

M 2 SN 15.4544

## Bayerisches Verwaltungsgericht München

In der Verwaltungsstreitsache

\*\*\* \*\*\*\*\* \*\* \* \*\* \*\*

vertreten durch den Geschäftsführer \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* \*\* \* \*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*

- Antragstellerin -

bevollmächtigt:

\*\*\* \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\* \* \*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*

gegen

**Freistaat Bayern**

vertreten durch:

Landratsamt Berchtesgadener Land  
Salzburger Str. 64, 83435 Bad Reichenhall

- Antragsgegner -

beigeladen:

1. \*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*

2. \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*

zu 1 und 2 bevollmächtigt:

Rechtsanwalt \*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*

wegen

Wasserrecht; Wasserkraftanlage an der \*\*\*\*\* Ache  
hier: Antrag gem. § 80a Abs. 3 i.V.m. § 80 Abs. 5 VwGO

erlässt das Bayerische Verwaltungsgericht München, 2. Kammer,  
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht \*\*\* \*\*\*\*\*,  
den Richter am Verwaltungsgericht \*\*\*\*\*,  
den Richter am Verwaltungsgericht \*\*\*\*\*

ohne mündliche Verhandlung

**am 30. Oktober 2015**

folgenden

### **Beschluss:**

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die Beigeladenen tragen ihre außergerichtlichen Kosten selbst.
- III. Der Streitwert wird auf 10.000,00 € festgesetzt.

### **Gründe:**

#### **I.**

Die Antragstellerin möchte erreichen, dass die vom Antragsgegner ausgesprochenen Gestattungen für den Neubau und Betrieb einer Wasserkraftanlage an der \*\*\*\*\* Ache im Bereich des sog. \*\*\*\*\* , gegen welche die Beigeladenen Klagen erhoben haben, für sofort vollziehbar erklärt werden.

Die Antragstellerin betreibt das behördliche Gestattungsverfahren für ein Wasserkraftwerk an der \*\*\*\*\* Ache, in dessen Zuge dem Antragsgegner von ihr mehrfach, zuletzt im Februar 2015, teils erheblich geänderte Genehmigungs- und Planunterlagen vorgelegt wurden, seit August 2009.

Mit Bescheid vom \*\*\* Juni 2014 erteilte das Landratsamt Berchtesgadener Land der Antragstellerin die wasserrechtliche Bewilligung zum Aufstau der \*\*\*\*\* Ache auf eine bestimmte Höhe, zum Ableiten aus und zum Wiedereinleiten des in der Triebwerksanlage genutzten Wassers (jeweils maximal 6,5 m<sup>3</sup>/s) in die \*\*\*\*\* Ache. Mit der wasserrechtlichen Bewilligung wurde eine nach § 30 Abs. 2 Nr. 1 BNatSchG erforderliche naturschutzrechtliche Ausnahme gemäß Art. 23 Abs. 3 Satz 1 BayNatSchG ersetzt. Im gleichen Bescheid wurde für die aufgrund der geplanten Wasserkraftnutzung erforderlichen Umgestaltungen an der \*\*\*\*\* Ache eine wasserrechtliche Plangenehmigung nach § 68 Abs. 2 WHG ausgesprochen und eine Baugenehmigung für die Errichtung eines Turbinenhauses erteilt. In den Bescheid wurden zahlreiche Inhalts- und Nebenbestimmungen aufgenommen. Der Bescheid wurde der Beigeladenen zu 1. am 12. Juli 2014 zugestellt, seine Auslegung bis zum 26. August 2014 wurde in einem Amtsblatt bekannt gemacht.

Gegen diesen Bescheid erhoben der Beigeladenen zu 1. am 11. August 2014, der Beigeladene zu 2. am 26. September 2014 Klagen zum Bayerischen Verwaltungsgericht München (die unter den Aktenzeichen M 2 K 14.3525 und M 2 K 14.4355 rechtshängig sind). Als wesentliche Argumente der Beigeladenen wurde geltend gemacht: Das genehmigte Vorhaben stelle einen Gewässerausbau dar, der gemäß § 68 Abs. 1 WHG der Planfeststellung bedürfe. Das Verfahren leide an einer defizitären Öffentlichkeitsbeteiligung. Ein erheblicher Abwägungsmangel ergebe sich daraus, dass die mit dem Vorhaben verbundenen Eingriffe in den Naturhaushalt unzureichend ermittelt und geprüft worden seien. Insbesondere seien die artenschutz-

rechtlichen Verbote des § 44 BNatSchG nicht beachtet worden. Es liege ein Verstoß gegen das nationale Eingriffsverbot des § 15 BNatSchG vor, weil die Betroffenheit der FFH-Anhang II-Art Mühlkoppe nicht berücksichtigt worden sei. Die Restwassermenge sei viel zu gering bemessen. Die Voraussetzungen für eine Ausnahme nach Art. 23 Abs. 3 BayNatSchG lägen nicht vor.

Mit Bescheid vom \*\* September 2014 ordnete das Landratsamt Berchtesgadener Land auf Antrag der Antragstellerin hin die sofortige Vollziehung des Bescheids vom \*\*\* Juni 2014 an, nicht jedoch für „Maßnahmen im Gewässerbett“. Ein hiergegen gerichteter Antrag (M 2 SN 14.4461) des Beigeladenen zu 1. nach § 80 Abs. 5 VwGO wurde am 21. Oktober 2015 für erledigt erklärt.

Am \*\* August 2015 erließ das Landratsamt Berchtesgadener Land einen Änderungsbescheid, mit dem sein Bescheid vom \*\*\* Juni 2014 in einer Vielzahl von Einzelbestimmungen abgeändert und dem Vorhaben eine nochmals überarbeitete Ausführungsplanung zu Grunde gelegt wurde. Der Änderungsbescheid wurde dem gemeinsamen Bevollmächtigten beider Beigeladenen und der Beigeladenen zu 1. unmittelbar am 12. August 2015, dem Beigeladenen zu 2. am 13. August 2015 zugestellt.

Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 11. September 2015, bei Gericht eingegangen am 14. September 2015, wurden für die beiden Beigeladenen die rechtshängigen Klagen dahingehend geändert, dass nunmehr beantragt wird, den Bescheid der Antragsgegnerin vom \*\*\* Juni 2014 in der Gestalt des Änderungsbescheids vom \*\* August 2015 aufzuheben, hilfsweise festzustellen, dass diese rechtswidrig sind und nicht vollzogen werden dürfen.

Mit Schriftsatz vom 22. September 2015, bei Gericht eingegangen am 12. Oktober 2015, beantragte die Antragstellerin,

die sofortige Vollziehung des Bescheids vom \*\*\* Juni 2014 in der Fassung des Änderungsbescheids vom \*\* August 2015 anzuordnen.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Antragstellerin könne von den wasserrechtlichen Zulassungsentscheidungen wegen der eingelegten Rechtsbehelfe derzeit keinen Gebrauch machen. Die Dauer der Hauptsacheverfahren sei nicht absehbar, was das Projekt in Gänze gefährden könne. Die Klagen hätten nach der zwischenzeitlichen Tektur keine Aussicht mehr auf Erfolg. Es bestehe ein überwiegendes öffentliches Interesse am Sofortvollzug. Zu berücksichtigen sei, dass sich die Bundesrepublik Deutschland völker- und gemeinschaftsrechtlich verpflichtet habe, die Gewinnung erneuerbarer Energie zu fördern. Auch nationales Verfassungsrecht messe den Belangen des Klimaschutzes hohes Gewicht bei. Auch das Erneuerbare-Energien-Gesetz des Bundes und das Landesentwicklungsprogramm hebe das besondere öffentliche Interesse an einer umweltfreundlichen Energiegewinnung hervor. Zudem liege auch ein überwiegendes Interesse der Antragstellerin am Sofortvollzug vor. Die bisher getätigten Investitionen und die lange Verfahrensdauer hätten die Antragstellerin bereits an die Grenze der wirtschaftlichen Belastbarkeit geführt. Es seien Vorleistungen in Höhe von mehreren Hunderttausend Euro erbracht worden. Weitere gravierende Verzögerungen würden das Projekt ernstlich in Frage stellen. Derzeit erleide die Antragstellerin einen monatlichen Umsatzverlust im mittleren fünfstelligen Bereich, mit dem die Projektfinanzierung aber kalkuliert sei. Auch eine sinnvolle Bauablauforganisation erfordere den Sofortvollzug. Das Vorhaben könne und müsse zeitnah begonnen werden. Die Belange, die von den Beigeladenen verteidigt werden, würden über viele Monate hin auch im Fall des angeordneten Sofortvollzugs nicht gefährdet werden. Zunächst müsse eine Baustraße errichtet werden. Die ersten Baumaßnahmen erfolgten dann auf der Seite der Bundesstraße, so dass der Biotopbereich nicht tangiert werden müsse. Letzteres sei vor Mai 2016 nicht

denkbar. Die kommende Winterzeit könne für die ersten Schritte zur Verwirklichung des Vorhabens gut genutzt werden.

Am 14. Oktober 2015 erging ein Beiladungsbeschluss, der dem Bevollmächtigten der Beigeladenen am 16. Oktober 2015 zugestellt wurde.

Der Antragsgegner und die Beigeladenen äußerten sich bis zum Entscheidungszeitpunkt noch nicht zum Verfahren.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakten des Eil- und der Klageverfahren sowie auf die in den Klageverfahren vorgelegten Behördenakten verwiesen (§ 117 Abs. 3 Satz 2 VwGO).

## II.

Der Antrag ist zulässig, aber nicht begründet.

A) Der Antrag ist zulässig.

Gemäß § 80a Abs. 3 Satz 1, Abs. 1 Nr. 1 VwGO kann das Verwaltungsgericht auf Antrag des Begünstigten eines Verwaltungsakts, gegen den ein Dritter einen Rechtsbehelf eingelegt hat, dem – wie vorliegend den Klagen der Beigeladenen gegen den Bescheid des Antragsgegners vom \*\*\* Juni 2014 in Gestalt des Änderungsbescheids vom \*\* August 2015 – nach § 80 VwGO aufschiebende Wirkung zukommt, nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung dieses Verwaltungsakts anordnen.

In diesem Fall vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutzes bedarf es keiner vorherigen Antragstellung bei der Verwaltungsbehörde (BayVGH, B.v. 4.2.2014 – 8 CS 13.1848 – juris Rn. 11 m.w.N.).

- B) Der Antrag bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg.
- I. Einen eigenständigen materiell-rechtlichen Maßstab für die Entscheidung des Gerichts enthält § 80a Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 VwGO nicht. Allerdings zeigt die Verweisung in § 80a Abs. 3 Satz 2 VwGO auf § 80 Abs. 5 VwGO, dass sich die Begründetheit eines Antrags auf Anordnung der sofortigen Vollziehung im Ansatz nach den gleichen Regeln bestimmt, die auch für die Entscheidung eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO gelten. Das Verwaltungsgericht trifft insoweit – auf der Grundlage einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage – eine eigene Ermessensentscheidung. Erforderlich ist daher auch im Rahmen des § 80a Abs. 3 VwGO eine Interessenabwägung. Ausgangspunkt dieser Interessenabwägung ist der Verwaltungsakt, der dem Adressaten des Bescheides eine Begünstigung zuteilwerden lässt und gegen den ein Dritter befugt ist, einen Rechtsbehelf einzulegen. Bei der Abwägung der kollidierenden Belange des Adressaten und des Dritten ist maßgeblich auf die Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfs abzustellen und zu prüfen, ob danach die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs dem begünstigten Beteiligten gegenüber unbillig wäre (vgl. BayVGH, B.v. 4.2.2014 – 8 CS 13.1848 – juris Rn. 9; OVG NRW, B.v. 5.9.2008 – 13 B 1013/08 – juris Rn. 7 f. m.w.N.; zum Meinungsspektrum in dieser Frage: Schoch in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Stand März 2015, § 80a Rn. 60 m.w.N.). Auf die Frage, ob sich die Begünstigung voraussichtlich als objektiv rechtmäßig oder rechtswidrig erweisen wird, kommt es dabei nach Auffassung der Kammer nicht an. Stellte man auf die objektive Rechtslage ab, würde im vor-

läufigen Rechtschutzverfahren ein anderer Entscheidungsmaßstab für die Beurteilung der Hauptsache zugrunde gelegt als im Hauptsacheverfahren selbst. Es ist auch nicht Aufgabe des Gerichts, in Verfahren mit Drittbeteiligung über den Prüfungsrahmen, wie er von dem anfechtenden Dritten nach Maßgabe des von ihm als verletzt gerügten Rechts bestimmt wird, hinauszugehen, denn Art. 19 Abs. 4 GG vermittelt gerade keinen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch (VG Neustadt Weinstraße, B.v. 17.2.2014 – 4 L 89/14.NW – juris Rn. 26 f. m.w.N.; aA: Schoch, a.a.O., Rn. 63; Schmidt in Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 80a Rn. 17).

- II. Gemessen hieran ist der Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung des Bescheids vom \*\*\* Juni 2014 in der Fassung des Änderungsbescheids vom \*\* August 2015 abzulehnen, weil jedenfalls die von dem Beigeladenen zu 1. erhobene Klage gegen diese Entscheidungen des Antragsgegners voraussichtlich erfolgreich sein wird.
1. Durchgreifende Bedenken, dass die Klagen der Beigeladenen in den Hauptsacheverfahren unzulässig sein könnten, bestehen jedenfalls im Hinblick auf den Beigeladenen zu 1. nicht. Die Zulässigkeit der Klage des Beigeladenen zu 2. im Hauptsacheverfahren braucht deshalb vorliegend nicht weiter erörtert zu werden.

Insbesondere kann der Beigeladene zu 1. nach § 2 Abs. 1 UmwRG als Vereinigung i.S.v. § 3 (i.V.m. § 5 Abs. 2) UmwRG, auch ohne eine Verletzung in eigenen Rechten geltend machen zu müssen, unter den Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Nrn. 1 - 3 UmwRG Rechtsbehelfe nach Maßgabe der Verwaltungsgerichtsordnung gegen eine Entscheidung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 UmwRG einlegen. Eine Entscheidung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 UmwRG liegt vor bei Entschei-



dungen im Sinne von § 2 Abs. 3 UVPG über die Zulässigkeit von Vorhaben, für die nach den in § 1 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) - c) UmwRG genannten Vorschriften eine Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung bestehen kann. Insoweit genügt ein potentiell UVP-pflichtiges Vorhaben (Fellenberg/Schiller in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand Mai 2015, § 1 UmwRG Rn. 29). Dies ist hinsichtlich der für den Bau und Betrieb der Wasserkraftanlage ausgesprochenen Bewilligung und Plangenehmigung der Fall (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a), Abs. 3 Nr. 1, § 3 Abs. 1 Satz 1 UVPG, Nr. 13.14 der Anlage 1 zum UVPG).

Der Beigeladene zu 1. war jedenfalls hinsichtlich der erteilten Bewilligung nach Art. 73 Abs. 4 BayVwVfG, Art. 69 BayWG, § 11 Abs. 2 WHG auch i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UmwRG zur Beteiligung in einem Verfahren nach § 1 Abs. 1 Satz 1 UmwRG berechtigt (vgl. Happ in Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 2 UmwRG Rn. 10; Balensiefen, UmwRG, 1. Aufl. 2013, § 2 Rn. 8) und hat hiervon auch Gebrauch gemacht.

Hinsichtlich der Plangenehmigung ist ein Beteiligungsrecht zwar nicht ersichtlich (ebenso: Drost, Das neue Wasserrecht in Bayern, Stand August 2015, § 68 WHG Rn. 64). Insoweit dürfte (auch vor dem Hintergrund von Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention, vgl. hierzu: Seibert, NVwZ 2013, 1040, 1041 f.) jedoch für die Zulässigkeit der Verbandsklage der schlüssige Vortrag des Beigeladenen zu 1. genügen, der Antragsgegner habe durch eine nach § 68 Abs. 2 WHG unzulässige Verfahrenswahl ein ansonsten, nämlich für den Fall der Planfeststellung nach § 63 Abs. 2 Nr. 6 BNatSchG sowie nach § 9 UVPG bestehendes Mitwirkungsrecht verletzt (vgl. hierzu auch: BayVGH, B.v. 4.7.1995 – 20 CS 95.849 u.a. – NVwZ 1996, 1128/1128; Fellenberg/Schiller in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand Mai 2015, § 2 UmwRG Rn. 39).

An der Erfüllung der weiteren Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 UmwRG bestehen keine Zweifel.

2. Die Klage jedenfalls des Beigeladenen zu 1. ist voraussichtlich auch begründet.

Nach § 2 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 UmwRG ist eine sog. Verbandsklage – abweichend von § 113 VwGO – begründet, soweit die Entscheidung nach § 1 Absatz 1 Satz 1 UmwRG gegen Rechtsvorschriften verstößt, die dem Umweltschutz dienen und für die Entscheidung von Bedeutung sind (nachfolgend b) und der Verstoß Belange des Umweltschutzes berührt, die zu den Zielen gehören, die die Vereinigung nach ihrer Satzung fördert (nachfolgend c). Ferner muss nach § 2 Abs. 5 Satz 2 UmwRG zudem eine Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung bestanden haben (nachfolgend a).

Dies ist vorliegend aller Voraussicht nach der Fall. § 4 Abs. 1 Satz 1 UmwRG und § 64 BNatSchG brauchen deshalb nicht näher geprüft zu werden.

- a) Die Feststellung des Antragsgegners, dass für das Vorhaben der Antragstellerin keine Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung besteht, hält einer gerichtlichen Überprüfung im Hauptsacheverfahren aller Voraussicht nach nicht stand. Bei summarischer Prüfung spricht viel dafür, dass eine Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich ist und deshalb der Gewässerausbau nicht ohne Planfeststellung zugelassen werden kann.

Das Vorhaben der Antragstellerin, der Bau und Betrieb einer Wasserkraftanlage, erfordert zunächst eine allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls, § 2 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a), Abs. 3 Nr. 1, § 3a, § 3c UVPG, Nr. 13.14 der Anlage 1 zum UVPG.

Nach § 3c Satz 1 UVPG ist sodann eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen, wenn das Vorhaben nach Einschätzung der zuständigen Behörde aufgrund überschlägiger Prüfung unter Berücksichtigung der in der Anlage 2 zum UVPG aufgeführten Kriterien erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann, die nach § 12 UVPG zu berücksichtigen wären. Zu beachten ist somit, dass Anknüpfungspunkt der UVP-Pflicht nach § 3c UVPG nicht das tatsächliche Auftreten, sondern die Möglichkeit des Auftretens erheblicher nachteiliger Umweltauswirkungen ist, es mithin um die Feststellung eines Besorgnispotentials geht (Sangenstedt in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand Mai 2015, § 3a UVPG Rn. 12, § 3c UVPG Rn. 16). Der Gesetzgeber räumt insoweit der Behörde einen Beurteilungsspielraum ein, der jedoch nicht dazu führen darf, dass sich die Vorprüfung in einer oberflächlichen Abschätzung spekulativen Charakters erschöpft. Gemäß § 3a Satz 4 UVPG ist die Einschätzung der Behörde, dass eine Umweltverträglichkeitsprüfung unterbleiben kann, im Fall des § 3c UVPG in einem gerichtlichen Verfahren betreffend die Entscheidung über die Zulässigkeit des Vorhabens nur eingeschränkt überprüfbar. Die Prüfung des Verwaltungsgerichts muss sich deshalb darauf beschränken, ob die Behörde die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, ob sie vom richtigen Verständnis der anzuwendenden Gesetzesbegriffe ausgegangen ist, ob sie den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt, ob sie sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemein gültige Wertungsmaßstäbe gehalten hat und ob sie schließlich das Willkürverbot nicht verletzt hat; die allgemeine Vorprüfung muss in diesem Sinn „nachvollziehbar“ sein. Ob eine allgemeine Vorprüfung rechtsfehlerhaft gewesen ist, bestimmt sich in tatsächlicher Hinsicht nach dem Kenntnisstand der zuständigen Behörde bis zum Abschluss der Prüfung (insgesamt hierzu: BayVGh, B.v. 8.6.2015 – 22 CS 15.686 – juris Rn. 33, 40 m.w.N.; B.v. 20.8.2014 – 22 ZB 14.94 – juris Rn. 11 ff.).

Gemessen hieran ist festzustellen: Der Antragsgegner hat vorliegend erst kurz vor dem Erlass des Bescheids vom \*\*\* Juni 2014 eine (erste) Vorprüfung abgeschlossen (vgl. den Feststellungsvermerk vom „\*\*\*\*.2009 / \*\*\*\*.2014“, Blatt 422 ff. der Behördenakte, sowie die öffentliche Bekanntmachung über die Nichtdurchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung im Amtsblatt vom 10. Juni 2014, Blatt 431 der Behördenakte). Vor Erlass des Änderungsbescheids vom \*\* August 2015 wurde erneut eine Vorprüfung durchgeführt (vgl. den auf den \*\*\* Februar 2015 datierten Feststellungsvermerk, Blatt 1014 ff. der Behördenakte und die erst kurz vor Erlass des Änderungsbescheids erfolgte öffentliche Bekanntmachung über die Nichtdurchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung im Amtsblatt vom 6. August 2015, Blatt 1035 der Behördenakte). Ausweislich der Begründung im Bescheid vom 7. August 2015 wurde im Zuge der zweiten Vorprüfung „das geänderte Vorhaben als Ganzes hinsichtlich seiner Umweltauswirkungen beurteilt“.

Nachdem eine Vorprüfung sogar noch im gerichtlichen Verfahren nachgeholt werden kann (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 2 UmwRG), legt das Gericht als Dokumentation (§ 3c Satz 6 UVPG) der Vorprüfung allein den späteren Feststellungsvermerk zu Grunde (im ersten Feststellungsvermerk ist insbesondere das Kriterium 2.3.8 unzutreffend bewertet).

Allein die Tatsache, dass die UVP-Vorprüfungen erst im Laufe des Genehmigungsverfahrens durchgeführt wurden, und nicht – wie es § 3a Satz 1 UVPG an sich vorsieht – unverzüglich nach Beginn des Verwaltungsverfahrens, begründet noch keinen beachtlichen Verfahrensfehler (vgl. HessVGH, B.v. 2.3.2015 – 9 B 1791/14 – juris Rn. 9). Allerdings muss sich die Behörde dann auch die bis zu diesem (späteren) Zeitpunkt erlangten, ggf. gegenüber einem früheren Beurteilungszeitpunkt konkretisierten tatsächlichen Erkenntnisse über mögliche nachtei-

lige Umweltauswirkungen des Vorhabens im Zuge der gerichtlichen Überprüfung der Vorprüfung entgegenhalten lassen.

Vorliegend hat die untere Naturschutzbehörde des Antragsgegners in allen Stellungnahmen, die während des mehrjährigen Genehmigungsverfahrens abgegeben wurden, massive sowie ausführlich und nachvollziehbar naturschutzfachlich begründete Zweifel hinsichtlich der Umweltverträglichkeit des Vorhabens angemeldet und eine Ablehnung des Vorhabens empfohlen. Diese Bedenken bezogen sich vor allem auf die mit dem Vorhaben verbundenen Eingriffe in einen sehr naturnahen Abschnitt der \*\*\*\*\* Ache von naturschutzfachlich hoher Bedeutung. Bereits in der ersten Stellungnahme der unteren Naturschutzbehörde vom 16. Dezember 2009 wurde u.a. im Einzelnen dargelegt, dass und warum mit dem Vorhaben nicht ausgleichbare Beeinträchtigungen bis hin zur Zerstörung eines gesetzlich geschützten Biotops verbunden seien. Darüber hinaus wurden unter mehreren Aspekten, etwa der Beeinträchtigung der gewässerökologischen Strukturvielfalt und des Lebensraums schützenswerter Fischfauna, erhebliche Eingriffe in Natur und Landschaft prognostiziert. In einem Schreiben der Genehmigungsbehörde selbst an den Vorhabensträger vom 7. November 2012 ging diese von der Beeinträchtigung eines gesetzlich geschützten Biotops aus und stellte heraus, dass eine Genehmigung des Vorhabens nur bei einem überwiegenden öffentlichen Interesse in Betracht komme. Die Genehmigungsbehörde stellte dann fest, dass „unter Berücksichtigung der Wertigkeit des betroffenen Biotops“ bislang nach überschlägiger Prüfung davon auszugehen sei, dass das öffentliche Interesse an der Anlage die Naturschutzbelange *nicht* überwiege. Eine auf den Einzelfall bezogene Bewertung der konkreten örtlichen Verhältnisse durch das Bayerische Landesamt für Umwelt nach einer Ortseinsicht im Sommer 2013, also noch vor Abschluss der ersten Vorprüfung durch die Genehmigungsbehörde, bestätigte sodann die bisherigen Einschätzungen der unteren Naturschutzbehörde

in weiten Teilen. Danach stellt sich die \*\*\*\*\* Ache im Eingriffsbereich des Vorhabens im Bereich der Ausleitungsstrecke auf einer Länge von über 300 m als naturnaher Bereich eines Fließgewässers i.S.v. § 30 Abs. 2 Nr. 1 BNatSchG dar, der dem gesetzlichen Biotopschutz unterfällt. Maßgeblich für diese Einschätzung ist u.a. das reißende bis schnell fließende Strömungsbild der \*\*\*\*\* Ache im Vorhabensbereich, das durch die Ausleitung von bis zu 6,5 m<sup>3</sup>/s und einen festgesetzten Restwasserabfluss von 690 l/s (teilweise über Fischaufstiegshilfen) gravierend verändert werden würde. Im Übrigen geht auch die Genehmigungsbehörde in einem Sachstandsbericht an das zuständige Staatsministerium vom 22. Oktober 2014 selbst davon aus, dass die Entscheidung in der (ersten) Vorprüfung des Einzelfalls, dass durch das Vorhaben keine erheblichen nachteiligen Umweltauswirkungen zu erwarten seien, bei nochmaliger Betrachtung „fragwürdig“ erscheine. Kurz vor der (zweiten) öffentlichen Bekanntmachung der Nichtdurchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung am 6. August 2015 konstatierte die untere Naturschutzbehörde nochmals zusammenfassend im Hinblick auf die Vorprüfung des Einzelfalls, dass erhebliche Umweltauswirkungen auf das Fließgewässer „nicht von vornherein ausgeschlossen werden“ könnten (Blatt 1013 der Behördenakte).

Auch unter Beachtung des dargelegten, eingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Prüfungsumfangs liegt bei dieser Sachlage das Ergebnis der Vorprüfung, nicht von der Möglichkeit erheblicher nachteiliger Umweltauswirkungen auszugehen, außerhalb des Rahmens vertretbarer Einschätzungen und schließt deshalb die Nachvollziehbarkeit des Vorprüfungsergebnisses i.S.v. § 3a Satz 4 UVPG aus. Insbesondere ist eine argumentativ überzeugende Auseinandersetzung mit den vorgenannten tatsächlichen Erkenntnissen, die das Ergebnis der Vorprüfung tragen könnten, auch deren Dokumentation in den beiden Feststellungsvermerken der Genehmigungsbehörde nicht zu entnehmen. Dort heißt es zu den von

der unteren Naturschutzbehörde vorrangig thematisierten Aspekten im Wesentlichen, es seien unter Berücksichtigung der Restwassermenge, der Wiederherstellung der Durchgängigkeit sowie unterstützender gestalterischer Maßnahmen im Bereich der Ausleitungsstrecke keine dauerhaften erheblichen Beeinträchtigungen zu erwarten bzw. es werde von kompensierbaren – nicht aber etwa von offensichtlich ausgeschlossenen Umweltauswirkungen i.S.v. § 3c Satz 3 UVPG – Beeinträchtigungen ausgegangen. Die Gesamteinschätzung zu den erheblichen Umweltauswirkungen wird hinsichtlich der berührten Belange wie folgt begründet: „Die Beeinträchtigungen im Bereich der Schutzgüter Wasser und Flora und Fauna werden als kompensierbar eingestuft, wenn die Umsetzung der vorgeschlagenen Maßnahmen sichergestellt ist“ (Feststellungsvermerk Blatt 1014/1019 der Behördenakte).

Dies zeigt, dass die Genehmigungsbehörde nicht etwa die Erheblichkeit der möglichen nachteiligen Umweltauswirkungen ausschloss und deshalb eine Umweltverträglichkeitsprüfung als entbehrlich ansah. Angesichts der nach Aktenlage offenkundigen ökologischen Empfindlichkeit des Vorhabenstandorts i.S.v. Ziff. 2 der Anlage 2 zum UVPG und der nach den Kriterien der Ziff. 1 und 3 der Anlage 2 zum UVPG zu bemessenden möglichen nachteiligen Umweltauswirkungen des Vorhabens wäre dies bei der gebotenen, ausschließlich umweltbezogenen Betrachtung angesichts des Ziels einer wirksamen Umweltvorsorge i.S.v. § 1, § 2 Abs. 1 Satz 2 UVPG auch mit einem rechtlich zutreffenden Verständnis des UVPG nicht zu vereinbaren.

Vielmehr wird hierdurch offenkundig, dass die Genehmigungsbehörde allein auf Grund eines – sich nach Aktenlage im Laufe des Genehmigungsverfahrens wohl auch hinsichtlich des Ergebnisses wandelnden – Abwägungsprozesses zur Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens gelangte. Allein die letztlich erzielte Ge-

genehmigungsfähigkeit des Vorhabens ist aber kein Indikator dafür, dass dessen Umweltauswirkungen unerheblich i.S.v. § 3c Satz 1 UVPG sind. Gerade wenn das Fachrecht – wie vorliegend in § 30 BNatSchG – den Belangen von Natur und Landschaft grundsätzlich Vorrang einräumt und der Verwaltung deshalb auch die Möglichkeit einräumt, die Zulassung eines Vorhabens wegen seiner nachteiligen Umweltfolgen abzulehnen oder lediglich ausnahmsweise als Ergebnis eines Abwägungsprozesses, bei dem die Behörde anderen Belangen den Vorrang vor der Umwelt einräumt, die mit ihm verbundenen Umweltrisiken hinzunehmen, ist es besonders wichtig, die Zulassungsentscheidung mit der Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung sorgfältig vorzubereiten. Durch eine Umweltverträglichkeitsprüfung wird der genehmigungsrelevante Sachverhalt dann aus Umweltsicht so aufbereitet, dass eine im Lichte der Umweltbelange optimale Abwägung und Entscheidungsfindung erfolgen kann. Dieser Umstand spricht dafür, Umweltauswirkungen im Bereich der betrachteten Ermessenstatbestände bei der Vorprüfung nach § 3 c UVPG als erheblich einzustufen (Sangenstedt in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand Mai 2015, § 3c UVPG Rn. 27). Lediglich angemerkt sei insoweit noch, dass im Übrigen auch der „Leitfaden zur Vorprüfung des Einzelfalles im Rahmen der Feststellung der UVP-Pflicht von Projekten“ (abrufbar in der Endfassung vom 14.8.2003 unter: [www.bmub.bund.de](http://www.bmub.bund.de); vgl. hierzu auch: VG Osnabrück, U.v. 29.7.2015 – 3 A 46/13 – juris Rn. 93) in Ziff. 6 davon ausgeht, dass eine UVP-Pflicht „in der Regel“ zu bejahen ist, wenn ein nach § 30 BNatSchG geschütztes Biotop erheblich beeinträchtigt werden kann.

Auf die Frage, ob sich die rechtsfehlerhaft angenommene Entbehrlichkeit einer Umweltverträglichkeitsprüfung auf die seitens des Antragsgegners getroffenen Sachentscheidungen ausgewirkt hat, kommt es nicht an (HessVGH, B.v. 2.3.2015 – 9 B 1791/14 – juris Rn. 9).



- b) Die Plangenehmigung und die wasserrechtliche Bewilligung jeweils vom \*\*\* Juni 2014 in der Gestalt des Änderungsbescheids vom \*\* August 2015 verstoßen aller Voraussicht nach gegen Rechtsvorschriften, die dem Umweltschutz dienen und für die Entscheidungen von Bedeutung sind. Wesentliche, zur Verwirklichung des Vorhabens unerlässliche Maßnahmen wurden bislang rechtsfehlerhaft nicht in das Genehmigungsverfahren einbezogen (nachfolgend (1)). Die Voraussetzungen für die Zulassung einer Ausnahme vom gesetzlichen Biotopschutz nach Art. 23 Abs. 3 BayNatSchG dürften aller Voraussicht nach nicht vorliegen (nachfolgend (2)). Im Übrigen bedürften ggf. zusätzliche Aspekte noch der weiteren Aufklärung in einem Hauptsacheverfahren (nachfolgend (3)).
- (1) Die ausgesprochenen Genehmigungen leiden an einem Rechtsfehler, weil wesentliche, zur Verwirklichung des Vorhabens unerlässliche Baumaßnahmen vom Vorhabensträger und dem Antragsgegner bislang aus dem Genehmigungsverfahren ausgeblendet wurden.

Ausweislich eines Gutachtens des amtlichen Sachverständigen im wasserrechtlichen Verfahren vom \*\*\* März 2015 (der diesbezügliche Behördenvorgang liegt dem Gericht noch nicht vor) beantragte die Antragstellerin im Zusammenhang mit dem Neubau der Wasserkraftanlage für den Bau von zwei temporären Baustraßen – die in den den Bescheiden vom \*\*\* Juni 2014 und \*\* August 2015 zu Grunde liegenden Antragsunterlagen nicht thematisiert wurden – eine wasserrechtliche Anlagenehmigung. Vom Standort des Turbinenhauses aus soll zum einen zur Errichtung der Wehranlage, des Einlaufbauwerks, der Fischaufstiegsanlage und der Druckrohrleitung im orographisch linken Randbereich des Gewässerbetts der \*\*\*\*\* Ache eine ca. 220 m lange Baustraße mit einer Fahrbahnbreite von 4 m errichtet werden. Ebenfalls vom Standort des Turbinenhauses aus soll zur Errichtung des Unterwasserdruckkanals und der Fischaufstiegs-

anlage im Unterwasser eine weitere Baustraße mit einer Länge von ca. 95 m und einer Fahrbahnbreite von 4 m errichtet werden. Die Bauzeit der Wasserkraftanlage insgesamt wird auf 16 Monate geschätzt, die Baustraßen sollen sukzessive mit Fertigstellung einzelner Anlagenbereiche wieder zurückgebaut werden. Die Baustraßen sollen so ausgeführt und befestigt werden, dass sie bei Hochwasserereignissen überschwemmt und weggespült werden können. Aus wasserwirtschaftlicher Sicht bestünden, so das Gutachten vom \*\*\* März 2015 bei Beachtung von Auflagen und Bedingungen, keine Bedenken gegen die geprüfte Maßnahme.

Die Erteilung (nur) einer wasserrechtlichen Anlagengenehmigung nach § 36 WHG, Art. 20 BayWG für die Errichtung der Baustraßen in der \*\*\*\*\* Ache erscheint rechtlich nicht vertretbar:

Gerade im Fall eines planfeststellungsbedürftigen, weil UVP-pflichtigen Gewässerausbaus – vgl. hierzu oben II. 2. a) –, in dem das Planfeststellungsverfahren mit der Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung und durch die strengeren Beteiligungsvorschriften besondere Gewährleistungen für eine wirksame Umweltvorsorge und dafür bietet, der behördlichen Entscheidung frühzeitig umfassende und belastbare Erkenntnisse über die Gesamtauswirkungen eines Vorhabens auf Natur und Umwelt zur Verfügung zu stellen, ist es nicht zulässig, mit der Verwirklichung des Gewässerausbaus in untrennbarem Zusammenhang stehende Einzelbaumaßnahmen aus dem Genehmigungsverfahren herauszulösen und im Nachgang über eine wasserrechtliche Anlagengenehmigung, die diese Verfahrensgewährleistungen gerade nicht bietet, zu behandeln. Insbesondere liegt vorliegend auf der Hand, dass die viele Monate andauernde Errichtung (und ggf. Wiedererrichtung im Fall von Hochwasserereignissen) und Nutzung von insgesamt über 300 m langen Baustraßen entlang des Ufers der \*\*\*\*\* Ache und

zum Teil auch im Gewässerbett der \*\*\*\*\* Ache – einem gesetzlich geschützten Biotop, vgl. oben II. 2. a) – in gleicher Weise wie das Vorhaben selbst Belange von Natur und Umwelt berühren kann.

Durch den Antragsgegner wird im Übrigen noch zu prüfen sein, ob die Errichtung der Baustraßen und das in Kauf genommene Abschwemmen des Baumaterials bei Hochwasserereignissen wegen § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG einer wasserrechtlichen Erlaubnis bedarf, oder ob wegen der Kollisionsregelung des § 9 Abs. 3 WHG und angesichts der im Art. 75 Abs. 1 BayVwVfG zum Ausdruck kommenden Grundsätze die Errichtung der Baustraßen im Rahmen der Planfeststellung des Gewässerausbaus zu behandeln ist. § 9 Abs. 3 WHG beschreibt insoweit den Vorrang der Planfeststellung gegenüber dem Erlaubnis- und Bewilligungsverfahren, soweit sich die Benutzung nicht lediglich als Nebenfolge der Ausbaumaßnahme darstellt, sondern die Benutzung zwangsläufig anfällt, um den Gewässerausbau plangemäß zu verwirklichen (vgl. Drost, Das neue Wasserrecht in Bayern, Stand August 2015, § 9 WHG Rn. 46 f., § 67 WHG Rn. 43 f.). Nachdem vorliegend hinsichtlich der Baustraßen nicht die Gewässerbenutzung, sondern die Verwirklichung des Gewässerausbaus (in der Alternative der wesentlichen Umgestaltung eines Gewässers durch die Errichtung der Wasserkraft(benutzungs-)anlage, vgl. hierzu Pape in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand Mai 2015, § 9 WHG Rn. 88, § 67 WHG Rn. 74 a.E.) im Vordergrund steht, dürften die Baustraßen richtigerweise im Rahmen der §§ 67 ff. WHG zu behandeln sein (vgl. Knopp in Sieder/Zeitler, WHG AbwAG, Stand September 2014, § 9 WHG Rn. 97).

- (2) Die Voraussetzungen dafür, für die Verwirklichung des Vorhabens eine Ausnahme vom gesetzlichen Biotopschutz zuzulassen, dürften aller Voraussicht nach nicht vorliegen.

Wie bereits oben (II. 2. a)) dargelegt, stellt sich die \*\*\*\*\* Ache im Eingriffsbereich des Vorhabens im Bereich der Ausleitungsstrecke auf einer Länge von über 300 m als naturnaher Bereich eines Fließgewässers i.S.v. § 30 BNatSchG dar, der dem gesetzlichen Biotopschutz unterfällt. Hiervon geht der Antragsgegner ebenso aus wie von der Tatsache, dass die mit dem Vorhaben verbundenen Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft nicht ausgeglichen werden können i.S.v. § 30 Abs. 3 BNatSchG/Art. 23 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 BayNatSchG. Dem Vorhaben kann mithin nur nach Art. 23 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 BayNatSchG zur Genehmigungsfähigkeit verholfen werden. Dies erfordert, dass „die Maßnahme aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses notwendig ist“.

Es braucht nicht weiter vertieft zu werden, dass an der Energiegewinnung durch Wasserkraft grundsätzlich ein öffentliches Interesse besteht (vgl. hierzu Gellermann in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Stand Mai 2015, § 67 BNatSchG Rn. 11 m.w.N.); dies kann im Einzelfall auch im Fall von Kleinwasserkraftanlagen mit einer Ausbauleistung < 1000 kW – wie vorliegend – bestehen.

Art. 23 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 BayNatSchG fordert jedoch zum einen die Notwendigkeit der Maßnahme (nachfolgend (a)), zum anderen ein Überwiegen des öffentlichen Interesses gegenüber den Belangen des Naturschutzes (nachfolgend (b)):

- (a) An der Notwendigkeit des konkreten Vorhabens am konkreten Standort i.S.v. § Art. 23 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 BayNatSchG bestehen durchgreifende Zweifel:

Die Notwendigkeit im Sinne dieser Vorschrift setzt nicht voraus, dass sich die Ausnahme als einzig denkbarer Weg zur Verwirklichung des öffentlichen Interesses

ses erweist. Stattdessen genügt bereits, wenn es „vernünftigerweise geboten ist“, den Belangen des öffentlichen Interesses mit der Ausnahme zur Verwirklichung zu verhelfen. Auch wenn die Verwirklichung des öffentlichen Interesses damit nicht mit der Ausnahme „stehen oder fallen“ muss, ist die Zulassung dennoch nicht „notwendig“ i.S.v. § Art. 23 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 BayNatSchG, wenn Alternativlösungen im Hinblick auf den Standort oder die Ausführung bestehen, die keinen unzumutbaren Aufwand erfordern. Dabei ist auch die Standortgebundenheit der gesetzlich geschützten Biotope zu berücksichtigen (Gellermann, a.a.O., § 67 BNatSchG Rn. 13 m.w.N.; Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle/Egner/Meißerschmidt, Naturschutzrecht in Bayern, Stand April 2015, Art. 23 Rn. 36; vgl. auch: BayVGH, B.v. 31.1.2008 – 15 ZB 07.825 – NVwZ 2008, 918).

Der Antragsgegner begründet die Zulassung der Ausnahme (in Ziffer 1.7 des Änderungsbescheids vom \*\* August 2015 und in Ziffer 4.4 des Bescheids vom \*\*\* Juni 2014) im Kern damit, dass die Wasserkraftanlage einen „nicht unerheblichen“ Beitrag zur Gewinnung regenerativer Energien im Landkreis leisten könne, da etwa 1.000 Haushalte damit mit Strom versorgt werden könnten. Der Anteil erneuerbarer Energieträger an der Stromversorgung des Landkreises könne durch die neue Anlage um 0,6 % gesteigert werden, das daraus resultierende CO<sub>2</sub>-Einsparpotential betrage rund 1.850 t CO<sub>2</sub>/a. Für ein einzelnes Projekt seien dies nicht zu unterschätzende Werte. Da die ungenutzten Ressourcen bei Windkraft und Bioenergie im Landkreis gering seien, müsse vor allem die Wasserkraft verstärkt genutzt werden.

Eine hinreichend begründete Prüfung von Standortalternativen ist diesen Ausführungen – und auch sonst dem Akteninhalt – nicht zu entnehmen. Die Bescheidsbegründung beschränkt sich insoweit auf die bloße Feststellung: „Zumutbare Alternativen (siehe oben z.B. Windkraft), die den mit dem Projekt verfolgten Zweck

an anderer Stelle oder mit geringeren Beeinträchtigungen erreichen, sind nicht gegeben“. Die Notwendigkeit des konkreten Vorhabens am konkreten Standort wird hierdurch nicht belegt: In dem der Ausnahmezulassung zu Grunde liegenden „Integrierten Klimaschutzkonzept für den Landkreis Berchtesgadener Land“ (Blatt 387 ff. der Behördenakte) selbst wird davon ausgegangen, dass sich das ungenutzte Potenzial der Wasserkraft, das auf 83 bis 113 GWh/a beziffert wird, einerseits aus dem Ausbau bereits vorhandener Wasserkraftwerke und andererseits der Reaktivierung stillgelegter Anlagen zusammensetze. Wörtlich heißt es darin: „Für den Neubau von Wasserkraftanlagen besteht aus Gründen des Natur- und Umweltschutzes sowie des Tourismus aktuell lediglich ein technisches Potenzial für eine Anlage an der Salzach.“ Das Klimaschutzkonzept des Landkreises widerspricht damit eher der Notwendigkeit des Vorhabens i.S.v. § Art. 23 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 BayNatSchG, als dass es sie begründen könnte. Zudem weist das Klimaschutzkonzept – zutreffend – darauf hin, dass es gerade aus Gründen des Naturschutzes geboten ist, zunächst vorhandene Standorte von Wasserkraftanlagen zu reaktivieren und auszubauen. Solche Standorte erscheinen auch an der \*\*\*\*\* Ache keineswegs ausgeschlossen zu sein: Der Beigeladene zu 1. hat mit seinem Schriftsatz vom 18. Dezember 2014 (Blatt 865 ff. Behördenakte) dem Antragsgegner eine Stellungnahme des Gewässerbeauftragten des örtlichen Fischereiverbands vorgelegt. Hieraus ergibt sich, dass entlang der \*\*\*\*\* Ache (mindestens) vier kleinere Wasserkraftwerke bestehen, die sich – nach Aktenlage eingeschätzt – sowohl in energetischer als auch in ökologischer Hinsicht nicht in einem optimalen Zustand befinden dürften. Auch wenn die beiden Standorte im Oberlauf der \*\*\*\*\* Ache wohl nicht über ein dem Vorhabensstandort vergleichbares energetisches Potenzial verfügen, wird etwa durch den bestehenden Wasserkraftstandort bei \*\*\*\*\* durchaus konkret die Frage möglicher Alternativstandorte aufgeworfen. Vertiefte Untersuchungen hierzu liegen jedoch nicht vor. Dies entspräche im Übrigen auch dem bayernweiten Hand-

lungsprogramm der Bayerischen Staatsregierung: In einem aktuell veröffentlichten Papier („Bayerisches Energieprogramm für eine sichere, bezahlbare und umweltverträgliche Energieversorgung“ vom 20. Oktober 2015, abrufbar unter: [www.stmwi.bayern.de](http://www.stmwi.bayern.de)) findet sich – wie bei vergleichbaren Verlautbarungen in der Vergangenheit – erneut die Aussage: „Bei der Wasserkraftnutzung setzen wir vor allem auf die Modernisierung und den Ausbau bestehender Wasserkraftanlagen sowie auf einen umweltverträglichen Ausbau an bestehenden Querbauwerken.“ Zu berücksichtigen ist im Übrigen: Beim gesetzlichen Biotopschutz nach § 30 Abs. 1 und 2 BNatSchG handelt es sich nicht um einen eher allgemein gefassten Verbotstatbestand für ein großflächig gefasstes Schutzgebiet (wie beispielsweise oftmals bei Landschaftsschutzgebieten), sondern geht es um konkret und relativ kleinräumig abgegrenzte Teile des Naturhaushalts. Ferner handelt es sich unabhängig von der Frage des Biotopschutzes bei dem konkreten Standort am sog. \*\*\*\*\* nach den nachvollziehbaren Stellungnahmen des fachlichen Naturschutzes trotz der bestehenden Bundesstraße immer noch um einen regional besonders bedeutsamen, durch den relativ unberührten Wildbachcharakter der \*\*\*\*\* Ache geprägten Lebensraum. Auch vor diesem Hintergrund erschließt sich dem Gericht die Notwendigkeit des konkreten Vorhabens am konkreten Standort i.S.v. § Art. 23 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 BayNatSchG nicht. Vielmehr erscheint es „vernünftigerweise geboten“, vorrangig konsequent all diejenigen Wasserkraftpotenziale zu realisieren, welche Natur und Umwelt kaum, jedenfalls aber deutlich weniger, als es am konkreten Vorhabensstandort der Fall ist, beeinträchtigen.

- (b) Darüber hinaus erscheint es auch äußerst fraglich, ob der Antragsgegner zutreffend von einem Überwiegen des öffentlichen Interesses i.S.v. § Art. 23 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 BayNatSchG gegenüber den Belangen des Naturschutzes ausgegangen ist.

Im Tatbestandsmerkmal „überwiegend“ kommt ein „Bilanzierungsgedanke“ (BVerwG, B.v. 20.2.2002 – 4 B 12/02 - juris) zum Ausdruck. Die Gründe des öffentlichen Interesses müssen im Einzelfall so gewichtig sein, dass sie sich in einem Abwägungsprozess gegenüber den Belangen des gesetzlichen Biotopschutzes durchsetzen. Es genügt nicht, dass das in Folge der Ausnahmezulassung verwirklichte Vorhaben dem Gemeinwohl nur irgendwie nützlich oder dienlich ist. Denn der Gesetzgeber misst dem Schutz der als besonders erhaltenswert und darum schutzwürdig eingestuften Biotopie erkennbar hohe Bedeutung bei. Das schlägt sich in dem strengen Schutzregime nieder, das über die Eingriffsregelung weit hinausreicht und nur zu Gunsten öffentlicher Interessen überwunden werden kann, die den von § 30 BNatSchG geschützten Belangen im Rang vorgehen (vgl. insgesamt hierzu: Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle/Egner/Meßerschmidt, Naturschutzrecht in Bayern, Stand April 2015, Art. 30 BNatSchG Rn. 37; Gellermann, a.a.O., § 67 BNatSchG Rn. 12 m.w.N.).

Soweit der Antragsgegner in der Begründung des Bescheids vom 7. August 2015 darauf abgestellt, dass die mit dem Vorhaben verbundene Herstellung der Durchgängigkeit in einem Teilbereich der \*\*\*\*\* Ache eine Verbesserung gegenüber dem Ist-Zustand darstelle und es so zu einer schnelleren Umsetzung der entsprechenden gesetzlichen Vorgaben komme, begegnet diese Erwägung – schon im Hinblick auf die gebotene Ermessensfehlerfreiheit der Entscheidung nach Art. 23 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 BayNatSchG – erheblichen rechtlichen Bedenken: Eine Wiederherstellung der Durchgängigkeit der \*\*\*\*\* Ache könnte – wie bei der obersten Wildbachsperre im Vorhabensbereich geplant – mit erheblich geringeren Eingriffen als bei der Neuerrichtung einer Wasserkraftanlage allein durch den Umbau der Wildbachsperren in Sohlrampen erfolgen. Die Tatsache, dass – aus welchen Gründen auch immer – auf absehbare Zeit nicht zu er-



warten ist, dass die Wasserwirtschaftsverwaltung des Antragsgegners diese wohl in Folge der Wasserrechtsrahmenrichtlinie gebotene Maßnahme bei den vorhandenen Wildbachsperrern im Vorhabensbereich selbst durchführt, kann kein Argument für die Beantwortung der Frage darstellen, ob im konkreten Einzelfall das öffentliche Interesse an der Gewinnung regenerativer Energie – und nicht etwa das Interesse an der Entlastung des Antragsgegners von eigenen Verpflichtungen – den gesetzlichen Biotopschutz überwiegt.

Im Übrigen ist hinsichtlich der Abwägung zu berücksichtigen: Allein das u.a. im Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (EEG) zum Ausdruck kommende gesetzgeberische und letztlich auch gesamtgesellschaftliche Ziel, den Anteil des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms in den nächsten Jahren und Jahrzehnten kontinuierlich zu erhöhen, begründet noch kein „Überwiegen“ der Gründe des öffentlichen Interesses (vgl. NdsOVG, U.v. 22.11.2012 – 12 LB 64/11 – BeckRS 2012, 60507). Zwar soll eine prognostizierte Versorgung von rund 1.000 Haushalten mit grundlastfähiger regenerativer Energie in absoluter Hinsicht nicht gering geschätzt werden. Relativ betrachtet trägt das geplante Vorhaben indes zu dem im „Integrierten Klimaschutzkonzept“ des Landkreises angenommenen ungenutzten Wasserkraftpotential – seine prognostizierte Leistung von 3,5 bis 4 GWh/a als zutreffend unterstellt, vgl. aber nachfolgend (c) – allerdings (nur) rund 4 % bei. Bei einer landkreisübergreifenden relativen Betrachtung fällt der Anteil des Vorhabens an den Ressourcen regenerativer Energiegewinnung noch ungünstiger aus. So zählen zwar etwa 94% der Wasserkraftanlagen in Bayern zu den Kleinwasserkraftanlagen mit einer Ausbauleistung < 1000 kW. Sie erzeugen mit ca. 1.160 GWh aber nur gut 9% des Wasserkraftstroms in Bayern (Quelle: <http://www.lfu.bayern.de/wasser/wasserkraft/anlagenstatistik/index.htm>), d.h. den Hauptanteil der Stromerzeugung aus Wasserkraft erbringen diejenigen Anlagen mit einer Ausbauleistung von mindestens 1.000 kW. Berücksichtigt man ferner,

dass es sich bei den Biotopen im Bereich von Fließgewässern i.S.v. § 30 BNatSchG um relativ kleine und eng abgegrenzte Teilflächen von besonderer ökologischer Wertigkeit handelt, die nur an wenigen potenziell geeigneten Standorten für Wasserkraftanlagen deren Zulassung entgegenstehen können, vermag der mit dem Vorhaben verbundene Nutzen den gesetzlich bezweckten Schutz aller Voraussicht nach nicht zu überwiegen i.S.v. Art. 23 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 BayNatSchG.

- (c) Im Übrigen weist die Kammer auf Folgendes hin: Selbst wenn man hinsichtlich der vorgenannten Fragen unter rechtlichen Gesichtspunkten ein gegenteiliges Abwägungsergebnis vertreten sollte, erscheint offen, ob eine Ausnahme zugelassen werden könnte: Als notwendig aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses kann sich eine Wasserkraftanlage eines privaten Vorhabensträgers nämlich nur dann erweisen, wenn die prognostizierte Leistung – die Grundlage des Abwägungsvorgangs ist – und ihre Wirtschaftlichkeit für die Dauer der ausgesprochenen Genehmigungen hinreichend gesichert erscheint. Besteht hingegen die begründete Gefahr, dass die Leistungsdaten auf unsicherer Tatsachengrundlage getroffen wurden oder sich eine Wasserkraftanlage auf absehbare Zeit als unwirtschaftlich erweist, ein privater Vorhabensträger dadurch möglicherweise in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät und letztlich ggf. sogar die öffentliche Hand den Betrieb und/oder Rückbau übernehmen muss, dürften nicht reversible Umwelteingriffe wie durch das vorliegende Vorhaben nicht ausnahmsweise zugelassen werden.

Zwar ist grundsätzlich zu vermuten, dass ein privater Vorhabensträger aus eigenem finanziellem Interesse heraus die Wirtschaftlichkeit seines Vorhabens kritisch überprüft. Der Beigeladene zu 1. hat zusammen mit seinen im Dezember 2014 erhobenen Einwendungen aber auch eine Stellungnahme vorgelegt (Blatt

908 ff. der Behördenakte), wonach die Wasserkraftanlage lediglich eine Leistung von rund 400 kW (statt seitens des Antragsgegners angenommener 767 kW) erziele. Bei realistischer Betrachtung des tatsächlichen Gewässerabflusses sei die Anlage „völlig unwirtschaftlich“. Zu dieser Stellungnahme, deren fachliche Plausibilität seitens des Gerichts – zumal im vorliegenden Eilverfahren – nicht überprüft, aber auch nicht ohne weiteres abgelehnt werden kann, hat der Antragsgegner lediglich innerhalb eines Bearbeitungstages eine telefonische Auskunft des Wasserwirtschaftsamts eingeholt, die eine substantiierte Überprüfung der Stellungnahme im Einzelnen nicht erkennen lässt. In einem weiteren Einwendungsschriftsatz des Beigeladenen zu 1. vom 19. Januar 2015 (Blatt 917 ff. der Behördenakte) wurde auch die Grundlastfähigkeit der Anlage im Hinblick auf die zur Verfügung stehenden Abflussmengen in Frage gestellt. Spätestens in einem Hauptsacheverfahren müsste den hierdurch aufgeworfenen Fragen, dann ggf. auch unter Einholung eines Sachverständigengutachtens zur langfristigen Wirtschaftlichkeit der Wasserkraftanlage und zu der Prognose, dass durch sie dauerhaft etwa 1.000 Haushalte mit Strom versorgt werden können, vertieft nachgegangen werden.

- (3) Zusätzliche Aspekte bedürften ggf. noch der weiteren Aufklärung in den anhängigen Hauptsacheverfahren:

Auf die insbesondere seitens des Beigeladenen zu 2. thematisierten fischökologischen und fischereifachlichen Aspekte (einschließlich der Restwassermenge) kann und braucht im vorliegenden Eilverfahren nicht mehr weiter eingegangen zu werden. Hinzuweisen ist insoweit jedoch bereits darauf, dass die Fachberatung für Fischerei des Bezirks Oberbayern, deren fachlichen Stellungnahmen im Genehmigungsverfahren ein besonderes Gewicht zukommt (vgl. BayVGH, B.v. 24.11.2011 – 8 ZB 11.594 – juris Rn. 11 m.w.N.), in ihrer abschließenden Stel-

lungnahme vom 7. April 2015 (Blatt 1004 der Behördenakte) keine grundsätzlichen Bedenken gegen das Vorhaben angemeldet hat.

Auch die seitens des Beigeladenen zu 1. in der Klagebegründung des Hauptsacheverfahrens weiter thematisierten Aspekte der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung und des Artenschutzes müssten ggf. im Hauptsacheverfahren überprüft werden. Nach einer ersten, lediglich überschlägigen Bewertung nach Aktenlage dürfte aus derzeitiger Sicht aber eher nicht davon auszugehen sein, dass sich hieraus im Ergebnis durchgreifende Versagungsgründe für das Vorhaben der Antragstellerin ergeben. Insbesondere ist hinsichtlich der artenschutzrechtlichen Fragen auf die Einschätzung der unteren Naturschutzbehörde des Antragsgegners vom 24. Juli 2015 (Blatt 1012 der Behördenakte) hinzuweisen, die insoweit als Fazit festhält, dass bei dem geplanten Vorhaben nicht nur „auf Grund der Rechtslage, sondern auch aus fachlicher Sicht [...] der Biotopschutz gewichtiger zu sehen ist als der Artenschutz“. Im Übrigen wird auch in der Stellungnahme des Gewässerbeauftragten des örtlichen Fischereiverbands vom 16. Dezember 2014 (Blatt 867/876 der Behördenakte) davon gesprochen, dass die Wasseramsel „nur vereinzelt“ im Bereich der \*\*\*\*\* Ache vorkomme.

Vertiefter weiterer Prüfung in den anhängigen Hauptsacheverfahren bedarf in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ggf. ferner, ob dem Vorhaben möglicherweise (auch) das Verschlechterungsverbot des § 27 Abs. 1 WHG (i.V.m. der Oberflächengewässerverordnung) im Hinblick auf den ökologischen Zustand der \*\*\*\*\* Ache entgegensteht. Durch eine aktuelle Entscheidung des EuGH (U.v. 1.7.2015 – C-461/13 – NVwZ 2015, 1041) wurde geklärt, dass – vorbehaltlich der Gewährung einer Ausnahme – die Genehmigung eines Vorhabens zu versagen ist, wenn es eine Verschlechterung des Oberflächenwasserkörpers verursachen kann oder wenn es die Erreichung eines guten Zustands eines Oberflächenge-

wässers bzw. eines guten ökologischen Potenzials und eines guten chemischen Zustands eines Oberflächengewässers gefährdet. Eine Verschlechterung des Zustands liegt danach vor, sobald sich der Zustand mindestens einer Qualitätskomponente im Sinne des Anhangs V der Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2000 um eine Klasse verschlechtert, auch wenn diese Verschlechterung nicht zu einer Verschlechterung der Einstufung des Oberflächenwasserkörpers insgesamt führt.

Der ökologische Zustand der \*\*\*\*\* Ache wird nach den dem Gericht aus allgemeinen Quellen zur Verfügung stehenden Daten wohl für den derzeitigen und den künftigen Bewirtschaftungszeitraum zusammenfassend als „gut“ bewertet. Als möglicherweise betroffene und vertieft im Einzelnen auf eine Verschlechterung im Sinne dieser Rechtsprechung durch das Vorhaben zu prüfende Qualitätskomponenten für die Einstufung des ökologischen Zustands der \*\*\*\*\* Ache nach Ziffer 1.1.1 des Anhangs V der Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2000 kommen wohl insbesondere die Zusammensetzung, Abundanz und Altersstruktur der Fischfauna, der Abfluss und die Abflussdynamik, die Durchgängigkeit des Flusses und die Struktur und das Substrat des Flussbetts in Betracht. Hierzu fehlt bislang nach Aktenlage jede Überprüfung seitens des Antragsgegners.

- c) Dass die oben (unter (1) und (2)) genannten Gründe, die aller Voraussicht nach zur Begründetheit jedenfalls der Klage des Beigeladenen zu 1. führen werden, letztlich auch Belange des Umweltschutzes berühren, die zu den Zielen gehören, die der Beigeladene zu 1. nach seiner Satzung fördert, erscheint nicht ernstlich zweifelhaft.

Der Antrag war mithin mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 VwGO abzulehnen. Nachdem die Beigeladenen keine eigenen Anträge stellten und sich mithin nicht nach § 154 Abs. 3 VwGO einem Kostenrisiko aussetzten, entspricht die Erstattung ihrer außergerichtlichen Kosten nicht der Billigkeit (§ 162 Abs. 3 VwGO).

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 GKG und orientiert sich wegen der materiell inmitten stehenden Verbandsklage an Ziffern 1.2, 1.5 und 34.4 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (NVwZ-Beilage 2013, 57).

### **Rechtsmittelbelehrung:**

1. Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten die **Beschwerde** an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zu. Die Beschwerde ist innerhalb von **zwei Wochen** nach Bekanntgabe des Beschlusses beim **Bayerischen Verwaltungsgericht München**,

**Hausanschrift: Bayerstraße 30, 80335 München, oder**  
**Postanschrift: Postfach 20 05 43, 80005 München**

schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen. Die Frist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim **Bayerischen Verwaltungsgerichtshof**,

**Hausanschrift in München: Ludwigstraße 23, 80539 München, oder**  
**Postanschrift in München: Postfach 34 01 48, 80098 München,**  
**Hausanschrift in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach**

eingeht.

**Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen.** Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, beim **Bayerischen Verwaltungsgerichtshof** einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

**Die Beschwerde ist nicht gegeben in Streitigkeiten über Kosten, Gebühren und Auslagen, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes EUR 200,- nicht übersteigt.**

Der Beschwerdeschrift eines Beteiligten sollen Abschriften für die übrigen Beteiligten beigefügt werden.

Vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Rechtslehrern mit Befähigung zum Richteramt die in § 67 Abs. 4 Sätze 4 und 7 VwGO sowie in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen und Organisationen.

2. Gegen die **Festsetzung des Streitwerts** (Nummer III des Beschlusses) steht den Beteiligten die **Beschwerde** an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zu, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes EUR 200,- übersteigt oder die Beschwerde zugelassen wurde.

Die Beschwerde ist innerhalb von **sechs Monaten**, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, beim **Bayerischen Verwaltungsgericht München**

**Hausanschrift: Bayerstraße 30, 80335 München, oder**  
**Postanschrift: Postfach 20 05 43, 80005 München**

schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen.

Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, kann die Beschwerde auch noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.

Der Beschwerdeschrift sollen vier Abschriften beigefügt werden.

Für die Beschwerde gegen den Streitwert besteht kein Vertretungszwang.

\*\*\* \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*