



Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz NRW - 40190 Düsseldorf

Landtagspräsidentin
Nordrhein-Westfalen
Frau Carina Gödecke
Platz des Landtags 1
40221 Düsseldorf



Johannes Rimmel MdL

09.07.2012

Seite 1 von 2

Aktenzeichen IV-8
bei Antwort bitte angeben

Telefon 0211 4566-286
Telefax 0211 4566-388
poststelle@mkulnv.nrw.de

330-fach

**Verfassungsmäßigkeit des § 61a Landeswassergesetz –
Funktionsprüfung privater Abwasseranlagen**
Gutachten von Herrn Professor Dr. Dr. Durner, L.L.M.

Sehr geehrte Frau Landtagspräsidentin, *liebe Carina*

die Funktionsprüfung für private Abwasseranlagen ist in § 61a Landeswassergesetz (LWG) geregelt. Seit geraumer Zeit wird diese Regelung im politischen Raum auf Landes- und Kommunalebene diskutiert.

Im Zusammenhang mit der parlamentarischen Befassung der vorangegangenen Legislaturperiode hat der Parlamentarische Beratungs- und Gutachterdienst des Landtags NRW ein Rechtsgutachten mit Datum vom 03.02.2012 (Information 15/181) erstellt, das sich mit der Verfassungskonformität des § 61a LWG befasst.

Das Gutachten gelangt zu dem Ergebnis, dass die in Rede stehende Regelung aus verschiedenen Gründen nicht verfassungskonform und damit nichtig sei. Nach Auffassung der Gutachter habe das neue Wasserhaushaltsgesetz (WHG) vom 31.07.2009 mit seinen Regelungen zur Überwachung von Abwasseranlagen insoweit eine abschließende Regelung getroffen. Für landesrechtliche Regelungen bestehe kein Raum mehr.

Dienstgebäude und
Lieferanschrift:
Schwannstr. 3
40476 Düsseldorf
Telefon 0211 4566-0
Telefax 0211 4566-388
Infoservice 0211 4566-666
poststelle@mkulnv.nrw.de
www.umwelt.nrw.de

Öffentliche Verkehrsmittel:
Rheinbahn Linien U78 und U79
Haltestelle Kennedydamm oder
Buslinie 721 (Flughafen) und 722
(Messe) Haltestelle Frankenplatz

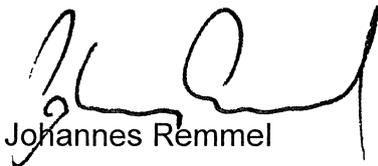
Um für die zukünftige Landeswassergesetzgebung unter dem Aspekt der Regelungskompetenz Rechtsklarheit zu erhalten, hat das Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz eine externe rechtliche Bewertung in Auftrag gegeben.

Hiermit übersende ich Ihnen das Gutachten zur Frage der Geltung des § 61a LWG von Herrn Dr. Dr. Wolfgang Durner L.L.M., ordentlicher Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn und Direktor des Instituts für das Recht der Wasser- und Entsorgungswirtschaft.

Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass eine Kompetenz des Landesgesetzgebers zum Erlass des § 61a LWG gegeben ist. Die Vorschrift findet als Konkretisierung der bundesgesetzlichen Grundsatznorm § 61 WHG in vollem Umfang Anwendung.

Ich bitte um Weiterleitung des Gutachtens an die Mitglieder des Landtages.

Mit freundlichen Grüßen



Johannes Remmel

Rechtliches Kurzgutachten

zur Frage der Geltung des § 61a LWG NRW

erstattet im Auftrag des

Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt,
Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz
des Landes Nordrhein-Westfalen

durch

Dr. Dr. Wolfgang Durner L.L.M.,

ordentlicher Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn und
Direktor des Instituts für das Recht der Wasser- und Entsorgungswirtschaft

unter Mitarbeit von

Fabian Karrenstein,

wissenschaftlicher Mitarbeiter, ebenda.

Bonn, 1. Juni 2012

Inhaltsübersicht

A. SACHVERHALT UND DARSTELLUNG DER MAßGEBLICHEN RECHTSFRAGEN	3
I. Entstehungshintergrund der maßgeblichen Normen	3
1. Erlass des LWG NRW und des § 61a LWG NRW	3
2. Erlass des Gesetzes zur Neuregelung des Wasserrechts	3
3. Anpassung des Landeswassergesetzes	5
4. Die Infragestellung der Weitergeltung des § 61a LWG NRW	6
a) Das Rechtsgutachten von Muckel	6
b) Das Rechtsgutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtags NRW	7
II. Die Fragestellungen	7
B. RECHTLICHE STELLUNGNAHME	9
I. Die bundesstaatliche Kompetenzordnung	9
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben für konkurrierende Abweichungsgesetzgebung	9
2. Bundesrechtliche Sperrwirkung gegenüber § 61a LWG NRW	10
a) Keine Generelle Sperrwirkung für anlagenbezogene Regelungen	10
b) Maßstäbe für das Vorliegen einer Sperrwirkung nach Art. 72 Abs. 1 GG	11
c) Keine generelle Sperrwirkung des Wasserhaushaltsgesetzes	12
3. Sperrwirkung des § 61 WHG gegenüber § 61a LWG	13
a) Die Perspektive des Landesgesetzgebers	13
b) Der Wortlaut des § 61 WHG	15
c) Der systematische Kontext des § 61 WHG	17
d) Exkurs: Sperrwirkung der Verordnungsermächtigung	20
e) Entstehungsgeschichte des § 61 WHG	25
f) Normzweck des § 61 WHG	28
g) Zwischenergebnis	31
h) Hilfgutachtliche Überlegungen	32
4. Abweichungsgesetzgebung	32
5. Vorrang des Bundesrechts nach Art. 31 GG	32
6. Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung	33
II. Keine Normverwerfungskompetenz für die Verwaltung	34
C. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE	35

Das nachfolgende juristische Kurzgutachten zu Fragen der Geltung des § 61a des Landeswassergesetzes Nordrhein-Westfalen wurde durch das Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen im Zusammenhang mit aktuellen Meinungsverschiedenheiten über die Geltung dieser Norm in Auftrag gegeben. Es beruht in tatsächlicher Hinsicht auf den Informationen, die dem Unterzeichner durch das Land zur Verfügung gestellt wurden und die in dem Sachbericht unter Teil A wiedergegeben werden.

A. Sachverhalt und Darstellung der maßgeblichen Rechtsfragen

I. Entstehungshintergrund der maßgeblichen Normen

1. Erlass des LWG NRW und des § 61a LWG NRW

Das LWG NRW stammt noch aus der Zeit vor der Föderalismusreform vom Sommer 2006. Gemäß Art. 75. Nr. 5 GG a. F. stand dem Bund bis dahin eine Rahmengesetzgebungskompetenz für den Wasserhaushalt zu. Im Rahmen seiner Ausfüllungskompetenz schuf der Landesgesetzgeber das LWG NRW. 2007 wurde eine zum damaligen Zeitpunkt bereits bestehende Vorschrift zur Dichtheitsprüfung von der BauO NRW auf Grund der sachlichen Nähe zum Wasserrecht¹ als § 61a in das LWG NRW überführt.

2. Erlass des Gesetzes zur Neuregelung des Wasserrechts

Mit der Föderalismusreform vom 28. September 2006 wurde der Typus der Rahmengesetzgebung in Gänze abgeschafft. Entsprechende Kompetenzen gingen in der Systematik von konkurrierender und ausschließlicher Gesetzgebung auf.² Für den Wasserhaushalt erhielt der Bund die nunmehr maßgebliche konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Art. 74 Nr. 32 GG. Jedoch wird Art. 74 Nr. 32 GG durch Art. 72 Abs. 3 Nr. 5 GG relativiert, wonach die Länder vom Bundeswasserrecht abweichende Regelungen treffen können, sofern es sich nicht um „stoff- und anlagenbezogene Regelungen“ han-

¹ Vgl. zur Regelungsmaterie des Wasserrechts sowie zum Begriff des Wasserhaushalts i.S.d GG: *Stürer / Buchsteiner*, Wasserhaushaltsgesetz 2010, DÖV 2010, 261; *Reinhardt*, AöR 135 (2010), 459, 467.

² Vgl. nur *Kotulla*, NVwZ 2007, 489 ff.

delt. Art. 125 Abs. 1 GG räumte dem Bund aber das Recht des ersten Zugriffs ein.³

Auf der Grundlage der im Zuge der Föderalismusreform 2006 geschaffenen konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 Nr. 32 GG erging 2009 das Gesetz zur Neuordnung des Wasserrechts, das auf den Vorarbeiten des gescheiterten Zweiten Buchs des Umweltgesetzbuchs beruht und im Wesentlichen am 1. März 2010 in Kraft trat. Das neue Gesetz ersetzt die meisten Regelungen des früheren Rahmenrechts des Bundes durch Vollregelungen.⁴ Eine echte Neuerung gegenüber dem alten Wasserhaushaltsgesetz bildet die auf Bundesebene vorbildlose Norm des heutigen § 61 WHG:

„§ 61 Selbstüberwachung bei Abwassereinleitungen und Abwasseranlagen

(1) Wer Abwasser in ein Gewässer oder in eine Abwasseranlage einleitet, ist verpflichtet, das Abwasser nach Maßgabe einer Rechtsverordnung nach Absatz 3 oder der die Abwassereinleitung zulassenden behördlichen Entscheidung durch fachkundiges Personal zu untersuchen oder durch eine geeignete Stelle untersuchen zu lassen (Selbstüberwachung).

(2) ¹Wer eine Abwasseranlage betreibt, ist verpflichtet, ihren Zustand, ihre Funktionsfähigkeit, ihre Unterhaltung und ihren Betrieb sowie Art und Menge des Abwassers und der Abwasserinhaltsstoffe selbst zu überwachen. ²Er hat nach Maßgabe einer Rechtsverordnung nach Absatz 3 hierüber Aufzeichnungen anzufertigen, aufzubewahren und auf Verlangen der zuständigen Behörde vorzulegen.

(3) Durch Rechtsverordnung nach § 23 Absatz 1 Nummer 8, 9 und 11 können insbesondere Regelungen über die Ermittlung der Abwassermenge, die Häufigkeit und die Durchführung von Probenahmen, Messungen und Analysen einschließlich der Qualitätssicherung, Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten sowie die Voraussetzungen getroffen werden, nach denen keine Pflicht zur Selbstüberwachung besteht.“

Dabei wurde der ursprüngliche Normtext im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens verändert und insbesondere im Bundesrat erweitert: Dieser ursprüngliche Gesetzentwurf der Bundesregierung hatte die Betreiberpflichten nach Absatz 2 lediglich auf „Abwas-

³ Vgl. zur Reichweite der Abweichungsmöglichkeiten der Länder vom WHG auch *Becker*, DVBl 2010, 754 ff.; *Berendes*, in: Durner (Hrsg.), Umweltgesetzbuch – Ziele und Wirkungen, 2009, S. 129 ff.; *Eckardt*, ebenda, S. 137 ff.; *Dietlein*, in: Reinhardt (Hrsg.), Das Wasserhaushaltsgesetz 2010 – Weichenstellung oder Interimslösung, 2010, S. 19 ff.; *Reinhardt*, AöR 135 (2010), S. 459 ff.

⁴ Gesetz zur Neuordnung des Wasserrechts vom 31.07.2009 – WHG 2010 (BGBl. I 2009, S. 2585); vgl. dazu im Überblick *Faßbender*, Das neue Wasserhaushaltsgesetz, ZUR 2010, 181 ff.; *Hentschel / Müggendorf*, Neues Wasser- und Naturschutzrecht, NJW 2010, 961 ff.; sowie die Beiträge in *Reinhardt* (Hrsg.), Das WHG 2010 – Weichenstellung oder Interimslösung?, 2010.

serbehandlungsanlagen“ bezogen.⁵ Demgegenüber sollten auf ausdrücklichen Wunsch des Bundesrates nicht nur „Abwasserbehandlungsanlagen“ von § 61 WHG erfasst werden, sondern – wie es die Norm auch heute wiedergibt – ganz allgemein „Abwasseranlagen“.⁶

3. Anpassung des Landeswassergesetzes

Nach Erlass des Gesetzes zur Neuregelung des Wasserrechts wurde § 61a LWG NRW zunächst ganz allgemein als fortgeltend angesehen, wie dies auch der allgemeinen Auffassung im Schrifttum entsprach.⁷ So erklärte das Umweltministerium in einer Anweisung an die nachgeordneten Behörden, die Regelung des § 61a LWG NRW gelte

„...fort, da sie die allgemeinen bundesrechtlichen Anforderungen des § 60 Abs. 1 WHG konkretisiert.“⁸

Durch das sog. *Vorschaltgesetz*⁹ vom 16. März 2010 wurden zudem in § 61a Absatz 6 nach Satz 2 die Sätze 3 bis 9 angefügt:

„³Die Feststellung der Sachkunde erfolgt durch die nordrhein-westfälischen Handwerkskammern, die Industrie- und Handelskammern und die Ingenieurkammer-Bau nach Maßgabe dieser Verwaltungsvorschrift. ⁴Über den Antrag auf Sachkundefeststellung entscheidet die nach Satz 3 zuständige Stelle innerhalb einer Frist von drei Monaten. ⁵§ 42a Absatz 2 Satz 2 bis 4 des Verwaltungsverfahrensgesetzes gilt entsprechend. ⁶In anderen Bundesländern erfolgte Sachkundefeststellungen gelten auch in Nordrhein-Westfalen. ⁷Entsprechendes gilt für gleichwertige Sachkundefeststellungen, die in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Gemeinschaften oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum bereits erteilt worden sind. ⁸Zum Nachweis der Gleichwertigkeit kann die Vorlage der entsprechenden Urkunden verlangt werden, wobei sie inländischen Nachweisen gleich stehen, soweit sie mit diesen gleichwertig sind oder aus ihnen hervorgeht, dass die betreffenden Anforder-

⁵ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Wasserrechts, BT-Drs. 16 / 12275 vom 17. 03. 2009, S. 19 und 48.

⁶ Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung zum WHG 2009, BT-Drs. 16/13306 v. 04.06.2009, S. 14.

⁷ Vgl. *Berendes*, WHG Kurzkommentar, 2010, § 61 Rn. 8.; *Wellmann / Queitsch / Fröhlich*, WHG Kommentar, 2010, § 61 Rn. 6 u. insbesondere 7 ff. mit ausdrücklichem Verweis auf § 61a LWG NRW.

⁸ *Ministerium für Umwelt und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz NRW*, Hinweise zum Vollzug des neuen Wasserhaushaltsgesetzes und zur Fortgeltung des Landeswassergesetzes Nordrhein-Westfalen v. 25.02.2010, S. 36

⁹ Gesetz zur Änderung des Landschaftsgesetzes und des Landesforstgesetzes, des Landeswassergesetzes und des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung in Nordrhein-Westfalen v. 16.3.2010, GV. NRW. Nr. 11 v. 30.3.2010, S. 183 ff.

derungen erfüllt sind. ⁹Das Feststellungsverfahren kann über eine einheitliche Stelle nach den Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes abgewickelt werden.“

Auch insoweit bestätigte das Land seine Rechtsauffassung von der grundsätzlichen Fortgeltung des § 61a LWG NRW.

4. Die Infragestellung der Weitergeltung des § 61a LWG NRW

Erst in den letzten Monaten wurde diese These in Frage gestellt. So wird sowohl in dem für den *Haus- und Grundeigentümerverschein Solingen e.V.* erstellten Rechtsgutachten von Prof. Dr. *Muckel* (Köln) als auch in dem im Auftrag der ehemaligen MdL NRW *Hamide Akbayir* (DIE LINKE) erstellten Gutachten des Parlamentarischen Beratungs- und Gutachterdienstes des Landtages NRW die Vereinbarkeit des § 61a LWG NRW mit der grundgesetzlichen Kompetenzordnung bestritten.

a) Das Rechtsgutachten von Muckel

Das für den Haus- und Grundeigentümerverschein Solingen e.V. erstattete Rechtsgutachten von Prof. Dr. Stefan *Muckel*, Köln, kommt zusammenfassend zu dem folgenden Ergebnis:

„Die gesetzlichen Regelungen über die Dichtheitsprüfung von privaten Abwasseranlagen in § 61a LWG NRW sind in formeller Hinsicht verfassungswidrig. Das Land nutzt mit ihnen weder einen ihm nach Art. 72 Abs. 1 GG verbliebenen Regelungsspielraum noch steht ihm gem. Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG die Kompetenz zur Abweichung vom bundesrechtlichen Wasserhaushaltsgesetz zu. Da dem Land keine Abweichungskompetenz für anlagenbezogene Regelungen zusteht, bestimmt sich die verfassungsrechtliche Rechtsfolge des Kompetenzkonflikts nicht nach Art. 72 Abs. 3 Satz 3 GG. Danach gilt, soweit Abweichungskompetenzen bestehen, die *lex-posterior*-Regel. Das ältere Landesrecht (§ 61a LWG NRW) dürfte wegen des später erlassenen Bundesrechts (WHG von 2009) nicht angewandt werden. Es bestünde keine Derogationswirkung des vorrangigen Bundesrechts, sondern nur Anwendungsvorrang. Da dieser Mechanismus des Art. 72 Abs. 3 GG aber gerade nicht greift bei anlagenbezogenen Regelungen, bleibt es bei den Vorgaben des Art. 72 Abs. 1 GG. Die durch diese Vorschrift ausgelöste Sperrwirkung des Bundes- für das Landesrecht hat zur Folge, dass im Widerspruch zu ihr ergangene Landesgesetze nichtig sind. Das gilt auch für Landesgesetze, die vor Eintritt der Sperrwirkung erlassen worden sind. Diese Rechts-

folge erfasst die Vorschriften über die Dichtheitsprüfung in § 61a LWG NRW, für die das Bundesrecht keinen Spielraum lässt.“¹⁰

b) Das Rechtsgutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtags NRW

Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt auch der Wissenschaftliche Dienst des Landtags NRW und führt darüber hinaus in seiner Zusammenfassung aus:

„Der Bundesgesetzgeber hat von seiner neuen konkurrierenden Gesetzgebung für die Materie des Wasserhaushaltsrechtes 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 alleine der Bundesebene vorbehalten. Hiervon hat der Bund allerdings noch keinen Gebrauch gemacht. Die aus der Gesetzesbegründung abgeleitete Forderung, dass deshalb bestehendes Landesrecht bis zum Erlass einer Rechtsverordnung des Bundes weitergilt, ist rechtlich nicht haltbar. Ob durch Erlass des WHG und insbesondere des 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. [...]

§ 61a LWG widerspricht schließlich einer bundesrechtlich eingeführten Grundsatzeinrichtung, nämlich der Selbstüberwachung von Abwasseranlagen. Bereits deshalb kann ein Kompetenzverstoß gegen Art. 74 S. 1 Nr. 32 GG (Wasserhaushalt) angenommen werden. [...]

Selbst wenn die zuvor angenommenen 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.“¹¹

II. Die Fragestellungen

Beide Rechtsgutachten bejahen nicht nur die Nichtigkeit des § 61a LWG, sondern gehen implizit offenbar auch ganz selbstverständlich davon aus, diese Norm sei aus Sicht der Verwaltung mittlerweile gegenstandslos und unvollziehbar geworden. Vor diesem Hintergrund hat das Land NRW den Unterzeichner mit der Klärung der Frage beauf-

¹⁰ Muckel, Dichtheitsprüfung nach § 61a LWG NRW trotz fehlender Landeskompetenz für Regelungen zu Abwasseranlagen?, NWVBl. 1/2012, 1 ff.

¹¹ *Parlamentarischer Beratungs- und Gutachterdienst des Landtags NRW*, Ist die Vorschrift des Landeswassergesetz NRW, nach der private Abwasserkanäle bis spätestens Ende 2015 durch zugelassene Sachkundige auf Dichtheit zu überprüfen sind, nach Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes des Bundes mit der Kompetenzordnung des Bundes vereinbar?, 2012, S. 28.

trägt, ob § 61a LWG NRW neben dem im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes ausgestalteten § 61 WHG noch zur Anwendung kommen kann.

B. Rechtliche Stellungnahme

I. Die bundesstaatliche Kompetenzordnung

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben für konkurrierende Abweichungsgesetzgebung

Seit der Föderalismusreform von 2006 unterscheiden die Art. 70 ff. nur noch zwischen konkurrierender und ausschließlicher Gesetzgebungskompetenz. Dabei bleibt mit Art. 70 GG der föderale Grundsatz bestehen, dass die Kompetenz zur Gesetzgebung bei den Ländern liegt,

„[...] soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.“

Mit der Abschaffung der Rahmengesetzgebung sollte nach der Vorstellung des verfassungsändernden Gesetzgebers die eindeutige Zuordnung von Kompetenzen zwischen Bund und Ländern vereinfacht werden. Die Kompetenz für den Wasserhaushalt liegt nunmehr im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 32 GG bei den Ländern

„[...], solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.“

Hat der Bund von seiner Regelungskompetenz Gebrauch gemacht, besteht gemäß Art. 74 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 GG anschließend für die Länder wiederum ein Abweichungsrecht im Wasserhaushalt, das sich allerdings nicht auf stoff- oder anlagenbezogene Abweichungen erstrecken darf. Durch diese Neuregelungen der konkurrierenden Gesetzgebung soll die genaue Zuordnung gewährleistet, gleichzeitig aber auch eine gewisse Dynamik im Wechselspiel von Bundes- und Landesregelungen möglich bleiben.

Tatsächlich sind jedoch Abgrenzungsprobleme, wie es sie auch schon vor der Föderalismusreform gab, auch im neuen System geradezu vorprogrammiert:

„Dieser auf den ersten Blick durchaus eindeutig anmutende Wechsel der kompetenzrechtlichen Ausgangssituation im Wasserhaushaltsrecht durch Aufgabe der Rahmengesetzgebung und Aufnahme des Titels in die eingeführte konkurrierende Gesetzgebungskompetenz erweist sich allerdings bei näherem Hinsehen als

durchaus problematisch. Insbesondere trägt er keineswegs dazu bei, die traditionell schwierigen Grenzziehungen zwischen den bundesstaatlichen Zuständigkeits-sphären zu präzisieren und damit Zuordnungsprobleme zu klären. Denn zum einen hatte sich bereits unter Geltung des Art. 75 GG a.F. ein Zusammenwirken bundes- und landesgesetzlicher Normgebung herausgebildet, das nicht zuletzt auch unter dem Zwang europarechtlicher Transformationspflichten mit dem ursprünglich intendierten Verhältnis von Rahmensetzung und Rahmenausfüllung nurmehr wenig gemein hatte und sich in vielen Fällen als bloßes politisches Arrangement eingeschliert hatte.“¹²

Vor diesem Hintergrund verbietet sich jedwede pauschale Aussage darüber, ob und inwieweit es zu einer Sperrwirkung für landeswasserrechtliche Bestimmungen durch die verfassungsrechtliche Kompetenzzuordnung kommt. Vielmehr ist dies in jedem Einzelfall festzustellen.

2. Bundesrechtliche Sperrwirkung gegenüber § 61a LWG NRW

Im Schrifttum sind verschiedene und zum Teil abweichende Begründungen für das Vorliegen einer Sperrwirkung des Wasserhaushaltsgesetzes gegenüber § 61a LWG NRW vorgetragen worden.

a) Keine generelle Sperrwirkung für anlagenbezogene Regelungen

Verschiedentlich wurde die These in den Raum gestellt, § 61a LWG NRW sei eine anlagenbezogene Regelung, für die dem Landesgesetzgeber wegen Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 GG von vornherein keine Kompetenz mehr verbleibe.¹³ Schon deshalb sei die Norm verfassungswidrig. Diese Vorstellung ist bereits im Ausgangspunkt nicht haltbar. Das Grundgesetz geht keineswegs davon aus, dass bei jeglicher anlagenbezogenen Regelung des Landes automatisch der Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 GG im Wege steht. Vielmehr ist Voraussetzung, dass es sich beim Landesrecht um eine *vom Bundesrecht abweichende* Regelung handelt. Dies ist aber nicht zwangsweise bei allen anlagenbezogenen Regelungen der Fall. Denn weiterhin...

¹² Reinhardt, AöR 135 (2010), 459, 461.

¹³ So u.a. wohl Becker, DVBl 2010, 754, 757 f.; *Parlamentarischer Beratungs- und Gutachterdienst des Landtags NRW*, Ist die Vorschrift des Landeswassergesetz NRW, nach der private Abwasserkanäle bis spätestens Ende 2015 durch zugelassene Sachkundige auf Dichtheit zu überprüfen sind, nach Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes des Bundes mit der Kompetenzordnung des Bundes vereinbar?, 2012, S. 22.

„[...] gilt auch bei den anlagenbezogenen Bundesregelungen, dass Verfeinerungen bzw. eine Ausfüllung durch Landesrecht grundsätzlich möglich sind, wenn die bundesrechtliche Grundregelung nicht unterlaufen wird.“¹⁴

Ausgangspunkt der rechtlichen Bewertung ist damit nicht Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 GG, sondern vielmehr zunächst der allgemeinere Art. 72 Abs. 1 GG.¹⁵

b) Maßstäbe für das Vorliegen einer Sperrwirkung nach Art. 72 Abs. 1 GG

Nach dieser Bestimmung haben im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung

„... die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.“

Macht der Bund in diesem Sinne durch Bundesgesetz von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch, so entfaltet dieses eine Sperrwirkung gegenüber abweichendem Landesrecht. Dabei kommt der Sperrwirkung eine zeitliche („solange“) und eine inhaltliche („soweit“) Dimension zu. Es geht an den Grundparametern dieses Modells vorbei, in diesem Bereich die Gesetzgebungskompetenz der Länder von vornherein auf ihre Abweichungskompetenz nach Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 5 GG zu reduzieren. Die Gesetzgebungskompetenz des Landes ist vielmehr ganz unabhängig von einer Abweichung bereits nach der Kompetenzaufteilung der Art. 70 Abs. 1 und 72 Abs. 1 GG zunächst der *verfassungsrechtliche Regelfall*, soweit keine Sperrwirkung durch eine Regelung des Bundes besteht.¹⁶ Für die Reichweite einer solchen Sperrwirkung kann grundsätzlich festgehalten werden:

„Inhaltlich reicht die Sperrwirkung „soweit“ der Bundesgesetzgeber eine Materie geregelt hat. [...] Bei der *erschöpfenden Regelung* einer Materie durch den Bundesgesetzgeber sind die Länder von eigener Gesetzgebung in diesem Bereich völlig ausgeschlossen. [...] Bei einem nur *teilweisen Gebrauchmachen* verbleibt die Regelungskompetenz für den nicht geregelten Teil bei den Ländern.“¹⁷

Die einschlägigen Maßstäbe sind dabei zutreffend wie folgt zusammengefasst worden:

¹⁴ Wellmann / Queitsch / Fröhlich, WHG Kommentar, 2010, § 61 Rn. 7.

¹⁵ Aus diesem Grund knüpfen die umfangreichen Ausführungen des Parlamentarischen Beratungsdienstes bereits im Ausgangspunkt an der falschen Verfassungsnorm an. Vgl. *Parlamentarischer Beratungs- und Gutachterdienst des Landtags NRW*, Ist die Vorschrift des Landeswassergesetz NRW, nach der private Abwasserkanäle bis spätestens Ende 2015 durch zugelassene Sachkundige auf Dichtheit zu überprüfen sind, nach Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes des Bundes mit der Kompetenzordnung des Bundes vereinbar?, 2012, S. 7 ff.

¹⁶ Faßbender, ZUR 2010, 181, 184.

¹⁷ Sodan, GG, Kommentar, 2011, Art. 72 Rn. 8.

„Ein Bundesgesetz kann Sperrwirkung entfalten für die Gesamtheit einer Materie; dies muss sich dann aber entweder aufgrund einer ausdrücklichen Anordnung explizit aus dem Gesetz ergeben, oder muss zumindest aufgrund einer im Wege der Auslegung zu treffenden Feststellung, dass eine erschöpfende Regelung gewollt sei, klar aus dem Gesetz zu entnehmen sein. Das Bundesgesetz kann jedoch auch Sperrwirkung entfalten für die Gesamtheit einer Materie mit Ausnahme von ausdrücklich dem Landesgesetzgeber vorbehaltenen Einzelfragen; in diesem Fall wird der ausdrückliche Vorbehalt landesrechtlicher Regelung regelmäßig Indiz dafür sein, dass das Gesetz in den ‚vorbehaltenen‘ Fragen nicht erschöpfend sein soll, ansonsten aber als ‚erschöpfende und damit abschließende‘ Regelung konzipiert war. Ein Bundesgesetz kann schließlich eine nur teilweise Sperrwirkung entfalten; dies ist dann der Fall, wenn das Gesetz einzelne konkrete Regelungsbereiche erfasst, einzelne andere Gruppen von relevanten Tatbeständen aber aus der Regelung ausgeklammert werden, oder wenn das Gesetz nur bestimmte Regelungstufen erfasst, also etwa nur grundsätzliche Entscheidungen trifft und die weitere Ausfüllung der Normierungsspielräume dem weiteren Rechtsetzungsverfahren überlässt.“¹⁸

Voraussetzung für eine Verdrängung des § 61a LWG NRW durch eine bundesrechtliche Sperrwirkung wäre nach diesen Maßstäben ein Normkonflikt mit inhaltlich deckungsgleichen Elementen des WHG, denen in der entsprechenden Regelungsmaterie ein abschließender Charakter zukommen müsste.

c) Keine generelle Sperrwirkung des Wasserhaushaltsgesetzes

Insofern steht zunächst außer Zweifel, dass das neue Wasserhaushaltsgesetz keine generelle Sperrwirkung entfaltet. Die erschöpfende Kodifikation des Wasserrechts war von vornherein nicht die Intention des Bundesgesetzgebers.¹⁹ Denn trotz des Anspruchs, das Wasserwirtschaftsrecht in allen wesentlichen Teilen bundesrechtlich zu vereinheitlichen, bleiben weite Teile des Wasserrechts – ersichtlich aus Sorge vor einer Abweichung der Länder – auf Bundesebene nicht oder nur ausschnittweise geregelt.²⁰ Aus dem Zusammenspiel von Art. 72. Abs. 1 und Abs. 3 sowie einigen einfachgesetzlichen ausdrücklichen Öffnungsklauseln im Wasserhaushaltsgesetz für weitergehende landesrechtliche Bestimmungen

¹⁸ Oeter, in: von Mangoldt/Klein/Starck. (Hrsg.), GG, Kommentar, 6. Aufl., 2010, Art. 72 Rn. 85 m.w.N. zu diesen durch die ganz herrschende Rechtsauffassung anerkannten Maßstäben.

¹⁹ Zu den Zielen vgl. Gesetzesbegründung zum WHG 2009, BT-Drs. 16/12275 v. 17.03.2009, S. 1.

²⁰ Vgl. nur Pape, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Vorb. WHG (2010) Rn. 63 ff.; Berendes, WHG (2010) Kurzkomentar, Vorwort.

„[...] entsteht ein durchaus komplexes Geflecht sich überlagernder, ineinandergreifender wie auch konfligierender bundes- und landesrechtlicher Bestimmungen, vor dessen Hintergrund es sich etwa verbietet, einzelne Bestimmungen des Wasserhaushaltsgesetzes pauschal als abweichungsfest oder abweichungsoffen zu qualifizieren.“²¹

Das Wasserhaushaltsgesetz 2010 ist somit – anders als sein Vorläufer – zwar nicht im technischen Sinne ausfüllungsbedürftig, jedoch auf Ergänzung durch das Landesrecht angelegt und wird überhaupt nur durch flankierendes Landesrecht vollzugsfähig. Nach wie vor sehen daher fast alle Landeswassergesetze eigene Regelungen zur Selbstüberwachung vor.²² Vor diesem Hintergrund könnte sich eine Sperrwirkung gegenüber § 61a LWG NRW lediglich aus einzelnen konkreten Bestimmungen, vor allem aus § 61 WHG ergeben.

3. Sperrwirkung des § 61 WHG gegenüber § 61a LWG

Im Bewusstsein um dieses wechselseitige Austausch- und Ergänzungsverhältnis des Wasserrechts von Bund und Ländern ist somit durch Auslegung zu ermitteln, ob und wieweit § 61 WHG Sperrwirkung gegenüber dem Landesgesetzgeber entfalten soll. So macht auch das Bundesverfassungsgericht deutlich, dass zur Feststellung der Regelungsbereichsweite eines Gesetzes auf die klassischen juristischen Auslegungsmethoden zurückgegriffen werden kann und muss:

„Maßgeblich ist, ob ein bestimmter Sachbereich umfassend und lückenlos geregelt ist oder jedenfalls nach dem aus Gesetzgebungsgeschichte, und Materialien ablesbaren objektivierten Willen des Gesetzgebers abschließend geregelt werden sollte. Für die Frage, ob und wie weit der Bund von seiner Zuständigkeit Gebrauch gemacht hat, ist in erster Linie das Bundesgesetz selbst, sodann auf den hinter dem Gesetz stehenden Regelungszweck, ferner auf die Gesetzgebungsgeschichte und die Gesetzesmaterialien abzustellen.“²³

a) Die Perspektive des Landesgesetzgebers

Im Ausgangspunkt ist insofern zunächst festzuhalten, dass zumindest aus der Perspektive des Landesgesetzgebers offensichtlich keine Differenz zwischen § 61 WHG und § 61a LWG NRW besteht oder bestehen soll. Dass der Landesgesetzgeber gerade nicht

²¹ Reinhardt, AöR 135 (2010), 459, 472.

²² Knopp, Das neue Wasserhaushaltsrecht, 2010, Rn. 430.

²³ BVerfGE 109, 190, 230.

von den nur ausschnittweise bundesrechtlich normierten Vorgaben abweichen wollte, zeigen vor allem seine nachträglichen Ergänzungen vom 16. März 2010 zu § 61a Abs. 6 LWG NRW, durch die mit den Sätzen 6 und 7 festlegt wird:

„In anderen Bundesländern erfolgte Sachkundefeststellungen gelten auch in Nordrhein-Westfalen. Entsprechendes gilt für gleichwertige Sachkundefeststellungen, die in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Gemeinschaften oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum bereits erteilt worden sind. „

Der Landesgesetzgeber behält damit die föderalistische Struktur im Blick und vermeidet bewusst ein Ausscheren aus der verfassungs- als auch wasserrechtlichen Systematik. Dieser aus Sicht des nordrhein-westfälischen Gesetzgebers getroffene Befund deckt sich zudem mit der Sicht anderer Bundesländer. Vergleichbare Bestimmungen zur Dichtigkeitsprüfung finden sich namentlich in Hessen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein. Sie werden auch dort als kompetenzrechtlich weitergeltend angesehen.²⁴

Zwar kann das (Nicht-)Vorliegen einer verfassungsrechtlichen Normenkollision gewiss nicht von einer entsprechenden Intention des Landesgesetzgebers abhängig gemacht werden. Gleichwohl ist einem solchen Willen eine erhebliche Indizwirkung beizumessen.²⁵ Zugleich verstärkt der Wille des Landesgesetzgebers, den Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben des § 61 WHG zu respektieren, die ohnehin bereits bestehende Pflicht zur bundesrechtskonformen Auslegung des Landesrechts und erweitert die entsprechenden Auslegungsspielräume. Jedenfalls gewährleistet der Landesgesetzgeber über § 61a Abs. 6 S. 6 u. 7 LWG NRW, dass es nicht zu einer qualitativen Überhöhung landesrechtlicher Vorgaben im Verhältnis zu Dritten kommt, die sich ebenfalls auf den bundes- und europarechtlichen Rahmen, explizit § 61 WHG, berufen. Darin ist auch keine Abweichung i.S.d. Art. 72 Abs. 3 GG zu sehen. Eine Abweichung würde vielmehr voraussetzen, dass das Land eine Regelung schafft, die eine andere Rechtsfolge setzt als die entsprechende Bundesvorschrift.²⁶

²⁴ Vgl. auch OVG Lüneburg, Urt. v. 10.1.2012 – 9 KN 162/10 –.

²⁵ Reinhardt, AöR 135 (2010), 459, 470.

²⁶ a.A. Ipsen, NJW 2006, 2801, 2804, wonach auch gleichlautende Regelungsinhalte eine landesrechtliche Abweichung darstellen.

b) Der Wortlaut des § 61 WHG

aa) § 61 Abs. 2 S. 1 WHG begründet eine Pflicht desjenigen, der eine Abwasseranlage betreibt,

„[...] ihren Zustand, ihre Funktionsfähigkeit, ihre Unterhaltung und ihren Betrieb sowie Art und Menge des Abwassers und der Abwasserinhaltsstoffe selbst zu überwachen.“

Auf Grund der erwähnten Ausweitung der Norm im Bundesrat erfasst sie auch Abwasserkanäle.²⁷ Demgegenüber nimmt § 61 Abs. 1 WHG mit seinem Satz 1 den Abwasseranlagenbetreiber in die Überwachungspflicht. Gleichzeitig liefert er eine Legaldefinition für die Selbstüberwachung²⁸, auf die wiederum der Absatz 2 Bezug nimmt („selbst zu überwachen“).²⁹ So wird die Selbstüberwachung gemäß § 61 Abs. 1 WHG als Verpflichtung verstanden, das Abwasser (Abs. 1) bzw. die Abwasseranalyse (Abs. 2)

„[...] nach Maßgabe einer Rechtsverordnung nach Absatz 3 oder [...] durch fachkundiges Personal zu untersuchen oder durch eine geeignete Stelle untersuchen zu lassen.“

Diese Definition verdeutlicht, dass *Selbstüberwachung* im Sinne des Bundesrechts nicht mit „*eigener* bzw. *höchstpersönlicher* Überwachung“ gleichgesetzt werden kann. Vielmehr fungiert der Wortteil „*Selbst-*“ hier als Abgrenzungskriterium gegenüber einer *behördlichen* Überwachung im Sinne des umweltrechtlichen Kooperationsprinzips.³⁰ Was genau aber unter „fachkundigem Personal“ bzw. einer „geeigneten Stelle“ zu verstehen ist, lässt sich dem Wasserhaushaltsgesetz nicht entnehmen. Der Wortlaut des Bundesrechts lässt damit ersichtlich Raum für eine entsprechende Konkretisierung durch den Landesgesetzgeber. Bereits an dieser Stelle wird zudem deutlich, dass die im Gutachten des Landtags vertretene Rechtsauffassung, das Wasserhaushaltsgesetz lasse als Ausfluss des Kooperationsprinzips nur noch ein zweistufiges Überwachungsmodell zu³¹, schon nach dem Wortlaut des § 61 WHG in dieser Form nicht zutreffen kann.

²⁷ Knopp, Das neue Wasserhaushaltsrecht, 2010, Rn. 432.

²⁸ Berendes, WHG Kurzkommentar, 2010, § 61 Rn. 1.

²⁹ Czychowski / Reinhardt, WHG Kommentar, 2010, § 61 Rn. 4.

³⁰ Czychowski / Reinhardt, WHG Kommentar, 2010, § 61 Rn. 3.

³¹ Vgl. *Parlamentarischer Beratungs- und Gutachterdienst des Landtags NRW*, Ist die Vorschrift des Landeswassergesetz NRW, nach der private Abwasserkanäle bis spätestens Ende 2015 durch zugelassene Sachkundige auf Dichtheit zu überprüfen sind, nach Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes des Bundes mit der Kompetenzordnung des Bundes vereinbar?, 2012, S. 23 ff., insbesondere S. 24.

bb) Auch der Wortlaut des § 61 Abs. 2 S. 2 WHG bringt keine weitere Eingrenzung dieser Grundpflicht. Vielmehr können über diese Vorschrift noch weitere Aufzeichnungspflichten geschaffen werden. Absatz 2 geht damit im Verpflichtungsumfang sogar noch über Absatz 1 hinaus, ohne dabei jedoch die fachkundlichen Voraussetzungen weiter zu spezifizieren. Gemeinhin verlangt Fachkunde

„[...] namentlich in theoretischer Ausbildung erworbene Kenntnisse und praktische Erfahrungen auf dem Gebiet der Abwasserbeseitigung. Sie hat sich an den konkreten Aufgaben zu orientieren, die sich aus den zu übertragenden Pflichten ergeben.“³²

Teilweise wird daraus gefolgert, dass die Pflicht beim Benutzer liegen soll, sicherzustellen, dass die eingesetzten Fachkräfte die entsprechende Expertise mit sich bringen.³³ Gegenüber dieser semantisch gewiss vertretbaren Auslegung drängt sich allerdings aus einer Vollzugsperspektive die Frage auf, wie ein technischer Laie, der gerade der Fachkunde bedarf, höchstpersönlich beurteilen sollte, ob der von ihm ausgewählte Experte tatsächlich über die notwendige Expertise verfügt. Diese Überlegung bestätigt sich nicht zuletzt in der Erfahrung, dass es im Rahmen der Dichtheitsprüfungen bereits zu Betrugsfällen gekommen ist, bei denen Grundstückseigentümern die Fachkompetenz und die vermeintlich korrekte Dichtheitsprüfung nur vorgespielt wurden.³⁴

Somit spricht bereits der Wortlaut dafür, dass der Gesetzgeber in § 61 Abs. 2 S. 2 WHG lediglich in gröbster Stufe eine Grundsatznormierung vorgenommen hat, die eine Zielvorstellung begründet, aber der normativen Konkretisierung bedarf.³⁵ Denn letztlich neigen auch jene Stimmen, die dazu tendieren, die gesetzliche Regelung als aus sich selbst vollzugsfähig ausgestaltet anzusehen, dazu, im Rahmen dieser Anwendung der Norm doch wieder auf (landes-)rechtliche Konkretisierungen zurückzugreifen.³⁶ Eine Anwendung landesrechtlicher Regelungen „durch die Hintertür“ ist also auch nach dieser Sicht vorprogrammiert.

³² *Czychowski / Reinhardt*, WHG Kommentar, 2010, § 61 Rn. 10.

³³ *Czychowski / Reinhardt*, WHG Kommentar, 2010, § 61 Rn. 10.

³⁴ Vgl. *Wellmann / Queitsch / Fröhlich*, WHG Kommentar, 2010, § 61 Rn. 19.

³⁵ Vgl. *Degenhart* in: *Sachs* (Hrsg.), GG, Kommentar, 6. Aufl., 2011, Art. 72 Rn. 31.

³⁶ *Parlamentarischer Beratungs- und Gutachterdienst des Landtags NRW*, Ist die Vorschrift des Landeswassergesetz NRW, nach der private Abwasserkanäle bis spätestens Ende 2015 durch zugelassene Sachkundige auf Dichtheit zu überprüfen sind, nach Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes des Bundes mit der Kompetenzordnung des Bundes vereinbar?, 2012, S. 16; *Czychowski / Reinhardt*, WHG Kommentar, 2010, § 61 Rn. 11.

Insgesamt führt somit bereits die Wortlautauslegung zu dem Ergebnis, dass – soweit der Bundesgesetzgeber keine genaueren Vorgaben aufstellt – insgesamt und in Übereinstimmung mit der Perspektive des Landesgesetzgebers ein erheblicher Konkretisierungsspielraum besteht.³⁷ Bereits der Wortlaut des § 61 WHG spricht damit eher gegen eine abschließende Regelung. Gerade die Legaldefinition der „Selbstüberwachung“ deutet auf einen verbleibenden Konkretisierungsspielraum für den Landesgesetzgeber.

c) Der systematische Kontext des § 61 WHG

aa) Ein Argument gegen die Zulässigkeit landesrechtlicher Konkretisierungen des § 61 WHG scheint demgegenüber zunächst die vergleichende Betrachtung mit § 58 Abs. 1 S. 3 WHG zu liefern, der – wie auch § 61 WHG – dem zweiten Abschnitt (Abwasserbeseitigung) des dritten Kapitels (Besondere Wasserwirtschaftliche Bestimmungen) des Wasserhaushaltsgesetzes zugeordnet ist. Anders als in § 61 WHG findet sich nämlich mit § 58 Abs. 1 S. 3 WHG eine explizite Regelung, nach der den Ländern die Möglichkeit eingeräumt wird, weitere über die Anforderungen des Wasserhaushaltsgesetzes hinausgehende Vorgaben zu treffen:

„Weitergehende Rechtsvorschriften der Länder, die den Maßgaben des Satzes 2 entsprechen oder die über Satz 1 oder Satz 2 hinausgehende Genehmigungsvorgaben vorsehen, bleiben unberührt.“

Zudem wird teilweise selbst im Rahmen des § 58 WHG eine restriktive Auslegung der Norm angemahnt: Diese klinge

„[...] eher nach dem Zugeständnis einer Fortgeltung der bei Inkrafttreten des neuen WHG bereits vorhandenen Rechtsvorschriften als nach einer Regelungskompetenzeröffnung in einem ansonsten abweichungsfest durch den Bund regelbaren Bereich. [...] Unter dieser Prämisse stellen solche vom aktuellen Bundesrecht abweichenden landesrechtlichen Regelungen in der Praxis nur Übergangsrecht dar, bis ggf. auch diese Regelungen durch inhaltsgleiche bundesrechtliche Vorschriften übernommen werden.“³⁸

Auf den ersten Blick liegt vor diesem Hintergrund der Umkehrschluss nahe, dass der Bundesgesetzgeber durch diesen expliziten Hinweis in § 58 WHG davon ausging, an-

³⁷ Nach *Kotulla*, DVBl 2010, 754, 788 kann von Legaldefinitionen des Bundesgesetzgebers nicht abgewichen werden. Dem lässt sich hier freilich wieder entgegenhalten, dass es sich in diesem Einzelfall nicht um eine Abweichung, sondern eine Konkretisierung handelt.

³⁸ *Nisipeanu*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, 2011, § 58 Rn. 30.

sonsten abschließende Regelungen geschaffen zu haben, die gerade keinen Raum für eine landesrechtliche Konkretisierung lassen.³⁹

Freilich zeigt eine nähere Analyse des § 58 WHG, dass die explizite Zulassung landesrechtlicher Konkretisierungen in § 58 Abs. 1 S. 3 WHG vor allem dem Umstand geschuldet ist, dass es sich bei der Norm um eine stoff- wie anlagenbezogene Regelung handelt, von der die Länder gemäß Art. 72 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 GG grundsätzlich nicht abweichen dürfen.⁴⁰ Auf Grund der Ermächtigung in § 58 WHG können die Länder gleichwohl auch hier an die Gewässereinleitung in öffentliche Abwasseranlagen strengere als die bundesgesetzlichen Anforderungen stellen.⁴¹

Zudem macht eine allgemeinere Betrachtung der Problematik deutlich, dass § 58 Abs. 1 S. 3 WHG einen Umkehrschluss zu Gunsten der Annahme einer abschließenden Regelungswirkung des § 61 WHG von vornherein nicht zulässt. Bei der Ermächtigung aus § 58 WHG handelt es sich um eine systematisch (zumindest) fragwürdige Konstruktion, die sich nicht als Umkehrschluss- oder Regelfallbeispiel eignet. Denn § 58 Abs. 1 S. 3 WHG ist eine einfachgesetzliche Öffnungsklausel, die sich der von Art. 72 GG vorgegebenen Systematik streng genommen entzieht.⁴² Dies wird deutlich wenn man sich noch einmal die Grundsatzentscheidung des hier einschlägigen Art. 72 Abs. 1 GG vor Augen führt:

„Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.“

Dem expliziten Vorbehalt landesrechtlicher Regelungen in einer Bundesrechtsnorm kommt neben dieser grundgesetzlichen Kompetenzentscheidung lediglich eine gewisse Indizwirkung im Hinblick auf die Reichweite des Bundesrechts zu⁴³; im Regelfall können daher entsprechende Hinweise in Bundesgesetzen auf die verbleibende Regelungs-

³⁹ Grundsätzlich dazu *Degenhart* in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 6. Aufl., 2011, Art. 72 Rn. 27; im Speziellen *Parlamentarischer Beratungs- und Gutachterdienst des Landtags NRW*, Ist die Vorschrift des Landeswassergesetz NRW, nach der private Abwasserkanäle bis spätestens Ende 2015 durch zugelassene Sachkundige auf Dichtheit zu überprüfen sind, nach Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes des Bundes mit der Kompetenzordnung des Bundes vereinbar?, 2012, S. 13 f.

⁴⁰ Vgl. *Berendes*, WHG (2010) Kurzkomentar, § 58 Rn. 7;

⁴¹ *Nisipeanu*, in: *Berendes/Frenz/Müggenborg* (Hrsg.), WHG, 2011, § 58 Rn. 31.

⁴² Vgl. *Reinhardt*, AöR 135 (2010), 459, 470, 492 ff.; kritisch dazu *Degenhart* in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 6. Aufl., 2011, Art. 70 Rn. 4.

⁴³ *Degenhart* in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 6. Aufl., 2011, Art. 72 Rn. 32.

kompetenz der Länder allenfalls Klarstellungsfunktion haben.⁴⁴ Soweit nämlich objektiv keine Regelung durch den Bund getroffen wurde, dürfen die Länder auch ohne solche Signale des Bundes gesetzgeberisch tätig werden. Damit bleibt also jene Regelungsmaterie völlig unberührt, welche den Ländern ohnehin schon über Art. 70 Abs. 1 i.V.m. Art. 72 Abs. 1 GG eingeräumt wird.

bb) Bemerkenswert ist im vorliegenden Zusammenhang jedoch, dass der Bundesgesetzgeber mit § 58 Abs. 1 WHG keine landesrechtlichen Erleichterungen einräumt, die hinter § 58 WHG zurückbleiben, sondern ausschließlich Verschärfungen der Einleitungsvoraussetzungen durch Landesrecht zulässt.⁴⁵ Dies lässt sich mit dem hohen Wert des Schutzgutes Wasser erklären. Ohne dabei abschließend die Frage nach der Vergleichbarkeit von § 58 WHG und § 61 WHG zu beantworten, kann diese Entscheidung des Bundesgesetzgebers ebenso als Indikator herangezogen werden, dass auch im Rahmen des § 61 WHG ein Verschärfungsspielraum für den Landesgesetzgeber in Form eines Sachverständigenerfordernisses verbleibt. Denn mit dem rechtssystematischen Verweis auf eine Norm, in der eine explizite Regelung vorgenommen worden ist, lässt sich stets in „beide Richtungen“ argumentieren. Einerseits kann daraus der Umkehrschluss gebildet werden, dass – wie gerade dargestellt – der Gesetzgeber durch eine explizite Ausnahmeregelung davon ausging, ein ansonsten ausnahmsfreies Regelwerk geschaffen zu haben. Mit gleicher Berechtigung lässt sich im Falle des § 58 Abs. 1 WHG jedoch argumentieren, der Gesetzgeber habe an dieser Stelle – ausnahmsweise – die Konkretisierungs- und Abweichungsrechte der Länder auf die explizit zugelassenen Verschärfungen und Lockerungen beschränkt, sodass an anderen Stellen auch weitergehende Konkretisierungen zulässig sein müssten. Bereits diese Erkenntnis entschärft das vermeintlich stichhaltige rechtssystematische Argument.

Insgesamt wird damit deutlich, dass die im Schrifttum teilweise angestellten rechtssystematischen Erwägungen innerhalb des Wasserhaushaltsgesetzes nicht geeignet sind, zu Lasten einer landesgesetzgeberischen Kompetenz im Anwendungsbereich des § 61 Abs. 2 WHG zu argumentieren. Der Blick in das Grundgesetz spricht eher für einen verbleibenden Regelungsspielraum.

⁴⁴ *Faßbender*, ZUR 2010, 181, 184.

⁴⁵ *Czychowski / Reinhardt*, WHG Kommentar, 2010, § 58 Rn. 17.

d) *Exkurs: Sperrwirkung der Verordnungsermächtigung*

Teilweise wird versucht, die Unwirksamkeit des § 61a LWG NRW zusätzlich über eine angeblichen Sperrwirkung der Verordnungsermächtigung des § 23 WHG herzuleiten.⁴⁶ Damit wird eine Diskussion aufgegriffen, die bereits im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens für das Gesetz zur Neuregelung des Wasserrechts geführt wurde. Namentlich beim Erlass des heutigen § 23 WHG bestand seitens des Bundesgesetzgebers die Sorge, diese weitgefaste Norm könne in den Ländern entgegen der gesetzgeberischen Intention als Sperre für die Landesgesetzgebung verstanden werden. Denn bei der Sperrwirkung von Rechtsverordnungen ist grundsätzlich nicht zwischen erlassenem und zukünftigem Landesrecht zu unterscheiden.⁴⁷ In bemerkenswerter Ausführlichkeit macht die Gesetzesbegründung deutlich:

„Nach teilweise in den Ländern vertretener gegenläufiger Rechtsansicht besteht aufgrund der Verordnungsermächtigungen im WHG für den Bund eine Sperrwirkung für entsprechende Landesverordnungen.

Dies hätte zur Folge, dass die Länder selbst dann keine eigenen Verordnungen erlassen oder vorhandene Verordnungen ändern könnten, wenn der Bund von seiner Ermächtigung keinen Gebrauch macht. Auch könnten danach die Länder in den Fällen, in denen der Bund trotz Gebrauchmachens von seiner Ermächtigung den Ländern Spielräume für eigene Regelungen erhalten möchte, diese nicht nutzen.“⁴⁸

Tatsächlich ist die Frage der Sperrwirkung von Verordnungsermächtigungen hochumstritten.⁴⁹ Vereinzelt wird angenommen, bestimmte Verordnungsermächtigungen zu Gunsten des Bundes schlossen landesrechtliche Konkretisierungen generell aus. Insofern wird in der Literatur eine Differenzierung von Gebrauchmachen und Nichtgebrauchmachen mittels Art. 80 Abs. 1 GG vorgeschlagen:

⁴⁶ Dahingehend tendierend, aber ohne abschließendes Ergebnis: *Parlamentarischer Beratungs- und Gutachterdienst des Landtags NRW*, Ist die Vorschrift des Landeswassergesetz NRW, nach der private Abwasserkanäle bis spätestens Ende 2015 durch zugelassene Sachkundige auf Dichtheit zu überprüfen sind, nach Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes des Bundes mit der Kompetenzordnung des Bundes vereinbar?, 2012, S. 15 ff.; grundlegend: *Degenhart* in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 6. Aufl., 2011, Art. 72 Rn. 26.

⁴⁷ *Pieroth* in: Jarass/ Pieroth, GG, Kommentar, 11. Aufl., 2011, Art. 72 Rn. 12.

⁴⁸ Gesetzesbegründung zum WHG 2009, BT-Drs. 16/12275 v. 17.03.2009, S. 70.

⁴⁹ Vgl. *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck. (Hrsg.), GG, Kommentar, 6. Aufl. 2010, Art. 72 Rn. 78 ff. m.w.N. zum Meinungsstand.

Wenn das ermächtigende Bundesgesetz den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG genügt, ist es in einem materiellen Sinne „Gebrauch“ gemäß Art. 72 Abs. 1 GG.⁵⁰

Eine derart pauschalierende Betrachtung hält der Systematik der Art. 70 ff. GG jedoch nicht stand. Tatsächlich kommt es auf den jeweiligen Einzelfall an. Vor allem aber tritt die

„[...] Sperrwirkung bei VO-Ermächtigungen [...] grds. nicht bereits mit der Verkündung des ermächtigenden Bundesgesetzes ein.“⁵¹

In Bezug auf das Wasserrecht jedenfalls besteht ein politischer wie fachlicher Konsens, dass europarechtliche Vorgaben zum Wohle einer harmonischen Normenhierarchie vorzugsweise nicht in 16 mehr oder weniger stark von einander abweichenden Landesgesetzen zu regeln, sondern im Bundesrecht zu konzentrieren sind – auch um europarechtliche Fristen zu wahren.⁵² Die weit gefasste, in weiteren Bestimmungen des Gesetzes zusätzlich flankierte Verordnungsermächtigung des § 23 WHG zielt insbesondere auf dieses Ziel, gegebenenfalls eine fristgemäße Umsetzung des künftigen Unionsrechts zu ermöglichen. Dass der Katalog sich dabei eng an bestehende landesrechtliche Verordnungsermächtigungen anlehnt⁵³, vermag noch nichts über eine Sperrwirkung zu sagen: So könnte einerseits argumentiert werden, der Bundesgesetzgeber wolle Landesrecht verdrängen. Andererseits könnte aber ebenso stichhaltig argumentiert werden, der Gesetzgeber wolle damit die Anwendbarkeit von Landesrecht gewährleisten, soweit der Bund noch nicht von seiner Verordnungsermächtigung Gebrauch gemacht hat.

Im Ausgangspunkt spricht allerdings gegen eine totale Sperrwirkung des § 23 WHG nach innerstaatlicher Kompetenzordnung bereits der Hinweis auf das staatliche Außenverhältnis. Denn die Norm begründet nur ein Rechtsetzungsermessen, jedoch keine Pflicht zum Erlass einer Verordnung. Im Einklang mit dieser Einsicht erklärt der Verfasser des Gesetzentwurfs des Wasserhaushaltsgesetzes:

„§ 23 Abs. 1 normiert eine Ermächtigung, keine Verpflichtung der Bundesregierung zum Erlass von Rechtsverordnungen. Der Ordnungsgeber hat grundsätzlich ein Rechtsetzungsermessen. [...] Wie man sich innerstaatlich verständigt, ob

⁵⁰ *Kunig* in: v. Münch/ Kunig, GG, Kommentar, 6. Aufl., 2012, Art. 72 Rn. 5.

⁵¹ *Sodan*, GG, Kommentar, 2011, Art. 72 Rn. 11.

⁵² *Knopp*, Das neue Wasserhaushaltsrecht, 2010, Rn. 235.

⁵³ Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Wasserrechts, BR-Drs. 280/09 v. 03.04.2009, S. 166.

der Bund oder die Länder EU- oder völkerrechtlichen Verpflichtungen nachkommen, ob der Bund bzw. das Land einen Umsetzungsakt auf Gesetzes- oder Verordnungsebene erlässt, ist weder in § 23 noch in den Fachgesetzen geregelt; die Verantwortung nach außen trägt letztlich immer der Gesamtstaat Bundesrepublik Deutschland.“⁵⁴

Gerade mit Blick auf den unionsrechtlichen Hintergrund des § 23 WHG konnte es jedoch von vornherein nicht im Interesse des Bundesgesetzgebers liegen, durch die Schaffung einer bloßen Ermächtigungsgrundlage für bundesrechtliche Verordnungen bestehendes Landesrecht zu verdrängen. Eine derartige Wirkung des § 23 WHG hätte Regelungslücken entstehen lassen, die nicht nur gravierende Auswirkungen auf den effektiven Schutz des Wasserhaushaltes, sondern in Teilbereichen sogar erhebliche Umsetzungsdefizite im Hinblick auf das Unionsrecht zur Folge hätten. Schon deshalb sollte § 23 WHG von vornherein gerade keine Sperrwirkung entfalten. Zwar wurde ein entsprechender Vorstoß des Bundesrates, in § 23 WHG eine explizite Regelung einzufügen, wonach die Länder weiterhin Regelungskompetenzen besitzen, soweit die Bundesregierung von ihrer Ermächtigung keinen Gebrauch gemacht hat, von der Bundesregierung zunächst zurückgewiesen.⁵⁵ Dies geschah aber nicht, um eine vermeintliche Sperrwirkung zu erhalten, sondern weil man es vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Systematik zunächst als ganz selbstverständlich ansah, dass Landesrecht weiterhin zur Anwendung kommen soll. Ein entsprechender Hinweis in der Gesetzesbegründung wurde deshalb auch als vollkommen ausreichend angesehen:

„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.“⁵⁶

Unmissverständlicher kann eine gesetzgeberische Intention nicht zum Ausdruck gebracht werden. Dies muss umso mehr gelten, als dass dem Katalog des § 23 Abs. 1 WHG „nur“ eine beispielhafte Aufzählfunktion zugesprochen wird, wie sich aus dem Wortlaut der Norm ergibt: So macht die Formulierung „*insbesondere*“ deutlich, dass dem Katalog gerade kein abschließender Charakter zukommen soll.⁵⁷ Der Gesetzgeber

⁵⁴ Berendes, WHG (2010) Kurzkommentar, § 23 Rn. 6.

⁵⁵ Knopp, Das neue Wasserhaushaltsrecht, 2010, Rn. 252.

⁵⁶ Gesetzesbegründung zum WHG 2009, BT-Drs. 16/12275 v. 17.03.2009, S. 58; und konkret bestätigend für den Bereich des § 61 WHG a.a.O., S. 70.

⁵⁷ Berendes, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, 2011, § 23 Rn. 5; Czychowski / Reinhardt, WHG Kommentar, 2010, § 23 Rn. 15.

kann also sogar über die Vorgaben des § 23 WHG hinausgehen oder auch hinter diesen zurückbleiben. Diese intendierte Flexibilität beim Verordnungserlass macht zugleich deutlich, dass die Reichweite einer angeblich mit § 23 WHG verbundenen abstrakten Sperrwirkung überhaupt nicht trennscharf zu ermitteln wäre. Auch aus diesem Grund muss mit dem Grundsatz des Art. 72 Abs. 1 GG die Regelungskompetenz bei den Ländern verbleiben,

„[...] solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht Gebrauch gemacht hat.“

Diese Maßstäbe sind mittlerweile – auch vor dem Hintergrund ihrer Infragestellung in NRW – explizit für das Wasserhaushaltsgesetz im Jahr 2011 durch förmliches Bundesgesetz klargestellt worden, ohne dass dieser Umstand in den Gutachten, namentlich in jenem des Wissenschaftlichen Dienstes des Landtags NRW, auch nur erwähnt würde. Der nunmehr geltende § 23 Abs. 3 WHG bestätigt die vorangegangenen Überlegungen und schreibt ausdrücklich vor:

„¹Solange und soweit die Bundesregierung von der Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach Absatz 1, auch in Verbindung mit § 46 Absatz 2, § 48 Absatz 1 Satz 2, § 57 Absatz 2, § 58 Absatz 1 Satz 2, § 61 Absatz 3, § 62 Absatz 4 und § 63 Absatz 2 Satz 2, keinen Gebrauch gemacht hat, sind die Landesregierungen ermächtigt, durch Rechtsverordnung entsprechende Vorschriften zu erlassen. ²Die Landesregierungen können die Ermächtigung auf eine oder mehrere oberste Landesbehörden übertragen.“⁵⁸

Darüber hinaus macht die Gesetzesbegründung des Wasserhaushaltsgesetzes noch einmal unmissverständlich deutlich:

„Die Regelung dient der Klarstellung.

Bei der Neufassung des Wasserhaushaltsgesetzes im Zuge des „Gesetzes zur Neuregelung des Wasserrechts“ vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2585) hat die Bundesregierung in der Begründung zu § 23 WHG ausgeführt: „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“ (vgl. BR-Drs. 280/09). Damit hat die Bundesregierung ihre Rechtsauffassung zum Ausdruck gebracht, dass die Länder auch weiterhin zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt sind, solange und

⁵⁸ Vorschrift eingefügt durch das Gesetz zur Umsetzung der Meeresstrategie-Rahmenrichtlinie sowie zur Änderung des Bundeswasserstraßengesetzes und des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes v. 06.10.2011, BGBl. I S. 1986

soweit der Bund von seiner Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen keinen Gebrauch macht.“⁵⁹

Der Gesetzgeber stellt damit klar, dass § 23 WHG aus sich heraus keinerlei Sperrwirkung entfalten soll, sondern nunmehr vielmehr noch eine *zusätzliche Ermächtigung* für die Landesregierungen bietet, die entsprechenden Sachfragen durch Verordnung zu regeln. Dabei war sich der Gesetzgeber des daraus möglicherweise entstehenden Kompetenzkonfliktes durchaus bewusst, nahm diese jedoch zu Gunsten einer umfassenden Regelungsdichte im Wasserrecht in Kauf. Zu Klarstellungszwecken verweist er daher zudem auf das BImSchG:

„Um die dadurch entstandene Rechtsunsicherheit und daraus folgend Regelungslücken mit gravierenden Folgen für den wasserrechtlichen Vollzug zu vermeiden, ist eine gesetzliche Klarstellung dringend erforderlich. Die Regelung ist dem geltenden § 23 Absatz 2 BImSchG nachgebildet.“⁶⁰

Auch im Bundes-Immissionsschutzgesetz gilt indes, dass im Zweifel bundesrechtliche Immissionsschutzregelungen strengere oder gleich strenge, aber konkretere Landesregelungen zulassen.⁶¹ Gerade eine Präzisierung bestehenden Bundesrechts durch landesrechtliche Regelungen soll demnach möglich sein.⁶² Daraus wird deutlich, dass der Gesetzgeber sogar dann noch einen landesrechtlichen Regelungsspielraum als gegeben ansieht, wenn bereits eine bundesrechtliche Verordnung erlassen wurde und diese eben keine abschließende Regelung vorsieht.

Dass sich sowohl die Gesetzesbegründung des Wasserhaushaltsgesetzes als auch der Wortlaut des § 23 WHG nur auf *Rechtsverordnungen* der Landesregierung beziehen, bereitet keine weiteren dogmatischen Probleme. Tatsächlich engt diese Begründung die ihrer Zeit weiter gefasste Begründung zu § 23 Abs. 1 und 2 WHG deutlich ein, in der noch allgemein von „*Vorschriften*“ und nicht bloß von „*Verordnungen*“ der Länder die Rede war. Zu beachten ist aber, dass gemäß Art. 80 Abs. 4 GG die Gliedstaaten ohnehin berechtigt sind, von den an ihre Landesregierungen adressierten Verordnungsermächtigung

⁵⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Meeresstrategie-Rahmenrichtlinie und zur Änderung des Bundeswasserstraßengesetzes, BT-Drs. 17/6055 v. 06. 06. 2011, S. 27.

⁶⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Meeresstrategie-Rahmenrichtlinie und zur Änderung des Bundeswasserstraßengesetzes, BT-Drs. 17/6055 v. 06. 06. 2011, S. 27.

⁶¹ Jarass, BImSchG Kommentar, 9. Aufl., 2012, § 23 Rn. 60.

⁶² Jarass, BImSchG Kommentar, 9. Aufl., 2012, § 22 Rn. 17.

gungen in Form eines formellen Gesetzes Gebrauch zu machen.⁶³ Auf Grund dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe ist es für die weitere Geltung der landesrechtlichen Bestimmung unerheblich, ob es sich bei der Vorschrift um eine Verordnung oder ein Parlamentsgesetz handelt. Anzumerken ist zudem, dass die Regelung in Form eines Parlamentsgesetzes – wie im vorliegenden Fall mit dem LWG NRW – der entsprechenden Norm eine direktere demokratische Rückkopplung vermittelt. Für die Frage nach der verbleibenden Kompetenz für ein Parlamentsgesetz im Rahmen der Art. 80 Abs. 4 i.V.m. Art. 72 Abs. 1 GG kann im Übrigen auf die oben dargestellten Kriterien verwiesen werden: Die grundgesetzliche Systematik gebietet eine Einzelfallbetrachtung unabhängig davon, ob auf Landesebene in Form einer Verordnung oder eines Parlamentsgesetzes von einer verbleibenden Kompetenz Gebrauch gemacht werden kann.

Mangels eines Umsetzungszwangs für die Bundesregierung dürfte es überhaupt erst dann zu einem Erlass einer bundesrechtlichen Verordnung kommen, wenn dies der Rechtsvereinfachung zuträglich ist, etwa wenn von außerhalb neue, weitergehende europarechtliche oder internationale Anforderungen an die Bundesrepublik gestellt werden. Bis dahin kann nur gelten:

„Ob und wenn ja zu welchem Zeitpunkt die Bundesregierung ein Bedürfnis sieht, durch 16 Länderregelungen bereits erfüllte Umsetzungsverpflichtungen im Interesse der Rechtsvereinfachungen durch einheitliche Bundesverordnungen abzulösen, ist offen.“⁶⁴

Damit bis zu diesem Zeitpunkt keine Regelungslücke entsteht, muss das Landesrecht weiter fortgelten.⁶⁵ Vor diesem Hintergrund ist die These von der Sperrwirkung der Verordnungsermächtigung wohl kaum mehr ernsthaft vertretbar.

e) Entstehungsgeschichte des § 61 WHG

Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem

⁶³ Näher dazu *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 6. Aufl., 2011, Art. 80 Rn. 50.

⁶⁴ *Berendes*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, 2011, § 23 Rn. 13.

⁶⁵ *Nisipeanu*, in: Berendes/Frenz/Müggenborg (Hrsg.), WHG, 2011, § 61 Rn. 22.

Sinnzusammenhang ergibt“. Der Entstehungsgeschichte kommt insoweit für die Auslegung der Norm

„[...] nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können.“⁶⁶

Bereits die Auslegung des § 61 WHG nach Wortlaut und Systematik führt zu dem Ergebnis, dass diese Norm gegenüber einer Regelung wie § 61a LWG NRW keinerlei Sperrwirkung entfaltet. Blickt man gleichwohl auf die Entstehungsgeschichte der Norm, so wird noch deutlicher, dass es dem Bundesgesetzgeber gänzlich fern lag, eine abschließende Regelung zu treffen oder gar das Landesrecht zu verdrängen. Nach der Gesetzesbegründung führt § 61 WHG lediglich

„...eine bundesgesetzliche Grundsatzregelung zur Selbstüberwachung bei Abwassereinleitungen und Abwasseranlagen ein.“⁶⁷

Zwar ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ein bewusster Regelungsverzicht, welcher den Ländern jedweden Regelungsspielraum nimmt, grundsätzlich möglich.⁶⁸ Eine entsprechende Wertung erfordert freilich

„[...] Mutmaßungen über die Motive des Gesetzgebers, die nur schwer mit der im Kompetenzrecht erforderlichen Formalisierung und Rechtsklarheit vereinbar sind.“⁶⁹

Für die Behauptung, der Gesetzgeber habe durch die sehr abstrakten Formulierungen in § 61 WHG einen absichtsvollen Regelungsverzicht („beredtes Schweigen“) angeordnet, fehlt es indes nicht nur an jedweder Grundlage. Vielmehr hat der Gesetzgeber stattdessen deutlich und von vornherein die Konkretisierungsbedürftigkeit dieser Pflicht hervorgehoben. So ergebe sich die konkrete Reichweite der Pflicht zur Selbstüberwachung erst

„... nach Maßgabe entweder einer Rechtsverordnung oder des die Einleitung zulassenden behördlichen Bescheides. Aus der Verordnung bzw. dem Bescheid ergeben sich die näheren Vorgaben, wie die Überwachung durchzuführen ist.“⁷⁰

⁶⁶ So grundlegend BVerfG, Urteil v. 12.05.1952 – 2 BvH 2/52 –, BVerfGE 1, 299 (312).

⁶⁷ Gesetzesbegründung zum WHG 2009, BT-Drs. 16/12275 v. 17.03.2009, S. 70

⁶⁸ Vgl. BVerfGE 98, 265, 300.

⁶⁹ Degenhart in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 6. Aufl., 2011, Art. 71 Rn. 25.

⁷⁰ Gesetzesbegründung zum WHG 2009, BT-Drs. 16/12275 v. 17.03.2009, S. 70

Dabei wird hervorgehoben:

„Fast alle Landeswassergesetze sehen Regelungen zur Selbstüberwachung vor.“⁷¹

Damit ist freilich noch nicht gesagt, wie der Bundesgesetzgeber mit diesem bestehenden Regelungssystem weiter zu verfahren gedenkt. Jedoch wird sodann unmissverständlich erklärt:

„Absatz 3 konkretisiert über die Vorgaben des § 23 Absatz 1 hinaus in Anlehnung an entsprechende landesgesetzliche Verordnungsermächtigungen mögliche Regelungsgegenstände für den Erlass detaillierter Vorschriften zur Selbstüberwachung auf Verordnungsebene. Bis zum Inkrafttreten einer Rechtsverordnung nach Absatz 3 gelten die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften.“⁷²

Welche Regelungen sollten indes mit dieser Aussage gemeint sein, wenn nicht die Regelungen in den Landeswassergesetzen, die in Bundestag und Bundesrat bekannt waren?

An diesem eindeutigen entstehungsgeschichtlichen Befund vermag auch die Willensbildung im Bundesrat – und damit die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Absatzes – nichts zu ändern. Zwar wurde seitens des Parlamentarischen Dienstes des Landtags argumentiert, es sei eine entstehungsgeschichtliche Differenzierung auf Grund der Normtexterweiterung durch den Bundesrat erforderlich.⁷³ So könne sich die Gesetzesbegründung in Bezug auf die Geltungserhaltung nur auf die ursprünglich vom Gesetzgeber erfassten „Abwasserbehandlungsanlagen“ beziehen, nicht jedoch auf den weiteren Kreis der „Abwasseranlagen“. ⁷⁴ In der Konsequenz sei die Begründung in sonstiger Hinsicht obsolet und mit...

„[...] der Einbeziehung aller Abwasseranlagen in das letztlich verabschiedete Gesetz [...] der Anknüpfungspunkt für diese Begründungspassage verloren gegangen.“⁷⁵

⁷¹ Gesetzesbegründung zum WHG 2009, BT-Drs. 16/12275 v. 17.03.2009, S. 70

⁷² Gesetzesbegründung zum WHG 2009, BT-Drs. 16/12275 v. 17.03.2009, S. 70

⁷³ *Parlamentarischer Beratungs- und Gutachterdienst des Landtags NRW*, Ist die Vorschrift des Landeswassergesetz NRW, nach der private Abwasserkanäle bis spätestens Ende 2015 durch zugelassene Sachkundige auf Dichtheit zu überprüfen sind, nach Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes des Bundes mit der Kompetenzordnung des Bundes vereinbar?, 2012, S. 12 ff.

⁷⁴ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung zum WHG 2009, BT-Drs. 16/13306 v. 04.06.2009, S. 14.

⁷⁵ *Parlamentarischer Beratungs- und Gutachterdienst des Landtags NRW*, Ist die Vorschrift des Landeswassergesetz NRW, nach der private Abwasserkanäle bis spätestens Ende 2015 durch zugelassene Sach-

Diese nicht weiter begründete Behauptung ist kaum nachvollziehbar. Ganz im Gegenteil ist kein Gesichtspunkt dafür dokumentiert oder auch nur denkbar, weshalb mit der Ausweitung ihres Anwendungsbereichs der Charakter, der Normzweck oder die Regelungsdichte des § 61 WHG hätten verändert werden sollen. Vielmehr lässt die unkommentierte Ausweitung des Anwendungsbereichs den gesetzgeberischen Willen erkennen, sämtliche Regelungen und Begründungen auch auf die nachträglich einbezogenen Elemente zu erstrecken. Eine lückenlose Erfassung aller Anlagen war gerade gewollt, um einen möglichst hohen Grad an Effektivität bei der Gewässerüberwachung und eine Vereinheitlichung der Rechtsordnung zu erreichen.⁷⁶

Insbesondere unter Heranziehung der klaren Worte der Gesetzesmaterialien dürften keine Zweifel mehr an der Weitergeltung der landesrechtlichen Vorschriften bestehen. Der Ansatz, durch die Erweiterung im Bundesrat die Aussage der Gesetzesbegründung geradezu in ihr Gegenteil zu verkehren, liest sich vor diesem Hintergrund geradezu wie ein Versuch, die Verfassungswidrigkeit des Landesrechtes um jeden Preis zu konstruieren. Die eigentliche, gegenteilige Intention des Gesetzgebers ist hingegen eindeutig:

„Bis zum Inkrafttreten einer Rechtsverordnung nach Absatz 3 gelten die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften.“⁷⁷

f) Normzweck des § 61 WHG

Die Auslegung nach dem Sinn und Zweck einer Vorschrift gilt als die im Zweifel maßgebliche Auslegungsmethode. Der gesetzgeberisch intendierte Normzweck ist wiederum eng verknüpft mit der historischen Betrachtung der Norm, aus der – wie gerade gesehen – unzweifelhaft hervorgeht, dass der Bundesgesetzgeber mit § 61 WHG nach Anwendungsbereich, Normzweck und Regelungsdichte lediglich eine Grundsatznorm schaffen und Raum für landeswasserrechtliche Konkretisierungen lassen wollte. Die Bundesregelung kann ihrem eigenen Sinn und Zweck sogar nur dann gerecht werden, wenn man sie im Sinne des Landesrechts versteht, an das sich der Bund erklärtermaßen anlehnte.

kundige auf Dichtheit zu überprüfen sind, nach Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes des Bundes mit der Kompetenzordnung des Bundes vereinbar?, 2012, S. 13.

⁷⁶ Gesetzesbegründung zum WHG 2009, BT-Drs. 16/12275 v. 17.03.2009, S. 1.

⁷⁷ Gesetzesbegründung zum WHG 2009, BT-Drs. 16/12275 v. 17.03.2009, S. 70

Blendet man nämlich Gesichtspunkte der Praktikabilität nicht völlig aus, so kann eine technische Eigenüberwachung – wie etwa die Prüfung der Standsicherheit im Baurecht – sinnvollerweise nur so stattfinden, dass der Private sich geeigneter Sachverständiger bedient. Der Grundstückseigentümer selbst hingegen ist offensichtlich überhaupt nicht in der Lage, aus seiner laienhaften Sicht festzustellen, ob eine Beeinträchtigung der Dichtheit seiner Abwasserleitungen gegeben ist. Sollte § 61 WHG gleichwohl die in der Literatur behauptete Sperrwirkung entfalten, würde es an einer hinreichenden gesetzlichen Regelung fehlen, die den übergeordneten Zielvorgaben der §§ 1 und 6 WHG sowie den speziellen Grundsätzen der Abwasserbeseitigung gem. § 55 WHG gerecht wird.

Übergeordnete Zielsetzung des Wasserrechts ist nämlich – anders als in dem in dem durch das Gutachten des Parlamentarischen Beratungs- und Gutachterdienst des Landtags NRW bemühten⁷⁸ Bodenschutzrecht – gerade nicht eine bloße Gefahrenabwehr, sondern darüber hinaus die geordnete nachhaltige Gewässerbewirtschaftung durch die hierfür berufenen Behörden. Dass durch diese Gewässerbewirtschaftung – wie durch das gesamte Wasserrecht – mittelbar auch der Boden geschützt wird, ändert nichts an den grundsätzlichen Unterschieden der Zielsetzungen beider Rechtsregime. Auch aus der Existenz der §§ 100 ff. WHG und dem Kooperationsprinzip lässt sich nicht ableiten, das Bundesrecht ordne ein zweistufiges Überwachungsmodell an, das keinerlei Raum für eine gutachterliche Überprüfung lasse. Dass andere Landesgesetzgeber gegebenenfalls eine andere Entscheidung – etwa zu Gunsten eines echten zweistufigen Überwachungsmodells – treffen können,⁷⁹ besagt ebenfalls nichts über entsprechende Zielsetzungen des Bundesgesetzgebers, die von jenen der §§ 1 und 6 WHG abweichen würden.

Nach diesen Vorgaben soll die in staatlicher Verantwortung vollzogene Gewässerbewirtschaftung den Wasserhaushalt durch Eröffnungskontrollen, aber auch durch Instrumente wie § 61 WHG so ordnen, dass die Gewässer vor vermeidbaren Belastungen geschützt werden, Wasser stets in geeigneter Güte und in der benötigten Menge und am

⁷⁸ *Parlamentarischer Beratungs- und Gutachterdienst des Landtags NRW*, Ist die Vorschrift des Landeswassergesetz NRW, nach der private Abwasserkanäle bis spätestens Ende 2015 durch zugelassene Sachkundige auf Dichtheit zu überprüfen sind, nach Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes des Bundes mit der Kompetenzordnung des Bundes vereinbar?, 2012, S. 26.

⁷⁹ *Parlamentarischer Beratungs- und Gutachterdienst des Landtags NRW*, Ist die Vorschrift des Landeswassergesetz NRW, nach der private Abwasserkanäle bis spätestens Ende 2015 durch zugelassene Sachkundige auf Dichtheit zu überprüfen sind, nach Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes des Bundes mit der Kompetenzordnung des Bundes vereinbar?, 2012, S. 24 f. unter Bezugnahme des LWG BaWü.

richtigen Ort für die jeweiligen Bedürfnisse zur Verfügung steht.⁸⁰ Aus dieser Zweckrichtung heraus muss auch die Auslegung des § 61 WHG erfolgen.

Blickt man aus dieser allgemein anerkannten teleologischen Perspektive auf das Zusammenspiel von Bundes- und Landesrecht, so wird ein stimmiges Gesamtsystem erkennbar: Nach dem Wortlaut des § 61 Abs. 2 S. 1 WHG sind Gegenstände der Selbstüberwachung der Zustand, die Funktionsfähigkeit, die Unterhaltung und der Betrieb der Abwasseranlage. In einer Zusammenschau mit § 60 Abs. 1 und 2 WHG wird deutlich, dass die Selbstüberwachung nicht eigenständiges wasserrechtliches Instrument ist, sondern eng mit den dort – allerdings ebenfalls nur sehr abstrakt – geregelten Betreiber- und Sanierungspflichten verbunden ist. Angesicht der Tatsache, dass die betrieblichen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Abwasserbeseitigung einen hohen technischen Standard erreicht haben, ist die sachgerechte Vollziehbarkeit all dieser Pflichten maßgeblich von weiteren Kriterien abhängig. Ebendiese Kriterien sind jedoch Gegenstand der landesrechtlichen Regelung. So legt § 61a LWG u.a. fest,

- welche private Abwasseranlagen zu prüfen sind (§ 61a Abs. 3 S. 1),
- dass die Prüfung durch einen Sachkundigen durchzuführen ist (§ 61a Abs. 3 S. 1) und dass die oberste Wasserbehörde die Sachkunde durch Verwaltungsvorschrift festlegen kann (§ 61a Abs. 6); dabei soll der Sachkundige dem Eigentümer zuarbeiten und agiert als dessen Vertragspartner, nicht als Aufsichtsperson,
- dass eine Bescheinigung zu fertigen ist und diese auf Verlangen der Gemeinde vorzulegen ist (§ 61a Abs. 3 Sätze 4 und 5),
- welche Fristen für die erstmalige Prüfung und die Wiederholungsprüfung maßgeblich sind (§ 61a Abs. 3 Sätze 1 und 6 und Abs. 4),
- dass für Wasserschutzgebiete kürzere Fristen von der Gemeinde festzulegen sind (§ 61a Abs. 5) und die Gemeinde verpflichtet ist, die Grundstückseigentümer über die Durchführung der Dichtheitsprüfung zu unterrichten und zu beraten.

⁸⁰ Vgl. zu alledem statt Vieler *Salzwedel/Durner*, in: Hansmann (Hrsg.), *Grundzüge des Umweltrechts*, 4. Aufl. 2012, Kap. 8 Rn. 23 ff.

Dieses landesgesetzliche Regelungs- und Konkretisierungskonzept verdeutlicht zugleich, dass Zustand und Betrieb privater Abwasseranlagen fachlich eng mit dem Zustand und Betrieb von öffentlichen Abwasseranlagen verbunden sind und die Länder auch insofern Regelungsmöglichkeiten haben müssen, um den Gesamtvorgang der Abwasserbeseitigung vollzugsmäßig steuern zu können. Ohne derartige Regelungsmöglichkeiten würden die Länder kaum ihrer Verantwortung für das Erreichen der materiellen Bewirtschaftungsziele nachkommen können.

Gegenüber diesen aus Sicht der Zielvorgaben der §§ 1 und 6 WHG schlechterdings unverzichtbaren Konkretisierungen muss eine Sperrwirkung somit auch aus teleologischen und fachlichen Effektivitätsgründen verneint werden.⁸¹ Wie bereits im Rahmen der Wortlautauslegung wird auch an dieser Stelle deutlich, dass es auch gar nicht Sinn und Zweck sein kann, bestehende landesrechtliche Vorgaben zu verdrängen. So bleibt festzuhalten:

„§ 61 ist eine im Rahmen des Art. 72 Abs. 1 GG der Ergänzung durch Landesrecht zugängliche Vorschrift. Die Länder können insbesondere weitere anlagenbezogene Anforderungen festlegen sowie für vorhandene Anlagen die erforderlichen Anpassungsmaßnahmen und die angemessenen Fristen konkretisieren.“⁸²

Auch aus teleologischer Sicht handelt es sich somit bei § 61 WHG um eine konkretisierungsbedürftige Grundsatznorm des Bundes, die bis zum Erlass einer entsprechenden Bundesverordnung die bestehen Regelungen der Länder nicht in Frage stellen will. Auch nach Sinn und Zweck des § 61 WHG bleibt der § 61a LWG NRW daneben anwendbar.

g) Zwischenergebnis

Wie die Auslegung des § 61 WHG nach Wortlaut, Systematik, Historie und Telos zeigt, erzeugt die bundesrechtliche Norm keine Sperrwirkung für § 61a LWG NRW.

⁸¹ Wellmann / Queitsch / Fröhlich, WHG Kommentar, 2010, § 61 Rn. 7.

⁸² Berendes, WHG Kurzkommentar, 2010, § 61 Rn. 8.

h) Hilfgutachtliche Überlegungen

Hilfgutachtlich ist festzustellen, dass auch eine abweichende Rechtsauffassung nicht zu einem anderen Ergebnis führen kann. Selbst wenn man dem Landesgesetzgeber gegenüber § 61 WHG keinen originären Konkretisierungsspielraum zugestehen wollte, wird aus §§ 61 Abs. 3, 23 Abs. 1 u. 3 WHG eine zusätzliche Regelungskompetenz auf Landesebene begründet. Dass diese Kompetenz nach dem Wortlaut des Wasserhaushaltsgesetzes der Landesregierung und nicht dem parlamentarischen Gesetzgeber zugesprochen wird, ist auf Grund der Bestimmung des Art. 80 Abs. 4 GG unschädlich. Demnach kann eine Verordnungsermächtigung auf Landesebene auch durch ein Parlamentsgesetz ausgefüllt werden. § 61a LWG NRW würde also auch auf diesem Wege verfassungs- und WHG-konform zur Anwendung kommen.

4. Abweichungsgesetzgebung

In Konsequenz der oben gemachten Ausführung kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass der vorliegende Sachverhalt entgegen einiger Äußerungen im Schrifttum gerade nicht die Frage nach einer Abweichungsgesetzgebung i.S.d. § 72 Abs. 3 GG aufwirft. Die Gesetzgebungskompetenz des Landes ergibt sich stattdessen unmittelbar aus Art. 70 Abs. 1 und Art. 72 Abs. 1 GG.

5. Vorrang des Bundesrechts nach Art. 31 GG

Bestehendes Landesrecht wird mit Inkrafttreten des Bundesrechts nichtig. Die Sperrwirkung verhindert zudem den Erlass nachfolgenden Landesrechts im fraglichen Sachbereich, das ggf. wegen fehlender Kompetenz unabhängig von Art. 31 GG nichtig wäre. Art. 31 greift nach allgemeiner Auffassung nämlich

„[...] erst ein, wenn jeweils kompetenzgemäßes Bundes- und Landesrecht miteinander in Widerspruch treten, denn kompetenzwidriges Gesetzesrecht ist verfassungswidrig und schon deshalb nicht geeignet, mit anderem Recht – inhaltlich – zu kollidieren.“⁸³

⁸³ *Kunig* in: v. Münch/ Kunig, GG, Kommentar, 6. Aufl., 2012, Art. 70 Rn. 9.

Eine inhaltliche Kollision liegt nach den bisherigen Ergebnissen jedoch gerade nicht vor. Der behauptete⁸⁴ Rückgriff auf Art. 31 GG im Verhältnis von § 61a LWG NRW und § 61 WHG ist deshalb bereits im Ausgangspunkt verfehlt.

6. Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung

Gerügt wird im Gutachten des Parlamentarischen Beratungs- und Gutachterdienst des Landtags NRW schließlich auch noch ein angeblicher Verstoß gegen die sog. Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung.⁸⁵ Diese Aussagen beziehen sich auf die durch das Bundesverfassungsgericht in dem vieldiskutierten Urteil über die Unzulässigkeit kommunaler Verpackungssteuern entwickelte Figur der „Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung“, wonach Regelungen mit Auswirkungen in einem anderweitig geregelten Sachbereich nicht dazu führen dürften, dass „dadurch die Rechtsordnung widersprüchlich wird“. Die bislang anerkannte „Verpflichtung zur Beachtung der bundesstaatlichen Kompetenzgrenzen und zur Ausübung der Kompetenz in wechselseitiger bundesstaatlicher Rücksichtnahme“ werde demnach „durch das Rechtsstaatsprinzip in ihrem Inhalt verdeutlicht und in ihrem Anwendungsbereich erweitert.“⁸⁶

Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass dieser kontrovers diskutierte Ansatz im Schrifttum fast durchgängig auf Ablehnung gestoßen ist⁸⁷, so dass der Zweite Senat sich von der Figur der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung relativ unauffällig wieder verabschiedete. Die Figur dürfte keine geltende Rechtsprechung mehr darstellen. Der Frage muss indes nicht nachgegangen werden. Denn da § 61 WHG gegenüber landesrechtli-

⁸⁴ *Parlamentarischer Beratungs- und Gutachterdienst des Landtags NRW*, Ist die Vorschrift des Landeswassergesetz NRW, nach der private Abwasserkanäle bis spätestens Ende 2015 durch zugelassene Sachkundige auf Dichtheit zu überprüfen sind, nach Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes des Bundes mit der Kompetenzordnung des Bundes vereinbar?, 2012, S. 27.

⁸⁵ *Parlamentarischer Beratungs- und Gutachterdienst des Landtags NRW*, Ist die Vorschrift des Landeswassergesetz NRW, nach der private Abwasserkanäle bis spätestens Ende 2015 durch zugelassene Sachkundige auf Dichtheit zu überprüfen sind, nach Inkrafttreten des Wasserhaushaltsgesetzes des Bundes mit der Kompetenzordnung des Bundes vereinbar?, 2012, S. 22 ff.

⁸⁶ BVerfG, Urt. v. 7.5.1998 – 2 BvR 1991/95 und 2 BvR 2004/95 –, BVerfGE 98, 106, 118 f., 123 ff. („rechtsstaatliche Grenze der Kompetenzausübung“); ebenso Urt. v. 7.5.1998 – 2 BvR 1876/91 u. a. –, BVerfGE 98, 83, 97 f.; Urt. v. 22.12.1999 – 11 C 9/99 –, BVerwGE 110, 248 ff.

⁸⁷ Vgl. etwa *Brüning*, NVwZ 2002, 33 ff.; *Jarass*, UPR 2001, 5 ff., m. w. N.; *Papier*, in: *Umweltschutz, Wirtschaft und kommunale Selbstverwaltung*, 2001, S. 11, 25 ff., 30 f.; *Rodi*, *StuW* 1999, 105 ff.; *Schmidt/Diederichsen*, *JZ* 1999, 37 ff.; *Sendler*, *NJW* 1998, 2875 ff.; zustimmend jedoch *Di Fabio*, *NVwZ* 1999, 1153, 1156 f.; *Weidemann*, *DVBf.* 1999, 73, 74.

chen Konkretisierungen bereits keine Sperrwirkung entfaltet, ist ein Widerspruch von vornherein nicht gegeben.

II. Keine Normverwerfungskompetenz für die Verwaltung

Abschließend ist Folgendes anzumerken: Selbst wenn § 61a LWG NRW mangels Landeskompentenz verfassungswidrig und nichtig sein sollte, wäre jedenfalls die Exekutive nicht berechtigt, diese Norm aus eigener Einschätzung unangewendet zu lassen.

Zwar ist vor allem im Hinblick auf untergesetzliche Normen umstritten, ob Behörden berechtigt sind, diese als nichtig anzusehen und bei ihren Entscheidungen unberücksichtigt zu lassen.⁸⁸ Teilweise wird nicht nur ein Recht der Verwaltung bejaht, die anzuwendenden Rechtsvorschriften zu prüfen, sondern diese gegebenenfalls auch unangewendet zu lassen.⁸⁹ Andererseits müsste eine solche Normnichtenanwendung durch die Verwaltung dazu führen, dass die Kernkompetenz des parlamentarischen Gesetzgebers ausgehebelt wird.⁹⁰ Durch die Rechtsprechung wurde eine Normverwerfungskompetenz daher bislang unter außerordentlich engen Voraussetzungen und allein in Bezug auf Bebauungspläne, also untergesetzliche Rechtsnormen zuerkannt.⁹¹ Eine Verwerfungskompetenz der Exekutive gegenüber formellen Parlamentsgesetzen wird durch die ganz herrschende Rechtsauffassung kategorisch abgelehnt. Nach dieser vorherrschenden Sicht wäre die eigenmächtige Nichtanwendung des § 61a LWG NRW durch die Verwaltung selbst im Falle seiner Unwirksamkeit handgreiflich verfassungswidrig.

Die Unwirksamkeit der Regelung könnte daher nicht über bloßes Verwaltungshandeln, sondern nur durch eine verfassungsgerichtliche Überprüfung oder eine Gesetzesänderung erreicht werden: Zunächst könnten durch die Regelungen zur Dichtheitsprüfung

⁸⁸ Vgl. dazu allgemein *Wolff/Bachoff/Stober*, Verwaltungsrecht I, 11. Aufl. 1999, § 28 Rn. 20, m. w. N.; speziell für den Zusammenhang des Baurechts etwa *Gaentzsch*, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Hrsg.), Berliner Kommentar zum BauGB, 3. Aufl., § 10 Rn. 35 ff., Stand: Aug. 2002; *Löhr*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 10 Rn. 10 ff.

⁸⁹ So *Kopp*, DVBl. 1983, 821 ff.; *Ossenbühl*, in: HStR III, 1988, § 64 Rn. 74; *Pietzcker*, DVBl. 1986, 806, 808 (unter Aufgabe seiner älteren nachfolgend zitierten Stellungnahme); *Renck*, BayVBl. 1983, 86 f.

⁹⁰ So etwa *Schmidt*, BayVBl. 1976, 1 ff.; *Pietzcker*, AöR 101 (1976), 374, 389 ff.; wohl auch *Baumeister/Ruthig*, JZ 1999, 117, 118.

⁹¹ Dazu etwa BVerwG, Urt. v. 21.11.1986 – 4 C 22/83 –, BVerwGE 75, 142 ff. und Urt. v. 21.11.1986 – 4 C 60.84 –, UPR 1987, 188 f.; OVG Saarlouis, Urt. v. 9.12.1991 – 1 R 25/91 –, NVwZ 1993, 396 ff.; BayVGH, Urt. v. 1.4.1982 – Nr. 15 N 81 A.1679 –, BayVBl. 1982, 654 ff.; vgl. auch OVG Saarlouis, Urt. v. 20.2.1989 – 1 R 102/87 –, NVwZ 1990, 172 ff. und insbesondere BVerwG, Urt. v. 31.1.2001 – 6 CN 2.00 –, BVerwGE 112, 373, 380 ff.

Betroffene Rechtsschutz vor dem Verwaltungsgericht suchen, das § 61a LWG NRW wiederum nach Art. 100 I GG i.V.m. § 13 Nr. 11, §§ 80 ff. BVerfGG dem BVerfG vorlegen könnte.⁹² Ebenso könnte die Landesregierung einen Antrag auf eine abstrakte Normenkontrolle gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG i.V.m. § 13 Nr. 6, §§ 76 ff. BVerfGG stellen. Beide Wege dürften allerdings im Ergebnis wenig zielführend sein, da – wie ausführlich dargestellt – von der Verfassungsmäßigkeit der Norm ausgegangen werden muss. Unbenommen bleibt dem Landtag allerdings die Möglichkeit, die Norm förmlich anzupassen oder gar aufzuheben.

C. Zusammenfassung der Ergebnisse

Damit ist zusammenfassend festzuhalten: § 61a LWG NRW findet neben dem im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes ausgestalteten § 61 WHG als Konkretisierung der bundesgesetzlichen Grundsatznorm in vollem Umfang Anwendung. Eine Sperrwirkung besteht nicht.

Ebenso wenig besteht eine Sperrwirkung über die Verordnungsermächtigung des Bundes nach § 23 Abs. 3 WHG. Selbst bei abweichender Rechtsauffassung findet § 61a LWG NRW über § 23 Abs. 3 WHG und Art. 80 Abs. 4 GG weiter Anwendung.

Die aufgeworfene kompetenzrechtliche Fragestellung ist in ihrer Gesamtheit über Art. 72 Abs. 1 GG zu lösen. Ausführungen zur Abweichungskompetenz nach Art. 72 Abs. 3 GG, Art. 31 GG oder gar den Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung gehen mangels jeglichen Anknüpfungspunkts für eine Abweichung fehl.

(Professor Dr. Dr. Wolfgang Durner, LL.M.)

⁹² *Sodan*, GG, Kommentar, 2. Aufl. 2011, Art. 100 Rn. 3; *Hofmann* in: Schmidt-Bleibtreu/ Hofmann/ Hopfau, GG, Kommentar, 11. Aufl., 2008, Art. 100 Rn. 3.