

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Fachpresse: ja

Wasser- und Deichrecht

Rechtsquelle/n:

WHG	§ 8 Abs. 1, § 12 Abs. 1, § 27 Abs. 2 Nr. 1, § 31
UmwRG	§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 7 Abs. 5 Satz 1
AEUV	Art. 258, 260
FFH-RL	Art. 3 Abs. 3, Art. 4 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 3, Art. 6 Abs. 3, Art. 10 Unterabs. 2

Titelzeile:

Bindungswirkung des EuGH-Urteils in der Rechtssache Moorburg

Stichworte:

Kohlekraftwerk; Durchlaufkühlung; Kreislaufkühlung; Fischechuanlage; Fischeaufstiegsanlage; wasserrechtliche Erlaubnis; Verschlechterungsverbot; Ausnahmeprüfung; Habitatrecht; Vertragsverletzungsverfahren; Feststellungsurteil; Bindungswirkung; Auslegung; Fehlerheilung; ergänzendes Verfahren; FFH-Verträglichkeitsprüfung; Schutzgebiet; Beeinträchtigung; Langdistanzwanderfisch; Wanderkorridor; Durchgängigkeit; Schadensminderungsmaßnahme; Ausgleichsmaßnahme; Kohärenzmaßnahme; Vorbelastung; Kumulationsbetrachtung; Summationsbetrachtung.

Leitsatz:

Eine Fischeaufstiegsanlage kann eine im Rahmen der Prüfung des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL zu berücksichtigende Schadensminderungsmaßnahme sein.

Urteil des 7. Senats vom 29. Mai 2018 - BVerwG 7 C 18.17

I. OVG Hamburg vom 18. Januar 2013  
Az: OVG 5 E 11/08







# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **IM NAMEN DES VOLKES**

### **URTEIL**

BVerwG 7 C 18.17 (7 C 7.16, 7 C 6.13)  
OVG 5 E 11/08

Verkündet  
am 29. Mai 2018

...  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 29. Mai 2018  
durch den  
Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Korbmacher  
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Brandt, Dr. Schemmer,  
Böhmman und Dr. Löffelbein

für Recht erkannt:

Das Urteil des Hamburgischen Obergerichts vom 18. Januar 2013 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 14. April 2013 wird aufgehoben, soweit es der Klage stattgegeben hat. Die Sache wird insoweit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Obergericht zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten bleibt der Schlussscheidung vorbehalten.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger, eine nach § 3 UmwRG anerkannte Umweltschutzvereinigung, wendet sich gegen eine der Beigeladenen erteilte wasserrechtliche Erlaubnis für die Entnahme und Wiedereinleitung von Elbwasser zum Zweck der Durchlaufkühlung des an der Süderelbe errichteten Kohlekraftwerks Moorburg.
  
- 2 Auf der Grundlage einer einheitlichen Umweltverträglichkeitsprüfung erteilte die Beklagte der Beigeladenen mit Bescheiden vom 30. September 2008 eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Errichtung und den Betrieb des Kraftwerks sowie eine wasserrechtliche Erlaubnis zur Entnahme und Wiedereinleitung von Kühlwasser. Im Anschluss an ein schiedsgerichtliches Verfahren wurde die wasserrechtliche Erlaubnis mit Bescheid vom 4. Oktober 2010 - überwiegend zugunsten der Beigeladenen - geändert und neu gefasst. Als Schadensminderungsmaßnahme ist neben einer elektrischen Fischescheuchanlage am Entnahmebauwerk eine neue Fischaufstiegsanlage am Nordufer der Elbe beim Wehr Geesthacht vorgesehen, die die bestehende Fischaufstiegsanlage am Südufer ergänzen soll. Damit soll verhindert werden, dass eine Vielzahl von stromauf in der Mittel- und der Oberelbe gelegenen FFH-Gebieten, zu deren Erhaltungszielen jeweils eine Population von Langdistanzwanderfischen bzw. anadromen Rundmäulern (Lachs bzw. Meer- und Flussneunauge) zählen, beeinträchtigt werden. Zur Sicherung der Wirksamkeit der Fischaufstiegsanlage ist ein dreiphasiges Monitoring angeordnet. Das Monitoring in der Phase 1 dient der Ermittlung des Fischaufstiegs über die Fischaufstiegsanlage Süd als Grundlage für die nachfolgenden Monitoring-Phasen. Das Monitoring in der Phase 2 dient der Funktionskontrolle der Fischaufstiegsanlage Nord; es ist unterteilt in ein einjähriges Monitoring vor der ersten Kühlwasserentnahme und ein weiteres einjähriges Monitoring ab Beginn der ersten Kühlwasserentnahme zur Verifizierung der Ergebnisse aus der vorangegangenen Teilphase. Das Monitoring in der Phase 3 dient schließlich dem Nachweis der Wirksamkeit der Fischaufstiegsanlage Nord als Schadensminderungsmaßnahme während des bestimm-

nungsgemäßen Betriebs des Kraftwerks. Am Ende der auf zwei Jahre angelegten ersten von drei Teilphasen muss der geforderte Nachweis durch einen Sachverständigen erfolgen. Falls dieser Nachweis nicht erbracht wird, behält sich die Beklagte die weitere Einschränkung der Kühlwasserentnahme vor. Mit Änderungsbescheid vom 21. Januar 2011 erlaubte die Beklagte für die Errichtung eines Hybrid-Kühlturms alternativ zur bereits genehmigten Wasserentnahme die Entnahme von Oberflächenwasser im Umfang von maximal 1 m<sup>3</sup>/s für die Betriebsart Kreislaufkühlung sowie die Einleitung von Abflutwasser jeweils unabhängig von den Wasserverhältnissen in der Süderelbe.

- 3 Der Kläger hat die gegen die ursprüngliche wasserrechtliche Erlaubnis erhobene Klage auf die nachfolgenden Änderungen erstreckt und zu deren Begründung Verstöße gegen Vorschriften des Wasserrechts und des naturschutzrechtlichen Habitat- und Artenschutzes geltend gemacht.
- 4 Mit Urteil vom 18. Januar 2013 hat das Oberverwaltungsgericht die wasserrechtliche Erlaubnis aufgehoben, soweit der Beigeladenen die Entnahme und Wiedereinleitung von Elbwasser zum Zweck der Durchlaufkühlung erlaubt wird, und die Klage im Übrigen - bezogen auf die Gewässerbenutzung für andere Zwecke - abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die Klage sei jedenfalls aus unionsrechtlichen Gründen zulässig. Sie sei auch zum überwiegenden Teil begründet. Die auf das Naturschutzrecht bezogenen Rügen führten allerdings nicht zum Erfolg der Klage. Mit seinen Einwendungen zu erheblichen Beeinträchtigungen von Erhaltungszielen der unterhalb des Wehres Geesthacht gelegenen Natura 2000-Schutzgebiete sei der Kläger präkludiert. In Bezug auf die oberhalb des Wehres gelegenen Schutzgebiete dringe er mit seinen Einwendungen in der Sache nicht durch. Durch den Bau und Betrieb der neuen Fischaufstiegsanlage würden erhebliche Beeinträchtigungen dieser Gebiete vermieden. Ein Verstoß gegen das artenschutzrechtliche Zugriffsverbot in Bezug auf den Nordseeschnäpel, das Fluss- und das Meerneunauge könne dahinstehen. Denn die Erlaubnis sei jedenfalls in Bezug auf die Entnahme und Wiedereinleitung von Kühlwasser zum Zweck der Durchlaufkühlung mit dem Verschlechterungsverbot nach § 27 Abs. 2 Nr. 1 WHG nicht vereinbar. Das als unmittelbar geltendes Recht zu beachtende Verschlechterungsverbot verbiete

die substantielle Verschlechterung der Qualität der betroffenen Oberflächenwasserkörper über eine Relevanzschwelle hinaus. Auf einen Wechsel in eine schlechtere Zustandsklasse komme es nicht an. Vielmehr seien die Auswirkungen der Gewässerbenutzung auf die Qualitätskomponenten entscheidend. Hier komme es jedenfalls zu Beeinträchtigungen der chemisch-physikalischen Qualitätskomponenten wegen einer Verringerung des Sauerstoffgehalts. Die Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Verschlechterungsverbot nach § 31 Abs. 2 Satz 1 WHG lägen nicht vor; insbesondere sei der Betrieb eines Hybrid-Kühlturms zum Zwecke der Kreislaufkühlung eine geeignete Alternativmaßnahme.

- 5 Die Beklagte und die Beigeladene haben die vom Oberverwaltungsgericht zugelassene Revision eingelegt. Das Revisionsverfahren ist zunächst mit Blick auf das Vorabentscheidungsersuchen des erkennenden Senats an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) zur Auslegung der Wasserrahmenrichtlinie (Urteil vom 1. Juli 2015 - C-461/13 [ECLI:EU:C:2015:433], BUND <Weser>) sowie angesichts des Vertragsverletzungsverfahrens u.a. zu der Frage der Unionsrechtskonformität der Präklusionsregelungen (Urteil vom 15. Oktober 2015 - C-137/14 [ECLI:EU:C:2015:683], Kommission/Deutschland -) und danach wegen des das streitgegenständliche Vorhaben betreffende Vertragsverletzungsverfahrens (C-142/16) ruhend gestellt worden.
  
- 6 Nach erneuter Wiederaufnahme des Verfahrens im Anschluss an das Urteil des EuGH vom 26. April 2017 - C-142/16 [ECLI:EU:C:2017:301], Kommission/Deutschland - verweist die Beklagte zur Frage der Bundesrechtswidrigkeit der entscheidungstragenden wasserrechtlichen Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts auf die Klärung der einschlägigen rechtlichen Maßstäbe durch den EuGH im Verfahren C-461/13 und den erkennenden Senat (Urteil vom 9. Februar 2017 - 7 A 2.15 - BVerwGE 158, 1). Das angegriffene Urteil sei auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis richtig. Dies gelte ungeachtet der Feststellungen des EuGH im Verfahren C-142/16 zu den Verstößen gegen das Habitatrecht. Denn insoweit komme nach Neuregelung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes eine Heilung des Fehlers und folglich die Feststellung der

Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit der angefochtenen wasserrechtlichen Erlaubnis, soweit noch Gegenstand des Revisionsverfahrens, in Betracht.

- 7 Die Beigeladene nimmt wegen eines Verstoßes gegen § 27 WHG auf das Urteil des Senats vom 9. Februar 2017 - 7 A 2.15 - (BVerwGE 158, 1) Bezug und macht darüber hinaus geltend: Auch aus habitatrechtlichen Gründen liege ein Fall der Ergebnisrichtigkeit aus anderen Gründen (§ 144 Abs. 4 VwGO) nicht vor. Die habitatrechtliche Bewertung durch das Oberverwaltungsgericht sei ungeachtet des Urteils des EuGH im Verfahren C-142/16 weiterhin zutreffend. Dieses Urteil stehe der Einstufung der Fischaufstiegsanlage Nord als Schadensminderungsmaßnahme nicht entgegen. Bereits die dem vorausliegende Prämisse der FFH-Verträglichkeitsprüfung, die der EuGH letztlich ungeprüft zugrunde lege, sei unzutreffend. Die Wirkungen der Durchlaufkühlung seien nämlich nicht geeignet, weit entfernt liegende FFH-Gebiete zu beeinträchtigen. Es liege weder eine unmittelbare Fernwirkung etwa durch Immissionen oder die Veränderung des Wasserhaushalts in den Schutzgebieten noch eine mittelbare Fernwirkung im Sinne einer Abriegelungs- und Barrierewirkung vor. Unabdingbare Austauschbeziehungen zwischen Schutzgebieten würden nicht unterbrochen. Der Zugang geschützter Arten zu den Gebieten sei nicht behindert. Die Tötung einzelner Exemplare außerhalb des Schutzgebiets habe - auch abgesehen vom Fehlen einer eindeutigen Zuordnung - keine Beeinträchtigung dieser Gebiete zur Folge. Diese Bewertung folge auch aus der Sonderregelung für migrationsrelevante Landschaftselemente in Art. 10 und aus Art. 4 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 3 FFH-RL. Des Weiteren habe der EuGH keine bindenden Feststellungen zum fehlenden Nachweis der Wirksamkeit der Schadensminderungsmaßnahme getroffen. Denn das Urteil beziehe sich nur auf die wasserrechtliche Erlaubnis vom 30. September 2008. Die nunmehr maßgebliche wasserrechtliche Erlaubnis in der Fassung vom 4. Oktober 2010 genüge demgegenüber den Anforderungen des EuGH, weil neue Erkenntnisse berücksichtigt worden seien. Aber auch bei einer unterstellten habitatrechtlichen Rechtswidrigkeit der wasserrechtlichen Erlaubnis vom 4. Oktober 2010 komme deren gerichtliche Aufhebung nach der Neufassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und der darin geregelten Heilungsmöglichkeit nicht in Betracht.

8 Die Beklagte und die Beigeladene beantragen jeweils,

unter Abänderung des Urteils des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts vom 18. Januar 2013 die Klage insgesamt abzuweisen,

hilfsweise,

das Urteil des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts vom 18. Januar 2013 insoweit zu ändern, als damit die von der Beklagten erteilte wasserrechtliche Erlaubnis vom 30. September 2008, in der Fassung vom 4. Oktober 2010 mit der Änderung vom 21. Januar 2011, für die Entnahme und Wiedereinleitung von Elbwasser zum Zweck der Durchlaufkühlung des Kraftwerks aufgehoben wird, und die Sache insoweit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen,

weiter hilfsweise,

unter Abänderung des Urteils des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts vom 18. Januar 2013 festzustellen, dass die von der Beklagten erteilte wasserrechtliche Erlaubnis vom 30. September 2008, in der Fassung vom 4. Oktober 2010 mit der Änderung vom 21. Januar 2011, insoweit rechtswidrig und nicht vollziehbar ist, als die Entnahme und Wiedereinleitung von Elbwasser zum Zweck der Durchlaufkühlung des Kraftwerks erlaubt wird.

9 Der Kläger beantragt,

die Revisionen zurückzuweisen.

10 Er trägt nunmehr vor: Mit dem Urteil des EuGH im Verfahren C-142/16 stehe bindend fest, dass die Revisionen ungeachtet ihrer Angriffe auf die entscheidungstragenden Begründungselemente des angefochtenen Urteils wegen anderweitiger Ergebnisrichtigkeit zurückzuweisen seien.

II

- 11 Die zulässigen Revisionen sind begründet. Das angefochtene Urteil beruht in seinen entscheidungstragenden Ausführungen zum wasserrechtlichen Verschlechterungsverbot auf einer Verletzung von Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Das Urteil erweist sich auch nicht gemäß § 144 Abs. 4 VwGO aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig. Dies gilt nicht nur mit Blick auf die wasserrechtlichen und artenschutzrechtlichen Fragestellungen, sondern auch ungeachtet der Feststellungen im Urteil des EuGH vom 26. April 2017 - C-142/16 - zu der habitatrechtlichen Rechtswidrigkeit der angefochtenen Erlaubnis. Eine abschließende Sachentscheidung kann der Senat mangels erforderlicher Tatsachenfeststellungen nicht treffen. Dies gebietet die Zurückverweisung der Sache (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO).
- 12 1. a) Zu Recht ist das Oberverwaltungsgericht in eine Sachprüfung eingetreten. Die Klage ist zulässig. Der Kläger ist insbesondere klagebefugt. Für die revisionsgerichtliche Überprüfung ist insoweit die - für die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts noch nicht einschlägige - Neuregelung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes durch das Gesetz zur Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer umweltrechtlicher Vorschriften vom 21. Januar 2013 (BGBl. I S. 95) maßgeblich, die im Anschluss an das Urteil des EuGH vom 12. Mai 2011 - C-115/09 [ECLI:EU:C:2011:289], BUND <Trianel> - Rn. 37 ff.; BT-Drs. 17/10957 S. 11, 15 f.) bei der Verbandsklage eine Beschränkung der Rügebefugnis auf individualschützende Normen des Umweltrechts (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UmwRG a.F.) nicht mehr kennt.
- 13 b) Die Feststellung, die angefochtene Erlaubnis verstoße gegen das wasserrechtliche Verschlechterungsverbot, verletzt Bundesrecht.
- 14 Das Oberverwaltungsgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass das Verschlechterungsverbot nach § 27 Abs. 2 Nr. 1 des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG) nicht lediglich eine Zielvorgabe für die Bewirtschaftungsplanung darstellt, sondern bei Erteilung einer wasserrechtlichen Erlaubnis nach § 8 Abs. 1

WHG im Rahmen des § 12 Abs. 1 WHG strikt beachtet werden muss (EuGH, Urteil vom 1. Juli 2015 - C-461/13 - Rn. 51; BVerwG, Urteil vom 9. Februar 2017 - 7 A 2.15 - BVerwGE 158, 1 Rn. 478). Das Oberverwaltungsgericht hat aber im Weiteren einen unzutreffenden rechtlichen Maßstab zugrunde gelegt, indem es eine negative Veränderung, auch in Bezug auf unterstützende Qualitätskomponenten (QK), über eine Relevanzschwelle hinaus für maßgeblich erachtet. In der Rechtsprechung des Senats ist geklärt, dass bei der Prüfung des Verschlechterungsverbots den hydromorphologischen, chemischen und allgemein chemisch-physikalischen QK nur unterstützende Bedeutung beizumessen ist. Veränderungen dieser Komponenten sind nur daraufhin zu prüfen, ob sie zu einer Verschlechterung einer biologischen QK führen. Eine negative Veränderung von unterstützenden QK, auch solchen in der niedrigsten Klassenstufe, reicht daher entgegen der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts für die Annahme einer Verschlechterung nicht aus (BVerwG, Urteil vom 9. Februar 2017 - 7 A 2.15 - BVerwGE 158, 1 Rn. 497 ff.).

- 15 Auf die Rügen, die sich auf die Ausnahmeprüfung nach § 31 WHG beziehen, kommt es nicht mehr an. Auch die wasserrechtliche Ausnahmeprüfung setzt - in gleicher Weise wie die habitatrechtliche Abweichungsprüfung nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL, § 34 Abs. 4 BNatSchG in Bezug auf eine erhebliche Beeinträchtigung eines besonderen Schutzgebiets - nämlich voraus, dass zunächst die Verschlechterung bezogen auf die Oberflächenwasserkörper zutreffend erfasst und bewertet wird.
- 16 2. Der Senat kann nicht feststellen, dass der Entscheidungsausspruch des Oberverwaltungsgerichts sich aus anderen Gründen als richtig erweist (§ 144 Abs. 4 VwGO).
- 17 Was die wasserrechtlichen Fragen betrifft, fehlt es sowohl in Bezug auf das Verschlechterungsverbot als auch hinsichtlich des Verbesserungsgebots an den erforderlichen Tatsachenfeststellungen bezogen auf die der Prüfung richtigerweise zugrunde zu legenden rechtlichen Maßstäbe. Zur Frage einer Verletzung des artenschutzrechtlichen Zugriffsverbots nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG hat das Oberverwaltungsgericht, das diese Frage ausdrücklich offen

gelassen hat, ebenso wenig hinreichende Feststellungen getroffen, die gegebenenfalls die Aufhebung der angefochtenen Erlaubnis stützen könnten.

- 18 Die Ergebnisrichtigkeit folgt auch nicht aus dem Urteil des EuGH vom 26. April 2017 - C-142/16. Die Feststellung des EuGH zur habitatrechtlichen Rechtswidrigkeit der wasserrechtlichen Erlaubnis ist für den Senat verbindlich (a). Sie trägt allerdings nicht deren Teil-Aufhebung, wie vom Oberverwaltungsgericht entschieden (b).
- 19 a) Der EuGH hat entschieden, dass "die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 92/43/EWG ... (FFH-RL) ... verstoßen (hat), dass sie bei der Genehmigung der Errichtung des Kohlekraftwerks Moorburg bei Hamburg (Deutschland) keine korrekte und vollständige Verträglichkeitsprüfung durchgeführt hat", und die Klage im Übrigen abgewiesen.
- 20 Den Inhalt dieses Feststellungstenors hat der Senat seiner Entscheidungsfindung zugrunde zu legen.
- 21 Nach Art. 260 Abs. 1 AEUV hat ein Mitgliedstaat die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus einem Urteil des Gerichtshofs ergeben, wenn dieser feststellt, dass er gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen hat. Diese Pflicht trifft alle Staatsgewalten. So hat die Beklagte dem Urteil bereits insoweit Rechnung getragen, als sie mit Bescheid vom 1. Juni 2017 die sofortige Vollziehbarkeit der wasserrechtlichen Erlaubnis hinsichtlich der Betriebsart Durchlaufkühlung aufgehoben hat mit der Folge, dass das Kraftwerk Moorburg derzeit nur mit Kreislaufkühlung betrieben werden darf.
- 22 aa) Entgegen der Auffassung der Beigeladenen erweist sich das Urteil des EuGH für den vorliegenden Rechtsstreit nicht als unbeachtlich. Die Bindungswirkung bestimmt sich nach dem Umfang der Rechtskraft des Urteils. Die festgestellte Vertragsverletzung wird durch den Tenor des Urteils bezeichnet, der wiederum im Lichte der Entscheidungsgründe zu verstehen ist (EuGH, Urteil vom 22. Oktober 2013 - C-95/12 [ECLI:EU:C:2013:676], Kommission/Deutsch-

land - Rn. 37, 40). Die Rechtskraft der Entscheidung erstreckt sich dabei auf diejenigen Tatsachen- und Rechtsfragen, die tatsächlich oder notwendigerweise Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung waren (EuGH, Urteil vom 29. Juni 2010 - C-526/08 [ECLI:EU:C:2010:379], Kommission/Luxemburg - Rn. 27). Hierzu ist insbesondere die Klageschrift heranzuziehen, der auch die Aufgabe zukommt, den Streitgegenstand des Verfahrens klar und eindeutig zu umschreiben. Nach Art. 120 Buchst. c der Verfahrensordnung des EuGH muss die Klageschrift den Streitgegenstand, die geltend gemachten Klagegründe und Argumente sowie eine kurze Darstellung der Klagegründe enthalten. Diese Angaben müssen so klar und deutlich sein, dass sie dem Beklagten die Vorbereitung seines Verteidigungsvorbringens und dem Gerichtshof die Wahrnehmung seiner Kontrollaufgabe ermöglichen. Folglich müssen sich die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Umstände, auf die eine Klage gestützt wird, zusammenhängend und verständlich unmittelbar aus der Klageschrift ergeben, und die Anträge der Klageschrift müssen eindeutig formuliert sein, damit der Gerichtshof nicht ultra petita entscheidet oder eine Rüge übergeht (EuGH, Urteil vom 19. September 2017- C-552/15 [ECLI:EU:C:2017:698], Kommission/Irland - Rn. 38).

- 23 bb) Hiernach macht die Beigeladene zu Unrecht geltend, der EuGH habe nicht über die hier streitgegenständliche Erlaubnis in der Fassung vom 4. Oktober 2010 - die nachfolgende Änderung vom 21. Januar 2011 bezieht sich allein auf die Kreislaufkühlung -, sondern über die Erlaubnis in der Ursprungsfassung vom 30. September 2008 entschieden. Der Gerichtshof spricht in seiner Entscheidung zwar jeweils nur von der "Genehmigung vom 30. September 2008". Dies ist vor dem Hintergrund der Klageschrift der Kommission und der dort beigefügten Anlagen aber jeweils nur als Kurzbezeichnung für die "Genehmigung vom 30. September 2008 in der Fassung vom 4. Oktober 2010" zu verstehen. Denn in der Klageschrift erwähnt die Kommission die erfolgte Neufassung der wasserrechtlichen Erlaubnis im Anschluss an das schiedsgerichtliche Verfahren (Rn. 9), betont sodann ausdrücklich, dass im Folgenden mit der "Erlaubnis" immer die wasserrechtliche Erlaubnis in der Fassung vom 4. Oktober 2010 gemeint sei (Rn. 10), und legt dem Gerichtshof allein diese Neufassung als Anlage vor (Anlagenverzeichnis Nr. A-2). Die Annahme, der EuGH habe über eine

längst überholte Erlaubnis entschieden, liegt folglich völlig fern. Dies gilt ungeachtet dessen, dass der EuGH hinsichtlich des Zeitpunkts der Erlaubniserteilung auf den 30. September 2008 abstellt. Denn das erklärt sich daraus, dass die Umweltverträglichkeitsprüfung nach dem Erlass der ursprünglichen Erlaubnis nicht überarbeitet worden ist (siehe EuGH, Urteil vom 26. April 2017 - C-142/16 - Rn. 37 f.).

- 24 Ohne Erfolg wendet die Beigeladene hiergegen ein, die Umweltverträglichkeitsprüfung sei vor Erlass der Neufassung der Erlaubnis einer Neubewertung unterzogen worden.
- 25 Mit dem Einwand, bei Erlass der Erlaubnis vom 4. Oktober 2010 hätten die erforderlichen endgültigen Erkenntnisse zur Wirksamkeit der Fischaufstiegsanlage Nord vorgelegen, kann die Bindungswirkung des Urteils des EuGH vom 26. April 2017 - C-142/16 - aber bereits deswegen nicht in Zweifel gezogen werden, weil er in der Sache nicht zutrifft. Allein mit der Errichtung der Fischaufstiegsanlage Nord und deren Inbetriebnahme am 1. August 2010 war deren Wirksamkeit noch nicht nachgewiesen; denn dies erforderte ein Monitoring nach Maßgabe der entsprechenden Nebenbestimmung der wasserrechtlichen Erlaubnis, das aufgrund der vorgesehenen Dauer im Oktober 2010 noch nicht abgeschlossen war. Des Weiteren sehen die Nebenbestimmungen zum Nachweis des Erfolgs der Schadensminderungsmaßnahme eine weitere Monitoringphase vor, die die Inbetriebnahme der Kühlwasserentnahme gerade voraussetzt.
- 26 Des Weiteren fehlt es an jeglichem nachvollziehbaren Beleg für die Behauptung der Beigeladenen, die Auswirkungen des Pumpspeicherkraftwerks seien bei der FFH-rechtlichen worst-case-Betrachtung in die Nebenbestimmungen eingeflossen. Die Umweltverträglichkeitsprüfung erwähnt das Pumpspeicherkraftwerk zwar im Zusammenhang mit der Bewertung der Wirksamkeit der Schadensminderungsmaßnahmen. Hier sei zu berücksichtigen, inwieweit die erzielte Verbesserung der Aufstiegsmöglichkeiten durch nachfolgende Hindernisse oder Beeinträchtigungen, etwa durch das Pumpspeicherkraftwerk, wieder gemindert oder zunichte gemacht werden könnte (S. 134 f.). Solche Minderungen der Wirk-

samkeit der Fischaufstiegsanlage sollen im Monitoring erfasst werden (S. 137 f.). In den Nebenbestimmungen der wasserrechtlichen Erlaubnis finden sich jedoch keine entsprechenden Vorgaben.

- 27 cc) Fehl geht auch der Einwand der Beigeladenen, der EuGH habe seinen Erwägungen die im Verwaltungsverfahren vorgelegte FFH-Verträglichkeitsprüfung letztlich ungeprüft "als Prämisse" mit der Folge zugrunde gelegt, dass die Tragfähigkeit der maßgeblichen Annahmen im vorliegenden Verfahren zu hinterfragen und im Ergebnis zu verneinen sei. Das Urteil des EuGH vom 26. April 2017 - C-142/16 - könne folglich keine Bindungswirkung beanspruchen. Damit verkennt die Beigeladene, dass der EuGH allein über die FFH-Verträglichkeitsprüfung entschieden hat - und auch nur darüber zu entscheiden hatte -, die der Erteilung der wasserrechtlichen Erlaubnis auch tatsächlich zugrunde lag. Nur aufgrund dieser Untersuchung kann festgestellt werden, ob die behördliche Zulassung des Vorhabens den Vorgaben des Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie entsprochen hat.
- 28 dd) Schließlich zieht die Beigeladene die Zulässigkeit der von der Kommission erhobenen Klage ohne Erfolg in Zweifel. Sie weist zwar zutreffend darauf hin, dass der Gegenstand einer Vertragsverletzungsklage im Wesentlichen bereits im Vorverfahren durch das Mahnschreiben und abschließend durch die mit Gründen versehene Stellungnahme festgelegt wird und durch die nachfolgende Klage nicht erweitert oder geändert werden darf (EuGH, Urteile vom 7. April 2011 - C-20/09 [ECLI:EU:C:2011:214], Kommission/Portugal - Rn. 19 f.; vom 22. September 2016 - C-525/14 [ECLI:EU:C:2016:714], Kommission/Tschechische Republik - Rn. 17; vom 17. April 2018 - C-441/17 [ECLI:EU:C:2018:255], Kommission/Polen - Rn. 65 f.). Über die Frage der Zulässigkeit einer Klage nach Art. 258 AEUV und folglich die Reichweite der Sachprüfung hat aber - auf Einrede des Beklagten oder von Amts wegen (EuGH, Urteil vom 14. Januar 2010 - C-343/08 [ECLI:EU:C:2010:14], Kommission/Tschechische Republik - Rn. 25) - allein der Gerichtshof zu befinden. Wenn er die Klage als zulässig erachtet und eine Sachentscheidung trifft, kann dies im Rahmen der Prüfung der Bindungswirkung des Urteils nicht infrage gestellt werden.

- 29 b) Der demnach für den Senat bindend festgestellte Verstoß gegen das Habitatrecht hat nicht die Ergebnisrichtigkeit des angegriffenen Urteils zur Folge. Denn der Senat kann mangels entsprechender Tatsachenfeststellungen nicht davon ausgehen, dass dieser Verstoß die Aufhebung der wasserrechtlichen Erlaubnis rechtfertigt.
- 30 aa) Nach § 7 Abs. 5 Satz 1 UmwRG i.d.F. des Gesetzes zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben vom 29. Mai 2017 (BGBl. I S. 1298), der nach der Überleitungsvorschrift des § 8 Abs. 1 Satz 1 UmwRG n.F. auch auf die revisionsgerichtliche Überprüfung des angegriffenen Urteils Anwendung findet, führt die Verletzung materieller Rechtsvorschriften nur dann zur Aufhebung einer behördlichen Entscheidung u.a. nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UmwRG n.F., wenn sie nicht durch Entscheidungsergänzung oder ein ergänzendes Verfahren behoben werden kann.
- 31 Diese Vorschrift ist in Anlehnung an die den Grundsatz der Planerhaltung im Planfeststellungsrecht ausformende Bestimmung des § 75 Abs. 1a Satz 2 VwVfG ins Gesetz eingefügt worden (BT-Drs. 18/9526 S. 44 f.). Sie regelt die Rechtsfolgen eines festgestellten Rechtsverstoßes abweichend von § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Kann ein Rechtsfehler dadurch behoben werden, dass der ansonsten unveränderte Bescheid um weitere Regelungen ergänzt wird, ergeht ein Verpflichtungsurteil, gerichtet auf die erforderliche Ergänzung, die vor allem Schutzauflagen betrifft. Steht hingegen - wie hier - aufgrund des Fehlers der Fortbestand der Erlaubnis als solcher in Frage, kann ein ergänzendes - wiederaufgreifendes - Verfahren dazu dienen, den Fehler zu beseitigen; in diesem Fall stellt das Gericht die Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit der Erlaubnis fest und weist die Klage im Übrigen - bezogen auf das in erster Linie verfolgte Aufhebungsbegehren - ab. Wegen der Rechtskraftwirkung des Urteils sind die der Erlaubnis anhaftenden Fehler auf der Grundlage einer umfassenden rechtlichen Prüfung abschließend zu benennen (siehe BVerwG, Beschlüsse vom 20. März 2018 - 9 B 43.16 - juris Rn. 65 und vom 28. Juli 2014 - 7 B 22.13 - UPR 2015, 34 Rn. 5 f., 9 f., jeweils m.w.N.).

- 32 Die Regelung begegnet insbesondere in Bezug auf die Fehlerheilung durch ein ergänzendes Verfahren keinen unionsrechtlichen Bedenken. Die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle der angefochtenen Zulassungsentscheidungen wird nicht erschwert. Denn mit der Rechtswidrigkeitsfeststellung wird effektiver Rechtsschutz in gleicher Weise wie bei einer gerichtlichen Aufhebung der Erlaubnis gewährt; das Vorhaben kann nach der gerichtlichen Entscheidung bis zur Heilung des Fehlers nicht verwirklicht bzw. - wie hier - in der beanstandeten Weise betrieben werden. Es ist unschädlich, dass die Vorschrift keine Vorgaben für das Verfahren der Fehlerheilung enthält. Das ist entbehrlich, weil das ergänzende Verfahren Teil des ursprünglichen Verfahrens ist und folglich die hierfür geltenden fachrechtlichen Bestimmungen einschlägig sind; nach deren Maßgabe richtet sich insbesondere eine erneute Öffentlichkeitsbeteiligung. Schließlich steht einer nachträglichen Heilung das Erfordernis nicht entgegen, dass die Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL vor der Genehmigung des Vorhabens durchzuführen ist; nachfolgende Prüfungen sind danach grundsätzlich unbeachtlich (EuGH, Urteil vom 24. November 2011 - C-404/09 [ECLI:EU:C:2011:768], Kommission/Spanien - Rn. 99, 104). Wie bei Fehlern einer vorher durchzuführenden Umweltverträglichkeitsprüfung, ist eine Behebung des Mangels in einem nach Abschluss des Rechtsstreits stattfindenden ergänzenden Verfahren aber dann nicht ausgeschlossen, wenn dadurch nicht die Möglichkeit eröffnet wird, das Unionsrecht zu umgehen oder nicht anzuwenden, und wenn die nachträgliche Legalisierung die Ausnahme bleibt (vgl. EuGH, Urteile vom 3. Juli 2008 - C-215/06 [ECLI:EU:C:2008:380], Kommission/Irland - Rn. 57 und vom 28. Februar 2018 - C-117/17 [ECLI:EU:C:2018:129], Comune di Castelbellino - Rn. 30). Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Die Beachtung des Unionsrechts ist, wie bereits oben ausgeführt, durch die Rechtswidrigkeitsfeststellung gewährleistet. Die Bestimmungen des § 34 Abs. 2 und 3 BNatSchG über die Verträglichkeitsprüfung als Teil der Zulassungsentscheidung stellen sicher, dass die nachträgliche Fehlerheilung auf Ausnahmesituationen beschränkt bleibt. (vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Dezember 2011 - 9 A 31.10 - BVerwGE 141, 282 Rn. 36).
- 33 bb) Der Anwendungsbereich des § 7 Abs. 5 Satz 1 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes (UmwRG) n.F. ist eröffnet.

- 34 Die wasserrechtliche Erlaubnis wird von § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UmwRG erfasst. Die Erlaubnis nach § 8 WHG ist mit einem Vorhaben nach Art. 10 in Verbindung mit Anhang I, Nr. 1.1 der Richtlinie 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 über Industrieemissionen (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung) - IED-RL - (ABl. L 334 S. 17) verbunden. Bei den vom EuGH festgestellten Verstößen gegen Art. 6 Abs. 3 FFH-RL handelt es sich nicht um Verfahrensfehler, sondern um materiell-rechtliche Fehler im Sinne von § 7 Abs. 5 Satz 1 UmwRG n.F. (vgl. BVerwG, Urteil vom 28. November 2017 - 7 A 17.12 - juris Rn. 28 ff., 33).
- 35 cc) Die festgestellten habitatrechtlichen Fehler sind in einem ergänzenden Verfahren behebbar. Die Erteilung einer gegebenenfalls modifizierten wasserrechtlichen Erlaubnis für die Betriebsart der Durchlaufkühlung ist nicht aus Rechtsgründen ausgeschlossen. Einer FFH-Verträglichkeitsprüfung, nach der auch die Durchlaufkühlung zulässig ist, stehen die vom EuGH aufgestellten Anforderungen nicht von vornherein entgegen.
- 36 (1) Dies folgt entgegen der Auffassung der Beigeladenen nicht bereits daraus, dass bei einer zutreffenden rechtlichen Einordnung der tatsächlichen Verhältnisse für die Annahme einer Beeinträchtigung der stromauf gelegenen FFH-Gebiete durch die Auswirkungen der Kühlwasserentnahme kein Raum bliebe. Die der Erlaubnis zugrunde liegende FFH-Verträglichkeitsprüfung setzt insoweit nicht auf einer unzutreffenden Prämisse auf.
- 37 Die Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 3 FFH-RL wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass sich das Projekt, dessen Umweltfolgenabschätzung beanstandet wird, nicht in den betroffenen FFH-Gebieten, sondern in erheblicher Entfernung hiervon befindet (EuGH, Urteile vom 26. April 2017 - C-142/16, Kommission/Deutschland - Rn. 29 und vom 10. Januar 2006 - C-98/03 [ECLI:EU:C:2006:3], Kommission/Deutschland - Rn. 39 ff.). Sind bestimmte Arten als geschützte Bestandteile eines solchen FFH-Gebiets betroffen, kann ein rechtlich beachtlicher Kausalzusammenhang gegeben sein, wenn für diese Arten die Erreichbarkeit des Gebiets etwa durch eine Einwirkung auf Flugrouten oder Wanderkorridore

gestört wird (BVerwG, Urteil vom 14. April 2010 - 9 A 5.08 - BVerwGE 136, 291 Rn. 33 und Beschluss vom 23. Januar 2015 - 7 VR 6.14 - UPR 2015, 226 Rn. 16); eine vollständige Barrierewirkung ist aber nicht vorausgesetzt. Es liegt auf der Hand, dass Fischarten, die darauf angewiesen sind, regelmäßig zwischen Meer und Süßwasser hin und her zu ziehen (diadrome Fischarten), durch Vorhaben, die die Durchgängigkeit eines Flusses zum Meer bzw. den flussaufwärts gelegenen notwendigen Lebensräumen beeinträchtigen, mangels Ausweichmöglichkeiten in stärkerer Weise betroffen sind als etwa Vögel oder Fledermäuse durch in aller Regel punktuelle Hindernisse auf ihren Flugrouten. Da der Fluss zudem die einzige Wanderstrecke darstellt, liegt es ebenso auf der Hand, dass alle FFH-Gebiete, die flussaufwärts liegen und dem Schutz dieser Fischarten dienen, in die Betrachtung einzubeziehen sind, auch wenn sie sich unter Umständen in mehreren hundert Kilometern Entfernung befinden. Inwiefern in dieser Situation von einer erheblichen Beeinträchtigung der Erhaltungsziele ausgegangen werden kann und in welcher Weise tatsächlichen Unsicherheiten Rechnung zu tragen ist, ist vorrangig eine naturschutzfachliche Frage.

- 38 Dieser Bewertung stehen weder Art. 4 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 3 noch Art. 10 FFH-RL entgegen.
- 39 Art. 4 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 3 FFH-RL macht lediglich Vorgaben für die Ausweisung von Schutzgebieten für im Wasser lebende Tierarten, die große Lebensräume beanspruchen, und fordert einen klar abgrenzbaren Raum, der die für das Leben und die Fortpflanzung dieser Arten ausschlaggebenden physischen und biologischen Elemente aufweist. Er verhält sich aber nicht dazu, unter welchen Voraussetzungen die Wahrung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands der betreffenden Tierarten durch die Verwirklichung von Vorhaben außerhalb des Gebiets beeinträchtigt werden kann.
- 40 Auch Art. 10 FFH-RL, der gemeinsam mit Art. 3 Abs. 3 FFH-RL den Vernetzungsgedanken für die Errichtung eines kohärenten Netzwerks Natura 2000 aufgreift, verdrängt insoweit das Schutzregime des Art. 6 FFH-RL nicht. Nach den genannten Bestimmungen bemühen sich die Mitgliedstaaten um den Erhalt und die Pflege von Landschaftselementen, die von ausschlaggebender Bedeu-

tung für wildlebende Tiere und Pflanzen sind, insbesondere wenn sie dies für die Verbesserung der ökologischen Kohärenz von Natura 2000 erforderlich halten. Bei den Landschaftselementen handelt es sich insbesondere auch um Flüsse, die aufgrund ihrer linearen fortlaufenden Struktur für die Wanderung, die geographische Verbreitung und den genetischen Austausch wildlebender Arten wesentlich sind (Art. 10 Unterabs. 2 FFH-RL). In Bezug auf migrationsrelevante Landschaftsbestandteile, die als solche gerade nicht Teil des Netzes Natura 2000 sind und somit nicht dem besonderen Schutzregime des Art. 6 FFH-RL unterliegen, gilt demnach eine allgemeine Förderpflicht. Sie eröffnet dem Mitgliedstaat grundsätzlich ein weites Ermessen bei der Entscheidung über und der Ausgestaltung von Fördermaßnahmen, das sich in besonderen Konstellationen - gegebenenfalls im Zusammenspiel mit dem Verschlechterungsverbot nach Art. 6 Abs. 2 FFH-RL - zu einer Handlungspflicht verdichten kann (Schumacher/Schumacher, NuR 2013, 377 <384 f.>). Daraus folgt jedoch nicht, dass Art. 10 FFH-RL sich als abschließende Spezialregelung für die rechtliche Bewertung und Bewältigung von Maßnahmen in diesen Landschaftsbestandteilen versteht. Die Landschaftselemente haben eine unterstützende Funktion, indem sie der Verbesserung der ökologischen Kohärenz des Netzes Natura 2000 dienen. Diesem Regelungsziel liefe es zuwider, wenn Maßnahmen in den migrationsrelevanten Landschaftsbestandteilen entgegen den allgemeinen Grundsätzen von vornherein vom Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL ausgenommen wären.

- 41 (2) Hiervon ausgehend begegnet der rechtliche Ausgangspunkt in der der angefochtenen Erlaubnis zugrunde liegenden FFH-Verträglichkeitsprüfung - die Fischaufstiegsanlage Nord als im Rahmen von Art. 6 Abs. 3 FFH-RL zu berücksichtigende Schadensminderungsmaßnahme - entgegen der Auffassung der Kommission im Vertragsverletzungsverfahren und der vom erkennenden Senat im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes (Beschluss vom 16. September 2014 - 7 VR 1.14 - Buchholz 406.254 UmwRG Nr. 14 Rn. 18) geäußerten Vorbehalte keinen Bedenken. Diese Feststellung erfordert entgegen der Auffassung des Klägers keine Vorlage an den EuGH; denn dessen Rechtsprechung lässt keinerlei Raum für vernünftige Zweifel an der richtigen Auslegung des Unionsrechts (vgl. EuGH, Urteile vom 6. Oktober 1982 - C-283/81

[ECLI:EU:C:1982:335], CILFIT u.a. - Rn. 21 und vom 9. September 2015 - C-160/14 [ECLI:EU:C:2015:565], Ferreira da Silva u.a. - Rn. 38 ff.).

- 42 Nach der Rechtsprechung des EuGH muss das in Art. 6 Abs. 3 Satz 2 FFH-RL vorgesehene Genehmigungskriterium die Verwirklichung des Schutzes der Gebiete unter Beachtung des Vorsorgegrundsatzes wirksam gewährleisten. Die zuständige Behörde hat bei ihrer Prüfung daher die in das Projekt aufgenommenen Schutzmaßnahmen zu berücksichtigen, mit denen die etwaigen unmittelbar verursachten schädlichen Auswirkungen auf das Gebiet verhindert oder verringert werden sollen, um dafür zu sorgen, dass das Gebiet als solches nicht beeinträchtigt wird. Dagegen dürfen in einem Projekt vorgesehene Schutzmaßnahmen, mit denen dessen schädliche Auswirkungen auf ein Natura 2000-Gebiet lediglich ausgeglichen werden sollen, im Rahmen der Prüfung der Verträglichkeit des Projekts nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL nicht berücksichtigt werden (EuGH, Urteile vom 15. Mai 2014 - C-521/12 [ECLI:EU:C:2014:330], Briels u.a. - Rn. 28 ff. und vom 21. Juli 2016 - C-387/15 und C/388/15 [ECLI:EU:C:2016:583], Orleans u.a. - Rn. 48 ff.).
- 43 Nach diesem rechtlichen Maßstab stellt die Einbeziehung der positiven Wirkung der Fischaufstiegsanlage in die Bewertung, ob die Tötung aufsteigender laichbereiter Wanderfische und Rundmäuler einerseits, ins Meer abwandernder juveniler Exemplare andererseits, zu einer Beeinträchtigung der Erhaltungsziele in stromauf gelegenen FFH-Gebieten führt, keine im Rahmen des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL unzulässige Saldierung von Beeinträchtigungen und Verbesserungen dar. Das belegt der Vergleich mit den Urteilen des EuGH in den Rechtssachen Briels und Orleans. Dort standen Fallkonstellationen zur Entscheidung, in denen das Vorhaben Flächen von maßgeblichen Gebietsbestandteilen in Anspruch genommen hat; die Schaffung von Ersatzflächen hat der EuGH nicht als Schadensminderungsmaßnahme anerkannt. An einer solchen unmittelbaren Schädigung und Beeinträchtigung der Integrität des FFH-Gebiets fehlt es hier jedoch. Denn die Tötung einzelner Exemplare einer für das FFH-Gebiet maßgeblichen Art auf ihrer Wanderstrecke zum Schutzgebiet stellt zunächst lediglich eine potentielle Beeinträchtigung der Erhaltungsziele dieses Gebiets dar, die sich gerade nicht aktualisiert, wenn die Anzahl der Exemplare, die das

Schutzgebiet erreichen, durch ergänzende (Schutz-)Maßnahmen wie die Fischaufstiegsanlage zumindest stabil gehalten wird. Die Ausführungen des EuGH im Urteil vom 26. April 2017 - C-142/16 - sind nicht geeignet, diese Einschätzung in Zweifel zu ziehen. Der EuGH hat zwar die Fischaufstiegsanlage nicht ausdrücklich in Auseinandersetzung mit dem Klagevorbringen als mögliche Schadensminderungsmaßnahme anerkannt; er hat vielmehr tragend auf den mangelnden Nachweis ihrer Wirksamkeit abgestellt. Er ist aber ersichtlich nicht davon ausgegangen, dass - wie von der Kommission vorgetragen - die vorangegangenen Urteile zur Abgrenzung von Schadensminderungs- und Ausgleichs- bzw. Kohärenzmaßnahmen eine Entscheidung im verneinenden Sinne zwingend vorgeben. Die Ausführungen in den Randnummern 35 f. des Urteils legen demgegenüber das Verständnis nahe, der EuGH habe die grundsätzliche Einigung der Fischaufstiegsanlage als Schadensminderungsmaßnahme nicht infrage stellen wollen. Davon geht mittlerweile - soweit ersichtlich - auch die Kommission aus (siehe Guidance document on the requirements for hydro-power in relation to EU Nature legislation, 2018, S. 37).

- 44 (3) Es erscheint auch nicht als ausgeschlossen, dass eine überarbeitete FFH-Verträglichkeitsprüfung den vom EuGH aufgestellten Anforderungen an die Feststellung der FFH-Verträglichkeit eines Kraftwerks mit Durchlaufkühlung genügt.
- 45 Einer Fehlerheilung im ergänzenden Verfahren stehen die entsprechenden Nebenbestimmungen des Planfeststellungsbeschlusses zum nachträglichen Monitoring nicht entgegen. Denn die abschließende Sachentscheidung eröffnet gerade die Möglichkeit, die angefochtene Erlaubnis zu ändern, um den habitatrechtlichen Anforderungen zu genügen.
- 46 (4) Schließlich kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die erforderlichen Feststellungen insbesondere angesichts der Unsicherheiten über die Wirksamkeit der am Entnahmebauwerk vorgesehenen Schutzmaßnahmen (Fischscheuchanlage und Fischrückführung) überhaupt nicht in der gebotenen ex-ante-Betrachtung getroffen werden könnten. Denn in einem ergänzenden Verfahren, das - wie hier - die Verträglichkeitsuntersuchung in einem wesentli-

chen Punkt ergänzt und neu bewertet, sind auch neue Erkenntnisse bezogen auf den dann maßgeblichen Entscheidungszeitpunkt heranzuziehen (BVerwG, Urteil vom 9. Februar 2017 - 7 A 2.15 - BVerwGE 158, 1 Rn. 21). Eine Verwertung der während des Betriebs des Kraftwerks mit der Durchlaufkühlung ermittelten Tatsachen ist der Behörde dabei nicht aus Rechtsgründen verwehrt. Eine Umgehung des Unionsrechts liegt darin nicht. Zum einen stellt sich aufgrund der Aufhebung der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit die Sachlage so dar, dass die Durchlaufkühlung erst im Anschluss an eine überarbeitete FFH-Verträglichkeitsprüfung wieder möglich ist. Zum anderen wird mit der Möglichkeit der Nutzung der in der Vergangenheit gewonnenen Erkenntnisse nicht etwa ein als treuwidrig zu bewertendes Verhalten prämiert, das sich bewusst über die unionsrechtlichen Vorgaben hinwegsetzt; denn der Betrieb des Kraftwerks mit der Durchlaufkühlung war durch die Entscheidung des Senats im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gedeckt.

- 47 (5) Was die vom EuGH des Weiteren beanstandete unzureichende Berücksichtigung der Auswirkungen des Pumpspeicherkraftwerks angeht, spricht ebenfalls nichts dafür, dass diese Prüfung nicht ordnungsgemäß nachgeholt werden könnte. Dabei kann dahinstehen, wie sich bei den Auswirkungen weiterer Vorhaben Vorbelastung und Kumulations- bzw. Summationsbetrachtung grundsätzlich zueinander verhalten. Denn vorliegend geht es ungeachtet der allgemein gehaltenen Formulierungen im Urteil des EuGH vom 26. April 2017 - C-142/16 - (Rn. 62) um die - bereits in der Umweltverträglichkeitsprüfung angemahnte, in der Erlaubnis jedoch nicht umgesetzte - Prüfung, ob das nur wenige Kilometer stromauf des Wehres Geesthacht ebenfalls am rechten Elbufer gelegene Pumpspeicherkraftwerk die positiven Wirkungen der neuen Fischaufstiegsanlage Nord in einem Ausmaß mindert, das deren Eignung als Schadensminderungsmaßnahme infrage stellt.

Prof. Dr. Korbmacher

Brandt

Dr. Schemmer

Böhmman

Dr. Löffelbein

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes für das Revisionsverfahren wird gemäß § 47 Abs. 1, § 52 Abs. 1 GKG auf 30 000 € festgesetzt.

Prof. Dr. Korbmacher

Brandt

Dr. Schemmer

Böhmman

Dr. Löffelbein