

Vorab per Telefax: 04131-718 208
Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht
Uelzener Straße 40

21335 Lüneburg

Leipzig, 28.01.2008
Unser Zeichen: 00006-08/RG/az/nr/007

In dem Verwaltungsstreitverfahren
XXXXX ./ XXXXX
- XXXXX-

zeigen wir an, dass wir die Kläger/Beschwerdeführer vertreten. Eine uns legitimierende Vollmacht ist beigelegt. Unter Bezugnahme auf die Beschwerdeschrift der früheren Prozessbevollmächtigten der Kläger vom 20. Dezember 2007 beantragen wir, unter Aufhebung der Entscheidung über die Nichtzulassung der Revision im **Urteil** des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts **vom 14. November 2007** (zugestellt am 27. November 2007)

die Revision zuzulassen.

Der

Begründung

der Nichtzulassungsbeschwerde stellen wir zunächst folgende

Inhaltsübersicht

I.	Tragende Erwägungen des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts.....	3
1.	Keine objektiv-rechtliche Verpflichtung zur Grundwasserregulierung	4
a)	Kein Anspruch aus Satzungsrecht in Verbindung mit § 13 WHG	4
b)	Keine Verpflichtung aus § 2 Nr. 8 WVG.....	6
2.	Kein Anspruch nach den Grundsätzen eines öffentlich-rechtlichen Abwehr- oder Folgenbeseitigungsanspruches	6
II.	Zulassungsgründe.....	7
1.	Grundsätzliche Bedeutung (§ 132 II Nr. 1 VwGO).....	8
a)	Rechtlicher Maßstab	8
b)	Anwendung des rechtlichen Maßstabes auf den vorliegenden Fall	8
2.	Verfahrensmangel.....	25
a)	Rechtlicher Maßstab	25
b)	Anwendung auf den vorliegenden Fall.....	25

voran und

führen im Einzelnen wie folgt aus:

Vorbemerkung

Der Ausgang dieses Verfahrens ist nicht nur für die Kläger, sondern für die Bewohner der Elbmarschen von grundsätzlicher Bedeutung. Im **Alten Land** zwischen Elbe und Weser liegt der Grundwasserspiegel auf Höhe NN. Ohne kontinuierliche und planvolle Absenkung des Grundwasserspiegels droht das Gebiet zu versumpfen. Dem trugen in früheren Zeiten bereits die holländischen Siedler Rechnung, indem das Land mit einem engmaschigen¹ System tiefer Gräben trocken gelegt wurde. In den 1960er Jahren wurden diese Gräben dann aus arbeitswirtschaftlichen Gründen durch verrohrte Vorfluter ersetzt. Wie in diesem Verfahren deutlich geworden ist, ist allerdings nicht gesichert, dass die - zwingend erforderliche - Entwässerung durch die Gemeinden wahrgenommen wird. Vielmehr war - und ist - die Grundwasserregulierung eine Aufgabe, die über Jahrzehnte von Wasser- und Bodenverbänden (Dränverbände) ausgeführt worden ist.

Im hiesigen Verfahren geht es - in einem extremen Fall - um die Reichweite der Pflichten dieser Verbände, zugleich auch um die systematische Verortung der Entwässerungsaufgabe im rechtlichen Kontext des Wasserverbandsgesetzes (WVG) und des Was-

¹ Nämlich alle 18 m.

serhaushaltsgesetzes (WHG). Erweist sich die Rechtsauffassung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts als richtig, droht das Gebiet unbewohnbar zu werden. Die Zuweisung der traditionell wasserverbandsgesetzlichen bzw. -wasserhaushaltsrechtlichen Aufgabe der Bodenentwässerung bzw. Grundwasserregulierung an – dezentral und ohne konzeptionelle Rückbindung an die Bewirtschaftungspostulate des Wasserhaushaltsgesetzes² und des Wasserverbandsgesetzes³ agierende – Akteure (hier: Grundstückseigentümer) führte zu einer **Atomisierung** der Aufgabenwahrnehmung und käme einem „Offenbarungseid“ öffentlich-rechtlicher Gewässerbewirtschaftung gleich, der nicht zuletzt vor dem Hintergrund der programmatischen Anforderungen der Wasserrahmenrichtlinie an eine **planvolle Gewässerbewirtschaftung**⁴ aus unserer Sicht nicht hingenommen werden kann.

Zudem ist die Frage aufgeworfen, ob aus den Grundrechten – **hier: dem Eigentumsgrundrecht (Art. 14 GG)** – ein Rechtsanspruch auf konsequentes Verhalten abzuleiten ist, der im hier interessierenden Kontext darauf gerichtet ist, dass sich ein Hoheitsträger (Dränverband) nicht von jahrzehntelang wahrgenommen Aufgaben – zumindest nicht ohne angemessene Übergangszeit oder den Anstoß dem Missstand abhelfender Planungen bzw. Maßnahmen anderer Aufgabenträger – löst.

Dies vorausgeschickt, ist zu den Gründen für die Zulassung der Revision Folgendes darzulegen:

Die Revision ist zuzulassen, da das angegriffene Urteil des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts (zu den wesentlichen Aussagen sogleich I.) Rechtsfragen mit **grundsätzlicher Bedeutung** aufwirft (§ 132 II Nr. 1 VwGO) und an einem durchgreifenden **Verfahrensmangel** leidet ((§ 132 II Nr. 3 VwGO) (zu den Zulassungsgründen anschließend II). Im Einzelnen:

I. Tragende Erwägungen des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts

Das Oberverwaltungsgericht hat die Klage mit dem angegriffenen Urteil abgewiesen. Nach seiner Auffassung ist ein Wasser- und Bodenverband, der nach § 136 I Nr. 2 NWG erlaubnis- bzw. bewilligungsfreie gewöhnliche Bodenentwässerung landwirtschaftlich genutzter Grundstücke betreibt, nicht verpflichtet und ohne eine entsprechende wasserrechtliche Erlaubnis oder Bewilligung auch nicht berechtigt, bei einer späteren Umnutzung ehemals landwirtschaftlich genutzter Flächen Grundstücke mit Wohnbebauung weiterhin zu entwässern. Dies gilt nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts auch dann, wenn der Grundstückseigentümer infolge der bisherigen Wahrnehmung der

² Etwa §§ 1 a I, 18a, 25a ff., 33a WHG; z.B. guter mengenmäßiger Zustand des Grundwassers.

³ Vgl. nur § 1 II 1 WVG.

⁴ Hierzu jüngst Breuer, NuR 2007, 503 ff. (insb. 505 f.).

Entwässerung durch den Verband bei der Bebauung zunächst eine für ihn günstige Grundwassersituation vorgefunden hat.

Im Kern stütze das Oberverwaltungsgericht seine Entscheidung auf folgende Erwägungen: Nach seiner Ansicht bestand schon keine objektiv-rechtliche Verpflichtung des Beklagten zur Regulierung des Grundwasserstandes in nicht zu landwirtschaftlichen Zwecken genutzten Wohngebieten. Eine solche Verpflichtung folge weder aus dem Satzungsrecht der Beklagten noch aus höherrangigem Recht (dazu sogleich 1.), noch aus einem öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch (unten 2.).

1. Keine objektiv-rechtliche Verpflichtung zur Grundwasserregulierung

Eine **objektiv-rechtliche Verpflichtung** des Beklagten zur Grundwasserregulierung/Grundstücksentwässerung in Wohngebieten lässt sich - nach Ansicht des Berufungsgerichts - weder aus dem **Satzungsrecht** der Beklagten in Verbindung mit § 13 WHG (sogleich a)) noch aus dem **Wasserverbandsgesetz** (§ 2 Nr. 8 WVG) ableiten (nachfolgend b)).

a) Kein Anspruch aus Satzungsrecht in Verbindung mit § 13 WHG

Diese Auffassung begründet das Oberverwaltungsgericht mit einem - fragwürdigen - Schluss: Die Beschränkung des Zwecks der vom Beklagten wahrgenommenen Entwässerungsaufgabe auf die landwirtschaftliche Nutzung folge bereits daraus, dass er für eine andere als die übliche Entwässerung zu landwirtschaftlichen Zwecken eine wasserrechtliche Erlaubnis oder Bewilligung benötigen würde. Die in der Satzung des Beklagten übernommenen Aufgaben könnten sich nur im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen bewegen.

Nach der § 13 Satz 1 WHG entsprechenden Regelung des § 19 Satz 1 NWG bedürfen Wasser- und Bodenverbände sowie gemeindliche Zweckverbände auch dann einer Erlaubnis oder einer Bewilligung, wenn sie ein Gewässer im Rahmen ihrer satzungsmäßigen Aufgaben über die nach dem Niedersächsischen Wassergesetz erlaubnisfreie Benutzung hinaus benutzen wollen. Nach Satz 2 dieser Bestimmung, die dem revisiblen § 13 Satz 2 WHG entspricht, gelte dies nur dann nicht, wenn und soweit ein altes Recht oder eine alte Befugnis besteht oder soweit beim Inkrafttreten des Niedersächsischen Wassergesetzes für Einzelvorhaben durch besondere gesetzliche Vorschriften Abweichendes bestimmt ist.

Bei einer Grundwasserabsenkung handele es sich nach § 4 II NWG um eine Gewässerbenutzung i.S.d. § 19 Satz 1 NWG. Auch das Ableiten von Grund-

wasser sei nach § 4 I Nr. 7 NWG eine Gewässerbenutzung. Erlaubnis- und bewilligungsfrei sei nach § 136 I Nr. 2 NWG lediglich das Entnehmen, Zuta-gefördern, Zutageleiten oder das Ableiten von Grundwasser zum Zweck der gewöhnlichen Bodenentwässerung landwirtschaftlich, forstwirtschaftlich oder gärtnerisch genutzter Grundstücke. Ohne Erlaubnis bzw. Bewilligung war der Beklagte nach Ansicht des Berufungsgerichts nach Inkrafttreten des Niedersächsischen Wassergesetzes lediglich zur Ableitung von Grundwasser zum Zwecke der gewöhnlichen Bodenentwässerung landwirtschaftlich genutzter Grundstücke befugt. Der Zusammenhang von §§ 19 und 136 I Nr. 2 NWG (dem entsprechen die revisiblen §§ 13 und 33 I 1 Nr. 2 WHG) sei auch der Grund dafür, dass Dränverbände für ihre Tätigkeit im Allgemeinen eine Erlaubnis oder Bewilligung nicht benötigen⁵.

Eine Erlaubnis- bzw. Bewilligungsfreiheit könne auch nicht aus der Ausnahmeregelung des § 19 Satz 2 NWG (dem entspricht der reversible § 13 Satz 2 WHG) folgen, da das Rohrleitungssystem erst in den sechziger Jahren des vorigen Jahrhunderts geschaffen worden sei („Polderung“) und somit erst nach Inkrafttreten des Niedersächsischen Wassergesetzes, so dass die infolge dieses Systems vorgenommene Entwässerung umfänglich den Vorschriften des Niedersächsischen Wassergesetzes unterfalle.

Ein umfassenderes Verständnis des Satzungsrechts der Beklagten - wie die Kläger es auslegen - scheide deshalb aus. Es würde dazu führen, dass das Aufgabenspektrum des Beklagten nur nach Erteilung einer entsprechenden wasserrechtlichen Erlaubnis oder Bewilligung im Einklang mit geltendem Wasserrecht stehen würde. Dafür, dass der Beklagte sich satzungsgemäß neben der nach § 136 I Nr. 2 NWG erlaubnis- bzw. bewilligungsfreien Gewässerbenutzung auch zu einer weitergehenden Gewässerbenutzung verpflichten wollte, für die er zunächst eine Erlaubnis oder Bewilligung hätte beantragen müssen, sprächen nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts weder tatsächliche noch rechtliche Anhaltspunkte⁶.

An dieser Beurteilung ändere nichts, dass die Kläger und andere Grundstückseigentümer durch die zu landwirtschaftlichen Nutzungszwecken vorgenommene Entwässerung in der Vergangenheit faktisch begünstigt worden seien. Die bei der Errichtung des klägerischen Wohnhauses vorgefun-

⁵ NdsOVG, a.a.O., unter Hinweis auf Czychowski(Reinhardt), Wasserhaushaltsgesetz, 8. Auflage, § 13 Rdnr. 2.

⁶ Das Oberverwaltungsgericht befasst sich freilich nicht einmal im Ansatz mit dem Umstand, dass eine entsprechende **Gestattung** - soweit diese erforderlich gewesen wäre - durch die untere Wasserbehörde ohne weiteres **problemlos erteilt worden wäre**. Dies erst recht vor dem Hintergrund, dass - ob mit oder eine Erlaubnis/Bewilligung - die Grundstücksentwässerung von (auch) dem Wohnen dienenden Grundstücken jahrzehntelang besorgt wurde. Hierauf wird im Zusammenhang mit der Aufklärungsrüge (unten II.2.) zurückzukommen sein.

dene Grundwassersituation kann vielmehr nur als für die Kläger günstiger Nebeneffekt einer ausschließlich landwirtschaftlichen Zwecken dienenden Bodenentwässerung angesehen werden. Diesen Nebeneffekt müsse der Beklagte indes bei Wegfall der landwirtschaftlichen Nutzung in Teilen seines Verbandsgebietes nicht aufrecht erhalten.

Abgesehen von der - ohne Beantragung einer weitergehenden wasserrechtlichen Erlaubnis bzw. Bewilligung - fehlenden Berechtigung des Beklagten zur dauerhaften Regulierung des Grundwasserstandes in Wohngebieten ergebe sich eine Beschränkung der Verbandsaufgaben des Beklagten auf die gewöhnliche Bodenentwässerung landwirtschaftlich genutzter Grundstücke auch aus der tatsächlichen Lage und Dimensionierung der Verbandsanlagen sowie aus der historischen Entwicklung. Der Beklagte habe insoweit nachvollziehbar dargelegt, dass die verrohrten Binnenvorfluter und Dränsammler in den 60-er Jahren des vorigen Jahrhunderts lediglich zur Entwässerung von Obstbauwiesen angelegt worden und an die Stelle von offenen Gräben getreten seien. Auch unter tatsächlichen Gesichtspunkten stelle die Grundwassersituation, die die Kläger beim Bau ihres Wohnhauses vorgefunden haben, daher lediglich einen für sie positiven Nebeneffekt der landwirtschaftlichen Zwecken dienenden Bodenentwässerung dar. Die Tiefe der Verbandsanlagen bestehe in dem Mindestmaß, das für eine landwirtschaftliche Nutzung erforderlich sei.

b) Keine Verpflichtung aus § 2 Nr. 8 WVG

Auch aus **wasserverbandsrechtlichen Bestimmungen** könne eine Verpflichtung des Beklagten zur Entwässerung nicht abgeleitet werden. Zwar zählen nach **§ 2 Nr. 8 WVG** unter anderem technische Maßnahmen zur Bewirtschaftung des Grundwassers zu den Aufgaben eines Wasser- und Bodenverbandes gehören. Unmittelbare Verpflichtungen folgen jedoch aus dieser Regelung nicht. Eine Verpflichtung erwachse für einen Wasser- und Bodenverband vielmehr erst durch satzungsrechtliche Übernahme einer nach § 2 WVG zulässigen Verbandsaufgabe. Eine solche satzungsrechtliche Übernahme durch den Beklagten beschränkte sich indes auf die allein landwirtschaftlichen Zwecken dienende gewöhnliche Bodenentwässerung.

2. Kein Anspruch nach den Grundsätzen eines öffentlich-rechtlichen Abwehr- oder Folgenbeseitigungsanspruches

Mangels einer objektiv-rechtlichen Verpflichtung des Beklagten zur Absenkung des Grundwasserstandes könne nach Auffassung des Obergerichtes

auch kein subjektiv-rechtlicher Anspruch der Kläger aus einem gegen den Beklagten gerichteten öffentlich-rechtlichen Beseitigungsanspruch bestehen.

Im Ausgangspunkt zutreffend erkennt das Oberverwaltungsgericht dass ein öffentlich-rechtlicher (Folgen-)Beseitigungsanspruch voraussetzt, dass durch hoheitliches Handeln in ein Freiheitsgrundrecht - wie etwa das nach Art. 14 GG geschützte Eigentum - eingegriffen wird und dieser Eingriff zu einem fortdauernden rechtswidrigen Zustand führt. Zwar komme ein öffentlich-rechtlicher (Folgen-)Beseitigungsanspruch nicht nur infolge eines aktiven (hoheitlichen) Handelns in Betracht, sondern auch in Fällen des Unterlassens. Dies setze aber voraus, dass für den Hoheitsträger eine Rechtspflicht zum Handeln besteht, was namentlich bei der Verletzung einer Gewässerunterhaltungspflicht bei oberirdischen Gewässern der Fall sein könne⁷.

Ohne sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob sich eine entsprechende Rechtspflicht unter dem Gesichtspunkt der langjährigen tatsächlichen Übernahme der Bodenentwässerung und Grundwasserregulierung und - im Lichte des Art. 14 GG und Art. 20 III GG - des dadurch zurechenbar verursachten Vertrauens der Grundstückseigentümer ergeben kann, die dann auch zu einer Pflicht auf Einholung der - gegebenenfalls erforderlichen - wasserrechtlichen Erlaubnis/Bewilligung führen würde, meint das Oberverwaltungsgericht, dass eine Rechtspflicht des Beklagten zum Handeln zu Gunsten des klägerischen Wohngrundstücks schon auf Grund der bisherigen Erwägungen nicht bestanden habe. Obwohl die verschlechterte Entwässerungssituation auf dem klägerischen Grundstück auch nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts Folge der Einstellung der Bodenentwässerung durch den beklagten Dränverband gewesen sein könne, sei allein ein für die Kläger günstiger Nebeneffekt der ausschließlich landwirtschaftlichen Zwecken dienenden Bodenentwässerung für eine Rechtspflicht des Beklagten zur Entwässerung ihres Wohngrundstücks nicht anzuerkennen. Eine nähere Begründung dessen, bei der die Bedeutung und Tragweite der berührten Grundrechte in den Blick zu nehmen wäre, erfolgt indes nicht.

II. Zulassungsgründe

Die Revision ist wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache gemäß § 132 II Nr. 1 VwGO (dazu sogleich 1.) und wegen eines durchgreifenden Verfahrensmangels gemäß § 132 II Nr. 3 VwGO (unten 2.)) zuzulassen.

⁷ NdsOVG, a.a.O. unter Hinweis auf HessVGH, Urt. v. 26.02.1997 - 7 UE 2907/94 -, NVwZ-RR 1997, 612.

1. Grundsätzliche Bedeutung (§ 132 II Nr. 1 VwGO)

Die **grundsätzliche Bedeutung** ergibt sich im Einzelnen aus folgenden Erwägungen:

a) Rechtlicher Maßstab

Der Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gegeben, wenn an der Beantwortung einer bislang höchstrichterlich ungeklärten und für die Revisionsentscheidung erheblichen Rechtsfrage des revisiblen Rechts ein über den Einzelfall hinausgehendes, allgemeines Interesse besteht und wenn zu erwarten ist, dass die künftige Revisionsentscheidung dazu dienen kann, die Rechtseinheit in ihrem Bestand zu erhalten oder die Weiterentwicklung des Rechts zu fördern⁸.

Die Darlegung der Rechtsgrundsätzlichkeit setzt die Formulierung einer bestimmten, höchstrichterlich noch ungeklärten und für die Revisionsentscheidung erheblichen Rechtsfrage des revisiblen Rechts und außerdem die Angabe voraus, worin die allgemeine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung bestehen soll⁹.

b) Anwendung des rechtlichen Maßstabes auf den vorliegenden Fall

Das Berufungsurteil lässt mehrere entscheidungserhebliche und grundsätzlich bedeutsame Rechtsfragen des revisiblen Bundesrechts ungeklärt.

Die *erste Rechtsfrage* betrifft die **Reichweite der wasserverbandsrechtlichen bzw. wasserhaushaltsrechtlichen Bewirtschaftungspostulate** im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Bodenentwässerungsmaßnahmen (dazu sogleich aa)).

Die *zweite Rechtsfrage* zielt auf die massive Betroffenheit der Grundstückseigentümer in **eigentumsrechtlich geschützten Grundrechtspositionen**; hier geht es um die Bestimmung des Schutzgehaltes des Eigentumsgrundrechts unter Berücksichtigung des durch staatliches Verhalten bewirkten **Vertrauensschutzes** (nachstehend bb)).

Schließlich stellt sich – *drittens* – ganz konkret die Frage nach der Dimension des öffentlich-rechtlichen **Abwehr- bzw. Folgenbeseitigungsanspruches**

⁸ Siehe nur BVerwG, Beschl. v. 2.10.1961 – VIII B 78/61 –, BVerwGE 13, 90 (91 f.).

⁹ BVerwG, Beschl. v. 19.8.1997 – 7 B 261/97 –, NJW 1997, 3328; BVerwG, Fn. 8, BVerwGE 13, 90 (91 f.).

in Bezug auf durch hoheitliches Unterlassen unmittelbar bewirkten Eingriffe (Statusverletzungen) in eigentumsrechtlich geschützte Positionen (abschließend cc)).

- aa) **Rechtsfrage 1:** Wasserverbandsrechtliches bzw. wasserhaushaltsrechtliches **Bewirtschaftungsgebot konsequenten Verhaltens**

Die Klärung der Rechtsfrage:

„Gebietet § 2 Nr. 8 WVG i.V.m. § 1a I 2, 3 und II, 33a WHG in Verbindung mit Art. 20 III GG die Fortsetzung jahrzehntelang wahrgenommener Maßnahmen der Entwässerung von Wohngrundstücken bzw. Regulierung des Grundwasserstandes, wenn die durch Baugenehmigung legalisierte Grundstücksnutzung (Bebauung) im Vertrauen auf die gesicherte Entwässerung realisiert worden ist und nur durch vorherige Grundwasserregulierung überhaupt möglich war?“

welche für die Entscheidung in dem Rechtsstreit *erheblich* und für das Revisionsgericht *klärungsfähig* sowie im Interesse der Rechtsfortbildung auch *klärungsbedürftig* ist, gebietet die Zulassung der Revision.

Die aufgeworfene Rechtsfrage hat sich das Oberverwaltungsgericht selbst im Ansatz gestellt. Es ist allerdings zu der – aus unserer Sicht unzutreffenden – Auffassung gelangt, dass aus wasserverbandsrechtlichen Bestimmungen – insbesondere aus § 2 Nr. 8 WVG – eine Pflicht zur Entwässerung nicht abgeleitet werden könne¹⁰. Das Oberverwaltungsgericht hat immerhin konzidiert, dass nach dieser Vorschrift u.a. technische Maßnahmen zur Bewirtschaftung des Grundwassers zu den Aufgaben eines Wasser- und Bodenverbandes gehören. Es hat aber die – naheliegende – Frage, ob sich aus der jahrzehntelangen Aufgabenwahrnehmung, die auch nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts (mindestens) auch den Nebenzweck der Bodenentwässerung von Wohngrundstücken umfasste, mit Blick auf § 1a I 2 und 3, II und 33a WHG eine Pflicht zur Beibehaltung dieser Aufgabenerfüllung ergibt, nicht geprüft.

Dabei sieht § 1a I 2 WHG vor, dass Gewässer¹¹ so zu bewirtschaften sind, dass sie dem **Wohl der Allgemeinheit** und im Einklang mit ihm

¹⁰ Dazu oben I.1.b).

¹¹ Unter den Begriff „Gewässer“ fällt auch das Oberflächenwasser und das Grundwasser, vgl. § 1 I WHG.

auch dem **Nutzen Einzelner** dienen, vermeidbare Beeinträchtigungen ihrer ökologischen Funktionen und der direkt von ihnen abhängigen Landökosysteme und Feuchtgebiete im Hinblick auf deren Wasserhaushalt unterbleiben und damit insgesamt eine **nachhaltige Entwicklung** gewährleistet wird. Satz 3 dieser Vorschrift gebietet ein hohes Schutzniveau für die in Satz 1 genannten Umweltbestandteile, zu denen auch der Mensch gehört.

§ 1a II WHG ergänzt diese Bewirtschaftungspostulate um eine unmittelbar an die Träger von Aufgaben der Wasserwirtschaft gerichtete **Sorgfaltsverpflichtung**, die sogar über § 1a I WHG hinausgehende Vorsorgepflichten statuiert¹². Jedermann ist verpflichtet, bei *Maßnahmen*, mit denen Einwirkungen auf ein Gewässer verbunden sein können, die nach den Umständen erforderliche Sorgfalt anzuwenden, um eine Verunreinigung des Wassers oder eine **sonstige nachteilige Veränderung seiner Eigenschaften** zu verhüten, um eine mit Rücksicht auf den Wasserhaushalt gebotene sparsame Verwendung des Wassers zu erzielen, um die **Leistungsfähigkeit des Wasserhaushalts** zu erhalten und um eine Vergrößerung und Beschleunigung des Wasserabflusses zu vermeiden.

§ 1a II WHG bezieht sich nicht nur auf Gewässerbewirtschaftungsmaßnahmen im engeren Sinne sondern umfasst – darüber hinaus gehend – **sämtliche zweckgerichtete Verhaltensweisen**, die sich auf die Gewässerbewirtschaftung und die in § 1a I WHG geregelten Bewirtschaftungspostulate auswirkt oder auszuwirken geeignet ist¹³. Ob hierfür eine Erlaubnis oder Bewilligung erforderlich oder die Maßnahme rechtmäßig ist, ist für die aus § 1a II WHG folgende positive Handlungspflicht dagegen nicht maßgebend¹⁴. Es geht dabei auch um Maßnahmen im so genannten „wasserrechtlichen Vorfeld“, wie z.B. die **Grundstücksentwässerung**¹⁵.

Die Frage, ob die in § 1a II i.V.m. § 1a I WGH geregelte Pflicht in Bezug auf die – nach dem feststehenden Sachverhalt: jahrzehntelang – wahrgenommene Aufgabe gemäß § 2 Nr. 8 WVG der Grundstücksentwässerung eine Handlungspflicht (Einleitung der gebotenen Maßnahmen zur Grundwasserabsenkung) oder Unterlassungspflicht (Un-

¹² Vgl. dazu unter Hinweis auf den Vorsorgegrundsatz Reinhardt, in Czychowsky/Reinhardt, WHG-Kommentar, 9. Auflage (2007), Rdnr. 13 zu § 1a.

¹³ Reinhardt, a.a.O., Rdnr. 15 zu § 1a WHG.

¹⁴ So explizit auch Reinhardt, a.a.O., Rdnr. 15 zu § 1a WHG.

¹⁵ Reinhardt, a.a.O., Rdnr. 15 zu § 1a WGH unter Bezugnahme auf OVG Münster, ZfW SH 1986 Nr. 632.

terlassung der Einstellung der grundwasserregulierenden Maßnahmen) zur Folge hat, erlangt im vorliegenden Fall streitentscheidende Bedeutung. Sie verdichtet sich zu der in einem Revisionsverfahren zu klärenden Fragestellung, ob aus den genannten Normen des Wasserhaushaltsrechts und des Wasserverbandsrechts zumindest in der Zusammenschau mit Art. 20 III GG und dem aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitenden Grundsatz **konsistenten bzw. konsequenten Verwaltungshandelns** und dem **Vertrauensschutzgrundsatz** die mit der Klage begehrte Pflicht zur Bodenentwässerung folgt und welche Einschränkungen die Pflicht gegebenenfalls hat.

Immerhin hat das **Bundesverfassungsgericht** die Rechtsfigur des Gebot des konsequenten Verwaltungshandelns bzw. der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung bekanntlich anhand eines Falles herausgearbeitet, in dem eine Gemeinde ein bundesrechtliches Konzept – dort des Abfallrechts – durch eigene satzungsrechtliche bzw. kommunalabgabenrechtliche Konzepte zu konterkarieren drohte¹⁶. Die hier streiterhebliche Konstellation ist durch den Umstand gekennzeichnet, dass wasserwirtschaftliche Vorgaben – in Umsetzung der **Wasserrahmenrichtlinie** – ein **planvolles Agieren** sämtlicher Hoheitsträger in Bezug auf die Bewirtschaftung des Oberflächen- und Grundwassers gebieten (Bewirtschaftungspläne, Maßnahmenprogramme) und die schrittweise Verbesserung des Zustandes (§§ 25a, 33a WHG) sowie bereits gegenwärtig die Verschlechterung des *Status quo* verhindern sollen¹⁷. Das angegriffene Urteil erlaubte den Dränverbänden – wenn es Bestand hätte – gleichsam nach dem Motto „*nach uns die Sintflut*“ – das Bild hat aus Sicht der Betroffenen leider eine tragische Berechtigung (!) – diese bundesrechtlich vorgeprägte, europarechtlich geforderte Konzeption zu konterkarieren. Der Rückzug der öffentlich-rechtlichen Aufgabenträger führt nämlich dazu, dass die betroffenen Grundeigentümer mit dem wasserwirtschaftlichen Problem „allein gelassen“ werden, ohne dass sichergestellt ist, dass sich andere Aufgabenträger dieser Aufgabe annehmen. Dass dies nicht in Übereinstimmung mit dem Gebot einer allgemeinwohlverträglichen, vorsorgenden und planvoll-gesteuerten Gewässerbewirtschaftung in Übereinstimmung zu bringen ist, liegt auf der Hand. Die Lösung des Problems ist

¹⁶ BVerfGE 98, 106, 120 ff. – Kommunale Verpackungssteuer; hierzu – aus dem Kreise früherer Richter am BVerwG – statt vieler Sendler, NJW 1998, 2875 und NJ 1998, 365 und Berkemann, JR 1999, 9 ff.; lesenswert auch Gädeke, in: Brinktrine (Hrsg.), Alte und neue Streitfragen im Bau- Umwelt- und Telekommunikationsrecht (2000), 95 ff.

¹⁷ Ausführlich dazu Gellermann, DVBl. 2007, 1577 ff.

nur infolge eines Revisionsverfahrens denkbar, in dem die Grundsatzfrage geklärt wird.

Die Beantwortung dieser Fragen(n) ist auch durch Auslegung des **revisiblen Bundesrechts** – nämlich des § 1a WHG, des § 2 Nr. 8 WVG und der Art. 14, 20 III GG – möglich, die Frage somit klärungsfähig.

Ebenso besteht ein Bedürfnis für eine revisionsgerichtliche Klärung. Es ist bereits ausgeführt worden, dass über die Parteien dieses Rechtsstreits hinaus ein **überindividuelles Interesse** an der Beantwortung der aufgeworfenen Frage(n) besteht. Der Verfahrensausgang wird zudem auch von anderen Wasser- und Bodenverbänden mit Interesse verfolgt. Ein Revisionsverfahren könnte Aufschluss über die Reichweite der den auf wasserverbandsgesetzlicher oder sondergesetzlicher Grundlage handelnden Verbänden obliegenden Aufgaben geben. Zudem sind die angesprochenen Fragen – zumindest strukturell – auch für Grundstückseigentümer von Interesse, deren Grundstücke dem Grundwasseranstieg im Zusammenhang mit der Einstellung bergbaulicher Tätigkeiten ausgesetzt sind¹⁸.

Soweit ersichtlich, hatte das **Bundesverwaltungsgericht** – über seine Rechtsprechung zur spezifisch bergrechtlichen Nachsorge¹⁹ hinaus – bislang noch keine Gelegenheit, sich rechtsgrundsätzlich zu dem sich auch außerhalb des Bergrechts stellenden Fragenkomplex der Verantwortlichkeit des eines grundwasserregulierenden Wasserverbandes zu äußern. Auch in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung ist der Komplex der staatlichen Pflichten zur Grundstücksentwässerung bzw. Grundwasserregulierung bislang nur selten behandelt worden²⁰. Meist ging es auch nicht um den im hiesigen Verfahren streitgegenständlichen *Primäranspruch* (Pflicht der Behörde²¹ zur Grundwasserregulie-

¹⁸ Hierzu – allgemein für die Vernässung infolge aufsteigenden Grundwassers – jüngst Hellriegel, NuR 2007, 728 ff.; mit Blick auf bergrechtliche Aspekte des Wasseranstiegs Kühne, DVBl. 2006, 1219 ff. und Beyer, Die Verantwortung für Gefahren bei der Überplanung und Bebauung risikobehafteter Flächen unter besonderer Berücksichtigung wieder eintretender flurnaher Grundwasserstände infolge der Stilllegung von Bergbaubetrieben (2005).

¹⁹ Vgl. dazu etwa die Rammelsberg-Entscheidung, Urt. v. 9.11.1995, – 4 C 25.94 –, BVerwGE 100, 31.

²⁰ Das VG Berlin behandelte – in einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes – 1999 einen Fall, in dem es zu Gebäudeschäden gekommen war, nachdem ein Wasserwerk seine Grundwasserförderung eingestellt hatte und in der Folge das Grundwasser angestiegen war, VG Berlin, Urt. v. 22.7.1999 – 1 A 1116.99 – (zitiert nach juris); hierzu Hellriegel, NuR 2007, 728 (729 f.). Nach Ansicht des VG Berlin ergab sich weder aus § 1004 BGB (analog) noch § 1a WHG (a.F.) und ebenso wenig aus einteignungsgleichem Eingriff ein Primäranspruch auf Grundwasserförderungsmaßnahmen; ähnlich VG Düsseldorf, Urt. v. 3.4.2001 – 18 L 608/01 –.

²¹ Primäransprüche gegen Bergbauunternehmen behandelt immerhin das VG Halle/Saale, Urt. v. 2.3.2006 – 3 A 35/04 HAL –; hierzu Hellriegel, NuR 2007, 728 (730 f.).

zung/Grundstücksentwässerung), sondern um *Sekundäransprüche* (Schadensersatz aus Amtshaftung)²². Eine höchstrichterliche Klärung, ob die Risikoverteilung tatsächlich – wie von den Instanzgerichten offenbar angenommen – ausschließlich zu Lasten des Grundeigentümers besteht und gleichsam Folge der „Situationsgebundenheit“ des Eigentums sind, steht in Bezug auf die oben angesprochenen grundlegenden Aufgaben bzw. Schutzpflichten wasserwirtschaftlicher Normen des Bundesrechts indessen aus. Sie kann aus Anlass dieses Verfahrens durch das Bundesverwaltungsgericht erfolgen.

Dies ist aus unserer Sicht auch deshalb angezeigt, da die – etwa vom **Verwaltungsgericht Berlin** und dem Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht im hiesigen Verfahren vertretene – Rechtsauffassung vom fehlenden Schutzanspruch *qua* *Situationsgebundenheit* mit Blick auf Art. 14 I 1 GG und Art. 20 III GG als zu undifferenziert erscheint. Der Topos der Situationsgebundenheit diene in der älteren – mit „Schwellentheorien“ bzw. einem „Umschlagen“ von Eigentumsbindungen in nicht zu duldennde Enteignungen operierenden – Rechtsprechung als Abgrenzungskriterium zwischen verhältnismäßigen (rechtmäßigen) Ausgestaltungen des Eigentums und rechtswidrigen Enteignungen. Es erscheint zweifelhaft, ob dieser Topos im Sinne der seit dem *Nassauskiesungsbeschluss* des Bundesverfassungsgerichts neu justierten Eigentumsdogmatik geeignet ist, etwas für die hier vorzunehmende Wertung im Rahmen der gesetzlichen Inhalts- und Schrankenbestimmungen auszutragen.

Zudem besteht ein innerer Widerspruch zwischen der referierten Auffassung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts im angegriffenen Urteil und des Verwaltungsgericht Berlin²³ – einerseits – und – andererseits – der Rechtsprechung etwa des **Hessischen Verwaltungsgerichtshofes** zur Pflichtenbindung des **Gewässerunterhaltungspflichtigen**²⁴. Obwohl nach Auffassung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes grundsätzlich kein Rechtsanspruch auf Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Gewässerunterhaltungspflicht besteht, hat der Grundstückseigentümer einen grundrechtlichen Abwehranspruch gegen den Unterhaltungspflichtigen (gegen das Unterlassen von notwendigen Maßnahmen). Führt die Verletzung der Unterhaltungspflicht zu einem Eingriff in das durch Art. 14 I GG geschützte Eigentumsrecht eines Dritten, so hat der Dritte einen öffentlich-

²² OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.12.2002 – 18 U 88/02 –; BGH, Beschl. v. 29.4.2004 – III ZR 31/03 –.

²³ Oben Fn. 18.

²⁴ HessVGH, Urt. v. 26.2.1997 – 7 UE 2907/94 –, NVwZ-RR 1997, 612 ff. (ZfW 1998, (326)).

rechtlichen Beseitigungsanspruch gegen den Unterhaltungspflichtigen gemäß § 1004 BGB (analog). Der Hessische Verwaltungsgerichtshof verurteilte den Unterhaltungspflichtigen in Anwendung dieser Grundsätze in der zitierten Entscheidung zur Vornahme von Befestigungsmaßnahmen an einer Ufermauer. Auch hier hätte – gegen den Anspruch des Grundeigentümers – mit der „Situationsgebundenheit“ des Eigentums argumentiert werden können. Auch in dem vom Hessischen Verwaltungsgerichtshof zu entscheidenden Fall ging es letztlich um einen Kausalverlauf der durch das Unterlassen von Maßnahmen und im übrigen natürliche – am Gewässer typische – Geschehensabläufe gekennzeichnet war. Wenn derjenige, der eine Unterhaltungsmaßnahme zwar nicht durchsetzen kann, zumindest verlangen kann, durch **Unterlassen** nicht in Eigentumsrechten verletzt zu werden, muss dies auch für den von Grundwasseranstieg Betroffenen im Verhältnis zu demjenigen, der den Grundwasserstand reguliert hat, zumindest dann gelten, wenn diese Aufgabe zuvor jahrzehntelang wahrgenommen worden war und die Eigentümerdispositionen in dem berechtigten Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit der vom hier beklagten Wasserverband wahrgenommene Aufgabenerfüllung getroffen und die Bebauung schließlich bauaufsichtlich auf der Grundlage einer Bauleitplanung, der der beklagte Wasserverband offensichtlich nicht entgegengetreten ist, genehmigt worden sind.

- bb) **Rechtsfrage 2:** Reichweite des Eigentumsgrundrechts im Hinblick auf die (übergangslose) Einstellung jahrzehntelang ausgeübter Bodenentwässerungsmaßnahmen

Selbst wenn die soeben behandelte Rechtsfrage 1 – entgegen unserer Auffassung – nicht bereits die Zulassung der Revision rechtfertigen würde, ist dies jedenfalls zur Klärung der Rechtsfrage 2 angezeigt:

„2.1: Steht das Eigentumsgrundrecht (Art. 14 GG) der Einstellung von – zuvor jahrzehntelang wahrgenommener – Entwässerungsmaßnahmen entgegen, wenn ein Grundstückseigentümer (1.) legal auf der Grundlage einer Baugebietsausweisung durch Bebauungsplan, dem der gewässerregulierende öffentliche Aufgabenträger nicht wirkungsvoll entgegengetreten war und (2.) im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit und Fortführung der Grundstücksentwässerung durch einen Wasser- und Bodenverband erhebliche bauliche Investitionen getätigt hat?

Vorsorglich: 2.2: Ist der abrupte Ausstieg aus der Aufgabenwahrnehmung ohne Schutzmaßnahmen, Entschädigung oder sonstigen Verhältnismäßigkeitsausgleich und ohne weiträumige Übergangszeit rechtmäßig?"

Mit den vorstehend formulierten Rechtsfragen ist die Frage nach der Reichweite der grundrechtlich geschützten **Eigentumsgarantie** - hier: in ihrer Ausprägung als **Bestandsgarantie** - aufgeworfen. Wer im Vertrauen auf die Inhalt und Schranken des Eigentums gestaltende Rechtsordnung auf legale Weise Eigentumsrechte begründet hat, kann grundsätzlich darauf vertrauen, dass ihm das Geschaffene nicht von staatlicher Seite entschädigungslos wieder entzogen oder in seinem Substanzwert geschmälert wird²⁵. Der Schutzgehalt des Eigentumsgrundrechts ist im vorliegenden Fall in Bezug auf staatliches Unterlassen, was - durch natürlich ansteigendes Grundwasser - zu Eingriffen in die Substanz des Grundeigentums (hier: Gebäudesubstanz) führt, zu bestimmen. Diese Frage stellt sich - zum einen - bei der Auslegung der „einfachgesetzlichen“ Vorschriften des Wasserhaushaltsrechts, des Wasserverbandsgesetzes und des Satzungsrechts des Beklagten (dazu bereits aa)) aber - auch darüber hinausgreifend - beim subsidiären Rückgriff auf grundrechtliche Schutzgehalte bei der vom Niedersächsischen Obergericht erwogenen Heranziehung des Instituts des öffentlich-rechtlichen Abwehr- oder Folgenbeseitigungsanspruchs.

Diese Fragen sind *entscheidungserheblich*, da - falls unsere Rechtauffassung sich als zutreffend erweist - dies dazu führt, dass der Kläger einen Anspruch auf Unterlassung rechtswidriger Eingriffe (durch Unterlassen), zumindest aber Schutzmaßnahmen zur Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit oder Fortsetzung grundwasserregulierender Maßnahmen für eine Übergangszeit hat.

Im Kern dürfte dies auch der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu den - spezialgesetzlich geregelten - **bergrechtlichen Nachsorgepflichten** gegenüber schweren Eigentumsbeeinträchtigungen und Gemeenschäden entsprechen²⁶. Es ist freilich ungeklärt bzw.

²⁵ Vgl. hierzu etwa Oldiges, in Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Auflage (1999), Kapitel IV, Rdnr. 33; referierend Götze, in Brinktrine (Hrsg.), Alte und neue Streitfragen im Bau-, Umwelt- und Technikrecht (2000), 33 ff. (45).

²⁶ Vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 9.11.1995 - 4 C 25.94 - BVerwGE 100, 31 ff. - Rammelsberg und BVerwG, Urt. v. 16.3.1989 - 4 C 36.85 -, BVerwGE 81, 329 ff. - Moers-Kapellen, zum Ganzen Kühne, DVBl. 2006, 1219 (1220).

zumindest klarstellungbedürftig, ob diese für bergrechtliche Nachsorgeverpflichtungen im Fall der Betriebseinstellung entwickelten Grundsätze auch auf die hier vorliegende wasserrechtliche Konstellation übertragbar sind. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass auch der Bergbautreibende die Grundwasserabsenkungen gleichsam kraft eigenen bergbauunternehmerischer Entscheidung vornimmt und insofern gewisse Parallelen zur hier vorliegenden Fallgestaltung, wo nach den Feststellungen des Berufungsgerichts Grundwasserregulierung aus landwirtschaftlichen- oder obstbaulichen (Haupt-)zwecken erfolgte, aufweist. Die vom Kläger bislang hinzunehmenden Vernäsungsschäden sind unmittelbar mit dem „Betriebsrisiko“ des beklagten Wasser- und Bodenverbandes verbunden. Der vorliegende Fall bietet Anlass und Gelegenheit, hierzu in einem Revisionsverfahren die erforderlichen Rechtsgrundsätze herauszuarbeiten.

Die Frage, ob sich ein Wasser- und Bodenverband durch die langjährige faktische Übernahme einer öffentlichen Aufgabe bindet, kann vom Revisionsgericht in abstrakt-rechtlicher Form beantwortet werden. Der beklagte Wasser- und Bodenverband ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Als solche muss sie sich am Maßstab von **Art. 14 GG** und **Art. 20 III GG** messen lassen. Zentrales Element des Rechtsstaatsprinzips und des Eigentumsgrundrechts ist die **Berechenbarkeit des hoheitlichen Handelns** für den Bürger. Dieser kann von seinen Rechten dann Gebrauch machen, wenn er sich auf das Verhalten des Hoheitsträgers einstellen und entsprechend rechtzeitig disponieren kann. Eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die Aufgaben im öffentlichen Interesse wahrnimmt, muss gemessen an diesem Grundsatz bei einer wesentlichen Änderung ihrer Tätigkeit - wenn diese überhaupt, gerechtfertigt durch wichtige Allgemeinwohlbelange, möglich ist - mittelfristige **Übergangsmaßnahmen** durchführen, um unverhältnismäßige Auswirkungen auf die Rechtspositionen betroffener Bürger abzumildern und diesen ein Einstellen auf die neue Situation zu ermöglichen. Dies gilt unabhängig davon, ob die tatsächlich wahrgenommene, im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe auch einer entsprechenden rechtlichen Pflicht zu ihrer Wahrnehmung entsprochen hat. Auch bloß **faktisches Hoheitshandeln** kann sich, insbesondere, wenn ein Jahrzehnte überdauerndes, Vertrauen in die Rechtmäßigkeit des Zustands erweckendes Zeitmoment hinzutritt, auf konkrete Rechtspositionen des Bürgers auswirken. Dies wird auch im Fall der Grundwasserabsenkung durch den beklagten Dränverband deutlich.

Das klägerische Grundstück hat, selbst wenn man der Auffassung des Berufungsgerichts zu Grunde legt, im Sinne eines Nebenzwecks von der Tätigkeit des Dränverbandes profitiert. Diese Auswirkungen haben sich indes nicht in bloßen Nutzbarkeitsschwankungen erschöpft, die mit Rechtspositionen im Allgemeinen und mit Grundstücken im Besonderen regelmäßig verbunden sind. Durch die Tätigkeit des Dränverbandes ist das klägerische Grundstück vielmehr über Jahrzehnte vor den Auswirkungen des natürlichen Grundwasserpegels bewahrt und bewohnbar gehalten worden. Dieser faktische Umstand war nicht nur die Grundlage für den persönlichen Nutzwert des Grundstücks für den Kläger, sondern auch für den Nutzwert des Grundstückseigentums und die Erwerbsentscheidung selbst.

Die bloße Gefahr eines wieder ansteigenden Grundwasserpegels wirkt sich auf den aktuellen Nutzwert eines Grundstücks weniger aus, als der tatsächliche Eintritt dieser Gefahr. Bei objektiver Betrachtung wird also das Grundstückseigentum durch die externe Veränderung der Entwässerungssituation in seiner Ausübung tatsächlich verkürzt. Für einen **Grundrechtseingriff** genügt es, wenn diese Verkürzung auf eine der öffentlichen Gewalt zurechenbare, auch bloß mittelbare Maßnahme zurückzuführen ist und das Maß einer als sozialadäquat einzustufenden bloßen Beeinträchtigung übersteigt.²⁷ Diese Beeinträchtigungsgrenze ist bei einem Hausgrundstück überschritten, wenn einst nutzbare Kellerräume überschwemmt werden und der ansteigende Grundwasserpegel außerdem zu einer Versumpfung von Gartenanlagen und Wegen führt.

Der Hoheitsträger muss nach Art. 20 III GG in Verbindung mit den Grundrechten, selbst wenn er diesbezüglich keiner „einfachrechtlichen“ Pflicht ausgesetzt sein sollte (dazu oben II.1.b)aa)), ein solches lang anhaltend faktisch begünstigendes Verhalten jedenfalls solange aufrecht erhalten, dass sich die betroffenen Bürger auf eine Umstellung einrichten können. Die abrupte Einstellung wäre unverhältnismäßig.

Vorliegend ergibt sich diese Pflicht zur Schadensvermeidung indes auch mittelbar aus dem einfachen Recht. So enthält **§ 7 Satz 1 BauGB** den Rechtsgedanken, dass öffentliche Planungsträger in ihrer Planung an Entscheidungen im Flächennutzungsplan gebunden sind, wenn sie an dessen Erarbeitung beteiligt worden sind

²⁷ BVerfGE 66, 39 (60), BVerwG NJW 1991, 1766 f.; Gusy, NJW 2000, 977, 982.

und ihm nicht widersprochen haben. Der beklagte Dränverband ist den Baugebietsausweisungen durch die Gemeinde nicht entgegengetreten. In entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens des § 7 BauGB kann sich der Beklagte nicht ohne Weiteres (insbesondere Schutzmaßnahmen etc.) von der faktisch wahrgenommenen Aufgabe, die Grundlage der bauleitplanerischen Ausweisung gewesen sein dürfte, lösen. Ferner hat der beklagte Wasser- und Bodenverband nach außen den Schein begründet, rechtlich für die Grundwasserabsenkung auch für Wohngrundstücke verantwortlich zu sein und damit Vertrauen der Grundstückseigentümer im Verbandsgebiet begründet. Dies ergibt sich - nach den bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts - zum einen aus seiner Verbandssatzung, die bis zu ihrer Änderung im Jahre 2000 **keinerlei Einschränkungen** des Aufgabenbereichs auf landwirtschaftliche Zwecke beinhaltete, sondern vielmehr ausdrücklich die Verbandsaufgabe „**Schutz von Grundstücken**“ vorsah. Zum anderen befanden sich auch die vom Verband unterhaltenen Entwässerungsanlagen nach wie vor auch in Wohngebieten und wurden trotz ihrer teilweisen Überbauung ab dem Jahre 1986 in ihrer Funktion vom Verband aufrecht erhalten. Der Beklagte hat durch sein Verhalten in zurechenbarer Weise die Gefahr geschaffen, dass die öffentliche Entwässerung von Wohngrundstücken in seinem Verbandsgebiet von keinem anderen Planungsträger übernommen worden ist. Ihn muss daher auch die Verantwortung für diesen Aufgabenbereich treffen, mit der Folge, dass ihm ein Rückzug ohne ausreichende Übergangsmaßnahmen im öffentlichen Interesse und aus Gründen der Verhältnismäßigkeit verwehrt ist.

Die Beantwortung der Rechtsfragen ist revisionsgerichtlich möglich, da die hierzu erforderlichen Rechtsvorschriften solche des Bundesrechts sind (Art. 14 I, 20 III GG, ergänzend gegebenenfalls Vorschriften des Wasserhaushaltsgesetzes und des Wasserverbandsgesetzes). Zur Klärungsbedürftigkeit kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen zur überindividuellen Bedeutung der Klärung der aufgeworfenen Fragen verwiesen werden.

- cc) **Rechtsfrage 3:** Bestehen und Reichweite eines öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruches gegen einen Wasser- und Bodenverband auf Grund jahrzehntelanger Vornahme von Grundwasserabsenkungsmaßnahmen

Der Rechtsstreit wirft weiterhin die Frage auf, ob sich ein Wasserverband unabhängig vom Umfang seiner satzungsmäßig übernommenen

Pflichten allein oder in Zusammenschau mit § 2 Nr. 8 WVG und § 1a I, II WHG durch die langjährige faktische Übernahme einer öffentlichen Aufgabe bindet und - etwa die in § 1a II WHG verortete **Vorsorgepflicht** - eine im Haftungstatbestand des öffentlich- rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch hinreichende **Rechtspflicht zur Eingriffsvermeidung** generiert. Diese Frage ergibt sich vor dem Hintergrund der - durch das Oberverwaltungsgericht festgestellten - besonderen Fallkonstellation, dass der beklagte Dränverband seit 1913 entwässernd sowohl auf landwirtschaftlich genutzten Flächen als auch auf solchen mit Wohnbebauung tätig ist und erst im Jahr 2000 die Entwässerung von Wohngrundstücken als Verbandsaufgabe aufgegeben hat, wobei ungeklärt ist, ob die Satzungsänderung tatsächlich rechtswirksam geworden ist.

Klärungsbedürftig sind deshalb die Frage(n):

„**3.1.** Kann qualifiziertes hoheitliches Unterlassen einen Folgenbeseitigungsanspruch begründen und welche Anforderungen sind an die haftungsbegründenden Umstände zu stellen, wenn keine ausdrücklich positiviert Leistungspflicht besteht, das Unterlassen aber unmittelbar eine Eigentumsverletzung (Statusverletzung) zur Folge hat? **3.2.** Besteht ein auf Vornahme konkreter Entwässerungsmaßnahmen gerichteter öffentlich-rechtlicher Abwehr- der Folgenbeseitigungsanspruch eines Grundstückseigentümers aus § 1004 (analog) i.V.m. Art. 14 GG und aus § 1a II WHG, dem Rechtsgedanken der „Ingerenz“ bzw. der zurechenbaren Schaffung eines Vertrauenstatbestandes (Art. 20 III GG), wenn ein Wasser- und Bodenverband (Dränverband) über Jahrzehnte hinweg den Grundwasserstand reguliert hat?“

Das Oberverwaltungsgericht ist davon ausgegangen, dass ein **öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch** auf Vornahme von Regulierungsmaßnahmen zwar grundsätzlich in Betracht komme, jedoch daran scheitere, dass keine **objektive Pflicht** zur Wahrnehmung der vom Kläger geforderten Entwässerung seines Grundstücks besteht.

Dabei ist schon im Ausgangspunkt unklar, ob der Folgenbeseitigungsanspruch seiner Struktur und seinem Schutzanspruch nach, überhaupt geeignet ist, hoheitliches Unterlassen als anspruchsbegründende Voraussetzung aufzunehmen. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies - ohne diese Frage näher zu strukturieren - unter anderem in der

Bardepot-Entscheidung²⁸ für möglich gehalten, hat im Schrifttum jedoch auch deutliche Kritik erfahren²⁹. Auch wenn das Niedersächsische Obergerverwaltungsgericht einen Folgenbeseitigungsanspruch in dieser Konstellation erwogen hat, bleibt festzuhalten, dass die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts jedenfalls *präzisierungsfähig* ist und eine Klarstellung hierzu im Interesse der Rechtssicherheit *erforderlich* erscheint.

Das Obergerverwaltungsgericht hat das Erfordernis und Vorliegen einer objektiven Leistungspflicht in der Fallgruppe des Folgenbeseitigungsanspruchs zur Restitution von Statuseingriffen selbst als *entscheidungserheblich* angesehen, jedoch mangels vorhandener Regelbildung durch das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf die hier streitgegenständliche Frage im Ergebnis und von der Begründung her unzutreffend entschieden. Das Obergerverwaltungsgericht hat verkannt, dass die Kläger nicht die Herstellung eines Zustandes begehren, den sie vorher nicht inne hatten³⁰. Sie beehrten die Herstellung eines (zuvor jahrzehntelang gewährleisteten) Zustandes, der die Restitution der eingetretenen Statusverletzungen (Eigentumsverletzungen) bewirkt. Richtigerweise kommt es somit auf die Benennung einer hoheitlichen **Unterlassungspflicht** an, die sich hier nach unserer Auffassung aus Art. 14 I GG und Art. 20 III GG, jedoch auch „einfachrechtlich“ aus § 1a II i.V.m. §§ 1a I 2, 3 und 33a WHG ergibt. Ob subsidiär der Rechtsgedanke der so genannten **Ingerenz** oder der **freiwilligen Übernahme von Vermögenssorge** auch im Öffentlichen Recht (hier: im Zusammenhang mit einem öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch) Platz greift, ist ebenfalls – soweit ersichtlich – revisionsgerichtlich noch ungeklärt.

Selbst unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts (Erfordernis einer objektiven Rechtspflicht) kommt es darauf an, ob sich eine Pflicht (des Beklagten) aus Art. 14 I GG bzw. § 1a II i.V.m. §§ 1a I, 33a WHG – oder gleichsam dem Rechtsgedanken der „Ingerenz“ beziehungsweise der faktischen Übernahme einer Art Garantenstellung qua Vermögenssorge – ergeben kann, wenn die Einstellung der Bodenentwässerung unmittelbar zu einem Eingriff in das

²⁸ BVerwGE, Urt. v. 19.7.1984 – 3 C 81/82 –, BVerwGE 69, 366.

²⁹ Vgl. nur Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4. Auflage (1991) in Bezug auf die Rechtsprechung des BVerwG zum Folgenbeseitigungsanspruch bei hoheitlichem Unterlassen: „undifferenzierte und nicht weiter ausgeführte Bemerkung“, § 37 1b) m.w.Nachw.

³⁰ So aber z.B. in den Fällen, die BVerwGE 28, 155 und VGH Mannheim, JZ 1984, 999 zu Grunde lagen; hierzu Ossenbühl, a.a.O., § 37 1b).

Eigentum Dritter – hier: des Klägers und weiterer Betroffener – führt. Die Bejahung der von uns formulierten Frage würde dem Kläger zu einem öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch verhelfen, da die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen (dauerhafter Eingriff, Rechtswidrigkeit und Zumutbarkeit der Folgenbeseitigung) vorliegen bzw. durch die positive Beantwortung der aufgeworfenen Frage präjudiziert wären.

In diese Richtung gehen die Erwägungen des 4. Senats des Bundesverwaltungsgerichts in seiner Entscheidung vom 14. Dezember 1973³¹. In der Entscheidung, die freilich die Verletzung einer **Gewässerunterhaltungspflicht** betrifft, und wohl nicht unmittelbar auf die hier in Rede stehende Konstellation übertragbar ist, heißt es:

„Danach ergibt sich – insoweit in Übereinstimmung mit dem angefochtenen Urteil –, daß das vom Kläger verfolgte Begehren im vorliegenden Verfahren nicht mit Erfolg – unmittelbar – auf wasserrechtliche Vorschriften gestützt werden kann: Im Hinblick auf die von ihm behaupteten Verletzung der wasserrechtlichen Unterhaltungspflicht durch die Beklagte fehlt es an einem dieser Pflicht korrespondierenden Erfüllungsanspruch des Bürgers; im Hinblick auf mögliche Ansprüche im Zusammenhang mit etwaigen über die Unterhaltung hinausgehenden Ausbaumaßnahmen fehlt es – jedenfalls – an der Passivlegitimation der Beklagten. (...) Ungeachtet des Umstandes, daß das Wasserrecht im Zusammenhang mit seinen Regelungen über die Unterhaltungspflicht Dritten eine subjektiv-öffentliche Berechtigung nicht einräumt, ist eine Verletzung von Rechten des Klägers hier nicht auszuschließen, weil und soweit er geltend macht, daß die Verletzung der Unterhaltungspflicht durch die Beklagte zu einem Eingriff in sein durch Artikel 14 I GG geschütztes Eigentumsrecht führe. Soweit nämlich das Klagebegehren unter diesem Gesichtspunkt gewürdigt wird, zeigt sich, daß es in Wirklichkeit nicht auf die Erfüllung der Unterhaltungspflicht schlechthin oder auf die Erfüllung der Unterhaltungspflicht in einer bestimmten Weise gerichtet ist, **sondern auf die Abwehr eines Eingriffs in das Eigentum. Die Anknüpfung an die der Beklagten obliegende und von ihr angeblich verletzte wasserrechtliche Unterhaltungspflicht ist aus dieser**

³¹ BVerwG, Urt. v. 14.12.1973 – IV C 50.71 –, BVerwGE 44, 235 ff. – Beseitigungsanspruch bei Verletzung einer wasserrechtlichen Unterlassungspflicht.

Sicht von rechtserheblicher Bedeutung nur insofern, als mit ihr die Ursache der Eigentumsverletzung und - ihr folgend - die öffentlich-rechtliche Qualität des Eingriffs bezeichnet werden. Rechtliche Grundlage des erhobenen Anspruches aber ist das verfassungsrechtlich geschützte **Eigentumsrecht selbst**; auf die - nach den vorausgegangenen Ausführungen eine subjektive Berechtigung nicht vermittelnden - Vorschriften des Wasserrechts zur Unterhaltungspflicht kommt es daher insofern nicht an. (...) Der erkennende Senat hat wiederholt, (...) hervorgehoben, daß das öffentliche Recht das Eigentum in öffentlich-rechtlicher Richtung nicht minder schützt, als es das private Recht gegenüber Angriffen aus dem privaten Bereich tut. Es gewährt ebenfalls Abwehr- und (Folgen-)Beseitigungsansprüche, die in dem jeweils angegriffenen Rechtsgut und seinem öffentlich-rechtlichen Schutz ihre Grundlage finden, also, soweit es sich bei diesem Rechtsgut um das Eigentum handelt, Ansprüche „aus Eigentum“ sind. Auf Erwägungen dieser Art beruht letzten Endes auch die Rechtsprechung des Senats zum öffentlich-rechtlichen Nachbarschutz im Zusammenhang mit der Verletzung solcher Vorschriften des Baurechts und - daran anschließend - des Wasserrechts, die ihrerseits nicht von eigenem nachbarschützendem Gehalt sind: Ungeachtet des Fehlens einer zugunsten Dritter wirkenden Schutznorm des einfachen Rechts können für den Nachbarn Abwehrrechte dann entstehen, wenn die rechtswidrige Entscheidung der Behörde oder deren Ausnutzung durch den Begünstigten den Nachbarn in seinem durch Art. 14 GG geschützten Eigentum verletzen (...)“³²

Insofern stellt sich hier im Zusammenhang mit der Eingriffsqualität bzw. der vom Berufungsgericht für ein „qualifiziertes Unterlassen“ geforderten **Rechtspflicht** zum Handeln die Frage, ob sich diese - gleichsam auf der Linie der vorstehend zitierten Entscheidung - auch unabhängig vom Satzungsrecht und § 2 Nr. 8 WVG bzw. § 1a I, II WHG (zu der hieraus abzuleitenden Vorsorgepflicht bereits oben II.1.) auch auf Grund **vertrauensbegründenden Vorverhaltens** ergeben kann. Dies ist aus unserer Sicht zu bejahen, bedarf aber der rechtsgrundsätzlichen Klärung in einem Revisionsverfahren.

³² BVerwG, wie vorstehend, a.a.O., juris-Rdnr. 16 f.; Hervorhebungen nicht im Original.

In anderen Rechtsgebieten – etwa im Strafrecht – ist anerkannt, dass sich eine Rechtspflicht zum Handeln bei so genannten unechten Unterlassungsdelikten auch wegen vorherigen gefahr begründenden Verhaltens (Ingerenz)³³ oder selbst übernommener Vermögenssorge (Beschützer- oder Überwachungsgarant)³⁴ ergeben kann. Einer positivierten Rechtspflicht zum Handeln bedarf es dabei nicht.

In der vorliegenden Konstellation sind strukturelle Ähnlichkeiten zur Situation der **Ingerenz** zumindest dann nicht fern liegend, wenn die Rechtsauffassung des Niedersächsischen Obergerichtspräsidenten zuträfe, der Beklagte also über Jahre hinweg – seit Inkrafttreten des Niedersächsischen Wasserhaushaltsgesetzes – ohne Erlaubnis oder Bewilligung die Entwässerung von Wohngrundstücken besorgt hätte. Ersichtlich weist die Fallgestaltung, um die es hier geht, noch stärkere Ähnlichkeiten zur Garantenstellung durch **(freiwillige) Übernahme von Schutz- und Beistandspflichten** auf. Aus der freiwilligen Übernahme von Schutz-, Beistands- oder Verkehrssicherungspflichten können sich Schutzpflichten für Rechtsgüter Dritte ergeben. Dies gilt selbst dann, wenn etwa die zivilrechtliche Grundlage ungültig wäre. Aus Sicht der strafrechtlichen Dogmatik ist nicht die zivilrechtliche Gültigkeit der vertraglichen Vereinbarung entscheidend, sondern die *faktische Übernahme* der betreffenden (Schutz-)pflicht. Wesentliche Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Frage zu, ob im **Vertrauen** auf die zugesagte Hilfe andere (eigene) Schutzmaßnahmen des Dritten unterblieben sind und unterbleiben durften.³⁵

Die Parallelen zur hier streiterheblichen Konstellation liegen auf der Hand. Der Beklagte hatte eine Vertrauensgrundlage geschaffen: Er war der Ausweisung von Baugebieten und der Errichtung von Wohnhäusern in den 1970-er Jahren nicht wirksam entgegengetreten. Er hatte – und dies ist entscheidend – auf satzungsrechtlicher Grundlage zuvor über Jahrzehnte hinweg die Entwässerung von Wohngrundstücken faktisch – und gegen Verbandsbeitrag (!) – übernommen. Die Eigentümer hätten andernfalls das Grundstück gar nicht erst erworben, ohne Keller gebaut bzw. sonstige Schutzmaßnahmen (etwa Bau mit einer so genannten „weiße bzw. schwarzen Wanne“) ergrif-

³³ Hierzu Pfeleiderer, Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun (1968), passim; Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung (1968), passim.

³⁴ Vgl. etwa Maiwald, JuS 1981, 473 (481); Stree, in Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, 24. Auflage. (1991), § 13 Rdnr. 27.

³⁵ So ausdrücklich Wessels, Strafrecht AT, 23. Auflage (1993), § 16 II 5 c).

fen³⁶. In dieser Situation greift zudem der Gedanke der **Selbstbindung der Verwaltung** und des Vertrauensschutzes zu Gunsten des Klägers/Beschwerdeführers ein.

Ohne einer Revisionsbegründung insoweit vorzugreifen, sei auf Folgendes - zugleich auch zur Begründung der Erforderlichkeit der Klärung in einem Revisionsverfahren - hingewiesen:

Art. 20 III GG in Verbindung mit den Grundrechten gebietet den Schutz des Vertrauens der Bürger in die Tätigkeit des Hoheitsträgers. Denn die Ausübung von Grundrechten ist dem Einzelnen nur dann möglich, wenn er das Handeln des Hoheitsträgers voraussagen und entsprechend disponieren kann. Genau dieses Vertrauensmoment ist in der vorliegenden Fallgestaltung betroffen. Zum anderen stellt die Fragestellung auch eine Ergänzung der Rechtsprechung zur **Selbstbindung der Verwaltung** dar. Es ist höchstrichterlich anerkannt, dass sich ein Hoheitsträger unabhängig von seinen eigentlichen Amtspflichten rechtlich bindet, wenn er über einen längeren Zeitraum hinweg bestimmte Fallgruppen in einer bestimmten Weise behandelt hat. Diese Selbstbindung wird verfassungsrechtlich gestützt auf den Gleichbehandlungsgrundsatz nach **Art. 3 I GG**. Sie wurzelt indes ebenfalls in dem Vertrauen, den der Bürger durch ein über einen bestimmten Zeitraum durch Beobachtung der hoheitlichen Entscheidungsfindung gewinnt. Ohne dieses Vertrauensmoment für den Bürger würde sich auch aus Art. 3 I GG eine Selbstbindung der Verwaltung nicht ohne Weiteres ergeben. In der vorliegenden Fallkonstellation ist ein vergleichbares Vertrauensmoment gegeben. Hat ein Hoheitsträger in der Vergangenheit eine Aufgabe über einen langen Zeitraum ausschließlich wahrgenommen, so stellt sich dies für den Bürger nicht anders dar, als wenn der Hoheitsträger mit jeder auf Erfüllung dieser Aufgabe gerichteten Betätigung eine Einzelfallentscheidung getroffen hätte. Aus der langfristigen Beobachtung des Verhaltens des Hoheitsträgers kann er auch in dieser Fallkonstellation die legitime Schlussfolgerung ziehen, dass der Hoheitsträger ohne eine Veränderung der äußeren Umstände sein Verhalten so aufrecht erhalten wird. Diese Schlussfolgerung ist jedenfalls nicht weniger schutzwürdig als jene, die der Bürger in den klassischen Fällen hoheitlicher Selbstbindung aus der Gleichbehandlung von einer Vielzahl echter Einzelfälle durch einen Hoheitsträger zieht.

³⁶ Angemerkt sei, dass auch der Bau ohne Kellergarage und mit „weißer Wanne“ dem Kläger und den anderen Eigentümern nichts nutzen würde, da dann immer noch die Zufahrten, Hausanschlüsse, Straßen nach und nach unterspült werden und versumpfen.

Diese Fragen lassen sich durch Auslegung des Bundesrechtes mit klarstellender Wirkung für zahlreiche, ähnlich gelagerte Fälle im gesamten Bundesgebiet in einem Revisionsverfahren beantworten.

2. Verfahrensmangel (§ 132 II Nr. 3 VwGO)

Die Revision ist ferner zuzulassen, da das angegriffene Urteil des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichtes an einem **Verfahrensmangel** leidet (dazu sogleich nachstehend a)) auf dem die Entscheidung beruhen kann (unten b)). Im Einzelnen:

a) Rechtlicher Maßstab

Der Zulassungsgrund des Verfahrensmangels (§ 132 II Nr. 3 VwGO) setzt voraus, dass Verstöße gegen Verfahrensnormen, d.h. Rechtsfehler auf dem Weg zum Urteil oder die Art und Weise seines Erlasses betreffend aufgezeigt werden und tatsächlich vorliegen. Dieser Zulassungsgrund dient wie derjenige der Divergenz oder der grundsätzlichen Bedeutung der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Mit ihm soll aber – weitergehend und vorrangig – sichergestellt werden, dass die Oberverwaltungsgerichte ihre Entscheidungen auf der Grundlage eines ordnungsgemäß durchgeführten Verfahrens treffen. Die Begründung muss den Verfahrensmangel bezeichnen. Es müssen Tatsachen dargelegt werden, die den gerügten Verfahrensmangel ergeben.

b) Anwendung auf den vorliegenden Fall

Nach diesen Grundsätzen hat das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht gegen Verfahrensnormen, nämlich gegen den **Aufklärungsgrundsatz** des § 86 I VwGO verstoßen. Dies ergibt sich aus Folgendem:

Da das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht trotz „Sich-Aufdrängens“ einer Beweiserhebung ohne diese entschieden hat, hat es gegen seine Pflicht zur Erforschung des Sachverhalts von Amts wegen (§ 86 I VwGO) verstoßen.

aa) Sachverhalt

Das Gericht wies die Klage zurück, weil es davon ausging, dass der beklagte Verband nicht über die erforderliche Erlaubnis oder Bewilligung zur Entwässerung von Wohngrundstücken verfügte und dies

gegen die an sich vom Wortlaut der Satzung umfasste Pflicht zur Entwässerung von Wohngrundstücken spreche. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen oben unter I.1. Bezug genommen.

bb) Rechtliche Würdigung

Das rechtfertigt die Aufklärungsfrage. Denn die Entscheidung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichtes, die mit der Revision angegriffen werden sollen, stehen und fallen – unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Oberverwaltungsgerichtes – mit der Feststellung, dass keine wasserhaushaltsrechtliche Berechtigung zur Entwässerung von Wohngrundstücken im Verbandsgebiet bestand.

Entgegen § 86 I 1 VwGO hat das Berufungsgericht es aber unterlassen, die für seine Entscheidung erhebliche Tatsachenfragen aufzuklären, ob dem beklagten Wasserverband bei Inkrafttreten des Niedersächsischen Wassergesetzes ein im Wasserbuch eingetragenes **altes Recht** allgemein für die Entwässerung der Verbandsländereien zustand. Das Berufungsgericht hat diese Frage umgangen, indem es die Verbandstätigkeit spezifisch auf die Entwässerung durch verrohrte Binnenvorfluter und verrohrte Dränsammler beschränkt hat.

Das Berufungsgericht hat seiner Entscheidung eine Auslegung der Verbandssatzung des Beklagten zu Grunde gelegt, nach der dieser zu keinem Zeitpunkt satzungsrechtlich die allgemeine und über den Bereich der Landwirtschaft hinausgehende Aufgabe der Bodenentwässerung übernommen hat. Diese Auslegung der Verbandssatzung stützt das Berufungsgericht auf die § 13 Satz 1 WHG entsprechende Regelung des § 19 Satz 1 NWG. Nach dieser Vorschrift bedürfen Wasser- und Bodenverbände auch dann einer Erlaubnis oder einer wasserrechtlichen Bewilligung, wenn sie ein Gewässer im Rahmen ihrer satzungsmäßigen Aufgaben über die nach dem Niedersächsischen Wassergesetz erlaubnisfreie Benutzung hinaus benutzen wollen. Nach Satz 2 dieser Bestimmung, die § 13 Satz 2 WHG entspricht, gilt dies nur dann nicht, soweit ein **altes Recht oder eine alte Befugnis** besteht oder soweit beim Inkrafttreten des Niedersächsischen Wassergesetzes für Einzelvorhaben durch besondere gesetzliche Vorschriften Abweichendes bestimmt ist.

Zu Recht hat das Berufungsgericht ausgeführt, dass es sich bei einer Grundwasserabsenkung nach § 4 II NWG um eine Gewässerbenutzung i.S.d. § 19 Satz 1 NWG handelt. Denn nach § 4 II NWG gilt als Gewäs-

serbenutzung das Aufstauen, Absenken und Umleiten von Grundwasser durch Anlagen, die hierzu bestimmt oder hierfür geeignet sind. Auch beim Ableiten von Grundwasser handelt es sich nach § 4 I Nr. 7 NWG um eine Gewässerbenutzung. Lediglich das Entnehmen, Zutagefördern, Zutageleiten oder - hier maßgeblich - das Ableiten von Grundwasser zum Zweck der gewöhnlichen Bodenentwässerung landwirtschaftlich, forstwirtschaftlich oder gärtnerisch genutzter Grundstücke ist nach § 136 I Nr. 2 NWG schon im Grundsatz erlaubnis- und bewilligungsfrei.

Aus diesen Erwägungen ist das Berufungsgericht zu dem Schluss gekommen, dass Dränverbände wie der Beklagte nur dann eine Erlaubnis bzw. Bewilligung nicht benötigen, soweit sie ihre grundwasserabsenkende Tätigkeit auf den Bereich der Land-, Forst oder Gartenwirtschaft beschränken. Dementsprechend habe sich der Beklagte, der keine wasserrechtliche Sondererlaubnis besitzt, von Anfang an bei verständiger Auslegung seiner Satzung nur zur Übernahme solcher Entwässerungsaufgaben verpflichten wollen, die nach den wasserrechtlichen Bundes- und Landesvorschriften schon im Grundsatz erlaubnis- und bewilligungsfrei sind.

Das Berufungsgericht hat indessen nicht geprüft, das heißt, hier in tatsächlicher Hinsicht ermittelt, ob der beklagte Dränverband vorliegend vom Erlaubnis- und Bewilligungsvorbehalt durch ein „altes Recht“ i.S.v. § 19 Satz 1 NWG bzw. § 13 Satz 1 WHG **befreit** war. Nach Auffassung des Berufungsgerichts soll sich diese Frage deshalb nicht stellen, weil das Rohrleitungssystem des Beklagten („Polderung“) erst in den sechziger Jahren des vorigen Jahrhunderts – und mithin nach Inkrafttreten des Niedersächsischen Wassergesetzes – erfolgt sei. Hierbei hat das Berufungsgericht verkannt, dass der beklagte Dränverband bereits in seiner Satzung vom 13. April 1913 die Aufgabe übernommen hatte, für die Verbandsländereien eine ordnungsgemäße Ent- und Bewässerung zu gewährleisten. Schon im Zeitraum vor der Polderung in den 1960-er Jahren wurde vom Beklagten Grundwasser in die Elbe abgeleitet. Dies erfolgte, wie vom Oberverwaltungsgericht festgestellt, über offene Gräben, die zu Schöpfwerken des Verbands führten. Auch hierbei handelte es sich um Anlagen, die bei Anlegung des Maßstabs von § 4 I Nr. 7 NWG dem wasserrechtlichen Erlaubnisvorbehalt unterfallen würden. Der Beklagte war mithin bereits vor Inkrafttreten des Niedersächsischen Wassergesetzes in wasserrechtlich relevanter Weise grundwasserabsenkend bzw. -regulierend tätig. Es ist naheliegend – und hätte aufgeklärt werden müssen – ob hierfür

ein Altrecht bestand, welches auch die hier streitgegenständliche Entwässerung von Wohngrundstücken mit umfasste.

Ungeklärt hat das Berufungsgericht die Frage gelassen, ob sich ein „altes Recht“ i.S.v. § 19 Satz 1 NWG bzw. § 13 Satz 1 WHG bereits daraus ergab, dass – wie die Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts nahe legen – ein Wasser- und Bodenverband die Entwässerung eines Gebiets schon seit Inkrafttreten des **Preußischen Wassergesetzes von 1913** faktisch **unter behördlicher Duldung** wahrgenommen hat.

Das Urteil, das mit der Revision angegriffen werden soll, kann auch auf diesem Fehler beruhen, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass – wäre das Gericht insoweit seiner Aufklärungspflicht nachgekommen – eine entsprechende Beweisaufnahme ergeben hätte, dass ein Altrecht bestand, welches die Entwässerung von Wohngrundstücken zuließ, so dass die Kläger erfolgreich gewesen wären.

Ob ein „altes Recht“ i.S.v. § 19 Satz 1 NWG bzw. § 13 Satz 1 WHG vorlag bzw. bereits aus einer vor Inkrafttreten des Niedersächsischen Wassergesetzes erfolgten **faktischen Wahrnehmung** einer wasserrechtlich relevanten Entwässerungstätigkeit existierte, ist für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich. Der Beklagte hat nach dem Wortlaut seiner Satzung vom 13. April 1913 die Aufgabe der Ent- und Bewässerung der Verbandsländereien übernommen. Eine Einschränkung auf bestimmte Zwecke der Entwässerung sieht der Satzungswortlaut nicht vor. Auch faktisch hat der Beklagte sich vom Beginn seiner Tätigkeit nicht auf die Ent- und Bewässerung zu landwirtschaftlichen Zwecken beschränkt. Die durch sein Tätigwerden entstandenen Marschböden sind zwar zunächst naheliegender Weise landwirtschaftlich genutzt worden. Die vom Beklagten im vorigen Jahrhundert durchgeführte Entwässerung und Entsumpfung hat jedoch langfristig auch die Bebaubarkeit und Wohnbarkeit des Verbandsgebiets erst ermöglicht. Der Gründungszweck des beklagten Wasserverbandes und seine satzungsmäßig wahrgenommenen Aufgaben können danach nur in der allgemeinen Nutzbarmachung der Verbandsflächen gesehen werden, solange eine so verstandene Zielsetzung nicht mit höherrangigem Recht konfligiert. Wäre folglich der Beklagte durch auf der Grundlage der tatsächlichen Existenz eines Altrechtes vom wasserrechtlichen Erlaubnisvorbehalt freigestellt, so lässt sich seine satzungsmäßige Aufgabenübernahme vor der Satzungsänderung vom 19. Dezember 2000 nur dahingehend auslegen,

dass er sich zur ordnungsgemäßen Be- und Entwässerung der Verbandsgebiete im allgemeinen verpflichtet hat. Hat der Beklagte diese langfristig gebietsplanerische Aufgabe in seinen hoheitlichen Verantwortungsbereich übernommen, so konnte er sich dieser auch nicht durch schlichte Satzungsänderung kurzfristig und ohne Übergangsmaßnahmen entledigen.

Die Revision ist daher zuzulassen.

Drei beglaubigte Abschriften sind beigefügt.

Roman Götze
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht