

## **Gutachten**

### **zur Entgeltspflichtigkeit von Wasserentnahmen aus Flusswasser zur Befüllung von Braunkohlerestlöchern in Nordrhein-Westfalen und Brandenburg**

Auftraggeber:

Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland  
(BUND) Landesverband Nordrhein-Westfalen  
e.V., Merowinger Str. 88, 40225 Düsseldorf, in  
Kooperation mit Bund für Umwelt und Natur-  
schutz Deutschland (BUND) Landesverband  
Brandenburg e.V., Mauerstr. 1, 14469 Pots-  
dam

Auftragnehmer:

PNT Partner Rechtsanwälte, Niddastraße 74,  
60329 Frankfurt

Bearbeiter:

Rechtsanwalt Tobias Kroll

Rechtsanwalt Joke Unger, LL.M.

Datum und Zeichen:

08.09.2025, 2024 W 278

## **A. Ausgangssituation und Aufgabenstellung**

In den Bundesländern Nordrhein-Westfalen und Brandenburg wird angesichts des anstehenden Endes der Förderung von Braunkohle aus den bestehenden Tagebaurevieren zunehmend über Umsetzungsmaßnahmen für die Entstehung und Erreichung eines nachbergbaulichen Zustandes nachgedacht und gesprochen. Angesichts der Größe der entstandenen „Restlöcher“, der durch den Tagebau entstandenen hydrologischen Ungleichgewichte in den betroffenen Grundwasserkörpern, des erforderlichen Aufwandes zur Aufrechterhaltung der Grundwasserspiegel außerhalb der Restlöcher und der erforderlichen Fortführung der Sumpfungsmaßnahmen zur Standsicherheit der Böschungskanten der Restlöcher wird die bergbauliche Folgelandschaft im Wesentlichen eine Seenlandschaft sein. Diese Seen sollen zeitnah entstehen, um die aufwendigen hydrologischen Wasserhaltungsmaßnahmen ebenso zeitnah einstellen und langfristig stabile Grundwasserverhältnisse in der Region wiederherstellen zu können. Hierzu bedarf es einer möglichst gezielten, kontinuierlichen Zuführung von Wasser in erheblichem Umfang.

In Nordrhein-Westfalen geht man von einer Größenordnung von 340 Millionen Kubikmeter Wasser jährlich über einen Zeitraum von 40 Jahren aus, die man zur Befüllung der Tagebaue Garzeiler und Hambach und darüber hinaus zur Stützung der bereits sumpfungsbeeinflussten Feuchtgebiete benötigt. Um Abströme nach vollständiger „nomineller“ Befüllung der Restseen auszugleichen, geht der Betreiber davon aus, dass der Betrieb der Transportleitung und der Wasserentnahme wahrscheinlich noch weitere 30 Jahre aufrechterhalten werden muss. Dieses Wasser soll aus dem Rhein entnommen und über eine entsprechend dimensionierte Transportleitung zu den rheinischen Tagebauen gebracht werden. Dafür sollen aus dem Rhein bei Dormagen in Abhängigkeit vom Rheinwasserstand nach einem gestaffelten Entnahmekonzept bis zu 18 m<sup>3</sup>/s Wasser entnommen werden.

Auch in Brandenburg wird sich spätestens zum Ende des Kohleabbaus im Tagebau Welzow Süd das Problem der Wiederbefüllung des Restlochs mit Wasser stellen, wofür vermutlich ebenfalls viele Millionen Kubikmeter Wasser pro Jahr benötigt werden. Gleichzeitig stellt sich dort das Problem, dass der Tagebau Welzow Süd hydraulisch noch nicht vollständig von der Lausitzer Seenkette entkoppelt ist. Die für den Tagebau vorgesehene Dichtwand ist lediglich zu ca. 70 % fertig gestellt. Die fehlende Fertigstellung führt nach Berechnung des BUND Brandenburg dazu, dass zwischen 2024 und 2031 rund 51 Millionen Kubikmeter Wasser aus der Seenkette abfließe, die durch neuerliche Zuführung von Wasser zur Seenkette ersetzt werden müsse. Das zur Wiederbefüllung erforderliche Wasser kommt auch in Brandenburg zu einem Großteil aus Fließgewässern.

In beiden Bundesländern wird für Wasserbenutzungen, zu denen das Entnehmen und Ableiten von Wasser aus oberirdischen Gewässern gehören, grundsätzlich ein Wasserentnahmeentgelt erhoben, in Nordrhein-Westfalen auf Basis des Wasserentnahmeentgeltgesetzes (WasEG), in Brandenburg auf Basis des Abschnitts II des Landeswassergesetz (LW Bbg, §§ 40 bis 42). Vom Grundsatz der Entgeltpflichtigkeit sind in beiden landesrechtlichen

Normsetzungskomplexen aber auch Ausnahmemöglichkeiten geschaffen worden. Für die bergbautreibenden Unternehmen bzw. die Verpflichteten zur Herstellung der nachbergbaulichen Landschaften spielt die Frage der Entgeltpflichtigkeit eine nicht unbedeutende Rolle. Denn über die Jahre werden bei Anwendung des Grundsatzes der Entgeltpflichtigkeit der Wasserentnahme von Flusswasser stand heute Zahlungspflichten in Höhe von mehreren hundert Millionen Euro fällig. Bereits jetzt ist absehbar, dass sich die der Nachsorge verpflichteten Unternehmen aus Kostengründen gegen eine Berechnung von Wasserentgelten zur Wehr setzen wollen.

Gegenstand dieses Gutachtens soll daher die Klärung folgender Fragen sein:

- 1. Nach und mit welchen Maßgaben ist die Entnahme von Wasser aus Fließgewässern in den Bundesländern Nordrhein-Westfalen und Brandenburg entgeltpflichtig?**
- 2. Unter welchen Bedingungen kann in den Bundesländern Nordrhein-Westfalen und Brandenburg die Entnahme von Wasser aus Fließgewässern für den Zweck der Restlochbefüllung entgeltfrei gestellt werden?**

Diese Fragestellungen werden zunächst für Nordrhein-Westfalen (C.I.) dann für Brandenburg (C.II.) erörtert. Dabei wird jeweils eine rechtsgutachterliche Einschätzung zur Beantwortung der Fragen abgegeben.

Der eingehenderen Beschäftigung mit den aufgeworfenen Fragestellungen vorangestellt ist eine zusammenfassende Darstellung der wesentlichen Ergebnisse des Gutachtens (B.)

## **B. Zusammenfassung des Ergebnisses**

Die Begutachtung der aufgeworfenen Fragen kommt für die beiden Bundesländer Nordrhein-Westfalen und Brandenburg zu diametral entgegengesetzten Ergebnissen:

In Nordrhein-Westfalen ist nach aktuell gegebener Rechtslage nichts dafür ersichtlich, dass der Tagebaubetreiber aus der Verpflichtung zur Zahlung des Wasserentgelts herauskommen kann. Mit anderen Worten: An der Entgeltpflicht für die Wasserentnahme von Tagebauführungswasser führt gegenwärtig kein Weg vorbei.

Genau umgekehrt stellt sich die Situation in Brandenburg dar. Hier gibt es nach den landesrechtlichen Bestimmungen keinen Raum dafür, die Wasserentnahme für die Tagebauführung entgeltpflichtig zu machen. Lediglich in einem sehr unbedeutenden Bereich (Leitungs- oder

sonstige Verluste zwischen Entnahme- und Einleitungsmenge) wäre eine Entnahmeentgelt überhaupt vorstellbar.

## C. Prüfung der Fragestellung im Detail

### I. Entgeltpflichtigkeit von Flusswasserentnahmen in Nordrhein-Westfalen

1. Nach und mit welchen Maßgaben ist die Entnahme von Wasser aus Fließgewässern in Nordrhein-Westfalen entgeltpflichtig?
2. Unter welchen Bedingungen kann in Nordrhein-Westfalen die Entnahme von Wasser aus Fließgewässern für den Zweck der Restlochbefüllung entgeltfrei gestellt werden?

Die Entgeltpflichtigkeit von Wasser, das aus Fließgewässern entnommen wird, resultiert in Nordrhein-Westfalen grundsätzlich aus § 1 Abs. 1 Nr. 2 WasEG. Danach erhebt das Land für das Entnehmen und Ableiten von Wasser aus oberirdischen Gewässern ein Wasserentnahmeentgelt, dessen Höhe sich nach § 2 WasEG bestimmt.

Ob diese Wasserentnahme zugleich den Benutzungstatbestand des § 9 Abs. 1 WHG erfüllt oder nicht, spielt für die grundsätzliche Entgeltpflichtigkeit der Wasserentnahme keine Rolle, denn das WasEG nimmt an dieser Stelle weder im Wortlaut noch in der Begründung auf die Benutzungstatbestände des WHG Bezug. Das hat das OVG NRW bereits frühzeitig in seinem Urteil vom 16.10.2008 (9 A 1385/08, Rn. 58 ff) fest- und klargestellt:

*„... Die Auslegung der die Entgeltpflicht auslösenden Entnahmetatbestände des § 1 Abs. 1 WasEG bestimmt sich ausschließlich nach Landesrecht. Die landesgesetzliche Anlehnung an (ausgewählte) Begrifflichkeiten des Wasserhaushaltsgesetzes ersetzt nicht die förmliche Bezugnahme auf dessen Regelungen, wie sie z. B. in § 1 Abs. 2 Nr. 2 WasEG vorgenommen worden ist. Auch der Gesetzesbegründung lässt sich nicht entnehmen, dass für die Auslegung des § 1 Abs. 1 WasEG auf § 3 Abs. 3 WHG [a.F.; aktuell § 9 Abs. 3 WHG] zurückgegriffen werden soll. Dort (LT-Drs. 13/4528, S. 30) ist lediglich ausgeführt:*

*"Absatz 1 benennt den Entgelttatbestand. Die Zahlungspflicht knüpft objektiv an die maßgeblichen wasserrechtlichen Entnahmetatbestände für oberirdische Gewässer (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 WHG [a.F.; aktuell § 9 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 WHG]) und für das Grundwasser (§ 3 Abs. 1 Nr. 6 WHG [a.F.; aktuell § 9 Abs. 1 Nr. 5 Var. 1 WHG]) an."*

...

*Unabhängig hiervon gäbe es selbst für den Fall, dass die Entnahmetatbestände des § 1 Abs. 1 WasEG im Lichte der bundesrechtlichen Vorschriften des § 3 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 WHG [a.F.] auszulegen wären, keinen Anhalt dafür, Maßnahmen des Gewässerausbaus von der Entgeltpflichtigkeit auszunehmen. § 3 Abs. 3 WHG [a.F.] stellt klar, dass Ausbaumaßnahmen keine Benutzungen sind und dient damit der Abgrenzung des Erlaubnisverfahrens vom Planfeststellungsverfahren. Ob ein Gewässer benutzt wird und welche Form des behördlichen Überprüfungsverfahrens einschlägig ist, ist jedoch nicht Anknüpfungspunkt des die Entgeltpflicht bestimmenden § 1 Abs. 1 WasEG. Dieser zielt allein darauf, den Sondervorteil, der dem Einzelnen durch die Wasserentnahme zufließt, abzuschöpfen."*

Allerdings enthält § 1 Abs. 2 WasEG einen Katalog von Tatbeständen, bei deren Vorliegen ein Entgelt nicht erhoben wird. Aus diesem Katalog kommen lediglich die beiden Ausnahmegeschriften § 1 Abs. 2 Nr. 1 und 2 WasEG näher in Betracht, um von einer Entgeltpflicht befreit zu sein.

Nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 WasEG wird ein Entgelt nicht für behördlich angeordnete Benutzungen erhoben. Nach dem Wortlaut ist unklar, was unter einer behördlich angeordneten Benutzung zu verstehen ist. Auch an dieser Stelle nimmt das WasEG weder im Wortlaut noch in der Begründung mit Ausnahme der Bestimmung in § 1 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 keinen konkreten Bezug auf wasserrechtlich definierte Benutzungstatbestände. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 WasEG wird ein Entgelt nicht für erlaubnisfreie Benutzungen im Sinne der §§ 8 Abs. 3, 25, 26 und 46 des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG) sowie §§ 17, 19, 20 und 21 des Landeswassergesetzes (LWG) oder bei behördlich angeordneten Nutzungen des entnommenen Wassers erhoben. Der Befreiungstatbestand einer erlaubnisfreien Benutzung i.S.d. angeführten Normen des WHG und des LWG NRW greift für die hier in Rede stehende Wasserentnahmemengen sicher nicht. Allerdings könnte die zweite Alternative, die „*behördlich angeordnete Nutzung des entnommenen Wassers*“ Platz greifen. Auch diese Begrifflichkeit ist aus dem Wortlaut heraus nicht klar zu verstehen. Der unterschiedliche Wortlaut der zuvor beschriebenen beiden Normen „behördlich angeordnete Benutzung“ (Nr. 1) und „behördlich angeordnete Nutzung des entnommenen Wassers“ (Nr. 2 2. Alternative) intendiert allerdings einen Unterschied zwischen den beiden Anwendungsbereichen.

Der Gesetzesbegründung zur ursprünglichen Fassung des WasEG (LT-NRW-Drs. 13/4528, S. 30) ist eine Differenzierung zwischen der behördlich angeordneten Benutzung und der behördlichen angeordneten Nutzung entnommenen Wassers indes nicht zu entnehmen. Hier wird lediglich von behördlich angeordneten Entnahmen gesprochen, die von der Entgeltpflicht befreit sind, weil deren Vorteil vorrangig dem Allgemeinwohlinteresse diene. Das gelte nach der Gesetzesbegründung auch für Sümpfungswässer, die auf Grund behördlicher Auflagen dem Wasserhaushalt an anderer Stelle wieder zugeführt werden.

Fraglich bleibt mit Blick auf die beiden genannten Vorschriften jedenfalls, ob die Entnahme von Wasser aus einem Fließgewässer zur Befüllung eines Tagebaurestlochs auch eine behördlich angeordnete Benutzung bzw. eine behördlich angeordnete Nutzung des entnommenen Wassers ist. Insofern steht im Sinne der Gesetzgebung im Raum, dass die Befüllung eines Restlochs durchaus im Allgemeinwohlinteresse steht, um die nachteiligen Wirkungen des Restlochs zu minimieren und insbesondere die negativen Wirkungen des Restlochs auf den mengenmäßigen Zustand betroffener Grundwasserkörper zu reduzieren bzw. langfristig abzustellen. Die Wasserentnahme aus dem Rhein und die Ableitung in ein Restloch wird letztlich nur auf Basis eines von der Bergbehörde angenommenen Abschlussbetriebsplans und eines wasserrechtlichen Planfeststellungsbeschlusses zum Gewässerausbau wegen der Herstellung eines Sees selbst möglich werden. Insbesondere aus dem noch zu erstellenden Abschlussbetriebsplan und dem Planfeststellungsbeschluss zum Gewässerausbau dürften sich Nebenbestimmungen oder Auflagen ergeben, die eine Bespannung des Restlochs mit aus

dem Rhein entnommenen Wasser vorsehen. Derartige Nebenbestimmungen könnten als behördliche Anordnung verstanden werden. Unterschieden werden könnte darüber hinaus zwischen der Benutzung, also der Wasserentnahme selbst, und der Nutzung des entnommenen Wassers, also dem Verwendungszweck, hier der Befüllung bzw. der Flutung. Beide Anknüpfungspunkte könnten also zur Entlassung aus der Entgeltspflicht führen.

Wenn man auf die bereits angesprochene Entscheidung des OVG NRW abstellt, ist die Frage, ob eine Entgeltspflicht bei einer Befüllung eines Restlochs mit Rheinwasser entsteht oder vielmehr davon zu befreien ist, noch nicht klar zu beantworten, wenn gleich die Entscheidung erste Hinweise gibt. In dieser Entscheidung zu Wasserentnahmeentgeltspflicht für die Entnahme von (Spül-)Wasser aus einem See, in dem Sand und Kies im Wege der Nassauskiesung gewonnen wurde, führt das OVG, soweit hier von Bedeutung fett hervorgehoben, aus (Rn. 66 ff):

*„Ein die Entgeltfreiheit begründender Tatbestand liegt nicht vor. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 WasEG wird das Entgelt nicht erhoben für erlaubnisfreie Benutzungen u. a. im Sinne des § 24 WHG und § 35 LWG NRW. Gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 WHG ist eine Erlaubnis oder eine Bewilligung nicht erforderlich zur Benutzung eines oberirdischen Gewässers durch den Eigentümer oder den durch ihn Berechtigten für den eigenen Bedarf, wenn dadurch andere nicht beeinträchtigt werden, keine nachteilige Veränderung der Eigenschaft des Wassers, keine wesentliche Verminderung der Wasserführung und keine andere Beeinträchtigung des Wasserhaushalts zu erwarten sind. Nach § 35 Abs. 1 LWG NRW dürfen auch die Anlieger in den Grenzen des Eigentümergebrauchs das oberirdische Gewässer ohne Erlaubnis oder Bewilligung benutzen (Anliegergebrauch). Der Benutzungstatbestand wird in § 3 Abs. 1 WHG legal definiert; § 3 Abs. 2 WHG fügt diesem fiktive Benutzungstatbestände hinzu. § 3 Abs. 3 Satz 1 WHG wiederum stellt klar, dass Maßnahmen, die dem Ausbau eines oberirdischen Gewässers dienen, keine Benutzungen sind. Gewässerausbaumaßnahmen in diesem Sinne bedürfen gemäß § 31 Abs. 2 WHG der Planfeststellung. Mit dieser Regelung wird der Vorrang betont, den das Wasserhaushaltsgesetz der Planfeststellung im Verhältnis zur Erlaubnis oder Bewilligung dort einräumt, wo nicht die Verleihung einer individuellen Rechtsposition zur Benutzung eines Gewässers, sondern eine sowohl für den Bestand des Gewässers als auch für die Raumordnung bedeutsame Maßnahme zu seinem Ausbau in Rede steht.*

*Vgl. BVerwG, Urteil vom 28. Juni 2007 - 7 C 3.07 -, a. a. O.*

*Gewässerausbaumaßnahmen sind hiernach weder Benutzungen noch können sie erlaubnisfrei im Rahmen des Eigentümer- oder Anliegergebrauchs erfolgen.*

...

**Wird eine Wasserbenutzung wasserhaushaltsrechtlich nicht privilegiert, sondern sogar dem förmlichen Verfahren einer Planfeststellung unterworfen, verbleibt es bei der Entgeltspflichtigkeit der Wasserentnahme. ...**



*... Einem Benutzungstatbestand kommt dann Ausbaucharakter zu, wenn die nicht notwendig auf Dauer erforderliche, aber nicht nur förderliche Benutzung eines Gewässers nicht weggedacht werden kann, ohne dass zugleich der Ausbauzustand entfie. Eine isoliert als Benutzung zu qualifizierende Maßnahme dient daher dann dem Ausbau eines Gewässers, wenn der Ausbau sich ohne die Verwirklichung des Nutzungstatbestandes nicht erreichen oder aufrecht erhalten lässt. ...*

...

***Die Entgeltpflicht entfällt schließlich nicht gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 WasEG. Insbesondere stellt sich die Wasserentnahme nicht als eine behördlich angeordnete Benutzung dar. Die Freistellung von der Entgeltpflicht soll nur für den Fall eintreten, dass schon die wasserrechtliche Benutzung als solche im Allgemeinwohlinteresse durch eine Behörde angeordnet worden ist.***

Vgl. LT-Drs. 13/4528, S. 30.

*So verhält es sich vorliegend jedoch nicht. Es handelt sich bereits - wie dargelegt - um keine Benutzung, sondern einen Gewässerausbau. Unabhängig hiervon dienen Wasserentnahme und Wiedereinleitung nicht dem Allgemeinwohlinteresse, sondern allein der Ermöglichung der im privatwirtschaftlichen Interesse der Klägerin liegenden Kiesgewinnung.*

***Die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 Nr. 2, 2. Var. WasEG liegen ebenfalls nicht vor. Es ist nicht behördlich angeordnet worden, dass die Klägerin das entnommene Wasser zur Kieswäsche benutzen müsste. Sofern auf die behördlich aufgegebene Herstellung von Flachwasserzonen verwiesen wird, ändert dies nichts daran, dass der Nutzungszweck im rein privaten wirtschaftlichen Interesse der Klägerin liegt und die wasserrechtlichen Auflagen allein der Ermöglichung dieses Vorhabens dienen.“***

Maßgeblich ist nach dieser Entscheidung mit Blick auf die Entgeltbefreiung nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 WasEG, dass die wasserrechtliche Benutzung als solche im Allgemeinwohlinteresse durch eine Behörde angeordnet wird. Für einen Gewässerausbau kommt dieser Befreiungstatbestand indes nicht in Betracht, weil es sich dabei nicht um eine Benutzung handelt. Relevant ist danach auch, welchem Interesse die Wasserentnahme und Wiedereinleitung dienen, namentlich dem Allgemeinwohlinteresse oder einem Privatinteresse. Bei der Kiesgewinnung ging das OVG davon aus, dass diese allein im privatwirtschaftlichen Interesse erfolge.

Mit Blick auf § 1 Abs. 2 Nr. 2 2. Alt. WasEG stellt das Gericht auf das Nichtvorliegen einer behördlichen Anordnung zur Nutzung des entnommenen Wassers ab sowie zugleich darauf, dass jedenfalls der Nutzungszweck im rein privaten wirtschaftlichen Interesse des Abbaunternehmens liegt und die wasserrechtlichen Auflagen allein der Ermöglichung dieses Vorhabens dienen.

Die in dem Gutachten gegenständliche Frage nach der Entgeltpflichtigkeit der Wasserentnahme von Wasser aus dem Rhein steht zwar in unmittelbarem Zusammenhang mit einem



Gewässerausbau. Gleichwohl führt die Wasserentnahme aus dem Rhein selbst nicht zum Gewässerausbau, sondern erst die Einleitung dieses Wassers in das Restloch, so dass die Wasserentnahme als eigenständige Benutzung nur dem Gewässerausbau dient. Hieraus könnten schon Abweichungen von der Rechtsprechung des OVG NRW im zuvor geschilderten Fall resultieren.

Auch wenn § 1 Abs. 2 Nr. 1 WasEG die Entgeltpflicht nicht ausdrücklich an das Vorliegen eines Benutzungstatbestandes i. S. d. § 9 WHG anknüpft, sieht § 1 Abs. 2 Nr. 1 WasEG NRW eine Befreiung von der Entgeltpflicht bei „behördlich angeordneten Benutzungen“ vor. In § 1 Abs. 2 Nr. 2 WasEG bezieht sich das WasEG allerdings ausdrücklich auf bestimmte Benutzungstatbestände des WHG (nämlich erlaubnisfreie), so dass der Begriff der Benutzung nach dem Verständnis des WHG zur Abgrenzung nahe liegt. Stellt man nur auf die Wasserentnahme aus dem Rhein ab, so ließe sich im Ansatz vertreten, dass es sich um eine behördlich angeordnete Benutzung handelt. Denn die Wasserentnahme als solches erfüllt die Tatbestandsvoraussetzungen einer Gewässerbenutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 WHG. Allerdings liegt nach § 9 Abs. 3 S. 1 WHG keine Benutzung vor, wenn es sich um Maßnahmen handelt, die dem Ausbau eines Gewässers im Sinne des § 67 Abs. 2 WHG dienen. Davon ist bei der Rheinwasserentnahme zum Zweck der Flutung eines Restlochs auszugehen, da die Restlochflutung die Herstellung eines Gewässers i. S. d. § 67 Abs. 2 WHG ist, dem die Rheinwasserentnahme allein dient und zu dienen bestimmt ist. Mithin handelt es sich danach bei der Rheinwasserentnahme qua gesetzlicher Regelung (§ 9 Abs. 3 S. 1 WHG) nicht mehr um eine Gewässerbenutzung. Eine Befreiung von der Entgeltpflicht nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 WasEG wäre damit ausgeschlossen, unabhängig davon, ob, wie und in welcher Form die Wasserentnahme behördlich angeordnet ist. Für diesen Fall käme nur noch die behördlich angeordnete Nutzung entnommenen Wassers nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 WasEG in Betracht.

Stellt man allerdings maßgeblich darauf ab, dass das WasEG nicht bzw. nur sehr begrenzt auf bestimmte Benutzungstatbestände des WHG verweist, muss man gleichzeitig unterstellen, dass die Differenzierung des WHG für die Einordnung einer Wasserentnahme als Benutzung oder Nichtbenutzung kein Abgrenzungskriterium für die Entgeltpflicht nach dem WasEG darstellt.

Für diesen Fall bleibt es dabei, dass beide Entgeltbefreiungstatbestände in Betracht kommen, wenn man in der wasserrechtlichen Planfeststellung oder/und aus den Maßgaben eines Abschlussbetriebsplans behördliche Anordnungen für die Flutung eines Restlochs erkennen müsste. Nach sehr junger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu einem Bescheid über die Erhebung von Grundwasserentnahmeentgelt für eine Grubenwasserhaltung (U. v. 26.01.2022, 9 C 5/20) spricht allerdings sehr wenig dafür, dass solche Maßgaben als behördlichen Anordnungen i. S. d. WasEG zu werten sind. Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde (BVerwG, U. v. 26.01.2022, 9 C 5/20, Rn. 2f):

*„Die Klägerin förderte bis Ende Juni 2012 Steinkohle im Saarland und entrichtete für die Grubenwasserhaltung seit 2008 ein jährliches Entgelt nach dem Saarländischen*

*Grundwasserentnahmeentgeltgesetz (im Folgenden: GwEEG). Auch nach Beendigung der aktiven Abbautätigkeit führte die Klägerin die Grubenwasserhaltung an fünf Standorten auf der Grundlage zugelassener Hauptbetriebspläne fort; hierzu verfügte sie über die erforderlichen wasserrechtlichen Erlaubnisse. Das Wasser wurde wie zur Zeit des aktiven Kohleabbaus von der Grube nach über Tage gepumpt oder gehoben und sodann größtenteils ohne Nutzung in Oberflächengewässer geleitet.*

*Mit dem streitgegenständlichen Bescheid vom 29. Januar 2015 setzte der Beklagte für das Veranlagungsjahr 2014 ein Entgelt in Höhe von 490 966,14 € für die Hebung von Grubenwasser an den fünf Wasserhaltungsstandorten fest. Die Klägerin erhob gegen den Festsetzungsbescheid nach erfolglosem Widerspruchsverfahren Klage mit der Begründung, dass die Grubenwasserhaltung nach dem Ende des aktiven Steinkohlebergbaus für sie keinen betrieblichen Nutzen mehr habe. Die Grubenwasserhaltung erfolge nunmehr ausschließlich im Gemeinwohlinteresse und verschaffe ihr keinen Sondervorteil. Im Übrigen könnte die Wasserhaltung, wenn sie nicht freiwillig durchgeführt würde, sicherheitsbehördlich angeordnet werden, was eine Entgeltfreiheit zur Folge hätte.“*

Nach wechselnder Beurteilung dieser Klage (Abweisung durch VG, Stattgabe der Berufung durch das OVG) hat das Bundesverwaltungsgericht das Berufungsurteil des OVG geändert und die Berufung der Klägerin gegen das erstinstanzliche Urteil zurückgewiesen. Die Klage war also nicht begründet.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt in seiner Entscheidung zunächst heraus (BVerwG, U. v. 26.01.2022, 9 C 5/20, Rn. 14f), dass die Erhebung eines Wasserentnahmeentgelts Lenkungszwecke, soziale Zwecke sowie Zwecke des Vorteilsausgleichs bzw. der Vorteilsabschöpfung verfolgt bzw. verfolgen kann. Unter Berufung auf die "Wasserpfeffrig"-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (B. v. 07.11.1995, 2 BvR 413/88) stellt das Bundesverwaltungsgericht klar, dass der abzuschöpfende Vorteil bei einer solchen Abgabe in der privilegierten Teilhabe an der knappen natürlichen Ressource Wasser als einem Gut der Allgemeinheit besteht, das einer öffentlich-rechtlichen Benutzungsordnung unterliegt und erläutert weiter (9 C 5/20, Rn. 16 f, Hervorhebung diesseits):

*„Diesen verfassungsrechtlichen Vorteilsbegriff legt auch das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung zugrunde (vgl. zuletzt BVerwG, Urteil vom 29. April 2021 - 9 C 1.20 - NVwZ 2021, 1466 Rn. 16). Bei Wasserentnahmeentgelten **besteht der relevante Sondervorteil** für die Abgabenschuldner - gegenüber all jenen, die das betreffende Gut nicht oder nicht in gleichem Umfang nutzen dürfen - bereits **darin, dass ihnen durch die wasserrechtliche Erlaubnis die Möglichkeit der Wasserentnahme und damit die Teilhabe an der knappen, staatlich bewirtschafteten Ressource Wasser eröffnet wird** (vgl. auch Gawel, DVBl 2011, 1000 <1002, 1004>). **Unerheblich ist deshalb, ob das geförderte Grundwasser wirtschaftlich verwertet oder ungenutzt abgeleitet wird** (BVerwG, Urteil vom 28. Juni 2007 - 7 C 3.07 - Buchholz 445.4 § 3 WHG Nr. 5 Rn. 27; Beschluss vom 29. Oktober 2007 - 7 B 36.07 - juris Rn. 9).*

*Diese Rechtsprechung hat der Senat in jüngerer Zeit in einem Urteil betreffend das Zutagefördern und Ableiten von ansonsten nicht genutztem Grundwasser (sog. Sumpfungswasser) zum Zweck der Braunkohleförderung bestätigt (BVerwG, Urteil*

*vom 16. November 2017 - 9 C 16.16 - BVerwGE 160, 354). Der damalige Fall war dadurch gekennzeichnet, dass die Grundwasserentnahme als vorgelagerte Tätigkeit zur Ermöglichung der späteren Braunkohlegewinnung erforderlich war, mithin den notwendigen Bestandteil einer Wertschöpfungskette bildete. Insoweit stellte sich das Gebrauchmachen von der wasserrechtlichen Erlaubnis als werthaltiger Sondervorteil dar (BVerwG, Urteil vom 16. November 2017 - 9 C 16.16 - a.a.O. Rn. 19). **Dass sich aus der Erlaubniserteilung in jedem Fall ein solcher wirtschaftlicher Vorteil ergeben müsse, um die Abgabenerhebung zu rechtfertigen, wurde in der genannten Entscheidung nicht zum Ausdruck gebracht.***

Das Bundesverwaltungsgericht stellte ferner fest, dass die Klägerin infolge des ihr behördlich erlaubten Zugriffs auf den Wasserhaushalt über einen Sondervorteil im Vergleich zu Dritten verfügte, der durch die Erhebung eines Wasserentnahmeentgelts abgeschöpft werden kann (9 C 5/20, Rn. 19f, Hervorhebung diesseits):

*„Die Erlaubnisse zur Gewässerbenutzung an den fünf Wasserhaltungsstandorten beziehen sich auf das Zutagefördern und Einleiten des anstehenden Grubenwassers, das bestimmte maximale Wassermengen pro Jahr nicht überschreiten darf, und eröffnen der Klägerin die legale Möglichkeit, Grundwasser zu entnehmen und damit die Vorgaben ihrer zugelassenen Hauptbetriebspläne zur Grubenwasserhaltung zu erfüllen. **Die diesbezügliche bergrechtliche Verpflichtung ist die Klägerin - durch Beantragung der Betriebsplanzulassung - aus freien Stücken eingegangen** (dazu näher unten 2.b). Nicht maßgeblich ist, ob sie sich dieser von ihr als nachteilig erachteten (Selbst-)Verpflichtung entziehen und die Wasserhaltung einstellen könnte. Die Entgeltspflicht wird nicht durch das "Entnehmen-Müssen" auf der Grundlage des bergrechtlichen Regelungsregimes, sondern durch das "Entnehmen-Dürfen" aufgrund der gesondert beantragten und erteilten (§ 19 Abs. 2 WHG) wasserrechtlichen Erlaubnisse ausgelöst. ...*

*cc) **Auch wenn die Klägerin im Veranlagungsjahr 2014 an den betreffenden Bergbaustandorten keinen Gewinn mehr erzielte, lag nach den dargelegten Maßstäben somit ein abschöpfbarer Sondervorteil vor.** Ob darüber hinaus bei einer gebotenen Gesamtbetrachtung sogar von einem wirtschaftlichen Vorteil auszugehen war, weil die Klägerin ohne die wasserrechtlichen Erlaubnisse ihren auf Gewinnerzielung ausgerichteten Betrieb nicht legal hätte aufnehmen und durchführen können, bedarf hiernach keiner weiteren Prüfung.*

Das Gericht (9 C 5/20, Rn. 23 ff) beschäftigt sich in seiner Entscheidung aber auch mit der Frage der Befreiung von der Entgeltspflicht, soweit eine behördlich angeordnete Benutzung vorliegen könnte. Denn das OVG war wegen der bergrechtlichen Pflichtenstellung der Klägerin von einer vorsorglich analogen Anwendung der Befreiungsnorm ausgegangen. So sei die Klägerin auf der Grundlage bergrechtlicher Bestimmungen aus Gründen der vorbeugenden Gefahrenabwehr zur Fortführung der Grubenwasserhaltung verpflichtet, was tatsächlich und rechtlich gleichbedeutend mit einer behördlich angeordneten Entnahme von Grundwasser sei. Entsprechend folge die Klägerin allein dieser Verpflichtung und diene damit dem Allgemeinwohlinteresse. Diese Überlegungen des OVG hat das Bundesverwaltungsgericht als nicht mit dem Bundesrecht vereinbar verworfen. (9 C 5/20, Rn. 25 ff, Hervorhebung diesseits):

**„Ungeachtet der Beendigung der aktiven Kohleförderung unterhält die Klägerin weiterhin einen Gewinnungsbetrieb (aa), der rechtlich gesehen nicht eingestellt ist (bb). Die Fortführung der Grubenwasserhaltung erfolgte daher aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung der Klägerin, nicht hingegen vorrangig aus Gründen des Gemeinwohls oder ausschließlich aus Gründen der vorbeugenden Gefahrenabwehr (cc).**

aa) Die Klägerin unterhielt im Streitjahr 2014 (und unterhält nach wie vor) **einen Gewinnungsbetrieb im Sinne des § 4 Abs. 8 BBergG, der als betriebsorganisatorischer Gesamtkomplex** (vgl. BVerwG, Urteil vom 9. November 1995 - 4 C 25.94 - BVerwGE 100, 31 <42>) **vorbereitende, begleitende und nachfolgende Tätigkeiten nach § 4 Abs. 2 BBergG umfasst**. Bei der Grubenwasserhaltung kann es sich - je nach Betriebstyp und -stadium - um eine vorbereitende, begleitende oder nachfolgende Tätigkeit handeln (vgl. BVerwG, Urteil vom 14. Dezember 1990 - 7 C 5.90 - BVerwGE 87, 241 <246>); im Jahr 2014 war letzteres der Fall. Zur Errichtung und Führung ihres Betriebs hat die Klägerin einen Hauptbetriebsplan nach § 52 Abs. 1 BBergG aufgestellt, den der Beklagte gemäß ihrem Antrag zugelassen hat und der weiterhin Gültigkeit beansprucht. **Der Betrieb erfolgt somit auch nach Beendigung der aktiven Steinkohleförderung im privatnützigen Interesse der Klägerin** (vgl. BVerwG, Urteil vom 18. Dezember 2014 - 7 C 22.12 - BVerwGE 151, 156 Rn. 47).

bb) Ein Übergang in die Phase des Abschlussbetriebsplans für die Einstellung des Betriebs (vgl. § 53 Abs. 1 BBergG) hat bisher nicht stattgefunden. Nach der Systematik des Bundesberggesetzes (vgl. § 54 Abs. 1 i.V.m. § 53 Abs. 1 Satz 1 BBergG) beginnt "die Einstellung" erst mit dem Wirksamwerden des Abschlussbetriebsplans. Ein solcher Abschlussbetriebsplan war seinerzeit weder von der Klägerin aufgestellt noch behördlicherseits zugelassen; auf die Gründe hierfür kommt es entgegen der Auffassung der Klägerin nicht an. Die - gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 BBergG ("Dauer der beabsichtigten Betriebseinstellung") als längerer Prozess zu verstehende - Einstellung hatte im Streitjahr 2014 somit noch nicht einmal begonnen, geschweige denn zu einem Abschluss geführt. **Allenfalls nach Durchführung des Abschlussbetriebsplans wäre eine Entlassung aus der Bergaufsicht und damit ein Ende der bergrechtlichen Pflichtenstellung denkbar**. Dies setzt allerdings gemäß § 69 Abs. 2 BBergG voraus, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht mehr damit zu rechnen ist, dass durch den Betrieb Gefahren oder gemeinschädliche Einwirkungen eintreten werden. Die vom Berufungsgericht unterstellte "Beendigung des Steinkohlebergbaus" hatte somit im Veranlagungsjahr 2014 in bergrechtlicher Hinsicht noch nicht stattgefunden bzw. - sofern das Gericht auf die aktive Abbautätigkeit abstellen wollte - zumindest nicht zu einer rechtlich relevanten Zäsur geführt.

cc) Die Pflicht zur Grubenwasserhaltung folgte im Jahr 2014 unmittelbar aus dem zugelassenen Hauptbetriebsplan der Klägerin. Sie ergab sich nicht aus dem im angefochtenen Urteil (UA S. 29) in Bezug genommenen, für die Betriebseinstellung geltenden § 53 Abs. 1 oder § 55 Abs. 2 BBergG. Maßgebend für die Pflichtenstellung der Klägerin war allein der Inhalt des von ihr nach eigenem unternehmerischen Kalkül aufgestellten und behördlich zugelassenen Hauptbetriebsplans. **Die Klägerin erfüllte damit eine von ihr freiwillig eingegangene Verpflichtung zur fortdauernden Einhaltung der Zulassungsvoraussetzungen, zu der auch die Übernahme entsprechender Nachsorgepflichten einschließlich der Grubenwasserhaltung gehörte**. Die betriebsplankonforme Fortführung der Wasserhaltung erfolgte demnach entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht (allein oder primär) aus Gründen des Allgemeininteresses bzw. der vorbeugenden Gefahrenabwehr. **Vielmehr ist die**

***erforderliche Vorsorge gegen Gefahr und gemeinschädliche Einwirkungen Zulassungsvoraussetzung jedes Betriebsplans (vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 3 und 9, § 55 Abs. 2 BBergG).“***

Diese Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist zwar nicht 1:1 auf die Frage der Entgeltspflichtigkeit der Wasserentnahmemengen aus dem Rhein zur Flutung der Tagebaurestlöcher im rheinischen Revier übertragbar. Allerdings ergeben sich daraus sehr wesentliche Hinweise für die weitere Beurteilung.

Klar ist mit dieser Entscheidung, dass am Grundsatz der Entgeltspflichtigkeit der aus dem Rhein entnommenen Wassermengen unabhängig vom Verwendungszweck des entnommenen Wassers oder der Wirtschaftlichkeit der Entnahme kein Zweifel besteht. Denn darauf kommt es schlicht nicht an. Relevant ist für die Entstehung der Entgeltspflicht auch nach § 1 Abs. 1 WasEG allein, dass ihm durch eine Zulassungsentscheidung überhaupt die Möglichkeit der Wasserentnahme und damit die Teilhabe an der knappen, staatlich bewirtschafteten Ressource Wasser eröffnet wird.

Aber auch für die Frage der Befreiung von der Entgeltspflicht nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 WasEG gibt die Entscheidung entscheidende Hinweise. Denn das Bundesverwaltungsgericht stellte für die Frage der Befreiung von der Entgeltspflicht in Folge einer behördlichen Anordnung der Gewässerbenutzung maßgeblich auf das bergrechtliche Regelungsregime ab, das Ausgangspunkt bzw. Grundlage für die wasserrechtliche Entscheidung war. Da die wasserrechtliche Entscheidung qua Hauptbetriebsplanzulassung eingebunden war in den betriebsorganisatorischen Gesamtkomplex der Gewinnung i. S. d. § 4 Abs. 2 BBergG, war die Wasserentnahme nicht als behördlich angeordnet zu beurteilen, sondern als eine freiwillig eingegangene Verpflichtung zur fortdauernden Einhaltung der bergrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen, zu der auch die Übernahme entsprechender Nachsorgepflichten einschließlich der Grubenwasserhaltung gehörte.

Eine Entlassung aus den Bestimmungen des Bergrechts und der nach dem Bergrecht geltenden Zulassungsvoraussetzungen kommt allerdings erst nach erfolgreicher Durchführung des Abschlussbetriebsplans in Betracht. Der Abschlussbetriebsplan ist als Sonderform der Betriebsplanung darauf gerichtet, den Betrieb einzustellen, und muss u. a. den Nachweis enthalten, dass die in § 55 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 13 und Abs. 2 BBergG bezeichneten Voraussetzungen erfüllt sind. Zu diesen Voraussetzungen zählt nach § 55 Abs. 2 Nr. 2 BBergG auch, dass die Wiedernutzbarmachung der Oberfläche in der vom einzustellenden Betrieb in Anspruch genommenen Fläche sichergestellt ist. Nach den Bestimmungen des § 2 Abs. 1 Nr. 2 BBergG über den sachlichen und räumlichen Geltungsbereich des BBergG unterliegt auch das Wiedernutzbarmachen der Oberfläche während und nach der Aufsuchung, Gewinnung und Aufbereitung von bergfreien und grundeigenen Bodenschätzen dem BBergG. Erst wenn die Wiedernutzbarmachung erfolgreich ermöglicht worden ist, kann eine dem BBergG unterliegende Fläche aus dem Bergrechtsregime entlassen werden. Mithin ist die



Wiedernutzbarmachung der vom Bergbau in Anspruch genommenen Oberfläche integrierter Teil bergbaulicher Tätigkeit und ist die bergbauliche Tätigkeit erst mit der Wiedernutzbarmachung abgeschlossen (Keienburg/Wiesendahl in Kühne/von Hammerstein/Keienburg/Kappes/Wiesendahl, BBergG § 2 Rn. 8, mwN). Weiter ist festzustellen, dass nach der Begriffsbestimmung des § 4 Abs. 5 BBergG Unternehmer auch eine natürliche oder juristische Person oder Personenhandelsgesellschaft ist, die eine der in § 2 Abs. 1 Nr. 2 BBergG bezeichnete Tätigkeit auf eigene Rechnung durchführt oder durchführen lässt. Führt ein Unternehmer allerdings dem Bergrecht unterliegenden Tätigkeiten, auch solche zur Wiedernutzbarmachung bergbaulich beanspruchter Flächen nach Einstellung des Gewinnungsbetriebes, aus, so handelt es sich dabei ebenso von ihm freiwillig eingegangene Verpflichtungen zur fortdauernden Einhaltung der Zulassungsvoraussetzungen bergbaulicher Tätigkeiten. Die Vorsorge gegen Gefahren und gemeinschädliche Einwirkungen, die vom Bundesverwaltungsgericht für jeden Betriebsplan entsprechend § 55 Abs. 1 Nr. 3, 9 und Abs. 2 BBergG für erforderlich erkannt wurde, gilt gleichermaßen für den Hauptbetriebsplan als auch für den Abschlussbetriebsplan. Entsprechend ist davon auszugehen, dass auch die abschlussbetriebsplankonforme Wasserhaltung in Form der Flutung nicht (allein oder primär) aus Gründen des Allgemeininteresses bzw. der vorbeugenden Gefahrenabwehr erfolgt, sondern im ureigenen Interesse des Bergbauunternehmers der sich zur Gewinnung von Bodenschätzen entschieden hat.

Zu diesem Ergebnis kommt man nicht nur aus rechtssystematischen und rechtstheoretischen Überlegungen, sondern gerade auch vor dem Hintergrund der rechtspraktischen Festlegungen in den Braunkohleplänen des Landes Nordrhein-Westfalen. So finden sich etwa in den Braunkohleplänen für Garzweiler II oder Hambach ausdrücklich Aussagen darüber, wie die Wiedernutzbarmachung der Tagebaufläche nach Einstellung der Gewinnungstätigkeit aussehen soll, namentlich dass die Restlochfüllung durch Flutung und Schaffung eines Sees erfolgen soll. Bereits auf der landesplanerischen Ebene im Vorfeld der bergbaulichen Tätigkeit ist damit klar umrissen worden, welche Erforderlichkeiten im Zuge der bergbaulichen Tätigkeit nach Schaffung eines Restlochs zur Vorsorge gegen Gefahren und gemeinschädliche Einwirkungen auftreten werden. Die Erforderlichkeit des nachbergbaulichen Zustandes war mithin bereits zu Beginn des Gewinnungsbetriebs und der Aufnahme der Bergbautätigkeit durch den Unternehmer klar. Mit anderen Worten: die Wiedernutzbarmachung ist freiwillig und sehenden Auges für das unternehmerische Interesse an der Bodenschatzgewinnung in Kauf genommen worden.

Vor diesem Hintergrund ist weder die Benutzung (Entnahme von Rheinwasser) noch die Nutzung des entnommenen Wassers als Verwendungszweck (Flutung des Restlochs) als „behördlich angeordnet“ zu beurteilen. Ausgangspunkt für die die Entgeltspflicht auslösende Rheinwasserentnahme zur Restlochflutung ist die unternehmerische Grundentscheidung zum Bergbaubetrieb. Alle daran anknüpfenden bergrechtlichen Pflichten werden von dieser Grundentscheidung getragen. Behördliche Entscheidungen über wasserrechtliche Benutzungen oder Gewässerausbauten sind ebenfalls nur Folge dieser am Anfang stehenden freiwillig eingegangenen Verpflichtung zur fortdauernden Einhaltung der bergrechtlichen Zulassungs-

voraussetzungen und nicht gleichsam (allein oder primär) dem Allgemeininteresse bzw. der vorbeugenden Gefahrenabwehr dienend erfolgt.

Zu keinem anderen Ergebnis kommt man, wenn man den Bergbaubetrieb zumindest auch mittelbar einem öffentlichen Interesse, nämlich der Sicherung der Energieversorgung dienend einstuft bzw. einstufen könnte. Auch das hat das Bundesverwaltungsgericht bereits zu einer Klage eines Bergbautreibenden gegen die Entgeltspflichtigkeit von Sumpfungwasserentnahme aus einem Tagebaubetrieb nach WasEG entschieden (U. v. 16.11.2017, 9 C 16/16, Rn. 39; Hervorhebung diesseits):

*„Vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls, die den Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Braunkohleunternehmen rechtfertigen, sind schließlich auch dann nicht ausgeschlossen, wenn man davon ausgeht, dass sich diese Unternehmen auf ein Gemeinwohlinteresse an der Bodenschatzgewinnung und an der Sicherstellung der Energieversorgung berufen können. Nach § 1 Nr. 1 BBergG ist zur Sicherung der Rohstoffversorgung das Aufsuchen und Gewinnen von Bodenschätzen unter Berücksichtigung ihrer Standortgebundenheit und bei sparsamem und schonendem Umgang mit Grund und Boden zu ordnen und zu fördern. **Dieses Gemeinwohlinteresse an der Bodenschatzgewinnung verlangt jedoch nicht, dass eine Grundwasserentnahme zum Zwecke des nachfolgenden Braunkohleabbaus gegenüber anderen Grundwasserentnahmen finanziell begünstigt wird.**“*

Ebenso wenig ist zu erkennen, dass das Gemeinwohlinteresse verlangen würde, dass Wasserentnahmen zum Zwecke der Erreichung eines nachbergbaulichen Zustandes, der zur Entlassung aus dem bergrechtlichen Rechtsregime führt und wozu der Bergbauunternehmer bereits mit Aufnahme seines Betriebes verpflichtet ist, gegenüber anderen Wasserentnahmen finanziell zu begünstigen ist.

Nach alledem scheidet eine Befreiung von der Entgeltspflicht nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 2. Alt. WasEG damit aus. Es fehlt in beiden Fällen an der „behördlichen Anordnung“. Andere Tatbestände des § 1 Abs. 2 WasEG kommen nicht in Betracht.



## **II. Entgeltpflichtigkeit von Flusswasserentnahmen in Brandenburg**

Auch für Brandenburg sind als klärungsbedürftige Fragen folgende aufgeworfen:

- 1. Nach und mit welchen Maßgaben ist die Entnahme von Wasser aus Fließgewässern in Brandenburg entgeltpflichtig?**
- 2. Unter welchen Bedingungen kann in Brandenburg die Entnahme von Wasser aus Fließgewässern für den Zweck der Restlochbefüllung entgeltfrei gestellt werden?**

Unter Berücksichtigung der Antworten zu diesen Fragen wurde ergänzend um Klärung der folgenden Frage gebeten:

- 3. Welchen Spielraum hat der Landesgesetzgeber zur Festlegung von Entgelten für die Entnahme von Wasser zum Zweck der Restlochbefüllung?**

### **1. Zu Fragen 1. und 2.**

Nach § 40 Abs. 1 LWG Bbg werden von dem Benutzer eines Gewässers durch die Wasserbehörde Abgaben in Form von Gebühren für folgende Benutzungen erhoben:

1. Entnehmen oder Ableiten von Wasser aus oberirdischen Gewässern und
2. Entnehmen, Zutagefördern und Ableiten von Grundwasser.

Das Wassernutzungsentgelt wird nur für erlaubnispflichtige Gewässerbenutzungen erhoben, § 40 Abs. 1 Satz 2 LWG Bbg.

Die Höhe des Entgeltes wird in § 40 Abs. 1 Satz 4 ff LWG Bbg bestimmt. Für Entnahmen wird die Höhe des Entgelts aber nur für Kühl- oder Produktionszwecke bestimmt. Für die Bewässerung der Landwirtschaft wird ausdrücklich von einer Entgeltpflicht abgesehen, § 40 Abs. 1 Satz 7 LWG Bbg. Alle anderen Entnahmezwecke lösen mithin keine Entgeltpflicht aus. Eine Wiederbefüllung eines Restlochs entspricht jedenfalls nicht dem Begriff „Produktionszweck“ in klassischem Sinne. Wenn man das aber bejahen würde, also auch die Restlochbefüllung eine Produktion im Sinne dieser Vorschrift wäre, greift § 40 Abs. 1 Satz 8 WG, nach dem sich die Abgabe nach der durch kontinuierliche Messungen nachgewiesenen tatsächlich entnommenen Wassermenge oder auf Antrag nach dem wasserrechtlichen Bescheid unter Abzug der nicht nachteilig veränderten Wassermenge, die unter Einhaltung der behördlichen Zulassung für die Einleitung Gewässern vom Benutzer unmittelbar wieder zugeführt wird, bemisst. Tagebaurestlöcher, denen zur Herstellung eines Gewässers Wasser zugeführt wird, gelten gem. § 40 Abs. 1 Satz 9 LWG Bbg aber als Gewässer. Danach könnten allenfalls Leitungs- oder

sonstige Verluste von Wasser zwischen Entnahme- und Einleitstelle in das Tagebaurestloch in Rechnung gestellt werden.

Im Übrigen könnten auch noch Ausnahmen von der Entgeltpflicht („eine Gebühr wird nicht erhoben für ...“) in Betracht kommen, namentlich § 40 Abs. 4 Nr. 5 und 7 LWG Bbg. Zu den dort verwendeten Begrifflichkeiten bei den Ausnahmen sind weder in Rechtsprechung noch Literatur oder den Gesetzesmaterialien klare Aussagen zu finden, wie eng oder weit diese Begriffe zu verstehen sind.

Der in § 40 Abs. 4 Nr. 5 LWG Bbg verwendete Begriff „zum Zwecke der Boden- bzw. Gewässersanierung“ umfasst in einem engen Sinne nur die Behandlung von Boden- und Gewässer- verunreinigungen. Geht es aber auch um die Sanierung des Gewässerkörpers als solchem, könnte man bereits diese Vorschrift als Ausnahme ansehen. Anders als in Nordrhein-Westfalen umfasst § 40 Abs. 4 Nr. 5 LWG Bbg nicht nur „Anordnungen“, sondern allgemeiner „die Zulassung der zuständigen Behörde“ zum Zwecke der Boden und Gewässersanierung. Damit fällt die für Nordrhein-Westfalen dargestellte Differenzierung der Rechtsprechung zum Begriff der „Anordnung“ ebenso weg wie der Anknüpfungspunkt der Entgeltpflicht bei der Entnahme, der in der Fortführung bzw. Beendigung des Bergbauunternehmens i. S. d. BBergG gesehen wird. § 40 Abs. 1 Satz 9 LWG Bbg stützt wegen der gesetzlichen Subsumtion von Tagebaulöchern, denen Wasser zugeführt werden soll, unter den Begriff Gewässer eine solche Auslegung ausdrücklich. Der Landesgesetzgeber wollte danach ausdrücklich eine gesonderte entgeltrechtliche Behandlung der Wiederbefüllung von Tagebaurestlöchern regeln, die nicht nach dem Bestand oder Nichtbestand eines Bergbauunternehmens fragt. Im Rahmen der Anwendung des § 40 Abs. 4 Nr. 5 LWG Bbg bleiben auch Leitungs- oder sonstige Verluste von zur Befüllung von Tagebaulöchern entnommenem Wasser bei der Berechnung eines Wasserentgeltes außen vor.

Schließlich kann der in § 40 Abs. 4 Nr. 7 Satz 1 LWG Bbg verwendete Begriff „Wasserhaltung von Tagebaulöchern“ über die Wasserhaltung für die Betriebszeit des Abbaus aus dem Tagebauloch, also die Sumpfung, hinaus generell die Wasserhaltung bis zur volumenmäßigen Wiederauffüllung des Tagebaulochs umfassen. Die dort (§ 40 Abs. 4 Nr. 7 Satz 2 LWG Bbg) weiter enthaltene Bestimmung für die rückausgenommenen „wasserrechtlich verbrauchten oder kommerziell genutzten Anteile“ betrifft nur die Grundwasserentnahme, nicht die Entnahme von Wasser aus oberirdischen Gewässern. Daraus könnte man zum einen schlussfolgern, dass nur die Wasserhaltung für die Betriebszeit des Abbaus, also die Sumpfung, einer Entgeltbefreiung unterliegen sollte. Auf der anderen Seite könnte man aber auch die Schlussfolgerung ziehen, dass der Gesetzgeber ausdrücklich nur eine Rückausnahme für Grundwasserentnahmen treffen wollte. Für letzteres spricht, dass Satz 1 dieser Nummer nicht nur von der Entnahme von Grundwasser, sondern gerade auch von der Entnahme von Oberflächenwasser spricht. Da Tagebaulöcher, denen zur Herstellung eines Gewässers Wasser zugeführt wird, gem. § 40 Abs. 1 Satz 9 LWG Bbg als Gewässer gelten, bliebe die Ausnahme von der Entgeltpflicht bei einem weiten Verständnis des Begriffs „Wasserhaltung von Tagebaulöchern“ also erhalten. Mit Blick darauf, dass keine Doppelregelung gewollt war (wenn es so wäre),

könnte man aber auch sagen, dass § 40 Abs. 4 Nr. 7 LWG Bbg spezieller zu § 40 Abs. 4 Nr. 5 LWG Bbg ist. Letztlich kann diese Frage aber offenbleiben, weil das Ergebnis unverändert die Entgeltbefreiung bleibt.

Auch diese Überlegung sprechen sehr klar dafür, dass die Wasserentnahme aus oberirdischen Gewässern zum Zwecke der Restlochbefüllung grundsätzlich in Brandenburg nicht entgeltpflichtig bzw. jedenfalls entgeltbefreit ist.

## **2. Zu Frage 3.**

Zur Frage, welchen Spielraum der Landesgesetzgeber zur Festlegung von Entgelten für die Entnahme von Wasser zum Zweck der Restlochbefüllung hat, ist der Blick vornehmlich auf das Verfassungsrecht und auch auf das Unionsrecht zu lenken. Denn insbesondere aus diesen beiden Rechtsmaterien und -quellen können für den Landesgesetzgeber Pflichten für sein Handeln und Grenzen bei der Rechtssetzung von Landesrecht resultieren.

Das wenig überraschende Ergebnis dieser Betrachtung lautet vorangestellt, dass der Landesgesetzgeber ohne Weiteres die Kompetenz und – unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit – auch die Möglichkeit zum Erlass entsprechender Bestimmungen innehat. Insbesondere aus grundrechtlichen Erwägungen zur Gleichbehandlung kann eine Verengung des Handlungsspielraums hin zu einer Pflicht abgeleitet werden, von der nur mit hinreichender Begründung abgesehen werden kann.

Im Rahmen von wasserrechtlichen Erlaubnissen spielt die Erhebung von Wasserentnahmentgelten zur Vorteilsabschöpfung und auch zur Steuerung der Wassernutzung eine wichtige Rolle. Die meisten Bundesländer haben mittlerweile entsprechende gesetzliche Regelungen geschaffen, welche bereits umfänglich (verfassungs-)gerichtlichen Kontrollen standgehalten haben (vgl. das bereits oben zum WasEG zitierte BVerwG, Urteil vom 16. November 2017, 9 C 16/16, sowie BVerfG, Beschluss vom 18. Dezember 2002, 2 BvR 591/95 zur Grundwasserentnahmeabgabe in Schleswig-Holstein und BVerfG, Beschluss vom 20. Januar 2010, 1 BvR 1801/07 zur Wasserentnahmegebühr Niedersachsen). Daraus ergeben sich die bei Erlass solcher gesetzlichen Regelungen zu beachtenden verfassungsrechtlichen Aspekte. Auch die Vorgaben des Unionsrechts, namentlich Art. 9 der Richtlinie 2000/60/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2000 (ABl. 327/1, sog. Wasserrahmenrichtlinie – WRRL), können dabei eine Rolle spielen.

### **2.1 Verfassungsrechtliche Aspekte**

Die grundsätzliche Gesetzgebungskompetenz der Länder aus Art. 70 Abs 1 GG wird hinsichtlich des Wasserhaushalts von der konkurrierenden Gesetzgebung zugunsten des Bundes

nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG verdrängt. Von dieser sog. Rahmenkompetenz hat der Bund (bisher) jedoch nicht in einer Weise Gebrauch gemacht, dass dadurch die Regelung von Wasserentnahmeentgelten durch die Länder ausgeschlossen wäre. Eine Umgestaltung des Wasserrechts in Gestalt einer bundesweiten Einführung eines Wasserbenutzungsentgelts wurde und wird zwar immer wieder diskutiert – beispielsweise im Zuge der Föderalismusreform 2006 –, ist über diesen Status bislang jedoch nicht hinausgegangen (Czychowski/Reinhardt, Wasserhaushaltsgesetz, 13. Auflage 2023, Rn. 21). Eine solche Regelung wäre allerdings auch nicht stoff- oder anlagebezogen, weshalb den Ländern selbst dann weiterhin eine eigene Gesetzgebungskompetenz im Rahmen der Abweichungsbefugnis nach Art. 72 Abs. 3 Nr. 5 GG erhalten bliebe (Czychowski/Reinhardt, Wasserhaushaltsgesetz, 13. Auflage 2023, Rn. 21). Angesichts der ausbleibenden Bundesregelung zu Wasserentnahmeentgelten steht den Ländern jedoch nach wie vor nach Art. 72 Abs. 1 GG die Gesetzgebungskompetenz über die Erhebung von Wasserentnahmeentgelten und deren gesetzlicher Ausgestaltung zu.

Die Erhebung von Wasserentnahmeentgelten muss verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechen. Diese Anforderungen sind durch die Rechtsprechung bereits klar konturiert worden.

Finanzverfassungsrechtliche Aspekte stehen der Einführung von Wasserentnahmeentgelten nicht entgegen. Das Grundprinzip der Finanzverfassung ist, dass die Finanzierung der staatlichen Aufgaben in Bund und Ländern primär aus dem Ertrag der in Art. 105 ff. GG geregelten Einnahmequellen vorzunehmen ist. Einen abschließenden Kanon zulässiger Abgabetypen gibt es jedoch nicht, sodass auch nichtsteuerliche Abgaben grundsätzlich möglich sind. Die Erhebung solcher nichtsteuerlichen Abgaben bedarf mit Blick auf die Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung (Art. 104a ff. GG) sowie zur Wahrung der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen (Art. 3 Abs. 1 GG) sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach einer über die Zwecke der Einnahmeerzielung hinausgehenden besonderen sachlichen Rechtfertigung (BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2022, 9 C 5/20, Rn. 14 mit Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 07. November 1995, 2 BvR 413/88, Rn. 151). Als sachliche Gründe sind Lenkungsziele, soziale Zwecke sowie Zwecke des Vorteilsausgleichs bzw. der Vorteilsabschöpfung anerkannt (BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2022, 9 C 5/20, Rn. 14 mit Verweis auf st. Rspr., z.B. BVerfG, Urteil vom 19. März 2003, 2 BvL 9/98).

In Betracht kommt vorliegend insbesondere die Vorteilsabschöpfung. Der verfassungsrechtliche Vorteilsbegriff ist nicht auf wirtschaftliche Vorteile beschränkt, sondern umfasst auch tatsächliche, rechtliche und ideelle Vorteile aller Art. Bei Wasserentnahmeentgelten ist der relevante Sondervorteil für den Abgabenschuldner gegenüber all jenen, die das betroffene Gut – hier das Wasser – nicht oder nicht im gleichen Umfang nutzen dürfen, darin zu sehen, dass ihm durch die wasserrechtliche Erlaubnis die Möglichkeit der Wasserentnahme und dadurch die Teilhabe an der knappen, staatlich bewirtschafteten Ressource Wasser eröffnet wird (BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2022, 9 C 5/20, Rn. 14, Rn. 15 f.).

Schwierig ist hierbei, dass sich der Vorteil einer solchen Leistung für den Gebührenschuldner häufig nicht eindeutig und im Voraus ermitteln lässt, zumal für das entnommene Wasser meist kein Marktpreis existiert. Allerdings kann hieraus nicht geschlossen werden, dass deshalb eine Vorteilsabschöpfungsabgabe ausgeschlossen ist. Vielmehr kommt dem Gesetzgeber – hier den Ländern – ein Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum bei der Schaffung eines angemessenen Gebührenrahmens zu. Ist ein Marktpreis nicht feststellbar und existieren keine allgemein anerkannten Bewertungsmethoden für die Bestimmungen des Wertes des öffentlichen Gutes, kommt dem Gesetzgeber ein weiterer Spielraum bei der Festlegung der Gebührensätze zu. Beachtet werden muss dabei, dass sich die Festlegung der Gebührensätze nicht an sachfremden Merkmalen orientieren und auch nicht im groben Missverhältnis zur Bewertung des Vorteils stehen darf (BVerfG, Beschluss vom 20. Januar 2010, 1 BvR 1801/07, Rn. 14).

Durch die Einführung einer solchen Abgabe können allerdings Freiheitsgrundrechte betroffen sein. In Betracht kommen insbesondere die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und die Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG).

Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG wird insbesondere über die sog. berufsregelnde Tendenz bestimmt, die bei Wasserentnahmeentgelten grundsätzlich bejaht werden kann (Köck/Gawel, Grundwasserentnahmeabgaben beim Kohlebergbau – Zur Rechtsprechung des BVerfG und BVerwG, ZUR 2022, 541, 544). Allerdings ist die Erhebung von Abgaben lediglich als Berufsausübungsregelung, nicht aber als Berufswahlregelung einzuordnen, sodass ein solcher Eingriff durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls legitimiert werden kann (BVerwG, Urteil vom 16. November 2017, 9 C 16/16, Rn. 36 f.). In Betracht für solche Erwägungen kommen hinsichtlich der vorliegenden Fragestellung zum einen die Bewirtschaftung der Wasserressourcen und zum anderen die verursachergerechte Zuordnung ihrer Inanspruchnahme durch entsprechende Entgelte (Köck/Gawel, Grundwasserentnahmeabgaben beim Kohlebergbau – Zur Rechtsprechung des BVerfG und BVerwG, ZUR 2022, 541, 545). Aus Art. 12 GG i.V.m. dem Vertrauensgrundsatz ergibt sich zudem kein Anspruch darauf, dass die (finanziellen) Rahmenbedingungen auf Dauer unverändert bestehen bleiben (BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2022, 9 C 5/20, Rn. 34).

Eine Kollision von Abgabenerhebungen in Form von Wasserentnahmeentgelten mit dem Recht auf Eigentum aus Art. 14 GG steht nicht hinsichtlich des Eigentums am Wasser selbst im Raum. Gemäß § 4 Abs. 2 WHG ist Wasser eines fließenden oberirdischen Gewässers und Grundwasser gar nicht eigentumsfähig. Lediglich ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist theoretisch denkbar. Da die Wasserentnahmeentgelte jedoch eine allgemeine rechtliche Rahmenbedingung für die Wassernutzung an sich setzen, fehlt es an dem hierzu erforderlichen spezifischen und unmittelbaren Eingriff in den Bestand des Gewerbebetriebs (Köck/Gawel, Grundwasserentnahmeabgaben beim Kohlebergbau – Zur Rechtsprechung des BVerfG und BVerwG, ZUR 2022, 541, 545).

Schließlich ist auch das in den Grundrechten zu verortende Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten. Eine Betroffenheit des Gleichbehandlungsgebotes aus Art. 3 Abs.

1 GG kommt deshalb in Betracht, weil – wie das BVerfG in seiner oben zitierten Wasserpfe-nig-Entscheidung festgehalten hat – die knappe natürliche Ressource Wasser ein Gut der All-gemeinheit ist. Wenn Einzelnen die Nutzung dieser Ressource eröffnet wird, ist hierin ein Son-dervorteil gegenüber all denen zu sehen, die dieses Gut nicht oder nicht in gleichem Umfang nutzen. (BVerfG, Beschluss vom 07. November 1995, 2 BvR 413/88, 2. Leitsatz) Auf die (Wirt-schaftlichkeit der) Nutzung kommt es dabei nicht an. Alleiniger Anknüpfungspunkt ist die Ent-nahme dieses Allgemeingutes.

Das Allgemeingut Wasser ist eine schützenswerte Ressource, denn der Erhalt des Zustands der Gewässer ist nicht nur für die Ökosysteme, sondern auch für die Versorgung der Bevölke-rung mit Trinkwasser sowie für andere Nutzungszwecke von Industrie und Gewerbe essenzi-ell. Daher müssen unter Berücksichtigung des Vorsorgeprinzips und der Nachhaltigkeit Maß-nahmen des Gewässerschutzes zur Erhaltung und Wiederherstellung eines guten Gewässer-zustandes ergriffen werden. Dazu zählt insbesondere und nicht zuletzt der sparsame Umgang mit der Ressource Wasser. Hierbei spielt das Wasserrecht, aber auch das Wasserentnahme-entgelt als ökologischer Kostenfaktor eine tragende Rolle (LT-NRW-Drs. 13/4528, S. 29). Eine allgemeine Sorgfaltspflicht zur sparsamen Verwendung von Wasser ist auch § 5 Abs. 1 Nr. 2 WHG zu entnehmen. Gerade bei Abgaben ist dieser umweltpolitische Ansatz der sparsamen Verwendung und der Ressourcenschonung des Grundwassers ein maßgeblicher Rechtferti-gungsgrund (BVerfG, Beschluss vom 20. Januar 2010, 1 BvR 1801/07, Rn. 21).

Das Bundesverwaltungsgericht führt mit Blick etwa auf die Regelung des nordrhein-westfäli-schen Wasserentnahmeentgeltgesetzes speziell zum Verwendungszweck entnommenen Wassers weiter aus:

*„Wasser als Gut der Allgemeinheit hat keinen Marktpreis. Gleichwohl kommt ihm als knapper Ressource ein Wert an sich zu. Das Wasser ist eine der wichtigsten Grund-lagen menschlichen, tierischen und pflanzlichen Lebens. Es wird nicht nur als Trink- und Brauchwasser, sondern auch als Produktionsmittel benötigt. Auch das Wasser-entnahmeentgeltgesetz geht von einem objektiven Wert des Wassers aus. Dies ver-deutlicht gerade die streitgegenständliche Gesetzesänderung, die subjektive Fakto-ren wie die wirtschaftliche Nutzung oder den Verwendungszweck des Wassers zu-rückgedrängt hat. Der Gesetzgeber misst nunmehr – unbeschadet von Ausnahmen nach § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 2 Satz 2 und 3 WasEG – im Grundsatz dem Verwendungs-zweck des Wassers keine Bedeutung mehr bei, sondern erhebt das Entnahmeentgelt allein nach der vom Entgeltpflichtigen entnommenen Wassermenge (§ 2 Abs. 1 WasEG).“*

BVerwG, Urteil vom 16. November 2017, 9 C 16/16, Rn. 25.

Aufgrund der vielfältigen und miteinander konkurrierenden Nutzungsinteressen ist eine geord-nete Wasserbewirtschaftung sowohl für die Bevölkerung als auch für die Gesamtwirtschaft lebensnotwendig und daher grundsätzlich verfassungsrechtlich unbedenklich (BVerfG, Be-schluss vom 07. November 1995, 2 BvR 413/88, Rn. 133). Die Wasserbewirtschaftung funkti-oniert maßgeblich durch das Instrumentarium der Ge- und Verbote, wobei die Verteuerung des Wassers eine Möglichkeit darstellt, die Schonung des Wasserhaushaltes zu verwirklichen.



Dies soll Anreize zum sparsamen Einsatz der natürlichen Ressource schaffen. Bei Wasserentnahmeentgelten handelt es sich daher um ein wichtiges ökonomisches Instrument des Umweltschutzes (BVerfG, Beschluss vom 07. November 1995, 2 BvR 413/88, Rn. 134). Mithin können Grundrechtseingriffe durch Gemeinwohlerwägungen gerechtfertigt werden, worunter auch das Staatsziel des Umweltschutzes (Art. 20a GG) fällt. Dieses umfasst auch den Schutz des Wassers und dessen nachhaltige Bewirtschaftung, die eine schonende und sparsame Verwendung einer knappen Ressource nötig macht (Köck/Gawel, Grundwasserentnahmeabgaben beim Kohlebergbau – Zur Rechtsprechung des BVerfG und BVerwG, ZUR 2022, 541, 544). Die Ressourcenschonung ist aufgrund der wachsenden Knappheit der Verfügbarkeit der Ressource Wasser infolge des Klimawandels von zunehmender Bedeutung (Köck/Gawel, Grundwasserentnahmeabgaben beim Kohlebergbau – Zur Rechtsprechung des BVerfG und BVerwG, ZUR 2022, 541, 549).

Daraus folgt, dass die Anforderungen, dem Gleichheitssatz zu genügen, umso höher sind, je mehr der Gesetzgeber vollständige Befreiungen von einem Ausgleich für diese Privilegierung – beispielsweise in Form von Wasserentnahmeentgelten – ins Auge fasst (Köck/Gawel, Grundwasserentnahmeabgaben beim Kohlebergbau – Zur Rechtsprechung des BVerfG und BVerwG, ZUR 2022, 541, 546).

Hinsichtlich der Gründe zur Rechtfertigung der Freistellung bestimmter Wasserentnahmen von der Abgabepflicht hat der Gesetzgeber zwar generell einen weiten Entscheidungsspielraum, der auch außerfiskalische Förder- und Lenkungsziele umfasst. Gleichwohl unterliegt die Freistellung einer strengen verfassungsrechtlichen Kontrolle unterliegt. Einschränkungen dieses weiten Entscheidungsspielraums können sich u.a. aus der Verfügbarkeit des Differenzierungsmerkmals und dem Ausmaß der mit der Verschonung bewirkten Ungleichbehandlung ergeben. (BVerwG, Urteil vom 16. November 2017, 9 C 16/16, Rn. 44)

Stellt der Gesetzgeber zur Begründung der Befreiung – sprich dem Ausbleiben der Erhebung eines Wasserentnahmeentgeltes – einzig darauf ab, dass bei der Verfüllung von Tagebaulöchern die beabsichtigte Lenkungswirkung zum Umgang mit der knappen Ressource Wasser nicht mehr eintreten könne, da die Löcher bereits entstanden und in jedem Fall entsprechend verfüllt werden müssen, ist hierin kein ausreichender Grund zu erachten. Zum einen beruht die Wasserentnahmeentgelterhebung im Wesentlichen auf dem Vorteilsausgleichsgedanken und nur ergänzend auf der Lenkungswirkung, wie sich aus dem Blick auf entsprechende Regelungen in den meisten Bundesländern ergibt. Etwaige Abstriche bei der Lenkungswirkung können daher nicht allein eine vollständige Befreiung rechtfertigen. Zum anderen ist ein Rest der Lenkungswirkung jedenfalls vor dem Hintergrund der Zahllast und entsprechend gewässerschonenden Substitutionen naheliegend. (Köck/Gawel, Grundwasserentnahmeabgaben beim Kohlebergbau – Zur Rechtsprechung des BVerfG und BVerwG, ZUR 2022, 541, 546).

Auch eine Rechtfertigung der Befreiung unter Hinweis auf die wasserwirtschaftlichen Zwecke, welchen das entnommene oberirdische Gewässer bei der Verfüllung von Tagebaulöchern zugeführt wird, reicht für sich genommen wohl nicht aus. Sähe man dies anders und ließe das



Berufen auf solch wasserwirtschaftliche Zwecke zur Befreiung von einer Wasserentnahmeabgabe ausreichen, dürfte in folgerichtiger Weiterentwicklung selbst für die Wasserentnahme zum Zwecke der Wasserversorgung keine Abgabe mehr erhoben werden, stellt diese doch ausweislich des § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 WHG ebenfalls einen wasserwirtschaftlichen Zweck dar. Dies zeigt, dass jede Privilegierung, die an die Verwendung des Wassers gekoppelt wird, jegliche Wasserabgabenerhebungen konterkarieren würde (Köck/Gawel, Grundwasserentnahmeabgaben beim Kohlebergbau – Zur Rechtsprechung des BVerfG und BVerwG, ZUR 2022, 541, 547). Die Anknüpfung der Abgabenerhebung (ausschließlich) an die Benutzung des Wassers (hier: Entnahme), und nicht dessen Verwendung, ist notwendige Konsequenz hieraus.

Schließlich kann sich der Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers, wie bereits erwähnt, aufgrund des Ausmaßes der Ungleichbehandlung verringern. Dies dürfte hinsichtlich der Frage, ob der Landesgesetzgeber zur Vermeidung eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG aufgrund der zur Verfüllung erforderlichen Wassermassen und den hieraus resultierenden – durchaus nennenswerten – Beträgen, in welchem sich die Ungleichbehandlung durch Befreiung von einer Zahlungspflicht manifestieren würde, nicht gänzlich unbeachtlich sein. Zwar ist nicht undenkbar, dass – gerade vor dem Hintergrund des weiten Entscheidungsspielraumes des Gesetzgebers – eine legitime Begründung die Befreiung von der hiernach grundsätzlich erforderlichen Abgabenerhebung verfassungsrechtlich zu tragen vermag. Die bisher vorgebrachten und diskutierten Erwägungen für eine solche Ausnahme reichen hierfür aber nicht. Sie schließen daher eine Pflicht des (Landes-)Gesetzgebers zum entsprechenden Tätigwerden nicht aus.

Der Einführung eines Wasserentgeltes für die Entnahme von Wasser, das zur Befüllung von Tagebaulöchern verwendet werden soll, steht auch das aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot nicht entgegen. Bei dem Rückwirkungsverbot unterscheidet die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwischen der echten Rückwirkung und der unechten Rückwirkung. Von der echten Rückwirkung wird gesprochen, wenn Rechtsfolgen für einen in der Vergangenheit liegenden, bereits abgeschlossenen Sachverhalt geschaffen werden. Sie wird daher auch „Rückbewirkung von Rechtsfolgen“ genannt. Die unechte Rückwirkung bewirkt keine neuen Rechtsfolgen für bereits abgeschlossene Sachverhalte, sondern knüpft „nur“ an bereits begonnene, aber noch nicht abgeschlossene Sachverhalte an. Deswegen wird sie als „tatbestandliche Rückanknüpfung“ bezeichnet. Während echte belastende Rückwirkungen ausnahmslos nicht zu rechtfertigen und damit verfassungswidrig sind, können unechte Rückwirkungen verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.

Bezogen auf die Einführung eines Wasserentnahmeentgeltes auf Wasserentnahmen für die Befüllung von Restlöchern läge eine echte Rückwirkung vor, wenn die der Abgabenerhebung zugrundeliegende Norm nachträglich in einen bereits abgeschlossenen Sachverhalt ändernd eingreifen würde (stRspr zur echten Rückwirkung; vgl. mit Bezug zum Steuerrecht BVerfG,

Beschluss vom 10. Oktober 2012, 1 BvL 6/07, Rn. 42). Dies wäre dann der Fall, wenn das Land Brandenburg ein Entgelt auf bereits entnommenes Wasser – und damit nachträglich – erheben würde. Wasserentnahmeentgelte, welche auf die Wasserentnahme aufgrund einer wasserrechtlichen Erlaubnis zu einer Zeit erhoben werden, in der das entsprechende Land bereits eine gesetzliche Regelung für dieses Entgelt vorgesehen hat, erfüllen keinesfalls den Tatbestand einer echten Rückwirkung (vgl. zu einem entsprechend gelagerten Fall bezüglich der Grundwasserentnahme im Saarland BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2022, 9 C 5/20, Rn. 32). Die Einführung von Entgelten für die Entnahme von Wasser, das zur Befüllung eines auch schon entstandenen Tagebaulochs verwendet werden soll, aber noch nicht entnommen worden ist, bleibt damit ein Fall der unechten Rückwirkung.

Zwar kann ein Unternehmen auf die aus einem etwaigen Entgelt entstehende Neubewertung der Wirtschaftlichkeit bereits abgeschlossener Abbautätigkeiten durch Anpassung des räumlichen Umfangs dieser Abbautätigkeiten keinen Einfluss mehr nehmen. Da diese Tätigkeit nicht Anknüpfungspunkt für ein Wasserentnahmeentgelt ist, ist das unerheblich. Denn Anknüpfungspunkt ist nur die Wasserentnahme und nicht der Verwendungszweck. Etwaige Bedenken hinsichtlich der nicht mehr gegebenen Steuerungsfähigkeit des Abbaubetriebes seitens eines Unternehmens können dabei keine unzulässige unechte Rückwirkung begründen. Zwar könnte man insoweit überlegen, dass die Lenkungsfunktion der Abgabe – und damit ein Merkmal der verfassungsrechtlichen Begründung dieser – von keiner sonderlich großen Bedeutung (mehr) sein dürfte. Allerdings bleibt es auch dann bei dem Sondervorteil der Wasserentnahme für ein Unternehmen, welcher eines entsprechenden Ausgleiches bedarf, und der somit bereits allein Grund genug für die Erhebung der Abgabe ist. Darüber hinaus fehlt es an einem schutzwürdigen Vertrauen eines Unternehmens, welches sich gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Entgelterhebung durchsetzen könnte. Ein Unternehmen hat, wie bereits gezeigt, keinen Anspruch aus Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Vertrauensschutzgrundsatz aus Art. 20 Abs. 3 GG darauf, dass die (finanziellen) Rahmenbedingungen, unter denen es seinen Betrieb begonnen hat, auf Dauer unverändert bestehen bleiben (BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2022, 9 C 5/20, Rn. 34 mit Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 8. Juni 2010 - 1 BvR 2011/07 u.a. - BVerfGE 126, 112 Rn. 128 ff.). Insbesondere ergibt sich aus den oben bereits dargelegten Wertungen des Bundesberggesetzes, dass der Bergbauunternehmer umfangreichen Nachsorgepflichten einschließlich der zugehörigen finanziellen Aufwendungen unterliegt (BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2022, 9 C 5/20, Rn. 34). Das verfassungsrechtlich beachtliche Rückwirkungsverbot stellt damit kein Hindernis für die Einführung eines Entgeltes für die Entnahme von Wasser dar, das zur Befüllung von Tagebaulöcher verwendet werden soll.

## 2.2 Unionsrechtliche Aspekte

Auch unionsrechtliche Aspekte grenzen den weiten Spielraum des Gesetzgebers ein, sind jedenfalls im Rahmen der Gesetzgebung konkret zu berücksichtigen. Zu nennen sind hier Artikel 9 WRRL und dessen nationale Umsetzung in § 6a WHG.

Die Wasserrahmenrichtlinie legt die gemeinsamen Grundsätze und einen allgemeinen Handlungsrahmen für den Gewässerschutz fest. Sie stellt in der Europäischen Union die Koordinierung, die Integration und die langfristige Weiterentwicklung der grundlegenden Prinzipien und Strukturen für den Schutz des Wassers sicher und ebenso dessen ökologisch nachhaltigen Gebrauch. (EuGH, Urteil vom 07. November 2019, C-105/18 bis C-113/18, ECLI:EU:C:2019:935, Rn. 37). Diese Grundsätze sollen von den Mitgliedstaaten durch den Erlass konkreter Maßnahmen weiterentwickelt werden (EuGH, Urteil vom 11. September 2014, Kommission/Deutschland, C-525/12, EU:C:2014:2202, Rn. 50). Ziel der Richtlinie ist nicht die Vollharmonisierung der wasserrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten, sondern die Schaffung eines Ordnungsrahmens für den Schutz der Binnenoberflächengewässer, der Übergangsgewässer, der Küstengewässer und des Grundwassers zur Vermeidung einer weiteren Verschlechterung sowie Schutz und Verbesserung des Zustands der aquatischen Ökosysteme und der direkt von ihnen abhängenden Landökosysteme (EuGH, Urteil vom 07. November 2019, C-105/18 bis C-113/18, Rn. 39 f.).

Nach Art. 9 WRRL haben Mitgliedstaaten den Grundsatz der Deckung der Kosten der Wasserdienstleistungen einschließlich umwelt- und ressourcenbezogener Kosten zu berücksichtigen (Art. 9 Abs. 1 Unterabsatz 1 WRRL). Sie sorgen insbesondere dafür, dass die Wassergebührenpolitik angemessene Anreize für die Benutzer darstellt, Wasserressourcen effizient zu nutzen, und somit zu den Umweltzielen der Richtlinie beiträgt (Art. 9 Abs. 1 Unterabsatz 2 WRRL). Dabei wird den Mitgliedstaaten allerdings ein vergleichsweise großzügiger Ermessensspielraum zugestanden (Art. 9 Abs. 1 Unterabsatz 3 WRRL).

Wasserdienstleistungen werden in Art. 2 Nr. 38 WRRL als

*„alle Dienstleistungen, die für Haushalte, öffentliche Einrichtungen oder wirtschaftliche Tätigkeiten jeder Art folgendes zur Verfügung stellen:*

*a) Entnahme, Aufstauung, Speicherung, Behandlung und Verteilung von Oberflächen- oder Grundwasser;*

*b) Anlagen für die Sammlung und Behandlung von Abwasser, die anschließend in Oberflächengewässer einleiten;“*

definiert.

Der EuGH hat hierzu herausgearbeitet, dass sich daraus jedoch keine allgemeine Pflicht zur Bepreisung sämtlicher Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Wassernutzung ergibt (EuGH, Urteil vom 11. September 2014, Kommission/Deutschland, C-525/12, EU:C:2014:2202, Rn.

48). Diese Einschätzung wurde vornehmlich auf die Entstehungsgeschichte der Wasserrahmenrichtlinie gestützt:

*„[D]er Unionsgesetzgeber [wollte] es zum einen den Mitgliedstaaten überlassen, auf der Grundlage einer wirtschaftlichen Analyse die Maßnahmen festzulegen, die zur Anwendung des Grundsatzes der Kostendeckung zu ergreifen sind, und zum anderen die Bepreisung dieser Kosten fördern, ohne sie auf alle Wasserdienstleistungen auszudehnen, da die Praxis in den Mitgliedstaaten insoweit sehr unterschiedlich war, insbesondere in Bezug auf die Bepreisung von Dienstleistungen der Wasserversorgung und der Abwasserbehandlung.“*

EuGH, Urteil vom 11. September 2014, Kommission/Deutschland, C-525/12, EU:C:2014:2202, Rn. 47.

Dementsprechend soll sich auch aus dem Tatbestandsmerkmal „zur Verfügung stellen“ ergeben, dass eine Wasserdienstleistung nur dann vorliegen soll, wenn ein Dritter (Wasserversorger oder Abwasserbeseitigungspflichtiger) eingeschaltet ist (Reinhardt, Copy & Paste: Die WHG-Novelle 2016 zum Kostendeckungsprinzip bei Wasserdienstleistungen, NVwZ 2016, 1039, 1040 f.).

Es ist hiernach nicht ohne Weiteres davon auszugehen, dass wegen Art. 9 WRRL sämtliche in Art. 2 Nr. 38 WRRL enthaltene Wasserdienstleistungen bepreist werden müssen (EuGH, Urteil vom 11. September 2014, Kommission/Deutschland, C-525/12, EU:C:2014:2202, Rn. 58). Eine Pflicht zur Einführung eines Wasserentnahmeentgeltes ergibt sich aus Art. 9 WRRL demnach nicht. Die Möglichkeit hierzu besteht aber freilich.

Der EuGH hat in diesem Zusammenhang schließlich auch das Folgende festgestellt:

*„Zwar können [...] Tätigkeiten, wie die Entnahme oder die Aufstauung, Auswirkungen auf den Zustand des Wasserkörpers haben und aus diesem Grund die Verwirklichung der mit der Richtlinie verfolgten Ziele gefährden, doch kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass das Fehlen einer Bepreisung solcher Tätigkeiten in jedem Fall der Verwirklichung dieser Ziele zwangsläufig abträglich ist.“*

EuGH, Urteil vom 11. September 2014, Kommission/Deutschland, C-525/12, EU:C:2014:2202, Rn. 56.

Das Fehlen einer Bepreisung bestimmter Tätigkeiten – beispielsweise der Entnahme von Wasser aus oberirdischem Gewässer – führt also nicht in jedem Fall und zwangsläufig zu einer Gefährdung der Ziele. Allerdings folgt daraus im Umkehrschluss, dass das Fehlen einer solchen Bepreisung durchaus geeignet ist, die Zielverwirklichung zu gefährden, mitunter sogar entscheidend. Ist dies der Fall, könnte sich auch im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des EuGH die Sachlage zu einer Pflicht des Mitgliedstaates, in diesem Sinne tätig zu werden, verdichten.

Die nationalrechtliche Transformation des Art. 9 WRRL in § 6a WHG, erfolgte weitgehend 1:1. Beide Vorschriften ähneln sich im Wortlaut sehr. So nimmt § 6a Abs. 1 Satz 1 WHG

beispielsweise ebenfalls hinsichtlich des Anknüpfungspunktes der Kostendeckung auf Wasserdienstleistungen Bezug. Diese werden wiederum in § 3 Nr. 16 WHG nahezu wortgleich wie in Art. 2 Nr. 38 WRRL definiert. Aus der Gesetzesbegründung zum § 3 Nr. 16 WHG ergibt sich, dass dieser mit den unter a) genannten Begriffen ausschließlich die Wasserversorgung und mit den unter b) genannten Begriffen ausschließlich die Abwasserbeseitigung erfasst (BT-Drs. 18/6986, S. 11). Wasserversorgung ist hiernach nur im Sinne einer Fremdversorgung durch einen Dritten zu verstehen (Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp/Zöllner, 59. EL August 2024, WHG § 6a Rn. 12; Reinhardt, Copy & Paste: Die WHG-Novelle 2016 zum Kostendeckungsprinzip bei Wasserdienstleistungen, NVwZ 2016, 1039,1040). Aus dem Wortlaut ergibt sich eine solche Einschränkung des Begriffes der Wasserdienstleistungen nicht einmal im Ansatz, da es in der Definition des § 3 Nr. 16 WHG sogar an dem – ohnehin schon eher unscheinbaren, auf das Erfordernis eines involvierten Dritten hinweisenden – Tatbestandsmerkmal des „zur Verfügung stellen[s]“ fehlt (Reinhardt, Copy & Paste: Die WHG-Novelle 2016 zum Kostendeckungsprinzip bei Wasserdienstleistungen, NVwZ 2016, 1039,1041).

Die Entnahme von oberirdischen Gewässern als Wasserbenutzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 WHG fällt demnach nicht unter den Kostendeckungsgrundsatz aus § 6a Abs. 1 WHG. Es verbleibt hierfür mithin nur die bedingte Kostenpflicht für Wassernutzungen nach § 6a Abs. 2 WHG. Sie verlangt einen angemessenen Beitrag für den Fall, dass die betreffenden Wassernutzungen die Erreichung der gesetzlichen Bewirtschaftungsziele gefährden (Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp/Zöllner, 59. EL August 2024, WHG § 6a Rn. 23). Es handelt sich zwar um eine zu abstrakte Bestimmung, als dass sich aus dieser unmittelbar materielle Rechtspflichten ergeben oder sie als Grundlage für ein ordnungsbehördliches Einschreiten herangezogen werden könnte (Reinhardt, Copy & Paste: Die WHG-Novelle 2016 zum Kostendeckungsprinzip bei Wasserdienstleistungen, NVwZ 2016, 1039,1041). Allerdings steht sie im Lichte der Schaffung dieser verhältnismäßig neuen Regelungen des § 6a WHG, welche ausweislich des § 6a Abs. 5 WHG die auf Landesebene schon bestehenden und auch die künftig zu erlassenden – über die bundesrechtlichen Vorgaben hinausgehenden – Wasserbenutzungsentgelte anerkennt, und dementsprechend als Öffnungsklausel für eine weitergehende Bepreisung von Wassernutzungen verstanden werden kann (Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp/Zöllner, 59. EL August 2024, WHG § 6a Rn. 11).

Zudem müssen nach § 83 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 lit. c) WHG die Gründe dafür, dass bestimmte Wassernutzungen nach § 6a Abs. 2 WHG nicht zur Deckung der Kosten der Wasserdienstleistungen beizutragen haben, in den entsprechenden Bewirtschaftungsplänen dargestellt werden.

### **2.3 Abschließende Würdigung**

Zusammenfassend kann hiernach festgehalten werden, dass die Länder ohne jeden Zweifel die Möglichkeit haben, Wasserentnahmeentgelte per Gesetz zu erheben, wie es viele von

ihnen auch bereits praktizieren. Insbesondere auch für noch nicht abgeschlossene Sachverhalte – wie es bei der Verfüllung der Tagebaulöcher der Fall ist – lässt sich eine entsprechende Zahlungsverpflichtung verfassungskonform einführen. Die bislang bekannten und diskutierten Begründungen für Befreiungen von Wasserentnahmeentgelten erweisen sich für auf die Restlochbefüllung zweckgerichtete Wasserentnahmen als nicht tragfähig. Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass mit einer besseren Begründung gleichwohl die Befreiung aufrechterhalten werden kann. Angesichts der – auch durch den Klimawandel bedingt – steigenden Kosten für die WRRL-zielkonforme Bewirtschaftung von Gewässern, erscheint eine Befreiung von Wasserentnahmeentgelten rechtspolitisch aber kaum vertretbar. Das gilt erst recht, wenn man bedenkt, dass die Tagebaunutzung durch Nutzung der Braunkohle zur Energiegewinnung und die damit bedingte Freisetzung von CO<sub>2</sub> ihrerseits keinen unbedeutenden Teil für den Klimawandel beigetragen hat, mithin selbst Kostentreiber für die wasserrechtliche Bewirtschaftung in Brandenburg ist.