



LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
15. WAHLPERIODE

INFORMATION
15/181

Alle Abg

Ist die Vorschrift des § 61a Landeswassergesetz NRW, nach der private Abwasserkanäle bis spätestens Ende 2015 durch zugelassene Sachkundige auf Dichtheit zu prüfen sind, nach Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes des Bundes mit der Kompetenzordnung des Grundgesetzes vereinbar?

Bearbeitung: Klaus Aalbers

Mitarbeit: Rechtsreferendare/in Christian Schwarz, Julius Busold,
Theresa Stolte,

Datum: 03.02.2012

Die Gutachten des Parlamentarischen Beratungs- und Gutachterdienstes des Landtags Nordrhein-Westfalen sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung - auch auszugsweise - ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

Inhaltsverzeichnis

A. GUTACHTENAUFTRAG	4
B. EINLEITUNG	5
C. GUTACHTEN	7
I. FEHLENDE GESETZGEBUNGSKOMPETENZ AUS ART. 72 ABS. 1 GG?	7
1. <i>Sperrwirkung und Anwendungsvorrang</i>	7
2. <i>Voraussetzungen der Sperrwirkung</i>	9
3. <i>Generelle Sperrwirkung durch Erlass des WHG?</i>	10
4. <i>Sperrwirkung durch die Einzelvorschrift des § 61 WHG?</i>	11
4.1. <i>Abänderung des § 61 Abs. 2 WHG im Gesetzgebungsverfahren</i>	12
4.2. <i>Weitergeltung landesrechtlicher Vorschriften?</i>	12
5. <i>Erschöpfende Regelung?</i>	14
5.1. <i>Systematische Aspekte des WHG</i>	14
5.2. <i>Sperrwirkung trotz nicht ausgeschöpfter Verordnungsermächtigung?</i>	15
5.2.1. <i>Abschließende Regelung durch die Verordnungsermächtigung selbst?</i>	15
5.2.2. <i>Sperrwirkung durch ausschließende Ermächtigung?</i>	15
5.2.3. <i>Grundsätze der Abwasserbeseitigung als erschöpfende Regelung?</i>	16
5.2.4. <i>Sperrwirkung durch Nichtregelung</i>	16
5.2.5. <i>Rechtsprechung</i>	17
6. <i>Zwischenergebnis</i>	18
II. KOMPETENZVERSTOß IN FOLGE ANLAGEBEZOGENER REGELUNG?	18
1. <i>Enthält § 61a LWG Abweichungsrecht des Landes?</i>	18
2. <i>Anlagenbezug</i>	20
3. <i>Zwischenergebnis</i>	22
III. VERSTOß GEGEN DIE EINHEIT UND WIDERSPRUCHSFREIHEIT DER RECHTSORDNUNG?	22
1. <i>Grundsatzentscheidung des Bundesgesetzgebers?</i>	23
2. <i>Kooperationsprinzip und zweistufiges Überwachungsmodell?</i>	24
3. <i>Weitere widersprechende Regelungen</i>	25
3.1. <i>Genereller Gefahrerforschungseingriff</i>	25
3.2. <i>Übertragung von Aufsichtsbefugnissen</i>	26
3.3. <i>Unterschiedliche Behandlung öffentlicher und privater Abwasseranlagen?</i>	27
3.4. <i>Gegenläufigkeit aus Sicht der Normadressaten</i>	27
4. <i>Zwischenergebnis</i>	27
IV. GESETZESKOLLISION NACH ART. 31 GG	27
V. ZUSAMMENFASSUNG.....	28
D. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	29
E. LITERATURVERZEICHNIS	30

A. Gutachtauftrag

Die Abgeordnete Hamide Akbayir von der Fraktion DIE LINKE hat den Parlamentarischen Gutachterdienst mit einer Stellungnahme zu den nachfolgenden Rechtsfragen zur Dichtheitsprüfung beauftragt:

„Das Land Nordrhein-Westfalen ist neben Hamburg und Hessen eines der wenigen Bundesländer, die durch Landesgesetz ausdrücklich eine gesetzliche Regelung zur Durchführung von sog. Dichtheitsprüfungen für private Abwasseranlagen geschaffen hat. Nachdem im Zuge der Föderalismusreform die bisherige Rahmenkompetenz des Bundes im Bereich des Wasserrechts in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz überführt wurde, löst das neue Wasserhaushaltsgesetz vom 31.07.2009 die bisherige Rahmenregelung durch eine Vollregelung ab.

Ungeachtet der Veränderung der rechtlichen Rahmenbedingungen hält die Landesregierung, insbesondere das Umweltministerium, weiterhin an der bereits vor Inkrafttreten der Föderalismusreform eingeführten Vorschrift des § 61a LWG NRW fest. Dies hat in der Bevölkerung zu erheblicher Verunsicherung, Widerstand und der Gründung einer Vielzahl von kritischen Bürgerinitiativen geführt.

Der wissenschaftliche/juristische Dienst des Landtages von Nordrhein-Westfalen wird vor diesem Hintergrund hinsichtlich der Dichtheitsprüfung um rechtliche Begutachtung der folgenden Rechtsfragen gebeten:

Mit Wirkung ab 01.03.2010 sind im Zuge der Föderalismusreform gesetzliche Regelungen zum Wasserhaushalt in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz nach Art. 72 Abs.3 Nr.5 Grundgesetz (GG) mit der Folge überführt worden, dass das Landesrecht bei abwasseranlagenbezogenen Regelungen nicht von denen des Bundes abweichen darf.

Daraus ergeben sich folgende Fragen:

a) Ist dieses Rechtsverständnis in Bezug auf § 61 Wasserhaushaltsgesetz (WHG) anwendbar und hat der Bundesgesetzgeber im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 Nr. 32 GG) eine abschließende Regelung getroffen, durch welche ein Vorbehalt für landesrechtliche Regelungen in Bezug auf Abwasseranlagen ausdrücklich ausgeschlossen wurde (Art. 72 Abs. 3 Nr. 5 GG)?

- vgl. auch OVG NRW, Urteil v. 10.08.1998, Az.: 22 A 5429/96, Rdn. 23 -

b) Inwiefern bedeutet dies, dass § 61 Abs. 2 WHG durch Landesrecht weder ausgedehnt, eingeschränkt oder konkretisiert werden kann und darf?

c) Trifft es zu, dass § 61 Abs. 2 WHG nicht zwischen öffentlichen und privaten Abwasseranlagen unterscheidet und folglich dieser Vorschrift die Gleichbehandlung privater und öffentlicher Abwasseranlagen bezüglich der Selbstüberwachung zu entnehmen ist?

d) Bestehen Anhaltspunkte dazu, dass die unterschiedliche Behandlung privater Abwasseranlagen (§ 61a LWG NRW) und öffentlicher Abwasseranlagen (§§ 61, 58 LWG NRW) einen Widerspruch darstellt oder weicht insofern Landesrecht von Bundesrecht ab?

e) Ist § 61a LWG NRW auch nach dem 01.03.2010 noch anwendbar?“

B. Einleitung

Die Dichtheitsprüfung für private Abwasserleitungen durch externe Sachkundige wurde in Nordrhein-Westfalen im Jahre 1995 durch § 45 Abs. 6 und 7 Bauordnung NRW landesrechtlich eingeführt. Die Pflicht galt auch für bereits bestehende Abwasserleitungen, deren Dichtheitsprüfung spätestens innerhalb von 20 Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes durchzuführen war¹. Begründet wurde die Regelung mit dem Schutz des Bodens und des Grundwassers². Im Jahr 2000 wurde durch Änderung des § 45 Abs. 5 BauO ein konkretes Enddatum eingefügt, wonach bei bestehenden Abwasserleitungen die erste Dichtheitsprüfung spätestens bis zum 31. Dezember 2015 durchgeführt werden muss³. Durch Gesetz vom 28.12.2007 wurde die Bestimmung aus der Landesbauordnung nahezu wortgleich in das Landeswassergesetz (§ 61a Abs. 3 LWG) mit der Begründung überführt⁴, dass ihre Zielsetzung vorrangig dem Gewässerschutz zuzurechnen ist⁵.

Das Wasserhaushaltsrecht unterlag bis zur Föderalismusreform im Jahre 2006 der Rahmengesetzgebung des Bundes (Art. 75 GG a.F.). Die Rahmengesetzgebung ist durch die Föderalismusreform abgeschafft worden. Seither gehört das Recht des Wasserhaushalts zum Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG). Der Bund hat auf Grund dieser neuen Kompetenz am 31.07.2009 das Wasserhaushaltsgesetz (WHG) erlassen⁶, dass am 01.03.2010 in Kraft getreten ist.

Die Föderalismusreform hat zudem für einige Kompetenztitel der früheren Rahmengesetzgebung, die nunmehr zur konkurrierenden Gesetzgebung gehören, eine Abweichungsbefugnis der Länder eingeführt (Art. 72 Abs. 3 GG). Unter die Abweichungsbefugnis fällt auch das Wasserhaushaltsrecht (Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 GG). Die Abweichungsbefugnis ermöglicht den Ländern, sofern der Bund von seiner neuen Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht hat, abweichend von etwaigen Regelungen des Bundes eigene Konzeptionen zu verwirklichen und auf ihre unterschiedlichen strukturellen Voraussetzungen und Bedingungen zu reagieren. Die Abweichungsbefugnis unterliegt allerdings in den Fällen der in Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 2 und 5 GG wiederum Ausnahmen, die einer abweichenden Regelung durch die Länder nicht zugänglich sind. Bei diesen sog. abweichungsfesten Kernen verbleibt es bei etwaigen bundesrechtlichen Regelungen⁷. Für die Materie Wasserhaushalt besteht gemäß Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 GG ein Abweichungsverbot der Länder für „stoff- und anlagebezogene Regelungen“.

¹ GV NRW Nr. 29 vom 13.04.1995, S. 231, <http://landtag.portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/XMMGVVB9529.pdf?von=218&bis=246>

² Drs. 11/7153, S. 170, <http://landtag.portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD11-7153.pdf;jsessionid=7070859EF3A7CFCDB173707835CD043C.vm-portal01Worker>

³ GV NRW vom 13.4.2000 S. 255 ff, 272 https://lv.recht.nrw.de/lmi/owa/br_vbl_detail_text?anw_nr=6&vd_id=2473&menu=1&sg=0&keyword=BauO

⁴ GV NRW vom 28.12.2007, S. 711, <http://landtag.portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/XMMGVVB0734.pdf?von=708&bis=716>

⁵ Drs. 14/4835 S. 103, <http://landtag.portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD14-4835.pdf?von=1&bis=0>

⁶ http://www.gesetze-im-internet.de/whg_2009/index.html

⁷ BT-Drs. 16/813, S. 11; <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/008/1600813.pdf>

Nach in Kraft treten des WHG zum 01.03.2010 beschloss der Landtag NRW am 10.03.2010 ein Gesetz⁸ zur Änderung des LWG. Der Gesetzesentwurf führte einleitend aus: „Durch das Änderungsgesetz wird sichergestellt, dass die derzeitige Rechtslage nach dem Landeswassergesetz in Bezug auf besonders wichtige Regelungsbereiche auch nach dem 1. März 2010 fortbesteht“⁹.

Die Dichtheitsprüfung und deren Rechtmäßigkeit werden seit Erlass des WHG zunehmend in Frage gestellt. Einerseits wird bezweifelt, dass eine Verunreinigung des Bodens und des Grundwassers durch undichte Abwasserkanäle mess- und nachweisbar ist¹⁰. Weiterhin sei eine Grundwasserbeeinträchtigung von der jeweiligen Beschaffenheit des Bodens, vom Alter der Anlage sowie von dem Material der Leitungen abhängig. Schließlich frage sich, ob § 61a LWG nach in Kraft treten des WHG überhaupt noch wirksam sei, da die Dichtheitsprüfung nach § 61a LWG eine „anlagenbezogene Regelung“ i.S. des Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 GG sei und dem Landesgesetzgeber hierzu die Gesetzgebungskompetenz fehle¹¹.

Die Landesregierung vertrat zum Zeitpunkt der Auftragserteilung die Auffassung, dass die Vorschrift zur Dichtheitsprüfung nach in Kraft treten des WHG weitergilt, da sie dessen Bestimmungen konkretisiert¹². Deshalb liege auch ein Verstoß gegen das Abweichungsverbot des Grundgesetzes nicht vor. Zudem enthalte die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung den Satz: "Bis zum Inkrafttreten einer Rechtsverordnung nach Absatz 3 gelten die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften"¹³.

Die Fragen des Auftrages beziehen sich ausschließlich auf formelles Verfassungsrecht, d.h. darauf, ob § 61a LWG i.S. der Gesetzgebungsbefugnisse des Grundgesetzes kompetenzgerecht ist.

⁸ Plenarprotokoll 14/145 vom 10.03.2010, S. 16883, <http://landtag/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMP14-145.pdf;jsessionid=0C6A8E3AEE5D72972851A314B5D87265.vm-portal01Worker>

⁹ Drs. 14/10149, S. 2,3; <http://landtag/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD14-10149.pdf?von=1&bis=0>

¹⁰ APr. 15/249, S. 18 ff. Anhörung vom 6. Juli 2011

¹¹ z.B. [http://bil2011.jimdo.com/die-dichtheitspruefung/;](http://bil2011.jimdo.com/die-dichtheitspruefung/)

¹² Hinweise zum Vollzug des neuen Wasserhaushaltsgesetzes und zur Fortgeltung des LWG vom 25.02.2010, S. 36, <http://www.umwelt.nrw.de/umwelt/pdf/vollzugshinweise.pdf>
<http://www.umwelt.nrw.de/umwelt/wasser/abwasser/dichtheitspruefung/index.php>

¹³ Schreiben des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen vom 07.09.2011, S. 2 f; <http://www.buerokratie-irrsinn.de/files/schreibenremmelminist.pdf>

C. Gutachten

Im Vordergrund der Betrachtung steht zunächst das Verhältnis von Bundes- und Landesrecht im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung. Vorrang hat dabei zunächst die Frage, ob die Vorschrift zur landesrechtlichen Dichtheitsprüfung (§ 61a Abs. 3 bis 7 LWG NRW) von der Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG erfasst ist.

I. Fehlende Gesetzgebungskompetenz aus Art. 72 Abs. 1 GG?

Das Wasserhaushaltsrecht ist nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung. Bei der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 72 Abs. 1 GG) haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund nicht von seiner Gesetzgebungszuständigkeit durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Mit Erlass des WHG könnte der Bundesgesetzgeber von seiner Gesetzgebungsbefugnis¹⁴ in der Weise Gebrauch gemacht haben, dass sich eine Sperrwirkung gegenüber den landesrechtlichen Regelungen zur Dichtheitsprüfung (§ 61a Abs. 3 bis 7 LWG NRW) ergibt. Die Sperrwirkung eines Bundesgesetzes verdrängt insoweit bestehende Landesgesetze. Decken sich neues Bundesgesetz und altes Landesgesetz in Bezug auf den Gegenstand nicht, so gilt das Landesgesetz insoweit fort, als es sich im Gegenstand mit dem Bundesgesetz nicht deckt. Während das konkurrierende Bundesgesetz auf dem Gebiet seiner gegenständlichen Zuständigkeit keine Rücksicht auf das Landesrecht zu nehmen braucht, muss sich das konkurrierende Landesgesetz daher nach dem Umfang, der Tragweite, der Zielrichtung und den Grenzen des Bundesgesetzes ausrichten. Soweit sich die Materien decken, muss das Landesgesetz weichen¹⁵. Mit dem Eintreten der Sperrwirkung verlieren deshalb landesrechtliche Regelungen ihre Geltung und sind wegen der dann fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Landes nichtig¹⁶.

1. Sperrwirkung und Anwendungsvorrang

Die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG betrifft den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung. Das Wasserhaushaltsrecht gehört seit der Föderalismusreform zwar zur konkurrierenden Gesetzgebung, unterfällt gleichzeitig aber auch der Abweichungsgesetzgebung als neuartige Kompetenz des Art. 72 Abs. 3 GG. Da für die Abweichungsgesetzgebung besondere Regeln gelten, stellt sich die Vorfrage, ob für die Rechtsmaterie der Abweichungsgesetzgebung überhaupt eine Sperrwirkung nach Art. 72 Abs. 1 GG eintreten kann¹⁷.

Die Abweichungsgesetzgebung des Art. 72 Abs. 3 GG ermöglicht es den Ländern, durch Gesetz für die Kompetenztitel der konkurrierenden Gesetzgebung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 28 bis 33 GG von bestehendem Bundesrecht abzuweichen. Wird die

¹⁴ Jarass, NVwZ 1996, S. 1041 ff, S. 1043; <http://beck-online.beck.de/Default.aspx?words=NvWZ+1996%2C+1041&btsearch.x=42&btsearch.x=31&btsearch.y=27>;

¹⁵ Maunz/Dürig, Art. 74, RdNr. 32

¹⁶ OVG Münster Urteil vom 03.08.2010, Az.: 8 A 4062/04 RdNr. 77; http://www.juris.de/jportal/portal/t/2pkg/page/jurisw.psm1?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=MWRE210016078%3Ajuris-r03&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint;

¹⁷ Muckel, NWVBl. 2012, S. 5, „Ergebnis“, sowie Kurzgutachten, S. 5 a.E.

Abweichungsbefugnis durch ein Land in Anspruch genommen, geht nach Art. 72 Abs. 3 Satz 3 GG im Verhältnis von Bundes- und Landesrecht das jeweils spätere Gesetz vor. Dadurch wird das frühere Gesetz in seiner Geltung nicht beeinträchtigt, da für das spätere Gesetz lediglich ein Anwendungsvorrang begründet wird¹⁸. Dessen Wirkungsweise beschreibt die Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes wie folgt: „Mit Satz 3 (des Art. 72 Abs. 3 GG) wird das Verhältnis von Bundes- und Landesrecht im Bereich des neuen Absatzes 3 klargestellt: Ein vom Bundesrecht abweichendes Landesgesetz setzt das Bundesrecht für das Gebiet des betreffenden Landes nicht außer Kraft, sondern hat (lediglich) Anwendungsvorrang („geht vor“). Das bedeutet, dass z. B. bei Aufhebung des abweichenden Landesrechts automatisch wieder das Bundesrecht gilt. Novelliert der Bund sein Recht, zum Beispiel um neue Vorgaben des EU-Rechts bundesweit umzusetzen, geht das neue Bundesrecht – als das spätere Gesetz – dem Landesrecht vor. Hebt der Bund sein Gesetz auf, gilt wieder das bisherige Landesrecht. Die Länder ihrerseits können auch von novelliertem Bundesrecht erneut abweichen (im Beispielsfall aber nur unter Beachtung des auch für die Länder verbindlichen EU-Rechts). Das Landesrecht geht dann wiederum dem Bundesrecht vor. Satz 3 ist zum einen Ausnahme vom Grundsatz des Artikels 31 (Bundesrecht bricht Landesrecht) und passt zum anderen den Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“¹⁹ dem hier gewollten Anwendungsvorrang im Verhältnis zwischen Bundes- und Landesrecht an“²⁰.

Vor diesem Hintergrund fragt sich, ob der erstmalige Erlass eines Bundesgesetzes im Bereich der neuen Kompetenztitel der konkurrierenden Gesetzgebung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 28 bis 33 GG bereits als gesetzgeberischer Akt (innerhalb) der Abweichungsgesetzgebung zu verstehen ist. Falls ja, würde damit als Rechtsfolge der Anwendungsvorrang des Bundesrechts gegenüber bereits bestehendem Landesrecht eintreten (Art. 72 Abs. 3 Satz 3 GG), das Landesrecht jedoch bei Bestand bleiben. Der Eintritt der Sperrwirkung mit der Folge der Nichtigkeit des Landesrechts wäre ausgeschlossen, Landesrecht wäre nur nicht mehr anwendbar.

Dieser Betrachtungsweise steht allerdings entgegen, dass die der Abweichungsbefugnis unterliegenden Kompetenztitel zunächst Kompetenztitel der konkurrierenden Gesetzgebung sind und die Abweichungsbefugnis einen Rechtssetzungsakt des Bundesgesetzgebers im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 72 Abs. 1 GG voraussetzt. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 72 Abs. 3 S. 1 GG, der für die Abweichungsmöglichkeit der Länder ein Gebrauch-Machen des Bundesgesetzgebers von seiner konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG erfordert. Die Formulierung „Gebrauch-Machen“ knüpft dabei nicht nur an den Wortlaut des Art. 72 Abs. 1 GG an, sondern stellt das Gebrauch-Machen des Absatzes 3 grammatisch ins Perfekt („Hat der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht...“ statt z.B. „Macht der Bund ... Gebrauch“). Das lässt darauf schließen, dass das erstmalige Gebrauch-Machen des Bundesgesetzgebers von seiner neuen Kompetenz im Wasserhaushaltsrecht nicht bereits Teil der Abweichungsgesetzgebung ist. Der erstmalige Gesetzgebungsakt des Bundes ist notwendige Voraussetzung und damit Vorbedingung der Abweichungsbefugnis und

¹⁸ BT-Drs. 16/813, S. 11; so auch Ipsen, NJW 2006, S. 2801, 2804

¹⁹ „Das jüngere Gesetz hebt das ältere Gesetz auf“

²⁰ BT-Drs. 16/813, S. 11; <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/008/1600813.pdf>

damit ein Gesetzgebungsakt innerhalb der konkurrierenden Gesetzgebung des Art. 72 Abs. 1 GG. Daraus folgt, dass die Rechtsfolge des Anwendungsvorrangs in Bezug auf das „Altrecht“ der Länder für diesen Fall nicht greift. Vielmehr ist der Eintritt der Sperrwirkung bei diesem erstmaligen Gebrauch-Machen grundsätzlich möglich. Bestätigt wird dies durch Art. 125b Abs. 1 S. 3 GG, wonach „die Länder auf den Gebieten des Artikels 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, 5 und 6 erst dann abweichende Regelungen treffen können, wenn und soweit der Bund ab dem 1. September 2006 von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht hat“. Auch der in der Gesetzesbegründung zur Föderalismusreform umschriebene Zweck der Neuregelung stützt diese Betrachtungsweise: „Nach Satz 2 des neuen Absatzes 3 treten Bundesgesetze auf den in Artikel 72 Abs. 3 Nr. 1 bis 6 genannten Gebieten frühestens sechs Monate nach ihrer Verkündung in Kraft, um den Ländern Gelegenheit zu geben, durch gesetzgeberische Entscheidungen festzulegen, ob und in welchem Umfang sie von Bundesrecht abweichendes Landesrecht beibehalten oder erlassen wollen“²¹. Die Rechtsfolge des Anwendungsvorrangs (Art. 72 Abs. 3 Satz 3 GG) tritt daher erstmals mit dem Erlass eines Abweichungsgesetzes durch einen Landesgesetzgeber ein. Diese Auffassung vertritt auch das Oberverwaltungsgericht Münster, das in der Parallelproblematik zum Bundesnaturschutzgesetz n.F. die bisher im LG NRW erlassenen Regelungen zum BNatSchG a.F. als durch Bundesgesetz ersetzt und deshalb wegen fehlender Kompetenz des Landes und der damit eingetretenen Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG als nichtig angesehen hat. In dieser Entscheidung hat das OVG zugleich festgestellt, dass eine Sperrwirkung auch für diejenigen Regelungen der Länder gilt, die zuvor in Ausfüllung des bisherigen Rahmenrechts des Bundes durch sie erlassen worden sind²².

2. Voraussetzungen der Sperrwirkung

Der Bundesgesetzgeber hat von seiner Gesetzgebungskompetenz mit der Folge des Eintritts einer etwaigen Sperrwirkung dann abschließend Gebrauch gemacht, wenn das Bundesgesetz eine bestimmte Frage ausdrücklich - auch negativ, insbesondere durch „absichtsvollen Regelungsverzicht“ oder durch beredtes Schweigen - regelt²³. Die „Regelung“ eines bestimmten Gegenstandes muss hierbei, sei es positiv oder negativ, erschöpfend sein²⁴. Maßgeblich ist nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG deshalb, ob ein bestimmter Sachbereich tatsächlich umfassend und lückenlos geregelt ist bzw. nach dem aus Gesetzgebungsgeschichte und Materialien ablesbaren objektivierten Willen des Gesetzgebers abschließend geregelt werden sollte. Das BVerfG hat hierzu folgende ergänzende Kriterien entwickelt: „Hat der Bund einen Sachbereich seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz in diesem Sinne abschließend geregelt, so tritt die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG für eine Regelung der Länder im selben Sachbereich unabhängig davon ein, ob die landesrechtlichen Regelungen den bundesrechtlichen Bestimmungen widerstreiten oder sie nur ergänzen, ohne ihnen sachlich zu widersprechen. Führt der Vollzug einer landesrechtlichen Bestimmung dazu, dass die bundesrechtliche Regelung nicht mehr oder nicht mehr vollständig oder nur noch verändert angewandt und so in ihrem

²¹ BT-Drs. 16/813, S. 11; <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/008/1600813.pdf>

²² OVG Münster a.a.O RdNr. 77.; vgl. zu den Rechtsfolgen der Sperrwirkung des Art. 72 I GG näher: Jarass/ Piroth, Art. 72, RdNr. 11; Sachs, Art. 72, RdNr. 38; Dreier, Supplementum Art. 72, RdNr. 45.

²³ Ständige Rspr., hierzu m.w.N.: Jarass/Piroth, Art. 72, RdNr. 6.

²⁴ OVG Münster a.a.O. RdNr. 77; Dreier, Supplementum, Art. 72, RdNr. 42 m.w.N..

Regelungsziel nur modifiziert verwirklicht werden kann, so ist dies jedenfalls ein sicheres Anzeichen dafür, dass die betreffende landesrechtliche Bestimmung sich auf einem Feld bewegt, das der Bundesgesetzgeber durch eigene Vorschriften bereits besetzt hat. Die Länder sind auch nicht berechtigt, eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz dort in Anspruch zu nehmen, wo sie eine Bundesregelung für unzulänglich und deshalb reformbedürftig halten; das Grundgesetz weist ihnen nicht die Aufgabe zu, kompetenzgemäß getroffene Entscheidungen des Bundesgesetzgebers nachzubessern²⁵.

3. Generelle Sperrwirkung durch Erlass des WHG?

Eine generelle Sperrwirkung gegenüber § 61a LWG könnte bereits durch Erlass des WHG selbst eingetreten sein. Dann müsste allerdings der Bundesgesetzgeber mit dem WHG eine ausdrückliche und erschöpfende Regelung getroffen haben, die für den Bereich des Wasserhaushaltsrechts jede weitere Landeskompetenz ausschließt. Für einen abschließenden Charakter des WHG insgesamt scheint die Gesetzesbegründung insofern zu sprechen, als sie mehrfach den Begriff der „Vollregelung“ mit dem Ziel der „Vereinheitlichung des Wasserrechts“ betont²⁶. Der Begriff „Vollregelung“ besagt allerdings lediglich, dass der Bund nicht mehr auf seine frühere Rahmengesetzgebungskompetenz beschränkt ist und im betreffenden Sachbereich statt der bisherigen Gesetzgebungsaufträge an die Länder jetzt in den Ländern unmittelbar geltende eigene Regelungen trifft²⁷. Aus dem Begriff der Vollregelung kann deshalb kein Rückschluss auf eine abschließende Bundesregelung gezogen werden.

Auch die Absicht des Bundesgesetzgebers, bundesweit einheitliche Rechtsvorschriften umzusetzen, lässt nicht zwingend auf eine erschöpfende Regelung schließen. Denn die Gesetzesbegründung selbst relativiert diese Zielsetzung durch die Einschränkung, dass eine Überführung bisher im Landesrecht normierter Bereiche der Wasserwirtschaft in das Bundesrecht nur bezweckt ist, soweit hierfür ein Bedürfnis nach einer bundeseinheitlichen Regelung besteht²⁸. Der Bundesgesetzgeber hat dabei nicht „alles“, was im WHG regelungsfähig gewesen wäre, auch regeln wollen. Neben einer großen Zahl von Regelungsvorbehalten bzw. Öffnungsklauseln für die Länder im WHG selbst²⁹ wurde z.B. auf eine bundesrechtliche Regelung über Abgaben für Wasserentnahmen oder private Abwasserbeseitigungsanlagen verzichtet. Zudem wird nach der

²⁵ BVerfG Beschluss vom 29.03.2000, 2 BvL 3/96, RdNr. 83 bis 86 m.w.N.;

<http://www.juris.de/jportal/portal/t/1ucc/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&jspeid=Trefferliste&documentnumber=11&numberofresults=22&fromdoctodoc=yes&doc.id=KVRE295340001%3Ajuris-r03&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint>

Die Entscheidung erging zu § 10 LAfG NRW, der für die Behandlung und Ablagerung von „ausgeschlossenen Abfällen“ zusätzlich die Erteilung einer Lizenz verlangte. Das BVerfG erklärte diese Regelung des Abfallgesetzes NRW für nichtig, da der Bund von seiner Kompetenz für das Recht der Abfallwirtschaft umfassend Gebrauch gemacht hatte.

²⁶ z.B. BT-Drs. 16/12275, S. 40, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/122/1612275.pdf>

²⁷ Handlungshilfe zum neuen Wasserhaushaltsgesetz, Baden-Württemberg, S. 5, http://www.um.baden-wuerttemberg.de/servlet/is/1800/Handlungshilfe_WHG_WG.pdf, Reinhardt, S. 473 f.

²⁸ BT-Drs. 16/12275, S.40, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/122/1612275.pdf>

²⁹ Vgl. Übersicht in: Vollzugshilfe zur Anwendung des Landeswasserrechts nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Wasserrechts vom 31. Juli 2009, Brandenburg, S. 2 http://www.mugv.brandenburg.de/cms/media.php/lbm1.a.2318.de/vzh_teila.pdf

Gesetzesbegründung die notwendige Regelung von Detailfragen der Wasserwirtschaft weitgehend auf die Verordnungsebene verlagert³⁰. Insoweit lässt das WHG innerhalb der Vollregelungen im Rahmen von Länderoptionsklauseln den Ländern den notwendigen Spielraum für eigenständige Regelungen, die den jeweiligen landestypischen Besonderheiten Rechnung tragen sollen³¹.

Neben diesen Aspekten wird in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass der Erlass eines Bundesgesetzes über einen bestimmten Gegenstand für sich allein noch nicht die Annahme rechtfertigt, dass damit die Länder von eigener Gesetzgebung ausgeschlossen sind; es können noch Bereiche übrig bleiben, deren Regelung für die Gesetzgebung der Länder offen ist³². Ob ein Bundesgesetz Sperrwirkung i.S.d. Art. 72 Abs. 1 GG entfaltet, kann deshalb nicht generell, sondern nur in Bezug auf den konkreten Normbereich beantwortet werden³³. Dabei kann allerdings wiederum die Gesamtkonzeption des Gesetzes mit berücksichtigt werden³⁴. Daher kann eine generelle Sperrwirkung in Bezug auf die landesgesetzlichen Regelungen durch Erlass des WHG nicht angenommen werden. Aus den gleichen Gründen ist auch eine bereichsbezogene Sperrwirkung aus dem Kapitel „Abwasserbeseitigung“ der §§ 54 - 61 WHG nicht ableitbar³⁵.

4. Sperrwirkung durch die Einzelvorschrift des § 61 WHG?

Eine Sperrwirkung könnte sich jedoch aus der Einzelvorschrift des § 61 WHG i.V.m. der Gesamtkonzeption des Gesetzes ergeben. Mit § 61 WHG führt der Bundesgesetzgeber die Selbstüberwachung für das Einleiten von Abwasser sowie für Abwasseranlagen ein. Unter der Überschrift des § 61 WHG „Selbstüberwachung bei Abwassereinleitungen und Abwasseranlagen“ bestimmt Abs. 2, dass „der Betreiber einer Abwasseranlage verpflichtet ist, ihren Zustand, ihre Funktionsfähigkeit, ihre Unterhaltung und ihren Betrieb sowie Art und Menge des Abwassers und der Abwasserinhaltsstoffe selbst zu überwachen“. Weitere Detailregelungen sind dabei nach § 61 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 WHG einer Rechtsverordnung vorbehalten. Ob der Bundesgesetzgeber mit dieser Vorschrift eine erschöpfende und abschließende Regelung getroffen hat, beurteilt sich nach dem objektivierten Willen des Bundesgesetzgebers, der Entstehungsgeschichte, dem Wortlaut, der Systematik und dem Sinn und Zweck der Vorschrift.

³⁰ BT-Drs. 16/12275, S.41, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/122/1612275.pdf>

³¹ Begründung zum Neuerlass des Bayerischen Wassergesetzes, S. 4, http://www.stmug.bayern.de/umwelt/wasserwirtschaft/recht/doc/baywg_begrueundung.pdf

³² BVerfG Beschluss vom 29.03.2000, 2 BvL 3/96, RdNr. 83 bis 86, m.w.N. http://www.juris.de/jportal/portal/t/1ucc/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=11&numberofresults=22&fromdoctodoc=yes&doc.id=KVRE295340001%3Ajuris-r03&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint

³³ BVerwG Urteil vom 26. April 2006, 7 C 15.05, RdNr. 9, http://www.bverwg.de/enid/0_99fa82655f76696577092d0964657461696c093a09636f6e5f6964092d0936363631093a095f7472636964092d093133333232/Entscheidungen/Entscheidung_8n.html; BVerfGE 67 299/324; 102, 99/114; 109, 190/229.

³⁴ Vgl. mit m.w.N. Jarass/Pieroth, Art. 72 RdNr. 6

³⁵ Reinhardt, S. 474

4.1. Abänderung des § 61 Abs. 2 WHG im Gesetzgebungsverfahren

Erste Aufschlüsse des gesetzgeberischen Willens ergeben sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. § 61 Absatz 2 des Entwurfs zum WHG sah in Bezug auf Abwasseranlagen die Selbstüberwachung zunächst nur für „Abwasserbehandlungsanlagen“³⁶ vor. Die Regelung zielte damit in Anlehnung an das Berliner Wassergesetz auf eine bundesgesetzliche Verpflichtung zur Selbstüberwachung für besonders bedeutsame Abwasseranlagen ab³⁷. Andere Abwasseranlagen, wie private Abwasseranlagen und insbesondere Hausanschlüsse, wurden von dieser Fassung des Entwurfs nicht erfasst. Die Begründung zum Ausgangsentwurf lautet: „§ 61 WHG führt eine bundesgesetzliche Grundsatzregelung zur Selbstüberwachung bei Abwassereinleitungen und Abwasseranlagen ein. Eine kontinuierliche Eigenkontrolle der Gewässerbenutzer und Anlagenbetreiber trägt wesentlich dazu bei, die Gewässer durch einen ordnungsgemäßen Vollzug der gesetzlich und behördlich vorgeschriebenen Anforderungen wirksam zu schützen. Fast alle Landeswassergesetze sehen Regelungen zur Selbstüberwachung vor“³⁸.

Erst im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens wurde aufgrund der Stellungnahme des Bundesrates der Begriff „Abwasserbehandlungsanlage“ in § 61 Abs. 2 WHG durch den Begriff „Abwasseranlage“ mit folgender Begründung ersetzt: „Die Selbstüberwachungspflicht nach § 61 Absatz 2 WHG-E ist über Abwasserbehandlungsanlagen hinaus auf Abwasseranlagen zu erstrecken, um insbesondere auch Kanäle, deren Dichtigkeit ein bundesweites Problem darstellt, der Regelung zu unterwerfen. Die Selbstüberwachungspflicht sollte grundsätzlich auch in den Fällen bestehen, in denen die Indirekteinleitung des in einer Abwasserbehandlungsanlage behandelten Abwassers keiner Genehmigung bedarf, um auch in diesen Fällen den ordnungsgemäßen Betrieb der Anlage zu überwachen. Einschränkungen der Selbstüberwachungspflicht sowie die Details der Selbstüberwachung können durch die Rechtsverordnung nach § 61 Absatz 3 WHG-E geregelt werden, weshalb ein entsprechender Verweis eingefügt werden sollte“³⁹. In ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates zu Nummer 56 (Artikel 1 § 61 Absatz 2 WHG) stimmte die Bundesregierung dem Vorschlag zu⁴⁰. In der Einleitung hierzu stellte die Bundesregierung zudem fest, dass die bisherige Rechtszersplitterung im Umweltrecht, trotz der im Grundgesetz verankerten Abweichungsmöglichkeiten, durch bundeseinheitliche Regelungen überwunden werden soll⁴¹.

4.2. Weitergeltung landesrechtlicher Vorschriften?

Die Entstehungsgeschichte des § 61 WHG beantwortet damit aber auch teilweise die Frage nach der Weitergeltung bereits bestehenden Landesrechts. In der Begründung zu § 61 Abs. 3 WHG heißt es, dass „bis zum in Kraft treten einer Rechtsverordnung nach Absatz 3 die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften gelten“⁴². Eine

³⁶ BT-Drs. 16/12275, S. 16, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/122/1612275.pdf>

³⁷ BT-Drs. 16/12275, S. 70, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/122/1612275.pdf>

³⁸ BT-Drs. 16/12275, S. 70, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/122/1612275.pdf>

³⁹ BT-Drs. 16/13306, S. 14, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/133/1613306.pdf>

⁴⁰ BT-Drs. 16/13306, S. 30, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/133/1613306.pdf>

⁴¹ BT-Drs. 16/13306, S. 23, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/133/1613306.pdf>

⁴² BT Drs. 16/12275, S. 70, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/122/1612275.pdf>

ähnliche Formulierung findet sich im Begründungstext zu § 23 WHG, der die grundlegende Ermächtigung für die Rechtsverordnung zum WHG enthält: „Bis zum Inkrafttreten der entsprechenden Bundesverordnungen gelten in den Regelungsbereichen des § 23 die bestehenden und künftigen landesrechtlichen Vorschriften, soweit sie den Vorgaben dieses Gesetzes entsprechen“⁴³. Aus der Begründung zu § 61 Abs. 3 WHG wurde in der Literatur, aber auch seitens der Landesregierung und der Kommunen abgeleitet, dass insbesondere auch die Regelungen des § 61a Abs. 3 bis 7 LWG zur Dichtheitsprüfung bis zum Erlass einer Rechtsverordnung des Bundes weiter gelten⁴⁴.

Nach Entstehungsgeschichte der Vorschrift des § 61 WHG bezieht sich dieser Satz der Begründung auf den Ausgangsentwurf des Gesetzes. Dieser sah nur für die „Abwasserbehandlungsanlagen“ eine Selbstüberwachung vor, nicht jedoch für private Abwasseranlagen. Wäre das WHG in der Fassung des Ausgangsentwurfs verabschiedet worden, hätte eine gesetzliche Regelungslücke in Bezug auf die Überwachung privater Abwasseranlagen bestanden. Diese Regelungslücke hätte durch bereits bestehendes Landesrecht geschlossen werden können. Der fragliche Satz der Begründung wäre vor diesem Hintergrund als deklaratorischer Hinweis auf die Gesetzeslücke und deren Lückenschluss durch bestehendes Landesrecht zu verstehen. Mit der Einbeziehung aller Abwasseranlagen in das letztlich verabschiedete Gesetz ist der Anknüpfungspunkt für diese Begründungspassage verloren gegangen. Die Aussage dürfte damit auch ihre Berechtigung verloren haben und insoweit gegenstandslos geworden sein.

Zudem stellt sich die Frage, ob mit den „landesrechtlichen Vorschriften“ in der Begründung zu § 61 Abs. 3 WHG möglicherweise nur bestehende Rechtsverordnungen (Eigenkontrollverordnungen) der Ländergemeint sind. Dies liegt bereits deshalb nahe, weil der fragliche Absatz der Vorschrift ausschließlich eine Verordnungsermächtigung zum Gegenstand hat⁴⁵. Gegen die Auffassung, dass bestehende Landesgesetze pauschal weiter gelten spricht zudem, dass verallgemeinernde Aussagen über den Fortbestand des alten Landesrechts nicht zulässig sind, da sie auf altem Rahmenrecht beruhen und sie nur weitergelten können, sofern sie neuem Bundesrecht nicht widersprechen⁴⁶.

Schließlich ist fraglich, ob sich aus einer bloßen Gesetzesbegründung die Weitergeltung von Landesrecht (sozusagen konstitutiv) ableiten lässt. Denn mit der Weitergeltung von Landesrecht sind Rechtswirkungen in Form von Eingriffsmöglichkeiten der Verwaltung gegenüber den betroffenen Bürgern verbunden, die wegen des Gesetzesvorbehalts⁴⁷ einer gesetzlichen Regelung bedürfen. Die Weitergeltung landesrechtlicher Vorschriften hätte für diesen Fall - der Regelungssystematik des WHG entsprechend - einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung des Bundesgesetzgebers bedurft, vergleichbar z.B. der Ausnahmebestimmung des § 58 Abs. 1 S. 3 WHG zur Weitergeltung bereits bestehenden weitergehenden Landesrechts. Einer Gesetzesbegründung allein kann insoweit keine konstitutive Bedeutung zukommen⁴⁸. Deshalb kann die Begründung

⁴³ BT-Drs. 16/12275, S. 58, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/122/1612275.pdf>

⁴⁴ z.B. Queitsch, § 61a, Einleitung

⁴⁵ Muckel, Kurzugutachten, S. 5

⁴⁶ Czychowski/Reinhardt Einleitung, RdNr. 41

⁴⁷ Sachs, Art. 20, RdNr. 113 ff.

⁴⁸ So im Ergebnis auch Muckel, NWVBl. 2012, S. 2 f.

zu § 61 Abs. 3 WHG allenfalls als deklaratorischer Hinweis darauf verstanden werden, dass Landesrecht insoweit weitergilt, als es kompetenz- und verfassungsgemäß ist und den Vorgaben des WHG entspricht.

5. Erschöpfende Regelung?

Der Eintritt der Sperrwirkung des § 61 WHG setzt weiterhin eine abschließende und lückenlose Regelung des WHG voraus.

5.1. Systematische Aspekte des WHG

Für eine abschließende und lückenlose Regelung des § 61 WHG könnte zunächst das Vorhandensein einer großen Anzahl ausdrücklich gesetzlich vorgesehener Einzelermächtigungen (Vorbehaltsregelungen) für die Landesgesetzgeber sprechen. Die Öffnung zugunsten von Landeskompetenzen durch ausdrückliche Vorbehalte des Bundesgesetzgebers kann deshalb bereits als Indiz dafür angesehen werden, dass eine erschöpfende Bundesregelung im Übrigen gewollt ist⁴⁹. Andernfalls wären diese Vorbehalte zu Gunsten der Länder überflüssig, da diesen ohnehin die Gesetzgebungskompetenz zustünde⁵⁰. Das BVerwG geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass aus der Regelungsdichte eines bundesrechtlich festgelegten Normbereichs bei begrenzten Vorbehalten zugunsten des Landesgesetzgebers nicht immer geschlossen werden kann, dass der Bund außerhalb des dem Landesgesetzgeber ausdrücklich eröffneten Gestaltungsraums von der Bundeskompetenz erschöpfend Gebrauch gemacht hat. Das Gericht stellte allerdings in dem konkret entschiedenen Fall zum Bodenschutzgesetz gleichwohl fest, dass die Differenziertheit der dem Landesgesetzgeber überlassenen Regelungen erkennen lässt, dass landesrechtliche Gesetzgebungskompetenzen nur für die ausdrücklich bestimmten Materien eingeräumt werden sollten⁵¹.

Daraus folgt aber auch umgekehrt, dass in den denjenigen Fällen, in denen das Bundesrecht keine Regelungsvorbehalte für die Länder vorsieht, entsprechende Kompetenzen nicht eingeräumt werden sollten. Die Vorbehalte des WHG zugunsten der Länder beziehen sich im Bereich des Abschnitts II „Abwasserbeseitigung“ auf die Vorschriften der §§ 56 Satz 2 (Bestimmung des Abwasserbeseitigungspflichtigen), 58 Abs. 1 S. 4 (Einleitgenehmigung des Betreibers) und 60 Abs. 4 WHG (landesrechtliches Genehmigungserfordernis für Abwasseranlagen). Eine Ausnahme für die Weitergeltung bereits bestehenden weitergehenden Landesrechts weist die Vorschrift des § 58 Abs. 1 S. 3 WHG aus. Alle übrigen Vorschriften des Abschnitts und insbesondere § 61 WHG enthalten demgegenüber weder einen Vorbehalt zugunsten der Länder noch ausdrücklich zugewiesene Einzelkompetenzen. Deshalb spricht das Fehlen von Vorbehalten bzw. Öffnungsklauseln in der Regelung des § 61 WHG bereits für eine in sich geschlossene Regelung. In diesem Zusammenhang sind allerdings auch die Verordnungsermächtigungen des § 61 WHG und ihre etwaige Bedeutung und Auswirkung in Bezug auf eine Sperrwirkung zu berücksichtigen.

⁴⁹ Sachs, Art. 72, RdNr. 32

⁵⁰ Dreier, Supplementum, Art. 72 RdNr. 42; Sachs, Art. 72, RdNr. 27

⁵¹ BVerwG, Beschluss vom 03.11.1993, 7 NB 3/93, RdNr. 14;
http://www.juris.de/jportal/portal/t/1611/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=WBRE310655802&doc.part=L&doc.price=0.0#focuspoint

5.2. Sperrwirkung trotz nicht ausgeschöpfter Verordnungsermächtigung?

§ 61 WHG enthält unmittelbar keine konkreten Vorgaben zu den Methoden, dem Kontrollumfang und der Dokumentation der Selbstüberwachung. Diese Festlegungen sind einer Rechtsverordnung des Bundes vorbehalten. Die Ermächtigungen hierzu finden sich zum einen in § 23 Abs. 1 Ziff. 4 WHG, der sich auf die Anforderungen an die Errichtung, den Betrieb und die Benutzung von Abwasseranlagen bezieht. Die Ermächtigung des § 61 Abs. 2 S. 2 WHG bezieht sich zum anderen auf die Dokumentation sowie deren Aufbewahrungs- und Vorlagepflichten. Der Bund hat allerdings diese Rechtsverordnung bisher noch nicht erlassen. Das führt zu der Frage, ob eine nicht in Anspruch genommene Verordnungsermächtigung als abschließende Regelung gelten und damit die Sperrwirkung auslösen kann. Zu dieser Frage werden unterschiedliche Auffassungen vertreten.

5.2.1. Abschließende Regelung durch die Verordnungsermächtigung selbst?

Der überwiegende Teil der Literatur vertritt den Standpunkt, dass eine Sperrwirkung bereits von der Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung ausgehen kann⁵². Diese Annahme entspricht dem Wesentlichkeitsgedanken der Gesetzgebung. Danach ist dem Gesetzgeber die Entscheidung über „Wesentliches“ vorbehalten. Er ist zugleich aber auch gehalten, sich auf eben dieses zu beschränken. Deshalb soll die Festsetzung von Details der oftmals sachnäheren Exekutive durch Verordnungsermächtigung überlassen werden⁵³. Für den Eintritt der Sperrwirkung auf Grund bloßer Verordnungsermächtigung spricht auch, dass nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden müssen. Bereits auf diese Weise werden Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung weitergehend konkretisiert, so dass damit der Umfang des Gebrauch-Machens i.S. des Art 72 Abs. 1 GG hinreichend beschrieben sein könnte. Gegen diese Annahme spricht allerdings, dass dem Wortlaut des Art. 72 Abs. 1 GG entsprechend eine Sperrwirkung nur von einem Gesetz ausgehen kann. Das würde es erforderlich machen, dass das Gesetz alle regelungsbedürftigen Fragen einschließlich der Detailfragen unmittelbar selbst und abschließend klärt. Vor diesem Hintergrund wird deshalb auch die Auffassung vertreten, dass die Sperrwirkung von Bundesrecht schon prinzipiell nicht durch eine bloße Verordnungsermächtigung eintreten kann⁵⁴.

5.2.2. Sperrwirkung durch ausschließende Ermächtigung?

Eine weitere Literaturmeinung vertritt die These, dass die Sperrwirkung ausnahmsweise schon dann von einer Verordnungsermächtigung ausgehen kann, wenn sie eine inhaltliche, etwaige landesrechtliche Regelungen ausschließende Ermächtigung enthält⁵⁵. Eine ausschließliche Ermächtigung könnte daraus abgeleitet werden, dass sich der Bund selbst in Bezug auf die Ausgestaltung der Selbstüberwachung sämtliche Kompetenzen einschließlich aller Verordnungskompetenzen vorbehalten hat. Der Wille des Bundesgesetzgebers, Regelungen ausschließlich auf seiner Kompetenzebene zu treffen und die Länder dadurch auszuschließen, wird auch daraus deutlich, dass die alleinige

⁵² Sachs, Art. 72, RdNr. 26; Dreier, Supplementum, Art. 72 FN. 38

⁵³ Sachs, Art. 80, RdNr. 4.

⁵⁴ Jarass/ Pieroth, Art.72 RdNr. 12

⁵⁵ Jarass/ Pieroth, Art.72, RdNr. 12

Verordnungsermächtigung für die Bundesexekutive im Rückschluss aus Art. 80 Abs. 4 GG zugleich einen Ausschluss der Länder von eigener Normsetzung im Wege der Gesetzgebung bewirkt⁵⁶.

5.2.3. Grundsätze der Abwasserbeseitigung als erschöpfende Regelung?

Für eine erschöpfende bundesrechtliche Regelung des § 61 WHG könnte auch sprechen, dass sich - unabhängig vom Vorhandensein einer Rechtsverordnung - aus den bundesrechtlichen Grundsätzen der Abwasserbeseitigung (§ 55 WHG) zumindest mittelbar umsetzungsfähige Leitlinien zur Ausgestaltung der Selbstüberwachung ableiten lassen. Dieser Auffassung zufolge enthalten die Grundsätze der Abwasserbeseitigung eine übergeordnete materielle Leitlinie für die Wahrnehmung der Selbstüberwachung. Danach bilden die bundesrechtlichen Grundsätze zugleich auch Maßstab und Grenze der Anforderungen, die dem Pflichtigen durch Verordnung oder Verwaltungsakt verbindlich auferlegt werden dürfen und sind daher Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Umfang der Selbstüberwachungspflicht⁵⁷. Unter diesem Aspekt könnten Inhalt und Umfang der Selbstüberwachung unabhängig vom Bestehen einer Rechtsverordnung durch den Bestand der bisher tradierten Pflichten der Selbstüberwachung bestimmbar werden, so dass es einer Ausfüllung durch Erlass der Rechtsverordnung nicht bedürfte. Zur Bestimmbarkeit der tradierten Pflichten innerhalb des Landes NRW könnte die Selbstüberwachungsverordnung Kanal (SüwVKan⁵⁸) beitragen, die allerdings bisher nur für die öffentliche Abwasserbeseitigung und für die private Abwasserbeseitigung von befestigten gewerblichen Flächen gilt, die mehr als drei Hektar aufweisen (§ 61 Abs. 1 i.V.m. § 58 LWG). Danach haben die Betreiber dieser Kanalisationsnetze deren Zustand und Funktionsfähigkeit selbst zu überwachen und hierfür eine Anweisung für die Selbstüberwachung aufzustellen (§ 2 SüwVKan). Die Prüfung von Kanälen erstreckt sich nach der Anlage zur SüwVKan auf die Feststellung von Ablagerungen durch optische Kontrolle, Inaugenscheinnahme oder Begehung, bei der erstmaligen Erfassung des Zustandes auf eine Kanalfernsehuntersuchung oder Begehung⁵⁹.

5.2.4. Sperrwirkung durch Nichtregelung

Weiterhin stellt sich die Frage, ob die vom Bund bisher nicht in Anspruch genommene Verordnungsermächtigung als bewusste Nichtregelung zu verstehen ist, deshalb an der Sperrwirkung des Gebrauch-Machens Teil hat und damit im Ergebnis eine Sperrwirkung auslöst⁶⁰. Gründe für die bisherige Nichtinanspruchnahme sind auf den ersten Blick nicht ersichtlich. Die Zurückhaltung der Bundesebene bei dem Erlass einer Rechtsverordnung zum WHG könnte allerdings dadurch erklärbar werden, dass die bloße Verordnungsermächtigung in der Hand des Verordnungsgebers die Kooperationsbereitschaft und Akzeptanz der zur Selbstüberwachung Verpflichteten fördern soll, ohne dass von der Ermächtigung Gebrauch gemacht wird. Insoweit drängt sich eine Parallele zum

⁵⁶ Sachs, Art. 72, RdNr. 26.

⁵⁷ Czychowski/Reinhardt § 61, RdNr. 5

⁵⁸

https://lv.recht.nrw.de/lmi/owa/br_bes_text?anw_nr=2&gld_nr=7&ugl_nr=77&bes_id=3762&menu=1&g=0&aufgehoben=N&keyword=Selbstüberwachung#det0

⁵⁹ https://lv.recht.nrw.de/lmi/owa/br_show_anlage?p_id=3468

⁶⁰ Reinhardt, S. 476

Abfallbeseitigungsrecht auf. Das BVerfG hat in seinem Urteil zur Verpackungssteuer die parallele Situation im Abfallrecht wie folgt umschrieben: Die Ermächtigung (zur Rechtsverordnung) gilt deshalb von Anfang an als "Knüppel im Sack", die letztlich eine einvernehmliche Stetigkeit in der Verbesserung des Umweltschutzes fördern sollte⁶¹. Ob der Bund mit den Verordnungsermächtigungen des WHG eine vergleichbare Absicht verfolgte, ist allerdings weder aus den Gesetzesmaterialien noch aus den sonstigen Umständen her leitbar.

5.2.5. Rechtsprechung

Das BVerfG hat in dem bisher einzig entschiedenen Fall die Auffassung vertreten, dass eine bloße Verordnungsermächtigung eine Sperrwirkung nicht auslöst. Die Entscheidung erging allerdings in Bezug auf eine strafbegründende Rechtsverordnung. Der in Rede stehende Straftatbestand setzte - als Voraussetzung seiner Anwendbarkeit („keine Strafe ohne Gesetz“) - eine bestehende Rechtsverordnung zur Festlegung eines Sperrbezirks voraus⁶².

Mit Urteil vom 10. Januar 2012 hat das Niedersächsische Obergericht entschieden, „dass Grundstückseigentümer durch eine kommunale Abwasserbeseitigungssatzung verpflichtet werden können, ihre privaten Grundstücksentwässerungsanlagen entsprechend der DIN 1986-30 bis zum 31. Dezember 2015 und danach alle 20 Jahre auf eigene Kosten Dichtheitsprüfungen zu unterziehen.... Nach Ansicht des Senats unterliegen die privaten Grundstücksentwässerungsanlagen gemäß der Niedersächsischen Gemeindeordnung sowie dem Niedersächsischen Kommunalverfassungsgesetz der Regelungsbefugnis des kommunalen Satzungsgebers, soweit damit das Ziel verfolgt wird, das Eindringen von Fremdwasser in das kommunale Abwasserbeseitigungssystem zu verhindern und auf diese Weise eine Erschwerung oder Beeinträchtigung der öffentlichen Abwasserbeseitigung auszuschließen. ... Unzulässig sind hingegen Satzungsregelungen, die wasserrechtliche Zielsetzungen, wie den Schutz des Grundwassers, verfolgen oder den Grundstückseigentümer unverhältnismäßig belasten. Das Gericht hat daher Vorschriften für unwirksam erklärt, wonach eine Dichtheitsprüfung bei Grundstücken in einem Wasserschutzgebiet und an einer Straße, in der die öffentliche Abwasseranlage saniert oder umgebaut wird, angeordnet werden kann. Wirksam sind indessen Regelungen, die zusätzliche Dichtheitsprüfungen vorsehen bei Grundstücken in einem Gebiet mit hohem Fremdwasseranfall und beim Vorliegen konkreter Erkenntnisse darüber, dass die Grundstücksentwässerungsanlage undicht ist. Das Niedersächsische Obergericht hat ferner die Satzungsregelungen für unwirksam erklärt, die die Erteilung von Bescheinigungen über die Ergebnisse der Dichtheitsprüfungen bestimmten Fachbetrieben vorbehalten. Das Gericht hält diese Regelungen für unwirksam, weil sie die EU-Richtlinie über Dienstleistungen im

⁶¹ BVerfG, Urteil vom 07.05.1998, 2 BvR 1991/95, 2 BvR 2004/95, RdNr. 88, 81; <http://www.juris.de/jportal/portal/t/xeg/page/jurisw.psml?doc.hl=1&doc.id=KVRE280879801%3Ajuris-r00&documentnumber=1&numberofresults=1&showdoccase=1&doc.part=K¶mfromHL=true#focuspoint>

⁶² BVerfG, Entscheidung vom 23.03.1965, 2 BvN 1/62, RdNr. 36; http://www.juris.de/jportal/portal/t/1rtp/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_p eid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=KSRE161740576%3Ajuris-r00&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint

Binnenmarkt, wonach auf europäischer Ebene erteilte gleichwertige Berechtigungen einer Berechtigung nach deutschem Recht gleichstehen, nicht berücksichtigen⁶³.

Die Gründe dieser Entscheidung sind ihrem vollständigen Wortlaut nach noch nicht veröffentlicht. Die in der Pressemitteilung genannten Gründe lassen es jedoch als möglich bzw. wahrscheinlich erscheinen, dass das OVG zur Begründung auch auf die Sperrwirkung der wasserrechtlichen Regelungen des Bundes abgestellt hat.

6. Zwischenergebnis

Ob eine Sperrwirkung bei nicht ausgeschöpfter Verordnungsermächtigung eintreten kann, wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet. Bislang hat sich noch keine herrschende Auffassung herausgebildet. Die Frage ist auch durch die Rechtsprechung bislang nicht einschlägig entschieden. Möglicherweise ändert sich das mit der Entscheidung des Niedersächsischen OVG vom 10.01.2012. Auf Grund der zurzeit bekannten Gesichtspunkte lässt sich die Frage nach dem Eintritt einer Sperrwirkung durch § 61 WHG nicht mit absoluter Sicherheit beantworten.

II. Kompetenzverstoß in Folge anlagebezogener Regelung?

Die landesrechtliche Vorschrift zur Dichtheitsprüfung (§ 61a Abs. 3 bis 7 LWG NRW) könnte weiterhin gegen die Kompetenzregel des Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 GG verstoßen. Danach enthält der Kompetenztitel der Abweichungsgesetzgebung für die Materie Wasserhaushalt einen abweichungsfesten Kern und damit ein Abweichungsverbot der Länder für „stoff- und anlagebezogene Regelungen“. Das Abweichungsverbot würde greifen, wenn der Landesgesetzgeber keine wirksame Abweichungsregelung getroffen hätte und es sich bei der Vorschrift zur Dichtheitsprüfung des § 61a LWG um eine anlagenbezogene Regelung i.S. des Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 GG handelt.

1. Enthält § 61a LWG Abweichungsrecht des Landes?

Abweichendes wirksames Landesrecht würde dann bestehen, wenn der Landesgesetzgeber die landesrechtliche Regelung zur Dichtheitsprüfung nach Verkündung des WHG rechtswirksam neu beschlossen bzw. bestätigt hätte. Dazu hätte es eines erneuten ausdrücklichen Beschlusses des Landesgesetzgebers nach Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes in der ab 1. März 2010 geltenden Fassung bedurft. Denn bei in Kraft treten des WHG bestehendes Landesrecht kann kein Abweichungsrecht im Sinne von Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG sein⁶⁴.

⁶³ Nds. OVG, Urteil vom 10. Januar 2012, 9 KN 162/10, http://www.oberverwaltungsgericht.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=22004&article_id=102055&_psmand=134

⁶⁴ BT Drs. 16/12275, S. 41, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/122/1612275.pdf>
Erläuterungen zu den Hinweisen zur Anwendung des Thüringer Wassergesetzes (ThürWG); http://www.thueringen.de/imperia/md/content/tmlnu/themen/wasser/erl_uterungen.pdf;
Vollzugshilfe zur Anwendung des Landeswasserrechts nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Wasserrechts vom 31. Juli 2009, Brandenburg; http://www.mugv.brandenburg.de/cms/media.php/lbm1.a.2318.de/vzh_teila.pdf

Der Landtag NRW hat am 10.03.2010 ein (Vorschalt-)Gesetz⁶⁵ zur Änderung verschiedener Landesgesetze, u.a. des LWG beschlossen. Der Gesetzesentwurf führte einleitend aus: „Um zu verhindern, dass mit Inkrafttreten des neuen WHG am 1. März 2010 bewährtes Landeswasserrecht außer Kraft tritt und ferner sichergestellt wird, dass vollzugsrelevante Bereiche des neuen Wasserrechts am 1. März 2010 vollziehbar sind ... Durch das Änderungsgesetz wird sichergestellt, dass die derzeitige Rechtslage nach dem Landeswassergesetz in Bezug auf besonders wichtige Regelungsbereiche auch nach dem 1. März 2010 fortbesteht“⁶⁶. In Bezug auf § 61a LWG Abs. 6 enthält der Entwurf fünf ergänzende Sätze zur Sachkundefeststellung. Mit Erlass dieses Änderungsgesetzes könnte zunächst der ausdrückliche Wille des Landesgesetzgebers zum Ausdruck gekommen sein, die Vorschriften des § 61a LWG NRW über die Dichtheitsprüfung inhaltlich zu bestätigen. Gegen diese Annahme spricht allerdings bereits die Gesetzesbegründung zu den Einzelvorschriften, die wie folgt lautet: „Im Einzelnen werden durch das Änderungsgesetz abweichende bzw. ergänzende Regelungen im Landeswassergesetz zu insgesamt fünf Vorschriften des neuen WHG getroffen, bei denen sich der Vollzug des neuen WHG in besonderer Weise schwierig gestalten könnte. Es handelt sich um folgende Regelungen (des LWG): § 48 Bau und Betrieb von Anlagen für die öffentliche Wasserversorgung, § 59 Indirekteinleitungen in öffentliche Abwasseranlagen, § 59a Einleitungen in private Abwasseranlagen, § 90a Gewässerrandstreifen. Unabhängig von diesen Änderungen bedarf es in § 61a LWG einer Ermächtigung für die Feststellung der Sachkunde zur Durchführung der Dichtheitsprüfung von privaten Abwasseranlagen, die bislang fehlt und dringend für einen rechtssicheren Vollzug und im Interesse der betroffenen Bürger geboten ist“⁶⁷.

Die Gesetzesbegründung differenziert zwischen Abweichungen und Ergänzungen. Bereits der Wortlaut der Begründung legt die Sichtweise nahe, dass die Änderungen der §§ 48, 59, 59a und 90a Abweichungen enthalten, während die neue „Ermächtigung“ in § 61a LWG als Ergänzung des bisherigen Landesrechts, und nicht als Reaktion auf die Neuregelung des WHG verstanden werden sollte⁶⁸. Entscheidend dürfte sein, dass diejenigen geänderten Vorschriften, die eine Abweichung zum Inhalt haben, mit dem üblichen und ausdrücklichen Hinweis „zu § XYZ WHG“ auf diejenigen Vorschriften des WHG versehen worden sind, von denen abgewichen werden soll. Bei der Ergänzung zu § 61a LWG fehlt im Gegensatz dazu ein derartiger Hinweis. Diese Art der Kenntlichmachung als Abweichungsrecht trägt nicht nur dem Bestimmtheitsgrundsatz Rechnung, sondern dient auch der nachrichtlichen Bekanntgabe im Bundesgesetzblatt. Dabei sollen abweichende Regelungen des Landesrechts jeweils in Bezug auf die entsprechende bundesrechtliche Vorschrift bekannt gemacht werden, um den rechtsunterworfenen Bürger entsprechend von der dadurch bewirkten Ablösung des Bundesrechts zu

⁶⁵ Plenarprotokoll 14/145 vom 10.03.2010, S. 16883,
<http://landtag.portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMP14-145.pdf?jsessionid=0C6A8E3AEE5D72972851A314B5D87265.vm-portal01Worker>

GV.NRW 2010 Nr. 11 S.185-188;
<http://landtag.portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/XMMGV1011.pdf?von=185&bis=188>

⁶⁶ Drs. 14/10149, S. 2,3; <http://landtag.portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD14-10149.pdf?von=1&bis=0>

⁶⁷ Drs. 14/10149, S. 54; <http://landtag.portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD14-10149.pdf?von=1&bis=0>

⁶⁸ Söntgerath, Hinweise zu § 61a LWG, S. 52

informieren⁶⁹. Weder der Gesetzeswortlaut noch die Begründung enthalten jedoch ausdrückliche Anhaltspunkte dafür, dass der Landesgesetzgeber § 61a LWG als Abweichungsrecht neu beschließen wollte. Das (Vorschalt-)Gesetz vom 10.03.2010 stellt daher hinsichtlich der Ergänzung des § 61a LWG kein landesrechtliches Abweichungsrecht dar.

2. Anlagenbezug

Der Begriff der anlagenbezogenen Regelung i.S. des Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 GG betrifft sämtliche Abwasseranlagen, da Abwasseranlage im WHG als Oberbegriff für öffentliche und private Abwasseranlagen i.S. von Abwasserleitungen sowie Abwasserbehandlungsanlagen zu verstehen ist⁷⁰. Nach der Gesetzesbegründung sind auf Stoffe oder Anlagen „bezogen“ alle Regelungen, deren Gegenstand stoffliche oder von Anlagen ausgehende Einwirkungen auf den Wasserhaushalt betreffen, z.B. das Einbringen und Einleiten von Stoffen⁷¹. Die bisher hierzu auffindbare Literatur ergänzt diesen Ansatz der Gesetzesbegründung wie folgt: Anlagenbezogene Regelungen sind solche, die der Regelung von Anlagen im wasserrechtlichen Sinne gelten, also von allen technischen Einrichtungen, die geeignet sind, nachteilige Einwirkungen auf die Gewässer zu verursachen. ...Eine Regelung zielt auf den spezifischen Charakter der Anlage als einer Anlage, wenn sie ihrem Lebenszyklus gilt, also der Vorbereitung, der Errichtung, dem Betrieb, der Sammlung und Stilllegung, und wenn sie die Anlage an sich betrifft, wie z. B. die emissionsbezogenen Anforderungen an die Abwassereinleitung oder die Beschreibung des Standes der Technik⁷². Regelungen mit Anlagenbezug sind daher auch Gesetze, die die Abwehr und Vermeidung von durch die Herstellung, Veränderung, Unterhaltung oder Stilllegung oder den Betrieb der Anlagen verursachten negativen Auswirkungen auf Gewässer zum Gegenstand haben. Dies betrifft neben zulässigen Emissionsstandards ebenso erforderliche Arbeits-, Betriebs-, Bewirtschaftungs-, Unterhaltungs-, (Aus-) Bau- und Sicherheitstechniken wie die dazugehörigen Überwachungsmodalitäten⁷³.

Der Wortlaut des § 61 WHG enthält den Begriff „Anlage“ sowohl in der Überschrift als auch im Abs. 2 der Vorschrift. Daraus könnte bereits die Schlussfolgerung gezogen werden, dass § 61 WHG eine anlagenbezogene Regelung enthält. Der Literatur zur Folge kann allerdings ein Anlagenbezug nicht schon allein aus der Erwähnung des Tatbestandsmerkmals „Anlage“ im Text einer Vorschrift hergeleitet werden. Der Begriff des Anlagenbezugs ist vielmehr restriktiv auszulegen, da es dem Bund verwehrt sein soll, durch die bloße Verwendung des Begriffs „Anlage“ eine gesamte Norm abweichungsfest zu machen. Vielmehr ist im Einzelfall im Wege

⁶⁹ Begründung zum Neuerlass des Bayerischen Wassergesetzes, S. 4, http://www.stmug.bayern.de/umwelt/wasserwirtschaft/recht/doc/baywg_begrueundung.pdf

⁷⁰ Czychowski/Reinhardt § 60, RdNr. 9

⁷¹ BR-Drs. 178/06 S. 25 http://www.bundesrat.de/cln_152/SharedDocs/Drucksachen/2006/0101-200/178-06,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/178-06.pdf, BT-Drs. 16/813, S. 11 ; <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/008/1600813.pdf>

⁷² Schulze-Fielitz, NVwZ 2007, S. 249, 258; <http://online.beck.de/default.aspx?typ=reference&y=300&z=NVWZ&b=2007&s=249&n=1>

⁷³ Kotulla, NVwZ, 2007, 489 ff., 493; <http://online.beck.de/Default.aspx?typ=reference&y=300&z=NVWZ&b=2007&s=489&n=1>

„schutzzweckbezogener Auslegung“ der Anlagenbezug einer Regelung zu identifizieren⁷⁴.

Der Gesetzentwurf zum WHG versteht § 61 WHG als bundesgesetzliche Regelung zur Einführung der Selbstüberwachung bei Abwassereinleitungen und Abwasseranlagen⁷⁵. Aus der Zusammenschau der Begründungen von Bundestag und Bundesrat hat die Vorschrift zum Ziel, das bundesweite Problem der Dichtigkeit privater Abwasserkanäle durch „eine kontinuierliche Eigenkontrolle der Gewässerbenutzer und Anlagenbetreiber“ zu lösen⁷⁶. Die Selbstüberwachung stellt eine der möglichen Überwachungsmodalitäten für Abwasseranlagen dar. Da u.a. der Zustand und die Funktionsfähigkeit einer Abwasseranlage Gegenstand der Selbstüberwachung sind (§ 61 Abs. 2 WHG), sind folgerichtig auch die Überwachungsmethoden zu diesen gesetzlichen Kriterien auf die Abwasseranlage bezogen. Insofern ist der bisherigen Literatur zuzustimmen, dass es sich bei der Vorschrift des § 61 Abs. 2 WHG um eine anlagebezogene Regelung handelt. Dies unterstreicht die Vorgehensweise der Entwurfsverfasser bei der Erarbeitung des Gesetzes. Aus der Gesetzesbegründung lässt sich ableiten, dass diese dabei den vorhandenen Bestand bisheriger Länderregelungen, d.h. unterschiedliche Regelungsmodelle in den Blick genommen haben. Der Entwurf hat sich sodann nach Sichtung und Abwägung des vorgefundenen Bestandes für die Methode der Selbstüberwachung entschieden. Der Bundesgesetzgeber hat sich diese Auswahlentscheidung zur Einführung einer bundeseinheitlichen Überwachungsmethode zu Eigen gemacht. Der Gesetzesbegründung lässt sich mittelbar entnehmen, dass auch diejenigen Länder auf die Selbstüberwachung privater Abwasseranlagen festgelegt werden sollen, in denen diese Regelung bisher nicht galt. Eine Bestätigung findet diese Absicht des Bundes auch darin, dass die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates bekräftigt hat, die bisherige Rechtszersplitterung im Umweltrecht, trotz der im Grundgesetz verankerten Abweichungsmöglichkeiten, durch bundeseinheitliche Regelungen zu überwinden⁷⁷. Damit ist Gegenstand der Norm ein anlagebezogener und für alle Länder einheitlicher Regelungsinhalt. § 61a LWG stellt sich ebenfalls als eine Überwachungsmethode, und zwar als solche eigener Art dar. Die Vorschrift ordnet eine „Fremdüberwachung“ mittels Überprüfung durch externe Sachkundige an und steht daher in Widerspruch zum Grundsatz des WHG. Daher handelt es sich bei § 61a LWG ebenfalls um eine anlagenbezogene Regelung.

Ein Anlagenbezug kann auch nicht mit der Erwägung in Frage gestellt werden, dass die Vorschrift zur Dichtheitsprüfung ein gesetzliches Handlungsgebot an den Eigentümer der Abwasseranlage richtet. Zwar enthält die Vorschrift zur Dichtheitsprüfung insoweit zunächst einen personenbezogenen Gesetzesbefehl an den Eigentümer der Anlage einen externen Sachkundigen mit der Überprüfung zu beauftragen. Da die Prüfung sich nicht auf Pflichten des Eigentümers bezieht, z.B. ob er Dokumentationspflichten erfüllt hat, ist Objekt der Prüfung ausschließlich die Anlage selbst. In einer vergleichbaren Fallgestaltung zur landesrechtlich eingeführten zusätzlichen Lizenz für die Behandlung und Ablagerung von „ausgeschlossenen

⁷⁴ Czychowski/Reinhardt Einleitung, RdNr. 39

⁷⁵ BT-Drs. 16/12275, S. 70, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/122/1612275.pdf>; BT-Drs. 16/13306, S. 14, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/133/1613306.pdf>

⁷⁶ s. vorhergehende FN

⁷⁷ BT-Drs. 16/13306, S. 23, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/133/1613306.pdf>

Abfällen“ hat das BVerfG eine Abgrenzung zwischen dem Personenbezug einer Lizenz und dem Sachbezug dieser Lizenz im Hinblick auf die betroffene Abfallbeseitigungsanlage getroffen. Im Ergebnis hat das Gericht einen überwiegenden Sachzusammenhang dieser Lizenz mit der Abfallbeseitigungsanlage angenommen und diesen Aspekt höher bewertet als den Personenbezug der Lizenz⁷⁸. Ebenso stellt sich die Sachlage hier dar. Die Pflicht zur Dichtheitsprüfung betrifft die erstmalige Zustandserfassung der Anlage. Zwar wird der Eigentümer zwecks Erfüllung dieser Pflicht in Anspruch genommen. Die Prüfung selbst gilt jedoch ausschließlich der Anlage, so dass auch hier der Sachzusammenhang mit der Anlage überwiegt. Eine Dichtheitsprüfung durch zugelassene externe Sachkundige stellt daher eine anlagenbezogene Regelung i.S. des Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 GG dar.

3. Zwischenergebnis

Im Ergebnis existiert damit im Land NRW eine Vorschrift, für die das Land keine Gesetzgebungskompetenz hat. Dies führt entweder unmittelbar zur Nichtigkeit des § 61a LWG wegen einer Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 3 S. 1 GG, da das erstmalige Gebrauch–Machen des Bundesgesetzgebers von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Wasserhaushalts alle anlagenbezogenen Regelungen der Landesgesetzgeber kompetenzwidrig macht. Davon ist sowohl neues Abweichungsrecht als auch bisheriges Bestandsrecht betroffen⁷⁹. Alternativ dazu könnte die Nichtigkeit aber auch aus Art. 72 Abs. 1 GG und Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG i. V. m. § 61 WHG hergeleitet werden⁸⁰, wobei die dogmatische Herleitung etwaigen künftigen gerichtlichen Entscheidungen überlassen bleibt.

III. Verstoß gegen die Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung?

Das Landesrecht NRW sieht die Selbstüberwachung nur für genehmigungspflichtige Abwasseranlagen i.S. des § 61 LWG vor. Für genehmigungsfreie private Abwasseranlagen besteht hingegen nach dem Wortlaut des § 61a Abs. 3 bis 6 LWG keine Selbstüberwachungspflicht. Das WHG hat die Selbstüberwachung privater Abwasseranlagen nunmehr auch in NRW eingeführt.

Die Rechtsprechung hat aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG den Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung entwickelt. Dieser Grundsatz könnte dadurch verletzt sein, dass die Dichtheitsprüfung durch zugelassene Sachkundige nach § 61a LWG im Widerspruch zu der mit dem WHG eingeführten Selbstüberwachungspflicht steht. Der Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung findet Anwendung bei der Lösung temporaler Kollisionen tatbestandsidentischer Normen für den Fall, dass sich dem

⁷⁸ BVerfG Beschluss vom 29.03.2000, 2 BvL 3/96, RdNr. 88 ff.; http://www.juris.de/jportal/portal/t/1ucc/page/jurisw.psm1?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=11&numberofresults=22&fromdoctodoc=yes&doc.id=KVRE295340001%3Ajuris-r03&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint

⁷⁹ So ansatzweise Reinhardt, S. 471

⁸⁰ Vgl. Muckel, NWVBl. 2012, S. 5 m.w.N.

jüngeren Gesetz im Wege der Auslegung eine Aussage über das Schicksal des älteren Rechts nicht entnehmen lässt⁸¹. Das BVerfG hat diesen Grundsatz in seinem Urteil zur Einführung einer kommunalen Verpackungssteuer dahin gehend konkretisiert, dass auch die Einführung eines bundesrechtlichen Grundsatzes eine derartige Kollision auslösen kann. Seinerzeit hatte der Bundesgesetzgeber das abfallrechtliche Kooperationsprinzip als bundesrechtliche Grundsatzentscheidung eingeführt. Nach Auffassung des BVerfG dürfen einer solchen Grundsatzentscheidung des Sachgesetzgebers Entscheidungen des kommunalen Steuergesetzgebers nicht widersprechen. Das sei aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleiten, welches die Beachtung der bundesstaatlichen Kompetenzgrenzen gebiete und damit alle rechtsetzenden Organe des Bundes und der Länder verpflichte, ihre Regelungen jeweils so aufeinander abzustimmen, dass den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen⁸². Im Tenor dieser Entscheidung hat das BVerfG deshalb folgerichtig sowohl einen Kompetenzverstoß im Hinblick auf die konkurrierende Bundeskompetenz des Art. 74 S. 1 Nr. 24 GG (Abfallwirtschaft), als zugleich auch einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG festgestellt.

Auf der Grundlage dieses Ansatzes wird im Folgenden zunächst der Frage nachgegangen, ob der Bundesgesetzgeber mit der Selbstüberwachung eine Grundsatzregelung des Wasserhaushaltsrechts eingeführt hat. Ferner wird untersucht, ob § 61a LWG dieser Grundsatzentscheidung und ggfs. anderen Vorgaben des WHG widerspricht und dies den Normadressaten als gegenläufige Regelung erreicht.

1. Grundsatzentscheidung des Bundesgesetzgebers?

Der Gesetzentwurf selbst bezeichnet die Einführung der Selbstüberwachung als bundesgesetzliche „Grundsatzregelung“. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut der Begründung: „§ 61 WHG führt eine bundesgesetzliche Grundsatzregelung zur Selbstüberwachung bei Abwassereinleitungen und Abwasseranlagen ein“⁸³. Zwar ist mit Blick auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift daran zu erinnern, dass diese Begründung mit dem Regelungsinhalt des ursprünglichen Gesetzentwurfs zunächst nicht vollständig übereinstimmte. Denn der Gesetzestext des Ausgangsentwurfs unterstellte nur Abwasserbehandlungsanlagen, nicht aber private Abwasseranlagen der Selbstüberwachung. Stimmig und damit deckungsgleich wurden Wortlaut und Begründung des Gesetzes jedoch durch die Aufnahme aller Arten von Abwasseranlagen in den Gesetzestext des § 61 Abs. 2 WHG. Insbesondere die Begründung des Bundesrates unterstreicht dabei den Willen des Bundesgesetzgebers zu einer einheitlichen und bundesweiten Einführung der Selbstüberwachung als Überwachungsprinzip. Der Bundesgesetzgeber hat sich dieses Prinzip zu Eigen gemacht und erachtet die Selbstüberwachung als geeignet,

⁸¹ BVerwG, Urteil vom 18.05.2000, 5 C 29/98, RdNr. 25, 26; http://www.juris.de/jportal/portal/t/jl5/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=45&numberofresults=109&fromdoctodoc=yes&doc.id=WBRE410006947%3Ajuris-r01&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint

⁸² BVerfG, Urteil vom 07.05.1998, 2 BvR 1991/95, 2 BvR 2004/95, Orientierungssätze 2.c; RdNr. 58; <http://www.juris.de/jportal/portal/t/xeg/page/jurisw.psml?doc.hl=1&doc.id=KVRE280879801%3Ajuris-r00&documentnumber=1&numberofresults=1&showdoccase=1&doc.part=K¶mfromHL=true#focuspoint>

⁸³ BT-Drs. 16/12275, S. 70, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/122/1612275.pdf>

das bundesweite Problem der Dichtigkeit privater Abwasserkanäle durch „eine kontinuierliche Eigenkontrolle der Gewässerbenutzer und Anlagenbetreiber“ zu lösen⁸⁴.

2. Kooperationsprinzip und zweistufiges Überwachungsmodell?

Die Entscheidung des Bundesgesetzgebers zur Einführung der Selbstüberwachung könnte zugleich auch eine abschließende Festlegung auf die Beteiligten der Selbstüberwachung bzw. auf ein bestimmtes Modell der Selbstüberwachung beinhalten. Die Entscheidung zur Einführung der Selbstüberwachung ist Ausfluss des im Umweltrecht geltenden Kooperationsprinzips. Kooperation im Wasserhaushaltsrecht bedeutet, dass die Selbstüberwachung neben den Aufsichtspflichten der zuständigen Wasserbehörde nach §§ 100 bis 102 WHG eine Rechtspflicht des verantwortlichen Bürgers darstellt, die einschlägigen Standards selbst zu kontrollieren⁸⁵. Diese Verpflichtung beruht ähnlich wie die polizei- und ordnungsrechtliche Zustandshaftung auf der Erwägung, dass der Eigentümer von seiner Sachherrschaft über das Grundstück in einer Weise Gebrauch zu machen hat, die Gefahren für Rechtsgüter anderer vermeidet⁸⁶. Das Kooperationsprinzip bezieht den überwachenden Bürger in die behördliche Sicherstellung der Beachtung der einschlägigen Rechtsvorschriften bei Abwasseranlagen ein, ohne dabei die staatliche Gewährleistungsverantwortung selbst einzuschränken⁸⁷. Kooperation bedeutet somit, dass der vom Gesetzgeber angestrebte Erfolg ausschließlich durch die vom Gesetz selbst vorgesehenen Beteiligten erbracht wird. Beteiligt sind nach der Konstruktion des WHG der Betreiber der Anlage (§ 61 Abs. 2 WHG) und die Gewässeraufsicht (§§ 100 ff. WHG). Diese Form der Kooperation mit zwei Beteiligten wird auch als zweistufiges Überwachungsmodell charakterisiert⁸⁸.

Die Einführung der Selbstüberwachung in Form des zweistufigen Überwachungsmodells schließt eine Beteiligung externer Dritter, d.h. von Sachkundigen oder Sachverständigen im Rahmen der Regelüberwachung aus. Die Ausgestaltungspraxis der Länder kannte unter Geltung des Rahmenrechts teilweise auch ein sog. dreistufiges Überwachungsmodell. Dieses Modell bezog neben der Eigenkontrolle und der Gewässeraufsicht bei gewerblichen Abwasseranlagen auch Sachverständige in die Regelüberwachung ein. Dieses Modell galt z.B. in Baden-Württemberg auf gesetzlicher Grundlage bis zu seiner Abschaffung in den neunziger Jahren⁸⁹. Zwar sprechen weder das WHG selbst noch seine Begründung die Art des Überwachungsmodells unmittelbar an. Auch dies dürfte sich auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift zurückführen lassen, die die Selbstüberwachung von privaten Abwasseranlagen in dem Ausgangsentwurf des Gesetzes nicht vorsah. Dem Gesetz selbst lässt sich entnehmen, dass die

⁸⁴ s. vorhergehende FN

⁸⁵ Czychowski/Reinhardt § 61, RdNr. 2

⁸⁶ BVerwG, Beschluss vom 03.11.1993, 7 NB 3/93, RdNr. 2; http://www.juris.de/jportal/portal/t/1611/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=WBRE310655802&doc.part=L&doc.price=0.0#focuspoint

⁸⁷ Czychowski/Reinhardt § 61, RdNr. 3

⁸⁸ vgl. z.B. Drs. LT-BW 12/2846, S. 62; http://www.landtag-bw.de/WP12/Drucksachen/2000/12_2846_D.PDF

⁸⁹ vgl. z.B. Drs. LT-BW 12/2846, S. 62; http://www.landtag-bw.de/WP12/Drucksachen/2000/12_2846_D.PDF

Zuziehung von Sachverständigen in einer einzigen Einzelbestimmung des Abwasserteils des WHG, nämlich in § 58 Abs. 1 Ziff. 2 WHG (Einhalten der Anforderungen beim Einleiten von Abwasser) vorgesehen ist. Auch § 61 Abs. 1 WHG spricht im Zusammenhang mit der Einleitung von Abwasser von der Beteiligung „geeigneten Personals oder einer geeigneten Stelle“. Im Gegensatz hierzu sehen jedoch weder die Vorschrift über die Abwasseranlagen (§ 60 WHG), noch diejenige zur Selbstüberwachung von Abwasseranlagen (§ 61 Abs. 2 WHG) eine Beteiligung Dritter vor. Ebenso wenig enthalten die Vorschriften über die Aufgaben und Befugnisse der Gewässeraufsicht eine Ermächtigung zur regelmäßigen und zwingenden Beteiligung oder Verpflichtung Dritter. Entscheidend jedoch dürfte die in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gekommene wertende Entscheidung des Bundesgesetzgebers sein, dass er eine Selbstüberwachung durch die Anlagenbetreiber als wirksam und ausreichend erachtet, dem Dichtheitsproblem entgegenzuwirken: „Eine kontinuierliche Eigenkontrolle der Gewässerbenutzer und Anlagenbetreiber trägt wesentlich dazu bei, die Gewässer durch einen ordnungsgemäßen Vollzug der gesetzlich und behördlich vorgeschriebenen Anforderungen wirksam zu schützen“⁹⁰.

Diese Gesichtspunkte lassen insgesamt darauf schließen, dass der Bundesgesetzgeber eine Festlegung auf das zweistufige Überwachungsmodell unter Ausschluss einer Regelbeteiligung sachkundiger Dritter treffen wollte. Die vom Bundesgesetzgeber mit der Schlussfassung des WHG getroffene Festlegung wird deshalb als bundesrechtlicher „Wandel der Überwachungsphilosophie“ gewertet⁹¹. Auf dieser Grundlage können sachkundige Dritte nur bei konkreter Gefahr im Einzelfall durch Einzelanordnung der Aufsichtsbehörde zugezogen werden. § 61a LWG sieht demgegenüber die Beteiligung Dritter als Regelfall vor. Die Vorschrift verschärft insoweit die Intensität der Überwachung durch den Landesgesetzgeber. Wegen dieser überschießenden Tendenz steht sie im Widerspruch zum bundesrechtlichen Grundsatz der Selbstüberwachung. Die Regelung des § 61a LWG führt in NRW darüber hinaus zu einem dreistufigen Überwachungsmodell, an dem die Gewässeraufsicht, der Eigentümer der Anlage und sachkundige Dritte beteiligt sind.

3. Weitere widersprechende Regelungen

Unabhängig vom Widerspruch gegen das vom Bund eingeführte Prinzip der Selbstüberwachung könnte § 61a LWG weiteren bundesrechtlichen Regelungen, insbesondere solchen des WHG widersprechen.

3.1. Genereller Gefahrerforschungseingriff

Die flächendeckende Zustandserfassung privater Abwasseranlagen stellt in rechtlicher Hinsicht einen Gefahrerforschungseingriff dar. Ein Gefahrerforschungseingriff soll im allgemeinen Gefahrenrecht abklären, ob überhaupt eine Gefahr gegeben ist. Voraussetzung eines solchen Eingriffs ist, dass ein Gefahrenverdacht vorliegt, die beabsichtigten Maßnahmen zur Erforschung der Gefahr notwendig sind und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist⁹²,

⁹⁰ BT-Drs. 16/12275, S. 70, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/122/1612275.pdf>

⁹¹ Czychowski/Reinhardt § 61, RdNr. 3 m.w.N.

⁹² <http://www.juraforum.de/lexikon/gefahrerforschungseingriff>

sowie eine gesetzliche Ermächtigung hierzu besteht⁹³. § 61a LWG trifft einen derartigen Eingriff selbst und unmittelbar durch Gesetz. Ob beim Erlass des Gesetzes von einem generellen Gefahrenverdacht für alle privaten Abwasseranlagen ausgegangen werden konnte⁹⁴ und ob dabei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot) gewahrt ist, kann an dieser Stelle dahinstehen, da dies materiell-rechtliche Fragen betrifft, die nicht Gegenstand des Auftrages sind⁹⁵.

Das Bodenschutzgesetz regelt den Gefahrerforschungseingriff für seinen Bereich in § 9: „Liegen der zuständigen Behörde Anhaltspunkte dafür vor, dass eine schädliche Bodenveränderung oder Altlast vorliegt, so soll sie zur Ermittlung des Sachverhalts die geeigneten Maßnahmen ergreifen...“. Gefahrerforschungseingriffe können von den Aufsichtsbehörden im Bodenschutzrecht demnach nur im Einzelfall bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte für eine konkrete Gefahr angeordnet werden. Da die Dichtheitsprüfung des § 61a LWG ihrer damaligen Gesetzesbegründung nach auch dem Schutz des Bodens dient, widerspricht sie als flächendeckende Maßnahme zum einen der bundesgesetzlichen Vorgabe des § 9 Bodenschutzgesetz.

Auch der Wortlaut § 101 Abs. 1 S. 2 WHG setzt einen Gefahrenverdacht im Einzelfall voraus. Danach „ordnet die zuständige Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen die Maßnahmen an, die im Einzelfall notwendig sind, um Beeinträchtigungen des Wasserhaushalts zu vermeiden oder zu beseitigen“. Damit widerspricht die generelle landesrechtliche Anordnung zur Dichtheitsprüfung dem Bundesrecht jedenfalls insoweit, als der Bundesgesetzgeber in § 101 WHG die Notwendigkeit eines Eingriffs unter die Voraussetzung einer Einzelfallprüfung gestellt hat.

3.2. Übertragung von Aufsichtsbefugnissen

Des Weiteren stellt die Übertragung der Dichtheitsprüfung auf private Dritte zugleich auch die Übertragung einer Überwachungsaufgabe und damit zugleich auch von Aufsichtsbefugnissen dar. Für eine derartige generelle Übertragung besteht nach §§ 100, 101 WHG keine Ermächtigung. Die Vorschrift des § 101 WGH überträgt die Befugnisse der Gewässeraufsicht den zuständigen Behörden und ihren Bediensteten. Soweit Abs. 1 der Vorschrift auch Beauftragte erwähnt, handelt es sich um Beauftragte der zuständigen Behörde, nicht jedoch um vom Eigentümer zu beauftragende Dritte. Bei der Dichtheitsprüfung handelt es sich zudem nicht nur um die Übertragung von teilweisen Überwachungsbefugnissen auf Dritte. Vielmehr sollen die beauftragten Sachkundigen eine Zustandserfassung vornehmen und etwaige Schäden vollständig ermitteln. Sie treffen damit auch eine Vorentscheidung im Hinblick auf den Umfang etwaiger Reparaturmaßnahmen. Die Übertragung der Dichtheitsprüfung auf Dritte kommt einer vollständigen Übertragung der Aufsichtsbefugnisse nahe. Sie steht damit auch aus diesem Grunde im Widerspruch zu den Aufsichtsregeln des WHG, zumal in vergleichbaren anderen Bereichen (z.B. Schornsteinfeger) die Aufsicht auf beliebige Unternehmer bei gleichzeitiger Vorgabe eines staatlichen Gebührenrahmens übertragen worden ist.

⁹³ BayVGH Urteil vom 19.02.2009, 22 BV 08.1164, RdNr. 14

⁹⁴ Vgl. hierzu: Queitsch, APr 15/249 der Anhörung vom 06.07.2011 S.22f.; Wendenburg, APr 15/249 S.6f.

⁹⁵ Gegen letzteres spricht vor allen Dingen eine fehlende Differenzierung hinsichtlich des Alters der Anlagen bzw. des verbauten Materials

3.3. Unterschiedliche Behandlung öffentlicher und privater Abwasseranlagen?

§ 61 Abs. 2 WHG unterscheidet nicht zwischen öffentlichen (§ 58 WHG) und privaten Abwasseranlagen (§ 59 WHG), da nunmehr alle Abwasseranlagen der Selbstüberwachung unterliegen. Das ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut der Vorschrift. Die Gesetzesbegründung hat in Folge der Entstehungsgeschichte der Vorschrift auch hierzu keine eigene Aussage getroffen. Auf Grund der Ergänzung des Bundesrates ist die Gleichstellung aller Abwasseranlagen unmittelbar eingetreten⁹⁶. Daraus folgt, dass die unterschiedliche Behandlung von privaten Abwasseranlagen (§ 61a LWG) und öffentlichen Abwasseranlagen (§§ 61, 58 LWG NRW) durch das Landesrecht – bei unterstellter Weitergeltung - dem Bundesrecht widerspricht.

3.4. Gegenläufigkeit aus Sicht der Normadressaten

Alle bisher aufgezeigten Widersprüche stellen sich zugleich auch als gegenläufige Regelungen aus Sicht der Normadressaten dar. Besondere Bedeutung kommt dabei dem Aspekt zu, dass den Normadressaten in NRW neben der Selbstüberwachung eine „Fremdüberwachung“ mit Kostentragungspflicht unabhängig von einem konkreten Gefahrenverdacht auferlegt wird.

4. Zwischenergebnis

Seit der Einführung der bundesrechtlichen Selbstüberwachungspflicht als Grundsatzregelung widerspricht § 61a LWG nicht nur diesem Prinzip, sondern auch weiteren bundesrechtlichen Regelungen des WHG und des Bodenschutzgesetzes. Daher kann sowohl ein Kompetenzverstoß gegen Art. 74 S. 1 Nr. 32 GG (Wasserhaushalt) als auch ein Verstoß gegen die Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung und damit gegen das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG angenommen werden, der die Nichtigkeit der Norm bewirkt.

IV. Gesetzeskollision nach Art. 31 GG

Für den Fall, dass die zuvor erörterten Kompetenzverstöße nicht gegeben sein sollten, kommt darüber hinaus eine Gesetzeskollision von Bundes- und Landesrecht in Betracht, die die Rechtsfolge des Art. 31 GG „Bundesrecht bricht Landesrecht“ auslöst und damit ebenfalls zur Nichtigkeit des § 61a LWG führt. Art. 31 GG kommt unter der Voraussetzung zur Anwendung, dass dieselbe Rechtsfrage sowohl durch Bundes- als auch durch Landesrecht geregelt ist (Gegenstandsgleichheit) und diese Anwendung von Bundes- und Landesrecht auf den konkreten Fall, d.h. dasselbe Rechtsverhältnis, zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führt⁹⁷. Die zuvor dargestellten unterschiedlichen Regelungsinhalte von Bundes- und Landesrecht in Bezug auf die Überwachung von Abwasseranlagen führen zu unterschiedlichen Rechtsfolgen. Damit ist ein Kollisionsfall i.S. des Art. 31 GG gegeben. „Brechen“ bedeutet die endgültige Beseitigung bestehenden Landesrechts. Das gebrochene Landesrecht ist nichtig⁹⁸. § 61a LWG wäre daher unter der o.a. Prämisse ebenfalls als nichtig anzusehen.

⁹⁶ Czychowski/Reinhardt § 61, RdNr. 13

⁹⁷ Sachs, Art. 31, RdNr. 18

⁹⁸ Sachs, Art. 31, RdNr. 23

V. Zusammenfassung

Der Bundesgesetzgeber hat von seiner neuen konkurrierenden Kompetenz für die Materie des Wasserhaushaltsrechts mit dem Erlass des WHG Gebrauch gemacht. Dabei hat der Bundesgesetzgeber in § 61 Abs. 2 WHG bundeseinheitlich und bundesweit den Grundsatz der Selbstüberwachungspflicht für alle, d.h. auch private Abwasseranlagen (Hausanschlüsse) eingeführt. Die Ausgestaltung der Selbstüberwachung ist durch entsprechende Verordnungsermächtigungen allein der Bundesebene vorbehalten. Hiervon hat der Bund allerdings noch keinen Gebrauch gemacht. Die aus der Gesetzesbegründung abgeleitete Folgerung, dass deshalb bestehendes Landesrecht bis zum Erlass einer Rechtsverordnung des Bundes weitergilt, ist rechtlich nicht haltbar. Ob durch den Erlass des WHG und insbesondere durch § 61 Abs. 2 WHG eine Sperrwirkung gegenüber dem § 61a LWG NRW nach Art. 72 Abs.1 GG eingetreten ist, ist derzeit nicht mit abschließender Sicherheit feststellbar. Dies insbesondere auch deshalb nicht, weil auf diesen Fall bezogene einschlägige Rechtsprechung noch aussteht.

Das Wasserhaushaltsrecht als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung unterfällt zugleich der Abweichungsgesetzgebung des Art. 72 Abs. 3 GG. Der Landesgesetzgeber NRW hat von einer Abweichungsbefugnis in Bezug auf § 61a LWG keinen Gebrauch gemacht. Hinsichtlich der Dichtheitsprüfung steht einer Abweichungsbefugnis aber auch entgegen, dass es sich bei § 61a LWG um eine anlagenbezogene Regelung i.S. des Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 GG handelt. Anlagebezogene Regelungen sind nach dieser Vorschrift abweichungsfest und damit einer Abweichungsgesetzgebung der Länder nicht zugänglich. Auch aus diesem Grund stellt die Regelung des § 61 a LWG im Ergebnis einen Kompetenzverstoß dar, der letztlich zur Nichtigkeit der Vorschrift führt.

§ 61a LWG widerspricht schließlich einer bundesrechtlich eingeführten Grundsatzregelung, nämlich der Selbstüberwachung von Abwasseranlagen. Bereits deshalb kann ein Kompetenzverstoß gegen Art. 74 S. 1 Nr. 32 GG (Wasserhaushalt) angenommen werden. Die Landesvorschrift widerspricht darüber hinaus weiteren Bundesregelungen des Wasserhaushalts- und Bodenschutzrechts, die bei den Normadressaten als gegenläufig ankommen. Daher verstößt § 61a LWG auch gegen den Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung und damit gegen das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG. Beide Verstöße dürften mit großer Wahrscheinlichkeit ebenfalls zur Nichtigkeit der Norm führen.

Selbst wenn die zuvor angenommen Kompetenzverstöße nicht gegeben sein sollten, ist eine Gesetzeskollision von Bundes- und Landesrecht anzunehmen. Art. 31 GG „Bundesrecht bricht Landesrecht“ löst als Rechtsfolge ebenfalls eine Nichtigkeit des § 61a LWG aus.

Zugunsten von Gesetzen – und damit auch zugunsten des § 61a LWG - spricht grundsätzlich die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit. Die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes kann daher erst dann angenommen werden, wenn sie durch ein dazu berufenes Gericht rechtskräftig festgestellt worden ist.

D. Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
APr	Ausschussprotokoll
Art.	Artikel
BauO	Bauordnung NRW
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
Drs.	Drucksache
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
h. M.	herrschende Meinung
i. V. m.	in Verbindung mit
LAbfG NRW	Abfallgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landesabfallgesetz)
LG NRW	Gesetz zur Sicherung des Naturhaushalts und zur Entwicklung der Landschaft (Landschaftsgesetz) NRW
LWG NRW	Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landeswassergesetz)
Nr.	Nummer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OVG NRW	Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen
RdNr.	Randnummer
S.	Satz, Seite
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts, Wasserhaushaltsgesetz

E. Literaturverzeichnis

Czychowski, Manfred; Reinhardt, Michael, Wasserhaushaltsgesetz, 10. Aufl., München 2010

Dreier, Horst, Grundgesetz, 2. Aufl., Band 2, Supplementum, Mohr Siebeck, Tübingen 2007

Ipsen, Jörn, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle, Neue Juristische Wochenschrift 2006, S. 2801 ff.

Jarass, Hans D.; Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2006

Kotulla, Michael, Das novellierte Wasserhaushaltsgesetz, NVwZ 2010, S. 79 ff.

Kotulla, Michael, Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen und „Föderalismusreform“, NVwZ 2007, S. 489 ff.

Maunz, Theodor; Dürig, Günter (Begründer), Grundgesetz, Loseblatt-Ausgabe, Verlag C. H. Beck, München 2006

Muckel, Stefan, Kurzgutachten zur Gesetzgebungskompetenz des Landes Nordrhein-Westfalen für die Regelung über die Dichtheitsprüfung privater Abwasseranlagen in § 61a Abs. 3 bis 7 LWG NRW; http://www.alles-dicht-in-lindlar.de/resources/DP_Kurzgu...pdf

Muckel, Stefan, Dichtheitsprüfung nach § 61 a LWG NRW trotz fehlender Landeskompetenz, NWVBl. 1/2012, S. 1 - 5

für Regelungen zu Abwasseranlagen?

Queitsch, Peter; Koll-Sarfeld, Claudia; Wallbaum, Viola, Wassergesetz für Nordrhein-Westfalen, Loseblattkommentar, Wiesbaden 2011

Reinhardt, Michael, Gesetzgebungskompetenzen im Wasserrecht, Archiv des öffentlichen Rechts. 135 (2010) Nr. 4, S. 460 ff.

Sachs, Michael, (Herausg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage, München 2011

Schulze-Fielitz, Helmuth, Umweltschutz im Föderalismus - Europa, Bund und Länder, NVwZ 2007, S. 249 ff.

Söntgerath, Nikolaus; Ockenfels, Alexander; Beckmann, Birgit; Spillecke, Hermann, Neues Wasserrecht für Nordrhein-Westfalen, Wiesbaden 2010