

Kommentar zu § 9 WHG: Benutzungen

Benutzungen (Absatz 1)

Bedeutung der Vorschrift

§ 8 Abs. 1 WHG macht die Benutzung der Gewässer von einer behördlichen Erlaubnis oder Bewilligung abhängig, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Hierzu muss geklärt werden, was eine Gewässerbenutzung ist. Diese Frage beantwortet § 9 WHG.

Begriff der Gewässerbenutzung

§ 9 Abs. 1 listet gewässerbezogene Tätigkeiten auf, wie Entnehmen von Wasser oder von Stoffen, Ableiten, Aufstauen, Absenken von Wasser, Einbringen, Einleiten von Stoffen oder Zutagefördern von Grundwasser, und bezeichnet diese Tätigkeiten als Gewässerbenutzungen (sogenannte echte Benutzungen). Die Aufzählung ist abschließend.

Gewässerbenutzungen nach Absatz 1 erfordern ein **zweck- und zielgerichtetes Handeln**. Nur dann, wenn die Tätigkeit vorgenommen wird, um z.B. Wasser aus einem oberirdischen Gewässer zu entnehmen oder Abwasser in ein Gewässer einzuleiten oder einen anderen in Absatz 1 genannten Tatbestand zu verwirklichen, liegt eine entsprechende Gewässerbenutzung vor. Dabei sind objektive Maßstäbe zugrunde zu legen.

Die Gewässer können nicht nur durch ein aktives Tun, sondern auch durch **Unterlassen** benutzt werden. Das ist dann der Fall, wenn eine konkrete Handlungspflicht, z.B. als Betreiber einer Anlage, besteht und durch das bewusste Untätigbleiben eine der in § 9 Abs. 1 genannten Wirkungen herbeigeführt wird.

Beispiele

- Aufgrund unterlassener Wartung wird eine Anlage undicht und Schadstoffe versickern im Boden.
- Undichte Kanalrohre werden nicht repariert, obwohl der Betreiber den Zustand des Kanals kennt oder bei ordnungsgemäßer Eigenüberwachung kennen müsste.
- In beiden Fällen liegt eine Gewässerbenutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG (Einbringen und Einleiten von Stoffen in Gewässer) vor, die dem für die Anlage verantwortlichen Betreiber zugerechnet wird.

Die Benutzungstatbestände im Einzelnen

Entnehmen und Ableiten von Wasser (Abs. 1 Nr. 1)

Nr. 1 betrifft nur oberirdische Gewässer. Das Entnehmen von Grundwasser ist eine Benutzung nach Nr. 5, das Entnehmen und Ableiten von Wasser aus Küstengewässern ist überhaupt keine Gewässerbenutzung nach Absatz 1.

Der Gebrauch des Begriffspaares „Entnehmen und Ableiten“ verdeutlicht, dass es auf die technische Art und Weise, wie das Wasser aus dem oberirdischen Gewässer herausgenommen wird, nicht ankommt. Es ist unerheblich, ob das Herausnehmen von Wasser von Hand geschieht oder ob dabei Gerätschaften oder Vorrichtungen verwendet werden oder ob das Wasser einmalig oder für längere Zeit oder in welchen Mengen das Wasser entnommen wird.

Der Entnahmezweck oder die Entnahmemenge können allerdings für die Frage, ob eine erlaubnis- oder bewilligungsfreie Benutzung (z.B. Gemeingebrauch) vorliegt, bedeutsam sein.

Keine Benutzung nach Absatz 1 Nr. 1 liegt vor, wenn das Wasser lediglich von einem Gewässer in ein anderes umgeleitet wird, z.B. zum Bespannen eines Fischweihers. Wird das Gewässer im Ganzen abgeleitet und dadurch auf Dauer beseitigt, so handelt es sich um einen Ausbau nach § 67 Abs. 2 WHG.

Aufstauen und Absenken oberirdischer Gewässer (Abs. 1 Nr. 2)

Aufstauen und Absenken ist das Verändern des Wasserspiegels durch künstliche Einrichtungen oder Maßnahmen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Veränderung für dauernd oder nur vorübergehend vorgenommen wird. Bei Stauseen oder -weihern für den Schwellbetrieb kommt es im Betriebsablauf zu einem regelmäßigen Aufstauen und Absenken; dann muss in der Bewilligung oder Erlaubnis angegeben sein, zwischen welchen Stauzielen der Wasserspiegel schwanken darf. Die Art der Aufstautechnik (Talsperre, Wehr, Krafthaus) ist ohne Bedeutung. Dient das Aufstauen oder Absenken dem Gewässerausbau (z.B. einer Stützschwelle), liegt keine Benutzung vor (Absatz 3).

Maßnahmen, die den Grundwasserspiegel heben oder senken, sind keine Benutzung im Sinne von Absatz 1 Nr. 2, können aber nach Absatz 2 Nr. 1 zu beurteilen sein.

Entnehmen fester Stoffe aus oberirdischen Gewässern (Abs. 1 Nr. 3)

Feste Stoffe sind insbesondere das Geschiebe (Kies, Sand, Geröll), aber auch Schlamm. Eine Benutzung liegt aber nur dann vor, wenn sich die Entnahme auf die Gewässereigenschaften (vgl. § 3 Nr. 7) auswirkt. Ob das zutrifft, kann nur ein wasserwirtschaftlicher Sachverständiger im Einzelfall feststellen. Wenn das Entnehmen darauf nicht einwirkt, liegt kein wasserrechtlicher Vorgang vor, die Entnahme beurteilt sich dann allein als bürgerlich-rechtliche Nutzung des Grundstücks.

Werden die Stoffe entnommen, um das Gewässer zu pflegen und zu entwickeln (Beseitigen von Kiesanlandungen, Schlammablagerungen), so handelt es sich um eine erlaubnisfreie Unterhaltungsmaßnahme, auch wenn die entnommenen Stoffe wirtschaftlich verwendet werden können. Für die Abgrenzung der Unterhaltung zum Benutzungstatbestand nach Absatz 1 Nr. 3 ist die primär verfolgte Zielsetzung maßgebend. Kommt es dem Handelnden in erster Linie auf die Materialgewinnung an, dann liegt – bei Auswirkungen auf die Gewässereigenschaften – eine Benutzung vor; soll dagegen vorrangig das Gewässer gepflegt werden, liegt eine Gewässerunterhaltung vor.

Einbringen und Einleiten (Abs. 1 Nr. 4)

Der Benutzungstatbestand nach Nr. 4 fasst die in § 3 Abs. 1 Nr. 4, 4a und 5 WHG a.F. genannten Tatbestände zusammen; er betrifft das Einleiten und Einbringen von Stoffen in Gewässer, unabhängig davon, ob es sich um ein oberirdisches Gewässer, um Grundwasser oder um Küstengewässer handelt.

Eingebracht werden feste Stoffe (zu beachten ist aber das Verbot in § 32 Abs. 1 WHG), eingeleitet werden flüssige Stoffe. Auch das vorübergehende Einbringen oder Einleiten von Stoffen ist eine Gewässerbenutzung. Unter Einbringen oder Einleiten ist nur eine ihrem Wesen nach zweckbestimmte Zuführung zu verstehen, nicht dagegen die bloße Verursachung des Hineingelagens. Die Düngung des Bodens mit Fäkalien, die eine Verunreinigung eines Gewässers verursacht, ist daher kein Einleiten schädlicher Flüssigkeiten (BGH, Urteil vom 07.06.1966, NJW 1966, 1570). Allerdings liegt dann eine als Benutzung geltende Einwirkung nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG vor.

Kein Einbringen ist das Errichten baulicher Anlagen (z.B. Brückenpfeiler) in oberirdischen Gewässern, weil hier nicht die typischen Eigenschaften des Gewässers oder Gewässerbetts ausgenutzt werden. Zu beachten sind allerdings die Anforderungen nach § 36 WHG. Das Gleiche gilt für das Einlegen technischer Anlagen (z.B. Rohre, Leitungen, Bojen) in oberirdische Gewässer. Kein Einbringen ist ferner das Zuwasserlassen von Schiffen, weil die Schifffahrt vom Wasserhaushaltsgesetz als nicht zum Wasserhaushalt gehörig angesehen und daher nicht geregelt wird. Dagegen ist das Abstellen von Hausbooten auf einem Gewässer, die nicht in erster Linie der Fortbewegung, sondern dem Aufenthalt dienen, ein Einbringen fester Stoffe. Ein Einleiten im Sinne der Vorschrift liegt auch bei der Abwasserableitung aus Schiffen und schwimmenden Anlagen vor.

Werden feste Stoffe (z.B. Fundamente, Rohre usw.) in das Grundwasser oder in das Küstengewässer eingebracht, liegt eine Gewässerbenutzung nach Absatz 1 Nr. 4 vor. Dieses Einbringen ist in Bezug auf Grundwasser unter den Voraussetzungen des § 49 Abs. 1 Satz 2 WHG erlaubnisfrei. Bei Küstengewässern können die Länder nach § 43 WHG bestimmen, dass eine Erlaubnis nicht erforderlich ist.

Als „Stoffe“ sind alle Feststoffe, Flüssigkeiten und Gase, nicht aber eine Bestrahlung der Gewässer zu verstehen. Stoffe sind also Abwasser, Abfälle, Kühlwasser, chemische Flüssigkeiten (auch in großer Verdünnung), Waschwasser (mit und ohne Waschmittel), Pflanzenschutzmittel (auch in sehr kleinen Mengen und in großer Verdünnung), ebenso Wasser – gleichgültig, ob sauber oder gekühlt, ob Niederschlagswasser oder Quellwasser.

Die Art und Zusammensetzung des eingeleiteten Stoffs ist für die Frage der Erlaubnisfähigkeit entscheidend und in gleicher Weise bei der Prüfung, unter welchen Auflagen und Bedingungen die Erlaubnis erteilt wird. Bei Abwassereinleitungen sind die Anforderungen nach § 57 WHG zu beachten. Für das Einleiten von Stoffen in das Grundwasser gelten ferner die Anforderungen nach § 48 Abs. 1 WHG.

Besonders hinzuweisen ist auf § 14 Abs. 1 Nr. 3 WHG, der für Benutzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 die Erteilung einer Bewilligung verbietet.

Nach den Landeswassergesetzen kann das schadlose Einleiten von Niederschlagswasser in oberirdische Gewässer oder das Einbringen von Stoffen für die Zwecke der Fischerei

jedoch als Gemeingebrauch erlaubnisfrei sein, allerdings nur unter bestimmten Einschränkungen (vgl. § 25 WHG). Niederschlagswasser darf ferner im Rahmen einer Rechtsverordnung nach § 46 Abs. 2 WHG schadlos in das Grundwasser eingeleitet werden.

Wird ein Gewässer zugeschüttet, handelt es sich nicht um Benutzung, sondern um einen Ausbau im Sinne des § 67 Abs. 2 WHG.

Entnehmen, Zutagefördern, Zutageleiten und Ableiten von Grundwasser (Abs. 1 Nr. 5)

Entnommen wird Grundwasser ohne besondere technische Maßnahmen (z.B. Schöpfen aus einem Brunnen); zutage gefördert wird mittels Pumpen oder das vorübergehende Freilegen von Grundwasser z.B. beim Kiesabbau (ein auf Dauer angelegtes Freilegen von Grundwasser wäre ein Gewässerausbau durch Herstellen eines oberirdischen Gewässers). Beim Zutageleiten wird das Grundwasser nicht aus dem Boden gehoben, sondern durch eigene Kraft an die Oberfläche geleitet (mittels Dränrohren, durch Abgraben von Kies, durch Erschließen eines artesischen Brunnens). Beim Ableiten wird das Grundwasser vom natürlichen Grundwasserträger unterirdisch weggeleitet, z.B. durch Dränung.

Primär- und Sekundärbenutzungen

Ein einheitlicher Sachverhalt soll nur einer Benutzung zugeordnet werden. Wenn man aber z.B. einem Weiher Wasser entnimmt, dann sinkt auch der Wasserspiegel im Weiher. Ist dieser Vorgang nun als eine Benutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 oder nach Nr. 2 WHG anzusehen? Ähnliche Zuordnungsprobleme können auch bei anderen Benutzungstatbeständen, z.B. bei der Entnahme von Stoffen aus einem oberirdischen Gewässer oder beim Einbringen oder Einleiten von Stoffen in ein oberirdisches Gewässer, auftreten. In solchen Fällen ordnet man die Benutzung dem primär verfolgten Zweck zu. Wenn man Wasser entnimmt, um das Wasser zu gewinnen, liegt nach der primären Zweckbestimmung eine Benutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 WHG vor. Das gleichzeitige und unvermeidliche Absenken des Wasserspiegels ist sekundär und wird nicht als eigenständiger Benutzungstatbestand angesehen. Die Erlaubnis für die Primärbenutzung umfasst auch die Sekundärbenutzung. Wenn man aber das Wasser ableitet, um den Wasserspiegel zu senken (z.B. um Bauarbeiten durchführen zu können), ist das Absenken primär und das Ableiten sekundär.

Benutzungsanlagen

Begriff

Die Benutzung stellt das Einwirken auf das Gewässer als gewolltes und über einen gewissen Zeitraum dauerndes Tun dar. Die Benutzung ist daher nicht gleichzusetzen mit dem Errichten baulicher Anlagen. Dementsprechend können Erlaubnis und Bewilligung nicht als eine Art Baugenehmigung verstanden werden.

Allerdings wird eine Benutzung praktisch immer mittels besonderer Anlagen ausgeübt, die nur zu dem Zweck erstellt sind, das Einwirken zu ermöglichen. Diese Anlagen heißen Benutzungsanlagen. Darunter fallen alle Anlagen, die der Benutzung dienen und mit dem

Gewässer in unmittelbarem Zusammenhang stehen, also Ein- und Ausleitungsrohre und -bauwerke, Wasserräder, Turbinen, Brunnen, Pumpen im und am Brunnen oder am Gewässer sowie Rechenreinigungsanlagen. Bei der Abwasserbeseitigung sind Einleitungsrohre und -bauwerke, Regenüberlaufbauwerke und Regenrückhaltebecken sowie Teile der Kläranlage, die mit der Gewässerbenutzung in engem Zusammenhang stehen, zu nennen.

Welche Anlagen im Einzelnen Benutzungsanlagen sind, ist vielfach – gerade bei Kläranlagen – schwer zu entscheiden. Als praktisch gut handhabbare Abgrenzung wird hier vertreten, dass Benutzungsanlagen folgende Anlagen sind:

- vom Abwasser durchflossene Klärbecken, auch Sandfang, Rechenanlage und Vorreinigungsbecken mit den dazugehörigen technischen Einrichtungen
- Anlagen zur Nachbehandlung des Abwassers durch zusätzliche chemische oder physikalische Maßnahmen (z.B. Phosphatfällung)
- Einrichtungen zur Belüftung des Abwassers nach dem Klärprozess

Keine Benutzungsanlagen sind jedoch Anlagen

- zur Vorbehandlung (z.B. zur Rückgewinnung von Werkstoffen, zur Neutralisation),
- zur Abwasserkreislaufführung oder
- zur Klärschlammbehandlung.

Keine Benutzungsanlagen sind auch Behälter zur Speicherung oder Pufferung und Maschinenhäuser.

Bei der Energieerzeugung durch Wasserkraftanlagen sind keine Benutzungsanlagen die maschinellen und elektrotechnischen Einrichtungen außerhalb der Turbine.

Wasserrechtliche Behandlung

Benutzungsanlagen werden wasserrechtlich von der Erlaubnis oder der Bewilligung miterfasst. Vor allem ist es Aufgabe der Behörden, Maßgaben in den der Benutzung zugrunde liegenden Plänen, in den Benutzungsbedingungen und den Anforderungen an die Benutzungsanlagen zu stellen. Aus der Sicht des Wasserhaushaltsgesetzes genügt in der Regel dieses wasserrechtliche Miteinbeziehen in die Gestattung für die Benutzung. Für Abwasseranlagen, deren Errichtung, Betrieb oder Änderung eine Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich macht, sieht § 60 Abs. 3 WHG ein besonderes Genehmigungsverfahren vor; nach § 60 Abs. 4 WHG kann im Landesrecht eine darüber hinausgehende Genehmigungspflicht für Abwasseranlagen begründet werden. Im Übrigen sieht das Wasserhaushaltsgesetz keine eigene Genehmigung, Anzeige oder Eignungsfeststellung für die Benutzungsanlage oder Teile davon vor.

Baurechtliche Behandlung

Die Benutzungsanlagen sind bauliche Anlagen im Sinne der Landesbauordnung und damit dem Baurecht unterworfen. Ausnahmen bestehen für Anlagen, die der Bergaufsicht unterliegen, und für Rohrleitungsanlagen. Für bauliche Anlagen gilt auf jeden Fall das materielle Baurecht, vor allem mit seinen Anforderungen zur Standsicherheit und zum Brandschutz. Für die meisten Benutzungsanlagen besteht weiter eine

Baugenehmigungspflicht, weil die Landesbauordnungen nur relativ untergeordnete und kleine bauliche Anlagen davon ausnehmen.

Soweit eine Baugenehmigung notwendig ist, muss sie für die Benutzungsanlage neben der wasserrechtlichen Erlaubnis oder Bewilligung eingeholt werden. Die Landesbauordnungen sehen jedoch zum Teil vor, dass die Baugenehmigung neben der Bewilligung oder Erlaubnis aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung entfällt oder durch diese Gestattungen ersetzt wird. Das materielle Baurecht bleibt in diesem Fall voll anwendbar, die Überprüfung, ob die baurechtlichen Anforderungen eingehalten werden, erfolgt im wasserrechtlichen Verfahren. Erlaubnis oder Bewilligung erhalten die aus baurechtlicher Sicht notwendigen Auflagen.

Änderung der Benutzungsanlagen

Die Änderung der Benutzungsanlagen allein ändert die Benutzung nicht und ist deshalb nicht erlaubnis- oder bewilligungspflichtig. Anders ist die Rechtslage nach dem Wasserhaushaltsgesetz, wenn damit auch die Benutzung aus ihrem definierten Umfang herausgenommen wird, vor allem wenn sich der Benutzungszweck ändert. Lediglich eine Änderung der Benutzungsanlagen liegt vor, wenn das Einleitungsbauwerk für die Abwassereinleitung umgebaut wird, wenn die Kläranlage funktionstüchtig gemacht wird oder wenn bei der Wasserkraftgewinnung die Turbine ausgewechselt wird.

Einwirkungen auf Gewässer (Absatz 2)

In Absatz 2 werden Einwirkungen erfasst, die für Gewässer nachteilig sein können, und den Benutzungen gleichgestellt. Auf diese Weise können solche Einwirkungen im Wasserrecht geregelt (beschränkt, verboten) werden. Im Unterschied zu den „echten“ Benutzungen des Absatz 1 werden die Einwirkungen nach Abs. 2 auch als „unechte“ oder auch als „fiktive“ Benutzungen bezeichnet.

Einwirkungen auf Grundwasser (Abs. 2 Nr. 1)

Der Tatbestand umfasst das Verändern des Grundwasserspiegels oder der Fließrichtung des Grundwassers durch Anlagen, die hierfür bestimmt oder geeignet sind. Solche Einwirkungen auf das Grundwasser können durch Spundwände, Betoninjektionen, Baufundamente oder große Einbauten in grundwasserhaltige Schichten wie Tunnelröhren, Tiefgaragen u.Ä. verursacht werden.

Zwangsläufig werden mit dem Errichten einer auf das Grundwasser einwirkenden Anlage (Bau-)Stoffe in das Grundwasser eingebracht. Deshalb ist auch an eine Benutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG zu denken. Grundsätzlich haben die in § 9 Abs. 1 WHG positiv genannten Benutzungen (sogenannte echte Benutzungen) Vorrang vor den nach § 9 Abs. 2 WHG den Benutzungen gleichgestellten Sachverhalten (sogenannte unechte oder fiktive Benutzungen). Deshalb sind Bauvorhaben, die in den Grundwasserbereich eindringen, in der Regel als Benutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG einzustufen. Wenn diese Bauvorhaben primär eine andere Gewässerbenutzung bezwecken, z.B. ein Entnehmen, Zutagefördern, Zutageleiten oder Ableiten von Grundwasser, dann ist der Sachverhalt eben nach dieser anderen primären Benutzung (im genannten Fall nach § 9

Abs. 1 Nr. 5 WHG) zu behandeln. Bei der Entscheidung über die Zulässigkeit der Benutzung sind selbstverständlich die Auswirkungen des Vorhabens auf das Grundwasser mit zu bewerten.

§ 9 Abs. 2 Nr. 1 WHG erweist sich als Auffangtatbestand, der vor allem dann anzuwenden ist, wenn im Zuge einer Baumaßnahme zwar Baustoffe in das Grundwasser eingebracht werden, nach den Materialeigenschaften dieser Baustoffe aber keine nachteiligen Wirkungen für die Grundwasserbeschaffenheit zu erwarten sind. In diesem Fall ist nach § 49 Abs. 1 Satz 2 keine Erlaubnis erforderlich. Da in diesem Zusammenhang nur die Materialeigenschaften der verwendeten Baustoffe abgeklärt sind, muss daneben noch ein Benutzungstatbestand nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 WHG angenommen werden, wenn die Anlage dazu bestimmt oder geeignet ist, das Grundwasser aufzustauen, abzusenken oder umzuleiten. Der Begriff „Umleiten“ von Grundwasser darf nicht zu kleinräumig aufgefasst werden. Wenn z.B. die Fundamente eines kleinen Gebäudes bewirken, dass der Grundwasserstrom lediglich um dieses Hindernis schadlos herumfließt, kann noch nicht von einem Umleiten des Grundwassers gesprochen werden.

Verändern der Beschaffenheit des Wassers (Abs. 2 Nr. 2)

Bei den in Nr. 2 genannten Maßnahmen handelt es sich um einen Auffangtatbestand. Es kommt hier nicht – wie bei den Benutzungen nach Absatz 1 – auf ein gewässerbezogenes zweck- und zielgerichtetes Verhalten an, sondern auf die Eignung der Einwirkung, nachteilige Veränderungen der Wasserbeschaffenheit (vgl. § 3 Nr. 9 WHG) hervorzurufen. Nachteilig sind einmalige Einwirkungen, sobald sie nicht mehr unerheblich sind, und alle auch geringfügig erscheinenden Dauereinwirkungen. Zu denken ist an ein Verlegen undichter Rohrleitungen in einem Gewässer (auch Grundwasser). Ein bedeutender Fall dieser Art der Einwirkung ist das Abgraben der schützenden Bodendecke bei oberflächennahem Grundwasser. Niederschlagswasser, das durch Luft- und Bodenverschmutzung verunreinigt ist, kann dann das Grundwasser gegenüber dem früheren Zustand schädlich verändern. Somit bedarf auch der Kiesabbau oberhalb des Grundwassers der wasserrechtlichen Erlaubnis, wenn er die nicht nur ganz entfernte (theoretische) Möglichkeit einer schädlichen Einwirkung auf das Grundwasser mit sich bringt.

Weitere Fälle sind das Errichten von Deponien (wegen des Sickerwassers), das Verwenden von Schlacken als Wegebauaterial, Überdüngen, der ordnungsgemäße Einsatz von Pflanzenschutzmitteln usw.

Für Benutzungen nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 WHG darf nach § 14 Abs. 1 Nr. 3 WHG keine Bewilligung erteilt werden; ausgenommen ist das Wiedereinleiten von nicht nachteilig verändertem Triebwasser bei Ausleitungskraftwerken.

Fracking (Abs. 2 Nrn. 3 und 4)

Wenn Öl, Gas oder Erdwärme aufgesucht und gewonnen werden sollen, sind bergrechtliche Berechtigungen für das Aufsuchen sowie Zulassungen für die Gewinnung des Bodenschatzes, in der Regel eine Betriebsplanzulassung, erforderlich. Mit § 9 Abs. 2 Nummer 3 WHG werden die bei der Förderung von Öl und Gas unter Anwendung der Frackingtechnik eingesetzten Maßnahmen einschließlich der dazu erforderlichen

Tiefbohrungen den Benutzungen gleichgestellt. Das gilt nach Nummer 4 auch für das untertägige Ablagern von Lagerstättenwasser (vgl. hierzu § 22b Satz 1 Nummer 3 der Allgemeinen Bundesbergverordnung). Mit dem ersten Halbsatz von § 9 Abs. 2 WHG wird klargestellt, dass es nicht darauf ankommt, ob durch das Fracking eine echte Benutzung nach Absatz 1 oder eine unechte Benutzung nach Absatz 2 vorgenommen wird. In beiden Fällen liegen erlaubnispflichtige Gewässerbenutzungen vor.

Zwar beziehen sich die für Fracking vorgesehenen Bestimmungen (§§ 13a, 13b, 14, 15 und 104a WHG) nur auf unechte Benutzungen, sie müssen jedoch erst recht gelten, wenn echte Gewässerbenutzungen nach § 9 Abs. 1 WHG vorliegen.

Bei den Tiefbohrungen ist zu beachten, dass die Durchtäufung eines Grundwasserleiters eine echte Gewässerbenutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG bleibt und dass der Besorgnisgrundsatz nach § 48 WHG anzuwenden ist.

Weiter wird in der amtlichen Begründung in der BT. Drs. 18/4713 dargelegt:

„Wird im Rahmen der Aufsuchung oder Gewinnung von sog. hydrothormaler Geothermie (Nutzung von im Untergrund natürlich vorkommenden Thermalwasservorräten) Wasser in einen Grundwasserleiter eingeleitet, liegt insoweit eine erlaubnispflichtige Gewässerbenutzung nach § 9 Abs. 1 Nummer 4 WHG vor. Bei der im Rahmen der hydrothermalen Geothermie ebenfalls erforderlichen Grundwasserentnahme handelt es sich um eine Gewässerbenutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 5 WHG, die ebenfalls nach § 8 Abs. 1 erlaubnispflichtig ist. Werden bei der Aufsuchung oder Gewinnung von hydrothormaler Geothermie Verengungen oder Barrieren im Grundwasserleiter durch hydraulischen Druck beseitigt, scheidet daher nach dem neu gefassten Einleitungssatz von § 9 Abs. 2 eine Gewässerbenutzung nach § 9 Abs. 2 Nummer 3 neu aus, da insoweit bereits eine Gewässerbenutzung nach § 9 Abs. 1 Nummer 4 vorliegt. Dementsprechend finden insoweit auch die §§ 13a, 13b keine Anwendung.“

Die wasserrechtliche Erlaubnis ist neben der bergrechtlichen Zulassung erforderlich. Zum Verhältnis Wasserrecht zu Bergrecht vgl. § 19 WHG.

Unfälle

Keine Gewässerbenutzung liegt dagegen bei Unfällen vor. Unfälle sind jedoch von Betriebsstörungen einer Anlage, die auf mangelnden Betrieb oder auf Wartungsfehler zurückgeführt werden können, zu unterscheiden.

Beispiele

- Es werden Bäume gefällt. Dabei fällt ein Baum so unglücklich, dass ein Bach verlegt und aufgestaut wird. Hier liegt keine Benutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 WHG, sondern ein Unfall vor.
- Durch einen Brand fällt die Kläranlage aus.

Ausbau und Unterhaltung (Absatz 3)

Ausbau

Nach § 9 Abs. 3 WHG sind Maßnahmen, die dem Ausbau eines Gewässers dienen, keine Benutzung. Nach § 67 Abs. 2 WHG sind unter „Ausbau“ die Herstellung, die Beseitigung und die wesentliche Umgestaltung eines Gewässers oder seiner Ufer zu verstehen. Der Unterschied zwischen Ausbau und Benutzung ist wie folgt darzustellen:

Benutzung ist das über einen bestimmten Zeitraum hindauernde Einwirken auf ein Gewässer, das aber in seinem Bestand bestehen bleibt; der Benutzer macht sich die Eigenschaften des von der Natur vorgegebenen Gewässers zunutze.

Ausbau ist ein Eingriff in den von der Natur vorgegebenen Bestand des Gewässers oder der Gewässerlandschaft, also ein Substanzeingriff, durch den der Natur ein Gewässer hinzugegeben oder genommen wird oder durch den der Gewässerbestand verändert wird. Die Ausbaumaßnahme schafft durch ihren Eingriff einen neuen Dauerzustand, der nach Abschluss des Ausbaus wieder der Natur überlassen wird.

Keine Benutzung sind Maßnahmen, die an sich unter § 9 Abs. 1 fallen, aber dem Ausbau eines Gewässers dienen (§ 9 Abs. 3 WHG). Dabei kommt es auf die objektive Wirkung der Maßnahme an. Unerheblich ist, ob die Maßnahme nach dem Willen des Unternehmers dem Ausbau dienen soll. Eine Maßnahme dient dem Ausbau, wenn sie im Zuge von Ausbaueingriffen in das Gewässer verwirklicht wird, um den Ausbau voranzubringen. Während die eigentliche Benutzung einem außerhalb des Gewässers liegenden Interesse des Unternehmers dient, bezweckt die Maßnahme im Sinne von Absatz 3 die Substanzänderung am Gewässer.

Einzelfälle

Wichtige Einzelfälle sind:

- Aufstau eines Bachs, um einen Landschaftssee, einen Badesee oder ein Hochwasserrückhaltebecken zu gewinnen: Die Aufstaumaßnahme wird hier nicht durchgeführt, um das Gefälle zu nutzen, sondern um ein neues Gewässer zu schaffen.
- Ableiten von Wasser aus einem Gewässer, um ein neu hergestelltes Gewässerbett, z.B. Seitenkanal, mit Wasser zu füllen: Das Befüllen des neuen Gewässerbetts ist ausbaubedingt und daher keine Benutzung, das Ableiten von Wasser betrifft aber nicht das neue Gewässer, sondern ein bereits bestehendes. Insoweit kann eine Benutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 WHG vorliegen, über die in der Planfeststellung für den Ausbau zu entscheiden ist (§ 68 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 WHG).
- Zutageleiten von Grundwasser bei der Herstellung eines Baggersees

Bei der Abwassereinleitung kommt es nicht zu Ausbaumaßnahmen, denen die Einleitung dienen könnte. Wird das Abwasser nach der Behandlung in der Kläranlage in einem Nachklärteich weiter gereinigt, ist folgende Fallgestaltung möglich:

- Bei dem Nachklärteich handelt es sich um eine Benutzungsanlage als Teil der Kläranlage (bei kleinerem Teich, mit maschinellen Einrichtungen versehen, Abwasserbeaufschlagung und -behandlung steuerbar). Die Abwassereinleitung erfolgt aus dem Teich in das Gewässer, der Teich ist kein Gewässer, sondern betriebliche Einrichtung der Kläranlage. Wasserrechtlich als Benutzung behandelt wird das Einleiten des Abwassers in das Gewässer, nicht in den Teich.
- Bei einem großen Nachklärteich, der sich – abgesehen von seiner Zweckbestimmung – nicht von einem natürlichen Weiher oder Altwasser unterscheidet (also vor allem am Naturkreislauf teilnimmt und die typische Tier- und Pflanzenwelt beherbergt), ist von einem Gewässer auszugehen. Die Herstellung ist damit ein Ausbau. Wasserrechtlich als Benutzung zu behandeln ist die Einleitung des Abwassers in den Nachklärteich und die weitere Einleitung des im Teich nachbehandelten Abwassers in das Hauptgewässer.

Nebeneinander von Benutzung und Ausbau

Mit einem Gewässerausbau kann auch eine Benutzung verbunden sein, die über den eigentlichen Ausbau hinaus andauert und die der Mitzweck oder sogar der Hauptzweck der Maßnahme ist. Der wichtigste Fall ist im Wasserkraftausbau zu sehen. Häufig wird zum Erstellen einer Stauanlage das Gewässer wesentlich umgestaltet, vor allem im Oberwasser ein Stausee gebildet, das Ufer aufgeweitet und mit Dämmen versehen, das Unterwasser verlegt und einmündende Seitengewässer verlegt. Dabei handelt es sich immer um planfeststellungspflichtige Ausbaumaßnahmen, gleichzeitig wird das Gewässer durch Aufstau zur Wasserkraftgewinnung benutzt. Diese Benutzung dient nicht dem Ausbau, sondern ist sogar als Hauptzweck des Ausbaus anzusehen, sie beginnt auch erst mit Abschluss des Ausbaus und dauert dann weiter an, während der Ausbau durch Schaffen eines neuen Dauerzustands abgeschlossen ist. Für diese Benutzung ist eine Erlaubnis oder Bewilligung notwendig, die Benutzung steht selbstständig neben dem Ausbau.

Ebenso erschöpft sich bei einer Fischteichanlage die Maßnahme nicht im Herstellen des Fischteichs und des Zu- und Ableitungserinnes. Dazu kommt die Ausleitung von Wasser aus einem Gewässer. Diese Maßnahmen dienen der Bewirtschaftung des Teichs und sind auf Dauer gedacht. Es handelt sich also um selbstständige Benutzungen, die der Erlaubnis bedürfen, über den Ausbau hinaus.

Kiesgewinnung im Grundwasserbereich

Bei der Kiesgewinnung im Grundwasserbereich kann ein Ausbau vorliegen oder eine Benutzung:

Plant der Unternehmer, einen Baggersee, also das in den Abbaubereich hineinströmende Grundwasser, nach dem Kiesabbau als Wasserfläche stehen zu lassen, ist mit der Kiesbaggerung nach dem Plan des Unternehmers die Neuherstellung eines Gewässers verbunden. Es handelt sich somit um einen planfeststellungspflichtigen Ausbau, auch wenn die Erstellung des Gewässers nicht der eigentliche Zweck des Unternehmens ist.

Das Zutageleiten des Grundwassers während des Ausbaus dient diesem Ausbau und ist daher nach Absatz 3 keine Benutzung.

Plant der Unternehmer die Verfüllung der mit dem Grundwasser gefüllten Kiesgrube nach der Kiesgewinnung, ist damit das Ergebnis der Maßnahme kein Baggersee. So liegt kein Ausbau eines Gewässers vor. Das vorübergehende Zutageleiten des Grundwassers ist eine Benutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 5 und erlaubnispflichtig.

Erschöpft sich die Maßnahme am Gewässer in der Substanzänderung, so liegt nur ein Ausbau vor. Wird ein darüber hinausgehender Zweck durch eine Einwirkung im Sinne von Absatz 1 oder 2 verfolgt, dann kommt zum Ausbau eine Benutzung dazu, sodass Planfeststellung und Erlaubnis (oder Bewilligung) notwendig werden.

Wird beim Kiesabbau zusätzlich eine Kieswaschanlage mit dem beim Abbau zutage tretenden Grundwasser betrieben, liegt darin eine besondere Benutzung. Während des Betriebs dieser Anlage ist das benutzte Waschmittel noch Grundwasser. Beim Kieswaschen wird Wasser aus dem Grundwasser entnommen und dann wieder – über Absetzteiche – in das Grundwasser eingeleitet (§ 9 Abs. 1 Nr. 4 WHG). Wird nach dem Ausbau des Baggersees aus ihm das Kieswaschwasser entnommen, liegen die entsprechenden Benutzungen eines oberirdischen Gewässers vor.

Unterhaltung

Unterhaltung ist die Entwicklung und Pflege von oberirdischen Gewässern. Dazu gehört die Erhaltung eines ordnungsgemäßen Zustands des Gewässers und seiner Ufer.

Maßnahmen in den Formen von § 9 Abs. 1 und 2, die der Unterhaltung dienen, sind keine Benutzung.

Wichtigste Unterhaltungsmaßnahme in diesem Zusammenhang ist das Räumen des Gewässers von Auflandungen, weil darin ein Entnehmen fester Stoffe aus dem Gewässer im Sinne von Absatz 1 Nr. 3 liegt. Ein Räumen zur Unterhaltung ist erlaubnisfrei. Dabei kommt es nur auf die objektive Zweckrichtung an. Wenn derjenige, der das Räumen durchführt, mit dem entnommenen Material andere Zwecke verfolgt, ändert das am objektiven Charakter der Maßnahme als Unterhaltung nichts. Ebenso spielt es keine Rolle, ob der Unterhaltungspflichtige oder ein anderer die Maßnahme durchführt.

Eine Benutzung ist jedoch die Verwendung chemischer Mittel zur Unterhaltung. Es handelt sich dabei um Mittel gegen unerwünschten Pflanzenwuchs. Diese Mittel werden im Sinne von Absatz 1 Nr. 4 in das Gewässer eingeleitet. Für diese Maßnahme bleibt es bei der Benutzung mit der Folge, dass für die Verwendung chemischer Mittel eine Erlaubnispflicht besteht. Bei der Erlaubniserteilung wird die biologische Unbedenklichkeit der Anwendung geprüft. Heute geht man davon aus – und das ist die Folge der Erlaubnispflicht –, dass bei der Unterhaltung chemische Mittel überhaupt nicht verwendet werden sollten.

Landesrecht

§ 9 WHG ist abschließendes Bundesrecht, d.h., die Länder können nur im Wege der Abweichungsgesetzgebung Regelungen treffen. Solche abweichenden Landesregelungen

sind möglich, soweit nicht stoff- oder anlagenbezogene Anforderungen im Bundesrecht betroffen sind. Im Hinblick darauf, dass eine Reihe von Ländern schon bisher den Katalog der Benutzungen im Landesrecht ergänzt hat, sind entsprechende Landesregelungen als Abweichungsgesetze zu erwarten.