgeschrieben werden können. Eine Betroffenheit der Ast. durch § 3 Abs. 1 Nr. 5.1.2 der Verordnung ist nicht ersichtlich, da dort nur die M. Straße, die L.-Straße und der U.-Weg genannt werden. Bei Nr. 5.1.1 kann sich für einen kleinen Teil der Privatstraße auf einem Grundstück zwar im Falle einer Neuerrichtung bzw. Erweiterung eine Be-

troffenheit ergeben; dies gilt aber nur dann, wenn mit der Maßnahme Bodeneingriffe tiefer als 30 cm vorgenommen werden und keine breitflächige Versickerung erfolgen soll. Für die restlichen Flächen der beiden Privatstraßen in der weiteren Schutzzone wird für die Neuerrichtung oder Erweiterung lediglich die Beachtung der Richtlinien für bautechnische Maßnahmen an Straßen in Wassergewinnungsgebieten (RiStWag) verlangt. § 3 Abs. 1 Nr. 5.4 der Verordnung verbietet nur die Einrichtung und die Erweiterung eines Campingplatzes ohne Abwasserentsorgung über eine dichte Sammelentwässerung in der weiteren Schutzzone. Insoweit ist bereits im Erörterungstermin am 15.9.2003 darauf hingewiesen worden, dass sich der Campingplatz, auf den sich die Ast. wohl bezieht, in der weiteren Schutzzone befindet und bereits über einen Kanalanschluss verfügt. Schließlich verbietet § 3 Abs. 1 Nr. 6.1 der Verordnung die Errichtung und Erweiterung von baulichen Anlagen in der weiteren Schutzzone nur, sofern Abwasser nicht in eine dichte Sammelentwässerung eingeleitet wird. Sofern die Gründungssohle tiefer als 2 m über dem höchsten Grundwasserstand liegt, ist eine wasserrechtliche Genehmigung erforderlich. Die Errichtung und Erweiterung von baulichen Anlagen ist damit in der weiteren Schutzzone, in der sich fast alle Grundstücke des Gewerbeparks der Ast. befinden, im Gegensatz zur engeren Schutzzone nicht grundsätzlich verboten. Wie die Ast. selbst ausführt, hat sie für ein Grundstück in der weiteren Schutzzone bereits zwei baurechtliche Genehmigungen – wenn auch mit Auflagen – erhalten. Was die von der Ast. bezeichneten zwei Grundstücke des Gewerbeparks in der engeren Schutzzone angeht, ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass der überragende Rang des öffentlichen Interesses an einer gesicherten Trinkwasserversorgung (vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 15.7.1981 – 1 BvL 77/78 –, BVerfGE 58, 300, 339) auch schwerwiegende Eigentumsbeschränkungen zu rechtfertigen vermag. Auch eine vorhandene Ortsbebauung oder Gewerbenutzung, die bei nachträglichen Wasserschutzgebietsfestsetzungen grundsätzlich eigentumsrechtlichen Bestandsschutz genießen, schließen es nicht aus, weitere Gefährdungspotenziale für die Trinkwasserversorgung durch entsprechende zusätzliche Verbote und Beschränkungen zu verhüten (vgl. BayVGH, Urt. v. 13.6.1996 – 22 N 93.2863, 22 N 94.270, 22 N 94.1569 –, BayVBl. 1997, 111).

[44] Auch wenn aufgrund der Schutzanordnungen für die Ast. erhöhte Anforderungen für ihre betrieblichen Aktivitäten entstehen mögen, durfte das Landratsamt die schutzwürdigen Interessen der Ast. angesichts des o. g. überragenden Rangs des öffentlichen Interesses an einer gesicherten Trinkwasserversorgung hintanstellen. Selbst wenn die Restriktionen durch ihre Summierung für die Ast. existenzgefährdend sein sollten, wie sie hier unter Hinweis auf Kündigungen von diversen Mietern und Pächtern behauptet, führt dies nicht zur Unverhältnismäßigkeit des Regelungssystems. Der Verhältnismäßigkeitsausgleich muss in solchen Fällen durch die Anwendung der Ausnahmenvorschriften (§ 4 der Verordnung) und – falls dies nicht zum Erfolg führt – durch Ausgleichszahlungen erreicht werden (vgl. BayVGH, Urt. v. 26.6.2002 – 22 N 01.2625 –, BayVBl. 2003, 146).

§§ 46, 47, 49 WVG; § 101 NdsWG

Wenn ein Unterhaltungsverband in seinem Satzungsrecht einen Mindestbeitrag nach § 101 Abs. 3 Satz 2 NdsWG ohne das entsprechende Mindeststimmrecht nach § 101 Abs. 3 Satz 3 NdsWG verankert hat, ist der nach der inneren Verbandsverfassung anstelle einer Verbandsversammlung zur Änderung der Satzung berufene

Verbandsausschuss legitimiert, diesen Fehler durch eine Satzungsänderung zu beheben. Ihm fehlt nicht die Legitimation für diese Satzungsänderung, weil er selbst ohne ein in der Satzung vorgesehenes Mindeststimmrecht gewählt wurde; vielmehr ist lediglich die Regelung über den Mindestbeitrag unwirksam, solange nicht insgesamt ein dem § 101 Abs. 3 Sätze 2 und 3 NdsWG entsprechender Zustand hergestellt ist.

Oberverwaltungsgericht Lüneburg, Urteil vom 30.1.2008 – 13 LB 162/05 –
(Nur Leitsatz)

Buchbesprechungen

Jarass, Hans D.: Bundesimmissionsschutzgesetz. Kommentar, 8. Auflage 2010, Verlag C.H. Beck, München, 1055 Seiten.

Erst drei Jahre sind seit der 7. Auflage des Kommentars vergangen. Der zwischenzeitliche Regelungseifer des Gesetzgebers, der von 2007 bis August 2009 sieben Änderungen des Gesetzes hervorgebracht hat, hat nun eine Neuauflage erforderlich gemacht. *Jarass* legt mit der 8. Auflage seines BImSchG-Kommentars ein sehr aktuelles Werk vor. Darin werden bereits die jüngsten Änderungen des Gesetzes durch die erst am 1.3.2010 in Kraft getretenen Nachfolgegesetze des gescheiterten Umweltgesetzbuchs berücksichtigt, namentlich das WHG und das Rechtsbereinigungsgesetz Umwelt, durch die z. T. zentrale Vorschriften des Gesetzes geändert wurden.

Wie schon bei den Voraufagen verbindet *Jarass* in der 8. Auflage in hervorragender Weise den Wunsch des Lesers nach einer inhaltlich möglichst vollständigen Kommentierung mit den Anforderungen an ihre Stringenz, die auf Weitschweifigkeiten verzichtet und so erst einen kompakten Kommentar möglich macht. Wer etwa auch unterwegs einen handlichen und aktuellen Kommentar zum Immissionsschutzrecht benötigt, der kommt an dem Kommentar von *Jarass* nicht vorbei. Trotz des im Vergleich zu den mehrbändigen Großkommentaren geringeren Umfangs schafft es *Jarass*, zu den meisten der sich in der Praxis stellenden Fragen zuverlässige Antworten zu liefern. Die herrschende Rechtsprechung gibt bei umstrittenen Punkten meistens den Ausschlag; Ausnahmen dazu werden nachvollziehbar begründet. Als Beispiel sei hier die Kommentierung zu § 3 in Rn. 51 erwähnt, wo *Jarass* entgegen der herrschenden Meinung die Erheblichkeit schädlicher Umwelteinwirkungen nicht alleine aus der Sicht eines durchschnittlich empfindlichen Menschen beurteilen will, sondern im Fall von Gesundheitsschäden auch aus der Sicht empfindlicherer Personen wie Kindern, Alten und Kranken.¹

Wesentliche Aufsatzliteratur zu den einzelnen Vorschriften und teilweise auch zu den dazugehörigen Rechtsverordnungen wird zu Beginn jeder Einzelkommentierung aufgelistet und zwar sortiert in der Reihenfolge ihres Erscheinens. So erscheint die aktuellere Literatur immer oben in den Auflistungen.

Verzichtet hat *Jarass* in der Neuauflage darauf, am Ende der Kommentierung Nachweise zu allen gültigen Verordnungen zu dem Gesetz aufzulisten, wie es in der 7. Auflage noch der Fall war. Die entsprechenden Nachweise einschließlich der dazugehörigen Literaturnachweise finden sich stattdessen jetzt im Kontext der dazugehörigen Gesetzesvorschriften, so etwa zur 12. und zur 13. BImSchV bei § 7 BImSchG. Nach dem Inhaltsverzeichnis findet sich zudem eine Hauptfundstellenübersicht zu allen Rechtsverordnungen, aus der zu ersehen ist, welche Rechtsverordnung an welcher Stelle des Kommentars behandelt wird.

Sehr hilfreich sind die Übersichten in der Einleitung des Kommentars. Hier werden nicht nur alle bislang 55 das BImSchG betreffenden Gesetzgebungsakte in chronologischer Reihenfolge aufgelistet, sondern diese auch in Bezug zu den Einzelvorschriften gesetzt, so dass nachvollziehbar wird, welche Norm von welchen Änderungsgesetzen be-

¹ Dagegen zuletzt BayVerfGH, NVwZ-RR 2010, 139, 140.

troffen war. Außerdem liefert *Jarass* in der Einleitung auch eine themenbezogene Auflistung aller einschlägigen EU-Richtlinien und Verordnungen mit Bezug zum Immissionsschutzrecht. Ausführungen zu den Gesetzes- und Verwaltungskompetenzen der Bundesländer runden das Bild ab.

Die Sprache des Kommentars ist klar und leicht verständlich. Die Kommentierungen sind zudem übersichtlich gegliedert, am Anfang einer jeden Norm steht eine Inhaltsübersicht mit Hinweis auf die Randnummern der Kommentierung. Im Text werden Schlüsselwörter durch Fettdruck hervorgehoben. Zudem gibt es ein ausführliches Sachverzeichnis am Ende des Buches. Die jetzt schon gute Lesbarkeit könnte bei künftigen Auflagen noch dadurch gesteigert werden, dass Zitate nicht im Fließtext erscheinen, sondern als echte Fußnoten gedruckt werden.

Eine Empfehlung braucht dieser zu Recht weit verbreitete und von der Rechtsprechung häufig zitierte Kommentar sicher nicht mehr. Er gehört längst zu den Standardwerken des Immissionsschutzrechts. Da der Regelungsdrang des Gesetzgebers auch in Zukunft nicht abnehmen wird und er immer wieder auch von der europäischen Front gefordert werden wird, wird es bis zur 9. Auflage sicher nicht allzu lange dauern.

Fachanwalt für Verwaltungsrecht Dr. Hans-Jürgen Müggenborg, Aachen

Zeitschrift für Wasserrecht (ZfW)

Schriftleitung:

Professor Dr. Michael Reinhardt, LL.M.
Universität Trier, Fachbereich V – Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für Öffentliches Recht
54286 Trier
Telefon: 06 51 / 2 01-25 78 oder 06 51 / 2 01-25 79
Telefax: 06 51 / 2 01-25 80, E-Mail: reinharm@uni-trier.de

Beiträge

Beiträge werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme erwirbt der Verlag vom Verfasser alle Rechte zur Veröffentlichung, auch das Recht der weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer oder anderer Verfahren. Für Manuskripte, die unaufgefordert eingesandt werden, wird keine Haftung übernommen.

Nachdruck und Vervielfältigung

Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung, insbesondere auch das Recht zur Nutzung unter Einsatz von Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen und zur Mikroverfilmung sind dem Verlag vorbehalten. Die vorbehaltenen Rechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leit

sätze. Sie sind vom Einsender oder von der Schriftleitung bearbeitet oder redigiert. Der Rechtsschutz gilt wiederum auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen. Sie bedürfen zur Auswertung ausdrücklicher Einwilligung des Verlages.

Anzeigenverkauf: Markus Kipp
Telefon (02 21) 9 43 73 71 21
E-Mail: mkipp@wolterskluwer.de.

Anzeigendisposition: Ulrike Dany
Telefon (02 21) 9 43 73 71 21
E-Mail: udany@wolterskluwer.de.

Die Anzeigen werden nach der Preisliste 17 vom 1. 1. 2010 berechnet.

Verlag

Carl Heymanns Verlag – Eine Marke von Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Luxemburger Straße 449, 50939 Köln, Tel. (02 21) 94 37 30, Telefax (02 21) 94 37 39 01, E-Mail: info@wolterskluwer.de. <http://www.heymanns.com>. Postbank Köln 820 20-501 BLZ 370 100 50.

Satz

john + john, Köln

Druckerei

rewi Druckhaus, Reiner Winters GmbH, Wissen.

Schrifttum und Rechtsprechung des Wasserrechts

Herausgegeben vom Institut für das Recht der Wasser- und Entsorgungswirtschaft an der Universität Bonn – Direktor: Professor Dr. Dr. Wolfgang Durner, Bonn

Nachdruck und Vervielfältigung

Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung, insbesondere auch das Recht zur Nutzung unter Einsatz von Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen und zur Mikroverfilmung sind dem Verlag vorbehalten. Die vorbehaltenen Rechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze. Sie sind vom Einsender oder von der Schriftleitung bearbeitet oder redigiert. Der Rechtsschutz gilt wiederum auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen. Sie bedürfen zur Auswertung ausdrücklicher Einwilligung des Verlages.

Anzeigenverkauf: Markus Kipp
Telefon (02 21) 9 43 73 71 21
E-Mail: mkipp@wolterskluwer.de.

Anzeigendisposition: Ulrike Dany
Telefon (02 21) 9 43 73 71 21
E-Mail: udany@wolterskluwer.de.

Die Anzeigen werden nach der Preisliste 17 vom 1. 1. 2010 berechnet.

Verlag

Carl Heymanns Verlag – Eine Marke von Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Luxemburger Straße 449, 50939 Köln, Tel. (02 21) 94 37 30, Telefax (02 21) 94 37 39 01, E-Mail: info@wolterskluwer.de. <http://www.heymanns.com>. Postbank Köln 820 20-501 BLZ 370 100 50.

Satz

john + john, Köln

Druckerei

rewi Druckhaus, Reiner Winters GmbH, Wissen.

Bezugsbedingungen (Preise ab 1. 1. 2009)

Die »Zeitschrift für Wasserrecht« erscheint viermal im Jahr. Jahrespreis 133,00 € zuzüglich Versandkosten (6,30 € Inland / 7,40 € Ausland). Einzelheftpreis 41,00 € zzgl. Versandkosten (ca. 2,27 € Inland / ca. 3,20 € Ausland) je nach Heftumfang.

Aufkündigung des Bezuges bis 15. 11. zum Jahresablauf. Das Sonderheft »Schrifttum und Rechtsprechung des Wasserrechts« erscheint einmal im Jahr. Einzelbe-

zugspreis 63,00 € zzgl. Versandkosten (ca. 2,27 € Inland / ca. 3,20 € Ausland) je nach Heftumfang.

Einzelbezugspreis Sonderheft 2000–2003 98,00 € zzgl. Versandkosten (3,19 € Inland / 4,70 € Ausland).

Der Gesamt-Jahresbezugspreis für 4 Hefte »Zeitschrift für Wasserrecht« und 1 Heft »Schrifttum und Rechtsprechung des Wasserrechts« beträgt 164,00 € zzgl. Versandkosten. (7,90 € Inland / 12,90 € Ausland). Preise inkl. MwSt. Aufkündigung des Bezuges bis 15. 11. zum Jahresablauf.