

--	--	--

---

# Langtext

**recherchiert von: Herr Zapka**

---

**Gericht:** Bayerischer  
Verwaltungsgerichtshof  
München 22. Senat

**Entscheidungsdatum**  
:  
28.06.2005

**Aktenzeichen:** 22 B 95.2188

**Dokumenttyp:** Urteil

**Quelle:**

**Normen:** § 15 Abs 4 S 3 WHG, § 5 Abs 2  
WHG, § 5 Abs 1 WHG, § 4 Abs  
2 Nr 2a WHG, Art 14 GG

**Wasserrecht-Einschränkung eines anerkannten Altrechts)**

□

## Orientierungssatz

□

Zu den Voraussetzungen der Einschränkung eines anerkannten wasserrechtlichen Altrechts

□

## Verfahrensgang

□ vorgehend VG Regensburg, 27. April 1995, Az: RO 7 K 91.1942

□

## Tatbestand

□

1

Der Kläger betreibt an der W. vor deren Einmündung in die I. in der Gemeinde F., Landkreis F., die Stau- und Triebwerksanlage W. . Die Ausleitungsstrecke beginnt bei einem 42,55 m langen Wehr. Der Oberwasserkanal ist 46 m, der Unterwasserkanal 175 m lang. Die Wasserkraftanlage ist mit zwei Turbinen ausgerüstet, deren Nennleistung 225 kW und 170 kW beträgt (Gutachten ... vom April 1995, S. 5). Die kleinste noch verarbeitbare Wassermenge beträgt für jede der beiden Turbinen 1 m<sup>3</sup>/sec (Gutachten ... vom April 1995, S. 8).

2

Die Beteiligten gehen davon aus, die Stau- und Triebwerksanlage W. bestehe seit unvordenklicher Zeit und sei mit einer "realen Mahlmühl-, Schneidsäge- und Tuchwalkgerechtigkeit" verbunden gewesen. Am Grundstück FlNr. 91 der Gemarkung F. (Wohnhaus W.

3

und ...) ist eine reale Sägemühl-, Mahl- und Tuchwalkgerechtigkeit im Grundbuch eingetragen. In der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts wurde die Gewässerbenutzung schrittweise erheblich intensiviert. Einen Abschluss erreichten die deshalb eingeleiteten Gestattungsverfahren erst mit einem Bescheid des seinerzeitigen Landratsamts W. vom 12. Februar 1958 in der Gestalt des Nachtragsbescheids dieses Amtes vom 29. August 1963 und des Widerspruchsbescheids der Regierung von Niederbayern vom 27. September 1963. Neben einer baurechtlichen und einer gewerberechtiglichen Genehmigung umfasste die Gestattung die wasserrechtliche Genehmigung zum Ausbau des Wehres, des Ober- und des Unterwasserkanals und des Krafthauses mit zwei Turbinen sowie die Erlaubnis zur Benutzung des Wassers der W.. Die Erteilung der Erlaubnis erfolgte für die Ausnutzung einer Wassermenge von 3,24 m<sup>3</sup>/sec und eines Gefälles von 2,00 m unwiderruflich, für die Ausnutzung einer zusätzlichen Wassermenge von 7,76 m<sup>3</sup>/sec und eines zusätzlichen Gefälles von 1,60 m befristet bis 31. Dezember 1983 (I § 4 des Bescheidstenors). Die Befugnis zur Ausnutzung des Zuflusses der W. wurde mit der Verpflichtung verbunden, im Altbett der W. eine Mindestwassermenge von 0,1 m<sup>3</sup>/sec zu belassen (I § 6 des Bescheidstenors). Die strittige Frage einer Befristung oder Widerruflichkeit der Erlaubnis (S. 5 R des Ausgangsbescheids) wurde zugunsten einer teilweisen Unwiderruflichkeit entschieden, soweit nach Ermittlungen der Behörden die erwähnten alten Realrechte bestanden (S. 4 des Widerspruchsbescheids).

Anträge des Unternehmers auf Gestattung weiter intensivierter Gewässerbenutzung führten in der Folgezeit zur Bewilligung im Umfang eines tatsächlich bereits ausgeübten Überstaus. Die Legalisierung erfolgte durch Bescheid des Landratsamts W. vom 24. Februar 1965 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids der Regierung von Niederbayern vom 5. September 1966. Bewilligt wurden - wie in den Bescheiden von 1958/1963 befristet bis 31. Dezember 1983 und unbeschadet der dort anerkannten altrechtlichen Befugnisse - u.a. eine Erhöhung des Stauziels um 0,13 m auf 349,10 m+NN an der Wehranlage sowie der entsprechenden Wasserausleitungs- und -wiedereinleitungsmenge um 0,2 m<sup>3</sup>/sec auf 11,2 m<sup>3</sup>/sec (A I 1, II 1, II 3 b, IV - Satz 1 - des Bescheidstenors). Verbunden wurde damit die "Bedingung", im Mutterbett der W. an der Ausleitungsstelle stets eine Mindestwassermenge von 0,135 m<sup>3</sup>/sec zu belassen (A II 3 c des Bescheidstenors). Zur strittigen Restwassermenge gehen die Bescheide

davon aus, dass im Interesse von Fischerei und Naturschutz an sich eine weitergehende Erhöhung angebracht gewesen wäre (etwa auf 0,540 m<sup>3</sup>/sec als 1/10 Q 180 - ein Zehntel der durchschnittlichen Wasserführung an 180 Tagen/Jahr - , S. 17 des Ausgangsbescheids), zum Schutz des erlaubten Bestandes die Erhöhung jedoch auf das Maß der Mehrnutzung zu begrenzen sei (Mehrnutzung von 0,2 m<sup>3</sup>/sec erreichbar an ca. 65 Tagen/Jahr ergibt Mehrnutzung von 0,035 m<sup>3</sup>/sec im Durchschnitt des ganzen Jahres, S. 3/4 des Widerspruchsbescheids).

Nach Ablauf der Geltung der befristeten Teile der Gestattungen von 1958/1963 und der Bewilligung von 1965/1966 am 31. Dezember 1983 stellte der Rechtsvorgänger des Klägers am 15. März 1984 beim nunmehr zuständigen Landratsamt F. Antrag auf erneute Bewilligung; 1986 erwarb der Kläger die Anlage und machte sich den Bewilligungsantrag zu eigen. Diskussionsthema des Bewilligungsverfahrens war hauptsächlich der Umfang des Restwasserabflusses im Mutterbett. Das Landratsamt erholte hierzu Stellungnahmen der unteren Naturschutzbehörde beim Landratsamt, des Gewässergütesachverständigen bei der Regierung von Niederbayern, des Fachberaters für Fischerei beim Bezirk Niederbayern, des Fischereivereins D. e.V. als Pächter des betroffenen Fischereirechts, der Bezirksfinanzdirektion Landshut als Vertretungsbehörde des Gewässereigentümers sowie des Wasserwirtschaftsamts P. und führte einen Augenschein und einen Erörterungstermin durch. Der Kläger legte Gutachten des Landschaftsarchitekten ... (Büro ... und ...) und des Sachverständigen für Fischerei ... vor. Im Widerspruchsverfahren erholte das Landratsamt ergänzende Stellungnahmen der unteren Naturschutzbehörde, des Fachberaters für Fischerei sowie des Wasserwirtschaftsamts.

Entschieden wurde über den Bewilligungsantrag durch Bescheid des Landratsamts F. vom 21. Juni 1989 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids der Regierung von Niederbayern vom 16. Oktober 1991. Abschnitt A des Bescheidentextes enthält die Feststellung, dass der Kläger aufgrund der für die Anlage bestehenden realen Mahlmühl-, Schneidsäge- und Tuchwalkgerechtigkeit zur Wasserausleitung und -wiedereinleitung im Umfang von 3,24 m<sup>3</sup>/sec sowie zur Nutzung eines Gefälles von

2,00 m berechtigt sei; diese unbefristeten und unwiderruflichen Rechte blieben aufrechterhalten, ihre Ausübung richte sich von nun an nach den Bedingungen und Auflagen in Abschnitt B. Abschnitt B des Bescheidens enthält unter I u.a. die Bewilligung zum Aufstau der W. an der Wehranlage auf 349,10 m+NN - was eine Fallhöhe von 2,00 m + 1,60 m + 0,13 m = 3,73 m impliziert - sowie zur Wasserableitung und -wiedereinleitung im Umfang von zusätzlich 7,96 m<sup>3</sup>/sec - mit den 3,24 m<sup>3</sup>/sec gemäß Abschnitt A also einer Gesamtwassermenge von 11,20 m<sup>3</sup>/sec -. Die Bewilligung ist unter II mit Bedingungen und Auflagen verbunden, darunter einer Befristung bis 31. Dezember 2019 sowie

in B II 3 Buchst. a Satz 2 folgender Regelung:

7

Im Mutterbett der W. ist an der Ableitungsstelle stets ein Restabfluss von 1,0 m<sup>3</sup>/sec zu belassen.

8

und in B II 12 einer Betretungsrechtsregelung.

9

Hinsichtlich des Restwasserabflusses im Mutterbett ist in den Bescheidsgründen ausgeführt:

10

Im Interesse von Natur und Landschaft, Gewässer und Fischerei sollten in Ausleitungsstrecken ausreichende Restabflüsse sichergestellt werden. Der rechtliche Auftrag hierzu ergebe sich aus § 1 a Abs. 1 WHG, Art. 42 Satz 2 Nr. 3 BayWG, Art. 141 Abs. 1 BV, Art. 1 Abs. 2 Nrn. 4, 5 Satz 1 Hs. 2, Art. 2 Abs. 2, Art. 6 a Abs. 1 Sätze 1, 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 BayNatSchG, Art. 1 Abs. 2 Sätze 2, 3, Art. 77 Abs. 2 FischereiG, B XII 6.6 LEP vom 3. Mai 1984 GVBl S. 121/122. Die Notwendigkeit, den Lebensraum Gewässer vor Störungen und Zerstörung zu schützen, bestehe während des gesamten Jahres. Zur

11

Vermeidung wasserwirtschaftlicher und ökologischer Nachteile solle der Restabfluss den mittleren Niedrigwasserabfluss MNQ in der Regel nicht unterschreiten. MNQ betrage hier 2,33 m<sup>3</sup>/sec. Würde der Kläger sein Altrecht ohne Verpflichtung zu einer Restwasserabführung wahrnehmen dürfen - was schon nach den bisherigen Bescheiden nicht mehr der Fall gewesen sei -, so würden dem Altbach an ca. 190 Tagen/Jahr weniger als MNQ zur Verfügung stehen, davon an ca. 80 Tagen/Jahr überhaupt kein Restwasser - namentlich in den Monaten September/Oktobre falle der Zufluss zeitweise unter 3,24 m<sup>3</sup>/sec -. Ein solcher Zustand sei nicht zeitgemäß. Er sei im Zusammenhang mit der Bewilligung einer über das Altrecht hinausgehenden Gewässerbenutzung dergestalt zu korrigieren, dass der Abfluss im Umfang von MNQ unter Wahrung der Belange des Klägers auf das ganze Jahr verteilt (gestreckt) werde. Die rechtliche Zulässigkeit einer solchen Vorgehensweise ergebe sich aus § 15 Abs. 4 Satz 3, § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a, Abs. 2, § 4 Abs. 2 Nr. 2 a WHG, Art. 15 Nr. 1 BayWG (Maßnahme zum Ausgleich einer auf die Benutzung zurückzuführenden Beeinträchtigung der biologischen Beschaffenheit des Wassers). Die Umrechnung führe zu einem Restabfluss von an sich 1,338 m<sup>3</sup>/sec. Vertretbar sei auch noch die Herabsetzung des Wertes auf 1,0 m<sup>3</sup>/sec. Der bisherige Abfluss von 0,135 m<sup>3</sup>/sec sei nach übereinstimmender Auffassung aller behördlichen Sachverständigen gewässerökologisch und fischereibiologisch jedenfalls völlig unzureichend; er gewährleiste eine ausreichende Benetzung und Fließgeschwindigkeit nur für einen sehr schmalen Teil des ursprünglichen Gewässerbetts; die W. biete so in keiner Weise mehr das Erscheinungsbild eines Mittelgebirgsflusses. Bei Abflussversuchen in Anwesenheit der Beteiligten und der behördlichen Sachverständigen (am 10.11.1987 und am 5.7.1988) habe sich eine Steigerung des Restabflusses auf 1,0 m<sup>3</sup>/sec als optimaler Kompromiss herauskristallisiert. Mit einem solchen Restabfluss werde der Bereich der Besiedlung mit Lebewesen und Pflanzen breiter werden; in dem dann größeren Wasserkörper werde sich wieder eine qualitativ bessere Lebensgemeinschaft aufbauen; es könnten dort Fische in allen Lebensstadien existieren und die Fischerei einigermaßen aufrechterhalten werden; nicht zuletzt werde auch einer stärkeren Verschlammung des Bachbetts vorgebeugt, so dass Wasseramsel und Flussperlmuschel wieder bessere Lebensbedingungen fänden. Die Erhöhung des Restabflusses verringere zwar die Energieausbeute des Unternehmers; die Wirtschaftlichkeit der Anlage bleibe dennoch auch künftig gewährleistet; durch die Mehrung der Ausleitungsmenge um 7,96 m<sup>3</sup>/sec (und der Fallhöhe um 1,73 m) ergebe sich ein erheblicher Zusatzgewinn. So würde das Altrecht ohne Restwasserableitung eine Energieausbeute von 0,4 Mio. kWh/a ermöglichen; mit

der neuen Bewilligung werde bei einem Restwasser von 1,0 m<sup>3</sup>/sec eine Ausbeute von 1,40 Mio. kWh/a möglich - bei einem Restwasser von 0,5 m<sup>3</sup>/sec eine Ausbeute von 1,45 Mio. kWh/a, bei einem Restwasser von 0,135 m<sup>3</sup>/sec eine Ausbeute von 1,47 Mio. kWh/a, ohne Restwasserableitung eine Ausbeutung von 1,52 Mio. kWh/a -; die Zahlen errechneten sich nach DIN 4043 und 4048. Der Verkaufserlös sei mit 0,10 bis 0,13 DM/kWh anzusetzen.

Der Kläger erhob Klage zum Verwaltungsgericht mit dem Ziel, 12

den Beklagten zu verpflichten, 13

die Anordnung zum Restwasserabfluss auf 0,135 m<sup>3</sup>/sec zu beschränken, 14

die Anordnung zum Betretungsrecht der Öffentlichkeit auf Flächen außerhalb der vorhandenen Umzäunung zu beschränken, 15

hilfsweise in beiderlei Hinsicht den Kläger nach bestimmten Maßgaben neu zu bescheiden. 16

Das Verwaltungsgericht wies die Klage mit Urteil vom 27. April 1995 als unbegründet ab und führte im Wesentlichen aus: 17

Die Auflage zum Restwasserabfluss sei in vollem Umfang durch die rechtlichen und fachlichen Erwägungen des Beklagten gedeckt. Alte Rechte und alte 18

Befugnisse unterlägen dem gleichen Vorbehalt nachträglicher Anforderungen wie Erlaubnisse und Bewilligungen nach neuem Recht. Die durch alte Rechte und alte Befugnisse vermittelten Dauernutzungen könnten nicht ohne Rücksicht auf bzw. Anpassung an sich wandelnde wasserwirtschaftliche Situationen einfach unverändert fortbestehen. Die dem Kläger bewilligte Ableitung von Wasser über das Altrecht hinaus bewirke eine Beeinträchtigung der biologischen Beschaffenheit des Wassers im Mutterbett, zu deren Ausgleich die Gewährleistung eines Restabflusses von 1,0 m<sup>3</sup>/sec erforderlich sei. Das lasse sich ohne weitere Beweiserhebung dem vorliegenden Gutachten entnehmen. Nur mit dem geforderten Restabfluss stelle sich der Altbach noch als Fließgewässer dar, biete er Fischen, Fischnährtieren, Krebsen und Muscheln weitgehend gesicherte Existenzmöglichkeiten und sei er vor Sedimentation und Verschlammung geschützt. Dass der erhöhte Restabfluss die Energieausbeute vermindere, mache die Entscheidung des Beklagten nicht etwa ermessensfehlerhaft; der Einbuße des Klägers stehe ein erhöhtes Nutzungsrecht gegenüber - eine Wassermenge von 7,96 m<sup>3</sup>/sec und ein Gefälle von 1,73 m zusätzlich zum Altrecht -; der Beklagte habe die betroffenen Interessen insgesamt sachgerecht in seine Abwägung einbezogen und dem ökologischen Wertewandel in vertretbarer Weise durchschlagendes Gewicht eingeräumt. Auch Art. 96 BayWG stehe der Forderung erhöhten Wasserabflusses nicht entgegen. Die dort normierte Privilegierung kleiner Wasserkraftwerke schütze diese nur vor dem Erfordernis eines neuen Gestattungsverfahrens, nicht jedoch vor Auflagen gemäß §§ 4 , 5 , 15 WHG .

Mit der Berufung verfolgt der Kläger sein erstinstanzliches Klageziel im Wesentlichen weiter. Er beantragt nunmehr,

19

unter Aufhebung des verwaltungsgerichtlichen Urteils den Beklagten zu verpflichten, die Anordnung zum Restwasserabfluss auf 0,400 m<sup>3</sup>/sec zu beschränken.

20

Seine Argumente lassen sich, unter Einbeziehung des

21



Vorbringens erster Instanz, wie folgt zusammenfassen:

Die Forderung des Beklagten nach vermehrtem Restwasserabfluss beruhe auf einer prinzipiell unzulässigen Vermischung von Altrecht und Bewilligung; beide Regelungsbereiche seien strikt auseinander zu halten; die über das Altrecht hinausgehende Bewilligung dürfe nur mit solchen Nebenbestimmungen versehen werden, die allein durch die Bewilligung, nicht durch das Altrecht veranlasst seien. Die beides vermischende Forderung eines Restwasserabflusses von 1,0 m<sup>3</sup>/sec schmälere das unbefristete und unwiderrufliche Altrecht so, dass es an bis zu 130 Tagen/Jahr nicht mehr in vollem Umfang ausgenutzt werden könne; der Standpunkt des Beklagten - volle Anerkennung und gleichzeitige Beschränkung des Altrechts - sei in sich widersprüchlich. Es könne auch nicht etwa dem Antrag des Klägers auf Bewilligung über das Altrecht hinaus irgendein Einverständnis mit einer Altrechtsbeschränkung oder ein dahingehender Verzicht entnommen werden. Ebenso wenig seien die Voraussetzungen für einen Widerruf nach § 15 Abs. 4 WHG gegeben.

22

Das Altrecht des Klägers - im Umfang einer Wassermenge von 3,24 m<sup>3</sup>/sec und eines Gefälles von 2,00 m - genieße den Schutz des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ; die Bereitschaft des Klägers, auch künftig eine Restwassermenge von 0,135 m<sup>3</sup>/sec oder sogar eine solche von 0,4 m<sup>3</sup>/sec zur Verfügung zu stellen, sei ein freiwilliges Zugeständnis; verlangen könne man von ihm eine das Altrecht schmälernde Restwassermenge allenfalls im Weg entschädigungspflichtiger Enteignung - was nicht die Intention der angegriffenen Bescheide sei. Seine Rechtsposition sei weder von ihrem Entstehungsgrund her (vgl. BVerfGE 58, 300 /350) noch unter dem Blickwinkel des Art. 96 BayWG einer Relativierung zugänglich; sie schütze den Betrieb nicht erst vor schweren und unerträglichen, sondern bereits vor spürbaren, nachhaltigen Einbußen (Ertragsminderungen). Eine Änderung der wasserwirtschaftlichen Situation gegenüber der beim Entstehen des Altrechts bzw. bei seiner Bestätigung in den Jahren 1965/66 sei zum einen nicht feststellbar und wäre zum anderen unerheblich. Da die Stromerzeugung aus Wasserkraft in besonderer Weise dem Gemeinwohl diene und der Kläger wie bisher bereit sei, einen gewissen Restwasserabfluss zu akzeptieren, sei

23

auch der Sozialbindung i.S. des Art. 14 Abs. 2 GG  
Genüge getan.

Die Unantastbarkeit des Altrechts finde in Art. 96 Abs. 1 Satz 3 BayWG mittelbar eine Bestätigung. Wann und wo im Zusammenhang mit der Ausübung alter Rechte Besorgnissen wegen unzureichenden Restwasserabflusses begegnet werden könne, sei dort 24  
spezialgesetzlich geregelt; bei kleinen Ausleitungskraftwerken - unter 1000 kW Ausbauleistung wie hier - seien Altrechtsbeschränkungen ausgeschlossen.

Unabhängig von alldem seien die Voraussetzungen des § 25  
4 Abs. 2 Nr. 2 a WHG auch als solche nicht erfüllt. Die Vorschrift diene nicht naturschutz- oder fischereifachlichen Belangen, sie habe deshalb nicht die Beschaffenheit des Gewässers im Auge, sondern ausschließlich die des Wassers als solchen. Für dieses habe das Durchlaufen der Triebwerksanlage den positiven Effekt einer Sauerstoffanreicherung. Von einer Beeinträchtigung der biologischen Beschaffenheit des Wassers im Mutterbett könne keine Rede sein. Die Gewässergüte sei dort selbst bei zeitweise völligem Trockenfallen stets hervorragend. Dasselbe gelte - erst recht - für den Ausleitungskanal. Die Eignung des Wassers als Element für tierisches und pflanzliches Leben und seine Bedeutung für den Stoffwechsel bei allen Organismen in ihm seien bei einem Restwasserabfluss von 0,135 m<sup>3</sup>/sec, zumindest bei einem solchen von 0,4 m<sup>3</sup>/sec, auch in Zukunft voll sichergestellt. Dieser Restwasserabfluss habe schon bisher zu einem Zustand geführt, dessen spezifische Schutzwürdigkeit nicht unbeachtet bleiben dürfe. Der bisherige Zustand biete zumal Fischnährtieren und Jungfischen günstige Lebensbedingungen; Wasserinsekten, Muscheln und Krebse fänden hier ebenso eine Zuflucht wie Bachforelle und Koppe als Rote-Liste-Arten. Eine Erweiterung des Lebensraums für Groß- und Raubfische, die im Interesse der Fischereiberechtigten und der Sportangler liegen möge, erscheine weder erforderlich noch i.S. fehlerfreier Abwägung bzw. Ermessensausübung sachgerecht. Auf's Ganze gesehen werde eine Beseitigung der bisherigen "Schonstrecke für den Fischnachwuchs" weder dem Fischbestand noch der Fischerei wirkliche Vorteile bringen. Dem Angelsport komme schon als solchem und erst recht gegenüber den anderen involvierten Belangen

(Altrecht des Klägers, Naturschutz, Energiewirtschaft)  
kein durchschlagendes Gewicht zu.

Auch unter dem Blickwinkel des Naturschutzes im Übrigen lasse sich die geforderte Erhöhung der Restwassermenge nicht rechtfertigen. Die geforderte Erhöhung um das etwa 7,4-Fache werde im Bereich der Ausleitungsstrecke die Leistungsfähigkeit nicht nur des Gewässers als Lebensraum, sondern auch des begleitenden Naturhaushalts erheblich und nachhaltig beeinträchtigen. Gleichgewicht, Vielfalt und Reichtum der bestehenden ökologischen Situation - die als Biotop kartiert sei - würden bei stärkerer Durchströmung des Mutterbetts zumindest empfindlich gestört. Betroffen seien insofern Verlandungsbereiche mit Röhricht, seggen- und binsenreiche Nass- und Feuchtwiesen, Mädesüß-Hochstaudenfluren, Auwälder, Sand- und Felsrasen und Steinfluren, ferner gefährdete Tierarten (neben der Koppe etwa Wasseramsel, Ringelnatter, großer Schillerfalter, Graureiher, Eisvogel und Flussperlmuschel) sowie gefährdete Pflanzenarten (insbesondere Eisenhut, Straußenfarn, schwarze Teufelskralle und Waldgeißbart). Die potenziellen Beeinträchtigungen seien bei der Entscheidung des Beklagten entgegen Art. 6 d Abs. 1 Satz 1 BayNatSchG, §§ 20 ff. BNatSchG bisher nicht ausreichend berücksichtigt worden. Die Landschaftsästhetik erscheine angesichts der unveränderbaren Lage der Ausleitungsstrecke zwischen einer Hühnergroßfarm und einem Eisenbahndamm ohnehin nicht verbesserungsfähig, im Übrigen mangels Einsehbarkeit der Strecke auch nicht verbesserungsbedürftig.

26

Fehlerhaft sei die Entscheidung des Beklagten schließlich auch deshalb, weil sie deren energiewirtschaftliche 27 Folgen unterschätze. Die Ausbeute an sauberer - elektrischer Energie, an der an sich ein hohes öffentliches Interesse besteht, werde im Vollzug der Entscheidung um mindestens 20 % sinken. Wirtschaftlich werde - anlagenbezogen - der Umsatz des Klägers von etwa 100.000 DM/a um etwa 30 % zurückgehen. Ein rentabler Betrieb sei damit nicht mehr möglich; der Gesamtwert der Anlage werde sich entsprechend mindern. Vollends unberücksichtigt sei geblieben, dass eine Unterschreitung des Umfangs der altrechtlichen Befugnis diese gemäß § 15 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 WHG innerhalb von drei Jahren entschädigungsloser Widerruflichkeit aussetzen würde;

eine solche Konsequenz sei dem Kläger nicht zumutbar.

Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Berufung. 28

Während des Berufungsverfahrens traf das Landratsamt mit Bescheid vom 26. Januar 2005, dem Kläger zugestellt am 1. Februar 2005, u.a. folgende Regelungen: ... 29

2. Jeweils mit Wirkung für die Vergangenheit wird Ziff. I § 4 Satz 1 des Bescheids des Landratsamts vom 12. Februar 1958... in der Fassung des Widerspruchsbescheids der Regierung von Niederbayern vom 27. September 1963 zurückgenommen und erhält Satz 2 dieser Ziffer folgende Fassung: "Die Erlaubnis wird befristet bis zum 31. Dezember 1983 erteilt". 30

3. Abschnitt A Ziff. II 3 b des Bescheids des Landratsamts vom 24. Februar 1965... in der Fassung des Widerspruchsbescheids der Regierung von Niederbayern vom 5. September 1966... wird mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen. 31

4. Der Bescheid des Landratsamts vom 21. Juni 1989... in der Fassung des Widerspruchsbescheids der Regierung von Niederbayern vom 16. Oktober 1991... wird mit Wirkung für die Vergangenheit teilweise zurückgenommen und geändert wie folgt: 32

4.1: Abschnitt A wird aufgehoben. 33

4.2: Ziff. B I 1 b erhält folgende Fassung: 34

(Bewilligung) "zum Ableiten von Wasser aus der W. in den Triebwerkskanal und Einleiten von Wasser aus dem Triebwerkskanal in die W. jeweils bis maximal 11,2 m<sup>3</sup>/sec". 35

4.3: Ziff. B II 1 wird um folgenden Satz 2 ergänzt: 36

"Sie (die Bewilligung) steht unter der auflösenden Bedingung, dass der Unternehmer binnen sechs Monaten nach Unanfechtbarkeit dem Landratsamt eine Planung für die Herstellung der Durchgängigkeit der W. am Ausleitungswehr vorlegt und diese binnen sechs Monaten nach Genehmigung durch das Landratsamt funktionstüchtig erstellt und den Mindestabfluss (Restwasser) darüber abgibt. 37

4.4: Ziffer B II 3 erhält folgende Fassung: 38

"Umfang der bewilligten Ableitung und Einleitung: 39

a) Aus der W. dürfen nur bis zu 11,2 m<sup>3</sup>/sec Wasser abgeleitet werden und dies nur und in der Weise, dass im Mutterbett (Ausleitungsstrecke) immer 1,0 m<sup>3</sup>/sec Wasser abfließt (Mindestabfluss = Restwassermenge); d.h., dass erst ab einem Abfluss von 1,0 m<sup>3</sup>/sec Wasser abgeleitet werden darf und dann nur die den Abfluss von 1,0 m<sup>3</sup>/sec in der W. übersteigende Menge, höchstens aber 11,2 m<sup>3</sup>/sec (Maximalableitung)... 40

b) Auch für den Fall, dass das früher angenommene Altrecht (Fallhöhe = 2,0 m; Maximalableitung = 3,24 m<sup>3</sup>/sec) besteht, beträgt der Mindestabfluss 1,0 m<sup>3</sup>/sec..." 41

4.5: Ziff. B II 6 wird ergänzt wie folgt: "Diese Verpflichtung (Vorkehrungen für den Mindestwasserabfluss) entfällt, wenn der Mindestabfluss in vollem Umfange über das Umgehungsgerinne (eine Fischaufstiegshilfe) abgegeben wird". 42

Der Kläger legte gegen die genannten Regelungen fristgemäß Anfechtungswiderspruch ein, über den noch nicht entschieden ist. 43

In der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof vom 24. Juni 2005 hob der Beklagte die Auflage B II 12 des Bescheids vom 21. Juni 1989 (entspricht B II 11 der aktuellen Fassung dieses Bescheids) ersatzlos auf. Die Beteiligten erklärten den Rechtsstreit insofern für erledigt. 44

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichts- und Behördenakten Bezug genommen.

□

**Entscheidungsgründe**

Soweit die Beteiligten die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, wird das Verfahren in entsprechender Anwendung des § 92 Abs. 3 VwGO eingestellt; die diesbezügliche Unwirksamkeit des angefochtenen Urteils ergibt sich aus § 173 VwGO i.V. mit § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO in entsprechender Anwendung. 46

Die Berufung ist unbegründet. Die Verpflichtungs- bzw. Bescheidungsklage hat keinen Erfolg, soweit noch über sie zu entscheiden ist. Einer weiteren Beweiserhebung, wie sie der Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 24. Juni 2005 angeregt hat, bedarf es nicht. 47

**I.** 48

Gegenstand der noch anhängigen Klage ist auch nach dem Erlass des Bescheids des Landratsamts vom 26. Januar 2005 das Verpflichtungsbegehren des Klägers, das auf eine wasserrechtliche Nutzungsbewilligung ohne verschärfte Nebenbestimmungen zur Erhöhung des Mindestabflusses bzw. der Restwassermenge in der W. unter Einschränkung auch des ursprünglich anerkannten Altrechts gerichtet ist. Die diesem Begehren entgegenstehende Versagungsentscheidung des Landratsamts ist nunmehr durch die - die früheren Bescheide modifizierenden - aktuellen Regelungen in Nr. 4.4 des Bescheids vom 26. Januar 2005 ergänzt worden, so dass diese hier zu berücksichtigen sind. 49

Gegenstand der Klage ist dagegen nicht die im Bescheid vom 26. Januar 2005 erfolgte Zurücknahme der in früheren Bescheiden ausgesprochenen Anerkennung eines Altrechts (Nrn. 2, 3 und 4.1 des Bescheids vom 26.1.2005). Der Kläger hat diese Regelungen nicht in 50

seine Klage einbezogen und insofern einen Anfechtungswiderspruch eingelegt. Sollte die Frage der Rechtmäßigkeit der Zurücknahme für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits erheblich sein, so käme eine Aussetzung des vorliegenden Rechtsstreits nach § 94 VwGO in Betracht. Der Verwaltungsgerichtshof ist jedoch der Auffassung, dass es auf diese Frage nicht ankommt. Soweit der Kläger im vorliegenden Verfahren Einschränkungen seines Altrechts bekämpft, ist der geltend gemachte Anspruch auch dann nicht gegeben, wenn zu seinen Gunsten angenommen wird, dass das Altrecht fortbesteht.

Gegenstand der Klage ist auch nicht die im Bescheid vom 26. Januar 2005 (Nr. 4.3 und Nr. 4.5) erfolgte nachträgliche Festsetzung einer auflösenden Bedingung betreffend das Unterbleiben der Herstellung der Durchgängigkeit der W. am Ausleitungswehr. Der Kläger hat auch diese Regelungen nicht in seine Klage einbezogen und insofern einen Anfechtungswiderspruch eingelegt. 51

## II.

52

Die mit der vom Landratsamt getroffenen Regelung zur Erhöhung der Restwassermenge in der W. verbundene Einschränkung des ursprünglich anerkannten Altrechts des Klägers ist rechtmäßig. Die Festsetzung des Mindestabflusses bzw. der Restwassermenge von 1,0 m<sup>3</sup> / sec im Altbach ist nach der maßgeblichen derzeitigen Rechtslage auch dann gerechtfertigt, wenn damit das ursprünglich anerkannte Altrecht auf Ausleitung von 3,24 m<sup>3</sup>/sec eingeschränkt wird. Denn diese Beschränkung findet ihre Rechtsgrundlage in § 15 Abs. 4 Satz 3 i.V. mit § 5 Abs. 2 und Abs. 1 Nr. 1 a i.V. mit § 4 Abs. 2 Nr. 2 a WHG . Nach § 15 Abs. 4 Satz 3 WHG bleibt auch im Hinblick auf Altrechte unberührt die Zulässigkeit nachträglicher Anforderungen und Maßnahmen ohne Entschädigung nach § 5 WHG . Nach § 5 Abs. 2 WHG gilt § 5 Abs. 1 WHG für alte Rechte entsprechend, soweit nicht § 15 WHG weitergehende Einschränkungen zulässt. Nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 a WHG stehen demgemäß auch 53



Altrechte kraft Gesetzes unter dem Vorbehalt, dass nachträglich Maßnahmen i.S. von § 4 Abs. 2 Nr. 2 a WHG angeordnet werden. § 4 Abs. 2 Nr. 2 a WHG in der nunmehr anzuwendenden Fassung des 7. Gesetzes zur Änderung des WHG vom 18. Juni 2002 (BGBl I S. 1914) sieht Maßnahmen vor, die zum Ausgleich einer auf die Benutzung zurückzuführenden Beeinträchtigung des ökologischen Zustands eines oberirdischen Gewässers erforderlich sind. Es geht danach nicht mehr um den Ausgleich der in der Vergangenheit vom Beklagten behaupteten und vom Kläger bestrittenen Beeinträchtigung der physikalischen, chemischen oder biologischen Beschaffenheit des Wassers entsprechend dem durch das 7. Gesetz zur Änderung des WHG geänderten früheren Gesetzeswortlaut. Das diesbezügliche Vorbringen der Beteiligten samt Beweisangeboten und –anregungen ist somit überholt.

Diese Vorschriften stellen, soweit Altrechte Eigentumsschutz nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG genießen, rechtmäßige Inhalts- und Schrankenbestimmungen dar ( Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG ), die sicherstellen, dass die Ausübung der Altrechte gemeinwohlverträglich geschieht ( Art. 14 Abs. 2 GG ). Greift der Gesetzgeber nämlich bei der Umgestaltung eines Rechtsgebiets in bisher bestehende Rechte ein, so liegt darin jeweils eine neue Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums, deren Verfassungsmäßigkeit an Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG zu messen ist. Der Gesetzgeber darf dabei die nach altem Recht begründeten Rechte der Neuregelung angleichen, selbst wenn dabei die bisher mit dem Recht verbundenen Befugnisse eingeschränkt werden. Der Eingriff in die nach früherem Recht entstandenen Rechte muss allerdings durch Gründe 54 des öffentlichen Interesses unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sein. Die Gründe des öffentlichen Interesses, die für einen solchen Eingriff sprechen, müssen so schwer wiegen, dass sie Vorrang haben vor dem Vertrauen des Bürgers auf den Fortbestand seines Rechts, das durch die Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gesichert wird ( BVerwG vom 14.4.2005 - Az. 7 C 16.04 ). Die vorgenannten Vorschriften genügen diesen Anforderungen; sie sind durch ein gewichtiges öffentliches Interesse gerechtfertigt und lassen sich im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anwenden.

Mit dem auf der Rechtsfolgenseite verwendeten Begriff der "Maßnahme" wird auch die Festsetzung einer Restwassermenge erfasst. Die Festsetzung einer Restwassermenge dürfte zwar wegen ihrer unmittelbaren Auswirkung auf den Umfang der gestatteten Gewässerbenutzung eine Gestattungsinhaltsbestimmung darstellen (vgl. BayVGH vom 7.10.2004, BayVBl 2005, 339 ). Der Begriff "Maßnahme" schließt jedoch auch derartige Gestattungsinhaltsbestimmungen ein. Der Begriff "Maßnahme" ist weit, wie auch § 35 Abs. 1 Satz 1 VwVfG erkennen lässt. Er erfasst nicht nur Nebenbestimmungen im engeren Sinn, sondern auch Gestattungsinhaltsbestimmungen. Wie bei der Erteilung von Erlaubnissen und Bewilligungen nicht nur Auflagen, sondern auch sog. "Benutzungsbedingungen" festgesetzt werden können ( § 4 Abs. 1 Satz 1 WHG ), so gilt dies auch beim Erlass nachträglicher Anordnungen nach § 5 WHG (Czychowski/Reinhardt, WHG, 8. Aufl. 2003, RdNr. 3 zu § 5; Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, RdNr. 3 zu § 5). Dass § 4 Abs. 2 WHG mit der Wendung "durch Auflagen können ferner insbesondere" beginnt, ist insofern nicht als Einengung zu verstehen. Mit dem Begriff der Benutzungsbedingung ist ein Instrument gemeint, das den erlaubten oder bewilligten Nutzungstatbestand inhaltlich näher bestimmt, abgrenzt, einschränkt oder von wasserwirtschaftlichen oder technischen Voraussetzungen abhängig macht (Czychowski/Reinhardt, a.a.O., RdNr. 5 zu § 4; Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, a.a.O., RdNr. 10 a zu § 4). Als typisches Beispiel einer Benutzungsbedingung kann danach die Staffelung einer Wasserentnahme je nach der Wasserführung des benutzten Gewässers angesehen werden (Czychowski/Reinhardt, a.a.O., RdNr. 6 zu § 4). Dass mit dem Instrument der nachträglichen Anordnung der Genehmigungsinhalt beschränkt werden darf und es insofern keines Rückgriffs auf das Instrument des (Teil-)Widerrufs der Gestattung bedarf, ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 12 WHG . Die Bewilligung kann nach § 12 Abs. 1 und Abs. 2 WHG widerrufen werden, soweit dies nicht schon nach § 5 WHG zulässig ist. Dass eine nachträgliche Anordnung Genehmigungsinhaltsbestimmungen enthalten kann, ist zudem auch aus anderen Rechtsbereichen bekannt (vgl. zu § 17 BImSchG Kunert, UPR 1991, 249 , 251; Fluck DVBl, 1992, 862/869).

55

Die Rechtsvoraussetzungen für die Festsetzung einer Restwassermenge von 1,0 m<sup>3</sup>/sec sind hinsichtlich des ursprünglich anerkannten Altrechts des Klägers erfüllt. Ohne eine solche Festsetzung droht eine Beeinträchtigung des ökologischen Zustands der W. .

56

Hierbei sind nach den einschlägigen Vorschriften größere Zusammenhänge in den Blick zu nehmen. Der ökologische Zustand der W. wird beeinträchtigt, wenn die natürliche Durchgängigkeit dieses Fließgewässers in erheblichem Maße eingeschränkt wird. Damit geht nämlich eine hydromorphologische Eigenschaft weitgehend verloren, die wegen ihrer positiven Auswirkungen auf die Gewässerflora und -fauna von maßgeblicher Bedeutung bei der ökologischen Zustandsbestimmung eines Gewässers ist (vgl. Richtlinie 2000/60/EG vom 23.10.2000, ABl. EG L 327/1, sog. Wasserrahmenrichtlinie, Anhang V 1.1.1 und 1.2.1). Insbesondere für Fische erfüllt die Durchwanderbarkeit eines Gewässers eine Vielzahl wichtiger Funktionen, die zum Artenreichtum und zum Erhalt der Populationen beitragen (vgl. BayVGH vom 7.10.2004, BayVBl 2005, 239 /240). Dass der Gesetzgeber im Fehlen der Durchgängigkeit eines fließenden Gewässers eine Beeinträchtigung des ökologischen Zustands und in deren Herstellung zumindest eine wesentliche Verbesserung des ökologischen Zustands sieht, hat er durch § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EEG vom 21. Juli 2004 (BGBl I S. 1918) gezeigt, wo er einen Zusammenhang zwischen dem Verzicht auf eine durchgehende Querverbauung und einem guten ökologischen Zustand herstellt. Im vorliegenden Fall ergibt sich nach den Feststellungen des Landratsamts (S. 13 des Bescheids vom 26.1.2005) aus den Dauerlinien für den Pegel F. gemäß dem Deutschen Gewässerkundlichen Jahrbuch 1999 des Landesamts für Wasserwirtschaft, dass bei einer altrechtsgemäßen Ausleitung von 3,24 m<sup>3</sup>/sec im Durchschnitt nur an 251 Tagen eines Jahres eine Restwassermenge von 1,0 m<sup>3</sup>/sec im Altbach verbleibt. An den restlichen Tagen des Jahres würde diese Restwassermenge unterschritten und damit eine Beeinträchtigung des ökologischen Zustands eintreten. Durch das fortwährende Aufstauen im Oberwasserbereich des Triebwerks und das gleichzeitige Ausleiten von Wasser aus der W. wird an diesen Tagen die natürliche Durchgängigkeit des Fließwassers W. in erheblichem Maße eingeschränkt. Diese Einschätzung der Abflussverhältnisse der W. ist nachvollziehbar und vom Kläger nicht durch substantiierte Einwände in Frage gestellt worden.

Dass die Restwassermenge zur Vermeidung der Beeinträchtigung des ökologischen Zustands der W. und zur Herstellung der Durchgängigkeit 1,0 m<sup>3</sup>/sec betragen muss, ergibt sich aus folgendem: Wie der Beklagte zu Recht ausführt, kann der Lebensraum "Gewässer" nicht generell und abstrakt bestimmt werden. Die Lebensraumfunktionen sind vielmehr für den konkret

betroffenen Abschnitt des konkreten Gewässers zu bestimmen. Maßgebend für diese Bestimmung ist die größte Art, die dort aufgrund der konkreten Standorteigenschaften (Gewässerstruktur, Wasserstand nach Tiefe und Breite, Fließgeschwindigkeit) im Gewässer leben bzw. leben würde. Demgemäß wurde der Abflussversuch vom 10. November 1987 durchgeführt. Seine Auswertung führte zur Bemessung des Mindestabflusses mit  $1,0 \text{ m}^3/\text{sec}$ . Zwar mag der Altbach trotz der in den früheren Bescheiden festgesetzten, nur sehr geringen Restwassermenge von  $135 \text{ l}/\text{sec}$  bei isolierter Betrachtung eine Tier- und Pflanzengesellschaft in einem guten biologischen Zustand aufweisen, wie der Kläger vorträgt und durch das von ihm vorgelegte Gutachten des Landschaftsarchitekten ... substantiiert. Hierauf kommt es jedoch hier nicht entscheidend an. Maßgeblich ist vielmehr bei der hier nach den vorstehenden Ausführungen gebotenen, größere Zusammenhänge beachtenden Betrachtungsweise, dass im Altbach für die für die W. als einem Mittelgebirgsfluss standorttypischen, wanderwilligen Lebewesen, namentlich Fische, ein angemessenes Habitat ohne Wanderungshindernisse entsteht (vgl. Schreiben des Fischereifachberaters des Bezirks Niederbayern vom 4.6.2002). Nur bei einer höheren Restwassermenge und damit einem entsprechend größeren Wasserkörper kann das Band der Besiedelung mit Lebewesen und Pflanzen breiter werden und kann sich im Altbach eine Lebensgemeinschaft aufbauen, wie sie der W. als einem Mittelgebirgsfluss entspricht (Erläuterungen des Gewässergütesachverständigen der Regierung von Niederbayern im Erörterungstermin vom 13.10.1988). Dieser Wasserkörper mag im Idealfall dem vollständigen mittleren Niedrigwasserabfluss von hier  $2,33 \text{ m}^3/\text{sec}$  entsprechen (nach Angaben des Wasserwirtschaftsamts P. im Schreiben vom 4.6.1985), doch genügen im vorliegenden Fall im Hinblick auf die Kürze der Ausleitungsstrecke und dem teilweise gegebenen Einstau vom unteren Ende her  $1,0 \text{ m}^3/\text{sec}$ . Von Bedeutung für diese Festlegung ist, dass erst bei dieser Größenordnung die Gewässersohle zu 90 % bis 95 % bedeckt ist, wie der Abflussversuch vom 10. November 1987 gezeigt hat (Schreiben des Fischereifachberaters des Bezirks Niederbayern vom 2.3.1988). Bei einer Restwassermenge von  $1,0 \text{ m}^3/\text{sec}$  im Altbach werden bei den Parametern Wassertiefe und Fließgeschwindigkeit Werte von  $36,5 \text{ cm}$  bzw.  $1,1 \text{ m}/\text{sec}$  erreicht (Schreiben des Fischereifachberaters des Bezirks Niederbayern vom 2.3.1988). Es mag sein, dass diese Werte bei einer Restwassermenge im Altbach von  $500 \text{ l}/\text{sec}$  bereits  $31 \text{ cm}$  bzw.  $1,0 \text{ m}/\text{sec}$  (allerdings nur in der Hauptabflussrinne) betragen (Stellungnahme des Sachverständigen der Regierung von Niederbayern vom 18.2.1988). Es mag auch sein, dass diese Werte im Bereich zwischen  $700 \text{ l}/\text{sec}$  und  $1.300 \text{ l}/\text{sec}$  Restwassermenge nur noch gering

zunehmen (Wasserwirtschaftsamt P. im Erörterungstermin vom 13.10.1988). Doch erreicht die Wassertiefe aus fischereilicher Sicht erst mit 36,5 cm einen Bereich, der für größere Fische (laichfähige Tiere) als Lebensraum geeignet ist (Schreiben des Fischereifachberaters des Bezirks Niederbayern vom 2.3.1988).

Die Festsetzung einer Restwassermenge kommt auch als Ausgleichsmaßnahme i.S. von § 4 Abs. 2 Nr. 2 a WHG in Betracht. Mit dem Begriff "Ausgleichsmaßnahme" ist hier keine Verengung auf eine bestimmte Art der Beseitigung der Beeinträchtigung beabsichtigt, sondern jede Art von Gegenmaßnahmen gemeint, Maßnahmen zur Verhütung der Beeinträchtigung inbegriffen. Als Ausgleichsmaßnahme ist es hier erforderlich, von der ursprünglich anerkannten altrechtlich gewährleisteten Ausleitungsmenge so viel Wasser abzuziehen, dass die Restwassermenge von 1,0 m<sup>3</sup>/sec im Altbach erhalten bleibt (vgl. Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, a.a.O., RdNr. 20 a zu § 4 m.w.N.; Czychowski/Reinhardt, a.a.O., RdNr. 92 zu § 4 m.w.N.; VG München vom 26.2.1985 - Az. M 6189/II 83, bestätigt durch BayVGH vom 11.3.1986 - Az. 8 B 85 A 953; VG Minden vom 5.3.1993 - 8 K 1987/92 ).

58

Die Wasserrechtsbehörde hat bei der Festsetzung der Restwassermenge keinen Ermessensfehler begangen. Die Festsetzung einer Restwassermenge im Altbach von 1,0 m<sup>3</sup>/sec ist insbesondere verhältnismäßig im engeren Sinne. Die Einschränkung des § 5 Abs. 1 Satz 4 WHG, dass die Maßnahmen wirtschaftlich gerechtfertigt und mit der Benutzung vereinbar sind, gilt im vorliegenden Fall zwar nicht; § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a WHG wird hier nicht aufgeführt (Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, a.a.O., RdNr. 6 zu § 5; Czychowski/Reinhardt, a.a.O., RdNr. 4 e zu § 5). Aufgrund der oben dargelegten verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen gilt jedoch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gleichwohl als Prüfungsmaßstab; er kann hier im Rahmen der Ermessensbetätigung zur Anwendung kommen. Der Verwaltungsgerichtshof sieht im vorliegenden Fall keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dabei wurde auch berücksichtigt, dass die Anforderungen bei der nachträglichen Einschränkung eines Altrechts insofern höher sind als bei der Neuerteilung einer durch Fristablauf unwirksam gewordenen Bewilligung (vgl. unten III). Das

59

ursprünglich anerkannte Altrecht des Klägers kann dem zitierten Deutschen Gewässerkundlichen Jahrbuch 1999 zufolge durchschnittlich an 251 Tagen eines Jahres voll ausgenutzt werden, an weiteren 110 Tagen immerhin noch teilweise, weil an diesen Tagen der Gesamtzufluss noch mindestens 2 m<sup>3</sup>/sec beträgt und damit die Mindestwassermenge für den Betrieb einer der beiden Turbinen von 1 m<sup>3</sup>/sec weiterhin zur Verfügung steht. Diese Einschätzung der Abflussverhältnisse der W. ist nachvollziehbar und vom Kläger nicht durch substantiierte Einwände in Frage gestellt worden. Das Altrecht ist somit wesentlich weniger häufig von der Festlegung der Restwassermenge betroffen als die auf ihm aufbauende weitere Bewilligung (vgl. unten III). Von einer übermäßigen Beschränkung kann insofern nicht die Rede sein. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die dem Kläger zusätzlich erteilte wasserrechtliche Benutzungsbewilligung zur Ausleitung von weiteren 7,96 m<sup>3</sup>/sec die nachteiligen wirtschaftlichen Auswirkungen zumindest teilweise zu kompensieren vermag. Hierdurch erhält der Kläger einen für den Betrieb der W. entscheidenden wirtschaftlichen Vorteil. Dabei ist auch von Bedeutung, dass die beiden Turbinen nach dem Gutachten des Sachverständigen ... vom April 1995 (S. 5) auf eine Ausbauwassermenge von 7,1 m<sup>3</sup>/sec bzw. 4,1 m<sup>3</sup>/sec ausgelegt sind und von daher mit einer altrechtlich gewährleisteten Ausleitungsmenge von 3,24 m<sup>3</sup>/sec auf die Dauer kaum rentabel betrieben werden könnten. Nach den Berechnungen des Wasserwirtschaftsamts P. (Schreiben vom 14.5.1993) würde der Ertrag der W. ohne diese Nutzungsbewilligung auf ca. ein Drittel sinken.

### III.

60

Es ist rechtlich auch nicht zu beanstanden, dass das Landratsamt auch die wasserrechtliche Nutzungsbewilligung zur Ausleitung von weiteren 7,96 m<sup>3</sup>/sec durch die Festsetzung eines Mindestabflusses bzw. einer Restwassermenge von 1,0 m<sup>3</sup>/sec beschränkt hat. Auch insofern kann sich die Wasserrechtsbehörde auf § 4 Abs. 2 Nr. 2 a WHG stützen. Die Anordnung einer derartigen Maßnahme entspricht einer rechtsfehlerfreien Ausübung des wasserrechtlichen Bewirtschaftungsermessens. Es kann dahinstehen, ob die strittige Beschränkung geboten ist, um den zwingenden Versagungsgrund des § 6 Abs. 1 WHG auszuschließen,

61

nämlich eine drohende Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit. Jedenfalls entspricht die strittige Beschränkung einer fehlerfreien Ausübung des in § 6 Abs. 1 WHG vorgesehenen und auf weitere Optimierung des Gewässerschutzes gerichteten Bewirtschaftungsermessens. Die Herbeiführung eines guten ökologischen Zustands eines oberirdischen Gewässers durch die Herbeiführung der Durchgängigkeit stellt ein anerkanntes allgemeines Bewirtschaftungsziel dar, wie § 25 a Abs. 1 Nr. 2 WHG zeigt. Diesbezügliche Bestimmungen müssen freilich dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen, d.h. geeignet, erforderlich und auch verhältnismäßig im engeren Sinn sein, wobei die Anforderungen jedoch geringer sind als bei der Einschränkung alter Rechte (vgl. auch BayVGH vom 7.10.2004, BayVBl 2005, 339 /342, m.w.N.). Diese Anforderungen sind hier erfüllt.

Die Tatsache, dass ein auf die weitere Gewässerbenutzung zwingend angewiesener Gewerbebetrieb bereits existiert, ist allerdings als Abwägungsgesichtspunkt im Rahmen der Ermessensentscheidung nach § 6 Abs. 1 WHG zu berücksichtigen ( BayVGH vom 7.10.2004, BayVBl 2005, 339 /342). Diese allgemeine Beachtungspflicht dürfte zur Folge haben, dass im Falle einer unveränderten Sach- und Rechtslage die Wiedererteilung der Gestattung regelmäßig nicht abgelehnt bzw. an keine bestandsgefährdenden Auflagen gebunden werden darf. Der Restwasserleitfaden 1999 des Bayerischen Staatsministeriums für Landesentwicklung und Umweltfragen, die sog. Arbeitsanleitung zur Abschätzung von Mindestabflüssen in wasserkraftbedingten Ausleitungsstrecken, steuert u.a. bei der Neuerteilung einer durch Fristablauf unwirksam gewordenen Bewilligung die Ermessensausübung der Wasserrechtsbehörden und bewirkt dadurch eine rechtliche Bindung des Ermessens; substantiierte Bedenken hiergegen wurden vom Kläger nicht erhoben und sind auch nicht ersichtlich. Folgende Gesichtspunkte werden in dieser Richtlinie für wesentlich erklärt (S. 21): "Bei Wasserrechtsverfahren für bestehende Anlagen (oft mittelständische Familienbetriebe) soll das Restwasser... in der Regel so vorgeschlagen werden, dass die Existenz der Anlage nicht in Frage gestellt wird. Diese Existenzsicherung hat aber nur dann Vorrang vor ökologischen Mindestanforderungen, wenn es sich um die Neubewilligung (wegen Fristablaufs) bestehender Anlagen ohne wesentliche Änderungen handelt und gleichzeitig keine ökologisch besonders wertvollen Gewässerstrecken betroffen sind. Beim Neubau, bei der

wesentlichen Änderung bestehender oder bei der Reaktivierung alter Anlagen kann der Unternehmer dagegen die Wirtschaftlichkeit seines Vorhabens prüfen, bevor er investiert. Abstriche bei der ökologischen Verträglichkeit aus der Abwägung mit Belangen der Existenzsicherung kann es hier nicht geben". ... "Es soll höchstens so viel Restwasser abgegeben werden, wie ökologisch auch tatsächlich erforderlich ist" "Der Restwasservorschlag darf eine Obergrenze von fünf Zwölfteln des mittleren Niedrigwasserabflusses auch bei ökologisch besonders wertvollen Gewässerstrecken nicht überschreiten. Ausnahme: Wirtschaftlich ist ein höherer Restabfluss vertretbar". Die Beschränkung der strittigen wasserrechtlichen Nutzungsbewilligung und die Festsetzung einer Restwassermenge von 1,0 m<sup>3</sup>/sec wird diesen Ermessensrichtlinien gerecht. Im vorliegenden Fall betragen fünf Zwölftel des mittleren Niedrigwasserabflusses 971 l/sec. Dieses Orientierungskriterium wird hier mit 1.000 l/sec nur unwesentlich überschritten. Dies ist unschädlich, zumal von einer ökologisch besonders wertvollen Gewässerstrecke auszugehen ist und gegen die wirtschaftliche Vertretbarkeit im vorliegenden Fall keine durchgreifenden Bedenken bestehen.

Der Restwasserleitfaden 1999 definiert in Anlage 7, dass 63 ökologisch besonders wertvolle Gewässerstrecken sich aus bestimmten Kriterien ergeben können, zu denen besondere Vorkommen gefährdeter Tier- und Pflanzenarten sowie in der Biotopkartierung erfasste natürliche oder besonders naturnahe Gewässerstrukturen oder Lebensgemeinschaften gehören. Auf dieser Grundlage hat die Untere Naturschutzbehörde im vorliegenden Fall zu Recht eine ökologisch besonders wertvolle Fließgewässerstrecke angenommen (vgl. Schreiben vom 5.5.1998 und vom 28.10.1999). Ein Grund liegt in der Erfassung des fraglichen Bereichs der W. in der amtlichen Biotopkartierung von Bayern von 1984 (Nr. 19 der TK-Nr. 7246, vgl. Schreiben der Unteren Naturschutzbehörde vom 25.8.1988). Ein weiterer Grund liegt in den besonderen Vorkommen gefährdeter Tierarten (vom Aussterben bedrohter Fischotter, vom Aussterben bedrohte Flussperlmuschel, laut Roter Liste gefährdete oder stark gefährdete Fischarten wie Äsche, Nase und Huchen). Als wichtigste Maßnahme zum Schutz des Fischotters ist der Erhalt der natürlichen Fließgewässerdynamik im Bayerischen Wald anzusehen. In einem Gutachten des Landesamts für Umweltschutz von 1993 wird die W. als für den Fischotter sehr wichtiges Refugium bezeichnet. Zahlreiche Punktkartierungen weisen dessen Vorkommen



im gesamten Gewässerlauf nach. Die W. stellt eine wichtige Wanderungsachse zum Naturpark Bayerischer Wald dar, wo ein Schwerpunktorkommen des Fischotters festgestellt wurde. Gleichzeitig bildet die W. eine Hauptwanderungsachse Richtung Süden zu I. und Donau hin. Wehranlagen sind für den Fischotter nur unter Stress zu überwindende Hindernisse. Dabei wird neben dem eigentlichen Wehr selbst vor allem die Ausleitungsstrecke gemieden. Zudem ist eine der Ursachen für den ständigen Rückgang der Flussperlmuschel in der Wolfsteiner Ohe die mangelnde Durchgängigkeit für die heimische Bachforelle im Bereich der Triebwerksanlagen anzusehen. Werden nämlich die Larven der Flussperlmuschel nicht durch die Bachforelle in die Quellregion der Fließgewässer mit Gewässergüte 1 transportiert, so können sich diese nicht mehr weiter entwickeln. Dies erklärt u.a. auch das Fehlen von Jungmuscheln (so nachvollziehbar die Schreiben der Unteren Naturschutzbehörde vom 5.5.1998 und vom 28.10.1999). Der Kläger hat dagegen keine Einwendungen vorgebracht, die die Richtigkeit der Erwägungen der Unteren Naturschutzbehörde in Frage stellen könnten. Der Verwaltungsgerichtshof sieht hier keinen weiteren Aufklärungsbedarf.

Auch hinsichtlich der wirtschaftlichen Vertretbarkeit können keine Ermessensfehler zu Lasten des Klägers festgestellt werden. Die Behörde hat das Interesse des Klägers an einer möglichst gewinnbringenden Gewässerbenutzung nach der Begründung der Bescheide vom 21. Juni 1989 und vom 26. Januar 2005 in ihre Erwägungen miteinbezogen. Sie hat sich auf der Grundlage der damals erkennbaren Umstände mit den wirtschaftlichen Konsequenzen der angeordneten Nebenbestimmungen für die bestehende Triebwerksanlage auseinander gesetzt und diese gegenüber den betriebsbedingten ökologischen Schäden abgewogen. Dabei hat sie auch den hohen ökologischen Wert der Stromerzeugung durch Wasserkraft bedacht, der als ein allgemeiner Abwägungsbelang u.a. in § 31 Abs. 1 Satz 2 WHG zum Ausdruck kommt ( BayVGH vom 7.10.2004, BayVBl 2005, 339 /342). Die Bemessung der Restwassermenge im Altbach mit 1,0 m<sup>3</sup>/sec führt insgesamt zu einer Ertragseinbuße gegenüber dem früher maßgeblichen Mindestabfluss von 0,135 m<sup>3</sup>/sec. Diese ist vom Sachverständigen ... im Gutachten vom April 1995 berechnet und monetär nachvollziehbar mit ca. 30.000 DM bei einem Stromvergütungstarif von 15,36 Pfg./KwH beziffert worden, was eine Reduzierung des Jahresertrags um ca. 12,3 % bedeutet. Die Regierung von Niederbayern hält diese Berechnung ebenfalls für

zutreffend (Schreiben vom 13.8.2001). Das Landratsamt hat dem im Bescheid vom 26. Januar 2005 (S. 11) ebenfalls zugestimmt. Damit ist die wirtschaftliche Zumutbarkeitsgrenze aber schon deshalb nicht überschritten, weil folgender Umstand hinzutritt: Der seit 1999 zu beobachtende Anstieg der Einspeisevergütung für Strom aus Wasserkraft ( § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG vom 21.7.2004, BGBl I S. 1918) hat die künftig zu erwartenden Gewinnspannen deutlich erhöht ( BayVGH vom 7.10.2004, BayVBl 2005, 339 /342). Für Strom aus Wasserkraftanlagen mit einer Leistung bis einschließlich 500 Kilowatt, wovon hier bei einer Nennleistung der beiden Turbinen von 395 Kilowatt auszugehen ist (Gutachten ... vom April 1995, S. 5), beträgt die Vergütung nunmehr mindestens 9,67 Cent pro Kilowattstunde ( § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EEG ). § 6 Abs. 1 Satz 2 EEG verdeutlicht den Zusammenhang der Förderung mit ökologischen Zwecken. Die Vorschriften legen für künftig zu genehmigende Anlagen fest, dass die Förderung nur stattfindet, wenn nachweislich ein guter ökologischer Zustand erreicht oder der ökologische Zustand wesentlich verbessert worden ist. Im Hinblick auf § 6 Abs. 1 EEG sind die Angaben des Klägers über seine Erträge in den Jahren 1994 bis 1996 im Beiblatt zum Schriftsatz vom 3. März 1998 an den Verwaltungsgerichtshof überholt. Der Kläger ist namentlich den auf das Energieeinspeisungsgesetz gestützten Überlegungen nicht substantiiert entgegen getreten. Weiteren Aufklärungsbedarf sieht der Verwaltungsgerichtshof insofern nicht.

Kosten: § 154 Abs. 2 , § 161 Abs. 2 VwGO ; im Hinblick auf die Aufhebung der strittigen Auflage B II 12 des Bescheids vom 21. Juni 1989 durch den Beklagten als Reaktion auf vom Verwaltungsgerichtshof geäußerte rechtliche Bedenken entspricht es billigem Ermessen, die diesbezüglichen Verfahrenskosten dem Beklagten aufzuerlegen. 65

Vorläufige Vollstreckbarkeit: § 167 Abs. 2 VwGO , § 708 Nr. 10 , § 711 ZPO . 66

Nichtzulassung der Revision: § 132 Abs. 2 VwGO .

© juris GmbH