

Der Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung

**– Einfach-gesetzliche und verfassungsrechtliche Grundlagen, normative
Umsetzung im geltenden Recht und Auswirkungen auf kommunizierende
Rechtsbereiche –**

Rechtsgutachten

Prof. Dr. Michael Reinhardt, LL.M. (Cantab.)

August 2019

Gliederung

I. Ausgangssachverhalt und Fragestellung	4
II. Rechtliche Vorrangstellung der Gewässerbenutzung zu Zwecken der öffentlichen Trinkwasserversorgung	
1. Historische Entwicklung	5
2. Gegenwärtige Rechtslage	
a. Bundesrecht	9
b. Landesrecht	
aa. Zum Verhältnis von Bundes- und Landesrecht	12
bb. Expliziter Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung	13
cc. Vorrang des Wohls der Allgemeinheit	15
dd. Sonstige spezifische Regelungen	16
c. Zwischenbefund	18
3. Verfassungsrechtliche Determinanten	
a. Staatszielbestimmungen	
aa. Sozialstaatsprinzip	20
bb. Umweltstaatsprinzip	21
b. Kommunale Selbstverwaltungsgarantie	23
c. Grundrechte	
aa. Leben und körperliche Unversehrtheit	24
bb. Eigentum	
aaa. Vorrang der Wasserversorgung als Grundrechtsschranke	25
bbb. Sozialpflichtigkeit	25
III. Zulassungsregime des Wasserhaushaltsgesetzes	
1. Grundstruktur	27
2. Verhältnis der Instrumente zueinander	28
3. Exkurs: Gemeingebrauch	30
4. Verwaltungspraxis und Rechtsprechung	31
5. Zulassung der Entnahme zu Zwecken der öffentlichen Trinkwasserversorgung	33
IV. Resümee und Schlußfolgerungen	
1. Befund	36
2. Weiterer Klärungs- und Diskussionsbedarf	38
a. Ausweisung von Wasserschutzgebieten	38

b. Raumgestaltende Planung	
aa. Raumordnungsrecht	
aaa. Begriff der Gesamtplanung	40
bbb. Ziele und Grundsätze	41
ccc. Gewichtung der Belange	42
bb. Recht der Bauleitplanung	43
c. Naturschutz und ökologischer Gewässerschutz	
aa. Naturschutzrecht	44
bb. Ökologisches Gewässerschutzrecht	47
V. Zusammenfassung	49

I. Ausgangssachverhalt und Fragestellung

Der DVGW – Deutscher Verein des Gas- und Wasserfachs e. V., Technisch-wissenschaftlicher Verein – ist der Branchenverband der deutschen Gas- und Wasserwirtschaft. Um die Bedeutung des Trinkwassers und der öffentlichen Wasserversorgung wieder stärker in das Bewußtsein von Politik und Gesellschaft zu bringen, hat der DVGW eine Initiative unter dem Titel „DVGW Wasser-Impuls: Mit Sicherheit Qualität – nichts ist so wertvoll wie unser Trinkwasser“ auf den Weg gebracht, die die aktuellen Herausforderungen an die Wasserversorgung unter fünf verschiedenen fachlichen Aspekten (Cluster) beschreibt und spezifische Konzepte für eine nachhaltige Sicherstellung der Versorgung, insbesondere im Hinblick auf den Klimawandel, entwickelt. Cluster 1 widmet sich dem Thema „Vorrang der Wasserversorgung“ einschließlich seiner Umsetzung im geltenden Recht.

In diesem Zusammenhang hat der DVGW den Unterzeichneten um eine rechtswissenschaftliche Analyse der Regelungen zur öffentlichen Trinkwasserversorgung im geltenden Wasserrecht gebeten. Dabei soll insbesondere auf folgende Punkte vertieft eingegangen werden:

1. Rechtliche Stellung der öffentlichen Trinkwasserversorgung,
2. Rechtsformen der wasserbehördlichen Zulassung der Trinkwassergewinnung,
3. Anforderungen an die Festsetzung von Trinkwasserschutzgebieten,
4. Öffentliche Wasserversorgung im Recht der Raumordnung und der Bauleitplanung,
5. Verhältnis von Trinkwasserversorgung und Naturschutz, einschließlich des ökologischen Gewässerschutzes nach der Wasserrahmenrichtlinie.

Die Punkte 3. bis 5. sollen im Interesse der möglichst breiten Abschreitung der Thematik zunächst nur in der Form einer ersten erläuternden Sichtung unter dem Vorbehalt etwaiger späterer Vertiefung Erörterung finden.

Die nachfolgenden Ausführungen geben ausschließlich die rechtswissenschaftlichen Auffassungen des Verfassers wieder.

II. Rechtliche Vorrangstellung der Gewässerbenutzung zu Zwecken der öffentlichen Trinkwasserversorgung

1. Historische Entwicklung

Die Bedeutung der öffentlichen Trinkwasserversorgung im geltenden Recht erklärt sich zunächst aus der Entstehung des neuen Wasserrechts des Bundes unter der Geltung des Grundgesetzes, die in besonderer Weise durch die Bedürfnisse des Wiederaufbaus nach dem zweiten Weltkrieg geprägt war. Die damalige Zersplitterung des Wasserrechts in der Bundesrepublik Deutschland, auf Grund derer in manchen Bundesländern gleich mehrere, einander mitunter widersprechende vorkonstitutionelle wasserrechtliche Kodifizierungen nebeneinander galten¹, veranlaßte den Bundesrat schon früh, den Bund dazu zu drängen, von seiner neuen grundgesetzlichen Gesetzgebungskompetenz für den Wasserhaushalt nach Art. 75 Nr. 4 GG a. F. Gebrauch zu machen. Auf einen vom Agrarausschuß unterstützten Antrag des Landes Hessen² wurde der Bund daher um den Erlaß von Rahmenvorschriften zur Ordnung des Wasserhaushalts ersucht. Insbesondere wurde dabei darauf hingewiesen, daß der Wasserverbrauch in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts um das Zwanzigfache gestiegen und mit einer weiteren erheblichen Steigerung zu rechnen sei; das neue Recht müsse sicherstellen, daß auch künftige Ansprüche an den Wasserbedarf gedeckt werden können, was nur durch eine großräumige Bewirtschaftung des Wasserdargebots gewährleistet werden könne³. Die im Wiederaufbau miteinander kollidierenden Erfordernisse der Versorgung der Bevölkerung mit Wasser und Nahrung und die Erwartungen der Wirtschaft an eine sichere Partizipation an der Wassernutzung veranlaßten den Bund zu einer in entscheidenden Punkten modifizierten Fortbildung des alten Rechts.

Insbesondere wurde aus Gründen angemessener Verteilungsgerechtigkeit der etwa noch in § 47 Abs. 1 PrWG⁴ gewährte individuelle Anspruch auf Erteilung einer Verleihung des Rechts auf Nutzung eines Gewässers aufgegeben und durch einen

¹ Czychowski/Reinhardt, Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar, 12. Auflage 2019, Einl. Rn. 5; Nisipeanu, Tradition oder Fortentwicklung? Wasserrecht im UGB, NuR 2008, S. 87, 90.

² BRats-Drucks. 137/52.

³ Stenographisches Protokoll der 83. Sitzung des Deutschen Bundesrates vom 25. April 1952, S. 174.

⁴ Preußisches Wassergesetz vom 7. April 1913, PrGS S. 53.

bloßen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung ersetzt⁵. Die rasch veränderlichen allgemeinen und wasserwirtschaftlichen Entwicklungen sollten durch eine flexible behördliche Reaktionsfähigkeit aufgefangen werden; im selben Interesse wurde zudem die vormals zulässige und vor allem für Gewässerbenutzungen zu Zwecken der öffentlichen Trinkwasserversorgung nach der Natur der Sache regelmäßig genutzte zeitlich unbefristete Rechtseinräumung⁶ nicht explizit in das Wasserhaushaltsgesetz aufgenommen und statt dessen für die dem Investitionsschutz des Gewässerbenutzers dienende Bewilligung eine regelmäßige Höchstdauer von dreißig Jahren eingeführt, was damals als wasserwirtschaftlich noch überschaubarer Zeitraum betrachtet wurde⁷. Die Erlaubnis konnte – und kann bis heute – dagegen zumindest theoretisch auch ohne zeitliche Begrenzung erteilt werden, vermittelt aber ihrem Inhaber auf Grund der leichteren Widerruflichkeit eine nur sehr eingeschränkt verlässliche Rechtsposition.

In diesem Sinn sah der Regierungsentwurf des Wasserhaushaltsgesetzes vom Februar 1956⁸ vor, daß Erlaubnis und Bewilligung zwingend zu versagen sind, soweit von der beabsichtigten Benutzung eine Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit zu erwarten ist, die nicht durch Auflagen verhütet oder ausgeglichen werden kann⁹. Erst im späteren parlamentarischen Verfahren wurde auf Vorschlag des 2. Sonderausschusses – Wasserhaushaltsgesetz – die Bedeutung der öffentlichen Trinkwasserversorgung ausdrücklich akzentuiert. In seinem schriftlichen Bericht¹⁰ erklärte es der Ausschuß namentlich für

„notwendig, hier das Ermessen der zuständigen Behörden besonders auf die Belange der öffentlichen Wasserversorgung zu lenken. Die öffentliche Wasserversorgung wird infolge ihrer der Allgemeinheit gegenüber bestehenden Versorgungspflicht und ihrer Standortgebundenheit durch andere Wasserbenutzungen besonders gefährdet. Im Hinblick auf die Bedeutung der öffentlichen Wasserversorgung für die Allgemeinheit wird eine Beeinträchtigung der öffentlichen Wasserversorgung regelmäßig zu einer Versagung der Erlaubnis oder Bewilligung führen müssen.“

⁵ BTags-Drucks. 2/2072, S. 23.

⁶ *Holtz/Kreutz/Schlegelberger*, Preußisches Wassergesetz, Kommentar, 3. und 4. Auflage 1927, unveränderter Nachdruck 1955, § 47 Anm. 3, S. 324.

⁷ BTags-Drucks. 2/2072, S. 25.

⁸ BTags-Drucks. 2/2072.

⁹ § 6 Abs. 1 WHG RegE 1956.

¹⁰ BTags-Drucks. 2/3536, S. 10.

Diesem Anliegen trug der Bundestag sodann einstimmig Rechnung, indem er zur Konkretisierung und Spezifizierung des Tatbestands den Versagungsgrund der Gefährdung der öffentlichen Wasserversorgung beschloß¹¹. § 6 des in seiner ersten Fassung am 1. März 1960 in Kraft getretenen¹² Wasserhaushaltsgesetzes¹³ lautete damit:

„Die Erlaubnis und die Bewilligung sind zu versagen, soweit von der beabsichtigten Benutzung eine Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit, insbesondere eine Gefährdung der öffentlichen Wasserversorgung zu erwarten ist, die nicht durch Auflagen oder durch Maßnahmen einer Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 4 Abs. 2 Nr. 3) verhütet oder ausgeglichen werden kann.“

Diese Regelung blieb bis zur Neuordnung des Wasserrechts des Bundes nach der Föderalismusreform 2006¹⁴ unverändert erhalten und begründete einen grundsätzlichen Vorrang der Gewässerbenutzung im Interesse der öffentlichen Wasserversorgung gegenüber allen anderen Nutzungsinteressen. Lediglich in besonderen Ausnahmefällen, wie etwa im Fall überalterter oder aus anderen Gründen nahezu abgängigen Infrastrukturen vermag sich der gesetzlich gewollte Vorrang jedenfalls nicht ohne weiteres anderen Belangen gegenüber durchzusetzen; im übrigen wird die Rücksicht auf die öffentliche Wasserversorgung den Ausschlag geben¹⁵.

In der Rechtsprechung zu dieser Gesetzeslage wurde die gesetzlich hervorgehobene Bedeutung der öffentlichen Wasserversorgung vor allem durch den bis heute prägenden Naßauskiesungsbeschluß des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1981 aufgegriffen und im Sinn einer „absoluten Priorität“ der Versorgung der Bevölkerung mit einwandfreiem Trinkwasser unter allen Nutzungsarten nachgeschärft¹⁶. Damit hat der gesetzlich gewollte Vorrang der öffentlichen Wasserver-

¹¹ Stenographisches Protokoll der 216. Sitzung des 2. Deutschen Bundestages vom 27. Juni 1957, S. 12799 f.

¹² Siehe Gesetz zur Änderung des Wasserhaushaltsgesetzes vom 19. Februar 1959, BGBl. I S. 37; dazu *Reinhardt*, Vierzig Jahre Wasserhaushaltsgesetz, ZfW 2000, S. 1, 3.

¹³ Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz) vom 27. Juli 1957, BGBl. I, S. 1110.

¹⁴ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006, BGBl. I S. 2034.

¹⁵ *Gieseke/Wiedemann*, Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar, 2. Auflage 1971, § 6 Rn. 8; siehe auch zum heutigen Recht *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 6 Rn. 43 mit weiteren Nachweisen.

¹⁶ BVerfGE 58, 300, 342 (Naßauskiesung).

sorgung auch als grundsätzliche Schranke der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Eigentums nach Art. 14 GG Anerkennung erfahren.

Allerdings folgt auch hieraus kein im strengen Sinn absoluter, d. h. kategorischer und vor allem kein ausnahmsloser Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung, wie sich sowohl aus der gesetzlichen Formulierung selbst als auch aus den Vorgaben des rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes¹⁷ ergibt. Wird die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Wasserversorgung auch bei Versagung einer konkreten Entnahmegestattung nicht im tatbestandlichen Sinn gefährdet oder lassen sich im einzelnen Fall solche Gefährdungen durch die Erteilung geeigneter Auflagen oder anderer Maßnahmen i. S. des § 6 WHG 1957 sicher ausschließen, bleiben anderweitige Benutzungen grundsätzlich gestattungsfähig. Umgekehrt dürfen solche sonstigen Gewässerbenutzungen dann nicht zugelassen werden, wenn sie eine quantitative oder qualitative Beeinträchtigung der öffentlichen Wasserversorgung besorgen lassen. Diese Wertung folgt unmittelbar aus dem beschriebenen legislativen Grundansatz des wasserrechtlichen Zuteilungsermessens (*iustitia distributiva*)¹⁸, der wie gesehen in Abweichung zum früheren Recht einen durchsetzbaren subjektiven Rechtsanspruch auf Zulassung einer bestimmten Gewässerbenutzung selbst für die öffentliche Wasserversorgung nicht gewähren will.

Dem entspricht schließlich auch die Handhabung der Regelung in der Fachgerichtsbarkeit nach dem Naßauskiesungsbeschluß, die insbesondere auf die verwaltungsverfahrenrechtlichen Instrumente zum Ausgleich widerstreitender Nutzungsinteressen unter steter Wahrung der vorrangigen Belange der öffentlichen Wasserversorgung recurriert¹⁹. In diesem Sinn ist damit auch das verfassungsgerichtliche Postulat der absoluten Priorität der Trinkwasserversorgung zu verstehen.

¹⁷ Siehe insoweit *Drost*, Das neue Wasserrecht in Bayern, Wasserhaushaltsgesetz, Bayerisches Wassergesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 17. Ergänzungslieferung 2016, § 12 WHG Rn. 11; *Kotulla*, Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar, 2. Auflage 2011, § 12 Rn. 6.

¹⁸ So *Pape*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Loseblattsammlung, Stand: 89. Ergänzungslieferung 2019, § 12 WHG Rn. 50; siehe auch BVerwGE 78, 40, 44; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 12 Rn. 33; *Durner*, Wasserrecht, in: Reh binder/Schink (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 5. Auflage 2018, Kap. 9 Rn. 34.

¹⁹ Siehe z. B. BVerwG, ZfW 1988, S. 271, 275; BGH, ZfW 1997, S. 27, 32.

2. Gegenwärtige Rechtslage

a. Bundesrecht

Nach Abschaffung der Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes für den Wasserhaushalt und Schaffung einer konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG durch die Föderalismusreform 2006 hat der Bund im Jahr 2009 ein neues Wasserhaushaltsgesetz verabschiedet, das die bis dahin bestehenden bloßen Rahmenregelungen durch eine bundesrechtliche Vollregelung des Wasserrechts ersetzen sollte²⁰. Mit diesem Gesetz wurde die für die Entscheidung über die Zulassung einer Gewässerbenutzung maßgebliche Regelung des § 6 WHG a. F. aufgehoben und durch die Nachfolgebestimmung in § 12 WHG ersetzt. Dieser lautet nunmehr:

- „(1) Die Erlaubnis und die Bewilligung sind zu versagen, wenn
1. schädliche, auch durch Nebenbestimmungen nicht vermeidbare oder nicht ausgleichbare Gewässerveränderungen zu erwarten sind oder
 2. andere Anforderungen nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht erfüllt werden.
- (2) Im Übrigen steht die Erteilung der Erlaubnis und der Bewilligung im pflichtgemäßen Ermessen (Bewirtschaftungsermessen) der zuständigen Behörde.“

Den in § 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG verwendeten Begriff der schädlichen Gewässerveränderungen definiert sodann § 3 Nr. 10 WHG als:

„Veränderungen von Gewässereigenschaften, die das Wohl der Allgemeinheit, insbesondere die öffentliche Wasserversorgung, beeinträchtigen oder die nicht den Anforderungen entsprechen, die sich aus diesem Gesetz, aus auf Grund dieses Gesetzes erlassenen oder aus sonstigen wasserrechtlichen Vorschriften ergeben“.

Auch zur Steuerung des in § 12 Abs. 2 WHG heute explizit eingeräumten wasserbehördlichen Bewirtschaftungsermessens formuliert schließlich § 6 Abs. 1 Satz 1 WHG allgemeine Grundsätze der Gewässerbewirtschaftung, nach denen die Gewässer nachhaltig zu bewirtschaften sind, insbesondere mit dem Ziel (u. a.),

- „4. bestehende oder künftige Nutzungsmöglichkeiten insbesondere für die öffentliche Wasserversorgung zu erhalten oder zu schaffen“.

Damit wurde die vergleichsweise schlichte Versagungsnorm des § 6 WHG a. F. durch ein strukturell komplexeres und aus der Sicht des Gesetzgebers inhaltlich

²⁰ BTags-Drucks. 16/12275, S. 1.

weiterreichendes und klarstellendes Normensystem ersetzt²¹. Als zentraler zwingender Versagungsgrund firmiert nun nicht mehr wie zuvor das Wohl der Allgemeinheit, sondern das Merkmal der schädlichen Gewässeränderungen i. S. des § 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG. Nach der Legaldefinition dieses Begriffs in § 3 Nr. 10 WHG liegen schädliche Gewässeränderungen aber wie gesehen weiterhin dann vor, wenn das Wohl der Allgemeinheit, insbesondere die öffentliche Wasserversorgung beeinträchtigt wird. Insoweit hat die systematische Umstellung also mit Blick auf die Bedeutung der öffentlichen Wasserversorgung inhaltlich keine Veränderung der tradierten Rechtslage für die gesetzlichen Anforderungen an die Versagung einer Erlaubnis oder Bewilligung bewirkt. Die Zulassung von Gewässerbenutzungen, die erwarten lassen, daß sie das Wohl der Allgemeinheit, insbesondere die öffentliche Wasserversorgung, beeinträchtigen, ist damit gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Nr. 10 WHG ebenso zwingend zu versagen, wie das schon nach § 6 WHG a. F. der Fall war.

Im übrigen wird in § 12 Abs. 2 WHG i. V. mit § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 WHG nunmehr auch für die Rechtsfolgenseite der wasserbehördlichen Ermessensbetätigung das Augenmerk nochmals ausdrücklich auf die öffentliche Wasserversorgung als „besondere Ausprägung des Nachhaltigkeitserfordernisses“²² gelenkt, um in den Fällen, in denen ein zwingender Versagungsgrund nach § 12 Abs. 1 WHG nicht vorliegt, den vorrangigen Belangen der öffentlichen Wasserversorgung auch im Rahmen der Ermessensbetätigung angemessen Rechnung zu tragen, etwa durch die Versagung einer Zulassung oder die Erteilung geeigneter einschränkender Inhalts- und Nebenbestimmungen. Überdies wirkt § 6 WHG als Grundsatznorm für die Bewirtschaftung im Ganzen auch schon auf behördliche Abwägungsentscheidungen auf der Tatbestandsebene akzentuierend steuernd ein²³.

Insgesamt hat sich daher die materielle Rechtslage für die Zulassung von Gewässerbenutzungen und die Bedeutung der öffentlichen Wasserversorgung auch im neuen Wasserhaushaltsgesetz nicht geändert. Der durch § 6 WHG a. F. begründete Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung besteht im geltenden Bundesrecht un-

²¹ BTags-Drucks. 16/12275, S. 55 f.; siehe dazu auch *Breuer/Gärditz*, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Auflage 2017, Rn. 568 ff.

²² So BTags-Drucks. 16/12275, S. 55.

²³ BVerwGE 81, 347, 350 f. (zur Vorläufernorm des § 1 a WHG a. F.); *Berendes*, in: *Berendes/Frenz/Müggenborg* (Hrsg.), Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar, 2. Auflage 2017, § 12 Rn. 5; *Breuer/Gärditz*, Öffentliches und privates Wasserrecht, Rn. 288; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 12 Rn. 16.

eingeschränkt fort. Die systematische Verlagerung der Belange der öffentlichen Wasserversorgung von der prominenten Verortung in der zentralen Versorgungsnorm (§ 12 WHG) in den Katalog der allgemeinen Legaldefinitionen (§ 3 WHG) mag womöglich als wahrnehmungsphänomenologisch unglücklich²⁴ oder auch systematisch intransparent²⁵ empfunden werden und kann dem flüchtigen oder unkundigen Leser den sachlich unzutreffenden Eindruck einer Relativierung der vorrangigen Bedeutung der öffentlichen Trinkwasserversorgung vermitteln, rechtliche Relevanz mit konkreten Folgen für den wasserbehördlichen Vollzug kommt ihr im Ergebnis indes nicht zu. Auch die terminologische Umstellung von der Voraussetzung der „Erwartung einer Gefährdung“ nach altem auf die „Erwartung einer Beeinträchtigung“ nach neuem Recht enthält angesichts der überragenden Bedeutung der öffentlichen Wasserversorgung keine materielle Reduzierung des gesetzlichen Schutzniveaus, da schon nach früherem Recht die Unterscheidung zwischen Gefährdung und Beeinträchtigung als eher stilistischer Natur angesehen wurde²⁶. Die öffentliche Wasserversorgung bleibt nach alledem auch nach heute geltendem Wasserrecht des Bundes uneingeschränkt vorrangiger bundesgesetzlicher Maßstab für die wasserbehördliche Zuteilungsentscheidung²⁷. Mehr noch ist im neuen positiven Recht neben die freilich systematisch etwas verkomplizierte Hervorhebung der öffentlichen Wasserversorgung auf der Tatbestandsebene des § 12 Abs. 1 WHG i. V. mit § 3 Nr. 10 und § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 WHG nun wie gesehen zusätzlich eine explizite Akzentuierung auch auf der Rechtsfolgenseite des § 12 Abs. 2 WHG i. V. mit § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 WHG getreten, so daß letztlich sogar eine wenigstens formelle Erweiterung der normativen Sonderstellung dieser Gewässerbenutzung zu konstatieren ist.

²⁴ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 12 Rn. 12; *Knopp*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, Wasserhaushaltsgesetz, Abwasserabgabengesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 52. Ergänzungslieferung 2018, § 12 Rn. 18.

²⁵ *Breuer/Gärditz*, Öffentliches und privates Wasserrecht, Rn. 568.

²⁶ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 12 Rn. 13.

²⁷ *Berendes*, Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar, 2. Auflage 2018, § 12 Rn. 2; *ders.*, in: *Berendes/Frenz/Müggenborg* (Hrsg.), WHG, § 3 Rn. 33; *Breuer/Gärditz*, Öffentliches und privates Wasserrecht, Rn. 569, 641; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 12 Rn. 12; *Drost*, Wasserrecht in Bayern, § 3 WHG Rn. 43; *Faßbender*, in: *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, § 3 Rn. 81; *Knopp*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG, § 12 Rn. 18; *Kotulla*, WHG, § 12 Rn. 1; *Schmid*, in: *Berendes/Frenz/Müggenborg* (Hrsg.), WHG, § 12 Rn. 2; *Pape*, in: *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, § 12 WHG Rn. 25; *Schendel/Scheier*, in: *BeckOK Umweltrecht*, 50. Edition 2019, § 12 WHG Rn. 2 f.

Darüber hinaus manifestiert sich die besondere Bedeutung der öffentlichen Wasserversorgung im Wasserhaushaltsgesetz in zahlreichen anderen Regelungsbereichen und Einzelbestimmungen, auf die an dieser Stelle lediglich kurz aufmerksam zu machen ist. Vor allem zu nennen ist in diesem Zusammenhang der im Jahr 2009 neu eingeführte § 50 WHG, der ausschließlich der öffentlichen Wasserversorgung als Bestandteil der Daseinsvorsorge gewidmet ist, und der die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser als wichtigste Nutzung der Gewässer und allein hervorgehobener Belang des Wohls der Allgemeinheit nochmals unterstreicht²⁸. Ferner spiegelt sich dieser Rang auch in dem überkommenen Instrument der Ausweisung von Wasserschutzgebieten im Interesse einer derzeit bestehenden oder künftigen öffentlichen Wasserversorgung²⁹ und in der besonderen Schutzrichtung der Neuregelungen zum Fracking³⁰ wider.

b. Landesrecht

aa. Zum Verhältnis von Bundes- und Landesrecht

Auf der landesrechtlichen Ebene gelten ergänzend zahlreiche und differenzierte Regelungen, die die wasserbehördliche Entscheidung zwischen verschiedenen, miteinander konkurrierenden oder einander ausschließenden Gewässerbenutzungen zu steuern suchen. In diesem Zusammenhang ist in kompetenzrechtlicher Hinsicht zunächst daran zu erinnern, daß den Ländern auch nach Überführung der früheren bloßen Rahmenkompetenz des Bundes für das Recht des Wasserhaushalts in eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG auch weiterhin substantielle Regelungsbefugnisse zustehen.

So verfügen sie zum einen gemäß Art. 72 Abs. 1 GG über die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit keinen Gebrauch gemacht hat. Zwar war die Neuordnung des Wasserrechts nach der Föderalismusreform 2006 durch den erklärten Willen des Bundes geprägt, das Wasserhaushaltsgesetz von einem bloßen Rahmenwerk zu einer Vollregelung fortzuentwickeln³¹, doch bleibt das Wasserrecht auch unter Geltung der neuen bundesrechtlichen Vorschriften eine Materie, die sich allein in der gemeinsamen Gestaltungsverantwortung von Bund und Ländern entfaltet, da das Wasserhaushaltsge-

²⁸ So BTags-Drucks. 16/12275, S. 66.

²⁹ § 51 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2, § 52 WHG; siehe auch unten IV. 2. a.

³⁰ Siehe insbesondere § 13 a Abs. 1 Nr. 2 WHG.

³¹ BTags-Drucks. 16/12275, S. 1.

setz nach wie vor vielfach offen oder konkludent auf die Ergänzung, Konkretisierung und Klarstellung durch das Landesrecht setzt³². Nicht von ungefähr haben dann auch die in der Folgezeit novellierten Landeswassergesetze nur unmerklich an Umfang verloren.

Zum anderen ist die mit der Abschaffung der rahmenausfüllenden Rechtssetzungsbefugnis der Länder verlustig gegangene materielle Gestaltungsmöglichkeit zumindest partiell durch das Institut der Abweichungsgesetzgebung nach Art. 72 Abs. 3 GG kompensiert worden³³. Danach steht ihnen als Ausnahme zum Grundsatz des Art. 31 GG das Recht zu, im Bereich des Wasserhaushaltsrechts vom Bundesrecht abweichende Regelungen zu treffen, soweit nicht das Stoff- oder das Anlagenrecht betroffen ist. Vorbehaltlich der im Einzelfall methodisch präzise zu verifizierenden Kollisionslage bestehen damit für die Regelung der Gewässerbenutzung im Interesse der öffentlichen Trinkwasserversorgung grundsätzlich³⁴ weite landesrechtliche Spielräume, soweit nicht etwa zwingende qualitative Anforderungen des Bundesrechts wie etwa nach der zudem bindendes europäisches Recht umsetzenden Trinkwasserverordnung³⁵ betroffen sind.

Da eine erschöpfende Darstellung und Analyse aller sechzehn Landeswassergesetze den Rahmen dieser Untersuchung überschreiten müßte, sei vor diesem Hintergrund statt dessen im folgenden auf exemplarische Grundkonzepte der landesrechtlichen Handhabung der öffentlichen Wasserversorgung bei der Gewässerbewirtschaftung hingewiesen.

bb. Expliziter Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung

In einigen Landeswassergesetzen finden sich spezielle Bestimmungen, die sich ausdrücklich zum Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung bei der wasserbehördlichen Bewirtschaftung der Gewässer verhalten. So hat beispielsweise gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 LWG Rh.-Pf.³⁶ die Sicherstellung der öffentlichen Wasserver-

³² Czychowski/Reinhardt, WHG, Einl. Rn. 30.

³³ Siehe dazu neben den Kommentierungen zu Art. 72 Abs. 3 GG z. B. Reinhardt, Gesetzgebungskompetenzen im Wasserrecht, AöR 135 (2010), S. 459 ff. mit weiteren Nachweisen.

³⁴ Siehe aber unten II. 3.

³⁵ Verordnung über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch (Trinkwasserverordnung – TrinkwV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. März 2016, BGBl. I S. 459.

³⁶ Siehe auch § 18 Satz 1 LWG Bln.

sorgung bei der nachhaltigen Bewirtschaftung der Gewässer grundsätzlich Vorrang vor anderen Nutzungsmöglichkeiten. Im Sinn des zuvor beschriebenen bundesrechtlich angelegten Vorrangs wird damit die zuständige Wasserbehörde landesgesetzlich nochmals explizit daran erinnert, daß die Inanspruchnahme des Gewässers zu diesem Zweck anderen Nutzungsinteressen regelmäßig vorgeht. Die inhaltliche Relativierung durch das Merkmal „grundsätzlich“ korrespondiert dabei inhaltlich mit dem bundesrechtlichen Begriff „insbesondere“, der wie gesehen gleichfalls einen ausnahmslosen Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung nicht begründet und von der Prüfung der jeweiligen tatsächlichen wasserwirtschaftlichen Konstellation nicht entbindet. Qualitative materielle Unterschiede, etwa i. S. einer materiellen landesrechtlichen Stärkung des gesetzlichen Vorrangs gegenüber dem Bundesrecht, liegen in der abweichenden gesetzlichen Terminologie indes nicht. Immerhin bringt sie den Vorrang sprachlich deutlich und damit offenbar für viele verständlicher zum Ausdruck als das Bundesrecht. Im übrigen bleibt sie symbolisch. In rechtsmethodischer Hinsicht erscheint allerdings bemerkenswert, daß die Begründung des Gesetzentwurfs der Landesregierung die Regelung als „Ergänzung bzw. Konkretisierung des § 6 Abs. 1 Nr. 3 und 4 WHG“ betrachtet³⁷, den Vorrang also nicht mit Blick auf den zwingenden Versagungsgrund auf der Tatbestandsseite des § 12 Abs. 1 WHG, sondern erst (und lediglich) im Rahmen der Ermessensbetätigung auf der Rechtsfolgenseite des § 12 Abs. 2 WHG verortet. Angesichts der nur begrenzten Bedeutung der ministeriellen Aussagen für die Ermittlung des für die historische Normauslegung maßgeblichen Willen des Gesetzgebers³⁸ und unter Berücksichtigung der wie gezeigt klaren bundesgesetzlichen Vorrangstellung der öffentlichen Wasserversorgung als zwingender Versagungsgrund i. S. der § 12 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Nr. 10 WHG kann § 13 Abs. 2 Satz 1 LWG Rh.-Pf. aber gleichwohl nicht als materielle Relativierung oder Einschränkung in der Form einer bloßen Ermessensleitlinie interpretiert werden. Des weiteren fällt rechtssystematisch auf, daß dieses positive normative Bekenntnis zum Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung an anderer Stelle in gleich zweifacher Hinsicht wieder relativiert zu werden droht, wenn in § 16 Satz 1 LWG Rh.-Pf. (gehobene Erlaubnis) der Belang der öffentlichen Wasserversorgung erstens gleichrangig mit den Interessen der öffentlichen Abwasserbeseitigung, der öffentlichen Energieversorgung oder der von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts getragenen Be- oder Entwässerung

³⁷ LTags-Drucks. Rh.-Pf. 16/4576, S. 85.

³⁸ Dazu näher *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage 1991, S. 329.

landwirtschaftlich genutzter Flächen gewichtet wird, und sich zweitens die Wasserbehörde durch die gesetzliche Erleichterung der Begründung der Voraussetzungen für eine gehobene Erlaubnis nach § 15 WHG praktisch womöglich seltener zur Erteilung einer stärkeren Rechtsstellung vermittelnden Bewilligung für die Gewässerbenutzung zu Zwecken der öffentlichen Wasserversorgung entschließen mag³⁹. Damit besteht zudem die Gefahr, daß die Regelung im Landeswassergesetz die bundesrechtliche Vorzeichnung der Bewilligung als prädestiniertes Zulassungsinstrument für Gewässerbenutzungen im Interesse der öffentlichen Wasserversorgung⁴⁰ für den Vollzug konterkariert.

Andere Länder enthalten ähnliche Regelungen, beschränken dabei den ausdrücklichen Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung aber auf die Benutzung des Grundwassers⁴¹, mitunter auch unter dem Vorbehalt entgegenstehender Erfordernisse des Wohls der Allgemeinheit oder in Einklang damit auch des Nutzens einzelner⁴².

cc. Vorrang des Wohls der Allgemeinheit

Verbreitet ist im Landesrecht sodann eine Steuerung der wasserbehördlichen Entscheidung dergestalt, daß bei konkurrierenden Nutzungsbegehren demjenigen Interesse Vorrang zukommt, das den größten Nutzen für das Wohl der Allgemeinheit oder auch die größere wirtschaftliche Bedeutung erwarten läßt. In Übereinstimmung mit der Formulierung des § 3 Nr. 10 WHG und der angesprochenen Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts⁴³ kann und wird das regelmäßig auf eine Gewässerbenutzung im Interesse der öffentlichen Trinkwasserversorgung zutreffen, doch läßt eine solche offene Formulierung des Gesetzes im einzelnen Fall theoretisch durchaus auch abweichende Gewichtungen und Prioritätensetzungen zu. Eine derartige Vorschrift gilt je nach Bundesland entweder allein⁴⁴ oder tritt als allgemeine Regelung neben den darüber hinaus eigens angeordneten Vorrang zu

³⁹ Siehe allgemein *Kirchhof*, Nudging, Zu den rechtlichen Grenzen informalen Verwaltungshandelns, ZRP 2015, S. 136 ff.

⁴⁰ Dazu näher unten III. 5.

⁴¹ Siehe z. B. § 28 Abs. 3 Satz 2 HessWG, § 31 Abs. 2 Satz 1 LWG Meckl-Vorp., § 39 Abs. 2 Satz 2 SächsWG, § 39 Abs. 1 Satz 1 ThürWG.

⁴² So § 54 Abs. 2 LWG Bbg.

⁴³ BVerfGE 58, 300, 342.

⁴⁴ So z. B. § 94 Abs. 1 LWG BW, § 80 Abs. 1 Satz 1 LWG HH, § 4 Satz 1 NdsWG.

Gunsten der öffentlichen Wasserversorgung⁴⁵, der dann als speziellere Bestimmung in seinem tatbestandlichen Anwendungsbereich (alle Gewässer, Grundwasser) rechtmethodisch vorgeht.

Eine ähnliche Klausel hatte im übrigen schon der Bundesrat für die ursprüngliche Fassung des Wasserhaushaltsgesetzes selbst vorgeschlagen⁴⁶, doch folgte der Bundestag der ablehnenden Stellungnahme der Bundesregierung, nach der dies bei der Wasserbehörde den irrigen Eindruck erwecken könnte, daß bei Vorrang bestimmter Interessen des Wohls der Allgemeinheit ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis oder Bewilligung bestehe⁴⁷, und nahm die Regelung nicht in das Bundesrecht auf. Zweifel an dem im Wasserhaushaltsgesetz zum Ausdruck gebrachten materiellen Vorrang der öffentlichen Trinkwasserversorgung lassen sich dem Gesetzgebungsverfahren daher insoweit nicht entnehmen.

dd. Sonstige spezifische Regelungen

Inhaltliche Einschränkungen formuliert sodann § 37 Abs. 2 LWG NRW, der den Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung nicht nur seinerseits unter einen allgemeinen Gemeinwohlvorbehalt stellt, sondern darüber hinaus auch nur für solche Grundwasserkörper vorsieht, die für die derzeit bestehende oder künftige Wasserversorgung besonders geeignet sind. Wann eine solche besondere Eignung vorliegen soll, läßt sich dem Gesetz indes nicht entnehmen. Die Regelung zielt auf die Moderierung von sich aus klimatischen Gründen künftig verschärfenden Nutzungskonflikten ab, und will ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs der Landesregierung „keinen generellen Vorrang der gemeindlichen öffentlichen Wasserversorgung“ begründen, doch gebe das Gesetz „im Grundsatz den Vorrang“ vor⁴⁸ (sic!). Ausdrücklich hingewiesen wird dabei auf den abzusehenden erhöhten Entnahmebedarf der Landwirtschaft in trockenen Jahreszeiten, der nach der Auffassung der Landesregierung im Einzelfall die gesetzlichen Voraussetzungen eines die öffentliche Wasserversorgung überwiegenden Belang des Wohls der Allgemeinheit oder im Einklang damit auch des Nutzens einzelner erfüllen kann.

⁴⁵ So z. B. § 33 LWG Bbg, § 7 LWG Meckl-Vorp., § 18 Satz 1 SaarlWG, § 9 Satz 1 SächsWG, § 18 Satz 1 LWG SachsAnh.

⁴⁶ BTags-Drucks. 2/2072, S. 40.

⁴⁷ BTags-Drucks. 2/2072, S. 46 f.

⁴⁸ So LTags-Drucks. NRW 16/10799, S. 468.

Zudem enthält § 37 Abs. 1 LWG NRW eigenständige Versagungsgründe für Wasserentnahmen zur öffentlichen Trinkwasserversorgung. Dabei stellt zunächst § 37 Abs. 1 Nr. 1 LWG NRW lediglich klar⁴⁹, daß zu den sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften i. S. des § 12 Abs. 1 Nr. 2 WHG auch die Anforderungen der Trinkwasserverordnung zählen⁵⁰. § 37 Abs. 1 Nr. 2 und 3 LWG NRW soll dagegen im Rahmen der Ermessensbetätigung sicherstellen, daß eine Entnahme zu Zwecken der öffentlichen Trinkwasserversorgung nur zugelassen werden darf, wenn ein nachweislicher Versorgungsbedarf besteht, der nicht anderweitig gedeckt werden kann⁵¹. Damit wird im Ergebnis indes auch keine eigene materielle Regelung getroffen, sondern nur die bereits bundesrechtlich vorgegebene Anforderung der Präzisierung des jeweiligen Zwecks der Gewässerbenutzung im wasserbehördlichen Zulassungsverfahren⁵² konkretisiert.

Weitere landesrechtliche Bestimmungen enthalten schließlich – ohne Anspruch auf vollzählige Benennung – einzelne Sonderregelungen zur Privilegierung der öffentlichen Wasserversorgung durch verwaltungsverfahrenrechtliche Besonderheiten⁵³, durch Vorgaben für spezifische Inhalts- und Nebenbestimmungen zum wasserrechtlichen Bescheid⁵⁴, durch Beschränkung des Gemeingebrauchs an Gewäs-

⁴⁹ Mißverständlich insoweit die Entwurfsbegründung, die von „Konkretisierung“ spricht und damit einen über einen lediglich deklaratorischen Gehalt hinausgehenden Norminhalt suggeriert, LTags-Drucks. NRW 16/10799, S. 468.

⁵⁰ Siehe auch *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 12 Rn. 29.

⁵¹ Am Rande: Daß die Entwurfsbegründung, LTags-Drucks. NRW 16/10799, S. 468, § 37 Abs. 1 Nr. 2, 3 LWG NRW als *Ermessenslenkung* auf der Rechtsfolgenseite der Norm versteht und dabei der Wasserbehörde einen methodisch vielmehr auf der Tatbestands-ebene zu verortenden *Beurteilungsspielraum* einräumt, sollte als redaktionelles Versehen nicht zu weitergehenden Schlußfolgerungen veranlassen; siehe dazu allgemein *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage 2017, § 7 Rn. 7 ff., 26 ff.

⁵² *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 10 Rn. 15; *Knopp*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG, § 10 Rn. 13; *Kotulla*, WHG, § 10 Rn. 18; *Schendel/Scheier* in: *BeckOK Umweltrecht*, § 10 WHG Rn. 5.

⁵³ Art. 67 Abs. 2 Satz 1 BayWG.

⁵⁴ § 14 Abs. 1 LWG Bln, § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) LWG HH.

sern⁵⁵ oder des Befahrens eines Gewässers mit Wasserfahrzeugen⁵⁶ sowie durch besondere Anforderung an den Widerruf⁵⁷.

c. Zwischenbefund

Die Durchsicht der einfachgesetzlichen Bestimmungen des Bundes- und Landeswasserrechts zu Stellenwert und Bedeutung der öffentlichen Wasserversorgung in der wasserbehördlichen Gewässerbewirtschaftung führt damit zu einem nicht nur formal eher uneinheitlichen Befund, der sich jedenfalls einer offenen und prägnanten legislativen Aussage zur gestellten Ausgangsfrage verweigert und daher offenbar zur praktischen Verunsicherung beitragen kann.

Auf der bundesrechtlichen Ebene ist die in der ursprünglichen Fassung des Wasserhaushaltsgesetzes noch an prominenter Stelle als zentraler Grund für die Versagung einer wasserrechtlichen Erlaubnis rechtssetzungstechnisch hervorgehobene Gefährdung der öffentlichen Wasserversorgung (§ 6 WHG a. F.) heute systematisch komplexer in ein Geflecht der neuen Versagungsregelung (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG) mit einer erläuternden Legaldefinition (§ 3 Nr. 10 WHG) überführt worden. Eine auch sachliche Rechtsänderung ist hierin allerdings nicht zu erblicken. Mehr noch ist im heutigen Recht anders als noch zuvor nun auch die Betätigung des wasserbehördlichen Bewirtschaftungsermessens (§ 12 Abs. 2 WHG) durch einen ausdrücklichen Bewirtschaftungsgrundsatz zur Erhaltung oder Schaffung von Nutzungsmöglichkeiten insbesondere für die öffentliche Wasserversorgung (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 WHG) im Normtext selbst hervorgehoben worden.

Soweit die Landeswassergesetze für die Gewässerbewirtschaftung darüber hinaus einen expliziten Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung positiv anordnen, trägt dies vor diesem Hintergrund rein klarstellenden Charakter und verstärkt deren wie gesehen schon bundesrechtlich begründete materielle Sonderstellung nicht. Im Ergebnis nichts anderes gilt aber auch für diejenigen Landeswassergesetze, die den Vorrang tatbestandlich auf die Benutzung des Grundwassers als die für die Gewinnung von Wasser zu Zwecken der öffentlichen Trinkwasserversorgung in Deutschland geeignetste und damit praktisch bedeutsamste Ressource⁵⁸ begrenzen. Ihnen kann nicht im Umkehrschluß entnommen werden, daß das jeweilige Land den all-

⁵⁵ § 25 Abs. 1 ThürWG.

⁵⁶ § 15 Abs. 2, § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 LWG SchH.

⁵⁷ § 16 Abs. 2 Nr. 1 LWG Bln.

⁵⁸ BVerfGE 58, 300, 342.

gemeinen bundesrechtlichen Vorrang, der nicht von der Art des in Anspruch genommenen abhängt, für Oberflächengewässer außer Kraft gesetzt hat. Auch wenn diese Vorschriften grundsätzlich nicht von stoff- oder anlagenbezogenen Regelungen des Bundes abweichen und daher im Licht des Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG jedenfalls keinen apriorischen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegen, fehlt es doch grundsätzlich an einem positiven Abweichungswillen des Landes⁵⁹, so daß es mit Blick auf die nicht explizit erfaßten Gewässer, so sie denn im jeweiligen Land überhaupt für die Trinkwassergewinnung tatsächlich genutzt werden, beim bundesrechtlich angeordneten Vorrang bleibt. Erforderlich bleibt aber im konkreten Konflikt- und Streitfall eine vertiefte rechtliche Auseinandersetzung mit etwaig kollidierenden Steuerungsbefehlen auf Bundes- und Landesebene⁶⁰, die an dieser Stelle naturgemäß nicht abschließend geleistet werden kann.

Undeutlicher ist die Rechtslage sodann in den Ländern, die einen Vorrang bestimmter Gewässerbenutzungen ganz allgemein am Maßstab ihres konkreten Nutzens für das Wohl der Allgemeinheit ermitteln. Soweit diese durch methodisch vorzuziehende Spezialregelungen zum Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung ergänzt werden, ist hiergegen rechtlich nichts zu erinnern, da sie dadurch ohne weiteres in Einklang mit dem Bundesrecht stehen. Anderes kann jedoch gelten, wenn die Wasserbehörde landesgesetzlich ohne eine solche Hervorhebung der öffentlichen Wasserversorgung zur offenen Abwägung nach dem Gemeinwohlutzen angehalten wird und eine Trinkwassergewinnung im einzelnen Fall beispielsweise auch hinter einer industriellen oder gewerblichen Inanspruchnahme im Interesse der Schaffung oder Erhaltung von Arbeitsplätzen oder hinter einer Grundwasserentnahme zur landwirtschaftlichen Bewässerung im Interesse der Erhaltung landwirtschaftlicher Betriebe und mittelbar auch der Sicherstellung der Ernährung der Bevölkerung zurücktreten kann. Hier stellt sich unabhängig von der näheren Prüfung der verfassungsrechtlichen Abweichungsbefugnis die Frage, inwieweit die exekutive Bewirtschaftungsentscheidung bei der Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe auf der Tatbestandsseite und bei der Betätigung des Bewirtschaftungsermessens auf der Rechtsfolgenseite weiteren übergeordneten Steuerungen unterliegt, die auf einen Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung hindeuten. Dasselbe gewinnt erst recht bei solchen landesrechtlichen Bestimmungen Relevanz, die die Gewässerbenutzung zur öffentlichen Wasserversorgung aus-

⁵⁹ Siehe dazu *Czychowski/Reinhardt*, WHG, Einl. Rn. 38 mit weiteren Nachweisen.

⁶⁰ *Reinhardt*, AöR 135 (2010), S. 459, 485.

drücklich unter einschränkende Vorbehalte stellen. Dem ist im folgenden näher nachzugehen.

3. Verfassungsrechtliche Steuerungen

a. Staatszielbestimmungen

aa. Sozialstaatsprinzip

Deutlicher noch als das Bundesverfassungsgericht in der Naßauskiesungsentscheidung⁶¹ hatte der Bundesgerichtshof in seinem vorausgegangenen Vorlagebeschluß nach Art. 100 Abs. 1 GG⁶² ausdrücklich auf das in Art. 20 Abs. 1 GG verankerte Sozialstaatsprinzip abgestellt, um im Interesse der Sicherstellung der öffentlichen Wasserversorgung Schranken der privatnützigen Gewässernutzung zu begründen. Die besondere Bedeutung der bereits zum Zeitpunkt der Entscheidung in den 1970er Jahren als begrenzt wahrgenommenen natürlichen Ressource Wasser „für die Erhaltung des Lebens und Sicherung der Entwicklung der staatlichen Gemeinschaft“ führe zu einer „starken sozialen Funktion des Wassers“ mit der Folge einer wesentlichen stärkeren Sozialbindung des Eigentums⁶³ und besonderen Bedeutung der öffentlichen Wasserversorgung als Bestandteil des Wohls der Allgemeinheit⁶⁴. Das soziale Staatsziel des Grundgesetzes begründet einen Verfassungsauftrag zur Schaffung der für ein menschenwürdiges Dasein mindestens erforderlichen Infrastrukturen, zu denen die Versorgung mit Trinkwasser an vorderster Stelle zählt⁶⁵. Das Sozialstaatsprinzip richtet sich in erster Linie an den Gesetzgeber⁶⁶, bindet aber grundsätzlich alle Gewalten im Rahmen ihrer verfassungsrechtlichen Zustän-

⁶¹ BVerfGE 58, 300.

⁶² BGH, NJW 1978, S. 2290 ff.

⁶³ BGH, NJW 1978, S. 2290, 2292, unter Verweis auf BGHZ 49, 68, 72; 60, 126, 135 f., 144; BVerwGE 36, 248, 249.

⁶⁴ So BGHZ 60, 126, 144.

⁶⁵ Siehe z. B. *Dörr*, Die Anforderungen an ein künftiges Infrastrukturrecht, VVDStRL 73 (2014), S. 323, 339; *Emmerich-Fritsche*, Privatisierung der Wasserversorgung in Bayern und kommunale Aufgabenverantwortung, BayVBl. 2007, S. 1, 3; *Köck*, Zur Entwicklung des Rechts der Wasserversorgung und der Abwasserbeseitigung, ZUR 2015, S. 3; *ders.*, Die Bedarfsplanung im Infrastrukturrecht, ZUR 2016, S. 579, 584 f.; *Laskowski*, Das Menschenrecht auf Wasser, 2010, S. 430 f.; *Seuser*, Die Rechtskontrolle von Wassergebühren und Wasserpreisen, 2017, S. 232 f.

⁶⁶ BVerfGE 1, 97, 105; 110, 412, 445 f.; *Greszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 86. Ergänzungslieferung 2019, Art. 20 (Sozialstaat) Rn. 18; *Sachs*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Auflage 2018, Art. 20

digkeiten, bei Auslegung und Anwendung des geltenden Rechts die soziale Zielrichtung des Grundgesetzes zu beachten⁶⁷, etwa in der Form der Vornahme gesetzlich vorgegebener Abwägungen oder der Betätigung des gesetzlich eingeräumten Ermessens⁶⁸. Es ist damit auch bei der wasserbehördlichen Bewirtschaftungsentscheidung im Widerstreit miteinander konkurrierender Nutzungsinteressen verfassungsrechtlich verbindlicher Entscheidungsmaßstab, so daß im konkreten wasserrechtlichen Prätendentenstreit dem Interesse an der Sicherstellung der öffentlichen Wasserversorgung ein auch normenhierarchisch übergeordneter grundsätzlicher Vorrang gebührt.

bb. Umweltstaatsprinzip

Auch wenn genuin umwelt-, insbesondere naturschutzrechtliche Anforderungen in jüngerer Zeit der Inanspruchnahme der Gewässer als Bestandteil des Naturhaushalts auch dann entgegengehalten werden, wenn die Benutzung der Gewährleistung der öffentlichen Trinkwasserversorgung dient, steht der Schutz der natürlichen Gewässer im Kontext des verfassungsrechtlichen Umweltstaatsziels des Art. 20 a GG, das die Umwelt nicht als Selbstzweck schützt, sondern ausdrücklich in ihrer Eigenschaft als natürliche Lebensgrundlagen des Menschen⁶⁹. Das Grundgesetz ist damit – wie im übrigen auch das für das geltende öffentliche Gewässerschutzrecht prägende Umweltrecht der Europäischen Union⁷⁰ – einem anthropozentrischen Rege-

Rn. 47; *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 7. Auflage 2018, Art. 20 Rn. 120 ff.

⁶⁷ *Greszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 (Sozialstaat) Rn. 17; *Sachs*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 20 Rn. 49; *Zacher*, Das soziale Staatsziel, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 3. Auflage 2004, § 28 Rn. 123.

⁶⁸ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 9. Auflage 2018, § 40 Rn. 84; *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20 Rn. 125.

⁶⁹ Siehe auch § 1 WHG.

⁷⁰ *Kahl*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AUEV, Kommentar, 3. Auflage 2018, Art. 191 AEUV Rn. 56 f.: Schutz der menschlichen Gesundheit unter besonderer Berücksichtigung des Trinkwassers (a. a. O. Fn. 167); *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 8. Auflage 2018, § 33 Rn. 15 f.; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Loseblattsammlung, Stand: 66. Ergänzungslieferung 2019, Art. 191 AEUV Rn. 59; ausführlich auch *Meßerschmidt*, Europäisches Umweltrecht, 2011, § 3 Rn. 10 ff., 80 ff.

lungsverständnis verpflichtet⁷¹. Dem entspricht der tradierte Zweck des Wasserhaushaltsgesetzes, das vor allem, wenngleich auch nicht ausschließlich auf die Reinheit der Gewässer insbesondere mit Rücksicht auf ihre Bedeutung für die öffentliche Wasserversorgung abzielt⁷². Dieser zentrale Grundansatz ist durch die spätere Ökologisierung des Rechtsgebiets im Zuge der Herausbildung des modernen deutschen Umweltrechts seit den 1970er Jahren⁷³ und der Entwicklung des ökologischen Gewässerschutzrechts der Europäischen Union⁷⁴ um weitere Zielsetzungen ergänzt, aber nicht verdrängt worden. Im Gegenteil ist die Umweltkompetenz der Europäischen Union nach den Art. 191 ff. AEUV einem grundsätzlich weiten Begriff der europäischen Umweltpolitik verpflichtet, der nicht nur die Erhaltung und den Schutz der klassischen Umweltmedien wie beispielsweise des Wassers⁷⁵ umfaßt, sondern sich gemäß Art. 191 Abs. 1 Spiegelstrich 2 AEUV ausdrücklich auch auf den Schutz der menschlichen Gesundheit erstreckt. Da sich das Unionsrecht zu Begriff und Reichweite dieses Schutzguts nicht näher verhält, wird verbreitet auf ein inhaltlich umfassendes Verständnis rekurriert, das i. S. der Definition der Weltgesundheitsorganisation (WHO) körperliche Unversehrtheit und geistig-seelisches Wohlbefinden meint⁷⁶ und damit ohne weiteres auch zum Erlaß rechtlicher Regelungen zum Schutz des lebenswichtigen Trinkwassers ermäch-

⁷¹ *Heselhaus*, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Umweltschutzes, in: Rehbinde/Schink (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 5. Auflage 2018, Kap. 1 Rn. 36 ff.; *Kloepfer*, Umweltrecht, 4. Auflage 2016, § 3 Rn. 35; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 a Rn. 38 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band II, 3. Auflage 2015, Art. 20 a Rn. 29 ff.; einschränkend *Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 20 a Rn. 22 ff.; *Epiney*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20 a Rn. 24 ff.: „„geläuterte“ anthropozentrische Ausrichtung“.

⁷² BTags-Drucks. 2/2072, S. 16.

⁷³ Siehe dazu statt anderer *Kloepfer*, Umweltrecht, § 2 Rn. 110 ff.; *Reinhardt*, Vierzig Jahre Wasserhaushaltsgesetz, ZfW 2000, S. 1, 8 ff.

⁷⁴ Dazu näher *Breuer/Gärditz*, Öffentliches und privates Wasserrecht, Rn. 116 ff.

⁷⁵ Zum Umweltbegriff des Art. 191 Abs. 1 AEUV siehe z. B. *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Auflage 2016, Art. 191 AEUV Rn. 9 ff.; *Kahl*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 191 Rn. 41 ff.; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 191 AEUV Rn. 50 ff.; jeweils mit weiteren Nachweisen.

⁷⁶ *Kahl*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 191 AEUV Rn. 56; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 191 AEUV Rn. 73.

tigt⁷⁷. Nur konsequent stützt sich daher auch die europäische Trinkwasserrichtlinie⁷⁸ „insbesondere“ auf den Kompetenztitel für die Umwelt.

Nicht anders als das soziale Staatsziel wirkt sich auch Art. 20 a GG steuernd auf Auslegung und Anwendung der einschlägigen wasserrechtlichen Bestimmungen auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite aus⁷⁹ und leistet so einen eigenständigen Beitrag zur Hervorhebung der Trinkwasserversorgung als nicht ökonomisches⁸⁰ Nutzungsinteresse des Menschen. Insbesondere durch die supranationale Zuordnung des Schutzes der menschlichen Gesundheit zum Ziel umweltschützerischer Normgebung ist damit auch ein grundsätzliches Zurücktreten der Belange des Trinkwasserschutzes gegenüber den hierarchisch gleichrangigen, genuin ökologischen Zielvorgaben für den Gewässerschutz verfassungsrechtlich ausgeschlossen.

b. Kommunale Selbstverwaltungsgarantie

Die Versorgung der Allgemeinheit mit Trink- und Brauchwasser fällt nach der grundsätzlichen Zuständigkeitsverteilung im deutschen Recht in die Verantwortlichkeit der Kommunen. Art. 28 Abs. 2 GG und seine Parallelbestimmungen in den Landesverfassungen⁸¹ enthalten als überkommenen Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie das Recht und die Pflicht der Städte und Gemeinden zur Daseinsvorsorge. Art. 83 Abs. 1 BayVerf. erklärt sogar ausdrücklich, daß u. a. die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser in den geschützten eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden fällt⁸². Auf der einfachgesetzlichen Ebene wird dies durch den insoweit nur klarstellenden § 50 Abs. 1 WHG für die „wichtigste Nutzung der Gewässer“ gespiegelt⁸³. Aus Art. 28 Abs. 2 GG folgt ein auch gerichtlich wehrfähiges Recht, alle thematisch zugehörigen Entscheidungen eigenständig und ohne

⁷⁷ Kahl, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 191 AEUV Rn. 57.

⁷⁸ Richtlinie 98/83/EG vom 3. November 1998 über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch, ABl. EG Nr. L 330, S. 32.

⁷⁹ *Epiney*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20 a Rn. 91; *Murawiek*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 20 a Rn. 13; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 20 a Rn. 74 ff.

⁸⁰ *Murawiek*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 20 a Rn. 25.

⁸¹ Siehe z. B. Art. 137, 138 HessVerf.; Art. 78, 79 LVerf. NW; Art. 49, 50 LVerf. Rh.-Pf.

⁸² Siehe näher auch *Wolff*, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, Kommentar, 2. Auflage 2017, Art. 87 Rn. 20, 22.

⁸³ So BTags-Drucks. 16/12275, S. 66.

inhaltliche Einflußnahme (Fachaufsicht) durch das Land oder den Bund zu treffen⁸⁴. Allerdings beschränkt sich die rechtliche Funktion des Art. 28 Abs. 2 GG auf diejenige eines demokratischen Staatsaufbauprinzips⁸⁵, das jedenfalls jenseits der Rechtslage im Freistaat Bayern keinen gegenständlich bestimmten oder bestimmbaren Aufgabenkatalog der Gemeinden verbindlich festschreibt⁸⁶. Da die Gewährleistung zudem unter dem Vorbehalt gesetzlicher Ausgestaltung und Beschränkung steht⁸⁷, lassen sich ihr materielle Steuerungen im Sinn eines Vorrangs der Trinkwasserversorgung im Rahmen der wasserbehördlichen Gewässerbewirtschaftung nicht entnehmen.

c. Grundrechte

aa. Leben und körperliche Unversehrtheit

Die bekannte Formel „ohne Wasser kein Leben“, die auch in der Entwurfsbegründung zum neuen Wasserhaushaltsgesetz 2009 zitiert wird⁸⁸, schlägt die Brücke von den objektiven staatsorganisationsrechtlichen Grundsätzen zu den individuellen Gewährleistungen des Grundgesetzes. Gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG hat jeder das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, wovon auch die körperliche Gesundheit im engeren biologisch-physiologischen Sinn erfaßt wird⁸⁹. Das Grundrecht wirkt hierbei nicht allein als konstitutionelle Abwehr gegenüber staatlichen Eingriffen, sondern verpflichtet den Staat zugleich, sich aktiv schützend und fördernd vor das Rechtsgut zu stellen, um es vor Beeinträchtigungen durch Dritte zu bewahren (staatliche Schutzpflicht)⁹⁰. In diesem Sinn sind insbesondere auch be-

⁸⁴ *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 105; *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 43, 44, 110.

⁸⁵ *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 11; *Nierhaus/Engels*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 33.

⁸⁶ BVerfGE 79, 127, 147 (Rastede).

⁸⁷ *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 109 ff.; *Mehde*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 28 Abs. 2 Rn. 103 ff.; *Nierhaus/Engels*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 64 ff.

⁸⁸ BTags-Drucks. 16/12275, S. 66.

⁸⁹ BVerfGE 56, 54, 74 f. unter Hinweis auf das bereits zuvor (II. 3. a. bb.) erwähnte Begriffsverständnis der WHO; ferner *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band I, 3. Auflage 2015, Art. 2 II Rn. 33 ff.; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Band 1, 7. Auflage 2018, Art. 2 Rn. 193.

⁹⁰ BVerfGE 39, 1, 41 ff. (Schwangerschaftsabbruch); 46, 160, 164 (Schleyer); 49, 89, 140 ff. (Kalkar).

hördliche Zulassungsvorbehalte gesetzlich so auszugestalten und behördlich so zu vollziehen, daß es durch die Zulassungserteilung im Einzelfall nicht zu unangemessenen Belastungen der grundrechtlich geschützten Sphäre kommt⁹¹. Daraus folgt, daß auch von Verfassungsrechts wegen die Gewässer so zu bewirtschaften sind, daß die öffentliche Versorgung mit Trinkwasser in qualitativer und quantitativer Hinsicht nicht gefährdet wird⁹². Normative Offenheiten und Unklarheiten sind daher im Zweifel zu Gunsten der grundrechtlichen Gewährleistung aufzulösen, so daß auch grundrechtlich ein Vorrang der Belange der öffentlichen Trinkwasserversorgung herzuleiten ist.

bb. Eigentum

aaa. Vorrang der Wasserversorgung als Grundrechtsschranke

Die rechtliche Relevanz des Eigentumsgrundrechts nach Art. 14 GG für die verfassungsrechtliche Bewertung der Stellung des Trinkwasserschutzes ergibt sich weniger aus der positiven Gewährleistung selbst als aus deren konstitutionellen Schranken. Denn weder sind die für die öffentliche Trinkwasserversorgung zuständigen Städte und Gemeinden grundrechtsfähig i. S. des Art. 19 Abs. 3 GG⁹³ noch sind das Wasser eines fließenden oberirdischen Gewässers und das Grundwasser eigentumsfähig, § 4 Abs. 2 WHG. Allerdings ergeben sich aus der Sozialpflichtigkeit des Eigentums derjenigen, die Grundstücksnutzungen oder Gewässerbenutzungen anstreben, auch verfassungsrechtlich begründete Grundrechtsschranken im Interesse der Sicherstellung der öffentlichen Wasserversorgung⁹⁴.

bbb. Sozialpflichtigkeit

Nach der bereits erwähnten Naßauskiesungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts folgen diese Grenzen aus der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG und der Sozialpflichtigkeit nach Art. 14

⁹¹ BVerfGE 49, 89, 140, 142.

⁹² Köck, ZUR 2016, S. 579, 584 f.; Laskowski, Menschenrecht auf Wasser, S. 422 ff.; Seuser, Rechtskontrolle von Wassergebühren und Wasserpreisen, S. 255 ff.

⁹³ BVerfGE 61, 82, 100 ff. (Sasbach); 137, 108, 154; Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 19 III Rn. 58 f.; Huber, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Rn. 244 ff., 250; Remmert, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 3 Rn. 46; ebenso BayVerfGH, NVwZ-RR 2001, S. 489 f. für den Bereich der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die Kommunen.

⁹⁴ So schon BGH, NJW 1978, S. 2290, 2292.

Abs. 2 GG⁹⁵. Weiter führt das Gericht insoweit aus, daß der Gewährleistungsgehalt des verfassungsrechtlich geschützten Eigentums nicht angetastet wird, wenn für die Allgemeinheit lebensnotwendige Güter zur Sicherung überragender Gemeinwohlbelange dem Privatrecht entzogen und einer öffentlich-rechtlichen Ordnung unterstellt werden, die eine haushälterische Bewirtschaftung des Wassers sicherstellen sollen⁹⁶. Dies bedingt nach der Entscheidung zugleich, daß das Zulassungsregime aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht in der Form eines präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt⁹⁷ ausgestaltet werden kann, die dem Unternehmer bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Zulassung der Gewässerbenutzung vermittelt; vielmehr muß die zuständige Behörde in der Lage sein, eine optimale Nutzung des verfügbaren Wasserdargebots zu gewährleisten, um über einen bloßen Minimalschutz der Gewässer hinaus eine hinreichende Sicherung eines knappen Guts, „das wie kaum ein anderes für die Allgemeinheit von lebenswichtiger Bedeutung ist“, zu bewirken⁹⁸. Folglich ist danach die gesetzliche Ausgestaltung der wasserrechtlichen Zulassung als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt⁹⁹ verfassungsrechtlich nicht nur als solches zulässig und geboten¹⁰⁰, sondern es ist auch das hieraus folgende Bewirtschaftungsermessen des § 12 Abs. 2 WHG in einer dem entsprechenden Weise zu betätigen.

Im benutzungsrechtlichen Prätendentenstreit treten daher nach dem normativen Grundkonstrukt der öffentlich-rechtlichen Benutzungsordnung unter dem Wasserhaushaltsgesetz die Belange individuell betroffener Eigentümer grundsätzlich hinter dem Gemeinwohlinteresse an einer uneingeschränkten Sicherstellung der öffentlichen Wasserversorgung zurück. Dies ist wie gezeigt auf Grund der Sozial-

⁹⁵ BVerfGE 58, 300, 338.

⁹⁶ BVerfGE 58, 300, 339.

⁹⁷ Siehe zur Systematik gesetzlicher Eröffnungskontrollen *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 52 ff.; aus wasserrechtlicher Sicht *Reinhardt*, Das wasserrechtliche Bewirtschaftungsermessen im ökologischen Gewässerschutzrecht, NVwZ 2017, S. 1000 ff.; jeweils mit weiteren Nachweisen.

⁹⁸ So BVerfGE 58, 300, 347; zur Bedeutung der Ausgestaltung des wasserhaushaltsgesetzlichen Zulassungsregimes näher unten III.

⁹⁹ Näher *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 8 Rn. 3; *Knopp*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG, § 8 Rn. 9; *Pape*, in: *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, § 8 WHG Rn. 26; *Schmid*, in: *Berendes/Frenz/Müggenborg* (Hrsg.), WHG, § 8 Rn. 8.

¹⁰⁰ BVerfGE 58, 300, 347.

pflichtigkeit des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich nicht nur gerechtfertigt, sondern auch erforderlich. Etwaige Beschränkungen des Eigentums, die sich aus dem Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung, wie er im geltenden Recht verankert ist, ergeben, stellen daher keine zur Entschädigung verpflichtende Enteignung i. S. des Art. 14 Abs. 3 GG dar, sondern sind grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen¹⁰¹.

III. Zulassungsregime des Wasserhaushaltsgesetzes

1. Grundstruktur

Eine Besonderheit des Wasserrechts liegt in dem formell- und materiell-rechtlich hochdifferenzierten Zulassungsinstrumentarium für die Benutzung eines Gewässers i. S. des § 9 WHG¹⁰². Dabei unterscheidet § 10 Abs. 1 WHG grundsätzlich zwischen der dem Unternehmer ein Recht gewährenden Bewilligung und der lediglich eine Befugnis vermittelnden Erlaubnis. Als Reaktion auf das durch das vierte WHG-Änderungsgesetz¹⁰³ aus Gründen des Gewässerschutzes eingeführte Verbot der Bewilligungserteilung für Abwassereinleitungen¹⁰⁴ und die damit verbundene Schwächung insbesondere der Rechtsposition der kommunalen Abwasserbeseitigung haben die Länder darüber hinaus in unterschiedlicher Ausprägung eine qualifizierte Variante der Erlaubnis eingeführt, die mittlerweile als gehobene Erlaubnis i. S. des § 15 WHG auch bundesrechtlich vorgesehen ist¹⁰⁵. Die weiteren wasserrechtlichen Eröffnungskontrollen wie etwa die Planfeststellung, die Plangenehmigung oder die landesgesetzlichen Anlagengenehmigungen können dagegen im folgenden außer Betracht bleiben.

Voraussetzung für die Erteilung einer Bewilligung zur Entnahme von Wasser für die öffentliche Trinkwasserversorgung ist gemäß § 14 Abs. 1 WHG, daß dem Unternehmer die Gewässerbenutzung ohne eine gesicherte Rechtsstellung nicht zuge-

¹⁰¹ BVerfGE 58, 300, 332.

¹⁰² Siehe dazu neben den einschlägigen Kommentierungen der §§ 10 ff. WHG *Reinhardt*, Wasserbehördliche Zulassungsentscheidungen vor und nach der Föderalismusreform, *VerwArch* 100 (2009), S. 6 ff.

¹⁰³ Viertes Gesetz zur Änderung des Wasserhaushaltsgesetzes vom 26. April 1976, *BGBI. I S.* 1109.

¹⁰⁴ Heute: § 14 Abs. 1 Nr. 3 WHG.

¹⁰⁵ *BTags-Drucks.* 16/12275, S. 57.

mutet werden kann und daß ein bestimmter Zweck nach einem bestimmten Plan verfolgt wird. Im Gegensatz dazu setzt die Erteilung einer gehobenen Erlaubnis nach § 15 Abs. 1 WHG voraus, daß hierfür entweder ein öffentliches Interesse oder ein berechtigtes Interesse des Gewässerbenutzers besteht. Insoweit erscheint bemerkenswert, daß die besondere Stellung der öffentlichen Wasserversorgung¹⁰⁶ unter den Gewässerbenutzungen durch das Merkmal des öffentlichen Interesse in § 15 Abs. 1 WHG derzeit normativ deutlicher adressiert wird als im Rahmen des § 14 Abs. 1 Nr. 1 WHG, der lediglich mittelbar, namentlich über die Voraussetzung der Unzumutbarkeit der Benutzung ohne eine gesicherte Rechtsstellung, auf diesen zentralen Gemeinwohlbelang hindeutet¹⁰⁷.

2. Verhältnis der Instrumente zueinander

In formeller Hinsicht darf die Bewilligung nach § 11 Abs. 2 WHG nur in einem Verfahren erteilt werden, in dem die Betroffenen und die beteiligten Behörden Einwendungen geltend machen können¹⁰⁸; dasselbe gilt nach § 15 Abs. 2 WHG auch für die gehobene, nicht aber für die einfache Erlaubnis. Daraus folgt, daß die zuständige Wasserbehörde auf einen Antrag auf Erteilung einer Bewilligung nicht ohne weiteres berechtigt ist, an deren Stelle lediglich eine gehobene oder einfache Erlaubnis zu erteilen. Vielmehr hat sie, so sie die materiell-rechtlichen Voraussetzungen einer Bewilligung nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 WHG als nicht erfüllt ansieht, dem Antragsteller anheim zu geben, den Antrag auf Erteilung einer (gehobenen) Erlaubnis umzustellen; anderenfalls ist der Antrag zurückzuweisen¹⁰⁹. Welche Form der Zulassung für welche Gewässerbenutzung erteilt wird, folgt damit allein den jeweiligen tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 14, 15 WHG. Ein behördliches Auswahlermessen besteht insoweit nicht.

Materiell-rechtlich entscheidet die Auswahl der Zulassungsform über die Rechtsstellung des Unternehmers. Auch wenn die alte Faustformel, nach der die Erlaubnis

¹⁰⁶ Oben II.

¹⁰⁷ Dazu näher unten III. 5.

¹⁰⁸ Für die Erforderlichkeit eines UVP-Verfahrens gilt § 11 Abs. 1 WHG i. V. mit dem UVPG.

¹⁰⁹ *Breuer/Gärditz*, Öffentliches und privates Wasserrecht, Rn. 629: „Aliud“; ferner *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 14 Rn. 24; *Drost*, Wasserrecht in Bayern, § 14 WHG Rn. 7.

unbefristet, aber widerruflich¹¹⁰, und die Bewilligung befristet, aber unwiderruflich¹¹¹ erteilt wird, heute in dieser Zuspitzung nicht mehr trägt¹¹², wird ein wirklicher Investitionsschutz im Wasserrecht auch heute nur durch die Bewilligung vermittelt¹¹³. Gemäß § 14 Abs. 3 bis 5 WHG sind etwaige nachteilige Einwirkungen der Gewässerbenutzung auf Rechte Dritter daher schon im Bewilligungsverfahren zu prüfen; § 16 Abs. 2 WHG schließt sodann bei unanfechtbar gewordener Bewilligung Ansprüche Dritter, die auf Störungsbeseitigung, Benutzungsunterlassung, Herstellung von Vorkehrungen oder Schadensersatz gerichtet sind, aus. Die Bewilligung ist insoweit ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt¹¹⁴. In öffentlich-rechtlicher Hinsicht schützt die Bewilligung den Unternehmer insbesondere durch die in § 18 Abs. 2 WHG enthaltenen Einschränkungen für ihren Widerruf.

Zwischen Erlaubnis und Bewilligung steht die gehobene Erlaubnis nach § 15 WHG¹¹⁵. Sie ist ihrer Rechtsnatur nach eine Erlaubnis, die die Rechtsstellung des Unternehmers jedoch teilweise der eines Bewilligungsinhabers annähert. Die heute geltende vereinheitlichende Bundesregelung übernimmt in § 15 Abs. 2 WHG für die gehobene Erlaubnis die drittschützenden Verfahrensbestimmungen der Bewilligung nach den §§ 11 Abs. 2 und 14 Abs. 3 bis 5 WHG und schränkt nach näherer Maßgabe des § 16 Abs. 1 WHG privatrechtliche Abwehransprüche ein. Nach § 18 Abs. 1 WHG ist die gehobene Erlaubnis vorbehaltlich der für jeden Einzelfall vorzunehmenden Bestandsschutz- und Verhältnismäßigkeitsprüfung grundsätzlich widerruflich.

Im Ergebnis unterscheiden sich damit Bewilligung und gehobene Erlaubnis hinsichtlich sowohl der privatrechtlichen als auch der öffentlich-rechtlichen Rechtsstellung des Unternehmers erheblich: Ansprüche Dritter gegen den Erlaubnisinhaber

¹¹⁰ Siehe § 18 Abs. 1 WHG.

¹¹¹ Siehe hierzu nun § 18 Abs. 2 WHG.

¹¹² Siehe auch schon Mitte der 1970er Jahre *Salzwedel*, Wasserrecht und Investitionsschutz, Tendenzen der Bewilligungspraxis der Wasserbehörden, RdWWi 19, S. 41, 45: „Die Erlaubnis ist besser als ihr Ruf und die Bewilligung längst nicht mehr, was sie einmal war.“.

¹¹³ *Durner*, in: Reh binder/Schink (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, Kap. 9 Rn. 100.

¹¹⁴ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 10 Rn. 22; *Durner*, in: Reh binder/Schink (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, Kap. 9 Rn. 95; *Schmid*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, § 14 Rn. 10.

¹¹⁵ BTags-Drucks. 16/12275, S. 57.

ber werden nach § 16 Abs. 1 WHG nicht so weitgehend ausgeschlossen wie gegenüber dem Bewilligungsinhaber, und die Einschränkungen für den Widerruf der Bewilligung nach § 18 Abs. 2 WHG gelten für die gehobene Erlaubnis nicht.

3. Exkurs: Gemeingebrauch

Nur exkursartig ist in diesem Zusammenhang noch daran zu erinnern, daß Gewässerbenutzungen i. S. des § 9 WHG dann nicht der vorherigen behördlichen Zulassung bedürfen, wenn dies, wie insbesondere in den Fällen des Gemeingebrauchs, gesetzlich für entbehrlich erklärt wird. So ist gemäß § 46 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WHG u. a. die Entnahme von Grundwasser für den landwirtschaftlichen Hofbetrieb und das Tränken von Vieh außerhalb des Hofbetriebs erlaubnisfrei gestellt¹¹⁶. Nicht mehr zum Hofbetrieb zählt allerdings die Grundwasserentnahme zum Beregnen oder Bewässern landwirtschaftlich genutzter Flächen¹¹⁷. Im übrigen steht die erlaubnisfreie Benutzung unter dem Vorbehalt, daß dadurch keine signifikanten nachteiligen Auswirkungen auf den Wasserhaushalt zu besorgen sind. Die Erstreckung der Grenzziehung von dem in der Vorläufernorm des § 33 Abs. 1 Satz 2 WHG noch adressierten Gewässerzustand auf das weitere Merkmal des Wasserhaushalts¹¹⁸ erleichtert es argumentativ zudem auch, nicht originär gewässerökologische, sondern auch wassernutzungsbezogene Belange wie die Gewährleistung der öffentlichen Trinkwasserversorgung unter die Schrankenziehung zu subsumieren. Angesichts der gegenwärtigen klimatischen Entwicklungen gewinnt die Regelung wachsende Aufmerksamkeit und bedarf bei künftig weiterer Zuspitzung der Wasserknappheit auch der näheren rechtlichen Berücksichtigung einschließlich der hiermit verknüpften Erwartungen an die Gewässeraufsicht.

¹¹⁶ Siehe auch *Gehrken*, Der landwirtschaftliche Hofbetrieb i. S. d. § 46 WHG und dessen Grenzen durch das Gestaltungsrecht der Bundesländer, Wertermittlungsforum 2018, S. 9 ff.; *Griesbach*, Wasserrechtliche Fragestellungen mit Bedeutung für die Landwirtschaft, Wertermittlungsforum 2017, S. 98 ff.

¹¹⁷ VG Cottbus, Urteil vom 27. Februar 2009, 7 K 945/06; *Böhme*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, § 46 Rn. 10; *Cormann*, in: BeckOK Umweltrecht, § 46 WHG Rn. 11; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 46 Rn. 14; *Gehrken*, Wertermittlungsforum 2018, S. 9, 10; *Griesbach*, Wertermittlungsforum 2017, S. 98; *Meyer*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 46 WHG Rn. 10.

¹¹⁸ Dazu *Meyer*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 46 WHG Rn. 14; *Rossi*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 46 Rn. 27.

4. Verwaltungspraxis und Rechtsprechung

In der Bescheidpraxis fällt seit geraumer Zeit eine zunehmende Zurückhaltung der Wasserbehörden im Umgang mit der Bewilligung auf, die in einigen Ländern auch schon zur fast völligen praktischen Bedeutungslosigkeit dieses Instruments geführt hat¹¹⁹. Abgesehen von den hierfür teilweise ursächlichen historischen Gründen wie insbesondere ein hoher Bestand an auch unter heutigem Recht fortgeltenden unbestimmten alten Wasserrechten etwa auf der Grundlage des preußischen Wassergesetzes oder auch des Wasserrechts der Deutschen Demokratischen Republik, die ein praktisches Bedürfnis auf Erteilung einer Bewilligung vielfach nicht erst entstehen lassen, scheint diese Zurückhaltung vor allem von der Besorgnis einer dauerhaften Verfestigung der Nutzungszulassung und einer daraus resultierenden mangelnden Flexibilität getragen, der mit der grundsätzlich voraussetzungsärmeren Widerruflichkeit der Erlaubnis effektiv begegnet werden soll. Insbesondere die durch den Klimawandel bedingten Prognoseunsicherheiten stellen die noch zur Mitte des letzten Jahrhunderts getroffene Einschätzung, ein dreißigjähriger Bewilligungszeitraum sei wasserwirtschaftlich übersehbar¹²⁰, zunehmend in Frage¹²¹. Ein übriges tragen sodann systematisch unglückliche landesrechtliche Regelungen wie der bereits erwähnte § 16 Satz 1 LWG Rh.-Pf.¹²² bei, der zwar im Interesse (u. a.) der öffentlichen Wasserversorgung die Begründung für die Erteilung einer gehobenen Erlaubnis erleichtern will¹²³, damit aber zugleich auch – bundesrechtlich durchaus problematisch – dazu veranlassen kann, sich mit der Option der Erteilung einer Bewilligung nicht erst ernstlich auseinanderzusetzen.

Gibt namentlich das Gesetz zur Bewältigung unterschiedlicher wasserwirtschaftlicher Konstellationen ein differenziertes Instrumentarium vor, das den auch verfassungsrechtlich begründeten Postulaten des Bestands- und Investitionsschutzes verpflichtet ist, so ist jedenfalls die kategorische behördliche Ignorierung einer dieser

¹¹⁹ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 14 Rn. 8; *Durner*, in: *Rehbinder/Schink* (Hrsg.), *Grundzüge des Umweltrechts*, Kap. 9 Rn. 100.

¹²⁰ So die Entwurfsbegründung zum WHG aus dem Jahr 1956, BTags-Drucks. 2/2072, S. 25.

¹²¹ Siehe dazu näher auch *Reinhardt*, *Wasserrechtlicher Investitionsschutz in Zeiten des Klimawandels*, Ein Beitrag zur Flexibilität der wasserhaushaltsgesetzlichen Bewilligung, *ZfW* 2015, S. 62 ff.

¹²² Oben II. 2. b. bb.

¹²³ LTags-Drucks. Rh.-Pf. 16/4576, S. 86.

Handlungsformen objektiv rechtswidrig¹²⁴. Denn der aus dem rechtsstaatlichen Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung folgende Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes verpflichtet die Verwaltung nicht nur, vom geltenden Recht nicht abzuweichen (Abweichungsverbot), sondern auch, das geltende Recht nicht zu ignorieren (Anwendungsgebot)¹²⁵. Die Verwaltung muß danach „alles tun, um den Willen des Gesetzgebers in die Wirklichkeit umzusetzen“¹²⁶. Diese verfassungsrechtliche Pflicht verletzt sie jedoch, wenn sie sich bei der Ausführung des Bundesgesetzes nach Art. 83 GG *a priori* ausschließlich auf das Instrument der Erlaubnis kapriziert, so daß die Bewilligung faktisch leerläuft. Dies gilt um so mehr auf Grund der gesetzlich angelegten Wesensverschiedenheit der Zulassungsformen als nicht nach behördlichem Ermessen frei wählbare systematische *alia*¹²⁷, die die Behörde daran hindert, ohne einen entsprechenden Antrag an Stelle der erstrebten Bewilligung eine einfache oder gehobene Erlaubnis zu erteilen. Allerdings wird die praktische Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben hier dadurch verkompliziert, daß die Wasserbehörde auch bei Vorliegen der tatbestandlichen Bewilligungsvoraussetzungen des § 14 Abs. 1 WHG grundsätzlich nicht zur Erteilung verpflichtet ist, sondern ihr nach § 12 Abs. 2 WHG ein Bewirtschaftungsermessen eingeräumt ist und von Verfassungsrechts wegen auch eingeräumt sein muß¹²⁸.

An dieser Stelle auf der Rechtsfolgenseite setzen mittlerweile vereinzelte untergerichtliche Entscheidungen an, die nicht allein die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Bewilligung überprüfen, sondern sich zugleich mit der Frage beschäftigen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Gewässerbenutzer im einzelnen Fall einen durchsetzbaren Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung an Stelle der von der Behörde angebotenen einfachen oder gehobenen Erlaubnis

¹²⁴ Czychowski/Reinhardt, WHG, § 14 Rn. 8; Reinhardt, ZfW 2015, S. 62 f.

¹²⁵ BVerfGE 25, 216, 228; 30, 292, 332; Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Art. 79 Abs. 3 Rn. 59; Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, 3. Auflage 2007, § 101 Rn. 5; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 92.

¹²⁶ So Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, § 101 Rn. 5.

¹²⁷ Breuer/Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, Rn. 629.

¹²⁸ BVerfGE 58, 300, 346 f.; Czychowski/Reinhardt, WHG, § 8 Rn. 3; Hasche, in: BeckOK Umweltrecht, § 8 WHG Rn. 1; Knopp, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 8 Rn. 9; Pape, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 8 WHG Rn. 26; Reinhardt, NVwZ 2017, S. 1000, 1001 f.; abw. Papiers, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 431.

hat¹²⁹. Grundsätzlich beschränkt sich die Rechtsstellung des Unternehmers auf einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, doch kann sich dieser im Fall einer sog. Ermessensreduzierung auf Null ausnahmsweise zu einem Anspruch auf Erteilung der begehrten Bewilligung verdichten, wenn alle anderen Entscheidungen ermessensfehlerhaft wären¹³⁰. Konsequenterweise kann sich danach auch im Wasserrecht im einzelnen Fall nicht nur ein Anspruch auf Zulassung einer Gewässerbenutzung¹³¹, sondern darüber hinaus auch ein Anspruch auf Erteilung einer bestimmten Zulassungsform ergeben¹³². In diesem Sinne ist die Verweigerung einer Bewilligung beispielsweise dann als ermessensfehlerhaft angesehen worden, wenn das Vertrauen eines Unternehmens der öffentlichen Daseinsvorsorge, die zudem durch ein festgesetztes Wasserschutzgebiet gesicherten Brunnen auch weiterhin in der rechtlichen Sicherheit des § 14 WHG nutzen zu können, von der Behörde ohne erkennbaren Grund mißachtet worden ist¹³³ oder tatsächlich unzutreffend angenommen worden ist, daß ohne Inanspruchnahme einer bestimmten Quelle die öffentliche Trinkwasserversorgung nicht gefährdet war¹³⁴.

5. Zulassung der Entnahme zu Zwecken der öffentlichen Trinkwasserversorgung

Die Rechtsform für die wasserbehördliche Zulassung der Entnahme von Wasser zu Zwecken der öffentlichen Trinkwasserversorgung folgt danach ausschließlich den dargestellten Vorgaben des positiven Rechts. Stehen der Gewässerbenutzung i. S. des § 9 WHG auf der Tatbestandsebene keine zwingenden Versagungsgründe nach § 12 Abs. 1 WHG entgegen, so ist mithin weiter zu prüfen, ob darüber hinaus die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Bewilligung nach § 14 WHG oder einer gehobenen Erlaubnis nach § 15 WHG erfüllt sind. Die ein-

¹²⁹ VG Aachen, ZfW 2013, S. 222 ff.; VG Aachen, Urteil vom 23. Oktober 2015, 7 K 1424/12; VG Aachen, Urteil vom 31. Mai 2017, 6 K 100/16; VG Wiesbaden, ZfW 2014, S. 174 ff.

¹³⁰ Siehe dazu etwa BVerwGE 94, 35, 46 f.; 122, 103, 108; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 24 f.

¹³¹ *Breuer/Gärditz*, Öffentliches und privates Wasserrecht, Rn. 553; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 12 Rn. 35 ff.; *Knopp*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG, § 12 Rn. 55; *Pape*, in: *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, § 12 WHG Rn. 55 ff.

¹³² VG Aachen, Urteil vom 31. Mai 2017, 6 K 100/16 Rn. 41; VG Wiesbaden, ZfW 2014, S. 174, 177 f.; *Reinhardt*, ZfW 2015, S. 62, 70 f.

¹³³ So VG Wiesbaden, ZfW 2014, S. 174, 177.

¹³⁴ So VG Aachen, Urteil vom 23. Oktober 2015, 7 K 1424/12.

schlägigen gesetzlichen Merkmale sind dabei verwaltungsgerichtlich vollständig überprüfbar und belassen der Behörde keinen exekutiven Beurteilungsspielraum¹³⁵. Auch entbindet der wasserhaushaltsgesetzlich und verfassungsrechtlich begründete Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung¹³⁶ nicht von der Pflicht zur Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen der entsprechenden Bestimmung. Die Erteilung einer gehobenen oder auch einer einfachen Erlaubnis für Entnahmen zu Zwecken der öffentlichen Wasserversorgung ist vor diesem Hintergrund daher *de lege lata* nicht zwangsläufig rechtswidrig. Allerdings stellt das Postulat der Versorgungssicherheit zugleich hohe Anforderungen auch an den von § 14 Abs. 1 Nr. 1 WHG adressierten Bestands- und Investitionsschutz des im Interesse des Wohls der Allgemeinheit agierenden Wasserversorgungsunternehmens, so daß sich die Bewilligung gerade hier im Regelfall als vordringliches Zulassungsinstrument erweist¹³⁷. Dies gilt um so mehr mit Blick auf die künftig erwarteten erhöhten Ansprüche an die Sicherstellung der öffentlichen Wasserversorgung in klimatisch bedingt zunehmenden Trockenperioden, zumal im Verhältnis zu konkurrierenden Nutzungsinteressen von Industrie, Gewerbe und Landwirtschaft, die besondere Anforderungen an Bereitstellung, Betrieb und gegebenenfalls auch an Ertüchtigung und Erweiterung der Infrastrukturen der Daseinsvorsorge stellen. Ein auf unspezifizierte Ermessenserwägungen gegründetes Flexibilitätsinteresse der Wasserbehörde vermag sich dagegen diesen gesetzlich vorgezeichneten Belangen gegenüber nicht durchzusetzen¹³⁸.

Können im einzelnen Fall die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 WHG gleichwohl nicht erfüllt werden, so gelten vergleichbare Maßstäbe für die Prüfung einer gehobenen Erlaubnis i. S. des § 15 WHG, die neben dem ebenfalls auch den Investitionsschutz abzielenden berechtigten Interesse des Gewässerbenutzers explizit auch

¹³⁵ BVerwGE 20, 219, 224 f.; VG Wiesbaden, ZfW 2014, S. 174, 175; *Breuer/Gärditz*, Öffentliches und privates Wasserrecht, Rn. 620; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 14 Rn. 9 und § 15 Rn. 11; *Guckelberger*, in: BeckOK Umweltrecht, § 14 WHG Rn. 2; *Pape*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 14 WHG Rn. 6; *Schmid*, in: Berendes/Frenz/Müggendorf (Hrsg.), WHG, § 14 Rn. 14.

¹³⁶ Oben II.

¹³⁷ OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1996, S. 195, 197; *Breuer/Gärditz*, Öffentliches und privates Wasserrecht, Rn. 621; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 14 Rn. 9 a; *Guckelberger*, in: BeckOK Umweltrecht, § 14 WHG Rn. 5; *Knopp*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 14 Rn. 33; *Pape*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 14 WHG Rn. 9; *Reinhardt*, ZfW 2015, S. 62, 65 f.

¹³⁸ *Reinhardt*, ZfW 2015, S. 62, 71.

auf das öffentliche Interesse abstellt, das bei Entnahmen zu Zwecken der öffentlichen Trinkwasserversorgung regelmäßig zu bejahen sein wird¹³⁹. Umgekehrt ist dem jedoch keine gesetzliche Vorzeichnung der Entscheidung gegen die Erteilung einer Bewilligung zu entnehmen, da es wie gesehen allein auf die Erfüllung der jeweils maßgeblichen Tatbestandsvoraussetzungen ankommt. Daß die öffentliche Trinkwasserversorgung ein öffentliches Interesse i. S. des § 15 WHG darstellt, steht der Erteilung einer Bewilligung nicht entgegen. Der Klarstellung könnte mithin eine Ergänzung der Bewilligungsvoraussetzungen des § 14 Abs. 1 WHG in einer Weise dienen, die der auch verfassungsrechtlich fundierten besonderen Bedeutung der öffentlichen Trinkwasserversorgung explizit Rechnung trägt und so die in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannte besondere Eignung der Bewilligung zur Sicherstellung der öffentlichen Wasserversorgung auch gesetzlich widerspiegelt.

Auf der Rechtsfolgenseite des wasserbehördlichen Bewirtschaftungsermessens kann sich wie gesehen die von der Behörde beabsichtigte Gestattung einer Gewässerbenutzung zu Zwecken der öffentlichen Trinkwasserversorgung zu einem gerichtlich durchsetzbaren Anspruch des Unternehmers auf Erteilung einer konkreten Zulassungsform, namentlich vor allem einer Bewilligung, verdichten, wenn sich die Wahl einer einfachen oder gehobenen Erlaubnis als rechtswidrig erweist¹⁴⁰. Dies folgt zum einen aus der tradierten *ratio* der gesetzlichen Ordnung des Wasserhaushalts, die von Beginn an vorrangig der Gewährleistung der öffentlichen Wasserversorgung verpflichtet war und es bis heute uneingeschränkt ist¹⁴¹. Zum anderen bezieht sich wie gesehen auch die verfassungsrechtliche Grundlage des gesetzlich eingeräumten Ermessens ausschließlich auf dessen zentrale Bedeutung für die Erhaltung und Bewirtschaftung des natürlichen Wasserdargebots im Interesse der öffentlichen Wasserversorgung¹⁴².

Aber auch die dem vorgelagerte wasserbehördliche Ermessensentscheidung darüber, ob und gegebenenfalls unter welchen Inhalts- und Nebenbestimmungen i. S.

¹³⁹ *Breuer/Gärditz*, Öffentliches und privates Wasserrecht, Rn. 633; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 15 Rn. 9; *Drost*, Wasserrecht in Bayern, § 15 WHG Rn. 11; *Knopp*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp*, WHG, § 15 Rn. 15; *Pape*, in: *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, § 15 WHG Rn. 8; *Schendel/Scheier*, in: *BeckOK Umweltrecht*, § 15 WHG Rn. 1; *Schmid*, in: *Berendes/Frenz/Müggenborg* (Hrsg.), WHG, § 15 Rn. 11.

¹⁴⁰ Oben III. 4.

¹⁴¹ Oben II. 2. a.

¹⁴² BVerfGE 58, 300, 342 ff., 346 f.; *Reinhardt*, NVwZ 2017, S. 1000 ff.

des § 13 WHG eine derartige Gewässerbenutzung im einzelnen Fall zugelassen wird, steht als solche unter dem Eindruck des Vorrangs der öffentlichen Wasserversorgung. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 WHG bestätigt dies zudem ausdrücklich¹⁴³. Die existentielle Angewiesenheit des Menschen auf eine sichere Versorgung mit Trinkwasser schränkt die Versagungsspielräume der Wasserbehörde insbesondere dann ein, wenn in quantitativer und qualitativer Hinsicht zureichende Alternativen nicht zu Verfügung stehen, und kann letztlich auch zu einer Ermessensreduzierung auf Null führen¹⁴⁴. Dies gilt um so mehr im Fall der Verschärfung klimatisch bedingter Trockenperioden. Das bedeutet, daß die jederzeit uneingeschränkte Sicherstellung der öffentlichen Trinkwasserversorgung in qualitativer und quantitativer Hinsicht als solche rechtlich unverhandelbar ist. Wie dies sodann im konkreten Fall der Inanspruchnahme eines Gewässers zur Trinkwassergewinnung zulassungsrechtlich praktisch zu gewährleisten ist, folgt den gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 8 ff. WHG, deren unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensspielräume im Licht des übergeordneten Vorrangs der öffentlichen Wasserversorgung auszulegen, anzuwenden und verwaltungsgerichtlich zu überprüfen sind. Ob mittel- oder langfristig hierüber hinausgehende Reaktionen des Gesetzgebers zur Bewältigung neuartiger versorgungsbezogener Notlagen, etwa nach dem Vorbild des für den Verteidigungsfall konzipierten Wassersicherstellungsgesetzes¹⁴⁵, erforderlich werden, erscheint dagegen derzeit nicht verlässlich prognostizierbar.

IV. Resümee und Schlußfolgerungen

1. Befund

Mit der Neuordnung des Wasserhaushaltsrecht nach der Föderalismusreform und der systematischen Modifikation der gesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen für eine Gewässerbenutzung ist mit Blick auf den Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung keine materiell-rechtliche Änderung eingetreten.

Die frühere Rechtslage des § 6 WHG a. F. wird mit dem – freilich regelungstechnisch leicht komplexeren – Konstrukt der § 12, § 3 Nr. 10, § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4

¹⁴³ Siehe neben den Kommentierungen zu § 6 WHG auch *Breuer/Gärditz*, Öffentliches und privates Wasserrecht, Rn. 615, 618.

¹⁴⁴ *Pape* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 12 WHG Rn. 64.

¹⁴⁵ Gesetz über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der Wasserwirtschaft für Zwecke der Verteidigung (Wassersicherstellungsgesetz – WasSiG) vom 24. August 1965, BGBl. I S. 1225.

WHG keineswegs zu Lasten der Daseinsvorsorge verändert, sondern im Gegenteil durch die nun auch explizite Akzentuierung dieses Belangs für die Betätigung des wasserbehördlichen Ermessens entsprechend nachgeschärft. In seltener Einmütigkeit bekennt sich die einschlägige Kommentarliteratur¹⁴⁶ weiterhin uneingeschränkt zum bundesgesetzlichen Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung im Sinn der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁴⁷. Damit wird zugleich übergeordneten grundgesetzlichen Postulaten des Sozialstaats, des Umweltstaats und auch einzelnen grundrechtlichen Gewährleistungen und Ansprüchen des Bürgers Rechnung getragen.

Allerdings scheinen die rein sprachlichen Eingriffe in den Normtext wie auch die tatsächliche Zuspitzung der Problematik im Zuge der gegenwärtigen und künftig erwarteten klimatischen Veränderungen nicht nur zu vereinzelt, in der Sache freilich vernachlässigbaren Fehldeutungen, sondern auch zu einer intensivierten Landeswassergesetzgebung zu führen, die nur teilweise zur Klarheit des geltenden Rechts beizutragen in der Lage ist. Bereits der cursorische Blick auf einschlägige Bestimmungen in den Landeswassergesetzen hat einen tendenziell disparaten Befund genährt, der insbesondere im Verhältnis zur klaren Vorrangregelung des Bundesrechts vielfältige Inkonsistenzen und weitergehende Fragen offenbart. Symbolische, tatsächlich oder scheinbar widersprüchliche und mit dem Bundesrecht nicht ohne weiteres kompatible Vorschriften evozieren vielfach einen in der Sache unnötigen und im Vollzug hemmenden rechtlichen Klärungsbedarf. Diese besondere Stellung der öffentlichen Wasserversorgung schlägt sich zugleich in Ausgestaltung und Handhabung des wasserhaushaltsgesetzlichen Zulassungsinstrumentariums nieder. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Bewilligung oder auch einer gehobenen Erlaubnis können daher bei Gewässerbenutzungen im Interesse der Daseinsvorsorge ungleich leichter erfüllt werden als im Fall sonstiger, privater Vorhaben. Untereinander sind die beiden Grundformen der Benutzungszulassung systematische *alia* und nicht ohne weiteres austauschbar. Maßgeblich sind vielmehr allein die durch das Gesetz selbst vorgegebenen materiellen Kriterien der §§ 14, 15 WHG. Schließlich determiniert der Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung die Betätigung des wasserbehördlichen Bewirtschaftungsermessens auf der Rechtsfolgenseite, indem er zum einen die öffentliche Wasserversorgung gefährdende Ermessenserwägungen ausschließt und zum anderen auch die Entschei-

¹⁴⁶ Oben Fn. 27.

¹⁴⁷ BVerfGE 58, 300.

dung zwischen Erlaubnis und Bewilligung steuert. Im Ausnahmefall kann auch ein Anspruch auf Erteilung einer bestimmten Zulassung bestehen. Ein allgemeines zwingendes Gebot, Entnahmerechte für die öffentliche Wasserversorgung ausnahmslos in der Form einer Bewilligung auszusprechen, läßt sich dem geltenden Recht indes nicht entnehmen.

2. Weiterer Klärungs- und Diskussionsbedarf

Freilich mag die offenbar vielfach nicht hinreichend klare wasserhaushaltsgesetzliche Regelungslage im Zuge der künftig zunehmenden praktischen Bedeutung wasserrechtlicher Präendentenstreitigkeiten einen Klarstellungsbedarf provozieren, um die vorrangige Bedeutung der öffentlichen Wasserversorgung in zentralen gesetzlichen Regelungsbereichen insbesondere im behördlichen Vollzug effektiv umzusetzen. Insoweit werden in der Wasserwirtschaft in erster Sichtung mehrere Rechtsmaterien als insoweit defizitär wahrgenommen, die im folgenden in skizzenhafter Form einer ersten exemplarischen und vorläufigen Sichtung zu unterziehen sind.

a. Ausweisung von Wasserschutzgebieten

Gemäß § 51 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WHG können Wasserschutzgebiete festgesetzt werden, soweit es das Wohl der Allgemeinheit erfordert, Gewässer im Interesse der derzeit bestehenden oder künftigen öffentlichen Wasserversorgung vor nachteiligen Einwirkungen zu schützen. Auf diese Weise können die allgemeinen bewirtschaftungsrechtlichen und ökologischen Anforderungen an den Gewässerschutz über das Instrumentarium der Erteilung und Versagung wasserrechtlicher Zulassungen nach den §§ 8 ff. WHG und der repressiven Befugnisse nach den §§ 100 ff. WHG hinaus im gezielten Interesse der Daseinsvorsorge inhaltlich weiter angespannt¹⁴⁸ werden. Tatbestandliche Voraussetzung ist neben der Schutzbedürftigkeit, Schutzwürdigkeit und Schutzfähigkeit eines Wasserkörpers¹⁴⁹ vor allem das Erfordernis des Wohls der Allgemeinheit, das wie gesehen nicht nur allgemein¹⁵⁰,

¹⁴⁸ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 51 Rn. 4; *Hünnekens*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 51 WHG Rn. 10; *Schwind*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, § 51 Rn. 4.

¹⁴⁹ BVerwG, NVwZ 2013, S. 227, 228; NVwZ 2016, S. 609, 610; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 51 Rn. 19; *Schmid*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 51 Rn. 34 ff.; jeweils mit weiteren Nachweisen.

¹⁵⁰ Oben II. 2. a.

sondern im Kontext des § 51 WHG insbesondere mit Blick auf die öffentliche Wasserversorgung zu verstehen ist. Eine an anderen, etwa an kommunalen oder wirtschaftlichen Interessen orientierte Ausweisung ist damit rechtlich unzulässig. Auf Grund der mit der Unterschützstellung von Flächen und der Anordnung von Nutzungsverboten und Nutzungsbeschränkungen nach näherer Maßgabe des § 52 WHG verbundenen Eigentumsbeschränkungen¹⁵¹ nach dem Erforderlichkeitsmerkmal des § 51 Abs. 1 Satz 1 WHG wird eine dem rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verpflichtete Abwägung der widerstreitenden individuellen und generellen Interessen vorausgesetzt¹⁵². Dem trägt zugleich § 52 Abs. 4 WHG Rechnung, nach dem für unzumutbare Beschränkungen des Eigentums durch einzelne Schutzanordnungen eine Entschädigung zu leisten ist, wohingegen der Billigkeitsausgleich des § 52 Abs. 5 WHG auf eine verfassungsrechtlich nicht gebotene politische Entscheidung des Bundesgesetzgebers zurückgeht¹⁵³. Auf der Rechtsfolgenseite eröffnet § 51 Abs. 1 WHG den zuständigen Wasserbehörden ein Ermessen, das durch die gesetzliche Zwecksetzung der Norm zur Gewährleistung der öffentlichen Wasserversorgung gesteuert wird. Zudem gilt die allgemeine Abwägungs- und Ermessensdirektive des § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 WHG im Interesse der Erhaltung und Schaffung bestehender oder künftiger Nutzungsmöglichkeiten insbesondere für die öffentliche Wasserversorgung¹⁵⁴. Ein Rechtsanspruch des Wasserversorgers auf Festsetzung besteht allerdings grundsätzlich nicht¹⁵⁵.

Die normative Ausgestaltung der wasserrechtlichen Unterschützstellung von Flächen nach § 51 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WHG ist damit gezielt und im Kern auf die Bedürfnisse der öffentlichen Wasserversorgung zugeschnitten, so daß es einer zusätzlichen Nachschärfung i. S. des zuvor erörterten Vorrangs der öffentlichen Was-

¹⁵¹ Zur Bedeutung des Eigentums siehe auch schon oben II. 3. c. bb.

¹⁵² BVerwG, NVwZ 1997, S. 887, 889 f.; NVwZ 2003, S. 1116 f.; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 51 Rn. 17; *Schwind*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, § 51 Rn. 39 f.; jeweils mit weiteren Nachweisen.

¹⁵³ BTags-Drucks. 10/5727, S. 33; BVerwG, ZfW 1998, S. 423, 425; BGHZ 138, 395, 397; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 52 Rn. 92; *Gößl*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 51 Rn. 114; *Hünnekens*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 52 WHG Rn. 51.

¹⁵⁴ Dazu schon oben II. 2. a.

¹⁵⁵ BVerwG, ZfW 1970, S. 242 ff.; VGH Kassel, ZfW 1996, S. 446, 448; *Breuer/Gärditz*, Öffentliches und privates Wasserrecht, Rn. 1089; *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 51 Rn. 64; *Gößl*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 51 Rn. 25; *Hünnekens*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 51 WHG Rn. 46.

serversorgung nicht bedarf. Soweit in der Praxis gleichwohl geltend gemacht wird, daß Festsetzungsverfahren nicht mit der gebotenen Stringenz und Priorität betrieben werden, ist dies vornehmlich eine Frage des Vollzugs, die nur begrenzt durch weitere Anspannungen des materiellen Rechts beherrschbar erscheint¹⁵⁶. Insbesondere würde eine zusätzliche Intensivierung des Belangs der öffentlichen Wasserversorgung im Rahmen einer Regelung, die ebendiesem zu dienen bestimmt ist, nur weitere Redundanzen erzeugen. Zu erwägen wäre aber möglicherweise eine Stärkung der verfahrensrechtlichen Stellung der begünstigten Wasserversorgungsunternehmen, die bislang die regelmäßig von Amts wegen zu betreibende Festsetzung¹⁵⁷ lediglich „anregen“ können¹⁵⁸. Allerdings könnte sich an die damit verbundene Erhebung zum Verfahrensbeteiligten i. S. des § 13 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG auch die Heranziehung zu Verwaltungsgebühren knüpfen, die nach gegenwärtigem Recht grundsätzlich nicht anfallen¹⁵⁹. Schließlich ist auf den zeitlichen Aufwand für die landesrechtlich vorgesehene Öffentlichkeitsbeteiligung¹⁶⁰ aufmerksam zu machen, die als solche wenig Spielraum für Straffungen beläßt.

b. Raumgestaltende Planung

aa. Raumordnungsrecht

aaa. Begriff der Gesamtplanung

Unter Gesamtplanung versteht man die durch spezifische planerische Instrumente gesteuerte hoheitliche Raumgestaltung auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene¹⁶¹. Im Gegensatz zur Fachplanung (z. B. wasserwirtschaftliche Planung nach den §§ 82 ff. WHG) beschränkt sie sich nicht auf die Verwirklichung oder Umset-

¹⁵⁶ Siehe zum Vollzugsdefizit um Umweltrecht etwa *Hansmann/Röckinghausen*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 52 BImSchG Rn. 1; *Mayntz/Hucke*, Gesetzesvollzug im Umweltrecht, Wirksamkeit und Probleme, ZfU 1978, S. 217, 218 ff.; *Sparwasser/Engel/Voßkuhle*, Umweltrecht, 5. Auflage 2003, § 2 Rn. 2.

¹⁵⁷ Z. B. § 113 Satz 1 LWG NRW.

¹⁵⁸ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 51 Rn. 55; *Hünnekens*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 51 WHG Rn. 51.

¹⁵⁹ VGH Kassel, ZfW 1996, S. 446 ff.; *Göbl*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 51 Rn. 53; *Schwind*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, § 51 Rn. 59.

¹⁶⁰ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 51 Rn. 56; *Göbl*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 51 Rn. 50; *Schwind*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, § 51 Rn. 55.

¹⁶¹ *Battis*, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, 7. Auflage 2017, Rn. 40; *Kümper*, in: Kment (Hrsg.), Raumordnungsgesetz mit Landesplanungsrecht, 2019, Einl. Rn. A 11.

zung spezifischer Vorhaben oder Entwicklungen, sondern zielt auf die allgemeine, übergeordnete Koordinierung der Flächenentwicklung. Gemeinhin werden in ihr fünf Stufen unterschieden, auf denen die planerische Gestaltung sukzessive konkretisiert wird: Die Bundesraumordnung auf der Grundlage des Raumordnungsgesetzes¹⁶² zielt auf die Entwicklung des Gesamttraums der Bundesrepublik Deutschland und seiner Teilräume durch Raumordnungspläne, raumordnerische Zusammenarbeit und Abstimmung raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen, § 3 Abs. 1 Satz 1 ROG. Die Raumordnung in den Ländern erfolgt sodann zweistufig nach näherer Maßgabe der §§ 13 ff. ROG i. V. mit dem jeweiligen Landesplanungsgesetz¹⁶³. Sie unterscheidet zwischen den landesweiten Raumordnungsplänen i. S. des § 13 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ROG¹⁶⁴ und den Regionalplänen nach § 13 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ROG¹⁶⁵. Auf der kommunalen Ebene wird schließlich für die Bauleitplanung nach dem Baugesetzbuch¹⁶⁶ zwischen dem das gesamte Gemeindegebiet umfassenden Flächennutzungsplan nach den §§ 5 ff. BauGB und den kleinteiligeren Bebauungsplänen nach den §§ 8 ff. BauGB unterschieden.

bbb. Ziele und Grundsätze

Den Kodifizierungen auf Bundes- und Landesebene ist dabei grundsätzlich gemein, daß sie einen allgemeinen rechtlichen Rahmen bilden, der durch die Vorgabe von Instrumenten, Verfahren, aber durchaus auch inhaltlichen Grundsätzen, Zielen und Belangen eine übergreifende normative Lenkung der darauf gestützten eigentlichen planerischen Prozesse der zuständigen Planungsträger unternimmt. Dabei spiegelt sich das hier im Vordergrund stehende Verhältnis miteinander konkurrierender Nutzungsinteressen am natürlichen Wasserdargebot in verschiedenster Weise wider, wie schon ein cursorischer Blick auf die umfängliche Enumeration der Grundsätze der Raumordnung gemäß § 2 ROG erweist. Erwähnung finden etwa die Versorgung mit Dienstleistungen und Infrastrukturen der Daseinsvorsorge¹⁶⁷, die Be-

¹⁶² Raumordnungsgesetz (ROG) vom 22. Dezember 2008, BGBl. I S. 2986.

¹⁶³ Siehe z. B. das rheinland-pfälzische Landesplanungsgesetz (LPIG) vom 10. April 2003, GVBl. S. 41.

¹⁶⁴ Z. B. i. V. mit den §§ 7 ff. LPIG Rh.-Pf.

¹⁶⁵ Z. B. i. V. mit den §§ 12 ff. LPIG Rh.-Pf.

¹⁶⁶ Baugesetzbuch (BauGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. November 2017, BGBl. I S. 3634.

¹⁶⁷ § 2 Abs. 1 Nr. 3 ROG.

deutung des Raums für die Funktionsfähigkeit des Wasserhaushalts und der Schutz der Grundwasservorkommen¹⁶⁸. Ferner tragen die Grundsätze auch den Belangen des demographischen¹⁶⁹ und klimatischen¹⁷⁰ Wandels Rechnung. In der bei der Aufstellung der Raumordnungspläne erforderlichen Umweltprüfung sind nach § 8 Abs. 1 ROG u. a. die Auswirkungen des Raumordnungsplans auf die menschliche Gesundheit und das Wasser zu ermitteln und zu bewerten, bei Entbehrlichkeit dieser Prüfung wegen nur geringfügiger Änderungen sind nach § 8 Abs. 2 i. V. mit Anlage 2 Nr. 2.6.6 ROG festgesetzte Wasserschutzgebiete zu berücksichtigen. Auf der anderen Seite ist die Raumordnung aber auch ausgeglichenen wirtschaftlichen Verhältnissen und einem nachhaltigen Wirtschaftswachstum¹⁷¹ sowie einer langfristig wettbewerbsfähigen und räumlich ausgewogenen Wirtschaftsstruktur und wirtschaftsnahen Infrastruktur verpflichtet¹⁷², auch unter ausdrücklicher Erwähnung der räumlichen Voraussetzungen der Land- und Forstwirtschaft¹⁷³.

ccc. Gewichtung der Belange

Dabei enthält sich der nicht abschließende¹⁷⁴ gesetzliche Katalog der Grundsätze der Raumordnung bewußt einer verbindlichen normativen Gewichtung, da diese nicht abstrakt, sondern für den konkret zu beplanenden Raum inhaltlich zu reihen und grundsätzlich auch überwindbar sind¹⁷⁵. Dasselbe ergibt sich im übrigen auch aus der bloßen Berücksichtigungspflicht für Grundsätze der Raumordnung, die im Gegensatz zur Beachtungspflicht für Ziele der Raumordnung i. S. des § 3 Abs. 1

¹⁶⁸ § 2 Abs. 1 Nr. 6 ROG.

¹⁶⁹ § 2 Abs. 1 Nr. 1 ROG.

¹⁷⁰ § 2 Abs. 1 Nr. 6 ROG.

¹⁷¹ § 2 Abs. 1 Nr. 1 ROG.

¹⁷² § 2 Abs. 1 Nr. 4 ROG.

¹⁷³ § 2 Abs. 1 Nr. 4, 5 ROG.

¹⁷⁴ Zutreffend *Kümper*, in: Kment (Hrsg.), ROG, § 2 Rn. 46.

¹⁷⁵ *Battis*, Baurecht und Raumordnungsrecht, Rn. 86; *Dörr/Yamato*, Raumordnung und Landesplanung, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 2, 3. Auflage 2013, § 38 Rn. 30; *Kümper*, in: Kment (Hrsg.), ROG, § 2 Rn. 35, 47; *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Auflage 2015, Rn. 277; jeweils mit weiteren Nachweisen.

Nr. 2 ROG¹⁷⁶ rechtsverbindliche Planungsvorgaben formulieren, so daß der Enumeration des § 2 Abs. 2 ROG die Funktion einer bloßen „Checkliste“ für die Abwägung zukommt¹⁷⁷. Durch herausgehobene Formulierungen für einzelne Grundsätze wie etwa für den vorbeugenden Hochwasserschutz¹⁷⁸ kann das Gesetz allerdings besondere Akzente für den Planungsprozeß setzen, ohne damit aber eine starre Rangfolge im Verhältnis zu anderen Belangen zu begründen. Insoweit bestünde mithin auch für das Interesse der öffentlichen Wasserversorgung die Option einer spezifischen normativen Hervorhebung *de lege ferenda*.

bb. Recht der Bauleitplanung

Einen vergleichbaren Regelungsansatz verfolgt das Recht der Bauleitplanung, das in § 1 Abs. 6 BauGB beispielhaft spezifische Planungsleitlinien für die Aufstellung von Flächennutzungsplänen und Bebauungsplänen vorgibt, deren gesetzlich gewählte Reihenfolge wiederum keine Schlußfolgerungen für eine womöglich gesetzlich verbindliche Rangordnung zuläßt¹⁷⁹. So ist für den Planungsprozeß ohne Bedeutung, daß § 1 Abs. 6 Nr. 8 lit. e) BauGB die Belange der Versorgung, insbesondere mit Energie und Wasser, einschließlich der Versorgungssicherheit, erst nach den Belangen der Land- und Forstwirtschaft nach § 1 Abs. 6 Nr. 8 lit. b) BauGB auflistet. Allerdings können sich hier wie auch in der Raumplanung Gewichtungen und Vorrangstellungen aus den Vorgaben des einschlägigen Fachrechts i. S. einer „extern determinierten Gewichtung“¹⁸⁰ oder aus grundsätzlichen, insbesondere auch verfassungsrechtlichen Wertungen¹⁸¹ ergeben, die für die Planungsträger zwingend aus der rechtsstaatlichen Gesetzesbindung nach Art. 20 Abs. 3 GG folgen.

¹⁷⁶ Dörr/Yamato, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, § 38 Rn. 33 ff.; Stier, Fachplanungsrecht, Rn. 279 ff.

¹⁷⁷ So Spannowsky, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, Kommentar, 2. Auflage 2018, § 2 Rn. 9.

¹⁷⁸ Spannowsky, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, § 2 Rn. 9.

¹⁷⁹ BVerwG, NJW 1994, S. 1233; Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, Kommentar, 14. Auflage 2019, § 1 Rn. 49; Söfker/Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: 132. Ergänzungslieferung 2019, § 1 Rn. 111, 112.

¹⁸⁰ So Söfker/Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 1 Rn. 112.

¹⁸¹ Siehe dazu oben II. 3.

Daraus folgt für den hier interessierenden Zusammenhang, daß auch die zuvor erörterten verfassungsrechtlichen Determinanten, die auf grundgesetzlicher Ebene den Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung als übergeordnete Direktive staatlichen Handelns begründen, im Rahmen der Planungsentscheidungen zwingend zu beachten sind¹⁸².

c. Naturschutz und ökologischer Gewässerschutz

aa. Naturschutzrecht

Von erheblicher und in jüngerer Zeit zudem wachsender Bedeutung schließlich ist die rechtliche Einordnung der Wasserversorgung im Verhältnis zu naturschutzrechtlichen Anforderungen. Normativer Anknüpfungspunkt ist insoweit § 12 Abs. 1 Nr. 2 WHG, nach dem Erlaubnis und Bewilligung zu versagen sind, wenn andere Anforderungen nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht erfüllt werden. Hierzu zählen neben anderem die gesetzlichen Verbote und Beschränkungen des Natur- und Landschaftsschutzes, die der Prüfung im wasserrechtlichen Zulassungsverfahren¹⁸³ bedürfen¹⁸⁴. Gemäß § 33 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG sind alle Veränderungen und Störungen, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung eines Natura 2000-Gebiets, d. h. den in Umsetzung der FFH-Richtlinie¹⁸⁵ und der Vogelschutz-

¹⁸² Siehe z. B. zum Sozialstaatsprinzip: *Köck*, ZUR 2016, S. 579, 584 f.; *Kratzenberg*, Die Novelle zum Raumordnungsgesetz, NVwZ 1989, S. 1129, 1130; *Oebbecke*, Kommunale Satzungsgebung und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, NVwZ 2003, S. 1313, 1316 f.; zum Umweltstaatsprinzip: *Hyckel*, Die materiell-rechtliche Transformation des Umweltschutzes in der Bauleitplanung, ZfBR 2016, S. 335 ff.; *Murswiek*, Staatsziel Umweltschutz (Art. 20 a GG), Bedeutung für Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 1996, S. 222, 229 f.; *Peters*, Art. 20 a GG, Die neue Staatszielbestimmung des Grundgesetzes, NVwZ 1995, S. 555, 556 f.; zu den Grundrechten: *Erbguth*, Private Belange in der raumordnerischen Abwägung: Eigentumsschutz versus Typisierung, NVwZ 2017, S. 683 ff.; *Kment*, Unmittelbarer Rechtsschutz Privater gegen Ziele der Raumordnung und Flächennutzungspläne im Rahmen des § 35 III BauGB, NVwZ 2003, S. 1047, 1052 f.; *Söfker/Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 1 Rn. 15.

¹⁸³ Zur verfahrensrechtlichen Umsetzung siehe *Schmid*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, § 12 Rn. 25 ff.

¹⁸⁴ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 12 Rn. 29; *Drost*, Wasserrecht in Bayern, § 12 WHG Rn. 27 ff.; *Knopp*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 12 Rn. 38 ff.; *Kotulla*, WHG, § 12 Rn. 11; *Pape*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 12 WHG Rn. 45; *Reinhardt*, Zum Verhältnis von Wasserrecht und Naturschutzrecht, NuR 2009, S. 517 ff.; *Schendel/Scheier*, in: BeckOK Umweltrecht, § 12 WHG Rn. 9, 11 a; jeweils mit weiteren Nachweisen.

¹⁸⁵ Richtlinie 92/43/EWG vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABLEG Nr. L 206, S. 7.

richtlinie¹⁸⁶ ausgewiesenen Flächen führen können, grundsätzlich unzulässig. Das weit zu verstehende¹⁸⁷ naturschutzrechtliche Verschlechterungsverbot erfaßt damit regelmäßig auch Gewässerbenutzungen in der Form der Entnahme von Wasser aus einem Gewässer zu Zwecken der öffentlichen Wasserversorgung. Dies entspricht zudem dem ökologischen Gewässerschutzansatz unter der Wasserrahmenrichtlinie¹⁸⁸, die auch die Inanspruchnahme der Gewässer zu Zwecken der für den Menschen überlebenswichtigen öffentlichen Trinkwasserversorgung als rechtfertigungsbedürftige Störung erachtet¹⁸⁹.

Führt eine solche Inanspruchnahme eines Grund- oder Oberflächenwasserkörpers zu einer im Einzelfall zu verifizierenden erheblichen Beeinträchtigung des Gebiets, ist sie nur zulässig, wenn eine Ausnahme nach § 33 Abs. 1 Satz 2 i. V. mit § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG vorliegt. Dies wiederum setzt gemäß § 34 Abs. 3 BNatSchG voraus, daß das Vorhaben erstens aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses notwendig ist und zweitens zumutbare Alternativen, den damit verfolgten Zweck an anderer Stelle ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen zu erreichen, nicht gegeben sind¹⁹⁰.

Auch wenn damit die Belange der Daseinsvorsorge jedenfalls nicht ausdrücklich als Ausnahmekonstellation anerkannt werden, gemahnt der naturschutzrechtliche Rekurs auf das überwiegende öffentliche Interesse inhaltlich an den wasserrechtlichen Belang des Wohls der Allgemeinheit, in dessen Zentrum wie gesehen die Sicherstellung der öffentlichen Wasserversorgung steht¹⁹¹. Auch der in § 34 Abs. 4

¹⁸⁶ Richtlinie 2009/147/EG vom 30. November 2009 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl.EU Nr. L 20, S. 7.

¹⁸⁷ EuGH, NuR 2018, S. 852, 857 Rn. 65 ff.; *Heugel*, in: Lütkes/Ewer, Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar, 2. Auflage 2018, § 33 Rn. 6; *Lüttgau/Kockler*, in: BeckOK Umweltrecht, § 33 BNatSchG Rn. 3.

¹⁸⁸ Richtlinie 2000/60/EG vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl.EG Nr. L 327, S. 1 (WRRL).

¹⁸⁹ Kritisch unter Verweis auf die anthropozentrischen Ausrichtung des Umweltschutzes im europäischen Primärrecht *Reinhardt*, Reform der Wasserrahmenrichtlinie, NuR 2018, S. 289, 296.

¹⁹⁰ Zu den hier nicht zu vertiefenden Ausgleichs- und Kompensationsmaßnahmen auf der Grundlage des § 15 BNatSchG siehe nur *Drost*, Wasserrecht in Bayern, § 12 WHG Rn. 29.

¹⁹¹ Ebenso *Drost*, Wasserrecht in Bayern, § 12 WHG Rn. 32.

Satz 1 BNatSchG angeführte Gesundheitsschutz¹⁹², dem auch die öffentliche Trinkwasserversorgung verpflichtet ist, deutet auf eine grundsätzliche Anerkennung als öffentliches Interesse im naturschutzrechtlichen Sinn. Allerdings sind die Bedingungen für ein Abweichen vom Grundsatzverbot eng auszulegen¹⁹³, insbesondere auch mit Blick auf mögliche Alternativen zur Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Trinkwasserversorgung durch Benutzungen an anderer Stelle oder das Ausweichen auf eine praktisch realistische Fernversorgung unter Beachtung der Voraussetzungen des § 50 Abs. 2 WHG¹⁹⁴. Die öffentliche Wasserversorgung als Zwecksetzung der Gewässerbenutzung rechtfertigt daher nicht schon als solche die Annahme eines zwingenden Grunds des öffentlichen Interesses. Umgekehrt bedeutet „zwingend“ indes auch nicht, daß im einzelnen Fall Sachzwänge nachzuweisen sind, denen niemand ausweichen kann; maßgeblich ist vielmehr ein „durch Vernunft und Verantwortungsbewußtsein geleitetes staatliches Handeln“¹⁹⁵. Überdies erfordert § 34 Abs. 3 BNatSchG auch bei Vorliegen eines sachlich ausreichenden öffentlichen Interesses dessen Überwiegen, so daß es für die Zulassung der Gewässerbenutzung unter Befreiung von den naturschutzrechtlichen Anforderungen jedenfalls einer Abwägung der widerstreitenden Interessen bedarf¹⁹⁶. Zwar greifen wie im Planungsrecht auch hier die übergeordneten verfassungsrechtlichen Steuerungen, doch genießen die naturschützerischen Belange ihrerseits den Schutz des Art. 20 a GG. Angesichts des im europäischen und deutschen Verfassungsrecht angelegten anthropozentrischen Umweltschutzverständnisses¹⁹⁷ liegt zwar nahe, daß im Konflikt umweltschützerischer Belange untereinander die Umwelt als natürliche Lebensgrundlage des Menschen gegenüber der Umwelt als Selbstzweck

¹⁹² *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 34 BNatSchG Rn. 39; *Lüttgau/Kockler*, in: BeckOK Umweltrecht, § 34 BNatSchG Rn. 20.

¹⁹³ EuGH, ZUR 2007, S. 89, 90; NVwZ 2012, S. 617, 622; BVerwG, NVwZ 2010, S. 123, 125 f. Rn. 15; *Ewer*, in: Lütkes/Ewer (Hrsg.), BNatSchG, § 34 Rn. 45; *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 34 BNatSchG Rn. 34; *Lüttgau/Kockler*, in: BeckOK Umweltrecht, § 34 BNatSchG Rn. 16.

¹⁹⁴ *Drost*, Wasserrecht in Bayern, § 12 WHG Rn. 32.

¹⁹⁵ So BVerwGE 110, 302, 314; siehe auch *Ewer*, in: Lütkes/Ewer (Hrsg.), BNatSchG, § 34 Rn. 48; *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 34 BNatSchG Rn. 40; *Lüttgau/Kockler*, in: BeckOK Umweltrecht, § 34 BNatSchG Rn. 18.

¹⁹⁶ OVG Berlin-Brandenburg, ZUR 2008, S. 34, 38; *Ewer*, in: Lütkes/Ewer (Hrsg.), BNatSchG, § 34 Rn. 49; *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 34 BNatSchG Rn. 41; *Lüttgau/Kockler*, in: BeckOK Umweltrecht, § 34 BNatSchG Rn. 19.

¹⁹⁷ Oben II. 3. a. bb.

überwiegt, doch weisen zahlreiche und sich häufende ökologisch motivierte Kontroversen um die Zulässigkeit einer Trinkwassergewinnung auf das Bedürfnis präziserer normativer Steuerungen.

Denn die Problematik berührt im Kern das im geltenden Recht nicht hinreichend bewältigte grundsätzliche Verhältnis von Mensch und Umwelt, dessen befriedigende Auflösung auf Grund seiner kontroversen Vielschichtigkeit in politischer, gesellschaftlicher, naturwissenschaftlicher und auch philosophischer Dimension durch die offenen und daher von den zuständigen Behörden auszulegenden und anzuwendenden und letztlich von den Gerichten zu klärenden unbestimmten Rechtsbegriffe nur unzureichend geleistet werden kann. In ihrer Wesentlichkeit¹⁹⁸, die sich hier nicht zuletzt durch die beschriebene Grundrechtsrelevanz der öffentlichen Trinkwasserversorgung erklärt¹⁹⁹, wird die an dieser Stelle nicht weiter zu vertiefende Aporie zu einer verfassungsrechtlichen Aufgabe des Gesetzgebers²⁰⁰. Nur *colorandi causa* sei abschließend auf die bislang vereinzelt gebliebene Vorschrift des § 97 Abs. 1 Satz 3 LWG SachsAnh²⁰¹ aufmerksam gemacht, die bestimmt, daß in Gebieten mit Schutzstatus nach dem Naturschutzrecht die Unterhaltung der Deiche zur Sicherung ihrer Schutzfunktion Vorrang vor naturschutzfachlichen Zielstellungen hat. Eine vergleichbare gesetzliche Trinkwasserschutzklausel könnte daher in den natur- und gewässerschutzrechtlichen Abwägungen den übergeordneten Vorrang dieses Belangs klar- und sicherstellen.

bb. Ökologisches Gewässerschutzrecht

In spezifischem Hinblick auf die europarechtlichen Vorgaben für den ökologischen Gewässerschutz, insbesondere in Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie, ist im einzelnen Fall nicht auszuschließen, daß die Inanspruchnahme der Gewässer im rechtlich vorrangigen Interesse der öffentlichen Wasserversorgung mit der Erreichung der gesetzlichen Bewirtschaftungsziele für den jeweiligen Wasserkörper kollidiert. Hier ist die konkret streitbefangene Entnahme am Maßstab des euro-

¹⁹⁸ Zur Wesentlichkeitslehre siehe BVerfGE 49, 89, 126; 82, 130, 142, 152; 95, 267, 307; 137, 350, 363 f.; ferner *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 71 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band II, 3. Auflage 2004, § 26 Rn. 64 f.

¹⁹⁹ Oben II. 3. c.

²⁰⁰ Siehe auch BVerfG, NVwZ 2019, S. 52, 54 Rn. 24.

²⁰¹ Wassergesetz für das Land Sachsen-Anhalt vom 16. März 2011, GVBl. S. 492.

päischen Gewässerschutzrechts, seiner Ziele, Instrumente (Verschlechterungsverbot, Verbesserungsgebot) und Ausnahmen zu prüfen, so daß sich pauschale Aussagen einer Unvereinbarkeit des Vorrangs in der hier präferierten Ausgestaltung mit dem europäischen Recht verbieten.

So kann beispielsweise in ausgeprägten Trockenperioden die Entnahme von Wasser aus oberirdischen Gewässern nachteilige Folgen für Gewässerflora und -fauna nach sich ziehen und damit eine grundsätzlich unzulässige Verschlechterung des guten ökologischen Zustands resp. Potentials des Wasserkörpers i. S. des § 27 Abs. 1, 2 WHG bedingen. Entsprechend kann die Wassergewinnung in Grundwasserkörpern bei trockenheitsbedingter Einschränkung der natürlichen Grundwasserneubildung dem unionsrechtlich vorgeschriebenen guten mengenmäßigen Zustand i. S. des § 47 Abs. 1 Nr. 1, 3 WHG abträglich sein. Eine derartige – zudem regelmäßig zeitlich begrenzte – Verfehlung dieser die Wasserrahmenrichtlinie umsetzenden Bewirtschaftungsziele des Wasserhaushaltsgesetzes steht dem Postulat des rechtlichen Vorrangs der öffentlichen Wasserversorgung indes nicht entgegen. Im Gegenteil sieht das europäische Recht selbst eine Suspendierung der Zielvorgaben in derartigen Konstellationen vor. Namentlich verstoßen gemäß § 31 Abs. 1 WRRL, der Art. 4 Abs. 6 WRRL in deutsches Recht umsetzt²⁰², vorübergehende Verschlechterungen des Zustands eines oberirdischen Gewässers u. a. dann nicht gegen die gesetzlichen Bewirtschaftungsziele, wenn sie in natürlichen Ursachen begründet, außergewöhnlich und nicht vorhersehbar sind; für das Grundwasser verweist § 47 Abs. 3 Satz 1 WHG auf diese Regelung. Anders als das deutsche Transformationsrecht nennt Art. 4 Abs. 6 WRRL lang anhaltende Dürren sogar ausdrücklich als exemplarischen Anwendungsfall²⁰³. Der zudem tatbestandlich geforderte außergewöhnliche Umfang der natürlichen Umstände entzieht sich wie das Kriterium der zeitlichen Länge einer präzisen normativen Quantifizierbarkeit und bedarf der praktischen Konkretisierung im jeweiligen Fall²⁰⁴. § 31 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 WHG enthält sodann eine Auflistung verschiedener, hier nicht im einzelnen zu

²⁰² BTags-Drucks. 16/12275, S. 60.

²⁰³ Siehe auch *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 31 Rn. 6; *Durner*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 31 WHG Rn. 17; *Schmid*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, § 31 Rn. 11.

²⁰⁴ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 31 Rn. 6.

erläuternder Handlungspflichten, die der natürlich bedingten Notlage i. S. des § 31 Abs. 1 Nr. 1 WHG gegensteuern sollen²⁰⁵.

Besonders hinzuweisen ist in diesem Kontext allerdings auf § 31 Abs. 1 Nr. 3 WHG, nach dem nur solche Maßnahmen ergriffen werden dürfen, die im Maßnahmenprogramm nach § 82 WHG aufgeführt sind. Damit führt sich die Regelung zwar nicht zwingend selbst *ad absurdum*, indem sie logisch Unmögliches fordert, nämlich daß die wasserwirtschaftliche Planung konkrete Maßnahmen für das Unvorhersehbare treffen soll. Denn das Merkmal der Unvorhersehbarkeit setzt lediglich voraus, daß der Eintritt des Ereignisses wenigstens abstrakt denkbar erscheint²⁰⁶. Regelungstechnisch defizitär ist derzeit aber die Konstellation, in der ein bestimmtes Naturereignis gerade nicht belastbar prognostizierbar ist und dann dem nach dem Normtext gegebenenfalls nicht mit geeigneten Maßnahmen begegnet werden kann, weil sie schlicht zuvor nicht planungsrechtlich fixiert worden waren. Mit Blick auf die Verknappung des Wasserdargebots in klimatisch bedingten Trockenperioden ist daher mindestens für den bevorstehenden dritten Planungszyklus 2021 bis 2027 auf Aufnahme entsprechender Maßnahmen zu drängen. Zudem sollte im Zuge des Evaluationsverfahrens nach Art. 19 Abs. 2 WRRL auf eine geeignete konzeptionelle Korrektur des insoweit problematischen Regelungsansatzes in Art. 4 Abs. 6 WRRL hingewirkt werden.

V. Zusammenfassung

1. Gesetzlicher Vorrang der Öffentlichen Wasserversorgung

Dem Wasserhaushaltsgesetz liegt der Ansatz des Vorrangs der öffentlichen Wasserversorgung zu Grunde. Neben spezifischen Bestimmungen wie etwa zur Einordnung als Aufgabe der Daseinsvorsorge und zur Festsetzung von Trinkwasserschutzgebieten kommt dies vor allem durch die Ausgestaltung der öffentlich-rechtlichen Benutzungsordnung zum Ausdruck. Benutzungen eines Gewässers sind danach dann nicht zulassungsfähig, wenn sie eine Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit, insbesondere der öffentlichen Wasserversorgung, erwarten lassen. Diese gesetzliche Regelung ist

²⁰⁵ *Czychowski/Reinhardt*, WHG, § 31 Rn. 3; *Durner*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 31 WHG Rn. 19; *Schmid*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, § 31 Rn. 5.

²⁰⁶ *Durner*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 31 WHG Rn. 17; *Schmid*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, § 31 Rn. 5.

mit der Neuordnung des Wasserrechts nach der Föderalismusreform im Verhältnis zur Vorläuferbestimmung systematisch umstrukturiert worden, eine inhaltliche Änderung ist damit jedoch nicht erfolgt. Bestand behält damit auch die noch auf dem früheren Recht beruhende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die der öffentlichen Wasserversorgung eine absolute, wenngleich nicht in jedem Fall ausnahmslose Priorität zuerkennt.

In den Landeswassergesetzen wird der Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung in verschiedener Weise aufgegriffen und ausdifferenziert, ohne ihn damit aber in der Sache einschränken zu können oder zu wollen. Allerdings erfordert die teilweise begrenzt übersichtliche Regelungslage bisweilen einen erhöhten rechtlichen Argumentationsaufwand zur Verifizierung des Vorranggedankens.

Der Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung ist zudem verfassungsrechtlich verfestigt. Dies ergibt sich zum einen aus den grundgesetzlichen Staatszielen des Sozialstaats und des Umweltstaats. Zum anderen ist er auch Folge der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staats für das Leben und die körperliche Unversehrtheit der Bürger. Schließlich beschränkt die Pflicht zur Sicherstellung der öffentlichen Wasserversorgung das Eigentumsgrundrecht. Nach gegenwärtiger Ausgestaltung des Vorrangs sind die Beschränkungen als Ausfluß der Sozialpflicht des Eigentums grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben sind von den zuständigen Behörden beim Vollzug des einfach-gesetzlichen Rechts zu beachten.

2. *Rechtsformen der Zulassung der Trinkwassergewinnung*

Das Wasserhaushaltsgesetz unterscheidet für die behördliche Zulassung der Inanspruchnahme eines Gewässers zwischen der rechtsgewährenden Bewilligung und der bloß befugnisvermittelnden (einfachen oder gehobenen) Erlaubnis. Die Auswahl zwischen den Instrumenten folgt dabei gesetzlich präzise vorgegebenen tatbestandlichen Anforderungen und unterliegt nicht dem Ermessen der zuständigen Wasserbehörde. Der in einzelnen Bundesländern beobachtete vollständige Verzicht auf die Erteilung einer Bewilligung verstößt gegen den rechtsstaatlichen Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes (Anwendungsgebot) und ist daher objektiv rechtswidrig. Auch wenn der Verwaltung ein gesetzliches Ermessen eingeräumt ist, sind die Zuteilungsentscheidungen verwaltungsgerichtlich weitgehend justitiabel. Im ein-

zelen Fall einer Ermessensreduzierung auf Null kann daher nicht nur ein durchsetzbarer Anspruch auf Zulassung einer Gewässerbenutzung, sondern auch auf Erteilung einer konkreten Zulassungsform bestehen. Ein unspezifiziertes Flexibilitätsinteresse der Wasserbehörde, etwa unter Hinweis auf die Unwägbarkeiten des Klimawandels, vermag sich dagegen diesen gesetzlich vorgezeichneten Belangen gegenüber nicht durchzusetzen.

Die Bewilligung ist auch nach Einführung der historisch primär auf die Sicherung der kommunalen Abwasserbeseitigung zielenden gehobenen Erlaubnis die prädestinierte Zulassungsform für die Gewässerbenutzung zu den vordringlichen Zwecken der öffentlichen Trinkwasserversorgung. Deren rechtliche Vorrangstellung entbindet indes nicht von der Pflicht der Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen. Die jederzeitige uneingeschränkte Gewährleistung der öffentlichen Wasserversorgung ist als solche rechtlich nicht verhandelbar, doch folgt hieraus nach gegenwärtigem Recht nicht zwingend auch die Pflicht zur ausnahmslosen Erteilung einer Bewilligung für jede Trinkwassergewinnung.

3. *Einzelne Konfliktkonstellationen*

a. *Festsetzung von Wasserschutzgebieten*

Die Unterschutzstellung von Flächen im Interesse der Trinkwassergewinnung ist als besonderes Instrument der Gewässerbewirtschaftung in hohem Maß dem Vorrang der öffentlichen Trinkwasserversorgung verpflichtet. Dringender Anlaß zu einer weiteren materiellen Nachschärfung besteht daher grundsätzlich nicht. Der verbreitet beklagten hohen Komplexität und vor allem langen Dauer der Festsetzungsverfahren könnte immerhin durch verfahrensrechtliche Stärkung der Unternehmen der öffentlichen Wasserversorgung begegnet werden.

b. *Räumliche Gesamtplanung*

Das Interesse der Sicherstellung der öffentlichen Wasserversorgung findet im Recht der Raumordnung und der Bauleitplanung in vielfältiger Hinsicht Berücksichtigung. Dem offenen Regelungsansatz des Planungsrechts entsprechend werden die bei den planerischen Abwägungen zu berücksichtigenden und zu beachtenden Belange jedoch gesetzlich nicht gewichtet. Gleichwohl wirkt der fachrechtlich und verfassungsrechtlich begründete Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung auch inhaltlich steuernd auf die

Planungsprozesse ein. Eine in diesem Sinn klarstellende Akzentuierung des geltenden Rechts *de lege ferenda* erscheint dabei auch ohne systemstürzende Abkehr von dem grundsätzlichen Modell eines Verzichts auf normative Rangvorgaben denkbar.

c. *Verhältnis von Trinkwasserversorgung und Natur- und Gewässerschutz*

Die Inanspruchnahme der Gewässer als Bestandteil des Naturhaushalts steht unter dem rechtlichen Vorbehalt ihrer Vereinbarkeit mit den einschlägigen naturschutzrechtlichen und gewässerökologischen Anforderungen. Dabei betrachtet das einfachgesetzliche Recht ungeachtet des anthropozentrischen Umweltschutzansatzes auf verfassungsrechtlicher und unionsrechtlicher Ebene auch die überlebenswichtige Gewinnung von Trinkwasser für den Menschen als grundsätzlich rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in den natürlichen Wasserkreislauf, der vielfach nur unter Heranziehung eng auszulegender Ausnahmebestimmung zulassungsfähig ist. Insoweit würde künftig eine dem Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung verpflichtete Trinkwasserschutzklausel im auch nach übergeordnetem Recht gebotenen Sinn steuernd auf die exekutiven Abwägungsprozesse einwirken.

Können in Umsetzung des Vorrangs der öffentlichen Wasserversorgung die nach dem europäischen Gewässerschutzrecht verpflichtenden Bewirtschaftungsziele trockenheitsbedingt vorübergehend nicht erreicht werden, so ist dies unter den in der Wasserrahmenrichtlinie vorgegebenen Voraussetzungen grundsätzlich rechtlich unschädlich. Die entsprechenden Regelungen erscheinen allerdings auf Grund ihrer Planungsabhängigkeit zu unflexibel und sind daher reformbedürftig. Im übrigen bedarf die im einzelnen Fall streitbefangene Wassergewinnung der Überprüfung am Maßstab des europäischen Rechts.



Dr. Michael Reinhardt, LL.M. (Cantab.)

Ordentlicher Professor für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Trier
Direktor des Instituts für Deutsches und Europäisches Wasserwirtschaftsrecht