

TEXTE

12/2012

# Gewässerdurchgängigkeit und Schutz der Fischpopu- lation an Bundeswasser- straßen

Zum Verhältnis von § 34 und § 35 Wasserhaushalts-  
gesetz bei Stauanlagen mit Wasserkraftnutzung

Rechtsgutachten



# **Gewässerdurchgängigkeit und Schutz der Fischpopulation an Bundeswasserstraßen**

**Zum Verhältnis von § 34 und § 35  
Wasserhaushaltsgesetz bei Stauanlagen mit  
Wasserkraftnutzung**

**Rechtsgutachten**

von

**Prof. Dr. Michael Reinhardt**  
Institut für Deutsches und Europäisches Wasserwirtschaftsrecht,  
Trier

Im Auftrag des Umweltbundesamtes

**UMWELTBUNDESAMT**

Diese Publikation ist ausschließlich als Download unter  
<http://www.uba.de/uba-info-medien/4271.html>  
verfügbar.

ISSN 1862-4804

Durchführung  
der Studie: Institut für Deutsches und Europäisches Wasserwirtschaftsrecht  
Universität Trier – Campus I  
54 286 Trier

Abschlussdatum: August 2011

Herausgeber: Umweltbundesamt  
Wörlitzer Platz 1  
06844 Dessau-Roßlau  
Tel.: 0340/2103-0  
Telefax: 0340/2103 2285  
E-Mail: [info@umweltbundesamt.de](mailto:info@umweltbundesamt.de)  
Internet: <http://www.umweltbundesamt.de>  
<http://fuer-mensch-und-umwelt.de/>

Redaktion: Fachgebiet II 2.4 Binnengewässer  
Dr. Volker Mohaupt

Dessau-Roßlau, April 2012

## **Gewässerdurchgängigkeit und Schutz der Fischpopulation an Bundeswasserstraßen**

**– Zum Verhältnis von § 34 und § 35 Wasserhaushaltsgesetz bei  
Stauanlagen mit Wasserkraftnutzung –**

### **Rechtsgutachten**

Prof. Dr. Michael Reinhardt, LL.M. (Cantab.)

August 2011

## Gliederung

I. Fragestellung	3
II. Einleitung: Zum systematischen Regelungszusammenhang der §§ 33 bis 36 WHG	
1. Hydromorphologischer Regelungsansatz der Wasserrahmenrichtlinie	4
2. Regelungssystematik des Wasserhaushaltsgesetzes	6
III. Das Verhältnis von § 34 und § 35 WHG	
1. Methodische Grundlagen der Normkonkurrenz	9
2. Normenvergleich, Überschneidungen und Abgrenzungen	
a. Anwendungsbereiche und Normziele	
aa. Allgemeines	12
bb. § 34 WHG: Gewässerdurchgängigkeit bei Stauanlagen	12
cc. § 35 WHG: Fischschutz bei Wasserkraftnutzungen	15
dd. Konkurrenzkonstellationen	
aaa. Allgemeines	18
bbb. Anwendungsbereiche	19
ccc. Regelungsinhalte	22
ddd. Exkurs: Fischaufstieg und Fischabstieg	
(1) Normative Anknüpfung	23
(2) Reine Stauanlagen	23
(3) Stauanlagen mit Wasserkraftnutzung	24
ee. Zwischenergebnis	25
b. Normadressaten	
aa. Normativer Anknüpfungspunkt	26
bb. Ordnungspflicht von Hoheitsträgern	29
cc. Interner Ausgleich der Kostentragung	33
dd. Sonderfall: Aufgabe der verkehrlichen Nutzung	38
c. Inhalt der Verpflichtungen	
aa. Neuzulassungen	40
bb. Vorhandene Anlagen	42
d. Verwaltungszuständigkeiten	43
IV. Ergebnis	
1. Zusammenfassung in Thesenform	45
2. Beantwortung der Ausgangsfragen	49

## I. Fragestellung

Mit dem am 1. März 2010 in Kraft getretenen Gesetz zur Neuregelung des Wasserrechts<sup>1</sup> hat der Bundesgesetzgeber in den §§ 33 ff. WHG eine Reihe von Neuregelungen zur Bewirtschaftung der oberirdischen Gewässer in das Wasserhaushaltsgesetz eingefügt. Mit Blick auf die Nutzung von Fließgewässern zur Gewinnung von Wasserkraft ist die Frage aufgeworfen worden, in welchem Verhältnis die in § 34 WHG geregelten Anforderungen an die Gewässerdurchgängigkeit und die in § 35 WHG aufgestellten Vorgaben für die Wasserkraftnutzung zueinander stehen. So entsteht insbesondere bei der Energiegewinnung an Bundeswasserstraßen eine Gemengelage widerstreitender Interessen und überlagernder Verantwortlichkeiten der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes, der Wasserwirtschaftsverwaltungen der Länder und der Betreiber von Wasserkraftanlagen. Ausdrückliche und eindeutige Aussagen über die methodische Auflösung der Normenkonkurrenz treffen die wasserhaushaltsgesetzlichen Bestimmungen nicht. Das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung als oberste Behörde der Bundeswasserstraßenverwaltung und das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit gehen davon aus, daß zwischen den beiden Bestimmungen ein Spezialitätsverhältnis dergestalt besteht, daß § 34 WHG die allgemeinen Anforderungen an die Durchgängigkeit formuliert, während § 35 WHG spezielle Vorgaben zur schadlosen Fischdurchgängigkeit im Zusammenhang mit dem Betrieb von Wasserkraftanlagen enthält. Hieraus folge für Stauanlagen mit Wasserkraftnutzung eine Verantwortlichkeit des Bundes für die Gewährleistung des *Fischaufstiegs* nach § 34 WHG, während den Wasserkraftanlagenbetreibern nach § 35 WHG lediglich die Sorge um den *Fischabstieg* obliege, soweit die entsprechenden Maßnahmen auf Grund der Wasserkraftnutzung erforderlich und auf den Betrieb der Wasserkraftanlage ausgerichtet sind. Dem gegenüber wird von verschiedenen Energieversorgungsunternehmen unter Bezugnahme auf die Begründung zum Regierungsentwurf des WHG<sup>2</sup> die Rechtsansicht vertreten, daß die §§ 34, 35 WHG ein einheitliches Regelungsregime bilden, das für Fischauf- und Fischabstieg eine gemeinsame Verantwortung der zuständigen Bundes- und Landesbehörden sowie der Wasserkraftanlagenbetreiber begründet.

---

<sup>1</sup> Gesetz vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2585.

<sup>2</sup> BTags-Drucks. 16/12275.

Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit hat vor diesem Hintergrund den Unterzeichneten um die rechtswissenschaftliche Prüfung der wasserhaushaltsgesetzlichen Regelungssituation gebeten.

Dabei soll insbesondere zu folgenden Fragen Stellung genommen werden:

1. Welche Kriterien sind zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche der §§ 34, 35 WHG rechtlich maßgeblich?
2. Wie verhalten sich auf dieser Grundlage die wasserrechtlichen Verantwortungssphären der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes und der Wasserkraftanlagenbetreiber zueinander?

Die nachstehenden Ausführungen geben ausschließlich die rechtswissenschaftlichen Auffassungen des Verfassers wieder.

## **II. Einleitung: Zum systematischen Regelungszusammenhang der §§ 33 bis 36 WHG**

### *1. Hydromorphologischer Regelungsansatz der Wasserrahmenrichtlinie*

Die hier im Vordergrund stehenden §§ 34, 35 WHG sind Bestandteil einer Reihe systematisch miteinander verknüpfter bundesrechtlicher Neuregelungen zur Bewirtschaftung oberirdischer Gewässer, die erst mit der bundeseinheitlichen Vollregelung<sup>3</sup> des Wasserrechts im neuen Wasserhaushaltsgesetz Aufnahme gefunden haben<sup>4</sup>. Sie führen zumindest teilweise frühere landeswassergesetzliche Bestimmungen fort, die auch in Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie 2000/60/EG<sup>5</sup> eine primär gewässerschützerische Zielrichtung verfolgt und jeweils aus verschiedenen Perspektiven einzelne ökologische Anforderungen an die Bewirtschaftung akzentuiert haben. Sachlich im Vordergrund der §§ 33 ff. WHG stehen dabei vor allem die hydromorphologischen Qualitätskomponenten, die in An-

---

<sup>3</sup> Berendes, Wasserhaushaltsgesetz, Kurzkommentar, 2010, Einl. Rn. 25.

<sup>4</sup> Siehe dazu neben den einschlägigen Kommentierungen *Kibele*, Die Bewirtschaftung der Oberflächengewässer, Ausgewählte Konfliktfelder zwischen bundesrechtlicher Neuregelung und landesrechtlicher Tradition, in: Reinhardt (Hrsg.), Das WHG 2010 – Weichenstellung oder Interimslösung, Trierer Wasserwirtschaftsrechtstag 2010, 2010, S. 53 ff.

<sup>5</sup> Richtlinie 2000/60/EG vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl. Nr. L 327, S. 1 (WRRL).

hang V der Wasserrahmenrichtlinie zur Einstufung des guten ökologischen Zustands (§ 27 Abs. 1 WHG)<sup>6</sup> resp. des guten ökologischen Potentials (§ 27 Abs. 2 WHG)<sup>7</sup> vorgegeben werden. Im einzelnen unterscheidet die Richtlinie dabei die drei Ebenen des Wasserhaushalts, der Durchgängigkeit und der Morphologie. So setzt beispielsweise ein sehr guter Gewässerzustand voraus, daß Menge und Dynamik der Strömung und die sich daraus ergebende Verbindung zum Grundwasser vollständig oder nahezu vollständig den Bedingungen bei Abwesenheit störender Einflüsse entsprechen (Wasserhaushalt), daß die Durchgängigkeit des Flusses nicht durch menschliche Tätigkeiten gestört wird und eine ungestörte Migration aquatischer Organismen und der Transport von Sedimenten ermöglicht werden (Durchgängigkeit) und daß schließlich Laufentwicklung, Variationen von Breite und Tiefe, Strömungsgeschwindigkeiten, Substratbedingungen sowie Struktur und Bedingungen der Uferbereiche vollständig oder nahezu vollständig den Bedingungen bei Abwesenheit störender Einflüsse entsprechen (Morphologie)<sup>8</sup>. Die im Richtlinienanhang durch tabellarische Auflistung scheinbar klar voneinander getrennten Gewässerqualitätskomponenten weisen freilich nicht nur in ihren Randbereichen erhebliche inhaltliche Überlappungen und Parallelen auf, so daß das Transformationsrecht davon Abstand genommen hat, die strukturelle Dreiteilung unverändert zu übernehmen<sup>9</sup>, sondern in den spezifischen Bewirtschaftungsvorgaben und Benutzungsbeschränkungen der §§ 33 ff. WHG differenziert widerspiegelt. Daneben gelten die allgemeinen Regelungen über die Bewirtschaftungsziele für oberirdische Gewässer nach den §§ 27 bis 31 WHG sowie die untergesetzliche Umsetzung der richtlinienrechtlichen Vorgaben in der neuen Oberflächengewässerverordnung<sup>10</sup>, die die noch unter der Geltung des Art. 75 GG a. F. verabschiedeten Landesverordnungen ablöst.

---

<sup>6</sup> Siehe im einzelnen WRRL Anhang V, 1.2.1.

<sup>7</sup> Siehe im einzelnen WRRL Anhang V, 1.2.5.

<sup>8</sup> So WRRL Anhang V, 1.2.1, Spalte 1 (hydromorphologische Qualitätskomponenten).

<sup>9</sup> Anderes gilt freilich für die verordnungsrechtliche Eins-zu-eins-Übernahme der richtlinienrechtlichen Vorgaben.

<sup>10</sup> Verordnung zum Schutz der Oberflächengewässer (Oberflächengewässerverordnung – OGewV) vom 20. Juli 2011, BGBl. I S. 1429.

## 2. Regelungssystematik des Wasserhaushaltsgesetzes

Zunächst greift die einleitende Regelung des § 33 WHG den wasserhaushälterischen Aspekt der hohen Bedeutung der Mindestwasserführung für die ökologische Funktionsfähigkeit eines Gewässers auf<sup>11</sup> und setzt der Benutzung eines Gewässers in der Form des Aufstauens, Entnehmens oder Ableitens materiell-rechtliche Grenzen, auch um die Erreichung der allgemeinen und besonderen Bewirtschaftungsziele der §§ 6 Abs. 1, 27 bis 31 WHG sicherzustellen. Insbesondere soll die Gewährleistung eines Mindestwasserabflusses für den Erhalt der standorttypischen Lebensgemeinschaften Sorge tragen.

§ 34 WHG richtet sodann durch spezifische Einschränkungen für vorhandene und neu zu errichtende Stauanlagen den Blick auf die Durchgängigkeit des Gewässers insbesondere für Gewässerorganismen. Zugleich zielen die Restriktionen für Errichtung, wesentliche Änderung und Betrieb von Stauanlagen auf morphologische Erfordernisse der betroffenen Gewässer. Maßstäblich sind die ausdrücklich in Bezug genommenen Bewirtschaftungsziele für die jeweils betroffenen oberirdischen Gewässer nach den §§ 27 bis 31 WHG. In grundsätzlich dieselbe Richtung, wenngleich ohne explizite Bezugnahme auf die gesetzlichen Bewirtschaftungsziele weist auch § 35 WHG, der jedoch lediglich im Interesse des Schutzes der Fischpopulation Anforderungen an die Zulässigkeit der Nutzung von Wasserkraft formuliert und eine bereits zuvor kontrovers diskutierte<sup>12</sup> Kollision widerstreitender Belange des Tierschutzes und der umweltfreundlichen Energiegewinnung aufgreift, wenngleich wiederum nicht abschließend löst. § 36 WHG schließlich regelt nach der Aussage der Begründung zum Entwurf der Regierungskoalition grundlegende Anforderungen an nach Art, Größe und Zweckbestimmung nicht näher bestimmte Anlagen und stellt durch die unnötig perfektionistisch geratene Präpositionenanhäufung<sup>13</sup> überdeutlich klar, daß jegliche Anlage, deren Errichtung, Betrieb, Unterhaltung oder Stilllegung sich auf Gewässerqualität oder Gewässer-

---

<sup>11</sup> BTags-Drucks. 16/12275, S. 60; *Berendes*, WHG, § 33 Rn. 1; *Czychowski/Reinhardt*, Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar, 10. Auflage 2010, § 33 Rn. 5.

<sup>12</sup> Siehe zur Situation vor Inkrafttreten der hier im Vordergrund stehenden §§ 34, 35 WHG insbesondere die umfängliche monographische Aufarbeitung der Problematik von *Breuer*, Rechtsfragen des Konflikts zwischen Wasserkraftnutzung und Fischfauna, UTR 88 (2006); ferner *Fröhlich*, Rechtsfragen des Konflikts zwischen Wasserkraftnutzung und Fischfauna, ZfW 2005, S. 133 ff.; *Reinhardt*, Die gesetzliche Förderung kleiner Wasserkraftanlagen und der Gewässerschutz, Zum Schutz der Umwelt vor dem Umweltschutz, NuR 2006, S. 205 ff.; jeweils mit weiteren Nachweisen.

<sup>13</sup> *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 36 Rn. 2.

unterhaltung auswirken kann, unter dem Vorbehalt einer wasserwirtschaftsrechtlichen Verträglichkeitsprüfung steht<sup>14</sup>. Die Vorschriften bilden damit einen Bestand normativer hydromorphologischer Bewirtschaftungsanforderungen, der zudem durch die primär<sup>15</sup> zivilrechtlich wirkende Regelung über den Wasserabfluß (§ 37 WHG) und in Teilen auch durch die regulatorisch diffus geratenen Regelungen zum Gewässerrandstreifen (§ 38 WHG) ergänzt wird. In welchem Verhältnis die Bestimmungen zueinander stehen, wird indes weder im Gesetz selbst noch in der Begründung in zureichender Weise kenntlich gemacht und bedarf daher der näheren Untersuchung.

Die methodische Analyse der Vorschriften steht in nicht nur unerheblichem Ausmaß unter dem Eindruck der erkennbaren verfassungsrechtlichen Gratwanderung des Bundesgesetzgebers zwischen explizit anlagenbezogenen und sonstigen Regelungen. So vermeiden die §§ 33 und 35 WHG den Anlagenbegriff vollständig, wohingegen die §§ 34 und 36 WHG ausdrückliche Anforderungen an Anlagen postulieren. Allerdings greift der Schluß zu kurz, es nur bei diesen mit anlagenbezogenen Regelungen zu tun zu haben, bei jenen hingegen nicht. Hintergrund des offenbar bedachten Einsatzes des Anlagenbegriffs im Gesetzestext ist namentlich die neue, auch das Wasserrecht betreffende<sup>16</sup> verfassungsrechtliche Verteilung der föderalen Gesetzgebungskompetenzen<sup>17</sup>. Nach Abschaffung der Rahmengesetzgebungsbefugnis gemäß Art. 75 GG a. F. steht heute dem Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG das konkurrierende Gesetzgebungsrecht für den Wasserhaushalt zu. Hat der Bund hiervon i. S. des Art. 72 Abs. 1 GG Gebrauch gemacht, verfügen die Länder als Kompensation ihrer verlustig gegangenen Kompetenz zur Rahmenausfüllung gemäß Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG über ein Abweichungsrecht. Dies gilt jedoch nicht für stoff- und anlagenbezogene Regelungen, die der verfassungsändernde Gesetzgeber als bundeseinheitlich zu regelnde Kernbereiche des Wasserrechts aufgefaßt hat<sup>18</sup>. Wann indes eine Regelung stoff- oder anlagenbezogen ist und damit die Länder von abweichender Gesetzgebung aus-

---

<sup>14</sup> BTags-Drucks. 16/12275, S. 62.

<sup>15</sup> BTags-Drucks. 16/12275, S. 62.

<sup>16</sup> Siehe dazu ausführlich *Reinhardt*, Gesetzgebungskompetenzen in Wasserrecht, Die Abweichungsgesetzgebung und das neue Wasserhaushaltsgesetz, AöR 135 (2010), S. 459 ff.

<sup>17</sup> Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006, BGBl. I S. 2034.

<sup>18</sup> So BTags-Drucks. 16/813, S. 11.

schließt, läßt sich nicht schon der Wortwahl des Gesetzestexts entnehmen, sondern bedarf der näheren Untersuchung von Regelungsinhalt und Regelungsziel der betreffenden normativen Anordnung. So darf etwa aus der tunlichen Vermeidung des Anlagenbegriffs in § 35 WHG nicht geschlußfolgert werden, daß die Vorschrift nicht unter das Abweichungsverbot des Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG fällt. Denn die tatbestandlich erwähnte „Nutzung von Wasserkraft“ ist praktisch zwingend auf den Einsatz geeigneter Anlagen angewiesen, so daß die in § 35 WHG enthaltenen Anforderungen regelmäßig auch im verfassungsrechtlichen Sinne anlagenbezogen sind<sup>19</sup>. Dasselbe gilt für die in § 33 WHG geregelten Gewässerbenutzungen, soweit der Unternehmer zu ihrer Durchführung eine Anlage nutzt<sup>20</sup>, sowie für Stauanlagen i. S. des § 34 WHG, auch wenn der Anlagenbegriff – im Gegensatz zu § 36 WHG – in den amtlichen Überschriften der Vorschriften und in § 33 WHG insgesamt nicht erwähnt ist. Vor allem die politischen Kontroversen um die Ausgestaltung des § 35 WHG, die im Bundesratsverfahren zu erheblichen Änderungen des Entwurfstexts<sup>21</sup> geführt hatten, erklären die Absicht des Bundes, durch die Vermeidung des Anlagenbegriffs den Weg für eigenständige Regelungskonzepte der Länder offenzuhalten. Dieser verfassungsrechtlich wenig überzeugende Versuch einer rein formaljuristischen Strukturierung der §§ 33 ff. WHG erschwert damit die Offenlegung der systematischen Zusammenhänge nicht nur unwesentlich. Überdies vermitteln die Regelungen durch ihren vergleichsweise hohen Abstraktionsgrad den Eindruck primär symbolischer, bekenntnishafter Gesetzgebung. In weiten Teilen werden wenig steuerungsfähige Generalklauseln eingesetzt, die zwar markante Begrifflichkeiten verwenden, in der Sache aber den gegen das deutsche Umweltrecht erhobenen

---

<sup>19</sup> Anders *Berendes*, WHG, § 35 Rn. 7, der § 35 WHG unter Berufung auf das Merkmal der „Nutzung“ als grundsätzlich abweichungsfrei ansieht; wie hier auch *Riedel*, in: *Giesberts/Reinhardt* (Hrsg.), *BeckOK Umweltrecht*, § 35 Rn. 3.

<sup>20</sup> Siehe *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 33 Rn. 2; zurückhaltender *Berendes*, WHG, § 33 Rn. 6, der mit Blick auf die Abweichungsbefugnis Art. 72 Abs. 3 GG für uneingeschränkt anwendbar erachtet.

<sup>21</sup> BTags-Drucks. 16/12275, S. 13; siehe auch BRats-Drucks. 280/1/09, S. 23 ff., Nr. 37 ff.; dazu *Berendes*, § 35 Rn. 2; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 35 Rn. 9; *Knopp*, *Wasserkraftnutzung und Gewässerschutz*, *ZfW* 2010, S. 54 f. (Tagungsbericht von *Lauer*); *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, *Wasserhaushaltsgesetz*, Kommentar, Stand: 40. Ergänzungslieferung VIII/2010, § 35 Rn. 4.

Vorwurf, es folge einer „umgekehrten Wesentlichkeitstheorie“<sup>22</sup>, eindrucksvoll belegen.

Das hier im Vordergrund stehende methodische Verhältnis von § 34 und § 35 WHG bei Stauanlagen mit Wasserkraftnutzung an Bundeswasserstraßen bedarf also im folgenden sowohl in struktureller als auch inhaltlicher Hinsicht der näheren Auseinandersetzung.

### III. Das Verhältnis von § 34 und § 35 WHG

#### 1. Methodische Grundlagen der Normkonkurrenz

Die einleitenden Ausführungen zum anlagenrechtlichen Hintergrund der gesetzlichen Formulierungen haben gezeigt, daß das Verhältnis von § 34 und § 35 WHG nicht schon durch den Anlagenbegriff determiniert ist. Die durch den Wortlaut scheinbar vorgegebene Dichotomie zwischen Anlage einerseits (§ 34 WHG) und Nutzung andererseits (§ 35 WHG) besteht der Sache nach nicht. Die Vorschriften regeln nicht Anlage und Verhalten, sondern betreffen jeweils unterschiedlich ausgestaltete Anlagen:

§ 34 WHG betrifft *Stauanlagen* und stellt mit Blick auf die Gewässerdurchgängigkeit Anforderungen an deren Errichtung, wesentliche Änderung und Betrieb auf. Dagegen enthält § 35 WHG zum Schutz der Fischpopulation Regelungen für *Wasserkraftanlagen*, auch wenn aus entstehungsgeschichtlichen Gründen im Gesetzeswortlaut lediglich von *Wasserkraftnutzungen* die Rede ist. Welche Folgen dieser Befund für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Kompetenzverteilung nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 WHG nach sich zieht, mag in dem hier thematisierten Zusammenhang freilich letztlich offenbleiben. Die formaljuristische Einordnung als i. S. des Art. 72 Abs. 3 GG prinzipiell abweichungsfreie Bestimmung<sup>23</sup> dürfte sich daher in der Praxis durch den regelmäßig gegebenen An-

---

<sup>22</sup> So *Salzwedel*, Schutz natürlicher Lebensgrundlagen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, Aufgaben des Staates, 3. Auflage 2006, § 97 Rn. 20; allgemein zur Wesentlichkeitslehre *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Auflage 2010, § 17 Rn. 14 f. mit weiteren Nachweisen.

<sup>23</sup> So *Berendes*, WHG, § 35 Rn. 7.

lagenbezug der konkreten Bewirtschaftungsanforderungen vom gewollten Grundsatz zur faktischen Ausnahme zurückbilden<sup>24</sup>.

Sind danach beide Bestimmungen im Grunde anlagenrechtlich, ist die Frage nach dem Bestehen eines Spezialitätsverhältnisses aufgeworfen. Die der Verhinderung von Antinomien dienende methodische Regel „*lex specialis derogat legi generali*“, nach der im Fall einer Normenkollision die speziellere Vorschrift der allgemeineren in der Anwendung vorgeht, setzt voraus, daß eine, namentlich die speziellere Bestimmung dieselben Tatbestandsmerkmale wie die andere, allgemeinere Bestimmung enthält und darüber hinaus noch über mindestens ein weiteres Merkmal verfügt<sup>25</sup>. Wenn dies der Fall ist, ist die allgemeinere Bestimmung immer dann unanwendbar, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen der spezielleren Bestimmung vorliegen. Dem liegt die empirisch begründete Annahme zugrunde, daß der Normsetzer für einen bestimmten Fall deswegen eine besondere Regelung treffen wollte, weil ihm die allgemeinere Anordnung als nicht geeignet oder nicht ausreichend erschienen ist<sup>26</sup>. Diese einfache methodische Grundstruktur bedarf allerdings in jedem einzelnen Fall ihrer Heranziehung der konkreten Überprüfung. Insbesondere mit Blick auf miteinander konkurrierende Steuerungsbefehle der konfligierenden Vorschriften ist danach zu fragen, ob die gesetzlichen Anordnungen auf der Rechtsfolgenseite miteinander verträglich sind, ob also die Anordnung der spezielleren Norm die der allgemeineren Norm verdrängen oder lediglich ergänzen oder modifizieren will<sup>27</sup>. Die allgemeinere Vorschrift ist also nur dann unanwendbar, wenn sich die Rechtsfolgen der beiden Bestimmungen zwingend ausschließen, d. h. beide Steuerungsbefehle auf einen gegebenen Sachverhalt aus logischen Gründen widersprüchlich sind, d. h. nicht nebeneinander Geltung besitzen können; dies ist im einzelnen Fall auf dem Wege der Auslegung zu ermitteln<sup>28</sup>.

Daraus folgt für das Verhältnis der §§ 34, 35 WHG zueinander, daß jedenfalls ein idealtypisches Spezialitätsverhältnis nicht besteht. Denn dies würde nach dem

---

<sup>24</sup> Dazu näher *Reinhardt*, Neue wasserrechtlichen Anforderungen an die Modernisierung von Wasserkraftanlagen, NVwZ 2011 (im Erscheinen).

<sup>25</sup> So z. B. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage 1991, S. 465; ferner *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage 1991, S. 267; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 10. Auflage 2006, S. 38 f.

<sup>26</sup> *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, S. 465.

<sup>27</sup> *Larenz*, Methodenlehre, S. 268; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, S. 39.

<sup>28</sup> *Larenz*, Methodenlehre, S. 268 mit praktischen Beispielen.

oben Gesagten voraussetzen, daß jede Wasserkraftanlage begriffsnotwendig zugleich auch eine Stauanlage ist. Solche Konstellationen sind freilich praktisch denkbar<sup>29</sup>, sie stellen jedoch keine zwingende Selbstverständlichkeit dar, die schon aus methodischen Gründen die Anwendbarkeit des § 34 WHG ausschließt, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 35 WHG erfüllt sind. Insbesondere dienen die Einrichtungen zum Aufstauen des Wassers an den hier im Vordergrund stehenden Bundeswasserstraßen i. S. des Art. 89 GG dazu, deren Nutzung als Verkehrswege zu erhalten, nicht aber ausschließlich der Ermöglichung einer Wasserkraftnutzung. Die Anlagen unterfallen daher jedenfalls nicht allein dem § 35 WHG als *lex specialis* zu § 34 WHG, sondern sind auf Grund ihrer primären Zielsetzung der Erhaltung der Schiffbarkeit insoweit als Stauanlagen i. S. des § 34 WHG anzusehen. Daß daneben auch eine Wasserkraftnutzung möglich und nach § 35 Abs. 3 WHG auch vom Gesetz nach Möglichkeit gewünscht ist, ändert an dieser Zuordnung zu § 34 WHG nichts.

Zudem fehlt es an der für ein methodisches Spezialitätsverhältnis notwendigen Voraussetzung, daß die Rechtsfolgen der betrachteten Normen, d. h. die jeweils verlangten Bewirtschaftungsmaßnahmen einander ausschließen: Während § 34 WHG bei Stauanlagen auf die Gewährleistung der von der Wasserrahmenrichtlinie geforderten Gewässerdurchgängigkeit als für den ökologischen Gewässerzustand maßgebliche hydromorphologische Qualitätskomponente abzielt und u. a. eine ungestörte Migration aquatischer Organismen postuliert<sup>30</sup>, dient § 35 WHG bei Wasserkraftanlagen ausdrücklich dem Schutz der Fischpopulation, der neben anderem auch von der Durchwanderbarkeit des betroffenen Gewässers und damit dessen Durchgängigkeit abhängt<sup>31</sup>. Ferner können die beiden Bestimmungen an einer Stauanlage mit Wasserkraftnutzung je nach konkreter Sachverhaltskonstellation unterschiedliche Adressaten (Stauanlagenbetreiber, Wasserkraftanlagenbetreiber) nebeneinander, d. h. in ihren jeweiligen von den §§ 34, 35 WHG voneinander abgegrenzten Verantwortungsbereichen, verpflichten<sup>32</sup>, so daß auch insoweit eine Rechtsfolgenkollision nicht entsteht. Schließlich ist der dem

---

<sup>29</sup> Siehe zu verschiedenen Erscheinungsformen von Anlagen zum Aufstauen oberirdischer Gewässer z. B. *Nisipeanu*, Wasserrechtliche Anforderungen an Bau, Betrieb und Unterhaltung von Talsperren, NuR 2010, S. 162, 164.

<sup>30</sup> Siehe Wasserrahmenrichtlinie 2000/60/EG, Anhang V, Nr. 1.2.1; oben II. 1.

<sup>31</sup> Näher *Breuer*, UTR 88 (2006), S. 35 ff.; *Fröhlich*, Rechtsfragen des Konflikts zwischen Wasserkraftnutzung und Fischfauna, ZfW 2005, S. 133, 137 f.

<sup>32</sup> Siehe dazu näher unten III. 2. b.

rechtsmethodischen Spezialitätsverhältnis zugrundeliegende Erfahrungssatz, daß der Normgeber beabsichtigt hatte, für Fälle der Wasserkraftnutzung die Anwendbarkeit des § 34 WHG generell auszuschließen, dem Gesetzeswortlaut, der systematischen Stellung der §§ 34, 35 WHG, der Entstehungsgeschichte oder der teleologischen Zielrichtung der Vorschriften nicht mit hinreichender Klarheit zu entnehmen.

Das bedeutet, daß das Verhältnis der §§ 34, 35 WHG zueinander in der Regel nicht schon nach dem allgemeinen methodischen Spezialitätsgrundsatz abschließend aufzulösen ist, sondern allein auf dem Wege der vergleichenden Analyse der Vorschriften zureichend geklärt werden kann. Daß dabei in einzelnen Bereichen durchaus partikuläre Spezialitätsbeziehungen bestehen können, wird mit diesem Grundbefund allerdings nicht ausgeschlossen.

## *2. Normenvergleich, Überschneidungen und Abgrenzungen*

### *a. Anwendungsbereiche und Normziele*

#### *aa. Allgemeines*

Die §§ 34, 35 WHG behandeln Fragen der hydromorphologischen Qualitätskomponenten oberirdischer Gewässer aus unterschiedlicher Perspektive. Während § 34 WHG allgemein die Gewässerdurchgängigkeit zum Ziel der Bewirtschaftung erhebt und entsprechende Zulassungsvoraussetzungen für Stauanlagen aufstellt, enthält § 35 WHG eine Einschränkung der Wasserkraftnutzung zum Schutz der Fischpopulation. Sie überschneiden sich daher in ihren Anwendungsbereichen insoweit, als der Erhalt eines Fischbestands von der Durchwanderbarkeit des Gewässers abhängt. Da die weitaus meisten Fischarten darauf angewiesen sind, sich im Fluß frei zu bewegen, um ihre Laichgründe oder Winterquartiere zu erreichen oder sich bei Niedrigwasser oder Überschwemmungen zurückziehen und schützen zu können<sup>33</sup>, erfordert der Schutz der Fischpopulation i. S. des § 35 WHG zugleich die Durchgängigkeit i. S. des § 34 WHG. Auch hier liegt indes kein reines Spezialitätsverhältnis dergestalt vor, daß der Schutz der Fischpopulation als spezielles Merkmal Bestandteil der Gewässerdurchgängigkeit ist.

#### *bb. § 34 WHG: Gewässerdurchgängigkeit bei Stauanlagen*

Die amtliche Überschrift des § 34 WHG erscheint zunächst insoweit nur begrenzt treffend gewählt, als sie eine umfassende Regelung zur Umsetzung der von der

---

<sup>33</sup> *Breuer*, UTR 88 (2006), S. 35.

Wasserrahmenrichtlinie geförderten ökologischen Gewässerdurchgängigkeit suggeriert. Tatsächlich aber enthält die Vorschrift spezifische Vorgaben für die wasserbehördliche Zulassung von Errichtung, Betrieb und wesentlicher Änderung von *Stauanlagen*. Ökologisch erhebliche Durchgängigkeitshindernisse jenseits dessen werden von ihr schon tatbestandlich nicht erfaßt.

Der Begriff der *Stauanlage* i. S. des § 34 WHG wird im Bundesrecht<sup>34</sup> nicht näher definiert. Die Entwurfsbegründung führt immerhin aus, daß sich die Regelung (und damit auch deren zentraler tatsächlicher Anknüpfungspunkt) an überkommene landesrechtliche Terminologien anlehnt<sup>35</sup>. Danach sind Stauanlagen im allgemeinen Bauwerke und sonstige Einrichtungen, die geeignet sind, einen Aufstau des Gewässers hervorzurufen<sup>36</sup>. Begriffsprägend ist somit das wasserhaushaltsgesetzliche Benutzungssystem: Zweck der Stauanlage ist die Ermöglichung der Benutzung eines Gewässers in der Form des zulassungsbedürftigen Aufstauens i. S. des § 9 Abs. 1 Nr. 2 WHG<sup>37</sup>, das zugleich die Gefahr einer Beeinträchtigung der ökologisch wünschenswerten Gewässerdurchgängigkeit in sich birgt. Entscheidend für die Einordnung einer Anlage als Stauanlage i. S. des § 34 WHG ist folglich mit anderen Worten die entsprechende Gewässerbenutzung resp. der Gewässerausbau, auf deren oder dessen wasserbehördliche Zulässigkeitsprüfung § 34 WHG unmittelbar Einfluß nimmt<sup>38</sup>. Soweit also dieser Benutzungstatbestand<sup>39</sup> erfüllt ist und hierzu, was regelmäßig der Fall sein wird, eine Anlage Verwendung findet, ist diese zugleich Stauanlage i. S. des § 34 WHG. Entsprechendes gilt für eine Maßnahme, die nicht Benutzung, sondern Gewässerausbau i. S. des § 67 Abs. 2 WHG oder der §§ 14 ff. WaStrG ist. Da solche Einrichtungen die Durchgängigkeit oberirdischer Fließgewässer in besonderer Weise einzuschrän-

---

<sup>34</sup> Anders dagegen einzelne Landeswassergesetze, die wie z. B. § 78 Abs. 1 LWG Rh.-Pf. immerhin durch exemplarische Enumeration zur Begriffseingrenzung beitragen: „Talsperren, Hochwasserrückhaltebecken, Staustufen, Pumpspeicherbecken, Sedimentationsbecken, Stauteiche und Geschiebesperren“.

<sup>35</sup> BTags-Drucks. 16/12275, S. 61.; *Riedel*, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, § 34 WHG Rn. 10.

<sup>36</sup> Näher *Czychowski/Reinhardt*, § 34 Rn. 5.

<sup>37</sup> Aufstauende Maßnahmen als Ausprägung des Gemeingebrauchs, die ebenfalls von § 34 WHG erfaßt sein können, dürfen dagegen in dem hier interessierenden Zusammenhang außer Betracht bleiben.

<sup>38</sup> Siehe BTags-Drucks. 16/12275, S. 61; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 34 Rn. 7.

<sup>39</sup> Siehe dazu *Czychowski/Reinhardt*, § 9 Rn. 19.

ken und damit deren ökologische Funktionsfähigkeit zu beeinträchtigen geeignet sind, schafft § 34 WHG nunmehr eine eigenständige Regelung auf Bundesebene. Dabei ist der Zweck des Aufstauens grundsätzlich unerheblich und kann sich etwa auf die Gewährleistung der Schiffbarkeit, den Hochwasserschutz, die Trinkwasserspeicherung, die Wasserkraftnutzung oder andere Belange der Wassermengenwirtschaft beziehen<sup>40</sup>.

Zur Konkretisierung der inhaltlichen Anforderungen an Stauanlagen recurriert die Entwurfsbegründung zu § 34 WHG ausdrücklich auf die Anforderungen des guten ökologischen Zustands nach Art. 4 WRRL, wie sie in den ausdrücklich in Bezug genommenen gesetzlichen Bewirtschaftungszielen der §§ 27 bis 31 WHG und in der Oberflächengewässerverordnung ausformuliert sind.

Maßgeblich für die rechtliche Beurteilung der Durchgängigkeit sind damit die allgemeinen ökologischen Bewirtschaftungsanforderungen für das betroffene Gewässer, wie sie in den §§ 27 bis 31 WHG allgemein vorgegeben und im transformierenden Verwaltungsrecht näher ausgeführt werden<sup>41</sup>. So nimmt die Oberflächengewässerverordnung in Anlage 4 (zu § 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2, § 9 Abs. 2 Satz 1), Tabelle 2, einen *sehr guten* hydromorphologischen Zustand an, wenn die Durchgängigkeit des Flusses nicht durch menschliche Tätigkeiten gestört wird und eine ungestörte Migration aquatischer Organismen (Phytoplankton, Makrophyten und Phytobenthos, benthische wirbellose Fauna, Fischfauna) ermöglicht ist. Der nach § 27 Abs. 1 WHG lediglich zu erreichende *gute* Zustand herrscht bei Bedingungen, unter denen die für die biologischen Qualitätskomponenten beschriebenen Werte erreicht werden können. Diese wiederum werden mit Blick auf den Schutz der Fischfauna i. S. eines guten Zustands dadurch charakterisiert, daß auf Grund anthropogener Einflüsse auf die physikalisch-chemischen und hydromorphologischen Qualitätskomponenten die Arten in Zusammensetzung und Abundanz geringfügig von den typspezifischen Gemeinschaften abweichen; ferner zeigen in dieser Zustandskategorie die Altersstrukturen der Fischgemeinschaften Anzeichen für Störungen auf Grund anthropogener Einflüsse auf die physikalisch-chemischen oder hydromorphologischen Qualitätskomponenten und deuten in nur wenigen Fällen auf Störungen bei der Fortpflanzung oder Entwicklung einer bestimmten Art hin, so daß einige Altersstufen fehlen können.

---

<sup>40</sup> Zum Aufstauen zu Zwecken der Wasserkraftnutzung siehe sogleich III. 2. a. cc.

<sup>41</sup> Riedel, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, § 34 WHG Rn. 18.

Damit beschränkt sich die Funktion des § 34 Abs. 1 und 2 WHG<sup>42</sup> zunächst nur darauf klarzustellen, daß die ökologischen Bewirtschaftungsziele, die nach den §§ 27 bis 31 WHG einheitlich für alle oberirdischen Gewässer und unabhängig von der Art der in Rede stehenden Beeinträchtigung gelten, auch bei Zulassung und Nachrüstung von Stauanlagen zu beachten sind. Der insoweit rein deklaratorische Charakter der Regelung ergibt sich zudem daraus, daß die Wasserbehörde bei der Entscheidung über die Zulassung des Aufstauens eines Gewässers als Benutzung i. S. des § 9 Abs. 1 Nr. 2 WHG die ökologischen Durchgängigkeitsanforderungen schon als zwingenden Versagungsgrund<sup>43</sup> nach § 12 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Nr. 10, §§ 27 bis 31 WHG in Verbindung mit den Konkretisierungen der §§ 5, 9 und Anlage 4 OGewV zu prüfen hat. Bei vorhandenen Anlagen kann bei Verfehlen der materiell-rechtlichen Gewässerschutzanforderungen auf der Grundlage der repressiven Eingriffsermächtigung des § 100 Abs. 1 Satz 2 WHG auch gegen einen Stauanlagenbetreiber eingeschritten werden<sup>44</sup>, während § 100 Abs. 2 WHG die Wasserbehörde speziell zu Überprüfung und etwaig Anpassung bereits erteilter Zulassungen an die richtlinienrechtlichen Vorgaben, etwa zur Gewässerdurchgängigkeit, berechtigt<sup>45</sup>.

§ 34 WHG enthält demnach zwar keinen eigenständigen, über die bereits vor seinem Inkrafttreten geltenden ökologischen Durchgängigkeitsanforderungen hinausgehenden materiellen Steuerungsbefehl, weist aber eine für die Rechtspraxis bedeutsame Klarstellungsfunktion auf.

#### *cc. § 35 WHG: Fischschutz bei Wasserkraftnutzungen*

Ebenso wie im Falle des § 34 WHG erhellt auch die amtliche Überschrift des § 35 WHG nur teilweise den wirklichen Regelungsgehalt der Norm. Die infolge zahlreicher politischer Kompromisse im Gesetzgebungsverfahren erheblich zurückgenommene Regelung zum Fischschutz<sup>46</sup> spricht zwar aus kompetenzrechtlichen

---

<sup>42</sup> Ebenfalls nur klarstellenden Charakters ist § 34 Abs. 3 WHG zur Verantwortung der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung, siehe BTags-Drucks. 16/12275, S. 61; *Berendes*, WHG, § 34 Rn. 6.

<sup>43</sup> *Riedel*, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, § 34 WHG Rn. 19.

<sup>44</sup> Siehe *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 100 Rn. 17.

<sup>45</sup> *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 100 Rn. 72 ff.

<sup>46</sup> Siehe dazu *Reinhardt*, NVwZ 2011 (im Erscheinen).

Beweggründen<sup>47</sup> von Wasserkraftnutzung, enthält aber der Sache nach Anforderungen an *Wasserkraftanlagen*<sup>48</sup>.

Anknüpfungspunkt für das Vorliegen einer Wasserkraftnutzung i. S. des § 35 WHG sind wiederum die gemäß §§ 8, 9 WHG zulassungsbedürftigen Benutzungstatbestände, die in aller Regel ohne die Verwendung einer geeigneten Anlage praktisch nicht ausgeübt werden können. Anders als im Falle des § 34 WHG erfüllt die Nutzung der Wasserkraft zur Energiegewinnung indes regelmäßig nicht nur einen, sondern je nach konkreter Ausgestaltung der Anlage gleich mehrere wasserrechtliche Benutzungstatbestände, insbesondere das Ableiten von Wasser aus oberirdischen Gewässern (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 WHG), das Aufstauen von oberirdischen Gewässern (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 WHG) sowie das Einleiten von Stoffen in Gewässer (§ 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG)<sup>49</sup>; auch hier kommt alternativ die Annahme eines entsprechenden Gewässerausbaus i. S. des § 67 Abs. 2 WHG in Betracht<sup>50</sup>.

Inhaltlich erfaßt § 35 WHG mit seiner Kaprizierung auf Fische nur einen Teil dessen, was der die Durchgängigkeit im allgemeinen (alle aquatische Organismen und Transport von Sedimenten) regelnde § 34 WHG abdeckt. Zudem weicht er in seinem Anwendungsbereich auch insoweit ab, als er die Durchwanderbarkeit nicht als absolutes Postulat formuliert, sondern sie lediglich insoweit fordert, als dies zum *Erhalt einer Fischpopulation* erforderlich ist. Regelungsziel ist also nicht der Schutz eines einzelnen Tiers oder einer Gruppe, sondern die Sicherstellung der Reproduktionsfähigkeit einer Art<sup>51</sup>. Gefährdungen substantieller Anteile eines Fischbestands, die noch nicht dessen Reproduktionsfähigkeit als solche in Frage stellen, fallen dagegen nicht unter den Tatbestand des § 35 WHG, sondern betreffen allgemein die Durchgängigkeit des Gewässers als Komponente des ökologischen Gewässerzustands.

---

<sup>47</sup> Siehe oben II. 2; *Reinhardt*, NVwZ 2011 (im Erscheinen).

<sup>48</sup> So auch *Riedel*, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, § 35 WHG Rn. 3.

<sup>49</sup> *Berendes*, Gewässerausbau und Spielräume der Wasserkraftnutzung aus der Sicht des Bundes, RdWEWi 29, S. 71, 72 f.; *Reinhardt*, NuR 2006, S. 205, 207.

<sup>50</sup> Näher *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 35 Rn. 6.

<sup>51</sup> BTags-Drucks. 16/12275, S. 61; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 35 Rn. 7; *Riedel*, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, § 35 WHG Rn. 5; *Seeliger/Wrede*, Zum neuen Wasserhaushaltsgesetz, insbesondere aus der Sicht der Wasserversorgung und der Abwasserbeseitigung, NuR 2009, S. 679, 686.

In dieser Konstellation ist es weder rechtssystematisch geboten noch tatsächlich sinnvoll, die Wasserkraftanlage nun in eine Stauanlage umzudeuten resp. eine solche rechtliche Zuordnung zu fingieren, um die stauanlagenbezogenen Durchgängigkeitsanforderungen des § 34 WHG auch für Wasserkraftanlagen zu effektuieren. Denn unterhalb der Schutzwelle des § 35 WHG gelten jedenfalls die allgemeinen bewirtschaftungsrechtlichen Vorgaben der §§ 27 bis 31 WHG einschließlich ihrer untergesetzlichen Konkretisierungen. Insoweit ist auch unerheblich, daß der Gesetzgeber in § 35 Abs. 1, 2 WHG – anders als in § 34 WHG – nicht explizit auf die gesetzlichen Bewirtschaftungsziele der §§ 27 bis 31 WHG Bezug nimmt<sup>52</sup>. Denn auch ohne ausdrückliche Verweisung beanspruchen diese unmittelbar geltenden<sup>53</sup> Ziele Beachtung bei Benutzungszulassung und Gewässerüberwachung. Selbst die Erwähnung der Bewirtschaftungsziele in § 35 Abs. 3 WHG gestattet nicht den Umkehrschluß, daß die §§ 27 bis 31 WHG für die Wasserkraftnutzung im übrigen (§ 35 Abs. 1, 2 WHG) ausgesetzt werden sollen. Denn § 35 WHG hat nicht die Funktion, den ökologischen Gewässerschutz bei der Energiegewinnung aus erneuerbaren Quellen in europarechtswidriger Weise auf einen bloßen Populationsschutz zu reduzieren; ebenso kann der Vorschrift nicht der Wille des Gesetzgebers entnommen werden, eine individuelle ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit des Wasserkraftanlagenbetreibers jenseits der Beeinträchtigung der Reproduktionsfähigkeit der Arten gänzlich auszuschließen<sup>54</sup>. Die fehlende explizite Erwähnung der Bewirtschaftungsziele in § 35 Abs. 1, 2 WHG ist mithin lediglich als eine redaktionelle Unachtsamkeit des Gesetzgebers, nicht aber als europarechtswidrige Einschränkung des ökologischen Gewässerschutzes bei Wasserkraftnutzungen aufzufassen<sup>55</sup>.

Die Zulassung einer Wasserkraftanlage, die wasserhaushaltsgesetzlich als Zulassung der hierdurch betroffenen Benutzungstatbestände zu begreifen ist<sup>56</sup>, ist nach

---

<sup>52</sup> Siehe aber § 35 Abs. 3 WHG.

<sup>53</sup> BTags-Drucks. 14/7755, S. 17 f.; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 27 Rn. 5, 7; *Ginzky*, Die nächste Elbvertiefung, insbesondere die Berücksichtigung von Alternativen nach § 25 a WHG, NuR 2005, S. 691, 693; *Knopp*, Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie, Neue Verwaltungsstrukturen und Planungsinstrumente im Gewässerschutzrecht, NVwZ 2003, S. 275, 280; *Kotulla*, Die Bewirtschaftungsziele der §§ 25 a – 25 d, 32 c, 33 a WHG, UTR 83 (2005), S. 185, 188; *Söhnlein*, Das Verschlechterungsverbot der §§ 25 a I Nr. 1, 25 b I Nr. 1 WHG in der Planfeststellung, NVwZ 2006, S. 1139.

<sup>54</sup> Siehe dazu im einzelnen auch *Reinhardt*, NVwZ 2011 (im Erscheinen).

<sup>55</sup> *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 35 Rn. 7.

<sup>56</sup> Dazu *Berendes*, RdWEWi 29, S. 71, 72 f.

§ 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG zu versagen, wenn bindende Anforderungen der Bewirtschaftungsziele der §§ 27 bis 31 WHG resp. der OGewV nicht erfüllt sind<sup>57</sup>. § 35 WHG enthält insoweit eine Akzentuierung des Fischschutzes, nicht hingegen eine Privilegierung des Wasserkraftanlagenbetreibers. Für vorhandene Anlagen endlich greift die bereits zuvor erörterte materielle Anpassungspflicht, die von den Wasserbehörden auf der Grundlage des § 100 WHG durchgesetzt werden kann. Eine subsidiäre Anwendung des § 34 WHG auch auf Wasserkraftanlagen unterhalb des Regelungsniveaus des § 35 WHG schafft mithin insoweit keinen zusätzlichen Schutz über die §§ 27 bis 31 WHG hinaus, sondern würde lediglich ohne Not zur weiteren Grenzverwischung beitragen. Denn die bewirtschaftungsrechtlichen Durchgängigkeitsanforderungen gelten wie gesehen kraft Gesetzes unmittelbar und auch unabhängig davon, ob überhaupt eine Anlage besteht oder nicht. Auch § 35 WHG entbehrt daher wie schon § 34 WHG weitestgehend eines eigenständigen materiellen Steuerungsgehalts, da die ökologischen Anforderungen des Fischschutzes nach der Wasserrahmenrichtlinie über den bloßen Populationschutz der Norm hinausreichen und so das spezifische Schutzniveau der Regelung im Ergebnis vollständig konsumieren<sup>58</sup>. Allerdings macht er auf der bundesrechtlichen Ebene explizit auf die Problematik des Konflikts zwischen Wasserkraftnutzung und Fischfauna aufmerksam und trägt so zu einer klarstellenden Akzentuierung der europäischen Transformationsanforderungen bei.

#### *dd. Konkurrenzkonstellationen*

##### *aaa. Allgemeines*

Die Klärung des Verhältnisses der Anwendungsbereiche und Normziele der §§ 34, 35 WHG wird durch diesen Befund einer jeweils lediglich sektoralen Regelung für Stauanlagen und Wasserkraftnutzungen und deren Überlagerung durch die allgemeinen ökologischen Bewirtschaftungsziele der §§ 27 bis 31 WHG kaum erleichtert. Beide Vorschriften regeln, zugespitzt formuliert, was auch vor ihrem Inkrafttreten für Durchgängigkeit und Fischschutz in materieller Hinsicht gegolten hatte und auch fürderhin ohne sie weiter gelten würde, schon weil es aus Gründen des richtlinienrechtlichen Gewässerschutzes gelten muß. Die deutlich erkennbare Absicht des Bundes, sich bei der mit dem Neuregelungsgesetz 2009 angestrebten

---

<sup>57</sup> *Riedel*, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, § 35 WHG Rn. 8.

<sup>58</sup> Siehe auch *Reinhardt*, NVwZ 2011 (im Erscheinen).

Vollregelung des Wasserrechts<sup>59</sup> auch explizit zu den praktisch bedeutsamen Aspekten Durchgängigkeit und Wasserkraft zu verhalten, ohne dabei wirklich substantiell Neues zu regeln, erscheint womöglich gesetzgebungstheoretisch fragwürdig<sup>60</sup>, dürfte aber dem praktischen Umstand geschuldet sein, daß der 16. Deutsche Bundestag in seiner Legislaturperiode nach den weitreichenden verfassungsrechtlichen Umwälzungen der Föderalismusreform 2006 und dem intensiven, aber letztlich erfolglosen Ringen um ein Umweltgesetzbuch der Ausgestaltung des Wasserhaushaltsgesetzes die Neuregelung des Wasserrechts unter erheblichem Zeitdruck verabschieden mußte. Immerhin hat aber das Inkraftsetzen der §§ 34, 35 WHG dem Vernehmen nach als Form einer legislativen Impulsgebung<sup>61</sup> zu vermehrter Aufmerksamkeit und Aktivität der Wasserbehörden geführt. Dies wäre zwar mit Blick auf die Gewässerdurchgängigkeit und ihre Verankerung in den gesetzlichen Bewirtschaftungszielen auch schon vor Inkrafttreten der §§ 34, 35 WHG im selben Umfang rechtlich möglich gewesen, konnte faktisch aber offenbar nur in geringerem Maße verzeichnet werden. Dieser Befund befreit jedoch nicht vom Erfordernis der inhaltlichen Abgrenzung zwischen den beiden Regelungen, da diese mit ihrer Bezugnahme auf Stauanlagen und Wasserkraftnutzungen unabhängig von der einheitlichen Geltung der ökologischen Durchgängigkeitsanforderungen nach der Wasserrahmenrichtlinie unterschiedliche Sachverhalte (Anlagen) betreffen und unterschiedliche Adressaten in die Pflicht nehmen.

### *bbb. Anwendungsbereiche*

§ 34 WHG gilt für Stauanlagen, d. h. Anlagen zum Aufstauen eines oberirdischen Gewässers i. S. des § 9 Abs. 1 Nr. 2 WHG. Im Gegensatz dazu erfaßt § 35 WHG Anlagen zur Durchführung derjenigen Benutzungen, die bei der Stromerzeugung aus Wasserkraft regelmäßig erfüllt werden<sup>62</sup>. Soweit ein Gewässer zur Wasserkraftnutzung i. S. des § 35 WHG aufgestaut wird, der Betreiber über eine Erlaubnis zum Aufstauen verfügt und die Einrichtung damit nach den zuvor entwickel-

---

<sup>59</sup> BTags-Drucks. 16/12275, S. 1, 40.

<sup>60</sup> So zu § 35 WHG *Reinhardt*, NVwZ 2011 (im Erscheinen).

<sup>61</sup> Zur praktischen Bedeutung der symbolischen Gesetzgebung siehe z. B. *Hegenbarth*, Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetze, ZRP 1981, S. 201 ff.; *Schmehl*, Symbolische Gesetzgebung, ZRP 1991, S. 251 ff.

<sup>62</sup> Siehe oben III. 2. a. cc.

ten Maßstäben auch als Stauanlage i. S. des § 34 WHG angesehen werden könnte, ist zur Abgrenzung zwischen den beiden Regelungen auf den tatsächlichen Zweck der Benutzung abzustellen: Liegt dieser Zweck in der Nutzung<sup>63</sup> der Wasserkraft, sind mit dem Eingriff in das Gewässer verbundene Durchgängigkeitshindernisse wasserkraftanlagenbezogen und unterfallen dem § 35 WHG; liegt er hingegen in der Stauhaltung zu Zwecken der Erhaltung der Schiffbarkeit, des Hochwasserschutzes oder dgl., so sind die Eingriffe stauanlagenbezogen und unterfallen dem § 34 WHG. Da eine Wasserkraftnutzung aber grundsätzlich auch ohne Aufstauen des Gewässers möglich ist, ist § 35 WHG insoweit methodisch betrachtet nicht *lex specialis* zu § 34 WHG, sondern *aliud*. Unterhalb des Populationsschutzes gemäß § 35 WHG gelten daher für Wasserkraftanlagen wie gesehen<sup>64</sup> nicht die Anforderungen des § 34 WHG, sondern der §§ 27 bis 31 WHG. Wo im einzelnen Fall die in § 35 WHG angelegte Grenze zwischen noch hinnehmbaren Bestandseinbußen und unzulässiger Beeinträchtigung der Fischpopulation zu ziehen ist, ist nicht gesetzlich oder verordnungsrechtlich präzise vorgegeben, sondern bedarf der abwägenden Betrachtung im Einzelfall unter Berücksichtigung der ökologischen Bewirtschaftungsvorgaben nach der Wasserrahmenrichtlinie. Insbesondere wird bei Stauanlagen mit Wasserkraftanlagen die Abgrenzung nach den in dieser Konstellation einander überlagernden Zwecksetzungen allein praktisch noch nicht möglich sein und die Heranziehung anderer, d. h. nicht auf der *lex specialis*-Regel beruhender Differenzierungskriterien erfordern. Die Entwurfsbegründung zu § 35 WHG verlangt ausdrücklich keinen „absoluten Schutz vor jeglichen Fischschäden“, sondern erwartet von der Bewirtschaftung nur, daß die „Fische bei ihrer Wanderung grundsätzlich unbeschadet an der Wasserkraftanlage vorbeikommen“<sup>65</sup>. Mit der Kaprizierung auf die Gewährleistung der Reproduzierbarkeit der Arten<sup>66</sup> und dem daraus resultierenden engen Anwendungsbereich des

---

<sup>63</sup> Zur wasserhaushaltsgesetzlich getroffenen Unterscheidung zwischen der *Nutzung* und der *Benutzung* siehe *Reinhardt*, Das neue Wasserrecht zwischen Umweltrecht und Wirtschaftsrecht, in: ders. (Hrsg.), Wasserrecht im Umbruch, Trierer Wasserwirtschaftsrechtstag 2007, 2007, S. 9, 17 f. mit weiteren Nachweisen; aus spezifischer Perspektive der Bundeswasserstraßen *Friesecke*, Wasserkraftnutzung an Bundeswasserstraßen, zugleich eine Besprechung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 7.5.2009 – III ZR 48/08, ZfW 2011 (im Erscheinen).

<sup>64</sup> Siehe oben III. 2. a. cc.

<sup>65</sup> BTags-Drucks. 16/12275, S. 61; siehe auch *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 35 Rn. 7.

<sup>66</sup> BTags-Drucks. 16/12275, S. 61.

§ 35 WHG bleibt die Vorschrift damit inhaltlich deutlich hinter den allgemeinen Durchgängigkeitsanforderungen des § 34 WHG, der in seinem breiteren ökologischem Regelungsansatz erst recht auch populationsgefährdende Durchgängigkeitshindernisse erfaßt, zurück<sup>67</sup>: Während § 35 WHG allein den Schutz der Fische im Blick hat, rekurriert § 34 WHG mit dem allgemeinen Merkmal der Durchgängigkeit darüber hinaus auch auf die Migration sonstiger aquatischer Organismen (Phytoplankton, Makrophyten und Phytobenthos, benthische wirbellose Fauna) und den natürlichen Transport von Sedimenten.

Die Durchgängigkeitsanforderungen des § 34 WHG greifen damit schon deutlich unterhalb des von § 35 WHG verfolgten Populationsschutzes<sup>68</sup>. Selbst der *mäßige* biologische Zustand eines oberirdischen Gewässers, der bei größeren Anzeichen anthropogener Störungen der Fischgemeinschaften und ihrer Altersstrukturen anzunehmen ist, setzt den Erhalt der Reproduktionsfähigkeit eines Bestands voraus und greift damit noch vor dem Anwendungsbereich des auf die schlichte Gewährleistung der Reproduzierbarkeit der Arten<sup>69</sup> zielenden § 35 WHG ein. Im Rahmen des § 34 WHG erhebliche Beeinträchtigungen der Durchgängigkeit werden etwa anzunehmen sein, wenn in nicht mehr hinnehmbarem Maße Fische unabhängig von der Wasserkraftanlage durch eine Stauanlage zu Schaden kommen, insbesondere durch Sturz aus großer Höhe oder in geringe Wassertiefe.

Daß die Fischgemeinschaften, um die Formulierung der Gesetzesbegründung aufzugreifen, auch an der Stauanlage im übrigen „unbeschadet vorbeikommen“, ist damit selbstverständlich auch Gegenstand des nicht allein auf den Populationsschutz ausgerichteten § 34 WHG. Hier gelten die beschriebenen, inhaltlich weiteren bewirtschaftungsrechtlichen Anforderungen der biologischen und hydro-morphologischen Qualitätskomponenten der Wasserrahmenrichtlinie, nach denen u. a. ein guter Zustand auch schon dann anzunehmen ist, wenn auf Grund anthropogen geschaffener Durchgängigkeitshindernisse die Altersstrukturen der Fischgemeinschaften (normativ nicht näher konkretisierte) Störungen erkennen lassen und in nicht mehr als „in wenigen Fällen“ Fortpflanzung und Entwicklung der Art beeinträchtigen. Dem Moment des schadlosen Passierens als solchen läßt sich

---

<sup>67</sup> Siehe auch *Reinhardt*, NVwZ 2011 (im Erscheinen).

<sup>68</sup> Weitere Relativierungen ergeben sich im einzelnen Fall für oberirdische Gewässer, die nach § 28 WHG als künstlich oder erheblich verändert eingestuft worden sind und deswegen gemäß § 27 Abs. 2 WHG lediglich ein gutes ökologisches Potential erreichen müssen, siehe dazu *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 27 Rn. 18.

<sup>69</sup> So ausdrücklich BTags-Drucks. 16/12275, S. 61.

damit eine klare Abgrenzung zwischen den Anwendungsbereichen der §§ 34, 35 WHG nicht entnehmen.

*ccc. Regelungsinhalte*

Mit Blick auf die von beiden Bestimmungen erfaßte schadlose Durchwanderbarkeit eines Gewässers für Fische werden damit für die bewirtschaftungsrechtlich begründeten Pflichten der verschiedenen Normadressaten unterschiedliche gesetzliche Prüfungsmaßstäbe<sup>70</sup> vorgegeben, je nachdem, ob erstens die Gefahr von einer Stauanlage oder einer Wasserkraftnutzung ausgeht und ob zweitens lediglich einzelne Fische beeinträchtigt werden können oder der Erhalt der Reproduktionsfähigkeit einer Fischpopulation auf dem Spiel steht. Das bedeutet mit anderen Worten, es ist zuerst zu prüfen, ob das Durchgängigkeitshindernis stauanlagenbezogen oder wasserkraftanlagenbezogen ist, um zu ermitteln, ob § 34 WHG oder § 35 WHG Anwendung findet. Danach richtet sich sodann, ob die ökologischen Durchgängigkeitsanforderungen nach den §§ 27 bis 31 WHG gesetzlich unmittelbar in Bezug genommen werden (§ 34 Abs. 1 WHG) oder zunächst nur ein Populationsschutz angeordnet wird (§ 35 Abs. 1 WHG) resp. welche Adressaten ordnungsrechtlich in die Pflicht genommen werden.

Dieser auf dem Wege der vergleichenden Auslegung der §§ 34, 35 WHG gewonnenen strikten Trennung der *Anwendungsbereiche* auf der Tatbestandsebene steht auf der Rechtsfolgenseite der aus den Vorschriften jeweils resultierenden *Pflichten* eine Parallelität der materiell-rechtlichen Verantwortlichkeiten von Stauanlagenbetreiber und Wasserkraftanlagenbetreiber gegenüber, da jedenfalls, d. h. sowohl für Stauanlagen i. S. des § 34 WHG als auch für Wasserkraftnutzungen i. S. des § 35 WHG, der für das jeweilige Gewässer maßgebliche gute ökologische Zustand resp. das gute ökologische Potential erreicht und gehalten werden muß. Dies folgt schon aus der allgemeinen Geltung der Bewirtschaftungsziele der §§ 27 bis 31 WHG und deren verordnungsrechtlicher Konkretisierungen. Eine Interpretation des § 35 WHG als Privilegierung der Wasserkraftnutzung durch Suspension von den weitergehenden ökologischen Anforderungen der Wasserrahmenrichtlinie über den Populationsschutz hinaus wäre nicht nur europarechtswidrig, sie fände zudem in dem systematischen Konstrukt der wasserhaushaltsgesetzlichen Gewässerbewirtschaftung keine tragfähige Grundlage.

---

<sup>70</sup> Zur Konkretisierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung mit Blick auf die Rentabilität einer möglicherweise EEG-geförderten Wasserkraftnutzung siehe *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 35 Rn. 7 mit weiteren Nachweisen.

*ddd. Exkurs: Fischaufstieg und Fischabstieg*

*(1) Normative Anknüpfung*

In der Kontroverse um die Verteilung der Verantwortung bei Stauanlagen mit Wasserkraftnutzung an Bundeswasserstraßen ist wie in der Ausgangsfragestellung dargestellt die Abgrenzung auf der Grundlage einer Unterscheidung zwischen den Belangen des Fischaufstiegs und des Fischabstiegs<sup>71</sup> diskutiert worden. Eine derartige Differenzierung findet allerdings im Wortlaut der §§ 34, 35 WHG keinen ausdrücklichen Anknüpfungspunkt; auch in den Dokumenten zur Entstehungsgeschichte<sup>72</sup> ist eine explizite Bezugnahme auf die Richtung der Fischwanderung nicht nachweisbar. Daher wäre allein die systematische oder teleologische Auslegung der Vorschriften in der Lage, dieses Kriterium für die Verantwortungsverteilung zwischen Wasser- und Schifffahrtsverwaltung und Wasserkraftanlagenbetreibern normativ zu verankern.

*(2) Reine Stauanlagen*

Im wesentlichen unproblematisch und auch inhaltlich nicht Gegenstand einer rechtlichen Kontroverse ist nach dem zuvor Gesagten zunächst die Behandlung der Gewässerdurchgängigkeit an Stauanlagen, soweit spezifische Gefahren einer Wasserkraftnutzung nicht in Rede stehen. Hier gelten uneingeschränkt die Anforderungen nach § 34 WHG für Fischaufstieg und Fischabstieg. An Bundeswasserstraßen begründet diese Bestimmung daher eine ausschließliche Verantwortlichkeit der örtlich zuständigen Wasser- und Schifffahrtsdirektion; § 34 Abs. 3 WHG macht zudem aus Gründen der Klarstellung auf diese Pflichtigkeit explizit aufmerksam<sup>73</sup>. Eine wasserbehördliche Heranziehung eines (stromauf- oder stromabwärts operierenden) Wasserkraftanlagenbetreibers zu sonderordnungsrechtlicher Haftung wird dagegen in dieser Konstellation von § 34 WHG nicht gedeckt und würde mithin gegen den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes und den Grundrechtsschutz des Betreibers verstoßen. Ein Bedürfnis zur Unterscheidung zwischen Fischabstieg und Fischaufstieg als Mittel der Konkretisierung der Verantwortungssphären besteht daher insoweit nicht.

---

<sup>71</sup> Zur praktischen Unterscheidung der Fischwege siehe auch *Breuer*, UTR 88 (2006), S. 37 f.

<sup>72</sup> BTags-Drucks. 16/12275; BRats-Drucks. 280/1/09.

<sup>73</sup> BTags-Drucks. 16/12275, S. 61.

### (3) Stauanlagen mit Wasserkraftnutzung

Differenzierter hingegen stellt sich die Rechtslage für Stauanlagen mit Wasserkraftnutzung dar, bei denen die Verantwortungssphären der Stauanlagenbetreiber und der Wasserkraftanlagenbetreiber im einzelnen Fall sorgfältig voneinander abzugrenzen sind. Rechtlicher Maßstab sind die zuvor entfaltenen Anwendungsbereiche und Normziele der §§ 34, 35 WHG, scil. Durchgängigkeit des Gewässers, Schutz der Fischpopulation und Erreichung der gesetzlichen Bewirtschaftungsziele<sup>74</sup>. In diesen Fallkonstellationen erschöpft sich die Gefahr für die Fischpopulation nicht allein in der Querverbauung als schlichtes Durchgängigkeitshindernis für die natürlichen Wanderbewegungen der Fische<sup>75</sup>, gleich welcher Richtung, sondern erlangt vielmehr durch den Betrieb einer oder mehrerer Turbinen zur Stromerzeugung eine auch qualitativ abweichende Dimension. Diese zusätzliche Gefährlichkeit der Anlage entsteht wegen der zur Energiegewinnung genutzten abwärts fließenden Welle naturgemäß im wesentlichen beim Fischabstieg, bei dem die Tiere in eine unzureichend gesicherte Wasserkraftanlage eingesogen und verletzt oder getötet werden können<sup>76</sup>. Insoweit ist folglich der Wasserkraftanlagenbetreiber, nicht hingegen der Betreiber der Stauanlage im übrigen ordnungspflichtig. Beispielhaft sei auf die in der Praxis häufigste Konstellation der technischen Einheit von Rechen und Bypass hingewiesen, zu deren Einbau der Wasserkraftanlagenbetreiber verpflichtet ist. Soweit allerdings daneben die Stauanlage eine eigenständige Gefahrenquelle für den Fischabstieg schafft, ist dies der Verantwortungssphäre des Wasserkraftanlagenbetreibers nicht mehr zuzurechnen, sondern fällt in die ordnungsrechtliche Haftung des Stauanlagenbetreibers. Dies kann bei ungesicherten Höhenunterschieden unabhängig von der Wasserkraftanlage der Fall sein, die von abwärts wandernden Fischen beispielsweise wegen zu großer Fallhöhe des Wehrs oder geringer Wassertiefe oder Störsteinen im Tosbecken nicht unbeschadet überwunden werden können.

Im Gegensatz dazu stellt beim Fischaufstieg die Stauanlage das maßgebliche Durchgängigkeitshindernis dar. Der Stauanlagenbetreiber ist daher als Verantwortlicher nach § 34 WHG verpflichtet, den hydromorphologisch vorgeschriebenen Gewässerzustand herzustellen und insbesondere geeignete Einrichtungen zum

---

<sup>74</sup> Oben III. 2. a. bb. und cc.

<sup>75</sup> Dazu im einzelnen *Breuer*, UTR 88 (2006), S. 35 ff.

<sup>76</sup> Dazu im einzelnen *Breuer*, UTR 88 (2006), S. 39 ff.

Ausgleich der Aufstauung wie Umgehungsgerinne, Fischwege, Fischtreppen oder Fischaufstiegsanlagen zu schaffen<sup>77</sup>. Die Gefahr, daß Fische beim Aufstieg in die Turbine einer Wasserkraftanlage gelangen und dadurch zu Schaden kommen, erscheint dagegen praktisch vernachlässigbar; eine parallele Verantwortlichkeit des Wasserkraftanlagenbetreibers nach § 35 WHG scheidet daher insoweit aus.

Allerdings kann sich die Wasserkraftanlage auf das Aufstiegsverhalten der Fische dadurch nachteilig auswirken, daß die Strömung des Turbinenauslasses die aufsteigenden Tiere anzieht und so daran hindert, das Gewässer über die vorhandenen Aufstiegsanlagen zu durchwandern. Zur Vermeidung dieser Gefährdung der Fischfauna werden daher weitergehende Maßnahmen bei der Ausgestaltung der Umgehungsanlage, etwa durch Verlängerung der Anlage selbst oder Verstärkung der künstlichen Lockströmung, erforderlich. Diese zusätzlichen Aufwendungen sind daher der Sache nach nicht auf den Betrieb der Stauanlage, sondern auf den der Wasserkraftanlage zurückzuführen und sohin dem Wasserkraftanlagenbetreiber kausal zuzurechnen. Sie betreffen indes nicht die Frage, *ob* eine Aufstiegshilfe zu errichten ist, sondern lediglich *wie* diese in Ansehung der Wasserkraftnutzung im einzelnen Fall auszugestalten ist. Infolgedessen bleibt der Stauanlagenbetreiber gemäß § 34 WHG für die Errichtung der Aufstiegsanlage ordnungsrechtlich grundsätzlich allein in der Pflicht. Je nach zusätzlichem Aufwand ist die Option zu erwägen, den hierfür verantwortlichen Wasserkraftanlagenbetreiber ergänzend zu einer finanziellen Beteiligung heranzuziehen<sup>78</sup>.

#### *ee. Zwischenergebnis*

§ 34 WHG findet Anwendung auf Stauanlagen und regelt stauanlagenbezogene Durchgängigkeitshindernisse. Er knüpft die Zulässigkeit der jeweiligen Anlage an die Erhaltung oder Wiederherstellung der Durchgängigkeit des Gewässers, soweit dies zur Erreichung der Bewirtschaftungsziele der §§ 27 bis 31 WHG erforderlich ist. Die Vorschrift ist zwingender Versagungsgrund im wasserbehördlichen Zulassungsverfahren<sup>79</sup> und verpflichtet vorbehaltlich des § 34 Abs. 3 WHG<sup>80</sup> die Wasserbehörde bei vorhandenen Anlagen zu repressivem Einschreiten.

---

<sup>77</sup> Breuer, UTR 88 (2006), S. 37 f.; Czychowski/Reinhardt, WHG, § 34 Rn. 15.

<sup>78</sup> Siehe dazu näher unten III. 2. b. cc.

<sup>79</sup> § 12 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Nr. 10 WHG; siehe Czychowski/Reinhardt, WHG, § 34 Rn. 7.

<sup>80</sup> Siehe dazu unten III. 2. b.

§ 35 WHG gilt dagegen für Wasserkraftnutzungen resp. Wasserkraftanlagen und behandelt dementsprechend wasserkraftanlagenbezogene Durchgängigkeitshindernisse. Er postuliert einen sachlich unterhalb der allgemeinen ökologischen Durchgängigkeitserfordernisse verorteten Schutz der Fischpopulationen. Auch diese Bestimmung ist im einschlägigen Gestattungsverfahren zwingender Versagungsgrund<sup>81</sup>; bei bestehenden Anlagen kann die Anpassungspflicht des Betreibers nach § 100 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 35 Abs. 2 WHG sonderordnungsbehördlich durchgesetzt werden. Wird die Durchgängigkeit eines Gewässers durch eine Wasserkraftanlage unterhalb des von § 35 WHG lediglich geforderten Populationschutzes beeinträchtigt, ist die Wasserbehörde aber auch zur Effektivierung der gesetzlichen Bewirtschaftungsziele der §§ 27 bis 31 WHG zu Versagung oder nachträglicher Anordnung verpflichtet resp. berechtigt.

So formulieren die so voneinander zu trennenden Tatbestände der §§ 34, 35 WHG unterschiedliche Verantwortungszuweisungen an Betreiber von Stauanlagen einerseits und Nutzer der Wasserkraft andererseits und stellen damit grundsätzliche Weichen für die Zuweisung der individuellen Verantwortlichkeiten für Erhalt und Wiederherstellung der Gewässerdurchgängigkeit.

#### *b. Normadressaten*

##### *aa. Normativer Anknüpfungspunkt*

Von zentraler Bedeutung für die Zuweisung der materiellen Verantwortung für die in den §§ 34, 35 WHG enthaltenen Bewirtschaftungsanforderungen und Benutzungsbeschränkungen ist die genaue Bestimmung der den ökologischen Idealzustand beeinträchtigenden Anlage. Zwar äußert sich das Gesetz nicht explizit zu den in den §§ 34, 35 WHG Verpflichteten, doch weist es über den Anlagen- resp. Nutzungsbegriff und den damit verknüpften Benutzungstatbeständen i. S. des § 9 WHG Verantwortlichkeiten nach grundsätzlich demselben Muster zu, das auch dem allgemeinen Gefahrenabwehrrecht für die Ermittlung von Verhaltens- und Zustandsstörerhaftung zugrunde liegt<sup>82</sup>. Für Errichtung, Betrieb, wesentliche Änderung und Einstellung einer Stau- resp. Wasserkraftanlage gilt grundsätzlich, daß Inhaber und Betreiber für wasserrechtswidrige Zustände und Verhaltensweisen,

---

<sup>81</sup> § 12 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Nr. 10 WHG; siehe *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 35 Rn. 11.

<sup>82</sup> Siehe dazu allgemein *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 9. Auflage 1986, S. 289 ff.

die auf die ihnen zuzurechnende Anlage kausal zurückzuführen sind<sup>83</sup>, ordnungsrechtlich einzustehen haben.

In beiden Fällen kann und wird in dem hier interessierenden Zusammenhang regelmäßig die Zulassungsentscheidung nicht im Rahmen eines wasserbehördlichen Erlaubnis- oder Bewilligungsverfahrens nach den §§ 8 ff. WHG erfolgen, sondern als Zulassung der wesentlichen Umgestaltung eines Gewässers nach § 67 Abs. 1 Satz 1 WHG oder eines Dammbaus nach § 67 Abs. 1 Satz 3 WHG der Planfeststellung oder Plangenehmigung gemäß § 68 WHG bedürfen. Bei Bundeswasserstraßen tritt an diese Stelle die Durchführung eines wasserstraßenrechtlichen Planfeststellungsverfahrens nach den §§ 14 ff. WaStrG. Die Unterscheidung zwischen den verschiedenen wasserhaushalts- und wasserstraßengesetzlichen Zulassungsformen darf hier allerdings außer Betracht bleiben, da die §§ 34, 35 WHG durch ihre pauschale Bezugnahme auf Zulassungsverfahren sowohl für Erlaubnis und Bewilligung als auch für Planfeststellungen und Plangenehmigungen Geltung beanspruchen. In der wasserstraßenrechtlichen Planfeststellung wird die Einhaltung der wasserwirtschaftsrechtlichen Vorgaben durch das Einvernehmenserfordernis nach § 14 Abs. 3 Satz 1 WaStrG sichergestellt.

Maßgeblich für die weitere Beurteilung sind damit die verschiedenen wasserrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen i. S. des § 12 Abs. 1 WHG, die durch die spezifischen Vorgaben für die Gewässerdurchgängigkeit (§ 34 WHG) resp. den Fischpopulationsschutz (§ 35 WHG) modifiziert und konkretisiert werden. Nach den §§ 34 Abs. 2, 35 Abs. 2 WHG gelten diese materiell-rechtlichen Anforderungen nicht allein für die Erstzulassung, sondern in grundsätzlich gleicher, wenn auch im Einzelfall möglicherweise durch die verfassungsrechtlichen Erfordernisse des Bestands- und Investitionsschutzes modifizierter Weise auch für vorhandene Anlagen und Nutzungen<sup>84</sup>.

Wann ein stauanlagenbedingtes Durchgängigkeitshindernis mit der Folge der Geltung des § 34 WHG und wann ein wasserkraftanlagenbedingtes Durchgängigkeitshindernis mit der Folge der Geltung des § 35 WHG vorliegt und insbesondere wie sich beide Regelungsregimes im Falle einer einheitlichen Einrichtung für beide Funktionen (Stauanlage mit Wasserkraftnutzung)<sup>85</sup> voneinander abgrenzen lassen, ist im einzelnen Fall durch Beurteilung der betreffenden Anlage zu ermit-

---

<sup>83</sup> Siehe dazu näher oben III. 2. a. bb. und cc.

<sup>84</sup> Siehe dazu im einzelnen unten III. 2. c.

<sup>85</sup> Siehe auch § 35 Abs. 3 WHG.

teln und entzieht sich einer allein an den insoweit zu abstrakten normativen Kriterien orientierten Analyse. Maßgeblich für die Abgrenzung sind dabei nicht nur äußeres Erscheinungsbild, Funktion und Zweckbestimmung der Anlage(n), sondern zugleich die Unterscheidung zwischen den verschiedenen verwirklichten Gewässerbenutzungen i. S. des § 9 WHG oder Ausbauförmungen i. S. des § 67 WHG oder § 14 WaStrG, wie sie sich insbesondere aus den beantragten oder bereits erteilten Bescheiden ergeben. Hierdurch erfolgt zudem eine rechtlich klare Zuordnung der gestattungsbedürftigen Anlagen und Handlungen zu den jeweiligen Gewässerbenutzern und Unternehmern, die der allgemeinen ordnungsrechtlichen Verantwortungsverteilung entspricht. Grundsätzlich sind Maßnahmen, die durch die Verletzung ordnungsrechtlicher Vorschriften erforderlich werden, gegen diejenigen zu richten, die für die Verletzung verantwortlich sind<sup>86</sup>. Dabei ergibt sich im Falle der §§ 34, 35 WHG die Störrhaftung jeweils sowohl aus der Verantwortlichkeit des Anlagenbetreibers für ein wasserrechtswidriges Verhalten als auch des (regelmäßig personenidentischen) Anlageninhabers für einen wasserrechtswidrigen Zustand. § 34 WHG verpflichtet daher den Stauanlagenbetreiber, § 35 WHG den Wasserkraftanlagenbetreiber. Beim Zusammentreffen von Stauanlage und Wasserkraftanlage in einer einheitlichen Einrichtung sind sodann zunächst in zuvor beschriebener Weise Erscheinungsbild, Funktion und Betrieb voneinander abzugrenzen, um hernach die individuellen Zurechnungssphären der betroffenen Verhaltens- und Zustandsverantwortlichen nach § 34 und § 35 WHG zu ermitteln. Verantwortlich ist, wer durch sein eigenes oder ein ihm zuzurechnendes Verhalten eine Verletzung der Bewirtschaftungsvorgaben nach den §§ 34, 35 WHG verursacht hat (Verhaltensverantwortlichkeit, z. B. § 4 POG Rh.-Pf.) oder wer tatsächlich oder rechtlich eine Sache beherrscht, von der ein Verstoß gegen diese Vorschriften ausgeht (Zustandsverantwortlichkeit, z. B. § 5 POG Rh.-Pf.)<sup>87</sup>. Maßgeblich ist im Zweifel die wasserrechtliche Bescheidlage. Da beispielsweise für die Wasserkraftnutzung regelmäßig eine Kombination von Rechen und Bypass erforderlich wird, um zu verhindern, daß Fische in der Turbine zu Schaden kommen, handelt es sich bei dieser technischen Einheit um eine der Wasserkraftanlage zuzurechnende Vorkehrung und damit um einen der Verantwortlichkeit des Wasserkraftanlagenbetreibers unterfallenden Sachverhalt zur Überwindung eines wasserkraftanlagenbezogenen Durchgängigkeitshindernisses.

---

<sup>86</sup> Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, S. 290.

<sup>87</sup> Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, S. 293.

Für die Ermittlung der Ursächlichkeit eines Verhaltens oder eines Zustands gelten im übrigen die allgemeinen gefahrenabwehrrechtlichen Kriterien, die an dieser Stelle der abstrakten Wiedergabe nicht bedürfen<sup>88</sup>. Jedenfalls wird durch die in den §§ 34, 35 WHG vorgegebene Anknüpfung der materiellen Ordnungspflichten je nach Gestattungssituation *entweder* an eine Stauanlage *oder* an eine Wasserkraftanlage eine rechtlich eindeutige Zuordnung der Verantwortlichkeiten sichergestellt, die Überlappungen, Grenzverwischungen und gesamtschuldnerische ordnungsrechtliche Haftung ausschließt.

*bb. Ordnungspflicht von Hoheitsträgern*

Mit Blick auf die von Art. 89 Abs. 2 GG begründete Zuständigkeit der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung als bundeseigene Verwaltung ist schließlich darauf hinzuweisen, daß grundsätzlich auch Hoheitsträger und ihre Behörden die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht stören dürfen, mithin auch an die Anforderungen des Wasserhaushaltsgesetzes rechtlich gebunden sind. Ausgangspunkt ist der rechtsstaatliche Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der die Exekutive umfassend zur Beachtung des geltenden Rechts zwingt, Art. 20 Abs. 3 GG<sup>89</sup>. Allerdings sind wasserbehördliche Aufsichtsmaßnahmen unzulässig, wenn mit ihnen in den Zuständigkeitsbereich eines anderen Hoheitsträgers eingegriffen wird; jede Behörde ist selbst dafür verantwortlich, ihr Handeln am einschlägigen geltenden Recht auszurichten<sup>90</sup>. § 34 Abs. 3 WHG setzt dies stillschweigend voraus, indem er klarstellt, daß die Maßnahmen zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Gewässerdurchgängigkeit, wie sie in § 34 Abs. 1 und 2 WHG vorgeschrieben sind, von der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes eigenver-

---

<sup>88</sup> Siehe dazu statt anderer *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, S. 310 ff. (Verhaltenshaftung) und S. 319 ff. (Zustandshaftung).

<sup>89</sup> Siehe nur *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Kommentar, 10. Auflage 2009, Art. 20 Rn. 37 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II, Verfassungsstaat, 3. Auflage 2004, § 26 Rn. 61 ff.; *Schulze-Fielitz* in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band II, 2. Auflage 2006, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 92 ff.

<sup>90</sup> *Knemeyer*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Auflage 2007, § 31 Rn. 352; differenzierend, doch für den hier interessierenden Zusammenhang ohne abweichende Auffassung *Britz*, Abschied vom Grundsatz fehlender Polizeipflicht von Hoheitsträgern?, DÖV 2002, S. 891 ff.

antwortlich durchzuführen sind, weil aufsichtsrechtliche Maßnahmen der Wasserbehörden der Länder ausscheiden<sup>91</sup>.

An Bundeswasserstraßen dient das Aufstauen des Gewässers regelmäßig in erster Linie der Gewährleistung der Schiffbarkeit und damit der Erfüllung der Funktion als Verkehrsweg i. S. des § 1 WaStrG<sup>92</sup>. Ein Aufstauen allein um der Wasserkraftnutzung willen wird dagegen die hier vernachlässigbare Ausnahme bleiben. Die grundsätzliche Nachordnung der Energiegewinnung hinter den Erfordernissen des Verkehrs kommt im übrigen auch in § 35 Abs. 3 WHG zum Ausdruck, der (nicht nur für Bundeswasserstraßen) dazu zwingt, vorhandene Staustufen und Querverbauungen daraufhin zu überprüfen, ob die ohnehin bestehende Beeinträchtigung der Gewässerdurchgängigkeit nicht auch einer zusätzlichen Nutzung im Interesse des Ausbaus der Stromerzeugung aus erneuerbaren Ressourcen eröffnet werden kann<sup>93</sup>. Vorbehaltlich der zuvor abstrakt skizzierten Analyse der Situation an einer konkreten Stauanlage mit Wasserkraftnutzung und der Zuordnung materieller gefahrenabwehrrechtlicher Verantwortungssphären zwischen Wasser- und Schifffahrtsverwaltung einerseits und Wasserkraftanlagenbetreiber andererseits wird in der Praxis daher die für die Staustufe verantwortliche Wasser- und Schifffahrtsdirektion die Verantwortung für die Gewässerdurchgängigkeit gemäß § 34 WHG tragen<sup>94</sup>, wohingegen der Energieerzeuger nach § 35 WHG für die spezifischen Gefahren sonderordnungsrechtlich verantwortlich ist, die der Betrieb der Wasserkraftanlage für die betroffenen Fischpopulationen hervorruft. Diese besondere Konstellation erhellt zugleich die Notwendigkeit einer strengen Abgrenzung zwischen der Stauanlage i. S. des § 34 WHG einerseits und der Wasserkraftanlage i. S. des § 35 WHG andererseits. Die Verantwortung für die Erfüllung der Durchgängigkeitsanforderungen trägt wie gesehen gemäß § 34 Abs. 3 WHG bei Stauanlagen an Bundeswasserstraßen, die von der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes errichtet oder betrieben werden, die jeweils

---

<sup>91</sup> BTags-Drucks. 16/12275, S. 61.

<sup>92</sup> Zur Verkehrsfunktion der Bundeswasserstraßen siehe *Frieseke*, Bundeswasserstraßengesetz, Kommentar, 6. Auflage 2009, § 1 Rn. 5 ff.; zum verfassungsrechtlichen Hintergrund *Hermes* in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band III, 2. Auflage 2008, Art. 89 Rn. 18.

<sup>93</sup> BTags-Drucks. 16/12275, S. 61 f.

<sup>94</sup> Zu den ökologischen Aspekten der Verantwortung der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung für die Gewässerdurchgängigkeit siehe *Schäfer/Schäfer/Herpertz*, Wasserwirtschaftliche Unterhaltung der Bundeswasserstraßen – Neue Wege zu neuen Ufern, WuA 1-2/2011, S. 22 ff.

zuständige Wasser- und Schifffahrtsdirektion. Maßnahmen zum Fischschutz nach § 35 WHG oder zur Gewährleistung der nach den §§ 27 bis 31 WHG geforderten ökologischen Gewässerdurchgängigkeit trifft dagegen die jeweils zuständige Wasserwirtschaftsverwaltung des Landes. Versteht man mit der in der Fragestellung wiedergegebenen Auffassung der Energieversorgungsunternehmen die §§ 34, 35 WHG als einheitliches Regelungssystem für eine tatsächlich als Einheit zu begreifende Anlage, so führt das zwangsläufig dazu, daß die verbindliche Bestimmung der im einzelnen Fall gebotenen Maßnahmen zur Anpassung einer Stauanlage mit Wasserkraftnutzung sowohl nach Art. 89 Abs. 2 GG, § 34 Abs. 3 WHG der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes als auch nach Art. 83 GG, § 35 WHG der Wasserwirtschaftsverwaltung des Landes obliegt. Einander in dieser Weise überlagernde föderale Vollzugskompetenzen begegnen indes erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken, die landläufig mit dem griffigen Topos des „Verbots der *Mischverwaltung*“<sup>95</sup> etikettiert werden. Das Bundesverfassungsgericht mißt dem eher schlagwortartig als dogmatisch zu verstehenden Verbot allgemein nur den Sinn klassifizierender Kennzeichnung einer bestimmten Art verwaltungsorganisatorischer Entscheidungsformen im Bundesstaat zu und erblickt nicht in jedem Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden oder dem faktischen Aufeinandertreffen unterschiedlicher Zuständigkeitsbereiche automatisch auch einen Verfassungsverstoß<sup>96</sup>. Erst grundgesetzlich nicht vorgesehene verwaltungshierarchische Subordinationsstrukturen oder Zustimmungserfordernisse<sup>97</sup> wie auch Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsrechte des Bundes im Aufgabenbereich der Länder<sup>98</sup> verletzen dagegen das grundgesetzliche Postulat der klaren Zuordnung von Verwaltungszuständigkeiten<sup>99</sup>. Sind bei Annahme einer gemeinsamen Verantwortlichkeit von Stauanlagenbetreiber und Wasserkraftanlagenbetreiber Wasserstraßen- und Wasserwirtschaftsverwal-

---

<sup>95</sup> Siehe allgemein *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage 2009, § 22 Rn. 43 ff.; *ders.*, Staatsrecht I, § 18 Rn. 27; *Oebbecke*, Verwaltungszuständigkeit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, Bundesstaat, 3. Auflage 2008, § 136 Rn. 9 ff.; *Ronellenfitsch*, Die Mischverwaltung im Bundesstaat, 1976; *Schnapp*, Mischverwaltung im Bundesstaat nach der Föderalismusreform, Jura 2008, S. 241 ff.

<sup>96</sup> BVerfGE 63, 1, 38.

<sup>97</sup> BVerfGE 11, 105, 124.

<sup>98</sup> BVerfGE 39, 96, 120; 41, 291, 311.

<sup>99</sup> BVerfGE 119, 331, 363 ff., 366 f.

tung für denselben Sachverhalt, d. h. für die Bestimmung einer konkret anzuordnenden Maßnahme, nebeneinander zuständig, so liegt hierin ein Fall der sog. Doppelzuständigkeit<sup>100</sup>, die mit Blick auf die von Art. 30 GG errichtete Kompetenzordnung sowie die Grundsätze der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig ist<sup>101</sup>. Verfassungsrechtlich zureichende Anhaltspunkte für eine grundgesetzlich ausnahmsweise zugelassene Doppelkompetenz lassen sich den §§ 34, 35 WHG nicht entnehmen. Nur die verfassungskonforme Auslegung in der Gestalt einer strengen Trennung der von § 34 und § 35 WHG begründeten Verantwortungssphären, die die Verantwortung für Durchgängigkeitshindernisse wegen verkehrlicher Nutzung<sup>102</sup> dem Bund und im übrigen<sup>103</sup> den Ländern zuweist, ist daher in der Lage zu verhindern, daß Bundes- und Landesbehörde im einzelnen Fall einer Stauanlage mit Wasserkraftnutzung einander widersprechende Wertungen vornehmen und widersprüchliche Maßnahmen treffen<sup>104</sup>. Eine auf die §§ 34, 35 WHG gegründete gemeinsame Verantwortlichkeit der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes und des dem wasserbehördlichen Vollzug des Landes unterworfenen Energieerzeugers ist daher schon von Verfassungs wegen ausgeschlossen<sup>105</sup>.

Dies muß auch für den Fall des Fischaufstiegs gelten, bei dem wie gezeigt das Vorhandensein einer Wasserkraftanlage die Anforderungen an die Ausgestaltung der Umgehungsanlage anspannen und zu verstärkten Aufwendungen veranlassen

---

<sup>100</sup> Zu den Erscheinungsformen verfassungswidriger Mischverwaltung siehe z. B. *Schnapp*, Jura 2008, S. 241, 243 f.

<sup>101</sup> BVerfGE 36, 193, 202 f.; 61, 149, 204; 67, 299, 321; 104, 249, 266 f.; 106, 62, 114; *Oebbecke*, HStR VI, § 136 Rn. 10; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 30 Rn. 7; *Pietzcker*, Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat, HStR VI, § 134 Rn. 32.

<sup>102</sup> BVerfGE 21, 312 ff.; *Durner*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Band 4, Loseblatt, Stand: 2010, Art. 89 Rn. 27 mit weiteren Nachweisen.

<sup>103</sup> Siehe beispielhaft BVerwGE 87, 181 ff.; 110, 9 ff., wonach selbst Ölverschmutzungen, die auf die Schifffahrt zurückgehen, nicht als verkehrsbezogene Sachverhalte i. S. des Art. 89 GG anzusehen sind und daher der Verwaltungskompetenz der Länder unterfallen; zust. *Durner*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), GG, Art. 89 Rn. 28.

<sup>104</sup> Siehe zur Abgrenzung von Wasserstraßen- und Wasserwirtschaftsrecht auch BVerfGE 15, 1, 9 ff.; *Durner*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), GG, Art. 89 Rn. 27 f.; *Ibler*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.) Grundgesetz, Kommentar, Band 3, 6. Auflage 2010, Art. 89 Rn. 53; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 89 Rn. 2 f.

<sup>105</sup> Hiervon unberührt bleiben vertragliche Regelungen zwischen dem Bund und dem Wasserkraftanlagenbetreiber, die einen internen Ausgleich der Lastentragung regeln.

kann<sup>106</sup>. Auch hier geht es im einzelnen Fall um die Frage, *wie* eine solche Anlage zu errichten ist, resp. *welche Maßnahmen* zum Fischschutz jeweils zu ergreifen sind. Aus verfassungsrechtlichen Gründen ist folglich wiederum eine Doppelzuständigkeit der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung als Betreiberin der Stauanlage einerseits und der Wasserbehörde als für die Wasserkraftnutzung zuständige Landesordnungsbehörde andererseits zu vermeiden. Da die Aufstiegsanlage errichtet werden muß, um die stauanlagenbezogenen Durchgängigkeitshindernisse in der Bundeswasserstraße auszugleichen, liegt die Verantwortung nach § 34 Abs. 3 WHG bei der jeweils zuständigen Wasser- und Schifffahrtsdirektion. Dagegen handelt es sich bei den wasserkraftanlagenbedingten Zusatzaufwendungen nicht um qualitative, sondern lediglich quantitative Aspekte, die auf der (ersten) Ebene der sonderordnungsrechtlichen Einstandspflicht<sup>107</sup> eine parallele Verantwortlichkeit des Wasserkraftanlagenbetreibers nach § 35 WHG und damit womöglich eine verfassungsrechtlich problematische parallele Verwaltungszuständigkeit der Landeswasserbehörde nicht rechtfertigen können.

#### *cc. Interner Ausgleich der Kostentragung*

Die aus verfassungsrechtlichen und wasserhaushaltsgesetzlichen Gründen gebotene strenge Trennung der ordnungsrechtlichen Pflichten von Bund als Verantwortlichem für die Stauanlagen und Energieunternehmen als Verantwortlichen für die Wasserkraftanlagen präjudiziert nicht automatisch auch die Verteilung der Kostenlast auf der Ebene der Folgen ordnungsrechtlichen Handelns. Dies gilt hier insbesondere deswegen, weil der Annahme einer gemeinsamen Verantwortung das verfassungsrechtliche Verbot der Mischverwaltung zwingend entgegensteht. Dieses hat wie gesehen die Funktion, eine grundgesetzwidrige Überschneidung administrativer Kompetenzen im Bundesstaat zu verhindern; nicht hingegen ist es ein Instrument zur Verteilung der Lastentragung zwischen Staat und Bürger. Eine gemeinsame Ordnungspflicht von Wasser- und Schifffahrtsverwaltung und Wasserkraftanlagenbetreibern mit der Folge einander überlagernder Behördenzuständigkeiten (erste Ebene) verletzt die föderale Kompetenzordnung des Grundgesetzes, eine gemeinsame Lastentragungspflicht (dritte Ebene) hingegen nicht. Hinzu kommt, daß die Regelungen der §§ 34, 35 WHG kein indisponibles Recht (*ius*

---

<sup>106</sup> Siehe oben III. 2. a. dd. ccc. (3).

<sup>107</sup> Sog. erste Ebene des ordnungsrechtlichen Handelns, siehe zur Unterscheidung der drei Ebenen statt anderer *Knemeyer*, *Polizei und Ordnungsrecht*, Rn. 70 ff., 355 ff., 379 ff.

*cogens*) darstellen, sondern der konsensualen Verfügung der Beteiligten zugänglich sind, soweit nicht die Zielerreichung selbst, sondern die wirtschaftliche Verantwortungsteilung in Rede steht. Namentlich die Wasserrahmenrichtlinie (die im übrigen gleichermaßen für bundes- wie zentralstaatlich verfaßte Mitgliedstaaten der Europäischen Union gilt) enthält keinerlei bindende Vorgaben für die Zuweisung der materiellen Lastentragungspflichten. Aber auch das Wasserhaushaltsgesetz, das wie gezeigt in den §§ 34, 35 WHG materielle Ordnungspflichten in bestimmten Nutzungskonstellationen zuweist, zielt der Sache nach auf die (verfassungskonforme) Umsetzung der europäischen Umweltziele, errichtet aber keine unabänderliche Ordnung der wirtschaftlichen Verantwortungsverteilung. Solange und soweit die föderale Kompetenzordnung unverletzt bleibt, ist daher die Zuweisung der Kostenlast einer eigenständigen rechtlichen Würdigung zugänglich.

Ein abschließendes Urteil hierüber setzt allerdings eine vertiefte Auseinandersetzung mit der tatsächlichen Situation im jeweiligen Einzelfall voraus. Die Vielgestaltigkeit der Rechtsbeziehungen zwischen dem Bund und den Wasserkraftanlagenbetreibern, deren Grundlagen teilweise auch weit in vorkonstitutionelle<sup>108</sup> Zeiten zurückreichen, steht der Bildung einer klaren Kriterien orientierten Typologie und damit einer verallgemeinernden rechtlichen Bewertung entgegen.

Soweit vertragliche Beziehungen bestehen, werden diese mit Blick auf den nicht-hoheitlichen Vertragsgegenstand<sup>109</sup> der Eröffnung einer Wehrmitbenutzung im Zweifel zivilrechtlicher Natur sein. Ergänzend zu den im Vertrag enthaltenen Vereinbarungen gelten daher die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wenn der Vertrag nach dem 1. Januar 1900<sup>110</sup> geschlossen worden ist. Ausdrückliche Regelungen über die Handhabung der sich aus den erst am 1. März 2010 in Kraft getretenen<sup>111</sup> §§ 34, 35 WHG werden die wenigsten Verträge enthalten. Auch das aktuelle Vertragsmuster „Wehrmitbenutzungsentgelt“ des Ministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung für Nutzungsverträge läßt nicht erkennen, daß die neuen Bewirtschaftungsanforderungen des Wasserhaushaltsgesetzes Berücksichtigung gefunden haben. Ebenso ist nicht ersichtlich, ob und

---

<sup>108</sup> Zum Begriff BVerfGE 63, 181, 187 f.

<sup>109</sup> Zu diesem Abgrenzungskriterium siehe BVerwGE 92, 56, 64 f.; BGHZ 91, 84, 95 ff.; 155, 166, 173 ff.; ferner zur Wasserkraftnutzung BGHZ 180, 372, 375 f.

<sup>110</sup> Art. 1 Abs. 1 EGBGB.

<sup>111</sup> Art. 24 Abs. 2 Satz 1 Gesetz zur Neuregelung des Wasserrechts vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2585.

gegebenenfalls in welchem Umfang die mit der Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie verbundenen Kosten<sup>112</sup> Bestandteil der Kalkulationsgrundlagen für die Bemessung von Nutzungsentgelt und Nebenkosten sind<sup>113</sup>. Im Gegenteil finden die Aspekte des Natur-, Gewässer- und Bodenschutzes im aktuellen Mustervertrag nur eine eher randständige Beachtung in der Form allgemein gehaltener Nebenpflichten<sup>114</sup>. Die Standardklauseln des § 9 (Schutz von Natur und Landschaft) und des § 10 (Schutz der Gewässer und des Bodens) des Mustervertrags beschränken sich auf pauschale Formeln, die zudem im Einzelnen von den Begrifflichkeiten des Wasserhaushaltsgesetzes inhaltlich abweichen<sup>115</sup>. Die spezifischen ökologischen Durchgängigkeitsanforderungen, wie sie erst seit Transformation der Wasserrahmenrichtlinie ab dem Jahr 2002<sup>116</sup> geltendes Recht sind, spiegeln sich in den seither abgeschlossenen Verträgen dagegen offenbar nicht explizit wider; in älteren Verträgen konnten sie naturgemäß keine Rolle spielen. Ausdrückliche Bezugnahmen auf die von den §§ 34, 35 WHG präzisierten Verantwortlichkeiten sind sogar erst ab deren Inkrafttreten (resp. allenfalls Verabschiedung<sup>117</sup>) und damit zeitlich noch deutlich später überhaupt denkbar.

---

<sup>112</sup> Zu diesem Aspekt siehe insbesondere *Knopp*, Bewirtschaftung von Flußgebieten: Aufgaben, Instrumente und Probleme, in: Bohne (Hrsg.), Ansätze zur Kodifikation des Umweltrechts in der Europäischen Union: Die Wasserrahmenrichtlinie und ihre Umsetzung in nationales Recht, 2005, S. 23, 29.

<sup>113</sup> Grundlage der Entgeltberechnung ist die interne Verwaltungsvorschrift der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes „Nutzungsentgelte“, VV-WSV 2604, Version 2011.2, auf deren jeweils aktuelle Version das Vertragsmuster Bezug nimmt. Die Verwaltungsvorschrift enthält in ihren Abschnitten zur Wasserkraftnutzung keine ausdrücklichen Hinweise auf Kosten der ökologischen Gewässerbewirtschaftung, der Herstellung der Gewässerdurchgängigkeit oder der Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie.

<sup>114</sup> §§ 9, 10 Mustervertrag.

<sup>115</sup> So § 10 Abs. 1 des Mustervertrags, der den gesetzlich definierten Begriff der wassergefährdenden Stoffe gegen den Wortlaut des § 62 Abs. 3 WHG allein und damit verkürzend mit der Veränderung der Wasserbeschaffenheit i. S. des § 3 Nr. 9 WHG beschreibt.

<sup>116</sup> Für den Bund umgesetzt durch Gesetz vom 18. Juni 2002, BGBl. I S. 1914; in einigen Bundesländern (Berlin, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt) konnte zudem die nach Art. 75 GG a. F. erforderliche weitere Umsetzung nicht innerhalb der richtlinienrechtlich festgelegten Frist (22. Dezember 2003, siehe Art. 24 Abs. 1 UAbs. 1 WRRL) bewirkt werden, siehe EuGH ZfW 2007, S. 98 ff.

<sup>117</sup> 31. Juli 2009, siehe BGBl. I S. 2585.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach der Verteilung der Kosten zur Erreichung der europäischen Umweltziele zwischen dem Bund und den Wasserkraftanlagenbetreibern auf der Grundlage des geltenden Wasserwirtschaftsrechts. Der erhebliche finanzielle Aufwand der ökologischen Gewässerbewirtschaftung nach der Wasserrahmenrichtlinie legt nahe, ihn auch in die Berechnung der Nutzungsentgelte einfließen zu lassen. Beim Neuabschluß der Verträge wird dies unproblematisch berücksichtigt werden können. Anderes gilt für bereits bestehende Verträge, die diesen Aspekt regelmäßig nicht enthalten. Hier ist nach § 313 Abs. 1 BGB (sog. Wegfall der Geschäftsgrundlage) zu prüfen, ob sich die Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluß schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag in Kenntnis dessen nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten. Änderungen des geltenden Rechts, wie hier die Anspannung der ökologischen Anforderungen an Errichtung und Betrieb von Stauanlagen mit Wasserkraftnutzungen, können das von § 313 Abs. 1 BGB verfolgte Äquivalenzprinzip grundsätzlich stören. Rechtsfolge ist dann das Recht zur Vertragsanpassung, in den Fällen des § 314 BGB ausnahmsweise auch das Recht zur Kündigung. Allerdings setzt dies nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs voraus, daß „es sich um eine derart einschneidende Änderung handelt, daß ein Festhalten an der ursprünglichen Regelung zu einem untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin nicht mehr zu vereinbarenden Ergebnis führen würde und das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung für die betroffene Partei deshalb unzumutbar wäre“<sup>118</sup>. Gefordert wird ein krasses Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, mithin praktisch Fälle wirtschaftlicher Unmöglichkeit<sup>119</sup>. Ob diese überaus strengen Vorgaben zur Anpassung der Benutzungsentgeltverträge zwischen der Wasser- und Schifffahrtsdirektion und dem Wasserkraftanlagenbetreiber berechtigen, ist Tatfrage und erfordert eine Beurteilung des gesetzlichen Zumutbarkeitsmaßstabs in Ansehung der konkreten Situation, auch mit Blick auf das jeweilige Wasserkraftunternehmen. Der bloße Hinweis auf eine auch durchaus erhebliche Anspannung der Bewirtschaftungsanforderungen und den damit verbundenen Kosten-

---

<sup>118</sup> So BGHZ 121, 378, 393, im konkreten Einzelfall verneint für den Übergang von der sozialistischen Planwirtschaft zur sozialen Marktwirtschaft; siehe ferner BGH NJW 2008, S. 2427, 2428.

<sup>119</sup> *Grüneberg*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 70. Auflage 2011, § 313 Rn. 32 mit weiteren Nachweisen.

steigerungen wird jedenfalls ohne nähere wirtschaftliche Analyse der Vertragsgrundlagen für die Anwendbarkeit des § 313 BGB nicht ausreichen.

Soweit eine öffentlich-rechtliche Handlungsform gewählt worden ist, gelten die Bestimmungen der §§ 54 ff. VwVfG für Verträge, die nach dem 1. Januar 1977<sup>120</sup> geschlossen worden sind. Davor war das Institut des öffentlich-rechtlichen Vertrags schon grundsätzlich umstritten<sup>121</sup>. Als Parallelvorschrift zu den §§ 313, 314 BGB<sup>122</sup> regelt nun § 60 VwVfG ausdrücklich das Recht zur Anpassung und Kündigung öffentlich-rechtlicher Verträge in besonderen Fällen. Erneut ist im wesentlichen auf das Kriterium der Zumutbarkeit abzustellen, das auf Grund seines subjektiven Gehalts der Beurteilung im Einzelfall bedarf<sup>123</sup>. Nach der gleichfalls strengen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts reicht dabei ein schlicht numerisch festgestelltes Mißverhältnis zwischen tatsächlichem Aufwand und vereinbarter Leistung nicht aus<sup>124</sup>. Wie § 313 BGB enthält auch § 60 VwVfG kein Instrument der graduellen Nachsteuerung vertraglicher Risikoverteilung, sondern eine Auffangklausel zur Bewältigung besonderer Ausnahmesituationen. Das weitergehende ausschließliche Kündigungsrecht der Behörde nach § 60 Abs. 1 Satz 2 VwVfG zur Verhütung oder Beseitigung schwerer Nachteile für das Gemeinwohl wird in den hier erheblichen Sachverhaltskonstellationen regelmäßig nicht in Betracht kommen; es ist lediglich ultima ratio für den Fall der Unmöglichkeit einer Vertragsanpassung<sup>125</sup>.

Insgesamt erscheint damit der gesetzliche Rahmen für eine Anpassung bestehender Verträge und Abwälzung ökologischer Kosten auf die Wasserkraftanlagen-

---

<sup>120</sup> § 103 VwVfG 1976; siehe *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 7. Auflage 2008, Einl. Rn. 41.

<sup>121</sup> Siehe dazu insbesondere *Salzwedel*, *Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, 1958.

<sup>122</sup> *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *VwVfG*, § 60 Rn. 1.

<sup>123</sup> BVerwG NVwZ 1996, S. 171, 173; VGH Mannheim NVwZ-RR 2006, S. 81, 85; *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *VwVfG*, § 60 Rn. 20; *Lorenz*, *Der Wegfall der Geschäftsgrundlage bei verwaltungsrechtlichen Verträgen*, DVBl. 1997, S. 865, 867 ff.

<sup>124</sup> BVerwGE 87, 77, 82 ff., 84 zum Erschließungsbeitragsrecht: „... Grenze sei erst überschritten, wenn sich (...) herausstellt, daß der Betrag, der dem betroffenen Grundstück als Erschließungsbeitrag zuzuordnen ist, *das Doppelte* oder mehr als das Doppelte bzw. *die Hälfte* oder weniger als die Hälfte des vereinbarten Ablösungsbetrags ausmacht“ (Hervorhebungen nur hier; siehe auch *Lorenz*, DVBl. 1997, S. 865, 867).

<sup>125</sup> So *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *VwVfG*, § 60 Rn. 28 unter Bezugnahme auf BGHZ 84, 1, 9.

betreiber sehr eng. Mit Blick auf die von Bundesgerichtshof und Bundesverwaltungsgericht übereinstimmend geforderten strengen Voraussetzungen für die Annahme eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage wird nur in Ausnahmefällen eine Vertragsanpassung rechtlich in Betracht kommen.

Daneben kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, daß mit der Herstellung der Gewässerdurchgängigkeit durch den Bund auch jenseits der vertraglichen Beziehungen zu dem jeweiligen Kraftwerksbetreiber Ansprüche entstehen, die auf den Instituten der (bürgerlich-rechtlichen oder öffentlich-rechtlichen) Geschäftsführung ohne Auftrag oder des zivilen Bereicherungsrechts resp. des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs<sup>126</sup> beruhen. Dies würde eine tatsächliche Sachverhaltskonstellation voraussetzen, in der das Unternehmen durch die Maßnahmen der Bundesverwaltung Aufwendungen spart oder rechtsgrundlos einen Vorteil erlangt. Problematisch ist in diesem Zusammenhang die Begründung der Kostentragungspflicht des Wasserkraftanlagenbetreibers, da dieser wie gezeigt auf der Ebene der Ordnungspflicht gerade nicht gemeinsam mit der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung in der Verantwortung steht. Allein wenn der Nachweis gelingt, daß eine konkrete Maßnahme zur Herstellung der Gewässerdurchgängigkeit in die materielle Verantwortung des Wasserkraftunternehmens fällt, wegen des verfassungsrechtlichen Verbots der Mischverwaltung aber eine Ordnungspflicht ausscheiden muß, könnte ein entsprechender Anspruch des Bundes verfangen. Ohne Befassung mit dem konkreten Sachverhalt erscheint jedoch eine rechtliche Prüfung nicht weiterführend.

*dd. Sonderfall: Aufgabe der verkehrlichen Nutzung*

Rechtlich problematisch ist ferner die Konstellation, in der eine Stauhaltung an einer Bundeswasserstraße aus verkehrlicher Sicht nicht mehr benötigt wird, die Stauanlage aber erhalten bleibt, um eine bestehende Wasserkraftnutzung fortführen zu können. Ob hier die Wasser- und Schifffahrtsverwaltung gleichwohl gemäß § 34 WHG für die Erhaltung der Gewässerdurchgängigkeit verantwortlich ist, ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt, sondern ergibt sich aus der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung. Nach Art. 89 Abs. 2 Satz 1 GG sind die Bundeswasserstraßen<sup>127</sup> Gegenstand der bundeseigenen Verwaltung. Das Grundge-

---

<sup>126</sup> Siehe dazu etwa *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Auflage 1998, S. 343, 418.

<sup>127</sup> Zum Begriff siehe allgemein *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 89 Rn. 17; *Ibler*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 3, 6. Auflage 2010, Art. 89 Rn. 36 ff.

setz selbst definiert den Begriff der Bundeswasserstraße und damit den Zuständigkeitsbereich der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung nicht, sondern überläßt dessen Konkretisierung dem einfachen Gesetzgeber<sup>128</sup>. So enthält § 1 Abs. 1 WaStrG in Verbindung mit Anlage 1 des Gesetzes die rechtsverbindliche Festlegung der betroffenen Gewässer. Binnenwasserstraßen sind danach grundsätzlich<sup>129</sup> nur dann Bundeswasserstraßen, wenn sie dem allgemeinen Verkehr dienen. Dieses Merkmal, das auch in der Begründung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 GG begriffsprägend ist, sieht das Bundesverfassungsgericht bei einem „allgemeinen Schiffsverkehr in größerem Umfange“ als erfüllt an<sup>130</sup>. Darüber hinaus erklärt § 1 WaStrVermG<sup>131</sup> in Übereinstimmung mit Anlage A zum Staatsvertrag betreffend den Übergang der Wasserstraßen von den Ländern auf das Reich<sup>132</sup> auch weitere Gewässer zu Bundeswasserstraßen, um zu vermeiden, „daß Teile eines zusammenhängenden Wasserstraßennetzes auseinandergerissen werden und die Verwaltung von Reststücken durch die Länder unwirtschaftlich wird“<sup>133</sup>. Daraus folgt zunächst, daß die Preisgabe erheblicher verkehrlicher Nutzung nicht notwendig zur Entlassung der Anlage aus der Verantwortung der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes führt. Die zuständige Wasser- und Schifffahrtsdirektion wäre folglich im Rahmen ihrer Verwaltungsbefugnis mindestens berechtigt, der gewandelten Nutzung des Gewässers durch Rückbau der Stauanlage Rechnung zu tragen. Unterbleibt dies mit Rücksicht auf eine dort vorhandene Wasserkraftnutzung wie auch im übrigen in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Zielsetzung des § 35 Abs. 3 WHG, ist die Wasser- und Schifffahrtsverwaltung als Inhaberin der Stauanlage zunächst weiterhin zustandsverantwortlich für die Gewässerdurchgängigkeit i. S. des § 34 WHG. Zudem liegt in der aus Sicherheitsgründen erhaltenden Wartung der Anlage ein Anknüpfungspunkt auch für eine Verhaltensverantwortlichkeit des

---

<sup>128</sup> *Ibler*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Art. 89 Rn. 36.

<sup>129</sup> Siehe aber die erweiternde Fiktion des § 1 Abs. 1 Nr. 1 Halbs. 2 WaStrG.

<sup>130</sup> BVerfGE 15, 1, 8; siehe auch *Frieseke*, WaStrG, § 1 Rn. 5: „nicht unerheblicher Verkehr mit Personen- und Frachtschiffen (...), nicht dagegen das Fahren von Kleinfahrzeugen, auch nicht die bloße Eignung zur Schifffahrt“.

<sup>131</sup> Gesetz über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundeswasserstraßen vom 21. Mai 1951, BGBl. I S. 352.

<sup>132</sup> Vom 29. Juli 1921, RGBl. S. 961; siehe dazu auch BVerfGE 15, 1, 7; *Friesecke*, WaStrG, Einl. Rn. 30.

<sup>133</sup> So BVerfGE 15, 1, 8.

Bundes als Betreiber. Diese Fortdauer der ordnungsrechtlichen Haftung nach Aufgabe oder erheblicher Einschränkung der verkehrlichen Nutzung bedeutet keine verfassungsrechtlich unzulässige Überschreitung der Verwaltungskompetenzen des Bundes über den Wasserstraßenverkehr hinaus in die Zuständigkeit der Länder zur Gewässerbewirtschaftung. Denn die Bundesverwaltung übernimmt damit keine Aufgaben der haushälterischen Bewirtschaftung von Gewässern<sup>134</sup> mit der Gefahr von Kompetenzkonflikten von Bundes- und Landesverwaltung. Zu beachten ist allerdings, daß die Energiegewinnung aus Wasserkraft und die entsprechende Nutzbarmachung vorhandener Anlagen an Gewässern zwar in mehrfacher Hinsicht als gesetzliches Desiderat identifiziert werden kann (§ 1 Abs. 1, § 3 Nr. 3 EEG<sup>135</sup>, § 35 Abs. 3 WHG), daß aber der Rückbau von Stauanlagen keinem zwingenden gesetzlichen Verbot unterliegt. Die Wasser- und Schifffahrtsverwaltung ist also vorbehaltlich bestehender vertraglicher Verpflichtungen dem Wasserkraftanlagenbetreiber gegenüber grundsätzlich frei, eine nicht mehr zu Verkehrszwecken benötigte Anlage zu schleifen. Bei bestehenden Verträgen wird dagegen der wasserstraßenrechtlich relevante Rückgang der verkehrlichen Nutzung möglicherweise Anlaß zu Neuverhandlungen nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bieten, wenn sachlich nicht zu rechtfertigen ist, daß der Bund eine für verkehrliche Nutzung überflüssig gewordene Stauhaltung allein im Interesse eines privaten Unternehmens aufrechterhält.

### *c. Inhalt der Verpflichtungen*

#### *aa. Neuzulassungen*

Sowohl § 34 als auch § 35 WHG unterscheiden zur praktischen Umsetzung ihrer inhaltlichen Anforderungen zwischen den jeweils in Abs. 1 geregelten Neuzulassungen und der jeweils in Abs. 2 angeordneten Anpassung am Tage des Inkrafttretens des neuen WHG<sup>136</sup> bereits bestehender Anlagen. Für Neuzulassungen gelten die gesetzlichen Vorgaben für Stauanlagen und Wasserkraftnutzungen grundsätzlich uneingeschränkt. Allerdings bleibt das Bundesrecht wie gesehen in beiden Fällen vergleichsweise abstrakt und steuerungsarm. Die Vorschriften lassen

---

<sup>134</sup> Zu diesem Merkmal als Abgrenzungskriterium zwischen Wasserwege- und Wasserhaushaltsrecht siehe BVerfGE 15, 1, 14 f.

<sup>135</sup> Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) vom 25. Oktober 2008, BGBl. I S. 2074.

<sup>136</sup> Am 1. März 2010, siehe Art. 24 Abs. 2 Gesetz vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2585.

erkennen, daß es dem Bundesgesetzgeber in erster Linie um eine normative Akzentuierung solcher Bewirtschaftungskonstellationen gegangen ist, die – deutlich konkreter – schon zuvor im rahmenausfüllenden Landeswasserrecht geregelt waren<sup>137</sup> und weiterhin geregelt bleiben werden. Im Bemühen um Schaffung einer bundesrechtlichen „Vollregelung“<sup>138</sup> auf der Grundlage der neuen verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung ließ offenbar eine ausdrückliche Erwähnung zahlreicher Bewirtschaftungsaspekte als politisch tunlich erscheinen, ohne daß hiermit aber zugleich ein substantielles Regelungsbedürfnis oder -interesse verbunden gewesen wäre. § 34 Abs. 1 WHG nimmt immerhin noch Bezug auf die gesetzlichen Bewirtschaftungsziele der §§ 27 bis 31 WHG, über die in diesem Zusammenhang insbesondere die zuvor dargestellten hydromorphologischen Qualitätskomponenten der Wasserrahmenrichtlinie zum Zulassungsmaßstab gemacht werden. Eine materiell-rechtliche Änderung der Rechtslage im Vergleich zum früheren Rahmenrecht ist hiermit freilich nicht verbunden; sie wäre im übrigen auch nicht zulässig, weil wie gesehen die konkreten Anforderungen an die Gewässerdurchgängigkeit richtlinienrechtlich präzise geregelt sind und daher einer Modifikation durch den deutschen Gesetzgeber überhaupt nur eingeschränkt zugänglich sind. Europarechtlich zulässig wäre gemäß Art. 193 AEUV namentlich allenfalls eine sog. Schutzverstärkung, die allerdings weder in § 34 WHG angelegt noch aus der Entwurfsbegründung ersichtlich ist. Ähnlich abstrakt formuliert ist auch § 35 WHG, der lediglich „geeignete Maßnahmen zum Schutz der Fischpopulation“ fordert, diese aber nicht näher konkretisiert. Da auch die Ausgangsfragestellung keinen Anlaß zu einer Konkretisierung der sich aus den §§ 34, 35 WHG im einzelnen ergebenden Anforderungen gibt, darf an dieser Stelle pauschal auf die einschlägige Kommentarliteratur, aber auch auf die rechtswissenschaftliche Befassung auf der Grundlage des früheren Rechts verwiesen werden.

#### *bb. Vorhandene Anlagen*

Anders als bei der Neuzulassung von Stau- und Wasserkraftanlagen sind der Einführung neuer Standards für bereits betriebene Anlagen besondere verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt. Denn die Erstreckung materiell-rechtlicher Anforderungen auf vorhandene Anlagen greift in zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Gesetzes noch nicht abgeschlossene Sachverhalte regelnd ein und be-

---

<sup>137</sup> BTags-Drucks. 16/12275, S. 61.

<sup>138</sup> So BTags-Drucks. 16/12275, S. 40.

inhaltet damit eine unechte Rückwirkung, die grundsätzlich nur unter Berücksichtigung der Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit<sup>139</sup> verfassungsrechtlich zulässig ist<sup>140</sup>. Damit soll den berechtigten Bestands- und Investitionsschutzinteressen der Anlagenbetreiber Rechnung getragen werden. Auch wenn die Regelungskonzepte des § 34 Abs. 2 und des § 35 Abs. 2 WHG insoweit voneinander abweichen, als lediglich im letzteren Fall ausdrücklich eine angemessene Frist zur Anpassung an die neuen Anforderungen eingeräumt ist, steht das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch bei Stauanlagen einer sofortigen Umsetzungspflicht entgegen<sup>141</sup>.

Die bereits erörterte Problematik der ordnungsrechtlichen Inanspruchnahme von Hoheitsträgern<sup>142</sup> wird auch für vorhandene Stauanlagen in § 34 Abs. 3 WHG ausdrücklich aufgegriffen. Da bei einer vom Bund betriebenen Stauanlage an einer Bundeswasserstraße aus den dargetanen Gründen eine sonderordnungsrechtliche Verfügung der zuständigen Wasserbehörde des Landes gegen die betreffende Wasser- und Schifffahrtsdirektion ausscheidet, stellt § 34 Abs. 3 WHG die objektive Pflicht der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung klar, die materiell-rechtlichen Vorgaben umzusetzen<sup>143</sup>. Die Regelung substituiert daher die fehlende Anordnungsbefugnis der Wasserbehörde durch eine unmittelbar von Gesetzes wegen geltende Rechtspflicht der jeweiligen Bundesbehörde<sup>144</sup>. In ihr liegt keine Form der verfassungsrechtlich problematischen sog. Mischverwaltung<sup>145</sup>. Indem § 34 Abs. 3 WHG lediglich die wasserbehördlich nicht durchsetzbare objektive Pflicht der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung zur Herstellung der ökologisch geforder-

---

<sup>139</sup> Die Grundrechtsbezogenheit dieser Prinzipien wirft grundsätzlich die Frage auf, inwieweit sich auch der Bund als Träger der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung auf diese Gewährleistungen berufen kann, Art. 19 Abs. 3 GG; sie bedarf hier allerdings angesichts der ausdrücklichen einfachgesetzlichen Regelung nicht der Vertiefung.

<sup>140</sup> BVerfGE 30, 392, 402 f.; 95, 64, 87 f.; näher in diesem Zusammenhang *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 34 Rn. 21 und § 35 Rn. 12; *Riedel*, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, § 34 WHG Rn. 24 und § 35 WHG Rn. 12 a.

<sup>141</sup> So auch ausdrücklich BTags-Drucks. 16/12275, S. 61, wobei freilich unklar bleibt, weshalb die Fristenregelung hier anders als in § 35 Abs. 2 WHG nicht ausdrücklich kodifiziert worden ist.

<sup>142</sup> Siehe oben III. 2. b.

<sup>143</sup> *Riedel*, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, § 34 WHG Rn. 26 f.

<sup>144</sup> BTags-Drucks. 16/12275, S. 61.

<sup>145</sup> Siehe dazu schon oben III. 2. b.

ten Gewässerdurchgängigkeit klarstellt, errichtet er kein Verwaltungssystem, das die eindeutige Zuständigkeitszuordnung in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise verwischt.

#### *d. Verwaltungszuständigkeiten*

Gemäß Art. 83 GG obliegt der Vollzug des Wasserhaushaltsgesetzes grundsätzlich den Ländern als eigene Angelegenheit. Damit sind die Wasserwirtschaftsverwaltungen der Länder zuständig für die Einhaltung der Bewirtschaftungsvorgaben der §§ 34, 35 WHG. Dies gilt für die Zulassungsverfahren der Erlaubnis, gehobenen Erlaubnis, Bewilligung, Planfeststellung und Plangenehmigung auf wasserhaushaltsgesetzlicher Grundlage. Im einzelnen bestimmt sich die Zuständigkeit nach den jeweils geltenden landeswasserrechtlichen Bestimmungen, wie beispielsweise nach den §§ 105 ff. LWG Rh.-Pf.

Im Gegensatz dazu ist gemäß § 14 Abs. 1 WaStrG für Planfeststellungen zum Ausbau, Neubau und Beseitigung von Bundeswasserstraßen nach dem Bundeswasserstraßengesetz die örtlich zuständige Wasser- und Schifffahrtsdirektion zur Entscheidung berufen. Mit Blick auf die spezifisch bewirtschaftungsrechtlichen Vorgaben der §§ 34, 35 WHG gilt § 14 Abs. 3 Satz 1 WaStrG, nach dem bei Vorhaben, die Belange der Wasserwirtschaft berühren, das Einvernehmen<sup>146</sup> der zuständigen Wasserbehörde einzuholen ist<sup>147</sup>. Ebenso sind vorbehaltlich der Sonderregelung des § 34 Abs. 3 WHG allein die Wasserbehörden der Länder berechtigt, nachträgliche Anordnungen zur Durchsetzung der §§ 34, 35 WHG zu erlassen. Eine parallele oder konkurrierende sonderordnungsrechtliche Eingriffsbefugnis der Wasser- und Schifffahrtsdirektionen besteht dagegen nicht. Dies ergibt sich unmittelbar aus der verfassungsrechtlichen Unterscheidung der Kompetenztitel des Wasserhaushalts nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG einerseits und der Wasserstraßen nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 GG andererseits. Abweichend von der Grundregel der Verwaltungszuständigkeit im Bundesstaat nach Art. 83 GG verwaltet der Bund gemäß Art. 89 Abs. 2 Satz 1 GG die Bundeswasserstraßen durch eigene Behörden. Diese Verwaltungskompetenz beschränkt sich ebenso wie die korrespondierende Gesetzgebungskompetenz allein auf die Wasserstraßen als Ver-

---

<sup>146</sup> Zum Begriff des Einvernehmens siehe BVerwGE 22, 342, 344 f.; 57, 98, 101; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 28; *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Auflage 2008, Rn. 386.

<sup>147</sup> Siehe *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 70 Rn. 76; *Frieseke*, WaStrG, § 14 Rn. 69 ff.

kehrswegen. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes zur Reinhaltung der Bundeswasserstraßen<sup>148</sup> auf die strikte Trennung der beiden wasserrechtlichen Ebenen hingewiesen und die wasserstraßenrechtliche Kompetenz allein auf Belange des Schiffsverkehrs beschränkt<sup>149</sup>. Auch wenn Stauanlagen i. S. des § 34 WHG der Gewährleistung der Schiffbarkeit dienen und damit die oberirdischen Gewässer in ihrer Eigenschaft als Wasserstraßen betreffen, zielt die Regelung doch wie gesehen der Sache nach auf ökologische Elemente der haushälterischen Bewirtschaftung der Gewässer<sup>150</sup>. Sie ist daher kompetenzrechtlich dem Wasserhaushalt zuzurechnen und unterliegt somit allein der Verwaltungskompetenz der Länder gemäß Art. 83 GG<sup>151</sup>. Durch die zuvor beschriebene Trennung der stauanlagenbezogenen Durchgängigkeitshindernisse i. S. des § 34 WHG mit dem Vorbehalt zu Gunsten der Bundesverwaltung nach § 34 Abs. 3 WHG einerseits und der wasserkraftanlagenbezogenen Durchgängigkeitshindernisse i. S. des § 35 WHG andererseits ist zudem dafür Sorge getragen, daß auch im konkreten Einzelfall wie etwa beim Bau eines Umgehungsgerinnes oder einer Rechen-Bypass-Einrichtung parallele Verwaltungszuständigkeiten des Bundes und der Länder zuverlässig vermieden werden. Damit wird daher das Phänomen der verfassungsrechtlich problematischen Mischverwaltung an dieser Stelle nicht mehr relevant.

---

<sup>148</sup> Gesetz vom 17. August 1960, BGBl. I S. 2125.

<sup>149</sup> BVerfGE 15, 1, 9 ff.

<sup>150</sup> Zu diesem Begriffsgehalt BVerfGE 15, 1, 15.

<sup>151</sup> Siehe hierzu auch *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 34 Rn. 28.

## IV. Ergebnis

### 1. Zusammenfassung in Thesenform

- (1) Die §§ 34, 35 WHG sind Bestandteil einer Reihe von neuen wasserhaushaltsgesetzlichen Bestimmungen zur Bewirtschaftung oberirdischer Gewässer, die vor allem die Funktion haben, die hydromorphologischen Qualitätskomponenten zur Einstufung des guten ökologischen Zustands und Potentials i. S. der Wasserrahmenrichtlinie 2000/60/EG umzusetzen und die Regelungen über die allgemeinen Bewirtschaftungsziele der §§ 27 bis 31 WHG zu ergänzen.
- (2) Insbesondere werden hierzu in den §§ 33 ff. WHG separate, aber sachlich ineinander übergreifende bundesrechtliche Anforderungen an Mindestwasserführung, Gewässerdurchgängigkeit, Wasserkraftnutzung und gewässerbezogene Anlagen formuliert. In welchem systematischen Verhältnis die Bestimmungen zueinander stehen, wird im WHG nicht explizit kenntlich gemacht.
- (3) Vor dem Hintergrund der für den deutschen Gesetzgeber nicht disponiblen Geltung der ökologischen Durchgängigkeitsanforderungen nach der Wasserrahmenrichtlinie beschränkt sich die praktische Bedeutung der §§ 34, 35 WHG weithin auf die Ebene einer symbolischen Gesetzgebung. Unterschiedliche tatbestandliche Anknüpfungspunkte und Verantwortungszuweisungen zwingen gleichwohl zu einer Abgrenzung der beiden Vorschriften.
- (4) Die systematische Analyse der Vorschriften wird dabei durch das erkennbare Bemühen des Bundesgesetzgebers erschwert, durch gezielte Verwendung oder Vermeidung des Anlagenbegriffs (Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG) die verfassungsrechtliche Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern einfach-gesetzlich zu strukturieren. Maßgeblich für die Beurteilung ist insoweit allerdings nicht allein der Gesetzeswortlaut, sondern Regelungsinhalt und Regelungsziel der jeweiligen Einzelbestimmung.
- (5) So wird das Verhältnis von § 34 und § 35 WHG nicht schon dadurch bestimmt, daß sich § 34 WHG auf *Stauanlagen* bezieht, während § 35 WHG *Wasserkraftnutzungen* erfaßt. Vielmehr weisen beide Bestimmungen einen genuin anlagenbezogenen Regelungsgehalt auf.
- (6) Ein eindeutiges systematisches Spezialitätsverhältnis zwischen § 34 und § 35 WHG (*lex generalis – lex specialis*) im Sinne eines generellen Vor-

rangs einer der beiden Vorschriften besteht nicht. Vielmehr bedarf es der vergleichenden Analyse der jeweiligen Regelungsgehalte.

- (7) Die §§ 34, 35 WHG behandeln Fragen der hydromorphologischen Qualitätskomponenten oberirdischer Gewässer aus unterschiedlicher Perspektive: Während § 34 WHG allgemein die Durchgängigkeit des Gewässers als Bewirtschaftungsvorgabe postuliert, betrifft § 35 WHG die Einschränkung der Wasserkraftnutzung zum Schutz der Fischpopulation.
- (8) Darüber hinaus gelten aus Gründen der für den deutschen Gesetzgeber verbindlichen Vorgaben des europäischen Gewässerschutzrechts sowohl für Stauanlagen als auch für Wasserkraftanlagen jedenfalls die allgemeinen ökologischen Durchgängigkeitsanforderungen der Wasserrahmenrichtlinie, wie sie in den §§ 27 bis 31 WHG und dem konkretisierenden Verordnungsrecht ausgeführt sind.
- (9) § 34 WHG betrifft die Durchgängigkeit des Gewässers nicht nur für Fische, sondern auch für sonstige aquatischen Organismen und den natürlichen Sedimenttransport; rechtlich maßgeblich sind die ökologischen Bewirtschaftungsziele in Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie. Insoweit ist § 35 WHG mit seiner Kaprizierung auf Fische die speziellere Vorschrift. Andererseits fordert § 35 WHG aber die Gewässerdurchgängigkeit nicht als eigenes absolutes Schutzziel, sondern nur insoweit, als dies zum Erhalt der Fischpopulation erforderlich ist.
- (10) Mit Blick auf die von beiden Bestimmungen erfaßte Durchwanderbarkeit eines Gewässers für Fische werden damit für die Bewirtschaftung unterschiedliche gesetzliche Prüfungsmaßstäbe vorgegeben, je nachdem, ob die Gefahr von einer Stauanlage oder einer Wasserkraftnutzung ausgeht und ob lediglich einzelne Fische resp. Fischgenerationen oder die Reproduktionsfähigkeit einer Fischpopulation im ganzen betroffen sind.
- (11) Die Abgrenzung zwischen den §§ 34, 35 WHG wird in erster Linie durch die Unterscheidung zwischen einer Stauanlage und einer Wasserkraftnutzung bestimmt; maßgeblich ist dabei, ob das konkret in Rede stehende Durchgängigkeitshindernis auf die Stauanlage oder die Wasserkraftanlage zurückzuführen ist. Damit nimmt das Gesetz zugleich eine klare Trennung zwischen den Verantwortungssphären der verschiedenen Anlagenbetreiber vor.
- (12) Wann einer Stauanlage und wann eine Wasserkraftanlage vorliegt und wie sich beide im Falle einer einheitlichen Einrichtung (Stauanlage mit Wasser-

kraftnutzung) voneinander abgrenzen lassen, ist im einzelnen Fall durch Beurteilung der betreffenden Anlage zu ermitteln und entzieht sich einer abstrakten Beurteilung. Kriterien sind neben äußerem Erscheinungsbild, Funktion und Zweckbestimmung der Anlage insbesondere die jeweils zugrunde liegenden Gewässerbenutzungen (§ 9 WHG) oder Ausbauformen (§ 67 WHG, §§ 14 ff. WaStrG), wie sie sich aus den behördlichen Zulassungsbescheiden ersehen lassen.

- (13) Grundsätzlich ergibt sich die materielle ordnungsrechtliche Pflichtigkeit aus der Störerhaftung des Anlagenbetreibers als Verhaltensverantwortlicher und des Anlageninhabers als Zustandsverantwortlicher. Für Errichtung, Betrieb, wesentliche Änderung und Einstellung einer Anlage gilt grundsätzlich, daß Inhaber und Betreiber der jeweiligen Stau- resp. Wasserkraftanlage für die von dieser verursachten wasserrechtswidrigen Zustände und Verhaltensweisen ordnungsrechtlich einzustehen haben.
- (14) Auch Hoheitsträger und ihre Behörden sind nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) an die Anforderungen der §§ 34, 35 WHG gebunden, wengleich der Durchsetzung der Pflichten auf dem Bescheidwege rechtliche Grenzen gesetzt sind.
- (15) In der Sache ist die für die Staustufe verantwortliche Wasser- und Schifffahrtsdirektion für die Gewässerdurchgängigkeit gemäß § 34 WHG verantwortlich, wohingegen der Energieerzeuger nach § 35 WHG für diejenigen spezifischen Gefahren sonderordnungsrechtlich verantwortlich ist, die der Betrieb der Wasserkraftanlage für die Fischpopulation hervorruft.
- (16) Die strikte Trennung der verschiedenen gesetzlichen Regelungsregimes als notwendige Folge verfassungskonformer Auslegung trägt dabei dafür Sorge, daß Überschneidungen und einander überlagernde Pflichten von Bundesverwaltung und Unternehmen vermieden werden. Die Annahme einer gemeinsamen Verantwortlichkeit für dieselbe Anlage würde hingegen die vom Verbot der Mischverwaltung gezogenen verfassungsrechtlichen Grenzen überschreiten.
- (17) Wird eine Stauhaltung aus verkehrlicher Sicht nicht mehr benötigt, die Stauanlage aber erhalten, um eine bestehende Wasserkraftnutzung fortführen zu können, führt dies nicht automatisch zur Entlassung der Anlage aus der Verantwortung der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung. Vielmehr bleibt diese zunächst Zustandsverantwortliche. Allerdings ist die zuständige Wasser- und Schifffahrtsdirektion vorbehaltlich bestehender vertraglicher Ver-

pflichtungen dem Wasserkraftanlagenbetreiber gegenüber grundsätzlich frei, eine nicht mehr zu Verkehrszwecken benötigte Anlage zu schleifen.

- (18) Die Zuordnung der Verantwortungssphären der §§ 34, 35 WHG nach den Kriterium der Richtung der Fischwanderungen findet in Gesetzeswortlaut und Entstehungsgeschichte keinen ausdrücklichen Anknüpfungspunkt.
- (19) Unproblematisch ist die Beurteilung von reinen Stauanlagen, die allein nach § 34 WHG zu erfolgen hat.
- (20) Bei Stauanlagen mit Wasserkraftnutzung sind die Verantwortungssphären der Stauanlagenbetreiber und Wasserkraftanlagenbetreiber im einzelnen Fall präzise voneinander abzugrenzen. Letztlich maßgeblich bleibt die kausale Zuordnung der Gefahr zur jeweiligen Anlage.
- (21) Gefahren beim Fischabstieg sind der Verantwortungssphäre des Wasserkraftanlagenbetreibers zuzurechnen, soweit sie auf das typische Gefährdungspotential der Wasserkraftanlage zurückzuführen sind (z. B. Einsaugen von Fischen in die Turbine).
- (22) Im Einzelfall erscheint es aber auch nicht ausgeschlossen, daß Abstiegsgefahren aus gewässermorphologischen oder baulichen Gründen (z. B. große Fallhöhe, geringe Wassertiefe oder Störsteine im Tosbecken) nicht auf den Betrieb der Wasserkraftanlage, sondern der Stauanlage zurückgehen und daher dem Stauanlagenbetreiber zuzurechnen sind. Die unterschiedlichen Normziele und Verantwortungssphären der §§ 34, 35 WHG sind bei der Konkretisierung der Pflichtigkeit zu berücksichtigen.
- (23) Dagegen bildet beim Fischaufstieg regelmäßig die Stauanlage die maßgebliche Behinderung der Wanderungsbewegung. Durch sie verursachte Gefahren für die Fischfauna sind der Verantwortungssphäre des Stauanlagenbetreibers zuzurechnen.
- (24) Soweit eine Wasserkraftnutzung zusätzliche Aufwendungen bei der Ausgestaltung der Aufstiegsanlage erfordert, ändert dies bei Bundeswasserstraßen aus verfassungsrechtlichen Gründen des Verbots der Mischverwaltung nichts an der ausschließlichen materiellen ordnungsrechtlichen Verantwortlichkeit der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung. Öffentlich-rechtliche oder zivilrechtliche Ansprüche des Bundes gegen den Wasserkraftanlagenbetreiber zur Herstellung der Lastengerechtigkeit im einzelnen Fall werden hierdurch jedenfalls nicht kategorisch ausgeschlossen. Freilich unterliegt eine nachträgliche Vertragsanpassung unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls des Geschäftsgrundlage (§§ 313, 314 BGB, § 60 VwVfG) engen Grenzen.

- (25) Die §§ 34, 35 WHG gelten jeweils uneingeschränkt für die Neuzulassung von Anlagen. Darüber hinaus enthalten sie aber auch die Verpflichtung zur Anpassung bereits vorhandener Anlagen unter Berücksichtigung der grundgesetzlich geschützten Bestands- und Vertrauensschutzinteressen nach näherer Maßgabe des in den gesetzlichen Fristenregelungen konkretisierten rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.
- (26) Die Zuordnung der Verwaltungszuständigkeiten richtet sich nach den Art. 83 ff. GG. Für den Vollzug der wasserhaushaltsrechtlichen Bestimmungen der §§ 34, 35 WHG sind gemäß Art. 83 GG die Wasserwirtschaftsverwaltungen der Länder zuständig. Nach § 14 Abs. 3 Satz 1 WaStrG kommt ihnen auch bei wasserwegerechtlichen Planungsverfahren ein Vetorecht zu (Einvernehmensregelung). Das Problem verfassungsrechtlich unzulässiger Mischverwaltung stellt sich in dem hier interessierenden Zusammenhang nicht, solange die Trennung der Regelungsregimes der §§ 34, 35 WHG beachtet bleibt.

## 2. *Beantwortung der Ausgangsfragen*

- (1) Die Abgrenzung der Anwendungsbereiche der §§ 34, 35 WHG erfolgt auf dem Wege der Abgrenzung der ihnen zu Grunde liegenden unterschiedlichen Anlagenbegriffe. § 34 WHG regelt Stauanlagen, § 35 WHG trotz seines *prima facie* auf Nutzungen abstellenden Wortlauts Wasserkraftanlagen. Insoweit betreffen die Vorschriften grundsätzlich unterschiedliche Lebenssachverhalte.
- (2) Aus der zentralen Bedeutung des Anlagenbegriffs als Anwendungsvoraussetzung folgt zugleich eine strikte Trennung der Verantwortungssphären der Anlagenbetreiber auf der Ebene der ordnungsrechtlichen Einstandspflichten. Jeder ist für die von der ihm zuzurechnenden Anlage ausgehenden Durchgängigkeitshindernisse verantwortlich. Raum für eine gemeinsame Verantwortung von Stauanlagenbetreiber und Wasserkraftanlagenbetreiber für eine bestimmte Maßnahme auf Grund einer Gesamtschau der §§ 34, 35 WHG oder im Rahmen des § 34 WHG allein besteht nicht. Für den hier thematisierten Fall der Wasserkraftnutzung an Bundeswasserstraßen zwingt zudem das verfassungsrechtliche Verbot der Mischverwaltung zu einer strengen Abgrenzung (verfassungskonforme Auslegung), um einander überlagernde Verwaltungszuständigkeiten der Wasser- und Schifffahrtsverwal-

tung des Bundes und der Wasserwirtschaftsverwaltungen der Länder zu vermeiden.



Dr. Michael Reinhardt, LL.M. (Cantab.)

Ordentlicher Professor für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Trier  
Direktor des Instituts für Deutsches und Europäisches Wasserwirtschaftsrecht