

Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner*

Probleme und Perspektiven bei der Umsetzung des Weservertiefungsurteils des EuGH insbesondere beim Umgang mit Einleitungen

Am 1.7.2015 legte der Europäische Gerichtshof sein lang erwartetes Urteil zur Weservertiefung vor, in dem er Inhalt und Relevanz des sog. wasserrechtlichen Verschlechterungsverbots nach Art. 4 Abs. 1 Buchst. a Ziff. i der Wasserrahmenrichtlinie 2000/60/EG einer grundsätzlichen Klärung zuführte.¹ Die bereits binnen weniger Wochen breit diskutierte² Entscheidung hatte einen Gewässerausbau nach dem Wasserstraßengesetz zum Gegenstand, führt aber auch für genuine Gewässerbenutzungen, namentlich für kommunale und industrielle Einleitungen in Gewässer, zu Modifikationen der bisherigen wasserrechtlichen Rahmenbedingungen. Diese Fragen sind Gegenstand des vorliegenden Beitrags.

I. Ausgangsparameter

Im deutschen Wasserwirtschaftsrecht ist das durch den EuGH interpretierte Verschlechterungsverbot für Oberflächengewässer in der Leitnorm des § 27 WHG verankert: Gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 WHG sind oberirdische Gewässer so zu bewirtschaften, dass eine Verschlechterung ihres ökologischen und chemischen Zustands vermieden wird. Auch für Gewässer, die nach § 28 WHG als künstlich oder erheblich verändert eingestuft werden, greift gemäß § 27 Abs. 2 Nr. 1 WHG die Pflicht, eine Verschlechterung ihres ökologischen Potenzials und ihres chemischen Zustands zu vermeiden.

Die Interpretation dieses unionsrechtlichen Verschlechterungsverbots bildete einen zentralen Streitpunkt der Wasserrahmenrichtlinie und war bis zum Erlass des EuGH-Urteils die meistdiskutierte Auslegungsfrage des gesamten Wasserrechts.³ Zumindest im Ausgangspunkt sind die maßgeblichen Streitfragen nunmehr entschieden. In seinem Urteil stellte der EuGH zunächst fest,

„... dass die Mitgliedstaaten vorbehaltlich der Gewährung einer Ausnahme verpflichtet sind, die Genehmigung für ein konkretes Vorhaben zu versagen, wenn es eine Ver-

schlechterung des Zustands eines Oberflächenwasserkörpers verursachen kann oder wenn es die Erreichung eines guten Zustands eines Oberflächengewässers bzw. eines guten ökologischen Potenzials und eines guten chemischen Zustands eines Oberflächengewässers zu dem nach der Richtlinie maßgeblichen Zeitpunkt gefährdet.“⁴

Eine „Verschlechterung des Zustands“ eines Oberflächenwasserkörpers im Sinne dieses unmittelbar geltenden Verbots sei zudem gegeben,

„... sobald sich der Zustand mindestens einer Qualitätskomponente im Sinne des Anhangs V der Richtlinie um eine Klasse verschlechtert, auch wenn diese Verschlechterung nicht zu einer Verschlechterung der Gesamteinstufung des Oberflächenwasserkörpers insgesamt führt. Ist jedoch die betreffende Qualitätskomponente im Sinne von Anhang V bereits in der niedrigsten Klasse eingeordnet, stellt jede Verschlechterung dieser Komponente eine ‚Verschlechterung des Zustands‘ eines Oberflächenwasserkörpers dar“.⁵

Für die vielbeachteten Gewässerausbauten an Weser, Elbe und Ems haben diese Maßstäbe ein relatives Maß an Klarheit geschaffen und das Verhältnis zwischen der Verbots-

* Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner LL.M. (London) ist Professor für Öffentliches Recht an der Universität Bonn und Direktor des Bonner Instituts für das Recht der Wasser- und Entsorgungswirtschaft. Der vorliegende Aufsatz geht im Schwerpunkt auf ein im Entstehen begriffenes Rechtsgutachten zurück, das der Verfasser im Auftrag der Uniper Kraftwerke GmbH (ehemals E.ON Kraftwerke GmbH) erstellt.

¹ EuGH, Urteil vom 1.7.2015 – C-461/13 (Weservertiefung), DVBl. 2015, 1044 ff. mit Anm. Durner, DVBl. 2015, 1049 ff.; Elgeti, W+B 2015, 166 ff.; Griesbach, NuR 2015, 548 ff.; Hofmann, EuRUP 2015, 246 ff.; Jäger, NuR 2015, 550 ff.; Rehbinder, NVwZ 2015, 1506 ff.; Reinhardt, NVwZ 2015, 1046 f.; Schönberger, WasserWirtschaft 2015, 58 ff.; Spieler, jurisPR-UmwR 8/2015 Anm. 4; Stürer, DVBl. 2015, 1053 ff.; Thomas, UmweltMagazin 2015, 33 f.; vgl. auch zuvor bereits die z.T. weitergehenden Schlussanträge (EuGH) des Generalanwalts Jääskinen vom 23.10.2014 – C-461/13, NuR 2014, 835 ff. mit Anm. Franzius, NVwZ 2015, 176 ff.; Riese/Losert, DVBl. 2015, 346 ff. sowie Rolfen in NuR 2015, 437 ff.

² Vgl. neben den in Fn. 1 genannten Anmerkungen auch die aktuellen Aufsätze von Faßbender, EurUP 2015, 178 ff.; Franzius, ZUR 12/2015 i.E.; Füßer/Lau, NuR 2015, 589 ff.; Ginzky, NuR 2015, 624 ff.; Laskowski, ZUR 2015, 542 ff.; Reinhardt, UPR 2015, 321 ff. und de Witt/Krause, NuR 2015, 749 ff., die sich allesamt ebenfalls mit dem Weservertiefungsurteil auseinandersetzen.

³ Vgl. zuletzt nur einerseits Rehbinder, in: Hofmann, Wasserrecht in Europa, 2015, S. 34 ff.; andererseits Munk, ebenda, S. 64 ff.; zusammenfassend zu dem Streit etwa Knopp, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG/AbwAG, Kommentar, § 27 WHG (2013) Rn. 25 ff. m.w.N. oder Köck, ZUR 2009, 227 (229 f.).

⁴ EuGH (Fn. 1), Rn. 51; insofern wegweisend bereits die Schlussanträge (Fn. 1), Rn. 110.

⁵ EuGH (Fn. 1), Rn. 70; insofern strenger i.S.d. sog. Status quo-Theorie noch die Schlussanträge (Fn. 1), Rn. 110.

norm und den korrespondierenden Ausnahmetatbeständen grundsätzlich geklärt, sodass – aus Sicht der Vorhabenträger – im Ergebnis „berechtigte Zuversicht“ geäußert wurde.⁶ Die Konsequenzen des Urteils für genuine Gewässerbenutzungen i.S.v. § 9 Abs. 1 und 2 WHG sind hingegen weniger eindeutig; womöglich wirft das Weservertiefungsurteil insoweit mehr neue Rechtsfragen auf als es bestehende beantwortet. Zwar macht der EuGH deutlich, dass er die Wasserrahmenrichtlinie als ein strenges, gleichwohl aber auch aus der Perspektive der Daseinsvorsorge praktisch handhabbares System begreift und interpretiert. Ein bisweilen vernehmbarer wasserwirtschaftlicher Kulturpessimismus wird dem Urteil daher ebenso wenig gerecht wie die wiedererweckte Hoffnung mancher Projektverhinderer, kraft Wasserrechts ganze Industriezweige abzuschaffen.⁷ Allerdings ist unverkennbar, dass auch das Weservertiefungsurteil Rechtsunsicherheiten erzeugt und dass allein diese Unsicherheiten bis zu ihrer Klärung bereits Hindernisse für die Realisierbarkeit zahlreicher gesellschaftlich notwendiger Gewässerbenutzungen darstellen können. Auch das Weservertiefungsurteil bedarf also einer konstruktiven Umsetzung und einer interpretativen Klärung der nunmehr im Raume stehenden Folgefragen.

Eine solche punktuelle Klärung bringt etwa das in diesem Heft abgedruckte aktuelle Urteil des Hessischen VGH zum Kraftwerk „Staudinger“⁸ mit seinem Befund, die bloße Erneuerung der wasserrechtlichen Erlaubnis für eine bereits praktizierte Einleitung stelle keine Verschlechterung des Ist-Zustandes dar. Bestehende Gewässerbenutzungen genießen also – zumindest gegenüber dem Verschlechterungsverbot – weiterhin eine gewisse relative Bestandskraft, selbst wenn eine Verfehlung des in den jeweiligen Nrn. 2 des § 27 Abs. 1 und 2 WHG normierten Zielerreichungsgebots schon nach dem Wortlaut des Art. 11 Abs. 5 WRRL Anlass geben muss, die entsprechenden Zulassungen und Genehmigungen zu prüfen und ggf. auch zu revidieren. Bereits die im Zuge der Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie vielfach avisierte Zusammenlegung bestehender kommunaler Klärwerke in größere und effizientere Anlagen führt indes an den vorgesehenen Neustandorten zu lokalen Zusatzbelastungen, die im Einzelfall trotz der positiven gewässerwirtschaftlichen Gesamtbilanz potenziell als „Verschlechterung“ anzusehen sein werden. Für solche und vergleichbare kommunale und industrielle Gewässerbenutzungen untersucht der folgende Beitrag – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – eine Reihe der durch das Weservertiefungsurteil aufgeworfenen Problemkreise.

II. Relevanz der Urteilsmaßstäbe für den chemischen Gewässerzustand und für Einleitungen?

In dem dargestellten Sinne klärungsbedürftig ist bereits die Ausgangsfrage, ob und wieweit die vom EuGH in sei-

ner Entscheidung zur Weservertiefung entwickelten Maßstäbe zum Inhalt des „Verschlechterungsverbots“ auch für den *chemischen Gewässerzustand* sowie darüber hinaus generell für Einleitungen überhaupt Geltung beanspruchen. Denn Gegenstand des Vorlageverfahrens war – wie erwähnt – allein die Beeinträchtigung des ökologischen Gewässerzustands der Weser durch deren Ausbau zu Zwecken der Schifffahrt. Entsprechende Fragen stellen sich auch im Hinblick auf die Relevanz des Urteils für das Grundwasser.⁹

1. Vorbehaltlose Definition des EuGH-Urteils

In den entscheidenden Passagen hat der EuGH allerdings zwar mehrfach zwischen ökologischem und chemischem Gewässerzustand unterschieden, die maßgebliche Urteils-*passage* erklärt dann indes vorbehaltlos:

„Demnach ist der Kommission beizupflichten, dass eine ‚Verschlechterung des Zustands‘ eines Oberflächenwasserkörpers i.S.v. Art. 4 Abs. 1 Buchst. a Ziff. i WRRL vorliegt, sobald sich der Zustand mindestens einer Qualitätskomponente im Sinne ihres Anhangs V um eine Klasse verschlechtert, auch wenn diese Verschlechterung nicht zu einer Verschlechterung der Einstufung des Oberflächenwasserkörpers insgesamt führt. Ist jedoch die betreffende Qualitätskomponente im Sinne von Anhang V bereits in der niedrigsten Klasse eingeordnet, stellt jede Verschlechterung dieser Komponente eine ‚Verschlechterung des Zustands‘ eines Oberflächenwasserkörpers im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a Ziff. i dar.“¹⁰

Einschränkungen dieser Definition auf bestimmte Einwirkungsformen oder auf den ökologischen Gewässerzustand finden sich in dieser Passage nicht. Dem Wortlaut nach scheint der EuGH damit seine Auslegung des Verschlechterungsverbots sowohl auf den ökologischen als auch auf den chemischen Gewässerzustand zu beziehen.¹¹ Für diese Deutung spricht zweifellos auch, dass es sich bei dem Verschlechterungsverbot um ein *einheitliches Tatbestandsmerkmal* der Wasserrahmenrichtlinie handelt, das sich auf beide Gewässerzustände bezieht.

6 So durch *Stüer* (Fn. 1), S. 1057.

7 Vgl. zuletzt einmal mehr *Schulte/Kloos*, DVBl. 2015, 997 ff.

8 VGH Kassel, Urteil vom 14.7.2015 – 9 C 217/13.T, in diesem Heft S. 232 (238 f.).

9 Dazu etwa *Thomas* (Fn. 1), S. 34.

10 EuGH (Fn. 1), Rn. 69.

11 So auch *Elgeti* (Fn. 1), S. 168 ff.; implizit wohl auch *Füßer/Lau* (Fn. 2), S. 593; zweifelnd allerdings *Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Wasser – LAWA*, EuGH-Urteil zum Verschlechterungsverbot vom 1.7.2015 (Az. C-461/13), Vorläufige Ersteinschätzung des LAWA-AR, 24.8.2015, S. 3, sowie – für Einleitungen insgesamt – *Durner* (Fn. 1), S. 1052.

2. Wertungswidersprüche im Falle einer Übertragung auf den chemischen Zustand

Freilich ergeben sich auf Grundlage dieser weiten Interpretation des Urteils gewisse *Wertungswidersprüche*: Ein nach § 27 WHG anzustrebender „guter chemischer Zustand“ eines Oberflächengewässers liegt nach Art. 2 Nr. 24 WRRL dann vor, wenn kein Schadstoff in einer über die einschlägigen Umweltqualitätsnormen hinausgehenden Konzentration vorliegt. Diese stofflichen Umweltqualitätsnormen lassen sich grundsätzlich zwar ebenfalls als Qualitätskomponenten i.S.d. EuGH deuten,¹² weisen jedoch gerade nicht jene differenzierte Fünfstufigkeit der biologischen Qualitätskomponenten auf,¹³ die dem EuGH vor Augen stand.¹⁴

Damit würden sich bei einer undifferenzierten Übernahme der Maßstäbe des Urteils fragwürdige Spielräume ergeben: So wäre die Einleitung eines in einem Wasserkörper bislang nicht vorkommenden Stoffs bis zur Überschreitung des einschlägigen Grenzwerts als zulässige „freie Abwärtsbewegung“¹⁵ und damit selbst dann nicht als Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot anzusehen, wenn dieser Eingriff aus wasserwirtschaftlicher Sicht als erheblich einzustufen wäre.¹⁶ Dieses Ergebnis verträgt sich nur schwer mit dem durch den EuGH in den Vordergrund gerückten Effektivitätsgedanken.

3. Prima facie-Beschränktheit des Ausnahmeregimes bei Einleitungen

Ein zweiter Einwand gegen die Verbindlichkeit der in dem Urteil entwickelten Maßstäbe für den chemischen Gewässerzustand – und darüber hinaus überhaupt für stoffliche Einleitungen – ergibt sich aus der Argumentation des Urteils selbst: Das gefundene Ergebnis wird sowohl durch den

EuGH wie auch zuvor durch den Generalanwalt durch einen Blick auf die Gesamtsystematik von Verschlechterungsverbot und Ausnahmen begründet. Die hervorgehobenen *Ausnahmen* indes passen – zumindest prima facie – nicht ohne Weiteres auf Einleitungen; insbesondere bezieht sich der Begriff der „Veränderung der physischen Gewässereigenschaft“ in § 31 Abs. 2 WHG nach der bislang vorherrschenden Auslegung nur auf Einwirkungen auf das *äußere Erscheinungsbild* des Gewässers¹⁷ bzw. auf die Faktoren „Wassermenge“ und „Hydromorphologie“.¹⁸ Freilich ist in der Rechtsprechung zu Recht auch die – äußerlich nicht erkennbare – Temperatur als physische Gewässereigenschaft anerkannt worden.¹⁹ Änderungen der chemischen Parameter würden nach diesem restriktiven Ansatz gleichwohl nicht unter die Ausnahme des § 31 Abs. 2 WHG fallen.

4. Konsequenzen für die Deutung des EuGH-Urteils

Beide Gesichtspunkte mögen zunächst für eine teleologische Reduktion der Definitionen des EuGH-Urteils auf äußerliche Eingriffe sprechen, um die es in dem zu entscheidenden Sachverhalt wie erwähnt auch ging. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass sowohl in der Oberflächengewässerverordnung wie auch in der Wasserrahmenrichtlinie neben den vorrangig biologischen Komponenten eine ganze Reihe stofflicher Qualitätskomponenten einen sekundären Maßstab für den ökologischen Zustand bilden.²⁰ Da die Maßstäbe des EuGH jedenfalls den ökologischen Gewässerzustand betreffen, der EuGH zudem mehrfach von „Grenzwerten“ spricht²¹ – ein Begriff, der gerade im Zusammenhang von Einleitungen angebracht erscheint – und explizit auch auf Stoffe abstellt,²² erscheint eine Ausblendung aller stofflichen Einleitungen von den Obersätzen des Urteils

12 So de Witt/Krause (Fn. 2), S. 753 f. und Elgeti (Fn. 1), S. 168; vgl. dazu auch bereits Albrecht, NuR 2010, 607 (608).

13 So zu Recht Ginzky (Fn. 2), S. 627; Spieler (Fn. 1), Anm. 4; Franzius (Fn. 2).

14 EuGH (Fn. 1), Rn. 56 f.

15 So die plastische Begrifflichkeit bei Reinhardt (Fn. 1), S. 1047; ders. (Fn. 2), S. 326 f.

16 So Reinhardt (Fn. 2), S. 327, der insoweit z.B. für den durch das OVG Hamburg, Urteil vom 18.1.2013 – 5 E 11/08, ZUR 2013, 357 ff. entschiedenen Moorburg-Fall anders als das Gericht eine Verschlechterung verneint. Als unbefriedigend wertet solche Ergebnisse auch Franzius (Fn. 2).

17 Czychowski/Reinhardt, WHG, Kommentar, 11. Aufl. 2014, § 31 Rn. 14; Durner, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Kommentar, § 31 WHG (2013) Rn. 30; Riese/Losert (Fn. 1), S. 351; Schmid, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, Kommentar, 2011, § 31 Rn. 24; Spieth/Ipsen, in: Köck/Faßbender, Implementation der Wasserrahmenrichtlinie in Deutschland, 2011, S. 115 (121); tendenziell auch OVG Hamburg (Fn. 16), S. 365; grundlegend anders nunmehr Fieber/Lau (Fn. 2), S. 592, und dem folgend Franzius (Fn. 2), sowie Faßbender (Fn. 2), S. 191, der zutreffend auch auf Widersprüche

innerhalb der soeben in dieser Fußnote zitierten Stellungnahmen verweist.

18 So Borchardt/Richter/Völker/Anschütz/Hentschel/Roßnagel, Arbeitshilfe zur Prüfung von Ausnahmen von den Bewirtschaftungszielen der EG-Wasserrahmenrichtlinie bei physischen Veränderungen von Wasserkörpern nach § 31 Absatz 2 WHG aus wasserfachlicher und rechtlicher Sicht, UBA-Texte 25/2014, S. 49: „Durch die Einschränkung auf die physischen Gewässereigenschaften können die vom Menschen durchgeführten neuen Veränderungen hier nur die Wassermenge und die Hydromorphologie eines Gewässers betreffen.“

19 OVG Hamburg (Fn. 16), S. 365; VG Oldenburg, Urteil vom 30.6.2014 – 5 A 4319/12, zitiert nach JURIS: „Veränderung der physischen Gewässereigenschaften, d.h. einer Veränderung der hydromorphologischen Struktur und der Eigenschaften (Temperatur, absetzbare Feststoffe).“

20 Näher Dörr, in: Landmann/Rohmer (Fn. 17), Anlage 3 OGewV (2012) Rn. 1; Durner, Rechtsfragen der Anordnung zusätzlicher Reinigungsstufen zur Eliminierung von Mikroschadstoffen, 2014, S. 18 f. und 22 f.

21 EuGH (Fn. 1), Rn. 57, 58, 61.

22 EuGH (Fn. 1), Rn. 66; ebenso zuvor die Schlussanträge (Fn. 1), Rn. 109 und öfter.

kaum begründbar. Vermutlich empfiehlt es sich daher, im Vollzug zunächst doch auf die stofflichen Umweltqualitätsnormen abzustellen, um zumindest ein gewisses Maß an Rechtssicherheit zu schaffen. Dennoch legen die skizzierten systematischen Unstimmigkeiten nahe, dass die Beurteilung stofflicher Einträge *konkretisierende Anpassungen* der Urteilsmaßstäbe erfordert oder zumindest die fachlichen Konkretisierungsspielräume *erweitert*.²³

III. Maßgebliche Qualitätskomponenten bei der Bewertung des ökologischen Zustandes

1. Primäre und unterstützende Qualitätskomponenten in der WRRL

Nach der klärenden Definition des EuGH ist eine „Verschlechterung des Zustands“ eines Oberflächenwasserkörpers gegeben,

*„... sobald sich der Zustand mindestens einer Qualitätskomponente im Sinne des Anhangs V der Richtlinie um eine Klasse verschlechtert, auch wenn diese Verschlechterung nicht zu einer Verschlechterung der Gesamteinstufung des Oberflächenwasserkörpers insgesamt führt. Ist jedoch die betreffende Qualitätskomponente im Sinne von Anhang V bereits in der niedrigsten Klasse eingeordnet, stellt jede Verschlechterung dieser Komponente eine ‚Verschlechterung des Zustands‘ eines Oberflächenwasserkörpers dar“.*²⁴

Der EuGH nimmt in dieser Definition keinerlei Bezug auf die für die Wasserrahmenrichtlinie bei der Einstufung des Zustands prägende Unterscheidung zwischen *primären Qualitätskomponenten* und lediglich *unterstützenden Komponenten*. So unterscheidet Anhang V WRRL für *Flüsse* einerseits die eigentlichen biologischen Qualitätskomponenten für die Einstufung des ökologischen Zustands und andererseits „hydromorphologische Komponenten in Unterstützung der biologischen Komponenten“ sowie „chemische und physikalisch-chemische Komponenten in Unterstützung der biologischen Komponenten“, unter denen sich auch spezifische Schadstoffe finden.²⁵

2. Keine Relativierung der Unterscheidung durch das EuGH-Urteil

Der EuGH hat mangels Berücksichtigung dieser Unterscheidung bei der Definition der Verschlechterung des Zustands leider auch keine klärende Aussage getroffen, ob das Verschlechterungsverbot erst bei der Verschlechterung einer biologischen Qualitätskomponente i.S.d. Anhangs V der Richtlinie um eine Klasse oder sogar bereits bei Verschlechterung einer unterstützenden Komponente des Anhangs V zum Tragen kommt.²⁶ Die besseren Argumente sprechen allerdings für die erstgenannte enge Auslegung:

Zwar könnte der beiläufige Hinweis, der Begriff der Verschlechterung sei „*im Hinblick auf eine Qualitätskomponente oder einen Stoff*“ auszulegen,²⁷ i.S.e. Gleichwertigkeit von biologischen Qualitätskomponenten und unterstützenden, auch stofflichen Komponenten verstanden werden. Allerdings stellt auch der EuGH vor allem auf die *Systematik* der Richtlinie ab²⁸ und entwickelt seine Auslegung des Verschlechterungsverbots in unmittelbarer Anlehnung an die Vorgaben ihres Anhangs V. Dies spricht deutlich für eine Differenzierung zwischen den dort aufgeführten Komponenten: Wenn die unterstützenden Komponenten bereits bei der Einstufung des Gewässerzustands lediglich die Funktion von Indikatoren erfüllen, so streitet diese Systematik dafür, dass ihre Rolle auch im Rahmen des Verschlechterungsverbots auf eine solche flankierende Funktion beschränkt bleibt.

Im Grundsatz folgt dieser Linie auch *Ginzky*, der die jeweiligen Ausführungen in der Tabelle unter Ziffer 1.2 des Annex V der WRRL für entscheidend hält.²⁹ Nach diesen Vorgaben sind hydromorphologische sowie chemische und chemisch-physikalische Komponenten in der Regel nur unterstützend und damit ohne eigenständige Bedeutung. Soweit aber die Tabelle für solche unterstützenden Komponenten ausnahmsweise eigenständige Folgen für die Einstufung vorsieht, sollen solche Veränderungen auch eine Verschlechterung darstellen. Dementsprechend ist die Bedeutung der hydromorphologischen, chemischen und physikalisch-chemischen Komponenten im Zusammenhang des Verschlechterungsverbots auch nach diesem Ansatz grundsätzlich weiterhin eine lediglich unterstützende. Salzgehalt oder Nährstoffverhältnisse etwa sind also nicht unmittelbar Maßstab des Verschlechterungsverbots, sondern lediglich in ihrer unterstützenden, im Kern fachlich zu bestimmenden Bedeutung für die eigentlich maßgeblichen biologischen Qualitätskomponenten.

IV. Zur Existenz von Bagatellschwellen im Lichte des EuGH-Urteils

Bei der Anwendung der neuen Verschlechterungsdefinition stellt sich die Frage, ob nach dem EuGH-Urteil noch von

23 Näher zu diesen Spielräumen nachfolgend unter IV.7. auf S. 201 f.

24 EuGH (Fn. 1), Rn. 70.

25 Näher zu alledem neben den Nachweisen oben in Fn. 20 etwa *Irmer/Rechenberg*, in: Rumm/von Keitz/Schmalholz, Handbuch der EU-Wasserrahmenrichtlinie, 2. Aufl. 2006, S. 103 (114 ff.) sowie zusammenfassend *Ginzky* (Fn. 2), S. 627 f.

26 Vgl. *LAWA* (Fn. 11), S. 3.

27 EuGH (Fn. 1), Rn. 66.

28 EuGH (Fn. 1), Rn. 34 ff. und 67.

29 *Ginzky* (Fn. 2), S. 628.

der Existenz von Bagatellschwellen ausgegangen werden kann.

1. Die bisherige Anerkennung von Bagatellschwellen in der deutschen Rechtsprechung

Die Vorstellung, dass selbst das strenge, i.S.d. Status-quo-Theorie verstandene Verschlechterungsverbot einem Irrelevanzvorbehalt unterliegt, war und ist in der deutschen Literatur weit verbreitet³⁰ und setzte sich zuletzt vor dem EuGH-Urteil auch in der Rechtsprechung durch.³¹ Namentlich das BVerwG hatte in seinem Vorlagebeschluss zur Weservertiefung vom 11.7.2013 die Auffassung vertreten, nach dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz müssten Beeinträchtigungen unterhalb eines „Bagatellvorbehalts“ für das Verschlechterungsverbot unberücksichtigt bleiben.³²

2. Die maßgeblichen Aussagen des EuGH-Urteils

Zumindest auf den ersten Blick scheint diese Konstruktion durch den EuGH zurückgewiesen worden zu sein. Die maßgeblichen Passagen finden sich in den Randnummern 67 f. des Urteils zur Weservertiefung:

„[67] Was die Kriterien angeht, anhand deren auf eine Verschlechterung des Zustands eines Wasserkörpers geschlossen werden kann, ist darauf hinzuweisen, dass sich aus der Systematik von Art. 4 WRRL und insbesondere dessen Abs. 6 und 7 ergibt, dass Verschlechterungen des Zustands eines Wasserkörpers, seien sie auch vorübergehend, nur unter strengen Bedingungen zulässig sind. Folglich muss die Schwelle, bei deren Überschreitung ein Verstoß

gegen die Pflicht zur Verhinderung der Verschlechterung des Zustands eines Wasserkörpers vorliegt, niedrig sein. [68] Entgegen dem Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland lässt sich eine im Wesentlichen auf eine Abwägung der negativen Auswirkungen auf die Gewässer gegen die wasserwirtschaftlichen Interessen gestützte Auslegung, wonach lediglich ‚erhebliche Beeinträchtigungen‘ eine Verschlechterung des Zustands eines Wasserkörpers darstellen, nicht aus dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a Ziff. i WRRL ableiten. Zudem ist festzustellen, dass eine solche Auslegung, wie der Kl. des Ausgangsverfahrens ausführt, die in dieser RL getroffene Unterscheidung zwischen der Pflicht zur Verhinderung der Verschlechterung des Zustands eines Wasserkörpers und den in ihrem Art. 4 Abs. 7 vorgesehenen Gründen für eine Ausnahme außer Acht lässt, da nur Letztere Elemente für eine Interessenabwägung enthalten.“

Nach manchen Einschätzungen soll der EuGH mit diesen Passagen auch dem Konzept der Bagatellschwelle eine Absage erteilt haben.³³

Zwingend ist diese Deutung des Urteils jedoch nicht. Für gewöhnlich werden bei umweltrechtlichen Störungs- oder Verschlechterungsverboten – wenn auch mit einer durchaus schwankenden Terminologie – Erheblichkeitsschwellen, Bagatellschwellen und Abschneidekriterien unterschieden:

- Erheblichkeitsschwellen im weiten Verständnis des EuGH, wie es in den soeben wiedergegebenen Passagen zum Ausdruck kommt, beruhen auf einer Interessenabwägung und sind mit dem Bewirtschaftungsgedanken verknüpft.³⁴
- Demgegenüber sollen mit Bagatellschwellen oder Irrelevanzkriterien aus fachlichen Erwägungen sowie aus Gründen der Verhältnismäßigkeit vernachlässigbare Beeinträchtigungen ausscheiden. Das bekannteste Beispiel für diese Fallgruppe sind die im Zusammenhang mit der Einbringung von Stickstoffeinträgen unter Berücksichtigung der Critical Loads entwickelten Bagatellschwellen als naturschutzfachlich begründete Eintragungsgrenzen, bei deren Einhaltung nach aktuellem Kenntnisstand langfristig keine signifikanten schädlichen Effekte an Ökosystemen zu erwarten sind.³⁵ Auch im Wasserrecht kann beispielsweise für die nach Nr. 1.1.1 des Anhangs V maßgebliche Qualitätskomponente der „Zusammensetzung und Abundanz der Gewässerflora und -fauna“, die insbesondere auch die „Zusammensetzung, Abundanz und Altersstruktur der Fischfauna“ erfasst, die Tötung einzelner Fische offenkundig gänzlich irrelevant sein.
- Abschneidekriterien schließlich sollen Zuordnungsfragen unterhalb oder im Grenzbereich der Messbarkeit von Beeinträchtigungen lösen.³⁶ Sie haben im Wasserrecht traditionell dort eine erhebliche Bedeutung, wo sich die Auswirkungen einer Einleitung wegen der Verdünnung im Gewässer nicht mehr nachweisen lassen.

30 Vgl. etwa Breuer, NuR 2007, 503 (506 f.); Ginzky, NuR 2008, 147 (152); ders., in: Giesberts/Reinhardt, Beck'scher Online-Kommentar zum Umweltrecht, § 27 WHG Rn. 7 ff.

31 Vgl. nur die zahlreichen Hinweise bei Reinhardt (Fn. 1), S. 1046 sowie zuletzt etwa noch OVG Koblenz, Beschluss vom 15.10.2014 – 1 A 11254/13.OVG, BeckRS 2014, 59260.

32 BVerwG, Beschluss vom 11.7.2013 – 7 A 20.11, DVBl. 2013, 1450 (1452) Rn. 43.

33 So Füßer/Lau (Fn. 2), S. 591; wohl auch Faßbender (Fn. 2), S. 188 f.

34 Vgl. BVerwG (Fn. 32), Rn. 44; Thyssen, NuR 2010, 9 (14).

35 Dazu BVerwG, Urteil vom 17.1.2007 – 9 A 20/05, NVwZ 2007, 1054 (1066); Urteil vom 12.3.2008 – 9 A 3.06, BVerwGE 130, 299 (337); OVG Münster, Urteil vom 1.12.2011 – 8 D 58/08.AK, ZUR 2012, 372 (380); Füßer/Lau, UPR 2014, 121 ff.; Kohls/Mierwald/Zirwick, ZUR 2014, 150 ff.; Balla/Bernotat u.a., in: Arbeitsgemeinschaft forstliche Standorts- und Vegetationskunde (Hrsg.), Waldökologie, Landschaftsforschung und Naturschutz 14/2014, S. 1 (2).

36 Vgl. BVerwG, Urteil vom 23.4.2014 – 9 A 25.12, BeckRS 2014, 56037, Rn. 45 und dazu „Fielenbach, jurisPR-Umweltrecht, 12/2014 Anm. 1; allgemeiner Kment, DVBl 2014, 818 ff. und ähnlich Kohls/Mierwald/Zirwick (Fn. 35), S. 159, mit der Forderung einer Ausblendung faktisch nicht messbarer Beeinträchtigungen.

Zu diesen differenzierten Figuren hat der EuGH letztlich nur unvollständig Position bezogen.

3. Die „Qualitätskomponentenklassentheorie“ des EuGH als spezielle Form der Erheblichkeit

Hervorzuheben ist zunächst, dass der EuGH in einem gewissen Widerspruch zu seiner Ablehnung einer Erheblichkeitsschwelle³⁷ gleichwohl die Beeinträchtigung einer Qualitätskomponente innerhalb einer Klasse, sofern sich die Qualitätskomponente nicht bereits in der niedrigsten Klasse befindet, von seiner Definition der Verschlechterung ausnimmt.³⁸ Die Anwendung dieser Maßstäbe kann im Einzelfall zu erheblichen Spielräumen führen.³⁹ Das Erfordernis der Verschlechterung einer Qualitätskomponente „um eine Klasse“ und die damit implizit als irrelevant angesehene Verschlechterung einer Qualitätskomponente innerhalb einer Klasse sind indes in der Sache nichts anderes als eine *spezielle Form der Unerheblichkeit*.⁴⁰ Bereits dies legt nahe, dass die Ausführungen in Rn. 68 des Urteils keineswegs eine kategorische Absage an jegliche Schwelle darstellen.

4. Zulässigkeit von Abschneidekriterien im Rahmen der Prognostizierung von Kausalitäten

Zudem weisen etwa *Füßer* und *Lau* darauf hin, dass auch nach den Aussagen des Urteils das Verschlechterungsverbot räumlich an den gesamten *Wasserkörper* anknüpft und damit die Möglichkeit der Kompensationen lokaler Beeinträchtigungen impliziert. Um – auch unter Berücksichtigung unvermeidbarer fachlicher Einschätzungsprärogativen der Behörde⁴¹ – nach diesem Maßstab aus einer Einwirkung auf ein Gewässer kausal auf eine Verschlechterung des Wasserkörpers als Ganzem zu schließen, werden *Abschneidekriterien* weiterhin eine Rolle spielen.⁴²

5. Unzulässigkeit von *Interessenabwägungen* – verbleibende Spielräume

Darüber hinaus ist jedoch ungeklärt, ob nicht gerade für die vom EuGH in seiner Obersatzbildung nicht berücksichtigten Besonderheiten der *Einleitungen* im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes weiterhin von der Existenz von Bagatellschwellen ausgegangen werden kann. Generalanwalt *Jääskinen* wollte in seinen Schlussanträgen weder nach dem Wortlaut noch nach dem Zweck der Wasserrahmenrichtlinie das Bestehen einer Bagatellschwelle anerkennen, wie sie in dem Gerichtsverfahren sogar der klagende BUND für zulässig erklärt hatte.⁴³ Nach diesem Ansatz wäre in der Tat schlechterdings jede Einleitung in ein Gewässer automatisch eine Verschlechterung gewesen.

Der EuGH indes setzt sich von dieser pauschalen Aussage des Generalanwalts deutlich ab. Er erteilt zwar solchen „Erheblichkeitsschwellen“ eine ausdrückliche Absage, die „... im Wesentlichen auf eine Abwägung der negativen Auswirkungen auf die Gewässer gegen die wasserwirtschaftlichen Interessen“ hinauslaufen.⁴⁴ Die auf diese Weichenstellung hinführende Passage, nach der „... die Schwelle, bei deren Überschreitung ein Verstoß gegen die Pflicht zur Verhinderung der Verschlechterung des Zustands eines Wasserkörpers vorliegt, niedrig sein“ muss,⁴⁵ setzt demgegenüber ohne Weiteres voraus, dass eine solche Schwelle grundsätzlich existiert.

Ausdrücklich für unzulässig erklärt werden demnach solche Schwellenkonzepte, die innerhalb des Verschlechterungsbegriffs mit Interessenabwägungen operieren. Dies lässt weiter Raum für (niedrigere) Bagatellschwellen, namentlich unter den Gesichtspunkten der Zurechnung und der Verhältnismäßigkeit. Zwar ließe sich argumentieren, dass auch das Übermaßverbot auf seiner dritten Prüfungsstufe – der Angemessenheit – Elemente einer Interessenabwägung enthält und damit durch den EuGH den Ausnahmen zugewiesen wird, wobei die Verhältnismäßigkeitsprüfung freilich einen deutlich engeren Maßstab darstellt als eine umfassende wasserwirtschaftliche Interessenabwägung, wie sie dem EuGH und auch dem BVerwG im Vorlagebeschluss vor Augen stand. Indes stellt bereits die nach dem EuGH zulässige Beeinträchtigung einer Qualitätskomponente *innerhalb* einer Klasse eine Schwelle dar,⁴⁶ die der EuGH selbst offenbar mit seiner Ablehnung der Interessenabwägungen innerhalb des Verschlechterungsbegriffs für vereinbar ansieht. Im Ergebnis unbehandelt bleibt jedoch in der Weservertiefungs-Entscheidung nach Einschätzung der meisten Stimmen im Schrifttum die Frage, ob bei Qualitätskomponenten, die bereits in der niedrigsten Klasse angesiedelt sind, Bagatellbeeinträchtigungen *aus fachlichen Gründen* zulässig bleiben.⁴⁷

37 EuGH (Fn. 1), Rn. 68.

38 EuGH (Fn. 1), Rn. 70.

39 Näher *Faßbender* (Fn. 2), S. 189, der die in dem Urteil des OVG Hamburg (Fn. 16), S. 364 ff. entwickelten Maßstäbe weiterhin für relevant erachtet und von einer einzelfallbezogenen „Relevanzschwelle“ spricht.

40 So i.E. *Durner* (Fn. 1), S. 1051; *Franzius* (Fn. 2); *Griesbach* (Fn. 1), S. 550; *Reinhardt* (Fn. 1), S. 1047.

41 Zu diesen nachfolgend unter IV.7. auf S. 201 f.

42 *Füßer/Lau* (Fn. 2), S. 591; dem folgend *Franzius* (Fn. 2).

43 Schlussanträge (Fn. 1), Rn. 108 und 88.

44 EuGH (Fn. 1), Rn. 68.

45 EuGH (Fn. 1), Rn. 67.

46 Vgl. oben Fn. 40.

47 So *Ginzky* (Fn. 2), S. 626 f., der eine Erheblichkeitsschwellen bei Einwirkungen auf solche Qualitätskomponenten, die sich in der untersten Klasse befinden, aus Gründen der Verhältnismäßigkeit weiter für einen gangbaren Weg hält. Ebenso *de Witt/Krause* (Fn. 2), S. 754, ähnlich *Franzius* (Fn. 2): „unsicher“; *Spieler* (Fn. 1), Anm. 4: „unklar“.

6. Fachliche Konkretisierungsbedürftigkeit des Verschlechterungsbegriffs

Letztlich ergeben sich die wohl stärksten Argumente für die Existenz solcher Bagatellschwellen aus der *Konkretisierungsbedürftigkeit* der für das Verschlechterungsverbot geltenden Maßstäbe. Selbst wenn auf der Ebene der rechtlichen *Obersätze* keine Erheblichkeitsschwellen existieren, können solche Schwellen gleichwohl auf der Ebene der fachlichen Konkretisierung des Verschlechterungsbegriffs sinnvoll und ggf. sogar unumgänglich sein.

Dabei ist zunächst hervorzuheben, dass eine Methodik zur Bildung entsprechender Maßstäbe, die dem Weservertiefungsurteil entsprechen, derzeit noch überhaupt nicht vorhanden ist und wohl letztlich am besten in der LAWA entwickelt werden sollte. Denn die Qualitätskomponenten in Anhang V der Wasserrahmenrichtlinie liefern nur zum Teil subsumtionsfähige und damit unmittelbar vollzugsfähige Bewertungskriterien.⁴⁸ Während sich bei den – nach § 5 Abs. 4 S. 3 OGewV lediglich unterstützend heranzuziehenden – flussspezifischen Parametern tatsächlich echte Grenzwerte finden, bedürfen deskriptive biologische Qualitätskomponenten wie „Zusammensetzung und Abundanz der Gewässerflora“ oder unterstützende Qualitätskomponenten wie die „Sichttiefe“ einer fachlichen Konkretisierung. Dabei sind die Beschreibungen der einzelnen Qualitätsstufen teilweise schon begrifflich nur schwer voneinander abzugrenzen.⁴⁹ Manche dieser deskriptiven Umschreibungen stellen selbst auf gewisse Schwellen ab, z.B. der in Tabelle 1.2.1 des Anhangs V WRRL mehrfach verwandte Begriff der „geringfügigen“ Abweichung.⁵⁰ Wann eine solche Qualitätskomponente durch eine Gewässerbenutzung um eine Klasse verschoben oder auch überhaupt negativ beein-

flusst werden kann, ist eine fachlich zu entscheidende Frage, die Raum für Irrelevanzschwellen oder „Verrechnungsbagatellwerte“ lässt.⁵¹ Weiterhin wird also nicht jeder einzelne getötete Fisch die Zusammensetzung und Abundanz der Gewässerflora und -fauna verschlechtern. Zudem ist auch der Ist-Zustand zahlreicher Gewässer bislang nicht für alle biologischen Qualitätskomponenten einer fünfstufigen Skalierung zugeordnet.⁵² Im Einzelfall müssen entsprechende Maßstäbe und Erhebungen im Rahmen von Zulassungsverfahren – zunächst durch den Antragsteller,⁵³ letztverantwortlich jedoch durch die Behörde⁵⁴ – gebildet und vorgelegt werden.

7. Konkretisierungs- und Beurteilungsspielräume der Exekutive

Die Notwendigkeit einer fachlichen Konkretisierung setzt trotz punktueller europäischer Harmonisierungen im Zuge der Interkalibrierung einer Überprüfung des Behördenhandelns nach rein rechtlichen Kriterien erhebliche Grenzen. Sie hat daher unweigerlich zur Anerkennung fachlicher *Konkretisierungs- und Beurteilungsspielräume* der vollziehenden Behörden geführt.⁵⁵ Besonders deutlich hat zuletzt das BVerwG in seinem Aussetzungsbeschluss zur Elbvertiefung auf die Existenz entsprechender Spielräume „der Behörde bei der Entwicklung einer eigenen, fallbezogenen Methodik“ zur Operationalisierung des Verschlechterungsverbots hingewiesen. Das Gericht stellt hier durchaus weitsichtig fest:

„Der Senat verkennt nicht, dass der Vollzug der Wasserrahmenrichtlinie bzw. der diese umsetzenden Vorschriften des Wasserhaushaltsgesetzes die Rechtsanwender vor erhebliche Probleme stellt. Im Zuge der Gemeinsamen Umsetzungsstrategie (Common Implementation Strategy – CIS) sind zwar eine Reihe von Leitfäden, Positionspapieren etc. herausgegeben worden. Nicht zuletzt wegen der noch ungeklärten Rechtsmaßstäbe fehlt es aber an anerkannten Standardmethoden und Fachkonventionen. An diesem Befund wird auch die anstehende Entscheidung des EuGH in der Rechtssache EuGH Aktenzeichen C-461/13 kurzfristig nichts ändern, denn die vom EuGH als richtig erkannten Rechtsmaßstäbe werden in der Praxis ebenfalls noch konkretisiert werden müssen.

Der Umstand, dass es derzeit noch keine anerkannte Standardmethode gibt, erweitert den Spielraum der Behörden bei der Entwicklung einer eigenen, fallbezogenen Methode. Er befreit aber nicht davon, diese Methode transparent, funktionsgerecht und in sich schlüssig auszugestalten. Das erfordert weder ein ‚rechnerisches Baukastensystem‘ noch ein bis in alle Verästelungen ausdifferenziertes Bewertungsraster. Unverzichtbar ist aber, dass die angewandten Bewertungskriterien im Planfeststellungsbeschluss definiert werden und ihr fachlich unteretzter Sinngehalt nachvollziehbar dargelegt wird.“⁵⁶

48 Vgl. nur Durner, in: Landmann/Rohmer (Fn. 17), § 27 WHG (2012) Rn. 20; Reinhardt (Fn. 2), S. 327; zum Charakter der Vorgaben des Anhangs V als einem „Biologiebuch“ siehe die Ausführungen und Nachweise bei Faßbender (Fn. 2), S. 182.

49 Griesbach (Fn. 1), S. 550; Reinhardt (Fn. 2), S. 327 f.; vgl. auch bereits die Schlussanträge (Fn. 1), Rn. 104.

50 Thomas (Fn. 1), S. 34.

51 Füßer/Lau (Fn. 2), S. 592; Hofmann (Fn. 1), S. 249, mit der Prognose, die scheinbar verworfene Bagatellschwelle könne „auf diese Weise unter der Hand wieder zurückkehren“; Franzius (Fn. 2).

52 Vgl. dazu auch LAWA (Fn. 11), S. 4.

53 Griesbach (Fn. 1), S. 550 empfiehlt daher zu Recht „eine akribische Bewertung sämtlicher Auswirkungen des zu genehmigenden Vorhabens in Bezug auf die verschiedenen Parameter der Qualitätskomponenten“ durch den Vorhabenträger.

54 Vgl. zu diesem arbeitsteiligen Vorgehen statt vieler Seidel, Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht, 2000, S. 97 ff.

55 OVG Bremen, Urteil vom 3.6.2009 – 1 A 7/09, BeckRS 2009, 39511; VG Aachen, Urteil vom 15.2.2013 – 7 K 1970/09, W+B 2013, 234 (236 f.); Lau/Jacob, NVwZ 2015, 241 (245 ff.); de Witt/Krause (Fn. 2), S. 755.

56 BVerwG, Beschluss vom 2.10.2014 – 7 A 14.12, DVBl. 2015, 95.

Im weiteren Verlauf des Hinweisbeschlusses bemängelt das Gericht u.a. die fehlende fachliche Unterfütterung der gewählten Konkretisierungen sowie die unbesehene „Übertragung von schutzgutbezogenen Erkenntnissen aus der UVU auf die Qualitätskomponenten der WRRL“, ⁵⁷ erwähnt aber ausdrücklich auch die Möglichkeit der fachlichen Begründung „raumbezogener Schwellenwerte“. ⁵⁸

Dieser Befund wird durch die eingangs entwickelte These ⁵⁹ flankiert, dass die durch den EuGH entwickelte Definition der „Verschlechterung des Zustands“ eines Oberflächenwasserkörpers i.S.d. unmittelbar geltenden Verschlechterungsverbots auf Einleitungen ohnehin nur begrenzt übertragbar erscheint und konkretisierender Anpassungen oder jedenfalls erweiterter fachlicher Konkretisierungsspielräume bedarf.

Die Existenz dieser weitreichenden exekutivischen Konkretisierungs- und Beurteilungsspielräume spricht indes auch für die Zulässigkeit fachlich begründbarer Irrelevanz- bzw. Bagatellschwellen.

8. Rechtliche Zulässigkeit fachlich begründbarer Bagatellschwellen

Im Zuge der skizzierten Konkretisierung ist es nämlich grundsätzlich möglich und üblich, bei der Standardisierung deskriptiver Vorgaben durch quantifizierende Zahlenwerke auch mit *Irrelevanzkriterien* zu arbeiten. Denn jegliche Prognose einer Verschiebung einer biologischen Qualitätskomponente i.S.d. Anhangs V der Richtlinie um eine Klasse muss im Zuge der als wahrscheinlich angesehenen Geschehensabläufe mögliche von unwahrscheinlichen und relevante von irrelevanten Kausalzusammenhängen abgrenzen. Dies gilt umso mehr, als nach den oben entwickelten Maßstäben ⁶⁰ die hydromorphologischen, chemischen und physikalisch-chemischen Komponenten lediglich eine unterstützende, im Kern fachlich zu bestimmende Bedeutung für die eigentlich maßgeblichen biologischen Qualitätskomponenten aufweisen.

Eine fachlich gebotene Nichtberücksichtigung irrelevanter Faktoren ist zugleich auch unter grundrechtlichen Gesichtspunkten gefordert. Es wäre fachlich wie rechtlich schwer nachvollziehbar, selbst solche Einträge in ein Gewässer zu verbieten, die sich auf seinen Zustand in keiner *relevanten Weise* auswirken. Die Wasserrahmenrichtlinie steht wie alle Rechtsakte der Union unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs der gemeinschaftlichen Vorgaben in die wirtschaftlichen Grundrechte der betroffenen Akteure. ⁶¹ Der durch ein Verbot irrelevanter Einträge bewirkte Eingriff in die Grundrechte des von dem Verbot Betroffenen wäre hingegen noch nicht einmal geeignet, ein legitimes Ziel zu verfolgen. Ein entsprechendes Vorgehen müsste sowohl gegen das grundgesetzliche als auch gegen das unionale Übermaßverbot verstoßen. Die Wasserrahmenrichtlinie selbst betont in ihrem Erwägungsgrund

43 sowie in ihrem Art. 16 Abs. 6 S. 3, dass auch künftige Maßnahmen der Bekämpfung der Wasserverschmutzung durch Einleitungen den Gesichtspunkten „der Kostenwirksamkeit und der Verhältnismäßigkeit“ entsprechen müssen. Dieser Kontext verdeutlicht nochmals, dass auch die Handhabung des bestehenden Verschlechterungsverbots im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgen muss.

Ein modellhaftes Beispiel für ein solches Vorgehen liefert schon heute der Grundwasserschutz: Gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 WHG darf die Erlaubnis für das Einleiten von Stoffen in das Grundwasser nur erteilt werden, wenn eine nachteilige Veränderung der Wasserbeschaffenheit nicht zu besorgen ist. Dieser sog. *Besorgnisgrundsatz* gilt als der wasserwirtschaftlich strengste Schutzmaßstab und fordert eine bestmögliche Gefahrenabwehr und Risikovorsorge, welche über die Vorsorge im üblichen umweltrechtlichen Verständnis hinausgeht. ⁶² Gleichwohl können auch hier gemäß § 48 Abs. 1 S. 2 WHG durch Rechtsverordnung Standards festgelegt werden, nach denen eine Besorgnis auszuschließen ist. Die Ermächtigung soll die Verrechtlichung des sog. *Geringfügigkeitsschwellenkonzepts* der LAWA ermöglichen, ⁶³ das Grundwasserverunreinigungen über strenge Geringfügigkeitsschwellenwerte ausschließen soll. ⁶⁴ Der Ansatz des Geringfügigkeitsschwellenkonzepts verdeutlicht indes, dass selbst nach den rechtlich strengsten Maßstäben nicht jede stoffliche Einwirkung zu einer nachteiligen Veränderung der Wasserbeschaffenheit führen muss. ⁶⁵

Wo entsprechende Irrelevanzschwellen für das allgemeine Verschlechterungsverbot für Oberflächengewässer festzumachen sind, ist eine fachliche, für jeden betroffenen Parameter oder Stoff gesondert zu beurteilende Frage, die gerichtlich letztlich nur auf ihre Evidenz überprüft werden kann. ⁶⁶ Soweit solche Schwellen fachlich vertretbar sind, er-

57 BVerwG (Fn. 56), S. 96.

58 BVerwG (Fn. 56), S. 96.

59 Vgl. bereits oben unter II. auf S. 197 f.

60 Vgl. oben unter III. auf S. 198.

61 Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 17.7.1997 – Rs. C-183/95 (Affish/Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees), Slg. 1997, I-4362 Rn 42 ff.; Durner, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VI/1, 2010, § 162 Rn. 28 ff. m.w.N.

62 In diesem Sinne etwa Berendes, WHG, Kommentar, 2010, § 48 Rn. 4 m.w.N. zur Rspr.; Böhme, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Fn. 17), § 48 Rn. 4; Czychowski/Reinhardt (Fn. 17), § 48 Rn. 26.

63 Näher Posser, in: Giesberts/Reinhardt (Fn. 30), § 48 WHG Rn. 22.

64 Vgl. das LAWA-Regelwerk: Ableitung von Geringfügigkeitsschwellenwert für das Grundwasser, 2004, abgedruckt bei Scherer-Leydecker, Bodenschutzrecht, Loseblatt-Sammlung, Kap. 4.2.7, S. 9 ff., und dazu Schenk/Böhme/Keppner, WuA 2009, 35 ff.; kritisch Salzwedel, Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Prüfung des § 48 Entwurf Wasserhaushaltsgesetz, 2009.

65 Dies hebt Kotulla, WHG, Kommentar, 2. Aufl. 2011, § 48 Rn. 6, besonders hervor.

66 Vgl. bereits die Nachweise oben in Fn. 55.

scheinen sie bis zur Herausbildung allgemeingültiger abweichender Standards rechtlich weiterhin zulässig. Auch wenn sich die Begründungslast durch das EuGH-Urteil verstärkt haben mag, sind die methodischen Spielräume im Kern wohl dieselben wie bisher. Sie können sich beispielsweise an der Schwankungsbreite von Messwerten im Gewässer oder Bestimmungsgrenzen orientieren.

V. Kompensationsmöglichkeiten im Rahmen des Verschlechterungsverbots

Nach den eingangs wiedergegebenen Aussagen des EuGH⁶⁷ beansprucht das Verschlechterungsverbot für jede einzelne Gewässerbenutzung unmittelbare Geltung und bildet eine einzelfallbezogene Anforderung an jede konkrete Gewässerbenutzung.⁶⁸

1. Geltung des Verschlechterungsverbots für einzelne Gewässerbenutzungen

Damit ist grundsätzlich jede Gewässerbenutzung *isoliert*⁶⁹ auf eine Verschlechterung zu überprüfen und ggf. nach den Ausnahmetatbeständen der Wasserrahmenrichtlinie zu gestatten. Eine temporäre Verschlechterung kann also nicht mehr wie bisher durch die Erwägung gerechtfertigt werden, „dass man trotz der nachteiligen Wirkungen des Projektes den Qualitätsstatus des Gewässers durch kompensatorische Maßnahmen jedenfalls zum Ende des Bewirtschaftungszyklus wieder herstellen könne“.⁷⁰

2. Spielräume für kompensatorische Verbesserungen

Dennoch stellt sich die Frage, ob mit dieser Aussage tatsächlich jegliche Möglichkeit entfällt, Belastungen des Gewäs-

sers durch *kompensatorische Verbesserungen* am selben Gewässerkörper auszugleichen und dadurch in der Gesamtbilanz eine Verschlechterung zu vermeiden. Gegen eine derart weitgehende Auslegung des EuGH-Urteils spricht bereits, dass die Vermeidungsmaßnahme in zahlreichen Bereichen des Umweltrechts als ungeschriebenes Institut anerkannt und im Naturschutz- wie im Gewässerschutzrecht die Möglichkeit unbestritten ist, das Überschreiten von Verbotsschwellen durch solche Vermeidungsmaßnahmen zu verhindern.⁷¹

Für die Zulässigkeit solcher Vermeidungsmaßnahmen spricht aber auch die Begründung des EuGH: Nach seiner Sicht gilt das Verschlechterungsverbot „unabhängig von längerfristigen Planungen in Bewirtschaftungsplänen und Maßnahmenprogrammen“ (Rn. 50), da nach der Richtlinie sämtliche „Verschlechterungen des Zustands eines Wasserkörpers, seien sie auch vorübergehend, nur unter strengen Bedingungen zulässig sind“ (Rn. 67). Diese tragende Begründung steht indes einem Vorgehen gerade nicht entgegen, das durch kompensatorische Verbesserungen, die in engem zeitlichen und genehmigungstechnischen Zusammenhang mit der Erteilung einer Einleiterlaubnis oder Genehmigung zur Indirekteinleitung festgesetzt und umgesetzt werden, eine auch nur vorübergehende Verschlechterung des maßgeblichen Gewässerkörpers effektiv verhindert. Im deutschen Recht liefern etwa die in den § 34 Abs. 1 und § 35 Abs. 1 WHG normierten Anforderungen zur Erhaltung der Durchgängigkeit und der Fischpopulation gesetzlich normierte Beispiele für ein solches Vorgehen.⁷²

3. Folgerungen für einzelne Gewässerbenutzungen

Dies bedeutet konkret, dass die Behörde Einleitungsreduktionen, die zeitgleich mit einer beantragten Gewässerbenutzung wirksam werden, bei der Frage nach dem Vorliegen einer Verschlechterung berücksichtigen könnte. Hierzu mag es im Einzelfall erforderlich sein, die Gewässerbenutzung in der Genehmigung unter den Vorbehalt der Realisierung einer solchen Kompensation zu stellen. Dennoch besteht in dem skizzierten Rahmen weiterhin die Möglichkeit einer Berücksichtigung kompensatorischer Maßnahmen.

VI. Ausnahmen vom Verschlechterungsverbot

1. Ausnahmen und vorsorgliche Ausnahmen

Soweit eine Verschlechterung des maßgeblichen Gewässerkörpers nach den obigen Maßstäben nicht auszuschließen ist, stellt sich die Frage, ob die entsprechende Gewässerbenutzung gleichwohl nach dem Ausnahmeregime der Wasserrahmenrichtlinie zugelassen werden kann. Dabei mag es in vielen Fällen fachlich naheliegen, eine entsprechende

67 Vgl. oben bei Fn. 4.

68 Vgl. nur LAWA (Fn. 11), S. 1 f.

69 Vgl. dazu den Hinweisbeschluss zur Weservertiefung BVerwG, Beschluss vom 11.7.2013 – 7 A 14.12, DVBl. 2013, 1453 f., wo das Gericht es für unzulässig erklärt, dass der Vorhabenträger die von ihm geplanten „drei Vorhaben im Sinne des Planfeststellungsrechts ... als zwei Vorhaben“ bezeichnet und behandelt hat.

70 Reese, W+B 2015, 102 (108); dem folgend Franzius (Fn. 2) und Laskowski (Fn. 2), S. 545.

71 Vgl. für das Naturschutzrecht nur die Nachweise bei Durner, in: Ziekow, Handbuch des Fachplanungsrechts, 2. Aufl. 2014, § 17 Rn. 20, 55 und 74 sowie Füßer/Lau, NuR 2014, 453 ff.; für das Wasserrecht etwa BVerwG, Urteil vom 16.3.2006 – 4 A 1075/04, NVwZ-Beil. 2006, 1 (46 f.) Rn. 490; VGH Mannheim, Urteil vom 9.2.2010 – 3 S 3064/07, NuR 2010, 736 (741 f.).

72 Vgl. zu diesen Regelungen die Darstellung bei Lauer, Das Konfliktverhältnis Wasserkraft contra Umweltschutz, 2012, S. 186 ff.

Ausnahme *vorsorglich* in Anspruch zu nehmen, um verbleibende Rechtsunsicherheiten im Hinblick auf das Vorliegen einer Verschlechterung zu entschärfen. Im Artenschutz ist eine solche vorsorgliche Ausnahmeerteilung ganz üblich und im Übrigen auch von der Rechtsprechung anerkannt.⁷³ Obwohl die Inanspruchnahme der Ausnahmetatbestände erhebliche Ermittlungspflichten begründet,⁷⁴ scheint die ratio der naturschutzrechtlichen Vorgehensweise auf das Wasserrecht grundsätzlich übertragbar⁷⁵ und eine vorsorgliche Erteilung von Ausnahmen daher ein gangbarer Weg.

2. Enge der Ausnahmetatbestände

Wie bereits erwähnt,⁷⁶ sind die entsprechenden Ansatzpunkte für Ausnahmen jedoch *prima facie* enger formuliert, als dies der EuGH in seinem Weservertiefungs-Urteil anzunehmen scheint. Bereits die Einstufung erheblich veränderter Gewässer nach § 28 WHG bezieht sich nur auf die hydromorphologischen Merkmale, die für einen guten ökologischen Gewässerzustand erforderlich wären. Fristverlängerungen sind nach § 29 Abs. 2 S. 1 WHG nur zulässig, „wenn sich der Gewässerzustand nicht weiter verschlechtert“; dasselbe gilt nach § 30 S. 1 Nr. 3 WHG für die Festlegung weniger strenger Bewirtschaftungsziele.

3. § 31 Abs. 2 WHG und das Merkmal „physische Veränderungen der Gewässerkörper“

Als einziger ansatzfähiger Ausnahmetatbestand kommt somit § 31 Abs. 2 WHG in Betracht, der indes nur die Veränderung der physischen Eigenschaften der Gewässerkörper betrifft. Nach S. 1 dieser Vorschrift verstößt das Verfehlen eines guten ökologischen Zustands oder gar eine Verschlechterung nicht gegen die Vorgaben des § 27 WHG, wenn dies auf einer neuen Veränderung der physischen Gewässereigenschaften beruht, deren Gründe von übergeordnetem öffentlichen Interesse sind und zudem nicht mit anderen weniger gewässerbelastenden Maßnahmen erreicht werden können.

a) Als größtes Hindernis bei der Anwendung dieses Ausnahmetatbestandes erscheint das in § 31 Abs. 2 Nr. 1 WHG enthaltene Merkmal „physische Veränderungen der Gewässerkörper“. Oben wurden bereits jene Stimmen zitiert, die das traditionell enge Verständnis dieses Tatbestandsmerkmals belegen: Erfasst sind demnach nur Einwirkungen auf das *äußere Erscheinungsbild* des Gewässers,⁷⁷ nicht aber Schadstoffeinträge von Punktquellen oder diffusen Quellen.⁷⁸ *Füßer* und *Lau* haben demgegenüber vor kurzem im Lichte des EuGH-Urteils eine in die Gesamtsystematik eingebettete Neuinterpretation des Begriffs der physischen Gewässereigenschaften i.S.v. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 WHG vorgeschlagen. Dieses Merkmal umfasse körperliche, aber auch stoffliche Eigenschaften und beinhalte „letztlich keine greif-

bare Einschränkung“.⁷⁹ Zu demselben Ergebnis kommt auch *Faßbender*, der den Begriff der „Gewässereigenschaften“ nach § 3 Nr. 7 WHG auch auf die chemische Beschaffenheit des Wassers erstreckt.⁸⁰

b) Wenn man entgegen den oben angestellten Überlegungen⁸¹ die Maßstäbe des Weservertiefungs-Urteils tatsächlich vollständig auf Einleitungen und sogar auf den chemischen Gewässerzustand überträgt, erscheint dieser Ansatz als Konsequenz nahezu unumgänglich: Der *Wortsinn* des Begriffs „physisch“ scheint zwar physische von chemischen Eigenschaften abzugrenzen und gegen eine Einbeziehung stofflicher Einwirkungen zu sprechen, umfasst jedoch zugleich begrifflich – wie *Füßer*, *Lau* und *Faßbender* zu Recht hervorgehoben haben⁸² – sämtliche Parameter der körperlichen Beschaffenheit eines Gewässers. Hinzu tritt auf der Wortlautebene, dass die Wasserrahmenrichtlinie nicht etwa auf eine physische Einwirkung, sondern vielmehr auf die durch eine menschliche Einwirkung *bedingte Beeinflussung* der physischen Gewässereigenschaften abstellt, die zweifellos auch durch stoffliche Parameter erfolgen kann, wie etwa im Falle einer stofflichen Beeinträchtigung der Fischfauna. Dies wird gerade dadurch verdeutlicht, dass – wie oben dargestellt wurde⁸³ – stoffliche Parameter unterstützende Kriterien für die Ermittlung des ökologischen Gewässerzustandes darstellen.⁸⁴ Diese durch die Richtlinie selbst unterstrichenen Zusammenhänge weisen ihrerseits auf ein weites Verständnis der in § 31 Abs. 2 Nr. 1 WHG angesprochenen Wirkungszusammenhänge.

Ist aber der Wortlaut auslegungsoffen, so müssen die Systematik der Richtlinie und die primärrechtlichen Vorgaben des unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes den Ausschlag geben: Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, dass bereits die Weite der rechtfertigenden Ausnahme-gründe und namentlich der weite Auffangtatbestand der dritten Alternative in § 31 Abs. 2 Nr. 2 WHG⁸⁵ einen Hin-

73 Vgl. nur BVerwG, Urteil vom 9.7.2008 – 9 A 14/07, NVwZ 2009, 302 (316).

74 Vgl. auch insoweit BVerwG (Fn. 56), S. 95 ff.; *Franzius* (Fn. 2).

75 So auch *Spieler* (Fn. 1), Anm. 4; *Stürer* (Fn. 1), S. 1054 f.; *Faßbender* (Fn. 2), S. 191, der auf entsprechende Beispiele in der Vollzugspraxis verweist.

76 Vgl. oben unter II.3. auf S. 197.

77 Vgl. oben in und bei Fn. 17 f.

78 So explizit *Ginzky*, in: *Giesberts/Reinhardt* (Fn. 30), § 31 WHG Rn. 9.

79 *Füßer/Lau* (Fn. 2), S. 593; dem folgend *Franzius* (Fn. 2).

80 *Faßbender* (Fn. 2), S. 191 f. m.w.N. zu älteren Aussagen in diesem Sinne.

81 Vgl. oben unter II. auf S. 197.

82 *Füßer/Lau* (Fn. 2), S. 593; *Faßbender* (Fn. 2), S. 191.

83 Vgl. oben unter III.1. auf S. 198 f.

84 *Faßbender* (Fn. 2), S. 192.

85 Vgl. zu diesem etwa *Czychowski/Reinhardt* (Fn. 17), § 31 Rn. 15; *Schmid*, in: *Berendes/Frenz/Müggenborg* (Fn. 17), § 31 Rn. 38 ff.

weis auf den breiten Ansatz dieses Ausnahmetatbestandes insgesamt liefert. Da die dort genannte Fallgruppe insoweit die Berücksichtigung nahezu sämtlicher sinnvoller Tätigkeiten ermöglicht,⁸⁶ wäre eine restriktive Auslegung der Einwirkungsmodalität systematisch nicht ohne Weiteres erklärbar.

Wichtiger noch ist das Verhältnis des Verschlechterungsverbots – in seiner durch den EuGH gefundenen Deutung – zu dem Ausnahmetatbestand. Verschlechterungsverbot und Ausnahmen bilden ein „System kommunizierender Röhren“, und der EuGH begründet die Weite seiner Definition der „Verschlechterung des Zustands“ eines Oberflächenwasserkörpers gerade mit dem Hinweis auf die Ausnahmetatbestände.⁸⁷ Die Wasserrahmenrichtlinie als Gesamtsystem muss dabei den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen und würde diesen nicht mehr gerecht, wenn sie gesellschaftlich notwendige Einleitungen selbst bei Vorliegen rechtfertigender Gründe generell als unzulässig behandelte.⁸⁸ Die durch den EuGH in den Ausnahmetatbeständen verortete „Interessenabwägung“ muss nach primärrechtlichen Grundsätzen möglich sein. Soweit also das Verschlechterungsverbot in der durch den EuGH ermittelten Definition auf Einleitungen Anwendung findet, muss konsequenterweise auch der Ausnahmetatbestand in § 31 Abs. 2 WHG in diesem Sinne interpretiert werden. Der Verfasser gibt daher seine bisherige restriktive Interpretation des Tatbestandsmerkmals „physische Veränderungen der Gewässerkörper“⁸⁹ insoweit auf und schließt sich der neuen vordringenden Gegenansicht an.

c) Über das Vorliegen einer neuen Veränderung der physischen Gewässereigenschaften hinaus müssen auch die weiteren in § 31 Abs. 2 Nr. 2–4 und Abs. 3 WHG normierten Voraussetzungen gegeben sein. Wegen der Voraussetzungen im Detail sei auf die einschlägigen Kommentierungen

gen dieser Vorschrift⁹⁰ sowie auf den einschlägigen Leitfa-den des Umweltbundesamts⁹¹ verwiesen; der jeweilige Antragsteller hat diese Voraussetzungen im Einzelnen darzustellen. Nach diesem Maßstab können auch Kraftwerksneubauten von übergeordnetem öffentlichen Interesse i.S.v. § 31 Abs. 2 Nr. 2 WHG sein, wenn das entsprechende Vorhaben der Daseinsvorsorge dient und dem Wohl der Allgemeinheit entspricht.⁹² Zudem ist darzulegen, dass keine *wesentlich* bessere Umweltoption i.S.v. § 31 Abs. 2 Nr. 3 WHG gegeben ist. Auch das Ergreifen aller praktisch geeigneten Maßnahmen zur Verringerung nachteiliger Auswirkungen i.S.v. § 31 Abs. 2 Nr. 4 WHG ist nachzuweisen. All diese Voraussetzungen müssen auch in der maßgeblichen Behördenentscheidung detailliert belegt werden.

4. Pflicht der Wasserbehörde zur Prüfung der Ausnahme – Zuständigkeiten

Das Vorliegen solcher Ausnahmetatbestände ist nach herrschender Sicht von der zuständigen Behörde dann, wenn die Ausnahme für die Zulassung einer beantragten Gewässerbenutzung erforderlich ist, von Amts wegen zu prüfen. Wie das VG Aachen in einer weithin beachteten Entscheidung feststellte, muss die Wasserbehörde im Rahmen jeder Entscheidung über eine Gewässerbenutzung in Betracht ziehen, „... ob eine Ausnahme von den Bewirtschaftungszielen nach § 31 Abs. 2 WHG in Betracht kommt“. Der entsprechende Zulassungsantrag sei insoweit auch ohne explizites Begehren „... dahin auszulegen, eine mögliche Ausnahme gemäß § 31 Abs. 2 WHG zu erhalten“. Fehlen entsprechende Aussagen der Behörde in einem ablehnenden Bescheid, so ist dies als Ermessensausfall ein Verstoß gegen § 12 Abs. 2 WHG i.V.m. § 40 VwVfG.⁹³ Diese Rollenverteilung wird im jüngsten Schrifttum durch die Forderung ergänzt, dass solche in Einzelverfahren erteilten Ausnahmen ggf. des Einvernehmens mit der für die Bewirtschaftungsplanung zuständigen Behörde bedürfen.⁹⁴

Die im Zulassungsverfahren jeweils zuständige Wasserbehörde muss sich also – zur Vermeidung eines Ermessensausfalls – im Falle der Erforderlichkeit einer Ausnahme mit den aufgeworfenen Fragen auseinandersetzen und Ermessenserwägungen anstellen, sofern sie die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Ausnahmeerteilung bejaht. Dabei vermittelt § 31 Abs. 2 WHG nach den Maßstäben der Schutznormtheorie einem Antragsteller, dessen Interessen nach den obigen Maßstäben die Inanspruchnahme einer Ausnahme rechtfertigen würden, einen *Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung*.⁹⁵

Darüber hinaus kann die Möglichkeit einer Ausnahmeerteilung namentlich bei Großfeuerungsanlagen mittelbar auch zum Gegenstand des entsprechenden immissionschutzrechtlichen Verfahrens werden: Zwar verdeutlicht § 13 BImSchG, dass jedenfalls Gewässerbenutzungen grundsätzlich nicht nach Immissionsschutzrecht, sondern nach

86 Anders indes – dies freilich gegen die ganz herrschende Lesart – Laskowski (Fn. 2), S. 545, nach deren Lesart „aus wirtschaftlichen Gründen eine Ausnahme nach Art. 4 Abs. 7 WRRL kaum zu rechtfertigen sein dürfte“.

87 EuGH (Fn. 1), Rn. 44 f.; Schlussanträge (Fn. 1), Rn. 75 ff.

88 Ähnlich Füßer/Lau (Fn. 2), S. 593; Reinhardt (Fn. 2), S. 328; vgl. auch bereits Reinhardt, EurUP 2015, S. 137 (141).

89 Durner, in: Landmann/Rohmer (Fn. 17), § 31 WHG (2013) Rn. 30.

90 Vgl. etwa Czychowski/Reinhardt (Fn. 17), § 31 Rn. 14 ff.; Durner, in: Landmann/Rohmer (Fn. 17), § 31 WHG (2013) Rn. 32 ff.; Spieth/Ip-sen (Fn. 17), S. 122 ff.

91 Borchardt/Richter/Völker/Anschütz/Hentschel/Roßnagel (Fn. 18).

92 Zu der zu Recht überwiegend abgelehnten These, dass an konventionellen Kohlekraftwerken kein übergeordnetes öffentliches Interesse bestehen könne, vgl. Faßbender (Fn. 2), S. 192.

93 Näher VG Aachen, Urteil vom 15.2.2013 – 7 K 1970/09, W+B 2013, 234 (240).

94 Faßbender (Fn. 2), S. 190; dem folgend Franzius (Fn. 2).

95 Dies entspricht jedenfalls der durch den Verfasser vertretenen, bislang unbestrittenen Rechtsauffassung, vgl. Durner, in: Landmann/Rohmer (Fn. 17), § 31 WHG (2013) Rn. 45.

Wasserrecht zu genehmigen sind.⁹⁶ Gleichwohl sind selbst im Falle einer eigenständigen Zulassung der Gewässerbenutzung die wasserrechtlichen Vorgaben gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG *zusätzlich* auch durch die Immissionsschutzbehörde zumindest als Element des Sachbescheidungsinteresses und damit nach Evidenz Gesichtspunkten zu prüfen.⁹⁷ Zu tendenziell strengeren Anforderungen führt die neue Konstruktion des OVG Münster, nach dessen Auffassung bei parallelen Zulassungsverfahren die Entscheidungs- und Prüfungsbefugnisse der Immissionsschutz- und der Wasserbehörden zwar gegeneinander abzugrenzen sind, aber miteinander „vollständig koordiniert“ werden müssen.⁹⁸ Nach beiden Maßstäben ist jedenfalls auch die Immissionsschutzbehörde ggf. verpflichtet, in Abstimmung mit den für den Gewässerschutz zuständigen Behörden die Möglichkeiten zur Erteilung einer Ausnahme nach § 31 Abs. 2 WHG zu prüfen.

VII. Keine Übertragbarkeit des Urteils auf das sog. Zielerreichungsgebot

Schließlich bedarf ein letzter Punkt der Klarstellung: Die Aussagen des EuGH-Urteils beziehen sich explizit lediglich auf das Verschlechterungsverbot, also die Pflicht, gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 WHG eine Verschlechterung des ökologischen und chemischen Zustands oberirdischer Gewässer bzw. nach § 27 Abs. 2 Nr. 1 WHG ihres ökologischen Potenzials und ihres chemischen Zustands zu vermeiden. Im Hinblick auf das in den jeweiligen Nummern 2 dieser Absätze normierte *Zielerreichungsgebot* hingegen wird in dem Urteil zwar die normative Verbindlichkeit des „Verbesserungsgebots“ betont,⁹⁹ das Urteil enthält jedoch keinerlei Aussagen, die die Zielerreichung zur Voraussetzung jeder einzelnen Zulassung oder Genehmigung für ein konkretes Vorhaben erklären würden. Insoweit bleiben die Maßstäbe bestehen, die schon bislang in der Rechtsprechung anerkannt sind.¹⁰⁰

Für dieses Ergebnis spricht bereits, dass sich die anzustrebenden ökologischen Ziele und damit der Inhalt der Zielerreichungspflicht überhaupt erst aus den jeweiligen wasserwirtschaftlichen Plänen ergeben.¹⁰¹ Ohne die zwischen geschalteten Pläne ist § 27 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 2 WHG also – zumindest im Hinblick auf den ökologischen Gewässerzustand – schlechterdings nicht subsumtionsfähig. Die Wirkung der Pläne auf die einzelne Gewässerbenutzung ist jedoch unzweifelhaft eine lediglich mittelbare.¹⁰²

In diesem Sinne erklärt auch der EuGH in der Entscheidung zur Weservertiefung, die Mitgliedstaaten seien vorbehaltlich der Gewährung einer Ausnahme verpflichtet,

„... die Genehmigung für ein konkretes Vorhaben zu versagen, wenn ... es die Erreichung eines guten Zustands eines Oberflächengewässers bzw. eines guten ökologischen Potenzials und eines guten chemischen Zustands eines Oberflächengewässers zu dem nach der Richtlinie maßgeblichen Zeitpunkt gefährdet“. (Rn. 51)

Damit stellen die Zielerreichungspflichten wie schon bisher gerade *keine unmittelbaren Zulassungsvoraussetzungen* der einzelnen Gewässerbenutzung dar, begrenzen jedoch die Spielräume des behördlichen Bewirtschaftungsermessens bei der Erteilung entsprechender Erlaubnisse bis hin zur zwingenden Versagung der beantragten Nutzung, soweit das angestrebte Bewirtschaftungsziel nur auf diese Weise realisiert werden kann.¹⁰³

VIII. Ergebnisse

Folgende Thesen lassen sich zusammenfassend als Ergebnis dieses Beitrags festhalten:

1. Es ist zweifelhaft, ob und wie weit die Maßstäbe des EuGH zum Inhalt des sog. „Verschlechterungsverbots“ in seiner Entscheidung zur Weservertiefung für den chemischen Gewässerzustand und darüber hinaus generell für Einleitungen überhaupt Geltung beanspruchen.
2. Verschiedene Gesichtspunkte sprechen für eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs der Maßstäbe des EuGH-Urteils auf physische Eingriffe in das Gewässer. Ihre Anwendung auf die Beurteilung stofflicher Einträge erfordert zumindest konkretisierende Anpassungen der Urteilsmaßstäbe oder erweiterte fachliche Konkretisierungsspielräume.

96 So für die ganz herrschende Sicht *Kremer*, ZUR 2009, 421 (424); vgl. zudem zu der umstrittenen Frage der Genehmigungsbedürftigkeit von Einträgen über den Luftpfad *Durner/Gies*, Ende der Kohlenutzung kraft europäischen Wasserrechts?, 2012, S. 8 ff.

97 So für die wohl vorherrschende Sicht etwa VGH Mannheim, Urteil vom 20.7.2011 – 10 S 2102/09, NuR 2012, 204 (220); *Kaster*, Das Verhältnis von immissionsschutzrechtlicher Genehmigung und wasserrechtlicher Erlaubnis, 1996, S. 87 jeweils m.w.N. auch zu anderen Ansichten. Dieser Maßstab entspricht der Grundregel, dass bei parallelen Genehmigungsregimen zur Vermeidung sich widersprechender Entscheidung eindeutige Zuständigkeiten gewährleistet sein müssen und allein die jeweils sachnähere Behörde verbindlich entscheiden kann, vgl. *Berger*, VerwArch 2009, 342 (349, 358 ff.); *Gaentzsch*, NJW 1968, 2787 (2792); *Jarass*, Konkurrenz, Konzentration und Bindungswirkung von Genehmigungen, 1984, S. 74 ff.

98 OVG Münster (Fn. 35), S. 374 f.; eingehend zu diesem Ansatz *Seibert*, W+B 2015, 95 ff.; zusammenfassend *ders.*, in: *Landmann/Rohmer* (Fn. 17), § 13 BImSchG (2013) Rn. 102.

99 Vgl. EuGH (Fn. 1), Rn. 39, 49.

100 So wohl auch *Elgeti* (Fn. 1), S. 138; lediglich in den Begrifflichkeiten abweichend – das Verbesserungsgebot sei im Einzelnen Verfahren zu beachten, dies indes unter dem „Vorbehalt“ einer Gefährdung –, im Ergebnis damit ebenfalls wie hier eingehend *Faßbender* (Fn. 2), S. 183 ff.

101 *Füßer/Lau* (Fn. 2), S. 590; *Durner*, in: *Landmann/Rohmer* (Fn. 17), § 27 WHG (2012) Rn. 20; *Faßbender* (Fn. 2), S. 186.

102 Näher *Durner*, NuR 2009, 77 ff.

103 So im Grundsatz bereits OVG Münster (Fn. 35), S. 376; ebenso BVerwG, Urteil vom 24.10.2013 – 7 C 36.11, NVwZ 2014, 515 (520); vgl. zu den parallelen Anforderungen bei der Einhaltung der Grenzwerte der 39. BImSchV auch BVerwG, Urteil vom 10.10.2012 – 9 A 19/11, NVwZ 2013, 649 (653).

3. Der EuGH hat keine Aussage getroffen, ob das Verschlechterungsverbot erst bei der Verschlechterung einer biologischen Qualitätskomponente i.S.d. Anhangs V der Richtlinie um eine Klasse oder sogar bereits bei Verschlechterung einer unterstützenden Komponente zum Tragen kommt. Die besseren Argumente sprechen aber für die erstgenannte enge Auslegung. Die Bedeutung der hydromorphologischen, chemischen und physikalisch-chemischen Komponenten bleibt daher grundsätzlich eine lediglich unterstützende.
4. Bei umweltrechtlichen Störungs- oder Verschlechterungsverboten werden zumeist Erheblichkeitsschwellen, Bagatellschwellen und Abschneidekriterien unterschieden. Zu diesen Figuren hat der EuGH nur unvollständig Position bezogen.
5. Bereits das durch den EuGH als maßgeblich erachtete Erfordernis der Verschlechterung einer Qualitätskomponente „um eine Klasse“ und die damit implizit als irrelevant angesehene Verschlechterung einer Qualitätskomponente innerhalb einer Klasse sind eine spezielle Form der Unerheblichkeit.
6. Zudem werden bei der Prognostizierung der Auswirkungen einer Einleitung auf den maßgeblichen Wasserkörper Abschneidekriterien weiterhin eine Rolle spielen.
7. Der EuGH erteilt zwar solchen „Erheblichkeitsschwellen“ eine ausdrückliche Absage, die auf eine Abwägung der negativen Auswirkungen auf die Gewässer gegen die wasserwirtschaftlichen Interessen hinauslaufen. Die fachliche Konkretisierungsbedürftigkeit des Verschlechterungsbegriffs lässt jedoch weiterhin Raum dafür, bei der Umsetzung der deskriptiven wörtlichen Maßstäbe in quantifizierende Zahlenwerke auch mit Irrelevanzkriterien zu arbeiten und solche Einträge in ein Gewässer zuzulassen, die sich auf dessen Zustand in keiner relevanten Weise auswirken.
8. Eine temporäre Verschlechterung kann künftig nicht mehr dadurch gerechtfertigt werden, dass sie zum Ende des Bewirtschaftungszyklus durch kompensatorische Maßnahmen ausgeglichen wird.
9. Es bleibt indes möglich, durch kompensatorische Verbesserungen, die in unmittelbarem zeitlichen und genehmigungstechnischen Zusammenhang mit der Erteilung einer Einleiterlaubnis oder Genehmigung zur Indirekteinleitung festgesetzt und umgesetzt werden, eine auch nur vorübergehende Verschlechterung des maßgeblichen Gewässerkörpers effektiv zu verhindern.
10. Ausnahmen vom Verschlechterungsverbot können auch vorsorglich erteilt werden.
11. Als einziger ansatzfähiger Ausnahmetatbestand kommt insoweit für Einleitungen § 31 Abs. 2 WHG in Betracht.
12. Werden die Maßstäbe des Weservertiefungs-Urteils auf Einleitungen und auf den chemischen Gewässerzustand übertragen, ist das Merkmal „physische Veränderungen der Gewässerkörper“ in § 31 Abs. 2 Nr. 1 WHG dahingehend auszulegen, dass es auch Einleitungen erfasst.
13. Das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes des § 31 Abs. 2 WHG ist von der zuständigen Behörde dann, wenn die Ausnahme für die Zulassung einer beantragten Gewässerbenutzung erforderlich ist, von Amts wegen zu prüfen.
14. Die Aussagen des EuGH-Urteils beziehen sich allein auf die Verschlechterungsverbot gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 WHG, nicht jedoch auf das in den jeweiligen Nrn. 2 dieser Absätze normierte Zielerreichungsgebot.