

Teil 1 Allgemeine Bestimmungen

§ 1 Anwendungsbereich und Geltungsbereich (zu § 2 WHG)

(1) Dieses Gesetz gilt für die in § 2 Abs. 1 des Gesetzes zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz – WHG) vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2585), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 8. April 2013 (BGBl. I S. 734) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung, bezeichneten Gewässer und für das nicht aus Quellen wild abfließende Wasser.

(2) Die für Gewässer geltenden Bestimmungen des Wasserhaushaltsgesetzes und dieses Gesetzes sind nicht anzuwenden auf

1. Gräben, die ausschließlich ein Grundstück eines einzigen Eigentümers bewässern oder entwässern,
2. Straßenseitengräben und Entwässerungsanlagen als Bestandteile von Straßen sowie Entwässerungsanlagen von sonstigen Verkehrsbauwerken,
3. Grundstücke, die zur Fischzucht oder Fischhaltung oder zu anderen nicht wasserwirtschaftlichen Zwecken mit Wasser bespannt werden und mit einem Gewässer nicht oder nur künstlich verbunden sind, und
4. kleine Fließgewässer bis zu einer Länge von 500 m von der Quelle bis zur Mündung.

Das gilt nur für Gewässer von wasserwirtschaftlich untergeordneter Bedeutung. Die §§ 89 und 90 WHG bleiben unberührt.

(3) Die Vorschriften dieses Gesetzes gelten in Ergänzung oder Abweichung des Wasserhaushaltsgesetzes in der jeweils maßgebenden Fassung.

Übersicht

	Rn.
I. Verhältnis zum WHG	1
II. Die Vorschrift im Einzelnen	2–40
1. Entstehungsgeschichte	2
2. Allgemeines	3
3. Anwendungsbereich (Abs. 1)	4–19
a) Grundsatz	4–6
b) Gewässerbegriff, Gewässereigenschaft und Ende der Gewässereigenschaft	7–13
c) Aus Quellen wild abfließendes Wasser	14–17
d) Grundwasser	18
e) Nicht aus Quellen wild abfließendes Wasser	19
4. Von der Anwendung des WHG und SächsWG ausgenommene Gewässer (Abs. 2)	20–30
a) Allgemeines	20–24
b) Grundstücksbe- und Entwässerungsgräben	25
c) Straßenseitengräben u. ä	26
d) Fischzuchtgewässer u. ä	27
e) Kleine Fließgewässer	28–30
5. Verhältnis Landes- und Bundesrecht (Abs. 3)	31–40

I. Verhältnis zum WHG

Die Vorschrift ergänzt § 2 WHG sowohl hinsichtlich dessen Abs. 1, als auch durch Gebrauch machen von der Länderöffnungsklausel des Abs. 2. Nicht zu-

letzten enthält die Regelung mit Abs. 3 die vor die Klammer gezogene grundsätzliche Vorschrift zum Zusammenspiel von WHG und SächsWG in Folge der im Zuge der Föderalismusreform geänderten Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Wasserrechts.

II. Die Vorschrift im Einzelnen

1. Entstehungsgeschichte

- 2 Die Vorschrift steht in der Tradition ihrer Vorgängervorschriften seit dem ersten Sächsischen Wassergesetz von 1993 (SächsWG 1993) nach der Wiedervereinigung im Jahre 1990. Grundsätzlich ist anzumerken, dass das neue sächsische Wasserrecht (SächsWG 1993) entstehungsgeschichtlich im Wesentlichen auf drei Säulen beruht. So hat sowohl das (Ur-) SächsWG 1909, aber auch einzelne Vorschriften aus dem DDR-Recht und nicht zuletzt ganz überwiegend das Wassergesetz des nach der Wiedervereinigung den Verwaltungsaufbau unterstützenden Partnerlandes, Baden-Württemberg, Pate gestanden. Da ein nicht unwesentlicher Teil der Vorschriften bis heute ganz oder teilweise, auch in modifizierter Form, fort gilt, kann durchaus zur Auslegung der Vorschriften auf das historische, sprich damals geltende baden-württembergische Wasserrecht und die dazu vorhandene Literatur vor allem aber auf die ergangene Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg zurückgegriffen werden. Im Übrigen entspricht die Vorschrift des § 1 im Wesentlichen der Vorgängerregelung des § 1a SächsWG 2010.

2. Allgemeines

- 3 § 1 Abs. 1 bestimmt zunächst den Anwendungs- und Geltungsbereich des SächsWG. Die Begriffe Anwendungs- und Geltungsbereich werden synonym gebraucht und beschreiben allgemein, auf welche Gewässer, mit Ausnahme der nach Abs. 2 ausgenommenen, das SächsWG Anwendung findet. Mit § 1 Abs. 2 wird von der Länderöffnungsklausel des § 2 Abs. 2 WHG Gebrauch gemacht, nach der die Länder kleine Gewässer von wasserwirtschaftlich untergeordneter Bedeutung aus dem Geltungsbereich des WHG ausnehmen können. § 1 Abs. 3 beschreibt vor die Klammer gezogen das Verhältnis zwischen WHG und Landeswasserrecht nach der Föderalismusreform 2006¹, in deren Zuge der verfassungsändernde Bundesgesetzgeber die Rahmengesetzgebung des Art. 75 GG abgeschafft hat und die bisher in diesem Kompetenztitel verankerte Rechtsmaterie des Wasserhaushalts als konkurrierende Gesetzgebung in Form der Abweichungsgesetzgebung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG i. V. m. Art. 72 Abs. 3 GG ausgestaltet hat.

3. Anwendungsbereich (Abs. 1)

- 4 a) **Grundsatz.** Um den Wasserhaushalt mit Mitteln des Wasserwirtschaftsrechts beeinflussen, d. h. bewirtschaften², zu können, muss zunächst der sachliche

1 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006, BGBl I S. 2034.

2 Zur grds. Zulässigkeit den Wasserhaushalt wegen seiner herausragenden Bedeutung für das Gemeinwohl einer vom Eigentum getrennten öffentlich-rechtlichen Benutzungsordnung und damit einer staatlichen Bewirtschaftung zu unterstellen s. BVerfG v. 15.7.1981 – 1 BvL 77/78 – Nassaukiesungs-Beschluss, Jurion, insbes. Rn. 97 ff., 144 ff.

Anwendungs- und Geltungsbereich abgesteckt werden. Sinn und Zweck des Abs. 1 ist es, diesen sachlichen Anwendungs- und Geltungsbereich des SächsWG insoweit zu bestimmen. Eine **eigenständige landesrechtliche Bestimmung des Anwendungs- und Geltungsbereichs ist erforderlich**, da § 2 Abs. 1 WHG nur den Anwendungsbereich des WHG bestimmt, soweit es dort heißt „Dieses Gesetz gilt...“. Der Landesgesetzgeber war daher zunächst aufgerufen, zu bestimmen für welche Teile des Wasserhaushaltes das SächsWG als Landesrecht zur Anwendung kommen soll. Im Gegensatz zu den Vorgängerregelungen, zuletzt § 1a SächsWG 2010, hat der Gesetzgeber mit **Ausnahme der beibehaltenen speziellen Regelung** zu „nicht aus Quellen wild abfließendem Wasser“ darauf verzichtet, die Teile des Wasserhaushalts zu benennen und stattdessen **auf den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 WHG verwiesen**. Damit unterliegen zunächst die Gewässer, wie sie in § 2 Abs. 1 WHG benannt und in § 3 WHG definiert sind, auch den Regelungen des sächsischen Wasserrechts.

Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass **weder das WHG noch das sächsische Wasserrecht den kompletten (natürlichen) Wasserhaushalt** i. S. d. kompetenzrechtlichen Regelung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG erfassen. Wasserhaushalt i. S. d. GG ist mehr. Wasserhaushalt ist danach in hydrologischem Sinne zu verstehen und erfasst das im gesamten Wasserkreislauf der Natur vorhandene Wasser über, auf und unter der (Land)Oberfläche der Erde, sowohl hinsichtlich seiner Erscheinungsformen, Zirkulation und Verteilungen in Raum und Zeit, wie auch bezüglich seiner physikalischen, chemischen und biologischen Eigenschaften sowie seiner Interaktionen mit der Umwelt, einschließlich der Beziehungen zu Lebewesen³.

Dass das WHG und das SächsWG nicht den kompletten Wasserhaushalt in ihren jeweiligen Anwendungs- und Geltungsbereich mit einbeziehen, mögen **zwei Beispiele** verdeutlichen. So bezieht das WHG entgegen dem SächsWG das unstreitig zum Wasserhaushalt gehörende „nicht aus Quellen wildabfließende Wasser“ gerade nicht generell in seinen Anwendungsbereich mit ein, sondern nur Einzelfallbezogen nach Maßgabe ausdrücklicher Bestimmungen⁴, wie z. B. in § 37 Abs. 4 WHG.

Weder WHG, noch SächsWG beziehen das sog. „atmosphärische Wasser“ – Stichwort: Hagelfliegerei – in ihren Anwendungs- und Geltungsbereich mit ein. Die Frage der Einbeziehung des „atmosphärischen Wassers“ in den Anwendungsbereich des WHG wurde im Zuge der Novelle zum WHG 2009 ernsthaft und intensiv, gerade mit Blick auf die Hagelfliegerei – hier werden Hagelwolken mit Silberjodid beschossen, um den Hagel zu verhindern – diskutiert.

Allerdings wird mit den Gewässern, einschließlich ihrer Teile, wie sie in § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 WHG benannt sind und die auch für den Anwendungs- und Geltungsbereich des SächsWG gelten, der überwiegende Teil des oben beschriebenen (Gesamt)Wasserhaushalts erfasst.

Die **Verweisung auf die Vorschrift des § 2 Abs. 1 WHG** ist als **dynamische Verweisung** ausgestaltet, so dass sich, wenn sich der Gewässerbegriff des WHG

3 S. DIN 4049 Teil 1.

4 S. auch *Czychowski/Reinhardt* WHG § 3 Rn. 36.

ändert, auch automatisch der Gewässerbegriff und in Folge der Anwendungs- und Geltungsbereich des SächsWG ändert. Durch diese **Regelungstechnik** wird **sichergestellt**, dass für alle Gewässer, die dem WHG unterfallen, auch das SächsWG Anwendung findet. I.Ü. stellt die Regelung sicher, dass **Bundesrecht**, das in Bundesrecht transformierte **EU-Recht** und das **Landesrecht** hinsichtlich des Gewässerbegriffs grds. **im Gleichklang stehen**. Ein weiterer Vorteil besteht darin, dass zur **Auslegung** des Gewässerbegriffs grds. **und** des sich daraus ergebenden **Anwendungs- und Geltungsbereichs** nicht nur auf umfangreiche Literatur, einschließlich Kommentarliteratur zum WHG, zurückgegriffen werden kann, sondern **letztlich** die Auslegungs- und Deutungshoheit für die Begrifflichkeiten und damit den Anwendungs- und Geltungsbereich, auch für das SächsWG, in letzter Instanz **beim BVerwG liegt**.

- 7 b) Gewässerbegriff, Gewässereigenschaft und Ende der Gewässereigenschaft.** Der Frage nach dem Gewässerbegriff, den Gewässereigenschaften und wann diese enden, kommt grundsätzliche Bedeutung zu, da das **WHG** und das **SächsWG überhaupt nur zur Anwendung** kommen, soweit es sich um ein **Gewässer im Sinne der Vorschriften** handelt, weil nur dann eine Steuerung des Wassers nach Menge und Güte mit den im Wasserrecht vorgesehenen Instrumentarium möglich ist.

Der (Ober)Begriff „Gewässer“ wird weder im WHG noch im SächsWG definiert, sondern vorausgesetzt. Das **WHG 2010**, auf das das SächsWG verweist, **definiert** in § 3 Nr. 1 bis Nr. 5 WHG 2010 **ausschließlich bestimmte Teilbegrifflichkeiten**, wie „oberirdische Gewässer“, „Küstengewässer“, „Grundwasser“ „künstliche Gewässer“ und „erheblich veränderte Gewässer“, nicht jedoch den Begriff des „Gewässers“ selbst.

Unter den Begriff „Gewässer“ fallen nach h. M. ganz allgemein die Teile der Erdoberfläche, die aufgrund ihrer natürlichen Beschaffenheit oder durch künstliche Vorrichtungen nicht nur einmalig oder bei ganz außergewöhnlichen Witterungslagen wiederkehrend vorübergehend mit Wasser bedeckt sind. Charakteristisches Merkmal für die Gewässer und damit ihre Eigenschaft ist, dass sie in den natürlichen Wasserkreislauf – Versickerung, Verdunstung, Gebietsentwässerung, einschließlich Aufnahme von Regenwasser, Verbindung mit dem Grundwasser – eingebunden sind, Verbindung zur Ökologie haben und insofern auch (zumindest noch) Teil des natürlichen (Gesamt)Wasserhaushalts sind⁵.

- 8 Die Gewässereigenschaft endet oder ist zu verneinen**, wenn das **Wasser** so aus dem natürlichen **Wasserkreislauf abgesondert ist und bleibt**, dass es an den vorbeschriebenen Gewässerfunktionen keinen Anteil mehr hat, d. h. den unmittelbaren Zusammenhang mit dem natürlichen Wasserhaushalt verloren hat, mithin in diesen nicht mehr eingebunden ist. Andererseits hebt nicht jede Einschränkung der Gewässerfunktion die Gewässereigenschaft auf. Es bedarf vielmehr einer wertenden Betrachtung, ob die Verbindung zum natürlichen Wasserhaushalt so unterbrochen ist, dass mit ihr eine Absonderung vom natürlichen Wasserhaushalt einhergeht. Inhaltlich ist danach zu fragen, ob die natürliche Gewässerfunktion noch

⁵ S. statt vieler *Czycowski/Reinhardt* WHG § 2 Rn. 6, 7 m. w. N.

dominiert oder aufgrund des Umfangs oder der Art der Einschränkung überwiegend verloren gegangen ist.⁶ Im Orientierungssatz zur Entscheidung des BVerwG zu einer Bachverrohrung wird das Gericht noch deutlicher, in dem es formuliert „das Wasserhaushaltsgesetz verwehrt es, einem Gewässer, das die in § 1 WHG genannten Merkmale aufweist, die Gewässereigenschaft abzusprechen“⁷. Daraus folgt, dass eine Wasserführung erst dann aus dem wasserrechtlichen Regelungsregime entlassen werden kann und darf, wenn sie mit den Instrumenten des Wasserrechts nicht mehr nach Menge und Güte bewirtschaftbar ist, bis dahin ist das Gewässer weiterhin schutzwürdig und schutzbedürftig i. S. d. Wasserrechts.

Normativer Anknüpfungspunkt zur Beantwortung der Frage, ob die **Gewässereigenschaft** im Falle eines „oberirdischen Gewässers“ zu bejahen ist, ist zunächst das „**Vorliegen eines Gewässerbettes**“. Einer Quelle bedarf es, wie sich aus der „oder-Verknüpfung“ ergibt nicht.

Ausgehend vom allgemeinen Sprachgebrauch ist unter einem **Gewässerbett** eine äußerlich erkennbare natürliche oder künstliche Begrenzung des Wassers in einer Eintiefung (Gerinne) an der Erdoberfläche zu verstehen, die bei objektiver Betrachtung nach ihrem äußeren Erscheinungsbild geeignet und bestimmt ist – wenn auch nicht ausschließlich – das in der Natur vorkommende Wasser zu sammeln oder abzuleiten⁸.

Auf die Frage, ob das **Gewässerbett natürlich oder künstlich** ist, kommt es, wie sich bereits aus der ausdrücklichen Bezeichnung des künstlichen Gewässers als von Menschen geschaffene oberirdisches Gewässer oder Küstengewässer ergibt, **nicht an**. Allein ein künstliches Gewässerbett, sei es auch zum Grundwasser hin abgedichtet – künstliches Gerinne – hebt die Gewässereigenschaft noch nicht auf, wenn das Gewässer im Übrigen noch in den natürlichen Wasserkreislauf durch Aufnahme von zufließendem Oberflächenwasser, Verdunstung etc. eingebunden ist – so auch ausdrücklich für das sächsische Wasserrecht § 2 Abs. 1 Satz 2. Im Übrigen ist seit jeher anerkannt, dass ein oberirdisches **Gewässer seine Gewässereigenschaft nicht** schon deshalb **verliert**, weil und soweit es an einzelnen Stellen, etwa in Felsdurchlässen, oder -höhlungen, in Röhren, Tunneln oder Dükern unterirdisch verläuft.⁹

Die Gewässereigenschaft geht auch nicht dadurch verloren, dass einem natürlichen Gewässer durch eine (z. B. bergmännische) Grundwasserabsenkung seine Quelle und/oder die Grundwasser Verbindung ganz oder teilweise verlorengelt und zum Ausgleich dieser Verluste das Gewässer mit Fremdwasser durch den Verursacher geflutet wird, wenn das Gewässer im Übrigen noch in den natürlichen Wasserkreislauf eingebunden ist, wie durch Teilnahme an der Gebietsentwässerung. Für die Gewässereigenschaft kommt es dabei nicht darauf an, ob

6 BVerwG 15.6.2005 – 9 C 8.04 – www.bundesverwaltungsgericht.de, zuletzt BVerwG 27.1.2011 – 7 C 3.10 – jurion Rn. 16 u. 18 unter Aufgabe der Rechtsprechung BVerwG 31.10.1975 – IV C 43.73 – jurion.

7 BVerwG 29.1.1996 – 4 B 5/96 – juris.

8 St. Rspr. BVerwG 31.10.1975 – IV C 43.73 – jurion, Rn. 27 ff. zuletzt BVerwG 27.1.2011 – 7 C 3.10 – jurion Rn. 17 und *Czychowski/Reinhardt* WHG § 3 Rn. 11 jeweils unter Bezugnahme auf die DIN 4049 Teil 1.

9 St. Rspr. BVerwG 31.10.1975 – IV C 43.73 – jurion Rn. 28, zuletzt BVerwG 27.1.2011 – 7 C 3.10 – jurion Rn. 17.

die Ersatzwasserspeisung freiwillig, vertraglich oder aufgrund einer wasserrechtlichen oder anderen öffentlich-rechtlichen Anordnung oder Entscheidung (z. B. bergrechtlichen Entscheidung) erfolgt. Denn für die Frage, ob ein Gewässer vorliegt, kommt es allein auf die tatsächlichen und nicht auf die rechtlichen Verhältnisse an (s. unten Rn. 12).

Aber selbst, wenn man annehmen wollte, dass das natürliche Gewässer aufgrund des Eingriffs seine Gewässereigenschaft verloren hat, hätte die tatsächlich über eine gewisse Dauer aufgenommene Bespannung des Gewässers mit Fremdwasser die Herstellung eines künstlichen Gewässers bewirkt¹⁰, gleich ob legal oder illegal (s. unten Rn. 12) mit der Folge, dass die Beseitigung des künstlichen Gewässers nur nach Durchführung eines Verfahrens nach § 67 Abs. 2 WHG erfolgen darf¹¹.

Umgekehrt besteht auch Einigkeit, dass die **Gewässereigenschaft endet**, wenn das Gewässer vollständig in eine Abwasseranlage¹² oder in den gewerblich industriellen Produktionskreislauf einbezogen wird. Dies soll allerdings nicht für eine im Durchlaufprinzip betriebene Fischzuchtanlage gelten, die die natürliche Gewässerfunktion unter Verwendung technischer Anlagen intensiv nutzt.¹³

An der früher vertretenen Auffassung¹⁴, dass das Wasser, das vollständig in einer Rohrleitung gefasst wird und für seinen gesamten weiteren Verlauf bis zur Einmündung in den nächsten Vorfluter (Gewässer) aus dem natürlichen Wasserkreislauf abgesondert bleibt, seine Gewässereigenschaft verliert, hält das BVerwG nicht mehr fest. Zutreffend stellt das Gericht fest, dass für die unterschiedliche Einordnung je nach Lage der unterirdisch geführten Teilstrecke als Zwischen- oder Endstück eines Gewässers, es an einem überzeugenden Grund fehlt¹⁵.

Kein Gewässer in Ermangelung eines Gewässerbettes im so verstandenen Sinne sind die von einem ausufernden Gewässer überfluteten Flächen, namentlich die Überschwemmungsgebiete. Keine Gewässerbetteigenschaft ist insoweit auch den Flächen zwischen Ufern und einem Deich zu zuerkennen. Ungeachtet, dass hier bereits nach allgemeiner Auffassung eine Gewässerbetteigenschaft verneint wird¹⁶, steht einer **Ausweitung des Gewässerbettes** auf diese Flächen § 23 Abs. 1 SächsWG entgegen. Nach § 23 Abs. 1 SächsWG wird das Bett eines Gewässers durch die Uferlinie begrenzt, die durch die Linie des Mittelwasserstands, bei gestauten Gewässern durch die Linie des Stauziels, unter besonderer Berücksichtigung der Ufergestaltung bestimmt wird. Dabei gilt als Mittelwasserstand das arithmetische Mittel der Wasserstände der letzten 20 Jahre (§ 23 Abs. 3 SächsWG). Auch **wild abfließendes Wasser** fällt mangels Gewässerbett nicht unter den Begriff „oberirdisches Gewässer“ nach WHG; so ausdrücklich

10 S. *Czychowski/Reinhardt* WHG § 67 Rn. 17.

11 Diese Zusammenhänge verkennend und daher mit Bundesrecht unvereinbar OVG Bautzen 27.6.14 – 4 B 502/13 – www.justiz.sachsen.de/ovgentschweb, Rn. 16 f., 20.

12 BVerwG 27.1.2011 – 7 C 3.10 – jurion Rn. 20.

13 BVerwG 15.6.2005 – 9 C 8.04 – www.bundesverwaltungsgericht.de.

14 BVerwG 31.10.1975 – IV C 43.73 – jurion Rn. 29 u. 30.

15 BVerwG 27.1.2011 – 7 C 3.10 – jurion Rn. 16.

16 *Czychowski/Reinhardt* WHG § 3 Rn. 11.

das SächsWG in § 2 Abs. 2. An der **Gewässereigenschaft** fehlt es nach allgemeiner Auffassung **auch bei** solchen Vertiefungen der Erdoberfläche, die keine Verbindung zum Grundwasser aufweisen, wie Sand-, Ton-, Kies oder Baugruben, Trichter oder sonstige Vertiefungen, in denen sich nur gelegentlich Wasser ansammelt oder die nicht auf Dauer angelegt sind, bzw. werden. So fordert das BVerwG¹⁷ ausdrücklich, dass Gewässer eine gewisse „Dauerhaftigkeit“ aufweisen müssen und gelegentliche Ansammlungen von Wasser vom Begriff des Gewässers nicht erfasst sind. Hierher gehören auch die aus naturschutzfachlichen Gründen, z. B. auf landwirtschaftlichen Flächen angelegten Amphibienlaichhabitats – kleine, mit Ton oder anderen Materialien abgedichtete Kleinstwasseransammlungen –, die zeitweise mit Wasser bespannt sind. Will man hier nicht bereits die Gewässereigenschaft verneinen, so würden diese Amphibienlaichhabitats nach sächsischem Wasserrecht unter die Ausnahmevorschrift des Abs. 2 Nr. 3 2. Alt. fallen.

Andererseits erfüllen Baggerlöcher/Baggerseen, sowie die Tagebaurestseen (die mit Wasser gefüllte verbleibende Hohlform im Ergebnis der Braunkohlengewinnung), die unter Eingriff in das Grundwasser entstehen, sei es durch Einstellung von Sumpfungsmaßnahmen, gezielte Flutung oder durch sogenannte Nassauskiesungen, **alle Anforderungen, die an oberirdisches Gewässer zu stellen sind.**

Weitere Voraussetzung für das Vorhandensein eines „**oberirdischen Gewässers**“ ist, dass das **Wasser im Gewässerbett „ständig oder zeitweilig fließt oder steht“**. Wie die beiden Begriffspaare „ständig und zeitweilig“ und „fließen oder stehen“ schon nach ihrem Wortsinn zeigen, kommt es für die Bejahung eines oberirdischen Gewässers nicht darauf an, ob das Gewässerbett ständig Wasser führt oder die Wasserführung gelegentlich versiegt, ebenso wenig ist es von Bedeutung, ob das Wasser in seinem Bett fließt oder steht. Dass auch das in einem Bett stehende Gewässer dem wasserrechtlichen und wasserwirtschaftlichen Regime der Wassergesetze unterworfen ist, ist historisch nicht selbstverständlich. So hatte das Wassergesetz für das Königreich Sachsen vom 12.3.1909 (GV-Blatt 1909 Nr. 30 S. 227) nur die fließenden Gewässer der Aufsicht des Staates unterworfen.¹⁸

Zeitweilig fließt oder steht ein Gewässer in seinem Bett, wenn bei **wiederkehrenden**, im Einzelfall auch seltenen **Ereignissen** im betreffenden Gewässerbett Wasser fließt oder steht. Auf eine **bestimmte Menge kommt es nicht an**, das Gewässerbett muss auch nicht vollständig mit Wasser bedeckt/gefüllt sein. **Kein Fall des zeitweiligen Fließens oder Stehens liegt vor, wenn nur einmal oder bei einem ganz außergewöhnlichen Naturereignis oder besonderen Umständen Wasser anzutreffen ist.**¹⁹ Das BVerwG²⁰ fordert, wie bereits oben ausgeführt, eine gewisse „Dauerhaftigkeit“ da nur dann der Gewässerbegriff erfüllt ist. Gerade hieran fehlt es im Falle der „Einmal-Ereignisse“ oder „ganz außergewöhnlichen Ereignissen“ im Gegensatz zu wiederkehrenden, wenn auch im

17 BVerwG 16.7.2003 – 7 B 61.03 – jurion Rn. 6.

18 S.a. Begründung zu § 1 des 1. SächsWG von 1993 Drs. 1/2049.

19 M.w.N. *Czychowski/Reinhardt* WHG § 3 Rn. 14.

20 BVerwG 16.7.2003 – 7 B 61.03 – jurion Rn. 6.

Einzelfall seltenen, Ereignissen. Letztere sind dauerhaft i. S. der Rechtsprechung des BVerwG, da sie wiederkehrend sind. Insoweit ist auch weiter davon auszugehen, dass zu den oberirdischen Gewässern i. S. der wasserrechtlichen Vorschriften in Trockenperioden (wie Sommermonaten) trockenfallende Gewässer genauso, wie die, die nur bei Schneeschmelze oder Starkregenereignissen Wasser führen, aber auch Hochwasserumfluter oder im Nebenschluss zum Gewässer betriebene Hochwasserrückhaltebecken gehören.

- 11** Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass sich eine schematische Beurteilung des Vorhandenseins der Gewässereigenschaft verbietet. Stattdessen ist mit der neueren Entwicklung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung²¹ immer von einer den konkreten Einzelfall wertenden Beurteilung auszugehen. Es kommt ausschließlich darauf an, ob Wasser ständig oder zeitweilig in einem Bett fließt oder steht und (zumindest noch) in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem natürlichen Wasserkreislauf steht, d. h. in diesen eingebunden ist, an ihm teil hat. Allein diese funktionsbezogene wertende Gesamtbetrachtung entspricht dem Zweck der Wassergesetze, da nur dann eine Steuerung des Wassers nach Menge und Güte mit den in den Wasserrechten vorgesehenen wasserwirtschaftlichen Instrumentarien möglich ist. Der Regelungszweck des Wasserrechts gebietet eine Wasserführung erst dann aus dem wasserrechtlichen Regelungsregime zu entlassen, wenn mit dem Wegfall des Gewässerbettes (gleichzeitig) eine (vollständige) Absonderung vom natürlichen Wasserhaushalt auf das Gewässer insgesamt bezogen einhergeht. Denn solange (noch) ein Zusammenhang mit dem natürlichen Wasserhaushalt besteht, ist das Gewässer auch weiterhin schutzwürdig und schutzbedürftig i. S. des Wasserrechts. Instrukтив zur wertenden Betrachtung, ob ein Gewässer vorliegt unter Bezug auf die neuere Rechtsprechung OVG Bautzen – einerseits zutreffend bejahend bei verrohrtem Bach²², andererseits unzutreffend verneinend im Falle einer Ersatzwasserbereitstellung für vom Bergbau verändertes und in Folge künstlich geschaffenes Gewässer²³; VG Köln – bejahend für einen zu 60 % verrohrten Bach²⁴; VGH München²⁵ – bejahend für einen Graben als Gewässer III. Ordnung bei einer Verrohrung von 90 % –, sowie bereits unter der älteren Rechtsprechung Verwaltungsgericht Leipzig.²⁶
- 12** Für die Beurteilung der Gewässereigenschaft kommt es im Übrigen allein auf die tatsächlichen Verhältnisse im oben beschriebenen Sinne an und nicht auf die rechtlichen Verhältnisse. Für die Beurteilung, ob im Einzelfall ein Gewässer vorliegt oder nicht, ist es gleichgültig, ob es legal oder illegal entstanden ist²⁷. Ebenso wenig kommt es auf die Frage an, ob das Gewässer in einem Gewässerverzeichnis steht oder aus einem Gewässerverzeichnis gelöscht wurde oder das

21 BVerwG 15.6.2005 – 9 C 8.04 – www.bundesverwaltungsgericht.de; BVerwG 27.1.2011 – 7 C 3.10 – jurion Rn. 16–18; BVerwG 16.7.2003 – 7 B 61.03 – jurion Rn. 5.

22 OVG Bautzen 8.4.14 – 4 A 778/12 – www.justiz.sachsen.de/ovgentschweb, Rn. 29 ff.

23 OVG Bautzen 27.6.14 – 4 B 502/13 – www.justiz.sachsen.de/ovgentschweb, Rn. 16 f., 20.

24 VG Köln 25.7.2913 – 14 K 4493/11 – www.justiz.nrw.de Rn. 19 ff.

25 VGH München 26.11.2013 – M 2 K 13.1843 – www.openjur.de.

26 VG Leipzig 01.2.1999 – 6 K 320/97 – juris Rn. 17.

27 BVerwG 16.7.2003 – 7 B 61.03 – jurion Rn. 5.

für die Herstellung oder Beseitigung eines Gewässers erforderliche Planfeststellungs- oder Plangenehmigungsverfahren durchgeführt wurde²⁸. Auch aus der Tatsache, dass Erlaubnisse oder andere wasserrechtliche Zulassungen erteilt oder nicht erteilt wurden kann für die Frage, ob ein Gewässer vorliegt oder nicht, nichts hergeleitet werden²⁹.

13
Bleibt im Zusammenhang mit der Frage, ob im konkreten Einzelfall ein Gewässer vorliegt oder nicht, noch dem kontrovers diskutierten Thema der „Zwei-Naturen-Theorie“ nachzugehen³⁰. Verkürzt geht es dabei um die Frage, ob ein Gewässer zugleich Anlage oder Teil einer Anlage z. B. gemeindliche Kanalisation sein kann oder ob ein Gewässer nur entweder Gewässer i. S. der wasserrechtlichen Vorschriften oder (abgesondertes) Wasser in einer Anlage z. B. gemeindlichen Kanalisation sein kann. *Reinhardt*³¹ hält, soweit ersichtlich mit der überwiegenden Meinung in der Literatur, die Annahme, dass ein Gewässer sowohl Gewässer, als auch zugleich Teil der gemeindlichen Kanalisation – als kommunale Einrichtung – sein kann, für irrig, stellt aber gleichzeitig fest, dass die Frage noch nicht abschließend geklärt sei. Dies sieht die Rechtsprechung, allen voran das BVerwG³² deutlich differenzierter. Nach Auffassung des BVerwG stellen sowohl die Gegner der Zwei-Naturen-Theorie, als auch deren Befürworter die falsche Frage „ob ein zum sachlichen Geltungsbereich des § 1 WHG – Anm. des Verfassers: jetzt § 2 WHG – gehörendes oberirdisches Gewässer „Teil“ einer gemeindlichen Abwasseranlage sein, in eine solche Anlage „einbezogen“ werden oder zu ihr „gehören“ könne. Bundesrechtlich kann nur zur Entscheidung stehen, ob ein oberirdisches Gewässer nach WHG für die Abwasseranlage „benutzt“ oder „ausgebaut“ werden darf. Nicht also die „Einbeziehung“ eines oberirdischen Gewässers in eine Abwasseranlage oder seine Beurteilung unter einem doppelten rechtlichen Ansatz stehen demnach in Rede, sondern allein die nach ihrer Blickrichtung andere Frage, ob und unter welchen bundesrechtlichen Voraussetzungen ein dem Wasserrecht unterliegendes oberirdisches Gewässer von einer solchen Anlage rechtmäßig in Anspruch genommen werden kann.“

Dieser Ansatz ist zutreffend. Das Wasserrecht fragt allein danach, ob ein Gewässer i. S. der wasserrechtlichen Vorschriften, wie oben im Einzelnen ausgeführt, vorliegt. Wird diese Frage positiv beantwortet, so greift für das Gewässer das wasserwirtschaftliche Bewirtschaftungs- und Schutzregime mit dem dazugehörigen wasserrechtlichen Zulassungsinstrumentarium, wie der Erlaubnisbedürftigkeit einer Abwassereinleitung oder der Planfeststellung oder Plangenehmigung im Falle der Umgestaltung oder Beseitigung eines Gewässers.

Eine so verstandene Zwei-Naturen-Theorie verlangt eine konkrete rechtliche Einzelfallprüfung anhand der jeweiligen rechtlichen Regelung. Das **wasserrechtliche Prüfprogramm beschränkt** sich vorliegend allein auf die Frage, ob nach den **wasserrechtlichen Vorschriften** ein Gewässer vorliegt. Wird die Frage bejaht, so gel-

28 BVerwG 31.10.1975 – IV C 43.73 – jurion, Rn. 12, 23, 24 und 31.

29 BVerwG 15.6.2005 – 9 C 8.04 – www.bundesverwaltungsgericht.de, Rn. 27; VGH Baden-Württemberg 28.3.2012 – 3 S 150/12 – www.justiz.baden-württemberg.de, Rn. 14.

30 S. grds *Breuer/Gärditz* WasserR Rn. 232 ff.

31 *Czychowski/Reinhardt* WHG § 3 Rn. 30.

32 BVerwG 31.10.1975 – IV C 43.73 – jurion, Rn. 20 ff.

ten die (übrigen) wasserrechtlichen Vorschriften zum Schutz und zur Nutzung des Gewässers. Hierin erschöpft sich dann das wasserrechtliche Prüfprogramm, denn es enthält keinen materiell-rechtlichen Prüfmaßstab mit dem sich die „Entweder-Oder-Frage“ – hier: Gewässer oder Kanalisation – beantworten ließe. Nicht anders verhält es sich mit Bezug auf das **Kommunalrecht** – hier: kommunales Satzungsrecht über kommunale Einrichtungen. Hier ist **abzuprüfen**, ob ein **Gewässer** aus Sicht des Kommunalrechts **Gegenstand** einer **kommunalen Einrichtung** sein kann. Wird dies bejaht und das Gewässer kann nach den kommunalrechtlichen Vorschriften kommunale Einrichtung sein, gelten für das Gewässer selbstredend neben den wasserrechtlichen Vorschriften die einschlägigen kommunalrechtlichen Regelungen. Dieses Verständnis legt offensichtlich auch das VG Leipzig seiner Rechtsprechung zu Grunde und verneint konsequent und zutreffend in dort entschiedenen Fall, dass es sich bei dem Gewässer (auch) um eine kommunale Einrichtung handelt. So wird zutreffend die Gewässereigenschaft unter konkreter Würdigung des Einzelfalls festgestellt³³, der Diskussionsstand zur „Zwei-Naturen-Theorie“ prägnant aufgearbeitet³⁴ und im Ergebnis zutreffend festgestellt, dass durch die Abwassereinleitung das Gewässer seine Gewässereigenschaft nicht verloren habe³⁵ eine öffentliche Abwasseranlage aber deshalb zu verneinen sei, da vorliegend zwar grundsätzlich offene und geschlossene Gräben Abwasseranlagen sein können, allerdings nach der selbst gegebenen kommunalen Satzung, dies dann nicht gelte, wenn es sich um Gewässer handelt³⁶. Der Qualifikation als Abwasseranlage steht also nicht das Wasserrecht entgegen, sondern allein das kommunale Satzungsrecht.

Irrig – so *Reinhardt* oben Fußnote 31 – ist also nicht das Ergebnis, dass ein oberirdisches Gewässer gleichzeitig Gewässer und Anlage z. B. Abwasseranlage sein kann, sondern eine Auffassung, die dies per se ausschließen will. Dies möge auch das folgende **Beispiel** verdeutlichen: Eine Kommune (abwasserbeseitigungspflichtige Körperschaft) legt gezielt offene Gräben im Außenbereich im natürlichen Gefälle als Teil der örtlichen Abwasseranlage zur Aufnahme des Überschusswassers aus biologischen Kleinkläranlagen einer Streusiedlung an. Als Teil der öffentlichen Einrichtung „Abwasserbeseitigung“ dürften die Kosten der Errichtung und Unterhaltung grundsätzlich unstreitig gebühren- und beitragsfähig sein. Auch ein Anschluss- und Benutzungszwang könnte dem Grunde nach ausgeübt werden und dem Einleiter aufgegeben werden, wie das Abwasser zu übergeben ist. Unstreitig stellen diese so geschaffenen Gräben – gleich, ob legal als Gewässerherstellung zugelassen oder ohne Zulassung illegal hergestellt – gleichzeitig aufgrund ihres Eingebundenseins in den natürlichen Wasserkreislauf, Gewässer im Sinne der wasserrechtlichen Vorschriften dar (s. Rn. 9 ff. und 12 oben), so dass für diese Gräben selbstredend auch die wasserrechtlichen Vorschriften gelten mit der Folge, dass die Einleitungen aus den Kleinkläranlagen ungeachtet kommunalrechtlicher Vorschriften auch einer wasserrechtlichen Erlaubnis bedürfen. Warum ein Nebeneinander von Kommunal- und Wasserrecht nicht möglich sein soll, erschließt sich, wie das Beispiel zeigt, nicht.

33 VG Leipzig 1.2.1999 – 6 K 320/97 – juris Rn. 17.

34 VG Leipzig 1.2.1999 – 6 K 320/97 – juris Rn. 18 ff.

35 VG Leipzig 1.2.1999 – 6 K 320/97 – juris Rn. 21.

36 VG Leipzig 1.2.1999 – 6 K 320/97 – juris Rn. 15.