

Aktennotiz / Memorandum

An / To: Darmbach e.V.
Von / From: Dr. Frank-Florian Seifert
Betreff / Ref.: Gewässereigenschaft Darmbach
Aktennr. / File: 2FFS0463-11
Datum / Date: 7. Februar 2012

Der Darmbach als oberirdisches Fließgewässer

A. Anlass

Der Unterzeichner hat im Auftrag des Darmbach e. V. zur „Offenlegung Darmbach / Abtrennung von Ortskanalisation“ am 16.05.2011 bereits eine erste gutachterliche Würdigung abgegeben. Das Schreiben des Regierungspräsidiums Darmstadt vom 05.05.2011 (Herr Regierungspräsident Baron) an den Vorsitzenden des DARMSTADTIA e. V. (Herr Prof. Dr. Martin) zur „Tätigkeit der Oberen Wasserbehörde“ hat nochmals Klarstellungsbedarf ausgelöst.

B. Gutachtensauftrag

Der Darmbach e. V. hat den Unterzeichner am 25.11.2011 beauftragt, in gewässerschutzrechtlicher Hinsicht die Fragen zu beantworten, ob der Darmbach

- aufgrund seiner Verunreinigung noch ein aus „Wasser“ bestehendes Gewässer ist,
- aufgrund seiner streckenweise unterirdischen Führung in Rohren noch ein „oberirdisches“ Gewässer ist und
- aufgrund seines Bezuges zur Ortskanalisation seine Gewässereigenschaft verloren hat.

C. Sachverhalt

I. Beschreibung

1. Wasserverlauf

Aus seinen fünf Quellen im Ostwald fließt der Darmbach zunächst 3,9 km bis zum Freibad „Großer Woog“. Dabei fließt der Darmbach auf einer Strecke von ca. 3,9 km „offen“.

Aus dem Freibad „Großer Woog“ fließt der Darmbach sodann in westliche Richtung noch ca. 230 m weiter „offen“, bevor der Darmbach unterirdisch in Rohrleitungen ca. 4,1 km in nordwestliche Richtung durch das Innenstadtgebiet geführt wird. Dabei wird dem unterirdisch in Rohrleitungen geführten Darmbach Regen- und Abwasser aus dem Stadtgebiet zugeführt.

2. Verbindung zur Ortskanalisation

Der (verunreinigte) Darmbach wird im Klärwerk Mainzer Straße gereinigt. Anschließend fließt das gereinigte Wasser des Darmbachs wieder als offener Bachlauf ca. 24 km bis zum Rhein.

II. Darstellung

Auf die beiliegenden Auszüge aus dem Plan „Fahrradverkehrsnetz Darmstadt“ des Magistrates der Stadt Darmstadt (Stadtbauverwaltung – Planungsamt, Stand: 1991/1992) wird verwiesen.

III. Maßnahmenprogramm und Bewirtschaftungsplan des Landes Hessen

Mit der WK-Nr. DEHE_23986.2 ist der „Darmbach/Darmstadt“ (weiterhin der „Darmbach“ als Gewässer mit der WK-Nr. DEHE_23986.3) ausgewiesen und ist die entsprechende Zusammenstellung der Gewässer mit „Ergebnistabelle Maßnahmenprogramm Oberflächen-gewässer“ überschrieben und der Darmbach einem bestimmten „Fließgewässertyp“ zugeordnet. Maßnahmenbeginn soll im Übrigen „ab sofort“ sein.

Die Einstufung mit Stand vom 19.11.2009 wurde am 21.12.2009 im Hessischen Staatsanzeiger veröffentlicht.

Der Bewirtschaftungsplan des Landes Hessen mit Datenstand bereits vom 22.04.2008 und Bearbeitungsstand vom 03.08.2009 weist den Darmbach als „Oberflächenwasserkörper“ aus und dabei – qualitätsbezogen – als „erheblich veränderter Wasserkörper“.

IV. Zusammenfassung

Der Darmbach fließt lediglich teilweise unterirdisch in Rohren und wird dabei mit Regen- und Abwasser vermischt und anschließend gereinigt.

D. Rechtliche Würdigung

Der Darmbach hat seine Eigenschaft als oberirdisches Fließgewässer nicht verloren. Aus gewässerschutzrechtlicher Sicht ergibt sich dies aus Folgendem:

I. Darmbach als Gewässer („Wasser“)

Fraglich ist, ob der Darmbach aufgrund des Fließens durch die Darmstädter Innenstadt und die dabei erfolgende Verunreinigung mit Regenwasser und insbesondere Abwässern seine Eigenschaft als „Gewässer“ im Sinn von „Wasser“ verloren hat.

1. Rechtliche Anforderungen

- § 3 Nr. 1 Wasserhaushaltsgesetz (WHG) definiert ein „oberirdisches Gewässer“ als das ständig oder zeitweilig in Betten fließende oder stehende oder aus Quellen wild abfließende Wasser. Dabei ergibt sich schon aus der weiteren Begriffsbestimmung gemäß § 3 Nr. 5 WHG, dass durch den Menschen in ihrem Wesen physikalisch erheblich veränderte oberirdische Gewässer zwar „erheblich veränderte“ Gewässer sind, aber eben immer noch „Gewässer“. Dies folgt genauso aus der Begriffsbestimmung „schädliche Gewässerveränderungen“ gemäß § 3 Nr. 10 WHG, mit der bereits darauf hingedeutet wird, dass trotz schädlicher Veränderungen immer noch „Gewässer“ bestehen bleiben.
- Der Begriff des Wassers ist – übereinstimmend mit DIN 4049 Teil 1 Nr. 1 Punkt 10 (Fn. 1) – als Ganzes zu verstehen, das heißt einschließlich der mitgeführten, gelösten, emulgierten und suspendierten Bestandteile,
 - vgl. Czychowski/Reinhardt, WHG, Kommentar, 10. Auflage 2010, § 3, Rn. 5.
- Um „Wasser“ in diesem Sinn handelt es sich auch, wenn es nur zum Teil aus dem natürlichen Kreislauf stammt, überwiegend jedoch aus Abwasser besteht. Dies hat beispielsweise der Verwaltungsgerichtshof (VGH) Mannheim für Brauchwasser einer Badeanstalt entschieden,
 - vgl. VGH Mannheim, ZfW 1981, 171, zustimmend Habel, VBIBW 1996, 89.
- Ausdrücklich wird in der maßgeblichen Kommentarliteratur darauf hingewiesen:
 - „Nicht erforderlich ist, dass das Wasser mehr oder weniger rein ist; selbst stark verunreinigtes Wasser fällt unter § 3 Nr. 1 [WHG]“,
 - Czychowski/Reinhardt, WHG, Kommentar, 10. Auflage 2010, § 3, Rn. 7.
- Letztlich ist festzustellen, dass nur dann, wenn auch verunreinigtes Wasser dem Bewirtschaftungsregime des Gewässerschutzrechts unterworfen bleibt, die in § 27

WHG definierten Bewirtschaftungsziele für oberirdische Gewässer erreicht werden können.

2. Zwischenergebnis

Der Darmbach mag mit Abwasser verunreinigt sein. Dies ändert aber nichts daran, dass er nach wie vor ein Gewässer im Sinn von § 3 Nr. 1 WHG und damit der Anwendungsbereich des Wasserhaushaltsgesetzes und des Hessischen Wassergesetzes (HWG) eröffnet ist.

II. Darmbach als „oberirdisches“ Fließgewässer

Fraglich ist, ob der Darmbach seine Eigenschaft als „oberirdisches“ Fließgewässer deshalb verloren hat, weil das Gewässer teilweise in Rohrleitungen unterirdisch innerhalb des Innenstadtgebietes geführt wird.

1. Rechtliche Anforderungen

- Unproblematisch zählen Bäche („Darmbach“) zu oberirdischen Fließgewässern,
vgl. Czychowski/Reinhardt, WHG, Kommentar, 10. Auflage 2010, § 3, Rn. 4.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass auch künstliche Gewässer dem Gewässerschutzrecht unterliegen, § 3 Nr. 4 WHG.

- In höchstrichterlicher Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und in der maßgeblichen Kommentarliteratur ist anerkannt, dass es unerheblich ist, wie (z. B. unmittelbar von der Erdoberfläche oder erst nach Versickern) das Wasser in das Bett gelangt und ob es vor dem Eintritt in das Bett Grundwasser, Oberflächenwasser oder Regenwasser war,

vgl. OVG Münster, ZfW 1987, 123.

„Diese Eigenschaft geht nicht dadurch verloren, dass das Gewässer streckenweise unterirdisch, d. h. außerhalb eines an der Oberfläche erkennbaren Betts, verläuft“,

so das Bundesverwaltungsgericht,

vgl. BVerwG, ZfW 1997, 26.

Das Bundesverwaltungsgericht hat entschieden, dass die streckenweise Einführung eines Baches in Rohre (Verrohrung), Tunnel oder Düker allein noch nicht den Zusammenhang dieses Gewässerteils vom gesamten Gewässerbereich trennt und damit *nicht* seine Eigenschaft als oberirdisches Gewässer aufhebt. Dieser Rechtsprechung haben sich angeschlossen:

OVG Hamburg, ZfW 1993, 155, OVG Lüneburg, NuR 1982, 267, OVG Münster, ZfW 1987, 123, zum Ganzen Czychowski/Reinhardt, WHG, Kommentar, 10. Auflage 2010, § 3, Rn. 13.

Ein derartiges Verständnis wird insbesondere schon deshalb für geboten erachtet, weil die nur für oberirdische Gewässer geltenden Unterhaltungsvorschriften auf unterirdische Gewässerstrecken nicht anwendbar wären. Verlangt wird also eine „weite“ Auslegung des Gewässerbegriffs. Auf die Erhaltung eines ordnungsmäßigen Zustandes für den Wasserabfluss (vgl. § 39 WHG) kann nicht verzichtet werden.

- Besonders darauf hinzuweisen ist außerdem, dass es gleichgültig ist, ob die oberirdischen oder unterirdischen Teilstrecken überwiegen,

vgl. Czychowski/Reinhardt, WHG, Kommentar, 10. Auflage 2010, § 3, Rn. 13.

2. Zwischenergebnis

Der Darmbach ist nach wie vor ein oberirdisches Fließgewässer, auch wenn er teilweise unterirdisch in Rohrleitungen geführt wird. Dies gilt selbst dann, wenn die unterirdischen Teilstrecken überwiegen würden.

III. Gewässereigenschaft nicht verloren – Bezug zur Ortskanalisation

Fraglich ist, ob der Darmbach seine Gewässereigenschaft als oberirdisches Fließgewässer dadurch verloren hat, weil der Darmbach – zumal unterirdisch verrohrt geführt – einen Bezug zur Ortskanalisation aufweist.

1. Rechtliche Anforderungen

- a) Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Frage, ob ein oberirdisches Gewässer i. S. v. § 3 Abs. 1 Nr. 1 WHG vorhanden ist, ausschließlich danach richtet, ob nach den tatsächlichen, in der Natur angetroffenen Verhältnissen die Voraussetzungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 WHG vorliegen. Der Gewässerbegriff ist funktionsbezogen und an die tatsächlichen Verhältnisse gebunden,

vgl. Czychowski/Reinhardt, WHG, Kommentar, 10. Auflage 2010, § 3, Rn. 22.

Daraus folgt, dass es allenfalls ein Indiz dafür sein kann, dass der Darmbach noch immer ein oberirdisches Fließgewässer ist, wenn kein Planfeststellungs- oder Plan genehmigungsverfahren zur Beseitigung des Gewässers durchgeführt wurde,

vgl. Czychowski/Reinhardt, WHG, Kommentar, 10. Auflage 2010, § 3, Rn. 28.

Ob ein Gewässer noch vorhanden oder schon beseitigt ist, bestimmt sich ebenso wie sein Entstehen allein nach den tatsächlichen Vorgängen.

- b) Genauso hängt von den tatsächlichen Verhältnissen ab, ob die Gewässereigenschaft verloren ging. Maßgeblich ist, ob ein Gewässer aus dem natürlichen Wasserkreislauf ausgeschieden ist.

Dieses Merkmal wurde vom Bundesverwaltungsgericht jüngst bestätigt. Grundle-
gend hat das BVerwG entschieden, dass

*„nach materiellen Kriterien zu beurteilen [ist], ob durch die Verrohrung eine
Absonderung des Wassers aus dem unmittelbaren Zusammenhang des
natürlichen Wasserhaushalts bewirkt wird“*,

BVerwG, Urt. v. 27.01.2011, Az.: 7 C 3.10, ZuR 2011, 254.

- Dabei berührt das bloße Einleiten von Niederschlagswasser aus einzelnen Strängen einer Gemeindekanalisation die Gewässereigenschaft selbst dann nicht, wenn das Gewässer teilweise verrohrt ist,

vgl. Czychowski/Reinhardt, WHG, Kommentar, 10. Auflage 2010, § 3, Rn. 27, unter Bezugnahme auf BGH, ZfW 1983, 157.

- Gerade dann kann es einer gewässerschutzrechtlichen Zulassung für eine solche Gewässerbenutzung bedürfen (Zulassung einer Benutzung und/oder Anlagenzulassung, vgl. hierzu Czychowski/Reinhardt, WHG, Kommentar, 10. Auflage 2010, § 36, Rn. 29, 25, § 9, Rn. 35 ff.).

- Weiter wurde beispielsweise entschieden, dass ein Wasserlauf Bestandteil des natürlichen Wasserkreislaufs und kein technisches Bauwerk für Zwecke der Daseinsvorsorge ist, wenn der Wasserlauf mit auffallendem Uferwuchs am Überlauf eines natürlichen Teichs beginnt, der dem Wasser das Aussehen eines natürlichen Bachs verleiht, selbst wenn er Regenwasser, geklärte Abwässer eines Gewerbebetriebs und die Abwässer der Kläranlage einer Gemeinde aufnimmt,

vgl. Czychowski/Reinhardt, WHG, Kommentar, 10. Auflage 2010, § 3, Rn. 27, unter Bezugnahme auf BGH, ZfW 1997, 231.

- Indizwirkung hat weiter, ob für das Einleiten von Abwasser in ein Gewässer Kanalisationsgebühren erhoben werden.

- c) Auf den Sachverhalt des Darmbachs angewendet, bedeutet dies:

- Ein Planfeststellungsverfahren zur Gewässerbeseitigung wurde nie durchgeführt.

- Ein hinreichender Bezug zur Ortskanalisation lässt sich nicht herleiten. Weder ist der Darmbach aus sachlich-technischen Gründen nachvollziehbarer Be-

standteil der Ortskanalisation, noch werden – insoweit folgerichtig – Kanalisationsgebühren erhoben.

- Der Darmbach entstammt östlich des Innenstadtgebietes entspringenden Quellen und ist zweifelsfrei oberirdisches Fließgewässer, sogar durch den „Großen Woog“ hindurch. Der Darmbach wird – wenn auch unterirdisch verrohrt – weitergeführt. Als Bach wiederum auch äußerlich erkennbar, tritt der Darmbach dann nach außen. Da außerdem selbst im Fall der unterirdisch verrohrten Führung des Darmbaches unter anderem Regenwasser zugeführt wird, lässt sich nicht begründen, dass der Darmbach dem natürlichen Wasserhaushalt entzogen würde.

Es ist offensichtlich, dass der Darmbach bei diesem Gewässerfluss nicht „zu einer reinen Abwasserleitung degradiert“ wurde,

vgl. Czychowski/Reinhardt, WHG, Kommentar, 10. Auflage 2010, § 3, Rn. 25.

2. Zwischenergebnis

Mangels hinreichenden Bezuges zur Ortskanalisation hat der Darmbach seine Eigenschaft als oberirdisches Fließgewässer nicht verloren.

Daher bedarf es auch keines Rückgriffs auf die – ohnehin umstrittene – Rechtsfigur eines Gewässers mit „Doppelfunktion“, also sowohl mit der Eigenschaft eines Gewässers als auch mit der eines Bestandteils der Ortskanalisation.

IV. Darmbach als „Oberflächengewässer“ / „Fließgewässer“

Ausweislich Maßnahmenprogrammes des Landes Hessen ist der Darmbach als „Oberflächengewässer“ eingestuft. Gemäß Bewirtschaftungsplanes des Landes Hessen handelt es sich beim Darmbach – jede andere Einstufung wäre auch widersprüchlich – um einen „Oberflächenwasserkörper“, im Übrigen als „erheblich veränderter Wasserkörper“. Der Darmbach wird ausweislich „Ergebnistabelle Maßnahmenprogramm Oberflächengewässer“ als „Gewässer“ und zudem als „Fließgewässer“ bewertet.

1. Rechtliche Anforderungen

Gemäß § 82 Abs. 1 S. 1 WHG ist für jede Flussgebietseinheit ein Maßnahmenprogramm aufzustellen, um bestimmte Bewirtschaftungsziele zu erreichen. Wie bereits dargelegt, verbietet sich allein deshalb eine zu enge / eingeschränkte Beurteilung eines Gewässers als oberirdisches Fließgewässer. Außerdem ist für jede Flussgebietseinheit ein Bewirtschaftungsplan aufzustellen, § 83 Abs. 1 WHG. In den Bewirtschaftungsplan ist auch die Einstufung

„oberirdische Gewässer als künstlich oder erheblich verändert“

aufzunehmen, § 83 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 WHG.

Gemäß § 54 Abs. 2 S. 1 HWG werden die Bewirtschaftungspläne oder deren Teilbereiche, die Hessen betreffen, sowie die entsprechenden Maßnahmenprogramme von der Obersten Wasserbehörde festgestellt und im Staatsanzeiger für das Land Hessen veröffentlicht. Bewirtschaftungspläne und Maßnahmenprogramme sind für alle Planungen und Maßnahmen der öffentlichen Planungsträger verbindlich, § 54 Abs. 2 S. 2 HWG.

Mit diesen Maßgaben müsste dem Regierungspräsidium Darmstadt als Obere Wasserbehörde schon von Rechts wegen die Feststellung, dass es sich beim Darmbach um ein oberirdisches Fließgewässer handelt, bekannt sein.

2. Zwischenergebnis

Es lässt sich kaum noch sagen, dass es sich bei der Aufnahme des Darmbachs in den Bewirtschaftungsplan und das Maßnahmenprogramm des Landes Hessen als oberirdisches Fließgewässer nur noch um eine „Indiz“ dafür handelt, dass der Darmbach tatsächlich (und rechtlich) ein oberirdisches Fließgewässer ist. Vielmehr folgt schon aus der Aufnahme des Darmbachs in den Bewirtschaftungsplan und das Maßnahmenprogramm des Landes Hessen selbst, dass der Darmbach ein oberirdisches Fließgewässer ist.

Diese Feststellung der Obersten Wasserbehörde (Ministerium) des Landes Hessen kann von dem Regierungspräsidium Darmstadt als Obere Wasserbehörde nicht nur nicht ignoriert werden, sondern ist schlicht anzuerkennen und hinzunehmen.

E. Ergebnis und Folgen

- I. Am Ergebnis der Begutachtung vom 16.05.2011 ändert sich nichts. Dies gilt umso mehr, als das Regierungspräsidium Darmstadt als Obere Wasserbehörde die Feststellung der Obersten Wasserbehörde (Ministerium), dass es sich beim Darmbach um ein oberirdisches Fließgewässer handelt, welches in den Bewirtschaftungsplan und das Maßnahmenprogramm des Landes Hessen aufgenommen wurde, nicht zur Kenntnis genommen hat (oder nehmen will). Die Stadt Darmstadt ist objektiv-rechtlich verpflichtet, den Darmbach offenzulegen / von der Ortskanalisation abzutrennen. Dies ergibt sich bereits aus dem gewässerschutzrechtlichen Verbot vermeidbarer Fremdwassereinleitung. Insbesondere ergibt sich aus dem Schreiben des RP Darmstadt vom 05.05.2011 nicht, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung nun überzeugender wäre. An einer rechtmäßigen Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Abwägung aller Belange fehlt es noch immer. Das RP Darmstadt als zuständige Aufsichtsbehörde hat sehr wohl noch immer das Recht und die Pflicht, zur Durchsetzung der der Stadt Darmstadt obliegenden Handlungspflichten aufsichtsbehördliche Maßnahmen zu ergreifen.
- II. Das RP Darmstadt legt in seinem Schreiben vom 05.05.2011 dar, worauf es nach dessen Auffassung „in rechtlicher Hinsicht ... nicht [ankommt]“. Dann jedoch wird für „allein ent-

scheidend“ die jetzige Bewertung gehalten, „dass es sich hier um einen Kanal mit Gewässereinleitung und nicht um ein oberirdisches Gewässer mit Abwassereinleitung handelt“.

Mit dieser Maßnahme ist das Verhalten des RP Darmstadt jedoch widersprüchlich. Selbst wenn die Sachauffassung des RP Darmstadt zutreffend wäre, bedürfte es einer entsprechenden Genehmigungslage. Geklärt werden müssten in diesem Fall etwaige Zulassungserfordernisse wegen Gewässerbenutzung / Anlagenzulassungen. Sollten die erforderlichen Zulassungen nicht von der Stadt Darmstadt beantragt werden, wäre das RP Darmstadt als Aufsichtsbehörde ebenso gefordert. Ein Untätigbleiben ist jedenfalls ausgeschlossen.

Berlin/Darmstadt, 07.02.2012

Dr. Frank-Florian Seifert
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Lehrbeauftragter für Gewässerschutzrecht der Hochschule Darmstadt