

Dr. Konrad Asemissen*

Das wasserrechtliche Verschlechterungsverbot in der Vorhabenzulassung (Teil 2)

Im ersten Teil dieses Beitrages⁷⁶ wurde das Prüfprogramm des wasserrechtlichen Verschlechterungsverbot in der Vorhabenzulassung dargestellt. Die Bedeutung, die dem Verschlechterungsverbot als Zulassungshürde für Vorhaben der Industrie, Infrastruktur und Wasserwirtschaft zukommt, erfordert eine gleichermaßen intensive Betrachtung der vorhabenbezogenen Ausnahmen vom Verschlechterungsverbot. Der EuGH hat sich bald nach seiner Entscheidung zur Weservertiefung mit der Auslegung des Ausnahmetatbestandes Art. 4 Abs. 7 der Wasserrahmenrichtlinie befasst und im Ergebnis die Sorgenfalten von Vorhabenträgern ein wenig geglättet. Damit die Prognose einer Verletzung des Verschlechterungsverbot nicht zum absoluten Planungshindernis wird, ist der vorhabenbezogene Ausnahmetatbestand in die Prüfung und Planung von Vorhaben einzubeziehen. Den sich dabei stellenden rechtlichen Fragen widmet sich dieser zweite Teil des Beitrages. Daneben ist das Verhältnis des Verschlechterungsverbot zum Verbesserungsverbot im Rahmen der Vorhabenzulassung zu klären.

IV. Ausnahmen vom Verschlechterungsverbot

Die Ausnahmetatbestände zum Verschlechterungsverbot erfordern eine ebenso vertiefte Betrachtung wie der Tatbestand des Verschlechterungsverbot selbst. Sie verdienen diese Betrachtung, weil aufgrund der gesteigerten Bedeutung des Verschlechterungsverbot und seines nunmehr konkretisierten rechtlichen Maßstabs eine Verletzung wahrscheinlicher und damit das Bedürfnis nach einer Ausnahme größer geworden ist.⁷⁷ Der EuGH hat bereits in seiner Entscheidung zur Weservertiefung die Bindungswirkung des Verschlechterungsverbot unter anderem mit den Ausnahmeregelungen des Art. 4 Abs. 7 WRRL begründet und damit die Relevanz der Ausnahmetatbestände angedeutet.⁷⁸ Nach Art. 4 Abs. 7 WRRL verstoßen die Mitgliedstaaten nicht gegen die Vorgaben des Verschlechterungsverbot, wenn die Verschlechterung die Folge von neuen Änderungen der physischen Eigenschaften eines Oberflächenwasser-

körpers oder von Änderung des Pegels von Grundwasserkörpern ist und die einzelnen Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 7 WRRL erfüllt sind. In seiner Entscheidung zum Kraftwerksbau in der Schwarzen Sulm (Österreich) vom 4.5.2016⁷⁹ hat der EuGH die Erfüllung des Ausnahmetatbestandes bejaht und damit quasi das Zuckerbrot nach der Peitsche vom 1.7.2015⁸⁰ gegeben. Der EuGH geht dabei pragmatisch mit der Ausnahmemöglichkeit um und gewährt den Mitgliedstaaten weite Spielräume bei der Betrachtung der Voraussetzungen, der Annahme eines übergeordneten öffentlichen Interesses und der Interessenabwägung. Im konkreten Fall hat der Gerichtshof die Energiewende als übergeordnetes Interesse anerkannt, das die prognostizierte Verschlechterung rechtfertigen kann.

Von Bedeutung ist im Kontext der Vorhabenzulassung – anders als im Rahmen der Bewirtschaftungsplanung⁸¹ – allein der Ausnahmetatbestand zu anthropogenen Veränderungen, respektive Verschlechterungen eines Gewässers. Auf der Grundlage von Art. 4 Abs. 7 WRRL ist die Ausnahmemöglichkeit im deutschen Recht in § 31 Abs. 2 S. 1 WHG umgesetzt.⁸² Bisher liegt noch keine umfassende und gesicherte Rechtsprechung zur Auslegung des § 31 Abs. 1 S. 2 WHG vor. Ergänzend kann auf die Auslegung der naturschutzrechtlichen Eingriffsprüfung bezüglich europäischer Schutzgebiete nach § 34 BNatSchG und der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände des § 44 BNatSchG zurückgegriffen werden. Die Ausnahmetatbestände des § 34 Abs. 3 BNatSchG und § 45 Abs. 7 BNatSchG weisen Parallelen zu § 31 Abs. 2 S. 1 WHG auf, die Orientierung bei der Anwendung der Norm bieten können. Die unionsrechtlich fundierten umweltrechtlichen Ausnahmenvorschriften sind insgesamt Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, wonach Eingriffe in Umweltschutzgüter zugelassen werden können, wenn sie durch zwingende Gründe des überwiegenden Interesses gerechtfertigt sind, zumutbare Alternativen nicht verfügbar sind und der Eingriff in die Schutzgüter insofern angemessen ist.⁸³ Der Vorhabenträger, der vor

* Dr. Konrad Asemissen ist Rechtsanwalt in der Potsdamer Kanzlei Dombert Rechtsanwälte.

76 Asemissen, I+E 2018, 10 ff.

77 Schütte/Warnke/Wittrock, ZUR 2016, 215.

78 EuGH, Urteil vom 1.7.2015 – Rs. C-461/13, juris Rn. 44.

79 EuGH, Urteil vom 4.5.2016 – Rs. C-346/14.

80 EuGH, Urteil vom 1.7.2015 – Rs. C-462/13.

81 Im Rahmen der Bewirtschaftungsplanung bieten die Tatbestände des Art. 4 Abs. 4 WRRL zur Fristverlängerung zur Erreichung der Umweltziele und des Art. 4 Abs. 5 WRRL zur Festlegung verminderter Gewässerschutzziele Gestaltungsmöglichkeiten für die Mitgliedstaaten, um Zielverfehlungen zu vermeiden.

82 Der zweite Ausnahmetatbestand des Art. 4 Abs. 7 WRRL, der in § 31 Abs. 2 S. 2 WHG umgesetzt ist und sich auf Verschlechterungen von einem sehr guten in einen guten Zustand aufgrund nachhaltiger Entwicklungstätigkeiten des Menschen bezieht, kommt aufgrund des eingeschränkten Anwendungsbereichs eine geringere praktische Relevanz zu.

83 Stüer, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl. 2015, Rn. 3193.

der Hürde des wasserrechtlichen Verschlechterungsverbot steht, befindet sich in diesem Teil der Prüfung also wieder in gewohnterem Fahrwasser.

1. Anwendungsbereich § 31 Abs. 2 S. 1 WHG

§ 31 WHG regelt Ausnahmen von den Bewirtschaftungszielen für oberirdische Gewässer. Dabei ist insbesondere der Tatbestand des § 31 Abs. 2 S. 1 WHG für die Zulassung von Vorhaben relevant. Der Wortlaut des § 31 Abs. 2 S. 1 WHG stellt darauf ab, dass bei einem oberirdischen Gewässer der gute ökologische Zustand nicht erreicht wird oder sich sein Zustand verschlechtert, und weist insofern keinen ausdrücklichen Bezug auf vorhabenbezogene Zulassungsverfahren auf. In der Systematik der Prüfung des Verschlechterungsverbot ist Bezugspunkt für die vorhabenbezogene Anwendung des § 31 Abs. 2 S. 1 WHG jedoch § 27 Abs. 2 WHG.⁸⁴ Die vorhabenbezogene Anwendung hat der EuGH zu Art. 4 Abs. 7 WRRL bejaht, der § 31 Abs. 2 S. 1 WHG zugrunde liegt.

Der sachliche Anwendungsbereich des § 31 Abs. 2 S. 1 WHG bezieht sich zunächst nur auf oberirdische Gewässer, bei denen der gute ökologische Zustand nicht erreicht wird bzw. deren Zustand sich verschlechtert. Aus der Systematik des Wasserhaushaltsgesetzes und der Wasserrahmenrichtlinie folgt jedoch, dass der Ausnahmetatbestand gleichermaßen für künstliche und erheblich veränderte Gewässer mit den daraus abgeleiteten Implikationen für den Bewertungsmaßstab gilt.⁸⁵ Für eine bewusste Herausnahme von künstlichen und erheblich veränderten Gewässern aus dem Anwendungsbereich bestehen keine Anhaltspunkte. Über § 47 Abs. 3 S. 1 WHG gilt § 31 Abs. 2 S. 1 WHG für Ausnahmen von den Bewirtschaftungszielen für Grundwasserkörper entsprechend, worauf im Folgenden noch näher eingegangen wird.

2. Voraussetzungen der Ausnahme nach § 31 Abs. 2 S. 1 WHG

Für die Inanspruchnahme einer Ausnahme vom Verschlechterungsverbot müssen die Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 4 WHG kumulativ vorliegen. Dabei erfordert Nr. 1 einen spezifischen Ursachenzusammenhang der Verletzung des Verschlechterungsverbot. Die übrigen Voraussetzungen sind Ausprägungen des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

a. Neue Veränderungen der physischen Gewässereigenschaften

Voraussetzung der Inanspruchnahme der Ausnahme nach § 31 Abs. 2 S. 1 WHG ist, dass die Verschlechterung des Gewässerzustandes auf einer neuen Veränderung der physi-

schen Gewässereigenschaften oder des Grundwasserstandes beruht. Der Begriff der neuen Veränderung ist im Kontext der vorhabenbezogenen Ausnahmegewährung so auszulegen, dass ein Vergleich des Ist-Zustandes des Gewässers mit dem prognostizierten Zustand des Gewässers nach Durchführung des Vorhabens zu vollziehen ist.⁸⁶ Dafür spricht auch die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Maßstab des Verschlechterungsverbot bei Erteilung einer Erlaubnis für die unveränderte Fortsetzung einer Gewässerbenutzung. Bei der zeitlichen Verlängerung einer gleichbleibenden Gewässerbenutzung ist der – bereits durch die Ausnutzung der Erlaubnis beeinflusste – Ist-Zustand zum Geltungszeitpunkt der Erlaubnis zugrunde zu legen.⁸⁷ Ungeachtet der tatsächlichen Schwierigkeiten besteht für die Ermittlung und Anwendung eines fiktiven Ausgangszustandes ohne die Gewässerbenutzung keine rechtliche Grundlage. Dies hätte mit Blick auf § 31 WHG die Verkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zur Folge.⁸⁸ Für die Anwendung des § 31 Abs. 2 S. 1 WHG folgt daraus, dass die erwarteten Veränderungen in Verhältnis zu dem zum Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung vorgefundenen Ist-Zustand zu setzen sind.

Zu der umstrittenen Frage, ob physische Gewässeränderungen begrifflich nur Veränderungen des Erscheinungsbildes und der Hydromorphologie erfassen oder darüber hinaus auch insbesondere Änderungen des chemischen Zustandes der Ausnahmemöglichkeit zugänglich sein sollen, hat sich nun die LAWA eindeutig positioniert: Nach der Handlungsempfehlung ist § 31 Abs. 2 S. 1 WHG auch auf Verschlechterungen des chemischen Zustandes anwendbar.⁸⁹ Von den Ländern wird die Ausdehnung auf Verschlechterungen des chemischen Zustandes auch mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁹⁰ und dem Verweis auf die Auslegung der anderen Sprachfassungen der Wasserrahmenrichtlinie⁹¹ begründet. Für die entsprechende Anwendung des Ausnahmetatbestandes sprechen neben der einheitlichen Systematik der Wasserrahmenrichtlinie hinsichtlich der Bewertung des ökologischen und des chemischen Zustandes auch teleologische Gründe, da sich eine anderenfalls anzunehmende Differenzierung zwischen ökologischem und chemischem Zustand, die eine Privilegierung von Veränderungen des Erscheinungsbildes und der Hydromorphologie rechtfertigen würde, weder der Wasserrahmenrichtlinie noch dem Wasserhaushaltsgesetz entnehmen lässt.

84 OVG Koblenz, Urteil vom 8.11.2017 – 1 A 11653/16, juris Rn. 126.

85 Durner, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 84. EL Juli 2017, § 31 WHG, Rn. 29.

86 So auch Vollzugshinweise Brandenburg, S. 38.

87 BVerwG, Urteil vom 2.11.2017 – 7 C 25/15, juris Rn. 49.

88 BVerwG, Urteil vom 2.11.2017 – 7 C 25/15, juris Rn. 49.

89 LAWA, Handlungsempfehlung Verschlechterungsverbot, S. 37.

90 Vollzugshinweise Rheinland-Pfalz, S. 17 f.

91 Vollzugshinweise Brandenburg, S. 39.

Klärungsbedürftig ist die Weite des Ausnahmetatbestandes in Bezug auf Zustandsverschlechterungen von Grundwasserkörpern. Hierzu vertritt die LAWA die Auffassung, dass Voraussetzung bei Grundwasserkörpern sei, dass die Verschlechterung auf einer neuen Veränderung von physischen Gewässereigenschaften eines Oberflächenkörpers oder einer neuen Veränderung des Grundwasserstandes beruhe, und zieht daraus die Schlussfolgerung, dass Einleitungen von Stoffen in das Grundwasser – und damit potenzielle Veränderungen des chemischen Zustandes – nicht der Ausnahme zugänglich seien.⁹² Diese Auslegung kann sich auf den Wortlaut des Art. 4 Abs. 7 WRRL stützen, der auf die Folge von neuen Änderungen der physischen Eigenschaften „eines Oberflächenwasserkörpers“ abstellt. Gegen die einschränkende Auslegung der LAWA spricht jedoch der Wortlaut des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 WHG, der nicht auf die Änderung des Oberflächenwasserkörpers abstellt und bezüglich Grundwasserkörpern gemäß § 47 Abs. 3 S. 1 WHG „entsprechend“ anzuwenden ist. Bei der entsprechenden Anwendung ist dem unterschiedlichen spezifischen sachlichen Anwendungsbereich Rechnung zu tragen. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 WHG ist danach so zu lesen, dass ein Verstoß gegen die Bewirtschaftungsziele nach § 47 WHG nicht vorliegt, wenn bei dem Grundwasserkörper ein guter mengenmäßiger und chemischer Zustand nicht erreicht wird oder sich sein Zustand verschlechtert, wenn dies auf einer neuen Veränderung der physischen Gewässereigenschaften oder des Grundwasserstands beruht. Hier beziehen sich die physischen Gewässereigenschaften also auf den Grundwasserkörper und sind dann ebenso weit auszulegen wie bezüglich Oberflächenwasserkörpern, sodass auch Änderungen des chemischen Zustandes – etwa in Folge von Einleitungen – der Ausnahme zugänglich sind.⁹³ Möglicherweise bringt hier das kürzlich vom Bundesverwaltungsgericht eingeleitete Vorabentscheidungsverfahren⁹⁴ Klärung.

92 LAWA, Handlungsempfehlung Verschlechterungsverbot, S. 38.

93 So auch Vollzugshinweise Rheinland-Pfalz, S. 18.

94 BVerwG, Beschluss vom 26.4.2018 in den Verfahren 9 A 15/16 und 9 A 16/16.

95 EuGH, Urteil vom 1.7.2015 – Rs. C-461/13, juris Rn. 68.

96 Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 31 Rn. 15.

97 Durner, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 84. EL 2017, § 31 WHG, Rn. 34.

98 EuGH, Urteil vom 4.5.2016 – Rs. C-346/14, juris Rn. 70

99 VG Oldenburg, Urteil vom 30.6.2014 – 5A 4319/12 (Meyer-Werft).

100 OVG Hamburg, Urteil vom 18.1.2013 – 5 E 11/08 (Kraftwerk Moorburg).

101 EuGH, Urteil vom 4.5.2016 – Rs. C-346/14 (Kraftwerk Schwarze Sulm); OVG Koblenz, Urteil vom 9.11.2017 – 1 A 11653/16 (Kraftwerk Untere Lahn), juris Rn. 126 f., das lehrbuchmäßig die Begründung und Gewichtung des öffentlichen Interesses an der Umsetzung der Energiewende nachvollzieht.

102 BVerwG, Urteil vom 3.6.2010 – 4 B 54/09, juris Rn. 9.

b. Übergeordnetes Interesse

Schwerpunkt der Prüfung des EuGH im Urteil zur Schwarzen Sulm sind die übergeordneten Interessen, die die Ausnahmegewährung rechtfertigen. Hier eröffnet der Gerichtshof den Raum für die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Insofern ist die Rechtsprechung des EuGH systematisch konsequent: Im Urteil vom 1.7.2015 lehnte der EuGH eine Interessenabwägung auf Tatbestandsebene des Verschlechterungsverbot zur Begründung von Erheblichkeitsschwellen ab.⁹⁵ In der Entscheidung vom 4.5.2016 bildet die Auseinandersetzung mit dem von der österreichischen Zulassungsbehörde geltend gemachten öffentlichen Interesse am Gelingen der Energiewende den Schwerpunkt der gerichtlichen Prüfung und führt letztlich zur Bestätigung der positiven Zulassungsentscheidung.

Das übergeordnete öffentliche Interesse im Sinne der ersten Tatbestandsalternative des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG verweist auf das Allgemeinwohl. Im Kontext des Wasserhaushaltsgesetzes kommen wasserwirtschaftliche Belange wie die Wasserversorgung und der Hochwasserschutz, Vorhaben der Daseinsvorsorge – insbesondere die Energieversorgung – wie auch wirtschaftliche Interessen von volkswirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Bedeutung in Betracht.⁹⁶ Aufgrund der identischen Begrifflichkeit kann hier die Rechtsprechung zum Naturschutzrecht – insbesondere zu § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG – Orientierung geben. Die zweite Tatbestandsalternative stellt vermeintlich enger auf eine Abwägung zwischen dem Interesse, dem das Vorhaben dient, und dem Nutzen, den die Erfüllung der wasserwirtschaftlichen Umweltziele bringt, ab, wobei die widerstreitenden Interessen anhand der Schwere der prognostizierten Verschlechterung abzuwägen sind. Hier eröffnet der Nutzen für die nachhaltige Entwicklung im Sinne eines Aufgangtatbestandes wiederum ein weiteres Feld abwägungserheblicher Interessen.⁹⁷ Bei der Anerkennung ausnahmefähiger Interessen und Belange gewährt der EuGH den Mitgliedstaaten ein „gewisses Ermessen“.⁹⁸ Der EuGH lässt den Mitgliedstaaten hier einen weiten Spielraum. Als übergeordnetes öffentliches Interesse sind von der Rechtsprechung anerkannt beispielsweise die wirtschaftliche Bedeutung und Existenz einzelner Unternehmen,⁹⁹ die sichere Energieversorgung und Netzstabilität¹⁰⁰ und die Förderung erneuerbarer Energie unter gleichzeitiger Versorgungssicherheit.¹⁰¹

c. Alternativenprüfung

Bei der vorhabenbezogenen Alternativenprüfung gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 WHG kann das Naturschutzrecht – § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG – Orientierung geben. Dabei ist ein enges Verständnis relevanter Alternativen anzuwenden, da eine denkbare Alternative nicht dazu führen darf, dass letztlich ein anderes Projekt mit anderer Zielerreichung verwirklicht würde.¹⁰²

d. Minimierungsgebot

Die Anforderungen des Minimierungsgebotes gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 WHG werfen keine spezifisch wasserrechtlichen Fragen auf. Weniger als Zulassungsvoraussetzung zu verstehen, verpflichtet es den Vorhabenträger, alle zumutbaren Kompensationsmaßnahmen zur Verminderung der nachteiligen Auswirkungen des Vorhabens zu ergreifen.

3. Darstellung in den Antragsunterlagen

Die Inanspruchnahme der Ausnahme nach § 31 Abs. 2 S. 1 WHG setzt voraus, dass die prognostizierten Auswirkungen des Vorhabens auf der Ebene der Prüfung des Verschlechterungsverbotes umfassend und fehlerfrei erfasst und bewertet worden sind.¹⁰³ Weil es für die Ausnahmeprüfung auf das Maß der Verschlechterung ankommt, ist die umfassende und fehlerfreie Ermittlung des Ist-Zustandes und der Auswirkungen des Vorhabens erforderlich. Insofern können Mängel bei der Erfassung und Bewertung der Auswirkungen des Vorhabens die Ausnahmeprüfung infizieren.¹⁰⁴ Für das Vorgehen im Zulassungsverfahren folgt daraus, dass, wenn schließlich die Inanspruchnahme einer Ausnahme nach § 31 WHG in Betracht kommt, dies nicht von der umfassenden, fachlich unteretzten, nachvollziehbaren Prüfung und Darlegung der prognostizierten – nachteiligen – Auswirkungen des Vorhabens entbindet. Vielmehr ist dies Voraussetzung für die schlüssige Begründung der Gewährung einer Ausnahme.¹⁰⁵ Über die entsprechende Darstellung der prognostizierten Auswirkungen des Vorhabens sind für die Inanspruchnahme der Ausnahme die substantiierte Darlegung des mit dem Vorhaben verfolgten – übergeordneten öffentlichen – Interesses, der Alternativenprüfung und der zur Minimierung der Auswirkungen vorgesehenen Maßnahmen in die Antragsunterlagen aufzunehmen. Die Anforderungen an die Darlegung und Bewertung bei Prüfung des Verschlechterungsverbotes gelten insofern gleichermaßen für die Prüfung des Ausnahmetatbestandes.

4. Verfahrensfragen

Die Ausnahme nach § 31 Abs. 2 S. 1 WHG ist von Amts wegen zu prüfen; es bedarf insofern keiner gesonderten Antragstellung.¹⁰⁶ Das entbindet Vorhabenträger jedoch nicht davon, von sich aus – im eigenen Interesse – die Erfüllung des Ausnahmetatbestandes bereits substantiiert in den Antragsunterlagen darzulegen. Die behördliche Prüfung, ob und inwieweit der Ausnahmetatbestand des § 31 Abs. 2 S. 1 WHG erfüllt ist, schließt sich an die Feststellung, dass es zu einer Verschlechterung kommen kann, an. Dabei ist es auch zulässig, den Ausnahmetatbestand vorsorglich zu prüfen

und zu bejahen.¹⁰⁷ Im Interesse einer rechtssicheren Zulassungsentscheidung ist es schon im Hinblick auf Prognoseunsicherheiten geboten, die positive Entscheidung zugleich auf die Bejahung des Ausnahmetatbestandes zu stützen, auch wenn auf der ersten Stufe die Verletzung des Verschlechterungsverbotes verneint wird. Die vorsorgliche Prüfung der Ausnahme kann die Zulassungsfähigkeit eines Vorhabens selbst unter einer „worst-case“-Betrachtung begründen.¹⁰⁸

Uneinigkeit besteht darüber, ob die Entscheidung über die Erfüllung der Ausnahmetatbestände konstitutiv durch behördliche Feststellung in Form eines Verwaltungsaktes vollzogen wird.¹⁰⁹ Gegen die Annahme einer konstitutiven behördlichen Entscheidung spricht der Wortlaut des § 31 Abs. 2 S. 1 WHG, der keinerlei Anhaltspunkte für eine behördliche Ermächtigungsgrundlage enthält. Der Ausnahmetatbestand ist tatbestandsimmanent im Zusammenhang mit dem Verstoß gegen die Bewirtschaftungsziele geregelt. Die Erfüllung der Voraussetzungen der Ausnahme führt somit unmittelbar dazu, dass ein Verstoß nicht vorliegt und die daran geknüpften Rechtsfolgen nicht eintreten. Auch die behördlichen Vollzugshinweise enthalten keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Entscheidung über die Ausnahme als eigenständiger Verwaltungsakt zu treffen ist.¹¹⁰ Sofern für die konstitutive Feststellung und ein dabei bestehendes Ermessen der Zulassungsbehörde angeführt wird, dass die Entscheidung Bestandteil des behördlichen Bewirtschaftungsermessens sei,¹¹¹ spricht dagegen, dass regelmäßig nicht die für die Bewirtschaftungsplanung zustän-

¹⁰³ BVerwG, Urteil vom 11.7.2013 – 7 A 20/11, juris Rn. 64.

¹⁰⁴ BVerwG, Urteil vom 11.8.2016 – 7 A 1/15, juris Rn. 165.

¹⁰⁵ So hat der EuGH bereits im Urteil vom 4.5.2016 – Rs. C-346/14, juris Rn. 60, die Gewährung der Ausnahme durch den Landeshauptmann der Steiermark bestätigt, da dieser sich nicht nur in abstrakter Weise auf das übergeordnete Interesse gestützt hat, sondern eine detaillierte und spezifische wissenschaftliche Prüfung des Vorhabens zugrunde gelegt hat.

¹⁰⁶ LAWA, Handlungsempfehlung Verschlechterungsverbot, S. 38.

¹⁰⁷ Durner, W+B 2015, 195 (203 f.).

¹⁰⁸ VG Oldenburg, Urteil vom 30.6.2014 – 5 A 4319/12, juris Rn. 164 f.; OVG Koblenz, Urteil vom 8.11.2017 – 1 A 11653/16, juris Rn. 126 f.

¹⁰⁹ Dies wird von Czychowski/Reinhardt, WHG, 11. Aufl. 2014, § 31 Rn. 12 abgelehnt; Durner, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 84. EL 2017, § 31 WHG, Rn. 40, hingegen bejaht das Erfordernis einer konstitutiven behördlichen Entscheidung, die im Ermessen der Behörde stehe.

¹¹⁰ Die LAWA, Handlungsempfehlung Verschlechterungsverbot, S. 38, spricht davon, dass zu beurteilen ist, ob ein Ausnahmetatbestand erfüllt ist. Nach den Vollzugshinweisen Sachsen, S. 31, ist die Prüfung der Ausnahmetatbestände „inzident“ im Rahmen der Bewirtschaftungsziele zu prüfen. Nach den Vollzugshinweisen Rheinland-Pfalz, S. 16, erfolgt die Prüfung „implizit“ bei der Entscheidung über die Zulassung des Vorhabens. Nach den Vollzugshinweisen Mecklenburg-Vorpommern, S. 4, wird die Zulassungsentscheidung gegebenenfalls „unter Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung getroffen“.

¹¹¹ Durner, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 84. EL 2017, § 31 WHG, Rn. 43.

dige Behörde, sondern die für die Vorhabenzulassung zuständige Behörde über die Erfüllung des Ausnahmetatbestandes entscheidet.

Bei der verfahrensrechtlichen Umsetzung der Ausnahmegewährung ist für die behördliche Beteiligung § 83 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 WHG zu beachten. Danach sind Ausnahmen gemäß § 31 WHG in die Bewirtschaftungspläne aufzunehmen. War zunächst umstritten, ob es zur Erfüllung dieser formalen Pflicht erforderlich ist, dass die Ausnahme vor Zulassung des Vorhabens in den Bewirtschaftungsplan aufgenommen ist, ist dies inzwischen geklärt: Ausreichend ist die Aufnahme in den nächsten Bewirtschaftungsplan.¹¹² Eine Anpassung des Bewirtschaftungsplanes vor Erteilung der Zulassung ist danach nicht erforderlich. Dies ist im Hinblick auf das Verhältnis von Bewirtschaftungsplanung und Vorhabenzulassung allein sachgerecht und praktikabel. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, ob und inwieweit § 83 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 WHG eine Koordination über die Erteilung der Ausnahme zwischen der für die Vorhabenzulassung zuständigen Behörde auf der einen und der für die Bewirtschaftungsplanung zuständigen Behörde auf der anderen Seite erfordert. Teilweise wird gefordert, dass zwischen den beteiligten Behörden ein Einvernehmen hergestellt werden muss.¹¹³ Dies wirft jedoch im Hinblick auf die komplexe – und konfliktrichtige – fachliche Bewertung der Auswirkungen eines Vorhabens sowie auf die Abgrenzung der behördlichen Zuständigkeit erhebliche praktische und rechtliche Probleme auf.¹¹⁴ Mangels gesetzlicher Grundlage für die Annahme eines entsprechenden Erfordernisses spricht vieles dafür, die materielle Entscheidung über die Erteilung einer Ausnahme allein der für die Vorhabenzulassung zuständigen Behörde zu überlassen.¹¹⁵ § 83 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 WHG enthält lediglich Verfahrensvorgaben. Die Zulassungsbehörde hat die Planungsbehörde über die Erteilung der Zulassung unter Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung in Kenntnis zu setzen,¹¹⁶ um den Vorgaben des § 83 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 WHG zu genügen.

112 BVerwG, Urteil vom 11.8.2016 – 7 A 1/15, juris Rn. 166 f.; LAWA, Handlungsempfehlung Verschlechterungsverbot, S. 37; siehe dazu auch *Kause*, NuR 2017, 746 (748).

113 *Faßbender*, NuR 2017 433 (438); *Durner*, DVBl 2016, 1471 (1472).

114 Zum Ganzen *Kause*, NuR 2017, 746 (750 f.).

115 So auch *Kause*, NuR 2017, 746 (751).

116 Vollzugshinweise Mecklenburg-Vorpommern, S. 4.

117 EuGH, Urteil vom 1.7.2015 – Rs. C-461/13, juris Rn. 51.

118 BVerwG, Urteil vom 11.8.2016 – 7 A 1/15, juris Rn. 169.

119 BVerwG, Urteil vom 9.2.2017 – 7 A 2/15, juris Rn. 582.

120 Das OVG Koblenz, Urteil vom 9.11.2017 – 1 A 11653/16, juris Rn. 122, vollzieht die Vereinbarkeit des Vorhabens mit dem Verbesserungsgebot systematisch klar abgegrenzt.

121 BVerwG, Urteil vom 9.2.2017 – 7 A 2/15, juris Rn. 585.

122 Auf die Möglichkeit des Ausgleichs von Einschränkungen der Zielerreichung durch Kompensationsmaßnahmen verweist auch das OVG Bremen, Urteil vom 3.4.2017 – 1 B 126/16, juris Rn. 150.

V. Verhältnis zum Verbesserungsgebot

Abschließend wird in den Blick genommen, welche Bedeutung dem Verbesserungsgebot bei der Vorhabenzulassung zukommt. Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 1.7.2015 die Verschlechterung des Gewässers und die Gefährdung der Zielerreichung eines guten Zustandes bzw. guten Potenzials nebeneinander als Versagensgründe für die Vorhabenzulassung genannt.¹¹⁷ Die Gleichrangigkeit von Verschlechterungsverbot und Verbesserungsgebot folgt aus Art. 4 Abs. 1 WRRL, wonach die Vorgaben jeweils eigenständige Umweltziele darstellen. Davon ausgehend hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung zur Weservertiefung klargestellt, dass dem Verbesserungsgebot – im Wasserhaushaltsgesetz in § 27 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 und § 47 Abs. 1 Nr. 3 WHG geregelt – ein eigener Anwendungsbereich neben dem Verschlechterungsverbot zukommt. In seinem materiellen Gehalt ist das Verbesserungsgebot erst dann verletzt und entfaltet insofern eine Sperrwirkung gegenüber der Zulassung von Vorhaben, wenn das Vorhaben die fristgerechte Erreichung der – im Bewirtschaftungsplan konkretisierten – Umweltziele ausschließt.¹¹⁸ Die damit gesetzte hohe Schwelle zur Verletzung des Verbesserungsgebotes hat das Bundesverwaltungsgericht in der Entscheidung zur Elbvertiefung bestätigt. Danach ist ausschlaggebend, ob die Folgewirkungen des Vorhabens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit faktisch zu einer Vereitelung der Bewirtschaftungsziele führen.¹¹⁹ Die bloße Möglichkeit des Verfehlens genügt für die Annahme der Sperrwirkung des Verbesserungsgebotes nicht.

Im wasserrechtlichen Fachbeitrag und bei der behördlichen Prüfung bilden die Vorgaben des Verbesserungsgebotes einen eigenständigen Prüfungspunkt.¹²⁰ Bezugspunkt der materiellen Prüfung sind die durch die Bewirtschaftungsplanung konkretisierten Ziele und Maßnahmen, weil das Verbesserungsgebot vor allem durch die wasserwirtschaftliche Planung zu verwirklichen ist.¹²¹ Dementsprechend ist in vorhabenbezogenen Zulassungsverfahren nur die Zielvereinbarkeit, nicht die Zielentsprechung Prüfungsmaßstab. Im Einzelnen ist zu prüfen, ob und inwieweit das Vorhaben und seine Auswirkungen überhaupt in Konflikt mit den Zielen und Maßnahmen stehen, ob bei Bestehen eines Konfliktes die Zielerreichung durch das Vorhaben ausgeschlossen wird und ob die Zielerreichung durch Ausgleichsmaßnahmen zum Vorhaben wiederum ermöglicht werden kann. Im Hinblick auf Ausgleichsmaßnahmen sind die Gestaltungsmöglichkeiten vielfältiger als im Rahmen des Verschlechterungsverbotes, da sich diese nicht im engen Rahmen der Varianz einer Qualitätskomponente bewegen müssen, sondern an der – globalen – Zielerreichung ansetzen können.¹²²

Wird festgestellt, dass das Vorhaben – trotz Ausgleichsmaßnahmen – voraussichtlich die Erreichung der Umweltziele ausschließt, kann dieser Konflikt durch eine Anpassung der konkretisierten Umweltziele beseitigt und so die

Vereinbarkeit des Vorhabens mit dem Verbesserungsgebot hergestellt werden. Nach den Vorgaben des Art. 4 Abs. 4 WRRL können die Fristen zur Erreichung der Umweltziele verlängert werden; nach Art. 4 Abs. 5 WRRL können die Mitgliedstaaten – hier die Bundesländer – unter den dort genannten Voraussetzungen verminderte Gewässerschutzziele festlegen. Die Umsetzung erfolgt auf der Ebene der Bewirtschaftungsplanung. Dies stellt die behördliche Praxis vor die Herausforderung, dass die Zulassungsbehörde eine entsprechende Anpassung der Bewirtschaftungsplanung bei der dafür zuständigen – regelmäßig abweichenden – Behörde erreichen muss, um die Zulassungsfähigkeit des Vorhabens herzustellen. Liegt ein Vorhaben – wie beispielsweise die Verlängerung einer Bewilligung zur Grundwasserentnahme zur Trinkwassergewinnung – im öffentlichen Interesse, ist frühzeitig im Verfahren auf eine entsprechende Zusammenarbeit der beteiligten Behörden hinzuwirken.

VI. Schlussbemerkung

Der strenge Maßstab des Verschlechterungsverbotes wird durch die Ausnahme nach § 31 Abs. 2 S. 1 WHG relativiert. Dies entspannt die anspruchsvolle fachliche Prüfung, weil ein Gesundbeten von prognostizierten Verschlechterungen nicht erforderlich ist, wenn der Ausnahmetatbestand in Anspruch genommen werden kann. Insofern können Zulassungsbehörden und Vorhabenträger Mut zur Ausnahme zeigen. Auch wenn Zulassungsverfahren – mit oder ohne Inanspruchnahme der Ausnahme – zu einem positiven Abschluss geführt werden können, entbindet dies auf dem Weg dahin nicht von den hohen fachlichen Prüfungs- und Darlegungsanforderungen, die die Bewältigung des Verschlech-

terungsverbotes mit sich bringen. Entscheidend ist, dass sämtliche Schritte transparent, fachlich untersetzt und schlüssig dargelegt werden. Bis sich eine Standardmethodik für die Bewertungsverfahren im Rahmen der Auswirkungsprognose etabliert hat, wird sich die gerichtliche Kontrolle insbesondere auf die Vollständigkeit und Plausibilität der Prüfung beziehen.

Mit Spannung dürfen Entscheidungen des EuGH, des Bundesverwaltungsgerichts und der Oberverwaltungsgerichte zur Anwendung und Auslegung des Verschlechterungsverbotes bei Inanspruchnahme bzw. Betroffenheit von Grundwasserkörpern erwartet werden. Die Klarstellungen, die soweit für die Anwendung bei Oberflächengewässern erreicht wurden, müssen für Grundwasserkörper nachvollzogen werden, um eine rechtssichere Bewältigung auch in diesem praxisrelevanten Bereich zu gewährleisten. Das jüngst eingeleitete Vorabentscheidungsverfahren¹²³ kann hier Erkenntnisse liefern. Gleichzeitig ist der von der Europäischen Kommission begonnene Prozess zur Evaluation der Wasserrahmenrichtlinie zu beobachten.¹²⁴ Nach dem Fahrplan der Kommission soll der Evaluationsprozess, der neben der Wasserrahmenrichtlinie auch die Grundwasserrichtlinie und die Richtlinie über Umweltqualitätsnormen betrifft, bis zum dritten Quartal 2019 abgeschlossen sein und gegebenenfalls in eine Anpassung der Richtlinien münden. Es ist dann auszuwerten, was daraus für die Bewirtschaftungsplanung und die Vorhabenzulassung folgt.

123 BVerwG, Beschlüsse vom 26.4.2018 in den Verfahren 9 A 15/16 und 9 A 16/16.

124 Fitness Check of the Water Framework Directive and the Floods Directive, Ares(2017)5128184.