

# Zur Erforderlichkeit eines wasserrechtlichen Genehmigungsverfahrens beim Eintrag von Luftschadstoffen in ein Gewässer

## Offene Fragen zum Verhältnis Wasserrecht – Immissionsschutzrecht

*Immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen werden häufig an Standorten in der Nähe von Gewässern beantragt. Der Beitrag geht der Frage nach, ob für den Eintrag luftgetragener Schadstoffe in Gewässer aus derartigen Anlagen neben dem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren auch ein wasserrechtliches Erlaubnisverfahren erforderlich ist und welche materiellrechtlichen Konsequenzen dies hätte.*

### 1. Ausgangslage

Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung konzentriert gem. § 13 BImSchG grundsätzlich alle die Anlage betreffenden behördlichen Entscheidungen. Ausgenommen davon sind ausdrücklich wasserrechtliche Erlaubnisse und Bewilligungen nach den §§ 7 und 8 WHG<sup>1</sup>. Diese Bestimmung besagt zunächst, dass wasserrechtliche Erlaubnisse und Bewilligungen, die die Anlage betreffen, nicht im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren beschieden werden. Der klassische Fall ist der, dass für den Betrieb einer immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlage gleichzeitig die Einleitung von Abwasser und/oder eine sonstige Gewässerbenutzung erforderlich sind. Hierfür muss dann getrennt eine wasserrechtliche Erlaubnis beantragt und entschieden werden.

Problematischer ist die Fragestellung, wenn es um die Beeinträchtigung von Gewässern über die typischen Eintragungspfade des Immissionsschutzrechts geht, also insbesondere über den Luftpfad. Es stellt sich dann die Frage, ob der Eintrag von Luftschadstoffen über den Luftpfad in ein Gewässer Gegenstand der

immissionsschutzrechtlichen Genehmigung ist oder hierfür ein wasserrechtliches Erlaubnisverfahren erforderlich ist.

Die Beantwortung dieser Frage hat verfahrensrechtliche und materiellrechtliche Bedeutung.

Die immissionsschutzrechtliche Entscheidung ist grundsätzlich eine gebundene Entscheidung, während es im Wasserrecht, jedenfalls im Bereich der Erlaubnis und Bewilligungen, gebundene Entscheidungen nicht gibt. Die Implementierung von Ermessensbestandteilen in eine an sich gebundene Entscheidung ist jedoch weitgehend ungeklärt. Soweit ersichtlich liegt bisher erst eine einzige Entscheidung zu dieser Frage vor.<sup>2</sup>

Weiter ungeklärt ist die Frage, wie mit Widerruf und Befristung im Wasserrecht umgegangen wird, wenn es sich um einen Teil einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung handelt. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist grundsätzlich unbefristet und, von sehr engen Ausnahmen (§ 21 BImSchG) abgesehen, auch

1 Ab dem Inkrafttreten des geänderten WHG (BGBl. I, 6.8.2009, S. 2585 ff.) stimmt die Inbezugnahme des BImSchG nicht mehr, da Erlaubnis und Bewilligung jetzt in § 8 WHG neu geregelt sind. Offensichtlich wurde übersehen, dies gleich mit zu ändern. Materiellrechtlich hat dies aber keine Auswirkungen.

2 Siehe VGH Baden-Württemberg vom 21.11.2000, Az. 10 S 1322/99: »Schließt die immissionsschutzrechtliche Genehmigung gem. § 13 BImSchG auch eine im behördlichen Ermessen stehende Entscheidung (hier: Ausnahmezulassung nach § 24a Abs. 4 NatSchG BW) mit ein, so kann in einem auf ihre Erteilung abzielenden Klageverfahren nur ein Bescheidungsantrag nach § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO Erfolg haben.«

unwiderruflich, während die wasserrechtliche Erlaubnis von vorn herein unter Widerrufsvorbehalt steht.

Ein weiteres ungelöstes Problem ist der wasserrechtliche Bewirtschaftungsgrundsatz. Man kann sich zwar auf den Standpunkt stellen, dass bei der Einhaltung von wasserrechtlichen Grenzwerten gleichzeitig dessen Bewirtschaftungsanforderungen erfüllt werden. Trotzdem steht es der wasserrechtlich zuständigen Behörde aber frei, selbst beim Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen die wasserrechtliche Erlaubnis abzulehnen.<sup>3</sup> Dagegen ist der Bewirtschaftungsgedanke dem Immissionsschutzrecht fremd, die Genehmigungsfähigkeit wird für die konkret beantragte Anlage untersucht.<sup>4</sup>

Auch rein materiellrechtlich unterscheiden sich das Wasser- und das Immissionsschutzrecht: Im Wasserrecht gilt ein weit gefasster Gemeinwohlbegriff (§ 6 Abs. 1 WHG)<sup>5</sup>, der von der Rechtsprechung traditionell zweistufig gesehen wird, nämlich zunächst mit Blick auf die rein wasserwirtschaftliche Gemeinwohlbelange, darüber hinausgehend dann aber auch alle weiteren Gemeinwohlbelange<sup>6</sup> erfasst. Somit würden im Wasserrecht beispielsweise auch negative Auswirkungen nicht wasserrechtlicher, sogar nicht umweltrechtlicher Art<sup>7</sup> eine Rolle spielen.<sup>8</sup> Alles dies ist im Immissionsschutzrecht nicht verankert.

Die reinen Verfahrensunterschiede sind ebenfalls erheblich. Um nur ein Beispiel zu nennen: Im Immissionsschutzrecht sind die Naturschutzverbände wegen der darin geregelten Verfahrenskonzentration von Mitwirkung und Klagebefugnis ausgeschlossen.<sup>9</sup> Eine solche Konzentration gibt es im Wasserrecht nicht, so dass die Naturschutzverbände wasserrechtlich Mitwirkungs- und Klagebefugnisse haben, wenn die weiteren Voraussetzungen dafür vorliegen.<sup>10</sup>

Keine Antwort auf die oben aufgeworfene Frage gibt § 2 Abs. 2 Satz 2 BImSchG. Die Bestimmung besagt, dass das Immissionsschutzrecht nicht gilt für Fälle, in denen sich aus wasserrechtlichen Vorschriften des Bundes und der Länder zum Schutz der Gewässer oder aus Vorschriften des Düngemittel- und Pflanzenschutzrechts etwas anderes ergibt. Dabei handelt es sich nach einer in der Kommentierung vertretenen Ansicht um eine materiell-rechtliche Kollisionsnorm<sup>11</sup>, wonach bei einer Überschneidung von immissionsschutzrechtlichen und wasserrechtlichen materiellen Vorschriften der materiell-rechtliche Maßstab des Wasserrechts vorgeht. Zur Frage, ob es sich beim Eintrag von Luftschadstoffen in ein Gewässer um eine erlaubnispflichtige Gewässerbenutzung handelt, sagt die Vorschrift nichts.

## 2. Wasserrechtliche Benutzungstatbestände

Die Frage, ob ein wasserrechtliches Erlaubnis- oder Bewilligungsverfahren erforderlich ist, richtet sich grundsätzlich nach dem Wasserrecht. Das Wasserrecht, insbesondere das WHG, und daneben ergänzend die Landeswassergesetze, bestimmen, für welche Fälle eine wasserrechtliche Erlaubnis oder Bewilligung erforderlich ist. § 2 Abs. 1 WHG<sup>12</sup> bestimmt, dass eine Benutzung der Gewässer der behördlichen Erlaubnis oder Bewilligung bedarf, soweit sich nicht aus den Bestimmungen des WHG oder aus den im Rahmen des WHG erlassenen landesrechtlichen Bestimmungen etwas anderes ergibt. Von den Bestimmungen des WHG nehmen die Landeswassergesetze in aller Regel nur unbedeutende Fälle aus.<sup>13</sup>

Somit ist der Frage nachzugehen, ob das Einbringen von Luftschadstoffen in ein Gewässer einen Benutzungstatbestand des Wasserrechts darstellen kann.

Gem. § 3 Abs. 1 Nr. 4, 4 a und 5 WHG<sup>14</sup> stellen das Einbringen und Einleiten von Stoffen in oberirdische Gewässer und Küstengewässer und das Einleiten von Stoffen in das Grundwasser eine Benutzung dar.

Außerdem unterfällt dem Benutzungstatbestand gem. § 3 Abs. 2 Nr. 2 WHG<sup>15</sup> jedwede Maßnahme, die geeignet ist, dauernd oder in einem nicht nur unerheblichen Ausmaß schädliche Veränderungen der physikalischen, chemischen oder biologischen Beschaffenheit des Wassers herbeizuführen.

Die soeben genannten Bestimmungen unterscheiden sich also wie folgt: Bei den Benutzungsbestimmungen aus § 3 Abs. 1 Nr. 4, 4 a und 5 WHG<sup>16</sup> kommt es auf die Frage der Schädlichkeit oder der Geeignetheit zur Herbeiführung schädlicher Veränderungen des Wassers nicht an. Danach sind das Einbringen und Einleiten von Stoffen in oberirdische Gewässer und Küstengewässer bzw. das Einleiten von Stoffen in das Grundwasser immer Benutzungstatbestände.

Für den Benutzungstatbestand nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 WHG<sup>17</sup> ist dagegen auch eine Auswirkungsbetrachtung erforderlich, wonach die Maßnahme geeignet sein muss, entweder dauernd oder in einem nicht nur unerheblichen Ausmaß schädliche Veränderungen der Beschaffenheit des Wassers herbeizuführen. Die dauernde Eignung der Herbeiführung schädlicher Veränderungen unterliegt

3 So jetzt ausdrücklich § 12 Abs. 2 WHG neu.

4 Nicht einmal das immissionsschutzrechtliche Summationsprinzip, wonach alle Vor- und Zusatzbeiträge berücksichtigt werden müssen, enthält einen Bewirtschaftungsansatz, weil immer nur auf der Grundlage des Ist-Zustands entschieden wird und grundsätzlich die aktuell zur Genehmigung gestellte Anlage sämtliche Grenzwerte ausnutzen darf, ohne dass sie auf nachfolgende Ansiedlungsabsichten Rücksicht nehmen muss.

5 Siehe beispielsweise BVerwG, 06.09.2004, AZ 7 B 62/04; OVG Mecklenburg-Vorpommern, 29.6.1995, 3 M 27/95: »Die Prüfungspflicht der Wasserbehörde nach § 7 iVm. § 6 WHG geht aber darüber hinaus. Das Wohl der Allgemeinheit ist hier ein umfassender Gesamtbegriff, der alle wasserwirtschaftlichen Gesichtspunkte einschließt, sich aber auch auf andere Belange erstreckt und eine komplexe Abwägung und Ausgleichung der unterschiedlichen Interessen verlangt (Gieseke u.a., aaO., § 6, Rdn. 21 mwN).«

6 Siehe beispielsweise BVerwG, 16.03.2006, AZ 4 A 1075/04; zum materiellrechtlichen Wahrscheinlichkeitsmaßstab siehe BVerwG, 16.11.1973, IV C 44.69; zum Gemeinwohlbegriff BVerwG, 17.3.1989, 4 C 30/88.

7 So waren die von einer Gewässerbenutzung ausgehenden Auswirkungen auf den Tourismus einer der entscheidenden Gesichtspunkte in der in Fn. 5 angesprochenen Entscheidung des OVG Mecklenburg-Vorpommern.

8 Ob daran die Neufassung des § 12 WHG etwas ändert, bedarf künftiger Klärung. Zwar nennt § 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG (neu) als Versagungsgrund nur schädliche Gewässeränderungen. Diese sind in § 3 Nr. 10 WHG (neu) aber mit Bezug auf den Gemeinwohlbegriff definiert.

9 BVerwG, 17.12.2002, 7 B 119/02.

10 Möglicherweise wird dieser Unterschied demnächst aber keine Rolle mehr spielen. Bei UVP-pflichtigen Verfahren haben die Naturschutzverbände Klagerechte nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRBG). Die darin enthaltene Beschränkung auf drittschützende Umweltbeeinträchtigungen steht erwartungsgemäß auf dem Prüfstand. Das OVG Nordrhein-Westfalen hat in einem immissionsschutzrechtlichen Klageverfahren, AZ 8 D 58/08. AK, dem EuGH mit Beschluss vom 5.3.2009 die Vereinbarkeit dieser und weiterer Beschränkungen der Klagerechte im UmwRBG hinsichtlich ihrer Europarechtskonformität vorgelegt. Siehe hierzu bereits *Schmidt/Kremer*, Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz und der ‚weite Zugang zu Gerichten‘, ZUR 2007, S. 57 ff.

11 *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, Band I, Stand April 2009, BImSchG, § 2 Rz. 26; ob es sich allerdings tatsächlich nur um eine materiell-rechtliche Kollisionsnorm handelt, erscheint angesichts des Wortlauts zweifelhaft. § 2 Abs. 2 Satz 2 BImSchG verweist auf den Vorrang wasserrechtlicher Vorschriften, so dass damit auch das wasserrechtliche Verfahrensrecht erfasst ist. Im Ergebnis unterstreicht also die Vorschrift den Befund, dass wasserrechtliche Verfahren nicht von der immissionsschutzrechtlichen Konzentrationswirkung erfasst sind.

12 § 8 Abs. 1 WHG neu.

13 Siehe beispielsweise § 2 Abs. 4 und 5 BbgWG: Ausgenommen sind lediglich Gräben aus, die der Vorflut nur eines Grundstücks dienen, Straßen- und Eisenbahnseitengräben, wenn sie nicht der Vorflut der Grundstücke anderer Eigentümer zu dienen bestimmt sind, sowie Grundstücksflächen, die ausschließlich zur Fischzucht oder Fischhaltung oder zu anderen, nicht wasserwirtschaftlichen Zwecken mit Wasser bespannt werden und mit einem oberirdischen Gewässer nicht oder nur zeitweise künstlich verbunden sind.

14 Die Neufassung in § 9 Abs. 1 WHG (neu) ändert hieran nichts; die nun fehlende Aufzählung des Grundwassers kann nicht dahin verstanden werden, dass das Einbringen/Einleiten von Stoffen in das Grundwasser keine Benutzung mehr darstellt.

15 § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG (neu).

16 § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG (neu).

17 § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG (neu).

nicht dem zusätzlichen Erheblichkeitskriterium. Bei einer andauernden Veränderungseigenschaft geht das Gesetz also davon aus, dass diese selbst dann dem Erlaubnistatbestand unterfällt, wenn sie in nur unerheblichem Ausmaß schädliche Veränderungen herbeiführt.<sup>18</sup> Das Einleiten oder Einbringen von Luftschadstoffen in ein Gewässer ist vom sachlichen Geltungsbereich des WHG nicht ausgenommen. Das WHG ist ein rein medienbezogenes Gesetz und definiert seinen sachlichen Geltungsbereich in § 1 Abs. 1 hinsichtlich der Definition der oberirdischen Gewässer, Küstengewässer und Grundwasser. Ebenso wie feste und flüssige Stoffe unterfallen auch Luftschadstoffe dem Stoffbegriff.<sup>19</sup>

Für die Erfüllung der Benutzungstatbestände des WHG wird in der Kommentierung und auch in älterer Rechtsprechung die Ansicht vertreten, dass nicht jedwede objektive Tatbestandsverwirklichung der in den Benutzungstatbeständen beschriebenen Vorgänge dafür ausreicht, dass es sich um eine Benutzung handelt, sondern dass hierfür ein zweckgerichtetes Verhalten erforderlich ist.<sup>20</sup>

Diese Rechtsprechung ist allerdings nicht dahingehend misszuverstehen, dass die Verwirklichung des Benutzungstatbestands eine Art Vorsatz oder eine sonstige subjektive Komponente vorhanden sein muss. Die Abgrenzung erfolgt vielmehr zu denjenigen Gewässerbeeinträchtigungen, die ungewollt und unvermeidbar entstanden sind. Aus diesem Grund erging die einschlägige Rechtsprechung auch primär zu den sog. Tanklasterunfällen.

Diese Zweckgerichtetheit der Benutzung ist bereits dann gegeben, wenn die Benutzung einer planvollen Tätigkeit entspricht und als solche auch vorhersehbar ist.<sup>21</sup> Die Emission von Luftschadstoffen über eine immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlage ist zwingender Inhalt der beantragten Genehmigung und entspricht damit dem, was der Antragsteller vor hat und was sich auch vorhersagen lässt. Gleiches gilt für die Immission bzw. Deposition derartiger Stoffe in einem umliegenden Gewässer: Wenn aufgrund der Immissionsprognose erkennbar ist, dass die Stoffe ganz oder teilweise in einem Gewässer hernieder gehen, dann ist dies vorhersehbar und hängt mit dem Betrieb der zur Genehmigung gestellten Anlage zusammen.

Das BVerwG stellt in der oben zitierten Entscheidung<sup>22</sup> bei der Frage der Zweckgerichtetheit darauf ab, dass für den Verursacher einer Gewässerverunreinigung die Wahlmöglichkeit besteht, den tatbestandsmäßigen Erfolg zu verwirklichen oder nicht zu verwirklichen. Bei Unfällen ist dies nicht der Fall. Dass sich emittierende Anlagen hiervon unterscheiden, liegt auf der Hand. Wer eine Anlage, die Stoffe in die Luft emittiert, in der Nähe von Gewässern betreibt, nutzt damit nicht nur die Atmosphäre, sondern auch die umliegenden Flächen, darunter eben dann auch Gewässer, als »Deponie« für die emittierten Stoffe. Damit liegt das vom Wasserrecht geforderte zweckgerichtete Verhalten vor.

Das BVerwG nimmt in dieser Entscheidung auch die Regelung des § 22 Abs. 1 WHG<sup>23</sup> in den Blick. Diese lautet:

Wer in ein Gewässer Stoffe einbringt oder einleitet oder wer auf ein Gewässer derart einwirkt, dass die physikalische, chemische oder biologische Beschaffenheit des Wassers verändert wird, ist zum Ersatz des daraus einem anderen entstehenden Schadens verpflichtet.

Davon zu unterscheiden ist das Hineingelangen eines Stoffes in ein Gewässer, das in § 22 Abs. 2 WHG<sup>24</sup> angesprochen ist. Für diese Frage soll es auf die Vorhersehbarkeit ankommen.<sup>25</sup> Für das in § 22 Abs. 1 WHG angesprochene Einbringen, Einleiten oder Einwirken reicht es dagegen aus, wenn eine Handlung vorliegt, die nach ihrem äußeren Ablauf objektiv geeignet ist, dem Gewässer Schadstoffe zuzuführen.<sup>26</sup>

Das BVerwG<sup>27</sup> versucht außerdem mit der Formulierung, »daß als Einleiten nicht schon das nur zufällige Hineingelangen angesehen werden könne und daß insbesondere die bloße Verursachung des Hineingelagens für das Einleiten als eine auf einen bestimmten Erfolg abzielende Handlung nicht ausreiche«, eine weitere Abgrenzung. Nach der Kommentierung liegt eine auf die Einleitung abzielende Handlung aber bereits dann vor, wenn das Hineingelangen von Stoffen in ein Gewässer vorhersehbar ist und in Kauf genommen wird.

Diese Abgrenzungen mögen im Detail strittig sein. Einigkeit besteht aber darin, dass eine zweckgerichtete Handlung (Betrieb einer emittierenden Anlage), in deren Folge es absehbar zum Eintrag von Stoffen in ein Gewässer kommt, dem Begriff des Einbringens unterfällt.

Darauf, ob die wasserrechtliche Benutzung irgendwie beabsichtigt ist, kommt es nicht an.

So hat beispielsweise der VGH Baden-Württemberg<sup>28</sup> in einer aktuelleren Entscheidung vom 8.12.2006 in Rz. 61 die Verwirklichung eines wasserrechtlichen Benutzungstatbestands bereits für den Fall angenommen, dass in der Folge der Sanierung eines abgerutschten Hangs das Grundwasser bzw. ein Trinkwasserbrunnen beeinträchtigt werden kann. Dies sei bereits ausreichend, um vom Vorliegen eines wasserrechtlichen Benutzungstatbestands (in diesem Fall § 3 Abs. 1 Nr. 6 WHG<sup>29</sup>) auszugehen. Dass es sich bei der möglichen Beeinträchtigung des Grundwassers nicht um ein gewolltes Entnehmen, Zutagefördern oder Ableiten von Grundwasser im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 6 WHG handelt, liegt auf der Hand. Trotzdem hat das Gericht hier die Erfüllung des Benutzungstatbestands angenommen, weil die Beeinträchtigung des Grundwassers vorhersehbar ist und damit die Tätigkeit im Sinne des Wasserrechts darauf ausgerichtet ist.

In einer Entscheidung vom 6.7.2005 hat das VG Aachen<sup>30</sup> festgestellt, dass sogar das Versickern oder Verrieseln von Niederschlagswasser auf einem Grundstück einen wasserrechtlichen Benutzungstatbestand mit der Folge des Erfordernisses einer wasserrechtlichen Erlaubnis darstellt (siehe Rz. 56 ff.).

In einer Entscheidung vom 20.1.2005 hat das VG Dessau<sup>31</sup> hinsichtlich der Frage, ob der Abfluss von Wasser von Dachflächen auf das Grundstück und die sich daran anschließende Versickerung den Begriff des Einleitens erfüllt, festgestellt, dass dies nur deshalb nicht der Fall sei, weil sich dies in dem konkret zu beurteilenden Fall nicht wesentlich vom natürlichen Regenwasserablauf von Bäumen, der keinen der wasserhaushaltsrechtlichen Benut-

18 *Sieder-Zeitler-Dahme-Knopp*, WHG, Kommentar, Stand August 2008, § 3 Rz. 29: Erlaubnispflicht besteht, wenn die schädlichen Veränderungen entweder ein erhebliches Ausmaß erreichen oder dauernd feststellbar sind. Für die Eignung zu schädlichen Veränderungen ist ausreichend, wenn diese lediglich möglich ist; eine mittelbare Beeinträchtigung genügt dabei. *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, Band III, Stand April 2009, WHG, § 3 Rz. 73: extensive Auslegung des Eignungsbegriffs.

19 Bei Stoff handelt es sich um die Übersetzung des lateinischen Begriffs »materia«, der für den Materiebegriff der Physik steht. Darunter fallen flüssige, feste und gasförmige Stoffe.

20 Siehe insbesondere BVerwG, 16.11.1973, Az. IV C 44.69; *Sieder-Zeitler-Dahme-Knopp*, WHG, Kommentar, Stand August 2008, § 3 Rz. 3a; *Landmann-Rohmer*, Umweltrecht, Band III, Stand April 2009, WHG, § 3 Rz. 73: Die Zweckrichtung muss nicht gewässerbezogen sein.

21 *Sieder-Zeitler-Dahme-Knopp*, WHG, Kommentar, Stand August 2008, § 3 Rz. 3a und 3b.

22 Fn. 20.

23 § 89 Abs. 1 WHG (neu).

24 § 89 Abs. 2 WHG (neu).

25 *Sieder-Zeitler-Dahme-Knopp*, WHG, Kommentar, Stand August 2008, § 22 Rz. 18.

26 *ibidem*.

27 Fn. 20.

28 VGH BW, 8.12.2006, Az. 5 S 1793/05.

29 § 9 Abs. 1 Nr. 5 WHG neu.

30 VG Aachen, 6.7.2005, Az. 6 K 2420/98.

31 VG Dessau, 20.1.2005, Az. 2 A 326/03.

zungstatbestände erfülle, unterscheide. Das Gericht vertritt in dieser Entscheidung die Ansicht, dass ein »aktives« Versickernlassen der Flüssigkeit mit der Konsequenz, dass der Begriff des Einleitens erfüllt wäre, erst dann vorliegen würde, wenn es auf den Dachflächen Vorrichtungen zur Regenwasserableitung wie beispielsweise Regenrinnen gäbe. Das Gericht stellt zudem darauf ab, dass alleine durch das Abfließen von Wasser von einem Dach die Gefährdung des Wasserhaushalts nicht zu erkennen sei und deshalb auch der Schutzzweck des Gesetzes keine andere Auslegung gebiete.

In einer Entscheidung vom 16.12.1999 hat der BayVGH<sup>32</sup> festgestellt, dass eine Benutzung eines Gewässers und die dafür erforderliche auf ein Gewässer gerichtete Handlung immer dann vorliegt, wenn es darum gehe, die natürlichen Eigenschaften des Gewässers zur Förderung bestimmter menschlicher Zwecke auszunutzen. Ein Verbrauchen oder Verändern des Wassers durch die Benutzung sei gerade nicht erforderlich. In Rz. 11 der Entscheidung weist der BayVGH vor allem darauf hin, dass sich aus der Bestimmung des § 1 a Abs. 1 WHG<sup>33</sup> ergebe, die sonstigen Vorschriften des WHG mit Blick auf den erforderlichen Schutz der Gewässer auszulegen. Danach seien die Gewässer als Bestandteil des Naturhaushalts und als Lebensraum für Tiere und Pflanzen zu sichern und so zu bewirtschaften, dass sie dem Wohl der Allgemeinheit und im Einklang mit ihm auch dem Nutzen Einzelner dienen und vermeidbare Beeinträchtigungen ihrer ökologischen Funktionen unterbleiben. Einengende Auslegungen des Regelungsgehalts der Benutzungstatbestände (in dem entschiedenen Fall war dies § 3 Abs. 1 Nr. 4 WHG<sup>34</sup>) würden sich mit dieser Zielrichtung des § 1 a Abs. 1 WHG nicht vereinbaren lassen.

Auch Beeinträchtigungen durch die Düngung von Flächen unterfallen dem Wasserrecht. Siehe hierzu Sieder-Zeitler-Dahme-Knopp, WHG, § 3, Rz. 17:

*»Kann durch den – etwa übermäßigen – Umfang des Düngens das Düngemittel von den Bodenschichten nicht mehr absorbiert werden, sondern in das Grundwasser gelangen, so liegt ein Einleiten, allerdings nach § 3 Abs. 1 Nr. 5 WHG vor. Wird in ähnlicher Weise am Rande eines oberirdischen Gewässers gedüngt, so dass das Düngemittel in dieses ablaufen kann, so liegt ebenfalls ein finales Verhalten und damit ein Einleiten nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 WHG vor.«*

Mit dem Tatbestand des § 3 Abs. 2 Nr. 2 WHG<sup>35</sup>, also Maßnahmen, die geeignet sind, zu schädlichen Veränderungen beim Wasser zu führen, befasst sich eine Entscheidung des OVG Mecklenburg-Vorpommern<sup>36</sup> vom 16.12.1997. Für die Verwirklichung dieses Tatbestands komme es nicht darauf an, dass die schädliche Veränderung in irgendeiner Weise vorhersehbar oder gewässerbezogen sei. Vielmehr handle es sich um einen Auffangtatbestand gegenüber den in § 3 Abs. 1 WHG geregelten Benutzungstatbeständen, der dann eingreife, wenn im Ergebnis irgendeiner sonstigen Maßnahme damit zu rechnen sei, dass Gewässereigenschaften schädlich verändert werden. Den Begriff der »Eignung« definiert das Gericht rein ergebnisbezogen:

*In § 3 Abs. 2 Nr. 2 WHG sind objektive Einwirkungen - gleichgültig ob sie vom Willen des Benutzers getragen sind oder nicht - gemeint. Denn die Vorschrift besagt im weiteren, daß es um Maßnahmen geht, die zu einer Veränderung des Gewässer »geeignet« sind. Die Eignung dazu ist zweifellos ein objektiver Umstand. Diese Auslegung gebietet auch der ersichtliche Zweck der Vorschrift. Sie ist ein wichtiger Teil des - darüber hinaus insbesondere auch in § 1 a WHG deutlich werden - Konzepts, den Schutz des Wassers umfassend und frühzeitig zu gewährleisten.*

Mit dem Benutzungstatbestand aus § 3 Abs. 2 Nr. 2 WHG<sup>37</sup> setzt sich das OVG Mecklenburg-Vorpommern<sup>38</sup> auch in der Entscheidung vom 29.6.1995 auseinander. Das Gericht stellt zunächst fest, dass das Einbringen von Stickstoff und Phosphor in ein Gewässer geeignet ist, in nicht unerheblichem Ausmaß schädliche Verän-

derungen der Beschaffenheit des Wassers herbeizuführen. Für die Erlaubnispflichtigkeit komme es dabei nicht darauf an, dass eine Schädigung konkret zu erwarten sei, sondern es genüge, dass die Stoffe **ihrer Art nach** zu schädlichen Veränderungen führen könnten (siehe ausdrücklich Rz. 35). Auch in dem Fall, der dieser Entscheidung zugrunde lag, ging es nicht um ein beabsichtigtes Einbringen dieser Stoffe, sondern die Stoffe, die in das Wasser gelangten, waren vielmehr Nebenprodukt der Anlage, die betrieben worden ist.

Aus all dem ergibt sich also, dass das Luft getragene Einbringen von Stoffen in ein Gewässer einen erlaubnispflichtigen Benutzungstatbestand darstellt, und zwar erst Recht dann, wenn es sich um Stoffe handelt, die potentiell zu schädlichen Veränderungen führen können.

### 3. Die gesetzgeberische Intention

Die Erforderlichkeit einer wasserrechtlichen Erlaubnis beim Eintrag von Luftschadstoffen aus einer immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlage in ein Gewässer ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung in Art. 8 Nr. 4 des Investitions-erleichterungs- und Wohnbaulandgesetzes vom 22.4.1993.<sup>39</sup> In der Gesetzesbegründung wird hinsichtlich der Herausnahme der wasserrechtlichen Erlaubnisse und Bewilligungen zum einen darauf abgestellt, dass es sich hierbei nicht um Kernfragen der Anlagentechnik wie beispielsweise nach § 19 h WHG (alt) handle, zum anderen damit, dass bei der Einwirkung auf Gewässer der wasserrechtliche Bewirtschaftungsgrundsatz erhalten bleiben muss.

Die Intention des Gesetzgebers, Beeinträchtigungen an Gewässern nicht dem Immissionsschutzrecht, sondern dem Wasserrecht zu unterwerfen, ergibt sich auch aus dem gescheiterten Versuch, eine Änderung bzw. Ergänzung von § 13 BImSchG im Ersten Rechtsbereinigungsgesetz<sup>40</sup> aus dem Jahr 1985 herbeizuführen. Der Bundesrat stellte in zwei Äußerungen<sup>41</sup> fest, dass es sowohl aus materiell-rechtlichen wie auch aus Verfahrensgründen heraus nach wie vor dabei bleiben solle, dass über die wasserrechtlichen Aspekte nach dem WHG entschieden wird. Denn wasserrechtliche Erlaubnisse und Bewilligungen stehen zum einen im Ermessen der Behörde, zum anderen wird beispielsweise eine Erlaubnis nur widerruflich erteilt, während immissionsschutzrechtliche Genehmigungen grundsätzlich (abgesehen von den engen Tatbestandsvoraussetzungen des § 21 BImSchG) unwiderruflich sind. Nach der Auffassung des Bundesrats würde es der Regelstechnik des Immissionsschutzrechts entgegenstehen, wenn die wasserrechtlichen Erlaubnisse und Bewilligungen mit eingeschlossen wären, weil dann die gesamte immissionsschutzrechtliche Genehmigung zum einen widerruflich sein müsste und zum anderen im Ermessen stehen würde<sup>42</sup>.

32 BayVGH, 16.12.1999, Az. 22 B 97.1171.

33 Differenziertere, aber in der Zielrichtung vergleichbare allgemeine Grundsätze enthält § 6 WHG neu.

34 § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG neu.

35 § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG neu.

36 OVG MV, 16.12.1997, Az. 3 L 236/95.

37 § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG neu.

38 OVG MV, 29.6.1995, Az. 3 M 27/95, siehe Fn. 5.

39 Gesetz zur Erleichterung von Investitionen und der Ausweisung und Bereitstellung von Wohnbauland vom 22.04.1993, BGBl. I S. 466.

40 Bundestagsdrucksache 10/3290, S. 14.

41 Bundestagsdrucksache 10/4999 sowie Bundestagsdrucksache 10/3290

42 Siehe zum Ganzen auch Landmann/Rohmer, a.a.O., Band I, Stand April 2009, BImSchG, § 13 Rz. 10 f.

#### 4. Europarechtliche Vorgaben

Auch der EuGH<sup>43</sup> hat sich in einer Entscheidung vom 29.9.1999 sehr klar dahingehend positioniert, dass der Begriff der »Ableitung« in Art. 1 Abs. 2 lit. d der »Richtlinie betreffend die Verschmutzung infolge der Ableitung bestimmter gefährlicher Stoffe in die Gewässer der Gemeinschaft« (76/464/EWG) dahingehend auszulegen ist, dass darunter luftgetragene Emissionen fallen, die sich auf oberirdischen Gewässern niederschlagen. Dabei komme es auf die Entfernung zwischen den Gewässern und dem Ort, an dem die Immissionen niedergehen, grundsätzlich nicht an. Entscheidend sei nur die Frage, ob einer bestimmten Anlage ein relevanter Zusatzbeitrag zugerechnet werden kann.

Diese Entscheidung fußt ausdrücklich auf der soeben genannten Richtlinie 76/464/EWG. Die Richtlinie 76/464/EWG ist zwar zwischenzeitlich aufgehoben. Die Definition des Begriffs der Ableitung<sup>44</sup> findet sich aber nunmehr gleichlautend in der Richtlinie 2006/11/EG<sup>45</sup>. Art 13 der RL 2006/11/EG besagt, dass die auf der alten Richtlinie 76/464/EWG fussende Rechtsprechung ausdrücklich auch für die Richtlinie 2006/11/EG gilt.

Der EuGH unterscheidet nicht zwischen dem Einbringen und dem Einleiten von Stoffen, sondern stellt fest, dass der luftgetragene Eintrag von Stoffen in ein Gewässer den Begriff der Ableitung im Sinne der beiden o.g. Richtlinien erfüllt. Die Begriffe »Eintragen« und »Einleiten« werden also europarechtlich gleichgestellt.

Es dürfte auf der Hand liegen, dass der so definierte Einleitungsbegriff des europäischen Rechts mit dem des deutschen Wasserrechts deckungsgleich sein muss, da das WHG gerade die Umsetzung der wasserrechtlichen Richtlinien der EU bezweckt. Aus der amtlichen Anmerkung des 7. Gesetzes zur Änderung des WHG vom 18.6.2002<sup>46</sup> geht hervor, dass das WHG der Umsetzung der Richtlinie 2000/60/EG, also der Wasserrahmenrichtlinie dient.<sup>47</sup> Die WRRL wiederum übernimmt in der Begründungserwägung 52 ausdrücklich den Handlungsrahmen der Richtlinie 76/464/EWG, auf die sich die zitierte Entscheidung des EuGH bezieht.<sup>48</sup>

Somit kann Folgendes festgehalten werden: Der EuGH hat entschieden, dass es sich beim Eintrag von luftgetragenen Schadstoffen in Gewässer um eine Einleitung im Sinne der Richtlinie 76/464/EWG bzw. nunmehr 2006/11/EG handelt. Zu den von dieser Richtlinie erfassten Schadstoffen gehören solche, die typischerweise von immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen emittiert werden. Auf die Menge oder die Gefährlichkeit dieser Einleitung kommt es für den Anwendungsbereich der Richtlinie nicht an. Der EuGH definiert damit einen europarechtlichen Einleitungsbegriff, der auch dem deutschen Wasserrecht zugrunde zu legen ist. Denn das deutsche Wasserrecht, insbesondere das WHG, dient auch der Umsetzung des europäischen Wasserrechts, insbesondere der WRRL 2000/60/EG. Die WRRL integriert jedoch teilweise die Richtlinien 76/464/EWG bzw. 2006/11/EG. Somit ist europarechtlich vorgeschrieben, dass die Einleitung von luftgetragenen Schadstoffen, die von den Richtlinie 76/464/EWG und 2006/11/EG erfasst sind, eine Einleitung im Sinne des Wasserrechts darstellt und damit einen wasserrechtlichen Erlaubnistatbestand auslöst.

#### 5. Zusammenfassung

Sowohl nach nationalem als auch nach Europarecht stellt der – untechnisch gesprochene – Eintrag von Schadstoffen über den Luft-

pfad in ein Gewässer einen erlaubnispflichtigen Benutzungstatbestand dar, der einer Erlaubnis nach Wasserrecht bedarf. Da nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 BImSchG die beantragte Genehmigung nicht mit anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften kollidieren darf (zu denen das Wasserrecht gehört), ist also immer dann ein wasserrechtliches Erlaubnisverfahren parallel zum immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren zu führen, wenn sich im Einwirkungsbereich der Anlage ein Gewässer befindet. Dabei ist der Einwirkungsbereich nicht nach dem Schornsteinmodell der TA Luft zu ermitteln, sondern wirkungsbezogen anhand der Frage, bei welchem Gewässer sich ein Zusatzbeitrag durch die zur Genehmigung gestellte Anlage noch zurechnen lässt.

#### Peter Kremer

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Heinrich-Roller-Straße 19, 10405 Berlin,

E-Mail: [rechtsanwalt@peter-kremer.de](mailto:rechtsanwalt@peter-kremer.de); Internet: [www.peter-kremer.de](http://www.peter-kremer.de)

Tätigkeitsschwerpunkte: Umweltrecht, Kommunalrecht, allgemeines Verwaltungsrecht

Aktuelle Veröffentlichungen: Städtebaurecht, München 2000; Gemeinden als Umweltschützer, Überprüfungsbefugnisse der Kommunen nach § 36 BauGB, ZUR 2006, 190 ff.; Klagemöglichkeiten von Umweltverbänden – Die Umsetzung der Öffentlichkeitsrichtlinie 2003/35/EG in Deutschland, Zeitschrift für europarechtliche Studien (ZEuS) 2007, 93 ff.; Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz und der weite Zugang zu Gerichten – Zur Umsetzung der auf den Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten bezogenen Vorgaben der sog. Öffentlichkeitsrichtlinie 2003/35/EG, ZUR 2007, 57 ff.; Mitwirkungsrechte der Verbände bei faktischen FFH-Gebieten, Anmerkung zu OVG Sachsen-Anhalt vom 8.1.2007 (2 M 358/06), ZUR 2007, 246 ff.; Erhöhte Anforderungen an die FFH-Verträglichkeitsprüfung und nachfolgende Abweichungsentscheidungen – Die Entscheidung des BVerwG zur A 143; ZUR 2007, 299 ff.; Rechte von Kommunen gegen Bauvorhaben auf ihrem Gebiet – Die Verweigerung des Einvernehmens nach § 36 BauGB – Wiesbaden 2008 (zusammen mit RA Ulrich Werner)

43 EuGH, 29.9.1999, Az. C 231/97.

44 »Ableitung« jede Einleitung von Stoffen der Liste I oder der Liste II in Anhang I in die in Artikel 1 genannten Gewässer, mit Ausnahme  
i) der Ableitung von Baggergut,  
ii) der betriebsbedingten Ableitung von Schiffen aus in das Küstenmeer,  
iii) der Versenkung von Abfallstoffen von Schiffen aus in das Küstenmeer (...).

45 Richtlinie 2006/11/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Februar 2006 betreffend die Verschmutzung infolge der Ableitung bestimmter gefährlicher Stoffe in die Gewässer der Gemeinschaft, ABl. Nr. L 64 vom 04.03.2006, S. 52.

46 Bundesgesetzblatt I S. 1914/2711.

47 Noch weitergehend die amtliche Anmerkung zur Neufassung des WHG, in der sieben Richtlinien genannt sind.

48 Die Richtlinie 76/464/EWG hat nach wie vor materielle Bedeutung, wie sich u. a. aus ihrer Erwähnung in der aktuellsten Tochterrichtlinie zur WRRL, der Richtlinie 2008/105/EG vom 16.12.2008, in der Begründungserwägung 11 ergibt.