

**Von:** [klein@kommunalagenturnrw.de](mailto:klein@kommunalagenturnrw.de) [<mailto:klein@kommunalagenturnrw.de>]

**Gesendet:** Sonntag, 12. April 2015 17:23

**An:** Röttger, Michael

**Cc:** [wallbaum@kommunalagenturnrw.de](mailto:wallbaum@kommunalagenturnrw.de)

**Betreff:** AW: Anfrage zur wasserrechtlichen Situation des Grabens A in der Gemeinde Havixbeck

Sehr geehrter Herr Röttger,

aufgrund der mir vorliegenden umfangreichen Unterlagen kann ich Ihnen nach einer **überschlägigen** Prüfung zur wasserrechtlichen Situation des Grabens A zurzeit Folgendes mitteilen:

### **1. Rechtliche Anforderungen bei Beibehaltung der Gewässereigenschaft und Auflagen zur Abdichtung und Einzäunung des Grabens in den neuen wasserrechtlichen Erlaubnissen**

Einleitend möchte ich mich zur Aufhebung der Gewässereigenschaft äußern. Die Eigenschaft des Gewässers bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Entscheidend ist, dass ein Gewässer Teil des Wasserkreislaufs ist und nicht vollständig in das Abwassersystem integriert wird (hierzu ausführlich Queitsch in: Queitsch/Koll-Sarfeld/Wallbaum, Loseblatt-Kommentar zum LWG NRW, § 3, Rn. 4).

Sofern es sich um einen Teil der öffentlichen Abwasseranlage handelt, müsste eine Abtrennung vom natürlichen Wasserkreislauf erfolgt sein, d.h. es erfolgte die technische Einbeziehung in die Kanalisation. Ein Gewässer ist technisch nicht integriert, wenn es lediglich Abwasser aufnimmt, um es dem natürlichen Wasserkreislauf zuzuführen, ohne dass das Abwasser unterhalb der Einleitungsstelle noch durch einen Sammelkanal geleitet oder der Kläranlage zugeführt wird (vgl. OVG NRW, Urteil vom 23.08.1989, Az. 2 A 149/85; OVG NRW, Urteil vom 12.12.2006, Az. 15 A 2173/04; Queitsch a.a.O., § 1, Rn. 5).

Die Gewässerfunktion kann aufgrund des Umfangs oder der Art der Einschränkung überwiegend verloren gehen. Dabei hebt nicht jede Einschränkung der Gewässerfunktion die Gewässereigenschaft auf. Für eine teilweise Verrohrung eines Gewässers ist auch in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes anerkannt, dass dadurch die Verbindung zum natürlichen Wasserhaushalt nicht ohne weiteres unterbrochen wird. So hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 15.06.2005 (Az.: 9 C 8.04) entschieden, dass durch eine ein Kilometer lange unterirdische Führung des Wassers in Betonrohren die Gewässereigenschaft nicht aufgehoben wird, wenn das Wasser keinen naturfremden Einwirkungen wie etwa dem Zufluss von Abwasser oder einer technischen Behandlung unterliegt. Die Einleitung von Schmutzwasser kann die Gewässereigenschaft aufheben, sofern das jeweilige Gewässer hierdurch zur reinen Abwasserleitung degradiert worden ist (vgl. Queitsch in: a.a.O., § 1, Rn. 4). Die Tatsache, dass gesammeltes Niederschlagswasser eingeleitet wird, ist für das Bestehen der Gewässereigenschaft hingegen unschädlich, da das bloße Einleiten von Niederschlagswasser aus einzelnen Strecken der Gemeindekanalisation oder einer privaten Kanalisation die Gewässereigenschaft nicht berührt (vgl. Czychowski/Reinhardt, Kommentar zum WHG, 11. Auflage 2014, § 3, Rn. 27).

Die Gewässereigenschaft entfällt auch dann, wenn diese von der unteren Wasserbehörde ausdrücklich aufgehoben wird. Insoweit kann ein Planfeststellungs- oder Plangenehmigungsverfahren indiziellen Charakter haben (vgl. Czychowski/Reinhardt, a.a.O., § 3 WHG Rn. 28). Auch in Fällen, in denen das Gewässer ausdrücklich oder konkludent zum Bestandteil der öffentlichen Abwasseranlage gewidmet wird, wird hierdurch die Gewässereigenschaft aufgehoben (BVerwG, in: NVwZ 2011, S. 697; Czychowski/Reinhardt, a.a.O., § 3 WHG Rn. 25).

Letzten Endes ist bei der Frage der Gewässereigenschaft und des Verlustes der Gewässereigenschaft stets der konkrete Einzelfall maßgeblich, weil nicht alle Abgrenzungsfragen in der Rechtsprechung abschließend geklärt sind (Czychowski/Reinhardt, a.a.O., § 3 WHG, Rn. 31).

In dem vorliegenden Fall handelt es sich bei dem Graben A unstreitig um ein Gewässer. Es ist zudem unstreitig, dass der Graben seine Gewässereigenschaft verlieren wird, wenn dem Graben A durch die geplante Bebauung sein natürliches Einzugsgebiet entzogen wird und er nur noch der Ableitung von Abwasser dient. Eine ausdrückliche Aufhebung der Gewässereigenschaft durch die untere Wasserbehörde sollte in diesem Zusammenhang jedoch aus Klarstellungsgründen angestrebt werden.

Wenn die bisherige Planung jedoch dahin abgeändert werden sollte, dass durch die Errichtung eines Uferrandstreifens auch zukünftig ein natürliches Einzugsgebiet geschaffen wird, kann unter Umständen weiterhin eine Gewässereigenschaft angenommen werden. Eine solche Aufrechterhaltung der Gewässereigenschaft würde jedoch bedeuten, dass jedenfalls für die Einleitungen in das Gewässer grundsätzlich weiterhin eine wasserrechtliche Einleitungserlaubnis (§§ 8 ff. WHG) erforderlich wäre. Hierdurch wird dem Gewässerschutz in jedem Fall Rechnung getragen.

Es ist dabei zumindest rechtlich zulässig, dass unter Beachtung des Gebots der Verhältnismäßigkeit die Einleitungserlaubnisse ab dem Jahr 2018 mit Inhalts- und Nebenbestimmungen versehen werden könnten (Czychowski/Reinhardt, a.a.O., § 10 WHG, Rn. 35). Es ist also nicht ausgeschlossen, dass die untere Wasserbehörde –wie bereits angekündigt- bei einer Neuerteilung der Einleitungserlaubnis im Jahr 2018 bestimmte Anforderungen wie beispielsweise die Abdichtung der Grabensohle oder Einzäunung des Grabens stellt, soweit diese Maßnahme erforderlich und verhältnismäßig sind. Zwar stellen diese genannten Anforderungen nach unserer Kenntnis nicht den Normalfall dar, erscheinen im Einzelfall jedoch denkbar. Ob die Forderung einer Abdichtung der Grabensohle und der Einzäunung in dem vorliegenden Fall tatsächlich rechtlich rechtmäßig wären, lässt sich aufgrund der uns vorliegenden Unterlagen nicht abschließend beurteilen.

Wir bieten Ihnen im Hinblick auf die Komplexität des Sachverhalts und der Höhe der Investitionskosten von rd. 1,3 Mio. € jedoch gerne einen persönlichen Gesprächstermin im Rahmen der Beratungsvereinbarung an, um ggfs. zusammen mit der unteren Wasserbehörde die rechtlichen Anforderungen vor der endgültigen Entscheidung über die Baumaßnahmen eindeutig zu klären.

## **2. Anforderungen an Einleitungsstelle RÜ V**

Hinsichtlich der Baumaßnahmen zur Erschließung des Gewerbegebietes in weiteren Verlauf des Grabens A gilt das bereits oben Gesagte: Soweit die Gewässereigenschaft nicht aufgehoben wird, ist für die Einleitung von Abwasser auch weiterhin eine wasserrechtliche Erlaubnis gem. §§ 8 ff. WHG erforderlich. Im Rahmen dieser Erlaubnis ist es rechtlich grundsätzlich zulässig und denkbar, dass Inhalts- oder Nebenbestimmungen aufgenommen werden. Dadurch könnte im Einzelfall eine Abdichtung der Grabensohle oder eine Einzäunung gefordert werden, soweit dies erforderlich und verhältnismäßig ist.

## **3. Zukünftige Anforderung WRRL**

Es kann nach unserer Auffassung nicht ausgeschlossen werden, dass sich aus der Umsetzung der Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2000

zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik (WRRL) zukünftig Anforderungen an die Bewirtschaftung des Grabens A gestellt werden, sofern dieser Graben auch in der Zukunft als Gewässer eingestuft wird.

## **4. Umwidmung zur öffentlichen Abwasseranlage**

Wurde die Gewässereigenschaft des Grabens A aufgehoben (durch die ausdrückliche Aufhebung durch die untere Wasserbehörde), so kann der Graben in die öffentliche Abwasseranlage integriert werden. Ob ein Kanal oder ein Entwässerungsgraben Teil der öffentlichen Entwässerungseinrichtung ist, hängt davon ab, ob er zum entwässerungsrechtlichen Zweck technisch geeignet ist und ob er durch Widmung entsprechend bestimmt worden ist (so zuletzt OVG NRW, Beschluss vom 31.05.2011, Az.: 15 A 2825/10; Beschluss vom 31.08.2010, Az.: 15 A 89/10; beide Entscheidungen abrufbar unter [www.nrwe.de](http://www.nrwe.de)). Dabei ist die Widmung nicht formgebunden und kann auch konkludent (schlüssig) erfolgen. Dies beurteilt sich nach einer Würdigung der Gesamtumstände, soweit sie einen Schluss auf das Vorhandensein oder Fehlen einer Bestimmung des Grabens zum öffentlichen Entwässerungszweck durch die Gemeinde zulassen. Erforderlich ist diesbezüglich der (nach außen wahrnehmbare) Wille der Gemeinde. Ein Kanal oder Graben ist daher nicht bereits dadurch als Teil der öffentlichen Anlage der Gemeinde gewidmet, weil die Gemeinde die (irrig) Auffassung vertritt, eine solche Widmung sei erfolgt (OVG NRW, Beschluss vom 05.03.2001, Az.: 15 A 1564/97, abrufbar unter [www.nrwe.de](http://www.nrwe.de)). Denn Erklärungen zur Rechtslage sind regelmäßig nicht auf die Änderung der materiellen Rechtslage gerichtet.

Der erforderliche Widmungswille kann u.a. durch die Erhebung von Entwässerungsgebühren für die Einleitung in die fragliche Leitung zum Ausdruck kommen (so wohl mittlerweile ständige Rechtsprechung, u.a. OVG NRW, Urteil vom 18.12.2007, Az.: 9 A 2398/03; ders., Beschluss vom 31.08.2010, Az.: 15 A 89/10, ders., Beschluss vom 05.30.2001, Az.: 15 A 1564/97). Denn die Erhebung von Abwassergebühren ist nur dann zulässig, wenn es sich bei dem Kanal um einen Teil der öffentlichen Entwässerungsanlage handelt. Unerheblich ist hierbei, dass möglicherweise nur gegenüber wenigen Grundstückseigentümern Gebühren erhoben werden. Denn die Wahrnehmbarkeit des nach außen gedungenen Willens hängt nicht von der Anzahl derjenigen ab, die ihn tatsächlich zur Kenntnis genommen haben bzw. nehmen konnten (so OVG NRW, Beschluss vom 31.08.2010, Az.: 15 A 89/10).

Wie der nach außen erkennbare Wille der Gemeinde nun konkret kundgetan werden muss, ist aufgrund der Formungebundenheit nicht vorgegeben. Maßgeblich ist nach den oben dargestellten Grundsätzen allein, dass die Gemeinde zu erkennen gibt, die betreffende Anlage als Teil der gemeindlichen Entwässerungsanlage in Anspruch nehmen zu wollen. Dies kann unproblematisch auch durch ein persönliches Anschreiben oder auch mittels einer Bekanntmachung in der örtlichen Presse erfolgen. Eine solche ausdrückliche Widmung hat den Vorteil, dass Zweifel an der Zugehörigkeit des Grabens zur öffentlichen Anlage umfassend ausgeräumt werden können und auch der Zeitpunkt der Widmung zweifelsfrei belegt werden kann. Hinsichtlich der möglichen schlüssigen Widmung könnten hingegen einige (oben aufgezeigte) Unsicherheiten bzgl. der getätigten gemeindlichen Willensäußerung auftreten.

## **5. Dingliche Sicherung**

Möchte die Gemeinde den Graben in die öffentliche Abwasseranlage integrieren, obwohl er über private Grundstücke verläuft, sollte sie mit der jetzigen Grundstückseigentümerin bzw. deren Vertretern eine schuldrechtliche Duldungsverpflichtung vereinbaren. Eine rein schuldrechtliche Duldungsverpflichtung wirkt lediglich zwischen den ursprünglichen Vertragspartnern, nicht aber gegenüber den Rechtsnachfolgern. Insofern ist eine anschließende grundbuchliche Sicherung (beschränkt persönliche Dienstbarkeit zugunsten der Gemeinde gem. § 1090 BGB) zu empfehlen. Diese ist in der Regel mit einer Entschädigung des Grundstückseigentümers verbunden.

Solange keine schuldrechtliche Vereinbarung erreicht wird, liegt der Graben ohne Gestattung auf dem Grundstück und beeinträchtigt damit das Eigentum des Eigentümers. Dieser hat somit einen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung gemäß § 1004 Abs. 1 BGB, sofern er nicht zur Duldung des Grabens verpflichtet ist, § 1004 Abs. 2 BGB. Entscheidend ist demnach, ob seitens des Grundstückseigentümers eine Duldungspflicht besteht. Es sollte

stets angestrebt werden, eine solche herbeizuführen. Eine Duldungspflicht kann sich jedoch auch ohne eine entsprechende Vereinbarung aus verschiedenen Aspekten ergeben. Hierzu im Einzelnen:

Die Duldungspflicht könnte sich im Rahmen eines Zwangsleitungsrecht nach § 93 WHG ergeben. Es besteht in jeden Fall, sobald es angeordnet wird. Jedoch entfaltet es auch voreingreifende Wirkung. So besteht bereits zeitlich vorher eine Duldungspflicht, wenn im Hinblick auf ein zu erwartendes Zwangsleitungsrecht ein Rückbau sinnlos erscheint. Würde nunmehr ein Rückbau vorgenommen und später ein Zwangsleitungsrecht angeordnet werden, müsste der Graben dann erst wieder neu errichtet werden. Dies erscheint nicht zweckmäßig.

Sofern keine Vereinbarung über eine dingliche Sicherung abgeschlossen werden kann, sollte ein solches Zwangsleitungsrecht beantragt werden. Es müsste bei der zuständigen Behörde, der unteren Wasserbehörde, beantragt werden. Die Vorschriften sind auch auf bereits auf privaten Grundstücken befindliche öffentliche Abwasseranlagen anwendbar, vgl. OVG NRW vom 09.11.2006, Az.: 20 A 2136/05. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die rechtskräftige Erteilung eines entsprechenden Zwangsrechts nur bei besonderen, die Härte des Eingriffs rechtfertigenden Ausnahmeumständen erfolgen kann. Wird das Durchleitungsrecht zugestanden, dann bedeutet dies gleichzeitig auch die Berechtigung, das fremde Grundstück zu betreten, um Unterhaltungsmaßnahmen oder Maßnahmen der Selbstüberwachung durchzuführen.

Die Inanspruchnahme des Grundstücks eines Dritten zur Durchführung der Fortleitung von Abwasser durch die Gemeinde muss erforderlich sein. Dies ist dann der Fall, wenn die durch die Gemeinde betriebene öffentliche Abwasserbeseitigungsanlage anders nicht ebenso zweckmäßig oder nur mit erheblichem Mehraufwand durchgeführt werden kann und der von dem Vorhaben zu erwartende Nutzen erheblich größer ist als der Nachteil des Betroffenen, §§ 93 i.V.m. 92 S. 2 WHG. Der Gemeinde darf es nicht möglich sein, über eine andere öffentliche Abwasserleitung oder über ein anderes, öffentliches Grundstück das anfallende Abwasser abzuführen. Dies ist aufgrund der konkreten örtlichen Verhältnisse zu beurteilen und obliegt der unteren Wasserbehörde. Es ist Aufgabe der Gemeinde, diese Voraussetzungen darzulegen.

Würde eine solches Zwangsrecht angeordnet werden, müsste der belastete Grundstückseigentümer entschädigt werden, §§ 95, 96 WHG. Nach § 10 EEG NRW bemisst sich die Entschädigung nach dem Verkehrswert des Grundstücks, so dass für unbebaute Grundstücke in der Regel eine geringere Entschädigung zu leisten sein wird als für bebaute, vgl. VG Arnsberg vom 17.12.2007, Az.: 8 K 2832/06. Dabei wird die Entschädigung pro m<sup>2</sup> Grundstücksfläche gezahlt, die für die Verlegung der öffentlichen Leitung/des Grabens zzgl. eines Streifens rechts und links des Grabens, der z.B. für Bauarbeiten genutzt werden muss, in Anspruch genommen wird. Ergibt sich aus einem Zwangsrecht eine Duldung, entsteht der Beseitigungsanspruch des Grundstückseigentümers nicht, ein Rückbau kann dann nicht gefordert werden.

Ich hoffe, ich konnte Ihnen mit diesen Angaben weiter helfen. Für Rückfragen stehe ich Ihnen gerne wieder am Dienstag (14.04.) zur Verfügung, bei dringenden Fragestellungen hilft Ihnen am Montag auch meine Kollegin Frau Viola Wallbaum (Tel.: 0211/430 77 28; E-Mail: [wallbaum@kommunalagenturnrw.de](mailto:wallbaum@kommunalagenturnrw.de)) weiter.

Mit freundlichen Grüßen  
im Auftrag

Anja Klein  
Ass. jur.



Kommunal AgenturNRW GmbH  
Cecilienallee 59  
40474 Düsseldorf

Fon: 0211 - 4 30 77 108

Mobil: 0172 - 836 4008

Fax: 0211 - 4 30 77 22

[klein@KommunalAgenturNRW.de](mailto:klein@KommunalAgenturNRW.de)  
[www.KommunalAgenturNRW.de](http://www.KommunalAgenturNRW.de)

Geschäftsführung:

Dipl.-Ing. Michael Lange

Dr. iur. Peter Queitsch

Alleingesellschafter der GmbH:

Kommunal-Stiftung NRW

Vorstandsvorsitzender:

Dr. iur. Bernd Jürgen Schneider

Steuernummer: 105/5826/1765

Amtsgericht Düsseldorf HRB 53640