

Titel:

Wasserrechtliche Anordnung zur Abgabe einer Restwassermenge beim Betrieb einer Wasserkraftanlage – einstweiliger Rechtsschutz

Normenketten:

GG Art. 3 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1

VwGO § 80 Abs. 5, § 113 Abs. 1 S. 1

WHG § 6 Abs. 1, § 13 Abs. 2 Nr. 2 lit. d, § 20 Abs. 2 S. 3, § 27 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, § 33, § 100 Abs. 1 S. 2

Leitsätze:

1. Im Hinblick auf § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO ist das Gericht zu der Prüfung verpflichtet, ob (und ggf. in welchem Umfang) ein angefochtener Bescheid, der auf eine nicht tragende Rechtsgrundlage gestützt ist, mit Blick auf eine andere Rechtsgrundlage aufrechterhalten werden kann, sofern er durch die Berücksichtigung der anderen Rechtsnorm nicht in seinem Wesen verändert wird (vgl. BVerwG BeckRS 2019, 21603 Rn. 24; VGH München BeckRS 2020, 17289 Rn. 29). (Rn. 30) (redaktioneller Leitsatz)
2. Die Benutzung eines Gewässers in Form des Aufstauens und Ableitens von Wasser in den Triebwerkskanal eines Kraftwerks führt zu einer verminderten Wasserführung im Mutterbett des Gewässers und damit zu einer nachteiligen Veränderung der Gewässereigenschaft. Als Ausgleichsmaßnahme iSd § 13 Abs. 2 Nr. 2 lit. d WHG kommt die Verpflichtung in Betracht, eine bestimmte Restwassermenge dauerhaft im Mutterbett des betroffenen Gewässers zu belassen. (Rn. 33 und 34) (redaktioneller Leitsatz)
3. Die Mindestwasserführung iSd § 33 WHG ist mit Blick auf die in § 6 Abs. 1 WHG aufgeführten Grundsätze und im Hinblick auf die maßgebenden Bewirtschaftungsziele nach §§ 27 ff. WHG sowie gegebenenfalls unter Einbeziehung der in einem Bewirtschaftungsplan festgelegten Ziele und beschriebenen Maßnahmen für das jeweilige Fließgewässer nach den konkreten Gegebenheiten des Gewässers und an Ort und Stelle der Benutzung insbesondere nach der hydrologischen Situation und den ökologischen Erfordernissen zu ermitteln und für den Einzelfall festzulegen. (Rn. 35) (redaktioneller Leitsatz)
4. Bei den Ermittlungen zur Festlegung der Mindestwasserführung kommt amtlichen Sachverständigenaussagen des Wasserwirtschaftsamts als Fachbehörde ein besonderer Erkenntniswert zu. Sie haben sogar in der Regel größeres Gewicht als Expertisen von privaten Fachinstituten (vgl. VGH München BeckRS 2014, 51310 Rn. 11 mwN). Dem Gericht bleibt die Prüfung, ob die einschlägigen Stellungnahmen Widersprüche enthalten, von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgehen oder ob die gewählte Methodik aus anderen Gründen nicht geeignet ist, den einschlägigen Vorgaben Rechnung zu tragen, die sich insbesondere aus den Bewirtschaftungszielen und aus der Wasserrahmenrichtlinie ergeben. (Rn. 41 und 42) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Wasserrechtliche Anordnung zur Abgabe einer bestimmten Restwassermenge, Anforderungen an den Inhalt von Stellungnahmen des Wasserwirtschaftsamts, Austausch der Rechtsgrundlage durch das Gericht, Betrieb eines Wasserkraftwerks, nachteilige Veränderung der Gewässereigenschaft, Ausgleichsmaßnahme, Abgabe einer Restwassermenge, Festlegung der Mindestwasserführung, Stellungnahmen des Wasserwirtschaftsamts, gerichtliche Kontrolldichte

Rechtsmittelinstanz:

VGH München, Beschluss vom 07.06.2021 – 8 CS 21.720

Fundstelle:

BeckRS 2021, 6303

Tenor

I. Die aufschiebende Wirkung der Klage vom 27. August 2020 gegen den Bescheid des Landratsamts ... vom 6. August 2020 wird insoweit wiederhergestellt als die Antragstellerin durch diesen verpflichtet wird,

dauerhaft einen Restwasserabfluss von mehr als 1.290 Liter pro Sekunde (l/s) in das Mutterbett der ... Ache sicherzustellen. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

II. Von den Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin 83,72% und der Antragsgegner 16,28%.

III. Der Streitwert wird auf 2.500,-- EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1

Die Antragstellerin wendet sich gegen die Anordnung des Sofortvollzugs der ihr auferlegten Verpflichtung, eine bestimmte Restwassermenge in die Restwasserstrecke der von ihr betriebenen Wasserkraftanlage abzugeben.

2

Die Antragstellerin betreibt aufgrund eines alten Wasserrechts vom 16. Februar 1907 die Wasserkraftanlage ... an der ... Ache zwischen Fkm 12,10 und Fkm 12,90 (Wehranlage; Stauwurzel bei Fkm 13,40). Die betroffene Restwasserstrecke (Ausleitungsstrecke) beträgt ca. 900 m. Mit Bescheid vom 11. April 2012 wurde der Antragstellerin die Plangenehmigung für einen Gewässerausbau zur Sohleintiefung am Unterwasserkanal der Wasserkraftanlage ... erteilt. In der Auflage Nr. II.13.5 wurde die Verpflichtung zur Herstellung der Durchgängigkeit am Wehr und die Abgabe einer (nicht näher bezifferten) „ausreichenden Restwassermenge“ bis spätestens 31. Dezember 2015 angeordnet. Der Bescheid ist bestandskräftig.

3

Die hiernach geschuldete Herstellung der Durchgängigkeit und die Abgabe einer ausreichenden Restwassermenge sollte im Rahmen einer beantragten Modernisierung der Wasserkraftanlage erfolgen. Mit Bescheid vom 3. Juli 2019 erteilte der Antragsgegner die Plangenehmigung für die Modernisierung der Wasserkraftanlage mit zahlreichen Nebenbestimmungen. Nebenbestimmung Nr. 46 schreibt einen dauerhaften Restwasserabfluss von 1.500 l/s vor. Gegen einige dieser Nebenbestimmungen - nicht aber gegen die Nebenbestimmung Nr. 46 - hat die Antragstellerin beim Verwaltungsgericht München Klage erhoben (M 2 K 19.3966). Das Verfahren ruht, da die Beteiligten dies übereinstimmend beantragt haben (Beschluss v. 14.8.2020).

4

Im Zuge dieses Genehmigungsverfahrens hat das Wasserwirtschaftsamt ... ein Gutachten erstellt. Das Gutachten vom 22. März 2018 hält eine dauerhafte und vorrangige Restwasserabgabe von 1.500 l/s wasserwirtschaftlich für erforderlich. So könne ein Wanderkorridor für aufwandernde Fische geschaffen und eine aquatische Lebensraumfunktion erhalten werden. Von dem im Genehmigungsverfahren ebenfalls beteiligten Fachberater für Fischerei des Bezirks Oberbayern wurde auf Grund der Ergebnisse eines Naturversuchs vom 27. Oktober 2008 eine Restwassermenge in Höhe von 3.500 l/s gefordert. Ein von der Antragstellerin beauftragtes Fachbüro kam in einem Gutachten vom 26. April 2016 zum Ergebnis, dass aus fischökologischer Sicht eine Restwassermenge von 1.290 l/s zu begründen sei; eine Restwassermenge von 1.500 l/s ergäbe sich „nicht zwingend aus den Ergebnissen der Mindestwasseruntersuchung“, stelle jedoch „eine begrüßenswerte ökologische Verbesserung“ dar (S. 28). Im Laufe des Genehmigungsverfahrens haben sich die Antragstellerin und der Antragsgegner auf die - in der Nebenbestimmung Nr. 46 sodann festgelegte - Restwassermenge von 1.500 l/s geeinigt.

5

Mit Bescheid vom 6. August 2020 verpflichtete das Landratsamt ... die Antragstellerin, bis spätestens 30. September 2020 bei der festen Wehranlage ohne Regelungsorgan als gestuftes Überfallwehr mit zwei Hochwasserschleusen und einer Geschiebeschleuse (Kiesschleuse) bei Fkm 12,9 durch Öffnen einer oder mehrerer Schleusen dauerhaft einen Restwasserabfluss von mindestens 1.500 Liter pro Sekunde (1.500 l/s bzw. 1,5 m³/s) in das Mutterbett der ... Ache sicherzustellen. Die Wasserkraftanlage ist so zu betreiben, dass die Restwasserabgabe stets Vorrang vor der Stromerzeugung hat. (Nr. 1.1). Die Öffnung der Schleusen ist in Abstimmung mit dem Wasserwirtschaftsamt ... mittels Abflussmessung festzulegen und anschließen zu protokollieren (Nr. 1.2.). Hinsichtlich der Nummer 1 wurde der Sofortvollzug angeordnet (Nr. 2).

6

Zur Begründung wurde vorgetragen, dass mit Bescheid vom 11. April 2012 der Antragstellerin aufgegeben worden sei, die Durchgängigkeit herzustellen und eine ausreichende Menge an Restwasser abzugeben. Der streitgegenständliche Bescheid solle - auf Grundlage des § 100 Abs. 1 Satz 2 WHG und Art. 58 Abs. 1 Satz 2 BayWG - nunmehr die fachlich durch das Wasserwirtschaftsamt begründete Restwasserabgabe festlegen; insoweit werde auch auf § 33 WHG verwiesen. Ohnedies sei in dem Bescheid vom 3. Juli 2019 in der Nebenbestimmung Nr. 46 eine Restwasserabgabe von mindestens 1.500 l/s vorgeschrieben worden; diese sei nicht angefochten worden. Auch die Anordnung der sofortigen Vollziehung liege im öffentlichen Interesse. Durch weiteres Zuwarten bestünde die ökologische und wasserwirtschaftliche Dauerbelastung in der Ausleitungsstrecke fort und würden die Vorgaben des § 33 WHG weiterhin nicht eingehalten. Bisher habe man von der sofortigen Vollziehbarkeit abgesehen, da die Restwassermenge im Zuge der Modernisierungsmaßnahmen umgesetzt werden sollte. Nachdem diese Genehmigung nun beklagt sei, sei ein Zuwarten nicht mehr vertretbar.

7

Hiergegen hat die Antragstellerin mit Anwaltsschriftsatz vom 27. August 2020 Klage (M 2 K 20.3931) erhoben, über die noch nicht entschieden wurde. Gleichzeitig erstrebt sie Eilrechtsschutz gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung.

8

Die Antragstellerin trägt vor, dass die festgelegte Restwassermenge für die Gewässerökologie nicht erforderlich und für sie nicht verhältnismäßig sei. Erforderlich sei sie nicht, weil für die Bestimmung der Restwassermenge die Bewirtschaftungsgrundsätze und Bewirtschaftungsziele für den konkreten Oberflächenwasserkörper maßgeblich seien. Entscheidend sei mithin, wie sich die Restwassermenge an den für den Wasserkörper repräsentativen Stellen auswirke; lokal begrenzte Veränderungen seien demgegenüber nicht relevant, solange sich diese nicht auf den gesamten Wasserkörper auswirkten. Der vorliegend betroffene, aus verschiedenen Gewässern bestehende Oberflächenwasserkörper (Code 1_F612 nach dem Verzeichnis der Wasserkörper in Bayern, AIIMBI. 2016 S. 104) befinde sich jedoch ausweislich des Wasserkörpersteckbriefs des Bayerischen Landesamts für Umwelt insgesamt in einem guten bis sehr guten ökologischen Zustand.

9

Außerdem unterscheide die Anordnung nicht zwischen dem derzeitigen Betriebszustand der Anlage und der erst beabsichtigten Modernisierung. Die künftige Entnahme einer verdoppelten Menge an Wasser rechtfertige nicht jetzt schon eine Festlegung der hierfür gewählten Mindestwassermenge. Der Antragsgegner könne sich daher nicht darauf berufen, dass die Antragstellerin die Vorgabe 1.500 l/s für den ausgebauten Kraftwerksbetrieb akzeptiert habe; sie berufe sich insoweit auf den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB analog).

10

Zudem seien im Bewirtschaftungsplan für den Zeitraum 2016 bis 2021 keine Maßnahmen zur Erhöhung der Restwassermenge für den Oberflächenwasserkörper 1_F612 enthalten. Infolgedessen fehle es an einer Ermächtigungsgrundlage für die streitgegenständliche Anordnung. Auch könne weder auf die - ohnehin zu unbestimmte, wenn auch bestandskräftige - Regelung aus dem Bescheid vom 11. April 2012, mit dem eine „ausreichende Restwassermenge“ angeordnet worden war, zurückgegriffen werden, noch auf § 100 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 Wasserhaushaltsgesetz (WHG), da es insoweit an einer Gefahr fehle. Außerdem liege der derzeitige Mittelwasserabfluss an 210 Tagen im Jahr bei 16,4 m³/s. Zudem bestehe eine freiwillige Absprache zwischen der Antragstellerin und dem Antragsgegner, derzufolge eine Restwasserabgabe in Höhe von 100 bis 200 l/s erfolge.

11

Verhältnismäßig sei die Anordnung nicht, weil die geforderte Mindestwasserabgabe in tatsächlicher Hinsicht weder durch die Hochwasserschleuse noch durch die Geschiebeschleuse justierbar sei. Weiterhin handle es sich bei der Wehrschwelle der Wasserkraftanlage um ein festes Wehr, das selbst nicht regelbar sei. Im Fall, dass es bei entsprechendem Wasserzufluss zu einer Überströmung des Wehrs komme, könne aus technischen Gründen keine Messung der Restwassermenge mehr erfolgen, so dass dann mehr als die angeordnete Menge an Wasser in das Mutterbecken abfließe.

12

In der Folge dieser technischen Schwierigkeiten würde auch der Unterhaltungsaufwand extrem erhöht, bliebe die Anordnung bestehen. Der Antragsgegner habe auch nicht berücksichtigt, dass er einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 GG) vornehme. Außerdem würden an anderen Kraftwerken Restwassermengen von (nur) 300 l/s angeordnet.

13

Schließlich fehle es an einer ausreichenden Begründung des besonderen Interesses an der sofortigen Vollziehung. Sämtliche vorgebrachten Erwägungen erschöpften sich im formelhaften Aneinanderreihen von nicht standörtlichen und konkreten Angaben.

14

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

15

die aufschiebende Wirkung der Klage vom 27. August 2020 gegen Nummer 1 des Bescheids des Landratsamts ... vom 6. August 2020 wiederherzustellen.

16

Der Antragsgegner beantragt mit Schriftsatz vom 10. September 2020,

17

den Antrag abzulehnen.

18

Zur Begründung trägt er vor, dass mit der Anordnung ohnehin nur die bestandskräftige fischereifachliche Auflage aus dem Bescheid vom 11. April 2012 konkretisiert werde, derzufolge die Antragstellerin bereits verpflichtet gewesen sei, bis spätestens 31. Dezember 2015 eine ausreichende Mindestrestwassermenge herzustellen. Das Landratsamt könne nach § 100 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 WHG die Erfüllung von Verpflichtungen nach § 100 Abs. 1 Satz 1 WHG sicherstellen. Außerdem werde die Maßnahme auch durch § 13 WHG i.V.m. den §§ 33, 34 und 35 WHG getragen.

19

Die Anordnung sei erforderlich. Sie verfolge das Ziel, die Lebensraumfunktion gerade der Restwasserstrecke wiederherzustellen. Insoweit gehe die Argumentation der Antragstellerin hinsichtlich des Zustands des gesamten Oberflächenwasserkörpers fehl. Das Wasserwirtschaftsamt gehe in seinem Gutachten vom 22. März 2018, das durch eine Stellungnahme vom 17. November 2020 ergänzt worden sei, davon aus, dass bei einer Restwassermenge von 1.500 l/s die Restwasserstrecke dauerhaft mit Wasser bespannt und grundsätzlich wieder als aquatischer Lebensraum nutzbar sein werde. Vorrangig dienen die Mindestwerte dazu, die Restwasserstrecke passierbar zu machen, die Eignung der Restwasserstrecke als Lebensraum sei trotzdem eingeschränkt. Derzeit führe die ... Ache rechnerisch an 155 Tagen kein Wasser bzw. nur das Wasser des zufließenden ... Grabens. Der Bescheid sei auch nicht unverhältnismäßig, weil die geforderte Restwassermenge auch ohne Umbaumaßnahmen im Bestand durch eine festgelegte Öffnung der Schleusen möglich sei.

20

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakten des Eil- und Hauptsacheverfahrens, die vorgelegten Behördenakten sowie die beigezogenen Gerichtsakten im Verfahren M 2 K 19.3966 verwiesen.

II.

21

Der zulässige Antrag nach § 80 Abs. 5 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) hat teilweise Erfolg.

I.

22

Der Antrag ist zulässig.

23

Der Zulässigkeit steht nicht die (teilweise eingetretene) Bestandskraft des Modernisierungsbescheids vom 3. Juli 2019 mit seiner Nebenbestimmung zur Restwasserabgabe in Höhe von 1.500 l/s entgegen. Denn dieser Bescheid ist auf die Modernisierung der Anlage gerichtet und hieran gekoppelt. Die

Nebenbestimmung ist daher gegenwärtig für die Antragstellerin noch nicht verpflichtend. Sie wird daher durch den streitgegenständlichen und insoweit für sofort vollziehbar erklärten Bescheid belastet. Insoweit ist auch kein Raum für einen das Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin ausschließenden Verwirkungsgedanken oder die Annahme von widersprüchlichem Verhalten.

II.

24

Der Antrag ist teilweise begründet.

25

1. Auf Antrag kann das Gericht der Hauptsache im Fall des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage ganz oder teilweise wiederherstellen. Hinsichtlich der behördlichen Anordnung des Sofortvollzugs prüft das Gericht zunächst, ob diese formell rechtmäßig ist. Sodann trifft das Gericht eine eigene Abwägungsentscheidung. Es hat zwischen dem von der Behörde geltend gemachten Interesse an der sofortigen Vollziehung des Bescheids und dem Interesse der Antragstellerin an der aufschiebenden Wirkung ihres Rechtsbehelfs abzuwägen. Bei dieser Abwägung sind zunächst die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens zu berücksichtigen. Ergibt die im Rahmen des Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO allein mögliche summarische Überprüfung, dass der Rechtsbehelf offensichtlich erfolglos sein wird, tritt das Interesse der Antragstellerin jedenfalls dann zurück, wenn zudem ein besonderes Vollzugsinteresse der Behörde besteht. Erweist sich dagegen der angefochtene Bescheid schon bei cursorischer Prüfung als offensichtlich rechtswidrig, besteht kein öffentliches Interesse an dessen sofortiger Vollziehung. Soweit der Ausgang des Hauptsacheverfahrens nicht hinreichend absehbar ist, verbleibt es bei einer Interessenabwägung.

26

Nach diesem Maßstab ist der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (nur) teilweise begründet. Die Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung ist formell ordnungsgemäß (Rn. 27). Die Erfolgsaussichten der Anfechtungsklage sind bei summarischer Prüfung aber nur zum Teil überschaubar. Soweit sie überschaubar sind, ist die streitgegenständliche Anordnung rechtmäßig (Rn. 28 ff.). Soweit die Erfolgsaussichten der Anfechtungsklage hingegen als offen anzusehen sind - das ist insoweit der Fall, als die Antragstellerin verpflichtet wird, dauerhaft einen Restwasserabfluss von mehr als 1.290 l/s (nämlich mindestens 1.500 l/s) in das Mutterbett der ... Ache sicherzustellen (Rn. 49 ff.) - führt eine erfolgsunabhängige Interessenabwägung zu einem Überwiegen des Aussetzungsinteresses der Antragstellerin (Rn. 61).

27

2. Die Anordnung des Sofortvollzugs bezüglich der gewässeraufsichtlichen Anordnung in Nummer 1 des Bescheids ist formell rechtmäßig. Das Landratsamt war als die den Verwaltungsakt erlassende Behörde für die Anordnung zuständig. Die nach § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO erforderliche Begründung lässt erkennen, dass sich die Behörde bei ihrer Entscheidung mit den Besonderheiten des konkreten Einzelfalles auseinandergesetzt hat. Die Begründung ist zwar knapp, lässt aber noch hinreichend erkennen, welche Gründe den Antragsgegner bezogen auf den konkreten Einzelfall bewogen haben, den Suspensiveffekt auszuschließen. So wird dargelegt, dass im vorliegenden Fall ein Zuwarten bis zum Eintritt der Bestandskraft des Bescheids gerade am konkreten Ort eine ökologische und wasserwirtschaftliche Dauerbelastung in der Restwasserstrecke bewirken und ein oberirdisches Gewässers beeinträchtigen würde.

28

3. Nach der im Rahmen dieses Rechtsschutzverfahrens allein möglichen summarischen Prüfung ist zu erwarten, dass sich der Bescheid - beurteilt nach dem maßgeblichen Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung (vgl. VGH BW, U.v. 15.12.2015 - 3 S 2158/14 - juris Rn. 70) - als rechtmäßig erweist, soweit die Antragstellerin verpflichtet wird, dauerhaft einen Restwasserabfluss von nicht weniger als 1.290 l/s in das Mutterbett der ... Ache sicherzustellen. Soweit er eine mengenmäßig darüberhinausgehende Verpflichtung enthält, kann die Rechtmäßigkeit derzeit allerdings nicht abschließend beurteilt werden.

29

a) Rechtsgrundlage für die Anordnung dem Grunde nach bildet jedenfalls § 13 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. d, der nach § 20 Abs. 2 Satz 3 WHG auf die Antragstellerin als Inhaberin eines alten Rechts anwendbar ist.

30

Zwar hat die Antragsgegnerin sich in ihrem Bescheid vorrangig auf § 100 Abs. 1 Satz 2 WHG i.V.m. Art. 58 BayWG i.V.m. Nummer II.13.5. des Bescheids vom 11. April 2012 gestützt. Es kann jedoch offenbleiben, ob diese Rechtsgrundlage die Streitgegenständliche Anordnung trägt oder ob dies wegen Unbestimmtheit der in Nummer II.13.5 gewählten Wendung „ausreichenden Restwassermenge“ (trotz Bestandskraft) möglicherweise ausscheidet. Denn gegebenenfalls wäre das Gericht - im Hinblick auf § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO, der verlangt, dass der Verwaltungsakt (objektiv) rechtswidrig „ist“ - verpflichtet, zu prüfen, ob (und in welchem Umfang) der Bescheid mit Blick auf eine andere Rechtsgrundlage aufrechterhalten werden kann, sofern der Bescheid durch die Berücksichtigung der anderen Rechtsnorm nicht in seinem Wesen verändert wird (vgl. BVerwG, B.v. 29.7.2019 - 2 B 19.18 - juris Rn. 24; BayVGH, U.v. 23.7.2020 - 14 B 18.1472 - juris Rn. 29).

31

Dies ist nach Ansicht des Gerichts der Fall. Die Voraussetzungen des § 13 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. d i.V.m. § 20 Abs. 2 Satz 3 WHG liegen vor (Rn. 32 ff.) und der Bescheid wird nicht in seinem Wesen verändert (Rn. 58 f.).

32

b) Nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. d WHG kann die - wie hier - zuständige Behörde Auflagen anordnen, die zum Ausgleich einer auf die Benutzung eines Gewässers zurückzuführenden nachteiligen Veränderung der Gewässereigenschaft erforderlich sind.

33

aa) Eine Benutzung eines oberirdischen Gewässers stellt nach § 9 WHG das - hier im Wege des Kraftwerksbetriebs erfolgende - Aufstauen, Entnehmen und Ableiten von Wasser aus der ... Ache dar. Vom Begriff der Gewässereigenschaft ist nach § 3 Nr. 7 WHG die Wassermenge erfasst. Die Benutzung des Gewässers durch die Antragstellerin als Kraftwerksbetreiberin in Form des Aufstauens und Ableitens von Wasser in den Triebwerkskanal führt zu einer verminderten Wasserführung im Mutterbett der ... Ache. Damit ist eine nachteilige Veränderung der Gewässereigenschaft i.S.v. § 13 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. d WHG verbunden. Es wird in der Restwasserstrecke unmittelbar in die biozönotischen, insbesondere fischzönotischen Verhältnisse eingegriffen und 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. instruktiv VGH BW, U.v. 15.12.2015 - 3 S 2158/14 - juris Rn. 63 f.).

34

bb) Als Ausgleichsmaßnahme i.S.d. § 13 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. d WHG kommt entsprechend die Verpflichtung in Betracht, eine bestimmte Restwassermenge dauerhaft im Mutterbett des betroffenen Gewässers zu belassen. Denn ein ausreichender Restwasserabfluss ist Grundvoraussetzung für den Erhalt der standorttypischen Lebensgemeinschaften des Gewässers und hat demnach große Bedeutung für dessen ökologische Funktionsfähigkeit (vgl. VG Augsburg, Urt. v. 28.7.2015 - Au 3 K 14.1201 - BeckRS 2015, 52965 Rn. 36; Faßbender in Landmann/Rohmer, UmwR I, WHG, Stand November 2012, § 33 Rn. 4; Knopp in Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, Stand September 2014, § 33 Rn. 1; Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 33 Rn. 2 u. 5). Infolgedessen muss das Restwasser grundsätzlich auch durchgängig zur Verfügung stehen; insoweit ist die Kennzahl des Mittelwasserabflusses (MW) als arithmetisches Mittel aus den beobachteten höchsten und niedrigsten Wasserständen des jeweiligen Beobachtungszeitraums - entgegen der Auffassung der Antragstellerin (Schriftsatz vom 27.8.2020, S. 4) - ohne jeden Belang.

35

Den rechtlichen Rahmen für eine solche Maßnahme steckt § 33 WHG ab, der nicht von § 35 WHG verdrängt wird (vgl. VGH BW, U.v. 15.12.2015 - 3 S 2158/14 - juris Rn. 77 ff.). § 33 WHG entfaltet als Gebot für die Mindestwasserführung und damit zugleich als Verbot bestimmter Wassermengenrelevanter Benutzungen oberirdischer Gewässer zwar unmittelbare Wirksamkeit, enthält aber weder feste Richtwerte zur Mindestwasserführung noch Vorgaben für ein bestimmtes Verfahren zur Ermittlung der

Mindestwasserführung. Wie sich aus dem Verweis der Norm auf die Ziele des § 6 Abs. 1 und der §§ 27 ff. WHG ergibt, ist die Mindestwasserführung keine feststehende Größe. Sie ist vielmehr mit Blick auf die in § 6 Abs. 1 WHG aufgeführten Grundsätze und im Hinblick auf die maßgebenden Bewirtschaftungsziele nach §§ 27 ff. WHG sowie gegebenenfalls unter Einbeziehung der in einem Bewirtschaftungsplan festgelegten Ziele und beschriebenen Maßnahmen für das jeweilige Fließgewässer nach den konkreten Gegebenheiten des Gewässers und an Ort und Stelle der Benutzung insbesondere nach der hydrologischen Situation und den ökologischen Erfordernissen, zu ermitteln und für den Einzelfall festzulegen (vgl. BVerwG, B.v. 26.1.2017 - 7 B 3/16 - juris Rn. 11 f.; VGH BW, U.v. 15.12.2015 - 3 S 2158/14 - juris Rn. 82 ff.; Faßbender in Landmann/Rohmer, UmwR I, WHG, Stand November 2012, § 33 Rn. 15; Knopp in Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, Stand September 2014, § 33 Rn. 27). Dabei ist auch zu beachten, dass die Vorschrift wegen des übergreifenden ökologischen Regelungszwecks der §§ 32 ff. WHG u.a. auch mit § 34 WHG verbunden ist; die Mindestwasserführung hängt auch ab von der Gewässerdurchgängigkeit - und umgekehrt (vgl. Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 33 Rn. 2 u. 8).

36

c) Hieraus ergibt sich nicht nur, dass die im vorliegenden Fall getroffene Anordnung eine grundsätzlich wasserrechtlich mögliche Ausgleichsmaßnahme i.S.v. § 13 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. d WHG darstellt, sondern auch, dass sie im konkreten Fall erforderlich ist.

37

aa) Zunächst steht der Rechtmäßigkeit die Anordnung nicht entgegen, dass in dem aktuellen Bewirtschaftungsplan für den betroffenen Oberflächenwasserkörper keine konkreten Maßnahmen zur Erhöhung des Mindestwassers vorgesehen sind. Zwar hängt die Mindestwasserführung maßgeblich nicht nur von den in Bezug genommenen gesetzlichen Bewirtschaftungsgrundsätzen, sondern auch von den - in den Plänen abgebildeten - Bewirtschaftungszielen für das betroffene Gewässer ab (vgl. BVerwG, B.v. 26.1.2017 - 7 B 3/16 - juris Rn. 11). Hieraus folgt aber nicht, dass im jeweils konkreten Fall Maßnahmen zur Gewässerverbesserung im Sinne des § 27 Abs. 1 Nr. 2 WHG nur dann ergriffen werden dürfen, wenn diese zuvor in Bewirtschaftungsplänen (§ 83 WHG) und Maßnahmenprogrammen (§ 82 WHG) vorgezeichnet oder gar ausgeformt worden sind. Denn mit der Verpflichtung zur Aufstellung von Bewirtschaftungsplänen und Maßnahmenprogrammen ist weder eine normative Ermächtigung zur abschließenden Definition des Umfangs des Verschlechterungsverbots noch des - hier maßgeblichen - Verbesserungsgebots des § 27 WHG verbunden (vgl. VGH BW, U.v. 15.12.2015 - 3 S 2158/14 - juris Rn. 91; auch aus dem von der Antragstellerin herangezogenen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9.2.2017 - 7 A 2/15 - juris Rn. 586 ergibt sich nichts anderes, da es dort um die anders gelagerte Frage nach der Verbindlichkeit festgelegter wasserwirtschaftlichen Planung für Genehmigungsbehörden geht). Auch die spezifische Angewiesenheit des Verbesserungsgebots auf eine Zielmarke - da es inhärent immer steigerungsfähig ist und eine Ausrichtung auf ein Optimum gerade nicht zulässig ist - steht der Annahme, dass auch außerhalb entsprechender Vorgaben auf § 13 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. d WHG zurückgegriffen werden kann, nicht entgegen. Entscheidend bleibt insoweit unweigerlich die jeweilige Lage vor Ort und eine Grenzziehung zwischen gebotener Verbesserung unter gleichzeitiger Vermeidung der Realisierung einer ökologischen Optimierung im Einzelfall.

38

Ein anderes Ergebnis wäre auch mit der Wasserrechtsrahmenrichtlinie als dynamisches Regelungsregime unvereinbar (vgl. Durner in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 93. EL August 2020, WHG, § 82 Rn. 89: „prozesshafter Grundzug der Wasserrahmenrichtlinie“). Entsprechend normiert § 82 Abs. 5 WHG, dass Nachsteuerungen im Falle von Zielverfehlungen erlaubt sind. Gleiches muss auch gelten, wenn etwa die gesetzlichen Vorgaben zur Mindestwasserführung nach § 33 WHG missachtet zu werden drohen.

39

Im Übrigen ist im Bewirtschaftungsplan für den bayerischen Anteil am Flussgebiet Donau (Bewirtschaftungszeitraum 2016 - 2021) das Ziel der Sicherstellung durchgehender und ausreichender Mindestwasserführung enthalten: „Im bayerischen Donauebiet wird zur Stromerzeugung in Wasserkraftwerken häufig Wasser aus dem natürlichen Fließgewässerbett in einen Triebwerkskanal abgeleitet. (...) Wo noch Defizite bestehen, wird angestrebt, auch innerhalb von Teilflussgebieten zu abgestimmten Mindestabflüssen zu kommen, um eine durchgehende und ausreichende Mindestwasserführung für die Entwicklung von Fauna und Flora gewährleisten zu können. In der Bewirtschaftungsperiode 2016 bis 2021 müssen die Anstrengungen zur Verbesserung des

Wasserhaushalts fortgesetzt werden. (...) Spätestens im Jahr 2027 sollen, überall wo notwendig, ökologisch begründete Mindestabflüsse gesichert sein.“ (S. 123, abrufbar unter https://www.lfu.bayern.de/wasser/wrrl/bewirtschaftungsplaene_1621/doc/be_wirtschaftungsplan_donau.pdf, zuletzt abgerufen am 15.2.2021). Weiter heißt es in dem Plan zum Thema „Durchgängigkeit“: „In den Fließgewässern im bayerischen Donauebiet befindet sich eine große Anzahl von Querbauwerken, an denen die Durchgängigkeit unterbrochen oder beeinträchtigt ist. Ein Teil dieser Querbauwerke wird durch Wasserkraft genutzt. Neben der Beeinträchtigung der Durchgängigkeit können hierbei weitere Belastungen durch unzureichende Restwassermengen in Ausleitungsstrecken sowie Fischschäden an Turbinen auftreten. (...) Die Verbesserung der Durchgängigkeit der Fließgewässer ist daher ein wesentliches Element zum Erreichen der Bewirtschaftungsziele und wird somit im bayerischen Donauebiet zielgerichtet und nach Prioritäten weiterverfolgt. (...) In der zweiten Bewirtschaftungsperiode wird man sich weiterhin auch mit der flussabwärts gerichteten Durchgängigkeit befassen, um auch in dieser Richtung weitgehend ungehinderte Wanderungen der Fische zu ermöglichen und den Erhalt der Fischpopulationen zu sichern bzw. diese zu stärken“ (S. 122 f., abrufbar unter https://www.lfu.bayern.de/wasser/wrrl/bewirtschaftungsplaene_1621/doc/bewirtschaftungsplan_donau.pdf, zuletzt abgerufen am 15.2.2021). Das Maßnahmenprogramm für den bayerischen Anteil am Flussgebiet Donau bezüglich des hier maßgebliche Gewässer (Code 1_F612) hält zudem immerhin fest: „Durchführung von Forschungs-, Entwicklungs- und Demonstrationsvorhaben“ (S. 133, abrufbar unter https://www.lfu.bayern.de/wasser/wrrl/maassnahmenprogramme_1621/doc/mnp_donau.pdf). Es wird damit deutlich, dass auch am konkreten Gewässer weiter Handlungsbedarf besteht, auf den sodann - wie ausgeführt - unter Rückgriff auf die bestehenden Befugnisse reagiert werden kann.

40

bb) Ist demnach das auch die Mindestwassermenge betreffende Ergreifen von Verbesserungsmaßnahmen an der ... Ache grundsätzlich möglich, so ist es notwendig, durch auf den Einzelfall bezogene Ermittlungen die Mindestwasserführung festzulegen.

41

(1) Im Rahmen dieser notwendigen Ermittlungen erscheint es zwar mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben zum effektiven Rechtsschutz und zur hierfür notwendigen gerichtlichen Kontrolldichte (vgl. allgemein BVerfG, B.v. 23.10.2018 - 1 BvR 2523/13 - juris Rn. 19 ff.; konkret zum Wasserrecht Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241/245 ff.) zweifelhaft, den zuständigen Behörden einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar Beurteilungsspielraum zuzugestehen (so offenbar VGH BW, U.v. 15.12.2015 - 3 S 2158/14 - juris Rn. 83; wohl auch Faßbender in Landmann/Rohmer, UmwR I, WHG, Stand November 2012, § 33 Rn. 16: „weitgehend frei“). Aber es kann auch jenseits einer unzulässigen Reduktion gerichtlicher Kontrolldichte anerkannt werden, dass amtlichen Sachverständigenaussagen des vom Antragsgegner einbezogenen Wasserwirtschaftsamts als Fachbehörde ein besonderer Erkenntniswert zukommt. Die Äußerungen der sachkundigen Behördenvertreter beruhen nicht nur auf allgemeinen wasserwirtschaftlichen Erkenntnissen, sondern zugleich auf einer jahrelangen Beobachtung und Erfassung der örtlichen Gewässerhältnisse. Sie haben sogar in der Regel größeres Gewicht als Expertisen von privaten Fachinstituten, weil sie auf jahrelanger Bearbeitung eines bestimmten Gebiets und nicht nur auf der Auswertung von Aktenvorgängen im Einzelfall beruhen (vgl. BayVGH, B.v. 30.4.2014 - 8 ZB 12.1118 - juris Rn. 11; B.v. 21.1.2013 - 8 ZB 11.2030 - juris Rn. 18; B.v. 2.5.2011 - 8 ZB 10.2312 - juris Rn. 11).

42

Vor diesem Hintergrund hat das Gericht insbesondere zu prüfen, ob die einschlägigen Stellungnahmen Widersprüche enthalten, ob von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen wurde oder ob die gewählte Methodik aus anderen Gründen nicht geeignet ist, den einschlägigen Vorgaben Rechnung zu tragen, die sich insbesondere aus den Bewirtschaftungszielen und aus der Wasserrahmenrichtlinie ergeben (vgl. Faßbender in Landmann/Rohmer, UmwR I, WHG, Stand November 2012, § 33 Rn. 16; Knopp, in Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, Stand September 2014, § 33 Rn. 37).

43

(2) Im vorliegenden Fall stützt sich die in Nummer 1 des Bescheids festgelegte Restwassermenge auf das Gutachten des Wasserwirtschaftsamts vom 22. März 2018, das im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zur Modernisierung der Wasserkraftanlage erstellt wurde, und auf eine ergänzende Stellungnahme vom 17. November 2020. Die Ausführungen in diesen Gutachten können derzeit durch das Gericht teilweise nicht in ausreichender Weise kontrolliert werden; sie können insoweit den Bescheid nicht tragen.

44

(aa) Im Gutachten vom 22. März 2018 wird unter Nummer 2.2.5. ausgeführt, dass auf Grund zweier Naturversuche (vom 27.10.2008 und vom 13.3.2015) bei einer Restwassermenge von 1.500 l/s die Empfehlungen der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Wasser (LAWA) zur Ermittlung von Mindestabflüssen in Ausleitungsstrecken von Wasserkraftanlagen für die Forellenregion eingehalten würden. Bei diesem Abfluss stellten sich bei den vermessenen Profilen in zwei Drittel der Gewässerbite Wassertiefen von größer 20 cm ein. Eine Mindestwassertiefe von 20 cm und eine Fließgeschwindigkeit von 0,3 m/s sei für die im betroffenen Gewässerabschnitt maßgebliche Leitart, die Bachforelle, erforderlich. Durch den Betrieb der Wasserkraftanlage sei die Durchgängigkeit bisher stark eingeschränkt bzw. teilweise vollständig unterbrochen, so dass die Ausleitungsstrecke als Lebensraum für Fische und an hohe Strömung gebundene Kleinlebewesen stark beeinträchtigt sei. Auf Basis der vom Wasserwirtschaftsamt verwendeten Dauerzahlen (statistische Werte von 1965 bis 2006) ergebe sich, dass an ca. 150 Tagen im Jahr kein Restwasser in der Ausleitungsstrecke fließe; demnach sei in durchschnittlich fünf Monaten im Jahr die Ausleitungsstrecke nahezu trocken.

45

(bb) Dass durch die vorstehend genannten Zahlen vermittelte „Wassergeschehen“ ist im Grunde plausibel und deckt sich auch in etwa mit der vom Bayerischen Landesamt für Umwelt im Internet veröffentlichten Jahresreihe 1965 bis 2013 (gemessen an der Messstelle ...-Klärwerk, Fkm. 13,91; abrufbar unter https://www.hnd.bayern.de/pegel/inn/...-klaerwerk-18620500/abfluss?setdiskr=60&addhr=hr_hw&vhs_type=std&kanu=&days=365, dort Kategorie „Statistik“, zuletzt abgerufen am 8.2.2021) und den dort auch verfügbaren tagesaktuellen Messergebnissen (vgl. auch insoweit den Ausdruck „Hochwassernachrichten Bayern“, vorgelegt als Anlage K 5). Die Jahresreihe 1965 bis 2013 zeigt eine mittlere niedrigste Abflussmenge von 5 m³/s im Winter und 7,21 m³/s im Sommer, im Jahresschnitt von 4,97 m³/s. Im Jahresverlauf weisen insbesondere die Monate November bis März eine niedrige Abflussmenge auf. Für den aktuellen Zeitraum vom 8. November 2020 bis zum 8. Februar 2021 lassen sich der tagesgenauen Rohdaten-Tabelle (als Teil der Kategorie „Ansicht“) Abflusswerte von 5,47 bis maximal 24,5 m³/s entnehmen, wobei an der deutlich überwiegenderen Zahl der Tage nur Werte bis 8 m³/s erreicht werden. Dieser geringe Abfluss hat eine Trockenheit zur Folge, die besonders das Larvenstadium der Jungfische der Bachforelle betrifft, da die Jungfische überwiegend in den abflussarmen Monaten schlüpfen. Ausweislich von im Internet verfügbaren Quellen laichen Bachforellen zwischen Oktober und Januar; die Fischlarven schlüpfen jeweils nach zwei bis vier Monaten (vgl. https://www.fischlexikon.eu/fischlexikon/fische-suchen.php?fisch_id=0000_000007, zuletzt abgerufen am 15.2.2021). Dabei kommt es für die Beurteilung entgegen der Annahme der Antragstellerin (vgl. Schriftsatz vom 27.8.2020, S. 4, und vom 22.9.2020, S. 3) nicht allein auf die vorhandene Fischfauna an; das Gebot einer Mindestwasserführung hat eine prospektive Dimension und soll gerade eine Verbesserung der ökologischen Verhältnisse erreichen, wie schon der Verweis des § 33 WHG auf § 27 Abs. 1 Nr. 2 WHG zeigt; dies bedingt, dass auch eine erst potentielle (standortgerechte) Fischbesiedlung Bezugspunkt der Mindestwassermengenbestimmung sein kann (vgl. VGH BW, U.v. 15.12.2015 - 3 S 2158/14 - juris Rn. 111/113; s. a. BVerwG, B.v. 26.1.2017 - 7 B 3/16 - juris Rn. 20).

46

Es ist daher im Kern nachvollziehbar, dass ohne eine Anordnung zur Mindestwasserführung die ökologische Funktionsfähigkeit des Lebensraums über einen Gewässerabschnitt von rund 900 m nicht gegeben ist und mit einer Anordnung eine wesentliche und erforderliche gewässerökologische Verbesserung für die Restwasserstrecke verbunden ist.

47

(cc) Die festgelegte Restwassermenge ist auch nicht schon deshalb unzutreffend ermittelt, weil sie fälschlicherweise von der Prämisse einer bereits ausgebauten Wasserkraftanlage und einer damit verbundenen Verdoppelung der für die Energieerzeugung abgeleiteten Wassermenge (von 10 m³/s auf 20 m³/s) ausgeht. Die Anordnung ist in ihrer ökologischen und gewässerwirtschaftlichen Erforderlichkeit eine Mindestvorgabe, die nicht im Verhältnis zur entnommenen Wassermenge steht. Insoweit ist nicht erkennbar, dass die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 242 BGB - Gebot von Treu und Glauben - zugunsten der Antragstellerin vorliegen könnten. Gleiches gilt für den Umstand, dass der Antragsgegner bislang offenbar eine deutlich geringere (freiwillige) Abgabe von Restwasser toleriert hat; es

sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass das als Folge dieser Hinnaahme ein zeitlich unbegrenztes Vertrauen der Antragstellerin auf ein Beibehalten dieser Menge entstanden sein könnte.

48

Auch die gute bzw. sehr gute Qualität des Oberflächenwasserkörpers hindert nicht die Erforderlichkeit der Festlegung einer Mindestwassermenge für die konkrete Restwasserstrecke. Zwar ist räumliche Bezugsgröße nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts „für die Prüfung der Verschlechterung bzw. einer nachteiligen Veränderung (...) ebenso wie für die Zustands-/Potenzialbewertung grundsätzlich der Oberflächenwasserkörper in seiner Gesamtheit; Ort der Beurteilung sind die für den Wasserkörper repräsentativen Messstellen. Lokal begrenzte Veränderungen sind daher nicht relevant, solange sie sich nicht auf den gesamten Wasserkörper oder andere Wasserkörper auswirken“ (BVerwG, U.v. 9.2.2017 - 7 A 2/15 - juris Rn. 506). Entsprechendes dürfte für das hiervorliegende Verbesserungsgebot gelten, das auf das Potential des Gewässers gerichtet ist. Allerdings hat gerade die aus der Anordnung einer Restwassermenge resultierende Herstellung bzw. Verbesserung der Durchgängigkeit eine „über-lokale“ Auswirkung. Daher kommt es entgegen der Ansicht der Antragstellerin (vgl. Schriftsatz vom 27.8.2020, S. 4) auch nicht darauf an, dass der sog. Mittelwasserabfluss bei 16,4 m³/s liegt. Gegebenenfalls wird zur Frage der „über-lokalen“ Auswirkung im Hauptsacheverfahren der Antragsgegner noch vertieft vorzutragen haben.

49

(dd) Allerdings lassen sich den Ausführungen des Wasserwirtschaftsamts kaum Aussagen entnehmen, auf welche Weise die Menge von 1.500 l/s ermittelt wurde. Letztlich teilt das Wasserwirtschaftsamt Ergebnisse mit, die in der Größenordnung nicht zuletzt wegen der betragsmäßig nicht allzu großen Diskrepanz zu den Ergebnissen des von der Antragstellerin in Auftrag gegebenen Gutachtens vom 26. April 2016 - dort wird eine Restwassermenge von 1.290 l/s für geboten erachtet - plausibel erscheinen. Jedoch kann das Gericht das Zustandekommen der ermittelten Werte nicht nachvollziehen und kontrollieren. Es ist Aufgabe des Antragsgegners darzulegen, dass er (bzw. das Wasserwirtschaftsamt) methodisch vorgeht, nachvollziehbare und dokumentierte Analysen vornimmt und grundsätzlich reproduzierbare, mithin wissenschaftsbasierte Ergebnisse erzeugt. Es muss einer dem Wasserwirtschaftsamt zugeschriebene Kompetenz gerecht werdendes Ergebnis nicht nur hergestellt, sondern auch dargestellt werden. Einer nachvollziehbaren Ermittlung einer für die Erreichung eines definierten Ziels notwendigen Mindestwassermenge bedarf es vor allem auch deshalb, weil § 33 WHG „überschießende Umweltschutzanforderungen“, deren es zur Erreichung der Bewirtschaftungsziele nach §§ 6, 27 WHG nicht bedarf, nicht trägt (vgl. Riedel in Giesberts/Reinhardt, BeckOK UmweltR, WHG, 56. Ed., Stand 1.10.2020, § 33 Rn. 7). Entsprechend kennt die Praxis auch Anleitungen zur Ermittlung des Mindestabflusses. Besonders ausführlich ist ein Leitfaden des Landesamts für Umwelt Baden-Württemberg aus dem Jahr 2005, der zwar für den Antragsgegner keine Verbindlichkeit beanspruchen kann, aber dennoch belegt, wie jedenfalls dem Grunde nach die Ermittlung von Mindestabflüssen in Restwasserstrecken zu erfolgen hat (abrufbar unter <https://pd.lubw.de/65530>, zuletzt abgerufen am 15.2.2021). Auch ein - sich im Entwurfsstadium befindlicher und wohl aus politischen Gründen nochmals zu überarbeitender (vgl. Stellungnahme des Landesamts für Umwelt vom 22.8.2018, S. 1) - sog. „Mindestwasserleitfaden“ des bayerischen Landesamts für Umwelt, der sich als „Arbeitsanleitung zur Abschätzung der Mindestwasserführung in wasserkraftbedingten Ausleitungsstrecken“ versteht (abrufbar unter https://www.lfu.bayern.de/wasser/wrrl/beteiligung_oeffentlichkeit/wasserforum_bayern/doc/entwurf_mindestwasserleitfaden_diskussionfassung.pdf, zuletzt abgerufen am 15.2.2021), zeigt in knapper Form methodische Möglichkeiten zur sachgerechten Ermittlung der Mindestwasserführung auf.

50

Diesen Anforderungen werden die Darstellungen des Wasserwirtschaftsamts im vorliegenden Fall nicht gerecht. Zwar ist letztlich eine Zielbestimmung durch Einbeziehung der LAWA-Empfehlungen erfolgt. Auch nimmt das Wasserwirtschaftsamt auf einen - relativ alten - Naturversuch der Fachberatung für Fischerei vom 27. Oktober 2008 Bezug, den diese wiederum in ihrer Stellungnahme vom 30. November 2015 (Bl. 86 der Behördenakte) erwähnt. Aber auch die dortige Beschreibung des Versuchs erschöpft sich in der Mitteilung, dass gestaffelte Abflüsse eingestellt wurden. Deren jeweilige Ergebnisse sind aber nicht detailliert erkennbar. Die in den Behördenakten (Bl. 13) befindliche Aufstellung hat insoweit zwar eine höhere, aber dennoch keine ausreichende Aussagekraft. Der aktuellere Naturversuch vom 13. März 2015

ist überhaupt nicht näher beschrieben. Es ist auch nicht erkennbar, dass das Wasserwirtschaftsamt sich mit den Ergebnissen des Gutachtens vom 26. April 2016 in einer Weise auseinandergesetzt hat, die ergibt, dass die dort ermittelte Restwassermenge zu gering ist und dessen Einschätzung, dass die angeordnete Menge von 1.500 l/s „eine begrüßenswerte ökologische Verbesserung“, aber gerade keine „zwingende“ Ableitung aus den Ergebnissen der Mindestwasseruntersuchung darstelle (Gutachten vom 26.4.2016, S. 28, s. a. die Diskussion der Ergebnisse auf den S. 25 ff.), nicht zutrifft. Auch die vorgelegte Stellungnahme des Landesamts für Umwelt vom 22. August 2018 ist insoweit nicht ergiebig.

51

(ee) Vor diesem Hintergrund erscheint derzeit lediglich die Rechtmäßigkeit der Anordnung einer Restwassermenge von 1.290 l/s beurteilbar. Insoweit kann sich das Gericht auf die ausführliche und nachvollziehbare Begründung des Gutachtens (des von der Antragstellerin beauftragten Fachbüros) vom 26. April 2016 beziehen. Dass das Gutachten auf einen ausgebauten Kraftwerksbetrieb ausgerichtet ist, spielt für die hier relevante Frage der Bestimmung der Restwassermenge keine Rolle (vgl. Rn. 47). Vor diesem Hintergrund kommt es auch auf die „Berechnungen“ der Antragstellerin, ob und inwieweit im jetzigen Ausbauzustand welche Restwassermenge an wie vielen Tagen vorhanden ist (vgl. Schriftsatz vom 22.9.2020, S. 2) nicht an. Das Gutachten ergibt zumindest die Notwendigkeit einer Restwassermenge von 1.290 l/s, die - insoweit scheint Einigkeit zwischen den Beteiligten zu herrschen - im Jahresdurchschnitt in der Restwasserstrecke nicht erreicht wird. Dass der Antragsgegner für die Realisierungsphase der Modernisierung (Bauzeit) 70 l/s Restwassermenge akzeptiert, belegt nicht die Annahme der Antragstellerin, dass der Antragsgegner selbst nicht von der Notwendigkeit seiner Vorgabe von 1.500 l/s ausgeht, sondern ist ersichtlich den Besonderheiten dieser (vergleichsweise kurzen) Phase geschuldet.

52

Das Gutachten beschreibt und belegt zunächst mit Bildmaterial die örtlichen Gegebenheiten. Sodann werden sechs Querschnitte beschrieben und an diesen jeweils die Ergebnisse aus drei Messungen dargelegt und mit den Empfehlungen der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Wasser (LAWA) zur Ermittlung von Mindestabflüssen in Ausleitungsstrecken von Wasserkraftanlagen abgeglichen (tabellarisch zusammengefasst auf Seite 22 f.). Eingestellt wurde drei unterschiedliche Abflüsse: 990 l/s, 1.290 l/s und 1850 l/s. Neben der Ermittlung und Darstellung reiner Messwerte enthält das Gutachten auch textliche Beschreibungen der Auswirkungen unterschiedlicher Abflussmengen, mit denen es gelingt, ein zumindest grobes Bild der Lage vor Ort zu vermitteln und die getroffenen Bewertungen des Gutachtens nachvollziehen zu können. Dies genügt dem Gericht jedenfalls im vorläufigen Rechtsschutzverfahren zur Überzeugungsbildung, dass die Abgabe von 1.290 l/s Restwasser erforderlich ist, ohne dass es darauf ankommt, im Einzelnen zu untersuchen, ob und inwieweit die Vorgaben, die die erwähnten (unverbindlichen) Leitfäden enthalten, als (Mindest-)Standard für ein fachliches Vorgehen zu gelten haben, und ob und inwieweit sie der Sache nach zugrunde gelegt wurden.

53

Demgegenüber lässt sich die Rechtmäßigkeit der Anordnung einer darüber hinausreichenden Restwassermenge gegenwärtig nicht abschließend beurteilen. Das Gericht kann sich angesichts der beschriebenen Defizite nicht schon im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes die notwendige Überzeugung von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der der Anordnung zugrundeliegenden tatsächlichen Annahmen verschaffen. Es bleibt insoweit dem Hauptsacheverfahren vorbehalten, die Belastbarkeit der wasserwirtschaftlichen Einschätzung des Antragsgegners näher zu untersuchen. Es wird insbesondere diesem obliegen (unter Beiziehung des Wasserwirtschaftsamts), die Notwendigkeit einer höheren Restwasserabgabe in Auseinandersetzung mit dem Gutachten vom 26. April 2016 in der mündlichen Verhandlung zu begründen. Dort wird auch zu erörtern sein, ob und inwieweit im vorliegenden Fall Qualitätskomponenten im Sinne des Anhangs V der RL 2000/60/EG vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik (Wasserrahmenrichtlinie) zur Bestimmung des Bewirtschaftungsziels „Verbesserungsgebot“ (§ 27 Abs. 1 Nr. 2 WHG) eine Rolle spielen und inwieweit sie durch die streitgegenständliche Anordnung verändert werden (vgl. insoweit zum Bewirtschaftungsziel „Verschlechterungsverbot“ EuGH, U.v. 1.7.2015 - C-461/13 - juris Rn. 70); Ausführungen des Antragsgegners hierzu fehlen bislang.

54

(ff) Die Rechtmäßigkeit des Bescheids bzgl. der gesamten angeordneten Restwassermenge (1.500 l/s) ergibt sich auch nicht aus der Anwendung der vom Antragsgegner (überwiegend) herangezogenen

Rechtsgrundlage des § 100 Abs. 1 Satz 1 WHG zur Durchsetzung der Auflage in Nummer II.13.5. des Bescheids vom 11. April 2012. Denn auch in diesem Fall hätte - ungeachtet der Beantwortung der Frage, ob die Bezugnahme auf die Nebenbestimmung überhaupt möglich ist - die Behörde zur Bestimmung der „ausreichenden Restwassermenge“ die Ermittlung auf die gleiche Zielbestimmung ausrichten müssen und hierzu ebenfalls mit einer nachvollziehbaren Annäherung an diese die gewählte Restwassermenge von 1.5000 l/s begründen müssen. Hieran fehlt es (ebenfalls).

55

d) Soweit die Anordnung in Nummer 1 des Bescheids nach dem Vorstehenden mit den Tatbestandsmerkmalen des § 13 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. d i.V.m. § 33 i.V.m. § 20 Abs. 2 Satz 3 WHG vereinbar ist, hat der Antragsgegner sein Ermessen unter Berücksichtigung aller gegenläufigen Interessen ausgeübt. Die Anordnung ist verhältnismäßig (aa) und mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar (bb).

56

aa) Die Anordnung ist verhältnismäßig. Nach Aussage des Wasserwirtschaftsamts ist die Herstellung der geforderten Restwassermenge auch ohne Umbauarbeiten an der bestehenden Anlage durch eine festgelegte Öffnung der vorhandenen Schleusen technisch umsetzbar. Diese Aussage ist schon deshalb plausibel, weil es für die durchgeführten Naturversuche ebenfalls notwendig war, die entsprechenden Abflussmengen einzustellen. Dass die dauerhafte Einstellung nach Angaben der Antragstellerin mit erhöhtem Aufwand verbunden ist (vgl. Schriftsatz vom 27.8.2020, S. 6 f.), führt nicht zur Annahme der Unverhältnismäßigkeit des Bescheids. Gleiches gilt, sollten für die Einstellung der Restwassermenge doch bauliche Änderungen vorzunehmen sein. Zum einen stellen im Wasserrecht Rentabilitätsbeeinträchtigungen auch vor dem Hintergrund des Schutzes des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs (Art. 14 Abs. 1 GG) ohnehin keine zwingende Zumutbarkeitsschranke für wasserwirtschaftlich erforderliche Nebenbestimmungen dar (BayVGh, U.v. 7.10.2004 - 22 B 03.3228 - juris Rn. 38), zum anderen ist schon nicht valide vorgetragen, in welchem Umfang gegebenenfalls finanzielle Beeinträchtigungen zu gewärtigen wären. Schließlich ist es unschädlich, sollte aus baulichen Gründen (anlässlich entsprechender Witterungsverhältnisse) mehr als die angeordnete Restwassermenge in das Mutterbecken abgegeben werden. Dass die Antragstellerin möglicherweise nicht verhindern kann, dass wegen der nicht steuerbaren Überströmung des Wehrs gewissermaßen unfreiwillig mehr Wasser in das Mutterbecken abgegeben werde - so versteht das Gericht ihren Hinweis darauf, dass es sich um ein festes Wehr handle, das selbst nicht regelbar sei, und es deshalb zu einer undefinierten Überströmung des Wehrs komme könne (vgl. Schriftsatz vom 27.8.2020, S. 6) -, schadet nicht. Weder verpflichtet der Bescheid die Antragstellerin zu einer exakten Mengenabgabe, noch ist eine höhere Abgabe gewässerökologisch problematisch. Dass infolge einer ungewollten erhöhten Abgabe der Antragstellerin Wasser zur Nutzung des Kraftwerks entgeht, ist das unternehmerische Risiko, das zu vermeiden, der Antragsgegner nicht unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten verpflichtet ist. Es ist auch nicht erkennbar, dass die Verpflichtung zur Abflussmessung in Nr. 1.2 des Bescheids darauf gerichtet ist, die Antragstellerin zu einer exakten Mengenummessung zu verpflichten; die Mess- und Nachweispflicht bezieht sich nur auf die Abgabe der rechtmäßigen Mindestmenge durch entsprechende Schleusenöffnung, so dass die das Wehr überströmende Menge an Wasser nicht gemessen werden muss.

57

bb) Es ist gegenwärtig keine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots nach Art. 3 Abs. 1 GG zu erkennen. Auch im Wasserrecht hat im Rahmen der Ermessensausübung die handelnde Behörde den Gleichheitssatz zu beachten. Wasserwirtschaftliche Anordnungen müssen daher ebenso wie etwa naturschutz- oder baurechtliche Beseitigungsanordnungen gegebenenfalls einem schlüssigen (hier: Restwasser-) Konzept folgen, sofern mehrere Sachverhalte gegeben sind, deren Gleichbehandlung geboten ist (vgl. VGh BW, U.v. 15.12.2015 - 3 S 2158/14 - juris Rn. 152 f.; vgl. für das Naturschutzrecht BayVGh, B.v. 20.1.2014 - 14 CS 12.1950 - juris Rn. 14; OVG RhPf, B.v. 5.6.2012 - 8 A 10593/12 - juris Rn. 16 ff.; VG München, U.v. 22.11.2018 - M 19 K 17.3993 - juris Rn. 26 f.). Zwar trägt die Antragstellerin vor, dass andere Kraftwerksbetreiber geringere Restwassermengen in das Mutterbett der ... Ache abgeben müssten als die Antragstellerin (vgl. Schriftsatz vom 22.9.2020, S. 5). Der Vortrag ist aber in keiner Weise substantiiert. Es ist nicht erkennbar, ob andere Kraftwerksbetreiber gleichgelagerte Benutzungstatbestände mit vergleichbaren Auswirkungen auf die Gewässereigenschaften der ... Ache verwirklichen und hierauf der Antragsgegner nicht oder nur mit milderer Maßnahmen reagiert hat und auch nicht reagieren wird.

58

e) Schließlich wird die Rechtmäßigkeit des Bescheids (soweit er die Antragstellerin verpflichtet, dauerhaft einen Restwasserabfluss von nicht weniger als 1.290 l/s sicherzustellen) nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Behörde die Streitgegenständliche Anordnung ausweislich der Bescheidsbegründung auf Grundlage des § 100 Abs. 1 Satz 1 WHG zur Durchsetzung der Auflage in Nummer II.13.5. des Bescheids vom 11. April 2012 erlassen hat. Denn selbst wenn die Voraussetzungen dieser Normen (auch, vgl. Rn. 54) insoweit nicht vorliegen sollten - was vorliegend offenbleiben kann -, wäre angesichts des Vorliegens des Tatbestands des § 13 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. d i.V.m. § 33 i.V.m. § 20 Abs. 2 Satz 3 WHG der gegebenenfalls notwendige Austausch der Rechtsgrundlagen durch das Gericht möglich, da der Bescheid hierdurch keine Wesensänderung erfährt.

59

Für die Beurteilung einer Wesensänderung sind bei Ermessensentscheidungen - wie hier - im jeweiligen Einzelfall die Zielsetzungen und die Voraussetzungen der im Bescheid gewählten und der tatsächlich einschlägigen Norm in den Blick zu nehmen (vgl. BayVGH, U.v. 23.7.2020 - 14 B 18.1472 - juris Rn. 31 f.). In beiden Fällen - bei Anwendung des § 100 Abs. 1 Satz 1 WHG i.V.m. der Nebenbestimmung des Bescheids vom 11. April 2012 oder des § 13 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. d i.V.m. § 33 WHG i.V.m. § 20 Abs. 2 Satz 3 WHG - geht es um eine behördliche Umsetzung des Gebots des § 33 WHG, der folglich in beiden Fällen die Ermessensausübung maßgeblich steuert und von der Antragsgegnerin auch gesehen wurde (vgl. insbesondere unter Nummer 3 der Gründe des Streitgegenständlichen Bescheids). Auch die zu berücksichtigenden gegenläufigen Interessen der Antragstellerin sind in beiden Fällen rechtlich identisch und in beiden Normen gleichermaßen von Relevanz. Andere Ermessensaspekte, die nicht in beiden Rechtsgrundlagen zu verarbeiten gewesen wären (und verarbeitet wurden) und insoweit das Potential hätten, eine Wesensveränderung zu bewirken, bestehen nicht.

60

4. Soweit die Erfolgsaussichten des Hauptsacherechtsbehelfs bei summarischer Prüfung derzeit überschaubar sind und von der Rechtmäßigkeit des Bescheids auszugehen ist, setzt die Anordnung einer sofortigen Vollziehung im Einzelfall ein besonderes Interesse an der Vollziehung schon vor Rechtskraft des Hauptsacheverfahrens voraus. Eine Anordnung nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO bezieht sich auf eine Besonderheit in zeitlicher Hinsicht und unterscheidet sich inhaltlich vom Interesse am Erlass des Grundverwaltungsakts. Folglich kann auch eine offensichtliche Rechtmäßigkeit der Grundverfügung allein die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht tragen (BVerwG, B.v. 5.11.2018 - 3 VR 1/18 - juris Rn. 24). Die Vollziehung des Verwaltungsakts muss vielmehr wegen öffentlicher oder überwiegender privater Interessen besonders dringlich sein und keinen Aufschub bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens dulden (vgl. VGH München, B.v. 30.1.2019 - 9 CS 18.2533 - juris Rn. 23). Dies ist vorliegend der Fall. Ein Abwarten des Eintritts der Bestandskraft des Bescheids würde eine ökologische und wasserwirtschaftliche Dauerbelastung in der Restwasserstrecke perpetuieren und zu einer weiter fortbestehenden Beeinträchtigung der Ordnung des Wasserhaushalts führen, die angesichts der gegenwärtigen Erkenntnisse hinsichtlich des Bedarfs an der Abgabe einer höheren Restwassermenge nicht mehr vertretbar erscheint. Hinzutritt, dass insoweit von der Antragstellerin zu ergreifende Maßnahmen nicht irreversibel sind.

61

5. Soweit die Erfolgsaussichten des Hauptsacherechtsbehelfs bei summarischer Prüfung derzeit nicht überschaubar sind (oben Rn. 49 ff.), fällt die daher erforderliche erfolgsunabhängige Interessenabwägung allerdings zu Gunsten der Antragstellerin aus. Es ist angesichts der bisherigen - erheblich niedrigeren (freiwillig abgegebenen) - Restwassermenge, dem Umstand, dass das Kraftwerk seit Jahrzehnten in Betrieb ist, und der mit Ablehnung des Antrags im Übrigen sofort vollziehbaren Verpflichtung, Restwasser zumindest in der Menge von 1.290 l/s abzugeben (insoweit überwiegt, wie in Rn. 60 dargestellt, das Vollzugsinteresse), nicht anzunehmen, dass nicht hinnehmbare Schäden am Gewässer entstehen.

III.

62

Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 VwGO. Die Verteilung der Kosten folgt dem prozentualen Anteil, mit dem der Antragsgegner die vom Gericht für derzeit zulässig erachtete Restwassermenge im Rahmen seiner Anordnung in Nr. 1 des Bescheids überschritten hat. Es liegt eine „Überverpflichtung“ von 210 l/s vor. Den Bezugspunkt der Berechnung bildet insoweit der Betrag von 1.290 l/s und nicht der Betrag

von 1.500 l/s. Bezogen hierauf liegt somit eine Überschreitung um 16,28% vor (210 dividiert durch 1.290, multipliziert mit 100). Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 52 Abs. 2 Gerichtskostengesetz (GKG) i.V.m. Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs 2013 für die Verwaltungsgerichtsbarkeit.