

# Öffentliches und privates Wasserrecht

Bearbeitet von  
Prof. Dr. Rüdiger Breuer, Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz

4. Auflage 2017. Buch. XXIII, 843 S. Gebunden  
ISBN 978 3 406 62987 7  
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Umweltrecht > Wasserrecht, Abwasserrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

gaben hat die Zwei-Naturen- oder Zwei-Funktionen-Theorie – ungeachtet der Kontroverse über ihren rechtssystematischen Ansatz – ihre rechtspraktische Relevanz behalten.

Der Meinungsstreit hat sich darauf konzentriert, ob und inwieweit anstelle oder neben der wasserwirtschaftsrechtlichen Benutzungsordnung das Regime des kommunalen Anstalts- und Abgabenrechts für Abwassereinleitungen in den doppelfunktionalen Wasserlauf maßgebend ist. Das *BVerwG*<sup>67</sup> hält bei solchen Einleitungen das kommunalrechtliche Benutzungsregime prinzipiell für anwendbar, hat jedoch bisher offengelassen, unter welchen näheren Voraussetzungen und in welchem Umfang die wasserwirtschaftsrechtliche Benutzungsordnung dadurch überlagert oder verdrängt wird. Dagegen wollte das *OVG NRW*<sup>68</sup> einen doppelfunktionalen Wasserlauf ausschließlich nach der wasserwirtschaftsrechtlichen Benutzungsordnung und keinesfalls nach dem kommunalen Anstalts- und Abgabenrecht behandeln. 248

aa) Bei konkreter Betrachtung fragt sich zunächst, ob ein Benutzer, der aufgrund einer **früher erteilten Erlaubnis oder Bewilligung** Stoffe in den erhaltenen, wenn auch doppelfunktionalen Wasserlauf einleitet, durch dessen simultane Einbeziehung in die Kanalisation die wasserwirtschaftsrechtliche Benutzerstellung verliert. Das *VG Saarlouis*<sup>69</sup> meint, nach der Einbeziehung des doppelfunktionalen Wasserlaufs in die Kanalisation müsse jede Einleitung zur gebührenpflichtigen Kanalbenutzung werden. Früher erteilte Erlaubnisse und Bewilligungen<sup>70</sup> treten jedoch, wie das *VG Saarlouis* einräumt, nicht automatisch mit der Umgestaltung außer Kraft, sondern erst durch einen konkreten Aufhebungsakt, etwa durch Widerruf einer Erlaubnis oder durch Fristablauf. Soweit und solange es hieran fehlt, behält derjenige, der aufgrund einer Erlaubnis oder Bewilligung einleitet, seine wasserwirtschaftsrechtliche Benutzerstellung. Er unterfällt insoweit nicht dem kommunalen Anstalts- und Abgabenrecht, da die gegensätzlichen Rechtsstellungen eines Gewässer- und eines Kanalbenutzers sich ausschließen.<sup>71</sup> Die Rechtsstellung des Gewässerbenutzers steht allerdings unter dem Vorbehalt der individuellen Unterwerfung mittels des kommunalen Anschluß- und Benutzungszwangs.<sup>72</sup> 249

bb) Ferner fragt sich, ob die Wasserbehörde nach der Einbeziehung des doppelfunktionalen Wasserlaufs in die Kanalisation einzelnen Benutzern – außerhalb der kommunalen Einleitungsbefugnis – **neue Erlaubnisse für Einleitungen** in diesen Wasserlauf erteilen darf. Das *VG Saarlouis*<sup>73</sup> verneint diese Frage. Die dahingehende These lässt sich jedoch weder aus der Rechtsprechung des *BVerwG*<sup>74</sup> noch aus allgemeinen Grundsätzen herleiten. Vielmehr beinhaltet die Doppelfunktionalität des Wasserlaufs gerade kein abschließliches Kanalbenutzungsregime. Die simultane Aufrechterhaltung der Gewässer- 250

Umweltrechts, 4. Aufl. 2012, 8. Kap., Rn. 22; *Gässler* ZfW 1974, 204; *Breuer* NJW 1976, 1622 (1623); *Faßbender*, in: Landmann/Rohmer, UmwR, § 2 WHG Rn. 35, § 3 WHG Rn. 11.

<sup>67</sup> Grundlegend *BVerwGE* 49, 301 (305); auch *BVerwGE* 49, 293 (298 f.); *BVerwG* ZfW 1997, 25 (26); *BVerwG* Beschl. v. 28.4.2008 – 7 B 16/09, BeckRS 2008, 35446.

<sup>68</sup> So *OVG NRW* ZfW 1974, 251; ZfW 1987, 188 (189); ZfW 1990, 419 (420); Urt. v. 18.12.2007 – 9 A 2398/03, juris; Beschl. v. 6.7.2012 – 9 A 980/11, BeckRS 2012, 53790.

<sup>69</sup> Urt. v. 29.11.1977 – 3 K 48/72, ZfW-Sonderheft 1980 II Nr. 35 (insoweit dort nicht wiedergegeben).

<sup>70</sup> Seit Inkrafttreten des § 8 Abs. 2 Satz 2 WHG idF des 4. ÄndG v. 26.4.1976 (BGBl. I S. 1109) darf allerdings für das Einleiten von Stoffen in ein Gewässer keine Bewilligung mehr erteilt werden; deshalb kommen in diesem Zusammenhang neben Einleitungserlaubnissen nur noch altrechtliche Bewilligungen in Betracht. Ebenso im geltenden Recht: § 14 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG 2010.

<sup>71</sup> *Salzwedel* ZfW 1974, 279 (285 f.); *Breuer* NJW 1976, 1622 (1623); so auch *SächsOVG* Beschl. v. 11.4.2016 – 5 A 99/15, BeckRS 2016, 46620, Rn. 5.

<sup>72</sup> → unten Rn. 252.

<sup>73</sup> Urt. v. 29.11.1977 – 3 K 48/72, ZfW-Sonderheft 1980 II Nr. 35.

<sup>74</sup> Grundlegend *BVerwGE* 49, 301 (305).

eigenschaft lässt die wasserwirtschaftsrechtliche Benutzungsordnung sowie die Gesamtverantwortung der Wasserbehörde für die Benutzungen des Wasserlaufs bestehen. Anders als im Falle der Umfunktionierung eines Wasserlaufs zur ausschließlichen Abwasseranlage behält die Wasserbehörde den doppelunktionalen Wasserlauf als Gewässer in der Hand ihrer Bewirtschaftungsbefugnisse. Hierzu gehört auch die Erteilung neuer Einleitungserlaubnisse außerhalb der kommunalen Einleitungsbefugnis. Inwieweit solche Erlaubnisse zur Einleitung in einen doppelunktionalen, in die Ortskanalisation einbezogenen Wasserlauf sinnvoll sind, ist eine Zweckmäßigkeits- und Ermessensfrage, die man restriktiv beantworten mag. Eine derartige Erlaubnis kommt indessen in Betracht, wenn die individuelle, der Einleitung vorgeschaltete Abwasserreinigung eines einzelnen Benutzers auch die Direkteinleitung in einen monofunktionalen Wasserlauf umweltverträglich und erlaubnisfähig machen würde. Man wird mithin die rechtliche Möglichkeit, dass ein Wasserlauf mit faktischer Doppelfunktion als Vorfluter und Abwasseranlage von einem Teil der Einleiter als Gewässer und von den anderen Einleitern als Kanalisation unter kommunalem Anstalts- und Abgabenrecht benutzt wird, anerkennen müssen.<sup>75</sup>

- 251 cc) Schließlich muß die Frage beantwortet werden, ob und wie eine **Einleitung in den doppelunktionalen Wasserlauf als Kanalbenutzung** gerechtfertigt werden kann. Die apodiktische Verneinung einer solchen Rechtfertigungsmöglichkeit durch das OVG NRW<sup>76</sup> überzeugt nicht. Jedenfalls ist den Anforderungen des Wasserwirtschaftsrechts Genüge getan, wenn die Umgestaltung des Gewässers durch eine Planfeststellung oder Plangenehmigung nach § 68 WHG (§ 31 WHG aF) gestattet und die spätere Kanalbenutzung durch eine der Gemeinde erteilte Sammeleraubnis<sup>77</sup> gedeckt ist. Allerdings müssen beide wasserrechtlichen Erfordernisse beachtet werden. Die Einbeziehung eines Wasserlaufs in eine Ortskanalisation stellt zumindest regelmäßig eine wesentliche Umgestaltung des Gewässers iSd § 68 WHG dar,<sup>78</sup> und die Einleitung bedarf bei der erhalten gebliebenen Gewässernatur der Benutzungskontrolle und Zulassung nach den §§ 8 ff. WHG. Die abweichende Ansicht, im Anschluss an die Planfeststellung oder Plangenehmigung nach § 68 WHG (§ 31 WHG aF) sei eine Sammeleraubnis zugunsten der Gemeinde nicht erforderlich,<sup>79</sup> vermag nicht zu überzeugen. Die Planfeststellung oder Plangenehmigung ist ausschließlich ausbau-, nicht einleitungsbezogen. Sie verleiht der Gemeinde auch nicht etwa eine Blankobefugnis zur Einleitung von Abwasser in das erhalten gebliebene, der wasserwirtschaftsrechtlichen Benutzungsordnung unterliegende Gewässer. Im Rahmen der Sammeleraubnis kann die Gemeinde Einleitungen als Kanalbenutzungen gestatten und hierfür kommunale Abgaben erheben, sofern eine technische Einheit mit der übrigen Kanalisation besteht und eine gemeindliche Mehrleistung über die Gewässerunterhaltung hinaus vorliegt. Dadurch wird die wasserwirtschaftsrechtliche Benutzungsordnung im Außenverhältnis zwischen der Wasserbehörde und der Gemeinde mit einem anstalts- und kommunalabgabenrechtlichen Benutzungsregime im Innenverhältnis zwischen der Gemeinde und den Kanaleinleitern verbunden.

<sup>75</sup> *Salzwedel* ZfW 1974, 279 (285 ff.); *Breuer* NJW 1976, 1622 (1623); a. A. *VG Saarlouis* Urt. v. 29.11.1977 – 3 K 48/75, ZfW-Sonderheft 1980 II Nr. 35 (insoweit dort nicht wiedergegeben); *Gässler* ZfW 1974, 203 ff.

<sup>76</sup> So OVG NRW ZfW 1974, 251.

<sup>77</sup> Vgl. OVG NRW OVG 33, 122 ff.; *Breuer* NJW 1976, 1622 (1623); Bedenken gegen die Zulässigkeit und Praktikabilität einer Sammeleraubnis äußern: *Czychowski* ZfW 1974, 294 f.; *ders.*, in: Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des BVerwG, 1978, S. 129; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 3 Rn. 31.

<sup>78</sup> Vgl. oben Rn. 246; ferner *LG Bonn* ZfW-Sonderheft 1973 II Nr. 26; teilweise abweichend, aber nicht überzeugend *Salzwedel* ZfW 1974, 279 (280), der in der „bloßen Vermauerung oder Verrohrung eines Gewässers, selbst in der Verlegung unter die Erdoberfläche“, noch keine wesentliche Umgestaltung sehen will, „wenn die Vorflut im wesentlichen unverändert bleibt“.

<sup>79</sup> So *VG Saarlouis* ZfW-Sonderheft 1980 II Nr. 35 (insoweit dort nicht wiedergegeben).

dd) Im Übrigen wird man der **Gemeinde** grundsätzlich die rechtliche Möglichkeit zubilligen müssen, neue wie auch alte, unmittelbar wasserrechtlich zugelassene Einleitungen im Wege des **Anschluss- und Benutzungszwangs** in Kanalbenutzungen umzuwandeln.<sup>80</sup> Damit werden die Einleitungen einer der Gemeinde erteilten Sammelerlaubnis sowie dem kommunalen Anstalts- und Abgabenrecht unterstellt. Wegen der Besonderheiten des doppelunktionalen Wasserlaufs und seiner Benutzungen darf die Unterwerfung durch den kommunalen Anschluss- und Benutzungszwang jedoch nicht allein in normativer Weise generell und gleichförmig, sondern nur im Wege einer Einzelfallentscheidung individuell und differenziert erfolgen.

ee) Nach Maßgabe einer derart differenzierten Behandlung der Benutzungsverhältnisse kann ein Wasserlauf, der eine faktische Doppelfunktion als Vorfluter und Abwasseranlage erfüllt, zugleich der wasserwirtschaftsrechtlichen Benutzungsordnung und dem Benutzungsregime des kommunalen Anstalts- und Abgabenrechts unterliegen. Insoweit schlägt sich die Doppelfunktionalität des Wasserlaufs im **dualistischen Nebeneinander von Gewässer- und Kanalbenutzungen** nieder. Mit den dargelegten Einschränkungen behält die **Zwei-Naturen-Theorie**<sup>81</sup> nach wie vor ihre Berechtigung. Soweit ein solcher doppelunktionaler Wasserlauf eine Verrohrung oder sonstige Einfassung aufweist, muss – ebenso wie bei einem Wasserlauf mit ausschließlicher Gewässereigenschaft – im Hinblick auf die Unterhaltungspflicht entschieden werden, ob die Verrohrung oder Einfassung angesichts der Einzelfallumstände entweder ein Gewässerbestandteil oder eine Anlage im oder am Gewässer (§ 36 WHG) ist.<sup>82</sup> 253

## II. Zuordnung von Baggerseen zu den oberirdischen Gewässern oder zum Grundwasser

Bei der Ausbaggerung von Grundstücken zum Zwecke der Sand- oder Kiesgewinnung tritt Wasser zutage, wenn der Grundwasserspiegel unterschritten wird. In solchen Fällen stellt sich die Frage, ob der entstehende Baggersee ein neues oberirdisches Gewässer bildet oder ein Teil des Grundwassers bleibt. Hinter dieser Frage steht das allgemeine Abgrenzungskriterium, demzufolge ständige wie auch zeitweilige oberirdische Gewässer iSd § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WHG eine gewisse Dauerhaftigkeit oder Regelmäßigkeit aufweisen müssen; gelegentliche Wasseransammlungen werden hiervon nicht umfasst.<sup>83</sup> Von der **Einordnung der Baggerseen** hängt eine Reihe praktischer Konsequenzen ab. Entsteht mit dem Baggersee ein neues oberirdisches Gewässer, so bedarf seine Herstellung nach § 68 WHG regelmäßig einer Planfeststellung, zumindest einer Plangenehmigung. Gleiches muss dann für seine eventuelle spätere Beseitigung durch Auffüllung mit

<sup>80</sup> Ebenso *Salzwedel* ZfW 1974, 279 (287 ff.), der sich im Übrigen zu Recht gegen die Vorstellung wendet, dass mit der Erteilung einer Sammelerlaubnis zugunsten der Gemeinde die Bewilligungen, Erlaubnisse und alten Rechte oder Befugnisse Dritter automatisch gegenstandslos würden oder allein im Hinblick auf die Sammelerlaubnis widerrufen („zurückgenommen“) werden könnten; a. A. *Gässler* ZfW 1974, 203 (205 f.). Allgemein zur Zulässigkeit des gemeindlichen Anschluss- und Benutzungszwangs hinsichtlich der öffentlichen Entwässerung, auch wenn der Grundstückseigentümer bisher eine private, einwandfrei arbeitende Kläranlage betrieben hat, *BVerwG NVwZ* 1998, 1080.

<sup>81</sup> → Rn. 234.

<sup>82</sup> → Rn. 246 und → Rn. 1172, 1176 ff.

<sup>83</sup> *BVerwG NVwZ-RR* 2003, 829 (830); *BVerwG NVwZ* 2011, 696 (697); *OVG NRW* ZfW 1987, 122 (123); *HessVGH* ZfW 1994, 345 (346); *BbgOVG* ZfW 1997, 42 (43); *OVG SH* ZfW 1997, 126 (128); *OLG Düsseldorf*, ZfW 1994, 505 (506); *VG Potsdam* Urt. v. 16.6.2016 – 1 K 749/13, Rn. 34 (juris); auch *BVerwG* ZfW 1969, 116 (117), wonach „nasse“ Stellen in einem zum Teil versumpften und verschliffen Gelände noch kein oberirdisches Gewässer ausmachen; im Schrifttum: *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 2 Rn. 6, § 3 Rn. 14; *Knopp*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG, § 2 Rn. 15; *Faßbender*, in: *Landmann/Rohmer, UmwR*, § 3 WHG Rn. 14.

anderem Erdreich gelten. In der Zwischenzeit wäre jede Teilverfüllung als Einbringen fester Stoffe in ein oberirdisches Gewässer nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG erlaubnispflichtig; eine Bewilligung darf hierfür nicht erteilt werden (§ 14 Abs. 1 Nr. 3 WHG). Nimmt man dagegen nur ein Zutagefördern oder Zutageleiten von Grundwasser an, so bedarf es hierfür nur einer Erlaubnis nach den §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 5 und 10 Abs. 1 WHG; spätere Gesamt- oder Teilauffüllungen sind dann nur insoweit erlaubnispflichtig, als die verwendeten Stoffe oder die Arbeitsvorgänge geeignet sind, „dauernd oder in einem nicht nur unerheblichen Ausmaß nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit herbeizuführen“ (§ 14 Abs. 1 Nr. 3 iVm § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG). Andererseits reicht der erlaubnis- oder bewilligungsfreie Eigentümer- und Anliegergebrauch bei oberirdischen Gewässern nach § 26 WHG weiter als die auf enge Zwecke begrenzte, erlaubnisfreie Benutzung des Grundwassers nach § 46 WHG.<sup>84</sup>

255 In der Rechtsprechung wie in der Literatur werden beide vorerwähnten Standpunkte vertreten. Die ursprünglich überwiegende Auffassung<sup>85</sup> beurteilt den mit der Sand- oder Kiesgewinnung verbundenen Grundwasseraufschluss als bloßes Zutagefördern oder Zutageleiten von Grundwasser, das dann weiter als solches qualifiziert wird. Die heute vorherrschende Auffassung behandelt dagegen die Freilegung von Grundwasser bei der Sand- oder Kiesgewinnung grundsätzlich als Herstellung (Ausbau) eines oberirdischen Gewässers; dies gilt jedenfalls, wenn der entstehende **Baggersee auf Dauer** erhalten bleiben soll.<sup>86</sup> Sofern die alsbaldige Wiederauffüllung von vornherein geplant und gesichert, eventuell sogar behördlicherseits angeordnet ist, stellt der Grundwasseraufschluss nur ein vorübergehendes Zwischenstadium dar. Prägend ist dann die bewahrende Zielsetzung, den ursprünglichen Zustand, soweit möglich, wiederherzustellen. Daher erscheint in solchen Fällen die aufwendige Planfeststellung für die Herbeiführung und die spätere Beseitigung des Wasseraufschlusses wie auch die extensive Erlaubnispflicht für wiederherstellende Verfüllungen mit Erdreich überspannt, die insofern gemäßigte Erlaubnispflicht sowie die ansonsten strengere Einschränkung erlaubnisfreier Benutzungen nach den grundwasserbezogenen Vorschriften hingegen angemessen. **Baggerseen**, die bei der

<sup>84</sup> Vgl. hierzu *HessVGH* in: v. Lersner/Berendes, R 1104; die Beschwerde wegen Nichtzulassung der Revision gegen dieses Urte. hat das *BVerwG* ZfW 1969, 116 (117), zurückgewiesen; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 46 Rn. 2.

<sup>85</sup> So zu § 33 WHG aF ausdrücklich *BayVGH* VerwRspr 19 Nr. 73 (S. 287 f.); *VG Köln* ZfW-Sonderheft 1963 II Nr. 1; *ZfW-Sonderheft* 1965 II Nr. 1; *VG Düsseldorf* ZfW-Sonderheft 1972 II Nr. 4; zugrunde gelegt auch von: *BGHZ* 60, 126 (127 ff.) = NJW 1973, 623 f.; *BGHZ* 84, 223 (226 f.) = NJW 1982, 2488; *BayVGH*, in: v. Lersner/Berendes, Handbuch, R 1137; *OVG NRW* ZfW-Sonderheft 1970 II Nr. 3; *ZfW-Sonderheft* 1971 II Nr. 4; *ZfW* 1973, 56 (später hat das *OVG NRW* ZfW 1974, 379, es allerdings in einem Urte. v. 28.3.1974, *ZfW* 1974, 379, offengelassen, ob die Freilegung von Grundwasser bei der Auskiesung nur einer Erlaubnis oder einer Planfeststellung bedarf); *VG Köln* ZfW-Sonderheft 1970 II Nr. 2; *VG Düsseldorf* ZfW-Sonderheft 1970 II Nr. 9; *VG Würzburg* ZfW-Sonderheft 1971 II Nr. 7. Grundsätzlich ebenso *HessVGH* ZfW 1974, 362 (365 ff.), allerdings wegen der Besonderheiten des entschiedenen Falles im Hinblick auf die anschließende Verfüllung das Erfordernis einer Planfeststellung nach dem Abfallbeseitigungsrecht bejahend; im Schrifttum *Cramer* ZfW 1969, 29 (32).

<sup>86</sup> So *BVerwGE* 55, 220 (223) = NJW 1978, 2308 (2309); *BVerwGE* 85, 155 (156); *OVG RbPf* ZfW 1974, 174; *BayVGH* BayVBl. 1975, 363 (364); *BayVGH* nF 28, 94; *BayVGH* ZfW 1986, 243 (244); *BayVBl.* 1987, 751 (752); *ZfW* 1991, 180 (181); *ZfW* 1994, 488; *VGH BW* ZfW 1977, 168; *ZfW* 1985, 113 (114); *HessVGH* ZfW 1984, 226 (227); *OVG NRW* ZfW 1986, 392 (393); *ZfW* 1992, 363 (364); *BbgOVG* ZfW 1997, 42 (43); *BGHZ* 90, 4 (7) = NJW 1984, 1172; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 3 Rn. 52, § 67 Rn. 25, 26; *Knopp*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 2 Rn. 15 und *Schenk*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 67 Rn. 19; *Faßbender*, in: Landmann/Rohmer, UmwR, § 3 WHG Rn. 16; ähnlich *Czychowski* DVBl. 1976, 135; das freigelegte Wasser bleibe weiterhin Grundwasser, wenn die schützende Deckschicht räumlich (Baggerloch) und zeitlich (vorübergehend) nur ganz unbedeutend entfernt werde.

Sand- oder Kiesgewinnung nur vorübergehend entstehen und hingenommen werden, sind somit rechtlich ohne Unterbrechung als Grundwasser zu qualifizieren.<sup>87</sup>

Schwierigkeiten kann die **Abgrenzung zwischen der dauerhaften und der vorübergehenden Herstellung von Baggerseen** bereiten. Angesichts dieser Abgrenzungsfrage hat das *OVG NRW*<sup>88</sup> ausgesprochen, dass die im Zuge einer Nassauskiesung freigelegte Ansammlung von Wasser in einem Baggersee in aller Regel kein Grundwasser mehr ist, sondern ein oberirdisches Gewässer. Ein Baggersee, der hierdurch entsteht und verändert wird, unterliegt nach dieser Erkenntnis auch dann dem Erfordernis der wasserrechtlichen Planfeststellung, wenn er nach Abschluss der Auskiesung wieder verfüllt werden soll. Damit scheint das *OVG NRW* den Anwendungsbereich der Planfeststellungspflicht erweitern zu wollen. Die wiedergegebenen Aussagen beziehen sich indessen auf einen Fall, in dem die offene Wasseransammlung aufgrund der geplanten Abgrabung und Wiederverfüllung frühestens zehn Jahre nach ihrem Entstehen vollständig beseitigt sein sollte. Unter solchen Umständen ist die Qualifizierung des Baggersees als oberirdisches Gewässer keineswegs überzogen, sondern sachangemessen. Sie entspricht demgemäß anerkannten Grundsätzen.<sup>89</sup> 256

### III. Abgrenzung des aus Quellen wild abfließenden Wassers

Während die Quellen des in Betten fließenden Wassers bereits als dessen Bestandteil zu den oberirdischen Gewässern gehören, erklärt das Gesetz das „aus Quellen wild abfließende Wasser“ für sich zum oberirdischen Gewässer (§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 iVm § 3 Nr. 1 WHG). Unter einer Quelle wird Wasser verstanden, das aus unterirdischen, auf natürlichem Wege entstandenen Wasseransammlungen an einer bestimmten Stelle nicht nur vorübergehend an die Erdoberfläche tritt und – jedenfalls in der Regel – einen nicht nur vorübergehenden Abfluss hat.<sup>90</sup> Wenn das aufsteigende Wasser in einem Brunnen oder in einer Rohrleitung gefasst wird, bevor es in einem Bett oder wild abfließen kann, liegt keine Quelle und somit kein oberirdisches Gewässer vor.<sup>91</sup> 257

Diese Ausgrenzung darf jedoch nicht zu der Annahme verleiten, der Geltungsbereich der wasserwirtschaftsrechtlichen Benutzungsordnung weise insofern eine Lücke auf. Vielmehr wird durch die Fassung des Quellwassers ein oberirdisches Gewässer beseitigt, falls der geschaffene Zustand dauerhaft sein soll. Dieser Vorgang unterliegt der Planfeststellungs- oder Plangenehmigungspflicht nach § 68 WHG.<sup>92</sup> Außerdem findet in solchen Fällen ein Zugriff auf das unterirdisch gefasste Grundwasser statt. Die Erlaubnis- oder Bewilligungspflicht für das Entnehmen, Zutagefördern, Zutageleiten oder Ableiten von Grundwasser (§ 9 Abs. 1 Nr. 5 WHG) kommt jedoch neben der mit Konzentrations- 258

<sup>87</sup> *BayObLG* ZfW 1982, 378 (380 f.).

<sup>88</sup> ZfW 1992, 455 (457 ff.).

<sup>89</sup> Vgl. auch *BbgOVG* ZfW 1995, 42 (44): Bestehen einer Wasserfläche für eine nicht unerhebliche Zeit von mehr als sechs Jahren; *Kleemann* BayVbl. 1970, 11 (13 f.): ein auf Dauer hergestelltes Gewässer liege bereits vor, wenn zwar beabsichtigt sei, das Wasser wieder zuzuschütten, den Umständen nach aber anzunehmen sei, dass es über einen nicht unbedeutenden Zeitraum an der Oberfläche bleiben werde; ähnlich *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 3 Rn. 52, § 67 Rn. 25, 26.

<sup>90</sup> *BVerwG* ZfW 1969, 116; ZfW-Sonderheft 1989 Nr. 25; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 3 Rn. 32; *Faßbender*, in: Landmann/Rohmer, UmwR, § 3 WHG Rn. 23. In der älteren Rspr. z. B. *RGZ* 73, 282 (284 f.); 89, 84 (86 f.); 90, 280 (286); *PrOVGE* 91, 200 (205 ff.).

<sup>91</sup> *HessVGH* in: v. Lersner/Berendes, Handbuch, R 1104; *BVerwG* ZfW 1969, 116; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 3 Rn. 32; *Faßbender*, in: Landmann/Rohmer, UmwR, § 3 WHG Rn. 25.

<sup>92</sup> Insoweit zutreffend *Bickel*, in: Der Landkreis 1979, 35 (36).

wirkung ausgestatteten Planfeststellung und auch neben der Plangenehmigung (§ 68 Abs. 2 WHG) nicht zum Zuge.<sup>93</sup>

- 259 Falls es sich hingegen bei der Fassung des Quellwassers um einen vorübergehenden Vorgang handelt, wird hierdurch alleine der erlaubnis- oder bewilligungspflichtige Benutzungstatbestand des § 9 Abs. 1 Nr. 5 WHG erfüllt.<sup>94</sup> Damit ist die wasserwirtschaftliche Restriktion verbunden, dass der Kreis erlaubnisfreier Benutzungen, verglichen mit dem Eigentümer- und Anliegergebrauch oberirdischer Gewässer (§ 26 WHG), auf die engeren Zwecke eines haushaltlichen, landwirtschaftlichen oder ähnlichen Gebrauchs beschränkt wird (§ 46 WHG).<sup>95</sup>
- 260 Diese Grundsätze dürften auch gelten, wenn die Fassung (nur) dazu dient, das Quellwasser im geordneten Lauf durch Röhren oder ein offenes Gerinne einem oberirdischen Gewässer zuzuführen.<sup>96</sup> Dabei wird man die Frage, ob die Einleitung in das oberirdische Gewässer einer Erlaubnis nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG bedarf, im gleichen Sinne beantworten müssen wie die Frage, ob der Zugriff auf das Grundwasser nach § 9 Abs. 1 Nr. 5 WHG erlaubnis- oder bewilligungspflichtig ist. Die Konzentrationswirkung der ausbaubezogenen Planfeststellung oder Plangenehmigung (§ 68 WHG) erübrigt demzufolge eine gesonderte, einleitungsbezogene Erlaubnis.
- 261 Das WHG unterscheidet nicht danach, welche spezifische **Funktion** eine **Quelle** erfüllt. Danach gilt das allgemeine Wasserwirtschaftsrecht grundsätzlich für alle Quellen der umschriebenen äußeren Beschaffenheit. Dies trifft auch für Solquellen zu, dh für Quellen, die wegen ihres Salzgehalts zur Gewinnung von Salz geeignet sind.<sup>97</sup> Daneben kann, der rechtshistorischen Tradition entsprechend, auf Solquellen das Bergrecht anwendbar sein, weil „Sole“ nach § 3 Abs. 3 BBergG zu den bergfreien Bodenschätzen gehört.<sup>98</sup>

#### IV. Heilquellen

- 262 Besondere wasserrechtliche Vorschriften gelten für Heilquellen. Einschlägige Vorschriften über den Heilquellenschutz fanden sich schon in den alten Fassungen der Landeswassergesetze (vor dem Inkrafttreten des WHG 2010).<sup>99</sup> Das Gesetz zur Neuordnung des Wasserrechts vom 31.7.2009 (BGBl. I S. 2585) hat indessen auf der Grundlage der konkurrierenden Bundesgesetzgebungskompetenz für den Wasserhaushalt (Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG) den Heilquellenschutz in § 53 WHG 2010 gänzlich neu

<sup>93</sup> So ausdrücklich § 107 Abs. 3 HessWG; § 128 Abs. 1 Satz 2 NdsWG; § 129 Abs. 1 WG LSA; § 115 Abs. 3 ThürWG; → Rn. 446, 1212, 1285

<sup>94</sup> Generell für die Anwendung des § 9 Abs. 1 Nr. 5 WHG (§ 3 Abs. 1 Nr. 6 WHG aF, ohne Berücksichtigung der Planfeststellungs- oder Plangenehmigungspflicht): *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 3 Rn. 33; die Anwendbarkeit des § 3 Abs. 1 Nr. 6 WHG aF zu Unrecht generell verneinend: *Bickel*, in: *Der Landkreis* 1979, 35 (36).

<sup>95</sup> → Rn. 425, 426.

<sup>96</sup> Insoweit aA *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 3 Rn. 33, die in einem solchen Fall von der Quelle ab die Vorschriften für oberirdische Gewässer anwenden wollen.

<sup>97</sup> Zum Begriff der Quellen *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 3 Rn. 31 ff.; *Knopp*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG, § 2 Rn. 19; *Faßbender*, in: *Landmann/Rohmer, UmwR*, § 3 WHG Rn. 23.

<sup>98</sup> *Pienschulte/Graf Vitzthum*, BBergG, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 9; *Faßbender*, in: *Landmann/Rohmer, UmwR*, § 3 WHG Rn. 28; zweifelnd *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 3 Rn. 34; zur rechtshistorischen Tradition *Breuer*, *Voraufkl.*, Rn. 146 f.; zum Begriff der Solquellen schon *RGZ* 77, 293.

<sup>99</sup> So §§ 38 – 42 WG BW aF; Art. 38 – 41 BayWG aF; §§ 18, 151 BbgWG aF; §§ 50 – 53 BremWG aF; §§ 33, 34 HbgWG aF; §§ 34, 88 HessWG aF; §§ 34 – 36, 122 Abs. 2, 3, § 137 WG MV aF; §§ 139 – 144 NdsWG aF; § 16 WG NW aF; §§ 16 – 19 WG RhPf aF; §§ 43 – 47 SaarlWG aF; § 46 SächsWG aF; §§ 140 – 145 WG LSA aF; § 4 WG SH aF; §§ 51 – 53, 131 ThürWG.

geregelt. Nach der Legaldefinition des § 53 Abs. 1 WHG sind Heilquellen natürlich zu Tage tretende oder künstlich erschlossene Wasser- oder Gasvorkommen, die auf Grund ihrer chemischen Zusammensetzung, ihrer physikalischen Eigenschaften oder der Erfahrung nach geeignet sind, Heilzwecken zu dienen. Dieser Begriff umfasst Mineral- sowie Thermalquellen, die in der gesetzlich definierten Weise für den Einsatz zu Heilzwecken objektiv geeignet sind.<sup>100</sup> Der Begriff der Heilquellen ist insofern weiter als der allgemeine wasserrechtliche Begriff der Quelle, da er neben den beschriebenen Wasservorkommen auch die in § 53 Abs. 1 WHG definierten Gasvorkommen umfasst. Deren Einbeziehung erscheint aus kompetenzrechtlicher Sicht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG) und vom Sachgegenstand des Wasserhaushalts her auf den ersten Blick inkonsequent. Sie wird jedoch durch den Sachzusammenhang gerechtfertigt, da in den fraglichen Quellen vielfach ein Wasser-Gas-Gemisch zu Tage tritt und die Heilzwecken dienenden Wasser- und Gasvorkommen in funktionsgleicher Weise genutzt werden.<sup>101</sup>

Nach § 53 Abs. 2 Satz 1 WHG können Heilquellen, deren Erhaltung aus Gründen des Wohls der Allgemeinheit erforderlich ist, auf Antrag staatlich anerkannt werden. Hierauf gründet sich der Status der staatlich anerkannten Heilquellen. Die Rechtsbegriffe des Wohls der Allgemeinheit und der Erforderlichkeit beziehen sich nicht nur auf Belange der Wasserwirtschaft, sondern insbesondere auch auf Belange der Volksgesundheit und des Heilwesens.<sup>102</sup> Bei diesen Voraussetzungen der staatlichen Anerkennung handelt es sich um unbestimmte, aber justitiable Rechtsbegriffe.<sup>103</sup> Die Anerkennung bedarf eines Antrags. Sie stellt einen begünstigenden und mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt dar, der in den neuen Landeswassergesetzen ergänzende Regelungen gefunden hat.<sup>104</sup> Falls die rechtsbegrifflichen Anerkennungsvoraussetzungen erfüllt sind, steht die Entscheidung über die beantragte Anerkennung im pflichtgemäß auszuübenden Ermessen der zuständigen Wasserbehörde.<sup>105</sup> **263**

Wenn die Anerkennungsvoraussetzungen nach § 53 Abs. 2 Satz 1 WHG nicht mehr vorliegen, ist die Anerkennung nach § 53 Abs. 2 Satz 2 WHG zu widerrufen. Sofern zwar die Anerkennungsvoraussetzungen nach § 53 Abs. 2 Satz 1 WHG weiterhin erfüllt sind, jedoch ein sonstiger Widerrufsgrund nach § 49 Abs. 2 VwVfG vorliegt, steht der Widerruf nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 49, 50 VwVfG im Ermessen der zuständigen Wasserbehörde.<sup>106</sup> In einem derartigen Widerrufsfall hat der *VGH BW* entschieden, dass dem die Quelle nutzenden Unternehmer die Klagebefugnis für die Anfechtung des Widerrufs der staatlichen Anerkennung einer Heilquelle fehle.<sup>107</sup> Indessen vermag die Verneinung der Klagebefugnis eines betroffenen Quellenunternehmers in dieser Allgemeinheit nicht zu überzeugen. Zwar hat das *BVerwG* in dem vom *VGH BW* **264**

<sup>100</sup> *Hünnekens*, in: Landmann/Rohmer, UmwR, § 53 WHG Rn. 4 ff.; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 53 Rn. 7.

<sup>101</sup> *Hünnekens*, in: Landmann/Rohmer, UmwR, § 53 WHG Rn. 5; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 53 Rn. 4; *Drost*, Das neue Wasserrecht in Bayern, § 53 WHG Rn. 11; *Schwendner*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG, § 53 Rn. 3.

<sup>102</sup> *Hünnekens*, in: Landmann/Rohmer, UmwR, § 53 WHG Rn. 12; *Schwendner*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG, § 53 Rn. 11.

<sup>103</sup> *Hünnekens*, in: Landmann/Rohmer, UmwR, § 53 WHG Rn. 13; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 53 Rn. 11.

<sup>104</sup> *Hünnekens*, in: Landmann/Rohmer, UmwR, § 53 WHG Rn. 14; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 53 Rn. 13; im ergänzenden Landesrecht: § 45 WG BW; Art. 33 BayWG; §§ 18, 151 BbWG; § 43 BremWG; §§ 33, 34 HbgWG; § 35 HessWG; § 36 WG MV, § 94 NdsWG; § 36 WG NRW; § 55 WG RhPf; § 44, 45, 47 SaarWG; § 47 SächsWG; § 77 WG LSA; §§ 4, 124 WG SH; §§ 51 – 53 ThürWG.

<sup>105</sup> *Hünnekens*, in: Landmann/Rohmer, UmwR, § 53 WHG Rn. 14.

<sup>106</sup> *Hünnekens*, in: Landmann/Rohmer, UmwR, § 53 WHG Rn. 15.

<sup>107</sup> *VGH BW ZfW* 1993, 26; zustimmend *Hünnekens*, in: Landmann/Rohmer, UmwR, § 53 WHG Rn. 16; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 53 Rn. 16.

entschiedenen Fall die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen.<sup>108</sup> Dies beruhte jedoch auf der prozessualen Situation des Einzelfalles. Generell betrachtet kann ein Quellenunternehmer durchaus über die Klagebefugnis für die Anfechtung des Widerrufs der staatlichen Anerkennung einer Heilquelle verfügen, wenn er geltend macht, dass der Widerruf seinem eingerichteten und ausgeübten, auf Eigenleistungen beruhenden Gewerbebetrieb die Existenzgrundlage entziehe und dem verfassungsrechtlich durch Art. 14 Abs. 1 GG gewährleisteten Bestands- und Vertrauensschutz zuwiderlaufe.<sup>109</sup>

- 265 Die zuständige Behörde kann nach § 53 Abs. 3 Satz 1 WHG besondere Betriebs- und Überwachungspflichten vorschreiben, soweit dies zur Erhaltung der staatlich anerkannten Heilquelle erforderlich ist. Die auferlegten Betriebspflichten können sich nicht nur darauf richten, dass die staatliche Heilquelle überhaupt betrieben wird, sondern sich auch auf die Art und Weise der Heilquellennutzung beziehen.<sup>110</sup> Die Überwachung von Betrieben und Anlagen der Heilquellennutzung ist zu dulden, wobei die Befugnisse der Gewässeraufsicht entsprechend zur Anwendung gelangen (§ 53 Abs. 3 Satz 2 iVm § 101 WHG). Daneben unterliegt der Heilquellenbetrieb auch der Überwachung durch die zuständigen staatlichen Gesundheitsämter.<sup>111</sup>
- 266 Zum Schutz staatlich anerkannter Heilquellen kann die Landesregierung durch Rechtsverordnung **Heilquellenschutzgebiete** festsetzen (§ 53 Abs. 4 Satz 1 WHG). In der Rechtsverordnung ist die begünstigte Person zu benennen (§ 53 Abs. 4 Satz 2 WHG). Die staatliche Anerkennung der Heilquelle gibt jedoch keinen Anspruch auf die Festsetzung eines Heilquellenschutzgebietes.<sup>112</sup> Gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG ist die gesetzliche Verordnungsermächtigung an die Landesregierung adressiert. Im Einklang mit Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG und der wasserrechtlichen Tradition kann die Landesregierung die Ermächtigung zur Festsetzung von Heilquellenschutzgebieten durch Rechtsverordnung auf andere Landesbehörden übertragen (§ 52 Abs. 4 Satz 3 WHG). Auf die Festsetzung sind die Vorschriften über die Festsetzung von Wasserschutzgebieten und deren Schutzanforderungen entsprechend anwendbar (§ 53 Abs. 5 iVm § 51 Abs. 2 und § 52 WHG). Dies gilt insbesondere für die Unterteilung der Schutzgebiete in verschiedene Schutzzonen.<sup>113</sup>
- 267 Die besonderen Vorschriften über den Heilquellenschutz (§ 53 WHG) lassen die allgemeine wasserwirtschaftsrechtliche Benutzungsordnung (§§ 6 ff. WHG) und insbesondere die Erlaubnis- oder Bewilligungspflicht für Gewässerbenutzungen (§§ 8 ff. WHG) unberührt. Die Anerkennung eines Wasser- oder Gasvorkommens als Heilquelle erübrigt daher nicht die nach der wasserwirtschaftsrechtlichen Benutzungsordnung erforderliche Erteilung einer wasserrechtlichen Erlaubnis oder Bewilligung, soweit die Nutzung der Heilquelle einen Benutzungstatbestand nach § 9 WHG erfüllt. Ein Zusammenhang beider Rechtsakte besteht insofern, als eine Anerkennung nach § 53 Abs. 2 WHG nicht erfolgen darf, wenn für die Nutzung der Heilquelle die nach § 8 Abs. 1 WHG erforder-

<sup>108</sup> *BVerwG NVwZ* 1993, 63.

<sup>109</sup> So auch *BVerwG NVwZ* 1993, 63, das ausdrücklich darauf hinweist, dass es im entschiedenen Fall an einem dahingehenden Sach- und Rechtsvortrag fehlte; dies wird von *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG, § 53 Rn. 12 ff., 15, übersehen. Allgemein zu diesen Voraussetzungen des Eigentumsschutzes *BVerfG*, Beschl. v. 24.2.2010 – 1 BvR 27/09, juris Rn. 62; *BayVGH* Beschl. v. 7.10.2013 – 10 CS 13.1715, juris Rn. 25; *Wendt*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2014, Art. 14 Rn. 36.

<sup>110</sup> *Hünnekens*, in: *Landmann/Rohmer*, UmwR, § 53 Rn. 18; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 53 Rn. 19; *Schwendner*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG, § 53 Rn. 17.

<sup>111</sup> *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 53 Rn. 21.

<sup>112</sup> *BayVGH ZfW-Sonderheft* 1972 II Nr. 22; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 53 Rn. 22; *Hünnekens*, in: *Landmann/Rohmer*, UmwR, § 53 Rn. 20.

<sup>113</sup> *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 53 Rn. 25; *Hünnekens*, in: *Landmann/Rohmer*, UmwR, § 53 WHG Rn. 2.