

der massiv erhöhten Ausbauziele und in struktureller Hinsicht insbesondere in Gestalt der Beendigung der Finanzierung des EEG über die EEG-Umlage. Erhalten bleibt aber die Grundsystematik der Regelungen zur Ermittlung der Förderung der EE-Anlagen. Dieses System wird allerdings mit hohem Detaillierungsgrad weiterentwickelt. Der Trend zur Steigerung der Regelungsdichte und -komplexität des Rechts der erneuerbaren Energien ist also ungebrochen. Ein nicht unwesentlicher Teil der einige hundert Seiten umfassenden Gesetzgebungsmaterialien dokumentiert dies. An diesem Trend ändert auch die Streichung der Regelungen zur EEG-Umlage und der damit zusammenhängenden Themen wie v.a. der Besonderen Ausgleichsregelung nichts Wesentliches. Denn an die Stelle der entsprechenden Regelungen des EEG ist mit dem EnFG ein neues Gesetz mit fast 70 Paragraphen getreten, wenngleich davon nicht alle die EEG-Finanzierung betreffen.

Beachtlich sind auch die zahlreichen großen und kleineren Änderungen, die der RegE im Verlauf des weiteren Gesetzgebungsverfahrens erfuhr. Manches davon dürfte eher der „Symbolpolitik“ mit überschaubarer praktischer Relevanz für die Energiewende zuzuordnen sein. Dazu dürfte etwa die Einführung des § 34a EEG 2023 zum möglichen Ausschluss unionsfremder Bieter von Ausschreibungen zählen. Auch die Streichung der zunächst noch vorgesehenen Möglichkeit des Wiederauflebens der EEG-Umlage (§ 10 EnUG-E) und die hinzugefügten Regelungen zum Einstieg in den Ausstieg aus der EEG-Förderung (§ 1a Abs. 2 EEG 2023) haben vor allem politischen Symbolwert. Der Gesetzgeber ist – im Rahmen des verfassungsrechtlich garantierten Bestandsschutzes – schließlich nicht gehindert, diese Themen zukünftig erneut zu novellieren. Größere praktische Relevanz hat hingegen z.B. die Aufgabe des

ursprünglichen Ziels der Bundesregierung, die Treibhausgasneutralität bis zum Jahr 2035 zu erreichen (§ 1 Abs. 2 EEG 2023-E), und die Beibehaltung der Förderung der „kleinen“ Wasserkraft (§ 40 EEG 2023). Inwieweit die ebenfalls erst im weiteren Gesetzgebungsverfahren hinzugekommene Förderung von Anlagen zur Stromerzeugung aus Grünem Wasserstoff (§ 28e EEG 2021 n.F.) in der Praxis nachgefragt werden wird, bleibt abzuwarten.

Ob diese EEG-Novelle ein Erfolg sein wird, hängt letztlich von Umständen außerhalb des EEG ab. Denn der Schlüssel zum Erfolg des Ausbaus der erneuerbaren Energien im angestrebten Umfang ist und bleibt die Verfügbarkeit ausreichender Flächen. Dies soll nun das WaLG leisten, nämlich mit dem damit eingeführten WindBG im Zusammenspiel mit den Neuerungen im BauGB und im ROG. Das WindBG soll mit seinen bindenden Flächenbeitragszielen Druck auf die Bundesländer ausüben, während die Neuerungen im BauGB und im ROG den Bundesländern Spielräume für die Flächenplanung eröffnen sollen. Angesichts der bisher notorischen „vornehmen Zurückhaltung“ mancher Bundesländer bei der Ausweisung von Flächen für Windenergieanlagen ist dies ein großer Schritt, der allerdings auch in die Realität umgesetzt werden muss.

### RAin Dr. Yvonne Kerth

Partnerin der Kanzlei Dannecker & Kerth, Hamburg/Stuttgart



Jetzt KlimaRZ gratis testen!

**Prof. Dr. Thomas Dünchheim / Dr. Mathias Dierkes**

## Vorrang der Trinkwasserversorgung – Rechtliche Maßstäbe für die Trinkwasserversorgung im Fall der Trinkwasserknappheit

*Deutschland hat in den vergangenen Jahren – insb. 2020 und 2022 – heiße und trockene Sommer erlebt, die sich negativ auf die vorhandenen Wasserressourcen ausgewirkt haben. Die Trockenheit hat Konflikte zwischen den Entnahmen zur öffentlichen Wasserversorgung, zur direkten Versorgung von Wirtschaft und Industrie sowie zur landwirtschaftlichen Bewässerung deutlich gemacht und verschärft. In heißen und trockenen Zeiten steigt der Wasserbedarf der öffentlichen und nicht öffentlichen Wasserversorgung an, gleichzeitig stehen Gewässer für Entnahmen nicht mehr in vollem Umfang zur Verfügung. Die Wasserwirtschaft steht daher aktuell vor der großen Herausforderung, sich mit Blick auf den fortschreitenden Klimawandel auf vermehrte Trockenheitsphasen einzustellen. Insbesondere muss damit gerechnet werden, dass an einzelnen Tagen eine Situation eintre-*

*ten kann, in der nicht mehr ausreichend Trinkwasser zur Verfügung steht, um alle Kunden zu beliefern. Die staatliche Verteilung knapper Güter fordert den Staat als „Nutzungskonfliktlöser“ – nun auch im Wasserrecht. Die rechtlichen Maßstäbe der Wasserverteilung in Zeiten der Knappheit sollen in diesem Beitrag gerade mit Blick auf den in Nordrhein-Westfalen in § 37 Abs. 2 Satz 1 LWG neu festgelegten Vorrang der Trinkwasserversorgung nachvollzogen werden.*

### I. Einleitung

Wenngleich diverse Verbände fordern, den Vorrang der Trinkwasserversorgung explizit im Wasserhaushaltsgesetz (WHG)

zu regeln,<sup>1</sup> ist der Bund dem bislang nicht nachgekommen. Allerdings hat die nordrhein-westfälische Landesregierung vor diesem Hintergrund das Landeswassergesetz (LWG NRW) novelliert, um einen Vorrang der Entnahme zugunsten der öffentlichen Wasserversorgung gegenüber Entnahmen zu anderen Zwecken festzuschreiben. Die Neufassung des § 37 Abs. 2 Satz 1 LWG NRW lautet wörtlich wie folgt:

„Wasserentnahmen der öffentlichen Wasserversorgung, soweit sie die öffentliche Trinkwasserversorgung und damit die Gesundheit der Bevölkerung sicherstellen, haben Vorrang vor anderen Wasserentnahmen.“<sup>2</sup>

Nach der Gesetzesbegründung soll der Vorrang für eine Trinkwassermenge gelten, die erforderlich ist, um die öffentliche Trinkwasserversorgung und damit die Gesundheit der Bevölkerung sicherzustellen.<sup>3</sup> Begründet wird der Vorrang der öffentlichen Trinkwasserversorgung zugunsten der Bevölkerung wie folgt:

„Die öffentliche Trinkwasserversorgung dient grundlegenden Bedürfnissen der Bevölkerung und sichert zusammen mit der geordneten Abwasserbeseitigung die Gesundheit der Bevölkerung. Erst eine geordnete öffentliche Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung haben die Lebensverhältnisse in eng besiedelten [sic] Gebieten ermöglicht, die in Deutschland für selbstverständlich gehalten werden. Daher genießt die öffentliche Trinkwasserversorgung Vorrang.“<sup>4</sup>

Demgegenüber soll die Wasserversorgung von Wirtschaft und Industrie über die Anlagen des Wasserversorgungsunternehmens für sich genommen keinen Vorrang gegenüber der Eigenversorgung von Wirtschaft und Industrie genießen.<sup>5</sup>

Während die Neuregelung von § 37 Abs. 2 LWG NRW an der Wasserentnahme ansetzt, kann der Konflikt um die begrenzte Ressource Trinkwasser in gleicher Weise bei der Wasserabgabe aus dem Versorgungsnetz des Wasserversorgungsunternehmens an seine Kunden entstehen. Sollten die verantwortlichen Behörden in einem solchen Fall mithilfe der ihnen gesetzlich zustehenden Planungsinstrumente und verbindlichen Entscheidungsbefugnisse keine rechtzeitige Entscheidung treffen, wer beliefert werden muss oder wie der Verbrauch des Trinkwassers reduziert werden kann, muss zwangsläufig das Wasserversorgungsunternehmen die Auswahlentscheidung vornehmen, welche Kunden beliefert werden und welche nicht.

Zu den Kunden von Wasserversorgungsunternehmen zählen in der Regel Tarifkunden (Haushalte und Kleingewerbe), Sonderkunden (Gewerbe) und Weiterverteiler (andere Wasserversorgungsunternehmen oder Stadtwerke, die eine öffentliche Wasserversorgung betreiben). Die Tarifkunden werden auf Grundlage von Verträgen nach der AVB WasserV versorgt, Sonderkunden und Weiterverteiler auf Grundlage individueller, z.T. voneinander abweichender (Sonder-)Verträge.

Bislang unregelt ist, welche Kunden durch das Wasserversorgungsunternehmen vorrangig zu beliefern sind und bei welchen eine Drosselung bzw. Abstellung der Wasserversorgung vorgenommen werden muss. Zur Verdeutlichung der damit verbundenen Rechtsfragen wird im Folgenden unterstellt, dass alle Kunden gemessen und gedrosselt bzw. abgeschaltet werden könnten.

## II. Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung bei der Gewässerbenutzung

Die Frage nach den rechtlichen Maßstäben für die Verteilung von Trinkwasser im Falle der Trinkwasserknappheit reiht sich ein in die seit über zwanzig Jahren intensiv in Rspr. und Lehre

geführte Debatte über die ordnungsgemäße Verteilung knapper Güter in Konkurrenzsituationen, die sich jüngst im Zuge der COVID 19-Pandemie bei der Verteilung von knappen Kapazitäten in Krankenhäusern oder der Verteilung von Vakzinen unter dem Gesichtspunkt einer „Triage“ in besonders zuge-spitzter Form gestellt hat.<sup>6</sup> Die Ursachen der Knappheit können vielgestaltig sein und lassen sich grob in die drei Kategorien der natürlichen und gewillkürten Knappheit sowie ein nur begrenztes Leistungsangebot des Staates einteilen. Die Versteigerung von Frequenzen im Bereich der Telekommunikation,<sup>7</sup> die Zuteilung von Marktplatz-Ständen<sup>8</sup>, die Erstellung und Umsetzung von Krankenhausplänen,<sup>9</sup> die Erteilung von Glücksspielkonzessionen,<sup>10</sup> die Besetzung von Beamtenstellen<sup>11</sup> oder die Vergabe von Subventionen oder Studienplätzen mögen als weitere prominente Beispiele staatlicher Verteilungsverwaltung genügen.

Die Trinkwasserknappheit als solche hat zweifellos natürliche Ursachen und ist nicht darüber hinaus durch eine staatliche Entscheidung bedingt wie etwa bei der Zuteilung von Marktplatzständen oder der Besetzung von Beamtenstellen. Rechtliche Rahmenbedingungen zur Auflösung von Konflikten um die begrenzte Ressource existieren bislang lediglich auf der Entnahmeseite: Verschiedenen Regelungen des WHG wird hierbei ein Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung entnommen. Eine gesetzliche Regelung, welche die Verteilung im Knappheitsfall auf der Seite der Abgabe an die Kunden regelt, existiert demgegenüber nicht. Daher ist – sofern die verantwortlichen Behörden keine verbindlichen Vorgaben treffen – seitens der Trinkwasserunternehmen eine Verteilungsentscheidung unter Bewertung der vorhandenen Nutzerinteressen vorzunehmen. Eine solche Bewertung zeigt, dass auch bei der Abgabe des Trinkwassers vorrangig die Bevölkerung mit Trinkwasser zu versorgen ist. Nachrangige Nutzerinteressen sind demgegenüber dadurch zu erfüllen, dass eine gleichmäßige Verteilung des Trinkwassers erfolgt.

1 Vgl. die gemeinsame PM von BDEW, DVGW und VKU vom 21.06.2021 („Wasserwirtschaft zu Klimawandel-Folgen: Qualität und Quantität von Wasserressourcen müssen besser geschützt werden“).

2 Vgl. LT-Drucks. 17/9942 S. 25; zur Gesetzgebungskompetenz vgl. Reinhardt, NWVBl. 2022 S. 45 (49), m. w. N. in Fn. 7.

3 Vgl. LT-Drucks. 17/9942 S. 94.

4 Vgl. LT-Drucks. 17/9942 S. 94.

5 Vgl. LT-Drucks. 17/9942 S. 94.

6 Vgl. hierzu ausführlich etwa Wollenschläger, Verteilungsverfahren – Die staatliche Verteilung knapper Güter: Verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen, Verfahren im Fachrecht, bereichsspezifische verwaltungsrechtliche Typen und Systembildung, 2010, S. 2 ff.; Koenig, Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung, Grund und Grenzen einer Deregulierung am Beispiel der Vergabe von Konzessionen, Kontingenten und Genehmigungen zur unternehmerischen Nutzung öffentlich verwalteter Güter, 1994, S. 30 ff.; Kupfer, Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2005, S. 103 ff.; Fuchs, in: Towfigh u.a. (Hrsg.), Recht und Markt: Wechselbeziehungen zweier Ordnungen, 2009, S. 205 ff.; Martini, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung: Möglichkeiten und Grenzen einer staatlichen Verwaltung des Mangels durch Marktmechanismen, 2008, S. 18 ff., jew. m.w.N.

7 BVerfG vom 26.01.2011 – 6 C 2/10; hierzu Wolff, CR 2011 S. 648 ff.; Martini, WiVerw 2011 S. 3 ff.

8 BVerfG vom 15.08.2002 – 1 BvR 1790/00.

9 BVerfG vom 14.01.2004 – 1 BvR 506/03; Burgi, NZS 2005 S. 169.

10 BVerfG vom 19.07.2000 – 1 BvR 539/96; zur Frage der Versteigerung von Glücksspielkonzessionen näher Müller-Franken, GewArch 2012 S. 97 ff.

11 BVerfG vom 24.09.2002 – 2 BvR 857/02.

Der Vorrang der öffentlichen Wasserversorgung bei der Benutzung von Gewässern ist bereits unter der geltenden Rechtslage anerkannt.<sup>12</sup> Hergeleitet wird dieser insb. aus verschiedenen Regelungen des WHG. So sind gem. § 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG Erlaubnis und Bewilligung zu versagen, wenn schädliche, auch durch Nebenbestimmungen nicht vermeidbare oder nicht ausgleichbare Gewässeränderungen zu erwarten sind. Der Begriff der schädlichen Gewässeränderung ist nach § 3 Nr. 10 WHG wie folgt definiert:

„Veränderungen von Gewässereigenschaften, die das Wohl der Allgemeinheit, insb. die öffentliche Wasserversorgung, beeinträchtigen oder die nicht den Anforderungen entsprechen, die sich aus diesem Gesetz, aus aufgrund dieses Gesetzes erlassenen oder aus sonstigen wasserrechtlichen Vorschriften ergeben.“

Öffentliche Trinkwasserversorgung meint hierbei vor allem die öffentliche Trinkwasserversorgung der Bevölkerung.<sup>13</sup> Daneben erfasst die öffentliche Versorgung jedoch auch die Versorgung von Industrie, Gewerbe und Handwerk.<sup>14</sup> Unerheblich ist, ob Träger der öffentlichen Wasserversorgung die öffentliche Hand oder ein Privatunternehmer ist.<sup>15</sup> Wenn von einer beantragten Gewässerbenutzung quantitativ oder qualitativ nicht nur unerhebliche Auswirkungen auf die Trink- oder Brauchwasserversorgung zu erwarten sind, liegt eine Gefährdung der öffentlichen Wasserversorgung vor und die beantragte Nutzung ist daher zu versagen.<sup>16</sup> Die Regelung begründet damit einen grundsätzlichen Vorrang der öffentlichen Trinkwasserversorgung gegenüber allen anderen Nutzungsinteressen.<sup>17</sup>

Soweit ein zwingender Versagungsgrund nicht vorliegt, richtet § 12 Abs. 2 WHG i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 4 WHG das bestehende behördliche Bewirtschaftungsermessen auf eine nachhaltige Gewässerbewirtschaftung aus. Hierbei soll das Ziel verfolgt werden, bestehende oder künftige Nutzungsmöglichkeiten insb. für die öffentliche Wasserversorgung zu erhalten oder zu schaffen. Während im Schrifttum überwiegend vertreten wird, dass trotz der überragenden Bedeutung einer geordneten Trinkwasserversorgung § 6 Abs. 1 Nr. 4 WHG keinen absoluten Vorrang der öffentlichen Trinkwasserversorgung in dem Sinne statuiert, dass ihre Gefährdung stets zu einem Zurücktreten der übrigen Bewirtschaftungsgrundsätze führen müsse,<sup>18</sup> neigt die Rspr. dazu, dass der Belang der Gefährdung der Trinkwasserversorgung keinesfalls überwunden werden könne.<sup>19</sup>

### III. Rechtliche Determinanten der Verteilungsentscheidung

Eine gesetzliche Regelung, die im Konfliktfall einem Wasserversorgungsunternehmen aufgibt, wer im Falle der Trinkwasserknappheit zu beliefern ist und wer nicht, existiert bislang demgegenüber nicht. Weder das WHG noch die Landeswassergesetze enthalten explizite Vorgaben oder Kriterien für die Verteilung. Die Trinkwasserverordnung<sup>20</sup> enthält ausschließlich Anforderungen an die Qualität des Trinkwassers. Selbst das „Gesetz über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der Wasserwirtschaft für die Zwecke der Verteidigung (Wassersicherstellungsgesetz)“,<sup>21</sup> von dem man am ehesten Impulse der Verteilung von Wasser in Verteidigungs- oder Katastrophensituationen vermuten würde, ist diesbezüglich unergiebig. Auch in den Wasserversorgungskonzepten der Gemeinden<sup>22</sup> oder ministeriellen Richtlinien und Weisungen sucht man hier nach vergebens.

Daher sind die rechtlichen Determinanten der Verteilungsentscheidung ausgehend von der Aufgabe der Trinkwasserversorgung als Teil der Daseinsvorsorge und unter Berücksichtigung bestehender gesetzlicher Wertungen herzuleiten.

### 1. Öffentliche Wasserversorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge und Grundrechtsgebundenheit

Der Zugang zu Wasser von guter Qualität in ausreichender Menge ist eine wesentliche Voraussetzung für das tägliche Leben der Menschen.<sup>23</sup> Dementsprechend stellt die öffentliche Trinkwasserversorgung nach § 50 Abs. 1 WHG eine Aufgabe der Daseinsvorsorge dar:

„Die der Allgemeinheit dienende Wasserversorgung (öffentliche Wasserversorgung) ist eine Aufgabe der Daseinsvorsorge.“

Die Daseinsvorsorge ist Gegenstand der Leistungsverwaltung zur Schaffung und Unterhaltung öffentlicher Einrichtungen und erfasst alle zur Befriedigung der Grundbedürfnisse der Bürger erforderlichen Leistungen der Verwaltung.<sup>24</sup> Die gesetzgeberische Entscheidung für die Rechtsform der öffentlichen Wasserversorgung als öffentliche Einrichtung prägt zugleich die Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses. Selbst wenn der Aufgabenträger die Einrichtung privatrechtsförmig organisiert und das Rechtsverhältnis zum Trinkwasserkunden privatrechtlich ausgestaltet ist, unterliegt er den Bindungen des Verwaltungsprivatrechts, insb. der Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG.<sup>25</sup>

12 Vgl. Reinhardt, ZfW 2020 S. 1 (3); Fischer/Zwetkow, NVwZ 2003 S. 281 (283).

13 Vgl. BT-Drucks. 16/12275 S. 54; Schendel/Scheier, in: BeckOK Umweltrecht, 63. Ed., Stand 01.07.2022, § 12 Rn. 2.

14 Vgl. Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 50 Rn. 4.

15 Vgl. BT-Drucks. 16/12275 S. 66; Pape, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 97. EL Dezember 2021, WHG, § 12 Rn. 26; Gößl, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, 56. EL Juli 2021, § 50 Rn. 9.

16 Vgl. Pape, a.a.O. (Fn. 15), WHG, § 8 Rn. 27; Reinhardt, ZfW 2020 S. 1 (5).

17 Vgl. Reinhardt, ZfW 2020 S. 1 (5).

18 Vgl. Czychowski/Reinhardt, a.a.O. (Fn. 14), § 6 Rn. 43, m.w.N.

19 Vgl. BVerwG vom 15.07.1987 – 4 C 56/83, ZfW 1988 S. 275; VGH München vom 10.05.1988 – 8 B 84 A. 3176, S. 9 U.A.

20 Verordnung über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch (Trinkwasserverordnung – TrinkV), neugefasst durch Bek. v. 10.03.2016, BGBl. I S. 459, zuletzt geändert durch Art. 99 der elften Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 19.06.2020, BGBl. I S. 1328 (1339).

21 Wassersicherstellungsgesetz vom 24.08.1965, BGBl. I S. 1225, 1817, zuletzt geändert durch Art. 251 der elften Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 19.06.2020, BGBl. I S. 1328 (1357).

22 Vgl. exemplarisch das Wasserversorgungskonzept der Stadt Oberhausen, April 2018.

23 Vgl. EU-Kommission, Antworten auf die Herausforderungen von Wasserknappheit und Dürre, 2007, S. 2.

24 Vgl. BGH vom 10.02.2005 – III ZR 294/04, DB 2005 S. 1374, Rn. 13 nach juris.

25 Vgl. Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 17 Rn. 1; Czychowski/Reinhardt, a.a.O. (Fn. 14), § 50 Rn. 16.

Als Aufgabe der Daseinsvorsorge gehört die öffentliche Wasserversorgung traditionell zum Wirkungskreis der Gemeinden im Rahmen ihrer Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG;<sup>26</sup> Die Gemeinden haben nach § 38 Abs. 1 LWG NRW in ihrem Gebiet eine dem Gemeinwohl entsprechende öffentliche Wasserversorgung sicherzustellen. Sie können ihre Aufgaben auf Dritte übertragen oder diese Dritten überlassen, wenn damit eine ordnungsgemäße Wasserversorgung im Gemeindegebiet gewährleistet ist, wobei die Sicherstellungspflicht nach § 38 Abs. 1 Satz 1 LWG NRW bei der Gemeinde verbleibt (§ 38 Abs. 1 Satz 2 LWG NRW).<sup>27</sup> Häufigste Handlungsform zur Einschaltung Dritter ist der Konzessionsvertrag, der zwischen der Gemeinde und dem Wasserversorgungsunternehmen abgeschlossen wird und die rechtlichen Grundlagen der Zusammenarbeit zwischen Gemeinde und Wasserversorgungsunternehmen enthält.

Soweit Gemeinden von dieser Möglichkeit Gebrauch machen und die Trinkwasserversorgung durch private Unternehmen durchgeführt wird, besteht jedenfalls dann, wenn diese staatlich beherrscht werden, nach der gefestigten Rspr. des BVerfG eine Bindung an die Grundrechte:

„Für öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform, die vollständig im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, ist anerkannt, dass die Grundrechtsbindung nicht nur den oder die Träger des jeweiligen Unternehmens trifft, sondern das Unternehmen selbst. [...]“

Nichts anderes hat für gemischtwirtschaftliche Unternehmen, an denen sowohl private wie öffentliche Anteilseigner beteiligt sind, zu gelten, wenn diese von der öffentlichen Hand beherrscht werden.“<sup>28</sup>

Eine solche staatliche Beherrschung trifft auf Wasserversorgungsunternehmen in aller Regel zu.<sup>29</sup>

Nach der älteren Rspr. des BGH besteht darüber hinaus auch – unabhängig von einer staatlichen Beherrschung – bei der Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe „Wasserversorgung“ bei einer Tätigkeit in Privatrechtsform in bestimmtem Umfang eine Bindung an öffentlich-rechtliche Vorgaben (sog. Verwaltungsprivatrecht).<sup>30</sup> Insbesondere sind Unternehmen hiernach bei der Ausübung der öffentlichen Aufgabe Trinkwasserversorgung an die Grundrechte gebunden.<sup>31</sup> So führte der BGH in seinem Urteil vom 24.09.1987 zu einem Wasserversorgungsunternehmen, an dem die öffentliche Hand nur mit rund 23% beteiligt war, aus, dass diese zwar kraft ihrer Beteiligung keinen bestimmenden Einfluss ausüben könne. Das Wasserversorgungsunternehmen habe es aber aufgrund des abgeschlossenen Konzessionsvertrages übernommen, faktisch einen Teil der der Stadt kraft öffentlichen Rechts obliegenden gemeindlichen Pflichtaufgaben für die Stadt zu erfüllen. Damit unterliege es auch den Bindungen, die das öffentliche Recht für diese Art der öffentlichen Verwaltung dem jeweiligen Träger auferlege.<sup>32</sup>

Der Konzessionsvertrag bildet hiernach sozusagen den „Hebel“ für die Anwendbarkeit der Grundrechte auch ohne gesellschaftsrechtlich indizierte Beherrschung des privaten Unternehmens durch den Staat. Wie die Ausführungen des BGH und § 38 Abs. 1 Satz 2 LWG NRW, wonach die Sicherstellungspflicht der Wasserversorgung bei der Gemeinde verbleibt, verdeutlichen, entledigt sich die Gemeinde durch den Abschluss des Konzessionsvertrags nicht ihrer Pflichtaufgabe, in ihrem Gebiet eine dem Gemeinwohl entsprechende öffentliche Wasserversorgung sicherzustellen. Die Sicherstellungspflicht bedeutet vielmehr, dass die Gemeinde letztlich mit dafür verantwortlich ist, dass eine ordnungsgemäße Trinkwasserversor-

gung stattfindet, bei der die Festlegungen des WHG, der TrinkwV und des LWG NRW eingehalten werden. Als Gewährträgerin haftet die Gemeinde auch hierfür.<sup>33</sup> Der nordrhein-westfälische Gesetzgeber begründete bei Verabschiedung des Landeswassergesetzes zur Vorgängervorschrift des § 38 Abs. 1 LWG NRW im Jahr 2004 die Regelung damit, dass die Regelung an den verfassungsrechtlichen Auftrag anknüpfe, nach dem die Gemeinden eine Grundpflicht zur Versorgung der Bevölkerung ihres Gemeindegebiets mit Wasser hätten. Die dem Art. 28 Abs. 2 GG immanente Gewährträgerschaft werde in Satz 2 weiter konkretisiert.<sup>34</sup>

Die Gemeinden haben nach § 38 Abs. 2 LWG NRW neben Maßnahmen zur qualitativen und quantitativen Sicherung der Trinkwasserversorgung insb. auch Maßnahmen „zur Förderung des sorgsamten Gebrauchs von Trinkwasser zu ergreifen.“

Nach § 38 Abs. 3 Satz 1 LWG NRW müssen die Gemeinden ferner ein sog. Wasserversorgungskonzept aufstellen. Dieses hat die derzeitige Versorgungssituation und deren Entwicklung und damit verbundenen Entscheidungen mit Darstellung der Wassergewinnungsgebiete mit dem zugehörigen Wasserdargebot, der Wassergewinnungs- und -aufbereitungsanlagen, der Beschaffenheit des Trinkwassers, der Verteilungsanlagen sowie der Wasserversorgungsgebiete und deren Zuordnung zu den Wassergewinnungsanlagen zu beinhalten, „insb. im Hinblick auf den Klimawandel“.

Die bei der Gemeinde verbleibende Sicherstellungspflicht für eine ordnungsgemäße Trinkwasserversorgung bedeutet für diese mit Blick auf zu befürchtende Situationen der Trinkwasserknappheit, dass diese sich einerseits im Rahmen der Aufstellung des Wasserversorgungskonzepts nach § 38 Abs. 3 LWG NRW vorbeugend mit Knappheitskonstellationen beschäftigen muss, andererseits aber auch, dass diese im Krisenfall entsprechende Maßnahmen erlassen muss, um hoheitlich die Situation zu bewältigen. Zu den hoheitlichen Maßnahmen, die eine Gemeinde erwägen muss, zählt z.B. der Erlass von ordnungsbehördlichen Verordnungen zur Begrenzung des Verbrauchs, indem z.B. das Bewässern des eigenen Gartens, das Befüllen

26 Vgl. BT-Drucks. 16/12275 S. 66; BGH vom 10.02.2005, a.a.O. (Fn. 24), Rn. 13 nach juris.; Hasche, in: BeckOK Umweltrecht, 63. Ed., Std. 01.12.2017, WHG, § 50 Rn. 4; Hünnekens, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, 97. EL Dezember 2021, WHG, § 50 Rn. 11; Reinhardt, ZfW 2020 S. 1 (14).

27 Vgl. Hünnekens, a.a.O. (Fn. 26), WHG, § 50 Rn. 11.

28 Vgl. BVerfG vom 22.02.2011 – 1 BvR 699/06, Fraport, NJW 2011 S. 1201 (1202 f.); so auch BGH vom 16.03.2017 – I ZR 13/16, Rn. 21 nach juris.; s. ferner P.M. Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 19 Abs. 3 Rn. 279 ff., 287 f.

29 Hünnekens, a.a.O. (Fn. 26), WHG, § 50 Rn. 16; Czychowski/Reinhardt, a.a.O. (Fn. 14), § 50 Rn. 14.

30 Vgl. BGH vom 05.04.1984 – III ZR 12/83; Schütte/Horstkotte, Recht der Energie- und Wasserversorgung, AVB WasserV, 126. AL Januar 2016, Einführung Rn. 25.

31 Vgl. BGH vom 05.04.1984 – III ZR 12/83; BGH vom 24.09.1987 – III ZR 91/86; Schütte/Horstkotte, a.a.O. (Fn. 30), Einführung Rn. 27.

32 BGH vom 24.09.1987 – III ZR 91/86, Rn. 24 nach juris.

33 Vgl. Koll-Sarfeld, in: Praxis der Kommunalverwaltung, März 2020, § 38 LWG NRW, Rn. 2.

34 LT-Drucks. 13/6222, S. 98.

des Schwimmbeckens oder das Autowaschen untersagt werden.<sup>35</sup>

Soweit die Gemeinden Wasserversorgungssatzungen erlassen haben, könnten auf dieser Grundlage ebenfalls Einschränkungen der zulässigen Verwendungszwecke vorgenommen werden.<sup>36</sup>

Auf dieser Basis wäre z.B. der Erlass von Einschränkungen im Knappheitsfall denkbar. Dies verdeutlicht, dass den Gemeinden verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung stehen, von denen sie im Rahmen ihrer Sicherstellungspflicht nach § 38 Abs. 1 Satz 2 LWG NRW auch Gebrauch machen müssen.

(Dieser Beitrag wird in KlimaRZ 07-08/2022 fortgesetzt.)

### Prof. Dr. Thomas Dünchheim

Prof. Dr. Thomas Dünchheim ist Rechtsanwalt und Partner bei Hogan Lovells International LLP, Head of Global Regulatory & IPMT EMEA; er hat eine Honorarprofessur für Öffentliches Recht an der EBS-Universität in Wiesbaden inne.



### Dr. Mathias Dierkes

Dr. Mathias Dierkes ist Rechtsanwalt und ehem. Leiter Recht bei Gelsenwasser AG.

35 Im Jahr 2019 wurde eine solche Verordnung, gestützt auf die §§ 25 ff. OBG NRW, z.B. bereits von der ostwestfälischen Stadt Bad Oeynhausen erlassen. Nach § 2 der „Ordnungsbehördlichen Verordnung zur Nutzung von Trinkwasser im Stadtgebiet von Bad Oeynhausen“ vom 27.06.2016 war es etwa untersagt, Wasser aus der öffentlichen Wasserversorgungseinrichtung „a) zum Besprengen, Beregnen, Berieseln, Bewässern und Begießen von Hof-, Straßen- und Wegeflächen, Rasenflächen, Spiel- und Sportplätzen, Ziergärten sowie als Ziergärten genutzten Teilflächen von Gärten; b) zum Befüllen von privaten Schwimmbecken und ähnlichen Einrichtungen – ausgenommen gewerbliche bzw. öffentlich betriebene Einrichtungen; c) für das private Waschen von Fahrzeugen jeglicher Art (insb. Kraftfahrzeugen) sowie von Anhängern,“ zu verwenden (s. <https://fmos.link/18081> [Abruf: 21.09.2022]).

36 Exemplarisch heißt es etwa in § 10 Abs. 2 Wasserversorgungssatzung der Stadt Wuppertal vom 05.03.2013: „Das Wasser darf für alle Zwecke verwendet werden, soweit nicht in dieser Satzung oder aufgrund gesetzlicher oder behördlicher Vorschriften Beschränkungen vorgesehen sind. Die Stadt kann die Verwendung für bestimmte Zwecke beschränken, soweit dies zur Sicherstellung der allgemeinen Wasserversorgung erforderlich ist.“



## Nachgehakt – Pro & Contra

**Klimaschutz vor den Zivilgerichten? Sind Gerichte im demokratischen Rechtsstaat die richtigen Instanzen, um über Zeitpunkt und Umfang der Begrenzung von Treibhausgasemissionen zu entscheiden?**

Klimawandel und Klimaschutz sind zentrale Herausforderungen unserer Zeit.

Bereits Ende 2015 verpflichteten sich die Bundesrepublik Deutschland und die weiteren Vertragsparteien im Übereinkommen von Paris, die globale Erwärmung auf deutlich unter 2°C und möglichst 1,5°C über dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen.<sup>1</sup> Ende 2019 erließ der deutsche Gesetzgeber ein dieser Verpflichtung entsprechendes Klimaschutzgesetz (KSG).<sup>2</sup>

In seinem Klimaschutzbeschluss vom 24. März 2021 erkannte das Bundesverfassungsgerichts die verfassungsrechtliche Bedeutung dieser Verpflichtung an und verpflichtete den Gesetzgeber, das KSG nachzubessern, um das verbleibende deutsche CO<sub>2</sub>-Restbudget gleichmäßiger und generationengerechter auf die kommenden Jahrzehnte zu verteilen. Dem entsprechend hat der Gesetzgeber das KSG im Juni 2021 novelliert und das Gesamtminderungsziel für Treibhausgasemissionen bis 2030 um 10 Prozentpunkte auf mindestens 65 Prozent (gegenüber dem Jahr 1990) angehoben. Im KSG sind ferner Minderungsziele für die relevanten Sektoren festgelegt, unter anderem für Energiewirtschaft, Industrie und Verkehr. Die Einhaltung der Ziele wird von der Bundesregierung kontinuierlich überwacht, um nötigenfalls nachsteuern zu können.<sup>3</sup> Umstritten ist, ob

diese Schritte ausreichend sind, um die deutschen Klimaschutzziele zu erreichen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob die deutschen Zivilgerichte durch Entscheidungen über Klimaklagen einzelne Unternehmen zu einem konkreten Beitrag verpflichten können.

Dieser Ansicht sind die Geschäftsführer:innen der Deutschen Umwelthilfe (DUH) und des Greenpeace Deutschland e.V., eine Aktivistin der Bewegung „Fridays for Future“ und ein Biolandwirt. Sie wollen im Klageweg BMW, Mercedes-Benz, Volkswagen und den Energiekonzern Wintershall Dea zu näher spezifizierten Reduktionsmaßnahmen verpflichten. Derzeit sind fünf solcher Klagen bei mehreren deutschen Zivilgerichten anhängig. Die Klagen sind angelehnt an die Entscheidung des Rechtbank Den Haag. Dieses verurteilte den Energiekonzern Shell im Mai 2021 auf die Klage verschiedener Umweltschutzverbände und Umweltaktivist:innen hin, seine CO<sub>2</sub>-Emissionen bis 2030 um 45 Prozent im Vergleich zum Jahr 2019 zu verringern.<sup>4</sup>

1 Abrufbar unter: Übereinkommen von Paris (bmuv.de).

2 Abrufbar unter: KSG – Bundes-Klimaschutzgesetz (gesetze-im-internet.de).

3 <https://fmos.link/17878>, abgerufen am 22.09.2022.

4 Shell hat Berufung eingelegt <https://fmos.link/18083>, abgerufen am 22.09.2022.