

Wasserrecht und Industrieanlagen

Michael Reinhardt

| | | |
|------|---|----|
| 1. | Anlagenbegriff und Wasserrecht..... | 47 |
| 1.1. | Anlage und wasserrechtliches Gestattungsregime | 47 |
| 1.2. | Wasserrechtliches Anlagenrecht und grundgesetzliche Kompetenzordnung | 49 |
| 2. | Materiell-rechtliche Determinanten wasserbehördlicher Zulassungsentscheidungen | 50 |
| 2.1. | Allgemeines..... | 50 |
| 2.2. | Besorgnisgrundsatz..... | 51 |
| 2.3. | Verschlechterungsverbot..... | 53 |
| 2.4. | Bewirtschaftungsermessen | 56 |
| 3. | Resümee | 58 |

In einer Zeit, in der das Wasserrecht gemeinhin als bloßes Synonym des öffentlichen Gewässerschutzrechts verstanden zu werden pflegt, mag der vom Veranstalter ausgewählte Titel des Referats *Wasserrecht und Industrieanlagen* wie die Zuspitzung eines Urkonflikts einander eigentlich unvereinbarer Sachverhalte und Interessenlagen anmuten. Ein Übriges leistet hierbei noch der Begriff der Industrieanlage, der kein Rechtsbegriff ist, sondern an den immissionsschutzrechtlichen Anlagenbegriff¹ anknüpfen, dann aber wohl im Sinne einer Akzentuierung zu erkennen geben will, dass man sich mit ebenfalls dem § 3 Abs. 5 BImSchG unterfallenden Petitesse wie Biergärten², Sportplätzen³ oder Kirchturmuhren⁴ nicht erst abgeben mag⁵. Auf diese Weise wird indes ein durchaus künstliches Szenario erzeugt, in dem es allein darum zu gehen scheint, (politisch) Stellung zu beziehen und Farbe zu bekennen, wobei mit Farbe vielfach nur holzschnittartig die Wahl zwischen *schwarz* oder *weiß* gemeint scheint. Dabei wird freilich mit Blick auf das Wasserrecht verkannt, dass sich dieses keineswegs in der Funktion erschöpft, die Gewässer als Bestandteil des Naturhaushalts, als Lebensgrundlage des Menschen und als Lebensraum für Tiere

¹ Siehe z.B. den Titel des immissionsschutzrechtlichen Standardwerks Sellner/Reidt/Ohms, Immissionsschutz und Industrieanlagen, 3. Auflage 2006.

² BVerwGE 108, 260, 263.

³ BVerwGE 81, 197, 199 f.

⁴ BVerwGE 90, 163, 165.

⁵ Rechtlich aussagefähig ist allein der Begriff der genehmigungsbedürftigen Anlage i. S. des § 4 Abs. 1 BImSchG.

und Pflanzen medial zu schützen, um sich so gewissermaßen zum natürlichen Feind der Industrieanlage aufzuschwingen. Diese Antinomie, die zudem aus den verschiedenen Lagern mit unterschiedlichen politischen Beweggründen und Zielsetzungen gepflegt und verschärft wird, findet freilich im positiven Recht keine zureichende Grundlage. Denn die neue programmatische Zielbestimmung des § 1 WHG, der die zuvor zitierten Formulierungen entnommen sind, erwähnt wenngleich an letzter Stelle ihrer Enumeration⁶ auch die Charakterisierung der Gewässer als nutzbares Gut und stellt damit nach wie vor den Bezug zu dem tradierten Regelungsansatz des Wasserrechts als Wasserwirtschaftsrecht her. Dem entspricht, dass die auch nach der jüngsten Neuregelung aufrecht erhaltene Bezeichnung als *Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts*⁷ (statt z.B. *Bundes-Gewässerschutzgesetz*) nicht nur in bloßer Fortführung überkommener Begrifflichkeiten sprachlich von den neueren Etikettierungen genuin medialer Schutzkodizes wie etwa des Bundes-Immissionsschutzgesetzes⁸ und des Bundes-Bodenschutzgesetzes⁹ abweicht, sondern auch in systematischer Hinsicht ein andersartiges Regelungsverständnis zum Ausdruck bringt, wenngleich dieses in der verbreiteten Wahrnehmung zunehmend in den Hintergrund geraten zu sein scheint.

Es ist daher zur Annäherung an die Thematik geboten, sich von der sachlichen Reduzierung des Wasserrechts als unselbständigen Bestandteil umweltverwaltungsrechtlicher Gesamtdarstellungen zu lösen. Die ökologische Vereinnahmung des Rechtsgebiets hat seit der Aufbauphase des deutschen und europäischen Umweltschutzrechts in den siebziger Jahren den Bewirtschaftungsansatz zunehmend zu überlagern, sachwidrig zu instrumentalisieren oder im Zuge der erfolglosen und mittlerweile eingestellten Bemühungen um die Integration des Wasserrechts in ein einheitliches Umweltgesetzbuch sogar völlig abzuschaffen versucht. Tatsächlich aber zielt das Wasserrecht nach wie vor auf eine staatlich verantwortete Ordnung der Inanspruchnahme der Gewässer durch den Menschen, die sachnotwendig (und daher zwangsläufig auch schon lange vor¹⁰ der modernen Ökologisierung des Wasserrechts infolge der Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie 2000/60/EG¹¹) auch den Schutz des behördlich bewirtschafteten Guts als Selbstverständlichkeit einschließt. Rechtssystematisch im Mittelpunkt steht dabei das üblicherweise, aber dennoch verkürzend bis unrichtig als unnötig unübersichtlich und verworren bezeichnete Gestattungsinstrumentarium des WHG mit seinen materiellen Verteilungs- und Schutzmaßstäben auf der Tatbestandsebene und dem wasserbehördlichen Entscheidungsspielraum auf der Rechtsfolgenreihe. Im Fokus des für Industrieanlagen erheblichen Wasserhaushaltsrechts stehen dabei in erster Linie der schon aus dem Jahre 1957 datierende Besorgnisgrundsatz (§§ 32, 45, 48 WHG), das aus der Wasserrahmenrichtlinie transformierte Verschlechterungsverbot (§§ 27, 44, 47 WHG)

⁶ Zur rechtlichen Irrelevanz der gesetzlichen Reihung siehe Czychowski/Reinhardt, Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar, 10. Auflage 2010, § 1 Rn. 3.

⁷ Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz – WHG) vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2585.

⁸ Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz – BImSchG) i. d. Fassung d. Bekanntmachung vom 26. September 2002, BGBl. I S. 3830.

⁹ Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten (Bundes-Bodenschutzgesetz – BBodSchG) vom 17. März 1998, BGBl. I S. 502.

¹⁰ Insbesondere beginnend mit dem 4. WHG-Änderungsgesetz vom 26. April 1976, BGBl. I S. 1109; siehe dazu auch Reinhardt, Vierzig Jahre Wasserhaushaltsgesetz, ZfW 2000, S. 1, 9 ff.; Riegel, Die neuen Vorschriften des Wasserhaushaltsgesetzes, NJW 1976, S. 783 ff.

¹¹ Richtlinie 2000/60/EG vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl. Nr. L 327, S. 1 (WRRL).

sowie schließlich das tradierte, aber erst unlängst positiv-rechtlich kodifizierte Bewirtschaftungsermessens (§ 12 Abs. 2 WHG). Diese zentralen wasserrechtlichen Vorgaben bereiten immer wieder den fruchtbaren Nährboden für mitunter heftig geführte Kontroversen um die Zulassung industrieller, gewerblicher oder sonstiger Anlagen und Vorhaben und bedürfen daher regelmäßig der vertieften Auseinandersetzung im einzelnen Fall. Im folgenden sollen die sich aus dem Wasserhaushaltsgesetz ergebenden Eckwerte für die rechtliche Beurteilung grundsätzlich vorgestellt und bewertet werden. Zuvor ist ein vorbereitender Blick auf den durchaus schillernden Anlagenbegriff im Wasserrecht zu werfen.

1. Anlagenbegriff und Wasserrecht

1.1. Anlage und wasserrechtliches Gestattungsregime

Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung ist der normative Anknüpfungspunkt der behördlichen Gestattungsentscheidung. Im Interesse möglichst frühzeitiger und damit effektiver Reaktion auf typische Gefahrenquellen bieten sich im besonderen Gefahrenabwehrrecht, zu denen auch das Wasser- und das öffentliche Umweltschutzrecht zu zählen sind, grundsätzlich die Bezugnahme auf das Verhalten einer Person oder auf den Zustand einer Sache (Anlage) an¹². Aus Gründen der Vereinfachung der staatlichen Kontrolle hat sich dabei in Deutschland ein überwiegend anlagenbezogener Überwachungsansatz durchgesetzt¹³, das sich bis zu den preußischen Bestimmungen über die gewerberechtliche Zulässigkeit von Dampfkesselanlagen aus dem Jahre 1869 zurückverfolgen lässt¹⁴.

Im Gegensatz zu diesem legislativen Modell, das sich strukturell im wesentlichen unverändert noch heute in den Regelungen vor allem des Immissionsschutzrechts wiederfindet, hat das Wasserrecht stets eine Ausnahmeposition eingenommen¹⁵. Zwar zielte auch dieses immer auch auf die Abwehr von Gefahren durch präventive behördliche Kontrollen, doch fehlten lange Zeit nennenswerte anlagenbezogene Regelungsansätze¹⁶. Vielmehr stand und steht bis heute das Bedürfnis nach einer geordneten, gemeinwohlorientierten Bewirtschaftung der Gewässer im Vordergrund¹⁷, die naturgemäß nicht resp. nicht vorrangig auf Errichtung oder Betrieb einer Anlage abstellt, sondern die Inanspruchnahme des Gewässers selbst in den Blick nimmt. Folgerichtig wurde als Anknüpfungspunkt der behördlichen Zulassungspflicht ein Verhalten als Benutzung eines Gewässers (§ 9 WHG) gewählt. Erst seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts wurden dann sukzessive einzelne genuin anlagenbezogene Genehmigungsvorbehalte in das Wasserhaushaltsgesetz aufgenommen, die indes systematisch betrachtet bis heute eher am Rande des wasserhaushaltsgesetzlichen Gestattungsregimes stehen, das primär gerade nicht auf Zustände, d.h. Anlagen, sondern auf Verhaltensweisen in der Form wasserrechtlicher Benutzungen i.S. des § 9 WHG oder des Gewässerausbaus i.S. des § 67 Abs. 2 WHG abstellt¹⁸. Mag diese Differenzierung zwischen

¹² Näher hierzu auch Reinhardt, Wasserbehördliche Zulassungsentscheidungen vor und nach der Föderalismusreform, VerwArch 100 (2009), S. 6, 7 f.

¹³ Ronellenfitsch, Biotechnologisches Anlagenrecht zwischen BImSchG und GenTG, UTR 66 (2003), S. 67, 75.

¹⁴ Siehe § 24 Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869, BGBl. des Norddt. Bd. S. 245

¹⁵ Siehe zur Entwicklung des Wasserrechts bis zum Wasserhaushaltsgesetz Nisipeanu, Tradition oder Fortentwicklung? Wasserrecht im UGB, NuR 2008, S. 87 ff.

¹⁶ Siehe aber auch schon §§ 91 bis 112 PrWG (Stauanlagen).

¹⁷ Statt anderer BVerfGE 58, 300, 338 ff. (Nassauskiesung).

¹⁸ Allgemein zum wasserrechtlichen Gestattungsregime Reinhardt, VerwArch 100 (2009), S. 6, 8 ff.

Anlage und Benutzung als normativer Anknüpfungspunkt der Gestattungspflicht dem unbefangenen Betrachter zunächst formalistisch, ja nachgerade willkürlich, historisch überlebt und letztlich womöglich auch inhaltlich wenig überzeugend erscheinen (eine Sichtweise, die im Zuge der Diskussion um das Umweltgesetzbuch vielfach gezielt genährt und propagiert worden war), ist sie doch in systematischer Hinsicht von hoher praktischer Bedeutung und bedarf somit der näheren Befassung.

Gänzlich ungeachtet der tatsächlichen Frage, ob der Unternehmer¹⁹ sich für die beabsichtigte Inanspruchnahme des Gewässers einer Anlage bedient oder nicht, bedarf er nach § 8 Abs. 1 WHG grundsätzlich der wasserbehördlichen Erlaubnis oder Bewilligung. Sind dabei keine schädlichen, auch durch Nebenbestimmungen nicht vermeidbare oder ausgleichbare Gewässerveränderungen zu erwarten und werden auch die maßgeblichen Anforderungen nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften erfüllt (§ 12 Abs. 1 WHG), so kann die Wasserbehörde nach Betätigung ihres Bewirtschaftungsermessens (§ 12 Abs. 2 WHG) die begehrte Zulassung erteilen. Entscheidend für die wasserrechtliche Zulassungsbedürftigkeit eines Vorhabens ist dabei der wasserhaushaltsgesetzliche Benutzungsbegriff, der insbesondere durch die Auffangklausel des § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG so ausgestaltet ist, dass grundsätzlich jeder die Quantität oder Qualität des Wassers berührende Sachverhalt eine wasserrechtliche Eröffnungskontrolle erforderlich werden lässt. Dass der Unternehmer möglicherweise daneben weitere Zulassungen nach anderen Rechtsvorschriften wie beispielsweise eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung nach den §§ 4 ff. BImSchG einzuholen hat, ist dabei aus wasserrechtlicher Sicht unerheblich. Denn die materielle Eigenständigkeit der wasserbehördlichen Entscheidung in solchen mehrteiligen Zulassungsverfahren wird durch spezielle Regelungen sichergestellt. So ordnet etwa § 19 WHG bei Planfeststellungen und bergrechtlichen Betriebsplanzulassungen an, dass die jeweils federführenden Behörden die Entscheidung im Einvernehmen²⁰ mit der zuständigen Wasserbehörde zu treffen haben; im Immissionsschutzrecht nimmt § 13 BImSchG die wasserrechtlichen Erlaubnisse und Bewilligungen ausdrücklich von der Konzentrationswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung aus²¹. Grund hierfür ist das verfassungsrechtlich gebotene Bewirtschaftungsermessen, auf das später zurückzukommen sein wird.

Soweit es zur Durchführung eines Vorhabens der Herstellung, Beseitigung oder wesentlichen Umgestaltung eines Gewässers und seiner Ufer (Gewässerausbau, § 67 Abs. 2 WHG) bedarf, tritt die wasserbehördliche Planfeststellung oder Plangenehmigung nach § 68 WHG an diese Stelle von Erlaubnis oder Bewilligung. Anknüpfungspunkt ist wiederum nicht die Anlage, sondern der Eingriff in das Gewässer.

Einen genuin anlagenbezogenen Ansatz verfolgen dagegen die speziellen wasserhaushaltsgesetzlichen Anforderungen an Stauanlagen (§ 34 WHG)²², Anlagen in, an über und unter oberirdischen Gewässern (§ 36 WHG)²³, Wassergewinnungsanlagen (§ 50 Abs. 4 WHG)²⁴,

¹⁹ Der tradierte Begriff wird im geltenden WHG aus nicht mitgeteilten Gründen nicht mehr verwendet, erscheint der Sache nach aber noch immer treffend.

²⁰ Siehe hierzu Czychowski/Reinhardt, WHG, § 19 Rn. 23 f.

²¹ Siehe näher Jarass, Bundes-Immissionsschutzgesetz, Kommentar, 8. Auflage 2010, § 13 Rn. 13.

²² Eingefügt durch Gesetz zur Neuregelung des Wasserrechts vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2585.

²³ Eingefügt durch Gesetz zur Neuregelung des Wasserrechts vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2585.

²⁴ Eingefügt durch Gesetz zur Neuregelung des Wasserrechts vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2585.

Abwasseranlagen (§§ 58 ff. WHG)²⁵, Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen (§§ 62 f. WHG)²⁶ oder die mittlerweile allein dem UVPG unterfallenden und daher aus dem WHG wieder entfernten Rohrleitungsanlagen²⁷. Diese enthalten teilweise auch anlagenbezogene Genehmigungsvorbehalte, über die im einzelnen Fall die Wasserbehörde wiederum nach pflichtgemäßem Ermessen entscheidet.

Auf diese Weise errichtet das Wasserhaushaltsgesetz ein eigenständiges, insgesamt dreigliedriges Zulassungssystem für Gewässerbenutzung (Erlaubnis und Bewilligung), Gewässerausbau (Planfeststellung und Plangenehmigung) und gewässerbezogene Anlagen (Genehmigung), dass in materiell-rechtlicher Hinsicht durch das Bewirtschaftungsprinzip und das Bewirtschaftungsermessen weitgehend einheitlich ausgestaltet ist.

1.2. Wasserrechtliches Anlagenrecht und grundgesetzliche Kompetenzordnung

Seit der Föderalismusreform 2006²⁸ eignet dem Anlagenbegriff im Wasserrecht eine zusätzliche verfassungsrechtliche Dimension, die an dieser Stelle der Vollständigkeit halber wenigstens exkursartig zu erwähnen ist. Nach Abschaffung der Rahmengesetzgebungsbefugnis für den Wasserhaushalt nach Art. 75 Abs. 1 Nr. 4 GG a. F. verfügt der Bund gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG über die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für diesen Titel. Die Länder können aber als Kompensation für ihre verlustig gegangenen Befugnisse zur Rahmenausfüllung nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG von den bundesrechtlichen Bestimmungen abweichen, solange nicht stoff- oder anlagenbezogene Regelungen betroffen sind²⁹. Hierin erblickte der verfassungsändernde Gesetzgeber Kernbereiche des Gewässerschutzes, die durch bundesweit einheitliche rechtliche Instrumentarien zu regeln sind³⁰. Die einfach-gesetzliche Umsetzung dieser Kompetenzlage im geltenden Wasserhaushaltsgesetz ist durch ein verfassungsrechtlich durchaus problematisches Vorgehen gekennzeichnet, mit dem der Bund auf dem Wege eines bisweilen höchst gewagten Jonglierens mit dem Anlagenbegriff die verfassungsrechtlich vorgegebene Kompetenzverteilung einfach-gesetzlich auszuformen sucht. So wird vielfach versucht, mit der Verwendung oder Vermeidung des Tatbestandsmerkmals der Anlage die Abweichungsbefugnis der Länder auszuschließen oder zu eröffnen. Exemplarisch sei auf den umstrittenen § 35 WHG aufmerksam gemacht³¹, der Wasserkraftnutzungen behandelt und deshalb der grundsätzlichen Abweichung durch Landesrecht zugänglich gemacht werden sollte³². Tatsächlich erscheint aber fragwürdig, ob die Nutzung der Wasserkraft ohne Zuhilfenahme einer Wasserkraftanlage überhaupt denkbar ist. Verfassungsrechtlich maßgeblich kann daher auch aus rechtsquellenhierarchischen Gründen nicht der Wortlaut des einfachen Gesetzes, sondern allein der materielle

²⁵ Eingefügt als §§ 18 b, 18 c WHG durch das 4. WHG-Änderungsgesetz vom 26. April 1976, BGBl. I S. 1109.

²⁶ Eingefügt als §§ 19 g bis 19 l WHG durch das 4. WHG-Änderungsgesetz vom 26. April 1976, BGBl. I S. 1109.

²⁷ Eingefügt als §§ 19 a bis 19 f WHG durch das 2. Gesetz zur Änderung des WHG vom 6. August 1964, BGBl. I S. 511.

²⁸ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006, BGBl. I S. 2034.

²⁹ Hierzu ausführlich Reinhardt, Gesetzgebungskompetenzen im Wasserrecht, Die Abweichungsgesetzgebung und das neue Wasserhaushaltsgesetz, AöR 135 (2010), S. 459 ff.

³⁰ BTags-Drucks. 16/813, S. 11; kritisch zur Abgrenzbarkeit H.-H. Munk, Das Wasserhaushaltsgesetz 2010, Strukturen Perspektiven, Konfliktfelder, in: Reinhardt (Hrsg.), Wasserwirtschaftsrechtstag 2010, 2010, S. 1, 3 f.

³¹ Näher Reinhardt, Neue wasserrechtliche Anforderungen an die Modernisierung von Wasserkraftanlagen, NVwZ 2011 (im Erscheinen).

³² So Berendes, Wasserhaushaltsgesetz, Kurzkommentar, 2010, § 35 Rn. 7.

Gehalt der jeweiligen bundesrechtlichen Regelung sein. Lässt sich das Problem angesichts der oftmals überraschend steuerungsarmen Ausgestaltung des neuen Bundesrechts vielfach mit einem Rekurs auf ein nur eingeschränktes Gebrauchsmachen i.S. des Art. 72 Abs. 1 GG mit der Folge des Rechts zu ergänzender (statt abweichender) Landesgesetzgebung umgehen, bleibt doch im Einzelfall kollidierender Anforderungen in Bund und Ländern darüber zu wachen, dass die Entscheidung über die Kompetenzordnung allein dem verfassungsgebenden Gesetzgeber i. S. des Art. 79 GG vorbehalten bleibt.

2. Materiell-rechtliche Determinanten wasserbehördlicher Zulassungsentscheidungen

2.1. Allgemeines

Dem Generalthema dieser Veranstaltung entsprechend sollen im folgenden Anlagen im Vordergrund stehen, die zunächst gemäß § 4 Abs. 1 BImSchG i. V. m. der 4. BImSchV einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bedürfen. *Industrieanlagen* in diesem Sinne bedürfen als solche grundsätzlich nicht der wasserrechtlichen Zulassung. Errichtung und Betrieb können aber, etwa durch Entnehmen von Brauchwasser aus dem Grundwasser, Entnahme und Wiedereinleitung von Kühlwasser, Einleitung von Abwasser o. dgl. in vielfacher Weise echte Benutzungstatbestände i.S. des § 9 Abs. 1 WHG erfüllen. Daneben unterliegen über den unechten Benutzungstatbestand des § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG allgemein alle Maßnahmen, die geeignet sind, dauernd oder in einem nicht nur unerheblichen Ausmaß nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit herbeizuführen, der wasserbehördlichen Vorabkontrolle. Beispielhaft zu erwähnen sind etwa Aufhaltungen von Produktionsrückständen, Bergematerial oder Bauschutt, Lagerungen oder Ablagerungen von industriellen Nebenprodukten, Reststoffen und Schlacken, sofern dadurch eine nicht nur ganz entfernte theoretische Möglichkeit der schädlichen Einwirkung auf ein Gewässer besteht³³. Nicht hingegen enthält der Auffangtatbestand ein verkapptes Benutzungsverbot³⁴. In diesen Fällen bedarf der Unternehmer einer eigenständigen wasserrechtlichen Erlaubnis oder Bewilligung³⁵, die wie gesehen nicht auf Grund der Konzentrationswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung entbehrlich wird, § 13 BImSchG.

Entscheidend ist, dass die sich im einzelnen Fall aus unterschiedlichen Regelungen ergebenden separaten Gestattungstatbestände nicht miteinander vermengt, sondern getrennt voneinander rechtlich geprüft werden. So stehen etwa abwasserrechtliche Schranken der Errichtung und dem Betrieb einer industriellen Anlage nicht per se entgegen, wenn die technische Möglichkeit besteht, einen Schadstoff statt über das Abwasser auch auf anderem Wege zu entsorgen. Dass hierdurch höhere Kosten entstehen, mag im praktischen Fall durchaus auch die Rentabilitätsfrage aufwerfen, ein wasserrechtliches Verbot einer Anlage liegt hierin in systematischer Hinsicht jedoch nicht.

§ 12 Abs. 1 WHG enthält die gesetzlichen Grundentscheidungen für Erteilung und Versagung einer wasserrechtlichen Erlaubnis oder Bewilligung³⁶. Durch seine differenzierte

³³ VGH Mannheim ZfW 1992, S. 355, 358.

³⁴ Salzwedel, Bodenschutz und Wasserrecht, Überschneidungsbereiche, insbesondere: Wasserschutzgebiete und Bodenbelastungsgebiete, in: Ministerium für Umwelt, Raumordnung und Landwirtschaft des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Grundfragen des Bodenschutzrechts, Umweltrechtstage 1992, 1992, S. 79, 80.

³⁵ Siehe aber den eingeschränkten Einsatzbereich der Bewilligung nach § 18 WHG.

³⁶ Berendes, WHG, § 12 Rn. 1; Czychowski/Reinhardt, WHG, § 12 Rn. 3.

implizite Verweisungstechnik (§ 12 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Nrn. 10, 7, 8, 9 WHG) errichtet er ein komplexes wasserrechtliches Prüfprogramm, das die Behörde bei der Zulassungsentcheidung abzuarbeiten hat. Erlaubnis und Bewilligung sind danach zu versagen, wenn die Benutzung schädliche Gewässeränderungen erwarten lässt, die nicht durch geeignete Nebenbestimmungen vermieden oder ausgeglichen werden können. Im übrigen steht der Behörde auch bei Erfüllen aller maßgeblichen Anforderungen des Gewässer- und Umweltschutzes ein Versagungsersuchen nach § 12 Abs. 2 WHG zu. Der hier nur begrenzt zu Verfügung stehende Raum lässt es dabei immerhin zu, nachfolgend die Strukturen der erfahrungsgemäß am häufigsten streitbefangenen materiellen Zulassungsvoraussetzungen des Besorgnisgrundsatzes (unten Kapitel 2.2.), des Verschlechterungsverbots (unten Kapitel 2.3.) und des Bewirtschaftungsersuchens (unten Kapitel 2.4.) namhaft zu machen und die rechtlichen Eckwerte ihrer Anwendung im einzelnen Fall zu skizzieren.

2.2. Besorgnisgrundsatz

Der wasserrechtliche Besorgnisgrundsatz hat die Funktion, die allgemeinen Grundsätze der Gewässerbewirtschaftung nach § 6 WHG insbesondere im Interesse der öffentlichen Wasserversorgung³⁷ und der ökologischen Gewässerfunktionen³⁸ zu verstärken³⁹. In seinen für die drei Gewässerarten des Wasserhaushaltsgesetzes⁴⁰ unterschiedlich ausgeprägten Erscheinungsformen (§§ 32 Abs. 2, 45 Abs. 2, 48 WHG) bildet er einen allgemeinen Maßstab für die Beurteilung, ob ein Zustand oder ein Verhalten mit Blick auf nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit gewässerschutzrechtlich zulässig sein kann. Dabei werden die verschiedenen Erscheinungsformen des Prinzips für Lagern, Ablagern, Einleiten und Einbringen für alle drei Gewässerarten von einem einheitlichen Besorgnisbegriff getragen. So suchte sich der Gesetzgeber des WHG 1957⁴¹ bewusst von den nach modernen Maßstäben als unzureichend empfundenen Schutzmechanismen der alten Landesrechte abzusetzen und einen vorgelagerten und umfassenden⁴² Gewässerschutz zu normieren. Als positiv-rechtlich konkretisierter Ausdruck des allgemeinen Vorsorgeprinzips⁴³ ermöglicht der wasserhaushaltsgesetzliche Besorgnisgrundsatz daher einen bereits im Vorfeld der ordnungsbehördlichen Gefahrenabwehr angesiedelten Gewässerschutz. Methodisch ist das Besorgnisprinzip als gesetzliches Grundsatzverbot⁴⁴ ausgestaltet, das nur dann eingreift, wenn eine nachteilige Veränderung der Wasserbeschaffenheit nicht zu besorgen ist. Damit operationalisieren die Vorschriften den rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für die wasserhaushaltsrechtliche Beurteilung eines tatbestandlichen Verhaltens im Einzelfall. Nicht hingegen enthalten sie ein absolutes Verbot des Lagerns, Ablagerns oder Einleitens, wie gelegentlich geglaubt oder behauptet wird. Auslegung und Anwendung des wasserhaushaltsgesetzlichen Besorgnisgrundsatzes liegt bis heute eine Grundsatzentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 1965 zugrunde⁴⁵.

³⁷ BVerfGE 58, 300, 344.

³⁸ VG Sigmaringen ZfW 1999, S. 127, 130.

³⁹ Czychowski/Reinhardt, WHG, § 48 Rn. 2.

⁴⁰ § 2 Abs. 1 Satz 1 WHG: oberirdische Gewässer, Küstengewässer, Grundwasser.

⁴¹ Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts vom 27. Juli 1957, BGBl. I S. 1110.

⁴² Entsprechende Regelungen enthalten die §§ 32, 45 WHG für oberirdische Gewässer und Küstengewässer.

⁴³ Siehe dazu allgemein Bender/Sparwasser/Voßkuhle, Umweltrecht, 5. Auflage 2003, § 2 Rn. 18 ff.; Kloepfer, Umweltrecht, 3. Auflage 2004, § 4 Rn. 8 ff.

⁴⁴ Salzwedel/Scherer-Leydecker, Wasserrecht, in: Hansmann/Sellner (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 3. Auflage 2007, Kap. 8 Rn. 284.

⁴⁵ BVerwG ZfW 1965, S. 113 ff.

Ausgehend von der vom Gesetzgeber bewusst gewählten negativen Formulierung im Nebensatz der Norm (*wenn ... nicht zu besorgen ist*) schließt der Senat, dass *eine gewisse Wahrscheinlichkeit geradezu ausgeräumt sein müsse*. Dieses Verständnis des wasserhaushaltsgesetzlichen Besorgnisgrundsatzes hat in der Folgezeit zu einer in Rechtsprechung und Schrifttum übereinstimmend strengen Handhabung geführt, die aber gleichwohl auf den Nachweis hinreichender Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts im Einzelfall nicht verzichten darf⁴⁶. Maßgeblich für die Beurteilung ist eine *ex-ante-Einschätzung*⁴⁷ der für die Wasserwirtschaft Verantwortlichen, die u.a. die hydrogeologische Beschaffenheit des Standorts, den Zustand des betroffenen Wasserkörpers und den Modus der Einleitung berücksichtigt. Dabei ist zugleich die Zielrichtung des öffentlichen Gewässerschutzes zu berücksichtigen. Die grundwasserschützenden Regelungen des Wasserhaushaltsgesetzes wie auch der Wasserrahmenrichtlinie betreffen also das Grundwasser nicht als solches, sondern allein in seiner Eigenschaft als Trink- und Brauchwasserreservoir⁴⁸ sowie in seiner Bedeutung für kommunizierende Landökosysteme und Feuchtgebiete⁴⁹. So besteht etwa keine Veranlassung, Grundwasserleiter, die wie beispielsweise salinares Tiefenwasser am natürlichen Wasserkreislauf nicht teilhaben, dem strengen Schutzregime des § 48 WHG zu unterwerfen.

Diese schutzzweckorientierte und verhältnismäßigkeitsrechtlich geprägte Sichtweise liegt im Ergebnis auch der einschlägigen bundesverwaltungsgerichtlichen Judikatur zu Grunde. Die Entscheidung zum Flughafen Berlin-Schönefeld⁵⁰ vermeidet zwar eine explizite Auseinandersetzung mit dem Besorgnisgrundsatz, obwohl die in Rede stehende Grundwasserabsenkung bei Einleiten entnommenen Grundwassers in andere Grundwasserkörper Anlass zu einer Erörterung gegeben hätte⁵¹. Allerdings bemüht das Gericht subsidiär den von ihm *seit jeher* weit verstandenen Begriff des Wohls der Allgemeinheit und eröffnet sich unterhalb der rechtlich zwingenden Grenzziehung durch die Erfordernisse der öffentlichen Trinkwasserversorgung⁵² einen weiten Spielraum pragmatisch geprägten Umgangs mit dem Wasserrecht, der bei vorbelasteten Wasserkörpern nicht nur eine Verlagerung der Belastung, sondern sogar eine Ausdehnung des Kontaminationsherds zulässt⁵³. Sie sind in der Sache getragen von einem einheitlichen wasserhaushaltsgesetzlichen Bewirtschaftungsverständnis, das den Besorgnisgrundsatz als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsatzes einschließt und in seiner Auslegung determiniert, ihn aber nicht als wohlfeilen Hebel einer reinen *Verhinderungs-Ökologie*⁵⁴ missdeutet und überdehnt.

⁴⁶ Siehe z.B. BVerwG ZfW 1971, S. 109, 112 und ZfW 1981, S. 87, 88 f.; VGH München ZfW 1998, S. 322, 324; Breuer, Öffentliches und privates Wasserrecht, 3. Auflage 2004, Rn. 237; Czychowski/Reinhardt, WHG, § 32 Rn. 39 und § 48 Rn. 26; Posser, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, § 32 WHG Rn. 37 und § 48 WHG Rn. 25 f.; jeweils mit weiteren Nachweisen.

⁴⁷ Pietzcker, Die Altlast, JuS 1986, S. 719, 720.

⁴⁸ Siehe auch Erwägungsgründe (1) und (2) der Richtlinie 2006/118/EG vom 12. Dezember 2006 zum Schutz des Grundwassers vor Verschmutzung und Verschlechterung, ABl. EU S. 19.

⁴⁹ Siehe dazu auch Rumm, Biologisches Monitoring im Grundwasser – eine Perspektive, in: Rumm/von Keitz/Schmalholz (Hrsg.), Handbuch der EU-Wasserrahmenrichtlinie, 2. Auflage 2006, S. 229 ff.

⁵⁰ BVerwGE 125, 116.

⁵¹ Zu den für einschlägig erachteten Benutzungstatbeständen siehe BVerwGE 125, 116, 287 (Rn. 469).

⁵² BVerwGE 125, 116, 291 (Rn. 478 ff.).

⁵³ BVerwGE 125, 116, 289 (Rn. 473).

⁵⁴ So zuspitzend in anderem Zusammenhang Breuer, Gewässerausbau und Wasserkraftnutzung – Auslegungsfragen des § 31 WHG und des ergänzenden Landesrechts, RdWEWi 29 (2001), S. 31, 34.

An dieser Stelle nur kurz erwähnt sei die anhaltende Kontroverse um die Kodifizierung des zur Konkretisierung des Besorgnisgrundsatzes im Grundwasserschutz seit den neunziger Jahren von der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Wasser (LAWA) entwickelten und von der Umweltministerkonferenz angenommenen Geringfügigkeitsschwellenkonzepts. Danach gilt das Besorgnisprinzip des § 48 WHG als eingehalten, wenn Schadstoffgehalt und Schadstoffmenge einer Einleitung normativ vorgegebene Werte nicht unterschreiten. Die als Vereinfachung gedachte Grundsatzfiktion, die eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im einzelnen Fall nicht zu unterbinden sucht, ist bislang bei der Neufassung sowohl des § 48 WHG als auch der Grundwasserverordnung 2010⁵⁵ gescheitert, da ein Konsens über die genaue Bestimmung der Grenzwerte und die praktische Tragweite der Fiktion nicht gefunden werden konnte⁵⁶. Gegenwärtig befindet sich eine Änderungsverordnung im Entwurfsstadium⁵⁷, die den erneuten Versuch einer Kodifizierung unternimmt, über deren Erfolgsaussichten derzeit aber keine zuverlässige Prognose möglich erscheint.

2.3. Verschlechterungsverbot

Das Verschlechterungsverbot, das im Wasserhaushaltsgesetz ebenfalls für jede Gewässerart separat geregelt ist (§§ 27, 44, 47 WHG), ist Bestandteil eines von der Wasserrahmenrichtlinie vorgegebenen iterativen Systems zur Erreichung eines guten Zustands aller Gewässer in der Europäischen Union idealiter bis zum 22. Dezember 2015⁵⁸. Ausgehend vom jeweils vorgefundenen Gewässerzustand soll der Status quo nicht mehr unterschritten (Verschlechterungsverbot) und solange verbessert (Verbesserungsgebot) werden, bis der angestrebte Zustand erreicht ist. So schlicht sich das Grundmodell erklärt, wirft es doch in der praktischen Anwendung einige Schwierigkeiten auf.

So ist etwa schon der Begriff der Verschlechterung selbst umstritten. Teilweise wird vertreten, dass eine Verschlechterung nur dann vorliegt, wenn eine Beeinträchtigung des Gewässers dazu führt, dass dessen Zustand von einer der in Anhang V WRRL vorgezeichneten Zustandskategorie in eine niedrigere Kategorie absinkt; tatsächliche Verschlechterungen, die sich hingegen innerhalb einer Zustandskategorie halten, sollen dagegen vom Verbot nicht erfasst werden⁵⁹. Hiergegen spricht allerdings, dass auf diese Weise dem System der sukzessiven Annäherung an den guten Zustand unnötige und mit dem Regelungskonzept der Wasserrahmenrichtlinie nicht zu vereinbare Hemmnisse bereitet werden. Insbesondere verfehlt das Verschlechterungsverbot bei Zugrundelegung des zustandsklassenbezogenen Verständnisses in unteren Zustandskategorien seine gesetzliche Funktion vollständig, indem es das gebotene Aufsteigen in die nächsthöhere Kategorie verhindert⁶⁰. Erst recht gilt dies,

⁵⁵ Verordnung zum Schutz des Grundwassers (Grundwasserverordnung – GrwV) vom 9. November 2010, BGBl. I S. 1513.

⁵⁶ Siehe dazu Berendes, WHG, § 48 Rn. 7; Czychowski/Reinhardt, WHG, § 48 Rn. 1, Salzwedel/Schwetzel, Die europäische Grundwasserrichtlinie und der deutsche Sonderweg bei der Grundwasservorsorge, NuR 2009, S. 760 ff.

⁵⁷ Siehe dazu den Arbeitsentwurf des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit für eine Verordnung zur Festlegung von Anforderungen für das Einbringen und das Einleiten von Stoffen in das Grundwasser, an den Einbau von Ersatzbaustoffen und für die Verwendung von Boden und bodenähnlichem Material (Stand: 6. Januar 2011).

⁵⁸ Siehe aber die Verlängerungsoptionen des § 29 WHG.

⁵⁹ Siehe z.B. Elgeti/Hurck/Fries, Das Verschlechterungsverbot nach der Europäischen Wasserrahmenrichtlinie, KA 2006, S. 134 f.; Füßler/Lau, Das wasserrahmenrechtliche Verschlechterungsverbot und Verbesserungsgebot, NdsVBl. 2008, S. 193, 196 f.

⁶⁰ So auch Eckardt/Weyland/Schenderlein, Verschlechterungsverbot zwischen WRRL, neuem WHG und scheidendem UGB, NuR 2009, S. 388, 393.

wenn wie im Fall des chemischen Grundwasserzustands ohnehin nur zwei Zustandsklassen (*gut, nicht gut*) bestehen und so ein klassenbezogenes Verständnis letztlich in Stillstand zu münden droht⁶¹. Zudem hat der Bundesgesetzgeber in Kenntnis dieser juristischen Kontroverse bei der Neuregelung des Wasserrechts⁶² auf eine ausdrückliche *klarstellende* Erwähnung der Zustandsklassen verzichtet und so den schon im Gesetzeswortlaut angelegten klassenunabhängigen Verschlechterungsbegriff aufrechterhalten⁶³. Richtigerweise ist daher eine Verschlechterung schon bei grundsätzlich jeder gesteigerten tatsächlichen Beeinträchtigung des absoluten Gewässerzustands anzunehmen, auch wenn dabei die Grenzen der Zustandskategorien nicht überschritten werden. Etwas anderes gilt nur unterhalb einer durch den rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vorgezeichneten, allerdings quantitativ nicht fixierten und daher für den Einzelfall zu ermittelnden Bagatellschwelle⁶⁴, die auch unter Berücksichtigung des Besorgnisgrundsatzes zu ermitteln ist.

Im Verhältnis zwischen dem transformierten Verschlechterungsverbot und dem tradierten Besorgnisgrundsatz gilt nämlich, dass letzterer den allgemeinen Bewirtschaftungszielen und damit dem Verschlechterungsverbot grundsätzlich vorgeht⁶⁵. Denn der europäische Gewässerschutz verfolgt eine über mehrere Jahre gestreckte Politik der sukzessiven Verbesserung des Gewässerzustands im ganzen, während das traditionelle wasserhaushaltsgesetzliche Bewirtschaftungskonzept primär auf eine planerische Steuerung der wasserbehördlichen Einzelfallentscheidungen ausgerichtet ist. Dies gilt, obwohl die gesetzlichen Bewirtschaftungsziele durch Ausformung der durch umgesetzte Richtlinien vorgegebenen Qualitätsnormen eindeutig quantifiziert und damit unmittelbar rechtsverbindliche Anforderungen für normative Schadstofflisten bestimmt sind. Auch der Besorgnisgrundsatz begründet ein unmittelbar von Gesetzes wegen geltendes allgemeines Verbot. Damit gewährleistet er einen weitreichenden stoffunabhängigen Gewässerschutz, der zugleich – anders als starre Grenzwertfestsetzungen – über die rechtsstaatlich gebotene Offenheit verfügt, um je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls den Anforderungen des Übermaßverbots entsprechen zu können⁶⁶. Auch wenn das Verschlechterungsverbot durch ausdrückliche Grenzwerte für

⁶¹ Ebenso Köck, in: Köck/Hofmann/Möckel, Verringerung der Salzbelastung in der Flußgebietseinheit Weser, 2011, S. 42 f.

⁶² Gesetz vom 31. 7. 2009, BGBl. I S. 2585.

⁶³ Berendes, WHG, § 27 Rn. 8.

⁶⁴ So auch Czychowski/Reinhardt, WHG, § 27 Rn. 14; Ekardt/Weyland/Schenderlein, Verschlechterungsverbot zwischen WRRL, neuem WHG und scheiterndem UGB, NuR 2009, S. 388, 392 f.; Gellermann, DVBl. 2007, S. 1517, 1519 f.; Söhnlein, Das Verschlechterungsverbot der §§ 25 a I Nr. 1, 25 b I Nr. 1 WHG in der Planfeststellung, NVwZ 2006, S. 1139, 1140; siehe auch VGH München, ZfW 2007, S. 46, 50 f., der sich ebenfalls dem Begriff des Verschlechterungsverbots nähert, ohne dabei auf die Zustandskategorien abzustellen; ausführlich Wabnitz, Das Verschlechterungsverbot für Oberflächengewässer und Grundwasser, 2010, mit umfassender und überzeugender Aufarbeitung der Problematik; differenzierend, aber ebenso nicht die Änderung einer Zustandsklasse fordernd Ginzky, Ausnahmen zu den Bewirtschaftungszielen im Wasserrecht, ZUR 2005, S. 515, 520; ders., Das Verschlechterungsverbot nach der Wasserrahmenrichtlinie, NuR 2008, S. 147, 150 ff.

⁶⁵ Czychowski/Reinhardt, WHG, § 47 Rn. 4; Knopp, Die Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie im deutschen Wasserrecht, ZUR 2001, S. 368, 374; ders., Die Umsetzung der EG-Wasserrahmenrichtlinie aus der Sicht der Länder, ZfW 2003, S. 1, 9; Reinhardt, Die Bewirtschaftung des Grundwassers, in: Reinhardt (Hrsg.), Das WHG 2010 – Weichenstellung oder Interimslösung?, Trierer Wasserwirtschaftsrechtstag 2010, 2010, S. 79, 88 f.; abw. Kotulla, Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar, 2003, § 34 Rn. 3 unter Verweis auf ebd. § 26 Rn. 3; differenzierend Rechenberg, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, Vorbem. zu § 47 WHG.

⁶⁶ Siehe OVG Münster ZfW 1983, S. 117, 120 f.; Czychowski/Reinhardt, WHG, § 32 Rn. 40; Knopp, Die neue Grundwasserverordnung – ein Zwischenschritt zur Ausgestaltung des flächendeckenden Grundwasserschutzes in der Europäischen Gemeinschaft, ZfW 1997, S. 205, 211; Kolkmann, Die EG-Grundwasserrichtlinie, 1990, S. 227.

bestimmte Stoffe der Oberflächengewässerverordnung⁶⁷ oder der Grundwasserverordnung präzisiert wird, bleibt es doch als immissionsgerichtete Regelung auf die Bewirtschaftung des Grundwasserkörpers zur Erreichung des guten Zustands als solches bezogen, während der Besorgnisgrundsatz konkrete Anweisungen für die behördliche Erlaubniserteilung oder das Lagern oder Ablagern von Stoffen im einzelnen Fall enthält.

Im Wirkungskreis der Bewirtschaftungsziele und des Verschlechterungsverbots bei oberirdischen Gewässern eskaliert gegenwärtig eine rechtliche Kontroverse, die zu einem wasserrechtlichen Verbot der Kohlekraftnutzung dramatisiert wird⁶⁸ und auf die an dieser Stelle wenigstens kurz hingewiesen werden soll. Hintergrund ist die Regelung des Art. 4 Abs. 1 lit. a. iv. WRRL, die die Mitgliedstaaten verpflichtet, Einleitungen, Emissionen, Verluste oder prioritär gefährlicher Stoffe zu beenden oder schrittweise einzustellen; Ausnahmen oder Fristverlängerungen wie bei der Erreichung der Bewirtschaftungsziele im übrigen gewährt die Wasserrahmenrichtlinie dabei nicht. Da nach Anhang II Nr. 21 der Richtlinie 2008/105/EG⁶⁹, der den ursprünglich inhaltlich noch nicht ausgeführten Anhang X der Wasserrahmenrichtlinie nachträgt, Quecksilber europarechtlich als prioritär gefährlicher Stoff festgelegt wird, plädieren einige Autoren für ein sofort geltendes Verbot der Genehmigung von Kohlekraftwerken. Andere Stimmen stellen dagegen das so genannte Phasing Out grundsätzlich in Frage. Beide Extrempositionen erscheinen durch ihr offenkundig stark ergebnisorientiertes und tendenziell ideologisches begründetes Herangehen, das die Wasserrahmenrichtlinie entweder als willkommenes Vehikel zum sofortigen Ausstieg aus der klimaschädlichen Energiegewinnung aus fossilen Brennstoffen zu instrumentalisieren oder als letalen Angriff auf Energiewirtschaft und Energieversorgung in Europa zu umgehen suchen, überprüfungsbedürftig. Denn sie scheinen auf der Grundlage einer Momentaufnahme des geltenden Rechts Weichenstellungen späterer Jahrzehnte vorwegnehmen oder aber frühere Versäumnisse bei der Mitwirkung beteiligter Kreise im europäischen Rechtssetzungsprozess in der Vergangenheit nachholen zu wollen. So geht es rechtlich nicht, wie nahegelegt wird, um die nach Immissionsschutzrecht zu beurteilende Genehmigungsfähigkeit eines Kraftwerks, sondern allein um die dem Wasserrecht unterliegende Einleitung quecksilberhaltigen Abwassers in ein Gewässer. Diese ist bis zum Zeitpunkt der europarechtlich vorgegebenen Einstellung des Eintrags prioritär gefährlicher Stoffe⁷⁰ im Rahmen der geltenden Grenzwerte auch weiterhin zulässig, so dass für entsprechende Benutzungen gegenwärtig kein zwingender Versagungsgrund i.S. des § 12 Abs. 1 WHG und erst recht

⁶⁷ Verordnung zum Schutz der Oberflächengewässer (Oberflächengewässerverordnung – OGewV) vom 20. Juli 2011, BGBl. I. S. 1429.

⁶⁸ Siehe dazu z.B. Durner/Trillmich, Ausstieg aus der Kohlenutzung kraft europäischen Wasserrechts?, DVBl. 2011, S. 517 ff.; Ekaradt/Steffenhagen, Kohlekraftwerkbau, wasserrechtliche Bewirtschaftungsziele und das Klimaschutzrecht, NuR 2010, S. 705 ff.; Köck/Möckel, Quecksilberbelastungen von Gewässern durch Kohlekraftwerke – Auswirkungen auf die Genehmigungsfähigkeit, NVwZ 2010, S. 1390 ff.; Reidt/Schiller, Quecksilbereinträge in oberirdische Gewässer durch Kohlekraftwerke, NuR 2011 (im Erscheinen); Riese/Dieckmann, Verbot der Einleitung von Industrieabwässern? Die Reichweite der phasing-out-Verpflichtung der Wasserrahmenrichtlinie, UPR 2011, S. 212 ff.; Spieth/Ipsen, Verboten die Wasserrahmenrichtlinie den Bau von Kohlekraftwerken?, NVwZ 2011, S. 536 ff.; Verheyen, Die Bedeutung des Klimaschutzes bei der Genehmigung von Kohlekraftwerken und bei der Zulassung des Kohleabbaus, ZUR 2010, S. 403 ff.; Wolf, Die Genehmigung von Kohlekraftwerken im Zeichen der Europäisierung des Rechtsrahmens, NuR 2010, S. 244 ff.

⁶⁹ Richtlinie 2008/105/EG vom 16. Dezember 2008 über Umweltqualitätsnormen im Bereich der Wasserpolitik und zur Änderung und anschließender Aufhebung der Richtlinien 82/176/EWG, 83/513/EWG, 84/156/EWG, 84/491/EWG und 86/280/EWG sowie zur Änderung der Richtlinie 2000/60/EG, ABl. EU Nr. L 348, S. 84.

⁷⁰ Spätestens zum 16. Dezember 2028, siehe Ginzky, Die Pflicht zur Minderung von Schadstoffeinträgen in Oberflächengewässer, ZUR 2009, S. 242, 246; a. A. Durner/Trillmich, DVBl. 2011, S. 517, 521 ff.

keine Veranlassung zum sofortigen Ausstieg aus der Kohlekraftnutzung vorliegt. Sodann fällt auf, dass den naturwissenschaftlich-technischen Grundlagen der rechtlichen Diskussion überraschend wenig Aufmerksamkeit geschenkt wird, indem überwiegend die Ableitung von Quecksilber in die Gewässer als jetzt und künftig unumgängliche Begleiterscheinung der Kohlekraftnutzung unterstellt wird, um diese so unmittelbar dem Joch der wasserrechtlichen Qualitätsziele zu unterwerfen⁷¹. Ungeachtet der intensiv geführten fachlichen Diskussion um *saubere Kohlekraftwerke*⁷² wird dabei allerdings auch übersehen, dass sich unionsrechtliche Zielvorgaben nicht selten als Impulsgebung für technische Entwicklungen und Innovationen verstehen, die bei erkennbarer oder absehbarer Zielverfehlung später auch korrigiert und nachjustiert werden können oder müssen. Nicht umsonst sieht Art. 16 Abs. 6 WRRL einen nach europäischen Maßstäben des Investitionsschutzes nicht nur unerheblichen Zeitraum von zwanzig Jahren⁷³ zur Umsetzung des Phasing Out prioritärer gefährlicher Stoffe vor. Vor diesem Hintergrund erscheint die zu verzeichnende interessegeleitete Aufgeregtheit im juristischen Schrifttum, die auch vor durchaus waghalsigen juristischen Argumentationen nicht zurückscheut, nicht gerechtfertigt. Ist absehbar, dass bis zum Termin des Phasing Out die notwendige Nutzung der Kohlekraft ohne Einleitung prioritär gefährlicher Stoffe in die Gewässer naturwissenschaftlich-technisch nicht realisiert werden kann, so bedarf es der rechtzeitigen Korrektur der insoweit eindeutigen rechtlichen Vorgaben durch den europäischen Gesetzgeber. Der Versuch, auf hermeneutischem Wege contra legem nachzuholen, was die *beteiligten Kreise* bei Schaffung der entsprechenden Regelungen mehrfach fahrlässig verabsäumt hatten, überzeugt dagegen ebenso wenig wie die Instrumentalisierung der Vorschriften als energiepolitische Waffe zur Durchsetzung eines sofortigen Ausstiegs aus der Nutzung fossiler Brennstoffe. Über das Schicksal der Kohlekraft in Europa jedenfalls ist heute keineswegs, und erst recht nicht aus wasserrechtlichen Gründen, abschließend geurteilt – nicht nur aus dem Grunde, dass weitreichende energiepolitische Entscheidungen bisweilen auch in atemberaubenden Volten getroffen werden können.

2.4. Bewirtschaftungsermessen

Den weitesten Spielraum und damit die größte praktische Unwägbarkeit wasserrechtlicher Entscheidungen im Umfeld der Zulassung von Industrieanlagen enthält das wasserbehördliche Bewirtschaftungsermessen nach § 12 Abs. 1 WHG. Denn anders als im Immissionsschutzrecht, das an die Errichtung und den Betrieb einer Anlage und damit an die Ausübung der grundrechtlich gewährleisteten Wirtschaftsfreiheiten der Art. 12, 14, 2 Abs. 1 GG⁷⁴ anknüpft, steht im Wasserrecht nicht die grundsätzlich freie wirtschaftliche Betätigung, sondern das bewirtschaftete Gut im Vordergrund des gesetzlichen Gestattungsregimes. Aus diesem Grund ist die wasserrechtliche Erlaubnis nicht wie die

⁷¹ Siehe Reidt/Schiller, NuR 2011 (im Erscheinen), die immerhin auf das BVT-Merkblatt für Großfeuerungsanlagen (Stand: Juli 2006) hinweisen.

⁷² Die Diskussion fokussiert sich derzeit im Wesentlichen auf den Kohlendioxidausstoß; zu den Perspektiven der weiteren Quecksilberreduzierung siehe z.B. Riese/Dieckmann, UPR 2011, S. 212, 213 f., ebenfalls unter Hinweis auf das BVT-Merkblatt 2006.

⁷³ Nach Art. 11 Abs. 3 lit. j. WRRL sind wasserrechtliche Genehmigungen regelmäßig, d. h. in dem aus Art. 11 Abs. 6 WRRL folgenden Sechsjahresrhythmus zu überprüfen und zu aktualisieren.

⁷⁴ Siehe dazu statt anderer Ruthig, in: Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage 2008, § 2 Rn. 108 ff.; Schmidt, in: Schmidt/Vollmöller (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Auflage 2007, § 2 Rn. 34 ff.; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage 2010, § 3 Rn. 16 ff.; jeweils mit weiteren Nachweisen.

immissionsschutzrechtliche Genehmigung als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt⁷⁵, sondern als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt⁷⁶ ausgestaltet⁷⁷. Auch bei Fehlen zwingender Versagungsgründe i.S. des § 12 Abs. 1 WHG besteht daher kein Rechtsanspruch auf die Erteilung, vielmehr kann der Antragsteller lediglich die pflichtgemäße Betätigung des wasserbehördlichen Bewirtschaftungsermessens nach § 12 Abs. 2 WHG verlangen. Bei dieser Unterscheidung handelt es sich im übrigen nicht um eine freie gesetzgeberische Entscheidung, die auch im Sinne einer gebundenen Entscheidung hätte ausfallen können⁷⁸, sondern um eine verfassungsrechtlich zwingend vorgegebene Struktur⁷⁹, die folgerichtig auch auf die wasserhaushaltsgesetzlichen Anlagengenehmigungen durchschlägt und deren Erteilung grundsätzlich vom behördlichen Ermessen abhängig macht. In der Nassauskiesungsentscheidung hat das Bundesverfassungsgericht unter Bezugnahme auf den rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz darauf hingewiesen, dass ein *präventives Erlaubnisverfahren mit Verbotsvorbehalt nicht ausreichen (würde), um eine geordnete Wasserwirtschaft zu gewährleisten. (...) Bei einem knappen Gut, das wie kaum ein anderes für die Allgemeinheit von lebenswichtiger Bedeutung ist, wäre eine solche Regelung unvertretbar*⁸⁰.

Hieraus folgt indes kein willküröffenes Recht der Wasserbehörde, die Nutzung der Gewässer nach Belieben zu unterbinden. Vielmehr ist das nach den §§ 40 VwVfG, 114 VwGO nur eingeschränkt justitiable Bewirtschaftungsermessens heute stärker denn je normativ gesteuert und begrenzt. Insbesondere der allgemeine gesetzliche Grundsatzekatalog des § 6 Abs. 1 WHG und die konkreten gewässerbezogenen Maßnahmenprogramme nach § 82 WHG⁸¹ steuern die Wasserbehörde in ihrer Abwägung im Konflikt zwischen dem Interesse am Schutz der betroffenen Gewässer einerseits und dem Interesse an ihrer wirtschaftlichen Nutzung andererseits⁸². Die Wasserbehörde hat damit die Aufgabe zu beurteilen, ob die mit der beantragten Benutzung verbundene Belastung des Gewässerhaushalts angesichts der Bedeutung des Vorhabens für die Allgemeinheit im konkreten Fall hingenommen werden kann. Dabei sind auch die subjektiven Rechtspositionen des Unternehmers⁸³ und die Interessen der von der Entscheidung betroffenen Allgemeinheit abwägend einzubeziehen⁸⁴.

⁷⁵ BVerwGE 97, 143, 148; Jarass, BImSchG, § 6 Rn. 43.

⁷⁶ BVerfGE 93, 319, 339; BVerwGE 78, 40, 44 f.; Czychowski/Reinhardt, WHG, § 8 Rn. 3, § 12 Rn. 33.

⁷⁷ Zu den verschiedenen Konstrukten siehe nur Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage 2009, § 9 Rn. 51 ff.

⁷⁸ So aber Kotulla, Das novellierte Wasserhaushaltsgesetz, NVwZ 2010, S. 79, 82.

⁷⁹ BVerfGE 58, 300, 346 f.; Breuer, Entwicklungen des europäischen Umweltrechts, Ziele Wege und Irrwege, 1993, S. 10; Czychowski/Reinhardt, WHG, § 8 Rn. 5; Reinhardt, ZfW 2000, S. 1, 5; Salzwedel, Zur Reichweite des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Juli 1981 für die wasserrechtliche Praxis, ZfW 1983, S. 13, 15.

⁸⁰ BVerfGE 58, 300, 347.

⁸¹ Näher Hasche, Das zweistufige Bewirtschaftungsermessens im Wasserrecht, ZfW 2004, S. 144 ff.

⁸² Siehe exemplarisch Salzwedel/Scherer-Leydecker, Wasserrecht, in: Hansmann/Sellner (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, Kap. 8 Rn. 30.

⁸³ Zur Bedeutung der Grundrechte im Rahmen behördlicher Ermessensentscheidungen siehe z.B. Brohm, Ermessen und Beurteilungsspielraum im Grundrechtsbereich, JZ 1995, S. 369 ff.; Di Fabio, Die Ermessensreduzierung, VerwArch 86 (1995), S. 214, 226 f.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 23.

⁸⁴ Reinhardt, Das wasserhaushaltsgesetzliche System der Eröffnungskontrollen unter besonderer Berücksichtigung bergrechtlicher Sachverhaltsgestaltungen, NuR 1999, S. 134, 138; Salzwedel, Beurteilungsspielraum und Ermessen bei der Entscheidung über Bewilligungen und Erlaubnisse, RdWWi 15, S. 35, 50.

Hierdurch wird verhindert, dass die Betätigung des Bewirtschaftungsermessens zum rechtlich unkontrollierten Vetorecht wird, das in letzter Verantwortung dem jeweiligen Landesumweltminister als oberster Wasserbehörde oder im politischen Konfliktfall gar dem Ministerpräsidenten in Ausübung seiner verfassungsrechtlichen Richtlinienkompetenz zukommt⁸⁵. Namentlich weckt das Institut des Bewirtschaftungsermessens häufig dann, wenn ein Unternehmen zur Durchführung eines zumal gesellschaftspolitisch breit und kontrovers wahrgenommenen Vorhabens (u.a.) auch auf eine ermessensabhängige wasserrechtliche Zulassung angewiesen ist, die Begehrlichkeit, dieses Konstrukt zur vollständigen Unterbindung des Gesamtvorhabens zu instrumentalisieren. Insbesondere in zeitlich gestreckten oder verfahrensrechtlich gestuften Zulassungsverfahren steht es dem Bewirtschaftungsermessens indes nicht zu Gebote, in Verfolgung einer neuen Umweltpolitik nach der Landtagswahl eine mit den rechtlichen Bindungen des exekutiven Ermessens nicht zu vereinbarende Halse zu vollführen. Exemplarisch sei auf die Zulassung des Braunkohlitagebaus *Garzweiler II* gegen Ende der neunziger Jahre, aber auch auf den aktuellen Fall des Bahnhofsbaus *Stuttgart 21* hingewiesen. Im letzteren Fall nimmt ein durch das baden-württembergische Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten⁸⁶ einen weiten wasserrechtlichen Ermessensspielraum bei der Entscheidung über die von der Deutschen Bahn beantragten Grundwasserbenutzungen an, der nach nur sehr cursorischer Erwähnung der Rechte der Antragstellerin die rechtsfehlerfreie Anordnung eines vorläufigen Baustopps rechtfertigen soll⁸⁷. Bemerkenswert erscheint dabei, dass bei der Bestimmung des Bewirtschaftungsermessens nicht wie von § 12 Abs. 2 WHG gefordert, allein wasserwirtschaftsrechtlich argumentiert wird, sondern auf die tatsächliche Umsetzungsfähigkeit des Vorhabens im Ganzen abgestellt⁸⁸ und damit die gebotene rechtliche Selbständigkeit der wasserrechtlichen Entscheidung gegenüber der Planfeststellung⁸⁹ ohne zureichenden Grund negiert wird.

3. Resümee

Die notwendig nur cursorische tour d'horizon über das Verhältnis von Wasserrecht und Industrieanlagen konnte, um die große Breite der Thematik wenigstens erahnbar werden zu lassen, lediglich Schlaglichter auf maßgebliche wasserrechtliche Grundlagen und hervorsteckende tatsächliche Anwendungsbeispiele bieten. Immerhin sollte deutlich geworden sein, dass die anfangs erwähnte Dichotomie wirtschaftlicher Gewässernutzung und ökologischen Gewässerschutzes im Wasserhaushaltsgesetz so nicht angelegt ist. Nicht Holzschnitt, sondern Grisaille ist daher die künstlerische Metapher der juristischen Problematik. Denn das WHG dient der staatlich verantworteten Ordnung einander widerstreitender Interessen der Nutzung eines auch ökologisch wertvollen und daher in besonderem Maße schützenswerten

⁸⁵ Reinhardt, NuR 1999, S. 134, 138 f.

⁸⁶ Gaßner/Siederer/Neusüß, Zulassungsrechtliche Folgen des von der DB gestellten Antrags auf Verdoppelung der Grundwasserförder- und -entnahmemengen im Projekt *Stuttgart 21*, unveröffentlichtes Rechtsgutachten, 2011 (zum Zeitpunkt der Manuskripterstellung im Internet abrufbar).

⁸⁷ Gaßner/Siederer/Neusüß, Rechtsgutachten, S. 15.

⁸⁸ Das Erfordernis der zweckgebundenen Erteilung wasserrechtlicher Erlaubnisse, Czichowski/Reinhardt, WHG, § 10 Rn. 14, bietet dabei keine zureichende Grundlage für die Einbeziehung nicht wasserrechtlicher Aspekte, deren rechtliche Bewertung den Anforderungen der einschlägigen Fachgesetze unterliegt, in die wasserbehördliche Bewirtschaftungsentscheidung; so aber Gaßner/Siederer/Neusüß, Rechtsgutachten, S. 14 f.

⁸⁹ BVerwGE 125, 116, 279 f. (Rn. 450); BVerwG NVwZ 2010, S. 44, 46 (Rn. 32).

Gut. Die Inanspruchnahme der Gewässer durch den Menschen ist nicht bloß ungewollte Störung des Naturhaushalts, sondern berechtigter Belang, der bei Auslegung und Anwendung der wasserrechtlichen Bestimmungen stets zu beachten ist. Nicht neu ist dabei die Erkenntnis, dass sich die Europäische Union traditionell ein hochambitioniertes Umwelt- und Gewässerschutzrecht leistet, das die wirtschaftliche Tätigkeit von der industriellen Produktion bis zur Trinkwassergewinnung erheblich beschränkt, erschwert und partiell sogar unmöglich macht. Dass schließlich Belange wie die öffentliche Wasserversorgung oder *nachhaltige Entwicklungstätigkeiten des Menschen* in § 28 WHG nicht nur nach dem Umweltschutz, sondern auch nach der Freizeitnutzung aufgelistet sind, mag man getrost als ausbrechende Emanation der europäischen Spaßgesellschaft schmunzelnd zur Kenntnis, rechtlich erheblich ist es hingegen beruhigenderweise nicht.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Immissionsschutz – Band 2

– Planung, Genehmigung und Betrieb von Anlagen –
Karl J. Thomé-Kozmiensky, Matthias Dombert, Andrea Versteyl,
Wolfgang Rotard, Markus Appel.

– Neuruppin: TK Verlag Karl Thomé-Kozmiensky, 2011

ISBN 978-3-935317-75-7

ISBN 978-3-935317-75-7 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 2011

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

Dr.-Ing. Stephanie Thiel, Elisabeth Thomé-Kozmiensky, M. Sc., Janin Burbott

Erfassung und Layout: Petra Dittmann, Sandra Peters,

Martina Ringgenberg, Ginette Teske

Druck: Mediengruppe Universal Grafische Betriebe München GmbH, München

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.