

Öffentliches und privates Wasserrecht

Breuer / Oexle

5. Auflage 2026
ISBN 978-3-406-80309-3
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

teilungen der oberirdischen Gewässer keine entscheidende Rolle für die wasserwirtschaftliche Benutzungsordnung spielen und deren Einheitlichkeit nicht stören. Jedenfalls verliert ein oberirdisches Gewässer seine wasserwirtschaftsrechtliche Eigenchaft nicht schon dadurch, dass sein Bett durch unterlassene Unterhaltung verschlammt oder überwuchert ist.¹⁸ In einigen Fällen bereitet jedoch die Abgrenzung, ob überhaupt (noch) ein (oberirdisches) Gewässer vorliegt, Schwierigkeiten; diesen Abgrenzungsproblemen gilt es im Folgenden nachzugehen.

I. Abgrenzung von (oberirdischen) Gewässern und Abwasseranlagen

1. Grundsätzliche Abgrenzungsprämissen

Einerseits wird die **Gewässereigenschaft nicht aufgehoben, wenn ein Bach streckenweise durch Rohre, Tunnel oder Düker geführt wird.**¹⁹ Die wasserwirtschaftliche Einheit des Baches und der Zusammenhang mit dem gesamten Wasserhaushalt bleiben hierbei erhalten, so dass nur eine einheitliche rechtliche Behandlung sachgerecht erscheint. Dies spricht dafür, auf der Gesamtstrecke des Baches nach wie vor ein oberirdisches Gewässer anzunehmen, das der wasserwirtschaftsrechtlichen Benutzungsordnung unterliegt und durch die teilweise unterirdische Führung nicht unterbrochen wird. In solchen Fällen widerspricht die gegenteilige Annahme einer eingeschobenen Wasser- oder Abwasserleitung, die als solche nicht wasser-, sondern anstaltsrechtlich behandelt werden müsste, dem faktischen Zusammenhang und der umweltmedialen Schutzbedürftigkeit „des in der Natur vorhandenen Wassers“²⁰. Ebenso wird die ein Gewässer kennzeichnende Verbindung zum natürlichen Wasserhaushalt durch eine im Durchflussprinzip betriebene Fischzuchtanlage, die die natürliche Gewässerfunktion unter Verwendung technischer Anlagen intensiv nutzt, grundsätzlich nicht unterbrochen.²¹

Andererseits gehört **Wasser oder Abwasser**, das in Leitungen oder sonstigen Behältnissen wie Schwimmbecken, Zierteichen, Feuerlöschteichen oder Pumpspeicherbecken gefasst ist **und den natürlichen Zusammenhang mit dem Wasserhaushalt verloren hat, nicht zu den Gewässern.**²² Es unterliegt nicht mehr der wasserwirtschaftsrechtlichen, sondern der jeweiligen anstaltsrechtlichen Benutzungsordnung. So erklärt es sich, dass derjenige, der Abwasser in eine Kanalisationsanlage einleitet, grundsätzlich weder eine erlaubnispflichtige Gewässerbenutzung ausübt noch der wasserrechtlichen Gefährdungshaftung nach § 89 Abs. 1 WHG unterworfen ist.²³

¹⁸ LG Aachen 6.11.1985 – 4 O 668/84, ZfW 1986, 410.

¹⁹ BVerwG 31.10.1975 – IV C 43.73, BVerwGE 49, 293 (299 f.); BVerwG 29.1.1996 – 4 B 5.96, ZfW 1997, 25 ff., dazu in der Vorinstanz OVG RhPf 26.10.1995 – 1 A 13441/94, ZfW 1997, 44 ff.; BVerwG 15.6.2005 – 9 C 8.04, NVwZ-RR 2005, 739 (740); BVerwG 27.1.2011 – 7 C 3.10, NVwZ 2011, 696 (697); NdsOVG 25.3.1982 – 3 OVG A 26/80, NuR 1982, 267; Czychowski/Reinhardt WHG § 3 Rn. 4; SZDK/Knopp WHG § 2 Rn. 11, 16; Jeromin/Kerkmann WG RhPf § 1 Rn. 20 ff.

²⁰ So die Definition des Wasserhaushalts und somit des Anwendungsbereichs des Wasserhaushaltungsrechts in BVerfGE 15, 1 (15); wie hier mit näheren Konkretisierungen und Differenzierungen SZDK/Knopp WHG § 2 Rn. 16 ff.

²¹ BVerwG 15.6.2005 – 9 C 8.04, NVwZ-RR 2005, 739 (740 f.); OVG NRW 12.11.2005 – 9 A 4168/03, NVwZ-RR 2006, 639 (640).

²² Insoweit unbestr.; PrOVG OVGE 78, 317; BGH DÖV 1966, 209 (210 a. E.); OVG Hamburg 6.2.1989 – Bf VI 63/87, NuR 1990, 130 f. bezüglich eines verrohrten Straßengrabens; HessVGH 14.2.1989 – 7 TH 2335/88, ZfW 1990, 286 (287 ff.) nimmt die Gewässereigenschaft auch für ein künstliches, mit Grundwasser gespeistes Gerinne an, bei dem das verwendete Wasser zirkuliert; kritisch hierzu: Bickel ZfW 1990, 291 ff.; ferner Czychowski/Reinhardt WHG § 2 Rn. 7 f., § 3 Rn. 25 ff.; SZDK/Knopp WHG § 2 Rn. 20; LR/Faßbender WHG § 3 Rn. 11.

²³ → Rn. 240.

234 Zweifel hinsichtlich der Gewässereigenschaft und der anwendbaren Benutzungsordnung sind aufgetaucht, wo Gemeinden im Zuge ihrer städtebaulichen Erweiterung **vorgefundene Wasserläufe faktisch in die Ortskanalisation einbezogen** haben. In der Anfangszeit des Industrialisierungs- und Verstädterungsprozesses nahm die Rechtsprechung²⁴ ziemlich unbesorgt an, dass der Wasserlauf durch die faktische Umgestaltungsmaßnahme der Gemeinde, zumindest bei entsprechender Deklaration zur Entwässerungsanlage durch eine gemeindliche Satzung, auch de iure zum Bestandteil der Ortskanalisation geworden sei. Nur auf dieser Grundlage konnte die Anwendung des kommunalen Anstalts- und Abgabenrechts, insbesondere die Heranziehung von Einleitern zu gemeindlichen Abwasserabgaben, als rechtmäßig angesehen werden. Behielt der Wasserlauf neben seiner Kanalisations- die Vorfluterfunktion, dominierte in dieser frühen Phase die **Zwei-Naturen-Theorie**, wonach bei solchen faktischen Umgestaltungen sowohl ein Gewässer als auch eine Kanalisation vorliegen und das Wasserwirtschaftsrecht neben dem kommunalen Anstalts- und Abgabenrecht anwendbar sein sollte.²⁵ Diese These lief auf die Annahme eines kumulativen Benutzungsregimes hinaus. Die frühere Rechtsprechung²⁶ verfolgte zunächst eine restriktive Tendenz, ohne die traditionelle Grundlinie aufzugeben: Als Voraussetzung insbesondere für die Heranziehung zu gemeindlichen Abwasserabgaben wurde neben einer plamäßig herbeigeführten technischen Einheit zwischen der Ortskanalisation und dem einbezogenen Gewässer sowie einer tatsächlichen kommunalen Mehrleistung über eine bloße Gewässerunterhaltung hinaus, etwa in Gestalt der Bereitstellung der unterhalb anschließenden Kanal- und Kläranlagen, ein ordnungsgemäßes wasserrechtliches Verfahren für die Einbeziehung des Gewässers gefordert. Dabei blieb zunächst schillernd, welches wasserrechtliche Verfahren durchgeführt werden sollte. Einige Entscheidungen ließen den Eindruck aufkommen, insofern solle eine schlichte Zustimmung der Wasserbehörde oder eine (Sammel-)Erlaubnis zugunsten der Gemeinde genügen, um dem Gewässer zumindest kumulativ die Natur einer Abwasseranlage zuteilwerden zu lassen.²⁷

235 Die nachfolgende Diskussion ist dadurch ausgelöst worden, dass das OVG NRW²⁸ im Einklang mit vereinzelten früheren Stimmen²⁹ vorübergehend die Zwei-Naturen-Theorie kategorisch verworfen hat. In einem rechtsgrundsätzlich argumentierenden Urteil, das später vom BVerwG³⁰ aufgehoben worden ist, hat das OVG NRW den Standpunkt

²⁴ So PrOVGE 94, 39 (42); NdsOVG OVGE 8, 385; LVG Düsseldorf KStZ 1960, 142; von Salzwedel ZfW 1974, 279 (280 f.), als „erste Phase“ der einschlägigen Rechtsprechung bezeichnet.

²⁵ Vgl. die in der vorst. Fn. und – mit den genannten Einschränkungen – auch die in der folgenden Fn. zitierte Rechtsprechung; ferner Runderlass des nordrhein-westfälischen Ministers für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten v. 11.11.1969 – III A 4–605/1–16 102 – sowie Runderlass des nordrhein-westfälischen Innenministers v. 15.3.1973 (MBI NW S. 508); hierzu Czchowski ZfW 1974, 292 ff.; ausdrücklich offengelassen von BGH 23.10.1975 – III ZR 108/73, BGHZ 65, 221 (224); an der Zwei-Naturen-Theorie unter abgabenrechtlichen Gesichtspunkten festhaltend: Driehaus/Wagner, Kommunalabgabenrecht, § 6 Rn. 653; Driehaus/Lichtenfeld, Kommunalabgaberecht § 6 Rn. 712; vgl. im Übrigen zur fortbestehenden Relevanz der modifiziert verstandenen Zwei-Naturen-Theorie → Rn. 247 ff.

²⁶ So OVG NRW KStZ 1962, 173 (174); HessVGH ESVGH 13, 115; auch VG Gelsenkirchen, VG Freiburg – VS II 24/68, VG Düsseldorf – 5 K 1969/69, VG Arnsberg, jew. zitiert und kommentiert von Salzwedel ZfW 1974, 279 (281 ff.); „zweite Phase“ der Rechtsprechung; vgl. ferner Abt ZfW 1964, 210 ff.; Schneider ZfW 1974, 291 f.

²⁷ Vgl. hierzu Salzwedel ZfW 1974, 279 (281 ff.); auch Abt ZfW 1964, 210 (211, 215, 216).

²⁸ So OVG NRW 27.11.1972 – II A 905/69, ZfW 1974, 251; zustimmend Gäßler ZfW 1974, 203 ff., kritisch und differenzierend zu dieser „dritten Phase“ der Rechtsprechung: Salzwedel ZfW 1974, 279 ff.

²⁹ So VG Darmstadt KStZ 1961, 83; VG Kassel 19.6.1964 – II 213/64, ZfW 1964, 235; Gieseke/Wiedemann, 2. Aufl. 1971, WHG § 1 Rn. 2 a.

³⁰ BVerwG 31.10.1975 – IV C 43.73, BVerwGE 49, 293.

eingenommen, ein Gewässer könne nur entweder seinen wasserrechtlichen Status behalten oder zur ausschließlichen Abwasseranlage werden. Wegen der höherrangigen Bestimmungen des Wasserrechts könnten – vorbehaltlich der in Spezialgesetzen (zB im Emschergenossenschaftsgesetz oder im damals noch geltenden Ruhrreinhaltungsgesetz³¹) einigen wasserrechtlichen Verbänden eingeräumten besonderen Rechte – oberirdische Gewässer nicht unter Beibehaltung dieser ihrer Eigenschaft zugleich Bestandteil der gemeindlichen Kanalisation sein und damit der Satzungs- und Verfügungsgewalt der Gemeinde unterliegen. Ferner könne ein oberirdisches Gewässer nur dann seine Eigenschaft als solches verlieren und zu einem Bestandteil der Ortskanalisation werden, wenn es durch ein förmliches Planfeststellungsverfahren nach § 31 WHG aF (im gelgenden Recht: §§ 68 ff. WHG) beseitigt worden sei. Die bloße faktische Einbeziehung eines Wasserlaufs in die Ortskanalisation sei ebenso wie die Deklaration zur Abwasseranlage allein durch eine gemeindliche Satzung wegen des Verstoßes gegen das höherrangige Wasserrecht unwirksam. Diese Auffassung zieht erhebliche praktische Konsequenzen nach sich. Mit der Ablehnung des Kanalisationscharakters und der Zwei-Naturen-Theorie gilt für das dann de iure fortbestehende Gewässer ungeachtet der faktischen Verhältnisse allein das Wasserwirtschaftsrecht. Einleitungen bleiben dann der wasserbehördlichen Aufsicht unterstellt und mit der Gefährdungshaftung nach § 89 Abs. 1 WHG verbunden. Kommunales Anstalts- und Abgabenrecht kann so keine Anwendung finden. Geht man von dieser Sach- und Rechtslage aus, so können nach der Schlussfolgerung des OVG NRW insbesondere keine gemeindlichen Abwasserabgaben erhoben werden.

Das BVerwG³² ist dem wiedergegebenen Standpunkt des OVG NRW entgegengetreten. Nach der Ansicht des BVerwG ist nicht danach zu fragen, ob ein oberirdisches Gewässer „Teil“ einer gemeindlichen Abwasseranlage sein, in eine solche Anlage „einbezogen“ werden oder zu ihr „gehören“ könne. Bundesrechtlich könnte in den fraglichen Fällen nur zur Entscheidung stehen, ob ein von § 1 WHG aF (im gelgenden Recht: § 2 WHG) erfasstes oberirdisches Gewässer für die Zwecke einer Abwasseranlage (§ 60 WHG) „benutzt“ oder i. S. der §§ 67 ff. WHG „ausgebaut“ werden dürfe. Es gehe nicht um die „Einbeziehung“ eines oberirdischen Gewässers in eine Abwasseranlage oder um seine Beurteilung unter einem doppelten rechtlichen Ansatz, sondern allein um die andere Frage, ob und unter welchen bundesrechtlichen Voraussetzungen ein dem Wasserrecht unterliegendes oberirdisches Gewässer von einer solchen Anlage rechtmäßig in Anspruch genommen werden könne. Die Einleitung von Abwässern in oberirdische Gewässer sei hiernach nicht schlechthin unzulässig; sie setze aber in formeller Hinsicht die Durchführung eines Erlaubnis- oder Ausbauverfahrens und in materieller Hinsicht eine positive Sachentscheidung nach den wasserwirtschaftsrechtlichen Maßstäben (insbesondere nach den §§ 12, 32, 48, 55 ff., 67 WHG) voraus. Darin schwingt der gegen das OVG NRW gerichtete Unterton mit, die Gewässer seien nicht kategorisch „ihrer Natur nach“, sondern nur relativ durch formell- und materiellrechtliche Schranken gegen Abwassereinleitungen geschützt.

Das BVerwG hat damit nicht nur die Fragestellung des OVG NRW, sondern auch den rechtssystematischen Ansatz der Zwei-Naturen-Theorie³³ abgelehnt. Auf den ersten Blick scheint die Betrachtungsweise des BVerwG den Vorteil rechtsdogmatischer Nüchternheit und pragmatischer Flexibilität zu besitzen. Sobald man jedoch konkrete Lösungen für die beschriebenen Problemfälle sucht, zeigt sich, dass das BVerwG mit seiner

236

237

³¹ Vgl. zu diesen landesrechtlichen Sondergesetzen → Rn. 114 f.

³² BVerwG 31.10.1975 – IV C 8 bis 11.74, BVerwGE 49, 301 (304 f.); bestätigt durch BVerwG 29.1.1996 – 4 B 5.96, ZfW 1997, 25 ff. sowie durch BVerwG 28.4.2008 – 7 B 16.08, BeckRS 2008, 35446; zustimmend SZDK/Knopp WHG § 2 Rn. 21.

³³ → Rn. 234.

wiedergegebenen Judikatur versucht hat, die lästige, aber unumgängliche Ausgangsfrage nach der Rechtsnatur eines umgestalteten Wasserlaufs als Gewässer oder Abwasseranlage zu umgehen, statt sie zu beantworten.³⁴ Durch die rechtliche Qualifizierung des gefassten Wassers wird determiniert, ob das wasserwirtschaftliche oder das anstaltsrechtliche Benutzungsregime anzuwenden ist. Das kommunale Anstalts- und Abgabenrecht kann auf einen Wasserlauf nur angewandt werden, wenn er neben oder anstelle seiner Gewässereigenschaft in rechtmäßiger Weise die Eigenschaft eines Kanalisationsbestandteils erhalten hat. Umgekehrt setzt die Anwendung des Wasserwirtschaftsrechts voraus, dass überhaupt noch ein Gewässer im bundesrechtlichen Sinne des § 2 Abs. 1 WHG vorhanden ist. Die Gewässereigenschaft wird in der wiedergegebenen Urteilsbegründung vom BVerwG apodiktisch unterstellt. Sie mag auch in dem seinerzeit entschiedenen Fall von berufungsgerichtlichen Feststellungen getragen sein, darf jedoch keineswegs pauschal und generell unterstellt werden. Ein Wasserlauf kann faktisch auf unterschiedliche Weise in die gemeindliche Entwässerung einbezogen werden. Äußerstenfalls bleibt von ihm auf der betroffenen Strecke lediglich eine unterirdische Rohrleitung, deren Gestalt und Entwässerungsfunktion sich in nichts von einem „originären“ Kanal unterscheidet. Dabei ist zu beachten, dass einerseits das in Leitungen gefasste, dem natürlichen Zusammenhang mit dem Wasserhaushalt entzogene Wasser oder Abwasser nicht zu den Gewässern gehört, andererseits aber die Gewässereigenschaft nicht verlorengeht, wenn ein Bach streckenweise durch Rohre geführt wird.³⁵

238 Durch die verbliebenen Zweifel veranlasst, hat das BVerwG in jüngerer Zeit die notwendige Abgrenzung zwischen (oberirdischen) Gewässern und Kanälen präzisiert und partiell korrigiert.³⁶ In dem vorausgegangenen Urteil vom 31.10.1975³⁷ hatte der 4. Senat des BVerwG eine für die Gewässereigenschaft unschädliche unterirdische Teilstrecke nur dann für möglich gehalten, wenn diese in den Verlauf eines oberirdischen Gewässers fällt. Von einem Gewässerbett und somit von einem oberirdischen Gewässer könne hingegen – so der 4. Senat – nicht mehr die Rede sein, wenn „ein im Quellbereich noch offenes Wasser an einem bestimmten Punkt des Wasserlaufs vollständig von einer unterirdisch verlegten Rohrleitung aufgenommen und mit dieser in einem sodann geschlossenen Verlauf dem nächsten Vorfluter zugeführt wird“.

239 Davon ist der 7. Senat des BVerwG in dem Urteil vom 27.1.2011³⁸ abgewichen. Maßstab für den Verlust der Gewässereigenschaft ist hiernach letztlich die Absonderung vom natürlichen Wasserhaushalt, die sich insbesondere in der Beeinträchtigung der Gewässerfunktionen zeigt. Hierfür ist – so der 7. Senat – unbeachtlich, ob das Gewässer vor und nach der unterirdischen Wasserführung rechtlich identisch ist. Vielmehr kann die Einbindung in den natürlichen Wasserkreislauf bei einer funktionsbezogenen, an den tatsächlichen Gegebenheiten orientierten Betrachtungsweise auch dann erhalten bleiben, wenn die unterirdische Wasserführung das Wasser von einem Gewässer in das nächste leitet³⁹. Diese Wendung der Rechtsprechung ist zu begrüßen. Im entschiedenen Fall ging es um ein verrohrtes Teilstück der Alten Saale, die als Gewässer 2. Ordnung eingestuft ist. Sie ist ab der Kreuzung mit einem Altdeich bis zu ihrer Mündung in die Saale auf einer Länge von 524 m in ein Rohr gefasst. Die Rohrleitung verläuft über eine Strecke von etwa 400 m

³⁴ Ähnlich Gäßler ZfW 1976, 287; vgl. auch Breuer NJW 1976, 1622 f.

³⁵ → Rn. 232, 233.

³⁶ BVerwG 27.1.2011 – 7 C 3.10, NVwZ 2011, 696.

³⁷ BVerwG VerwRspr 1976, 780 (784).

³⁸ BVerwG 27.1.2011 – 7 C 3.10, NVwZ 2011, 696 (697).

³⁹ BVerwG 27.1.2011 – 7 C 3.10, NVwZ 2011, 696 (697); so im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit der Heranziehung eines Einleiters zu kommunalrechtlichen Abwassergebühren auch SächsOVG 2.3.2016 – 5 A 10/14, BeckRS 2016, 47594, Rn. 26; SächsOVG 11.4.2016 – 5 A 99/15, BeckRS 2016, 46620, Rn. 5.

landseitig parallel zum rechten Saale-Hauptdeich, bis sie diesen nach einem Schachtbauwerk auf der Höhe des unteren Schleusentores kreuzt. Nachdem die Schadhaftigkeit des Rohrs und die Erforderlichkeit der Instandsetzung festgestellt worden waren, wehrte sich der klagende Wasser- und Bodenverband gegen die wasserbehördliche Feststellung seiner Unterhaltungspflicht und seine Heranziehung zu den notwendigen Instandsetzungsmaßnahmen. Die Landesbehörde, das erstinstanzliche Verwaltungsgericht und das OVG Sachsen-Anhalt erkannten zu Gunsten des beklagten Landes. Die Klage des Verbandes wurde abgewiesen. Der 7. Senat des BVerwG hat – nach Zulassung der Revision – die zulässige Revision für unbegründet erachtet und zurückgewiesen. Entscheidend hierfür war die gerichtlich zuerkannte Gewässereigenschaft der verrohrten Teilstrecke mit der Folge, dass hieran die Unterhaltungspflicht des Wasser- und Bodenverbandes fortbestand.⁴⁰

2. Unterschiedliche Fallgruppen im Kontext der Stadterweiterung und der Überbauung von Bachläufen

Schwierig bleibt gleichwohl die Abgrenzung zwischen (oberirdischen) Gewässern und Abwasseranlagen sowie zwischen den unterschiedlichen Benutzungsregimen in Fällen der Stadterweiterung und der Überbauung von Bachläufen. Diese Abgrenzungsproblematik kann einer sachgerechten Lösung nur zugeführt werden, wenn man verschiedene Fallgruppen unterscheidet. Dabei müssen zwei widerstreitende Aspekte berücksichtigt werden. Einerseits darf der Geltungsbereich der wasserwirtschaftsrechtlichen Benutzungsordnung und der wasserbehördlichen Aufsicht nicht ohne Weiteres auf kaltem Wege ausgehebelt werden, indem Wasserläufe faktisch oder durch die Deklaration niederrangiger gemeindlicher Satzungen zu Bestandteilen von Abwasseranlagen umfunktioniert werden.⁴¹ Auf der anderen Seite kann die Rechtssicherheit in bedenklicher Weise gefährdet werden, wenn sich nachträglich und dem äußeren Erscheinungsbild zuwider herausstellt, dass ein Scheinkanal den rechtlichen Status eines Gewässers behalten hat. Denn dieser Befund bedeutet, dass ein Abwassereinleiter statt eines Kanals ein Gewässer benutzt, die Einleitung also der wasserrechtlichen Erlaubnispflicht, der wasserbehördlichen Aufsicht und der Gefährdungshaftung nach § 89 Abs. 1 WHG, nicht jedoch kommunalrechtlichen Benutzungs- und Abgabepflichten unterliegt.⁴²

a) Faktische Ausschließlichkeit einer Abwasseranlage

Bei der gebotenen Differenzierung sind zunächst die **Extremfälle** hervorzuheben, in denen ein vorgefundener Wasserlauf ganz oder streckenweise derart vollständig und ununterscheidbar in die Ortskanalisation einbezogen worden ist, dass er faktisch seine **Vorfluterfunktion gänzlich eingebüßt hat und ausschließlich die Funktion einer Abwasseranlage** erfüllt. In solchen Fällen existiert kein Gewässer mehr, das unter die tatbestandlichen Merkmale des § 2 Abs. 1 WHG subsumiert werden könnte. Folglich kann auf diesen Zustand die wasserwirtschaftsrechtliche Benutzungsordnung nicht mehr angewandt werden.⁴³ Insbesondere erfüllen Einleitungen in den so geschaffenen Kanal nicht den wasserrechtlichen Benutzungstatbestand des § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG. Es wäre auch

⁴⁰ BVerwG 27.1.2011 – 7 C 3.10, NVwZ 2011, 696.

⁴¹ Dies betonen: OVG NRW 27.11.1972 – II A 905/69, ZfW 1974, 251 (255 ff.); Abt ZfW 1964, 210 (211, 215, 218); Gässler ZfW 1974, 203 ff.; Salzwedel ZfW 1974, 279 (285, 286); zum Ganzen auch Breuer EurUP 2021, 386 (387 ff., 390 ff.).

⁴² Vgl. zu diesen divergierenden Rechtsfolgen Salzwedel ZfW 1974, 279 (286).

⁴³ So auch BVerwG 31.10.1975 – IV C 43.73, BVerwGE 49, 293 (300); ThürOVG 28.5.2009 – 4 EO 347/08, 2010, 60 (62); VG Augsburg 12.5.2009 – Au 1 K 09.319, juris, Rn. 30 ff.; Czuchowski ZfW 1974, 292 (294); Czuchowski FG aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des BVerwG, 1978, S. 126 f.; Breuer NJW 1976, 1622 (1623); LR/Faßbender WHG § 2 Rn. 34.

nicht sinnvoll, die Einleitungen in einen faktischen Kanal generell der Aufsicht und Disposition der Wasserbehörde zu unterstellen.

- 242** Mit dieser negativen Feststellung kann jedoch nicht darüber hinwiegelnkt werden, dass die erfolgte Beseitigung eines Gewässers einer Planfeststellung nach § 68 Abs. 1 WHG (§ 31 Abs. 2 WHG aF)⁴⁴ oder zumindest einer Plangenehmigung gemäß § 68 Abs. 2 WHG (§ 31 Abs. 3 WHG aF) bedarf.⁴⁵ Dagegen ist eine Erlaubnis oder Bewilligung (§§ 8 ff. WHG) wegen ihres benutzungsbezogenen Charakters nicht geeignet, die Beseitigung des Gewässers zu legalisieren. Wird das Erfordernis der Planfeststellung oder der ausnahmsweise ausreichenden Plangenehmigung nicht beachtet, so zieht die rechtswidrige Gewässerbeseitigung zwei Konsequenzen nach sich. Zum einen kann die Wasserbehörde grundsätzlich die renaturierende Wiederherstellung des alten Zustandes, nämlich des oberirdischen Gewässers iSd § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WHG, anordnen.⁴⁶ Zum anderen darf der rechtswidrige Kanalzustand nicht rechtlich verfestigt oder ausgenutzt werden. Somit kann die Gemeinde insbesondere keine kommunalen Abwasserabgaben für Einleitungen in das rechtswidrig geschaffene Kanalstück erheben. Insoweit verdient das OVG NRW⁴⁷ Zustimmung.⁴⁸ Hierfür spricht auch die bauplanungsrechtliche Parallele, dass Erschließungsbeiträge für rechtswidrig geschaffene Straßen und andere beitragsfähige Erschließungsanlagen, die entgegen § 125 BauGB eines Bebauungsplans entbehren, nicht erhoben werden können.⁴⁹

- 243** Für eine Remedur der misslichen Schwebelage stehen zwei alternative Wege zur Verfügung. Der eine, angesichts vollendet Tatsachen allerdings regelmäßig theoretische Weg besteht in der bereits erwähnten Wiederherstellung des Gewässers.⁵⁰ Wird sie durchgesetzt, so ist die wasserwirtschaftsrechtliche Benutzungsordnung wieder uneingeschränkt anwendbar und dem kommunalen Anstalts- und Abgabenrecht endgültig die tatsächliche Anwendungsbasis entzogen. Der andere Weg, die Nachholung der Planfeststellung oder Plangenehmigung nach § 68 WHG,⁵¹ führt in die entgegengesetzte Richtung. Die Beseiti-

⁴⁴ Insoweit übereinstimmend: BVerwG 31.10.1975 – IV C 43.73, BVerwGE 49, 293 (300); OVG NRW 27.11.1972 – II A 905/69, ZfW 1974, 251 (253, 255); NdsOVG 25.3.1982 – 3 OVG A 26/80, NuR 1982, 267; Gäßler ZfW 1974, 203 (204); Czychowski ZfW 1974, 292 f.; Breuer NJW 1976, 1622 (1623); auch Salzwedel ZfW 1974, 279 f.

⁴⁵ Ob eine Plangenehmigung ausreicht, hängt hiernach – im Gegensatz zu § 31 Abs. 1 Satz 3 WHG ursprünglicher Fassung – nicht mehr von der früheren Voraussetzung ab, dass mit Einwendungen nicht zu rechnen ist; vielmehr kommt es nach § 68 Abs. 2 Satz 1 WHG (§ 31 Abs. 3 WHG aF) auf die UVP-Pflichtigkeit des Gewässerausbau an.

⁴⁶ Vgl. zu einem rechtswidrigen Gewässerausbau BayVGH 29.10.1964 – Nr. 46 VIII 64, ZfW 1965, 40 (41); Czychowski/Reinhardt WHG § 67 Rn. 28, § 100 Rn. 2, 33.

⁴⁷ ZfW 1974, 251; → Rn. 235.

⁴⁸ So auch VG Saarlouis ZfW-Sonderheft 1980 II Nr. 35; ebenso NdsOVG ZfW-Sonderheft 1986, Nr. 198.

⁴⁹ BVerwG 21.10.1968 – IV 94.67, DVBl. 1969, 275; 18.9.1981 – 8 C 21.81, DVBl. 1982, 79; DÖV 1982, 327; 7.3.1986 – 8 C 103.84, DVBl. 1986, 771; 21.10.1994 – 8 C 2.93, DVBl. 1995, 63 (64); stRspr. Auch eine Inanspruchnahme der seit 1994 den Ländern gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG zustehenden Kompetenz für das Erschließungsbeitragsrecht könnte hieran nichts ändern, da die Akzessorietät der Erschließungsbeitragserhebung von der rechtmäßigen Erstellung einer Erschließungsanlage bereits unmittelbar bundesrechtlich durch § 125 BauGB begründet wird. Vgl. BVerwG 21.10.1994 – 8 C 2.93, DVBl. 1995, 63 (64).

⁵⁰ → Rn. 242.

⁵¹ Vgl. zur Zulässigkeit einer nachträglichen Planfeststellung BVerwG VerwRspr 23, 611; BayVGH BayVBl. 1977, 86; Czychowski/Reinhardt WHG § 68 Rn. 8. Salzwedel ZfW 1974, 279 (285), bezweifelt die Praktikabilität eines solchen Vorgehens; indessen kann das eindeutige rechtliche Gebot der Planfeststellung oder Plangenehmigung für die Gewässerbeseitigung mit Praktikabilitätsüberlegungen nicht aus dem Felde geschlagen werden. Zu Recht lehnt Salzwedel (ebda.) dagegen die Forderung ab, die Gemeinden müssten Längskanäle neben den Gewässerstrecken bauen, in denen die Abwässer zunächst gesammelt werden, bevor sie dem Gewässer zugeführt werden. Der erhebliche

gung des Gewässers unter Einbeziehung in die Ortskanalisation wird so legalisiert. Damit gibt die Wasserbehörde den ehemaligen Wasserlauf endgültig aus der Hand, die wasserwirtschaftliche Benutzungsordnung wird vollends durch das kommunale Anstalts- und Abgabenrecht abgelöst. Je länger die faktische Integration des Wasserlaufs in die Kanalisation unbehelligt angedauert hat, desto eher wird eine einfache Plangenehmigung anstelle der aufwendigen Planfeststellung genügen.⁵² Wird die vorgeschriebene Planfeststellung oder Plangenehmigung rechtswirksam nachgeholt, so heilt sie den Rechtsmangel der Beseitigung und Umfunktionierung des Gewässers zu einem Kanalstück mit Wirkung ex nunc. Damit wird zudem die Erhebung gemeindlicher Abwasserabgaben ermöglicht. Auch diese Heilungsmöglichkeit lässt sich auf die bauplanungsrechtliche Parallel zum Erschließungsrecht stützen; denn dort kann ebenfalls die Aufstellung des nach § 125 Abs. 1 BauGB grundsätzlich erforderlichen Bebauungsplans nachgeholt werden,⁵³ so dass der Straßenbau und die Erhebung von Erschließungsbeiträgen nachträglich legalisiert werden, allerdings nur mit Wirkung ex nunc und nicht etwa mit rückwirkender Kraft.⁵⁴

b) Faktische Ausschließlichkeit eines fortbestehenden Gewässers

Rechtlich eindeutig sind die gegenteiligen Extremfälle gelagert, in denen ein Wasserlauf von einer Gemeinde zwar tatsächlich zur Abwasserbeseitigung eingespannt, **nicht jedoch zum tatsächlichen Bestandteil einer Ortskanalisation gemacht** worden ist. Dann liegt **ausschließlich ein Gewässer mit Vorfluterfunktion vor**. Zu einer Umfunktionierung des Wasserlaufs ist es in solchen Fällen nicht gekommen. Extreme Fälle dieser Art liegen vor, wenn es überhaupt an einer echten Kanalisation fehlt. So ist die Situation zu beurteilen, falls die Gemeinde die natürlichen oder künstlichen Gewässer beibehält und Abwasser hierin einleiten lässt, ohne ein System von Haupt- und Nebensammichern, Pumpwerken und Kläranlagen zu schaffen.⁵⁵ Ferner ist an die bereits früher entschiedenen Fälle zu denken, in denen keine planmäßig herbeigeführte technische Einheit zwischen der Ortskanalisation und dem fraglichen Wasserlauf besteht oder eine tatsächliche, über die bloße Gewässerunterhaltung hinausgehende Mehrleistung der Gemeinde durch Bereitstellung der unterhalb anschließenden Kanal- und Kläranlagen fehlt.⁵⁶ Unter solchen Voraussetzungen bleibt der nur lose in die Abwasserbeseitigung eingespannte Was-

244

volkswirtschaftliche Aufwand, der hierfür erforderlich wäre, brächte keine wasserwirtschaftlichen Vorteile, wenn die Abwässer auf diese Weise letztlich doch ungeklärt dem Gewässer zugeführt werden sollten. Auch rechtlich zwingt nichts zu einer derartigen Vergeudung um der äußeren Klarheit willen.

⁵² Vgl. zu den Voraussetzungen der Plangenehmigung nach § 68 Abs. 2 WHG (keine UVP-Pflichtigkeit nach dem UVPG): Cychowski/Reinhardt WHG § 68 Rn. 39 ff.; SZDK/Schenk WHG § 68 Rn. 11 ff.; Berendes/Frenz/Müggendorf/Maus WHG § 68 Rn. 33 ff. Da das Verfahren der Plangenehmigung (anders als das Planfeststellungsverfahren kein „förmliches“ Verfahren ist, dürfen sich damit auch die Praktikabilitätsbedenken Salzwedels (ZfW 1974, 279 (285)) gegen nachträgliche „förmliche Ausbauverfahren“ erledigen, zumindest wesentlich abschwächen.

⁵³ BVerwG 21.10.1968 – IV 94.67, DVBl. 1969, 275; Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 9. Aufl. 2012, § 7 Rn. 3, § 19 Rn. 17.

⁵⁴ Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Ernst/Grziwotz BauGB § 125 Rn. 4 f., 4 g; Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 9. Aufl. 2012, § 7 Rn. 3, § 19 Rn. 17.

⁵⁵ So offenbar der Sachverhalt, über den das VG Arnsberg mit 28.5.1971 (zitiert nach Salzwedel ZfW 1974, 282) zu entscheiden hatte; vgl. auch Abt ZfW 1964, 210 (216, Ziffer 3).

⁵⁶ Vgl. die Sachverhalte in OVG NRW KStZ 1962, 173 (174); HessVGH ESVGH 13, 115; auch VG Gelsenkirchen, VG Freiburg – VS II 24/68 und VG Düsseldorf – 5 K 1969/69, jew. zitiert und kommentiert von Salzwedel ZfW 1974, 279 (281 ff.); ferner die Sachverhalte und die Entscheidungskriterien in: OVG NRW 23.8.1989 – 2 A 149/85, ZfW 1990, 419 (420 f.); OVG NRW 12.12.2006 – 15 A 2173/04, juris; HessVGH 18.5.1995 – 5 UE 1815/92, ZfW 1997, 186 (188 f.); vgl. auch den Sachverhalt in: HessVGH ESVGH 38, 231.

serlauf der wasserwirtschaftsrechtlichen Benutzungsordnung unterstellt. Für die Anwendung kommunalen Anstalts- und Abgabenrechts, insbesondere für die Heranziehung der Einleiter zu gemeindlichen Kanalbenutzungsgebühren, fehlt es dann bereits an der erforderlichen tatsächlichen Grundlage, nämlich einer wirklichen Integration des Wasserlaufs in eine Ortskanalisation.⁵⁷ Entsprechendes gilt, wenn ein oberirdisches Gewässer – ohne Abwassersammler zu sein – im Unterlauf bis zur Mündung verrohrt oder in einem Betonkastenprofil geführt wird. Ein solcher Fall eines ausschließlichen Gewässers ohne Kanaleigenschaft liegt auch vor, wenn die Verrohrung eines Baches entlang einer Straße nicht aus wasserwirtschaftlichen Gründen, sondern zu Erschließungszwecken (zB zur Erschließung der Anliegergrundstücke und zur Schaffung einer besseren Durchfahrtsmöglichkeit über die enge Straße) erfolgt ist.⁵⁸

245 In allen Fällen der hier erwähnten Art trifft der rechtliche Ansatz des BVerwG zu.⁵⁹ Danach kommt es nur darauf an, ob das fortbestehende Gewässer für Zwecke der Abwasserbeseitigung nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG rechtmäßig genutzt wird. Hiervon ausgehend, hat das OVG NRW zutreffend bestätigt, dass eine kommunale Gebührenpflicht für die Benutzung eines Gewässers jedenfalls dann ausscheidet, wenn das Gewässer nicht technisch (tatsächlich) in das gemeindliche Kanalisationssystem integriert und der Gemeinde keine nach Wasserrecht für die Benutzung des Gewässers erforderliche Einleitungsbefugnis erteilt ist.⁶⁰ Insoweit, allerdings nur insoweit, trifft auch die Ansicht des OVG RhPf zu, dass verrohrte Bäche Bestandteil des Wasserkreislaufs seien und deshalb nicht gleichzeitig kommunale Abwassereinrichtungen sein könnten, weil diese Veranstaltungen, Vorhaben oder Anlagen voraussetzen.⁶¹

246 Ein weiteres Folgeproblem der wasserwirtschaftlichen Zuordnung besteht darin, dass zu entscheiden ist, ob die Verrohrung oder sonstige Einfassung ein Bestandteil des Gewässers (bzw. seiner Ufer) oder eine gewässerfremde, von außen an das Gewässer „herangetragene“ Anlage im oder am Gewässer (§ 36 WHG) ist.⁶² Von der Beurteilung dieser Frage hängt die Unterhaltungspflicht ab. Bestandteile des Gewässers unterliegen der Gewässerunterhaltungspflicht (§§ 39, 40 WHG), während für Anlagen im oder am Gewässer deren Eigentümer (oder der sonstige Inhaber) unterhaltungspflichtig ist. Im Einzelfall kann die Verrohrung eines Gewässers, die einer Ausbauplanfeststellung oder -genehmigung gemäß § 68 WHG (§ 31 WHG aF) bedarf, unterhaltungsrechtlich als „Anlage im oder am Gewässer“ zu behandeln sein; daraus kann nach Maßgabe des jeweiligen Landeswassergesetzes (zB nach § 32 WG RhPf, § 77 WG RhPf aF) folgen, dass der Inhaber der Anlage (zB eine rheinland-pfälzische Ortsgemeinde) die Unterhaltungslast hierfür zu tragen hat.⁶³

⁵⁷ So bereits die in den beiden vorst. Fn. erwähnten Entscheidungen; ferner Abt ZfW 1964, 210 ff.; Salzwedel ZfW 1974, 279 (281 ff.).

⁵⁸ BVerwG 29.1.1996 – 4 B 5.96, ZfW 1997, 25; OVG RhPf 26.10.1995 – 1 A 13441/94, ZfW 1997, 44.

⁵⁹ BVerwG 31.10.1975 – IV C 8 bis 11.74, BVerwGE 49, 301 (304).

⁶⁰ OVG NRW 14.9.1977 – II A 700/72, OVGE 33, 122; 23.8.1989 – 2 A 149/85, ZfW 1990, 419; 12.12.2006 – 15 A 2173/04, juris Rn. 25 ff. (mit der Folge, dass es sich bei einer später hergestellten Anlage um die erste gemeindliche Kanalisation handeln kann und die Gemeinde für deren Herstellung einen Beitrag nach § 8 KAG NW erheben kann); ebenso HessVGH 18.5.1995 – 5 UE 1815/92, ZfW 1997, 186.

⁶¹ OVG RhPf WuB 1980, 468.

⁶² Näher zu dieser Unterscheidung und der notwendigen Abgrenzung im Hinblick auf die Unterhaltungspflicht unten → Rn. 1149, 1176 ff.

⁶³ So OVG RhPf 26.10.1995 – 1 A 13441/94, ZfW 1997, 44 ff.; Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen durch BVerwG 29.1.1996 – 4 B 5.96, ZfW 1997, 25.