

Rechtsgutachten

zu Fragen

der Schaffung der ökologischen Durchgängigkeit von Fließgewässern

im Auftrag des Bayerischen Industrie- und Handelskammertag e.V.
Max-Joseph-Straße 2
80333 München

vorgelegt von Rechtsanwälten Füßer & Kollegen, Leipzig

im Oktober 2025

Inhaltsverzeichnis

I	Anlass und Aufgabenstellung.....	5
II	Rechtliche Würdigung.....	6
1	Errichtung neuer Anlagen, § 34 I WHG	6
1.1	Stauanlagen	7
1.2	Durchgängigkeit.....	7
1.3	Geeignete technische Einrichtungen.....	9
1.4	Erforderlichkeit.....	10
1.4.1	Verschlechterungsverbot	10
1.4.2	Verbesserungsgebot.....	12
1.4.3	Ausnahme nach § 31 II WHG	13
1.4.3.1	Neue Veränderung	14
1.4.3.2	Interessenabwägung.....	14
1.4.3.3	Alternativenprüfung.....	16
1.4.3.4	Rechtsfolge: Minimierungspflicht.....	17
1.4.4	Bewirtschaftungsgrundsätze, § 6 WHG.....	18
2	Bestandsanlagen, § 34 II WHG	19
2.1	Ermächtigungsgrundlage.....	20
2.2	Durchgängigkeit an Stauanlagen	21
2.3	Erforderlichkeit.....	21
2.3.1	Verschlechterungsverbot	21
2.3.2	Verbesserungsgebot.....	22
2.3.2.1	Grundsatz: Vermutung der Erforderlichkeit	23
2.3.2.2	Ausnahme: Erledigung wegen Zweckerreichung	24
2.3.2.2.1	Erledigung durch Zweckerreichung	24
2.3.2.2.1.1	Ökologischer Zustand „gut“	28
2.3.2.2.1.2	Qualitätskomponente Durchgängigkeit „gut“	30
2.3.2.2.1.3	Qualitätskomponente Fische „gut“	30
2.3.2.2.1.4	Rechtsfolge der Erledigung.....	33
2.3.2.2.2	Gerichtliche Inzidenzkontrolle.....	33
2.3.3	Ausnahme nach § 31 II WHG	35
2.3.4	Bewirtschaftungsgrundsätze, § 6 WHG.....	37
2.4	Rechtsfolge.....	37
2.4.1	Ermessen.....	37
2.4.2	Verhältnismäßigkeit.....	38
3	Fischereirecht	39
3.1	Tatbestand.....	40
3.2	Rechtsfolge.....	42
4	EU-Wiederherstellungsverordnung.....	43

Das vorliegende Rechtsgutachten geht der Frage nach, ob und unter welchen Voraussetzungen der Betrieb von Wasserkraftanlagen mit Verpflichtungen zur Schaffung bzw. Wiederherstellung der ökologischen Durchgängigkeit von Fließgewässern einhergeht. Im Ergebnis konnte dabei Folgendes festgehalten werden:

1. Die Schaffung bzw. Wiederherstellung der ökologischen Durchgängigkeit von Fließgewässern hat in § 34 WHG eine explizite Regelung erfahren. Während § 34 I WHG Neugenehmigungen betrifft, enthält § 34 II WHG eine Regelung zu Bestandsanlagen.
2. Das maßgebliche Durchgängigkeitshindernis sieht der Gesetzgeber nicht in einer bestimmten Gewässerbenutzung, sondern in der Existenz von Stauanlagen, womit sämtliche Querbauwerke gemeint sind. Die Vorgaben zur Schaffung bzw. Wiederherstellung der Durchgängigkeit sind daher auch im Anlagenrecht und nicht in den Vorschriften zur Gewässerbenutzung verortet.
3. In der Konsequenz dieses anlagenrechtlichen Schutzansatzes liegt die primäre Verantwortlichkeit für die Schaffung bzw. Wiederherstellung der ökologischen Durchgängigkeit von Fließgewässern beim Eigentümer bzw. Betreiber der Stauanlage. Stellt die Wasserkraftnutzung nicht den primären Zweck einer Stauanlage dar, liegt die Verantwortlichkeit mithin regelmäßig nicht beim Betreiber der Wasserkraftanlage.
4. § 34 WHG beinhaltet kein Verbot für Stauanlagen, sondern verpflichtet unter den dort genannten Voraussetzungen lediglich zur Ergreifung technischer Maßnahmen, die das jeweils erforderliche Mindestmaß an Durchgängigkeit sicherstellen.
5. Ob und welche Maßnahmen im Einzelfall ergriffen werden müssen, richtet sich nach den Bewirtschaftungszielen des § 27 WHG. Demnach darf die Stauanlage keine Verschlechterung des ökologischen Zustands bzw. ökologischen Potenzials bewirken (Verschlechterungsverbot). Maßgeblich ist dabei vor allem die biologische Qualitätskomponente Fische. Darüber hinaus darf es nicht zu Konflikten mit dem einschlägigen Maßnahmenprogramm nach § 82 WHG kommen (Verbesserungsgebot).
6. Während im Anwendungsbereich des § 34 I WHG dem Verschlechterungsverbot maßgebliche Bedeutung zukommt, ist bei Bestandsanlagen gemäß § 34 II WHG das Verbesserungsgebot entscheidend. Da das Verbesserungsgebot auf die Erreichung eines guten ökologischen Zustands bzw. guten ökologischen Potenzials orientiert, kann eine weitergehende Verbesserung nach Erreichung dieses Ziels nicht gefordert werden. Maßgeb-

lich ist dabei wiederum in erster Linie die biologische Qualitätskomponente Fische. Sollten sich trotz Erreichung eines guten ökologischen Zustands bzw. guten ökologischen Potenzials im einschlägigen Maßnahmenprogramm noch Vorgaben zur Wiederherstellung der ökologischen Durchgängigkeit finden, so sind diese Vorgaben wegen Zweckerreichung obsolet geworden.

7. Soweit das Verschlechterungsverbot und/oder das Verbesserungsgebot verletzt wird, hat die Wasserbehörde von Amts wegen eine mögliche Ausnahme nach § 31 II WHG zu prüfen. Hierbei kommt es im Schwerpunkt auf eine Interessenabwägung zwischen der Nutzung der Wasserkraft als erneuerbare Energiequelle und den Nachteilen für den Gewässerschutz im konkreten Einzelfall an. Aufgrund der Gewichtungs- bzw. Vorrangregelung des § 2 EEG kommt der Wasserkraftnutzung in der Regel ein mindestens hohes Gewicht im Rahmen dieser Interessenabwägung zu.
8. Weitergehende, über die Vorgaben des § 27 WHG einschließlich der Ausnahmemöglichkeit nach § 31 II WHG hinausreichende Pflichten zur Ergreifung von Maßnahmen zur Schaffung bzw. Wiederherstellung der ökologischen Durchgängigkeit von Fließgewässern lassen sich aus § 34 WHG nicht herleiten und sind wegen der Spezialnorm des § 34 WHG auch nicht aus anderen Vorschriften des Wasserhaushaltsgesetzes ableitbar. Strengere Anforderungen ergeben sich auch weder aus dem Bayerischen Wassergesetz noch aus dem Bayerischen Fischereigesetz.
9. Zusätzliche Anforderungen können zukünftig möglicherweise aus der EU-Wiederherstellungsverordnung resultieren. Konkret beurteilen lässt sich dies jedoch erst nach Vorliegen des hierfür zentralen nationalen Wiederherstellungsplans.

I Anlass und Aufgabenstellung

Bis zum 22. Dezember 2027 sollen sich entsprechend den Vorgaben der EU-Wasserrahmenrichtlinie (WRRL)¹ alle oberirdischen Gewässer in einem guten ökologischen Zustand bzw. in einem guten ökologischen Potenzial und in einem guten chemischen Zustand befinden. Im Zuge dessen wird seitens der Wasserbehörden verstärkt die Schaffung der ökologischen Durchgängigkeit an Fließgewässern gefordert.

Diese Forderung richtet sich in besonderem Maße an Betreiber von Wasserkraftanlagen. Ihre Umsetzung ist in der Regel mit erheblichen Kosten verbunden, die nicht selten die Wirtschaftlichkeit des Betriebs der Wasserkraftanlage in Frage stellen. Hinzu kommen Ertragseinbußen infolge der Abgabe von Wasser für Fischwechsellanlagen, das dann für die Energieerzeugung nicht mehr zur Verfügung steht.

Damit ist die Frage aufgeworfen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Forderung der Schaffung der ökologischen Durchgängigkeit berechtigt ist. Dieser Frage geht das vorliegende Rechtsgutachten nach.

¹ Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl. EU L 327, S. 1; zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/101/EU vom 30.10.2014, ABl. EU L 311, S. 32.

II Rechtliche Würdigung

Die Schaffung der ökologischen Durchgängigkeit wird vor allem – bezogen auf Neugenehmigungen – in § 34 I WHG (sogleich 1) und – bezogen auf Bestandsanlagen – in § 34 II WHG (nachfolgend 2) adressiert. Darüber hinaus finden sich Vorgaben hierzu im Fischereirecht (sodann 3) und möglicherweise auch in der EU-Wiederherstellungsverordnung (zuletzt 4).

1 Errichtung neuer Anlagen, § 34 I WHG

Ausweislich des § 34 I WHG dürfen die Errichtung, die wesentliche Änderung und der Betrieb von Stauanlagen nur zugelassen werden, wenn durch geeignete Einrichtungen und Betriebsweisen die Durchgängigkeit des Gewässers erhalten oder wiederhergestellt wird, soweit dies erforderlich ist, um die Bewirtschaftungsziele nach Maßgabe der §§ 27 bis 31 zu erreichen.

Die Vorschrift stellt eine anlagenrechtliche Spezialregelung dar, die die allgemeinen gesetzlichen Anforderungen an Anlagen in, an, über und unter Gewässern gemäß § 36 WHG verdrängt.² Sie enthält materiell-rechtliche Anforderungen an die Errichtung, wesentliche Änderung und den Betrieb von Stauanlagen. Da solche Anlagen gemäß Art. 20 I BayWG einem präventiven Genehmigungsvorbehalt unterliegen, sind die Anforderungen des § 34 I WHG in diesem behördlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen. Die Vorschrift verbietet dabei die Errichtung neuer Durchgängigkeitshindernisse nicht, sondern unterwirft diese einem Vermeidungsgebot.³

Aufgrund dieses Anlagenbezugs statuiert § 34 I WHG keine zwingenden Anforderungen für die Erteilung einer wasserrechtlichen Benutzungserlaubnis im Sinne des § 8 WHG.⁴ Anlagenrecht und Benutzungsrecht unterliegen im Wasserrecht vielmehr selbstständigen Gestattungsverfahren und voneinander grundsätzlich unabhängigen Gestattungsvoraussetzungen.⁵ § 34 I WHG entfaltet lediglich in anlagenrechtlichen Genehmigungsverfahren Relevanz als materiell-rechtlicher Prüfungspunkt.

Handelt es sich um eine neu zu genehmigende Wasserkraftanlage wird neben der Gestattung der Gewässerbenutzung nach § 8 WHG indes auch über die Zulässigkeit der Gewässerbenutzungsanlagen entschieden, wozu – außer bei Mitnutzung einer unverändert bleibenden bestehenden Stauanlage – grundsätzlich

² Czychowski/Reinhardt, WHG, 13. Aufl. 2023, § 34 Rn. 2; Knopp/Schenk, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG AbwAG, 59. EL Aug. 2024, § 34 Rn. 7.

³ Lau, in: Schink/Fellenberg, GK-WHG, Hürth 2021, § 34 Rn. 14.

⁴ So aber wohl BayVGH, Beschl. v. 5.9.2019 – 8 ZB 16.1851, BeckRS 2019, 27358, Rn. 12.

⁵ SächsOVG, Beschl. v. 10.11.2021 – 4 B 280/21, BeckRS 2021, 36527, Rn. 16.

auch die Errichtung oder Änderung einer Stauanlage gehört. Daher findet § 34 I WHG in diesem Fall über das mit abzuarbeitende Anlagenrecht Anwendung.

Verantwortlich im Sinne der Norm ist der Eigentümer bzw. Betreiber der Stauanlage.⁶ Dies kann bei Wasserkraftanlagen zugleich der Gewässerbenutzer, also der Betreiber der Wasserkraftanlage sein. Betreiber der Stauanlage sind auch Erbbauberechtigte. Die Verantwortlichkeit kann aber auch auseinanderfallen, etwa wenn die Stauanlage vorrangig anderen Zwecken dient (z.B. der Schifffahrt, dem Hochwasserschutz, der Teichwirtschaft) und von der Wasserkraftanlage nur mitgenutzt wird. Dass der Wasserkraftanlagenbetreiber von der Stauanlage möglicherweise den größeren wirtschaftlichen Nutzen hat, ändert an der sich aus dem Anlagenbezug des § 34 I WHG ergebenden primären Verantwortlichkeit des Betreibers der Stauanlage nichts. Dem müsste vielmehr ggf. über privatrechtliche Vereinbarungen über die Kostenteilung zwischen dem Betreiber der Stauanlage und dem Wasserkraftanlagenbetreiber Rechnung getragen werden.

Anlagenrechtlicher Anknüpfungspunkt ist die Stauanlage (sogleich 1.1). Diese wird in § 34 I WHG ausschließlich hinsichtlich ihrer Durchgängigkeit weiteren Zulassungsvoraussetzungen unterworfen (sodann 1.2). Als taugliche Vermeidungsmaßnahmen benennt der § 34 I WHG geeignete technische Einrichtungen und Betriebsweisen (daraufhin 1.3). Dabei unterliegt das Vermeidungsgebot dem Vorbehalt der Erforderlichkeit (abschließend 1.4).

1.1 Stauanlagen

Der Anwendungsbereich des § 34 I WHG beschränkt sich dem Wortlaut nach auf Stauanlagen. Dem Schutzzweck der Norm nach ist dabei ein weites Begriffsverständnis zu Grunde zu legen. Dieses beschränkt sich nicht nur auf das Verständnis aus den einschlägigen technischen Regelwerken, sondern umfasst alle Querbauten im Gewässer mit Barrierewirkung.⁷

Unerheblich ist es zudem, ob die anlagenbedingte bauliche Barrierewirkung beabsichtigt ist oder nicht. Vielmehr kommt es ausschließlich auf die tatsächlichen Auswirkungen der Anlage als Durchgängigkeitshindernis an.⁸

1.2 Durchgängigkeit

Bezugspunkt des § 34 I WHG ist die Durchgängigkeit. „Durchgängigkeit“ meint dabei die weitestgehend ungehinderte Möglichkeit zu natürlichen Wande-

⁶ Vgl. VG Freiburg i.B., Urt. v. 5.4.2017 – 4 K 630/16, juris, Rn. 53.

⁷ VGH Bad.-Württ., Urt. v. 4.6.2025 – 14 S 1024/24, juris, Rn. 96.

⁸ Lau, in: Schink/Fellenberg, GK-WHG, Hürth 2021, § 34 Rn. 11.

rungsbewegungen⁹ bzw. Passierbarkeit insbesondere für Wanderfischpopulationen.¹⁰ Die ungestörte Durchwanderbarkeit wird vom Gesetzgeber als Voraussetzung für die Besiedlung mit wandernden Fischarten, wie etwa Lachsen und Aalen, angesehen.¹¹ Umstritten ist, ob Durchgängigkeit auch den ungestörten Geschiebe- und Sedimenttransport meint.¹²

Als Störungsquelle der angestrebten Gewässerdurchgängigkeit nimmt der § 34 WHG die physische Barrierewirkung baulicher Anlagen in den Blick.¹³ Nicht vom Schutzzweck des § 34 WHG erfasst sind damit durchgängigkeitsstörende Gewässerbenutzungen im Sinne des § 9 WHG oder sonstige denkbare Beeinträchtigungen der Durchgängigkeit, wie etwa unterschiedliche Temperaturniveaus oder Wasserqualitäten¹⁴ oder auch unzureichende Abflussverhältnisse. Insbesondere dieses zuletzt genannte Durchgängigkeitshindernis (unzureichende Wassermenge im Gewässer) wird selbstständig und unabhängig von § 34 WHG in § 33 WHG adressiert. Wie § 34 WHG dient auch § 33 WHG der materiell-rechtlichen Umsetzung der EU-Wasserrahmenrichtlinie in das deutsche Recht. Diese Vorschrift nimmt allerdings anders als § 34 WHG nicht die physischen Barrieren in den Blick, sondern Beeinträchtigungen, die durch Gewässerbenutzungen entstehen können. § 33 WHG knüpft mit dem Tatbestandsmerkmal des Aufstaus an den Gewässerbenutzungstatbestand des § 9 I Nr. 2 WHG an.

Beide Vorschriften ergänzen sich, wenn es um die Herstellung der Gewässerdurchgängigkeit geht, überschneiden sich in ihren Anwendungsbereichen allerdings nicht.

In gleicher Weise ist § 34 WHG von § 35 WHG abzugrenzen.¹⁵ Dieser zielt auf den Schutz der Fischpopulation, welche gerade durch eine Wasserkraftnutzung,

⁹ Czychowski/Reinhardt, WHG, 13. Aufl. 2023, § 34 Rn. 10; VGH Bad.-Württ., Urt. v. 4.6.2025 – 14 S 1024/24, juris, Rn. 94, der von ungestörter Migration aquatischer Organismen spricht.

¹⁰ Riedel, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOk Umweltrecht, 75. Edt. 1.7.2025, § 34 WHG Rn. 16; Durner, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 107. EL Mai 2025, § 34 WHG Rn. 19.

¹¹ BVerwG, Urt. v. 17.12.2021 – 7 C 9.20, BVerwGE 174, 322 (Rn. 22).

¹² Bejahend Drost, in: ders. et al., Das neue Wasserrecht in Bayern, Losebl. Stand: Aug. 2023, § 34 WHG Rn. 21; Durner, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 107. EL Mai 2025, § 34 WHG Rn. 19; verneinend Riedel, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 75. Edt. 1.7.2025, § 34 WHG Rn. 16; BT-Drs. 16/12275, S. 61.

¹³ Riedel, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 75. Edt. 1.7.2025, § 34 WHG Rn. 16; VGH Bad.-Württ., Urt. v. 4.6.2025 – 14 S 1024/24, juris, Rn. 94.

¹⁴ Riedel, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 75. Edt. 1.7.2025, § 34 WHG Rn. 16; Niesen, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, BKom WHG, 2. Aufl. 2017, § 34 Rn. 16.

¹⁵ Ausführlich dazu: Reinhardt, Gewässerdurchgängigkeit und Schutz der Fischpopulation an Bundeswasserstraßen, August 2011, S. 24

insbesondere durch die Turbinen, gefährdet werden könnte.¹⁶ Beide Vorschriften können zusammen anwendbar sein – etwa im Falle einer Wasserkraftanlage – müssen es jedoch nicht, etwa bei Stauanlagen zu Zwecken des Hochwasserschutzes oder der Schiffbarkeit. Im letzteren Falle bestehen zwar physische Durchgängigkeitshindernisse, die von § 34 WHG in den Blick genommen werden, jedoch keine Wasserkraftnutzung nach § 35 WHG, sodass dessen Anwendung ausscheidet.

1.3 Geeignete technische Einrichtungen

Als Vermeidungsmaßnahmen erkennt der § 34 I WHG sowohl geeignete Einrichtungen als auch geeignete Betriebsweisen an. Einrichtungen meint technische Lösungen, wie etwa Fischwege und Fischwechselanlagen. Als Vermeidungsmaßnahme in Gestalt einer Betriebsweise kommen bestimmte Stauregime und die Regulierung des Stauumfangs in Betracht.¹⁷

Diese Vermeidungsmaßnahmen sind nur dann zulässig, wenn sie tatsächlich geeignet sind, die Durchgängigkeitsbeeinträchtigungen zu vermeiden. Da § 34 I WHG im Rahmen eines Zulassungsverfahrens Anwendung findet, erfordert die Bejahung der Geeignetheit eine positive Prognose der Eignung. Der Prognosemaßstab orientiert sich dabei an den Grundsätzen der ordnungsbehördlichen Gefahrenabwehr.¹⁸

Auf der anderen Seite hat das Tatbestandsmerkmal der Geeignetheit einschränkende Wirkung. Die Behörde kann im Rahmen des Zulassungsverfahrens nicht die effektivste oder modernsten Fischwechselanlagen einfordern oder einen bestimmten Typ der Fischwechselanlage vorschreiben. Vielmehr steht dem Betreiber ein Wahlrecht zu.¹⁹

Die Geeignetheit ist jedenfalls bei Fischaufstiegsanlagen dann gewahrt, wenn die Errichtung dem Stand der Technik entspricht, wie er im DWA-Merkblatt 509 zum Ausdruck kommt.²⁰ Dies bedeutet allerdings umgekehrt nicht, dass jede Ausgestaltung, die von den Vorgaben des DWA-Merkblattes abweicht, per se ungeeignet wäre. Vielmehr ist in diesen Konstellationen im jeweiligen Einzelfall eine Eignungsprognose erforderlich, aber auch zulässig.

¹⁶ Zum Schutzzweck des § 35 WHG VG Halle (Saale), Urt. v. 28.11.2024 – 4 A 283/22HAL, juris, Rn. 81.

¹⁷ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 13. Aufl. 2023, § 34 Rn. 16.

¹⁸ *Lau*, in: Schink/Fellenberg, GK-WHG, Hürth 2021, § 34 Rn. 19.

¹⁹ *Knopp/Schenk*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, 59. EL Aug. 2024), § 34 WHG Rn. 21a.

²⁰ VG Halle (Saale), Urt. v. 28.11.2024 – 4 A 283/22 HAL, juris, Rn. 81.

Dies gilt umso mehr hinsichtlich der Einrichtungen zum Fischabstieg, da sich hier noch kein Stand der Technik herausgebildet hat.²¹

1.4 Erforderlichkeit

Die Pflicht zur Herstellung geeigneter Einrichtung und Betriebsweisen zur Gewährleistung der Gewässerdurchgängigkeit steht gemäß § 34 I WHG unter dem Vorbehalt der Erforderlichkeit. Es handelt sich um ein einschränkendes Tatbestandsmerkmal. Die Gewässerdurchgängigkeit ist nur insoweit herzustellen, wie „dies erforderlich ist, um die Bewirtschaftungsziele nach Maßgabe der §§ 27 bis 31 zu erreichen.“ Der Maßstab der Erforderlichkeit folgt damit ausschließlich aus den Vorgaben der EU-Wasserrahmenrichtlinie, die – bezogen auf oberirdische Gewässer – mit den §§ 27 bis 31 WHG in deutsches Recht umgesetzt werden.

Das einschränkende Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit verweist dabei nicht nur auf die materiellen Gebote und Verbote des § 27 WHG, sondern umfassend auf die „§§ 27 bis 31“. Daher ist auch die Prüfung von Abweichungen gemäß § 30 WHG sowie von Ausnahmen gemäß § 31 WHG Teil der Erforderlichkeitsprüfung. Zudem hängt der Umfang der Erforderlichkeit davon ab, ob ein Gewässer nach § 28 WHG als künstlich oder erheblich verändert eingestuft worden ist.

Das Maß der Erforderlichkeit richtet sich daher in erster Linie nach dem Verschlechterungsverbot des § 27 I Nr. 1 bzw. II Nr. 1 WHG (sogleich 1.4.1) und nach dem Verbesserungsgebot des § 27 I Nr. 2 bzw. II Nr. 2 WHG (anschließend 1.4.2). Die Wasserbehörde hat sodann ggf. zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer Ausnahme gegeben sind (danach 1.4.3). Die Bewirtschaftungsgrundsätze des § 6 WHG spielen hingegen bei der Prüfung der Erforderlichkeit keine Rolle (zuletzt 1.4.4).

1.4.1 Verschlechterungsverbot

Gemäß § 27 I Nr. 1 WHG sind oberirdische Gewässer, soweit sie nicht nach § 28 als künstlich oder erheblich verändert eingestuft werden, so zu bewirtschaften, dass eine Verschlechterung ihres ökologischen und ihres chemischen Zustands vermieden wird. Nach § 27 II Nr. 1 WHG sind oberirdische Gewässer, die nach § 28 als künstlich oder erheblich verändert eingestuft werden, so zu bewirtschaften, dass eine Verschlechterung ihres ökologischen Potenzials und ihres chemischen Zustands vermieden wird.

Eine Verschlechterung des ökologischen Zustands bzw. Potenzials im Sinne von § 27 I und II WHG liegt vor, sobald sich der Zustand mindestens einer biologischen Qualitätskomponente der Anlage 3 Nr. 1 zur Oberflächengewässerver-

²¹ Lau, in: Schink/Fellenberg, GK-WHG, Hürth 2021, § 34 Rn. 20.

ordnung (OGewV) um eine Klasse verschlechtert, auch wenn diese Verschlechterung nicht zu einer Verschlechterung der Einstufung des insoweit maßgeblichen Oberflächenwasserkörpers insgesamt führt. Ist die betreffende biologische Qualitätskomponente bereits in der niedrigsten Klasse eingeordnet, stellt jede Verschlechterung dieser Komponente eine Verschlechterung des Zustands eines Oberflächenwasserkörpers dar.²²

Maßgebend kommt es vorrangig auf eine Zustandsklassenverschlechterung der biologischen Qualitätskomponenten an und erst, wenn sich diese bereits in der schlechtesten Klasse befindet, führt jede Verschlechterung einer biologischen Qualitätskomponente zu einem Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot. Zugleich ist damit auch klargestellt, dass die bloße Verschlechterung von unterstützenden Qualitätskomponenten, wie etwa der Durchgängigkeit an einem Fluss, dann keinen Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot darstellt, wenn dies keinen Einfluss auf die Bewertung der ökologischen Qualitätskomponenten hat bzw. auf diese nicht „durchschlägt“²³:

„Daraus folgt, dass eine negative Veränderung von unterstützenden QK (auch solchen in der niedrigsten Klassenstufe) für die Annahme einer Verschlechterung nicht ausreicht. Vielmehr muss die Veränderung zu einer Verschlechterung einer biologischen QK führen.“²⁴Die Neuerrichtung oder wesentliche Änderung einer Stauanlage als neues bzw. stärkeres Durchgängigkeitshindernis verstößt daher nur dann gegen das Verschlechterungsverbot, wenn damit prognostisch eine Verschlechterung im oben genannten Sinne hinsichtlich einer biologischen Qualitätskomponenten verbunden ist. Da die Auswirkungen auf die biologischen Qualitätskomponenten selten anhand direkter Wirkbeziehungen beurteilt werden können, kommt es für eine Prognose regelmäßig auf die Auswirkungen auf die unterstützenden Qualitätskomponenten an.²⁵

Im Rahmen der Verschlechterungsprognose sind zudem Wirkpfade und Wirkbeziehungen zwischen den der physischen Durchgängigkeitsbarriere einer Stauanlage und den biologischen Qualitätskomponenten in den Blick zu nehmen. Das Verschlechterungsverbot gilt kausalitätsbezogen.²⁶

In der Rechtsprechung wird ein solcher Wirkpfad zwischen der Errichtung eines Durchgängigkeitshindernisses allein zur biologischen Qualitätskomponente Fischfauna gesehen:

²² BVerwG, Urt. v. 9.2.2017 – 7 A 2.15, BVerwGE 158, 1 (Ls. 3).

²³ VG Sigmaringen, Urt. V. 14.11.2018 – 10 K 118/17, juris, Rn. 217.

²⁴ BVerwG, Urt. v. 9.2.2017 – 7 A 2.15, BVerwGE 158, 1 (Rn. 499).

²⁵ *Hanusch/Sybertz*, Anliegen Natur 2018, 95 (101f.).

²⁶ VG Sigmaringen, Urt. v. 14.11.2018 – 10 K 118/17, juris, Rn. 215.

„Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die im Hinblick auf den ökologischen Zustand hier allein relevante biologische Qualitätskomponente die Zusammensetzung, Abundanz und Altersstruktur der Fischfauna betrifft (Tabelle 1.1.1 Anlage V WRRL, Ziffer 1. Anlage 3 OGewV) und die Durchgängigkeit des Flusses lediglich eine hydromorphologische Qualitätskomponente in Unterstützung der biologischen Komponente darstellt. D.h. ein Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot läge nur dann vor, wenn sich der Zustand der Fischfauna durch das Vorhaben der Klägerin ohne Fischaufstiegsanlage um eine Klasse verschlechtern würde.“²⁷

Grund dafür ist der Umstand, dass Fische unter allen Arten auf Verschlechterungen der Gewässerdurchgängigkeit am sensibelsten reagieren und daher als Indikatorarten herangezogen werden können. Im Wege eines Erst-Recht-Schlusses kann das Ausbleiben einer Verschlechterung für die Qualitätskomponente Fischfauna daher auch auf die Qualitätskomponente benthische wirbellose Fauna übertragen werden. Bei den übrigen biologischen Qualitätskomponenten Makrophyten und Phytobenthos handelt es sich um immobile Wasserpflanzen. Die Erreichung eines guten ökologischen Zustands dieser Qualitätskomponenten weist keinen Wirkpfad oder kausalen Zusammenhang zum Bestehen oder Fehlen physischer Durchgängigkeitshindernisse auf.

1.4.2 Verbesserungsgebot

Neben das Verschlechterungsverbot tritt selbstständig das Verbesserungsgebot.²⁸ Gemäß § 27 I Nr. 2 WHG sind oberirdische Gewässer, soweit sie nicht nach § 28 als künstlich oder erheblich verändert eingestuft werden, so zu bewirtschaften, dass ein guter ökologischer und ein guter chemischer Zustand erhalten oder erreicht werden. Nach § 27 II Nr. 2 WHG sind oberirdische Gewässer, die nach § 28 als künstlich oder erheblich verändert eingestuft werden, so zu bewirtschaften, dass ein gutes ökologisches Potenzial und ein guter chemischer Zustand erhalten oder erreicht werden.

Das Verbesserungsgebot entfaltet im Rahmen von Zulassungsverfahren dann eine Verbotswirkung, wenn das konkrete Vorhaben die Erreichung eines guten Zustands eines Oberflächengewässers gefährdet. Maßgeblich ist, ob die Folgewirkungen des Vorhabens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit faktisch zu einer Vereitelung der Bewirtschaftungsziele führen können.²⁹

Da das Verbesserungsgebot planakzessorisch ausgestaltet ist, kommt es dabei vorrangig darauf an, ob die Zulassung des Vorhabens die Wirkung der in den

²⁷ VG Halle (Saale), Urt. v. 28.11.2024 – 4 A 283/22 HAL, juris, Rn. 69.

²⁸ BVerwG, Urt. v. 2.11.2017 – 7 C 25.15, NVwZ 2018, 986 (Rn. 59 f.).

²⁹ BVerwG, Urt. v. 9.2.2017 – 7 A 2.15, BVerwGE 158, 1 (Rn. 582).

Maßnahmenprogrammen enthaltenen Einzelmaßnahmen konterkariert.³⁰ Hierauf wird noch näher im Zusammenhang mit bestehenden Stauanlagen zurückzukommen sein (siehe unten 2.3.2).

1.4.3 Ausnahme nach § 31 II WHG

Grundsätzlich muss jeder belastende oder einschränkende Verwaltungsakt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerecht werden. Dies fordert bereits das Rechtsstaatlichkeitsgebot des Art. 20 III GG.

Im Falle der EU-Wasserrahmenrichtlinie sind Verhältnismäßigkeitserwägungen bereits richtlinienimmanent vorgezeichnet und vor allem in § 31 WHG umgesetzt.³¹ Während § 31 I WHG die Zulässigkeit vorübergehender Verschlechterungen eröffnet, ist nach § 31 II WHG auch die dauerhafte Abweichung vom Zielzustand der EU-Wasserrahmenrichtlinie zulässig. Es handelt sich dabei nicht um eine eng auszulegende Ausnahmegesetzvorschrift, sondern um eine allgemeine Abwägungsklausel,³² die dem Ausgleich widerstreitender Interessen an einem Gewässer dient.³³ Die Ausnahmegesetzvorschrift ist integraler Bestandteil der Bewirtschaftungsziele der Wasserrahmenrichtlinie,³⁴ sodass Bewirtschaftungsziele und Ausnahmen eine sachliche Einheit bilden.³⁵ Daher ist zutreffend auch in der Rechtsprechung festgehalten worden:

„Diese Ausnahme von den Bewirtschaftungsziele ist von Amts wegen zu prüfen, selbst wenn ein solcher Antrag nicht ausdrücklich gestellt worden ist.“³⁶

Für die Neuerrichtung von Stauanlagen für den Betrieb von Wasserkraftanlagen können die Tatbestandsvoraussetzungen einer Ausnahme nach § 31 II WHG vorliegen. Nachteilige Gewässerveränderungen beruhen in diesen Fällen auf neuen Veränderungen im Sinne des § 31 II 1 Nr. 1 WHG (sogleich 1.4.3.1). Darüber hinaus müssen die Interessenabwägung (sodann 1.4.3.2) und die Alternativenprüfung (anschließend 1.4.3.3) zugunsten der neuen Stauanlage für den Wasserkraftbetrieb ausgehen. Als Rechtsfolge sind die Ziele der EU-Wasserrahmenrichtlinie auf das Vorhaben nicht anwendbar. Es besteht lediglich eine Minimierungspflicht (zuletzt 1.4.3.4).

³⁰ BVerwG, Urt. v. 9.2.2017 – 7 A 2.15, BVerwGE 158, 1 (Rn. 584).

³¹ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 13. Aufl. 2023, § 31 Rn. 12.

³² Vgl. EuGH, Urt. v. 4.5.2016 – C-346/14, ECLI:EU:C:2016:322 (Rn. 70), Schwarze Sulm.

³³ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 13. Aufl. 2023, § 31 Rn. 12a.

³⁴ CIS-Guidance Doc. No. 20, S. 7.

³⁵ BT-Drs. 14/7755, S. 19 zur Vorgängervorschrift § 25d WHG a.F.

³⁶ VG Aachen, Urt. v. 15.2.2013 – 7 K 1970/09, juris, Rn. 104.

1.4.3.1 Neue Veränderung

Gemäß § 31 II 1 Nr. 1 WHG setzt ein Absehen von den Bewirtschaftungszielen des § 27 WHG voraus, dass die Verschlechterung oder das Nichterreichen auf einer neuen Veränderung der physischen Gewässereigenschaften beruht.

Das Tatbestandsmerkmal der „neuen Veränderung“ enthält nach herrschender Ansicht einen Stichtagsbezug. Lediglich Veränderungen, die nach Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes eingetreten sind, sollen demnach gemäß § 31 II Nr. 1 WHG ausnahmefähig sein.³⁷

Die Neuerrichtung von Stauanlagen fällt zeitlich hinter diesen Stichtag, sodass die damit einhergehenden Durchgängigkeitsbeeinträchtigungen sich als neue Veränderungen in diesem Sinne darstellen. Diese Veränderung betrifft zudem die physischen Gewässereigenschaften, nämlich die Gewässermorphologie.

1.4.1.2 Interessenabwägung

Gemäß § 31 II Nr. 2 WHG müssen die Gründe für diese Veränderung im übergeordneten öffentlichen Interesse liegen. Für eine Bejahung müssen der zu erwartende Nutzen des Vorhabens und die sich daraus ergebende Verschlechterung des Zustands des Oberflächenwasserkörpers gegeneinander abgewogen werden.³⁸

„Allerdings sind nach § 31 Abs. 2 WHG Ausnahmen möglich, wenn im Rahmen einer Abwägungsentscheidung die Interessen für das Vorhaben diejenigen für die Erreichung der Bewirtschaftungsziele überwiegen.“³⁹

Es stehen sich im Falle der Wasserkraft daher Klimaschutz und Sicherung der Energieversorgung auf der einen Seite und Schutz von Ökologie und Gewässern auf der anderen Seite gegenüber. Im Rahmen der Abwägung in § 31 II Nr. 2 WHG ist bereits nach bisheriger Rechtsprechung zu berücksichtigen, dass die Sicherung der Energieversorgung schon grundsätzlich im öffentlichen Interesse steht:

„Sodann ist festzustellen, dass der Bau eines Wasserkraftwerks wie des von dem streitigen Vorhaben betroffenen tatsächlich im übergeordneten öffentlichen Interesse liegen kann.“⁴⁰

Ebenso hat das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg ausgeführt:

³⁷ Knopp, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG AbwAG, 58. EL Aug. 2023, § 31 WHG Rn. 26, der auf den 1.10.2010 abstellt; für das Inkrafttreten des 7. WHG-Änderungsgesetzes zum 25.6.2002 hingegen Durner, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 103. EL Mrz. 2024, § 31 WHG Rn. 31; Czychowski/Reinhardt, WHG, 13. Aufl. 2023, § 31 Rn. 14.

³⁸ Vgl. EuGH, Ur. v. 4.5.2016 – C-346/14, ECLI:EU:C:2016:322 (Rn. 74), Schwarze Sulm.

³⁹ VG Bremen, Ur. v. 7.2.2019 – 5 K 2621/15, juris, Rn. 139.

⁴⁰ EuGH, Ur. v. 4.5.2016 – C-346/14, ECLI:EU:C:2016:322 (Rn. 71-73), Schwarze Sulm.

„Auch die Anforderung des § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WHG ist erfüllt, da die Gründe für die Veränderung von übergeordnetem öffentlichem Interesse sind.

(1) Der im Wasserhaushaltsgesetz nicht definierte Begriff des öffentlichen Interesses entspricht dem des Wohls der Allgemeinheit. Er umfasst wasserwirtschaftliche Belange wie die Wasserversorgung, den Abwasserschutz und den Hochwasserschutz sowie die Daseinsvorsorge (z.B. Energieversorgung), aber auch gewerbliche Interessen von nicht unerheblicher volkswirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Bedeutung [...].

(2) Dies zugrunde gelegt geht das Verwaltungsgericht zutreffend davon aus, dass die Sicherstellung der Energieversorgung eines Staates eine öffentliche Aufgabe von größter Bedeutung sei, weil die Energieversorgung als Bestandteil der Daseinsvorsorge eine Leistung sei, derer der Einzelne zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz bedürfe.“⁴¹

Diese Rechtsprechung wird durch die zwischenzeitlich geänderte Rechtslage noch einmal untermauert. Sowohl auf unionsrechtlicher als auch auf nationaler und landesrechtlicher Ebene ist nunmehr ausdrücklich ein überragendes öffentliches Interesse an der Energieerzeugung – auch mit Wasserkraft – anerkannt. Mit Art. 1 Nr. 6 der Richtlinie (EU) 2023/2413, wurde Art. 16f in die Richtlinie (EU) 2018/2001 eingefügt. Demnach stehen Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien im überragenden öffentlichen Interesse:

„Die Mitgliedstaaten stellen bis spätestens 21. Februar 2024 sicher, dass bis zum Erreichen der Klimaneutralität im Genehmigungsverfahren, bei der Planung, beim Bau und beim Betrieb von Anlagen zur Erzeugung von erneuerbarer Energie, bei dem Anschluss solcher Anlagen an das Netz, dem betreffenden Netz selbst sowie bei Speicheranlagen davon ausgegangen wird, dass sie im überragenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit dienen, wenn für die Zwecke des Artikels 6 Absatz 4 und des Artikels 16 Absatz 1 Buchstabe c der Richtlinie 92/43/EWG, des Artikels 4 Absatz 7 der Richtlinie 2000/60/EG und des Artikels 9 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 2009/147/EG im Einzelfall rechtliche Interessen abgewogen werden.“

Gemäß § 2 S. 1 und 2 EEG sowie gemäß Art. 2 V 2 BayKlimaG kommt der Erzeugung erneuerbarer Energien zudem sowohl auf nationaler als auch auf landesrechtlicher Ebene ein überragendes Gewicht in allen Schutzgüterabwägungen zu.

⁴¹ OVG Bln.-Bbg., Urt. v. 20.12.2018 – OVG 6 B 1.17, juris, Rn. 52-54.

Die Abwägungsentscheidung des § 31 II Nr. 2 WHG ist damit für die hier in Rede stehenden Wasserkraftanlagen durch zahlreiche gesetzgeberische Wertentscheidungen vorgeprägt und vorgezeichnet. Lediglich in atypischen Ausnahmefällen muss dieses überragende öffentliche Interesse hinter entgegenstehenden Belangen etwa des Umwelt- und Naturschutzes zurückstehen. Die entsprechenden Belange sind von der Wasserbehörde von Amts wegen zu ermitteln und im Rahmen der Bescheidbegründung gemäß Art. 39 BayVwVfG anzugeben.^{1.4.3.3 Alternativenprüfung}

§ 31 II Nr. 3 WHG setzt des Weiteren voraus, dass keine zufriedenstellende Alternativlösung besteht. Eine zufriedenstellende Alternativlösung im Sinne der Ausnahmegvorschrift setzt voraus, dass dieselbe Energiekapazität mit derselben Technologie in demselben Zeitraum erzeugt werden kann, ohne dass dies zu deutlich höheren Kosten führt. Erfasst sind damit nur solche Durchführungsalternativen, welche die Identität des Vorhabens nicht in Frage stellen.⁴² Insbesondere kann im Rahmen der Alternativenprüfung nicht eingewandt werden, dass das Ziel der regenerativen Energieversorgung mit anderen Mitteln, etwa Solar- oder Windkraft, erreicht werden könne:

„Auch andere Arten der Energieerzeugung kommen nach § 32 [sic] Abs. 2 Nr. 3 WHG nicht als Alternativen in Betracht. Von Kohle- oder Atomkraftwerken gehen nicht nur die allseits bekannten schädlichen Umwelteinwirkungen aus, sondern auch erhebliche Nachteile für Gewässer. Ihr Betrieb erfordert große Mengen Kühlwassers, die nicht selten Oberflächenwasserkörpern entnommen werden. Hierbei kommt es zu ähnlichen Schäden namentlich für die Fischfauna wie durch Wasserkraftanlagen. Mit Wind- oder Solaranlagen lässt sich – anders als mit der geplanten Wasserkraftanlage – kein stetiger, grundlastfähiger Strom herstellen. Außerdem gehen namentlich von der Windkraft ebenfalls schädliche Umweltauswirkungen aus, etwa für die Vogelwelt.“⁴³

Ein gänzliches Absehen vom Vorhaben, sog. Nullvariante, stellt ebenfalls keine Alternative im Sinne des § 31 II Nr. 3 WHG dar. Insoweit ähnelt die Vorschrift dem § 34 III Nr. 2 BNatSchG⁴⁴.

Sofern eine Wasserbehörde damit für die Errichtung einer Stauanlage für den Betrieb einer Wasserkraftanlage die Ausnahmegvoraussetzung des § 31 II Nr. 3 WHG verneint, wird sie im Rahmen der Bescheidbegründung darzulegen

⁴² BT-Drs. 16/3943, S. 9; ausführlich zur Alternativenprüfung im Rahmen des § 31 II WHG *Spieth/Ipsen*, in: Degenhart et al., Implementation der Wasserrahmenrichtlinie in Deutschland – Erfahrungen und Perspektiven, Baden-Baden 2011, S. 115 (126).

⁴³ OVG Rh.-Pf., Urt. v. 8.11.2017 – 1 A 11653/16, Rn. 134.

⁴⁴ OVG Bln.-Bbg., Urt. v. 20.12.2018 – OVG 6 B 1.17, juris, Rn. 58.

haben, an welcher Stelle die ausfallende Energiemenge alternativ mithilfe der Wasserkraft gewonnen werden kann.

1.4.3.4 Rechtsfolge: Minimierungspflicht

Bei Vorliegen der Ausnahmevoraussetzungen des § 31 II 1 Nr. 1 bis 3 WHG ist das Vorhaben von den Zielen des § 27 WHG befreit. Diese sind auf das Vorhaben nicht anwendbar. An deren Stelle tritt die Minimierungspflicht des § 31 II 1 Nr. 4 WHG. Dabei handelt es sich nicht mehr um eine Zulässigkeitsvoraussetzung, sondern um eine Verpflichtung der Behörde, alle praktisch geeigneten Maßnahmen zu ergreifen bzw. anzuordnen, um nachteiligen Auswirkungen auf das Gewässer entgegenzusteuern.⁴⁵ Es handelt sich um Folgenbewältigung einer bestehenden Ausnahme bzw. um ein „Minimierungsgebot“,⁴⁶ vergleichbar dem Folgenbewältigungsprogramm § 15 I BNatSchG.⁴⁷ Dieses Folgenbewältigungsprogramm tritt an die Stelle der Bewirtschaftungsziele, welche aufgrund der Ausnahme nicht mehr anwendbar sind.⁴⁸ Minimierungsverpflichteter ist nicht der Ausnahmebegünstigte, sondern die Behörde.⁴⁹

Die Minimierungspflicht ist daher – anders als die Bewirtschaftungsziele – offen für Abwägungen und Einschränkungen. Maßgeblich für die Auslegung des § 31 II Nr. 4 WHG ist der dieser Vorschrift zu Grunde liegende Art. 4 VII lit. a) WRRL. Diese grundlegende europarechtliche Vorschrift besagt, dass eine Ausnahme unter der Bedingung in Betracht kommt, dass alle praktikablen Vorkehrungen getroffen werden, um die negativen Auswirkungen auf den Zustand des Wasserkörpers zu mindern.

Zur Auslegung der EU-Wasserrahmenrichtlinie kommt den CIS-Dokumenten eine maßgebliche Bedeutung zu.⁵⁰ Das CIS-Guidance-Doc. No. 20 enthält die maßgebliche Auslegung der Richtlinienbestimmungen in Art. 4 VII WRRL, welche die Ausnahmevoraussetzung regeln. Dabei werden insbesondere die Grenzen der Minimierungspflicht benannt.⁵¹ Zum einen beschränkt sich die Richtlinie demnach auf Minimierung und fordert keine Kompensation. Im Rahmen der Folgenbewältigung muss daher nicht der Zustand hergestellt werden, der bei Befolgung der Bewirtschaftungsziele hätte erreicht werden können. Auch müssen nicht sämtliche nachteiligen Auswirkungen des ausnahmeprivilegierten

⁴⁵ Czychowski/Reinhardt, WHG, 13. Aufl. 2023, § 31 Rn. 17.

⁴⁶ OVG Bln.-Bbg., Urt. v. 20.12.2018 – OVG 6 B 1.17, juris, Rn. 72.

⁴⁷ Knopp, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG AbwAG, 59. EL Aug. 2024, § 31 WHG Rn. 32.

⁴⁸ Reese, in: Schink/Fellenberg, GK-WHG, Hürth 2021, § 31 Rn. 32.

⁴⁹ Reese, in: Schink/Fellenberg, GK-WHG, Hürth 2021, § 31 Rn. 32.

⁵⁰ BVerwG, Urt. v. 27.11.2018 – 9 A 8.17, BVerwGE 163, 380 (Rn. 44); BVerwG, Urt. v. 24.2.2021 – 9 A 8.20, BVerwGE 171, 346 (Rn. 78).

⁵¹ CIS-Guicande No. 20, S. 27.

Vorhabens durch Minimierungsmaßnahmen beseitigt werden. Zum anderen steht die Anordnung von Minimierungsmaßnahmen durch die Behörde unter dem Vorbehalt der technischen Möglichkeit, der Verhältnismäßigkeit der Kosten und der Vereinbarkeit mit nachhaltigen menschlichen Entwicklungstätigkeiten.

Im Rahmen des Folgenbewältigungsprogramms ist es daher denkbar, dass keine oder nur begrenzte Minimierungsmaßnahmen ergriffen werden, etwa wegen unverhältnismäßiger Kosten oder technischer Unmöglichkeit.

1.4.4 Bewirtschaftungsgrundsätze, § 6 WHG

Für die Frage der Erforderlichkeit von Maßnahmen zur Wiederherstellung der ökologischen Durchgängigkeit kommt es hingegen nicht auf die Bewirtschaftungsgrundsätze des § 6 WHG an.⁵² Der Wortlaut des § 34 WHG richtet die Erforderlichkeit ausschließlich an den §§ 27 bis 31 WHG aus und führt § 6 WHG nicht mit auf. Darin unterscheidet sich der Wortlaut des § 34 I WHG bspw. von den Vorgaben des § 33 WHG. Eine über die §§ 27-31 WHG hinausgehende Steuerung der Erforderlichkeitsprüfung besteht daher nicht.⁵³

Die Erklärung für diesen enger gefassten Wortlaut findet sich in der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Diese dient ausschließlich der Umsetzung der europarechtlichen Vorschriften.⁵⁴ So heißt es in den Gesetzgebungsmaterialien:

„§ 34 schafft [...] die bundeseinheitliche Rechtsgrundlage für die in Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie zu erfüllenden Anforderungen.“⁵⁵

Neben dem Wortlaut und der Gesetzeshistorie sprechen auch systematische Erwägungen dagegen, die Erforderlichkeit im Sinne des § 34 I WHG am Maßstab des § 6 WHG auszurichten. Die Grundsätze des § 6 WHG sind einander gegenläufig und widerstreitend,⁵⁶ sodass im jeweiligen Einzelfall zu bestimmen ist, welcher Belang vorrangig zu berücksichtigen ist und welcher zurückzustehen hat.⁵⁷ Angesichts dieser Abwägungsbedürftigkeit der widerstreitenden Belange dient § 6 WHG insbesondere der Steuerung von planerischen Abwägungsentscheidungen in Planfeststellungsbeschlüssen gemäß § 68 I WHG oder

⁵² *Lau*, in: Schink/Fellenberg, WHG, Hürth 2021, § 34 Rn. 15; *Durner*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 106. EL Jan. 2025, § 34 WHG Rn. 28; *Drost*, in: ders., Das neue Wasserrecht, 45. EL Aug. 2023, § 34 WHG Rn. 33.

⁵³ *Knopp/Schenk*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG AbwAG, 59. EL Aug. 2024, § 34 WHG Rn. 29a.

⁵⁴ *Durner*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 106. EL Jan. 2025, § 34 WHG Rn. 28.

⁵⁵ BT-Drs. 16/12275, S. 61.

⁵⁶ *Pape*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 70. EL Aug. 2013, § 6 WHG Rn. 12.

⁵⁷ *Caillet/Kraft/Maurer/Zoth*, ZfU 2018, 385 (396).

des Bewirtschaftungsermessens gemäß § 12 II WHG.⁵⁸ § 34 I WHG formuliert demgegenüber einen zwingenden Versagungsgrund, sodass für eine Abwägung mit anderen Belangen im Rahmen dieser Vorschrift grundsätzlich kein Raum besteht.⁵⁹

Durch die fehlende Bezugnahme auf § 6 I WHG sind Durchgängigkeitsanordnungen auf Grundlage des § 34 I WHG in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt. Während der unanwendbare § 6 I WHG ein allgemeines Verbesserungsgebot auch über einen guten Zustand hinaus beinhaltet,⁶⁰ beschränken sich die Vorgaben der EU-Wasserrahmenrichtlinie auf die Erreichung eines guten Zustands. Mehr als ein guter Gewässerzustand kann auf Grundlage des § 34 I WHG nicht gefordert werden. Zudem ist räumlicher Maßstab für diesen guten Zustand der Oberflächenwasserkörper in seiner Gesamtheit.⁶¹ Lokale Abweichungen werden im Rahmen des § 34 I WHG hingenommen. Der gute Zustand muss nicht an jedem einzelnen Gewässerabschnitt erreicht werden, sondern lediglich im Oberflächenwasserkörper in seiner Gesamtheit.

Selbst wenn man dies anders sehen wollte, so müssten sich die Ziele des § 6 WHG im Rahmen der Abwägung gegenüber dem überragenden öffentlichen Interesse am Betrieb von Wasserkraftanlagen gemäß § 2 EEG behaupten können. Diese Vorschrift begründet einen Gewichtungsvorrang der erneuerbaren Energien, der lediglich in atypischen Ausnahmefällen überwunden werden kann.⁶² Die Ausnahmegründe sind dabei fachlich detailliert und einzelfallbezogen zu begründen.⁶³ § 2 EEG kann im Rahmen der Schutzgüterabwägung zudem nicht unter Verweis auf die Vorgaben der Wasserrahmenrichtlinie überwunden werden, da die §§ 27 bis 31 WHG selbstständig neben § 6 WHG stehen.

2 Bestandsanlagen, § 34 II WHG

§ 34 II WHG erstreckt die für die Neuerrichtung oder die wesentliche Änderung von Stauanlagen geltenden Anforderungen auch auf solche Stauanlagen, die bei Inkrafttreten der Regelung bereits bestanden. Verpflichteter der Vorschrift sind die Wasserbehörden, welche die erforderlichen Anordnungen gegenüber den Inhabern der Bestandsgenehmigungen zu erlassen haben.⁶⁴

⁵⁸ *Schenke*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG AbwAG, 57. EL Aug. 2022, § 6 WHG Rn. 3.

⁵⁹ *Riedel*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 74. EL April 2022, § 4 WHG Rn. 19.

⁶⁰ *Niesen*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, BKom WHG, 2. Aufl. 2017, § 34 Rn. 27.

⁶¹ BVerwG, Urt. v. 9.2.2017 – 9 A 2/15, juris, Ls. 8.

⁶² OVG Rh.-Pf., Urt. v. 8.5.2025 – 1 C 10362/24.OVG, juris, Ls. 3.

⁶³ BayVGh, Beschl. v. 17.7.2025 – 22 AS 25.40003, juris, Rn. 33.

⁶⁴ *Knopp/Schenke*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG AbwAG, 59. EL Aug. 2024, § 34 WHG Rn. 31.

§ 34 II WHG stellt dabei eine taugliche Ermächtigungsgrundlage für solche nachträglichen Anordnungen dar (sogleich 2.1). Die Begriffe der Stauanlage sowie der Durchgängigkeit und der geeigneten Anlagen und Betriebsweisen entsprechen den Begriffsinhalten des § 34 I WHG (sodann 2.2). Die Anordnungsbefugnis steht auf Tatbestandsseite zudem unter dem Vorbehalt der Erforderlichkeit (daraufhin 2.3) und hat auf Rechtsfolgenseite die Grundsätze des Ermessens (unten 2.4) und der Verhältnismäßigkeit zu wahren (zuletzt 2.5).

2.1 Ermächtigungsgrundlage

Auf welcher Rechtsgrundlage die Wasserbehörden gegenüber bestehenden Stauanlagen die Herstellung der erforderlichen Durchgängigkeit durchsetzen können, wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beurteilt. Teilweise werden solche Anordnungen auf § 13 WHG gestützt, teilweise wird § 34 II WHG als Grundlage genannt.⁶⁵

Richtigerweise stellt sich § 34 II WHG als eigenständige und spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage dar, die die Wasserbehörden zu nachträglichen Durchgängigkeitsanordnungen gegenüber bestehenden Stauanlagen befugt.⁶⁶ Ein Rückgriff auf die wasserbehördliche Generalklausel des § 100 WHG ist angesichts der Spezialität ausgeschlossen. Sofern Durchgängigkeitsanordnungen gegenüber Bestandsanlagen auf § 13 WHG gestützt werden,⁶⁷ liegen dessen Tatbestandsvoraussetzungen nicht vor.

Die Vorschrift eröffnet ausweislich ihrer systematischen Stellung die Befugnis zu anfänglichen und nachträglichen Inhalts- und Nebenbestimmungen zu einer Gewässerbenutzungserlaubnis. Auf Grundlage dieser Ermächtigungsnorm sollen damit gerade wasserrechtliche Gestattungen im Sinne des § 8 I WHG um Inhalts- und Nebenbestimmungen ergänzt werden können.⁶⁸ Diese gestatten Gewässerbenutzungen gemäß § 9 WHG als tatsächliche Verhaltensweisen. Gegenüber einer anlagenrechtlichen Genehmigung nach § 36 WHG i.V.m. Art. 20 BayWG ermächtigt § 13 WHG zu keinen nachträglichen Inhalts- und Nebenbestimmungen.⁶⁹

⁶⁵ Offengelassen in BVerwG, Urt. v. 25.5.2023 – 7 A 7.22, BVerwGE 179, 30 (Rn. 65).

⁶⁶ BVerwG, Urt. v. 17.12.2021 – 7 C 9.20, BVerwGE 174, 322 (Rn. 25); VGH Bad.-Württ, Urt. v. 4.6.2025 – 14 S 1024/24, juris, Rn. 88; *Knopp/Schenke*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG AbwAG, 59. EL Aug. 2024, § 34 WHG Rn. 32; *Durner*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 106. EL Jan. 2025, § 34 WHG Rn. 33 mit Verweis auf BT.-Drs. 16/12275, S. 61; *Niesen*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, BKom WHG, 2. Aufl. 2017, § 34 Rn. 39.

⁶⁷ So etwa *Riedel*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 75. Edt. 1.7.2025, § 34 WHG Rn. 25; BayVGH, Beschl. v. 7.5.2025 – 8 ZB 25.101, juris, Rn. 10; *Durner*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 106. EL Jan. 2025, § 34 WHG Rn. 18.

⁶⁸ VG Darmstadt, Urt. v. 16.12.2015 – 6 K 1130/12.DA, juris, Rn.150.

⁶⁹ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 13. Aufl. 2023, § 34 Rn. 14.

Aber auch gegenüber den benannten Gewässerbenutzungen kann auf Grundlage des § 13 WHG nicht nachträglich die Herstellung der Gewässerdurchgängigkeit angeordnet werden. Voraussetzung für eine nachträgliche Inhalts- oder Nebenbestimmung im Sinne des § 13 WHG ist, dass zwischen der gestatteten Gewässerbenutzung und den möglichen Nachteilen durch diese Benutzung ein adäquater Ursachenzusammenhang besteht.⁷⁰ Allerdings ist die Gestattung eines Aufstaus im Sinne des § 9 I Nr. 2 WHG nicht Ursache dafür, dass Wanderungsbewegungen durch die physisch-bauliche Barrierewirkung der Stauanlage behindert werden. Die bauliche Behinderung der Wanderungsbewegung besteht unabhängig von der Gewässerbenutzung. Durchgängigkeitshindernis ist die Staumauer, nicht aber der gehobene Wasserspiegel im Wehrteich oder der Wassermangel, der durch den Aufstau im Mutterbett entsteht. Für Durchgängigkeitsanordnungen auf Grundlage des § 13 WHG fehlt es daher am erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen der Gewässerbenutzungsgestattung, die § 13 WHG voraussetzt, und den physischen Durchgängigkeitshindernissen, welche selbstständig gemäß § 36 WHG i.V.m. Art. 20 BayWG bzw. § 68 WHG legalisiert werden.

2.2 Durchgängigkeit an Stauanlagen

Zum Verständnis des Begriffs der Stauanlage sowie der Durchgängigkeit kann vollumfänglich auf die Ausführungen zu § 34 I WHG verwiesen werden.

2.3 Erforderlichkeit

Hinsichtlich des Erforderlichkeitsmaßstabs kann ebenfalls auf die Ausführungen zu § 34 I WHG verwiesen werden. Auch im Rahmen der Anordnungsbefugnis des § 34 II WHG orientiert sich die Erforderlichkeit ausschließlich an den Vorgaben der EU-Wasserrahmenrichtlinie, wobei neben dem Verschlechterungsverbot und Verbesserungsgebot auch die Vorschriften der Abweichung bzw. Ausnahme, insbesondere § 31 II WHG, einbezogen sind.

Wiederum nicht Teil des Erforderlichkeitsmaßstabs sind die Bewirtschaftungsgrundsätze des § 6 I WHG, sodass eine Verbesserung oder Sanierung des Gewässerzustands über einen guten Zustand hinaus nicht auf Grundlage des § 34 II WHG angeordnet werden kann. Ansonsten gilt hier Folgendes:

2.3.1 Verschlechterungsverbot

Für die Sachverhaltskonstellation einer bestehenden Stauanlage ist das wasserrechtliche Verschlechterungsverbot des § 27 I Nr. 1 bzw. II Nr. 1 WHG nicht ein-

⁷⁰ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 13. Aufl. 2023, § 13 Rn. 52; *Hasche*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 75. Edt. 1.7.2025, § 13 WHG Rn. 16; *Kopp/Müller*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG AbwAG, 59. EL Aug. 2024, § 13 WHG Rn. 39; *Breuer/Gärditz*, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 647; *Fellenberg/Schiller*, in: Schink/Fellenberg, GK-WHG, Hürth 2021, § 13 Rn. 32.

schlägig. Denn die Anwendung des Verschlechterungsverbots setzt begrifflich eine Verschlechterung voraus und erfordert damit einen Vergleich des Ist-Zustands mit den prognostischen Auswirkungen des geplanten Vorhabens auf die maßgeblichen biologischen Qualitätskomponenten.⁷¹ Diese zwei Zustände müssen ermittelt und gegenübergestellt werden. Da das Verschlechterungsverbot immer den Vergleich zwischen zwei Zuständen voraussetzt, findet es lediglich bei neu zu erteilenden wasserrechtlichen Erlaubnissen Anwendung. Auf Bestandsgestattungen ist es hingegen nicht anwendbar.⁷² In diesen Fällen gibt es keine zwei Zustände, die verglichen werden könnten. Es liegt bereits keine Veränderung vor:

„Das in § 27 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 WHG [...] vorgegebene Ziel, eine Verschlechterung des ökologischen Zustandes eines Gewässers zu vermeiden, steht hier nicht primär im Raum. Vorliegend geht es nicht um die neue Zulassung einer bislang nicht ausgeübten oder zumindest unterbrochenen Gewässerbenutzung in Gestalt des Gewässeraufstaus.“⁷³

2.3.2 Verbesserungsgebot

Anwendbar ist hingegen das Verbesserungsgebot nach § 27 I Nr. 2 bzw. II Nr. 2 WHG. Demnach sind oberirdische Gewässer so zu bewirtschaften, dass ein guter ökologischer und ein guter chemischer Zustand bzw. ein gutes ökologisches Potenzial und ein guter chemischer Zustand erhalten oder erreicht werden. Anders als das Verschlechterungsverbot kann das Verbesserungsgebot nicht anlässlich eines konkreten Zulassungs- und Genehmigungsverfahrens abgewickelt werden. Vielmehr ist das Verbesserungsgebot vorrangig durch die wasserwirtschaftliche Planung zu verwirklichen, deren zentrales Instrument die Maßnahmenprogramme gemäß § 82 WHG sind.⁷⁴ Diese Pläne bilden ein Bindeglied zwischen dem abstrakten Bewirtschaftungsziel des guten Zustands bzw. guten Potenzials und den behördlichen Einzelfallentscheidungen, indem sie die Bewirtschaftungsziele herunterbrechen und die Inhalte des Verbesserungsgebots konkretisieren.

Die inhaltlichen Voraussetzungen für die Aufstellung von Maßnahmenprogrammen finden sich in § 82 I 1 WHG bzw. Art. 11 I 1 WRRL.

Gemäß § 82 I 1 WHG sind für jede Flussgebietseinheit Maßnahmenprogramme aufzustellen, um die Bewirtschaftungsziele nach Maßgabe der §§ 27 bis 31, 44 und 47 zu erreichen. Die Maßnahmenprogramme enthalten dabei gemäß

⁷¹ Reinhardt, EurUP, 2021, 274 (275 f.); OVG HH, Urt. v. 1.9.2020 – 1 E 26/18, juris, Ls. 3.

⁷² Czychowski/Reinhardt, WHG, 13. Aufl. 2023, § 27 Rn. 14; VG Sigmaringen, Urt. v. 14.11.2018 – 10 K 118/17, juris, Rn. 217.

⁷³ VG Weimar, Urt. v. 27.2.2019 – 3 K 655/17 We, S. 13 (unveröff.).

⁷⁴ BVerwG, Urt. v. 2.11.2017 – 7 C 25/15, NVwZ 2018, 986 (Rn. 61).

§ 82 II WHG einerseits grundlegende Maßnahmen im Sinne des § 82 III WHG, welche verpflichtend aufzunehmen sind, sowie andererseits, ergänzende Maßnahmen, welche nur erforderlichenfalls aufzunehmen sind.

Maßnahmen zur Herstellung der Gewässerdurchgängigkeit sind als grundlegende Maßnahmen nach Art. 11 III lit. e) bzw. i) WRRL Teil der Maßnahmenprogramme. Maßnahmen zur Herstellung und Verbesserung der Gewässerdurchgängigkeit werden von der Landesarbeitsgemeinschaft Wasser (LAWA) innerhalb ihres Maßnahmenkatalogs unter der Maßnahmen-Nr. 68 und 69 abgebildet.⁷⁵ Daraus ergibt ein komplexes Regelungsgefüge:

2.3.2.1 Grundsatz: Vermutung der Erforderlichkeit

Sofern eine Maßnahme in einem rechtmäßigen Maßnahmenprogramm enthalten ist, bejaht die herrschende Ansicht auch deren Erforderlichkeit im Sinne des § 34 II WHG.⁷⁶ Einer zusätzlichen Erforderlichkeitsprüfung bedarf es in diesem Fall nach herrschender Ansicht nicht. Insbesondere haben die zuständigen Behörden bei der Anwendung der Maßnahmenprogramme grundsätzlich nicht zu prüfen, ob die vorgesehenen Maßnahmen zur Zielerreichung geeignet und ausreichend sind.⁷⁷

Diese Maßnahmenprogramme sind als vorbereitende Pläne verwaltungsintern bindend. Im Freistaat Bayern ist diese Verbindlichkeit für alle staatlichen Behörden ab Veröffentlichung in Art. 51 II 2 BayWG ausdrücklich angeordnet. Der Grad der Bindungswirkung hängt dabei vom Konkretisierungsgrad des Maßnahmenprogramms ab.

Fehlt es – unabhängig vom Konkretisierungsgrad – gänzlich an der Festlegung von Durchgängigkeitsmaßnahmen innerhalb eines Maßnahmenprogramms, scheiden nachträgliche Anordnungen gegenüber bestehenden Stauanlagen auf Grundlage des § 34 II WHG aus.⁷⁸ Das Verbesserungsgebot des § 27 I Nr. 2 bzw. II Nr. 2 WHG ist vollständig planakzessorisch ausgestaltet,⁷⁹ sodass ohne Maßnahmenprogramm auch keine Erforderlichkeit nach Maßgabe der §§ 27 bis 31 WHG vorliegen kann.⁸⁰

⁷⁵ https://www.lawa.de/documents/lawa-blano-massnahmenkatalog_1594133389.pdf, Anhang B S. 9 f.

⁷⁶ *Drost*, in: ders. et al., Das neue Wasserrecht in Bayern, Losebl. Stand: Aug. 2023, § 34 WHG Rn. 63; *Lau*, in: Schink/Fellenberg, GK-WHG, Hürth 2021, § 34 Rn. 25; *Niesen*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, BKom WHG, 2. Aufl. 2017, § 34 Rn. 36.

⁷⁷ BVerwG, Urt. v. 9.2.2017 – 7 A 2.15, BVerwGE 158, 1 (Rn. 586).

⁷⁸ *Durner*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 106. EL Jan. 2025, § 34 WHG Rn. 27.

⁷⁹ BVerwG, Urt. v. 2.11.2017 – 7 C 25.15, NVwZ 2018, 986 (Rn. 61).

⁸⁰ *Kotulla*, WHG, 2. Aufl. 2011, § 34 Rn. 10; a.A. *Drost*, in: ders. et al., Das neue Wasserrecht in Bayern, Losebl. Stand: Aug. 2023, § 34 WHG Rn. 27.

2.3.2.2 Ausnahme: Erledigung wegen Zweckerreichung

Die Konkretisierungswirkung von Maßnahmen und Maßnahmenprogrammen für den Begriff der Erforderlichkeit im Sinne des § 34 WHG entfällt erst dann, wenn die mit den konkreten Maßnahmen angestrebten Bewirtschaftungsziele bereits erreicht sind. In diesem Fall sind die verbleibenden Maßnahmen des Maßnahmenprogramms nicht mehr umzusetzen.⁸¹ Vielmehr werden diese Maßnahmen gemäß Art. 43 II BayVwVfG analog im Wege der Erledigung durch Zweckerreichung gegenstandslos (sogleich 2.3.2.2.1). Zumindest aber sind solche überschießenden Maßnahmen bei bereits erreichten Bewirtschaftungszielen im Wege der gerichtlichen Inzidenzkontrolle für unwirksam zu erklären (sodann 2.3.2.2.2).

2.3.2.2.1 Erledigung durch Zweckerreichung

Die Maßnahmenprogramme sowie die darin vorgesehenen Maßnahmen sind die zentralen Mittel, um die materiellen Bewirtschaftungsziele zu erreichen.⁸² Diese „Zielverwirklichungsfunktion“⁸³ verdeutlicht der Wortlaut des Art. 11 I 1 WHG, wonach Maßnahmen festzulegen sind, „um die Ziele gemäß Art. 4 zu verwirklichen.“ Auch die nationale Umsetzungsnorm des § 82 WHG betont die dienende Funktion von Maßnahmenprogrammen. Diese seien aufzustellen, „um die Bewirtschaftungsziele nach Maßgabe der §§ 27 bis 31, 44 und 47 zu erreichen.“

Maßnahmenprogramme sind damit Instrumente finaler Steuerung. Die enthaltenen Maßnahmen sind Zielerreichungsbeiträge, um das angestrebte Gesamtziel verwirklichen zu können:

„Während die Bewirtschaftungspläne nach § 83 WHG vor allem dokumentarischen Charakter haben, sind die Maßnahmenprogramme nach § 82 WHG das zentrale Instrument der wasserwirtschaftlichen Planung und führen die Schritte auf, die unternommen werden sollen, um die Gewässer entweder einem guten ökologischen Zustand/Potenzial und chemischen Zustand zuzuführen oder sie diesem Ziel unter Ausnutzung der Ausnahmeregelungen der §§ 30 und 31 WHG jedenfalls näherzubringen.“⁸⁴

⁸¹ *Lau*, in: Schink/Fellenberg, GK-WHG, Hürth 2021, § 34 Rn. 25; *Riedel*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 75. Edt. 1.7.2025, § 34 WHG Rn. 18.

⁸² *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 13. Aufl. 2023, § 82 Rn. 7; *Knopp*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG AbwAG, 59. EL Aug. 2024, § 82 WHG Rn. 5.

⁸³ *Faßbender*, Maßnahmenprogramme: Bindungswirkung und Rechtsschutz, in: Köck/ders., Implementation der Wasserrahmenrichtlinie in Deutschland – Erfahrungen und Perspektiven, Baden-Baden 2011, S. 129 (134).

⁸⁴ BVerwG, Urt. v. 9.2.2017 – 7 A 2.15, BVerwGE 158, 1 (Rn. 585).

Diese Zweckgerichtetheit macht Maßnahmenprogramme zu materiellen Planungsentscheidungen.⁸⁵ Aufgrund der Bindung von Maßnahmenprogrammen an die Ziele der Raumordnung werden die Maßnahmenprogramme zudem als raumbedeutsame Planungen und Maßnahmen im Sinne von § 3 I Nr. 6 ROG angesehen.⁸⁶

Zugleich haben Maßnahmenprogramme eine starke Zukunftsbezogenheit. Daher beruhen Maßnahmenprogramme und einzelne Maßnahmen immer auf Prognosen bzw. „komplexe[n] Risikoanalysen und -abschätzungen“⁸⁷. Dies macht Maßnahmenprogramme in besonderer Weise anfällig für Veränderungen der tatsächlichen Umstände. Gerade Gewässerlebensräume stellen multi-kausale Wirkgefüge dar, deren komplexe Wechselwirkungen sich kaum treffsicher vorhersehen lassen. Die Prognose, welche Faktoren und Lebensraumeigenschaften in welchem Umfang Einfluss auf den Gewässerzustand haben, ist stark fehleranfällig. Neben die Erkenntnislücken in der Ökosystemforschung treten Veränderungen der anthropogenen Gewässernutzung. So können Gewässerbenutzungen innerhalb des Planungszeitraums eingeschränkt oder erweitert werden oder gänzlich neue Gewässernutzungen im Planungsraum hinzutreten.

Das Bundesverwaltungsgericht spricht davon, dass die Ermittlung, mit welchen Maßnahmen die angestrebten Umweltziele erreicht werden können „namentlich in einem dynamischen, von anthropogenen Eingriffen, vielfältigen Nutzungsansprüchen und natürlichen Einflüssen geprägten Flusssystem mit erheblichen Unsicherheiten behaftet“⁸⁸ ist.

Grundsätzlich werden planerische Prognosen, die ex ante methodisch fehlerfrei erstellt worden sind, auch dann nicht rechtswidrig oder fehlerhaft, wenn sie durch die nachträglich eintretenden Entwicklungen widerlegt werden.⁸⁹

Ein solcher nachträglich eintretender Prognosefehlschlag ist im Rahmen der wasserwirtschaftlichen Planung einerseits dergestalt denkbar, dass die in einem Maßnahmenprogramm enthaltenen Maßnahmen nicht ausreichen, um die angestrebten Bewirtschaftungsziele zu erreichen. Die ex ante prognostizierte Annahme, dass die Maßnahmen genügen würden, wird durch die tatsächlichen Entwicklungen widerlegt. Für diesen Fall der Zielverfehlung enthält § 82 V WHG die ausdrückliche Verpflichtung, Maßnahmenprogramme fortlaufend an die geänderten Umstände und neue Entwicklungen anzupassen. Die Vorschrift ist

⁸⁵ Czychowski/Reinhardt, WHG, 13. Aufl. 2023, § 82 Rn. 9.

⁸⁶ Durner, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 106. EL Jan. 2025, § 34 WHG Rn. 77 m.w.N.

⁸⁷ BVerwG, Urt. v. 9.2.2017 – 7 A 2.15, BVerwGE 158, 1 (Rn. 587).

⁸⁸ BVerwG, Urt. v. 9.2.2017 – 7 A 2.15, BVerwGE 158, 1 (Rn. 586).

⁸⁹ BVerwG, Urt. v. 7.6.1978 – IV C 79.76, BVerwGE 56, 110 = juris. 57.

Ausdruck eines dauerhaften und dynamischen Planungsprozesses.⁹⁰ Unabhängig davon hat der Gesetzgeber zudem in § 84 II 2 WHG eine regelhafte und anlasslose Aktualisierung vorgesehen.

Diese Anpassungs- und Aktualisierungspflicht von Maßnahmenprogrammen endet, wo weitere Maßnahmen nicht ursächlich dem Erreichen der Bewirtschaftungsziele dienen:

„Zum anderen verpflichtet § 82 Abs. 3 und 4 WHG allein zur Ergreifung von Maßnahmen, die dazu dienen, die Bewirtschaftungsziele zu erreichen. Sind im Boden aber allein nicht verbesserungsfähige und nicht zu beschleunigende Prozesse im Gange, wie die Revision gelten macht, dann können die Beklagten auch nicht zur Ergreifung weiterer Maßnahmen verpflichtet sein. Denn diese dienen dann nicht der Erreichung der Bewirtschaftungsziele. Sie könnten nicht ursächlich für die Vermeidung einer (weiteren) Verschlechterung werden.“⁹¹

Vorstellbar ist allerdings auch der umgekehrte Fall der vorzeitigen Zielerreichung. Die Bewirtschaftungsziele des Wasserkörpers sind bereits erreicht, obwohl noch nicht alle ursprünglich für erforderlich gehaltenen Maßnahmen des Maßnahmenprogramms umgesetzt worden sind. Diesen Fall hat der Gesetzgeber nicht spezialgesetzlich geregelt, sodass auf die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts zurückzugreifen ist.

Ausgehend davon sind die verbleibenden Maßnahmen des Maßnahmenprogramms in einem solchen Fall nicht mehr umzusetzen.⁹² Vielmehr werden solche Maßnahmen durch Erledigung gemäß Art. 43 II BayVwVfG gegenstandslos und verlieren damit auch ihre behördeninterne Bindungswirkung.

Hintergrund ist der Umstand, dass zukunftsgerichtete Pläne und Planungen in besonderer Weise auf Erfüllung angelegt und damit auch dafür anfälliger sind, durch tatsächliche Entwicklungen in ihrer Zielverwirklichungsfunktion gestört und dadurch in ihrer Geltung in Frage gestellt zu werden.⁹³ Daher erledigt sich finales Verwaltungshandeln ohne weiteren Aufhebungsakt, sobald die ursprünglich steuernde Funktion des Verwaltungshandeln entfällt.⁹⁴

Ein solcher Verlust der Steuerungswirkung ist anerkannt, wenn das final angestrebte Ziel bereits erreicht ist. In diesem Fall besteht kein gesetzliches Interesse mehr, verbleibende Zielerreichungsbeiträge umzusetzen und Zielerreichungs-

⁹⁰ BVerwG, Urt. v. 6.3.2025 – 10 C 1.24, juris, Rn. 22 mit Verweis auf BT-Drs. 14/7755, S. 20.

⁹¹ BVerwG, Urt. v. 6.3.2025 – 10 C 1.24, juris, Rn. 29.

⁹² *Lau*, in: Schink/Fellenberg, GK-WHG, Hürth 2021, § 34 Rn. 25; *Riedel*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 75. Edt. 1.7.2025, § 34 WHG Rn. 18.

⁹³ BVerwG, Urt. v. 29.4.1977 – IV C 39.75, BVerwGE 54, 5 = juris, Rn. 32.

⁹⁴ BVerwG, Urt. v. 19.4.2011 – 1 C 2.10, BVerwGE 139, 337 (Rn. 14).

aufwand vorzunehmen. Verwaltungsakte verlieren ihre Geltung gemäß Art. 43 II BayVwVfG durch Erledigung auf sonstige Weise, sobald die final auf eine bestimmte Rechtswirkung gerichtete Steuerungsfunktion nachträglich entfallen ist.⁹⁵ Der Verwaltungsakt kann in diesen Fällen keinen dienenden Beitrag zur Zielerreichung mehr leisten, da das Ziel bereits eingetreten ist. Es liegt ein Fall der Erledigung durch Zweckerreichung vor.⁹⁶

Ein Maßnahmenprogramm ist eine auf Erfüllung angelegte Planung und enthält – insoweit dem Verwaltungsakt vergleichbar – eine zweckgerichteten Steuerungswirkung. Ausweislich des Bundesverwaltungsgerichts muss das Maßnahmenprogramm „jedenfalls auf die Verwirklichung des jeweiligen Bewirtschaftungsziels angelegt sein“.⁹⁷ Sind die Bewirtschaftungsziele bereits erreicht oder haben die verbleibenden Maßnahmen keinen Einfluss auf die Erreichung der Bewirtschaftungsziele, bedarf es der dienenden Zielerreichungsbeiträge der Maßnahmenprogramme nicht mehr. Mit Zielerreichung ist die Steuerungsfunktion der Maßnahmen gegenstandslos, da keine weiteren Umsetzungsmaßnahmen mehr notwendig sind.

Angesichts dieser Parallelen sind die oben genannten Grundsätze der Erledigung von Verwaltungsakten gemäß Art. 43 II BayVwVfG dem Rechtsgedanken nach auf die Maßnahmenplanung zu übertragen. Dies ist auch nicht unter Vertrauensschutzgesichtspunkten bedenklich. Da es sich bei Maßnahmenprogrammen ausschließlich um behördeninterne Regelungen handelt, können Bürger:innen bezüglich der Maßnahmenprogramme kein schützenswertes Vertrauen entwickeln. Zudem können selbst außenwirksame und rechtskräftige Verwaltungsakte ohne nach außen tretenden Aufhebungsakt gemäß Art. 43 II BayVwVfG ihre Tatbestandswirkung verlieren. Diese Rechtsfolge muss erst recht für lediglich behördeninterne Vorgaben greifen, die keinerlei schützenswerte Rechtskraft entfalten.

Die Erledigung von Maßnahmenprogrammen durch Zielerreichung ist auch offensichtlich. Die Erreichung der Bewirtschaftungsziele oder die Einstufung der Qualitätskomponenten wird in den Bewirtschaftungsplänen nach § 83 WHG öffentlich dokumentiert, sodass die Erledigung der Maßnahmenprogramme für die Bürger:innen nicht überraschend kommt.

Voraussetzung für eine solche Erledigung einzelner Maßnahmen eines Maßnahmenprogramms ist, dass die mit der jeweiligen Maßnahme angestrebte Bei-

⁹⁵ BVerwG, Urt. v. 25.9.2008 – 7 C 5.08, NVwZ 2009, 122 (Rn. 13).

⁹⁶ VG München, Urt. v. 20.2.2019 – M 9 K 18.657, BeckRS 2019, 2975, Rn. 11; VG Köln, Urt. v. 3.2.2012 – 14 K 3296/10, juris, Rn. 40; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 43 Rn. 217; *Leisner-Egensperger*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 43 Rn. 68.

⁹⁷ BVerwG, Urt. v. 9.2.2017 – 7 A 2.15, BVerwGE 158, 1 (Rn. 586).

träge zur Erreichung eines guten Gewässerzustands bereits eingetreten sind. Eine Erledigung von Durchgängigkeitsmaßnahmen in Maßnahmenprogrammen liegt daher dann vor, wenn der ökologische Zustand (sogleich 2.3.2.2.1.1) oder die unterstützende Qualitätskomponente Durchgängigkeit (sodann 2.3.2.2.1.2) mit „gut“ bewertet werden. Fernerhin tritt Erledigung wegen Zielerreichung dann ein, wenn die biologische Qualitätskomponente Fische mit „gut“ bewertet ist (abschließend 2.3.2.2.1.3).

2.3.2.2.1.1 Ökologischer Zustand „gut“

Endziel der EU-Wasserrahmenrichtlinie ist das Erreichen eines guten Zustands bzw. Potenzials aller Oberflächengewässer.⁹⁸ Dieser liegt ausweislich Art. 2 Nr. 18 WRRL vor, sobald sowohl der ökologische Zustand als auch der chemische Zustand eines Oberflächengewässers mit „gut“ eingestuft werden. Zur Erreichung des guten ökologischen und guten chemischen Zustands enthält § 27 I bzw. II WHG in Nr. 1 das Verschlechterungsverbot und in Nr. 2 das Verbesserungsgebot.

Mehr als ein guter ökologischer und chemischer Zustand kann dabei weder auf Grundlage des Verschlechterungsverbots noch des Verbesserungsgebots durch- und umgesetzt werden. Sofern die Oberflächengewässerverordnung in Anlage 4 zu § 5 auch die sehr guten Zustände für die jeweiligen Qualitätskomponenten benennt, erfolgt dies nicht, um einen weitergehenden Zielzustand zu definieren, sondern als Referenzzustand, aus dem der maßgebliche gute Zielzustand abgeleitet wird. Außerdem bedarf es dieser Beschreibung, um Verschlechterungen von einem sehr guten zu einem guten Zustand zu verhindern. Dies bleibt freilich grundsätzlich verboten.

Die Einstufung des ökologischen Zustands eines Oberflächenwasserkörpers richtet sich gemäß § 5 I 1 i.V.m. Anlage 3 OGewV nach der Einstufung der biologischen Qualitätskomponenten sowie der hydromorphologischen und der chemischen und allgemein physikalisch-chemischen Qualitätskomponenten. Maßgebend für die Einstufung des ökologischen Zustands sind dabei die biologischen Qualitätskomponenten (vgl. § 5 IV 1 OGewV), während die hydromorphologischen und die allgemeinen physikalisch-chemischen Qualitätskomponenten lediglich unterstützend heranzuziehen sind (vgl. § 5 IV 2 OGewV). Diese unterstützenden Qualitätskomponenten sind lediglich Indikatoren mit flankierender Funktion.⁹⁹ Die Erreichung eines guten Zustands bei den unterstützenden Qualitätskomponenten ist dabei kein Selbstzweck. Vielmehr stellt der gute Zustand einer unterstützenden Qualitätskomponente gemäß Anlage 4 Tabelle 2

⁹⁸ EuGH, Urt. v. 1.7.2015 – C-461/13, ECLI:EU:C:2015:433 (Rn. 37), Weservertiefung.

⁹⁹ BVerwG, Urt. v. 9.2.2017 – 7 A 2.15, BVerwGE 158, 1 (Rn. 497).

OGewV die Lebensraumbedingung dar, unter denen ein guter Zustand für die biologischen Qualitätskomponenten erreicht werden kann.

Die unterstützenden Qualitätskomponenten sind gegenüber den biologischen Qualitätskomponenten auf Grund dieser dienenden Funktion nachrangig, so dass etwa ein Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot nicht bereits dann vorliegt, wenn sich eine unterstützende Qualitätskomponente verschlechtert, ohne dass dies nachteilige Veränderungen der biologischen Qualitätskomponente nach sich zieht.¹⁰⁰ Hintergrund dieses Nachrang-Verhältnisses ist die Einsicht, dass die angestrebte Besiedlung von Gewässern mit Lebewesen, beschrieben durch die biologischen Qualitätskomponenten, nur bedingt unmittelbar plan- und steuerbar ist. Die menschlichen Einflussnahmemöglichkeiten beschränken sich vielfach auf die Schaffung eines geeigneten Rahmens und geeigneter Lebensräume, welche dann von den Lebewesen besiedelt werden können. Diese Rahmenumstände beschreiben die unterstützenden Qualitätskomponenten. Dabei sind die Wirkzusammenhänge zwischen Schaffung eines Lebensraums und dessen Besiedlung durch Gewässerorganismen jedoch nur beschränkt erforscht und unterliegen zahlreichen Zufälligkeiten und Unbekannten.

Daher kann die Situation eintreten, dass ein Lebensraum auch schon dann derart positiv von den Gewässerlebewesen angenommen wird, dass die maßgeblichen biologischen Qualitätskomponenten als „gut“ zu bewerten sind, selbst wenn die unterstützenden Qualitätskomponenten noch nicht vollständig als „gut“ einzustufen sind. In diesem Fall ist die ursprüngliche Prognose durch die tatsächlichen Entwicklungen und die teilweise unvorhersehbare Dynamik in Lebensräumen und Ökosystemen überholt.

Die Durchgängigkeit des Flusses ist gemäß § 5 IV 2 i.V.m. Anlage 4 Tabelle 2 OGewV Bestandteil der hydromorphologischen Qualitätskomponenten. Der Gewässerdurchgängigkeit, auf deren Herstellung § 34 WHG abzielt, kommt daher lediglich eine unterstützende Funktion bei der Bewertung der biologischen Qualitätskomponenten zu. Die biologischen Qualitätskomponenten hingegen sind maßgeblich für die Einstufung des ökologischen Zustands eines Gewässers. Sofern der ökologische Zustand mit „gut“ eingestuft ist, erledigen sich solche Maßnahmen in Maßnahmenprogrammen, welche die unterstützende Qualitätskomponente „Durchgängigkeit des Flusses“ beeinflussen können. Durch die Erreichung eines guten ökologischen Zustands ist indiziert, dass die bestehenden Durchgängigkeitsverhältnisse auch ohne Umsetzung von weiteren Durchgängigkeitsmaßnahmen ausreichen, um den ökologischen Gewässerzustand in den angestrebten Zielzustand zu überführen.

¹⁰⁰ BVerwG, Urt. v. 9.2.2017 – 7 A 2.15, BVerwGE 158, 1 (Rn. 498).

Dies gilt selbst dann, wenn der chemische Zustand des Gewässers weiterhin als „schlecht“ eingestuft ist und daher der Gesamtzustand des Oberflächenwasserkörpers unverändert „nicht gut“ ist. Hinsichtlich der Bewertung und Einstufung des chemischen Zustands eines Oberflächenwasserkörpers hat die hydromorphologische Qualitätskomponente „Durchgängigkeit des Flusses“ keinerlei bewertungsrelevanten Einfluss (vgl. § 6 OGWV). Einen Wirk- und Bewertungszusammenhang zeigt die Oberflächengewässerverordnung nicht auf. Selbst die umfassendste Umsetzung von Durchgängigkeitsmaßnahmen hat keinen verbessernden Einfluss auf den chemischen Gewässerzustand.

2.3.2.2.1.2 Qualitätskomponente Durchgängigkeit „gut“

Weiterhin tritt Erledigung durch Zielerreichung ein, sobald die unterstützende Qualitätskomponente „Durchgängigkeit des Flusses“ mit „gut“ eingestuft wird.

In diesem Fall liegen ausweislich § 5 IV 2 i.V.m. Anlage 4 Tabelle 2 OGWV bereits die Lebensraumbedingungen vor, unter denen der gute Zustand der biologischen Qualitätskomponenten erreicht werden kann. Der maßgebliche Zielzustand hinsichtlich der unterstützenden Qualitätskomponente „Durchgängigkeit des Flusses“ ist damit erreicht. Jede weitere Durchgängigkeitsmaßnahme leistet keinen weiteren Beitrag mehr zur Erreichung eines guten ökologischen Zustands. Defizite der einen unterstützenden Komponente können nicht durch eine Übererfüllung anderer unterstützender Komponenten ausgeglichen werden.

Angesichts des bereits vollumfänglich erreichten guten Zustands tritt bezüglich verbleibender Durchgängigkeitsmaßnahmen im Maßnahmenprogramm Erledigung durch Zweckerreichung ein.

2.3.2.2.1.3 Qualitätskomponente Fische „gut“

Erledigung wegen Zweckerreichung tritt auch dann für Durchgängigkeitsmaßnahmen ein, wenn lediglich die biologische Qualitätskomponente „Fische“ mit „gut“ bewertet ist. Auch in diesem Fall leisten weitere Maßnahmen zur Verbesserung der unterstützenden Qualitätskomponente Durchgängigkeit des Flusses keine weiteren Zielerreichungsbeiträge für die maßgebenden biologischen Qualitätskomponenten. Dabei ist es unerheblich, ob die unterstützende Qualitätskomponente Durchgängigkeit des Flusses bereits als „gut“ eingestuft ist oder nicht oder wie die weiteren biologischen Qualitätskomponenten bewertet werden.

Ist die biologische Qualitätskomponente „Fische“ als gut eingestuft, stellen sich die Lebensraumbedingungen als derart geeignet dar, dass die Arten der Fischfauna in Zusammensetzung und Abundanz lediglich geringfügig von den typenspezifischen Gemeinschaften abweichen. Wo der Zustand der unterstützenden hydromorphologischen Qualitätskomponente „Durchgängigkeit des Flusses“ solche Bedingungen liefert, dass sich die biologische Qualitätskomponen-

te Fische in einen guten Zustand entwickeln konnte, liegen auch die erforderlichen Durchgängigkeitsvoraussetzungen vor, damit sich die sonstigen biologischen Qualitätskomponenten in einen als „gut“ bewerteten Zustand entwickeln können.

Methodische Grundlage für dieses Ergebnis ist ein Erst-Recht-Schluss. Dabei werden Indikator- oder Schirmarten mit den weitreichendsten Ansprüchen an die Gewässerdurchgängigkeit betrachtet. Sind deren Lebensraumanprüche erfüllt, gilt dies erst recht auch für die weniger anspruchsvollen Organismen. Dieses Vorgehen ist in der Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt:

„Auch insoweit bedarf es jedoch keiner Untersuchung aller, sondern nur derjenigen charakteristischen Arten, die eine Indikatorfunktion für potentielle Auswirkungen des Vorhabens auf den Lebensraumtyp besitzen.“¹⁰¹

Vorliegend beruht der Erst-Recht-Schluss auf dem Umstand, dass Fische die höchsten Ansprüche an einen Gewässerlebensraum und dessen Durchgängigkeit stellen. Daher kommt der Qualitätskomponente „Fische“ hinsichtlich der Gewässerdurchgängigkeit grundsätzlich eine Indikatorfunktion zu.¹⁰² Die Fischfauna ist hinsichtlich der Gewässerdurchgängigkeit die allein relevante biologische Qualitätskomponente:

„Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die im Hinblick auf den ökologischen Zustand hier allein relevante biologische Qualitätskomponente die Zusammensetzung, Abundanz und Altersstruktur der Fischfauna betrifft (Tabelle 1.1.1 Anlage V WRRL, Ziffer 1. Anlage 3 OGewV) und die Durchgängigkeit des Flusses lediglich eine hydromorphologische Qualitätskomponente in Unterstützung der biologischen Komponente darstellt. D.h. ein Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot läge nur dann vor, wenn sich der Zustand der Fischfauna durch das Vorhaben der Klägerin ohne Fischaufstiegsanlage um eine Klasse verschlechtern würde.“¹⁰³

Die Durchgängigkeit ist ausweislich Anlage 3 Nr. 2 zu § 5 I OGewV lediglich in Flüssen als Teil der hydromorphologischen Qualitätskomponente beachtlich. In Flüssen bestimmt sich der ökologische Zustand gemäß Anlage 3 Nr. 1 zu § 5 I OGewV nach den biologischen Qualitätskomponenten Phytoplankton, Makrophyten sowie benthische wirbellose Fauna und Fischfauna.

Die biologischen Qualitätskomponenten Phytoplankton sowie Makrophyten sind Teil der Gewässerflora. Es handelt sich um Wasserpflanzen, die keine

¹⁰¹ BVerwG, Urt. v. 10.11.2016 – 9 A 18.15, BVerwGE 156, 215 (Rn. 65).

¹⁰² *Lau*, in: Schink/Fellenberg, GK-WHG, Hürth 2021, § 34 Rn. 16; *Niesen*, in: Frenz/Müggenborg, BKom WHG, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 20 m.w.N.; vgl. auch *de Witt/Kause*, NuR 2015, 749 (755).

¹⁰³ VG Halle (Saale), Urt. v. 28.11.2024 – 4 A 283/22 HAL, juris, Rn. 69.

Wanderungsbewegungen im Gewässer ausführen können. Die Erreichung eines guten Zustands dieser biologischen Qualitätskomponenten kann daher schwerlich von der ungehinderten Durchwanderbarkeit des Gewässers abhängen.

Die biologische Qualitätskomponente benthische wirbellose Fauna ist Teil der Gewässerfauna und damit grundsätzlich wanderungsfähig. Allerdings haben diese Gewässerlebewesen geringere Anforderungen an die Durchgängigkeit, als dies bei Fischen der Fall ist. Wo die Durchgängigkeit für Fische gegeben ist, ist dies daher erst recht für die diesbezüglich anspruchslosere benthische wirbellose Fauna der Fall.

Dieser Erst-Recht-Schluss von der Qualitätskomponente Fischfauna auf sonstige biologischen Qualitätskomponenten ist auch für die Frage der Mindestwasserfestsetzung anerkannt:

„Da die Fischfauna unter den verschiedenen Bioindikatoren den größten Raumbedarf hat, ist davon auszugehen, dass bei Erfüllung der Ansprüche der Fischfauna auch den Anforderungen der anderen Bioindikatoren Genüge getan ist. Daher wird die natürliche Fischfauna einer Gewässerstrecke als Indikator verwendet.

[...] Die Ansprüche dieser Arten stehen stellvertretend für jene der potenziell natürlichen Fischfauna und weiterer Organismengruppen. Sind ihre Ansprüche erfüllt, gilt dies auch für die anderen, weniger anspruchsvollen Arten.“¹⁰⁴

In gleicher Weise stellt auch Bundesverwaltungsgericht auf die anspruchsvollste Fischart als Indikatorfisch ab:

„Der Beklagte hatte demnach auf den Lachs als Indikatorfisch bei der Bestimmung der Mindestwasserführung abzustellen.“¹⁰⁵

Diese Rechtsprechung, die zur Frage des Mindestwassers im Sinne des § 33 WHG ergangen ist, kann dabei auch auf die Frage der Gewässerdurchgängigkeit gemäß § 34 WHG übertragen werden. Beide Regelungen zielen u.a. auf die Gewässerdurchgängigkeit ab, nehmen dabei allerdings unterschiedliche Durchgängigkeitshindernisse in den Blick. § 33 WHG gewährleistet die Durchwanderbarkeit von Gewässern durch Sicherstellung einer ausreichenden Wassermenge. § 34 WHG gewährleistet die Durchwanderbarkeit, indem er physisch-bauliche Durchgängigkeitshindernisse adressiert.

¹⁰⁴ VG Karlsruhe, Urt. v. 2.7.2014 – 4 K 3423/11, juris, Rn. 67-71; LUBW, Mindestabfluss an Ausleitstrecken, 2005, S. 14.

¹⁰⁵ BVerwG, Beschl. v. 26.1.2017 – 7 B 3.16, juris, Rn. 20.

2.3.2.2.1.4 Rechtsfolge der Erledigung

Sobald sich eine Maßnahme eines Maßnahmenprogramms wegen Zweckerreichung analog Art. 43 II BayVwVfG erledigt, wird die Maßnahme gegenstandslos und entfaltet keinerlei Steuerungs- und Bindungswirkung mehr. Die nachgeordneten Behörden sind an die gegenstandslos gewordenen Aussagen und Inhalte des Maßnahmenprogramms nicht mehr gebunden. Art. 51 BayWG begründet eine Bindungswirkung nur für solche Maßnahmen, die in Kraft sind und Geltung verlangen.

Die Pflicht zur Befolgung von Maßnahmenprogrammen wandelt sich vielmehr in eine Bereinigungspflicht gemäß § 82 V WHG. Die aus dieser Norm folgende Pflicht zur Anpassung von Maßnahmenprogrammen umfasst auch solche Maßnahmen, die zwar ursprünglich vorgesehen, aber schlussendlich nicht umgesetzt werden.¹⁰⁶ Im Rahmen der dynamischen Fortschreibung des Maßnahmenprogramms ist daher die gegenstandslose Maßnahme zu löschen und damit der Rechtsschein einer bestehenden Maßnahme zu beseitigen.

Sofern eine Durchgängigkeitsanordnung mit der Aussage eines Maßnahmenprogramms begründet wird, welche sich wegen Zielerreichung erledigt hat, so stellt sich die Anordnung als rechtswidrig dar. Die Anordnung ist damit zwar ein wirksamer und bestandskraftfähiger Verwaltungsakt, aber im Wege der Anfechtungsklage angreifbar.

2.3.2.2.2 Gerichtliche Inzidenzkontrolle

Zusätzlich zur Erledigung wegen Zweckerreichung kommt eine gerichtliche Überprüfung in Betracht. Dabei unterliegen Maßnahmenprogramme als lediglich behördenverbindliche Rechtssätze keiner unmittelbaren gerichtlichen Kontrolle. In Betracht kommt allerdings im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung außenverbindlicher Rechtsakte die inzidente Überprüfung der zu Grunde liegenden Maßnahmenprogramme.¹⁰⁷

Bei der Aufstellung von Maßnahmenprogrammen finden die allgemeinen Grundsätze der Abwägung Anwendung.¹⁰⁸ Das Abwägungsergebnis stellt sich dann als abwägungsgerecht dar, wenn das Maßnahmenprogramm Ausdruck eines kohärenten Gesamtkonzepts ist, das sich nicht lediglich in der Summe von punktuellen Einzelmaßnahmen erschöpft.¹⁰⁹ Dazu müssen die Maßnahmenprogramme die normativen Vorgaben des Wasserhaushaltsgesetzes und

¹⁰⁶ *Knopp*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG AbwAG, 59. EL Aug. 2024, § 82 WHG Rn. 59.

¹⁰⁷ *Durner*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 106. EL Jan. 2025, § 82 WHG Rn. 97.

¹⁰⁸ *Durner*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 106. EL Jan. 2025, § 82 WHG Rn. 71

¹⁰⁹ BVerwG, Urt. v. 9.2.2017 – 7 A 2.15, BVerwGE 158, 1 (Rn. 586).

der EU-Wasserrahmenrichtlinie beachten, um in rechtmäßiger Weise die Bewirtschaftungsziele konkretisieren zu können.¹¹⁰

Ein abwägungsbeachtlicher Umstand ist dabei der Grundsatz der Kosteneffizienz (vgl. § 82 II 2. Hs. WHG), welcher eine vergleichende Betrachtung zwischen dem Nutzen von Maßnahmen und deren Kosten vorsieht. Angesichts eines geringen Zielerreichungsbeitrags unverhältnismäßig hohe Kosten widersprechen diesem Grundsatz und stellen sich daher innerhalb eines Maßnahmenprogramms als abwägungsfehlerhaft dar. Sofern daher ein Maßnahmenprogramm die Umsetzung von Durchgängigkeitsmaßnahmen an konkreten Hindernissen vorsieht, obwohl damit kein weiterer Zielerreichungs- und Zielverwirklichungsbeitrag mehr verbunden ist, stellt sich eine solche Maßnahme angesichts der damit verbundenen Kosten als Verstoß gegen das Gebot der Kosteneffizienz dar und ist damit abwägungsfehlerhaft.

Dieser Abwägungsfehler berechtigt die Gerichte im Rahmen einer gerichtlichen Kontrolle auch zur Außerachtlassung der entsprechenden Maßnahme.

Dem steht nicht entgegen, dass dieser Abwägungsfehler erst durch nachträgliche Entwicklungen entstanden ist und daher im Zeitpunkt der Abwägungsentscheidung noch nicht vorhersehbar war. Anders als bei außenwirksamen Planungen, wie etwa Bebauungsplänen, kommt es bei den innenverbindlichen Maßnahmenprogrammen nicht auf den Zeitpunkt des Erlasses an. Dies erklärt sich zum einen damit, dass Maßnahmenprogramme keinen Vertrauensschutz begründen und daher mit einer Vorverlagerung des maßgeblichen Zeitpunkts kein Schutz der Rechtswirkung verbunden sein kann. Genau dies – Schutz der eingetretenen „Bestandskraft“ – ist allerdings bei außenwirksamen Satzungen der Grund dafür, dass auf die Rechtmäßigkeit der Abwägungsentscheidung im Zeitpunkt des Erlasses abgestellt wird und nachträgliche Entwicklungen ausgeblendet werden. Zum anderen hat der Gesetzgeber mit der Anpassungspflicht in § 82 V WHG gerade zum Ausdruck gebracht, dass Maßnahmenprogramme einer dynamischen Fortentwicklung unterliegen und somit die aktive Pflicht besteht, nachträgliche Entwicklungen und Veränderungen der Umstände zu berücksichtigen. Daher haben sich Maßnahmenprogramme fortlaufend den jeweiligen Entwicklungen zu stellen.¹¹¹

Folglich kommt bei Maßnahmenprogrammen eine inzidente Überprüfung und Verwerfung auch dann in Betracht, wenn atypische Entwicklungen eingetreten

¹¹⁰ VGH Bad.-Württ., Urt. v. 15.12.2015 – 3 S 2158/14, juris, Rn. 92.

¹¹¹ Knopp, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG AbwAG, 59. EL Aug. 2024, § 82 WHG Rn. 60.

sind, die bei Erstellung des Maßnahmenprogramms so noch nicht vorhersehbar waren.¹¹²

2.3.3 Ausnahme nach § 31 II WHG

Anders als gegenüber neu zu errichtenden Anlagen, ist bei der Anwendbarkeit der Ausnahmegvorschrift des § 31 II WHG auf Bestandsanlagen nach herrschender Ansicht zu differenzieren. Voraussetzung ist gemäß § 31 II Nr. 1 WHG, dass die Nichterreichung der Bewirtschaftungsziele auf einer neuen Veränderung der physischen Gewässereigenschaften oder des Grundwasserstands beruht.

Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „neue Veränderung“ wurde bereits ausgeführt, dass die herrschende Ansicht darunter einen Stichtagsbezug versteht. Lediglich solche Veränderungen, die nach Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes eingetreten sind, sollen demnach gemäß § 31 II Nr. 1 WHG ausnahmefähig sein. Sofern als maßgeblicher Stichtag auf den 1. Oktober 2010 abgestellt wird, kann dies bereits deshalb nicht überzeugen, weil das Bundesverwaltungsgericht die Anwendung der Ausnahmegvorschrift des § 31 II WHG auf eine wasserrechtliche Erlaubnis aus dem Jahr 2008 bejaht hat, ohne die Ausnahmeprüfung am Tatbestandsmerkmal der *neuen* Gewässerveränderungen scheitern zu lassen.¹¹³ In Betracht kommt daher allenfalls der Stichtag 25. Juni 2002.

Folge der herrschenden Ansicht ist damit einerseits eine gesplante Auslegung. Eine Ausnahme von den Bewirtschaftungszielen gemäß § 31 II WHG kommt nur für solche Bestandsanlagen in Betracht, welche nach dem 25. Juni 2002 zu Veränderungen der physischen Gewässereigenschaften geführt haben. Für Anlagen, deren nachteiligen Auswirkungen auf die Gewässerdurchgängigkeit vor dem 25. Juni 2002 eingetreten sind, kommt demnach keine Ausnahmeprivilegierung in Betracht.

Sofern die EU-Wasserrahmenrichtlinie allerdings für bestimmte Fallgestaltungen keine richtlinienimmanenten Verhältnismäßigkeitserwägungen vorsieht, erlangen die national-staatlichen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit wieder Geltung. Andernfalls entstünden Regelungsbereiche, die weder einer unionsrechtlichen noch einer nationalstaatlichen Verhältnismäßigkeitsüberprüfung unterlägen. Dies wäre nicht nur im Lichte des Art. 20 III GG bedenklich, sondern auch ein Verstoß gegen den europäischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, welcher als allgemeiner Rechtsgrundsatz Bestandteil der unionsrechtlichen Rechtsordnung ist.¹¹⁴

¹¹² Drost, in: ders. et al.; Das neue Wasserrecht in Bayern, Losebl. Stand: Aug. 2023, § 82 WHG Rn. 28.

¹¹³ BVerwG, Beschl. v. 20.12.2019 – 7 B 5.19, NVwZ 2020, 1203 f.

¹¹⁴ Statt vieler EuGH, Urt. v. 6.9.2012 – C-273/11, ECLI:EU:C:2012:547 (Rn. 36), Mecsek-Gabona Kft.

Neben dieser gespaltenen Auslegung folgt aus der herrschenden Ansicht andererseits auch ein Wertungswiderspruch. Die stichtagsbezogene Auslegung des Begriffs „neue Veränderung“ führt zu dem unsinnigen Ergebnis, dass für solche Stauanlagen, die bereits seit Jahrzehnten oder Jahrhunderten bestehen und auf deren Vorbelastung sich die Gewässersysteme über einen langen Zeitraum hinweg einstellen konnten, keine Ausnahme besteht. Demgegenüber können neue Anlagen an gänzlich unbelasteten Standorten im Wege der Ausnahme nach § 31 II WHG zugelassen werden.

Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen und gespaltenen Auslegungen ist der Begriff der „neuen Veränderung“ in § 31 II 1 Nr. 1 WHG daher entgegen der herrschenden Meinung nicht stichtagsbezogen auszulegen. Vielmehr ist der Begriff „neue Veränderung“ zu verstehen als „menschlich verursachte Veränderung“.

„§ 31 Abs. 2 WHG dient der Umsetzung des Art. 4 Abs. 7 WRRL in das deutsche Recht. Er regelt den Ausnahmefall, in dem aufgrund eines menschlich bewirkten Eingriffs in den Bestand der physischen Eigenschaften des Gewässers die Bewirtschaftungsziele nicht erreicht werden können oder eine Verschlechterung des Gewässerzustands eintritt, und gleichwohl ein Verstoß gegen die Bewirtschaftungsziele nicht anzunehmen ist.“¹¹⁵

Diese Rechtsansicht wird auch durch die Gesetzessystematik und die Gesetzeshistorie gestützt. § 31 II 1 WHG fasst den vorherigen § 25d III 1 WHG a.F. redaktionell neu.¹¹⁶ Eine inhaltliche Änderung war vom Gesetzgeber mit der Neufassung jedoch nicht beabsichtigt. Die Formulierung in § 25d III 1 WHG („Werden die physischen Eigenschaften [...] verändert.“) wurde so verstanden, dass für die Ausnahmebestimmung ein menschlicher Eingriff erforderlich ist.¹¹⁷

Dies fügt sich auch bruchlos in die Regelungssystematik der EU-Wasserrahmenrichtlinie und des § 31 WHG ein. Art. 4 VI WRRL, umgesetzt in § 31 I WHG, kennt eine vorübergehende Ausnahme bei natürlichen Ursachen und höherer Gewalt. Art. 4 VII WRRL, umgesetzt in § 31 II WHG, kennt demgegenüber die dauerhafte Ausnahme bei menschlichen Einwirkungen.

Auch lässt sich der Rechtsprechung an keiner Stelle die Aussage entnehmen, dass die Ausnahmevorschriften gegenüber Bestandsanlagen und damit dem Verbesserungsgebot stichtagsbezogen anzuwenden sind und die Anwendbarkeit deshalb von der Zufälligkeit der nationalstaatlichen Umsetzung abhängen.

¹¹⁵ OVG Bln.-Bbg., Urt. v. 20.12.2018 – OVG 6 B 1.17, juris, Rn. 43.

¹¹⁶ BT-Drs. 16/12275, S. 60.

¹¹⁷ Czychowski/Reinhardt, WHG, 13. Aufl. 2023, § 31 Rn. 14.

„Das Verbesserungsgebot ist vor allem durch die wasserwirtschaftliche Planung zu verwirklichen, deren zentrales Instrument die Maßnahmenprogramme sind. Diese führen die Schritte auf, die unternommen werden sollen, um die Gewässer entweder einem guten ökologischen Zustand/Potenzial und chemischen Zustand zuzuführen oder sie diesem Ziel unter Ausnutzung der Ausnahmeregelungen § 30 und § 31 WHG jedenfalls näherzubringen.“¹¹⁸

2.3.4 Bewirtschaftungsgrundsätze, § 6 WHG

Die Bewirtschaftungsgrundsätze des § 6 WHG sind auch im Rahmen des § 34 II WHG grundsätzlich unbeachtlich. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen unter II.1.4.4 verwiesen werden.

2.4 Rechtsfolge

Auf Rechtsfolgenseite sind sowohl die Grundsätze des Ermessens (sogleich 2.4.1) als auch der Verhältnismäßigkeit (sodann 2.4.2) zu berücksichtigen.

2.4.1 Ermessen

Angesichts des Wortlauts – „so hat die zuständige Behörde“ – steht der verpflichteten Behörde im Rahmen des § 34 II WHG kein Entschließungsermessen zu.¹¹⁹

Davon unberührt bleibt jedoch die Verpflichtung der Behörde zu einer gemäß Art. 40 BayVwVfG ermessensfehlerfreien Auswahl und Ausgestaltung der zu ergreifenden Mittel.¹²⁰ Im Rahmen des Auswahlermessens ist eine Abwägung zwischen den ökologischen Zielen und den schutzwürdigen Interessen des Anlagenbetreibers erforderlich.¹²¹ Sofern es um Stauanlagen für den Betrieb von Wasserkraftanlagen geht, ist dabei immer auch der § 2 EEG und das überragende öffentliche Interesse an einem unbeeinträchtigten Betrieb von Wasserkraftanlagen zu berücksichtigen.

Diese Ermessenssteuerung ist insbesondere im Rahmen angemessener Umsetzungsfristen für angeordnete Durchgängigkeitsmaßnahmen zu berücksichtigen. Grundsätzlich hat die Behörde daher jedenfalls dann den spätmöglichen Zeit-

¹¹⁸ VG Halle (Saale), Urt. v. 28.11.2024 – 4 A 283/22 HAL, juris, Rn. 73; wortlautgleich VG Chemnitz, Urt. v. 10.4.2024 – 2 K 52/18, juris, Rn. 72; inhaltlich ebenso VG Sigmaringen, Urt. v. 14.11.2018 – 10 K 118/17, juris, Rn. 224.

¹¹⁹ VG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 5.4.2017 – 4 K 630/16, juris, Rn. 75; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, 13. Aufl. 2023, § 34 Rn. 21; *Knopp/Schenke*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG AbwAG, 59. EL Aug. 2024, § 34 WHG Rn. 37.

¹²⁰ VG Bayreuth, Urt. v. 13.12.2012 – B 2 K 11.687, juris, Rn. 25; *Lau*, in: Schink/Fellenberg, WHG, Hürth 2021, § 34 Rn. 31; BT-Drs. 16/12275, S. 61.

¹²¹ *Durner*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 106. EL Jan. 2025, § 34 WHG Rn. 35.

punkt zu wählen, um so lange wie möglich eine unbeeinträchtigte Energieerzeugung durch die Wasserkraftanlage zu gewährleisten, wenn sich auf der betreffenden Fließstrecke noch weitere die Zielerreichung hindernde Durchgängigkeitshindernisse befinden. Zumindest ist in diesem Fall von der Wasserbehörde ein Konzept vorzulegen, das sämtliche kumulativ zusammenwirkende Durchgängigkeitshindernisse und die Strategie zur Bewältigung dieser Problematik (einschließlich Zeitplan) aufzeigt.¹²² Im Rahmen der Ermessenserwägungen hat die Behörde auch die Möglichkeit von Fristverlängerungen auf Grundlage des § 29 WHG zu berücksichtigen.¹²³

2.4.2 Verhältnismäßigkeit

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips und begrenzt jedwedes staatliches Handeln.¹²⁴ Folgerichtig stehen auch die Anordnungen auf Grundlage des § 34 II WHG unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit.¹²⁵

Teile des national-staatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind durch die unionsrechtlichen Ausnahmeregelungen des § 31 II WHG aufgezehrt. Jenseits des Anwendungsbereichs des § 31 II WHG unterliegen die Anordnungen auf Grundlage des § 34 II WHG jedoch vollumfänglich dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebot.

Dabei macht es auch keinen Unterschied, ob die anordnende Behörde intern durch die Vorgaben des Maßnahmenprogramms gebunden ist. Aus der Bindung im Innenverhältnis folgt keine Berechtigung im Außenverhältnis. Die Bindungswirkung von Maßnahmenprogrammen aus Art. 51 BayWG ermächtigt nicht zu unverhältnismäßigen Eingriffen in Grundrechte:

„Maßnahmen, die sich im konkreten Einzelfall aber nicht verhältnis- und damit nicht rechtmäßig umsetzen lassen, stehen den dem Rechtsstaatsprinzip verpflichteten Beklagten allerdings von vornherein nicht zur Verfügung und sind daher auch nicht Teil einer Auswahl zu ergreifender Maßnahmen. Weder die WRRL noch das WHG fordern der zuständigen Behörde rechtlich Unmögliches ab.“¹²⁶

¹²² Vgl. VG Münster, Urt. v. 19.12.2014 – 7 K 2593/13, juris, Rn. 18; *Schwind*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, BKom WHG, 2. Aufl. 2017, § 100 Rn. 27.

¹²³ *Lau*, in: Schink/Fellenberg, GK-WHG, Hürth 2021, § 34 Rn. 29; *Niesen*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, 2. Aufl. 2017, § 34 Rn. 39.

¹²⁴ BVerfG, Beschl. v. 5.3.1968 – 1 BvR 579/67, BVerfGE 23, 127-135, Rn. 19; BVerwG, Urt. v. 27.2.2018 – 7 C 30/17, juris, Rn. 39.

¹²⁵ BT-Drs. 16/12275, S. 61; *Knopp/Schenke*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG AbwAG, 59. EL Aug. 2024, § 34 WHG Rn. 33; *Riedel*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 75. Ed. 1.7.2025, § 34 WHG Rn. 24.

¹²⁶ NdsOVG, Urt. v. 21.11.2023 – 7 KS 8/21, juris, Rn. 197.

Dies ist – dem insoweit vergleichbar – für die Luftreinhalteplanung bereits höchstrichterlich bestätigt: Auch hinsichtlich der Luftreinhalteplanung unterliegen außerverbindliche Rechtsakte, die auf Maßnahmen der Luftreinhalteplanung beruhen, dem Grundsatz und dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit.¹²⁷

Etwaige Durchgängigkeitsanordnungen gegenüber bestehenden Stauanlagen unterliegen daher auch dann vollumfänglich dem Gebot der Verhältnismäßigkeit, wenn die Anordnung als Maßnahme in einem Maßnahmenprogramm vorgesehen ist. Daher sind auch solche Anordnungen auf ihre Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit im engeren Sinne hin zu überprüfen.

Sofern die Durchgängigkeitsmaßnahmen in Maßnahmenplänen keinen notwendigen Zielerreichungsbeitrag mehr leisten können, weil das Bewirtschaftungsziel entweder bereits erreicht ist oder kein Wirkpfad zwischen Durchgängigkeitsmaßnahme und Zielerreichung besteht, fehlt es bereits an der Erforderlichkeit der außenverbindlichen Anordnung.

Diese Erforderlichkeit auf Rechtsfolgenreise als Teil des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist nicht deckungsgleich mit dem Erforderlichkeitsvorbehalt auf Tatbestandsseite, welcher durch die Maßnahmenprogramme gesteuert wird. Selbst Anordnungen, auf deren Tatbestandsseite die anordnende Behörde ihren behördeninternen Bindungen zutreffend nachgekommen ist, unterliegen auf Rechtsfolgenreise einem Erforderlichkeitsgebot, welches Grundrechtseingriffe durch belastende Verwaltungsakte dem Gebot der Notwendigkeit unterwirft. In der Regel wird es einer auf Rechtsfolgenreise nicht erforderlichen Maßnahme jedoch bereits an der Erforderlichkeit auf Tatbestandsseite fehlen.

3 Fischereirecht

Zusätzlich zu den Vorgaben des Wasserhaushaltsgesetzes können sich Verpflichtungen im Hinblick auf die Herstellung der ökologischen Durchgängigkeit aus dem Landesrecht ergeben.

Der Bundesgesetzgeber hat mit § 34 WHG keine abschließende Regelung geschaffen, die den Ländern eine abweichende Regelung gemäß Art. 72 III 1 Nr. 5 GG sperren würde.¹²⁸ Der bayerische Landesgesetzgeber hat von der demnach eröffneten Möglichkeit abweichender Regelungen im Bayerischen Wassergesetz allerdings keinen Gebrauch gemacht.

Spezifische landesrechtliche Regelungen zur ökologischen Durchgängigkeit finden sich jedoch im Bayerischen Fischereigesetz. Demnach kann die Anordnung von Durchgängigkeitsmaßnahmen auf Art. 55 I BayFiG gestützt werden.

¹²⁷ BVerwG, Urt. v. 27.2.2018 – 7 C 30.17, BVerwGE 161, 201 (Rn. 38 ff.).

¹²⁸ BVerwG, Urt. v. 17.12.2021 – 7 C 9.20, BVerwGE 174, 322 (Rn. 19 ff.).

Nach dieser Vorschrift kann derjenige, der in einem nicht geschlossenen Gewässer Wehre, Schleusen, Dämme oder andere Anlagen errichtet oder ändert, die den Zug der Fisch nach auf- oder abwärts so verhindern oder erheblich beeinträchtigen, sodass die Erhaltung eines dem Hegeziel entsprechenden Fischbestands im Sinne des Art. 1 II 3 BayFiG gefährdet ist, von der Kreisverwaltungsbehörde verpflichtet werden, auf seine Kosten die Durchgängigkeit entsprechend den Bewirtschaftungszielen, § 6 I WHG und §§ 27 bis 31 WHG, für oberirdische Gewässer herzustellen. Gemäß Art. 55 II BayFiG gilt Absatz 1 für bestehende Anlagen entsprechend.

Das Bayerische Fischereigesetz beruht auf der Regelungskompetenz der Länder zur Gesetzgebung gemäß Art. 70 I GG. Zweck des Fischereigesetzes ist die schonende Nutzung und die nachhaltige Bewirtschaftung der Fischressourcen als nachwachsender Rohstoff.¹²⁹ Das Landesfischereirecht bezieht sich „auf die Fischerei als eine besondere Form der Nahrungsmittelgewinnung“¹³⁰ und schützt Fische damit in ihrer Funktion als nutzbare Wirtschaftsgüter, nicht aber vorrangig als Lebewesen und Bestandteil der natürlichen Umwelt.¹³¹ Für diese nutzbaren Wirtschaftsgüter begründet Art. 1 I BayFiG ein spezifisches Aneignungsrecht.¹³² Dieses Recht bezieht sich nur auf den tatsächlich vorhandenen Gewässerzustand.¹³³

Der Gesetzeszweck ist bei der Auslegung des Art. 55 BayFiG zu berücksichtigen.

Überdies enthält diese Vorschrift anders als § 34 I WHG für die Errichtung neuer Querverbauungen keine materielle Zulassungsvorgabe, die im Rahmen von Genehmigungs- und Gestattungsverfahren zu beachten wäre. Vielmehr begründet Art. 55 BayFiG eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage, die die zuständige Behörde zum Erlass entsprechender Anordnungen gegenüber neu errichteten oder bereits bestehenden Querbauwerken befugt. Sowohl auf Tatbestandsseite (sogleich 3.1) als auch auf Rechtsfolgenseite (sodann 3.2) weicht die Vorschrift von § 34 WHG ab.

3.1 Tatbestand

Vergleichbar zu § 34 I WHG nimmt auch Art. 55 I BayFiG nur baulich-anlagenbedingte Durchgängigkeitshindernisse in den Blick. Die nicht abschließende Aufzählung von „Wehren, Schleusen, Dämmen und anderen Anlagen“ deckt sich inhaltlich mit dem Begriff der Stauanlage in § 34 I WHG.

¹²⁹ Braun/Keiz, Fischereirecht in Bayern, 87. EL Feb. 2023, Art. 1 Rn. 34.

¹³⁰ BayVGH, Urt. v. 7.10.2004 – 22 B 03.3228, juris, Rn. 26.

¹³¹ BayVGH, Urt. v. 7.10.2004 – 22 B 03.3228, juris, Rn. 26.

¹³² BayVGH, Urt. v. 23.4.2013 – 8 B 13.386, juris, Rn. 25.

¹³³ Lorz/Metzger, Fischereirecht, 5. Aufl. 2023, A. Einführung Rn. 19.

Die Passierbarkeit dieser baulichen Anlagen wird in Art. 55 I BayFiG ausdrücklich auf Fische beschränkt. Maßgeblich kommt es dem Wortlaut nach darauf an, ob diese Querverbauungen „den Zug der Fische nach auf- oder abwärts so verhindern oder erheblich beeinträchtigen“. Dies deckt sich auch mit dem Gesetzeszweck, der maßgeblich auf den Schutz von Fischen als Wirtschaftsgut abstellt. Damit ermächtigt die Vorschrift nicht zu Durchgängigkeitsanordnungen, die einen Sediment- und Geschiebetransport ermöglichen sollen oder die Durchgängigkeit für Makrozoobenthos herzustellen beabsichtigen.

Weitere Voraussetzung für eine entsprechende Anordnung ist die Prognose, dass die Errichtung oder Änderung der Stauanlage zu einer Gefährdung eines dem Hegeziel entsprechenden Fischbestands aus Art. 1 II 3 BayFiG führt.

Diese Gefährdung muss gerade kausal auf der Verhinderung oder Beeinträchtigung des Fischzuges beruhen. Ist der dem Hegeziel entsprechende Fischbestand durch andere Umstände gefährdet – etwa durch hohe Schadstoffkonzentrationen, zu geringer Wasserabfluss, zu hohe Temperaturen oder zu geringer Sauerstoffgehalt – scheidet die Anordnung von Durchgängigkeitsmaßnahmen auf Grundlage des Art. 55 I BayFiG aus.

Hinsichtlich dieses Kausalzusammenhangs ist die anordnende Behörde beweispflichtig. Prognosemaßstab für die Gefährdung ist dabei mangels anderweitiger Aussagen der Norm der Maßstab der allgemeinen ordnungsrechtlichen Gefahrenabwehr, wie er auch im Rahmen des § 34 I WHG bei der Frage der Geeignetheit von Einrichtungen und Betriebsweisen Anwendung findet.

Eine Gefährdung kann nur bejaht werden, wenn prognostisch die Erhaltung eines dem Hegeziel entsprechenden Fischbestands beeinträchtigt wird. Der Begriff des Fischbestands ist autonom im Sinne des Fischereigesetzes und orientiert am Grundsatz der Hege in Art. 1 II 3 BayFiG zu verstehen. Ein Rückgriff auf die Referenz-Fischzönose, welche gemäß § 5 I i.V.m. Anlage 4 Tabelle 4 OGewV zur Definition eines sehr guten ökologischen Zustands für die Qualitätskomponente Fischfauna im Zusammenhang mit den Vorgaben der Wasserrahmenrichtlinie herangezogen wird, scheidet angesichts dessen aus. Vielmehr anerkennt der Hegebegriff menschengemachte Gewässerveränderungen und fordert daher keine Ausrichtung an einem hypothetisch-idealen „natürlichen“ Fischbestand.¹³⁴ Maßgeblich ist, was der jetzige Zustand des Gewässers an fischereilicher Nutzung ermöglicht.¹³⁵

Mit der Formulierung „die Erhaltung eines dem Hegeziel entsprechenden Fischbestandes“ verweist Art. 55 I BayFiG nur auf die *Erhaltung* eines artenreichen und gesunden Fischbestands, nicht jedoch auf die Förderung eines sol-

¹³⁴ Lorz/Metzger, Fischereirecht, 5. Aufl. 2023, A. Einführung Rn. 37.

¹³⁵ Lorz/Metzger, Fischereirecht, 5. Aufl. 2023, C. Fischereirecht in Bayern Rn. 21.

chen. „Erhaltung“ ist der Schutz der vorhandenen Fischpopulation als status-quo. Erst die Förderung, welche in Art. 55 I BayFiG nicht erwähnt wird, strebt aktive Verbesserungsmaßnahmen an.

Da diese Verbesserungsmaßnahmen im Sinne des Art. 55 I BayFiG nicht gefordert sind, erschöpft sich der Anwendungsbereich der Vorschrift auf den Schutz der gegenwärtig vorhandenen Fischpopulation. In gleicher Weise wird auch im Rahmen des Wasserhaushaltsgesetzes das Verbesserungsgebot vom Verschlechterungsverbot abgegrenzt.¹³⁶

3.2 Rechtsfolge

Auf Rechtsfolgenseite eröffnet Art. 55 I BayFiG der zuständigen Behörde ein vollständiges Ermessen sowohl auf der Ebene des Entschließungsermessens als auch beim Auswahlermessen.¹³⁷ Daher kommt anders als im Rahmen des § 34 WHG auch ein vollständiges Absehen von Durchgängigkeitsmaßnahmen in Betracht.

Ermessensleitend verweist Art. 55 I BayFiG einerseits auf § 6 I WHG sowie andererseits auf die Vorgaben der Wasserrahmenrichtlinie gemäß §§ 27 bis 31 WHG. Hinsichtlich der §§ 27 bis 31 WHG kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Wo diese Vorgaben keine Durchgängigkeitsanordnung nach § 34 WHG begründen, können sie solche Maßnahmen auch nicht im Rahmen des Art. 55 I BayFiG begründen.

Während in § 34 WHG ein Verweis auf § 6 I WHG fehlt, nimmt Art. 55 I BayFiG auch auf diesen Bezug und ist insoweit weiter gefasst als § 34 WHG. Die wasserwirtschaftlichen Grundsätze des § 6 I WHG streiten dabei nur insoweit für die Ergreifung von Durchgängigkeitsmaßnahmen, wie diese Grundsätze dem Gesetzeszweck des Fischereigesetzes entsprechen. Drehen sich die abwägungsrelevanten Umstände auch oder sogar primär um den Schutz der Fische als Lebewesen und um die Erhaltung von Fischbeständen als Bestandteil der natürlichen Umwelt, so verdrängt § 34 WHG als wasserwirtschaftliche *lex specialis* den Art. 55 I BayFiG.¹³⁸

Unabhängig davon ist den Bewirtschaftungsgrundsätzen des § 6 I WHG im Rahmen des Ermessens insbesondere der § 2 EEG und die darin enthaltenen Gewichtungsvorgabe gegenüberzustellen. Die Errichtung und der Betrieb von Fischwechselanlagen beeinträchtigt regelmäßig den Betrieb einer Wasserkraftanlage und reduziert deren Ertrag. Dies liegt insbesondere daran, dass zum Betrieb der Fischwege eine bestimmte Wassermenge an den Turbinen vorbei- und

¹³⁶ *Knopp/Schenke*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG AbwAG, 59. EL Aug. 2024, § 34 WHG Rn. 28.

¹³⁷ *Braun/Keiz*, Fischereirecht in Bayern, 88. EL Juni 2023, Art. 55 Rn. 10.

¹³⁸ BayVGH, Urt. v. 7.10.2004 – 22 B 03.3228, juris, Rn. 26.

in die Fischtreppe geleitet werden muss, die dann nicht in der Turbine in elektrische Energie umgesetzt werden kann.

Die zuständige Behörde hat daher auf atypische Umstände des konkreten Einzelfalls abzustellen, wenn sie das überragende öffentliche Interesse des § 2 EEG überwinden will. Dabei kann sie insbesondere nicht auf die europarechtlich determinierten Vorgaben der EU-Wasserrahmenrichtlinie zurückgreifen. Art. 55 BayFiG ist eine rein nationale Vorgabe, welche unabhängig von der EU-Wasserrahmenrichtlinie steht und daher auch nicht am Vorrang des Europarechts teilnimmt.

Im Rahmen des Auswahlermessens kann sich zudem das engere Schutzziel des Art. 55 I BayFiG auswirken. Hinsichtlich des Umfangs der zu errichtenden Fischwechsellanlage beschränkt sich die Anordnungsbefugnis auf den gegenwärtig bestehenden Fischbestand. Dies kann Auswirkungen auf die Abmessungen und Ausgestaltungen der Fischwechsellanlage haben. So sind bei kleineren Fischarten unter Umständen kleinere Becken erforderlich, was die Fischwechsellanlagen günstiger und technisch einfacher macht.

Art. 55 II BayFiG enthält schließlich eine Ermächtigung zu nachträglichen Durchgängigkeitsanordnungen gegenüber bestehenden Anlagen. Hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale sowie der Rechtsfolgen verweist Art. 55 II BayFiG indes vollumfänglich auf Art. 55 I BayFiG.

4 EU-Wiederherstellungsverordnung

Die Herstellung der Gewässerdurchgängigkeit wird zudem in Art. 9 der EU-Wiederherstellungsverordnung (WVO) – Verordnung (EU) 2024/1991 – in den Blick genommen.

Gemäß Art. 9 I WVO erstellen die Mitgliedstaaten ein Verzeichnis der künstlichen Hindernisse für die Vernetzung von Oberflächengewässern und ermitteln – unter Berücksichtigung der sozioökonomischen Funktionen der künstlichen Hindernisse – die Hindernisse, die beseitigt werden müssen, um zur Erreichung der Wiederherstellungsziele gemäß Art. 4 WVO und des Ziels der Wiederherstellung von mindestens 25.000 Flusskilometern zu freifliegenden Flüssen bis 2030 beizutragen. Gemäß Art. 9 II WVO beseitigen die Mitgliedstaaten die künstlichen Hindernisse für die Vernetzung von Oberflächengewässern, die in dem nach Art. 9 I WVO erstellten Verzeichnis aufgeführt sind, im Einklang mit dem Plan für ihre Beseitigung gemäß Art. 15 WVO. Bei der Beseitigung von künstlichen Hindernissen gehen die Mitgliedstaaten prioritär obsoletere Hindernisse an. Das heißt solche, die nicht länger zur Erzeugung erneuerbarer Energien, für die Binnenschifffahrt, für die Wasserversorgung, für den Hochwasserschutz oder für andere Zwecke benötigt werden.

Ziel der Wiederherstellungsverordnung ist gemäß Art. 1 WVO zum einen die Schaffung und Wiederherstellung widerstandsfähiger und biodiverser Ökosysteme und zum anderen der Klimaschutz sowie die Klimaanpassung. Bis zum Jahr 2050 sollen schrittweise sämtliche Ökosysteme durch geeignete Maßnahmen in den oben genannten Zustand wiederhergestellt werden. Insbesondere Art. 9 WVO tritt selbstständig neben die Ziele und Fristen der EU-Wasserrahmenrichtlinie und ergänzt diese um das Ziel, mindestens 25.000 km frei fließende Flüsse und die dem entgegenstehenden künstlichen Hindernisse zu beseitigen.¹³⁹ Daher bleibt auch die Regelung des § 34 WHG von der Wiederherstellungsverordnung unberührt.¹⁴⁰

Hinsichtlich der Auswahl, welche Durchgängigkeitshindernisse zur Erreichung dieses Ziel zu beseitigen sind, enthält Art. 9 WVO einen Steuerungsansatz. Gemäß Art. 9 II WVO sind prioritär obsoleete Durchgängigkeitshindernisse zu beseitigen und daher zunächst solche Wehre von der Beseitigungspflicht ausgenommen, die etwa für die Erzeugung erneuerbarer Energien genutzt werden. Sofern die Beseitigung solcher obsoleten Wehre nicht ausreicht, um die angestrebten Wiederherstellungsziele zu erreichen, kommt es für die verbleibenden Wehre gemäß Art. 9 I WVO auf deren sozioökonomische Funktion an.

Dies erfordert eine Abwägung zwischen der Notwendigkeit der Beseitigung und der Nützlichkeit der Hindernisse.¹⁴¹ Im Rahmen dieser Abwägung ist insbesondere zu berücksichtigen, dass Wasserkraftanlagen nach Art. 6 I WVO im überragenden öffentlichen Interesse liegen, sodass die sozioökonomische Funktion der betriebserforderlichen Wehranlagen regelmäßig für einen Erhalt dieser Durchgängigkeitshindernisse streitet.

Offen ist gegenwärtig zudem noch, ob Art. 9 I WVO verlangt, dass die Hindernisse durch Abriss beseitigt werden oder ob kompensatorische Durchgängigkeitslösungen, wie etwa Fischtreppen, ebenfalls in Betracht kommen.¹⁴² Ohne hin müssen die im Einzelnen zu ergreifenden Maßnahmen gemäß Art. 14 I WVO in einem nationalen Wiederherstellungsplan konkretisiert werden. Ohne den nationalen Wiederherstellungsplan lassen sich aus der EU-Wiederherstellungsverordnung keine konkreten Pflichten herleiten.¹⁴³ Die Erstellung des nationalen Wiederherstellungsplans für die Bundesrepublik Deutschland steht noch aus. Daher kann gegenwärtig noch nicht rechtssicher abgeschätzt werden, ob und welche Anforderungen Art. 9 WVO an etwaige Fischwechsellanlagen stellt.

¹³⁹ *Fellenberg*, NVwZ 2025, 124 (125).

¹⁴⁰ *Schieferdecker*, NVwZ 2025, 1865 (1868).

¹⁴¹ *Schieferdecker*, NVwZ 2025, 1865 (1868).

¹⁴² *Schieferdecker*, NVwZ 2025, 1865 (1868).

¹⁴³ *Lau*, NVwZ 2025, 1492 (1494).

Leipzig, den 30. Oktober 2025

Jakob Schoster, LL.M.
Rechtsanwalt

Dr. Marcus Lau
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht