

Norton Rose Vieregge

Köln

Vortrag Bad Elster am 14.10.2003

Bürgerlich-rechtliche Abwehransprüche gegenüber Gefährdungen von Brunnen nach deutschem Rechts

von

**von Rechtsanwalt Prof. Dr. Jürgen Salzwedel
Norton Rose Vieregge, Köln**

Der Schutz der Gewässer einschließlich der Mineral- und Heilwasservorkommen ist staatlicher Bewirtschaftung anvertraut. Das Eigentum an Gewässern verleiht aus sich heraus keine Befugnis zu deren Benutzung. Seit dem Naßauskieselungsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 58, 345 erstreckt sich auch das Eigentum an Grundstücken nicht darauf, dass die darunter liegenden Grundwasservorkommen genutzt werden können. Dadurch ist das wasserrechtliche Nachbarrecht, das die Beziehungen der Gewässerbenutzer untereinander regelt, immer mehr in den Hintergrund gerückt worden. Das war im überkommenen Wasserrecht anders: es war stets Nutzungsrecht zweier Ebenen, dass es dem Betreiber von Wasserbenutzungsanlagen grundsätzlich überließ, sich gegen Störungen Dritter vor den ordentlichen Gerichten zur Wehr zu setzen. Das Rechtsinstitut der staatlichen Verleihung, heute der wasserrechtlichen Bewilligung, zielte als privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt gerade darauf ab, feste bürgerlich-rechtliche Abwehransprüche zu erzeugen; ein subjektiv-öffentliches Recht auf behördliches Einschreiten ist daneben weithin entbehrlich. Aber heute richten sich alle Schutzbegehren an die Wasserbehörde. Auch die Europäische Wasserrahmenrichtlinie befasst sich mit den Rechtsbeziehungen der Gewässerbenutzer untereinander nicht.

Im Jahre 1962 hatte Sievers im Deutschen Verwaltungsblatt¹ mit der Behauptung Aufsehen erregt, seit dem Erlass des Wasserhaushaltsgesetzes und der Landeswassergesetze sei das gesamte Wasserrecht einschließlich der Rechtsbeziehungen der Gewässerbenutzer untereinander dem öffentlichen Recht unterworfen worden; auch Rechtsstreitigkeiten der Gewässerbenutzer untereinander gehörten daher vor die Verwaltungsgerichte. Vor allem hätte dies zur Folge gehabt, dass es Sache der Wasserbehörden gewesen wäre, gewissermaßen im Wege hoheitlicher Streitschlichtung einzugreifen, wenn ein Gewässerbenutzer den anderen in der Verfolgung des zugelassenen Benutzungszwecks

beeinträchtigt. Mit anderen Worten: die Gewährleistung ungestörter Gewässerbenutzung und damit des Investitionsschutzes wäre primär den Wasserbehörden überantwortet worden, und dies allein unter der Kontrolle der Verwaltungsgerichte.

Dieser dogmatische Parforceritt blieb ohne Folgen, was den bürgerlich-rechtlichen Charakter der Rechtsbeziehungen der Gewässerbenutzer untereinander angeht, und auch die Zuständigkeit der Zivilgerichte blieb unangetastet². Doch bedurfte es natürlich der Klärung, wie sich denn die öffentlich-rechtliche Zulassung, also die Bewilligung oder Erlaubnis der jeweiligen Gewässerbenutzung, zu der bürgerlich-rechtlichen Rechtsposition verhält, die der Kläger vor dem ordentlichen Gericht ins Feld führen kann und die sich gegen eine in der Regel ja auch zugelassene Gewässerbenutzung richtet. Hier war die Rechtslage schon nach dem überkommenen Recht, auch nach dem Preußischen Wassergesetz verzwickt, wie weit das Wasserhaushaltsgesetz diese Rechtslage beeinflusst hat, nicht eindeutig, und das, was die Länder dazu aus früherem Recht mit reichlich unzulänglichen Texten übernommen haben, ist weithin unergiebig.

Es ist bemerkenswert, dass wir die Klärung dieser Rechtsbeziehungen den Mineralwasserbrunnen verdanken. Im Fall artesisch zutage tretender Vorkommen werden sie durch konkurrierende Bohrungen gefährdet, die einen Druckverlust mit sich bringen. Im Bereich der Grundwasserneubildung können konkurrierende Bohrungen zur Folge haben, dass neue Wasserwegsamkeiten erschlossen werden, die die Anerkennung als geschütztes Mineralwasser allein durch die veränderte Mineralisation in Gefahr bringen. Vor allem aber stellen Erdaufschüsse und intensive Bodennutzungen eine erhebliche Gefahr dar, weil im Falle einer Verunreinigung die Vermarktung des Mineralwassers schlechterdings unmöglich wird; eine Aufbereitung ist nicht zulässig.

Warum sind die etwa 17 000 Wasserwerke in Deutschland eigentlich nicht mit Unterlassungsklagen gegen diejenigen eingeschritten, die das Oberflächengewässer oder das Grundwasser verunreinigten und immer höhere Aufbereitungsschritte, Verschneidungen mit weniger belasteten Rohwässern oder sonstige Maßnahmen zur Erreichung der Trinkwasserqualität erforderlich machten? Dafür gibt es viele gesellschaftspolitisch einleuchtende Erklärungen, aber auch die, dass nach wie vor nicht hinreichend geklärt ist, in welchem Umfang ein Gewässerbenutzer auf den anderen Rücksicht nehmen muss.

Im Mittelpunkt jahrzehntelanger Auseinandersetzungen um das wasserrechtliche Nachbarrecht steht die Frage, ob und inwieweit es im Verhältnis Oberlieger-Untерlieger ein Recht auf Zufluss von Wasser bestimmter Menge und Beschaffenheit gibt. Schon nach dem Preußischen Wassergesetz und den davor geltenden Landesrechten räumten die Benutzungsrechte am Gewässer – selbst die auf Verleihung beruhenden – keinen Anspruch auf unbeeinträchtigten Wasserzufluss ein, es sei denn dass das Gesetz ein solchen Anspruch ausdrücklich gewährte. Dieser Rechtszustand hat Eingang in das neue Wasserrecht gefunden: nach § 2 Abs. 2 WHG geben weder die Erlaubnis noch die Bewilligung ein Recht auf Zufluss von Wasser bestimmter Menge und Beschaffenheit. Nur privatrechtliche Ansprüche

¹ Zuerst im DVBl. 1962, S. 77 f, dann in DVBl. 1962, S. 193 ff.

auf Zufluss von Wasser bestimmter Menge und Beschaffenheit auf vertraglicher Grundlage sind ausgenommen. Die Aussage schließt es als selbstverständlich ein, dass die Wasserbehörde nach öffentlichem Wasserrecht keine Verantwortung dafür mit übernimmt, dass die beantragte Gewässerbenutzung mengen- und gütewirtschaftlich auf Dauer realisierbar ist. Viel entscheidender ist in diesem Zusammenhang die Fortführung der Tradition des wasserrechtlichen Nachbarrechts, die es ausschließt, dass sich etwa jeder Oberlieger einer Gewässerbenutzung enthalten müsste, sobald der Unterlieger die seinige sonst nicht mehr ungestört ausüben könnte. Auch im Fall der Verleihung eines Wasserrechts werden andere Gewässerbenutzer dadurch nicht an der Ausnutzung festgehalten, wie sie im Zeitpunkt der Zuweisung des neuen Rechts bestand; sie können z.B. mehr Wasser entnehmen als bisher. Der newcomer muss also u.U. auch eine Verschlechterung der Gewinnungssituation in der Zukunft in Rechnung stellen, wenn nämlich der Oberlieger das Gewässer nach dem Erteilungszeitpunkt stärker ausnutzt, als dies zunächst der Fall war.

Dennoch ist der Gewässerbenutzer, der im Vertrauen auf geltendes Wasserrecht investiert, nicht völlig rechtlos: nur ergibt sich die geschützte Rechtsposition nicht schon aus einem apriorischen Recht auf Zufluss von Wasser bestimmter Menge und Beschaffenheit, sondern erst daraus, dass er durch den Bau entsprechender Anlagen oder Aufnahme bestimmter wirtschaftlicher Tätigkeiten sonst dieses virtuelle Recht ins Werk gesetzt hat. Nur in diesem Sinne kommt Vertrauensschutz in Betracht: der Grundsatz, wer zuerst kommt mahlt zuerst, gilt zwar nicht für den Zufluss von Wasser, aber für die wirtschaftlichen Anstrengungen, die zu dessen Nutzung unternommen wurden. Aber wie weit reicht dieser Schutz?

In einem Vortrag aus dem Jahre 1968 über bürgerlich-rechtliche Unterlassungsansprüche gegen Gewässerbenutzer – Rechtsgrundlagen und Umfang³ – habe ich einen grundrechtlichen Mindestschutz auf Zufluss von Wasser einer bestimmten Menge und Beschaffenheit in den Fällen befürwortet, in denen die Nutzung des Grundstücks des Unterliegers schlechthin oder der Bestand eines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes sonst ernsthaft in Frage gestellt würde. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies in Anlehnung an seine baurechtliche Rechtsprechung zu § 34 BBauG mit der Formulierung aufgegriffen, dass ein durch Artikel 14 GG geschütztes Recht des Gewässerbenutzers verletzt würde, wenn durch die später kommende oder erweiterte Inanspruchnahme des Gewässers stromauf der wasserrechtliche Nachbar in der Nutzung seines Grundstücks oder der Ausnutzung seiner Anlagen schwer und unerträglich betroffen würde. Auch der Bundesgerichtshof, der die Rechtsfigur des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs als Bestandteil geschützten Eigentums und damit als Anspruchsgrundlage fortführt, würde der Klage eines Gewässerbenutzers wohl stattgeben, der durch eine Veränderung der wasserwirtschaftlichen Ressourcennutzung existentiell bedroht wäre.

Aber mit einer solchen verfassungsrechtlichen Situation in Extremfällen könnte man dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit im wasserwirtschaftlichen Nachbarverhältnis nicht gerecht werden. Immerhin

² Vgl. Salzwedel, Der Rechtsweg im Wasserrecht, Recht der Wasserwirtschaft Heft 12, S. 50 ff.

³ Vorträge Kongreß und Anstellung „Wasser Berlin 1968“, S. 133 ff., zitiert und bestätigt in BVerwGE Amtl. Sammlung 36, 248 (250 f.).

leuchtet es ein, dass damit vielen Mineralwasserbrunnen schon deshalb geholfen werden kann, weil die Kennzeichnung als Mineralwasser schon bei der geringsten Verunreinigung des Vorkommens unzulässig wird, es also buchstäblich auch bei scheinbar kleinem Anlass schon um Sein oder Nichtsein gehen kann. Hier greifen nun die § 8 Abs. 3 und 4 WHG im Zusammenhang mit den jeweiligen Ausfüllungsvorschriften des Landesrechts ein. Bewilligungen und auch sog. gehobenen Erlaubnissen kommt eine privatrechtsgestaltende Wirkung zu; mit ihnen wächst nämlich ein bürgerlich-rechtlicher Abwehranspruch gegenüber störenden newcomers jedenfalls in dem Umfang heran, in dem die Nutzbarkeit der Anlagen schlechthin beeinträchtigt wäre, die auf einen Zufluss von Wasser einer bestimmten Menge und Beschaffenheit ausgelegt sind. Ganz augenfällig ist dies bei der Bewilligung von Wasserkraftnutzungen der Fall, bei denen Stauwehr und Stromerzeugungsanlagen von vornherein auf einen bestimmten Wasserzufluss ausgelegt werden müssen, so wie sich dies aus den Kalkulationsgrundlagen zwingend ableiten lässt.

Für die überwältigende Mehrheit der Gewässerbenutzungen kommt es jedoch auf die Ausdeutung der landesrechtlichen Vorschriften an, die den § 8 Abs. 4 WHG ausfüllen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat in überzeugender Weise bestätigt, dass es sich dabei nicht allein um die verfahrensrechtliche Aussage handelt, welche nicht unter § 8 Abs. 3 WHG fallenden Befugnisse im Bewilligungsverfahren als Einwendungen geltend gemacht werden können, sondern dass diese Einwendungen inzidenter die materiellrechtlichen Schutzgesetze nach § 823 Abs. 2 BGB widerspiegeln, die Abwehransprüche hergeben. Steht danach fest, dass diese Ausfüllungsvorschriften der Länder materiellrechtliche Abwehrpositionen begründen, ist dennoch nicht zu übersehen, dass der Umfang der Schutzwirkung sich daraus nicht leicht ablesen lässt. Dies hängt nicht nur mit der Kopplung von verfahrensrechtlichen und materiellrechtlichen Aussagen zusammen, sondern auch damit, dass zwei verschiedene Fragenkreise gewissermaßen in einem Atemzug behandelt werden. Einerseits formulieren diese Ausfüllungsvorschriften, welchen Inhalt die Abwehrrechte jeweils haben. Andererseits wird zugleich geregelt, wie die Wasserbehörde sich darüber in einem privatrechtsgestaltenden Bewilligungsverfahren hinwegsetzen kann, in dem diese Schutzpositionen wie in einem Schmelztiegel verbrannt oder zumindest umgewandelt werden können.

Die Ausfüllungsvorschriften der Länder zu § 8 Abs. 4 WHG sind so leichtfertig formuliert, dass sie teilweise den Eindruck aufkommen lassen könnten, als würde dadurch die grundsätzliche Aussage des § 2 Abs. 2 WHG nahezu aufgehoben, wonach ein Recht auf Zufluss an Wasser bestimmter Menge und Beschaffenheit nicht besteht. Das gilt insbesondere für die Regelung, wonach Einwendungen erheben kann, wer dadurch Nachteile zu erwarten hat, dass durch die neue Benutzung der Wasserabfluss verändert oder das Wasser verunreinigt oder sonst seine Eigenschaften verändert, der Wasserstand verändert oder sonst der Status quo modifiziert wird. Der Ausschluss geringfügiger Nachteile könnte diesen Eindruck noch verfestigen. Deutlicher ist die alleinige Maßgeblichkeit von Investitions- und Anlagenschutz, soweit darauf abgehoben wird, ob die bisherige Nutzung des Grundstücks beeinträchtigt oder einer bestehenden Wassergewinnungsanlage das Wasser entzogen oder geschmälert wird. Unzweifelhaft bedürfen diese Formulierungen einer scharfen interpretatorischen Reduktion, um

die Dynamik der wirtschaftlichen Fortentwicklung nicht zu gefährden und ein Einfrieren der Praxis der Gewässerbenutzungen im Verhältnis der Gewässerbenutzer zueinander zu verhindern. Überall geht es in Wahrheit nicht um ein Recht auf Zufluss, sondern um ein Recht auf Investitions- und Bestandsschutz, soweit sich darin berechtigtes Vertrauen widerspiegelt.

Für Unterlassungsklagen eines Gewässerbenutzers gegenüber einem anderen vor einem ordentlichen Gericht ist heute festzustellen:

- Nur die Bewilligung und die sog. gehobene Erlaubnis äußern eine privatrechtsgestaltende Wirkung in dem Sinne, dass sie in einem bestimmten Umfang ein eigentumsgleiches Abwehrrecht nach § 1004 BGB hervorbringen. Dies ist ein bundesrechtlich durch § 8 Abs. 3 WHG gesichertes Abwehrrecht. Dabei kommt es aber stets auf die Auslegung des Bescheides an - nur wenn sich der Inhalt des jeweils verbrieften Rechts gerade auf bestimmte mengen- oder gütewirtschaftliche Daten bezieht, die als zwingende Voraussetzungen für die Nutzbarkeit der spezifischen Anlage oder Einrichtung auch notwendigerweise Kalkulationsgrundlage für die Investitionen geworden sind, bestimmt sich das Abwehrrecht nach diesen meßbaren Größen. Im übrigen bleibt es bei der Aussage des § 2 Abs. 2 WHG, wonach auch die Bewilligung als solche kein Recht auf Zufluss von Wasser bestimmter Menge und Beschaffenheit gibt.
- In welchem Umfang sich Abwehrrechte aus dem Schutzgesetzcharakter der landesrechtlichen Ausfüllungsvorschriften zu § 8 Abs. 4 WHG ergeben, hängt von der Auslegung dieser Vorschriften ab und der interpretatorischen Reduktion der zu weit gehenden textlichen Festschreibungen, die jeweils geboten ist. Das ordentliche Gericht ist auch aufgerufen, die Interessenabwägung vorzunehmen, zu der das betreffende Landesrecht einlädt, nämlich zur Prüfung, ob jeweils der Kläger oder der Beklagte nach Treu und Glauben seine Benutzung zurückzufahren hat, weil der aus der beabsichtigten Nutzung zu erwartende Nutzen den für den Betroffenen zu erwartenden Nachteil erheblich übersteigt.
- Da die allein anspruchsbegründenden Vorschriften nach § 8 Abs. 3 und Abs. 4 WHG darauf abstellen, wer zu Einwendungen berechtigt ist, nicht darauf, ob er eine öffentlich-rechtliche Zulassung nachweisen kann, kommt es weder auf der Kläger - noch auf der Beklagtenseite darauf an, ob eine Erlaubnis erteilt ist oder nicht: wer ein Gewässer unter Verstoß gegen öffentliches Recht benutzt, ist auf der Ebene der bürgerlich-rechtlichen Nutzungsordnung ebenso geschützt wie der ordnungsgemäß zugelassene Gewässerbenutzer. Das mag auf den ersten Blick befremden, erscheint aber nur folgerichtig, weil die öffentliche Bewirtschaftungsordnung in keiner Weise darauf angewiesen ist, dass zu den vielen strafrechtlichen, haftungsrechtlichen, ordnungswidrigkeitsrechtlichen und abgaberechtlichen Sanktionen gegenüber gesetzesuntreuem Verhalten nun auch noch bürgerlich-rechtliche Sanktionen hinzutreten müssten. Wird eine Anlage unzulässig benutzt, kann die Wasserbehörde die Benutzung verbieten und die Beseitigung der Anlage fordern; in vielen Fällen wird sie davon absehen, um nicht entstandene volkswirtschaftliche Werte ohne Not zu

vernichten. Dann macht es aber auch keinen Sinn, dem Inhaber zivilrechtlichen Rechtschutz gegenüber anderen Gewässerbenutzer zu versagen, in deren Interesse der Gesetzgeber die Zulassungspflicht gerade nicht eingeführt hat.

- Alles dies hat der Bundesgerichtshof⁴ ausdrücklich bestätigt, wonach die materiellrechtliche Abwehrposition des Klägers nach § 8 Abs. 3 und 4 WHG und dem ausfüllenden Landesrecht unabhängig davon ist, ob für seine Gewässerbenutzung eine Bewilligung, eine Erlaubnis oder weder die eine noch die andere der beiden öffentlich-rechtlichen Zulassungen beantragt ist. Für das öffentlich-rechtliche Planfeststellungserfordernis nach § 31 WHG gilt nichts anderes.

Die mit dem überkommenen Wasserrecht gewährleistete Gesittung im Umfang der Gewässerbenutzer untereinander ist ein wichtiger Bestandteil unserer gesellschaftlichen Rechtskultur. Da die EU-Wasserrahmenrichtlinie nur den öffentlich-rechtlichen Gewässerschutz betrifft, steht der Fortgeltung des wasserrechtlichen Nachbarrechts in der Tradition auch nichts im Wege. Es könnte sich empfehlen, dass der Bundesgesetzgeber unter der Federführung des Bundesjustizministeriums die wenig gelungenen Ausfüllungsvorschriften der Länder zu § 8 Abs. 4 WHG ablöst; da es sich um bürgerliches Recht handelt, steht die Gesetzgebungskompetenz des Bundes außer Frage. Darin könnte ein Signal gesehen werden, Investitionen, und zwar private wie öffentliche, wirksamer abzusichern, als dies vom dominierenden Gewässerschutzrecht zu erwarten ist. Auch ist der Rechtschutz durch die ordentlichen Gerichte ungleich effizienter als der, den überlastete Verwaltungsgerichte gewähren.

⁴ BGHZ 69, 1 und 88, 34; vgl. auch BVerwGE Amtl. Sammlung 41, 58.