VG Augsburg, Beschluss v. 23.03.2021 – Au 9 S 20.2781

Titel:

Untersagung eines Schwellbetriebs zur Klärung offener Rechtsfragen bezüglich eines bestehenden Altrechts

Normenketten:

VwGO § 80 Abs. 3, Abs. 5
WHG § 8, § 9, § 10, § 13, § 20, § 100
BayWG Art. 58

Leitsatz:

Auch alte Rechte und alte Befugnisse nach § 20 Abs. 2 S. 3 WHG unterliegen nachträglichen Einschränkungen, die von der Wasserbehörde auf der Grundlage des § 100 Abs. 1 WHG und Art. 58 BayWG angeordnet werden können. (Rn. 32) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

wasserrechtliche Untersagungsverfügung, Wasserkraftwerk, Schwellbetrieb, Sofortvollzug, formelle Illegalität, Verhältnismäßigkeit, Altrecht, nachteilige Veränderungen, Zwangsgeld, Folgenabwägung

Rechtsmittelinstanz:

VGH München, Beschluss vom 01.02.2022 – 8 CS 21.1051

Tenor

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf 3.125,00 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1
Die Antragstellerin begehrt im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage gegen eine wasserrechtliche Untersagungsverfügung des Antragsgegners.

2
Die Antragstellerin ist Betreiberin des Wasserkraftwerks W, das Teil der Stützschwellenkraftwerkskette V - X mit den Wasserkraftwerken V, W, Y und X ist. Die Errichtung und der Betrieb des Wasserkraftwerks W wurden mit Bescheid vom 24. April 1955 in der Fassung des Beschwerdebescheids der Regierung von * vom 4. August 1959 wasserrechtlich gestattet und bis zum 31. Dezember 2050 befristet. Das Wasserkraftwerk W wurde im Jahr 1962 erstmals in Betrieb genommen. Der Schwellbetrieb wurde seit den 1960er Jahren jeweils auf Antrag der Antragstellerin durch gesonderte, befristete wasserrechtliche Bescheide genehmigt. Zuletzt wurde die Durchführung des Schwellbetriebs mit Bescheid vom 29. September 2009 durch eine wasserrechtliche beschränkte Erlaubnis befristet bis zum 31. März 2013 gestattet. Der Schwellbetrieb wurde zum 31. März 2013 eingestellt und erstmals ab dem 28. September 2020 wiederaufgenommen.

3
Mit Schreiben vom 23. August 2019 beantragte die Antragstellerin beim Landratsamt A unter Vorlage der nach § 9 UVPG erforderlichen Unterlagen (FFH-Vorprüfung, landschaftspflegerischer Begleitplan, spezielle artenschutzfachliche Prüfung) für einen Schwellbetrieb an der Staustufe V eine langfristige wasserrechtliche beschränkte Erlaubnis nach § 10 Abs. 1 WHG i.V.m. Art. 15 BayWG. Für die Staustufe W war ein eigenständiger Schwellbetrieb nicht (mehr) vorgesehen. Die Staustufe W wurde vielmehr zur Durchleitung der erhöhten Wassermengenabgabe aus dem Stauraum V und nicht mehr als Kopfspeicher in der

Staustufenkette genutzt. Am 12. Mai 2020 stellte der Fachbereich Wasserrecht des Landratsamts A fest, dass für das beantragte Vorhaben an der Staustufe V eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen sei, weil es erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben könne, die nach § 25 Abs. 2 UVPG bei der Zulassungsentscheidung zu berücksichtigen seien. Dieses Ergebnis wurde der Antragstellerin am 29. Mai 2020 mitgeteilt. Der Scoping-Termin für die Umweltverträglichkeitsprüfung wurde auf den 9. Juli 2020 festgelegt.

4
Mit Schreiben vom 6. Juli 2020 machte die Antragstellerin unter Berufung auf ein Rechtsgutachten vom 5. Juli 2020 gegenüber dem Antragsgegner geltend, sie sei Inhaberin eines wasserrechtlichen Altrechts für den Schwellbetrieb an der Staustufe V und benötige aus diesem Grund keine zusätzliche wasserrechtliche Erlaubnis mehr. Die Antragstellerin bat vor diesem Hintergrund um Überprüfung der Rechtsauffassung und vorläufige Aussetzung des Wasserrechtsverfahrens und nahm den Antrag auf Neuerteilung der Erlaubnis für den Schwellbetrieb an der Staustufe V mit Schreiben vom 25. September 2020 zurück.

5
Ebenfalls mit Schreiben vom 25. September 2020 übersandte die Antragstellerin dem zuständigen Landratsamt B eine neugefasste Betriebsvorschrift für den Schwellbetrieb an der Staustufe W und zeigte die Wiederaufnahme des dortigen Schwellbetriebs zum 28. September 2020 an. Dabei berief sie sich ebenfalls auf das im ZusOber WGH. Dem Antragsgegner obliege es im Rahmen der Gewässeraufsicht nach pflichtgemäßem Ermessen die Maßnahmen anzuordnen, die im Einzelfall notwendig seien, um Beeinträchtigungen des Wasserhaushalts zu vermeiden oder zu beseitigen oder die Erfüllung von öffentlichrechtlichen Verpflichtungen sicherzustellen, die nach oder aufgrund von Vorschriften des Wasserhaushaltsgesetzes, nach auf dieses Gesetz gestützten Rechtsverordnungen oder nach landesrechtlichen Vorschriften bestehen.

6
Die Wiederaufnahme des Schwellbetriebs im Wasserkraftwerk W sei jedenfalls formell illegal. Die Antragstellerin verfüge nicht über die für die Durchführung eines Schwellbetriebs im Wasserkraftwerk W erforderliche wasserrechtliche Erlaubnis. Der zuletzt mit Änderungsbescheid vom 29. September 2009 zugelassene vorzeitige Nutzungsbeginn sei bis zum 31. März 2013 befristet worden. Seither sei keine weitere wasserrechtliche Erlaubnis für eine Fortsetzung des Schwellbetriebs erteilt worden. Die vom Antragsgegner vertretene Rechtsauffassung hinsichtlich des Nichtbestehens eines wasserrechtlichen Altrechts sei der Antragstellerin bekannt. Selbst für den Fall eines bestehenden Altrechts wären bei einer Durchführung des Schwellbetriebs lediglich auf Grundlage der Bescheide aus den Jahren 1959 und 1960 ohne weitere Inhalts- und Nebenbestimmungen erhebliche nachteilige Gewässerauswirkungen zu besorgen.

7
Für einen Schwellbetrieb seien nachträgliche Inhalts- und Nebenbestimmungen nach § 13 WHG erforderlich, da erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen nicht ausgeschlossen werden könnten. Die vorsätzliche oder fahrlässige Benutzung eines Gewässers ohne Erlaubnis und ohne Bewilligung stelle eine Ordnungswidrigkeit nach § 103 Abs. 1 Nr. 1 WHG dar. Eine Untersagung sei daher auch zur Verhinderung eventueller Rechtsverstöße erforderlich.

8
Der Bescheid entspreche auch pflichtgemäßem Ermessen. In Anbetracht der rechtlichen Komplexität sei der Antragstellerin mit E-Mails vom 25. September 2020 und 1. Oktober 2020 zeitnah mitgeteilt worden, dass die Genehmigungsfrage für eine Wiederaufnahme des Schwellbetriebs unter anderem an der Staustufe W ungeklärt sei und es deshalb eines ausreichenden Zeitrahmens für eine ordentliche Prüfung bedürfe. Nachdem die Antragstellerin nicht gewillt sei, den Behörden eine angemessene Zeit für eine sorgfältige Prüfung einzuräumen, sei die vorläufige Untersagung der Wiederaufnahme bzw. Fortführung des Schwellbetriebs zur Klärung der Rechtsfragen und zur Vermeidung erheblich nachteiliger Auswirkungen eines praktisch ungeregelten Schwellbetriebs auf das Gewässer erforderlich. Die sofortige Vollziehung der Untersagungsverfügung sei anzuordnen, weil die Antragstellerin durch die aufschiebende Wirkung einer Anfechtungsklage den Schwellbetrieb in W bis auf weiteres durchführen könnte. Da die Genehmigungssituation nicht abschließend geklärt sei, bestehe die Gefahr einer unerlaubten Gewässerbenutzung.

9
Von der Antragstellerin seien auch keine Gründe vorgebracht worden, weshalb ein Schwellbetreib kurzfristig für die Stromversorgung erforderlich wäre. Zur Vermeidung von nachteiligen Auswirkungen, insbesondere auf bestehende Naturschutzgebiete, trete das Interesse der Antragstellerin an einer aufschiebenden Wirkung einer Anfechtungsklage hinter das öffentliche Interesse zurück. Durch die aufschiebende Wirkung würden auch keine unumkehrbaren Tatsachen geschaffen. Es werde lediglich der seit Jahren bestehende Zustand erhalten. Die Androhung des Zwangsgeldes stütze sich auf Art. 29, 31 und 36 VwZVG.

10
Am 18. Dezember 2020 erhob die Antragstellerin gegen den Bescheid vom 27. November 2020 Klage (Au 9 K 20.2792) und stellte zugleich einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO mit dem Ziel,

11
die in Ziffer IV des Bescheids vom 27. November 2020 (Az. AL4/FB42-LEW) des Landratsamts B angeordnete sofortige Vollziehung der in Ziffer I des genannten Bescheids angeordneten Untersagung der Ausführung des Schwellbetriebs an der Staustufe W aufzuheben und die aufschiebende Wirkung der erhobenen Anfechtungsklage wiederherzustellen.

12
Zur Begründung wird ausgeführt, die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage sei wiederherzustellen, weil das Interesse der Antragstellerin an der Absenkung des Stauziels in der Staustufe W zur Ermöglichung eines Schwellbetriebs das öffentliche Interesse an einer Vermeidung eventuell möglicher schädlicher Gewässereinwirkungen überwiege. Das Gewässer U sei im Bereich des Wasserkraftwerks W als erheblich verändertes Gewässer im Sinn des § 28 WHG eingestuft und umfasse daher generell die Wasserkraftnutzung und damit auch die Durchführung eines Schwellbetriebs zur Stromerzeugung. Der Antragsgegner verkenne, dass eine nachträgliche Festsetzung von Inhalts- und Nebenbestimmungen gegenüber einer gänzlichen Untersagung des Schwellbetriebs als milderes Mittel möglich sei. Die erforderliche Zulassung der Gewässerbenutzung zum Zweck des Ausgleichs der in der Staustufe spitzenmäßig verarbeiteten Werkswassermengen gehe aus der Regelung in § 6 Abs. 3 Satz 1 des Beschwerdebescheids der Regierung von * vom 4. August 1959 eindeutig hervor. Der Umstand, dass sich bei Ausübung des Schwellbetriebs möglicherweise schädliche Gewässerveränderungen ergeben könnten, lasse ein altes Recht nicht entfallen. Vielmehr bestehe die Möglichkeit einer nachträglichen Festsetzung von Inhalts- und Nebenbestimmungen nach § 20 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 13 Abs. 2 WHG. Solche nachträglichen Festsetzungen seien dem Antragsgegner jederzeit möglich gewesen. Eine derartige Prüfung sei nach der Begründung des streitgegenständlichen Bescheids jedoch nicht erfolgt. Vielmehr werde aus der Notwendigkeit der näheren Ausgestaltung eines Schwellbetriebs auf eine Befugnis zur gänzlichen Untersagung des Schwellbetriebs geschlossen. Die Untersagungsverfügung sei auch ermessensfehlerhaft. Ihr liege wegen unzureichender Sachverhaltsermittlung ein Ermessensfehlgebrauch zugrunde. Eine illegale Gewässerbenutzung sei aufgrund des bestehenden Altrechts nicht gegeben. Der Bescheid sei auch deshalb ermessensfehlerhaft, weil eine Anhörung der Antragstellerin nach Art. 28 i.V.m. Art. 13 BayVwVfG nicht erfolgt sei. Auch wenn die angekündigte Wiederaufnahme des Schwellbetriebs in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit deren Ankündigung stand, sei festzustellen, dass die Antragstellerin nicht zur Anzeige verpflichtet gewesen sei, da der Schwellbetrieb infolge des bestehenden Altrechts zulässig sei.

13
Der Antragsgegner beantragt,

14
den Antrag abzulehnen.

15
Zur Begründung wird ausgeführt, die Untersagungsverfügung sei rechtmäßig, insbesondere nicht ermessensfehlerhaft. Angesichts der Tatsache, dass die Antragstellerin trotz des klaren Hinweises auf die weiterhin klärungsbedürfte Genehmigungssituation, mit der Durchführung des Schwellbetriebs begonnen habe, wovon der Antragsgegner erst am 26. November 2020 Kenntnis erlangt habe, seien diejenigen Feststellungen getroffen worden, die angesichts der begrenzten Zeit bei realistischer Betrachtung getroffen werden konnten. Im Hinblick auf die Notwendigkeit eines einheitlichen Vollzugs habe sich der Antragsgegner insoweit auch auf die Rechtsauffassung des Landratsamts A stützen dürfen. Dieses habe aufgrund der intensiveren Vorbefassung mit der Frage möglicher Altrechte sowie der Vereinbarkeit einer

Wiederaufnahme des Schwellbetriebs mit Belangen im Zusammenhang mit dem aktuellen Antrag der Antragstellerin bezüglich der Staustufe V über einen deutlichen Wissensvorsprung verfügt. Auch wenn die Argumentation bezüglich des Nichtbestehens eines Altrechts an der Staustufe V nicht ohne Weiteres auf die Staustufe W übertragbei sei, sei ein etwaig bestehendes Altrecht mittlerweile jedenfalls durch Verwirkung erloschen. Jedenfalls aber seien auch bei Annahme des (Fort-)Bestands eines alten Rechts ergänzende Inhalts- und Nebenbestimmungen für die Wiederaufnahme eines Schwellbetriebs zum Schutz des U erforderlich. Ein dauerhaft durchgeführter Schwellbetrieb könne trotz teilweiser Vorprägung des Gewässers mit erheblichen negativen Auswirkungen auf die Belange des Natur- und Artenschutzes verbunden sein. Die mit einem Schwellbetrieb einhergehenden unnatürlichen Abflussschwankungen würden in der gesamten Gewässerstrecke vom Kopfspeicher V bis zum Ausgleichsbecken X dazu führen, dass vor allem Uferbereiche regelmäßig trockenfallen. Gerade diese Bereiche würden jedoch durch ihre vielfältige Struktur, ihre Vegetation und enge Verzahnung zwischen limnischen und terrestrischen Uferbereichen vielfältige und artenreiche Lebensräume z.B. für Fische, Amphibien und Reptilien sowie zahlreiche Insektenarten, darstellen. Vor dem Hintergrund der vielfältigen Auswirkungen wäre die Prüfung der Vereinbarkeit des Schwellbetriebs mit den Erhaltungszielen vorhandener Natura 2000-Gebiete (insb. Des SPA-Gebiets Nr. * „*“ und des FFH-Gebiets Nr. * „*“) und den Festsetzungen des Naturschutzgebietes „*“ sowie den Verbotstatbeständen des besonderen Artenschutzes nach § 44 Abs. 1 BNatSchG erforderlich. Auch bei Annahme eines wasserrechtlichen Altrechts seien jedenfalls eine FFH-Verträglichkeitsprüfung sowie eine spezielle artenschutzrechtliche Prüfung erforderlich. Die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens seien deshalb als mindestens offen einzustufen, sodass im Rahmen des Eilrechtsschutzverfahrens eine allgemeine Folgenabwägung vorzunehmen sei. Unter Berücksichtigung der potentiell erheblichen natur- und artenschutzrechtlichen Folgen einerseits und dem nur geringen wirtschaftlichen Interesse der Antragstellerin andererseits, überwiege eindeutig das Aussetzungsinteresse.

Bezüglich des weiteren Vorbringens der Beteiligten und der Einzelheiten des Sach- und Streitstands im Übrigen wird auf die Gerichtsakte und die beigezogenen Behördenakten verwiesen. II.

16
Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) hat keinen Erfolg.

17
1. Der Antrag ist zulässig.

18
Die Antragstellerin begehrt die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer am 18. Dezember 2020 erhobenen Klage (Az. Au 9 K 20.2792) hinsichtlich der nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO für sofort vollziehbar erklärten Nr. 1 des Bescheids vom 27. November 2020 (Untersagungsverfügung) sowie die Anordnung der aufschiebenden Wirkung hinsichtlich der nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. Art. 21a VwZVG kraft Gesetzes sofort vollziehbaren Zwangsgeldandrohung in Nr. 3 des Bescheids.

19
2. Der Antrag ist in der Sache jedoch unbegründet.

20
Im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO trifft das Gericht eine eigene Abwägungsentscheidung, bei der das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung gegen das Interesse der Antragstellerin an der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage abzuwägen ist. Bei dieser Abwägung sind die Erfolgsaussichten in der Hauptsache dann von maßgeblicher Bedeutung, wenn nach summarischer Prüfung von der offensichtlichen Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des streitgegenständlichen Verwaltungsakts und der Rechtsverletzung der Antragstellerin auszugehen ist. Wenn sich bei der im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens allein möglichen, aber auch ausreichenden summarischen Prüfung dagegen weder die offensichtliche Rechtswidrigkeit noch die offensichtliche Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung feststellen lässt, hängt der Ausgang des Verfahrens vom Ergebnis einer vom Gericht vorzunehmenden Interessenabwägung ab (vgl. BayVGH, B.v. 5.3.2015 - 10 CS 14.2244 - juris).

21

a) Die Anordnung der sofortigen Vollziehung in Nr. 4 des streitgegenständlichen Be scheids ist formell rechtmäßig.

22
Soweit die Behörde die sofortige Vollziehung ausdrücklich angeordnet hat (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO) hat das Gericht zunächst zu prüfen, ob sich die behördliche Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung als im Sinne des § 80 Abs. 3 VwGO ausreichend erweist; ist das nicht der Fall, hat das Gericht die Vollziehungsanordnung ohne weitere Sachprüfung aufzuheben, nicht jedoch die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen (vgl. BayVGH, B.v. 9.12.2013 - 10 CS 13.1782 - m.w.N. juris).

23
Nach § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO ist in den Fällen der Anordnung des Sofortvollzug nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts schriftlich zu begründen. Dabei reicht jede schriftliche Begründung, die zu erkennen gibt, dass die anordnende Behörde eine Anordnung des Sofortvollzugs im konkreten Fall für geboten erachtet. Die Begründung muss kenntlich machen, dass sich die Behörde bewusst ist, von einem rechtlichen Ausnahmefall Gebrauch zu machen (Hoppe in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 80 Rn. 55). Es müssen die besonderen, auf den konkreten Fall bezogenen Gründe angegeben werden, die die Behörde dazu bewogen haben, den Suspensiveffekt auszuschließen (vgl. BayVGH, B.v. 16.2.2000 - 10 CS 99.3290 - juris Rn. 16). Es kommt jedoch nicht darauf an, ob die angeführten Gründe den Sofortvollzug tatsächlich rechtfertigen und ob die für die sofortige Vollziehung angeführten Gründe erschöpfend und zutreffend dargelegt sind.

24
Diesen Vorgaben wird die Begründung des Sofortvollzugs vorliegend gerecht. Der Antragsgegner hat in der streitgegenständlichen Anordnung vom 27. November 2020 ausgeführt, dass angesichts der nicht abschließend geklärten Genehmigungssituation die Gefahr einer unerlaubten Gewässerbenutzung mit damit verbundenen nachteiligen Auswirkungen auf bestehende Naturschutzgebiete besteht. Nach Kenntnis des Landratsamts sei seit April 2013 an der Staustufe W kein Schwellbetrieb mehr durchgeführt worden. Es seien keine Gründe vorgetragen worden, warum der Schwellbetrieb kurzfristig für die Stromversorgung erforderlich wäre. Damit wurde der Funktion des Begründungserfordernisses nach § 80 Abs. 3 VwGO, die vor allem darin besteht, der Behörde die besondere Ausnahmesituation bewusst zu machen, ausreichend Rechnung getragen. Sonstige Gründe, die die Anordnung der sofortigen Vollziehung als formell rechtswidrig erscheinen lassen könnten, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Ob die behördliche Begründung inhaltlich zutreffend ist, ist im Rahmen des § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO unerheblich.

25
b) Die streitgegenständliche Untersagungsanordnung ist nach summarischer Prü fung voraussichtlich rechtmäßig und verletzt die Antragstellerin nicht in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Das öffentliche Interesse und das Interesse des Antragsgegners an der sofortigen Vollziehung der Anordnung überwiegt das Interesse der Antragstellerin an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage.

26
Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 100 Abs. 1 WHG liegen vor. Auch die Ermessensausübung ist nicht zu beanstanden. Die Untersagung des von der Antragstellerin beabsichtigten Schwellbetriebs war notwendig, um eine vorherige behördliche Kontrolle der mit dem Schwellbetrieb verbundenen Gewässerbenutzung sicherzustellen (§ 100 Abs. 1 Satz 2 Alt. 3 WHG).

27
aa) Der Antragsgegner hat die in Nr. 1 des streitgegenständlichen Bescheids ver fügte Untersagungsanordnung zutreffend auf § 100 Abs. 1 Satz 2 WHG i.V.m. Art. 58 Abs. 1 BayWG gestützt.

28
Nach § 100 Abs. 1 Satz 1 WHG ist es Aufgabe der Gewässeraufsicht, die Gewässer sowie die Erfüllung der öffentlichrechtlichen Verpflichtungen zu überwachen, die nach oder auf Grund von Vorschriften dieses Gesetzes, nach auf dieses Gesetz gestützten Rechtsverordnungen oder nach landesrechtlichen Vorschriften bestehen. Nach Satz 2 ordnet die zuständige Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen die Maßnahmen an, die im Einzelfall notwendig sind, um Beeinträchtigungen des Wasserhaushalts zu vermeiden oder zu beseitigen oder die Erfüllung von Verpflichtungen nach Satz 1 sicherzustellen.

Voraussetzung für ein Einschreiten der zuständigen Wasserbehörde auf der Grundlage des § 100 Abs. 1 Satz 2 WHG ist entweder das Erfordernis der Vermeidung oder Beseitigung einer Beeinträchtigung des Wasserhaushalts (Alt. 1) oder die Erforderlichkeit zur Sicherstellung der Verpflichtungen nach Satz 1 (Alt. 2). Anerkannt ist, dass nach § 100 Abs. 1 Satz 2 Alternative 3 WHG - unabhängig von einer tatsächlichen Bedrohung des Wasserhaushalts - bereits der formelle Verstoß gegen eine wasserrechtliche Verpflichtung seitens des Verantwortlichen, wie etwa die Benutzung eines Gewässers ohne die dafür nach § 8 Abs. 1 WHG erforderliche Erlaubnis oder Bewilligung, genügt (vgl. Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 100 Rn. 40 ff.). Ob und unter welchen Voraussetzungen die zuständige Behörde eine wasserrechtliche Ordnungsverfügung auf die bloße formelle Illegalität eines Zustandes stützen kann, ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt und von einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall abhängig (BVerwG, B.v. 21.12.1993 - 7 B 119.93 - juris).

29
Allerdings kann sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Einzelfall ergeben, dass eine auf die bloße formelle Illegalität der Gewässerbenutzung gestützte Anordnung nur ausnahmsweise dann rechtmäßig ist, wenn eine Beeinträchtigung des Wasserhaushalts konkret zu erwarten ist und die Behörde zuvor die Möglichkeit einer Legalisierung der Gewässerbenutzung geprüft und verneint hat (BayVGH, B.v. 19.3.2012 - 8 ZB 10.2343 - juris Rn. 14).

30
bb) Nach den voranstehenden Maßgaben erweist sich die auf § 100 Abs. 1 Satz 1 und 2 WHG i.V.m. Art. 58 Abs. 1 Satz 2 BayWG gestützte Untersagungsverfügung des Antragsgegners als voraussichtlich rechtmäßig, wobei gem. Art. 28 Abs. 2 Nr. 1 BayVwVfG wegen Gefahr im Verzug auf eine vorherige Anhörung verzichtet werden konnte, da aufgrund der Wiederaufnahme des Schwellbetriebs eine sofortige Entscheidung notwendig war. Im Übrigen wäre das Fehlen einer Anhörung nach Art. 45 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BayVwVfG geheilt.

31
Bei der Durchführung des Schwellbetriebs handelt es sich um eine nach § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 2 WHG erlaubnispflichtige Gewässerbenutzung. Da weder eine aktuell gültige wasserrechtliche Bewilligung zur Durchführung des Schwellbetriebs an der Staustufe W vorliegt - die letzte durch Änderungsbescheid vom 29. September 2009 erteilte Bewilligung ist mit Ablauf des 31. März 2013 ausgelaufen - noch das behauptete Altrecht gegenwärtig den Schwellbetrieb trägt, stellt dessen Wiederaufnahme zum 28. September 2020 eine formell illegale Nutzung dar, die grundsätzlich ein Einschreiten der Gewässeraufsicht rechtfertigt.

32
(1) Ob die formelle Illegalität der Wiederaufnahme des Schwellbetriebs durch das von der Antragstellerin unter Bezugnahme auf § 6 Abs. 3 des Beschwerdebescheids der Regierung von * vom 4. August 1959 behauptete wasserrechtliche Altrecht im Sinn von § 20 Abs. 1 WHG überwunden wird, kann und muss im Rahmen der im vorliegenden Verfahren nur möglichen, aber auch ausreichenden summarischen Prüfung nicht entschieden werden. Denn selbst für den Fall, dass dieses Altrecht (noch) besteht, folgt daraus nicht automatisch die Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Schwellbetriebs. Denn auch alte Rechte und alte Befugnisse nach § 20 Abs. 2 Satz 3 WHG unterliegen nachträglichen Einschränkungen, die von der Wasserbehörde auf der Grundlage des § 100 Abs. 1 WHG und Art. 58 BayWG angeordnet werden können (VGH BW, U.v. 8.12.2015 - 3 S 2158/14 - BeckRS 2016, 40749 Rn. 41, beckonline). Dies zeigt die Bezugnahme in § 20 Abs. 2 Satz 3 WHG auf die Zulässigkeit von nachträglichen Nebenbestimmungen nach § 13 Abs. 2 WHG, die insbesondere zum Ausgleich einer auf die Benutzung zurückzuführenden nachteiligen Veränderung der Gewässereigenschaften erforderlich sind. Diese Regelung trägt dem Umstand Rechnung, dass wasserrechtliche Zulassungen erforderlichenfalls den geänderten wasserrechtlichen Bestimmungen oder auch geänderten bewirtschaftungsrechtlichen Vorstellungen anzupassen sind. Dies wird auch durch die Kontroll- und Anpassungspflichten in Umsetzung der Vorgaben des Art. 11 Abs. 3 Wasser-Rahmen-Richtlinie deutlich.

33
(2) § 20 Abs. 2 Satz 3 WHG bestimmt in Bezug auf alte Rechte und alte Befugnisse, dass für die Zulässigkeit nachträglicher Anforderungen und Maßnahmen ohne Entschädigung die Regelung des § 13 Abs. 2 WHG entsprechend gilt. Nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. d) WHG kann die Wasserbehörde

Maßnahmen anordnen, die zum Ausgleich einer auf die Benutzung zurückzuführenden nachteiligen Veränderung der Gewässereigenschaften erforderlich sind.

34
Der Schwellbetrieb hat nachteilige Veränderungen der Gewässereigenschaften im Sinn des § 13 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. d) WHG i.V.m. § 3 Nr. 7 WHG zur Folge. Das (Wieder-)Aufstauen des U und das Ableiten des Wassers in den Triebwerkskanal haben eine stark verminderte Wasserführung im Flussbett zur Folge. Damit wird unmittelbar in die biozönotischen, insbesondere fischzönotischen Verhältnisse eingegriffen, werden die Fließgeschwindigkeit, die natürliche Strukturentwicklung und der Sauerstoffeintrag nachteilig verändert. Durch eine veränderte Abflussdynamik können sich die hydromorphologischen Bedingungen für die Flora und Fauna verschlechtern. Niedrigwasser kann in physikalischer Hinsicht insbesondere zu Temperaturerhöhungen und zum Absinken der Fließgeschwindigkeit sowie zur Sauerstoffsättigung führen. Ferner kann eine Beeinträchtigung der Gewässergüte eintreten, weil Schadstoffkonzentrationen infolge industrieller oder landwirtschaftlicher Einträge nur in vermindertem Maße der Verdünnung durch natürliche Abflüsse unterliegen (vgl. OVG Bremen, U. v. 4.6.2009 - 1 A 9/09 - ZfW 2010, 233; Faßbender in Landmann/Rohmer, UmwR, Bd. 1, WHG, Stand August 2020, § 33 Rn. 6; Knopp in Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, Stand August 2020, § 33 Rn. 8; Niesen, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 33 Rn. 3; Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 33 Rn. 5).

35
Selbst wenn ein Altrecht bestünde, sind daher nach summarischer Prüfung bei Durchführung des Schwellbetriebs auf der Grundlage des Beschwerdebescheids der Regierung von * vom 4. August 1959 ohne weitere Inhalts- und Nebenbestimmungen erheblich nachteilige Gewässerauswirkungen zu erwarten. Insoweit räumt die Antragstellerin in ihrer Antragsbegründung selbst ein, dass mit der Ausübung des Schwellbetriebs möglicherweise schädliche Gewässerveränderungen einhergehen, denen durch die Festsetzung von Inhalts- und Nebenbestimmungen begegnet werden könne. Selbst wenn man daher vom Bestehen eines Altrechts ausgehen sollte, wäre dieses den Anforderungen des derzeit geltenden Wasserrechts anzupassen.

36
Solange nicht geklärt ist, ob die von der Antragstellerin geplante Nutzung den Vorschriften des derzeit geltenden Wasserrechts entspricht, insbesondere welche Maßnahmen zur Verhinderung nachteiliger Gewässereigenschaften erforderlich sind, kann sich die Antragstellerin für die Aufnahme des Schwellbetriebs nicht auf das behauptete Altrecht berufen.

37
(3) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist die Untersagungsverfügung nicht deswegen rechtswidrig, weil es Aufgabe des Antragsgegners wäre, die - auch von der Antragstellerin für notwendig erachteten - Inhalts- und Nebenbestimmungen von Amts wegen zu bestimmen. Aufgrund der konkreten Umstände des hier vorliegenden Falles war es dem Antragsgegner in der Kürze der Zeit nicht möglich, eine umfassende Überprüfung der Beeinträchtigungen des Wasserhaushalts vorzunehmen und ergänzende Inhalts- und Nebenbestimmungen festzulegen. Eine kurzfristige Überprüfung unter Einbeziehung der Fachbehörden war angesichts der Tatsache, dass der Antragsgegner erst am 26. November 2020 von der tatsächlich erfolgten Aufnahme des Schwellbetriebs an der Staustufe W Kenntnis erlangte, nicht mehr möglich. Dies musste der Antragstellerin aufgrund der E-Mails des Antragsgegners vom 25. September 2020 und 1. Oktober 2020 auch bewusst gewesen sein. Hierin war sie ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass die Genehmigungssituation ungeklärt sei und die Prüfung der wasserrechtlichen Zulässigkeit des Schwellbetriebs wegen der erforderlichen Beteiligung der Fachbehörden nicht kurzfristig erfolgen könne. Angesichts der Tatsache, dass die Antragstellerin an der Staustufe W bereits seit dem 1. April 2013 keinen Schwellbetrieb mehr durchgeführt hat, war der Erlass der Untersagungsverfügung zur Vermeidung weiterer gewässerrechtlicher Beeinträchtigungen geboten und ist rechtlich nicht zu beanstanden.

38
cc) Der Antragsgegner hat das ihm zustehende Ermessen auch sachgerecht aus geübt. Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner die Untersagungsverfügung zur Klärung der Rechtsfragen und zur Vermeidung von erheblichen nachteiligen Auswirkungen durch den Schwellbetrieb für erforderlich hielt. Die Untersagungsverfügung war notwendig, um sicherzustellen, dass die Gewässereigenschaften (§ 3 Nr. 7 WHG) und der Gewässerzustand (§ 3 Nr. 8 WHG) durch einen fortdauernden Schwellbetrieb nicht

erheblich beeinträchtigt werden. Die Klärung der offenen Rechtsfragen hat grundsätzlich in dem dafür vorgesehenen Erlaubnisverfahren zu erfolgen und nicht bei Gelegenheit von Anordnungen im Zusammenhang mit Maßnahmen der Gewässerüberwachung. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem von der Rechtsprechung entwickelten Grundsatz, dass eine auf bloße formelle Illegalität der Gewässerbenutzung gestützte Anordnung ausnahmsweise nur dann rechtmäßig ist, wenn eine Beeinträchtigung des Wasserhaushalts konkret zu erwarten ist und die Behörde zuvor die Möglichkeit einer Legalisierung der Gewässerbenutzung geprüft und verneint hat (BayVGH, B.v. 19.3.2012 - 8 ZB 10.2342 - juris Rn. 14). Die Untersagungsverfügung erfolgte ausschließlich deswegen, weil die Antragstellerin nach der Ankündigung der Wiederaufnahme des Schwellbetriebs, diesen entgegen der ausdrücklichen Hinweise des Antragsgegners auf die ungeklärte Genehmigungssituation durchführte und den Antragsgegner so vor vollendete Tatsachen stellte, ohne dass diesem die Prüfung der Zulässigkeit des Vorhabens zeitlich noch möglich gewesen wäre. Die Frage, ob sich die Antragstellerin bezüglich des Schwellbetriebs auf ein Altrecht berufen kann, kann nicht im Rahmen einer kurzfristig zu treffenden Maßnahme der Gewässeraufsicht erfolgen. Die Antragstellerin selbst hätte die Frage, ob und in welchem Umfang sie sich möglicherweise auf ein Altrecht im Sinn von § 20 Abs. 1 WHG berufen kann, im Rahmen eines gerichtlichen Feststellungsverfahrens klären lassen können.

39
c) Die kraft Gesetzes sofort vollziehbare Androhung eines Zwangsgelds in Nr. 3 des Bescheids beruht auf Art. 29, 31 und 36 VwZVG. Als das mildeste aller Zwangsmittel ist das angedrohte Zwangsgeld als solches jedenfalls angemessen im Sinn von Art. 29 Abs. 3 VwZVG. Gegen die Höhe des Zwangsgelds, das sich im unteren Bereich des in Art. 31 Abs. 2 Satz 1 VwZVG vorgegebenen Rahmens von 15,00 EUR bis 50.000,00 EUR hält, bestehen keine Bedenken. Da mit der Zwangsgeldandrohung ein Unterlassen durchgesetzt werden soll, bedarf es auch keiner Fristsetzung nach Art. 32 Abs. 1 Satz 2 VwZVG. Das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin ist daher auch in Bezug auf die Zwangsgeldandrohung weniger gewichtig als das öffentliche Vollzugsinteresse.

40
3. Darüber hinaus ergibt die Folgenabwägung, dass das private Interesse der An tragstellerin an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage gegenüber dem öffentlichen Interesse am Sofortvollzug der Untersagungsverfügung zurücktreten muss. Dem von der Antragstellerin angegebenen wirtschaftlichen Interesse in Höhe eines Jahresbetrags in Höhe von 6.250,00 EUR stehen gegebenenfalls erhebliche gewässer- und naturschutzrechtliche Auswirkungen bei Fortführung eines unbeschränkt durchgeführten Schwellbetriebs auf der Grundlage eines behaupteten Altrechts gegenüber. Es ist der Antragstellerin zuzumuten abzuwarten, bis im Hauptsacheverfahren eine Entscheidung über die Untersagungsverfügung ergangen ist.

41
4. Nach alledem war der Antrag mit der Kostenfolge aus § 154 Abs. 1 VwGO abzu lehnen.

42
5. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 2 und § 52 Abs. 1 GKG in Verbindung Nr. 1.5 der Empfehlungen des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (BayVBl. Sonderbeilage Januar 2014). Die Antragstellerin gab als wirtschaftliches Interesse einem Jahresbetrag von 6.250,- EUR an. Dieser Betrag war nach Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu halbieren.