

Aktuelle Entwicklungen in der wasserrechtlichen Planfeststellung unter besonderer Berücksichtigung des Verschlechterungsverbots

Prof. Dr. Kurt Faßbender

Arbeitstagung der Arbeitsgemeinschaft für
Verwaltungsrecht in Mitteldeutschland im DAV

am 8. November 2019 in Dresden

I. Einführung und Eingrenzung des Themas

- Die Wasserrahmenrichtlinie (WRRL) aus dem Jahre 2000 wurde zunächst im behördlichen Vollzug und in der Rechtsprechung kaum wahrgenommen.
- Heute kommt ihr die mit Abstand größte praktische und rechtswissenschaftliche Bedeutung zu.
- Wolfgang Durner bezeichnet die WRRL gar als eine „tickende Zeitbombe“.
- Daher wird es auch im Vortrag primär um die WRRL und das dort geregelte Verschlechterungsverbot gehen.

Inhaltsübersicht

- ▣ Der Anwendungsbereich der wasserrechtlichen Planfeststellung
- ▣ Wesentliche Regelungen der WRRL
- ▣ Der Anwendungsbereich des Art. 4 WRRL
- ▣ Der Inhalt des Verschlechterungsverbots
- ▣ Anforderungen an die Ausnahmeprüfung
- ▣ Verfahrensrechtliche Anforderungen
- ▣ Das unklare Verhältnis der vorhabenbezogenen Ausnahmegenehmigung zur Bewirtschaftungsplanung
- ▣ Fazit

II. Der Anwendungsbereich der wasserrechtlichen Planfeststellung

- Einer wasserrechtl. Planfeststellung bedarf es:
 - gemäß §§ 12 ff. WaStrG für den Aus- und Neubau von Bundeswasserstraßen als Wasserwege (z.B. Fahrrinnenanpassung von Weser, Elbe, Ems und Main)
 - gemäß §§ 67 ff. WHG für den Gewässerausbau (z.B. Errichtung von Wasserkraftwerken – auch an Bundeswasserstraßen),
 - wozu gemäß § 67 II 3 WHG auch Deich- und Dammbauten, die den Hochwasserabfluss beeinflussen (z.B. auch Hochwasserrückhaltebecken), sowie Bauten des Küstenschutzes zählen

III. Wesentliche Regelungen der WRRL

- ▣ Art. 4 der Wasserrahmenrichtlinie (WRRL) normiert in seinem Abs. 1 folgende „**Umweltziele**“:
 - Erreichen eines guten Zustands bzw. eines guten ökologischen Potenzials bis Ende 2015 (sog. Verbesserungsgebot)
 - Verhinderung einer Verschlechterung des Zustands der Gewässer (sog. Verschlechterungsverbot)
 - Schrittweise Reduzierung der Verschmutzung der Gewässer durch Schadstoffe (sog. Phasing-out-Gebot)

III. Wesentliche Regelungen der WRRL

- ▣ Die **Ausnahmen** nach Art. 4 Abs. 4-7 WRRL:
 1. Fristverlängerung um zweimal sechs Jahre (Abs. 4)
 2. Festlegung weniger strenger Umweltziele (Abs. 5)
 3. Vorübergehende Verschlechterung durch natürliche Ursachen oder höhere Gewalt (Abs. 6)
 4. Unter bestimmten Voraussetzungen können neue Änderungen der physischen Eigenschaften eines Oberflächenwasserkörpers (OWK) oder Änderungen des Pegels von Grundwasserkörpern (GWK) zugelassen werden (Abs. 7).

- ▣ Beachte: **Beim Verschlechterungsverbot** kommen nur die Ausnahmen 3 und 4 in Betracht.

III. Wesentliche Regelungen der WRRL

- ▣ Beachte: Die WRRL setzt bei der Umsetzung der Ziele in erster Linie auf **planerische Instrumente** (vgl. Art. 11, 13, 14 und 15 WRRL):
 - Aufstellung und Veröffentlichung von Maßnahmenprogrammen und Bewirtschaftungsplänen bis Ende 2009
 - Alle sechs Jahre: Überprüfung und ggf. Aktualisierung der Bewirtschaftungspläne
 - In allen Fällen: Information und Anhörung der Öffentlichkeit
 - Übermittlung der Bewirtschaftungspläne an EU-Kommission und betroffene Mitgliedstaaten

IV. Der Anwendungsbereich des Art. 4 WRRL

1. Die maßgebliche Entscheidungsebene

- Teile der Literatur und Verwaltungsgerichte: Art. 4 stellt eine zwingende Vorgabe für die Zulassung von Gewässerbenutzungen und -ausbauten dar.
- Gegenansicht: Art. 4 ist nur nach Maßgabe der Bewirtschaftungsplanung anwendbar.

IV. Der Anwendungsbereich des Art. 4 WRRL

1. Die maßgebliche Entscheidungsebene nach dem **Weser-Urteil des EuGH vom 1.7.2015:**

„Die Mitgliedstaaten sind vorbehaltlich der Gewährung einer Ausnahme verpflichtet, die Genehmigung für ein konkretes Vorhaben zu versagen, wenn es eine Verschlechterung des Zustands eines Oberflächenwasserkörpers verursachen kann oder wenn es die Erreichung eines guten Zustands eines Oberflächengewässers bzw. eines guten ökologischen Potenzials zu dem nach der Richtlinie maßgeblichen Zeitpunkt gefährdet.“

IV. Der Anwendungsbereich des Art. 4 WRRL

1. Die maßgebliche Entscheidungsebene

- **1. Folge:** Verschlechterungsverbot und sog. Verbesserungsgebot sind in jedem einzelnen Genehmigungsverfahren zu beachten.
- Dies gilt trotz § 12 VII 3 WaStrG auch für den Aus- und Neubau von Bundeswasserstraßen als Wasserwege (siehe BVerwG, Urt. v. 9.2.2017 – 7 A 2/15, Rn. 478 zur Elbvertiefung)
- **Aber:** Das sog. Verbesserungsgebot ist weiterhin auf planerische Konkretisierung angewiesen und im Kontext der übrigen Vorgaben der WRRL zu sehen.

IV. Der Anwendungsbereich des Art. 4 WRRL

1. Die maßgebliche Entscheidungsebene

- **2. Folge:** Das sog. Verbesserungsgebot entfaltet in einzelnen Genehmigungsverfahren nur dann eine Sperrwirkung, wenn sich absehen lässt, dass die Verwirklichung eines Vorhabens die Möglichkeit ausschließt, die Umweltziele der WRRL fristgerecht zu erreichen (BVerwG, Urt. v. 11.8.2016 – 7 A 1/15, Rn. 169 zur Weservertiefung; ähnlich BVerwG, Urt. v. 9.2.2017 – 7 A 2/15, Rn. 582 zur Elbvertiefung).

IV. Der Anwendungsbereich des Art. 4 WRRL

2. Die Anwendbarkeit des Art. 4 WRRL auf Kleingewässer

- **Problem:** Flüsse mit einem Einzugsgebiet $< 10 \text{ km}^2$ und Seen $< 0,5 \text{ km}^2$ bleiben bei der Umsetzung der WRRL – nicht nur in Deutschland – z.T. außen vor.
- **Folge:** Hier kann darauf abgestellt werden, ob sie die Zielerreichung bei dem zugehörigen größeren Gewässer gefährden (siehe OVG Lüneburg, Urteil vom 22.4.2016 – 7 KS 27/15, Rn. 462; ebenso im Ergebnis BVerwG, Urt. v. 27.11.2018 – 9 A 8/17, Rn. 43 ff. zur A 20).

V. Der Inhalt des Verschlechterungsverbots

1. Der Meinungsstand bis zum Weser-Urteil

- Teile der Literatur und Rechtsprechung: jede nachteilige Veränderung eines Wasserkörpers („**Status-quo-Theorie**“)
- Gegenansicht: nur eine Veränderung, die zu einem Wechsel in eine schlechtere Zustandsklasse führen würde („**Zustandsklassen-**“ oder „**Stufen-Theorie**“)
- **Vermittelnde Ansichten** wollen v.a. den weiten Anwendungsbereich der „Status-quo-Theorie“ auf verschiedenen Wegen begrenzen.

V. Der Inhalt des Verschlechterungsverbots

2. Die Antwort des EuGH im Weser-Urteil

- Eine Verschlechterung liegt vor, sobald sich der Zustand mindestens einer Qualitätskomponente i.S.d. Anhangs V um eine Klasse verschlechtert, auch wenn dies nicht zu einer Verschlechterung der Einstufung insgesamt führt.
- Ist jedoch die betreffende Qualitätskomponente bereits in der niedrigsten Klasse eingeordnet, stellt jede Verschlechterung dieser Komponente eine Verschlechterung des Zustands dar.
- Eine Beschränkung auf erhebliche Beeinträchtigungen wird explizit abgelehnt.

V. Der Inhalt des Verschlechterungsverbots

3. Würdigung

- Aus dem Urteil ergeben sich **zum einen** zwei **klare Folgen** (Reinhardt):
 - Maßgeblich ist nunmehr eine an den Qualitätskomponenten des Anhangs V orientierte „modifizierte Zustandsklassentheorie“.
 - Beachte aber: „Verschlechterung und Verschlechterung sind nicht dasselbe.“
- Die daran geäußerte Kritik erscheint überzogen.

V. Der Inhalt des Verschlechterungsverbots

3. Würdigung (Fortsetzung)

- Aus dem Urteil ergeben sich **zum anderen** aber auch **eine Reihe neuer Fragen**:
 - Was folgt aus Absage an Erheblichkeitsschwelle?
 - Verbleiben Möglichkeiten einer wasserkörperbezogenen Beurteilung?
 - Welche Qualitätskomponenten sind maßgeblich?
 - Ist das Urteil auf Verschlechterungen des chem. Zustands von OWK und GWK übertragbar?

V. Der Inhalt des Verschlechterungsverbots

- 4. Diese Fragen wurden z.T. durch das BVerwG (vorläufig?) geklärt (siehe v.a. Urt. v. 9.2.2017 – 7 A 2/15, Rn. 496 ff. zur Elbvertiefung)**
- Entscheidend sind die biologischen Qualitätskomponenten; die anderen Qualitätskomponenten haben nur unterstützende Bedeutung.
 - Räumliche Bezugsgröße für die Prüfung der Verschlechterung ist grundsätzlich der Oberflächengewässerkörper in seiner Gesamtheit.
 - Die Aussagen des Weser-Urteils sind bei Oberflächengewässern auf den chemischen Zustand übertragbar.

V. Der Inhalt des Verschlechterungsverbots

5. Zum Grundwasser hat das BVerwG dem EuGH (siehe Beschl. v. 25.4.2018 – 9 A 16/16, Zubringer Ummeln) folgende Frage vorgelegt:

„Ist der Begriff der Verschlechterung des Zustands eines Grundwasserkörpers in Art. 4 Abs. 1 Buchst. b Ziff i WRRL dahin auszulegen, dass eine Verschlechterung des chemischen Zustands eines Grundwasserkörpers vorliegt, sobald mindestens eine Umweltqualitätsnorm für einen Parameter vorhabenbedingt überschritten wird, und dass unabhängig davon dann, wenn für einen Schadstoff der maßgebliche Schwellenwert bereits überschritten ist, jede weitere (messbare) Erhöhung der Konzentration eine Verschlechterung darstellt?“

V. Der Inhalt des Verschlechterungsverbots

5. Fortsetzung zum Grundwasser:

- ▣ Dieser Vorlagebeschluss ist einerseits zu begrüßen.
- ▣ Andererseits wird der für die Praxis bedeutsame Klammerzusatz nicht näher erläutert.
- ▣ Darüber hinaus hat der 9. Senat es bedauerlicherweise versäumt, die Folgefrage nach der Möglichkeit einer Ausnahme zu stellen (näher dazu sogleich).

V. Der Inhalt des Verschlechterungsverbots

6. Weitergehende Forderungen des BVerwG

- Nach den Entscheidungen des BVerwG zur Weser- und zur Elbvertiefung **muss das Maß der Verschlechterung** für jedes Vorhaben am Maßstab der WRRL **näher bestimmt und bewertet werden**.
- **Erforderlich:** Vergleich zwischen Ist-Zustand und Zustand nach Durchführung des Vorhabens (sog. Prognosezustand).
- Hier mangelt es häufig an den erforderlichen **Daten** und an **Fachkonventionen**.

VI. Anforderungen an die Ausnahmeprüfung

Normative Ausgangssituation:

- Im Zentrum der Ausnahmetatbestände stehen Art. 4 Abs. 7 WRRL bzw. § 31 Abs. 2 WHG, weil dies die einzige Möglichkeit ist, eine nicht nur vorübergehende Verschlechterung eines Gewässers zu rechtfertigen.
- Problematisch ist dabei v.a. die Beschränkung auf neue Änderungen der physischen Eigenschaften eines OWK bzw. eines oberirdischen Gewässers und Änderungen des Pegels von Grundwasserkörpern bzw. des Grundwasserstands.

VI. Anforderungen an die Ausnahmeprüfung

Offene Fragen:

- Bislang ungeklärt ist, ob unter „Änderungen der physischen Eigenschaften“ auch eine Änderung der stofflichen Eigenschaften fällt.
- Ferner stellt sich die Frage, ob eine Verschlechterung des chemischen Zustands eines Grundwasserkörpers (GWK) überhaupt gerechtfertigt werden kann.

VI. Anforderungen an die Ausnahmeprüfung

Aber wichtige Klärungen durch das Urt. des EuGH vom 4.5.2016 – C-346/14 zur Schwarzen Sulm:

- Den Mitgliedstaaten kommt bei der Prüfung der Frage, ob ein konkretes Vorhaben im übergeordneten öffentlichen Interesse liegt, ein „gewisses Ermessen“ zu.
- Für die Bejahung einer Ausnahme reicht es nach dem Urteil aus, wenn die Behörde auf der Grundlage eines Fachgutachtens die übrigen in Art. 4 Abs. 7 WRRL genannten Voraussetzungen im Einzelnen nachvollziehbar argumentativ abarbeitet.

VI. Anforderungen an die Ausnahmeprüfung

Daraus folgt jedoch keineswegs, dass die dt. Verwaltungsgerichte jede Ausnahmeprüfung „durchwinken“:

- So haben etwa VGH München, Beschl. v. 6.9.2016 – 8 CS 15.2510 und VG Augsburg, Urt. v. 14.11.2017 – Au 3 K 17.196 ein übergeordnetes öffentliches Interesse an der Nutzung einer Wasserkraftanlage verneint, während
- OVG Koblenz, Urt. v. 8.11.2017 – 1 A 11653/16.OVG ein übergeordnetes Interesse bejaht hat.

VII. Verfahrensrechtliche Anforderungen

Aussagen des BVerwG in den Urteilen vom 28.4.2016 zum Elbtunnel:

- Die erst nach und nach geklärten Anforderungen des Art. 4 WRRL können auch noch während eines laufenden Gerichtsverfahrens in einem ergänzenden Verfahren nachträglich abgearbeitet werden.
- **Aber:** Führt dies zu einer neuen oder über die bis dahin vorliegenden Untersuchungen wesentlich hinausgehenden Prüfung und zu einer neuen Unterlage für die UVP, so muss hierzu eine erneute Öffentlichkeitsbeteiligung durchgeführt werden.

VIII. Das unklare Verhältnis der vorhabenbezogenen Ausnahmegenehmigung zur Bewirtschaftungsplanung

1. Keine Klärung durch die bisherige Rechtsprechung

- Urteil des EuGH zur Schwarzen Sulm passt in zeitlicher Hinsicht nicht
- BVerwG im Weser-Urteil vom 11.8.2016:
 - Eine Ausnahme muss nicht bereits vor der Planfeststellung des Vorhabens in den Bewirtschaftungsplan aufgenommen werden.
 - Vor Erlass des Planfeststellungsbeschlusses ist eine Einbeziehung des Vorhabens in die Bewirtschaftungsplanung nicht abschließend möglich.

VIII. Das unklare Verhältnis der vorhabenbezogenen Ausnahmegenehmigung zur Bewirtschaftungsplanung

2. Verbleibende Bedeutung der Planungsinstrumente

- Nach der WRRL gilt ein „grundsätzliches Primat der wasserwirtschaftlichen Planung“ (*Durner*).
- **Daraus folgt:**
 - Nachträglich erteilte Ausnahmen bedürfen des Einvernehmens der für die Bewirtschaftungsplanung zuständigen Behörde (streitig).
 - Unter bestimmten Voraussetzungen kann sehr wohl eine vorherige Anpassung der Bewirtschaftungsplanung erforderlich sein (streitig).

IX. Ausblick

- In D wird die WRRL weiterhin „die erste Geige spielen“. Dabei sollte es v.a. darum gehen, die erforderlichen Daten zu erheben und Fachkonventionen zu entwickeln.
- In der EU steht derzeit v.a. die Frage im Raum, ob und inwieweit die WRRL im Zuge des laufenden Revisionsprozesses überarbeitet werden sollte.