

Zur Notwendigkeit eines Planfeststellungsverfahrens für an der Müggelspree durchgeführte bauliche Maßnahmen

Schmidt, Ulrike

Veröffentlichungsversion / Published Version

Gutachten / expert report

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

Landtag Brandenburg – Parlamentarischer Beratungsdienst

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Schmidt, U. (2012). *Zur Notwendigkeit eines Planfeststellungsverfahrens für an der Müggelspree durchgeführte bauliche Maßnahmen*. (Wahlperiode Brandenburg, 5/65). Potsdam: Landtag Brandenburg, Parlamentarischer Beratungsdienst. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-52764-3>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/1.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/1.0>

Parlamentarischer Beratungsdienst

Zur Notwendigkeit eines Planfeststellungsverfahrens für an der Müggelspree durchgeführte bauliche Maßnahmen

Bearbeiterin: Ulrike Schmidt

Datum: 12. Oktober 2012

Die Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes des Landtages Brandenburg sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

Inhaltsverzeichnis

I.	Auftrag.....	3
II.	Sachverhalt	3
III.	Stellungnahme	5
1.	Anzuwendendes Recht.....	5
2.	Sind die baulichen Maßnahmen als Gewässerausbau zu werten?.....	7
a)	Herstellung eines Gewässers.....	7
b)	Gewässerumgestaltung.....	8
c)	Wesentliche Maßnahme	8
d)	In die Beurteilung einzubeziehenden Maßnahmen	13
e)	Zwischenergebnis.....	13
3.	Maßnahmen der zuständigen Wasserbehörde im Falle eines Gewässerausbaus	13
a)	UVP-pflichtiges Vorhaben?.....	15
b)	Plangenehmigung.....	17
c)	Planfeststellungsverfahren	19
aa)	Umweltverträglichkeitsprüfung	19
bb)	Anhörungs- und Beteiligungsverfahren (§ 73 VwVfG).....	19
cc)	Beschlussverfahren (§ 74 VwVfG)	20
4.	Mögliche Konsequenzen eines Gewässerausbaus ohne Planfeststellung oder Plangenehmigung.....	21
a)	Ordnungswidrigkeit.....	21
b)	Nachträgliches Planfeststellungsverfahren.....	22
c)	Ansprüche Dritter.....	23
IV.	Ergebnis	23

I. Auftrag

Im Folgenden geht es um die Frage, ob die seit 2004 an der Müggelspree durchgeführten Maßnahmen, mit denen eine ökologische Aufwertung des Flusses bezweckt wurde, als „Gewässerausbau“ im Sinne des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG) zu werten sind. In diesem Falle hätte es vor der Umsetzung der Maßnahmen eines Planfeststellungsverfahrens oder einer Plangenehmigung bedurft.

Im Einzelnen sind folgende Fragen zu prüfen:

1. Handelt es sich bei den - im Folgenden näher erläuterten - Maßnahmen um einen Gewässerausbau im Sinne von § 31 Abs. 2 WHG a. F.?
2. Welche konkreten Schritte hätte die für den Gewässerausbau zuständige Planfeststellungsbehörde durchführen bzw. prüfen müssen, sofern es sich um einen Gewässerausbau handelt?
3. Können die jeweiligen Komplettanschlüsse der Altarme der Müggelspree vor dem Hintergrund der Frage, ob es sich um einen Gewässerausbau im Sinne von § 31 Abs. 2 WHG a. F. handelt, jeweils isoliert betrachtet werden oder ist eine Gesamtbeurteilung für alle Altarmanschlüsse inklusive der umgesetzten wasserbaulichen Maßnahmen (z. B. Rückbau von Buhnen und Uferbefestigungen) notwendig?
4. Welche konkreten Konsequenzen ergeben sich gegebenenfalls daraus, dass die umgesetzten Maßnahmen einen Gewässerausbau im Sinne von § 31 Abs. 2 WHG a. F. darstellen, aber ein entsprechender Planfeststellungsbeschluss bzw. eine Plangenehmigung nicht vorliegt?

II. Sachverhalt

Als Müggelspree wird ein ca. 32 km langer Abschnitt der Unteren Spree bezeichnet, der sich unterhalb des Wehres „Große Tränke“ bei Fürstenwalde bis zur Mündung in den Dämeritzsee bei Erkner erstreckt. Der gesamte Gewässerverlauf der Müggelspree in Bran-

denburg liegt vollständig innerhalb der Grenzen des Landschaftsschutzgebietes „Müggelspreewald – Löcknitzer Wald- und Seen-Gebiet“, welches als FFH-Gebiet gemeldet ist.¹

Die Müggelspreewald wie auch die Spree insgesamt einschließlich ihrer Landschaft wurden über Jahrhunderte durch bauliche Maßnahmen verändert. Schon früh wurden Begradigungen und Einengungen durchgeführt, um die vormals stark mäandrierende Spree auch bei Niedrigwasser besser als Transportweg nutzen zu können. Die Niederungen an den Wasserläufen dienten als Wiesen und Weiden. Noch bis in die 80er Jahre des letzten Jahrhunderts wurden in den Spreeauen umfangreiche Ent- und Bewässerungsgräben angelegt, um neue Acker- und Grünflächen zu gewinnen. Im Zuge dieser wasserbaulichen Maßnahmen hat sich die Müggelspreewald insgesamt um bis zu einem Meter eingetieft.

Die baulichen Veränderungen haben über die Jahrhunderte dazu geführt, dass die Spree zu einem Gewässer mit erheblichen ökologischen Defiziten wurde. Dies betrifft u. a. ihre Selbstreinigungskraft und die ökologische Durchgängigkeit. Zudem fehlt ihr die Vernetzung mit dem Umland. Potenzielle Feuchtgebiete sind trocken gelegt, so dass Ufer- und Auenwald weitgehend fehlen. Allerdings sind im Verlauf der Müggelspreewald noch viele Altarme (Altmäander) vorhanden, die teilweise erst in den 60er Jahren vom Hauptlauf abgetrennt wurden.²

Ziel der baulichen Maßnahmen der letzten Jahre ist es, die im Jahr 2000 von der EU verabschiedete Wasserrahmenrichtlinie (WRRL)³ umzusetzen. Mit ihr sollen die Gewässer in Europa bis 2015 wieder in einen „guten Zustand“ gebracht werden.

Seit 2004 werden an der Müggelspreewald bauliche Maßnahmen durchgeführt, mit denen dieser Abschnitt der Unteren Spree ökologisch aufgewertet werden soll. Insbesondere wurden

¹ Antwort der LReg. auf die Kleine Anfrage Nr. 111 des Abg. Dombrowski, zu Frage 2, Drucksache 5/409, S. 3.

² Vgl. dazu die Beschreibung des Zustands der Spree im Masterplan Spree, Renaturierung der Spree im Land Brandenburg – Überblick – , herausgegeben vom Landesumweltamt Brandenburg, Stand 2004, S. 4 f., 18, http://www.mugv.brandenburg.de/cms/media.php/lbm1.a.2334.de/publi_master.pdf [9. Oktober 2012].

³ Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für die Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik (ABl. L 327 vom 22. 12. 2000, S. 1).

im Auftrag des Landesumweltamtes⁴ durch den Wasser- und Landschaftspflegeverband „Untere Spree“ (WLV) einseitig abgetrennte Altarme der Müggelspree wieder komplett an die Müggelspree angeschlossen (Mönchwickel I im Jahr 2005, Sieverslake im Jahr 2007, Mönchwinkel II und Freienbrink III im Jahr 2008). Dazu wurden die bei früheren Flussbegradigungen einseitig verschlossenen Zuläufe zu den Altmäandern an deren Oberlauf wieder geöffnet. Unterhalb der Zuläufe wurden jeweils in das bisherige Gewässerbett sog. Sohlschwellen oder Furten eingebaut, um das Wasser der Spree bei Niedrigwasser über die Altarme (Mäander) zu leiten; ab Mittelwasser fließt das Wasser auch über die Furten, so dass der Wasserabfluss sowohl über die Altarme als auch über das ehemalige Hauptgewässerbett (Durchstiche) erfolgt.⁵ Mit dem Anschluss der Altarme sollen die ursprünglichen Verhältnisse, wie sie vor Begradigung der Müggelspree bestanden, annähernd wiederhergestellt werden. Die Maßnahmen sind laut Angaben der zuständigen Ministerin hochwasserneutral; nur bei Niedrig- und Mittelwasser komme es zu einem Wasserspiegelanstieg bis maximal 10 cm, der sich auf mehrere hundert Meter oberhalb der Sohlschwellen erstrecke.⁶ Neben den Altarmanschlüssen wurden als weitere bauliche Maßnahmen Uferbefestigungen beseitigt, Bühnen entfernt, Verwallungen zurückgebaut und teilweise raue Sohlstrukturen geschaffen.⁷

III. Stellungnahme

1. Anzuwendendes Recht

Für die Frage, ob es sich bei den an der Müggelspree durchgeführten baulichen Maßnahmen um einen Gewässerausbau handelt, der ein Planfeststellungsverfahren oder eine Plangenehmigung erfordert hätte, ist zunächst festzuhalten, dass der Brandenburger Abschnitt der Müggelspree keine Bundeswasserstraße im Sinne des Bundeswasserstraßen-

⁴ Seit Beginn der 5. Wahlperiode lautet die Behördenbezeichnung „Landesamt für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz“.

⁵ Vgl. hierzu die Antwort der LReg. auf die Kleine Anfrage Nr. 2004 der Abg. Dombrowski und Homeyer, zu Frage 10, Drs. 5/5304, S. 5; Antwort der LReg. auf die Kleine Anfrage Nr. 1093 der Abg. Homeyer und Dombrowski, zu Frage 6, Drs. 5/2966, S. 4.

⁶ Antwort der Ministerin für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz Tack auf die Mündliche Anfrage Nr. 919 des Abg. Dombrowski am 22. März 2012, PIPr. 5/53 S. 4363.

⁷ Antwort der LReg. auf die Kleine Anfrage Nr. 2004 (Fn. 5), zu Frage 4, Drs. 5/5304, S. 3, und auf die Kleine Anfrage Nr. 1642 des Abg. Dombrowski, zu Frage 1, Drs. 5/4385, S. 2 f.; siehe zu den an der Müggelspree durchgeführten Maßnahmen zur Wiederherstellung einer naturnahen Gewässerstruktur auch Antwort der LReg. auf die Kleine Anfrage Nr. 1093 (Fn. 5), zu Frage 6, Drs. 5/2966, S. 4 f.

gesetzes (WaStrG)⁸ ist; sie ist insbesondere nicht Bestandteil der Spree-Oder-Wasserstraße (Nummer 55 der Anlage 1 zum WaStrG).⁹ Dementsprechend findet das WaStrG mit seinen Bestimmungen über den Ausbau, den Neubau oder die Beseitigung einer Bundeswasserstraße (§§ 13 ff.) keine Anwendung. Maßgeblich ist vielmehr das Wasserhaushaltsgesetz (WHG).

Seit dem 1. März 2010 gilt ein neues Wasserhaushaltsgesetz, mit dem der Bund das deutsche Wasserrecht umfassend geregelt hat.¹⁰ Grundlage war die durch die Föderalismusreform 2006 neu geschaffene konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den Wasserhaushalt (Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG). Gemäß Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG können die Länder von dem Bundesgesetz abweichende Regelungen treffen. Von dieser Möglichkeit hat auch das Land Brandenburg Gebrauch gemacht, indem es sein Wassergesetz (BbgWG)¹¹ im Jahr 2011¹² wesentlich überarbeitet hat. Für die hier in Rede stehenden Renaturierungsmaßnahmen an der Müggelspree ist jedoch weder das Wasserhaushaltsgesetz noch das Brandenburgische Wassergesetz in der jetzt geltenden Fassung maßgeblich. Vielmehr kommt es für die zu entscheidende Frage, ob es sich bei den Maßnahmen um einen Gewässerausbau gehandelt, auf die zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Durchführung der Maßnahmen geltende Rechtslage an.

Die baulichen Maßnahmen an der Müggelspree wurden seit 2004 durchgeführt. Es ist daher im Weiteren auf das zu diesem Zeitpunkt geltende Wasserhaushaltsgesetz¹³ (im Fol-

⁸ In der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Mai 2007 (BGBl. I S. 962, 2008 I S. 1980), zuletzt geändert durch Gesetz vom 6. Oktober 2011 (BGBl. I S. 1986).

⁹ Zwar ist die oberhalb der Müggelspree gelegene Fürstenwalder Spree Teil der Spree-Oder-Wasserstraße, diese setzt sich jedoch anschließend nicht über die Müggelspree fort, sondern folgt dem Oder-Spree-Kanal, der parallel zur Müggelspree verläuft und so die Verbindung zu den weiteren Teilen der Bundeswasserstraße (Dahme, Langer See und Großer Müggelsee) herstellt.

¹⁰ Vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2585), zuletzt geändert durch Gesetz vom 24. Februar 2012 (BGBl. I S. 212).

¹¹ Brandenburgisches Wassergesetz (BbgWG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. März 2012 (GVBl. I Nr. 20).

¹² Zweites Gesetz zur Änderung wasserrechtlicher Vorschriften vom 19. Dezember 2011 (GVBl. I Nr. 33).

¹³ Entscheidend ist das Wasserhaushaltsgesetz (WHG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. August 2002 (BGBl. I S. 3245); spätere Änderungen des WHG, die vor und während der baulichen Maßnahmen beschlossen und in Kraft getreten sind, betrafen Vorschriften des WHG, die für die hier zu beurteilenden Fragen nicht relevant sind.

genden: WHG a. F.) und das entsprechende Brandenburgische Wassergesetz¹⁴ (im Folgenden: BbgWG a. F.) abzustellen.

2. Sind die baulichen Maßnahmen als Gewässerausbau zu werten?

Gemäß § 31 Abs. 2 Satz 1 WHG a. F.¹⁵ ist unter Gewässerausbau die Herstellung, Beseitigung oder wesentliche Umgestaltung eines Gewässers oder seiner Ufer zu verstehen. Ist ein Gewässerausbau geplant, bedarf es dazu einer Planfeststellung durch die zuständige Behörde. Anstelle eines Planfeststellungsbeschlusses genügt eine Plangenehmigung, wenn ein nicht UVP-pflichtiger Gewässerausbau geplant ist, d. h. ein Gewässerausbau, der keine Umweltverträglichkeitsprüfung erfordert (§ 31 Abs. 3 WHG a. F.).

a) Herstellung eines Gewässers

Bei den an der Müggelspree durchgeführten baulichen Maßnahmen handelte es sich weder um die Herstellung noch um die Beseitigung eines Gewässers. Allenfalls könnte man in Erwägung ziehen, dass mit dem Anschluss von Altarmen neue Gewässer hergestellt wurden. Unter der Herstellung eines Gewässers ist die erstmalige Schaffung eines Gewässers zu verstehen, wie zum Beispiel das Anlegen von Kanälen, von Durchstichen oder von Entwässerungsgräben¹⁶ oder auch das Fluten eines vor Jahren ausgetrockneten Bachs.¹⁷ Soweit ersichtlich handelte es sich bei den in Rede stehenden Altarmen der Müggelspree jedoch nicht um ausgetrocknete Gewässerbetten. Vielmehr führten diese Altmäander auch vor der Öffnung der zweiten Verbindung zur bisherigen Müggelspree Wasser, wenn auch – mangels eines Zu- bzw. Abflusses – nicht in Form eines Fließgewässers, sondern als stehendes Gewässer.¹⁸ Allein die Änderung der Fließeigenschaft eines Gewässers dürfte aber nicht als Herstellung eines neuen Gewässers zu werten sein.

¹⁴ Im Folgenden wird das Brandenburgische Wassergesetz (BbgWG) vom 13. Juli 1994 (GVBl. I S. 302), zuletzt geändert durch Gesetz vom 29. Juni 2004 (GVBl. I S. 301) herangezogen, das der Bekanntmachung vom 8. Dezember 2004 (GVBl. I S. 50) entspricht.

¹⁵ Die Regelung entspricht § 67 Abs. 2 Satz 1 WHG in der jetzt geltenden Fassung.

¹⁶ Vgl. zu diesen und weiteren Beispielen *Czychowski/Reinhardt*, Wasserhaushaltsgesetz unter Berücksichtigung der Landeswassergesetze, Kommentar, 10. Auflage 2010, § 67 Rn. 23 m. w. Nachw.

¹⁷ OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. März 1984 – 18 U 146/83 –, zitiert nach *Czychowski/Reinhardt* (Fn.16), § 67 Rn. 23; vgl. im Übrigen die Zusammenstellung der Rechtsprechung zu zahlreichen Einzelfällen bei *Czychowski/Reinhardt* a. a. O.

¹⁸ Vgl. dazu die Abbildungen Nr. 40 und 41 im Masterplan Spree (Fn. 2), S. 19.

b) Gewässerumgestaltung

Kein Zweifel besteht daran, dass es sich bei den an der Müggelspree durchgeführten baulichen Maßnahmen um Gewässerumgestaltungen im Sinne des § 31 Abs. 2 Satz 1 WHG a. F. handelte. Ob sie auch wesentlich sind, lässt sich demgegenüber nicht mit abschließender Sicherheit sagen. In der Kommentarliteratur zum Wasserhaushaltsgesetz werden vielfältige Beispiele für eine Gewässerumgestaltung angeführt, zu denen gerichtliche Entscheidungen vorliegen. Als Umgestaltung gelten danach zum Beispiel das Verlegen und Verbreitern eines Baches, die Vertiefung eines oberirdischen Gewässers, die Begradigung von Flüssen oder wesentliche Veränderungen eines Bachlaufs, das Verlegen eines Gewässers, das Schaffen oder Beseitigen von Grundschwellen, um das Gewässerprofil auf den ursprünglichen Zustand zurückzubilden, und vieles mehr.¹⁹ Betrachtet man diese Einzelfälle, lässt sich feststellen, dass auch die baulichen Maßnahmen an der Müggelspree der Umgestaltung des Gewässers gedient haben.

c) Wesentliche Maßnahme

Nicht abschließend klären lässt sich jedoch, ob die baulichen Maßnahmen als wesentliche Umgestaltung zu werten sind. Nur wenn eine Umgestaltung wesentlich ist, setzt sie die Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens oder die Erteilung einer Plangenehmigung voraus. Wesentlich ist eine Umgestaltung, wenn sie den aktuell bestehenden unterhaltspflichtigen Zustand in dem von einer baulichen Maßnahme betroffenen Abschnitt eines Gewässers in einer für den Wasserhaushalt des Gewässers (Wasserstand, Wasserabfluss oder Selbstreinigungsvermögen) bedeutsamen Weise verändert. Ferner sind Umgestaltungen als wesentlich anzusehen, wenn sie für die Schiffbarkeit, die Fischerei, den Naturhaushalt oder das äußere Bild der Landschaft von erheblicher Bedeutung sind. Dabei ist es nicht ausschlaggebend, ob die Umgestaltung den Gewässerzustand verbessert oder verschlechtert. Auch kommt es nicht allein auf die Veränderung der äußeren Gewässer- oder Ufergestalt an. Denn die Wesentlichkeit einer Umgestaltung kann sich gerade auch aus ihren verborgenen wasserwirtschaftlichen oder ökologischen Auswirkungen ergeben²⁰

¹⁹ Vgl. die Auflistung von Entscheidungen zu den verschiedenen Fallgestaltungen bei *Czychowski/Reinhardt* (Fn. 16), § 67 Rn. 28, und *Kotulla*, Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar, 2003, § 31 Rn. 10.

²⁰ Vgl. zum Begriff der Wesentlichkeit z. B. OVG NRW, Urteil vom 22. Juli 1988 – 20 A 793/88 – juris, Rn. 5; OVG Schleswig, Urteil vom 1. Juli 1997 – 2 L 101/94 –, juris, Rn. 35; HessVGH, Urteil vom 1. September 1998 – 7 UE 2170/95 –, juris, Rn.36; ferner aus der Literatur *Kotulla* (Fn. 19), § 31 Rn. 10; *Czychowski*

Die folgenden Beispiele aus der Rechtsprechung mögen einen Eindruck geben von der Vielfalt der Sachverhalte, in denen sich die Frage nach einer möglichen Gewässerumgestaltung stellt, und ihrer Einordnung als solche oder aber als unwesentlich bzw. als Gewässerunterhaltung und -pflege:

- Das Obergerverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein hatte über Baggerarbeiten zu entscheiden, durch die die Böschungsneigung eines Gewässers von 1:2 auf 1:4 verringert wurde. Durch die Verflachung der Böschung, die dazu diente, einen angemessenen Pflanzen- und Tierbestand zu erhalten, verringerte sich die Sohlbreite. Parallel dazu wurde die Tiefe des Gewässers vergrößert. Wegen der vorgenommenen Vertiefung ergaben sich trotz der Verengung für den Wasserabfluss keine wesentlichen Unterschiede in Bezug auf die wasserwirtschaftlich bedeutsame Größe des Gewässerquerschnitts. Auch sah das Gericht keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Fließgeschwindigkeit wesentlich geändert hätte. Der Verlauf des Gewässers blieb ebenfalls im Wesentlichen unverändert ebenso wie das äußere Bild. Dementsprechend kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass in dem vorliegenden Fall kein wesentlicher Gewässerumbau erfolgt war, sondern sich die Maßnahmen im Rahmen der Unterhaltungsverpflichtung hielten.²¹
- In einem Verfahren vor dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof ging es um die Verrohrung eines über das Gelände eines Campingplatzes fließenden Grabens. Dieser sollte auf einer Länge von 17 m und 5 × 5 m in Rohre verlegt werden, um darüber einen Lärmschutzwand und fünf Überfahrten errichten zu können. In unmittelbarer Nähe, aber außerhalb des Geländes bestand bereits eine Verrohrung unterhalb einer Bundesautobahn. Der Hessische Verwaltungsgerichtshof sah in den Umbaumaßnahmen eine wesentliche Umgestaltung, da durch die sechs Rohrdurchlässe und den Wechsel von offenen und verrohrten Gewässerstrecken das Erscheinungsbild des Gewässers einschneidend verändert wurde. Die Selbstreinigungskraft des Wassers werde verringert, das Gewässer gegen positive Umwelteinflüsse wie Belichtung und Belüftung isoliert und die Wechselwirkung zwischen Wasser, Boden und der Tier- und Pflanzenwelt erheblich beeinträchtigt. Die Rohrdurchlässe seien nicht isoliert für sich zu betrachten.

Reinhardt (Fn. 16), § 67 Rn. 30; *Breuer*, Öffentliches und privates Wasserrecht, 3. Auflage 2004, Rn. 957, jeweils m. w. Nachw.

²¹ OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 1. Juli 1997 – 2 L 101/94 –, juris, Rn. 35 ff.

Vielmehr müsse auf die Gesamtmaßnahme abgestellt werden. Die Gesamtschau ergebe, dass der natürliche Charakter des Gewässers durch die geplanten Maßnahmen stark beeinträchtigt werde und deshalb eine wesentliche Umgestaltung anzunehmen sei.²²

- Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hatte sich mit Umbauten am Ufer eines naturnah verlaufenden Seitenarms eines Baches zu befassen. Der Eigentümer eines Ufergrundstücks hatte große gebrochene Betonplatten senkrecht in das Bachbett gestellt und diese zum Teil mittels Holzpfeile, die vor den Platten in das Bachbett geschlagen worden waren, gesichert. Der Bereich hinter den Betonplatten wurde mit kiesigem Material bzw. Bauschutt hinterfüllt. Durch diese Baumaßnahmen wurde der Abflussquerschnitt eingengt und das Rückhaltevolumen des Baches verringert. Das Gericht sah darin zweifelsfrei eine wesentliche Umgestaltung des Gewässers, die einer Planfeststellung bzw. -genehmigung bedürft hätte. Denn die Maßnahmen bewirkten eine erhebliche Veränderung der bisherigen Gestalt des Ufers (und wohl auch des Gewässerbetts), was gerade auch wegen des naturbelassenen Erscheinungsbildes des Seitenarms besonders negativ ins Auge steche. Die festgestellten Auswirkungen, nämlich die Verminderung des Abflussquerschnitts und des Rückhaltevermögens des Gewässers seien von erheblicher Bedeutsamkeit für den Wasserhaushalt und deshalb als wesentliche Gewässerumgestaltung zu bewerten.²³
- In einem ähnlichen Fall, bei dem ein Grundstückseigentümer auf einer Länge von 55 m entlang eines Grabens (Gewässer zweiter Ordnung) eine Holzspundwand errichtete, bejahte das Obergericht Lüneburg eine wesentliche Umgestaltung. Die Maßnahme habe den Abfluss in dem zu betrachtenden Bereich verändert, greife in den Wasserhaushalt ein und verändere auch das äußere Bild des Entwässerungsgrabens maßgeblich. Dies sei bei der Errichtung einer Böschungssicherung regelmäßig der Fall, so dass auch die Errichtung einer künstlichen Uferbefestigung regelmäßig als wesentliche Umgestaltung anzusehen sei. Es komme auch nicht darauf an, dass der Graben in weiten Teilen mit einer Betonröhre verrohrt sei. Für die Frage der Wesentlichkeit der Umgestaltung eines Gewässers oder seines Ufers sei gerade keine „bilan-

²² HessVGH, Urteil vom 1. September 1998 – 7 OE 2170/95 –, juris, Rn. 36 f.

²³ BayVGH, Beschluss vom 27. Juni 2008 – 22 ZB 08.1241 –, juris, Rn. 4.

zierende Gesamtbetrachtung“ des gesamten Gewässers vorzunehmen, sondern es sei der Blick auf den jeweils von einer Veränderung betroffenen Gewässerabschnitt zu richten. Der Ausbau von Teilstrecken genüge. Der Wesentlichkeitsvorbehalt bedeute lediglich, dass unwesentliche und offensichtlich nicht ins Gewicht fallende Maßnahmen kein Gewässerausbau seien, weil die aus der Annahme eines Gewässerausbaus folgende Notwendigkeit einer Planfeststellung oder Plangenehmigung und der damit verbundene Aufwand in einem Verwaltungsverfahren ersichtlich außer Verhältnis zum Erfolg stünde.²⁴

- Gegenstand eines weiteren gerichtlichen Verfahrens waren bauliche Maßnahmen an einem Altarm der Isar. Um den Altarm als Lebensraum für die Fischfauna zu stärken und der drohenden Verlandung wegen der Vertiefung der Isar zu begegnen, wurde auf etwa 40 % der Gewässerfläche des Altarms Sohlmaterial entnommen (Entlandung), was zu einer Eintiefung des Altarms von bis zu 1,5 m führte. Gleichzeitig wurde ein Teil des entnommenen Sohlmaterials in die Isar eingebracht. Das Verwaltungsgericht Regensburg sah dies als künstliche Veränderung des Gewässerbettes an, die den Tatbestand einer wesentlichen Umgestaltung erfüllt.²⁵

Keines der hier wiedergegebenen Beispiele lässt sich ohne weiteres auf den Gewässerumbau der Müggelspree übertragen.²⁶ Dennoch zeigen die Beispiele, dass die Frage der Wesentlichkeit eines Gewässerumbaus in jedem Einzelfall geprüft werden muss und das Ergebnis jeweils von den konkreten Umständen und von den tatsächlichen Auswirkungen einer Maßnahme auf ein Gewässer und ggf. auf ein Gewässersystem abhängt. Zugleich machen die Beispiele deutlich, dass die Gerichte entscheidend auf die Folgen für den Wasserhaushalt, also für Wasserstand, Wasserabfluss und Selbstreinigungsvermögen eines Gewässers abstellen. Auch auf den ersten Blick als geringfügig erscheinende Maßnahmen können durchaus bedeutende Folgen für den Wasserhaushalt haben und demzufolge eine Planfeststellung oder Plangenehmigung erfordern. Schließlich wird immer wieder betont, dass es im Interesse einer effektiven öffentlich-rechtlichen Ordnung des Was-

²⁴ OVG Lüneburg, Beschluss vom 16. August 2011 – 13 LA 23/10 –, juris, Rn. 8 m. w. Nachw.

²⁵ VG Regensburg, Urteil vom 17. Mai 2010 – RN 8 K 10.581 –, juris, Rn. 18.

²⁶ Siehe ferner die Rechtsprechungsübersicht zu Fallgestaltungen der Gewässerumleitung und der Ablagerung von Sand und sonstigen Materialien im Gewässerbett bei *Breuer* (Fn. 20), Rn. 958 in den Fußnoten 204 und 205.

serhaushalts geboten erscheint, Ausbaumaßnahmen möglichst umfassend der Planfeststellung zuzuführen. Die Verwendung des Wortes „wesentlich“ habe lediglich die Funktion, unerhebliche und offensichtlich nicht ins Gewicht fallende Umgestaltungen auszuscheiden, weil bei ihnen der mit dem Verwaltungsverfahren verbundene Aufwand ersichtlich außer Verhältnis zum Erfolg stünde.²⁷

Im Falle der Müggelspree ist unstreitig, dass es durch den Anschluss der Altarme und die Verlegung von Sohlschwellen bei Niedrig- und Mittelwasser zu einem Wasserspiegelanstieg der Müggelspree bis maximal 10 cm gekommen ist, der sich auf mehrere hundert Meter oberhalb der Sohlschwellen erstreckt. Nach Angaben der zuständigen Ministerin hatte das Landesumweltamt vor Umsetzung der Maßnahmen hydraulische Berechnungen in Auftrag gegeben. Darin seien die hydraulischen Auswirkungen explizit betrachtet und mittels Wasserspiegellagenberechnung überprüft worden. Danach würden die Altarmanschlüsse und der Rückbau von Ufersicherungen nur mit geringfügigen Auswirkungen auf die Wasserstände verbunden sein; sie seien daher aus wasserwirtschaftlicher Sicht unbedenklich.²⁸ Zu weiteren Auswirkungen äußerte sich die Ministerin nicht. Sehr wahrscheinlich dürften sich die Maßnahmen aber auch auf den Wasserabfluss ausgewirkt haben. Allein das Aufstauen durch die Sohlschwellen bewirkt eine Verlangsamung des Abflusses oberhalb der Sohlschwellen. Auch dürfte der Rückbau von Buhnen und Uferbefestigungen schwerlich ohne Auswirkungen auf den Gewässerquerschnitt, das Fließverhalten und die Fließgeschwindigkeit und damit auf den Wasserhaushalt geblieben sein. Denkbar wäre allenfalls, dass sich die Maßnahmen in ihren Auswirkungen auf den Wasserhaushalt gegenseitig aufgehoben haben und so letztlich neutral waren. Dies kann von hier aus nicht beurteilt werden. Ferner ist anzunehmen, dass der Anschluss der Altarme nicht folgenlos für das Ökosystem innerhalb der Altarmgewässer selbst geblieben ist. Immerhin wurden die Altarme von einem quasi stehenden Gewässer in ein – wenn auch vermutlich nur langsam – fließendes Gewässer verändert.²⁹ Schließlich dürfte sich durch die Maßnahmen das

²⁷ BayVGh, Urteil vom 6. Dezember 1977 – 228 VIII 74 –, juris, Rn. 24; VG Aachen, Urteil vom 27. Oktober 2005 – 6 K 573/03 –, juris, Rn. 29 mit Verweis auf OVG NRW, Urteil vom 23. April 1986 – 20 A 24/84 –, NUR 1989, 90, 91; OVG Lüneburg, Beschluss vom 16. August 2011 (Fn. 24), juris, Rn. 8.

²⁸ Ministerin für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz Tack (Fn. 6), PIPr. 5/53, S. 4363.

²⁹ Nach Auffassung des VG Regensburg stellt die Wiederanbindung eines blind endenden Gewässers an ein fließendes Gewässer durch Schaffung einer zweiten Verbindung prinzipiell einen planfeststellungspflichtigen Gewässerausbau dar: Beschluss vom 19. Oktober 2009 – RO 8 K 09.1322 –, juris, Rn. 25.

optische Erscheinungsbild der Müggelspree – jedenfalls im Bereich der Wiederanschlusstellen – erheblich verändert haben.

d) In die Beurteilung einzubeziehenden Maßnahmen

Für die Beurteilung der Frage, ob ein wesentlicher Gewässerumbau vorliegt, ist im Übrigen entscheidend, auf welche Maßnahmen abzustellen ist. In Betracht kommt zum einen, das gesamte Renaturierungsprojekt Müggelspree als eine große Gewässerumbaumaßnahme zu werten. Genauso gut könnten aber auch einzelne Maßnahmen isoliert betrachtet werden. Eine sachwidrige isolierte Betrachtung läge aber vor, wenn Einzelmaßnahmen, die in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen, wie zum Beispiel der Anschluss eines Altarms und die gleichzeitige Einbringung einer Sohlschwelle im Durchstich, getrennt voneinander geprüft würden. Vielmehr sind Maßnahmen, die sachlich, zeitlich und örtlich in einem engen Zusammenhang miteinander stehen und zudem dasselbe Ziel verfolgen, als Einheit zu bewerten.³⁰

e) Zwischenergebnis

Es spricht nach alledem sehr viel dafür, dass die durchgeführten baulichen Maßnahmen an der Müggelspree insgesamt, zumindest aber der Anschluss der Altarme bei gleichzeitiger Einbringung von Sohlschwellen als wesentlicher Gewässerumbau zu werten sind. Für eine abschließende, unangreifbare Feststellung fehlen an dieser Stelle aber zum einen die erforderlichen Messdaten und Kenntnisse der Gegebenheiten vor Ort einschließlich der Einzelheiten der baulichen Maßnahmen und ihrer Auswirkungen auf die Müggelspree, ihre Flora und Fauna, den Grundwasserstand und die angrenzenden Grundstücke und landwirtschaftlichen Flächen. Zum anderen lässt sich bei einer solchermaßen durch die Umstände des Einzelfalls geprägten Rechtsfrage keine verlässliche Aussage darüber treffen, wie ein Gericht die Situation letztlich bewerten würde.

3. Maßnahmen der zuständigen Wasserbehörde im Falle eines Gewässerausbaus

Da keineswegs ausgeschlossen werden kann, dass es sich bei den an der Müggelspree durchgeführten baulichen Maßnahmen um einen wesentlichen Gewässerumbau und damit

³⁰ Nach OVG Lüneburg, Beschluss vom 16. August 2011 – 13 LA 23/10 –, juris, Rn. 8, ist für die Frage der Wesentlichkeit der Umgestaltung eines Gewässers oder seiner Ufer keine „bilanzierende Gesamtbetrachtung“ des gesamten Gewässers vorzunehmen, sondern es ist der Blick auf den jeweils von einer Veränderung betroffenen Gewässerabschnitte zu richten.

um einen Gewässerausbau im Sinne des § 31 Abs. 2 Satz 1 WHG a. F. gehandelt hat, wird im Folgenden dargestellt, welche konkreten Schritte und Maßnahmen die zuständige Planfeststellungsbehörde bei entsprechender Antragstellung durch den Vorhabenträger³¹ hätte durchführen müssen:

Bei der Planung von Umbaumaßnahmen an einem Gewässer kann die Frage, ob ein Vorhaben einen Gewässerausbau darstellt, naturgemäß nur hypothetisch geprüft werden, da die tatsächlichen Auswirkungen einer Maßnahme vor ihrer Durchführung nicht messbar sind. Es lassen sich daher nur Prognosen aufgrund von Messdaten u. ä. als Grundlage für die Entscheidung heranziehen, ob ein planfeststellungs- bzw. plangenehmigungspflichtiger Gewässerumbau oder aber eine reine Unterhaltungsmaßnahmen geplant ist. Das Landesumweltamt, das die Funktion des Wasserwirtschaftsamtes des Landes Brandenburg ausübt (§ 125 WHG a. F.), ist die technische Fachbehörde, die beim Vollzug des Wasserhaushaltsgesetzes mitwirkt. In dieser Funktion bereitet sie die Entscheidungen der Wasserbehörde in technisch wissenschaftlicher Hinsicht vor (§ 126 Abs. 4 WHG a. F.); sie liefert also auch die erforderlichen Messdaten, die sie entweder selbst ermittelt oder durch Dritte ermitteln lässt.

Kommt die zuständige Behörde nach Prüfung der Sachlage zum Ergebnis, dass die geplanten Maßnahmen voraussichtlich zu einem Gewässerausbau im Sinne des § 31 Abs. 2 Satz 1 WHG a. F. führen werden, ergibt sich daraus die grundsätzliche Pflicht desjenigen, der die fraglichen Gewässerausbaumaßnahmen plant, ein Planfeststellungsverfahren zu beantragen und zugleich die Pflicht der Behörde, ein Planfeststellungsverfahren durchzuführen. Es wäre nach damaligem Recht durchzuführen gewesen, wenn für den Gewässerausbau nach dem Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung in der damals geltenden

³¹ Unklar ist, wer Vorhabenträger gewesen wäre. Der WLW hat die Maßnahmen im Auftrag des Landesumweltamtes durchgeführt, finanziert wurden sie aus Mitteln des Naturschutzfonds und des Landes (vgl. Antwort der LReg. auf die Kleine Anfrage 2004 [Fn. 5], zu Frage 6, Drs. 5/5304, S. 4). Sollte das Landesumweltamt Vorhabenträger gewesen sein, hätte die Gefahr einer institutionellen Befangenheit bestanden, da das Landesumweltamt gemäß § 126 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 129a Abs. 2 Nr. 10 WHG a. F. zuständige Planfeststellungsbehörde gewesen wäre. Ob sich aus der Beteiligung einer Behörde an einem Planfeststellungsverfahren in unterschiedlichen Rollen rechtliche Konsequenzen ergeben, ist umstritten, wurde vom Bundesverwaltungsgericht aber bislang verneint. Zumindest sind aber organisatorische Vorkehrungen erforderlich, um ein Mindestmaß an Neutralität und Unparteilichkeit sicher zu stellen. Vgl. dazu *Kopp/Ramsauer*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 12. Auflage 2011, § 20 Rn. 9 ff, insbes. Rn. 12 m. w. Nachw.

Fassung (UVPG a. F.)³² eine Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung bestanden hätte (UVP-Pflicht). Eine Ausnahme vom Planfeststellungsverfahren galt nur für Vorhaben, bei denen eine Umweltverträglichkeitsprüfung nicht erforderlich war. In diesen Fällen konnte die Behörde statt eines Planfeststellungsverfahrens ein Verfahren zum Erlass einer Plangenehmigung durchführen. Zwingend war dies jedoch nicht.

Präferiert die Behörde das weniger aufwändige Plangenehmigungsverfahren, hat sie zunächst festzustellen, ob die Voraussetzungen dafür vorliegen, ob also das geplante Vorhaben eines Gewässerausbaus UVP-pflichtig ist. Unmittelbar aus der Liste der „UVP-pflichtigen Vorhaben“ (Anlage 1 zum UVPG a. F.) hätte sich für die hier in Rede stehenden baulichen Maßnahmen keine UVP-Pflicht ergeben. Bei bestimmten wasserwirtschaftlichen Vorhaben, die mit einem Gewässerausbau einhergehen, richtete sich die Frage der UVP-Pflicht aber nach Landesrecht (§ 3d i. V. m. den in Anlage 1 zum UVPG a. F. mit „L“ gekennzeichneten Vorhaben). Dies betraf sowohl Flusskanalisierungs- und Stromkorrekturarbeiten als auch sonstige (Gewässer-)Ausbaumaßnahmen (Nummer 13.8 und 13.16 der Anlage 1 zum UVPG a. F.). Der Anschluss der Altarme könnte eine Stromkorrektur gewesen sein, auf jeden Fall stellen die Altarmschlüsse aber zusammen mit den sonstigen baulichen Maßnahmen „sonstige Ausbaumaßnahmen“ dar.

a) UVP-pflichtiges Vorhaben?

Die zuständige Wasserbehörde hätte zu prüfen gehabt, ob nach Landesrecht, d. h. nach dem Brandenburgischen Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung in der damals geltenden Fassung (BbgUVPG a. F.)³³, eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen gewesen wäre. Gemäß Nummer 8 der Anlage zu § 2 Abs. 1 BbgUVPG a. F. sind Stromkorrekturarbeiten und gemäß Nummer 17 sonstige wasserwirtschaftliche Ausbaumaßnahmen – mit Ausnahme von kleinräumigen naturnahen Umgestaltungen, wie der Beseitigung von Bach- oder Grabenverrohrungen³⁴ – UVP-pflichtig, wenn sie nach einer allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalls im Sinne des § 3c Abs. 1 Satz 1 und Anlage 2 des UVPG a. F. erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben können.

³² Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. September 2001 (BGBl. I S. 2350), zuletzt geändert durch Gesetz vom 24. Juni 2004 (BGBl. I S. 1359).

³³ Brandenburgisches Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (BbgUVPG) vom 10. Juli 2002 (GVBl. I S. 62).

³⁴ Die hier in Rede stehenden Gewässerausbaumaßnahmen dürften diese Bagatellgrenze überschreiten.

Das bedeutet, dass die zuständige Behörde hätte einschätzen müssen, ob die Baumaßnahmen an der Müggelspree erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen hätten haben können. Im Rahmen der überschlägigen Prüfung hätte sie die in der Anlage 2 zum UVPG a. F. aufgeführten Kriterien berücksichtigen müssen. Die Durchführung und das Ergebnis der Vorprüfung hätten dokumentiert werden müssen (§ 3c in Verbindung mit §§ 11, 12 UVPG a. F.). Bei der überschlägigen Vorausschau handelt es sich um eine summarische Prüfung. Es genügt bereits eine plausible Erwartung, dass die Realisierung eines geplanten Vorhabens zu erheblichen, nachteiligen Umweltauswirkungen führen kann, um eine UVP-Pflicht auszulösen. Es bedarf keiner exakten Beweisführung und insbesondere keiner vorgezogenen Umweltverträglichkeitsprüfung. Eine ins Detail gehende Untersuchung (insbesondere durch Sachverständigengutachten u. ä.), ob erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen tatsächlich vorliegen, wäre erst mit der eigentlichen Umweltverträglichkeitsprüfung vorzunehmen. Angesichts des Gesetzeswortlauts („Einschätzung“ der Behörde) und wegen des Prognosecharakters der Vorprüfung ist davon auszugehen, dass die Behörde einen naturschutzfachlichen Beurteilungsspielraum („Einschätzungsprärogative“) besitzt, der gerichtlich nur beschränkt überprüfbar ist.³⁵

Welches Ergebnis eine solche Prüfung gehabt hätte bzw. hätte haben müssen, lässt sich ohne Kenntnisse der konkreten Sachlage nicht abschließend beurteilen. Die Tatsache, dass es hier um Renaturierungsmaßnahmen ging, die gerade eine Verbesserung der ökologischen Situation der Müggelspree zum Ziel hatten, legt es zumindest nahe, dass mit den Gewässerausbaumaßnahmen keine nachteiligen, geschweige denn erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen verbunden sind. Als ökologisch gänzlich unproblematisch wurde die Maßnahme jedoch im Jahr 2004 vor ihrer Durchführung nicht angesehen. Denn eine Beprobung der organischen Sedimente des Altarms Mönchwinkel I, die bei einem Wiederanschluss ausgehoben werden müssen, hatte eine problematische Belastung mit Zink und Kupfer ergeben. Die Wiedereinbringung dieser Sedimente in die Müggelspree selbst

³⁵ BVerwG, Urteil vom 7. Dezember 2006 – 4 C 16/04 –, juris, Rn. 48; VG Münster, Urteil vom 9. März 2007 – 7 K 2635/04 –, juris, Rn. 21; Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU), Leitfaden zur Vorprüfung des Einzelfalls im Rahmen der Feststellung der UVP-Pflicht von Projekten vom 14. August 2003, Rn. 2.1, http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/vorpr_uvp_pflicht.pdf [27. September 2012]; s. a. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie, der IVU-Richtlinie und weiterer EG-Richtlinien zum Umweltschutz, BT-Drs. 14/4599, Begründung zu Art. I (UVPG), § 3c, S. 95; *Dienes*, in: Hoppe (Hrsg.), Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG), Kommentar, 3. Auflage 2007, § 3c Rn. 12.

wäre nach damaliger Einschätzung mit nicht absehbaren ökologischen Folgen verbunden gewesen, so dass man sich für ihre Ausbringung auf den anliegenden landwirtschaftlichen Flächen aussprach.³⁶

Wäre die Behörde gleichwohl zum Ergebnis gekommen, dass das Vorhaben nicht UVP-pflichtig ist, hätte sie eine Ermessensentscheidung darüber zu treffen gehabt, ob sie das Vorhaben dennoch einer Planfeststellung unterziehen will oder ob es im Plangenehmigungsverfahren zugelassen werden kann. In die Ermessenserwägung kann beispielsweise einbezogen werden, ob ein besonderes Interesse an der mit einer Plangenehmigung verbundenen Verwaltungsvereinfachung und Verfahrensbeschleunigung besteht, was zum Beispiel bei Renaturierungsvorhaben angenommen wird.³⁷ Aber auch der Umfang der zu erwartenden Einwendungen Betroffener ist in die Ermessenserwägungen einzubeziehen.

Diese Ermessensabwägung ist anhand des konkreten Einzelfalls vorzunehmen; das Ergebnis muss hier offen bleiben. Im Folgenden werden daher nur kurz die beiden Alternativen (Plangenehmigung oder Planfeststellungsverfahren) und die jeweilig erforderlichen konkreten Schritte dargestellt.

b) Plangenehmigung

§ 31 Abs. 3 WHG a. F. regelte die Möglichkeit, statt eines Planfeststellungsbeschlusses eine Plangenehmigung zu erteilen, nur dem Grunde nach, sagte aber nichts über das Verfahren selbst aus. Hierzu regelte § 137 Abs. 1 BbgWG a. F., dass sich das Planfeststellungsverfahren für den Gewässerausbau und mithin auch für die Plangenehmigung (als Unterfall des Planfeststellungsverfahrens) nach Teil V Abschnitt 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG)³⁸ richtet. Im Gegensatz zur Planfeststellung ergeht danach die Plangenehmigung nicht in einem formalisierten Verfahren. Es entfallen insbesondere die öffentliche Bekanntmachung des Vorhabens und die mündliche Erörterung mit den Be-

³⁶ Protokoll des Wasser- und Landschaftspflegeverbands „Untere Spree“ (WLV) über eine Sitzung der AG „Müggelspree“ am 30. Januar 2004, auf der u. a. das Pilotprojekt Mönchwinkel II besprochen wurde, S. 2 f., zu finden auf der Internetplattform für Hochwassergeschädigte unter <http://www.hochwassernet.de/index.php?page=Attachment&attachmentID=16&h=8f7a1323e05a757a00c0f3fc2b90565539229b37> [5. Oktober 2012].

³⁷ *Czychowski/Reinhardt* (Fn. 16), § 68 Rn. 44.

³⁸ Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), zuletzt geändert durch Gesetz vom 14. August 2009 (BGBl. I S. 2827); da die maßgeblichen Vorschriften über das Planfeststellungsverfahren seit der Neubekanntmachung 2003 nicht mehr geändert worden sind, kann hier auf das aktuelle VwVfG Bezug genommen werden.

troffenen. Der Verweis auf das Verwaltungsverfahrensgesetz erstreckt sich auch auf § 74 Abs. 6 VwVfG, der die Erteilung einer Plangenehmigung anstelle eines Planfeststellungsbeschlusses an zwei weitere Voraussetzungen knüpft: Zum einen dürfen Rechte Dritter nicht beeinträchtigt werden, es sei denn, die Betroffenen haben sich mit der Beeinträchtigung einverstanden erklärt. Zum anderen muss mit den Trägern öffentlicher Belange, deren Aufgabenbereich berührt ist, das Benehmen hergestellt worden sein.

Unter Rechten Dritter versteht man nicht nur die Eigentumsrechte, auf die zur Verwirklichung eines geplanten Vorhabens zugegriffen werden muss, sondern auch alle anderen subjektiven öffentlichen Rechte, die gegen das Vorhaben unter Umständen im Wege einer Klage vorgebracht werden könnten. Ausreichend ist jede relevante Beeinträchtigung eines Rechts. Die Behörde muss eine Prognose darüber erstellen, dass von einem Vorhaben Rechte Dritter nicht beeinträchtigt werden. Eine Plangenehmigung kommt nur in Betracht, wenn eine hinreichend sichere Beurteilung dieser Frage möglich ist. In Zweifelsfällen empfiehlt es sich, potenziell Betroffene zu hören. Können die Zweifel nicht ausgeräumt werden, ist ein Plangenehmigungsverfahren unzulässig.³⁹

Vor einer Plangenehmigung ist außerdem das Benehmen mit anderen Behörden, deren Aufgabenbereiche von dem Vorhaben berührt werden, herzustellen. Dies erfolgt in Form einer Beteiligung der betroffenen Behörden; ihnen ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Planfeststellungsbehörde ist an die Stellungnahmen der anderen Behörden nicht gebunden; sie muss aber gegenläufige Standpunkte bei ihrer Entscheidung über die Plangenehmigung abwägend berücksichtigen.⁴⁰

Auch wenn die dargestellten Voraussetzungen für ein Plangenehmigungsverfahren vorliegen, liegt es im Ermessen der entscheidenden Behörde, ob sie eine Plangenehmigung erteilt. Die Plangenehmigung wird als Verwaltungsakt erlassen und dem Vorhabenträger gemäß § 41 VwVfG bekannt gegeben. Im Übrigen finden auf die Plangenehmigung die für Verwaltungsakte geltenden allgemeinen Verfahrensvorschriften der §§ 9 ff. VwVfG Anwendung. Auch kann die Plangenehmigung unter den Voraussetzungen des § 36 VwVfG mit Auflagen und anderen Nebenbestimmungen versehen werden.

³⁹ *Kopp/Ramsauer* (Fn. 31), § 74 Rn. 164; s. a. zur möglichen Durchführung einer Anhörung *Czychowski/Reinhardt* (Fn. 16), § 68 Rn. 45.

⁴⁰ *Kopp/Ramsauer* (Fn. 31), § 74 Rn. 166.

c) Planfeststellungsverfahren

Die Planfeststellung ist ein besonderes Instrument der behördlichen Vorabkontrolle eines Vorhabens. Die Planfeststellung eines Gewässerausbaus hat die Funktion, ein raumbezogenes Vorhaben in einem stark formalisierten Verwaltungsverfahren einer verwaltungsbehördlichen Zulassungsprüfung zu unterziehen. Sie ist ein komplexer rechtsgestaltender Verwaltungsakt, mit dem die Zulässigkeit des Vorhabens einschließlich der notwendigen Folgemaßnahmen unter Berücksichtigung aller von ihm berührten öffentlichen Belange festgestellt wird und weitere behördliche Entscheidungen entfallen. Ziel ist ein umfassender Interessenausgleich.

aa) Umweltverträglichkeitsprüfung

Entscheidet sich die Behörde für die Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens oder ist sie dazu verpflichtet, weil die Voraussetzungen für die Erteilung einer Plangenehmigung nicht vorliegen, muss das Planfeststellungsverfahren bei einem UVP-pflichtigen Vorhaben den Anforderungen des UVPG a. F. genügen. Das Verfahren hätte daher - neben den ohnehin nach den §§ 72 ff. VwVfG erforderlichen Maßnahmen - zusätzlich mindestens folgende Schritte umfassen müssen: die behördliche Feststellung der UVP-Pflichtigkeit (§ 3a UVPG a. F.), die Unterrichtung des Vorhabenträgers durch die Behörde über die voraussichtlich beizubringenden Unterlagen (sog. Scoping – § 5 UVPG a. F.), die Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung (§§ 7 – 9b UVPG a. F.), eine zusammenfassende Darstellung der Umweltauswirkungen (§ 11 UVPG a. F.) und deren Bewertung einschließlich der Berücksichtigung der Ergebnisse bei der Entscheidung über die Planfeststellung (§ 12 UVPG a. F.). Diese speziellen Verfahrensschritte sind in das allgemeine Planfeststellungsverfahren zu integrieren.⁴¹

bb) Anhörungs- und Beteiligungsverfahren (§ 73 VwVfG)

Im Rahmen des allgemeinen Planfeststellungsverfahrens hat die Planfeststellungsbehörde zunächst den Vorhabenträger – sofern er dies noch nicht getan hat – aufzufordern, einen Plan einzureichen. Dieser besteht aus den Zeichnungen und Erläuterungen, die das Vorhaben, seinen Anlass und die von dem Vorhaben betroffenen Grundstücke und Anlagen erkennen lassen. Die zuständige Behörde fordert die Behörden, deren Aufgabenbereiche

⁴¹ Czychowski/Reinhardt (Fn. 16), § 70 Rn. 7; Kotulla (Fn. 19), § 31 Rn. 55; Kopp/Ramsauer (Fn. 31), § 73 Rn. 8 ff.

durch das Vorhaben berührt werden, zur Stellungnahme auf und sorgt dafür, dass der Plan in den Gemeinden, in denen sich das Vorhaben auswirkt, ausgelegt wird. Sind die Fristen für die Abgabe von Stellungnahmen und Einwendungen abgelaufen, hat die Anhörungsbehörde (in der Regel der Kreis oder die kreisfreie Stadt) einen Erörterungstermin durchzuführen, an dem der Vorhabenträger, die beteiligten Behörden, Betroffene sowie die Personen, die Einwendungen erhoben haben, teilnehmen können. Nach Abschluss des Erörterungstermins erhält die Planfeststellungsbehörde von der Anhörungsbehörde eine Stellungnahme über das Ergebnis der Erörterung. Außerdem leitet die Anhörungsbehörde der Planfeststellungsbehörde den Plan, die Stellungnahmen der Behörden und die nicht im Erörterungstermin erledigten Einwendungen zu.

cc) Beschlussverfahren (§ 74 VwVfG)

Die Planfeststellungsbehörde entscheidet über den Antrag auf Planfeststellung unter Würdigung des gesamten Sachverhalts, einschließlich der Stellungnahme der Anhörungsbehörde, der nicht erledigten Einwendungen der Betroffenen und der Stellungnahmen der beteiligten Behörden. Sie prüft die Zulässigkeit des Vorhabens, insbesondere seine Vereinbarkeit mit materiellem Recht. Gemäß § 31 Abs. 5 Satz 3 WHG a. F. wäre der Planfeststellungsbeschluss zu versagen gewesen, soweit von dem Gewässerausbau eine Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit zu erwarten gewesen wäre. Eine solche Beeinträchtigung ist insbesondere anzunehmen, wenn sich durch den Gewässerausbau die Hochwassergefahr erheblich und dauerhaft erhöht, ohne dass sich dies ausgleichen ließe, oder wenn natürliche Rückhalteflächen, vor allem in Auenwäldern, zerstört würden. In diesem Zusammenhang wäre nach damaligem Recht etwa auch die Frage zu prüfen gewesen, ob sich der Gewässerausbau an den Bewirtschaftungszielen des § 31 Abs. 1 und der §§ 25a bis 25d WHG a. F. ausrichtet⁴² oder anderenfalls von einer zugelassenen Ausnahmeregelung erfasst wird.

Entscheidender Bestandteil des Planungsrechts ist schließlich das Abwägungsgebot. Als Folgerung aus dem Rechtsstaatsprinzip hat es Verfassungsrang. Ziel der Abwägung ist es, die bestehenden sowie die durch ein Vorhaben unmittelbar oder mittelbar betroffenen Pro-

⁴² Z. B. Erhalt oder Erreichen eines guten ökologischen und chemischen Zustands bzw. eines guten ökologischen Potenzials eines oberirdischen Gewässers (§§ 25a und 25b WHG a. F.), Wiederherstellung des naturnahen Zustands eines Gewässers, wenn überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit nicht entgegenstehen (§ 31 Abs. 1 WHG a. F.).

bleme zu bewältigen und einen inhaltlich ausgewogenen Plan zu erstellen. In die Abwägung sind grundsätzlich alle von der Planung betroffenen öffentlichen und privaten Belange, die nach Lage der Dinge berührt werden, einzustellen.⁴³ Die Belange sind ihrer Bedeutung entsprechend zu gewichten und unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher und gesetzlicher Wertungsvorgaben zu bewerten. Im Rahmen ihrer planerischen Gestaltungsfreiheit entscheidet die Planfeststellungsbehörde darüber, welche Belange im Konfliktfall gewichtiger und deshalb vorzugswürdig sind und welche Belange ein geringeres Gewicht haben und deshalb zurücktreten müssen. Dabei ist im Einzelfall auch zu erwägen, ob durch Schutzvorkehrungen oder Schutzanordnungen Nachteile durch das Planungsergebnis zu verhindern oder jedenfalls zu verringern sind.⁴⁴

Kommt die Behörde nach Abwägung aller Belange zu dem Ergebnis, dass der Plan festgestellt werden kann, fasst sie den entsprechenden Beschluss. Dabei handelt es sich um einen Verwaltungsakt in der Form einer Allgemeinverfügung. Er ergeht schriftlich und wird gemäß § 74 Abs. 4 und 5 VwVfG bekannt gemacht.

4. Mögliche Konsequenzen eines Gewässerausbaus ohne Planfeststellung oder Plangenehmigung

Bei der folgenden Zusammenstellung möglicher rechtlicher Konsequenzen eines Gewässerausbaus ohne Planfeststellung bzw. Plangenehmigung wird unterstellt, dass die an der Müggelspree umgesetzten Maßnahmen als Gewässerausbau einzustufen sind und mithin einer Planfeststellung bzw. unter Umständen einer Plangenehmigung bedurft hätten.

a) Ordnungswidrigkeit

Gemäß § 41 Abs. 1 Nr. 11 WHG a. F. handelt es sich um eine Ordnungswidrigkeit, wenn jemand vorsätzlich oder fahrlässig einen Gewässerausbau vornimmt, ohne dass dafür ein festgestellter Plan nach § 31 Abs. 2 oder eine Plangenehmigung nach § 31 Abs. 3 WHG a. F. vorliegt. Soweit also die Maßnahmen zum Gewässerausbau an einzelnen Gewässerabschnitten der Müggelspree vor dem Außerkrafttreten des WHG a. F. durchgeführt worden

⁴³ Zu den öffentlichen Belangen gehören alle im öffentlichen Recht verwurzelten Interessen, die in ihrer Gesamtheit das Wohl der Allgemeinheit bilden, wie z. B. die Belange des Umweltschutzes, des Natur- und Landschaftsschutzes sowie der Wasserwirtschaft; zu dem privaten Belangen zählen nicht nur gesetzlich anerkannte subjektive Rechte, sondern alle Individualinteressen, die nicht objektiv geringwertig oder schutzunwürdig sind; vgl. *Breuer* (Fn. 20), Rn. 997 m. w. Nachw.

⁴⁴ Vgl. auch zum Abwägungsgebot und -vorgang z. B. *Kopp/Ramsauer* (Fn. 31), § 74 Rn. 51 ff.; *Breuer* (Fn. 20), Rn. 996 ff.

sind, könnte darin eine Ordnungswidrigkeit nach dem Wasserhaushaltsgesetz a. F. liegen. Diese Bußgeldvorschrift entspricht dem heutigen § 103 Abs. 1 Nr. 15 WHG, der auf die mit § 31 Abs. 2 und 3 WHG a. F. inhaltlich übereinstimmenden Normen in § 68 Abs. 1 und 2 WHG verweist. Soweit Gewässerausbaumaßnahmen daher erst nach Inkrafttreten des jetzt geltenden Wasserhaushaltsgesetzes am 1. März 2010 durchgeführt wurden, wären diese nach § 103 Abs. 1 Nr. 15 in Verbindung mit § 68 Abs. 1 und 2 WHG zu ahnden, Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorausgesetzt. Sowohl nach altem als auch nach neuem Recht wird die Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße von bis zu 50.000 € geahndet (§ 41 Abs. 2 WHG a. F., § 103 Abs. 2 WHG). Die Verfolgung der Ordnungswidrigkeiten verjährt in drei Jahren (§ 31 Abs. 2.1 OWiG⁴⁵). Bereits vor diesem Zeitpunkt abgeschlossene Gewässerausbaumaßnahmen können folglich nicht mehr mit einem Bußgeld geahndet werden.

b) Nachträgliches Planfeststellungsverfahren

§ 31 Abs. 2 Satz 1 WHG a. F. geht grundsätzlich von einer vorherigen Durchführung des Planfeststellungsverfahrens aus. Der Ausbau eines Gewässers darf also nur aufgrund eines bestimmten Plans durchgeführt werden und muss, bevor mit den Ausbauarbeiten begonnen wird, behördlich festgestellt sein. Aber auch gegen ein ausnahmsweise nachträgliches Planfeststellungsverfahren bestehen keine Bedenken.⁴⁶ Dies kann gerade auch aus Sicht des Vorhabenträgers zweckmäßig sein, um auf diese Weise ein Vorhaben nachträglich zu legalisieren. Ein solches nachträgliches Planfeststellungsverfahren hätte sich nach den aktuell geltenden rechtlichen Anforderungen zu richten.

Das Planfeststellungsverfahren wird nur auf Antrag des Vorhabenträgers eingeleitet.⁴⁷

Sonstige von einem Gewässerausbau Betroffene haben mangels drittschützender Funktion des wasserrechtlichen Planfeststellungsverfahrens kein subjektives Recht auf Durchführung eines Planfeststellungs- oder Plangenehmigungsverfahrens.⁴⁸

⁴⁵ Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Februar 1987 (BGBl. I S. 602), zuletzt geändert durch Gesetz vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2353).

⁴⁶ *Czychowski/Reinhardt* (Fn. 16), § 68 Rn. 8; *Breuer* (Fn. 20), Rn. 129; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 31), § 72 Rn. 42a, jeweils m. w. Nachw.

⁴⁷ *Czychowski/Reinhardt* (Fn. 16), § 70 Rn. 4 m. w. Nachw.

⁴⁸ BVerwG, Urteil vom 14. Dezember 1973 – IV C 50.71 –, juris, Rn. 13 f. (BVerwGE 44, 235 ff.); Urteil vom 29. Mai 1981 – IV C 97.77 –, juris Rn. 16 f. (BVerwGE 62, 243 ff.).

c) Ansprüche Dritter

Ein fehlendes Planfeststellungsverfahren – seine Notwendigkeit unterstellt – hat die Rechtswidrigkeit der Gewässerausbaumaßnahmen zur Folge. Daraus können sich je nach konkreter Fallgestaltung unterschiedliche Ansprüche betroffener Dritter ergeben. Hierunter fallen zum einen öffentlich-rechtliche Abwehr-, Unterlassungs- und Folgenbeseitigungsansprüche ebenso wie Schadensersatzansprüche aus Amtshaftung bzw. auf der Grundlage des Staatshaftungsrechts. Zum anderen kommen privatrechtliche Ansprüche auf Störungsbeseitigung oder Unterlassung (§ 1004 BGB) oder auf Schadensersatz (§ 823 Abs. 1 BGB) in Betracht. Die Voraussetzungen für die Durchsetzung dieser Ansprüche sind unterschiedlich. Zum Teil ist eine Rechtsverletzung verbunden mit einer drittschützenden Wirkung des maßgeblichen materiellen Rechts als Anspruchsgrundlage erforderlich, teilweise aber auch ein Eingriff in das Eigentum oder in eigentumsgleiche Rechte unmittelbar durch den Gewässerausbau. In allen Fällen ist entscheidend, dass die gewässerbauliche Maßnahme kausal für die Beeinträchtigung der Rechte eines Betroffenen ist. Ob derartige Ansprüche erfolgreich durchgesetzt werden können, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab.⁴⁹

IV. Ergebnis

Es lässt sich keine abschließende, d. h. rechtssichere Aussage darüber treffen, ob es sich bei den an der Müggelspree durchgeführten baulichen Maßnahmen um einen Gewässerausbau im Sinne von § 31 Abs. 2 WHG a. F. handelt oder nicht. Hierfür fehlt es an den erforderlichen Kenntnissen der Gegebenheiten vor Ort und der konkreten Auswirkungen der wasserbaulichen Maßnahmen auf den Wasserhaushalt der Müggelspree, den Naturhaushalt, das äußere Bild der Landschaft und die Fischerei. Stellt man aber einen Vergleich mit anderen, mehr oder weniger vergleichbaren Fallkonstellationen an, die Gegenstand der Rechtsprechung waren, liegt die Annahme nahe, dass es sich bei den hier in Rede stehenden baulichen Maßnahmen, insbesondere bei dem jeweiligen Anschluss eines Altarms und der gleichzeitigen Einbringung einer Sohlschwelle im Durchstich, um wesentliche Gewässerumbauten handelte. Bei der Beurteilung sind die Maßnahmen an einem Gewässer-

⁴⁹ Vgl. zu möglichen Ansprüchen z. B. aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Urteil vom 14. Dezember 1973 (Fn. 48); Urteil vom 29. Mai 1981 (Fn. 48); Urteil vom 26. August 1993 – 4 C 24/91 –, BVerwGE 94, 100 ff.

abschnitt, die sachlich, zeitlich und örtlich in einem engen Zusammenhang standen und demselben Ziel dienten, als einheitliche Gewässerumbaumaßnahme zu bewerten.

Im Falle eines Gewässerausbaus hätte der Vorhabenträger ein Planfeststellungsverfahren oder eine Plangenehmigung beantragen und die Planfeststellungsbehörde ein Planfeststellungsverfahren durchführen müssen oder, sofern die Umbaumaßnahmen nicht UVP-pflichtig sind, ein Plangenehmigungsverfahren einleiten müssen.

Wird ein Gewässerausbau ohne die erforderliche Planfeststellung oder Plangenehmigung durchgeführt, so handelt der Vorhabenträger ordnungswidrig. Die Ordnungswidrigkeit kann mit einem Bußgeld von bis zu 50.000 € geahndet werden. Es ist ferner nicht ausgeschlossen, in einem solchen Fall das Planfeststellungsverfahren nachzuholen und so das Vorhaben nachträglich zu legalisieren.

Ein ohne notwendiges Planfeststellungsverfahren durchgeführter Gewässerausbau kann Ansprüche Dritter zur Folge haben, sofern sie durch den Gewässerausbau in ihren Rechten verletzt sind. In Betracht kommen ggf. öffentlich-rechtliche Abwehr-, Unterlassungs- und Folgenbeseitigungsansprüche sowie Schadensersatzansprüche aus Amts- bzw. Staatshaftung ebenso wie privatrechtliche Ansprüche auf Beseitigung oder Unterlassung und auf Schadensersatz.

gez. Ulrike Schmidt