

Gelbe Erläuterungsbücher

# Wasserhaushaltsgesetz: WHG

Kommentar

von

Prof. Dr. Michael Reinhardt, Prof. Dr. Dr. Paul Gieseke, Werner Wiedemann, Dr. Manfred Czychowski

11. Auflage

[Wasserhaushaltsgesetz: WHG – Reinhardt / Gieseke / Wiedemann / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Wasserrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 66593 6

## II. Eigentum an Bundeswasserstraßen (Abs. 1)

**1. Art. 89 Abs. 1 GG.** Abs. 1 enthält nach der Entwurfsbegründung lediglich einen Verweis auf die geltende Rechtslage (BTDrucks. 16/12275 S.54), die das WHG wegen der verfassungsrechtlichen Regelung des Art. 89 Abs. 1 GG zu verändern auch ohnehin nicht in der Lage wäre. Nach Art. 97 WRV war das Deutsche Reich verpflichtet, die dem allgemeinen Verkehr dienenden Wasserstraßen bis zum 1.4.1921 (Art. 179 WRV) in sein Eigentum und seine Verwaltung zu übernehmen (zur früheren Rechtslage siehe *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.8.1919, Kommentar, 14. Aufl. 1933, unveränderter Nachdruck 1968, Anm. 5 zu Art. 97 WRV; *Friesecke* Einl. Rn. 1ff.; ferner BGHZ 108, 113). Vor einer hilfsweise vorgesehenen Entscheidung des Staatsgerichtshofs und einem Rechtsübergang unmittelbar von Verfassungen wegen schlossen das Reich und die Länder den Wasserstraßenstaatsvertrag von 1921 (Einl. Rn. 3). Hierdurch wurde dem Reich die Rechtsstellung an den Wasserstraßen verschafft, um die Schifffahrt zu ermöglichen (BGHZ 108, 117). Inhaltlich bezog sich der Vertrag auf den Übergang im einzelnen ausdrücklich aufgelisteter Binnen- und Seewasserstraßen (*Friesecke* Einl. Rn. 27; *Sachs* Rn. 19 zu Art. 89 GG) in das bürgerlich-rechtliche (BGHZ 47, 119; 49, 71; *Kowallik* DVBl. 1986, 1090) Eigentum des Reichs. Die Länder erhielten im Gegenzug nach § 6 Staatsvertrag 1921 eine Abfindung (*Anschütz* Anm. 3 zu Art. 97 WRV). Neben dem Eigentum wurden gemäß Art. 97 Abs. 5 WRV auch die Enteignungsbefugnis, die Tarifhoheit sowie die Strom- und Schifffahrtspolizei auf das Reich übertragen. Darüber hinaus erhielt das Reich auf der vertraglichen Grundlage des § 3 Staatsvertrag 1921 auch die aus den übergehenden Wasserstraßen zu gewinnenden Wasserkräfte und nach § 4 Staatsvertrag 1921 die für Zwecke der Wasserstraßennutzung erforderlichen Grundstücke.

Hieran anknüpfend bestimmt Art. 89 Abs. 1 GG, daß der Bund Eigentümer der Bundeswasserstraßen ist. Die Einweisung in das Eigentumsrecht ist mit Inkrafttreten des GG am 24.5.1949 wirksam geworden (Art. 145 Abs. 2 GG, s. auch § 1 Abs. 1 Satz 1 WaStrVermG) und umfaßt alle Wasserwege, die zum Zeitpunkt der Kapitulation des Deutschen Reichs am 8.5.1945 Reichwasserstraßen gewesen sind (BVerwGE 9, 53; BGHZ 47, 119f.; *Dreier* Rn. 11 zu Art. 89 GG). Darüber hinaus wiederholt das WaStrVermG deklaratorisch (*von Mangoldt/Klein/Starck* Rn. 5 zu Art. 89 GG) den Eigentumsübergang (s. auch BTDrucks 16/12275 S. 54). Der Bund ist hinsichtlich der Bundeswasserstraßen Gesamtrechtsnachfolger in allen Rechten und Pflichten des Reichs und genießt vorbehaltlich der Einschränkungen des § 4 Abs. 1 Satz 2 das vollständige Nutzungsrecht (BGHZ 67, 156ff; 107, 345; *Friesecke* Einl. Rn. 31). Nach Art. 21 Abs. 1 Satz 1 EVertr sind die im Beitrittsgebiet dem Vermögen der DDR zugerechneten Wasserstraßen ohne Rücksicht auf ihre frühere Einordnung als Reichwasserstraßen zu Bundesvermögen geworden (*Sachs* Rn. 17 zu Art. 89 GG; ebenso unter Hinweis auf Art. 8 EVertr *Friesecke* Einl. Rn. 20; allgem. *Lange* DtZ 1991, 329ff.). Nach Art. 89 Abs. 2 GG verwaltet der Bund die Bundeswasserstraßen durch eigene Behörden (bundeseigene Verwaltung) und nimmt die über den Bereich eines Landes hinausgehenden staatlichen Aufgaben der Binnen- und Seeschifffahrt wahr, soweit sie ihm durch das BinSchAufG übertragen sind. Die Rechtsverhältnisse an den Bundeswasserstraßen werden, soweit sie sich auf den allgemeinen Verkehr beziehen, auf der verfassungsrechtlichen Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG im einzelnen durch das WaStrG (Einl. Rn. 18) geregelt. Im übrigen unterliegen sie in wasserwirtschaftlicher Hinsicht dem Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG (BVerfGE 15, 1).

Das Eigentum des Bundes an den Bundeswasserstraßen nach Art. 89 Abs. 1 GG ist Eigentum im bürgerlich-rechtlichen Sinne (BGHZ 49, 71; 67, 154; 107, 344; 108,

112; 110, 149; *Friesicke* Einl. Rn. 21; *Janass/Pieroth* Rn. 1 zu Art. 89 GG; *Kottulla* Rn. 19 zu § 4; *Kowallik* DVBl. 1986, 1090; *Maunz/Dürig* Rn. 28 zu Art. 89 GG; *Sachs* Rn. 9 zu Art. 89 GG), wird aber wie jedes Privateigentum in Inhalt und Schranken durch die Gesetze näher bestimmt. Es erstreckt sich auf den **Gewässergrund** in seiner gesamten seitlichen Ausdehnung (Flußbett, Meeresboden; BGHZ 108, 114ff.; 110, 149f.), die **Ufer** sowie sonstige Bestandteile und Zubehör. Bei **Häfen** und sonstigen Anlagen ist im Einzelfall darauf abzustellen, ob sie nach dem äußeren Erscheinungsbild mit dem Gewässer eine Einheit bilden und so zum Bestandteil des Gewässers werden, oder sich deutlich vom Gewässer abgrenzen, etwa weil sie nur über eine Zufahrt oder einen Stichkanal erreichbar sind und deswegen nicht mehr zum Gewässereigentum zählen (BGHZ 67, 153f.; 69, 289f.; 93, 121; BeckOK-*Hasche* Rn. 2 zu § 4 WHG). Das im Gewässer geführte **Wasser** selbst, um dessen Zurechnung zum Gewässereigentum früher gestritten wurde (s. BGHZ 28, 37f.; 49, 71; BGH ZfW 1984, 352; OVG Hamburg ZfW 1984, 369; *Gieseke* ZfW 1967, 28; *Ladeur* NJW 1987, 1237; *Salzwedel* DÖV 1963, 244; *Schmidt-Jortzig* NVwZ 1987, 1026) und dessen rechtliche Einordnung auch landesrechtlich unterschiedlich geregelt war, ist jetzt kraft ausdrücklicher bundesrechtlicher Regelung in Abs. 2 nicht mehr eigentumsfähig (BfM-Berendes Rn. 11 zu § 4; Rn. 18f.). Dem steht nicht entgegen, daß in bewirtschaftungsrechtlicher Hinsicht das Gewässer nach wie vor als Einheit von Gewässerbett und Wasser zu verstehen ist (s. auch Art. 2 Nr. 10 WRRl; BVerwG NJW 1986, 2524f.).

- 10 Nach § 2 lit. a. Satz 3 Staatsvertrag 1921 hat der Bund außer bei Häfen, Seen und seeartigen Erweiterungen von Wasserstraßen auch das Recht zur **Landgewinnung** und der **Wasserentnahme**. Die Landgewinnung (Anlandung) erfährt sowohl natürliche Vorgänge als auch Zuwachs aufgrund wasserbaulicher Maßnahmen (§§ 67–71 WHG, §§ 12–21 WaStrG; s. auch BGHZ 67, 156f.; 107, 345f.). Dem Recht auf Wasserentnahme steht § 4 Abs. 2 nicht entgegen, da der Bund nicht berechtigt ist, einseitig ändernd in den seinem Rechtsvorgänger mit den Ländern abgeschlossenen Staatsvertrag einzugreifen; daß der BRat dem Gesetz zur Neuordnung des Wasserrechts vom 31.7.2009 zugestimmt hat, ändert daran nichts, da das Artikelgesetz den Vertrag selbst unberührt läßt. Zum Recht der **Jagdausübung** s. BGHZ 84, 59ff.; *Friesicke* Einl. Rn. 23; *Maunz/Dürig* Rn. 34f. zu Art. 89 GG. Die staatlichen **Fischereirechte** sind gemäß § 2 lit. b. Staatsvertrag 1921 den Ländern belassen worden, soweit sie sich auf natürliche Wasserläufe beziehen; bei künstlichen Wasserstraßen sind sie auf den Bund übergegangen. Zum Inhalt des Eigentums an einer Bundeswasserstraße s. im einzelnen *Friesicke* Einl. Rn. 22–29.

- 11 **2. Grenzen des Gewässereigentums.** Die allgemeine Rechtsbindung des Bundes als Eigentümer der Bundeswasserstraßen folgt unmittelbar aus dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nach Art. 20 Abs. 3 GG. Mit der Regelung des Abs. 1 Satz 2 ist daher ein lediglich deklaratorischer (LR-*Fajßbender* Rn. 14 zu § 4) Hinweis auf diese Rechtsbindung eingefügt.

- 12 Inhaltlich stellt Abs. 1 Satz 2 klar, daß der Bund als Eigentümer der Bundeswasserstraßen den allgemeinen Grenzen und Einschränkungen des Eigentums (Inhalts- und Schrankenbestimmungen) unterliegt wie jeder andere Gewässereigentümer auch, ungeachtet des Umstands, daß der Bund nicht Träger des Grundrechts aus Art. 14 Abs. 1 sein kann. Das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG steht einer selektiven Rechtsgeltung eigentumsbegrenzender Vorschriften entgegen und unterwirft damit auch den Bund dem einschlägigen verfassungsmäßigen Recht (*Abt* DÖV 1960, 820; *Friesicke* Einl. Rn. 25; *Ladeur* NJW 1987, 1237). Dies gilt grundsätzlich auch für einschränkende Regelungen des Landesrechts (*Reigl* DÖV 1967, 397ff.; *Stern* Staatsrecht II, S. 785), soweit sich nicht aus Art. 31 GG oder einer im Einzelfall vorzunehmenden Interessenabwägung anderes ergibt (BVerwGE 29, 56ff.; 31, 271; 44, 358; 114, 238f.; *Blumenwitz* AöR 96 [1971], 161ff.; *Friesicke* Einl. Rn. 11; *Geb-*

hand DÖV 1986, 545ff.). Der Bund ist damit an die das Gewässereigentum betreffenden Bestimmungen des WHG (z. B. § 4 Abs. 4, § 37 Abs. 2 und 3, § 38 Abs. 4, § 40 Abs. 1, § 41 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, §§ 91–94, § 101 Abs. 2; s. auch LR-Faßbender Rn. 4 zu § 4), der auf seiner Grundlage erlassenen Vorschriften (insbesondere Rechtsverordnungen nach § 23), aber auch an wirksame, d. h. sich im kompetentiellen Rahmen der grundgesetzliche Zuständigkeitsverteilung haltende landesrechtliche Bestimmungen in den LWG und den Landesrechtsverordnungen gebunden. Die Verpflichtung nach anderen Rechtsvorschriften, insbesondere solchen des öffentlichen Umweltschutzrechts, wird in Abs. 1 Satz 2 nicht ausdrücklich erwähnt, ergibt sich aber aus den erwähnten rechtsstaatlichen Bindungen des Bundes (s. auch BVerwGE 114, 239 zu einer landesnatschutzrechtlichen Unterschutzstellungsverordnung; allgem. LR-Faßbender Rn. 14 zu § 4).

Hieraus folgt zugleich, daß den Bund grundsätzlich auch die auf landesgesetzlichen Gefahrenabwehrrecht beruhende ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit für den Zustand der in seinem Eigentum stehenden Gewässer trifft (BVerwG NVwZ 1983, 474; NJW 1984, 818; *Frieseecke* Einl. Rn. 26 m. w. N.; s. auch Rn. 19; differenzierend *Sander* ZfW 1999, 412ff., der aufgrund der wasserrechtlich stark eingeschränkten Verfügungsmacht über das Eigentum mit beachtlichen Gründen für eine dementsprechende verfassungskonforme Reduktion der Zustandsverantwortung plädiert.). Nicht dagegen ist deswegen die nach Landesrecht zuständigen Wasserbehörde auch berechtigt, auf dem Zwangsweg durchsetzbare ordnungsbehördliche Verfügungen (Verwaltungsakte i. S. des § 35 VwVfG) gegen den Bund zu erlassen (*Dreus/Wacke/Vogel/Martens* S. 240f., 294).

13

### III. Grenzen der Eigentumsfähigkeit des Wassers (Abs. 2)

1. **Allgemeines.** § 4 Abs. 2 enthält weitere Klarstellungen zum Gewässereigentum, die zuvor bundesrechtlich in dieser Deutlichkeit nicht geregelt waren. Er betrifft das Wasser eines fließenden oberirdischen Gewässers i. S. der § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 3 Nr. 1 und das Grundwasser i. S. der § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 3 Nr. 3. Nicht erfaßt werden dagegen das Wasser in Küstengewässern i. S. der § 2 Abs. 1 Nr. 2, § 3 Nr. 2 in Meeresgewässern i. S. der § 2 Abs. 1a, § 3 Nr. 2a und in stehenden oberirdischen Gewässern (BFM-Berendes Rn. 15, 16 zu § 4; SZDK-Göbl Rn. 3–6 zu § 4). Grund der neu in das WHG aufgenommenen unterschiedlichen Behandlung der oberirdischen Gewässer ist die in Abs. 2 gesetzlich entschiedene Streitfrage um das Eigentum an der fließenden Welle im Zusammenhang mit der Nutzung der Wasserkraft (§ 35), die sich bei Seen und Teichen nicht erst stellt und auch bei Küstengewässern (Gezeitenkraftwerke) aufgrund der eigentumsrechtlichen Zuordnung des Meeres (BGH NJW 1989, 2464ff.; *Harders* NJW 1989, 2452ff.) nicht der wasserhaushaltsgesetzlichen Klarstellung bedurfte. Hierdurch wird freilich eine weitere Differenzierung der Oberflächengewässer provoziert, die auch in den LWG bislang nicht enthalten war. Auch mit Blick auf die mitunter wasserwirtschaftlich problematische Abgrenzung zwischen fließenden und stehenden Gewässern wurde daher im Gesetzgebungsverfahren die Streichung des Abs. 2 oder (hilfsweise) die Erstreckung auf alle oberirdischen Gewässer vorgeschlagen; im übrigen wurde vorgetragen, daß sich die fehlende Eigentumsfähigkeit des Grundwassers unmittelbar aus der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ergebe und daher nicht der positiv-rechtlichen Wiederholung bedürfe (BRDrucks. 280/1/09 S. 3f. Nr. 4, 5). Die entsprechende Empfehlung des Umweltausschusses wurde jedoch im Ergebnis verworfen.

14

Das WHG unterstellt das ober- und unterirdische Wasser einer vom Grundeigentum losgelösten **öffentlich-rechtlichen Benutzungsordnung** und ordnet es der Allgemeinheit zu (BVerfGE 58, 328; s. *Kloepfer* § 13 Rn. 58, 59 m. w. N.; krit. *Maunz/Dürig* Rn. 371a zu Art. 14 GG: unvereinbar mit dem Übermaßverbot; *Wendt*, Eigentum und Gesetzgebung, 1985, S. 222ff.); so wie die Befugnisse des

15

Grundstückseigentümers an den Grundstücksgrenzen aufhören, endet seine Rechtsstellung in der Tiefe grundsätzlich dort, wo er mit dem Grundwasser in Berührung kommt, und an der Erdoberfläche dort, wo er auf oberirdisches Wasser stößt (nach BGH ZfW 1983, 33, ZfW 1984, 344 und ZfW 1985, 107 ist dies nicht räumlich zu verstehen). Maßnahmen der öffentlichen Hand, die sich auf Grundstücksnutzungen mit Einfluß auf das Grundwasser beziehen, lassen somit seit Inkrafttreten des WHG das Grundeigentum in seinen verfassungsrechtlichen Schutzzgrenzen unberührt und gehen in jedem Fall an diesen Grenzen vorbei. Das BVerfG stellt dies zwar ausdrücklich zumeist nur für das Grundwasser dar. Seine breit angelegte Argumentation zwingt aber zu dem Schluß, daß für das Oberflächenwasser und das Wasser der Küstengewässer nichts anderes gilt (ebenso *Bracher NuR* 1988, 19; *Haupt/Reffken/Rhode Rn. 2* zu § 76 NdsWG a. F.; *Kirchhof NVwZ* 1987, 1034; *Salzwedel ZfW* 1983, 14; *Salzwedel/Nacke NVwZ* 1985, 714; s. auch *Jeromin/Kerkmann Rn. 11* zu § 2 RhPfWG/§ 1a WHG). Die Darlegungen des BVerfG lassen sich ohne Einschränkung auf sie übertragen. Dies rechtfertigen auch die engen hydrogeologischen und wasserwirtschaftlichen Zusammenhänge zwischen dem Grundwasser und dem oberirdischen Wasser (s. BGH ZfW 1979, 39). Beim oberirdischen Wasser war die Nutzung durch das Wasserrecht schon seit je in besonderem Maße eingeschränkt. Gilt für das Grundwasser eine vom Grundeigentum getrennte öffentlich-rechtliche Ordnung, so muß das erst recht (arg. a maiore ad minus) für die Oberflächen- und die Küstengewässer zutreffen. Dies ergibt sich nicht zuletzt auch aus ihrer geringeren Beherrschbarkeit und aus dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen im WHG und in den LWG, die keinen Unterschied zwischen den verschiedenen Gewässern machen (z. B. § 8 Abs. 1).

- 16 Diese gesetzliche Regelung rechtfertigt sich aus der „**überragenden Bedeutung des Wasserhaushalts** für die Allgemeinheit“ daraus, daß Wasser „eine der wichtigsten Grundlagen allen menschlichen, tierischen und pflanzlichen Lebens“ ist (BVerfGE 58, 341), daß „eine geordnete Wasserwirtschaft sowohl für die Bevölkerung als auch für die Gesamtwirtschaft notwendig“ ist (BVerfGE 10, 107 und 113) und „weil das natürliche Angebot an Wasser nach Menge und Qualität für die wirtschaftliche Entwicklung eines Landes und für die Erhaltung des Lebens überhaupt von entscheidender Bedeutung ist, und zwar mit der weiteren Entwicklung und den steigenden Bedürfnissen eines jeden einzelnen in zunehmendem Maße“ (BGHZ 49, 72 und BGHZ 60, 126; BVerwGE 36, 249f.; BayVerfGH ZfW 1978, 294). Zum anderen hat sie ihren Grund darin, daß das Wasser und der Wasserhaushalt gegenüber Verunreinigungen in besonderem Maße anfällig sind (BVerwGE 55, 231).
- 17 **Rechtsfolge** der Anordnung des Abs. 2 ist das gesetzliche Entfallen der Sacheigenschaft fließenden Wassers und Grundwassers i. S. des § 90 BGB (*Palandt Rn. 8* vor und Rn. 1 zu § 90 BGB). Die grundsätzliche Befugnis des Eigentümers nach § 903 BGB, mit dem Wasser nach Belieben zu verfahren, besteht daher gemäß § 4 Abs. 2 WHG nicht. Die vornehmlich im älteren Schrifttum noch geführte Diskussion um die bürgerlich-rechtliche Eigentumsfähigkeit von Grundwasser sowie fließendem (gelegentlich auch stehendem) Oberflächenwasser war schon vor Inkrafttreten des § 4 Abs. 2 einer überwiegend öffentlich-rechtlichen Betrachtungsweise gewichen, die sich unter Vermeidung der Abgrenzungsschwierigkeiten des privaten Sachenrechts in erster Linie an den legislativ oder administrativ begründeten Rechten an einem Gewässer richtete. Hierdurch wurde eine vom BGB unabhängige Bewertung ermöglicht, die auch zivilrechtlich nur unzureichend Faßbares eindeutig zuzuordnen in der Lage war. Entscheidend ist dabei weniger, ob sich das Gewässereigentum auf das fließende Wasser oder das Grundeigentum auf das Grundwasser erstreckt, sondern vielmehr, welche Rechte der Eigentümer unter dem Eindruck der öffentlich-rechtlichen Ordnung des Wasserhaushalts konkret genießt und welche nicht. Das BVerfG (E 58, 300ff.), auf das in der Entwurfsbegründung zu Abs. 4 für das Grundwasser ausdrücklich Bezug genommen wird (BTDrucks. 16/12275 S. 54), hat diese durch das

öffentliches Wasserrecht geschaffene und vom bürgerlich-rechtlichen Grundeigentum losgelöste öffentlich-rechtliche Benutzungsordnung als mit Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar bestätigt (s. dazu auch *Breuer* Rn. 170 ff.; *Kloepfer* § 13 Rn. 57 ff.; *Salzwedel* ZfW 1983, 13 ff.; *Sparwasser/Engel/Voßkuhle* § 8 Rn. 91). Zu Recht weist daher die Entwerfungsgründung darauf hin, daß die Frage von „nicht ins Gewicht fallender Relevanz“ ist (obwohl ihr dennoch im selben Satz ausdrücklich „grundsätzliche Bedeutung“ attestiert wird, BTDrucks. 16/12275 S. 54; nachgerade pathetisch ist am Rande die an selber Stelle geäußerte Erwartung, Abs. 2 solle „dazu beitragen, das Verständnis der deutschen Wasserrechtsordnung zu verbessern“).

**2. Wasser eines oberirdischen Fließgewässers.** Der bundesrechtliche Ausschluß der Eigentumsfähigkeit der „fließenden Welle“, d. h. des auf einem Grundstück in einem Gewässerbett gefaßten und sich auf der Oberfläche bewegenden Wassers, vereinheitlicht die in den LWG zuvor unterschiedlich gehandhabte Reichweite des Gewässereigentums (*BFM-Berendes* Rn. 19, 20 zu § 4). Die §§ 5–6 BadWtbgWG, § 3 Abs. 2 Satz 1 SächsWG, § 4 Abs. 1 und 2 ThürWG beschränken das Gewässereigentum auf das Gewässerbett. Bei Fehlen einer klaren gesetzlichen Aussage wurde seit langem ohne greifbaren Erfolg wissenschaftlich gestritten (*Maunz/Dürig* Rn. 24, Fußn. 2 zu Art. 89 in der Kommentierung 1962: „Dieser uralte Streit ist dogmatisch nicht lösbar“; offen auch BGHZ 28, 37 f.; aus jüngerer Zeit: *von Mangoldt/Klein/Starck* Rn. 20 zu Art. 89 GG; *Maunz/Dürig* Rn. 31 zu Art. 89 GG m. w. N.; *LR-Faßbender* Rn. 18, 22 zu § 4). Im Anschluß an das BVerfG wurde vielmehr sogar schon vor Schaffung des § 4 angenommen, daß das Grundwasser auch zivilrechtlicher Herrschaft ganz entzogen sei (*VGH Kassel* ZfW 1998, 370; weil es dem Grundeigentum rechtlich zuzuordnen ist; *OLG Nürnberg* ZfW 1991, 201; *Rehbinder* NuR 1988, 107 m. w. N.; *Salje* Rn. 82 zu §§ 1, 3 UmweltHG; *J. Schulz* S. 23; ebenso *VGH Kassel* ZfW 1993, 40 zum gesamten Wasser im Naturkreislauf). Das BVerfG hat dies im wesentlichen zwar nur zum Verhältnis von Grundeigentum und Grundwasser dargelegt; für das Oberflächenwasser (und die Küstengewässer) gilt aber nichts anderes (ebenso *Sparwasser/Engel/Voßkuhle* § 8 Rn. 91; *Broschei* Rn. 3 zu § 13 NordrhWestfWG; *Kloepfer* § 13 Rn. 58; s. auch *Sautter* S. 49).

So weit vorgefundene landesgesetzliche Eigentumsregelungen gleichfalls das Eigentum an der fließenden Welle ausschließen oder positiv gewendet das Gewässereigentum lediglich auf das Gewässerbett beschränken, stehen sie damit im Einklang mit der neuen bundesrechtlichen Vollregelung. Im übrigen steht es den Ländern aber auch frei, nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG von § 4 Abs. 2 abzuweichen, da weder stoff- noch anlagenbezogene Regelungen betroffen sind (s. aber Rn. 1 m. w. N. zur Gegenauffassung). Die im Gesetzgebungsverfahren gegen § 4 Abs. 2 vorgebrachte tradierte Rechtslage kann auf diesem Wege also durchaus aufrechterhalten werden. Die Befürchtung, bei Aufgabe der Eigentumsfähigkeit der fließenden Welle in Ölschadensfällen nach der Rechtsprechung des OVG Hamburg (NuR 1986, 207) den Gewässereigentümer nicht mehr als Zustandsverantwortlichen in Anspruch nehmen zu können, weil der Eigentümer des Öls nach den §§ 946 ff. BGB durch Vermischung mit dem Wasser von seiner Haftung frei wird (BRDrucks. 280/1/09 S. 3 Nr. 4), ist entgegenzuhalten, daß die polizeirechtliche Zustandshaftung gerade nicht an die Eigentümereigenschaft, sondern an die tatsächliche Sachherrschaft anknüpft. Diese ist indes der Eigentümer des Gewässerbetts über das fließende Wasser faktisch in selber Weise auszuüben in der Lage wie der Eigentümer des Gewässers als solches einschließlich des geführten Wassers, so daß die Neuregelung des Abs. 2 keine gefahrenabwehrrechtlichen Haftungslücken reißen dürfte. Aufgrund der dargestellten öffentlich-rechtlichen Überlagerung des Eigentums an Gewässern (Rn. 15) wird sich im Ergebnis auch eine Fortführung der unterschiedlichen Regelungsmodelle auf der Grundlage abweichenden Landesrechts praktisch allenfalls unwesentlich auswirken.

20 **3. Grundwasser.** Das Wasser unter einem Grundstück (Grundwasser i. S. des § 3 Nr. 3) gehört nicht zum von Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Inhalt des Eigentums, sondern ist durch das WHG vom Grundeigentum und von den Rechten an ihm „abgekoppelt“ (BVerfGE 58, 332f. gegen den BGH im Vorlagebeschluß ZfW 1979, 33). Auch die Bestimmungen des BGB (insbesondere §§ 903, 905) zwingen nicht, das Grundeigentum auf das Grundwasser zu erstrecken. Die mittlerweile unbestrittene Ansicht wird nunmehr in § 4 Abs. 2 bundesgesetzlich ausdrücklich festgeschrieben. Anders als bei oberirdischen Gewässern gehen auch die LWG einheitlich davon aus, daß das Grundwasser vom Eigentumsrecht am Grundstück nicht erfaßt wird.

## IV. Einschränkungen des Grundeigentums (Abs. 3)

21 **1. Allgemeines.** § 4 Abs. 3 übernimmt mit kleineren Änderungen die mit dem ÄndG IV aufgenommene Regelung des § 1 a Abs. 4 a. F. (BTDrucks. 16/12275 S. 54; BFM-Berendes Rn. 21 zu § 4). Der weitere Begriff der Zulassungen stellt gegenüber der früheren Fassung klar, daß neben der Erlaubnis und der Bewilligung auch weitere wasserrechtliche Gestaltungsformen (z. B. Zulassung vorzeitigen Beginns nach § 17 oder Gestaltungen im Rahmen des § 19) von der Einschränkung erfaßt werden (zust. BeckOK-Hasche Rn. 5 zu § 4 WHG). Entsprechend der Erstreckung der Vorschriften über den Gewässerausbau (§§ 67–71) auch auf die Küstengewässer (Rn. 1 zu § 67) mußte die im früheren Recht (§ 1 a Abs. 4 Nr. 2 a. F.) enthaltene Beschränkung auf oberirdische Gewässer in Abs. 3 Nr. 2 konsequenterweise aufgegeben werden.

22 Abs. 3 stellt lediglich den vor seinem erstmaligen Inkrafttreten (ÄndG IV) bereits bestehenden Rechtszustand (BVerfGE 58, 329; BGHZ 84, 223; *Sendler* ZfW 1979, 72; abw. *Kleinlein* DVBl. 1991, 370) klar (BFM-Berendes Rn. 22 zu § 4); die vorgefundenen Inhaltsbestimmungen und Eigentumsbeschränkungen will er nicht beseitigen (OVG Koblenz ZfW 1993, 222). Nach dem **Regelungssystem des WHG** bedarf jede Gewässerbenutzung grundsätzlich einer konstitutiven wasserrechtlichen Zulassung, regelmäßig (Rn. 21) in der Form der Erlaubnis oder der Bewilligung. Diese Zulassung ist nach § 12 Abs. 1 zu versagen, wenn von dem Vorhaben anders nicht abzuwendende Gewässeränderungen zu erwarten sind oder andere Anforderungen nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht erfüllt werden. Eine Bestimmung, daß die Erlaubnis oder Bewilligung unter bestimmten Voraussetzungen zu erteilen ist, enthält das WHG nicht. Dadurch soll zum Ausdruck gebracht werden, daß kein Nutzungsinteresse – auch nicht der Grundstückseigentümer – ein Recht hat, auf das Grundwasser zuzugreifen, und damit auch keinen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Erlaubnis oder Bewilligung (s. Rn. 33 zu § 12). Für den Gewässerausbau gilt Entsprechendes (s. Rn. 13 zu § 68). Umgekehrt verfügt nach Abs. 3 der Gewässereigentümer über keine bürgerlich-rechtliche oder verfassungsrechtliche Rechtsposition, auf die individuelle Abwehrrechte gegen Verunreinigungen des Grundwassers durch Dritte (Abs. 4) gestützt werden könnten (BVerwG NVwZ 2012, 574).

23 **2. Inhalts- und Schrankenbestimmung.** Das Regelungssystem des WHG entspricht der übergreifenden Zielsetzung, eine geordnete Bewirtschaftung des ober- und unterirdischen Wassers und der Küstengewässer nach Menge und Beschaffenheit sicherzustellen. Es grenzt das Verhältnis von Grundeigentum und Grundwasser ab und bestimmt die Rechtsstellung des einzelnen Grundstückseigentümers in diesem Rechtsbereich. Aus der Sicht des Art. 14 GG enthält es keine Enteignungsnormen, sondern **bestimmt Inhalt und Schranken des Eigentums** i. S. des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG (BTDrucks. 16/12275 S. 54; BFM-Berendes Rn. 25 zu § 4); es beseitigt weder selbst eine dem Grundstückseigentümer nach § 905 BGB zustehende Rechtsposition in enteignender und damit entschädigungspflichtiger Weise, noch wird durch die Anwendung dieser Vorschriften eine solche Rechtsposition entzogen (BVerfGE 58, 332; BGH ZfW 1985, 107; BayVerfGH BayVBl. 2010, 500). Seine Bestimmun-



gen stehen mit dem GG in Einklang (dazu näher *Breuer* Rn. 171–181). Insbesondere verletzen sie nicht die grundgesetzliche Anerkennung des Privateigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dies gilt nicht nur für den vom BVerfG entschiedenen Fall des Zutageleitens von Grundwasser (§ 9 Abs. 1 Nr. 5), sondern für alle von § 4 Abs. 3 erfaßten Tatbestände (*Salzwedel* NuR 1983, 46; s. auch Rn. 15).

**3. Beispiele.** In eine vom Schutz des Art. 14 GG umfaßte Rechtsposition des Grundeigentümers (oder des Inhabers eines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes) wird insbesondere nicht eingegriffen, wenn eine Gewässerbenutzung oder ein Gewässerausbau versagt werden muß, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 12 dazu zwingen (s. auch Rn. 68 zu § 52 und *Salzwedel/Nacke* NVwZ 1987, 714f. insbesondere zur Rspr. des BGH). Für einen **Kiesabbau** im Grundwasser (Naßauskiesung) wird nach § 12 die Erlaubnis oder Bewilligung (s. Rn. 69 zu § 9) oder die Planfeststellung (s. Rn. 25, 26 zu § 67) nicht erteilt (BVerfGE 58, 337; ebenso BGHZ 84, 223; jeweils zur Benutzung und BGHZ 90, 10 zum Ausbau unter Aufgabe der bisherigen Rspr., z. B. BGH ZfW 1975, 46f.), es wird die erforderliche Erlaubnis nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 für einen Kiesabbau oberhalb des Grundwassers (Trockenauskiesung) abgelehnt (BGH ZfW 1983, 22; s. auch OVG Koblenz ZfW 1993, 223 zum Verbot gefährlicher Düngemaßnahmen). Die Versagung der Erlaubnis berechtigt den Grundeigentümer selbst dann nicht zur Entschädigung, wenn sie das Übermaßverbot (s. Rn. 71 zu § 13) verletzt und daher rechtswidrig ist, der Eigentümer hiergegen jedoch den Verwaltungsrechtsweg nicht beschreitet (BGHZ 84, 230; s. auch *Anders/Ellinghoven* S. 202). Die Ablehnung muß auch dann entschädigungslos hingenommen werden, wenn sie auf gesetzlich gestützte Ermessensgründe gestützt ist (*Salzwedel* ZfW 1983, 15).

Keine Enteignung, sondern lediglich eine Aktualisierung der im WHG verwirklichten Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums i. S. von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG bestimmenden öffentlich-rechtlichen Benutzungsordnung liegt vor, wenn in einem Wasserschutzgebiet mit Anordnungen nach § 52, die z. B. auch nach den §§ 12, 13 möglich sind, Auskiesung und Düngemaßnahmen verboten oder für nur beschränkt zulässig erklärt werden (s. Rn. 68, 71–73 zu § 52). In eine durch die Eigentumsgarantie geschützte Rechtsposition des Grundstückseigentümers dürfte auch nicht eingegriffen werden, wenn die Bebauung eines Grundstücks eingeschränkt wird, weil die Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung nur durch Inanspruchnahme eines Gewässers möglich sind, jedoch aus wasserrechtlichen Gründen nicht gestattet werden. Entsprechendes gilt z. B. für die besonderen Duldungs- und Bewirtschaftungspflichten nach § 41 (s. Rn. 26–28 zu § 41), für die Untersagung von Erdaufschlüssen i. S. von § 49 (s. Rn. 4 zu § 49) und für die Einschränkung des Umgangs mit wassergefährdenden Stoffen i. S. der §§ 62, 63 sowie für die allgemeinen Verbote der § 32 Abs. 2, § 45 Abs. 2, § 48 Abs. 2; zweifelnd *Salzwedel* ZfW 1983, 17f.). Zur allgemeinen Duldungspflicht des Eigentümers und Nutzungsberechtigten von Gewässern s. Abs. 4.

## V. Duldungspflicht (Abs. 4)

**1. Allgemeines.** Abs. 4 übernimmt die bislang landeswassergesetzlich begründete Pflicht des Eigentümers oder Nutzungsberechtigten (Mieter, Pächter, Erbbauberechtigter usw.), Benutzungen des betreffenden Gewässers i. S. des § 9 zu dulden, in Bundesrecht (s. auch Rn. 22). Die **Duldungspflicht** gegenüber behördlich zugelassenen Benutzungen des Gewässers durch andere (und gegenüber Gemeingebrauch und Anliegergebrauch) ist nicht erst durch das WHG und die LWG eingeführt worden; sie bestand schon nach früheren Gesetzen. Sie ist notwendiger Bestandteil des wasserhaushaltsrechtlichen Bewirtschaftungssystems, das vielfach darauf angewiesen ist, daß



zugelassene Nutzungen, insbesondere solche, die dem Wohl der Allgemeinheit (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3) zu dienen bestimmt sind, auch tatsächlich durchgeführt werden und nicht an der Weigerung des Eigentümers praktisch scheitern (zur Entgeltlichkeit der Duldungspflicht s. Rn. 31 f.). Es handelt sich daher nicht um eine Enteignung (Art. 14 Abs. 3 GG) oder gar die Einschränkung eines Grundrechts in seinem Wesen (Art. 19 Abs. 2 GG; abw. *Salzwedel* ZfW 1962, 80 f.; dagegen *Gieseke* RdWWi 12, 15), sondern um eine weitere Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums (ebenso BayVerfGH BayVBl. 2010, 500; BFM-Berendes Rn. 25 zu § 4). Darüber, daß auch für den Gewässereigentümer die auf Grund des § 14 Abs. 3, 4 erlassenen Bestimmungen gelten, die im Bewilligungs- und Erlaubnisverfahren gegenüber nachteiligen Wirkungen einer Benutzung Einwendungen ermöglichen und gegebenenfalls Entschädigungen vorsehen, s. Rn. 28 zu § 10. Nach § 6 HessWG gilt die Duldungspflicht nicht für Talsperren und Wasserspeicher i. S. des § 43 Abs. 2 HessWG und oberirdische Gewässer, die in Hofräumen, Betriebsgrundstücken, Gärten und Parkanlagen liegen und im Eigentum der Anlieger stehen.

- 27 **2. Voraussetzungen.** Die gesetzliche Duldungspflicht des Abs. 4 tritt in zwei Sachverhaltskonstellationen auf: Entweder handelt es sich bei der **Benutzung** i. S. des § 9 um ein nach § 8 Abs. 1 der wasserbehördlichen Erlaubnis oder Bewilligung bedürftiges Vorhaben resp. es liegt ein anderes Gestattungserfordernis (etwa im Zuge der Zulassung vorzeitigen Beginns nach § 17; zust. LR-Faßbender Rn. 32 zu § 4) vor. In diesem Falle ist der Benutzer zur Durchführung seines behördlich konsentierten Vorhabens darauf angewiesen, daß der Eigentümer oder Nutzungsberechtigte durch seine Weigerung das Unternehmen nicht verhindert. Oder aber es liegt ein Fall des **Gemeingebruchs** (§ 25), des **Anliegergebrauchs** (§ 26 Abs. 2) oder einer **erlaubnisfreien Benutzung** nach § 43 (Küstengewässer) oder § 46 (Grundwasser) vor. Hier hat der Gesetzgeber die Entscheidung für eine allgemeine Freigabe bestimmter, dem Grunde nach unter einen Benutzungstatbestand fallenden Verhaltensweisen getroffen, die gleichfalls nicht durch ein Veto des Gewässereigentümers oder Nutzungsberechtigten konterkariert werden soll.
- 28 Nicht unter § 4 Abs. 4 fällt dagegen aufgrund des eindeutigen Wortlauts des Abs. 4 („Benutzung“) die Inanspruchnahme eines Gewässers in der Form eines **Gewässer-ausbaus** nach § 67 Abs. 2 (s. insoweit aber auch Rn. 16, 82, 83 zu § 70), der gemäß § 9 Abs. 3 schon begrifflich keine Benutzung darstellt (s. Rn. 93–100 zu § 9). Zur Duldungspflicht bei Maßnahmen der **Gewässerunterhaltung** s. § 41 und dort Rn. 6 ff. zu § 41.
- 29 Zur **inhaltlichen Ausgestaltung der Duldungspflicht** des Eigentümers oder Nutzungsberechtigten eines Gewässers gegenüber dem Inhaber einer Erlaubnis oder Bewilligung nach § 10 s. im einzelnen dort die Erläuterungen Rn. 22–31 zu § 10; zur Pflicht der Duldung rechtmäßig ausgeübten Gemeingebruchs s. Rn. 7 zu § 25.
- 30 **3. Ausnahmen.** Ebenfalls in Übereinstimmung mit den meisten LWG, die ihrerseits teilweise schon Regelungen der alten Wassergesetze übernommen hatten, wird nach Abs. 4 Satz 2 die Benutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 3, d. h. das **Entnehmen fester Stoffe aus oberirdischen Gewässern**, von der Duldungspflicht ausgenommen, um einer Ausbeutung des Grundstücks durch Dritte allein auf der Grundlage einer wasserbehördlichen Zulassung zu verhindern. Während die Sozialpflichtigkeit des Eigentums ohne weiteres die grundsätzliche Auferlegung einer Duldungspflicht behördlich gestatteter Benutzungen im übrigen zuläßt, würde der Eigentümer im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG unverhältnismäßig belastet, wenn er beispielsweise die Förderung von Kies, Sand oder Bodenschätzen durch einen Dritten ohne angemessene Gegenleistung hinnehmen müßte. In diesem Fall weicht die Sozialpflichtigkeit der Eigentums- und Vertragsfreiheit (*Schimikowski* ZfW 1986, 210); eine derart weitgehende Eigentumsbeschränkung läßt sich allein durch die Anforderungen einer geordneten Gewässerbewirtschaftung nicht mehr rechtfertigen. Aber auch jenseits dessen ist die