

Institut für Deutsches und Europäisches Wasserwirtschaftsrecht der Universität Trier

Direktor: Prof. Dr. Michael Reinhardt, LL.M.

Institut für Deutsches und Europäisches Wasserwirtschaftsrecht

Universität Trier • Campus I • 54286 Trier

Telefon: 0651/201-2578 oder 2579

Telefax: 0651/201-2580

Mail: reinhardm@uni-trier.de

www.uni-trier.de/wasserrecht

EIGENDYNAMISCHE GEWÄSSERENTWICKLUNG NACH DER WASSERRAHMENRICHTLINIE

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

Gliederung:

- I. Einführung
- II. Das Regime der Wasserrahmenrichtlinie
 1. Übergreifende Zielsetzung
 2. Leitgedanken
 - a. Zentralisierung
 - b. Ökologisierung
 - c. Ökonomisierung
 3. Stand der Umsetzung in Deutschland und Föderalismusreform
 4. Guter Zustand der Oberflächengewässer und Gewässerentwicklung
- III. Eigendynamische Gewässerentwicklung zwischen Unterhaltung und Ausbau
 1. Wasserhaushaltsgesetzliche Ausgangslage
 - a. Unterhaltung
 - b. Ausbau
 - c. Benutzung
 - d. Fazit
 2. Beispiele

I. Einführung

Die Vorstellung der Wasserrahmenrichtlinie¹, bis zum Jahre 2015 einen guten Zustand aller Gewässer in der Gemeinschaft zu bewirken, erfordert zum Teil erhebliche Eingriffe in die vorfindliche Gewässerlandschaft. Eine europaweit einheitliche Gewässerpolitik, die verstärkt auf genuin ökologische Ziele und erweiterte ökonomische Anreize setzt, wird zum verbindlichen Maßstab der modernen Gewässerbewirtschaftung. Die Erreichung des guten Zustands ist dabei an die Erfüllung zahlreicher rechtlich vergleichsweise konkret vorgegebener biologischer, hydromorphologischer oder physikalisch-chemischer Anforderungen geknüpft, die in und an den Gewässern umzusetzen sind. In den Vordergrund rückt damit die Gewässerentwicklung, die in der deutschen Rechtsterminologie traditionell als Bestandteil der Gewässerunterhaltung (§ 28 Abs. 1 Satz 1 WHG) gefaßt wird. Im folgenden sollen die europäischen und deutschen rechtlichen Rahmenbedingungen insbesondere der sog. eigendynamischen Gewässerentwicklung skizziert werden.

II. Das Regime der Wasserrahmenrichtlinie

1. Übergreifende Zielsetzung

Wer sich im ersten Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts in Europa mit Fragen des Wasserrechts befaßt, kommt nicht umhin, die Wasserrahmenrichtlinie als Maß aller Dinge der europäischen Rechtsentwicklung anzuerkennen. In der nachgerade faszinierend geringen Anzahl von sechsundzwanzig Artikeln – freilich ergänzt durch umfängliche Erwägungsgründe und extensive Anhänge – wird das über Jahrhunderte gewachsene Wasserrecht in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft in bislang nicht gekanntem Ausmaß paradigmatisch umgestaltet. Zum Vergleich: Das noch geltende Wasserhaushaltsgesetz des Bundes umfaßt gut achtzig Paragraphen, als Bundesrahmenrecht auf inzwischen obsoleter verfassungsrechtlicher Grundlage² bedarf es der Ausfüllung durch das jeweilige Landeswassergesetz, das lediglich im Land Hessen mit einer zweistelligen Paragraphenzahl auskommt; hinzu treten zahlreiche untergesetzliche Bestimmungen auf Bundes- und Landesebene³. Noch konziser erweist sich die Regelungsintention der Was-

¹ Richtlinie 2000/60/EG vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABI.EG Nr. L 327, S. 1 (WRRL); siehe auch *Reinhardt*, EG-Wasserrahmenrichtlinie – Umsetzung und aktuelle Fragen, KA 2007, S. 714 ff.

² Art. 75 Abs. 1 Nr. 4 GG a. F., aufgehoben durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006, BGBl. I S. 2034 (Föderalismusreformgesetz).

³ Siehe dazu z. B. die achtbändige Textsammlung von *Lersner/Berendes/Reinhardt* (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Wasserrechts (HDW), Stand: Oktober 2007.

serrahmenrichtlinie, wenn man sie auf ihr freilich eher politisches als rechtliches Hauptziel reduziert, namentlich die Erreichung eines guten Zustands aller Gewässer im Gemeinschaftsgebiet bis zum Jahr 2015⁴. Dieses Ziel, dessen im Idealfall angestrebte Erreichung derzeit etwa ebenso weit vor uns wie die Verabschiedung der Richtlinie hinter uns liegt, wird freilich durch eine Vielzahl relativierender Regelungen sowohl in inhaltlicher wie auch in zeitlicher Hinsicht erheblich eingeschränkt. Man bedarf durchaus keiner prophetischen Gaben um zu prognostizieren, daß im Jahre 2015 der Zustand der Gewässer in Europa nicht durchgängig „gut“ im Sinne der Wasserrahmenrichtlinie sein wird. Die Wasserrahmenrichtlinie ist ein rechtliches Instrument zur möglichst weitreichenden Durchsetzung politisch gewollter Ziele für die Gewässer, nicht aber, wie zahlreiche und vielfach nur als aktionistisch zu bewertende Diskussionen und Anstrengungen um die Verwirklichung der Richtlinienziele es erscheinen lassen, ein zweiter Schöpfungsakt⁵.

Für die wasserwirtschaftsrechtliche Praxis bedeutet das, daß es bei der Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie schon aus tatsächlichen Gründen der Gewässerlandschaft in den industrialisierten europäischen Gesellschaften des anbrechenden 21. Jahrhunderts kaum darum gehen kann, bis zum Jahr 2015 überall in der Gemeinschaft einen guten Gewässerzustand herzustellen, sondern an Hand der rechtlichen Maßstäbe der Richtlinie jeweils konkrete gewässerspezifische Zielsetzungen zu identifizieren und unter Heranziehung der neuen europäischen Planungsinstrumente (insbesondere Maßnahmenprogramme nach § 36 WHG und Bewirtschaftungspläne nach § 36 b WHG) abzuarbeiten. Bereits durch diesen Befund wird der Spielraum für eine eigendynamische Gewässerentwicklung, die das Gewässer ganz oder weitestgehend sich selbst überläßt, erheblich reduziert. Eine solche wird damit grundsätzlich nur dort denkbar, wo nicht vorfindliche grundrechtlich geschützte Nutzungen entgegenstehen.

2. Leitgedanken: Zentralisierung, Ökologisierung, Ökonomisierung

Schlagwortartig lassen sich die Leitlinien des richtlinienrechtlichen Regelungsmodells mit den Begriffen der Zentralisierung, Ökologisierung und Ökonomisierung des Wasserrechts charakterisieren⁶:

a. Zentralisierung: Mit der Ersetzung der bis zum Jahre 2000 nur punktuellen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsetzung zum Gewässerschutz durch ein konzeptionell übergreifendes richtlinienrechtliches Konzept hat die Europäisierung des Wasserwirtschaftsrechts

⁴ Siehe Art. 1, 4 Abs. 1 lit. a., iii. (Oberflächengewässer) und lit. b., ii. (Grundwasser).

⁵ Siehe auch *Salzwedel*, Das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot und umweltrechtliche Verweisungen auf naturwissenschaftliche Begriffe, in: Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer (Hrsg.), Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 205, 208 f.

⁶ Näher dazu *Reinhardt*, Das neue Wasserrecht zwischen Umweltrecht und Wirtschaftsrecht, in: Reinhardt (Hrsg.), Wasserrecht im Umbruch, Wasserwirtschaftsrechtstag 2007, S. 9, 10 ff.

eine neue Dimension angenommen⁷. Übergreifende materielle Schutzziele (§§ 25 a bis 25 d, 32 c, 33 a WHG), grenzüberschreitende Kooperation durch den Zwang zur flußgebietsbezogenen Gewässerbewirtschaftung (§ 1 b WHG) und die Anordnung gemeinschaftsweit einheitlicher Bewirtschaftungsinstrumente (§§ 36, 36 b WHG) schränken den mitgliedstaatlichen Handlungsspielraum bei der Gewässerbewirtschaftung erheblich ein und verlagern wenngleich nicht die inhaltliche Verantwortung, so doch immerhin die konzeptionelle Steuerung im Schwerpunkt nach Brüssel.

b. Ökologisierung: Das gewässerschützende Regime der Wasserrahmenrichtlinie geht über den bislang überwiegend verfolgten gewässerreinhaltenden Ansatz weit hinaus und verschiebt die Akzente der Gewässerbewirtschaftung von der überkommenen wasserwirtschaftlichen hin zu einer vordringlich ökologischen Betrachtungsweise. Freilich hatte § 31 Abs. 1 Satz 1 WHG schon vor der Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie die weitestmögliche Rückführung der Gewässer in einen naturnahen Zustand gefordert. Anders als nach der Ökologisierung des deutschen Wasserrechts im Zuge der Entstehung des modernen deutschen Umweltverwaltungsrechts in den 1970er Jahren⁸ geht es jedoch nun nicht mehr allein um eine Akzentuierung der umweltschützerischen Dimension des nationalen Wasserwirtschaftsrechts, sondern um einen tiefgreifenden ökologischen Umbau des Rechtsgebiets. Besonders deutlich wird dies zum Beispiel bei der Formulierung der Anforderungen an die Relativierung der Bewirtschaftungsziele bei künstlichen und erheblichen veränderten oberirdischen Gewässern, in deren Katalog der traditionell zentrale Regelungszweck des Wasserwirtschaftsrechts, die Gewährleistung der öffentlichen Trinkwasserversorgung, zum rechtfertigungsbedürftigen Ausnahmefall der idealen Gewässerbewirtschaftung, irgendwo hinter der Schifffahrt und der Freizeit- und Erholungsnutzung degradiert wird (§ 25 b Abs. 2 Nr. 1 lit. d. WHG)⁹.

c. Ökonomisierung: Nachgerade modernistische Züge trägt die als Novum der Wasserrahmenrichtlinie gepriesene Ökonomisierung, die sich als Ökonomisierung des Wasserwirtschaftsrechts schon begrifflich als bloße Tautologie erweist. Im Mittelpunkt der Diskussion steht der anhaltende Streit um die Einordnung des Art. 9 WRRL, der seiner amtlichen Überschrift gemäß das Prinzip der Deckung der Kosten der Wasserdienstleistungen anordnet, bei näherem Hinsehen aber auf Grund seiner Eigenschaft als formelhafter politischer Kompromiß über nur höchst eingeschränkte rechtliche Steuerungskraft verfügt¹⁰. Die Gefahr der Regelung liegt darin, daß unter unbedachter oder auch bewußter Ausblen-

⁷ Ausführlich z. B. *Breuer*, Öffentliches und privates Wasserrecht, 3. Auflage 2004, S. 31 ff., 57 ff. mit weiteren Nachweisen.

⁸ Viertes WHG-Änderungsgesetz vom 26. April 1976, BGBl. I S. 1109; siehe dazu *Riegel*, Die neuen Vorschriften des Wasserhaushaltsgesetzes, NJW 1976, S. 783 ff.

⁹ *Reinhardt*, Wasserwirtschaftsrechtstag 2007, S. 9, 31.

¹⁰ *Reinhardt*, Kostendeckungs- und Verursacherprinzip nach Art. 9 WRRL, NuR 2006, S. 737 ff.

derung der weitestgehenden juristischen Bedeutungsarmut der Vorschrift deren Begrifflichkeiten instrumentalisiert zu werden drohen, um sodann unter dem bequemen Deckmantel vermeintlicher europarechtlicher Zwänge partikuläre wirtschaftliche Interessen zu verfolgen. Beispielhaft zu nennen ist die juristisch nicht gerechtfertigte Forderung nach einer Aufrechterhaltung oder Ausweitung wasserrechtlicher Sonderabgaben als notwendige Folge des Art. 9 WRRL¹¹.

3. Stand der Umsetzung in Deutschland und Föderalismusreform

Jegliche Ausführungen zum Stand der Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie sind untrennbar verknüpft mit dem gegenwärtigen Umbau des deutschen Wasserrechts im Zuge der Föderalismusreform 2006. Mit der Aufgabe der ursprünglichen Rahmengesetzgebungskompetenz und der Schaffung einer neuen konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis für den Wasserhaushalt nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG n. F. obliegt nun die Verantwortung für eine Vollregelung des Wasserwirtschaftsrechts primär dem Bund. Gegenwärtig ist er im Begriff, von der neuen Zuständigkeit in der Gestalt eines bislang immer wieder an kompetentiellen Schwierigkeiten gescheiterten Umweltgesetzbuchs Gebrauch zu machen. In diesen Tagen soll der Referentenentwurf zum wasserrechtlichen Teil des UGB veröffentlicht werden, so daß erstmals verlässlichere Aussagen über die Zukunft des deutschen Wasserrechts möglich werden dürften. Aber auch nach Verabschiedung einer bundeseinheitlichen Vollregelung wird das Zusammenspiel von Bundes- und Landesrecht als Charakteristikum des deutschen Wasserrechts Bestand behalten. Denn während etwa die Transformation gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien weithin auf Bundesebene konzentriert werden wird, lassen die bislang publizierten Texte erkennen, daß der Bund eine sämtliche Regelungen von Wasserhaushaltsgesetz und Landeswassergesetzen umschließende Vollregelung nicht anstrebt. Darüber hinaus verfügen die Länder nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG n. F. nunmehr über ein verfassungsrechtlich verbrieftes Recht, von den bundesrechtlichen Regelungen des Wasserhaushalts, die nicht anlagen- oder stoffbezogen sind, abzuweichen. Gerade im Bereich der Gewässerentwicklung und Gewässerunterhaltung wird damit dem Landesrecht auch weiterhin eine bedeutsame Rolle zukommen.

Unberührt von diesen Entwicklungen des deutschen Wasserrechts gilt der von der Wasserrahmenrichtlinie verbindlich vorgegebene Zeitplan für die Erreichung der Richtlinien-

¹¹ So z. B. *Berendes*, Die neue Wasserrechtsordnung, ZfW 2002, S. 197, 218; *Ginzky/Bothe/Richter*, Wasserentnahmeentgelte, Ökonomische und verfassungs- und europarechtliche Aspekte, GWF 2005, S. 945, 947; *Hansjürgens/Messner*, Handbuch WRRL, 2. Auflage 2006, S. 399, 405; *Kotulla*, Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar, 2003, § 42, Rn. 11; *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, Wasserhaushaltsgesetz, Abwasserabgabengesetz, Loseblatt, Stand: 2006, § 42, Rn. 6; dagegen *Czychowski/Reinhardt*, Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar, 9. Auflage 2007, § 42, Rn. 3; *Nisipeanu*, 30 Jahre Abwasserabgabengesetz, ZfW 2006, S. 125, 141; *Posser/Willbrand*, Das neue Wasserentnahmeentgeltgesetz NRW, NWVBl. 2005, S. 410; *Reinhardt*, NuR 2006, S. 737, 743 f.

ziele. Fristgerecht hat insoweit der Bund mit dem 7. WHG-Änderungsgesetz 2002¹² noch unter alter verfassungsrechtlicher Zuständigkeitsverteilung sein Rahmenrecht geändert; überwiegend fristgerecht¹³ erfolgte die weitere Umsetzung durch das rahmenausfüllende Landesrecht¹⁴. Unterhalb der gesetzlichen Ebene fordert die Richtlinie insbesondere die Aufstellung der neuen planerischen Instrumente der Maßnahmenprogramme und der Bewirtschaftungspläne, die nach Art. 11 Abs. 7, 13 Abs. 6 WRRL spätestens bis Dezember 2009 zu erfolgen hat. Insbesondere dem rechtlich bedeutsameren Maßnahmenprogramm kommt dabei die Funktion zu, für die jeweiligen Flußgebietseinheiten oder deren Teile spezifische Abläufe und Handlungskataloge für die Erreichung der materiellen Bewirtschaftungsziele verbindlich festzulegen. Sie enthalten gewissermaßen das Drehbuch für die weitere Entwicklung der jeweiligen Gewässer und bilden damit zugleich auch die Grundlage für die Fälle eigendynamischer Gewässerentwicklung. Die Umsetzungsfrist der in den Maßnahmenprogrammen vorgesehenen einzelnen Maßnahmen endet im Dezember 2012¹⁵.

4. Guter Zustand der Oberflächengewässer und Gewässerentwicklung

Der bis zum Jahr 2015 grundsätzlich zu erreichende gute Zustand der Gewässer wird in erster Linie durch die in landesrechtlichen Verordnungen in deutsches Recht umgesetzten Anhänge II und V der Wasserrahmenrichtlinie näher bestimmt¹⁶. Im wesentlichen handelt es sich hierbei um wortgetreue Übernahmen der komplexen gemeinschaftsrechtlichen Zustandsbeschreibungen, etwa mit Blick auf die biologischen, hydromorphologischen oder physikalisch-chemischen Faktoren. Diese zum Teil an vom Menschen unberührte Urgewässer erinnernden Kriterienkataloge dürfen jedoch nicht den Blick darauf verstellen, daß sie lediglich Idealvorstellungen skizzieren, die nicht als unumstößlich durchzusetzende Maßstäbe der Gewässerentwicklung mißverstanden werden dürfen. Die Wasserrahmenrichtlinie trägt den tatsächlichen Vorfindlichkeiten und Möglichkeiten schon dadurch Rechnung, daß sie in Art. 4 Abs. 1 lit. a. iii. und Abs. 3 die Kategorie der künstlichen und erheblich veränderten Gewässer einführt und damit eine weitreichende und praktisch höchst relevante Einschränkung der allgemeinen Bewirtschaftungsziele zuläßt. Dies ist schon deswegen unumgänglich, da im modernen Industriestaat die romantische Vorstellung einer vollständigen Rückführung aller Gewässer in einen natürlichen Urzustand nur als uto-

¹² Gesetz vom 18. Juni 2002, BGBl. I S. 1914, 2711.

¹³ Siehe EuGH ZfW 2007, S. 98 betreffend die verzögerte Umsetzung der Richtlinie in den Ländern Berlin, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt.

¹⁴ Siehe z. B. das Gesetz zur Änderung des niedersächsischen Wassergesetzes vom 19. Februar 2004, GVBl. S. 76.

¹⁵ Siehe *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 36, Rn. 37 und § 36 b, Rn. 27.

¹⁶ Siehe z. B. die Niedersächsische Verordnung zum wasserrechtlichen Ordnungsrahmen vom 27. Juli 2004, GVBl. S. 268.

pisch bezeichnet werden kann¹⁷. Hinzu kommt, daß die seit Jahrhunderten betriebene Einwirkung des Menschen auf die Gewässer dazu geführt hat, daß oberirdische Gewässer heute kaum mehr überhaupt in einem wirklichen Naturzustand anzutreffen sind, sondern sich vielmehr regelmäßig als das Ergebnis langjähriger anthropogener Einflußnahme darstellen¹⁸. Gegenstand des Schutzauftrags ist nicht ein europäischer Urwald, sondern die gewachsene europäische Kulturlandschaft¹⁹.

Vor diesem Hintergrund erscheint es problematisch, wenn aus der Sicht eines naturnahen Wasserbaus die eigendynamische Gewässerentwicklung pauschal als „Königsweg unter den Entwicklungsmaßnahmen“ gepriesen wird²⁰. Vielmehr gilt es, entsprechende Konzepte in den Kontext ihrer Machbarkeit und auch Finanzierbarkeit zu stellen, um sie auf dieser Grundlage rechtlich zu bewerten. Gerade die erhebliche Ausweitung des Begriffs der Gewässerunterhaltung im Zuge der Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie²¹ und die damit verbundene erhebliche Steigerung der Unterhaltungskosten zwingt zu einer strikten Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Insbesondere sind zur Unterhaltung verpflichtete öffentlich-rechtliche Wasserverbände grundsätzlich nicht berechtigt, im rein öffentlichen, d. h. nicht mehr im rein genossenschaftlichen Interesse liegende Aufgaben der ökologischen Gewässerunterhaltung über Beiträge der Verbandsmitglieder und sonstiger Beitragspflichtiger nach § 28 WVG zu refinanzieren²². Damit stellt sich zugleich die Frage nach der ökologischen Verantwortlichkeit der Verbände im Verhältnis zur allgemeinen Gewässerbewirtschaftungspflicht der Länder (Art. 83 GG). Die rechtlichen Grenzziehungen im einzelnen Fall haben sich an der Verantwortungsverteilung der beteiligten Verwaltungsträger (Land und Verbände) sowie an den grundrechtlichen Schranken insbesondere des Eigentumsschutzes der Betroffenen²³ zu orientieren²⁴.

¹⁷ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 25 b, Rn. 1; *Heiland*, Die Wassergesetz-Novelle 2004, VBIBW 2004, S. 281, 283; *Hofmann/Kollmann*, Erläuterungen zum Wasserhaushaltsgesetz, in: von Lersner/Berendes/Reinhardt (Hrsg.), HDW, C 10 E, § 25 b, Rn. 2.

¹⁸ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 25 b, Rn. 22; *Giesberts/Reinhardt/Rechenberg*, BeckOK Umweltrecht, 2007, § 25 b WHG, Rn. 2.

¹⁹ Siehe auch *Kloepfer*, Umweltrecht, 3. Auflage 2004, § 1, Rn. 18.

²⁰ So etwa *Fröhlich*, Möglichkeiten und Grenzen der Gewässerentwicklung aus rechtlicher Sicht, KA 2006, S. 160, 161 unter Hinweis auf *Jürging/Patt*, Fließgewässer- und Auenentwicklung, 2005, S. 136.

²¹ Dazu *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 28, Rn. 2; *Salzwedel*, Die EU-Wasserrahmenrichtlinie in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, in: Hansmann/Paetow/Rebentisch (Hrsg.), Umweltrecht und richterliche Praxis, Festschrift für Ernst Kutscheidt, 2003, S. 105, 108.

²² Siehe OVG Münster, ZfW 2002, S. 118 ff. (Unterhaltungsmaßnahmen zum Hochwasserschutz); ferner BVerwG, DÖV 1986, S. 1018 f.

²³ *Salzwedel*, in: FS Kutscheidt, S. 105, 109.

²⁴ Dazu *Reinhardt*, Wasserwirtschaftsrechtstag 2007, S. 9, 32 f.; *ders.*, KA 2007, S. 714, 717.

III. Eigendynamische Gewässerentwicklung zwischen Unterhaltung und Ausbau

1. Wasserhaushaltsgesetzliche Ausgangslage

a. *Unterhaltung*: Grundsätzlich unterscheidet der dritte Abschnitt des ersten Teils des Wasserhaushaltsgesetzes kategorisch zwischen der Unterhaltung und dem Ausbau eines Gewässers. Beides ist nach der ausdrücklichen Anordnung des § 3 Abs. 3 WHG keine Benutzung, die der Erlaubnis oder Bewilligung nach § 2 WHG bedarf. Die scheinbar scharfe Dreiteilung von Benutzung, Unterhaltung und Ausbau verliert indes rasch ihre Konturierung, versucht man, Maßnahmen der Gewässerentwicklung eindeutig zuzuordnen und den jeweils einschlägigen Rechtsrahmen aufzufinden. Der Gesetzgeber hat es aus materiell-rechtlichen Erwägungen heraus vorgezogen, Unterhaltung und Ausbau systematisch zusammenzufassen und der Benutzung gegenüberzustellen, wohingegen verfahrensrechtlich die gestattungspflichtigen Institute der Benutzung und des Ausbaus einander näherstehen als der nicht einer behördlichen Zulassung unterliegenden Unterhaltung. Im konkreten Fall gilt es damit, alle im Rahmen der Gewässerentwicklung erfolgenden Einwirkungen auf ein Gewässer im einzelnen zu identifizieren, voneinander abzugrenzen und jeweils gesondert rechtlich zu bewerten. Auch wenn die Legaldefinition der Gewässerunterhaltung nach § 28 Abs. 1 Satz 1 WHG nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers „Pflege und Entwicklung“ umfaßt, bedeutet dies nicht, daß zugleich jede Entwicklungsmaßnahme stets auch als nicht gestattungsbedürftige Unterhaltungsmaßnahme einzuordnen ist. Im Gegenteil bewirkt die Ausdehnung des Unterhaltungsbegriffs im Zuge der Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie das auf den ersten Blick paradox anmutende Ergebnis, daß zahlreiche Entwicklungsmaßnahmen auf Grund der Tragweite ihrer Einwirkungen auf das Gewässer als gestattungsbedürftige Benutzung oder planfeststellungsbedürftiger Ausbau rechtlich nicht mehr als Unterhaltung einzuordnen sind.

Hatte sich § 28 WHG in seiner aus dem Jahre 1957 datierenden Urfassung zur Definition der Gewässerunterhaltung noch darauf beschränkt, die Erhaltung eines ordnungsgemäßen Wasserabflusses und an schiffbaren Gewässern die Erhaltung der Schiffbarkeit zu fordern, beinhaltet er nunmehr einen umfassenden ökologischen Anforderungskatalog, der ausdrücklich an die Bewirtschaftungsziele für oberirdische Gewässer nach den §§ 25 a bis 25 d WHG anknüpft.

Das umfassende Bewirtschaftungskonzept der Wasserrahmenrichtlinie beschränkt sich mithin nicht nur auf die wasserbehördliche Steuerung der Benutzung, sondern zugleich begriffsnotwendig auch auf die Unterhaltung und den Ausbau der Gewässer²⁵. Denn die Bewirtschaftung eines Guts ist darauf angewiesen, daß dessen Erhaltung im Sinne der Bewirtschaftungsvorstellungen dauerhaft gesichert und etwaige Veränderungen nur im

²⁵ BTags-Drucks. 14/7755 S. 19; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 28, Rn. 12; *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG, § 28, Rn. 2b, 8a ff.

Rahmen dieser Vorstellungen vorgenommen werden. Der neue § 28 Abs. 1 WHG kombiniert daher nunmehr die überkommenen bundesrechtlichen Vorstellungen über die Gewässerunterhaltung (Sicherung des Wasserabflusses, Berücksichtigung des Naturhaushalts sowie von Bild und Erholungswert der Gewässerlandschaft, Erhaltung der Schiffbarkeit) mit den Bewirtschaftungszielen der §§ 25 a bis 25 d WHG und den in den Maßnahmenprogrammen nach § 36 niedergelegten einzelnen Anforderungen für das jeweilige Gewässer. Die Unterhaltung wird so zum Bestandteil der Flußgebietsbewirtschaftung (§ 1 b WHG) und ist in deren Kontext zu verstehen und vorzunehmen. Mit der Erstreckung der Unterhaltung auf die Entwicklung des Gewässers wird die Grenzziehung zum Ausbau weiter verkompliziert und im Ergebnis verschoben. Auf der anderen Seite taugt die Ausweitung des § 28 WHG nicht als Rechtfertigung einer unbegrenzten und damit unverhältnismäßigen Ökologisierung der Gewässerbewirtschaftung, die von den rechtswahrenden verfahrensrechtlichen Mechanismen wasserbehördlicher Zulassungskontrollen weitestgehend befreit ist²⁶.

b. Ausbau: Seit sich die Gewässerunterhaltung damit ausdrücklich nicht mehr nur darauf beschränkt, einen ordnungsmäßigen Zustand zu erhalten, sondern seit der Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie auch Pflege und Entwicklung der Gewässer umschließt, ist die schon immer nur scheinbar klare Unterscheidung zwischen bloß *erhaltender* Unterhaltung und dauerhaft *gestaltendem* Ausbau keineswegs einfacher geworden²⁷. Für den Gewässerausbau, unter dem § 31 Abs. 2 Satz 1 WHG die Herstellung, Beseitigung oder wesentliche Umgestaltung eines Gewässers oder seiner Ufer versteht, gilt nach § 31 Abs. 1 Satz 1 WHG der Grundsatz, daß Gewässer, die sich im natürlichen oder naturnahen Zustand befinden, in diesem Zustand erhalten bleiben, und nicht naturnah ausgebaute Gewässer soweit wie möglich wieder in einen naturnahen Zustand zurückgeführt werden sollen. Entsprechende Maßnahmen bedürfen der Planfeststellung; bei Maßnahmen, die nicht der Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung bedürfen, genügt die voraussetzungsärmere Plangenehmigung, § 31 Abs. 2, 3 WHG. Allerdings sind nach § 28 in Verbindung mit § 25 a Abs. 1 oder § 25 b Abs. 1 WHG gebotene Verbesserungen des Gewässers auch jenseits einer Bagatellgrenze nicht zwingend schon Ausbau. Dieser ist vielmehr erst durch eine wesentliche Umgestaltung eines Gewässers²⁸, insbesondere durch die Veränderung des Gesamtprofils oder die Bewirkung eines anderen Gepräges des Gewässers gekennzeichnet. Was insoweit als wesentliche Veränderung und damit nicht mehr

²⁶ *Breuer*, Öffentliches und privates Wasserrecht, Rn. 927; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 28, Rn. 12 und § 31, Rn. 23.

²⁷ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 31, Rn. 23; *Knopp*, Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie – Neue Verwaltungsstrukturen und Planungsinstrumente im Gewässerschutzrecht, NVwZ 2003, S. 275, 278.

²⁸ Dazu näher *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 31, Rn. 20.

als unterhaltende Entwicklung, sondern als Ausbau zu fassen ist, bestimmt sich danach letztlich wiederum allein nach den Gegebenheiten im Einzelfall.

c. Benutzung: Wie gesehen schließt das Wasserhaushaltsgesetz Maßnahmen zur Unterhaltung oder zum Ausbau eines Gewässers ausdrücklich grundsätzlich von der Gestattungspflicht für Gewässerbenutzungen im Sinne des § 3 Abs. 1 und 2 WHG aus, § 3 Abs. 3 WHG. Der umfassende und durch eine Generalklausel abgesicherte Benutzungskatalog des § 3 WHG hat die Funktion, jegliche Einwirkungen, die Qualität oder Quantität des Wassers betreffen können, von der vorherigen Überprüfung in einem formalisierten wasserbehördlichen Zulassungsverfahren nach dem Maßstab des Wohls der Allgemeinheit (§ 6 Abs. 1 WHG) abhängig zu machen; nach allgemeiner Auffassung kann eine Benutzung nicht nur durch zweckgerichtetes positives Tun, sondern – wie im Falle der eigendynamischen Gewässerentwicklung naheliegend – auch durch Unterlassen vorgenommen, wenn das Untätigbleiben nach seiner objektiven Eignung planvoll darauf abzielt, ein Gewässer im Sinne des § 3 Abs. 1 WHG in Anspruch zu nehmen²⁹. Problematisch ist dabei wiederum die rechtliche Zuordnung im Einzelfall: Nicht erforderlich ist, daß die Maßnahmen für den Ausbau notwendig oder unentbehrlich sind; andererseits ist § 3 Abs. 3 Satz 1 nicht schon dann erfüllt, wenn die Benutzung dem Ausbau „förderlich“ ist. Eine Benutzung dient auch nicht immer dem Ausbau, wenn sie mit ihm zusammenfällt. Sie kann von ihm ganz unabhängig sein; möglicherweise dient der Ausbau sogar umgekehrt der Benutzung³⁰. Ähnliches gilt für die Abgrenzung zwischen Benutzung und Unterhaltung: Anders als beim Ausbau fehlt es indes bei der Unterhaltung an der behördlichen Vorabkontrolle. Ein Verfahren, das es ermöglicht, die berührten öffentlichen Interessen und privaten Belange abzuwägen und zu berücksichtigen, ist nicht vorgeschrieben³¹. Dies dürfte seinen Grund darin haben, daß Unterhaltungsmaßnahmen sich jedenfalls nach überkommenem Verständnis von der Unterhaltung im allgemeinen weit weniger auf Rechte Dritter auswirken als Ausbaumaßnahmen. Überdies bieten die Träger der Unterhaltungslast, zumeist Körperschaften des öffentlichen Rechts, die landesrechtlichen Möglichkeiten für die zuständige Wasserbehörde, den Umfang der Unterhaltungspflicht zu bestimmen, und die Vorschriften über die Gewässeraufsicht dem Gesetzgeber offensichtlich hinreichend Gewähr, nachteilige Wirkungen von Unterhaltungsarbeiten, die zugleich unter § 3 Abs. 1 und 2 WHG fallen, zu verhüten³². Mit der beschriebenen ökologischen Ausweitung der Unterhaltungspflicht steht diese Sichtweise indes auf dem juristischen Prüfstand.

²⁹ Siehe BVerwG, ZfW 1974, S. 296, 298; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 3, Rn. 7; *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG, § 3, Rn. 3 b.

³⁰ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 3, Rn. 79 ff. mit weiteren Nachweisen.

³¹ Siehe OVG Lüneburg, ZfW 1980, 316.

³² *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 3, Rn. 86 ff. mit weiteren Nachweisen.

d. Fazit: Schon die kursorische der wasserhaushaltsgesetzlichen Institute Unterhaltung, Ausbau und Benutzung hat gezeigt, daß klare juristische Abgrenzungen auf einer abstrakten Ebene nicht möglich sind. Gerade die Grenzen zwischen Unterhaltung und Ausbau verlaufen heute mehr denn je sowohl quantitativ als auch qualitativ fließend, so daß aus verfassungsrechtlicher Sicht ein eine behördliche Vorabkontrolle in der Form eines Verwaltungsverfahrens erfordernder Ausbau spätestens dann anzunehmen sein wird, wenn eine effektive Verwirklichung der Grundrechte der Betroffenen zu einer prozeduralen Absicherung der wasserwirtschaftlichen Maßnahme zwingt, wie es beispielsweise bei entwicklungsbedingten Auswirkungen auf das Grundeigentum (§ 72 NWG) der Fall sein kann. Daraus folgt auch zwingend, daß sich die komplexe Vorgehensweise der Zulassung kontrollierter eigendynamischer Entwicklung eines Gewässers einer einheitlichen juristischen Bewertung entzieht. Insbesondere ist es nicht statthaft, die eigendynamische Gewässerentwicklung pauschal einer der drei Kategorien zuzuordnen und danach einheitlich zu beurteilen. Auch die Wasserrahmenrichtlinie gibt insoweit für die Beurteilung nichts her, da sie ausschließlich die zu erreichenden Ziele und das prozedurale Instrumentarium vorgibt. Erforderlich ist daher, an Hand der Eigenarten und Vorfindlichkeiten des jeweils der eigendynamischen Entwicklung überlassenes Gewässer im Einzelfall differenziert zu betrachten und dabei insbesondere im weiteren Verlauf die rechtliche Beurteilung den sich entwickelnden tatsächlichen Umständen anzupassen und gegebenenfalls auch rechtlich korrigierend einzugreifen.

2. Beispiele

Zur Illustrierung sei abschließend noch auf einige praktische Beispiele der Abgrenzung zwischen Unterhaltung und Ausbau hingewiesen, denen sich wenigstens eine Tendenz der Handhabung in der bisherigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung entnehmen läßt³³. Von einer gefestigten höchstrichterlichen Judikatur zur Gewässerunterhaltung unter dem Eindruck der Wasserrahmenrichtlinie kann jedoch derzeit keine Rede sein, so daß in entsprechende Fallkonstellationen noch weithin juristisches Neuland zu betreten sein wird. Zur Erfüllung der Gewässerunterhaltungspflicht müssen regelmäßig Veränderungen an dem Gewässer vorgenommen werden. Zu nennen sind etwa das leichte Abflachen oder Anböschten nach Uferabbrüchen, das Planieren des Flußbettes, Sedimentberäumungen³⁴, Änderung der Uferbefestigung, um eine wirtschaftlichere und umweltgerechtere Unterhaltung zu ermöglichen, ohne das gesamte Profil zu verändern, die routinemäßige Entfernung von Bewuchs zur Sicherung der Funktionsfähigkeit von Deichen³⁵. Diese Maßnah-

³³ Siehe allgemein auch *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 31, Rn. 23; *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG, § 31, Rn. 9.

³⁴ OVG Bautzen, NuR 2006, S. 242.

³⁵ VG Leipzig, NuR 2004, S. 479.

men sind typischerweise so unbedeutend, daß sie nicht als wesentliche Umgestaltung des Gewässers angesehen werden können und somit als Teil der Unterhaltungspflicht verstanden werden³⁶. Nicht wesentlich sind ferner Arbeiten am Gewässer, die unter Beibehaltung der Uferlinie und von Uferabbrüchen nur eine Verfestigung der Uferböschung zum Gegenstand haben³⁷ oder die ohne erheblichen Aufwand bewirkte Herstellung oder Wiederherstellung der Fischdurchgängigkeit³⁸.

Inzwischen allgemein anerkannten wasserwirtschaftlichen und ökologischen Erkenntnissen zufolge kommt dem gezielten Einsatz organischen Materials eine bedeutende Rolle für Struktur, Hydrologie und Hydraulik sowie für Flora und Fauna des Gewässers und dessen Ufer zu³⁹. Die Einbringung von Totholz wird daher heute verbreitet als sinnvolle Maßnahme der Gewässerentwicklung und -unterhaltung betrachtet⁴⁰. Folge einer ökologisch motivierten Einbringung von Totholz oder auch Störsteinen in größerem Umfang können jedoch abweichende Mäandrierungen des Gewässers sein, die endlich als wesentliche Umgestaltung durchaus auch die Planfeststellungsbedürftigkeit nach § 31 Abs. 2 WHG nach sich ziehen⁴¹. Hinzu kommt, daß nach noch herrschender, aber vor dem Hintergrund neuer limnologischer Erkenntnisse nicht mehr unangefochtener Rechtsprechung in diesen Fällen auch das grundsätzliche Verbot des Einbringens fester Stoffe in ein Gewässer nach § 26 Abs. 1 WHG gilt⁴².

³⁶ OLG Hamm, ZfW 1971, S. 54; *Knopp*, Bestandsaufnahme zur Abgrenzung zwischen Gewässerausbau und Gewässerunterhaltung, BayVBl. 1983, S. 524, 525.

³⁷ BVerwG, ZfW 1996, S. 434, 436.

³⁸ Siehe *Reinhardt*, Die gesetzliche Förderung kleiner Wasserkraftanlagen und der Gewässerschutz, NuR 2006, S. 205, 209 ff.

³⁹ Dazu *Kibele*, Mission: Impossible? Plädoyer für eine Neuinterpretation des § 26 Abs. 1 Satz 1 WHG im Hinblick auf das Rechengut, ZfW 2002, S. 133, 135 f.: „Schlüsselfaktor für naturnahe Fließgewässer“.

⁴⁰ *Kibele*, ZfW 2002, S. 133 ff. m. w. N.

⁴¹ Siehe auch *Kollmann*, Rechtsfragen der Gewässerunterhaltung vor dem Hintergrund der WRRL und der Neufassung des WHG, WuA 3/2004, S. 10, 12; zur vergleichbaren Konstellation der Gehölzbeseitigung auf Deichen als planfeststellungsbedürftiger Deichausbau siehe OVG Bautzen, ZUR 2003, S. 222, 223.

⁴² BVerwG, ZfW 1980, S. 227 zur Wiedereinbringung von Schwemm- und Rechengut; offen dagegen in jüngerer Zeit BGH, ZfW 2004, S. 180, 184 mit Anmerkung von *Kibele*, ZfW 2004, S. 185 ff.; siehe allgemein auch *Kibele*, ZfW 2002, S. 133 ff.; ferner *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 26, Rn. 5; *Giesberts/Reinhardt/Posser*, BeckOK Umweltrecht, § 26 WHG, Rn. 17.