

## Auswirkungen des neuen Wasserrechts auf die Genehmigung von Industrieanlagen

Markus Appel

1.	Genehmigungsregime.....	147
2.	Gehobene Erlaubnis .....	149
3.	Neuer Benutzungstatbestand des Einbringens fester Stoffe ins Grundwasser .....	152
4.	Klimawandel .....	153
5.	Fazit .....	157

Wasser gehört zu den wichtigsten Grundlagen allen Lebens. Es wird nicht nur als Trink- und Brauchwasser benötigt, sondern ist gleichzeitig wichtiges Produktionsmittel für Industrie und Handwerk, zur Energieerzeugung und zur Kühlung von Kraftwerken. Da sich der weltweite Wasserverbrauch innerhalb der vergangenen fünfzig Jahre verdreifacht hat<sup>1</sup> und mit einer wachsenden Weltbevölkerung weiter ansteigt, wird das Wasser mitunter auch als *blaues Gold* bzw. *Erdöl des 21. Jahrhunderts* bezeichnet.<sup>2</sup> Vor diesem Hintergrund wird der Gewässerschutz auch bei der Genehmigung von Industrieanlagen zukünftig wohl eine noch größere Rolle als bislang schon spielen, so dass der am 1. März 2010 in Kraft getretenen Novelle des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG)<sup>3</sup> erhebliche praktische Bedeutung zukommt.

Nach dem abermaligen Scheitern des Umweltgesetzbuchs (UGB) hat der Bundesgesetzgeber zum Ende der 16. Legislaturperiode vor dem Hintergrund der ihm nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 Grundgesetz (GG) für den Wasserhaushalt zustehenden konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz ein neues WHG verabschiedet. Mit dem Gesetz werden vier zentrale Ziele verfolgt:<sup>4</sup>

Das nach dem bisherigen WHG (WHG a.F.) geltende Rahmenrecht des Bundes soll durch bundesrechtliche Vollregelungen ersetzt werden. Ferner wird eine Systematisierung und Vereinheitlichung des Wasserrechts angestrebt mit dem

<sup>1</sup> United Nations (UN): The UN World Water Development Report 3. Water in a Changing World, 2009, p. 101. [http://www.unesco.org/water/wwap/wwdr/wwdr3/pdf/WWDR3\\_Water\\_in\\_a\\_Changing\\_World.pdf](http://www.unesco.org/water/wwap/wwdr/wwdr3/pdf/WWDR3_Water_in_a_Changing_World.pdf) (6.11.2010).

<sup>2</sup> Barlow/Clarke: *Blaues Gold. Das globale Geschäft mit dem Wasser*, 2004. Barsig/Becker/Hoffmann/Rubel (Hrsg.): *Wasser – Waffe, Ware, Menschenrecht? Wege zu einer nachhaltigen Wasserwirtschaft*, 2005, S. 3; siehe zur Diskussion um ein *Menschenrecht auf Wasser*: Barlow/Clarke, a.a.O.: S. 109 ff.; Stubenrauch: *ZUR* 2010, 521 ff.

<sup>3</sup> Gesetz zur Neuregelung des Wasserrechts vom 31.7.2009, BGBl. I, S. 2585.

<sup>4</sup> BT-Drs. 16/12275, S. 1; BR-Drs. 280/09, S. 1 f.

Ziel, die Verständlichkeit und Praktikabilität der komplizierten und unübersichtlichen Wasserrechtsordnung zu verbessern. Darüber hinaus sollen verbindliche EG-rechtliche Bestimmungen durch bundesweit einheitliche Rechtsvorschriften umgesetzt werden. Schließlich sollen bisher im Landesrecht normierte Bereiche der Wasserwirtschaft in Bundesrecht überführt werden, soweit ein Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung besteht.

Das neue WHG deckt sich in weiten Teilen mit dem WHG a.F., enthält aber zugleich auch zahlreiche Neuregelungen, die für die Genehmigung von Industrieanlagen von Bedeutung sein können.<sup>5</sup> Von besonderer praktischer Bedeutung ist, dass das WHG in § 23 sowie in weiteren konkretisierenden Spezialregelungen<sup>6</sup> umfangreiche und praktisch bedeutsame Verordnungsermächtigungen enthält, durch die die Regelung vor allem technischer Einzelheiten auf untergesetzliche Verordnungen verlagert wird und deren Erlass zum großen Teil noch aussteht.<sup>7</sup> Diese Zuweisung von Regelungskompetenzen auf die Verordnungsebene ist zwar im Hinblick auf Vereinfachungs- und Entbürokratisierungsbestrebungen zu begrüßen, da hierdurch viele der meist technischen Detailfragen durch Vermeidung eines formellen Gesetzgebungsverfahrens unkomplizierter und schneller erlassen werden können.<sup>8</sup> Gleichwohl werden gegen eine solch umfangreiche Verlagerung auf die untergesetzliche Verordnungsebene im Hinblick auf das in Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG normierte Bestimmtheiterfordernis auch Bedenken erhoben. Eine Verordnungsermächtigung muss ihren Inhalt, ihren Zweck und ihr Ausmaß hinreichend klar zum Ausdruck bringen, was bei den neuen WHG-Vorschriften überwiegend in Frage gestellt wird.<sup>9</sup> Von daher wird sich nach Erlass der entsprechenden Verordnungen auch die inzident zu untersuchende Frage der Verfassungsmäßigkeit der jeweiligen Verordnungsermächtigung stellen, was für die Rechtsanwendung gewisse Rechtsunsicherheiten mit sich bringt.

Nachfolgend wird (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) auf einige Neuregelungen des WHG eingegangen, die für die Genehmigung von Industrieanlagen von praktischer Bedeutung sein werden.

<sup>5</sup> Siehe zu Einzelheiten des neuen WHG näher Rolfsen: NuR 2009, 765 ff.; Caßor-Pfeiffer: ZfW 2010, 1 ff.; Kotulla: NVwZ 2010, 79 ff.; Stürer/Buchsteiner: DÖV 2010, 261 ff.; Faßbender: ZUR 2010, 181 ff.; Seeliger/Wrede: NuR 2010, 679 ff.; Queitsch: UPR 2010, 85 ff.; Müggenborg/Hentschel: NJW 2010, 961 ff.; Lauer: NuR 2010, 692 ff.

<sup>6</sup> §§ 48 Abs. 1 Satz 3; 57 Abs. 2; 58 Abs. 1 Satz 2; 61 Abs. 3; 62 Abs. 4; 63 Abs. 2 Satz 2 WHG.

<sup>7</sup> Sehr umstritten und von großer praktischer Bedeutung ist die in § 48 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 23 Abs. 1 Nr. 3 WHG geregelte Ermächtigung zum Erlass einer Grundwasserverordnung mit Festlegung so genannter Geringfügigkeitsschwellen, bei deren Einhaltung keine nachteilige Veränderung der Wasserbeschaffenheit i.S.v. § 48 Abs. 1 Satz 1 WHG zu besorgen ist. Anders als noch nach dem UGB-Konzept wurde der Besorgnisgrundsatz im neuen WHG nicht unmittelbar gesetzlich durch das Geringfügigkeitsschwellenprinzip konkretisiert, sondern die Thematik auf die Verordnungsebene verlagert; siehe zu Einzelheiten näher Viertel: Die wasserrechtlichen Regelungen aus Sicht der Rohstoffwirtschaft, in: Frenz: Das neue Wasser- und Naturschutzrecht, Heft 120 GDMB, 2010, S. 42 ff.; Müggenborg/Hentschel: NJW 2010, 961/963; Stürer/Buchsteiner: DÖV 2010, 261/265 f.; zum Geringfügigkeitsschwellenprinzip allgemein Ginzky: ZUR 2005, 291 ff.; Salzwedel/Schwetzel: NuR 2009, 760 ff.

<sup>8</sup> Rolfsen: NuR 2009, 765/768.

<sup>9</sup> Näher Czychowski/Reinhardt: WHG, 2010, § 23 Rn. 8 ff.; Caßor-Pfeiffer: ZfW 2010, 1/11; Kotulla: NVwZ 2010, 79/84.

## 1. Genehmigungsregime

Mit der im UGB-Konzept vorgesehenen integrierten Vorhabengenehmigung als umfassende Genehmigung für Industrievorhaben sollte auch wasserrechtlich ein genehmigungsrechtlicher Neuanfang einhergehen. Insbesondere sollte das bisherige Nebeneinander von immissionsschutzrechtlicher und wasserrechtlicher Genehmigung aufgegeben und durch die integrierte Vorhabengenehmigung ersetzt werden; gleichzeitig war eine Abschaffung des Instituts der wasserrechtlichen Bewilligung (§ 8 WHG a.F.) vorgesehen.<sup>10</sup> Vor allem gegen Letzteres wurden unter dem Gesichtspunkt der wasserwirtschaftlichen Investitionssicherheit starke Bedenken erhoben.<sup>11</sup> Nach dem Scheitern des UGB und der integrierten Vorhabengenehmigung wurden im neuen WHG keine grundlegenden Änderungen des nunmehr in §§ 8 ff. WHG geregelten Genehmigungsregimes aufgenommen, sondern es blieben sowohl der bisherige Dualismus von immissionsschutzrechtlicher und wasserrechtlicher Genehmigung als auch das Institut der Bewilligung weitgehend unangetastet.<sup>12</sup>

Von Bedeutung für das Genehmigungsregime ist allerdings, dass in § 12 WHG die Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis und der Bewilligung sowie das Bewirtschaftungsermessen einer neuen, gemeinsamen Regelung zugeführt wurden. Gemäß § 12 Abs. 1 WHG sind Erlaubnis und Bewilligung zu versagen, wenn (Nr. 1) schädliche, auch durch Nebenbestimmungen nicht vermeidbare oder nicht ausgleichbare Gewässerveränderungen zu erwarten sind oder (Nr. 2) andere Anforderungen nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht erfüllt werden. Im Übrigen steht gemäß § 12 Abs. 2 WHG die Erteilung der Erlaubnis und Bewilligung ausdrücklich im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Behörde (Bewirtschaftungsermessen). Auch wenn § 12 WHG in weiten Teilen der bisherigen Rechtslage entspricht, enthält die Vorschrift aber gleichwohl gewisse Neuerungen:

- Mit dem bisherigen Recht identisch ist der Versagungsgrund des § 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG, der trotz seiner sprachlichen Neufassung mit § 6 Abs. 1 WHG a.F. korrespondiert.<sup>13</sup> Die in § 6 Abs. 1 WHG a.F. Bezug genommene *Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit* findet sich zwar nicht mehr direkt im Versagungsstatbestand des § 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG, ist jedoch vom Begriff der *schädlichen Gewässerveränderungen*, wie sich aus dessen Legaldefinition in § 3 Nr. 10 WHG<sup>14</sup> ergibt, mit umfasst.

<sup>10</sup> Siehe zu diesem UGB-Konzept statt vieler Durner: Die Reform des Wasserrechts im Umweltgesetzbuch, in: Köck (Hrsg.): Auf dem Weg zu einem Umweltgesetzbuch nach der Föderalismusreform, 2009, S. 63 ff.

<sup>11</sup> Siehe etwa Salzwedel, in: Durner (Hrsg.): Umweltgesetzbuch – Ziele und Wirkungen. Integrierte Vorhabengenehmigung – Naturschutz – Wasserwirtschaft, 2009, S. 125 f.; Seeliger, in: Durner (Hrsg.): Umweltgesetzbuch – Ziele und Wirkungen. Integrierte Vorhabengenehmigung – Naturschutz – Wasserwirtschaft, 2009, S. 155, 160 f.; zum Ganzen auch Berendes: WHG, 2010, § 10 Rn. 7.

<sup>12</sup> Vgl. Faßbender: ZUR 2010, 181/184 f.; Müggenborg/Hentschel: NJW 2010, 961/961; Kotulla: NVwZ 2010, 79/81.

<sup>13</sup> Caßor-Pfeiffer: ZfW 2010, 1/8; Rolfsen: NuR 2009, 765/768.

<sup>14</sup> *Veränderungen von Gewässereigenschaften, die das Wohl der Allgemeinheit, insbesondere die öffentliche Wasserversorgung, beeinträchtigen oder die nicht den Anforderungen entsprechen, die sich aus diesem Gesetz, aus auf Grund dieses Gesetzes erlassenen oder aus sonstigen wasserrechtlichen Vorschriften ergeben.*

- Auch das in § 12 Abs. 2 WHG bundesrechtlich erstmals ausdrücklich geregelte Bewirtschaftungsermessen enthält keine Regelung, die über das bisherige Recht hinausgeht.<sup>15</sup> Ungeachtet der im Zusammenhang mit dem geplanten UGB teilweise erhobenen Forderungen, bestimmten Gewässerbenutzern aus Gründen der Investitionssicherheit einen Genehmigungsanspruch einzuräumen,<sup>16</sup> schreibt § 12 Abs. 2 WHG entsprechend dem bisherigen Rechtsverständnis die Rechtsnatur von Erlaubnis und Bewilligung als Ermessensentscheidung gesetzlich ausdrücklich fest.<sup>17</sup>
- Mit dem neu eingefügten Versagungsgrund des § 12 Abs. 1 Nr. 2 WHG werden nunmehr ausdrücklich sämtliche Anforderungen anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften, die nicht dem Wasserrecht zuzuordnen sind,<sup>18</sup> in das gestattungsrechtliche Prüfprogramm einbezogen. In dieser Regelung wird teilweise eine Verschärfung der Genehmigungsanforderungen gesehen.<sup>19</sup> Nach anderer Auffassung ist mit § 12 Abs. 1 Nr. 2 WHG keine Verschärfung verbunden, sondern wird mit der Regelung hinsichtlich der Berücksichtigung nicht-wasserrechtlicher Vorgaben lediglich klargestellt, was bereits auf Grundlage des § 6 Abs. 1 WHG a.F. gegolten habe.<sup>20</sup> In der Tat wurden bei § 6 Abs. 1 WHG a.F. auch nicht-wasserrechtliche Vorgaben in den Begriff des *Wohls der Allgemeinheit* hineingelesen und konnten daher zur Versagung einer wasserrechtlichen Gestattung führen; die Einzelheiten waren allerdings streitig.<sup>21</sup> Mit der Neuregelung des § 12 Abs. 1 Nr. 2 WHG hat der Gesetzgeber nunmehr die Berücksichtigung auch nicht-wasserrechtlicher Vorschriften ausdrücklich festgeschrieben, so dass zu besorgen ist, dass derartige Vorgaben vermehrt in den Fokus des Wasserrechts geraten und die Gestattungsverfahren verkomplizieren.<sup>22</sup> Ob dies sachgerecht ist, erscheint fraglich. Vorbild für die Neuregelung des § 12 Abs. 1 Nr. 2 WHG waren ausweislich der Gesetzesbegründung andere umweltrechtliche Erlaubnistatbestände (wie § 6 Abs. 1 Nr. 2 Bundes-Immissionschutzgesetz (BImSchG) für das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren).<sup>23</sup> Während sich eine medienübergreifende Prüfung im Immissionsschutzrecht aufgrund der

<sup>15</sup> Rolfsen: NuR 2009, 765/768.

<sup>16</sup> Vgl. Salzwedel: ZfW 2008, 1 ff.; zum Ganzen auch Durner: Die Reform des Wasserrechts im Umweltgesetzbuch, in: Köck (Hrsg.): Auf dem Weg zu einem Umweltgesetzbuch nach der Föderalismusreform, 2009, S. 65 ff.

<sup>17</sup> BT-Drs. 16/12275, S. 56; BR-Drs. 280/09, S. 158; Berendes: WHG, 2010, § 12 Rn. 8; Rolfsen: NuR 2009, 765/768.

<sup>18</sup> Z.B. Naturschutz-, Bodenschutz-, Abfall-, Bau- und Raumordnungsrecht, vgl. Berendes: WHG, 2010, § 12 Rn. 6; Schendel/Scheier, in: Giesberts/Reinhardt: BeckOK Umweltrecht, Stand 7/2010, § 12 Rn. 8.

<sup>19</sup> Rolfsen: NuR 2009, 765/768; Kotulla: NVwZ 2010, 79/82; ebenso BT-Drs. 16/13306, S. 3; siehe auch BT-Drs. 16/12275, S. 55 und BR-Drs. 280/09, S. 157, wonach § 12 WHG über das bisherige Regelungsprogramm des § 6 WHG a.F. hinausreicht.

<sup>20</sup> Berendes: WHG, 2010, § 12 Rn. 5; ebenso BT-Drs. 16/13306, S. 24; ähnlich Czychowski/Reinhardt: WHG, 2010, § 12 Rn. 28, wonach mit der Neuregelung lediglich eine *rechtstaatliche Selbstverständlichkeit* zum Ausdruck kommt.

<sup>21</sup> Siehe hierzu einerseits Knopp, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp: WHG, Stand: 9/2007, § 6 Rn. 7 m.w.Nw. und andererseits Breuer: Öffentliches und Privates Wasserrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 394 ff.

<sup>22</sup> Kotulla: NVwZ 2010, 79/82.

<sup>23</sup> BT-Drs. 16/12275, S. 56; BR-Drs. 280/09, S. 158; BT-Drs. 16/13306, S. 24; Berendes: WHG, 2010, § 12 Rn. 5.

dortigen Konzentrationswirkung (§ 13 BImSchG) und des gebundenen Entscheidungscharakters rechtfertigen lässt, ist dies beim rechtlich grundlegend anders strukturierten wasserrechtlichen Gestattungsregime zweifelhaft.<sup>24</sup>

Um einer andernfalls drohenden Ausuferung des Prüfungsaufwandes zu begegnen, sollte § 12 Abs. 1 Nr. 2 WHG daher mit Augenmaß angewendet und auf seiner Grundlage jedenfalls nur solche nicht-wasserrechtlichen Vorschriften geprüft werden, die materiell-rechtlich zwingende Versagungsgründe enthalten.<sup>25</sup> Darüber hinaus ist in praktischer Hinsicht eine Abschichtung des Prüfprogramms erforderlich. Soweit für die Einhaltung der in Rede stehenden nicht-wasserrechtlichen Vorschriften ein eigenständiges Genehmigungsverfahren vorgesehen ist, sind die Vorgaben nicht von der Wasserbehörde, sondern von der jeweils anderen Fachbehörde zu prüfen. Die Wasserbehörde prüft auf Grundlage des § 12 Abs. 1 Nr. 2 WHG daher nur solche nicht-wasserrechtlichen Vorschriften, für die kein eigenständiges Genehmigungsverfahren besteht.<sup>26</sup> Ferner ist in den für die Praxis bedeutsamen Fällen, in denen für die in Rede stehende Industrieanlage neben der wasserrechtlichen Gestattung auch eine BImSchG-Genehmigung erforderlich ist, doppelter Prüfungsaufwand zu vermeiden. Im Rahmen der in der Regel zuerst erteilten BImSchG-Genehmigung werden einschlägige öffentlich-rechtliche Vorschriften bereits geprüft (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG). Soweit sich aus der Gewässerbenutzung selbst keine zusätzlichen Anforderungen ergeben, kann daher im Rahmen des nachfolgenden wasserrechtlichen Verfahrens hinsichtlich der Vorgaben des § 12 Abs. 1 Nr. 2 WHG auf die BImSchG-Genehmigung verwiesen werden.<sup>27</sup>

## 2. Gehobene Erlaubnis

In § 15 WHG wird die (bislang in diversen Landeswassergesetzen enthaltene und dort unterschiedlich geregelte) gehobene Erlaubnis erstmals bundesrechtlich normiert.<sup>28</sup> Dabei handelt es sich um eine qualifizierte Form der Erlaubnis, die zwischen einfacher Erlaubnis und Bewilligung steht und im wasserrechtlichen Vollzug erhebliche praktische Bedeutung hat. Mit der bundesrechtlichen Einführung der gehobenen Erlaubnis soll neben einer Rechtsvereinheitlichung vor allem auch eine Flexibilisierung des Zulassungsinstrumentariums für Gewässerbenutzungen erreicht werden.<sup>29</sup> Hinsichtlich der Voraussetzungen und Rechtswirkungen einer gehobenen Erlaubnis ist Folgendes zu beachten:

<sup>24</sup> Rolfsen: NuR 2009, 765/768; Kotulla: NVwZ 2010, 79/82.

<sup>25</sup> Vgl. Czychowski/Reinhardt: WHG, 2010, § 12 Rn. 28, wonach § 12 Abs. 1 Nr. 2 WHG Fälle betrifft, in denen einer wasserrechtlichen Gestattung *bindendes Recht* entgegensteht.

<sup>26</sup> Berendes: WHG, 2010, § 12 Rn. 7; siehe auch BVerwG: Urt. v. 17.3.1989 – 4 C 30.88, BVerwGE 81, 347/351 f.; Czychowski/Reinhardt: WHG, 2010, § 12 Rn. 30 m.w.Nw. zur insoweit identischen bisherigen Rechtslage.

<sup>27</sup> Schendel/Scheier, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, Stand 7/2010, § 12 Rn. 9.

<sup>28</sup> Eingehend hierzu Guckelberger: VerwArch 2010, 139 ff.

<sup>29</sup> BT-Drs. 16/12275, S. 57; BR-Drs. 280/09, S. 161 f.

- Die Wasserbehörde kann im Rahmen ihres Bewirtschaftungsermessens (§ 12 Abs. 2 WHG) über die Erteilung einer gehobenen Erlaubnis entscheiden, wenn keine Versagungsgründe i.S.v. § 12 Abs. 1 WHG vorliegen und für die Erteilung einer gehobenen Erlaubnis *ein öffentliches Interesse oder ein berechtigtes Interesse des Gewässerbenutzers besteht* (§ 15 Abs. 1 WHG). Hinsichtlich des Erfordernisses eines öffentlichen Interesses ist vor allem darauf abzustellen, wie stark die beabsichtigte Gewässerbenutzung einen Allgemeinwohlbezug aufweist, so dass gehobene Erlaubnisse insbesondere für Gewässerbenutzungen zu Zwecken der Energie- und Wasserversorgung sowie der öffentlichen Abwasserbeseitigung in Betracht kommen.<sup>30</sup> Auch steht die Erwirtschaftung eines privaten Gewinns der Annahme eines öffentlichen Interesses i.S.v. § 15 WHG nicht grundsätzlich entgegen.<sup>31</sup> Bei dem in § 15 Abs. 1 WHG alternativ zum öffentlichen Interesse genannten berechtigten Interesse des Gewässerbenutzers ist vor allem von Bedeutung, dass es weniger streng ist als die für die Bewilligung geltende Voraussetzung des § 14 Abs. 1 Nr. 1 WHG, wonach es darauf ankommt, dass die Gewässerbenutzung dem Benutzer ohne eine gesicherte Rechtsstellung nicht zugemutet werden kann. Vielmehr ist ein berechtigtes Interesse z.B. bereits bei Tatsachen anzunehmen, aus denen sich ergibt, dass der Gewässerbenutzer zur Wahrung seiner gegenwärtigen oder zukünftigen wirtschaftlichen oder sonst aner kennenswerten Belange ein Interesse an der Erteilung einer gehobenen Erlaubnis hat.<sup>32</sup> Dies kann beispielsweise bereits dann der Fall sein, wenn ein Unternehmen einem Gewässer Wasser entnehmen möchte, das für Produktionszwecke benötigt wird und anderweitig nicht oder nicht mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand beschafft werden kann.<sup>33</sup>
- Von ihren Rechtswirkungen her ist die mit der gehobenen Erlaubnis erteilte Befugnis, ein Gewässer zu benutzen, gegenüber der einfachen Erlaubnis verstärkt. Gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 WHG ist der Inhaber einer gehobenen Erlaubnis nach ihrer Bestandskraft – vergleichbar wie im Immissionsschutzrecht nach § 14 BImSchG – gegen privatrechtliche Ansprüche Dritter auf Einstellung der Gewässerbenutzung geschützt. Die gehobene Erlaubnis hat insoweit privatrechtsgestaltende Wirkung.<sup>34</sup> Dritte können allenfalls Vorkehrungen verlangen, die die nachteiligen Wirkungen tatsächlich ausschließen, und im Fall, dass solche Vorkehrungen nach dem Stand der Technik nicht durchführbar oder wirtschaftlich nicht vertretbar sind, kann lediglich Entschädigung verlangt werden (§ 16 Abs. 1 Satz 2 und 3 WHG). Wirtschaftlich

<sup>30</sup> Rolfsen: NuR 2009, 765/768; Kotulla: NVwZ 2010, 79/82; Guckelberger: VerwArch 2010, 139/155.

<sup>31</sup> Czychowski/Reinhardt: WHG, 2010, § 15 Rn. 9.

<sup>32</sup> BT-Drs. 16/12275, S. 57; BR-Drs. 280/09, S. 161 f.; Guckelberger: VerwArch 2010, 139/155; kritisch zu der damit behördlicherseits notwendigen subjektiven Einschätzung Czychowski/Reinhardt: WHG, 2010, § 15 Rn. 11.

<sup>33</sup> BT-Drs. 16/12275, S. 57; BR-Drs. 280/09, S. 161 f.; Guckelberger: VerwArch 2010, 139/155.

<sup>34</sup> Guckelberger: VerwArch 2010, 139/152. Eine Ausnahme gilt gemäß § 16 Abs. 3 WHG bei privatrechtlichen Ansprüchen aus Verträgen oder letztwilligen Verfügungen und für Ansprüche aus dinglichen Rechten am Grundstück, auf dem die Gewässerbenutzung stattfindet.

unvertretbar sind solche Vorkehrungen, bei denen die Höhe der Kosten aus Sicht eines wirtschaftlich denkenden Gewässerbenutzers die Grenze des Zumutbaren übersteigt.<sup>35</sup>

Die vorgenannte privatrechtsgestaltende Wirkung und die damit gegenüber der einfachen Erlaubnis gesicherte Rechtsposition ist nach dem Gesetzgeber allerdings nur gerechtfertigt, wenn verfahrensmäßig sichergestellt ist, dass die Betroffenen und die beteiligten Behörden ihre Einwendungen und Stellungnahmen im gehobenen Erlaubnisverfahren geltend machen können.<sup>36</sup> Daher erklärt das neue WHG die im Bewilligungsverfahren geltenden Vorgaben zur Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung im gehobenen Erlaubnisverfahren für anwendbar (vgl. § 15 Abs. 2 i.V.m. §§ 11 Abs. 2, 14 Abs. 3 bis 5 WHG).<sup>37</sup> Im Hinblick auf die damit verbundenen umfangreichen Beteiligungsrechte können von der Gewässerbenutzung nachteilig betroffene Dritte nicht erfolgreich geltend machen, dass im konkreten Fall keine gehobene, sondern lediglich eine einfache Erlaubnis hätte erteilt werden dürfen.<sup>38</sup>

- Gleichzeitig ist die Rechtsstellung des gehobenen Erlaubnisinhabers aber gegenüber der Bewilligung in doppelter Hinsicht abgeschwächt: Bei einer bestandskräftigen Bewilligung sind gemäß § 16 Abs. 2 Satz 1 WHG bei nachteiligen Wirkungen einer Gewässerbenutzung sowohl Ansprüche auf Unterlassung der Gewässerbenutzung als auch auf Beseitigung einer Störung, auf Herstellung von Vorkehrungen und auf Schadenersatz grundsätzlich ausgeschlossen.<sup>39</sup> Die Ausschlusswirkung der Bewilligung geht daher über die der gehobenen Erlaubnis hinaus.<sup>40</sup> Darüber hinaus gewährt die gehobene Erlaubnis, anders als die Bewilligung nach § 18 Abs. 2 WHG, keine bloß eingeschränkte Widerruflichkeit, sondern sie kann – wie die einfache Erlaubnis – nach allgemeinen Grundsätzen widerrufen werden.<sup>41</sup> Insoweit gelten die generellen Anforderungen für den Widerruf von begünstigenden Verwaltungsakten, auf deren Erlass kein Rechtsanspruch besteht. Gründe, die einen Widerruf rechtfertigen können, ergeben sich vor allem aus den Zielen, Grundsätzen und Anforderungen des WHG und den sonstigen für die Erlaubnis einschlägigen wasserrechtlichen Vorschriften.<sup>42</sup> So kommt ein Widerruf z.B. bei einer nicht durch nachträgliche Inhalts- oder Nebenbestimmungen abwendbaren schädlichen Gewässerveränderung in Betracht, wobei im

<sup>35</sup> Guckelberger: VerwArch 2010, 139/153.

<sup>36</sup> BT-Drs. 16/12275, S. 57; BR-Drs. 280/09, S. 162.

<sup>37</sup> CaBor-Pfeiffer: ZfW 2010, 1/8; Guckelberger: VerwArch 2010, 139/152.

<sup>38</sup> Stürer/Buchsteiner: DÖV 2010, 261/263.

<sup>39</sup> Ausnahmen gelten nach § 16 Abs. 3 WHG (siehe hierzu Fn. 34) sowie nach § 16 Abs. 2 Satz 2 WHG, soweit es um Ansprüche auf Schadenersatz geht, die auf einer Nichterfüllung von gegenüber dem Gewässerbenutzer angeordneten Inhalts- oder Nebenbestimmungen beruhen.

<sup>40</sup> Guckelberger: VerwArch 2010, 139/154.

<sup>41</sup> BT-Drs. 16/12275, S. 57; BR-Drs. 280/09, S. 161; Rolfsen: NuR 2009, 765/768; Kotulla: NVwZ 2010, 79/82; Stürer/Buchsteiner: DÖV 2010, 261/263.

<sup>42</sup> Berendes: WHG, 2010, § 18 Rn. 3.

Rahmen der Abwägung des Für und Wider eines Widerrufs auch das Interesse des Unternehmers an der wirtschaftlichen Nutzung der erteilten Erlaubnis und getätigte Investitionen zu berücksichtigen sind.<sup>43</sup>

### 3. Neuer Benutzungstatbestand des Einbringens fester Stoffe ins Grundwasser

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 5 WHG a.F. stellte eine *echte* Gewässerbenutzung u.a. das *Einleiten von Stoffen in das Grundwasser* dar. Hingegen war das *Einbringen* von Stoffen in das Grundwasser (wie im Rahmen von Tiefbaumaßnahmen in grundwasserführenden Schichten oder der Lagerung von Gegenständen im Grundwasser) bislang kein echter Benutzungstatbestand. Vielmehr kam insoweit nach bisherigem Recht eine Genehmigungspflicht nur in Betracht, wenn das Einbringen der Stoffe als *unechte* Gewässerbenutzung i.S.d. Auffangtatbestands des § 3 Abs. 2 Nr. 2 WHG a.F. – jetzt § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG – anzusehen war. Eine solche unechte Gewässerbenutzung erfordert Maßnahmen, *die geeignet sind, dauernd oder in einem nicht nur unerheblichen Ausmaß nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit herbeizuführen*.

Mit dem neuen WHG wurde in § 9 Abs. 1 Nr. 4 nunmehr ein allgemeiner Benutzungstatbestand des *Einbringens und Einleitens von Stoffen in Gewässer* geschaffen und damit auch das Einbringen von Stoffen ins Grundwasser als echter Benutzungstatbestand ausgestaltet. Der Gesetzgeber begründet diese Regelung vor allem damit, dass es mit Blick auf das Gefährdungspotenzial derartiger Nutzungen im besonders sensiblen und geschützten Grundwasserbereich sachlich nicht zu rechtfertigen sei, anders als bei oberirdischen Gewässern und Küstengewässern für das Einbringen von festen Stoffen keine Erlaubnispflicht vorzusehen.<sup>44</sup> Damit ist nunmehr jedes Einbringen von Stoffen in das Grundwasser grundsätzlich erlaubnispflichtig, was zu einer erheblichen Fülle neuer Erlaubnisverfahren führen kann.<sup>45</sup>

Um den damit verbundenen Verwaltungsaufwand einzugrenzen, hat der Gesetzgeber in § 49 WHG (*Erdaufschlüsse*) allerdings wichtige Sonderregelungen aufgenommen. Nach § 49 Abs. 1 Satz 1 WHG sind Arbeiten, die so tief in den Boden eindringen, dass sie sich unmittelbar oder mittelbar auf die Bewegung, die Höhe oder die Beschaffenheit des Grundwassers auswirken können, der zuständigen Behörde einen Monat vor Beginn der Arbeiten anzuzeigen. Werden bei solchen Arbeiten Stoffe in das Grundwasser eingebracht, ist abweichend von § 8 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. Nr. 4 WHG anstelle der Anzeige eine Erlaubnis nur erforderlich, *wenn sich das Einbringen nachteilig auf die Grundwasserbeschaffenheit auswirken kann*. Letzteres ist nach der Gesetzesbegründung zu § 49 Abs. 1 Satz 2 WHG im Allgemeinen nicht der Fall, wenn für einen einzubringenden Baustoff

<sup>43</sup> Berendes: WHG, 2010, § 18 Rn. 3.

<sup>44</sup> BT-Drs. 16/12275, S. 55; BR-Drs. 280/09, S. 156 f.

<sup>45</sup> Viertel: Die wasserrechtlichen Regelungen aus Sicht der Rohstoffwirtschaft, in: Frenz: Das neue Wasser- und Naturschutzrecht, Heft 120 GDMB, 2010, S. 40; kritisch auch Rolfsen: NuR 2009, 765/767; Durner: NuR 2008, 293/301.



eine europäische technische Zulassung oder eine bauaufsichtliche Zulassung des Deutschen Instituts für Bautechnik nach dem Bauproduktengesetz vorliegt.<sup>46</sup> Eine besondere Bedeutung hat § 49 Abs. 1 Satz 2 WHG auch für Anlagen der Geothermie, da bei Erdwärmesonden, die den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen, nachteilige Auswirkungen auf die Grundwasserbeschaffenheit ebenfalls ausscheiden.<sup>47</sup>

Vor dem Hintergrund der Ausnahmeregelung des § 49 Abs. 1 Satz 2 WHG geht der Gesetzgeber offenbar davon aus, dass durch die Neuregelung des § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG in der Praxis keine relevanten Änderungen zur bisherigen Rechtslage bestehen.<sup>48</sup> Dies könnte jedoch mit Blick darauf fraglich sein, dass der unechte Benutzungstatbestand des § 3 Abs. 2 Nr. 2 WHG a.F. / § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG auf dem ersten Blick enger gefasst erscheint als die Sonderregelung des § 49 Abs. 1 Satz 2 WHG. Während nach dem unechten Benutzungstatbestand die in Rede stehende Maßnahme die Eignung aufweisen muss, *dauernd* oder in einem *nicht nur unerheblichen Ausmaß* nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit herbeizuführen, scheidet nach dem Wortlaut des § 49 Abs. 1 Satz 2 WHG eine erlaubnispflichtige Gewässerbenutzung erst aus, wenn sich das Einbringen von Stoffen nicht nachteilig auf die Grundwasserbeschaffenheit auswirken kann. Soll sich die Rechtslage entsprechend der gesetzgeberischen Intention gegenüber dem WHG a.F. nicht verschärfen, so wird man in die Ausnahmeregelung des § 49 Abs. 1 Satz 2 WHG die im unechten Benutzungstatbestand vorgesehenen Einschränkungen (dauernde bzw. nicht unerhebliche nachteilige Veränderung der Wasserbeschaffenheit) mit hineinlesen müssen. In der Praxis kommt es dann darauf an, welche konkreten Stoffe in das Grundwasser eingebracht werden sollen und welche diesbezüglichen gesetzlichen Anforderungen an den Grundwasserschutz bestehen (v.a. auf Grundlage der neuen Grundwasserverordnung).

## 4. Klimawandel

Zuletzt soll auf ein aktuell besonders kontrovers diskutiertes Thema eingegangen und untersucht werden, inwieweit die Problematik des Klimawandels Einzug in das neue WHG gefunden hat und bei der Prüfung wasserrechtlicher Gestattungen zu berücksichtigen ist. Hierzu ist herauszustellen, dass der Klimawandel in dem in § 6 Abs. 1 Nr. 5 WHG neu geschaffenen allgemeinen Grundsatz der Gewässerbewirtschaftung ausdrückliche Erwähnung gefunden hat. Nach dieser Vorschrift sind Gewässer nachhaltig zu bewirtschaften, insbesondere mit dem Ziel, den *Folgen des Klimawandels vorzubeugen*. Vor diesem Hintergrund wird insbesondere im Hinblick auf die Genehmigung von Kohlekraftwerken jüngst pauschal die Auffassung vertreten, die Problematik des Klimawandels berechtige zur Versagung einer Erlaubnis bzw. Bewilligung für ein Kohlekraftwerk, da der Klimawandel nach dem neuen § 12 WHG nunmehr als schädliche Umweltveränderung bzw.

<sup>46</sup> BT-Drs. 16/12275, S. 66; BR-Drs. 280/09, S. 190; siehe auch Kotulla: NVwZ 2010, 79/81.

<sup>47</sup> BT-Drs. 16/12275, S. 55; BR-Drs. 280/09, S. 157; siehe auch Müggenborg/Hentschel: NJW 2010, 961/962.

<sup>48</sup> Vgl. BT-Drs. 16/12275, S. 55; BR-Drs. 280/09, S. 157.

zumindest im Rahmen des Bewirtschaftungsermessens einzustellen sei.<sup>49</sup> Dieses Ergebnis ist allerdings nicht überzeugend, da ihm bei näherer Betrachtung des Genehmigungstatbestandes die Grundlage fehlt:

### **Bewirtschaftungsermessens und Klimaschutzgrundsatz des § 6 Abs. 1 Nr. 5 WHG**

Das in diesem Zusammenhang angeführte und in § 12 Abs. 2 WHG nunmehr ausdrücklich geregelte Bewirtschaftungsermessens kann mit Blick auf die Vermeidung des Klimawandels nicht pauschal als Anknüpfungspunkt zur Versagung einer wasserrechtlichen Gestattung herangezogen werden. Das Bewirtschaftungsermessens bedeutet, dass auf die Erteilung einer wasserrechtlichen Erlaubnis bzw. Bewilligung auch bei Fehlen eines konkreten Versagungsgrundes kein Anspruch besteht. Vielmehr hat die Behörde für die Frage der Erteilung und Ausgestaltung einer wasserrechtlichen Zulassung einen Ermessensspielraum, den sie vor allem an der Zweckbestimmung des § 1 WHG, den allgemeinen wasserwirtschaftlichen Grundsätzen des § 6 WHG und dessen Konkretisierungen in den Bewirtschaftungszielen der §§ 27, 28, 44 und 47 WHG zu orientieren hat.<sup>50</sup> Von daher ist im Rahmen des Bewirtschaftungsermessens mit Blick auf das Thema Klimawandel vor allem der in § 6 Abs. 1 Nr. 5 WHG neu aufgenommene und die Klimawandelproblematik bereichsspezifisch regelnde Grundsatz der Gewässerbewirtschaftung von Bedeutung. Wie bereits aus dem Wortlaut des § 6 Abs. 1 Nr. 5 WHG<sup>51</sup> folgt, zielt dieser Grundsatz allerdings lediglich auf die Entwicklung von klimawandelbedingten Anpassungsstrategien im Umgang mit Umweltmedien und -ressourcen (*adaptation*), so dass Maßnahmen zur Vermeidung des Klimawandels (*mitigation*) nicht erfasst werden.<sup>52</sup> Die in den Gesetzesmaterialien zu § 6 Abs. 1 Nr. 5 WHG genannten Anpassungsmaßnahmen betreffen die Entwicklung der Wassertemperatur in den Gewässern, die Wasserführung (Niedrigwasserstände/Hochwasser), mögliche Wasserknappheiten und etwaige Notwendigkeiten zur Nutzung der erneuerbaren Energie Wasserkraft.<sup>53</sup> Von daher kann § 6 Abs. 1 Nr. 5 WHG bereits aufgrund seines Schutzzwecks nicht dafür herhalten, um z.B. bei der wasserrechtlichen Gestattung für Kohlekraftwerke im Rahmen des Bewirtschaftungsermessens nach § 12 Abs. 2 WHG Gesichtspunkte der Vermeidung des Klimawandels einzustellen.

### **Schädliche Gewässeränderungen i.S.v. § 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG**

Darüber hinaus scheidet in den hier in Rede stehenden Fällen auch § 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG als Basis für die Versagung einer wasserrechtlichen Gestattung

<sup>49</sup> Verheyen: ZUR 2010, 403/408; siehe zur Gesamtproblematik aktuell auch Ekardt/Steffenhagen: NuR 2010, 705 ff.

<sup>50</sup> Berendes: WHG, 2010, § 12 Rn. 9; Czychowski/Reinhardt: WHG, 2010, § 12 Rn. 33.

<sup>51</sup> Vorbeugung vor den *Folgen* des Klimawandels.

<sup>52</sup> BT-Drs. 16/13306, S. 2; Berendes: WHG, 2010, § 6 Rn. 8. Siehe auch Czychowski/Reinhardt: WHG, 2010, § 6 Rn. 45, der der Regelung lediglich *symbolhaften* Charakter zuspricht. Dasselbe wird auch hinsichtlich der in § 6 Abs. 1 Satz 2 WHG zusätzlich genannten *Erfordernisse des Klimaschutzes* angenommen. Ein Grund für diese doppelte Nennung des Klimaschutzes in § 6 WHG oder gar eine rechtlich greifbare Konsequenz sind *nicht erkennbar*; Czychowski/Reinhardt: WHG, 2010, § 6 Rn. 59.

<sup>53</sup> BT-Drs. 16/13306, S. 2.

grundsätzlich aus. Nach dieser Vorschrift kommt eine Versagung in Betracht, wenn als Folge der Gewässerbenutzung schädliche, auch durch Nebenbestimmungen nicht vermeidbare oder nicht ausgleichbare Gewässeränderungen<sup>54</sup> zu erwarten sind. Damit geht es um eine Regelung der Gefahrenabwehr und es muss nach allgemeiner Lebenserfahrung oder fachlich anerkannten Regeln eine hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehen, dass die in Rede stehende Gewässerbenutzung schädliche Gewässeränderungen zur Folge haben wird.<sup>55</sup> Auch wenn Industrieanlagen mit Blick auf die von ihnen ausgehenden anthropogenen Treibhausgasemissionen Auswirkungen auf den Klimawandel haben und dieser wiederum negative Folgen für Gewässer zeitigen kann, so lassen sich solche Ursachenzusammenhänge aufgrund des Klimawandels als Globalphänomen nicht auf einzelne Anlagen beziehen. Treibhausgasemissionen wirken makro- und nicht mikroklimatisch, d.h. sie haben unabhängig von ihrem Emissionsort prinzipiell den gleichen Effekt auf die Atmosphäre.<sup>56</sup> Da die Treibhausgase von zahllosen Klein- und Großemittenten freigesetzt werden, deren Emissionen ununterscheidbar miteinander vermischt werden, sich gegenseitig verändern und die Klimaveränderungen letztlich über einen hochkomplexen Naturprozess hervorrufen, lässt sich eine lineare Verursachungskette von einer bestimmten Emissionsquelle zu einem bestimmten Schaden im Regelfall nicht ausmachen.<sup>57</sup> Von daher wird in der wasserrechtlichen Literatur zu Recht darauf hingewiesen, dass es für den Klimaschutz durch Gewässerschutz bislang an hinreichend klaren naturwissenschaftlichen Erkenntnissen und Vorgaben fehlt, die konkrete und operationale rechtliche Schlussfolgerungen aufweisen.<sup>58</sup> Angesichts dessen wird sich bereits mangels Kausalitätsnachweises kaum argumentieren lassen, dass eine gewässerbenutzende Industrieanlage aufgrund ihrer Treibhausgasemissionen zum Klimawandel beiträgt und dies schädliche Gewässeränderungen i.S.v. § 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG zur Folge hat.

### **Einhaltung sonstiger öffentlich-rechtlicher Vorschriften i.S.v. § 12 Abs. 1 Nr. 2 WHG**

Darüber hinaus bietet auch § 12 Abs. 1 Nr. 2 WHG, wonach als Versagungsgrund nicht-wasserrechtliche Vorschriften in Betracht kommen, keine Grundlage, um zwecks Vermeidung des Klimawandels eine wasserrechtliche Gestattung für eine Industrieanlage zu verweigern. Wie oben unter Kapitel 1 dargelegt, sind

<sup>54</sup> Schädliche Gewässeränderungen sind nach § 3 Nr. 10 WHG *Veränderungen von Gewässereigenschaften, die das Wohl der Allgemeinheit, insbesondere die öffentliche Wasserversorgung, beeinträchtigen oder die nicht den Anforderungen entsprechen, die sich aus diesem Gesetz, aus auf Grund dieses Gesetzes erlassenen oder aus sonstigen wasserrechtlichen Vorschriften ergeben.*

<sup>55</sup> Czichowski/Reinhardt: WHG, 2010, § 12 Rn. 25; Knopp, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp: WHG, Stand 9/2007, § 6 Rn. 6.

<sup>56</sup> Würtenberger: ZUR 2009, 171/175.

<sup>57</sup> Vgl. Chatzinerantzis/Hertz: NJOZ 2010, 594/598; Würtenberger: ZUR 2009, 171/173; instruktiv auch US District Court for the Northern District of California, Oakland Div., Case No: 08-1138-SBA, Document 194, filed 09/30/09, p. 20 (*Kivalina*, abrufbar unter <http://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/california/candce/4:2008cv01138/200771/194/0.pdf>); a.A. Verheyen/Lührs: ZUR 2009, 129/136; Frank: NJOZ 2010, 2296/2297 ff.

<sup>58</sup> Czichowski/Reinhardt: WHG, 2010, § 6 Rn. 45.

auf Grundlage des § 12 Abs. 1 Nr. 2 WHG nur solche nicht-wasserrechtlichen Vorschriften zu prüfen, für die kein eigenständiges Genehmigungsverfahren besteht. Soweit es – wie z.B. bei Kohlekraftwerken – um immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen geht, besteht im BImSchG ein eigenständiges Genehmigungsverfahren, das die Anwendung immissionsschutzbezogener Vorgaben im Wasserrechtsverfahren ausschließt. Darüber hinaus unterfallen die für die Genehmigungspraxis bedeutsamsten Industrieanlagen dem auf Grundlage des Kyoto-Protokolls<sup>59</sup> eingerichteten System des Europäischen Emissionszertifikatehandels.<sup>60</sup> Dieses System stellt für die betreffenden Anlagen ein in sich geschlossenes Konzept zur Handhabung der Klimawandelproblematik auf, so dass weitergehende Anforderungen auch nicht im Rahmen eines wasserrechtlichen Gestattungsverfahrens gefordert werden können:

- Durch den in Deutschland vor allem im Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) geregelten Emissionshandel sollen CO<sub>2</sub>-Emissionen auf Grundlage des Prinzips des *cap & trade*<sup>61</sup> begrenzt werden. Dem Emissionshandel unterfallende Anlagen benötigen für die von ihnen ausgehenden Emissionen eine entsprechende Anzahl von CO<sub>2</sub>-Zertifikaten, wobei die Gesamtmissionsmenge staatlich begrenzt ist. Möchte ein Anlagenbetreiber mehr emittieren, muss er Zertifikate von anderen Marktteilnehmern erwerben, wohingegen derjenige, der Emissionen einspart, seine Zertifikate veräußern und dadurch zusätzliche Einnahmen erzielen kann. Anlagenbetreiber können damit wählen, ob sie ihren CO<sub>2</sub>-Ausstoß durch Investitionen in Technik vermindern oder weitere Berechtigungen erwerben wollen. Hierdurch entsteht ein ökonomisch und volkswirtschaftlich sinnvoller Anreiz, den Ausstoß schädlicher Klimagase dort zu senken, wo es am günstigsten ist. Damit ist der Emissionshandel insgesamt durch eine *bewirtschaftungsrechtliche Steuerung* gekennzeichnet, d.h. er überlässt den Schutz der Atmosphäre den marktwirtschaftlichen Kräften und der Staat beschränkt sich auf die Festlegung der jeweiligen Gesamtmissionsmenge, die Zuteilung der Zertifikate und die Aufsicht über den Markt.<sup>62</sup>
- Hinsichtlich der Klimaschutzanstrengungen von Betreibern immissionsschutzrechtlicher Anlagen hat sich der Gesetzgeber in § 5 Abs. 1 Satz 2 bis 4 BImSchG ausdrücklich auf das Emissionshandelssystem festgelegt und bestimmt, dass bei Anlagen, die dem TEHG unterfallen, keine technischen Maßnahmen verlangt werden dürfen, die primär auf die Vermeidung oder Verminderung von Treibhausgasemissionen gerichtet sind.<sup>63</sup> Die Regelungen

<sup>59</sup> Abrufbar unter <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>.

<sup>60</sup> Siehe hierzu die EU-Emissionshandels-Richtlinie 2003/87/EG v. 13. 10. 2003, ABIEU Nr. L 275 v. 25. 10. 2003, S. 32; zuletzt geändert durch Richtlinie 2008/101/EG v. 19. 11. 2008, ABIEU Nr. L 8 v. 13. 1. 2009, S. 3, und Richtlinie 2009/29/EG v. 23. 4. 2009, ABIEU Nr. L 140 v. 5. 6. 2009, S. 63; hierzu statt vieler Epiney: ZUR 2010, 236 ff.

<sup>61</sup> Hierzu statt vieler Ehrmann: ZUR 2006, 410/412; Appel: CCLR 2007, 139/141.

<sup>62</sup> Vgl. Dietlein, in: Landmann/Rohmer: Umweltrecht, Stand: 56, Ergänzungslieferung 2009, § 5 BImSchG, Rn. 102a, 154b.

<sup>63</sup> Sellner/Reidt/Ohms: Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 2006, Rn. 219; ferner Kotulla, in: Kotulla: BImSchG, 12/2009, § 5 Rn. 123a ff.; Dietlein, in: Landmann/Rohmer: Umweltrecht, 56, Ergänzungslieferung 2009, § 5 BImSchG, Rn. 154 a, b; Jarass: BImSchG, 2010, § 5 Rn. 68a, 104a; Adam/Hentschke/Kopp-Assemacher: Handbuch des Emissionshandelsrechts, 2006, S. 17; Würtenberger: ZUR 2009, 171/174 f.; Britz: UPR 2004, 55/60; Michaels/Holtwisch: NJW 2004, 2127/2131 f.; a.A. Kobes: NVwZ 2004, 513/515; kritisch auch Wolf: ZUR 2010, 244/248; Verheyen: ZUR 2010, 403/406.

haben zum Ziel, die bewirtschaftungsrechtliche Konzeption des Emissionshandels von den ordnungsrechtlichen Handlungsmöglichkeiten der Immissionsschutzbehörden freizuhalten und hierdurch die Effektivität des Emissionshandels zu gewährleisten.<sup>64</sup> Dieser Gedanke der Funktionssicherung des Emissionshandelssystems ist nicht nur im Hinblick auf das Verhältnis zum Immissionsschutzrecht von Bedeutung, sondern kann von seiner Zielstellung her bei dem TEHG unterfallenden Anlagen auch auf andere Rechtsbereiche übertragen werden. Hiermit ist der oben genannte Ansatz, im Rahmen der Prüfung der wasserrechtlichen Gestattungsvoraussetzungen für eine dem TEHG unterfallende Industrieanlage die Frage ihres Beitrags zum Klimawandel zum Genehmigungsmaßstab zu machen, nicht vereinbar. Andernfalls würden von Anlagenbetreibern Klimaschutzanstrengungen außerhalb des Emissionshandelssystems verlangt, was mit der gesetzlichen Systematik nicht in Einklang stünde.<sup>65</sup>

## 5. Fazit

Das neue WHG übernimmt in weiten Bereichen bisherige Vorschriften und führt insbesondere nicht zu grundlegenden Änderungen des Genehmigungsregimes für Industrieanlagen. Allerdings bestehen teilweise auch bedeutsame Neuregelungen:

- Soweit § 12 Abs. 1 Nr. 2 WHG erstmals ausdrücklich bestimmt, dass im Rahmen der wasserrechtlichen Gestattungsvoraussetzungen auch andere öffentlich-rechtliche Vorschriften als die des Wasserrechts zu prüfen sind, ist zwecks Vermeidung einer Ausuferung des Prüfungsaufwands eine maßvolle Anwendung geboten. So sind in diesem Zusammenhang nur solche nicht-wasserrechtlichen Vorschriften zu prüfen, die materiell-rechtlich zwingende Versagungsgründe enthalten. Auch ist in praktischer Hinsicht eine Abschichtung des Prüfprogramms geboten, indem die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften zum Teil bereits in anderen Verfahren abgearbeitet wird.
- Bundesrechtlich erstmals geregelt wurde das Institut der gehobenen Erlaubnis (§ 15 WHG), das eine im Vergleich zur einfachen Erlaubnis sicherere Rechtsstellung verleiht. Hiervon sollten Anlagenbetreiber in der Praxis zur Absicherung ihrer Gewässerbenutzungen soweit als möglich Gebrauch machen.

<sup>64</sup> Dietlein, in: Landmann/Rohmer: Umweltrecht, 56. Ergänzungslieferung 2009, § 5 BImSchG, Rn. 154 b; Württemberg: ZUR 2009, 171/174 f.

<sup>65</sup> Derselbe Einwand lässt sich im Übrigen auch gegen die *Datteln-Entscheidung* des OVG Münster vorbringen, bei der das Gericht im Rahmen der Bauleitplanung die Abschaltung bzw. Reduzierung dem TEHG unterfallender Kraftwerkskapazitäten zum Maßstab für die Einhaltung landesplanerischer Klimaschutzziele gemacht hat, vgl. OVG Münster, Urt. v. 3.9.2009 – 10 D 121/07.NE, NuR 2009, 801/803, 805. Zu Recht ablehnend daher Altenschmidt, in: Ehlers/Wolffgang/Schröder (Hrsg.): Energie und Klimawandel, 2010, S. 153/163; kritisch auch Frenz: WiVerw 2010, 75/81; a.A. Wolf: ZUR 2010, 244/248; Verheyen: ZUR 2010, 403/406.

- Neu aufgenommen wurde ferner der Benutzungstatbestand des Einbringens fester Stoffe ins Grundwasser (§ 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG), der zu einer erheblichen Fülle neuer Erlaubnisverfahren führen kann. Soll sich die diesbezügliche Rechtslage entsprechend der gesetzgeberischen Intention gegenüber dem WHG a.F. nicht verschärfen, so wird man die im unechten Benutzungstatbestand des § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG vorgesehenen Einschränkungen (dauernde bzw. nicht unerhebliche nachteilige Veränderung der Wasserbeschaffenheit) in die Ausnahmeregelung des § 49 Abs. 1 Satz 2 WHG mit hineinlesen müssen.
- Der in § 6 Abs. 1 Nr. 5 WHG neu aufgenommene Grundsatz der Gewässerbewirtschaftung dient der Vorbeugung vor den Folgen des Klimawandels und ist auf Anpassungsmaßnahmen (*adaptation*) gerichtet, nicht hingegen auf Vermeidungsmaßnahmen (*mitigation*). Von daher kann die Regelung bereits aufgrund ihres Schutzzwecks nicht dafür herhalten, um z.B. bei wasserrechtlichen Gestattungsverfahren für Kohlekraftwerke im Rahmen des Bewirtschaftungsermessens nach § 12 Abs. 2 WHG Gesichtspunkte der Vermeidung des Klimawandels einzustellen.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Immissionsschutz, Band 1**

– **Planung, Genehmigung und Betrieb von Anlagen** –

Karl J. Thomé-Kozmiensky, Michael Hoppenberg

– Neuruppin: TK Verlag Karl Thomé-Kozmiensky, 2010

ISBN 978-3-935317-59-7

ISBN 978-3-935317-59-7 TK Verlag Karl Thomé-Kozmiensky

Copyright: Professor Dr.-Ing. habil. Dr. h. c. Karl J. Thomé-Kozmiensky

Alle Rechte vorbehalten

Verlag: TK Verlag Karl Thomé-Kozmiensky • Neuruppin 2010

Redaktion und Lektorat: Professor Dr.-Ing. habil. Dr. h. c. Karl J. Thomé-Kozmiensky,

Dipl.-Ing. Ernst Thomé, Elisabeth Thomé-Kozmiensky, M.Sc. und Dr.-Ing. Stephanie Thiel

Erfassung und Layout: Nicole Bäker, Janin Burbott, Petra Dittmann, GINETTE Teske

Druck: Mediengruppe Universal Grafische Betriebe München GmbH, München

Foto auf dem Buchdeckel: Nicole Bäker, Molchow

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürfen.

Sollte in diesem Werk direkt oder indirekt auf Gesetze, Vorschriften oder Richtlinien, z.B. DIN, VDI, VDE, VGB Bezug genommen oder aus ihnen zitiert worden sein, so kann der Verlag keine Gewähr für Richtigkeit, Vollständigkeit oder Aktualität übernehmen. Es empfiehlt sich, gegebenenfalls für die eigenen Arbeiten die vollständigen Vorschriften oder Richtlinien in der jeweils gültigen Fassung hinzuzuziehen.