



FACHHOCHSCHULE LUDWIGSBURG

**HOCHSCHULE FÜR ÖFFENTLICHE
VERWALTUNG UND FINANZEN**

Wahlpflichtfach: Bauen in Baden-Württemberg

Planen und Bauen in Überschwemmungsgebieten

DIPLOMARBEIT

zur

Erlangung des Grades einer

Diplom - Verwaltungswirtin (FH)

vorgelegt von

Petra Walter

Studienjahr 2007/2008

Erstgutachter: Prof. Dr. Hans Büchner

Zweitgutachter: Prof. Dr. Hans-Jörg Birk

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis.....	VI
Literaturverzeichnis	VII
1 Hochwasserschutz im Spannungsverhältnis zum Bauplanungsrecht.....	1
2 Die Entwicklung der Rechtslage im Hochwasserschutz	3
2.1 Rechtslage vor der 6. Wasserhaushaltsgesetz-Novelle	3
2.2 Rechtslage nach der 6. Wasserhaushaltsgesetz-Novelle	3
2.3 Wassergesetz-Novelle 2004	4
2.4 Hochwasserschutzgesetz 2005	4
2.4.1 Hintergrund.....	4
2.4.2 Neuerungen durch das Hochwasserschutzgesetz.....	5
2.4.3 Gesetzgebungskompetenz	7
3 Überschwemmungsgebiete	9
3.1 Begriff nach Wasserhaushaltsgesetz.....	9
3.1.1 Gebiete zwischen oberirdischen Gewässern und Deichen oder Hochufern.....	9
3.1.2 Sonstige Gebiete	9
3.1.3 Bemessungsgrundlage	10
3.1.4 Übersicht über die Gebietsdefinitionen des Wasserhaushaltsgesetzes	11
3.2 Begriff nach Wassergesetz	11
3.2.1 Überschwemmungsgebiete kraft Gesetzes	11
3.2.2 Hochwassergefährdete Gebiete	12
3.2.3 Übersicht über die Gebietsdefinitionen des Wassergesetzes	12

4	Umsetzung des Wasserhaushaltsgesetzes in Landesrecht.....	14
4.1	Bundesrahmenrechtliche Vorgaben.....	14
4.1.1	Festsetzung von Überschwemmungsgebieten	14
4.1.2	Vorläufige Sicherung von Überschwemmungsgebieten ...	14
4.1.3	Feststellung überschwemmungsgefährdeter Gebiete.....	14
4.2	Landesrechtliche Umsetzung.....	15
4.2.1	Umsetzungspflicht	15
4.2.2	Faktische Umsetzung	16
4.2.2.1	Vergleich der tatbestandlichen Voraussetzungen	16
4.2.2.1.1	Bemessungsgrundlage	16
4.2.2.1.2	Schadenspotential	16
4.2.2.1.3	Öffentlichkeitsbeteiligung	17
4.2.2.2	Vergleich der Rechtsfolgen	18
4.2.2.3	Anwendbarkeit des § 31 b Abs. 4 WHG bei nach Landesrecht ausgewiesenen oder festgesetzten Überschwemmungsgebieten.....	19
5	Die wasserrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben in Überschwemmungsgebieten.....	23
5.1	Nach Wassergesetz.....	23
5.1.1	Genehmigungserfordernis	23
5.1.2	Voraussetzungen für die Genehmigungsfähigkeit	23
5.1.3	Praxisbeispiel: Sportanlage im durch Rechtsverordnung ausgewiesenen Überschwemmungsgebiet	25
5.2	Nach Wasserhaushaltsgesetz.....	28
5.2.1	Genehmigungserfordernis	28
5.2.2	Voraussetzungen für die Genehmigungsfähigkeit	29
6	Zuständigkeit für die Zulassung von Vorhaben in Überschwemmungsgebieten.....	31
6.1	Nach Wassergesetz.....	31
6.1.1	Zuständigkeit	31

6.1.1.1	Baurechtlich genehmigungspflichtige Vorhaben.....	31
6.1.1.2	Verfahrensfreie Vorhaben nach Landesbauordnung	31
6.1.1.3	Wasserrechtliche Genehmigungsfreiheit.....	31
6.1.2	Konzentrationswirkung	32
6.2	Nach Wasserhaushaltsgesetz.....	33
6.2.1	Offene Ausgestaltungsmöglichkeiten.....	33
6.2.1.1	Zuständigkeit.....	33
6.2.1.2	Verfahrenskonzentration oder Parallelverfahren ..	34
7	Überschwemmungsgebiete und Bauleitplanung	35
7.1	Nach Wassergesetz.....	35
7.1.1	Bauleitplanung in Überschwemmungsgebieten kraft Gesetzes	35
7.1.1.1	Voraussetzungen für die Zulassung	35
7.1.1.2	Rechtsfolgen	36
7.1.2	Bauleitplanung in Überschwemmungsgebieten kraft Rechtsverordnung	38
7.1.3	Praxisbeispiel: Vorhabensbezogener Bebauungsplan im durch Rechtsverordnung ausgewiesenen Überschwemmungsgebiet	40
7.2	Nach Wasserhaushaltsgesetz.....	42
7.2.1	Grundsätzliches Planungsverbot	42
7.2.2	Ausnahmsweise Zulassung	43
7.2.2.1	Voraussetzungen	43
7.2.2.2	Rechtsfolgen	44
7.2.3	Einzelne Probleme.....	45
7.2.3.1	Neuausweisung eines Baugebiets	45
7.2.3.2	Unmittelbares Angrenzen an ein bestehendes Baugebiet	47

7.3	Vorgaben für die Berücksichtigung des vorbeugenden Hochwasserschutzes in der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB	49
7.3.1	Belange des Hochwasserschutzes	49
7.3.2	Pflicht zur Erhaltung von Überschwemmungsgebieten.....	50
7.4	Nachrichtliche Übernahme und Vermerk von Gebieten in Bauleitplänen	52
7.4.1	Flächennutzungsplan (§ 5 Abs. 4 a BauGB).....	52
7.4.2	Bebauungsplan (§ 9 Abs. 6 a BauGB).....	53
8	Fazit.....	54
	Anhang.....	XI
	Erklärung.....	XVII

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Gebietsdefinitionen im WHG	11
Abbildung 2:	geschlossenes System mit Hochwasserschutzanlage	12
Abbildung 3:	offenes System ohne Hochwasserschutzanlage.....	13
Abbildung 4:	im Bereich und unterhalb von Hochwasserrückhaltebecken	13
Abbildung 5:	im Bereich von Hochwasserrückhaltebecken.....	13

Literaturverzeichnis

- Bartsch, Christian:** Vorbeugender Hochwasserschutz im Recht der Raumordnung und Landesplanung, Regensburger Beiträge zum Staats- und Verwaltungsrecht (Hrsg. Gerrit Manssen), Frankfurt am Main, 2007, zugl. Regensburg, Univ., Diss. 2006
- Berendes, Konrad:** Das Hochwasserschutzgesetz des Bundes, in: Zeitschrift für Wasserrecht (ZfW) 2005, (4), S. 197-214
- Blasberg, Daniela:** Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Hochwasserschutz?, in: NWVBI 2005, (6), S. 205-208
- Breuer, Rüdiger:** Die neuen wasserrechtlichen Instrumente des Hochwasserschutzgesetzes vom 3.5.2005, in: NuR 2006, (10), S. 614-623
- Buchmann, Claudia:** Die Konzentrationswirkung der Baugenehmigung – auch in Baden-Württemberg?, in: VBIBW 2007, (6), S. 201-206
- Bulling, Manfred/ Finkenbeiner, Otto/ Eckardt, Wolf-Dieter/ Kibele, Karlheinz:** Wassergesetz für Baden-Württemberg – Kommentar (Loseblatt), 3. Auflage, Stuttgart, Stand: Januar 2007
- Burgi, Martin/ Deichmüller, Sigrid:** Bauen in Überschwemmungsgebieten, in: DÖV 2003, (9), S. 358-366
- Czychowski, Manfred/ Reinhardt, Michael:** Wasserhaushaltsgesetz – Kommentar, 9. Auflage, München, 2007
- Czychowski, Manfred/Reinhardt, Michael:** Wasserhaushaltsgesetz – Kommentar, 8. Auflage, München, 2003
- Ernst, Werner/ Zinkahn, Willy/ Bielenberg, Walter/ Krautzberger, Michael:** Baugesetzbuch – Kommentar (Loseblatt), München, Stand: September 2007
- Faßbender, Kurt:** Aktuelle Fragen und Entwicklungen des Hochwasserschutzes, in: DVBl. 2007, (15), S. 926-935
- Gelzer, Konrad/ Bracher, Christian-Dietrich/ Reidt, Olaf:** Bauplanungsrecht, 7. Auflage, Köln, 2004

-
- Giseke, Paul/ Wiedemann, Werner/ Czychowski, Manfred:** Wasserhaushaltsgesetz – Kommentar, 6. Auflage, 1992
- Ginzky, Harald/ Rechenberg, Jörg:** Der Gewässerschutz in der Föderalismusreform, in: ZUR 2006, (7-8), S. 344-350
- Habel, Wolfgang:** Wassergesetz für Baden-Württemberg – Kommentar, Stuttgart, 1982
- Heemeyer, Carsten:** Auswirkungen des Hochwasserschutzgesetzes auf Raumordnungs- und Bauleitpläne, Beiträge zum Raumplanungsrecht, Bd. 232, Münster, 2007
- Heiland, Joachim:** Wassergesetz für Baden-Württemberg (WG) – Kommentar (Loseblatt), Stand: August 2007; zit. Heiland, WG
- Heiland, Joachim:** Die Wassergesetz-Novelle 2004 – Umsetzung der EU-Wasserrahmenrichtlinie und Modernisierung des Hochwasserschutzes, in: VBIBW. 2004, (8), S. 281-291
- Heiland, Joachim:** Auswirkungen der Wassergesetz-Novelle 2004 auf die Kommunen, in: BWGZ 2004, (14), S. 464-472
- Hünnekens, Georg/ Arnold, Martin M.:** Bauen in Überschwemmungsgebieten – Neuerungen durch das Hochwasserschutzgesetz, in: BauR 2006, (8), S. 1232-1242
- Jarass, Hans D./ Pieroth, Bodo:** Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 9. Auflage, München, 2007
- Jekel, Heide:** Das Gesetz zur Verbesserung des vorbeugenden Hochwasserschutzes, in: ZUR 2005, (9), S. 393-400
- Kloepfer, Michael:** Sinn und Gestalt des kommenden Umweltgesetzbuchs, in: UPR 2007, (5), S. 161-170
- Kotulla, Michael:** Wasserhaushaltsgesetz zwischen Hochwasserschutz, Strategischer Umweltprüfung und Föderalismusreform – Kommentar, Stuttgart, 2007; zit. Kotulla, WHG, 2007
- Kotulla, Michael:** Das Gesetz zur Verbesserung des vorbeugenden Hochwasserschutzes, in: NVwZ 2006, (2), S. 129-135

Kotulla, Michael: Wasserhaushaltsgesetz – Kommentar, Stuttgart, 2003;
zit. Kotulla, WHG, 2003

Länderarbeitsgemeinschaft Wasser (LAWA) (Hrsg.): Leitlinien für einen
zukunftsweisenden Hochwasserschutz, Stuttgart, 1995

Lottermoser, Susanne: Das neue Umweltgesetzbuch – Die Regelungs-
konzeption des Bundesumweltministeriums, in: UPR 2007, (11+12),
S. 401-406

Lorenz, Dieter/ Will, Annegret: Straßengesetz Baden-Württemberg –
Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden, 2005

Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage, München,
2006

**Ministerium für Umwelt und Verkehr, Innenministerium, Wirtschafts-
ministerium Baden-Württemberg (Hrsg.):** Hochwassergefahr und
Strategien zur Schadensminderung in Baden-Württemberg – Eine Leitli-
nie, Stuttgart, 2003

Mitschang, Stephan: Die Auswirkungen des neuen Hochwasserschutz-
gesetzes auf die Regional- und Bauleitplanung, in: LKV 2006, (10),
S. 433-442

Munk, Hans-Hartmann: Das Gesetz zur Verbesserung des vorbeugen-
den Hochwasserschutzes Teil 1, in: Wasser und Abfall (WuA) 2005, (5),
S. 20-23

Munk, Hans-Hartmann: Das Gesetz zur Verbesserung des vorbeugen-
den Hochwasserschutzes Teil 2, in: Wasser und Abfall (WuA) 2005, (6),
S. 36-39

Nagel, Walter H.: Straßengesetz für Baden-Württemberg, 3. Auflage,
Stuttgart u. a., 1997

Paul, Matthias/ Pfeil, Julia: Hochwasserschutz in der Bauleitplanung (un-
ter besonderer Berücksichtigung des Hochwasserschutzgesetzes 2005),
in: NVwZ 2006, (5), S. 505-512

Reinhardt, Michael: Hochwasserschutz zwischen Enteignungs-
entschädigung und Amtshaftung, in: NuR 2004, (7), S. 420-429

Sieder, Frank/ Zeitler, Herbert/ Dahme, Heinz/ Knopp, Günther-Michael (Hrsg.): Wasserhaushaltsgesetz und Abwasserabgabengesetz – Kommentar (Loseblatt), Band 2, München, Stand: September 2007

Steenhoff, Holger: Rechtliche Instrumente des Hochwasserschutzes, in: UPR 2003, (2), S. 50-56

Stüer, Bernhard: Hochwasserschutz in der Bauleitplanung und bei der planungsrechtlichen Zulässigkeit von Vorhaben, in: ZfBR 2007, S. 17-22

Stüer, Bernhard: Der Bebauungsplan, 3. Auflage, München, 2006

Stüer, Bernhard: Hochwasserschutz im Spannungsverhältnis zum übrigen Fachplanungsrecht, Raumordnungsrecht und zur Bauleitplanung, in: NuR 2004, (7), S. 415-420

Umweltministerium, Innenministerium, Wirtschaftsministerium Baden-Württemberg (Hrsg.): Leitfaden Hochwassergefahrenkarten in Baden-Württemberg, Stuttgart, 2005

Württemberg, Thomas D.: Bauvorhaben in Überschwemmungsgebieten – Zur fehlenden Umsetzung der Vorgaben des Hochwasserschutzgesetzes durch den Landesgesetzgeber, in: VBIBW 2008, (1), S. 15-19

Ziehm, Cornelia: Hochwasserschutz – Rechtsentwicklung und aktuelle Rechtsprechung, in: ZUR 2005, (4), S. 192-194

1 Hochwasserschutz im Spannungsverhältnis zum Bauplanungsrecht

Hochwasser sind natürliche Ereignisse, die in unregelmäßigen Zeitabständen und wechselnden Höhen auftreten. Lang anhaltende Niederschläge, häufig in Verbindung mit einer starken Schneeschmelze, lassen die Abflussmenge in den Gewässern so groß werden, dass diese ausufern. Die Tatsache, dass Hochwasser ein unabwendbares Naturereignis ist, führt unweigerlich zu der Erkenntnis, dass man nach wie vor mit Hochwasserereignissen rechnen muss. Umso bedeutsamer ist deshalb die Hochwasservorsorge.

Im Hochwasserschutz geht es in erster Linie darum, den Schaden zu begrenzen, eine Zunahme des Schadenspotenzials in gefährdeten Bereichen zu vermeiden und ein angemessenes Gefahrenbewusstsein zu entwickeln. Moderner Hochwasserschutz zeichnet sich durch eine Kombination aus Hochwasservorsorge, Technischem Hochwasserschutz und der Stärkung des natürlichen Wasserrückhaltes in der Fläche (dezentraler Hochwasserschutz) aus. Ein zentraler Bestandteil des vorbeugenden Hochwasserschutzes ist die Ausweisung von Überschwemmungsgebieten (ÜSG) zum Erhalt von Rückhalteflächen. Funktion der ÜSG ist in erster Linie, so viel Wasser wie möglich so lange wie möglich in seiner natürlichen Rückhaltefläche zu halten.¹ Das führt zu einem verzögerten Hochwasserabfluss und verringert die Wasserstände.

Neben den natürlichen Einflussfaktoren von Hochwasser (Klima, Wetter, Topographie, Boden, Bewuchs) wirkt sich auch das menschliche Handeln auf die Entstehung von Hochwasser aus. Einen erheblichen Beitrag zur Verschärfung der Hochwassersituation leistet die Flächenversiegelung. Durch die Ansiedlung von Wohn- und Gewerbegebieten in Gewässernähe werden natürliche Auengebiete vernichtet, die im Falle einer Überschwemmung große Wassermengen aufnehmen könnten. Bei versiegelten Flächen ist ein Versickern nicht möglich. Hier gelangt das Wasser in

¹ vgl. LAWA, Leitlinien für einen zukunftsweisenden Hochwasserschutz, S. 8.

die Kanalisation und wird ins nächste Gewässer geleitet. Die Funktion des Bodens als Wasserspeicher geht durch die Versiegelung verloren. Das führt zu einem schnelleren und höheren Abfluss des Wassers. Natürliche Überschwemmungsgebiete müssen deshalb erhalten und gegebenenfalls, soweit wie möglich, wiederhergestellt werden. Um Hochwasserschäden zu vermeiden, müssen ÜSG von Nutzungen, die ein hohes Schadenspotential besitzen, freigehalten werden. Erst die Anhäufung von Werten in Gewässernähe schafft Schadenspotentiale. An dieser Stelle kollidieren die Zielsetzungen des Hochwasserschutzes mit den bauplanungsrechtlichen Zielen. Aus Gründen des Hochwasserschutzes steht die Erhaltung von ÜSG und ihren Funktionen im Vordergrund. Mit Erreichung dieser Zielsetzung geht die Freihaltung der Überschwemmungsflächen von Bebauung einher. Demgegenüber stehen die Planungshoheit der Kommunen sowie die in Art. 14 des Grundgesetzes begründete Baufreiheit jedes einzelnen Bürgers. Hochwasserschutzbelangen treten in ein Spannungsverhältnis zu anderen öffentlichen und privaten Belangen, wenn den Anliegen von Gemeinden nach Siedlungsentwicklung oder den Bauwünschen Privater Gründe des Hochwasserschutzes entgegenstehen.

In der folgenden Arbeit wird zunächst die Entwicklung der Rechtslage im Hochwasserschutz beleuchtet. Das im Jahre 2005 vom Bund erlassene Hochwasserschutzgesetz bringt einige Neuerungen für den Hochwasserschutz mit sich, jedoch auch zahlreiche Anwendungs- und Auslegungsprobleme. Vor diesem Hintergrund wird untersucht, wie sich das Zusammentreffen von ÜSG und den Wünschen nach Siedlungsentwicklung und Bebauung auswirkt. Auf Entschädigungsfragen wird in diesem Zusammenhang nicht eingegangen, jedoch an gegebener Stelle auf entsprechende Literatur verwiesen.

2 Die Entwicklung der Rechtslage im Hochwasserschutz

2.1 Rechtslage vor der 6. Wasserhaushaltsgesetz-Novelle

In seiner ursprünglichen Fassung von 1957, bestimmte § 32 Wasserhaushaltsgesetz (WHG), dass „soweit es die Regelung des Wasserabflusses erforderte“ die Gebiete, die bei Hochwasser überschwemmt würden, zu Überschwemmungsgebieten (ÜSG) zu erklären sind. Die Erklärung zum ÜSG war vor dem 6. Änderungsgesetz des WHG insoweit ein Instrument der Wassermengenbewirtschaftung². § 32 WHG war allein auf den schadlosen Abfluss des Hochwassers gerichtet.³ Er enthielt einen Regelungsauftrag an die Länder, für die betreffenden Gebiete zur Sicherung des schadlosen Hochwasserabflusses die entsprechenden Vorschriften zu erlassen.

2.2 Rechtslage nach der 6. Wasserhaushaltsgesetz-Novelle

Mit der 6. WHG-Novelle vom 11.11.1996⁴ erfolgte die völlige Neufassung des § 32 WHG. Mit dieser Gesetzesänderung reagierte der Bundesgesetzgeber auf die Hochwasserkatastrophen in Deutschland von 1993/1994 und 1995. Die Länder waren ab Inkrafttreten des 6. Änderungsgesetzes bundesrahmenrechtlich verpflichtet, ÜSG festzusetzen und die dem Schutz vor Hochwassergefahren dienenden Vorschriften zu erlassen, „soweit es gem. § 32 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 4 WHG a. F. **erforderlich**“ war.⁵

² Giseke/Wiedemann/Czychowski, WHG, § 32 Rn. 1.

³ Ziehm, ZUR 2005, 192.

⁴ BGBl. I. 1690 ff; Die 7. WHG-Novelle vom 18.6.2002 (BGBl. I. 1914 ff) diente im Wesentlichen der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben (Wasserrahmenrichtlinie) und lässt das Instrumentarium der ÜSG unberührt. Zur Wasserrahmenrichtlinie vgl. Steenhoff, UPR 2003, 50, (53).

⁵ Vgl. § 32 Abs. 1 Satz 2 WHG; Beide Verpflichtungen (ÜSG-Festsetzung und Erlass von Vorschriften) bestehen nur, soweit es zum Erhalt oder zur Verbesserung der ökologischen Strukturen der Gewässer und ihrer Überflutungsflächen, zur Verhinderung erosi-

ÜSG sind in ihrer Funktion als natürliche Rückhalteflächen zu erhalten. Soweit dem Erhalt überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit entgegenstehen, sind rechtzeitig die notwendigen Ausgleichsmaßnahmen zu treffen (§ 32 Abs. 2 Satz 1 WHG). Frühere ÜSG, die als Rückhalteflächen geeignet sind, sollen gem. § 32 Abs. 2 Satz 2 WHG soweit wie möglich wieder hergestellt werden, wenn überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit nicht entgegenstehen.

2.3 Wassergesetz-Novelle 2004

In Baden-Württemberg wurden ÜSG bis Ende 2003 gem. § 110 Wassergesetz Baden-Württemberg (WG) durch Rechtsverordnung (RVO) förmlich festgesetzt. Durch das „Gesetz zur Änderung wasserrechtlicher Vorschriften“ vom 22.12.2003⁶, das am 13.01.2004 in Kraft trat, erfolgte die gesetzliche Ausweisung aller noch nicht festgesetzter ÜSG in Baden-Württemberg. In § 77 Abs. 1 WG ist bestimmt, dass im Außenbereich die in Nr. 1 bis 3 WG aufgeführten Gebiete, als ÜSG gelten (gesetzliche Fiktion)⁷. Diese Gebiete sind gesetzlich geschützt, eine ÜSG-Verordnung ist nicht mehr erforderlich.⁸ Eine Regelung zu so genannten hochwassergefährdeten Gebieten im Innenbereich trifft § 80 WG.

2.4 Hochwasserschutzgesetz 2005

2.4.1 Hintergrund

Unter dem Eindruck des so genannten "Jahrhundert-Hochwassers" an der Elbe und in deren Einzugsgebieten sowie an der Donau im August 2002 legte die Bundesregierung am 15. September 2002 das Fünf-Punkte-

onsfördernder Eingriffe, zum Erhalt oder zur Rückgewinnung natürlicher Rückhalteflächen oder zur Regelung des Hochwasserabflusses erforderlich ist. Vgl. Kotulla, WHG, 2003, § 32, Rn. 7.

⁶ GBl. 2004, S. 1.

⁷ Vgl. Vorgehensweise bei der Ausweisung besonders geschützter Biotope, § 32 Landesnaturschutzgesetz (NatSchG).

⁸ LT-Drs. 13/2619, S.56; Die förmliche Festsetzung ist aber weiterhin möglich, um weitergehende oder speziellere Regelungen treffen zu können, vgl. § 79 WG.

Programm „Arbeitsschritte zur Verbesserung des vorbeugenden Hochwasserschutzes“⁹ vor. Als wichtigste Maßnahme zur Umsetzung des Programms gilt das „Gesetz zur Verbesserung des vorbeugenden Hochwasserschutzes“¹⁰ – kurz Hochwasserschutzgesetz (HWSG). Zentraler Schwerpunkt des Gesetzes ist, „der Abbau bestehender Regelungs- und Vollzugsdefizite beim Hochwasserschutz“¹¹. Es soll nun bundesweit ein „einheitlicher(er) Hochwasserschutz“¹² erreicht werden.

Seine endgültige Form hat das HWSG erst im Vermittlungsausschuss von Bundestag und Bundesrat erhalten.¹³ Am 10.05.2005 trat es schließlich nach einem langwierigen Gesetzgebungsverfahren¹⁴ in Kraft. Die lange Verfahrensdauer ist mitunter auch auf den Widerstand der Länder¹⁵ zurückzuführen. Die Länder Baden-Württemberg, Bayern und Sachsen-Anhalt halten das HWSG für „verfassungsrechtlich bedenklich“.¹⁶

2.4.2 Neuerungen durch das Hochwasserschutzgesetz

Ausgehend von der Grundannahme, dass der Hochwasserschutz eine Querschnittsaufgabe ist¹⁷, wurde das HWSG in Form eines Artikelgesetzes¹⁸ erlassen. Es beinhaltet die Änderung von insgesamt sieben Gesetzen. Betroffen sind insbesondere das WHG, das Baugesetzbuch (BauGB),

⁹ Vgl. zum Fünf-Punkte-Programm die kurze Übersicht bei Bartsch, Vorbeugender Hochwasserschutz im Recht der Raumordnung und Landesplanung, S. 30; ausführlicher Knopp, in: S/Z/D/K, WHG, § 31 a Rn. 3.

¹⁰ BGBl. I, 1224 ff.

¹¹ BT-Drs. 15/3168, S. 8.

¹² Ziehm, ZUR 2005, 192; Bislang ist der Hochwasserschutz in den 16 Landeswassergesetzen unterschiedlich geregelt. Vgl. auch Breuer, NuR 2006, 614, (616): „Das differierende Landesrecht hat jedoch den Hochwasserschutz schon in der Vergangenheit erschwert.“

¹³ Hünnekens/Arnold, BauR 2006, 1232, (1233).

¹⁴ Ausführlich zum Gesetzgebungsverfahren: Jekel, ZUR 2005, (393ff.); Berendes, ZfW 2005, 197, (199f); Breuer, NuR 2006, (614ff).

¹⁵ Vgl. Faßbender, DVBl. 2007, 926, (927).

¹⁶ Knopp, in: S/Z/D/K, WHG, § 31 a Rn. 40f; dazu Berendes, ZfW 2005, 197, (202); Ausführlich zum Problem der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das HWSG vgl. Blasberg, NWVBl. 2005, 205ff; Paul/Pfeil, NVwZ 2006, 505; Berendes, ZfW 2005, 197, (202); Reinhardt, NuR 2004, 420, (428).

¹⁷ Kotulla, NVwZ 2006, 129; Faßbender, DVBl. 2007, 926.

¹⁸ Ein Artikelgesetz, auch Mantelgesetz genannt, ist eine gesetzliche Regelung, die unter einer Querschnittsüberschrift (hier: Hochwasserschutz) durch einzelne Artikel mehrere Stammgesetze ändert.

das Raumordnungsgesetz (ROG) sowie das Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG). Die Bundesregierung beabsichtigte mit dem HWSG, den Hochwasserschutzgedanken in den einschlägigen Rechtsvorschriften des Bundes in geeigneter Weise entweder erstmals zu verankern oder auszubauen, um dadurch den vorbeugenden Hochwasserschutz zu verbessern.¹⁹

Die bedeutendste Änderung ist die Novellierung des WHG²⁰. Dadurch soll für den Hochwasserschutz ein verbindlicher, bundesweit einheitlicher Rahmen gesetzt werden.²¹ Der bisherige Abschnitt zum Hochwasserschutz, der lediglich aus § 32 WHG a. F. bestand, wurde durch die §§ 31 a bis d und den neu gefassten § 32 WHG ersetzt.

Kernpunkt der Neuerungen im WHG ist die Verpflichtung der Länder zur flächendeckenden Festsetzung von ÜSG bis 2010 bzw. 2012.²² Einheitliche Bemessungsgrundlage für die festzusetzenden ÜSG ist ein hundertjähriges Hochwasser (HQ₁₀₀)²³. Damit wird bundesweit ein einheitliches Schutzniveau festgelegt.²⁴ Eine neue Kategorie „überschwemmungsgefährdete Gebiete“ wird eingeführt und unter Schutz gestellt. In ÜSG dürfen grundsätzlich keine neuen Baugebiete mehr ausgewiesen werden. Das Bauen in ÜSG wird im Interesse des Hochwasserschutzes stark eingeschränkt.

Im BauGB wurden lediglich flankierende Änderungen vorgenommen.²⁵ Die materiellen Auswirkungen für das Städtebaurecht ergeben sich aus den wasserrechtlichen Regelungen des WHG. Teilweise nehmen die Vorschriften zum Hochwasserschutz gegenüber dem Bauplanungsrecht einen Vorrang ein, zum Teil handelt es sich um Belange, die in der Abwägung zu

¹⁹ BT-Drs. 15/3168, S. 8.; Berendes, ZfW 2005, 197, (198).

²⁰ Berendes, ZfW 2005, 197, (204); Faßbender, DVBl. 2007, 926.

²¹ BT-Drs. 15/3168, S. 8.

²² Vgl. hierzu Abschnitt 4.1.1.

²³ HQ₁₀₀ ist ein Hochwasserabfluss, der statistisch gesehen einmal in 100 Jahren zu erwarten ist. Es handelt sich hierbei um einen statistischen Mittelwert, weshalb dieser Abfluss auch mehrfach innerhalb von hundert Jahren auftreten kann.

²⁴ BT-Drs. 15/3168, S. 13; Jekel, ZUR 2005, 393, (396), Berendes, ZfW 2005, 197, (205f); Munk, WuA 2005, 20, (21).

²⁵ Eine Übersicht über die Änderungen des BauGB findet sich bei Jekel, ZUR 2005, 293, (298); Berendes, ZfW 2005, 197, (212); Mitschang, LKV 2006, 433, (437-441).

berücksichtigen sind. Festzuhalten ist, dass das HWSG zu einer positiv zu beurteilenden Verzahnung von Wasserrecht und Baurecht geführt hat.²⁶

2.4.3 Gesetzgebungskompetenz

Die durch das HWSG vorgenommenen Änderungen im WHG stützen sich im Wesentlichen auf die inzwischen durch die Föderalismusreform abgeschaffte Rahmenkompetenz des Bundes für den Wasserhaushalt (Art. 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GG a. F.).²⁷ Gemäß der Übergangsvorschrift in Art 125 b Abs. 1 GG gelten diese Regelungen als Rahmenrecht fort²⁸, solange der Bund für den Wasserhaushalt keine Neuregelungen auf Grundlage der neuen konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG n. F.) vornimmt.²⁹ Sobald der Bund also von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat, endet die Fortgeltung.³⁰ Die Vollkompetenz des Bundes mit der daran geknüpften Abweichungskompetenz greift gem. Art. 125 b GG jedoch spätestens 2010. Ab dem 1. Januar 2010 können die Länder von ihrer Abweichungskompetenz Gebrauch machen, auch wenn der Bund seinerseits noch keine neuen Regelungen im Wasserrecht getroffen hat.³¹ Die Übergangsvorschrift des Art. 125 b GG spielt für den beabsichtigten Erlass eines Umweltgesetzbuches (UGB) eine wichtige Rolle. Durch die Übergangsfrist wurde ein Zeitfenster geöffnet, bis zu dessen Schließung der Bund ungestört von abweichendem Landesrecht erstmals bundesrechtliche Vollregelungen auf dem Gebiet des Wasserrechts treffen kann.³²

Die Fortgeltung des WHG als Rahmengesetz bedeutet auch, dass die Länder zur Umsetzung der Regelungen nach Art. 75 Abs. 3 GG a. F. ver-

²⁶ Hünnekens/Arnold, BauR 2006, 1232, (1242); Breuer, NuR 2006, 614, (617).

²⁷ Mitschang, LKV 2006, 433, (434); Kotulla, NVwZ 2006, 129, (130); Breuer, NuR 2006, 614, (616).

²⁸ Übereinstimmend: Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 125 b Rn. 3. Kotulla, WHG, 2007, Einführung, Rn. 9; Ginzky/Rechenberg, ZUR 2006, 344, (346).

²⁹ So auch ausdrücklich Breuer, NuR 2006, 614, (617).

³⁰ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 125 b Rn. 3.

³¹ Für die Länder besteht eine Verpflichtung zur Stillhaltung bis zum 31.12.2009, solange der Bund keine neuen Regelungen erlässt. Für das Verfahrensrecht ist die Frist verkürzt bis zum 31.12.2008. Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 125 b Rn. 5.

³² Zum UGB vgl. Lottemoser, UPR 2007, 401ff; Kloepfer, UPR 2007, 161ff.

pflichtet sind.³³ Innerhalb des bundesrechtlich vorgegebenen Rahmens bleiben sie regelungsbefugt.

§ 31 b Abs. 4 WHG dagegen bedarf keiner landesrechtlichen Umsetzung, sondern ist unmittelbar anwendbar.³⁴ Das ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut, der keinen Regelungsauftrag oder Umsetzungsvorbehalt enthält, sowie aus der Gesetzesbegründung³⁵ und aus dem Regelungsgegenstand der Vorschrift. § 31 b Abs. 4 WHG enthält baurechtliche Regelungen, die auf der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das „Bodenrecht“, Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG beruhen.³⁶

³³ „Bestehende Regelungsaufträge aus den rahmenrechtlichen Bestimmungen sind nach Art. 125 b Abs. 1 Satz 2 GG neu von den Ländern auszuführen.“ Ginzky/Rechenberg, ZUR 2006, 344. Ebenso Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art.125 b Rn. 3. § 42 WHG konkretisiert die Anpassungspflicht des Landesrechts.

³⁴ § 31 Abs. 4 WHG ist mit In-Kraft-Treten des HWSG verbindlich geworden und gilt direkt ohne landesrechtliche Umsetzung. Hünnekens/Arnold BauR, 2006, 1232, (1235); Mitschang, LKV, 2006, 433, (434); Jekel, ZUR 2005, 393, (397), Paul/Pfeil, NVwZ 2006, 505, (506).

³⁵ BT-Drs. 15/3168, S. 14.

³⁶ Der Bundesgesetzgeber ist nicht darauf beschränkt städtebauliche Regelungen ausschließlich im BauGB zu treffen. Solange er sich auf eine ihm durch das Grundgesetz eingeräumte Gesetzgebungskompetenz berufen kann, steht es ihm frei, in welches Gesetz er die entsprechenden Regelungen einfügt. Vgl. Stüer, Der Bebauungsplan, Rn. 683; Ziehm, ZUR 2005, 192f.

3 Überschwemmungsgebiete

3.1 Begriff nach Wasserhaushaltsgesetz

§ 31 b Abs. 1 WHG definiert den Begriff des Überschwemmungsgebiets. ÜSG sind demnach Gebiete zwischen oberirdischen Gewässern und Deichen oder Hochufern und sonstige Gebiete, die bei Hochwasser überschwemmt oder durchflossen oder die für Hochwasserentlastung oder Rückhaltung beansprucht werden. Diese Definition entspricht wortgleich der Vorgängernorm § 32 Abs. 1 WHG a. F. und gilt als bundesrahmenrechtliche Legaldefinition unmittelbar in den Ländern³⁷.

3.1.1 Gebiete zwischen oberirdischen Gewässern und Deichen oder Hochufern

Das ÜSG beginnt gewässerseitig an der Böschungsoberkante des Ufers³⁸ und wird landeinwärts durch Deiche oder Hochufer begrenzt. Hochufer sind Flächen am Gewässer, die so hoch liegen, dass sie auch bei Hochwasser nicht überschwemmt werden.³⁹ Gebiete, deren Überflutung durch Hochwasserschutzeinrichtungen verhindert wird, gehören nach wie vor nicht zu den ÜSG.⁴⁰ Sie werden aber vom Begriff der überschwemmungsgefährdeten Gebiete gem. § 31 c Abs. 1 Satz 1 Alternative 2 WHG erfasst.

3.1.2 Sonstige Gebiete

Die sonstigen Gebiete umfassen Landflächen, die bei Hochwasser überschwemmt oder durchflossen werden oder die für die Hochwasserentlastung oder -rückhaltung beansprucht werden. Gebiete, die bei Hochwasser durchflossen werden, sind die Gebiete, die im Stromstrich des Hochwassers liegen, die so genannten Hochwasserabflussgebiete. Diese Gebiete

³⁷ Vgl. zu § 32 a. F. Burgi/Deichmüller, DÖV 2003, 358, (360); Kotulla, WHG, 2007, § 31 b Abs. 1 Rn. 4-5.

³⁸ Kotulla, WHG, 2007, § 31 b Rn. 10.

³⁹ Kotulla, WHG, 2003, § 32 Rn. 5.

⁴⁰ Berendes, ZfW 2005, 197, (205), Stüer, ZfBR 2007, 17, (18).

nehmen zwar auch Wasser auf, jedoch nur um es weiterzuleiten.⁴¹ Gebiete, die bei Hochwasser überschwemmt werden, sind neben den Hochwasserabflussgebieten auch die Flächen, die vom Hochwasser nur überstaut werden⁴² In diesen so genannten Retentionsgebieten⁴³ fließt das Wasser nur langsam ab oder steht.

3.1.3 Bemessungsgrundlage

Die Legaldefinition des § 31 b Abs. 1 WHG nimmt nicht Bezug auf eine statistische Häufigkeit von Überschwemmungen. Das Vorliegen eines ÜSG nach § 31 b Abs. 1 WHG ist deshalb nicht von einem bestimmten Bemessungshochwasser abhängig.⁴⁴ So ist eine Auslegung nach dem Normzweck geboten. Zweck des § 31 b WHG ist es, den schadlosen Abfluss des Hochwassers zu sichern. Die Anforderungen an einen schadlosen Hochwasserabfluss können jedoch aufgrund verschiedener Einflussfaktoren, wie beispielsweise Topographie, Hydrologie sowie natürliche oder künstliche Abflusshindernisse (Siedlungen, Straßen, Brücken, Schleusen, Wehre), von Fall zu Fall unterschiedlich sein.⁴⁵ Daraus lässt sich ableiten, dass das Gesetz mit dem Begriff der „sonstigen Gebiete, die bei Hochwasser überschwemmt oder durchflossenen werden“⁴⁶ eine Mindestvoraussetzung festlegen wollte. Das Gebiet muss bei irgendeinem Hochwasser überschwemmt sein.⁴⁷ In der Regel ist mindestens ein hundertjähriges Hochwasser zu Grunde zulegen.⁴⁸

⁴¹ Kotulla, WHG, 2007, § 31 b Rn. 8.

⁴² Paul/Pfeil, NVwZ 2006, 505, (506).

⁴³ Knopp, in: S/Z/D/K, WHG, § 31 b Rn. 13.

⁴⁴ Berndes, ZfW 2005, 197, (205); Hünnekens/Arnold, BauR 2006, 1232, (1234); Paul/Pfeil, NVwZ 2006, 505, (506).

⁴⁵ Knopp, in: S/Z/D/K § 31 b Rn.14-15.

⁴⁶ § 31 b Abs. 1 WHG.

⁴⁷ Knopp, in: S/Z/D/K, WHG, § 31 b Rn. 15.

⁴⁸ Vgl. BayVGh, Urteil vom 19.02.1992, ZfW 1992, 499: Ausgangspunkt für die Beurteilung, ob ein Grundstück hochwasserfrei ist, ist das hundertjährige Hochwasser.; Kotulla, WHG, 2007, § 31 b Rn. 9.; Abweichend Paul/Pfeil, NVwZ 2006, 505, (506), deren Ansicht nach für die Abgrenzung der ÜSG vom höchsten bekannten Hochwasser auszugehen ist.

3.1.4 Übersicht über die Gebietsdefinitionen des Wasserhaltungsgesetzes

Im WHG wird unterschieden zwischen ÜSG im Sinne des § 31 b Abs. 1 WHG (faktische ÜSG), den gem. § 31 b Abs. 2 WHG festzusetzenden ÜSG und den überschwemmungsgefährdeten Gebieten (§ 31 c WHG).

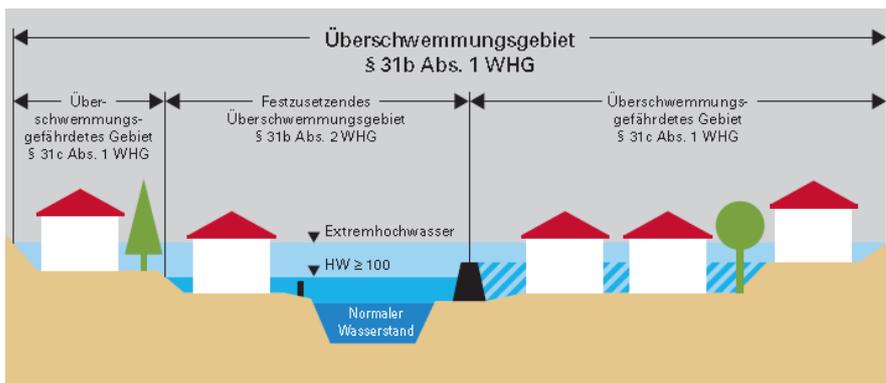


Abbildung 1: Gebietsdefinitionen im WHG

Quelle: Umwelt-, Innen- und Wirtschaftsministerium, Leitfaden HWGK, S. 8.

3.2 Begriff nach Wassergesetz

3.2.1 Überschwemmungsgebiete kraft Gesetzes

§ 77 Abs. 1 WG bestimmt, dass im Außenbereich Gebiete, zwischen oberirdischen Gewässern und Deichen oder Hochufern, Gebiete, die bei einem hundertjährigen Hochwasserereignis (HQ_{100}) überschwemmt oder durchflossen werden, sowie Gebiete, die auf der Grundlage einer Planfeststellung oder Plangenehmigung für die Hochwasserentlastung oder Rückhaltung beansprucht werden, als ÜSG gelten, ohne dass es einer weiteren Festsetzung bedarf (gesetzliche Fiktion).⁴⁹ Überschwemmungskernbereich sind diejenigen Teile von ÜSG, die bei einem zehnjährlichen Hochwasserereignis (HQ_{10})⁵⁰ überschwemmt oder durchflossen werden (§ 77 Abs. 2 WG).

⁴⁹ Vgl. § 77 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 WG; LT-Drs. 13/2619, S. 55ff.

⁵⁰ HQ_{10} ist ein Hochwasserabfluss, der statistisch gesehen einmal in 10 Jahren zu erwarten ist. Da es sich hierbei um einen statistischen Mittelwert handelt, kann dieser Abfluss auch mehrfach innerhalb von zehn Jahren auftreten.

3.2.2 Hochwassergefährdete Gebiete

Nach § 80 Abs. 1 WG sind hochwassergefährdete Gebiete im Innenbereich, die Flächen, die bei einem hundertjährigen Hochwasserereignis überschwemmt oder durchflossen werden und für die keine oder geringere als gegen hundertjährige Hochwasserereignisse erforderliche Schutzmaßnahmen bestehen. Hochwassergefährdete Gebiete sind auch Flächen, die bei einem größeren als einem hundertjährigen Hochwasserereignis bei Versagen oder Überströmen der vorhandenen Schutzanlagen überflutet werden. In diesem Fall jedoch nur bis zur Grenze des Gebiets, das bei einem hundertjährigen Hochwasserereignis überschwemmt oder durchflossen würde. Zusammengefasst sind hochwassergefährdete Gebiete im Innenbereich all die Gebiete, die ungeachtet vorhandener Schutzmaßnahmen bei einem hundertjährigen Hochwasser überschwemmt oder durchflossen werden.

3.2.3 Übersicht über die Gebietsdefinitionen des Wasser- gesetzes

Das Landesrecht unterscheidet ÜSG kraft Gesetzes im Außenbereich (§ 77 Abs. 1 WG) mit Überschwemmungskernbereichen (§ 77 Abs. 2 WG) und hochwassergefährdete Gebiete im Innenbereich (§ 80 WG).

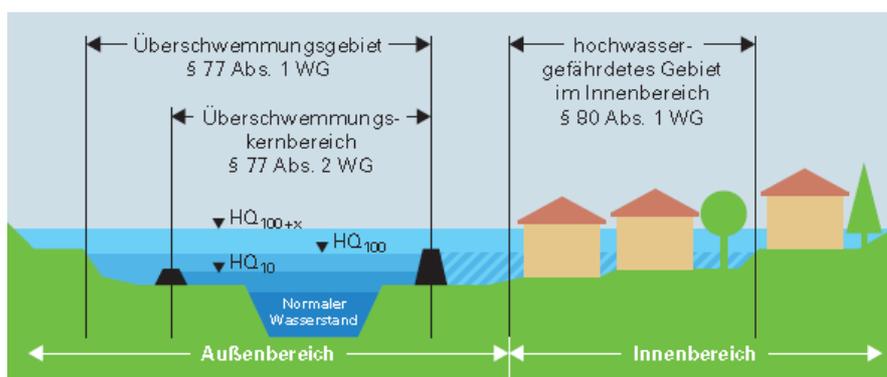


Abbildung 2: geschlossenes System mit Hochwasserschutzanlage⁵¹

Quelle: Umwelt-, Innen- und Wirtschaftsministerium, Leitfaden HWGK, S. 8.

⁵¹ Geschlossene Systeme sind Flächen hinter festen Schutzanlagen (z. B. Deiche), Vgl. Ministerium für Umwelt und Verkehr u. a., Leitlinie, S. 4f.

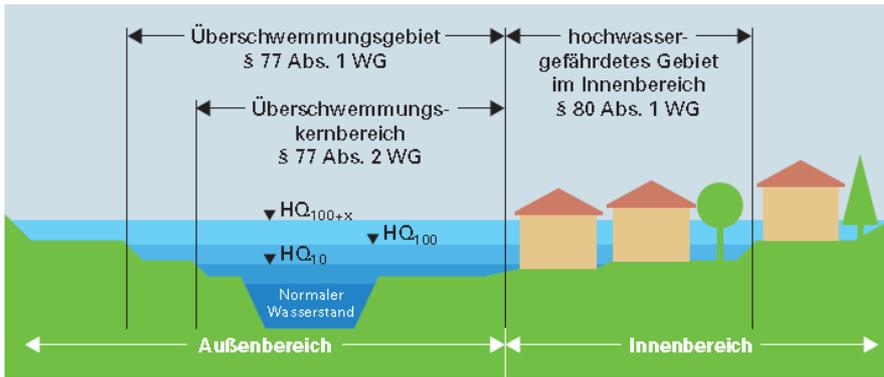


Abbildung 3: offenes System ohne Hochwasserschutzanlage⁵²

Quelle: Umwelt-, Innen- und Wirtschaftsministerium, Leitfaden HWGK, S. 8.

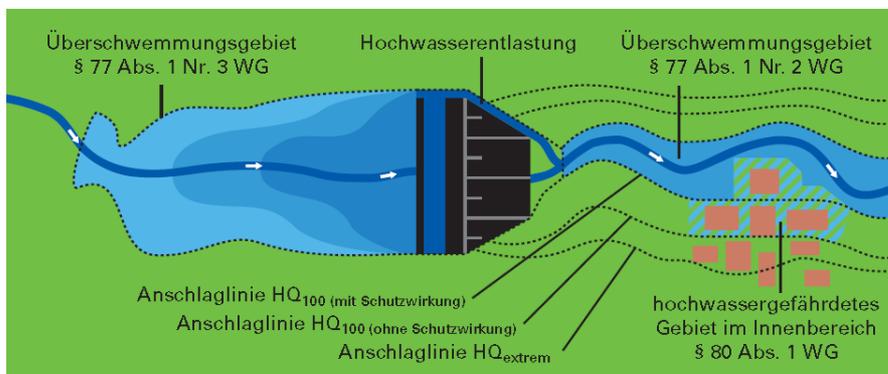


Abbildung 4: im Bereich und unterhalb von Hochwasserrückhaltebecken

Quelle: Umwelt-, Innen- und Wirtschaftsministerium, Leitfaden HWGK, S. 8.

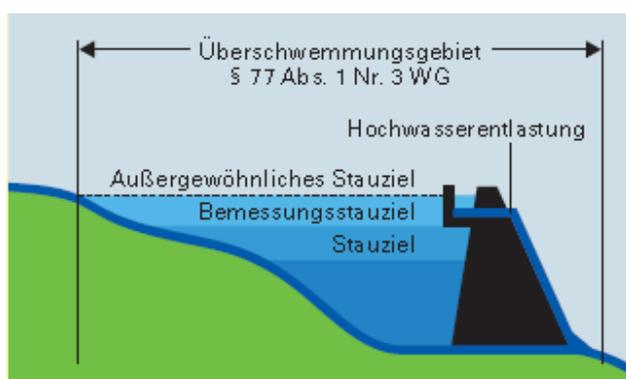


Abbildung 5: im Bereich von Hochwasserrückhaltebecken

Quelle: Umwelt-, Innen- und Wirtschaftsministerium, Leitfaden HWGK, S. 8.

⁵² Offene Systeme sind frei überschwemmbar. Vgl. Ministerium für Umwelt und Verkehr u. a., Leitlinie, S. 4f.

4 Umsetzung des Wasserhaushaltsgesetzes in Landesrecht

4.1 Bundesrahmenrechtliche Vorgaben

4.1.1 Festsetzung von Überschwemmungsgebieten

Die Länder werden durch § 31 b Abs. 2 Satz 3 und 4 WHG verpflichtet, bis zum 10.05.2012 mindestens die Gebiete festzusetzen, in denen durch ein Hochwasser nicht nur geringfügige Schäden entstanden oder zu erwarten sind und ein Hochwasserereignis statistisch einmal in hundert Jahren eintritt (hundertjähriges Hochwasserereignis, HQ₁₀₀). Die Frist zur Festsetzung wird verkürzt (bis zum 10.05.2010) für Gebiete, in denen ein hohes Schadenspotential besteht, insbesondere Siedlungsgebiete.

4.1.2 Vorläufige Sicherung von Überschwemmungsgebieten

§ 31 b Abs. 5 WHG trifft Regelungen für ÜSG, die nach § 31 b Abs. 2 Satz 3 und 4 WHG festzusetzen sind, bisher aber noch nicht als solche festgesetzt wurden.⁵³ Diese Gebiete sind bereits vor ihrer förmlichen Festsetzung schutzbedürftig und sollen deshalb von den Ländern ermittelt, in Karten dargestellt und vorläufig gesichert werden. Eine solche Sicherung hat die entsprechende Geltung des § 31 b Abs. 2 bis 4 WHG zur Folge.⁵⁴

4.1.3 Feststellung überschwemmungsgefährdeter Gebiete

§ 31 c Abs. 1 WHG enthält eine gesetzliche Definition des neuen Begriffs und unterscheidet zwei Gruppen. Demnach sind überschwemmungsgefährdete Gebiete zum einen solche Gebiete, die ÜSG im Sinne des § 31 b Abs. 1 WHG sind, aber keiner Festsetzung nach § 31 b Abs. 2 Satz 1 WHG bedürfen, da sie statistisch weniger als einmal

⁵³ Paul/Pfeil, NVwZ 2006, 505, (506) spricht hier von „vorläufigen“ ÜSG; dagegen Kotulla, NVwZ 2006, 129, (132) von „faktischen“ ÜSG.

⁵⁴ Mit dieser Regelung soll den zu erwartenden Fristüberschreitungen vorgebeugt werden. Vgl. Berendes, ZfW 2005, 197, (208 mit Fn. 40).

in 100 Jahren unter Wasser stehen. Zum anderen es Flächen, die bei Versagen öffentlicher Hochwasserschutzanlagen überschwemmt werden können. Die Länder werden zur Feststellung dieser Gebiete sowie zur Ergreifung geeigneter Schutzmaßnahmen verpflichtet. Eine förmliche Festsetzung ist ausdrücklich nicht erforderlich.⁵⁵

4.2 Landesrechtliche Umsetzung

4.2.1 Umsetzungspflicht

Das WHG enthält sowohl ausfüllungsbedürftiges als auch unmittelbar geltendes Bundesrecht. Die Absätze 1, 4 und 6 des § 31 b WHG gelten unmittelbar. Bei § 31 b Abs. 2, 3 und 5 WHG handelt es sich um Rahmenregelungen, zu deren Umsetzung der Landesgesetzgeber gemäß § 42 WHG verpflichtet ist.⁵⁶ Die Umsetzungsfrist endete am 10.05.2007. Trotzdem haben nicht alle Länder dem neuen Rahmenrecht entsprechende Ausführungsgesetze erlassen.⁵⁷ Das WG Baden-Württemberg wurde bislang noch nicht angepasst. Die Landesregierung ist der Ansicht, dass das baden-württembergische WG, obwohl es vor dem WHG erlassen wurde, bereits den neuen vorgegebenen bundesgesetzlichen Rahmen ausfüllt.⁵⁸

Es stellt sich nun die Frage, ob die im WG normierten Gebiete (ÜSG kraft Gesetzes bzw. hochwassergefährdete Gebiete) tatsächlich bereits den vorgegebenen bundesrechtlichen Rahmen ausfüllen und ÜSG im Sinne des § 31 b Abs. 2 WHG darstellen.

⁵⁵ BT-Drs. 15/3168, S. 14; Mitschang, LKV 2006, 433, (434).

⁵⁶ Vgl. § 42 WHG.

⁵⁷ Das neue Bundesrecht umgesetzt haben z.B. Bayern, Hessen, Niedersachsen.

⁵⁸ Vgl. Heiland, WG, vor § 77ff, S. 3; Vgl. Leitfaden HWGK des Umwelt-, Innen- und Wirtschaftsministeriums, S. 9ff und 30ff; näher dazu: Würtenberger, VBIBW 2008, 15, (16 mit Fn. 17); Auf Anfrage der Verfasserin wurde seitens des Umweltministeriums die Auskunft erteilt, dass eine Anpassung des WG an die Rahmenvorgaben des WHG derzeit nicht beabsichtigt sei. Es werde die Entwicklung des UGB abgewartet, die man in einem halben Jahr einschätzen könne. (vgl. Anhang: Anlage 1).

4.2.2 Faktische Umsetzung

4.2.2.1 Vergleich der tatbestandlichen Voraussetzungen

4.2.2.1.1 Bemessungsgrundlage

Die Bemessungsgrundlage, die sowohl den ÜSG kraft Gesetz als auch den hochwassergefährdeten Gebieten zugrunde gelegt wird, ist ein hundertjährliches Hochwasser. Den Anforderungen des § 31 b Abs. 2 WHG wird somit entsprochen, da auch § 31 b Absatz 2 Satz 3 WHG die Festsetzung der ÜSG auf der Grundlage eines hundertjährigen Hochwasserereignisses vorsieht.

4.2.2.1.2 Schadenspotential

§ 31 b Abs. 2 WHG verlangt nicht, dass *alle* Gebiete, die bei einem hundertjährigen Hochwasser überschwemmt werden auch als ÜSG festgesetzt werden müssen. Die Festsetzungspflicht knüpft an das Vorhandensein eines Schadenspotentials an („nicht nur geringfügige Schäden entstanden oder zu erwarten“, „hohes Schadenspotential“).⁵⁹ Auch die Vorgängernorm § 32 WHG a. F. verlangte keine absolute Festsetzung, sondern verpflichtete nur dann zu einer ÜSG-Festsetzung, soweit es zur Erfüllung der in Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 4 genannten Ziele „erforderlich ist“ (Erforderlichkeitsmaßstab)⁶⁰.

Demgegenüber sieht § 77 WG jedoch uneingeschränkt vor, dass alle Gebiete im Außenbereich, die bei einem hundertjährigen Hochwasserereignis überschwemmt werden, als ÜSG kraft Gesetz gelten. Die Regelung des § 77 WG geht somit sowohl über die Vorgaben des § 32 WHG a. F.⁶¹ sowie über die des neuen § 31 b Abs. 2 WHG⁶² hinaus.

§ 80 WG stellt auf das Vorhandensein von Schutzmaßnahmen gegen ein hundertjährliches Hochwasser ab. § 31 b Abs. 2 WHG dagegen knüpft an

⁵⁹ Vgl. den Wortlaut des § 31 b Abs. 2 Satz 1 und Satz 4 WHG.

⁶⁰ So auch Paul/Pfeil, NVwZ 2006, 505, (507 mit Fn. 11): „Ermessensspielraum“; vgl. auch Jekel, ZUR 2005, 393, (395).

⁶¹ Vgl. § 32 WHG a. F.

⁶² Vgl. auch Würtenberger, VBIBW 2008, 15, (16 mit Fn. 20).

ein Schadenspotential an. Die Voraussetzungen der in § 80 WG geregelten hochwassergefährdeten Gebiete decken sich dennoch mit den rahmenrechtlichen Mindestanforderungen eines ÜSG nach § 31 b Abs. 2 WHG. Denn sofern Schutzmaßnahmen gegen ein hundertjährliches Hochwasser vorhanden sind, sind bei Eintritt eines solchen Hochwasserereignisses auch keine Schäden zu erwarten.⁶³

Allerdings sind die hochwassergefährdeten Gebiete begrifflich schon keine ÜSG („hochwassergefährdete Gebiete“ anstatt „Überschwemmungsgebiete“)⁶⁴. Die Festsetzung von hochwassergefährdeten Gebieten im Innenbereich erfolgte auch nicht zur Ausfüllung des in § 32 WHG a. F. vorgegebenen bundesrechtlichen Rahmens. Zur Ausweisung von hochwassergefährdeten Gebieten war der Landesgesetzgeber durch § 32 WHG a. F. nicht verpflichtet.⁶⁵

4.2.2.1.3 Öffentlichkeitsbeteiligung

Bei der Festsetzung von ÜSG verlangt § 31 b Abs. 2 Satz 5 WHG eine Beteiligung der Öffentlichkeit. Die Länder sollen durch Landesrecht regeln, wie die Öffentlichkeit bei der Festsetzung von ÜSG nach § 31 b Abs. 2 Satz 3 und 4 WHG zu informieren und beteiligen ist. Auch hierbei handelt es sich, wie schon bei der Gebietsfestsetzung, um einen Regelungsauftrag an die Länder.

Eine Öffentlichkeitsbeteiligung ist gem. § 77 WG bei der Feststellung von ÜSG kraft Gesetzes nicht vorgesehen.⁶⁶ Dasselbe gilt für die hochwassergefährdeten Gebiete nach § 80 WG. Sofern ÜSG gem. § 110 WG durch RVO ausgewiesen wurden, fand dagegen eine Beteiligung der Öffentlichkeit statt (§ 110 Abs. 3 und 4 WG).

⁶³ Würtenberger, VBIBW 2008, 15, (16).

⁶⁴ Würtenberger, VBIBW 2008, 15, (17 mit Fn. 22).

⁶⁵ Würtenberger, VBIBW 2008, 15, (16); Vgl. Begründung zu § 80 WG, LT-Drs. 13/2619, S. 60: „§ 80 trägt dem Umstand Rechnung, dass Hochwassergefahren auch im Innenbereich begegnet werden muss.“

⁶⁶ Die gem. § 77 Abs. 3 WG bei den Wasserbehörden und Gemeinden ausliegen Karten, können zwar von jedem Betroffenen eingesehen werden, eine förmliche Beteiligung ist bei der Kartenerstellung jedoch nicht vorgesehen. Vgl. Heiland, VBIBW, 2004, 281, (288).

4.2.2.2 Vergleich der Rechtsfolgen

Die bauplanungsrechtlichen Beschränkungen des § 31 b Abs. 4 WHG, sind weitreichender als die Einschränkungen der §§ 78, 78 a WG. Der Genehmigungsvorbehalt des § 31 b Abs. 4 Satz 3 WHG für die Errichtung und Erweiterung baulicher Anlagen in ÜSG erstreckt sich mit der Verweisung auf die §§ 30, 34 und 35 BauGB auf alle Bebauungsbereiche.⁶⁷ Demgegenüber gilt die Genehmigungspflicht nach § 78 WG nur für Außenbereichsvorhaben und nicht für Vorhaben im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) oder Geltungsbereich eines Bebauungsplans (§ 30 BauGB). Das ergibt sich daraus, dass sich in Baden-Württemberg ÜSG und Innenbereich gegenseitig ausschließen.⁶⁸ Die gesetzliche Fiktion des § 77 Abs. 1 WG erfasst lediglich Gebiete im planungsrechtlichen Außenbereich gem. § 35 BauGB⁶⁹ („Als Überschwemmungsgebiete gelten im Außenbereich...“). Hinzukommt, dass gemäß einer Übergangsvorschrift⁷⁰ die Rechtsfolgen nach § 77 Abs. 2 WG und 78 WG in ÜSG kraft Gesetzes nach § 77 Abs. 1 Nr. 2 WG, erst eintreten, wenn das ÜSG in einer nach § 77 Abs. 3 WG ausliegenden Karte dargestellt ist.⁷¹ Für Gebiete zwischen oberirdischen Gewässern und Deichen oder Hochufern (§ 77 Abs. 1 Nr. 1 WG), sowie für Gebiete, die aufgrund einer Planfeststellung oder Plangenehmigung für die Hochwasserentlastung oder Rückhaltung beansprucht werden (§ 77 Abs. 1 Nr. 3 WG), gilt die Übergangsvorschrift nicht.

⁶⁷ Breuer, NuR 2006, 614, (621); Kotulla, WHG, 2007, § 31 b Rn. 111; § 33 BauGB wurde nicht explizit aufgezählt. Ein Vorhaben im Anwendungsbereich des § 33 BauGB liegt zugleich entweder im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, im faktischen Bebauungsbereich oder im Außenbereich. Näheres hierzu: Breuer, NuR 2006, 614, (620f).

⁶⁸ Leitfaden HWGK des Umwelt-, Innen- und Wirtschaftsministeriums, S. 21.

⁶⁹ Vgl. LT-Drs. 13/2619, S. 56.

⁷⁰ Vgl. Übergangsvorschriften gemäß Artikel 2 des Gesetzes zur Änderung wasserrechtlicher Vorschriften vom 22.12.2003 (GBl. 2004 S.1).

⁷¹ Mit den ausliegenden Karten sind die Hochwassergefahrenkarten (HWGK) gemeint. Die Erstellung der HWGK dauert noch bis mind. 2010 an. Vgl. Leitfaden HWGK des Umwelt-, Innen- und Wirtschaftsministeriums, S.8,30. Bis dahin, begründen die ÜSG kraft Gesetzes gem. § 77 Abs. 1 Nr. 2 WG weder ein Genehmigungserfordernis nach § 78 WG noch das Umbruchverbot von Grünland in Überschwemmungskernbereichen. Vgl. Abs. 1 der Übergangsvorschriften gemäß Artikel 2 des Gesetzes zur Änderung wasserrechtlicher Vorschriften vom 22.12.2003 (GBl. 2004 S.1).

§ 80 WG wird als „gesetzgeberisches Gegenstück zur gesetzlichen Ausweisung der ÜSG im Außenbereich“⁷² bezeichnet. Im Innenbereich gibt es jedoch keine ÜSG kraft Gesetzes, sondern lediglich hochwassergefährdete Gebiete, die fachtechnisch abgegrenzt sind. Diese schränken die Bebaubarkeit der Grundstücke aber nicht ein⁷³ (keine präventive Zulassungskontrolle).

Gemäß § 78 a Abs. 1 Satz 2 WG treten mit der Genehmigung des Flächennutzungsplanes oder Bekanntmachung des Bebauungsplanes die Rechtswirkungen von § 77 Abs. 1 und 2 WG, sowie § 78 WG (Genehmigungserfordernis) außer Kraft. Demgegenüber sieht § 31 b Abs. 4 WHG keine vergleichbare Regelung vor. ÜSG und Bauleitplan bestehen nebeneinander, weshalb die Genehmigungspflicht für bauliche Anlagen in ÜSG nach § 31 b Abs. 4 Satz 3 WHG nach wie vor gilt. Im Ergebnis sind die Rechtsfolgen des § 31 b Abs. 4 WHG deutlich einschneidender, als die des § 78 WG bzw. § 78 a WG.

Zusammenfassend bleibt an dieser Stelle festzuhalten, dass es zwischen den landesrechtlichen und bundesrechtlichen Regelungen sowohl Übereinstimmungen als auch nicht unerhebliche Unterschiede gibt.⁷⁴

4.2.2.3 Anwendbarkeit des § 31 b Abs. 4 WHG bei nach Landesrecht ausgewiesenen oder festgesetzten Überschwemmungsgebieten

Ob § 31 b Abs. 4 WHG nur in ÜSG neuen Rechts oder auch in nach „altem Recht“ ausgewiesenen ÜSG gilt ist eine heikle und umstrittene Frage. In der Literatur gibt es hierzu unterschiedliche Auffassungen. Deutlich für eine unmittelbare Anwendung des § 31 b Abs. 4 WHG auf „alte ÜSG“ äußert sich Heide Jekel. Ihrer Meinung nach gelte § 31 b Abs. 4 WHG mit Inkrafttreten des HWSG direkt, bedarf daher keiner landesrechtlichen Um-

⁷² So Heiland, BWGZ 2004, 464, (470).

⁷³ Württenberger, VBIBW 2008, 15, (16, Fn. 21).

⁷⁴ Unzutreffend insoweit Heiland, WG, § 77, S. 2: „Das Wassergesetz Baden-Württemberg entspricht, obwohl es vor den Änderungen des Wasserhaushaltsgesetzes erlassen wurde, den Vorgaben des Rahmenrechts im WHG.“

setzung mehr und sei damit für die Bauleitplanung und die Zulassung von Bauvorhaben in allen ÜSG zu beachten. Auch in den ÜSG, die vor Inkrafttreten des Gesetzes festgesetzt wurden.⁷⁵

Teilweise wird angenommen, dass die Beschränkungen des § 31 b Abs. 4 WHG auf ÜSG nach altem Recht anwendbar sind, sofern diese ÜSG den Anforderungen, der nach neuem Recht festzusetzenden ÜSG entsprechen.⁷⁶

Anderer Meinung ist Rüdiger Breuer, der eine unmittelbare Anwendbarkeit nur dann bejaht, wenn alte ÜSG ausdrücklich als ÜSG im Sinne des Abs. 2 Sätze 3 und 4 neu festgesetzt⁷⁷ oder eine klar formulierte Überleitungsregel bestimmt, dass das neue Bundesrecht auf diese anwendbar sein soll.⁷⁸ Breuer fordert aus rechtsstaatlichen Gründen gesetzliche Überleitungsvorschriften, um zu vermeiden, dass jede Gebietsfestsetzung alten Rechts die erheblichen bauplanungsrechtlichen Einschränkungen des neuen Rechts nach sich zieht.⁷⁹ Gegen seinen Vorschlag spricht, dass der Bundesgesetzgeber weder die Möglichkeit einer „faktischen“ Umsetzung noch die Möglichkeit der Umsetzung durch eine Überleitungsregel vorgesehen.⁸⁰

Gegen eine Anwendung des neuen Rechts auf alte ÜSG spricht zum einen der Wortlaut des Gesetzes. § 31 b Abs. 4 WHG bezieht sich ausdrücklich auf ÜSG nach § 31 b Abs. 2 Satz 3 und 4 WHG („In Überschwemmungsgebieten nach Abs. 2 Satz 3 und 4...“), also auf ÜSG nach neuem Recht. Demzufolge sind nach altem Recht ausgewiesene ÜSG aus

⁷⁵ So Jekel, ZUR 2005, 393, (397).

⁷⁶ Czychowski/Reinhardt, WHG, 9. Aufl., § 31 b Rn. 18: „ÜSG, die auf der Grundlage des § 32 a. F. festgesetzt worden sind, bedürfen dann nicht der erneuten Festsetzung, wenn sie ÜSG i. S. d. Legaldefinition des § 31 b Abs. 1 WHG sind und der Festsetzungspflicht des § 31 b Abs. 2 Satz 3 und 4 unterliegen.“; ähnlich Berendes, ZfW 2005, 197, (206); Knopp, in: S/Z/D/K, WHG, § 31 b Rn. 29.

⁷⁷ Ebenso Hünnekens/Arnold, BauR 2006, 1232, (1236).

⁷⁸ Breuer, NuR 2006, 614, (621); vgl. auch Faßbender, DVBl. 2007, 926, (934).

⁷⁹ Breuer, NuR 2006, 614, (621); Anderer Ansicht: Czychowski/Reinhardt, WHG, 9. Aufl., § 31 b Rn. 18; ähnlich Berendes, ZfW 2005, 197, (206); Knopp, in: S/Z/D/K, WHG, § 31 b Rn. 29.

⁸⁰ Würtenberger, VBIBW 2008, 15, (17): Umgehung der Öffentlichkeitsbeteiligung; vgl. § 31 d WHG, der auf bereits bestehende Pläne eingeht. Nichts dergleichen findet sich in den entsprechenden Vorschriften hinsichtlich der ÜSG-Festsetzung; auch nicht in der Gesetzesbegründung.

dem Anwendungsbereich auszunehmen.⁸¹ Verstärkt wird dieses Argument, durch das Fehlen einer § 31 d Abs. 3 Satz 2 WHG entsprechenden Regelung. § 31 d Abs. 1 WHG verpflichtet die Länder zur Aufstellung von Hochwasserschutzplänen. Während § 31 d Abs. 3 Satz 2 WHG auf bereits bestehende Pläne zur Verbesserung des Hochwasserschutzes eingeht, die die Länder von der Aufstellungspflicht entbinden, sofern die bestehenden Pläne den Anforderungen des § 31 d Abs. 1 WHG entsprechen, enthält § 31 b WHG keine Regelung dieser Art. Für diese Auslegung der Norm spricht auch § 31 b Abs. 5 WHG. Diese Vorschrift ermöglicht eine vorläufige Sicherung alter ÜSG, die noch nicht nach § 31 b Abs. 2 Satz 3 und 4 WHG festgesetzt wurden.⁸² Sind die nach altem Recht festgesetzten ÜSG vorläufig gesichert, ist eine entsprechende Anwendung des § 31 b Abs. 4 WHG möglich.⁸³ Solange eine entsprechende vorläufige Sicherung aber noch nicht vorgenommen wurde, sind die neuen Regelungen – trotz der unmittelbaren Geltung des § 31 b Abs. 4 WHG – auf die alten ÜSG nicht anwendbar. Diese Auffassung wird durch das Urteil des BayVGH vom 30.07.2007 bestätigt, wonach ein ÜSG, das noch auf der Grundlage des § 32 Abs. 1 Satz 2 WHG a. F. festgesetzt wurde, nicht das Verbot der Ausweisung neuer Baugebiete durch Bauleitpläne begründet. Eine pauschale Gleichsetzung von nach altem und neuem Recht festgesetzten ÜSG ist nicht statthaft.⁸⁴ Für die Praxis bedeutet dies, dass § 31 b Abs. 4 WHG für Bauleitpläne in ÜSG nach altem Recht keine Anwendung findet.⁸⁵

Ohne den Erlass entsprechender Landesvorschriften werden aus den umsetzungsbedürftigen Regelungen keine Rechte und Pflichten begründet.⁸⁶

⁸¹ Hünnekens/Arnold, BauR 2006, 1232, (1236).

⁸² Hünnekens/Arnold, BauR 2006, 1232, (1237); Vgl. auch BT-Drs. 15/3168, S. 14: „Abs. 5 trifft Regelungen für den Fall, dass ein Überschwemmungsgebiet noch nicht nach Absatz 2 festgesetzt ist. Diese Gebiete sind auch schon vor der förmlichen Festsetzung schutzbedürftig. Die Länder sollen sie deshalb ermitteln, in Karten darstellen und vorläufig sichern, ...“.

⁸³ BT-Drs. 15/3168, S.14; BayVGH, Urteil vom 30.07.07, BauR 2008, 66, (67).

⁸⁴ BayVGH, Urteil vom 30.07.2007, BauR 2008, 66, (67). In diesem Sinne bereits Hünnekens/Arnold, BauR 2006, 1232, (1237).

⁸⁵ Mitschang, LKV 2006, 433 (438).

⁸⁶ Kotulla, WHG, 2007, § 31 b Rn. 4.

Die neuen Regelungen des § 31 b Abs. 4 WHG sind, mangels Umsetzung durch den Landesgesetzgeber was die Gebietsfestsetzungen betrifft, derzeit in Baden-Württemberg noch nicht anwendbar.⁸⁷ Daher bleibt es nach wie vor bei der Anwendung der §§ 77ff WG.⁸⁸

Auch wenn nun an dieser Stelle die unmittelbare Anwendung des § 31 b Abs. 4 WHG verneint wird, werden die dort normierten bauplanungsrechtlichen Einschränkungen im Folgenden dennoch, neben den Regelungen des WG, dargestellt.⁸⁹

⁸⁷ Zutreffend Würtenberger, VBIBW 2008, 15, (18).

⁸⁸ In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass die Regelungen der LWG teilweise verfassungswidrig seien. So z.B. das Bauplanungsverbot des § 78 a WG BW wegen mangelnder Gesetzgebungskompetenz, vgl. Paul/Pfeil, NVwZ 2006, 505 mit Fn.3, ebenso Kotulla, WHG, 2007, § 31 b Rn. 78. Würtenberger hält die bisherige landesrechtliche Umsetzung der bundesrechtlichen Vorgaben für verfassungswidrig. Die Gebietsfestsetzungen §§ 77 Abs. 1, 80 Abs. 1 WG seien nicht ausreichend bestimmt und verstoßen gegen den Bestimmtheitsgrundsatz. Andere Ansicht hinsichtlich der Bestimmtheit: Heiland, VBIBW, 2004, 281, (287); LT-Drs. 13/2619, S. 55f. Vgl. hierzu Maurer, Allg. Verwaltungsrecht, Rn. 52 ff allgemein zur Prüfungs- und Verwerfungskompetenz.

⁸⁹ Das **Umweltgesetzbuch (UGB)** regelt in seinem Zweiten Buch (II) die Wasserwirtschaft. Abschnitt 4 dieses Buches überführt die Vorschriften zum Hochwasserschutz in modifizierter Form in das UGB II und setzt die Vorgaben der Hochwasserrichtlinie in nationales Recht um. § 62 des UGB II entspricht im Wesentlichen den Regelungen des § 31 b Abs. 3 und 4 WHG. Vgl. hierzu Hochwasserrichtlinie vom 23.10.2007, ABl. L 288 vom 6.11.2007, S.27ff; Entwurf zum UGB II [Stand: 19.11.2007] sowie die Begründung zum UGB II S. 64-73 (Abrufbar im Internet unter: <http://www.bmu.de/umweltgesetzbuch/downloads/doc/40448.php>).

5 Die wasserrechtliche Zulässigkeit von Vorhaben in Überschwemmungsgebieten

5.1 Nach Wassergesetz

5.1.1 Genehmigungserfordernis

§ 78 WG unterwirft bestimmte Handlungen in ÜSG einer Genehmigungspflicht nach dem Wassergesetz (präventive Zulassungskontrolle). Die Herstellung, Beseitigung oder wesentliche Umgestaltung von Bauten und sonstigen Anlagen bedarf gem. § 78 Satz 1 WG einer wasserrechtlichen Genehmigung (relatives Bauverbot). Wasserrechtlich genehmigungspflichtig sind auch die Erhöhung und Vertiefung der Erdoberfläche, sowie das Anlegen oder Beseitigen von Baum- und Strauchpflanzungen in Überschwemmungskernbereichen (§ 78 Satz 1 und Satz 2 WG).

Unter sonstigen Anlagen im Sinne des § 78 WG sind alle ortsfesten oder beweglichen Einrichtungen zu verstehen, die geeignet sind auf den Wasserabfluss einzuwirken. Dazu zählen beispielsweise Holzlagerplätze, Zäune, Sportplätze und Schrebergärten.⁹⁰

Die Genehmigungspflicht gilt in gesetzlich ausgewiesenen ÜSG nach § 77 Abs. 1 WG sowie in ÜSG kraft RVO nach § 79 WG.⁹¹ Da ÜSG und Innenbereich sich nach den Vorschriften des baden-württembergischen WG gegenseitig ausschließen, spielt das Genehmigungserfordernis nur bei Außenbereichsvorhaben (vgl. § 35 BauGB) eine Rolle.⁹²

5.1.2 Voraussetzungen für die Genehmigungsfähigkeit

Die Voraussetzungen, unter denen die Genehmigung erteilt werden kann, sind in § 78 WG selbst nicht genannt. § 78 Satz 3 WG verweist auf § 76 Absätze 2 bis 6 WG mit entsprechender Geltung. Die Genehmigung ist gem. § 76 Abs. 3 Satz 1 WG dann zu versagen, wenn von dem beab-

⁹⁰ Leitfaden HWGK des Umwelt-, Innen- und Wirtschaftsministeriums, S. 11.

⁹¹ Vgl. Heiland, VBIBW 2004, 281, (288).

⁹² Siehe auch Abschnitt 4.2.2.2.

sichtigten Vorhaben eine Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit zu erwarten ist, die nicht durch Bedingungen oder Auflagen verhütet oder ausgeglichen werden kann. Sie kann insbesondere versagt werden, wenn erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für andere Grundstücke, Bauten oder sonstige Anlagen zu erwarten sind, die nicht durch Bedingungen oder Auflagen verhütet oder ausgeglichen werden können (Satz 2). Ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung besteht nicht.⁹³ § 76 Abs. 3 WG wurde durch das Gesetz vom 22.02.1988⁹⁴ geändert. Bis zu diesem Zeitpunkt bestand ein Anspruch auf Genehmigungserteilung, soweit kein Versagungsgrund nach Abs. 3 vorlag⁹⁵. Die seinerzeitige Formulierung des Abs. 3 („...darf nur versagt werden, wenn...“) wurde ersetzt durch den Wortlaut in Absatz 3 Satz 1 („ist zu versagen“) und Satz 2 („kann insbesondere versagt werden, wenn...“). Die Entscheidung über die Genehmigung steht jetzt im Ermessen der Genehmigungsbehörde.⁹⁶ Dieses Ermessen ist auf Null reduziert, sofern die durch das Vorhaben zu erwartende Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit nicht durch Bedingungen oder Auflagen verhütet oder ausgeglichen werden kann.

Der zwingende Versagungsgrund des § 76 Abs. 3 Satz 1 WG stellt auf die Beeinträchtigung des „Wohls der Allgemeinheit“ ab. Von diesem unbestimmten Rechtsbegriff werden auch die Belange des Hochwasserschutzes umfasst.⁹⁷ In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass die Genehmigung auch aus anderen Gründen als denen des Hochwasserschutzes versagt werden kann. Der geänderte Wortlaut des § 76 Abs. 3 Satz 2 WG („kann insbesondere versagt werden, wenn...“), lasse darauf schließen, dass der Gesetzgeber die Versagung der Genehmigung auch aus anderen, im Gesetz nicht genannten Gründen, zulassen wollte.⁹⁸

⁹³ Bulling/Finkenbeiner/Eckardt/Kibele, WG, § 76 Rn. 32.

⁹⁴ GBl. S. 55.

⁹⁵ Zur alten Rechtslage: Giseke/Wiedemann/Czychowski, WHG, § 32 Rn. 6.

⁹⁶ Vgl. Bulling/Finkenbeiner/Eckardt/Kibele, WG, § 76 Rn. 32.

⁹⁷ Bulling/Finkenbeiner/Eckardt/Kibele, WG, § 76 Rn. 34, 37. Das Tatbestandsmerkmal „Wohl der Allgemeinheit“ ist gerichtlich unbeschränkt nachprüfbar.

⁹⁸ Bulling/Finkenbeiner/Eckardt/Kibele, WG, § 76 Rn. 32.

Gegen diese Auslegung spricht aber, dass die Genehmigungspflicht ausschließlich aus Gründen des Hochwasserschutzes besteht.⁹⁹ Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, den schadlosen Hochwasserabfluss zu sichern. Die Genehmigung besagt auch nur, dass der genehmigungspflichtigen Maßnahme aus den Gesichtspunkten des Hochwassers keine Bedenken entgegenstehen.¹⁰⁰ Eine Versagung der Genehmigung nach § 78 WG aus anderen Gründen als denen des Hochwasserschutzes (z. B. Gewässergüte, Natur- und Landschaftsschutz, Bauleitplanung) ist deshalb unzulässig.¹⁰¹

5.1.3 Praxisbeispiel: Sportanlage im durch Rechtsverordnung ausgewiesenen Überschwemmungsgebiet

In der Gemeinde Bretzfeld¹⁰² wurden in der Talaue zwischen L 1089 (Einsteinstraße), Kirchstraße, Schwabbach und Brettach (Gewässer 2. Ordnung) Sport- und Freizeitanlagen errichtet. Es entstanden ein Fußballplatz, ein Trainingsplatz, ein Park- und Festplatz, ein Sportheim mit Gaststätte, sechs Tennisplätze mit Vereinsheim, eingerahmt von Freiflächen mit Acker- und Wiesennutzung.

Teile der Talaue sind einbezogen in ein durch RVO ausgewiesenes ÜSG.¹⁰³ Je knapp die Hälfte von Fußballplatz und Trainingsplatz liegen innerhalb des Überschwemmungsgebietes (vgl. Anhang: Anlage 3).¹⁰⁴

⁹⁹ So schon Habel zu § 78 WG a. F.: „Die Vorschrift stellt bestimmte Handlungen in einem Überschwemmungsgebiet zur hochwasserwirtschaftlichen Kontrolle unter einen Genehmigungsvorbehalt.“ Vgl. Habel, WG, § 78 Rn. 1.

¹⁰⁰ Czychowski/Reinhardt, WHG, 8. Aufl., § 32 Rn. 37.

¹⁰¹ Czychowski/Reinhardt, WHG, 8. Aufl., § 32 Rn. 33. So auch bereits zu § 78 WG a. F.: Habel, WG, § 78 Rn. 12; Giseke/Wiedemann/Czychowski, WHG, § 32 Rn. 6.

¹⁰² Gemeinde im Hohenlohekreis mit ca. 12.500 Einwohnern.

¹⁰³ Rechtsverordnung des Landratsamts Hohenlohekreis über die Erklärung von Überschwemmungsgebieten an der Brettach vom 21.12.1984. Vgl. Anhang: Anlage 2.

¹⁰⁴ Die Luftbildaufnahme zeigt den Bestand. Das durch RVO ausgewiesene ÜSG der Brettach ist farbig dargestellt (schraffierte Fläche). Die HQ₁₀₀-Linie geht über die Grenzen des ausgewiesenen ÜSG hinaus und reicht bis zur Landesstraße L 1089. Allerdings ist die HQ₁₀₀-Linie nicht in einer Karte nach Abs. 3 des § 77 WG dargestellt und ausgelegt. Vgl. zu den Rechtsfolgen siehe Abschnitt 4.2.2.2.

Die gesamten Anlagen wurden bei Hochwasserereignissen regelmäßig überflutet; selbst die Landesstraße war bei zahlreichen Hochwasserereignissen in den 70er, 80er und 90er Jahren wegen Hochwasser gesperrt.

Zum Hochwasserschutz entlang der Brettach wurden in den Ortslagen von Bretzfeld, Scheppach, Langenbeutungen und Neuenstadt Gewässerteilbauten durchgeführt mit Abflussverbesserungen für die Brettach, Eindeichungen der Ortslagen und geplanten Überläufen von Retentionsräumen.

Nach diesen Gewässerausbaumaßnahmen, ihren erkennbaren Erfolgen für den Hochwasserschutz im Brettachtal und der absehbaren Realisierung von zusätzlichen Hochwasserrückhaltebecken im Verlauf der Brettach griff die Gemeinde Ende 2002 den seit vielen Jahren bestehenden Wunsch nach Verbesserung der Sportanlagen in Bretzfeld und deren Schutz vor Hochwasser auf und brachte das Projekt „Neugestaltung der Brettachtalaue“ auf den Weg.

Der bisherige Trainingsplatz sollte durch eine Leichtathletikanlage Typ C (Fußballplatz mit umlaufenden Laufbahnen und weiteren Leichtathletikanlagen samt Tribünen, Betriebsgebäude mit Sanitäranlagen) und weitere Parkplätze ersetzt, die Tennisanlage hochwassergeschützt und die übrige Aue als Park für die Bevölkerung nutzbar gemacht werden (vgl. Anhang: Anlage 4).

Nach Erstellung einer umfangreichen Eingriffs- und Ausgleichsbilanz erfolgte in Abstimmung mit der Wasserbehörde beim Landratsamt Hohenlohekreis die Erarbeitung einer Konzeption, die die Wünsche der Gemeinde einerseits und das Verlangen der Wasserbehörde nach umfang- und wirkungsgleichen Retentionsausgleich andererseits ermöglichen sollte. Nur unter dieser Voraussetzung erteilte die Wasserbehörde die wasserrechtliche Genehmigung für die Vorhaben entsprechend § 3 der ÜSG-VO.

Umgesetzt wurde die abgestimmte Konzeption durch umfangreiche Geländeabgrabungen zwischen Sportanlagen und den Wasserläufen von Brettach und Schwabbach. Durch Flutmuldenvergrößerungen in der vorhandenen Aue wurde den Gewässern, die durch die Baumaßnahmen ver-

loren gegangene Retentionsraum weitgehend wieder zur Verfügung gestellt werden. Der Aushub wurde verwendet, um durch entsprechende Aufschüttungen sowohl die Leichtathletikanlage als auch die Tennisanlagen hochwassersicher (bis HQ_{100}) zu bauen bzw. einzudeichen. Da das durch Straßen- und Gewässer begrenzte Plangebiet nicht den vereinbarten umfangs- und wirkungsgleichen Ausgleich ermöglichte, wurde fehlendes Volumen im nahen Oberlauf der Brettach durch zusätzlichen Abgrabungen in der Aue hergestellt. Dort wurden Wasserwechselzonen geschaffen. Die Flächen entlang der Brettach und des Schwabbaches wurden extensiviert und naturnah gestaltet. Damit erfolgte eine Aufwertung nach den Schutzgütern Arten und Biotope.

Erste Hochwasser in 2007 haben die neuen Retentionsräume in Anspruch genommen und sowohl die Leichtathletikanlage als auch die Tennisanlage vor Hochwasser geschützt. Die Praxis zeigte auch, dass die geplanten Geländemodellierungen mit geringen Veränderungen die gewollten Ziele noch verbessern. Im Zuge der Anlagenherstellung wurden diese Erkenntnisse auch umgesetzt.

Die Bauarbeiten sind inzwischen zu großen Teilen abgeschlossen. Anfang 2008 sollen Restarbeiten am Betriebsgebäude mit Sanitäreinrichtungen sowie die Möblierung einer Skateranlage und von Spielplätzen erfolgen. Die Einweihung ist für Juli 2008 terminiert.

Die in Bretzfeld realisierte Neugestaltung der „Brettachtalaue“ kann beispielhaft belegen, dass im Zusammenwirken von Hochwasserschutzmaßnahmen im Gewässerverlauf und wert- und wirkungsgleichen Ausgleichen bei Baumaßnahmen in ÜSG sowohl den Interessen der städtebaulichen Entwicklung, als auch den Belangen des Hochwasserschutzes, zum Wohle aller, möglich sein kann.

5.2 Nach Wasserhaushaltsgesetz

5.2.1 Genehmigungserfordernis

Mit § 31 b Abs. 4 Satz 3 WHG wurde durch das HWSG eine zusätzliche - von der Baugenehmigungspflicht unabhängige¹⁰⁵ - Genehmigungspflicht für die Errichtung und Erweiterung baulicher Anlagen¹⁰⁶ eingeführt, sofern sie in den nach Abs. 2 Sätze 3 und 4 festgesetzten ÜSG realisiert werden sollen. Die Genehmigungspflicht erstreckt sich mit der Verweisung auf die §§ 30, 34 und 35 BauGB auf alle Bebauungsbereiche.¹⁰⁷ Erfasst werden durch die Einschränkung auch Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplans und im unbeplanten Innenbereich.¹⁰⁸ Bauliche Anlagen, die bauplanungsrechtlich zulässig sind, können nun aus Gründen des Hochwasserschutzes unzulässig werden.¹⁰⁹

Die §§ 30 ff BauGB regeln die Zulässigkeit von Vorhaben im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB¹¹⁰. Die Errichtung und Erweiterung baulicher Anlagen fällt unter den Vorhabensbegriff des § 29 Abs. 1 BauGB. Das zusätzliche

¹⁰⁵ Vgl. Stürer, NuR 2004, 415, (416).

¹⁰⁶ Der Begriff der baulichen Anlage nach § 29 Abs. 1 BauGB ist unabhängig hiervon zu bestimmen. Das Vorliegen eines Vorhabens im Sinne von § 29 Abs. 1 BauGB ist Anwendungsvoraussetzung für die §§ 30, 34, 35 BauGB. Der Begriff der baulichen Anlage im Sinne des § 31 b Abs. 4 Satz 3 WHG kann weiter gehen als der an das Merkmal der „bodenrechtlichen Relevanz“ geknüpfte Begriff des § 29 Abs. 1 BauGB. Die beiden Gesetze verfügen über unterschiedliche Zielsetzungen, wobei das WHG als „sensibler“ bezeichnet werden muss und schon kleinste bauliche Anlagen vom Anwendungsbereich des WHG erfasst werden. Sinn und Zweck der Vorschriften zum Hochwasserschutz ist die Sicherung des schadlosen Hochwasserabflusses. Dieser kann schon durch eine Gerätehütte von 10 m³ beeinträchtigt werden, deren bodenrechtliche Relevanz wohl verneint werden dürfte. Streng genommen fällt die Hütte mangels bodenrechtlicher Relevanz nicht unter den Begriff der baulichen Anlage im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB. Das liefe aber dem Normzweck der wasserrechtlichen Vorschrift zuwider, weshalb eine kontextbezogene Auslegung des Begriffes erfolgen sollte.

¹⁰⁷ Breuer, NuR 2006, 614, (621); Kotulla, WHG, 2007, § 31 b, Rn. 111; § 33 BauGB wurde nicht explizit aufgezählt. Ein Vorhaben im Anwendungsbereich des § 33 liegt zugleich entweder im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, im faktischen Bebauungsbereich oder im Außenbereich. Näheres hierzu: Breuer, NuR 2006, 614, (620 f).

¹⁰⁸ Dadurch könne es zu einem Entzug von Baurechten kommen. Paul/Pfeil, NVwZ 2006, 505, (506 mit Fn. 10). Dagegen spricht allerdings, dass das Bauen in ÜSG durch § 31 b Abs. 4 WHG nicht gänzlich verboten, sondern lediglich einem zusätzlichen Genehmigungsvorbehalt unterworfen wird.

¹⁰⁹ So Breuer, NuR 2006, 614, (620).

¹¹⁰ Der Vorhabensbegriff des § 29 Abs. 1 BauGB erfasst nicht nur die Errichtung und Erweiterung baulicher Anlagen. Vgl. hierzu Würtenberger, VBIBW 2008, 15 mit Fn. 10.

Genehmigungserfordernis stellt eine „andere öffentlich-rechtliche Vorschrift“ dar, die nach § 29 Abs. 2 BauGB zu beachten ist.

5.2.2 Voraussetzungen für die Genehmigungsfähigkeit

§ 31 Abs. 4 Satz 4 WHG statuiert die Voraussetzungen, unter denen die in Satz 3 geforderte Genehmigung erteilt werden darf.¹¹¹ Demnach darf sie nur erteilt werden, wenn (1) im Einzelfall das Vorhaben die Hochwasserrückhaltung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt und der Verlust von verloren gehendem Rückhalteraum zeitgleich ausgeglichen wird, (2) es den Wasserstand und den Abfluss bei Hochwasser nicht nachteilig verändert, (3) den bestehenden Hochwasserschutz nicht beeinträchtigt **und** (4) hochwasserangepasst ausgeführt wird **oder** wenn die nachteiligen Auswirkungen durch Auflagen oder Bedingungen ausgeglichen werden können.

Diese vier Voraussetzungen müssen grundsätzlich kumulativ vorliegen. Die Darlegungs- und Beweislast trägt der Bauherr. Liegen nicht alle Genehmigungsvoraussetzungen vor, kann die Genehmigung mit Nebenbestimmungen erteilt werden um die fehlenden Erfordernisse zu kompensieren.¹¹² Die Behörde muss die Genehmigung aber versagen, wenn der Hochwasserschutz es erfordert und die zu erwartenden Nachteile durch Bedingungen oder Auflagen weder verhütet noch ausgeglichen werden können.¹¹³

Mit dieser Regelung wird das Bauen nicht generell verboten, sondern nur aus unabweisbaren Gründen des Hochwasserschutzes eingeschränkt. Die Einschränkung dient dem Schutz von Leben und Sachwerten sowie dem Schutz von Natur und Umwelt. Insofern handelt es sich hier um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG.¹¹⁴ Ein Bauverbot nach § 31 b Abs. 4 WHG stellt demzufolge keinen

¹¹¹ Kotulla, WHG, 2007, S. 121.

¹¹² Vgl. Kotulla, WHG, 2007, § 31 b Rn. 119.

¹¹³ Czychowski/Reinhardt, WHG, 9. Aufl., § 31 b Rn. 42.

¹¹⁴ BT-Drs. 15/3168, S. 14; Berendes, ZfW 2005, 197, (203); Kotulla, NVwZ 2006, 129, (131f).

enteignungsgleichen Eingriff dar und löst keine Entschädigungspflicht aus.¹¹⁵

¹¹⁵ Vgl. zum Thema Entschädigung: Breuer, NuR 2006, 614, (622); Reinhardt, NuR 2004, 420, (422ff).

6 Zuständigkeit für die Zulassung von Vorhaben in Überschwemmungsgebieten

6.1 Nach Wassergesetz

6.1.1 Zuständigkeit

6.1.1.1 Baurechtlich genehmigungspflichtige Vorhaben

In den Fällen, in denen sowohl wasserrechtliche als auch baurechtliche Entscheidungen getroffen werden müssen, sind gem. § 98 Abs. 2 WG die Baurechtsbehörden zuständig.¹¹⁶ Die zuständige Baurechtsbehörde entscheidet dann auch über die wasserrechtliche Genehmigung. Demnach entscheidet die Baurechtsbehörde bei baurechtlich genehmigungsbedürftigen Vorhaben in gesetzlich ausgewiesenen ÜSG auch über die notwendige wasserrechtliche Genehmigung nach § 78 WG bzw. über die Ausnahmen von den Vorschriften einer ÜSG-VO nach § 110 WG oder § 79 WG.

6.1.1.2 Verfahrensfreie Vorhaben nach Landesbauordnung

Ist für ein Vorhaben im ÜSG nur eine wasserrechtliche Genehmigung nach § 78 WG und keine Baugenehmigung erforderlich, so ist die untere Verwaltungsbehörde als untere Wasserbehörde nach § 96 Abs. 1 Satz 1 WG i. V. m. § 95 Abs. 2 Ziff.3 WG zuständig. Insoweit ergeben sich also keine Besonderheiten.

6.1.1.3 Wasserrechtliche Genehmigungsfreiheit

Keiner Genehmigung nach § 78 WG bedürfen Vorhaben oder Maßnahmen, die der Gewässerunterhaltung dienen oder für die bereits eine ande-

¹¹⁶ Durch das Verwaltungsreformgesetz wurde die Konzentrationsnorm in § 98 Abs. 2 WG umgestaltet. Vor der Reform zog das Wasserrecht bei Fällen in denen wasserrechtliche und baurechtliche Entscheidungen zu treffen waren, die Zuständigkeit zur Wasserbehörde. Dies bedeutete z. B. bei der Baurechtszuständigkeit Großer Kreisstädte eine Verlagerung der Zuständigkeiten nach „oben“. Mit der derzeitigen Regelung erfolgt bei Zusammentreffen von Baurecht und Wasserrecht eine Zuständigkeitsverlagerung nach „unten“. Vgl. Heiland, BWGZ 2004, 464, (472).

re Zulassung nach dem WG oder dem WHG erforderlich ist (§ 78 Satz 4 WG). Andere Zulassungen in diesem Sinne sind zum Beispiel eine Bewilligung (§ 8 WHG), Erlaubnis (§ 7 WHG) oder ein Planfeststellungsbeschluss (§ 31 Abs. 2 WHG, § 45 e Abs. 1 WG). Das Genehmigungserfordernis für Anlagen in, über und an oberirdischen Gewässern gem. § 76 Abs. 1 WG führt ebenso zum Entfall der Genehmigungspflicht nach § 78 WG.¹¹⁷

6.1.2 Konzentrationswirkung

§ 98 Abs. 2 WG regelt eine Zuständigkeitskonzentration, die besagt, dass in den Fällen, in denen sowohl wasserrechtliche als auch baurechtliche Entscheidungen getroffen werden müssen, die Baurechtsbehörde auch für die Erteilung der wasserrechtlichen Genehmigung zuständig ist.

Es stellt sich die Frage, ob die Baurechtsbehörde einen Bauantrag mit der Begründung zurückweisen darf, dass die Voraussetzungen für die parallel erforderliche wasserrechtliche Genehmigung nicht vorliegen. Für die Beantwortung dieser Frage ist entscheidend, ob es sich bei § 78 WG um eine von der Baurechtsbehörde zu prüfende Vorschrift im Sinne von § 58 Abs. 1 LBO handelt. Die Baugenehmigung (BG) ist grundsätzlich ein gebundener Verwaltungsakt (§ 58 Abs. 1 Satz 1 LBO „ist zu erteilen“). Liegen die Voraussetzungen des § 58 Abs. 1 LBO vor (kein Entgegenstehen öffentlich-rechtlicher Vorschriften, die von der Baugenehmigungsbehörde zu prüfen sind), besteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung der BG. Ist § 78 WG keine von der Baurechtsbehörde zu prüfende Vorschrift, darf die Behörde den Bauantrag nicht aus diesem Grund ablehnen. Zu den öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Sinne des § 58 Abs. 1 LBO zählen solche nicht, die in einem separaten Genehmigungsverfahren geprüft werden.¹¹⁸ § 98 Abs. 2 WG regelt lediglich eine Zuständigkeitskonzentra-

¹¹⁷ Die Rechtslage war vor WG-Novelle 2004 genau umgekehrt. Es entfiel die Genehmigungspflicht nach § 78 WG a. F. soweit eine Genehmigung nach § 76 WG erforderlich war. Vgl. Habel, WG, § 78, Rn. 9.

¹¹⁸ In Baden-Württemberg gilt nicht die Schlusspunkttheorie.

tion, keine Ersetzungswirkung der Entscheidung.¹¹⁹ Das bedeutet, dass alle Einzelgenehmigungen rechtlich selbständig nebeneinander bestehen bleiben.¹²⁰ Alle von der Zuständigkeitsbündelung erfassten Genehmigungen (wasserrechtliche Genehmigung nach § 78 WG und Baugenehmigung nach § 58 LBO) werden in jeweils eigenen Genehmigungsverfahren durch eine Behörde erlassen. Bedarf ein Vorhaben einer wasserrechtlichen Genehmigung oder Befreiung von den Vorschriften einer VO nach § 110 WG, sowie einer Baugenehmigung, so erlässt die zuständige Baurechtsbehörde neben der Baugenehmigung auch die wasserrechtliche Entscheidung. Die zuständige Behörde prüft in zwei unterschiedlichen Verfahren die baurechtlichen und die wasserrechtlichen Vorschriften. Die BG darf deshalb nicht mit der Begründung versagt werden, dass die wasserrechtliche Genehmigung nicht erteilt werden könne.¹²¹

6.2 Nach Wasserhaushaltsgesetz

6.2.1 Offene Ausgestaltungsmöglichkeiten

6.2.1.1 Zuständigkeit

§ 31 b Abs. 4 Satz 3 WHG beinhaltet einen Regelungsauftrag an die Länder¹²². Demnach bedürfen die Errichtung und die Erweiterung einer baulichen Anlage nach den §§ 30, 34 und 35 BauGB in ÜSG nach § 31 b Abs. 2 Satz 3 und 4 WHG der Genehmigung durch die „zuständige Behörde“. Welche Behörde zuständig sein soll, ist durch Landesrecht zu bestimmen.¹²³

¹¹⁹ Bulling/Finkenbeiner/Eckardt/Kibele, WG, § 98 Rn. 8.

¹²⁰ Vgl. Buchmann, VBIBW 2007, 201, (202).

¹²¹ Die Baugenehmigung kann jedoch ggf. wegen fehlenden Sachbescheidungsinteresses versagt werden. Fehlt das erforderliche Sachbescheidungsinteresse, ist die Baurechtsbehörde befugt, den Bauantrag nach pflichtgemäßem Ermessen zurückzuweisen (§ 47 Abs. 1 Satz 2 LBO, § 40 LVwVfG). Das Sachbescheidungsinteresse fehlt, wenn die wasserrechtliche Genehmigung versagt wurde oder offensichtlich nicht erteilt werden könnte.

¹²² Breuer, NuR 2006, 614, (620), Kotulla, WHG, 2007, § 31 b Rn. 100.

¹²³ Berendes, ZfW 2005, 197, (208).

In der Literatur wird die Erteilung der allein Hochwasserschutzaspekte betreffenden Genehmigung, durch die Wasserbehörde für sinnvoll gehalten, da diese über den erforderlichen Sachverstand im Hochwasserschutz verfügt.¹²⁴

6.2.1.2 Verfahrenskonzentration oder Parallelverfahren

Wie die Länder das zusätzliche Genehmigungserfordernis verfahrensrechtlich ausgestalten, schreibt das WHG nicht vor. § 31 b Abs. 4 Satz 2 WHG wurde vom Gesetzgeber bewusst offen formuliert. Wie das zusätzliche Genehmigungserfordernis gehandhabt werden soll, bleibt der Entscheidung der Länder überlassen. Diese können entscheiden, ob die Genehmigung Teil des Baugenehmigungsverfahrens sein soll oder eine eigenständige wasserrechtliche Genehmigung.¹²⁵

Sofern die Genehmigung Teil des Baugenehmigungsverfahrens sein soll, sollte die Genehmigungserteilung im Einvernehmen mit der Wasserbehörde erfolgen.¹²⁶

Welche Variante das Land letztendlich wählen wird, ist derzeit noch offen.¹²⁷

¹²⁴ Jekel, ZUR 2005, 393, (397); vgl. ferner Mitschang, LKV 2006, 433, (436).

¹²⁵ So ausdrücklich in der Begründung zu § 31 b Abs. 4 WHG: „Ob es sich bei der behördlichen Genehmigung um einen Teil des Baugenehmigungsverfahrens oder um eine eigenständige wasserrechtliche Genehmigung handelt, soll durch die Länder selbst entschieden werden.“ vgl. BT-Drs. 15/3168, S. 14; so auch Knopp, in: S/Z/D/K, WHG, § 31 b Rn. 76; **Anderer Ansicht offenbar Kotulla**, WHG, 2007, § 31 b Rn. 107, Die Länder könnten gerade nicht darüber entscheiden, ob und ggf. in welcher anderen Genehmigung (z.B. der Baugenehmigung angegliedert) sie die wasserhaushaltsrechtliche Genehmigung aufgehen lassen. Das sei aus kompetenzrechtlichen Gründen unmöglich, da die Genehmigung in direkt geltendem Bundesrecht verankert sei, das keiner Ausfüllung oder landesrechtlichen Modifikation zugänglich sei.

¹²⁶ Jekel, ZUR 2005, 393, (397); vgl. auch Berendes, ZfW 2005, 197, (205 mit Fn. 39).

¹²⁷ Der Landesgesetzgeber beabsichtigt, die Entwicklung des UGB abzuwarten (vgl. Anhang, Anlage 1). In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass im UGB zur Vereinfachung des Genehmigungsrechts die Einführung einer so genannten „integrierten Vorhabengenehmigung“ ist vorgesehen, die gemäß § 47 UGB I Entwurfsfassung dem Zweck dient, einheitlich und umfassend über die Zulassung eines Vorhabens zu entscheiden. Durch diese integrierte Vorhabengenehmigung, wird das jetzige Nebeneinander paralleler Genehmigungsverfahren abgelöst. Ein beantragtes Vorhaben soll grundsätzlich unter allen umwelt- und öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten geprüft und zugelassen werden. Vgl. Lottemoser, UPR 2007, 401, (403).

7 Überschwemmungsgebiete und Bauleitplanung

7.1 Nach Wassergesetz

7.1.1 Bauleitplanung in Überschwemmungsgebieten kraft Gesetzes

7.1.1.1 Voraussetzungen für die Zulassung

Die Aufstellung, Änderung oder Ergänzung von Bauleitplänen ist gemäß § 78 a WG innerhalb eines ÜSG kraft Gesetzes nach § 77 Abs. 1 WG oder eines Überschwemmungskernbereiches nach § 77 Abs. 2 WG nur unter engen Voraussetzungen zulässig. § 78 a WG trägt dem Umstand Rechnung, dass ÜSG weitestgehend von Bebauung freigehalten werden sollen, um sie in ihrer Funktion als Rückhalteräume zu erhalten. Die kommunale Planungshoheit wird dadurch nicht unverhältnismäßig eingeschränkt. Kommunale Planungsentscheidungen sind keineswegs losgelöst von natürlichen Gegebenheiten möglich.¹²⁸ Die Festsetzung eines ÜSG ist keine Entscheidung planerischen Charakters¹²⁹, sondern knüpft an die natürliche Lage von Grundstücken an einem Gewässer und in dessen natürlichen ÜSG an.¹³⁰

Die Zulässigkeit einer Bauleitplanung für Bauflächen und Baugebiete ist an die die in § 78 a Abs. 1 Nr. 1 bis 4 WG genannten Voraussetzungen geknüpft, die kumulativ vorliegen müssen. Die Bauleitplanung in gesetzlich ausgewiesenen ÜSG ist demnach nur zulässig, wenn, (1) keine zumutbaren anderen Möglichkeiten der Siedlungsentwicklung bestehen oder geschaffen werden können¹³¹, (2) kein Verlust von Retentionsflächen er-

¹²⁸ BVerwG Urteil vom 22.7.2004, NuR 2005, 315, (317).

¹²⁹ Knopp, in: S/Z/D/K, WHG, § 31 b Rn. 9; zu § 32 WHG a. F.: Burgi/Deichmüller, DÖV 2003, 358, (361), deren Ansicht nach der Wortlaut des § 32 Abs. 1 Satz 2 WHG („Die Länder setzen ... fest“) auf eine Regelung nach dem klassischen „Wenn-Dann-Schema“, wie es aus dem Polizei- und Ordnungsrecht bekannt ist, schließen lasse. Wenn also ein bestimmtes Gebiet ÜSG im Sinne des § 32 Abs. 1 Satz 1 WHG sei und zur Erfüllung der Ziele des § 32 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 4 WHG „erforderlich“, dann müsse dieses Gebiet als ÜSG festgesetzt werden.

¹³⁰ BVerwG Urteil vom 22.7.2004, BauR 2005, 527, (529).

¹³¹ Beispielsweise durch Bebauung von Baulücken oder höher gelegener Flächen und damit von nicht überschwemmungsgefährdeter Gebiete.

folgt oder ein umfang- und funktionsgleicher Ausgleich geschaffen wird, (3) keine nachteiligen Auswirkungen auf Ober- und Unterlieger zu erwarten sind und (4) die Belange der Hochwasservorsorge beachtet werden. Eine weitere Voraussetzung ist das Angrenzen an eine bestehende Bebauung (§ 78 a Abs. 1 Satz 1 WG). Das Ziel dieses Arrondierungsgedanken ist es, die Ausweisung von Bauflächen als „Inseln“ in ÜSG zu verhindern.¹³² Darüber hinaus ist die Aufstellung, Änderung oder Ergänzung von Bauleitplänen nur im Einvernehmen mit der Wasserbehörde zulässig (§ 78 a Abs. 1 Satz 1 WG). Die Wasserbehörde muss sich dahingehend äußern, dass sie mit der Bauleitplanung inhaltlich einverstanden ist. Eine bloße Anhörung reicht nicht aus. Erteilt die Wasserbehörde das erforderliche Einvernehmen nicht, kann dies vom Planungsträger nicht überwunden werden.¹³³

7.1.1.2 Rechtsfolgen

Mit der Genehmigung des Flächennutzungsplans oder der Bekanntmachung des Bebauungsplans treten die Rechtswirkungen von § 77 Abs. 1 und 2 sowie § 78 WG außer Kraft (§ 78 a Abs. 1 Satz 2 WG).¹³⁴ Dies erfolgt ohne weiteres Handeln der Wasserbehörde. Ein Aufhebungsverfahren ist nicht erforderlich.¹³⁵

Bei der Betrachtung der Folgen, die sich durch das Außer-Kraft-Treten der Rechtswirkungen ergeben, muss unterschieden werden zwischen dem Flächennutzungsplan als vorbereitendem Bauleitplan und dem Bebauungsplan als verbindlichem Bauleitplan. Die Darstellung einer bebaubaren Fläche in einem Flächennutzungsplan, führt nicht dazu, dass diese im

¹³² LT-Drs. 13/2619, S. 59; Warum dieser Arrondierungsgrundsatz nicht als explizite Voraussetzung in die Aufzählung der Voraussetzungen des § 78 a WG aufgenommen wurde, ist der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen. Streng genommen ist dieser Satz sogar missverständlich, weil er den Eindruck erweckt, dass nur solche „angrenzenden Baugebiete“ durch § 78 a WG eingeschränkt werden sollen.

¹³³ Heiland, VBIBW 2004, 281, (288).

¹³⁴ Vgl. zum Außer-Kraft-Treten der Rechtswirkungen: Heiland, BWGZ 2004, 464, (470): „...d.h. das gesetzlich ausgewiesene ÜSG hört auf zu existieren und wandelt sich in ein hochwassergefährdetes Gebiet im Innenbereich.“

¹³⁵ LT-Drs. 13/2619, S. 59.

Rechtssinne Baulandqualität erhält. Ob es sich bei der im Plan dargestellten Fläche um Bauflächen oder Baugebiete handelt, ist unerheblich. Die Bebaubarkeit richtet sich auch bei Vorliegen eines Flächennutzungsplans nach den §§ 34 und 35 BauGB oder nach einem vorhandenen Bebauungsplan.¹³⁶ Gesetzlich ausgewiesene ÜSG können ihrer Definition entsprechend nur im Außenbereich vorkommen. Solange kein Bebauungsplan existiert, sind im Flächennutzungsplan dargestellte bebaubare Flächen deshalb bauplanungsrechtlich nach § 35 BauGB zu beurteilen. Mit der Darstellung von Bauflächen innerhalb eines gesetzlich ausgewiesenen ÜSG, geht der Charakter dieser Fläche als ÜSG nicht verloren (vgl. § 77 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 WG).¹³⁷ Sie gelten jedoch nicht mehr als ÜSG kraft Gesetzes und auch die daran geknüpften Rechtsfolgen entfallen. Das bedeutet, dass die wasserrechtliche Genehmigungspflicht nach § 78 WG für ein Vorhaben in diesem (nunmehr faktischen Überschwemmungs-) Gebiet entfällt. Den Belangen des Hochwasserschutzes wird im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung Rechnung getragen. Da die Zulässigkeitsbeurteilung eines Vorhabens in diesem Gebiet nach § 35 BauGB zu erfolgen hat, kann beispielsweise ein sonstiges Vorhaben im Außenbereich, das „den Hochwasserschutz gefährdet“, wegen Beeinträchtigung öffentlicher Belange (§ 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 BauGB) abgelehnt werden.¹³⁸

Mit der Überplanung eines ÜSG kraft Gesetzes durch Bebauungsplan, wird die Fläche, die zuvor planungsrechtlich als Außenbereich zu qualifizieren war, zum Innenbereich. Demzufolge geht deren Charakter als ÜSG verloren, da ein gesetzlich ausgewiesenes ÜSG per Definition an den Außenbereich geknüpft ist. Aus dem gesetzlich ausgewiesenen ÜSG im Außenbereich wird mit Bekanntmachung des Bebauungsplans ein hochwassergefährdetes Gebiet im Innenbereich. § 80 WG gilt nach seinem Wortlaut. Die Bebaubarkeit der Grundstücke ist präventiv nicht (mehr) eingeschränkt. Zur Gefahrenabwehr können die Ortspolizeibehörden gemäß § 80 Abs. 2 WG durch RVO oder im Einzelfall durch Verwaltungsakt die

¹³⁶ Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, Rn. 109.

¹³⁷ Anderer Ansicht Heiland, BWGZ 2004, 464, (470).

¹³⁸ Munk, WuA 2005, 36, (38).

erforderlichen Regelungen treffen. Möglich sind hierbei Regelungen zum Objektschutz sowie zur Verhaltensvorsorge im Hochwasserfall (repressive Einwirkungsmöglichkeiten).¹³⁹

7.1.2 Bauleitplanung in Überschwemmungsgebieten kraft Rechtsverordnung

Die Ausnahmeregelung des § 78 a Absatz 1 WG gilt nicht für durch RVO ausgewiesene ÜSG¹⁴⁰. Ob es sich dabei um ein ÜSG handelt, das durch RVO gem. § 110 WG förmlich festgesetzt wurde oder ein ÜSG kraft Gesetz, dessen Geltungsbereich durch RVO gem. § 79 WG ausgedehnt oder eingeeengt wurde, ist unerheblich.

Ein durch RVO festgesetztes ÜSG ist bei der Aufstellung eines Bauleitplanes als höherrangiges Recht strikt zu beachten.¹⁴¹ Dies gilt sowohl für die Aufstellung von Bebauungsplänen als auch für die Aufstellung von Flächennutzungsplänen. Entsprechend der allgemeinen Normenhierarchie, geht die ÜSG-VO als RVO und damit als höherrangiges Recht, dem Bebauungsplan als Satzung generell vor. Zwar wird der Flächennutzungsplan nicht in Form einer Satzung erlassen, sondern ist eine „Rechtsform eigener Art“, dennoch ergibt sich in der Konsequenz dasselbe. Auch ein Flächennutzungsplan darf einer ÜSG-VO nicht widersprechen. Das ergibt sich aus § 6 Abs. 2 BauGB. Die Vorschrift regelt, wann die Genehmigung eines Flächennutzungsplans versagt werden darf. Das ist unter anderem der Fall „wenn der Flächennutzungsplan ... sonstigen Rechtsvorschriften widerspricht.“¹⁴² Solange eine RVO besteht, darf eine Gemeinde für diese Flächen durch Bauleitpläne keine Festsetzungen treffen, die dem Schutz-

¹³⁹ Dem Wortlaut nach, gilt diese Ermächtigungsgrundlage nur für hochwassergefährdete Gebiete im Innenbereich. Das wirft die Frage auf, ob das vom Gesetzgeber so gewollt ist. Denn dann wird plötzlich der Innenbereich strenger beurteilt als der Außenbereich. Für den Außenbereich gibt es keine dem entsprechende Regelung.

¹⁴⁰ Vgl. § 78 a Abs. 2 WG.

¹⁴¹ Vgl. BVerwG vom 08.03.2006 zu § 1 Abs. 4 BauGB, BRS 70 Nr. 3, 14, (15f).

¹⁴² Vgl. § 6 Abs. 2 BauGB.

zweck der Verordnung zuwiderlaufen.¹⁴³ Widerspricht ein Bauleitplan einem durch RVO festgesetzten ÜSG kann er rechtswidrig sein.¹⁴⁴

Eine unüberwindbare Schranke für die Bauleitplanung ergibt sich jedoch nur, wenn die ÜSG-VO als sonstige Rechtsvorschrift im Sinne von §§ 10 Abs. 2, 6 Abs. 2 BauGB dem Bauleitplan tatsächlich entgegensteht. Die VO steht einem Bauleitplan gerade nicht entgegen, wenn diese eine Öffnungsklausel für die Bauleitplanung erhält. Eine solche Öffnungsklausel kann beispielsweise eine Regelung sein, die vorsieht, dass Flächen nicht mehr zum Schutzgebiet gehören, sobald sie durch einen Bebauungsplan überplant werden.¹⁴⁵

Auch die ÜSG-VO selbst kann eine Zulassung ermöglichen. Unterwirft sie bestimmte Maßnahmen einem Genehmigungserfordernis, bedeutet das kein generelles Verbot derselben. Werden die Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt, kann eine Zulassung erfolgen und die Maßnahme durchgeführt werden. Enthält die ÜSG-VO keine Zulassungsmöglichkeit, kann im Einzelfall eine Ausnahme von der Verordnung nach § 110 Abs. 1 Satz 3 WG in Betracht kommen, sofern die Voraussetzungen hierfür gegeben sind.¹⁴⁶

Sind in der VO keine entsprechenden Klauseln oder Zulassungsmöglichkeiten enthalten, muss das noch nicht bedeuten, dass die VO dem Bauleitplan entgegensteht. Es kommt auf den konkreten Regelungsgehalt der möglicherweise entgegenstehenden Bestimmungen an. Zwischen der Schutzgebietsverordnung und der betreffenden Bauleitplanung muss ein Konflikt bestehen. Besteht kein generelles Bauverbot, sondern unterliegt die Errichtung baulicher Anlagen der Genehmigungspflicht der Wasserbehörde, steht dies einer vorhabenbezogenen Planung nach § 12 BauGB nicht entgegen. Bei einem größeren zusammenhängenden Baugebiet ist dies anders zu beurteilen.¹⁴⁷ Es fehlt an der Erforderlichkeit eines Bebau-

¹⁴³ Vgl. Heiland, BWGZ 2004, 464, (470 mit Fn. 51).

¹⁴⁴ Vgl. OVG Lüneburg Urteil vom 15.05.2003, BauR 2003, 1524 zu einer Planung im ÜSG.

¹⁴⁵ BVerwG vom 20.05.2003, BauR 2003, 1688 zu einer Landschaftsschutzverordnung.

¹⁴⁶ Vgl. Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, Rn. 80.

¹⁴⁷ Vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 30.03.2000, UPR 2000, 396, (370) zu einer ÜSG-VO.

ungsplans, wenn die ÜSG-VO ein generelles Bauverbot vorsieht, von dem nur im konkreten Einzelfall Ausnahmen erteilt werden sollen. Die Gemeinde darf im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung nach § 1 Abs. 3 BauGB nicht davon ausgehen, dass eine Bebauung durch die Erteilung von Ausnahmen ermöglicht werden kann.¹⁴⁸ In diesem Fall stellt die RVO ein rechtliches Hindernis für die Umsetzung des Planes dar. Dieses Hindernis muss noch vor Abschluss des Bauleitplanverfahrens beseitigt werden. Um in diesem Fall die Bauleitplanung innerhalb eines durch RVO ausgewiesenen ÜSG zu ermöglichen, ist die Änderung (Teilaufhebung) oder vollständige Aufhebung der ÜSG-VO erforderlich.¹⁴⁹

7.1.3 Praxisbeispiel: Vorhabensbezogener Bebauungsplan im durch Rechtsverordnung ausgewiesenen Überschwemmungsgebiet

Im Ortsteil Scheppach der Gemeinde Bretzfeld befindet sich an der Brettach ein über einen Mühlkanal verbundener Mühlenbetrieb mit Wasserrecht zur Nutzung für den Mahlbetrieb und zur Stromerzeugung.¹⁵⁰ Der Betrieb liegt im durch RVO ausgewiesenen ÜSG¹⁵¹, wurde regelmäßig bei Hochwasserereignissen überflutet und wollte zur Fortentwicklung seines Betriebes und zur Schaffung von zeitgemäßem Wohnraum erweitern.

Der Familienbetrieb plante den Ersatz des bestehenden Betriebsgebäudes durch eine bis zu 38 m hohe Siloanlage, den Bau einer Lagerhalle und die zusätzliche Errichtung eines Wohngebäudes.

Die Mühle liegt im bauplanungsrechtlichen Außenbereich (§ 35 BauGB). Die geplante Erweiterung war nicht mehr als „angemessen“ im Sinne des Begünstigungstatbestands des § 35 Abs. 4 Nr. 6 BauGB zu qualifizieren. Deshalb forderte die Baurechtsbehörde des Landratsamtes Hohenlohe-

¹⁴⁸ Vgl. BayVGh, Urteil vom 30.07.2007, BauR 2008, 66; vgl. auch VGh BW Urteil vom 15.03.2003 – AZ. 3 S 2827/02, JURIS Rn. 31.

¹⁴⁹ Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, Rn. 81.

¹⁵⁰ Die Brettach und der Mühlkanal sind Gewässer 2. Ordnung.

¹⁵¹ Rechtsverordnung des Landratsamtes Hohenlohekreis über die Erklärung von Überschwemmungsgebieten an der Brettach vom 21.12.1984. Vgl. Anhang: Anlage 2.

kreis für eine Genehmigungsfähigkeit im Hinblick auf Hochwasserschutz, Auswirkung auf das Landschafts- und Ortsbild, den Naturschutz und die verkehrsmäßige Erschließung, die Aufstellung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplanes gem. § 12 BauGB.

Eine Erweiterung des Mühlenbetriebes ist standortbedingt nur innerhalb des ÜSG möglich. Durch in Vorjahren durchgeführte Gewässerausbaumaßnahme hat sich die Hochwassersituation für den Betrieb merklich verbessert. Die Alternative einer Standortaufgabe und Betriebsverlagerung in ein Gewerbegebiet war weder vom Betreiber noch von der Gemeinde gewünscht.

Da das Plangebiet vollständig im rechtskräftig ausgewiesenen ÜSG der Brettach liegt, stand dem Bebauungsplan zunächst die ÜSG-VO entgegen. Dieses Hindernis wurde durch eine Genehmigung der Wasserbehörde beim Landratsamt Hohenlohekreis nach § 3 der ÜSG-VO überwunden. Zum Ausgleich des Eingriffs in das ÜSG wurde ein öffentlich-rechtlicher Vertrag mit dem Mühlenbetreiber geschlossen, in dem dieser sich zur Herstellung des Retentionsausgleichs mit einem Volumen von 350 m³ im Bereich der Brettach oberhalb des Plangebietes verpflichtete.¹⁵²

Zur Einbindung des Plangebietes in die Umgebung wurden im Bebauungsplan Flächen mit Pflanzzwang sowie Flächen nach § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Boden, Natur und Landschaft ausgewiesen. Diese entlang der Brettach und des Mühlkanals ausgewiesenen Flächen wurden mit dem Zweck Gewässerrandstreifen und dem Ziel Sukzession als Auwald festgesetzt.

Siloanlage und Wohnhausneubau sind inzwischen ebenso realisiert, wie die im Bebauungsplan und der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung fixierten Ausgleichsmaßnahmen.

¹⁵² Die Genehmigungserteilung entsprechend § 3 der ÜSG-VO erfolgte **vor** Aufstellung des Bebauungsplanes. Das ist grundsätzlich nicht zwingend erforderlich. Für das Bebauungsplanverfahren ist das Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen ausreichend. Die entsprechende Erteilung der wasserrechtlichen Genehmigung kann bei der Vorhabenzulassung erfolgen. Vgl. VGH BW Urteil vom 15.03.2003 – Az. 3 S 2827/02, JURIS Rn. 31.

7.2 Nach Wasserhaushaltsgesetz

7.2.1 Grundsätzliches Planungsverbot

§ 31 b Abs. 4 Satz 1 WHG schließt – von den unabweisbaren Ausnahmefällen der Hafenanlagen und Werften abgesehen – die Ausweisung neuer Baugebiete in nach Absatz 2 Satz 3 und 4 festgesetzten ÜSG durch Bauleitpläne grundsätzlich aus.¹⁵³ Mit dieser Regelung soll der Entstehung von hochwassergefährdeten Neubaugebieten entgegengewirkt werden.¹⁵⁴

Das grundsätzliche Verbot der Bauleitplanung in ÜSG stellt einen durch Abwägung nicht überwindbaren Planungsleitsatz dar.¹⁵⁵ Sinn und Zweck dieses Bauleitplanungsverbots ist es, „den Flüssen mehr Raum zu geben und der Entstehung außerordentlich hoher Schäden vorzubeugen“.¹⁵⁶

Mit den Bauleitplänen sind Flächennutzungspläne (als vorbereitende Bauleitpläne) und Bebauungspläne (als verbindliche Bauleitpläne) gemeint.¹⁵⁷

Das Planungsverbot findet keine Anwendung auf Innenbereichssatzungen nach § 34 Abs. 4 Nr. 1 bis 3 BauGB oder Außenbereichssatzungen nach § 35 Abs. 6 BauGB, da es sich hierbei nicht um Bauleitpläne handelt. Die Begründung neuer Baurechte im Innenbereich ist grundsätzlich weiterhin möglich, gem. § 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 und 3 BauGB.¹⁵⁸ Die Rechtmäßigkeit der Innenbereichssatzung ist nach § 31 b Abs. 6 Satz 1 WHG zu beurteilen.¹⁵⁹ Dasselbe gilt auch für Außenbereichssatzungen.¹⁶⁰

¹⁵³ BT-Drs. 15/3168, S. 14.

¹⁵⁴ Vgl. Kotulla, NVwZ 2006, 129, (131).

¹⁵⁵ Vgl. Paul/Pfeil, NVwZ 2006, 505, (507); Mitschang, LKV 2006, 433, (437); vgl. ferner Stürer, ZfBR 2007, 17, (19): Es handelt sich nicht um ein Berücksichtigungs- sondern um ein Beachtensgebot. Ausführlich zu diesen Begrifflichkeiten: Stürer, NuR 2004, 415, (416).

¹⁵⁶ BT-Drs. 15/3168, S. 14.

¹⁵⁷ Vgl. § 1 Abs. 2 BauGB.

¹⁵⁸ So auch Hünnekens/Arnold, BauR 2006, 1232, (1236); vgl. § 62 der Entwurfsfassung des UGB II [Stand: 19.11.2007], wonach nunmehr gem. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 vorgesehen ist, dass künftig nicht nur die Ausweisung von neuen Baugebieten durch Bauleitpläne, sondern auch jede andere Ausweisung nach dem BauGB verboten sein soll.

¹⁵⁹ Vgl. dazu Abschnitt 7.3, Der Erlass einer Innenbereichssatzung ist nur zulässig, wenn die Anforderungen des § 31 b Abs. 6 WHG erfüllt sind.

¹⁶⁰ Vgl. Entwurf zum UGB II [Stand: 19.11.2007]: § 62 Abs. 1 enthält eine Auflistung von Handlungen (Nr. 1 bis 9), die in festgesetzten ÜSG untersagt ist. Nr. 1 verbietet „die Ausweisung von neuen Baugebieten in einem Verfahren nach dem Baugesetzbuch, ausgenommen für Häfen und Werften“ und übernimmt damit die Regelung des § 31 b Abs. 4 Satz 1 WHG, erweitert sie aber dadurch, dass nicht nur die Ausweisung neuer Baugebiete durch Bauleitpläne, sondern auch jede andere Ausweisung nach dem BauGB verboten

7.2.2 Ausnahmsweise Zulassung

7.2.2.1 Voraussetzungen

Die nach Landesrecht zuständige Behörde kann die Ausweisung neuer Baugebiete nur noch unter engen Voraussetzungen im Einzelfall ausnahmsweise zulassen¹⁶¹, wenn (1) keine anderen Möglichkeiten der Siedlungsentwicklung bestehen oder geschaffen werden können, (2) das neu auszuweisende Baugebiet unmittelbar an ein bestehendes Baugebiet angrenzt¹⁶², (3) eine Gefährdung von Leben sowie erhebliche Gesundheits- oder Sachschäden nicht zu erwarten sind, (4) der Hochwasserabfluss und die Höhe des Wasserstandes nicht nachteilig beeinflusst werden, (5) die Hochwasserrückhaltung nicht beeinträchtigt und der Verlust von verloren gehendem Rückhalteraum umfang-, funktions- und zeitgleich ausgeglichen wird, (6) der bestehende Hochwasserschutz nicht beeinträchtigt wird, (7) keine nachteiligen Auswirkungen auf Ober- und Unterlieger zu erwarten sind, (8) die Belange der Hochwasservorsorge beachtet sind und (9) die Bauvorhaben so errichtet werden, dass bei dem Bemessungshochwasser, das der Festsetzung des ÜSG zu Grunde gelegt wurde, keine baulichen Schäden zu erwarten sind.

Die Ausweisung neuer Baugebiete in ÜSG ist den Gemeinden nicht vollständig untersagt. Sie bedarf jedoch einer erhöhten Rechtfertigung. Die ausnahmsweise Zulassung nach § 31 b Abs. 4 Satz 2 WHG bedingt, dass alle neun im Gesetz genannten Voraussetzungen kumulativ vorliegen.¹⁶³

Teilweise entsprechen diese Anforderungen den Vorgaben im baden-

ist. Die Absätze 2 bis 4 des § 62 UGB II regeln Ausnahmen von den Verboten nach Abs. 1. In Abs. 2 werden die in § 31 b Abs. 4 Satz 2 WHG aufgeführten 9 Voraussetzungen für die ausnahmsweise Zulassung einer Baugebietsausweisung 1:1 übernommen. Die Ausnahmen nach Absatz 3 entsprechen § 31 b Abs. 4 Sätze 3 und 4 WHG.

¹⁶¹ Vgl. Czychowski/Reinhardt, WHG, 9. Aufl., § 31 b, Rn. 63; Hünnekens/Arnold, BauR 2006, 1232, (1239): „Der Begriff der Zulassung spricht für einen eigenständigen Rechtsakt. Damit wäre durch § 31 b Abs. 4 Satz 2 WHG ein Genehmigungstatbestand für Bauabwägungspläne außerhalb des § 10 Abs. 2 BauGB eingeführt worden.“

¹⁶² Diese Anforderung stellt bereits § 78 a Satz 1 WG (... , die an eine bestehende Bebauung *angrenzen*, ...) neben den in § 78 a Satz 1 Nr. 1 bis 4 aufgeführten Voraussetzungen. Vgl. LT-Drs. 13/2619, S. 59.

¹⁶³ Übereinstimmend: Berendes, ZfW 2005, 197, (207); Kotulla, NVwZ 2006, 129, (131); Hünnekens/Arnold, BauR 2006, 1232, (1237); Mitschang, LKV 2006, 433 (435); Paul/Pfeil, NVwZ 2006, 505, (507); Knopp, in: S/Z/D/K, WHG, 31 b, Rn. 63.

württembergischen WG (§ 78 a WG).¹⁶⁴ Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen trägt der kommunale Planungsträger.¹⁶⁵ Die Gemeinde hat die Zulassungsvoraussetzungen bei der Aufstellung des Bauleitplans abzu prüfen und im Einzelnen in der Begründung darzulegen.¹⁶⁶ Auch bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Zulassung muss die Gemeinde die Belange des Hochwasserschutzes im Sinne des § 1 Abs. 6 Nr. 12 BauGB in die bauleitplanerische Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB einstellen.¹⁶⁷

7.2.2.2 Rechtsfolgen

Mit der Zulassung des Bauleitplanes treten die Rechtswirkungen eines festgesetzten ÜSG nicht außer Kraft.¹⁶⁸ Die Genehmigungspflicht für Vorhaben¹⁶⁹ gilt auch für Bauvorhaben, die in einem Baugebiet verwirklicht werden sollen, dessen Ausweisung in einem festgesetzten ÜSG nach § 31 b Abs. 4 Satz 2 zugelassen wurde.¹⁷⁰

Das Prüfprogramm im Rahmen der Bauleitplanung und der Einzelvorhabenzulassung ist nahezu identisch. Das wirft zunächst die Frage auf, ob es sinnvoll und gewollt ist, ein Vorhaben im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, für den bereits eine Zulassung nach § 31 b Abs. 4 WHG ausgesprochen wurde, „nochmals“ an § 31 b Abs. 4 WHG zu messen.

Für eine erneute Prüfung spricht, dass für die Zulassung einer Baugebietsausweisung in ÜSG zwar die neun Voraussetzungen des § 31 b Abs. 4 Satz 2 WHG erfüllt sein müssen, die Gemeinde dabei aber

¹⁶⁴ Vgl. Jekel, ZUR 2005, 393, (397), siehe auch Abschnitt 7.1; in diese Richtung auch Würtenberger, VBIBW 2008, 15, (18, Fn. 44).

¹⁶⁵ Munk, WuA 2005, 20, (22); Kotulla, WHG, 2007, § 31 b Rn. 85; abweichend Mitschang, LKV 2006, 433, (435): Der Planungsträger müsse im Rahmen von Alternativprüfungen darlegen, dass keine anderen Möglichkeiten der Siedlungsentwicklung bestehen oder geschaffen werden können. Alle weiteren Voraussetzungen (Nr. 2 bis 9) würden in den Zuständigkeitsbereich der Wasserbehörden fallen.

¹⁶⁶ Die Darstellung kann im Umweltbericht (§ 2 a BauGB) erfolgen, wobei zu beachten ist, dass die Anforderungen an die Bauleitplanung in ÜSG über die Ermittlung, Beschreibung und Bewertung von Umweltbelangen hinaus gehen. Stüer, Der Bebauungsplan, Rn. 678.

¹⁶⁷ Mitschang, LKV 2006, 433, (437).

¹⁶⁸ Vgl. demgegenüber § 78 a WG.

¹⁶⁹ Vgl. § 31 b Abs. 4 Satz 3 WHG.

¹⁷⁰ Vgl. Hünnekens/Arnold, BauR 2006, 1232, (1241).

die Möglichkeit hat, gewisse Anforderungen in parallele Verwaltungsverfahren oder Nachfolgeverfahren zu verlagern.¹⁷¹ Ist die bauliche Nutzung eines ausgewiesenen Baugebiets grundsätzlich mit den Belangen des Hochwasserschutzes vereinbar, kann die Gemeinde Einzelheiten der Nachsteuerung dem Baugenehmigungsverfahren überlassen.¹⁷² Damit die erforderlichen Ausgleichsmaßnahmen für den Eingriff in das ÜSG auch tatsächlich vorgenommen werden, ist es hier folgerichtig auch in einem nach § 31 b Abs. 4 Satz 2 WHG zugelassenen Baugebiet bei der Vorhabenzulassung § 31 b Abs. 4 WHG erneut als Maßstab genommen wird.

7.2.3 Einzelne Probleme

7.2.3.1 Neuausweisung eines Baugebiets

Das Planungsverbot in § 31 b Abs. 4 Satz 1 WHG richtet sich gegen die Ausweisung neuer Baugebiete. Zu klären ist, was unter einem „neuen Baugebiet“ zu verstehen ist. Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass es sich um Baugebiete im Sinne der BauNVO handelt.¹⁷³

Dem Wortlaut nach sind mit „neuen Baugebieten“ solche Baugebiete gemeint, die festgesetzt werden, um erstmals eine zusammenhängende Bebauung zu ermöglichen.¹⁷⁴ Die Vorschrift erfasst demnach den bisherigen bauplanungsrechtlichen Außenbereich, nicht dagegen die Überplanung oder Umplanung bestehender Siedlungsbereiche (faktischer Bebauungsbereich).¹⁷⁵ Für die bloße Erfassung des Außenbereichs sprechen auch die in § 31 b Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 WHG geforderten Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Zulassung der Baugebietsausweisung.

¹⁷¹ Das könnte insbesondere bei Voraussetzung Nr. 9, die sich durch besondere Gestaltung der Bauten (z.B. Stelzenbauten) erfüllen lässt, in Betracht gezogen werden. Darüber hinaus enthält der abschließende Katalog des § 9 Abs. 1 Nr.1 bis 26 BauGB im Hinblick auf eine hochwasserangepasste oder –sichere Bauausführung auch keine entsprechende Festsetzungsmöglichkeit.

¹⁷² Stür, ZfBR 2007, 17, (19). Verstärkt wird dieses Argument durch die mit dem HWSG neu eingeführte Vorsorge- und Schadensminderungspflicht für jeden, der von Hochwasser betroffen sein kann. Vgl. § 31 a Abs. 2 WHG.

¹⁷³ BT-Drs. 15/3168, S. 14.

¹⁷⁴ BT-Drs. 15/35100, S. 4, vgl. auch Kotulla, WHG, 2007, § 31 b Rn. 81.

¹⁷⁵ Knopp, in: S/Z/D/K, WHG, § 31 b Rn. 60.

Es dürfen keine anderen Möglichkeiten der Siedlungsentwicklung bestehen oder geschaffen werden können.¹⁷⁶ Weitere Anforderung ist, dass das neu auszuweisende Baugebiet unmittelbar an ein bestehendes Baugebiet angrenzen muss.

Werden im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) gewachsene Baugebiete durch einen Bebauungsplan bestätigt, ist das keine Ausweisung neuer Baugebiete im Sinne des § 31 b Abs. 4 WHG.¹⁷⁷ Das Bauplanungsverbot nach § 31 b Abs. 4 Satz 1 und 2 WHG greift hier nicht. Es ist keine ausnahmsweise Zulassung für den Bebauungsplan erforderlich. Den Belangen des Hochwasserschutzes wird auf der Ebene der Anlagenzulassung Rechnung getragen, da § 31 b Abs. 4 Satz 3 WHG alle Bebauungsbereiche erfasst.¹⁷⁸

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass die Überplanung eines bebauten Gebietes nur dann zulässig ist, wenn dabei lediglich der Status quo bestehender Baurechte festgeschrieben wird.¹⁷⁹ Sobald neue Baurechte geschaffen würden und das Retentionsvolumen infolgedessen verringert werde, komme dies der Ausweisung eines neuen Baugebiets gleich und sei nach § 31 b Abs. 4 Satz 1 WHG regelmäßig unzulässig.¹⁸⁰ Dem kann entgegengehalten werden, dass die Verringerung des Retentionsvolumens nicht unweigerlich zur Unzulässigkeit führen muss, da der Anforderungskatalog für eine ausnahmsweise Zulassung die Möglichkeit der Herstellung eines umfang-, funktions- und zeitgleichen Ausgleichs vorsieht (Nr. 5).

Die Überplanung bereits bebauter Gebiete fällt nicht unter den Begriff der Neuausweisung eines Baugebiets. Selbst dann nicht, wenn geringfügig mehr als nur der Status quo bestätigt wird. Würde keine Überplanung stattfinden, könnten die Baulücken dennoch bebaut werden nach

¹⁷⁶ Vgl. Heiland, WG, zu § 78 a WG, dessen Nr. 1 identisch ist mit § 31 b Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 WHG. Es wird als andere Möglichkeiten der Siedlungsentwicklung auch die Bebauung von Baulücken genannt.

¹⁷⁷ Czychowski/Reinhardt, WHG, 9. Aufl., § 31 b Rn. 60; Breuer, NuR 2006, 614, (620); Hünnekens/Arnold, BauR 2006, 1232, (1236).

¹⁷⁸ Vgl. Abschnitt 5.2.

¹⁷⁹ Hünnekens/Arnold, BauR 2006, 1232, (1236); Breuer, NuR 2006, 614, (620).

¹⁸⁰ So Hünnekens/Arnold, BauR 2006, 1232, (1236).

§ 34 BauGB. Hochwasserschutzbelange werden sowohl in der Abwägung als auch im Rahmen der Anlagenzulassung geprüft.

7.2.3.2 Unmittelbares Angrenzen an ein bestehendes Baugebiet

Als Voraussetzung für die Zulassung einer Abweichung vom Bauplanungsverbot des § 31 b Abs. 4 WHG wird verlangt, dass das neu auszuweisende Baugebiet unmittelbar an ein bestehendes Baugebiet angrenzen muss (§ 31 b Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 WHG).

Unter Baugebieten im Sinne des § 1 Abs. 2 BauNVO sind darunter die in Bauleitplänen nach der besonderen Art der baulichen Nutzung¹⁸¹ dargestellten, für die Bebauung vorgesehenen Flächen zu verstehen. Demzufolge müsste es sich bei dem bestehenden Baugebiet um ein durch Bebauungsplan ausgewiesenes Baugebiet handeln.¹⁸² Bei einem Angrenzen des neu auszuweisenden Baugebiets an ein Innenbereichsgebiet nach § 34 BauGB wäre die Voraussetzung des § 31 b Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 WHG nicht erfüllt. Gegen diese enge Auslegung des Begriffs „Baugebiet“ spricht, dass es keinen erkennbaren sachlichen Grund für die Schlechterstellung des faktischen Bebauungsbereiches nach § 34 BauGB gibt.¹⁸³ Sinn und Zweck des Arrondierungsgrundsatzes ist es, dass die Bildung von Bauflächen als „Inseln“ in ÜSG vermieden wird.¹⁸⁴ Dieser Zweck wird auch durch das unmittelbare Angrenzen an ein nach § 34 BauGB zu beurteilendes Gebiet gewahrt, weshalb der unbeplante Innenbereich zu den bestehenden Baugebieten im Sinne dieser Vorschrift zu zählen ist.¹⁸⁵

¹⁸¹ Beispielsweise Wohn-, Dorf-, Mischgebiet.

¹⁸² So Kotulla, WHG, 2007, § 31 b Rn. 88.

¹⁸³ So zutreffend Heemeyer, Auswirkungen des Hochwasserschutzgesetzes auf Raumordnungs- und Bauleitpläne, S. 31; anderer Ansicht Kotulla, WHG, 2007, § 31 b Rn. 88.

¹⁸⁴ Der Gesetzesbegründung zu § 31 b Abs. 4 WHG ist hierzu nichts zu entnehmen. Diese geht nur darauf ein, dass es sich bei den neu auszuweisenden Baugebieten um Baugebiete im Sinne der BauNVO handele. Auf Anforderungen an die bestehenden Baugebiete wird nicht eingegangen. Vgl. aber LT-Drs. 13/2619, S. 59, Begründung zu § 78 a; Die Anforderung des unmittelbaren Angrenzens wurde nach dem Vorbild von § 78 a WG als Nr.2 in den Voraussetzungskatalog des § 31 b Abs. 4 Satz 2 WHG aufgenommen. Zur Vorbildfunktion des § 78 a WG vgl. Kotulla, WHG, 2007, § 31 b Rn.88.

¹⁸⁵ Hünnekens/Arnold, BauR 2006, 1232, (1238/1239).

Unmittelbares Angrenzen zeichnet sich dadurch aus, dass das neu auszuweisende Baugebiet ohne Zwischenräume an das bestehende angrenzt. Beide Gebiete müssen „nahtlos“ aneinander anschließen und dürfen nicht durch weiterhin dem ÜSG zugehörige Flächen voneinander getrennt sein.¹⁸⁶ Werden bestehendes und neu auszuweisendes Baugebiet beispielsweise durch eine Straße getrennt, wird wohl im Einzelfall zu prüfen sein, ob die Unmittelbarkeit des Angrenzens bejaht werden kann.

Angrenzen bedeutet, eine gemeinsame Grenze zu haben (vgl. § 55 Abs. 1 Satz 1 LBO). Bei der Beurteilung des unmittelbaren Angrenzens an das bestehende Baugebiet stellt sich daher die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Straße noch zum Baugebiet gehört.

Einer Gemeindestraße kommt eine andere Verkehrsbedeutung zu als einer Landesstraße. Gemeindestraßen dienen dem örtlichen Verkehr zwischen benachbarten Gemeinden sowie innerhalb einer Gemeinde (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Straßengesetz (StrG)). Gemeindestraßen im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 StrG, so genannte Ortstraßen, regeln den allgemeinen innerörtlichen Verkehr¹⁸⁷ und dienen „... dem Verkehr innerhalb der geschlossenen Ortslagen oder innerhalb eines in einem Bebauungsplan festgesetzten Baugebiets“.¹⁸⁸ Ortstraßen sind Erschließungsanlagen nach § 127 Abs. 2 BauGB.¹⁸⁹ Eine Straße, durch die Grundstücke erschlossen werden, ist Bestandteil des Baugebiets. Ein sich anschließendes neues Baugebiet grenzt in diesem Fall an das bestehende an.

Anders verhält es sich bei Landesstraßen. Gegen eine Zugehörigkeit zum Baugebiet spricht die Verkehrsbedeutung der Straße. Landesstraßen sind Teil eines überregionalen Verkehrsnetzes.¹⁹⁰ Sie dienen vorwiegend dem durchgehenden Verkehr innerhalb des Landes. Unter Durchgangsverkehr ist hierbei jeder weiträumige Verkehr über mehrere Landkreise hinweg¹⁹¹ zu verstehen. Demnach sind Landesstraßen nicht dazu bestimmt, den

¹⁸⁶ So Kotulla, WHG, 2007, § 31 b Rn. 87.

¹⁸⁷ Lorenz/Will, StrG BW, § 3 Rn. 34.

¹⁸⁸ § 3 Abs. 2 Nr. 2 StrG.

¹⁸⁹ Nagel, StrG BW, § 3 Rn. 22.

¹⁹⁰ Lorenz/Will, StrG BW, § 3 Rn. 20.

¹⁹¹ Nagel, StrG BW, § 3 Rn. 12.

Verkehr innerhalb eines Baugebietes zu regeln oder gar Baugrundstücke zu erschließen. Die Landesstraße gehört deshalb nicht zum Baugebiet.¹⁹² Daneben spricht auch die optische Wirkung von Landesstraßen für diese Auslegung. Landesstraßen stellen häufig eine Zäsur in der Landschaft dar. Bei parallelem Verlauf der Landesstraße zum Fluss, trennt die Straße die Wohnbebauung von den Flusstälern. Bei einer Ausdehnung der Bebauung Richtung Gewässer, kann nicht mehr von einem Zusammenhang mit dem Baugebiet auf der anderen Straßenseite gesprochen werden.¹⁹³ Was jenseits der Landesstraße entsteht, wirkt wie etwas völlig Neues und ist unabhängig von der vorhandenen Bebauung zu beurteilen. Ein geplantes Baugebiet jenseits der Landesstraße grenzt nicht an das bereits bestehende Baugebiet auf der anderen Straßenseite an.

7.3 Vorgaben für die Berücksichtigung des vorbeugenden Hochwasserschutzes in der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB

7.3.1 Belange des Hochwasserschutzes

Die in § 1 Abs. 6 BauGB aufgezählten Planungsleitlinien wurden durch Art. 2 des HWSG um eine Nr. 12 ergänzt. „Die Belange des Hochwasserschutzes“ umfassen den Rückhalt von Hochwasser, die Gewährleistung eines schadlosen Wasserabflusses und die Vorbeugung der Entstehung von Hochwasserschäden.¹⁹⁴ Die Hochwasserschutzbelange wurden aus den Belangen des Wassers¹⁹⁵ herausgenommen und als eigenständiger Belang eingefügt. Dadurch wird klargestellt, dass die Belange des Hochwasserschutzes bei der Aufstellung, Änderung, Ergänzung und Aufhebung von Bauleitplänen im Rahmen der bauleitplanerischen Abwägung nach

¹⁹² Beachte die Besonderheiten bei Ortsdurchfahrten gem. § 8 StrG. Zur Erschließungsfunktion vgl. Lorenz/Will, StrG BW, § 8 Rn. 13.

¹⁹³ Zu beachten sind ferner die Anbaubeschränkungen gem. § 22 StrG. Vgl. in diesem Zusammenhang zur Erschließungsfunktion Lorenz/Will, StrG BW, § 22 Rn. 10.

¹⁹⁴ Heemeyer, Auswirkungen des Hochwasserschutzgesetzes auf Raumordnungs- und Bauleitpläne S. 44f.

¹⁹⁵ § 1 Abs. 6 Nr. 7 a BauGB.

§ 1 Abs. 7 BauGB ausdrücklich zu berücksichtigen sind.¹⁹⁶ Es besteht eine Verpflichtung zur Abwägung, bei der es unerheblich ist, ob ÜSG oder überschwemmungsgefährdete Gebiete als nachrichtliche Übernahme oder Vermerke im Bauleitplan aufgenommen sind.¹⁹⁷

Von besonderer Bedeutung ist die Vorschrift, soweit ÜSG noch nicht festgesetzt oder vorläufig gesichert sowie überschwemmungsgefährdete Gebiete noch nicht festgestellt sind.¹⁹⁸ Was die ÜSG anbelangt, greifen die speziellen wasserrechtlichen Instrumente (§ 78/78 a WG bzw. § 31 b Abs. 4 WHG) in diesem Stadium noch nicht. § 31 c WHG dagegen enthält keine eigenen, unmittelbar auf die Bauleitplanung einwirkenden, Regelungen¹⁹⁹, weshalb überschwemmungsgefährdete Gebiete nach § 31 c WHG²⁰⁰ ohnehin (nur) von der Planungsleitlinie in § 1 Abs. 6 Nr. 12 BauGB erfasst werden. Über ihre bauliche Inanspruchnahme ist im Rahmen der bauleitplanerischen Abwägung zu entscheiden.²⁰¹

7.3.2 Pflicht zur Erhaltung von Überschwemmungsgebieten

§ 31 b Abs. 6 Satz 1 WHG²⁰² normiert die bundesrechtliche Pflicht zur Erhaltung von ÜSG nach den Absätzen 1, 2 und 5 in ihrer Funktion als Rückhalteflächen („prinzipielle Bestandsgarantie“²⁰³). Es handelt sich bei dieser Regelung um unmittelbar geltendes Recht, das bei der Bauleitplanung zu beachten ist.²⁰⁴ Das Erhaltungsgebot ist kein verbindlicher Planungsleit-

¹⁹⁶ BT-Drs. 15/3168, S. 9.

¹⁹⁷ Mitschang, LKV, 2006, 433, (437).

¹⁹⁸ Söfker in: E/Z/B/K, BauGB, § 1 Abs. 6 Nr. 12 Rn. 178.

¹⁹⁹ Kotulla, WHG, 2007, § 31 c Rn. 20.

²⁰⁰ Die Gebietskategorie „überschwemmungsgefährdete Gebiete“ fällt im UGB II als eigenständige Kategorie weg. Die bisher als überschwemmungsgefährdete Gebiete ermittelten und in Kartenform dargestellten Bereiche fallen dann künftig unter den neuen Begriff der sog. „Risikogebiete“ und können in diesem Rahmen ohne weiteres fortgeführt werden. Vgl. Begründung zur Entwurfsfassung des UGB II [Stand 19.11.2007], S. 66.

²⁰¹ Mitschang, LKV, 2006, 433, (437).

²⁰² § 31 b Abs. 6 WHG wird in das UGB II übernommen (§ 61 UGB II). Vgl. Begründung zur Entwurfsfassung des UGB II [Stand 19.11.2007], S. 71.

²⁰³ So Kotulla, WHG, 2007, § 31 b Rn. 141.

²⁰⁴ Vgl. BayVGH, Beschluss vom 29.09.2004, BauR 2005, 66ff; Burgi/Deichmüller, DÖV 2003, 358, (365 mit Fn. 50).

satz, sondern ein Optimierungsgebot²⁰⁵, das im Rahmen der planerischen Abwägung berücksichtigt werden muss.²⁰⁶

Durch den Verweis auf die Absätze 1, 2 und 5 wird klargestellt, dass sich der Anwendungsbereich dieser Vorschrift auf sämtliche Arten von ÜSG erstreckt.²⁰⁷ Die Erhaltungspflicht gilt sowohl für festgesetzte als auch für nicht festgesetzte ÜSG.²⁰⁸

Die Anforderungen an die Erhaltung von Rückhalteflächen des neuen § 31 b Abs. 6 WHG entsprechen dem § 32 Abs. 2 WHG a. F., wonach ÜSG nicht schon dann in ihrer Funktion beseitigt werden dürfen, wenn andernfalls das Wohl der Allgemeinheit beeinträchtigt ist, sondern nur dann, wenn einem Erhalt überwiegende Allgemeinwohlgründe **entgegenstehen**.²⁰⁹ Dadurch wird dem Hochwasserschutz ein besonderes Gewicht verliehen. Soweit dem Erhalt eines ÜSG überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit entgegenstehen, sind rechtzeitig die notwendigen Ausgleichsmaßnahmen zu treffen. Ausgleichsmaßnahmen dienen dazu, die Beeinträchtigung oder Beseitigung der Wasserrückhalteflächen durch Schaffung eines gleichwertigen Zustands zu kompensieren.²¹⁰ Die Ausgleichspflicht ist subsidiär.²¹¹ Die Frage eines Ausgleichs stellt sich erst, sobald feststeht, dass das Erhaltungsgebot zurückzutreten hat, weil seiner Beachtung überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit entgegenstehen.²¹² Dass dem Erhalt „überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit entgegenstehen“ ist unabdingbare Voraussetzung für ein Abweichen vom Erhaltungsgebot.

Wenn auch die bauplanungsrechtlichen Beschränkungen des § 31 b Abs. 4 WHG mangels landesrechtlicher Umsetzung hinsichtlich der Gebietsfestsetzungen noch nicht zur Anwendung kommen können, spielt

²⁰⁵ Vgl. auch Hünnekens/Arnold, BauR, 2006, 1232, (1237/1239).

²⁰⁶ BayVGh, Urteil vom 27.04.2004, NuR, 2005, 109; Paul/Pfeil, NVwZ 2006, 505, (509).

²⁰⁷ Vgl. Kotulla, WHG, 2007, § 31 b Rn. 141.

²⁰⁸ BayVGh, Urteil vom 27.04.2004, NuR 2005, 109; vgl. auch BT-Drs. 15/3168, S 14.

²⁰⁹ BayVGh, Urteil vom 30.07.2007, BauR 2008, 66; BayVGh, Urteil vom 27.04.2004, NuR 2005, 109.

²¹⁰ Kotulla, WHG, 2003, § 32 Rn. 22 (zu § 32 Abs. 2 WHG a. F.).

²¹¹ BayVGh, Urteil vom 27.04.2004, NuR 2005, 109, (110).

²¹² Vgl. BayVGh, Urteil vom 30.07.2007, BauR 2008, 66; BayVGh Beschluss vom 29.09.2004, BauR 2005, 66ff; BayVGh, Urteil vom 27.04.2004, NuR 2005, 109.

doch das Erhaltungsgebot des § 31 b Abs. 6 Satz 1 WHG für die Bauleitplanung eine wichtige Rolle. Es gilt seit dem Inkrafttreten des HWSG unmittelbar für alle ÜSG. Zwar ist das Erhaltungsgebot (nur) in der Abwägung zu berücksichtigen, aber dennoch kann nicht ohne Weiteres darüber hinweggegangen werden. Das Vorliegen „überwiegender Gründe des Wohl der Allgemeinheit“ ist gerichtlich überprüfbar. Von der Rechtsprechung wurden die Vorgaben des § 32 Abs. 2 WHG a. F. bisher eng interpretiert. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat einen Bebauungsplan, wegen Verstoßes gegen § 32 Abs. 2 Satz 1 WHG für nichtig erklärt. Der Bebauungsplan gebe die Funktion der überplanten Fläche als ÜSG auf, obwohl dem Erhalt keine überwiegenden Gründe des Wohls der Allgemeinheit entgegenstehen.²¹³

7.4 Nachrichtliche Übernahme und Vermerk von Gebieten in Bauleitplänen

7.4.1 Flächennutzungsplan (§ 5 Abs. 4 a BauGB)

Festgesetzte ÜSG im Sinne des § 31 b Abs. 2 Sätze 3 und 4 WHG sollen gem. § 5 Abs. 4 a BauGB in den Flächennutzungsplan nachrichtlich übernommen werden. Noch nicht festgesetzte ÜSG nach § 31 b Abs. 5 WHG sollen, wie auch die überschwemmungsgefährdeten Gebiete im Sinne des § 31 c WHG, im Flächennutzungsplan vermerkt werden.²¹⁴

Die Bestimmung gilt ausdrücklich nur für festgesetzte ÜSG im Sinne des § 31 b Abs. 2 Sätze 3 und 4 WHG sowie für vorläufig gesicherte ÜSG im Sinne des § 31 b Abs. 5 WHG und überschwemmungsgefährdete Gebiete (§ 31 c WHG). Nach bisherigem Recht festgesetzte oder ausgewiesene

²¹³ Vgl. BayVGH, Urteil vom 27.04.2004, NuR 2005, 109, (110).

²¹⁴ Der Unterschied zwischen einer nachrichtlichen Übernahme und einem Vermerk besteht darin, dass eine nachrichtliche Übernahme rechtswirksam festgesetzte Vorgaben für die Bodennutzung betrifft. Vermerkt werden Planungen oder sonstige Nutzungsregelungen, die noch nicht nach anderen Vorschriften festgesetzt sind, deren Festsetzung aber beabsichtigt ist. Vgl. Mitschang, LKV 2006, 433, (438f).

ÜSG werden nach § 5 Abs. 4 BauGB nachrichtlich übernommen oder vermerkt.²¹⁵

§ 5 Abs. 4 a BauGB bezieht sich nicht auf überschwemmungsgefährdete Gebiete, die nach § 31 c Abs. 1 Satz 2 WHG zu ermitteln und in Kartenform darzustellen sind. Demnach werden auch Gebiete, in denen durch Überschwemmungen keine erheblichen Beeinträchtigungen des Wohls der Allgemeinheit entstehen können ebenfalls von der Regelung erfasst. Das bedeutet, dass diese überschwemmungsgefährdeten Gebiete zwar nicht ermittelt und in Karten dargestellt werden müssen, aber sehr wohl im Flächennutzungsplan vermerkt werden sollen.

Nachrichtliche Übernahme und Vermerk haben lediglich Hinweischarakter.²¹⁶ Rechtswirkungen ergeben sich aus den für die Planung maßgeblichen anderen Vorschriften, in diesem Fall aus den Vorschriften des Wasserrechts.²¹⁷ Mit der Einfügung des § 5 Abs. 4 a BauGB wird die Bedeutung des vorbeugenden Hochwasserschutzes hervorgehoben.²¹⁸ Die betroffene Öffentlichkeit soll frühzeitig auf Hochwassergefahren aufmerksam gemacht werden.²¹⁹

7.4.2 Bebauungsplan (§ 9 Abs. 6 a BauGB)

§ 9 Abs. 6 a BauGB ist die Komplementärvorschrift zu § 5 Abs. 4 a BauGB. Festgesetzte ÜSG im Sinne von § 31 b Abs. 2 Sätze 3 und 4 WHG sollen in Bebauungspläne nachrichtlich übernommen werden (§ 9 Abs. 6 a Satz 1 BauGB). Noch nicht festgesetzte ÜSG nach § 31 b Abs. 5 WHG sollen, wie auch die überschwemmungsgefährdeten Gebiete im Sinne des § 31 c WHG, im Bebauungsplan vermerkt werden.

Die Ausführungen im vorangehenden Gliederungspunkt gelten entsprechend.

²¹⁵ Mitschang, LKV 2006, 433, (439).

²¹⁶ Reidt, in: Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, Rn. 170.

²¹⁷ Mitschang, LKV 2006, 433, (439).

²¹⁸ Das gilt auch für § 9 Abs. 6 a BauGB.

²¹⁹ BT-Drs. 15/3168, S. 16.

8 Fazit

ÜSG als Instrumenten des vorsorgenden Hochwasserschutzes ist eine große Bedeutung zuzumessen. Mit dem HWSG 2005 hat der Bundesgesetzgeber die Regelungen über ÜSG novelliert. Vor Inkrafttreten des HWSG enthielt die Norm des § 32 Abs. 1 WHG a. F. neben einer Legaldefinition des Begriffs ÜSG eine Verpflichtung der Länder zur Festsetzung dieser ÜSG und zum Erlass dem Schutz vor Hochwassergefahren dienender Vorschriften, *soweit es erforderlich war*. Diese Regelung eröffnete den Ländern einen erheblichen Ermessensspielraum infolgedessen ÜSG nur zurückhaltend ausgewiesen wurden.

Mit dem HWSG wurden die Vorgaben für die Festsetzung von ÜSG verschärft. Der durch das HWSG eingefügte § 31 b WHG wird zu Recht als „Kernstück des neuen Hochwasserschutzrechts“ bezeichnet. § 31 b Abs. 2 Satz 3 und 4 WHG verpflichtet die Länder zur flächendeckenden Festsetzung von ÜSG innerhalb von 5 bzw. 7 Jahren. Der Festsetzung ist ein hundertjährliches Hochwasserereignis zu Grunde zu legen, d. h. ein Hochwasserereignis, das statistisch einmal in hundert Jahren zu erwarten ist. Daneben wurden mit dem HWSG bundesweit Regelungen getroffen, die das Bauen und Planen im ÜSG einschränken. § 31 b Abs. 4 Satz 1 WHG sieht ein grundsätzliches Verbot der Ausweisung neuer Baugebiete in ÜSG nach § 31 b Abs. 2 Satz 3 und 4 WHG vor. Hierbei handelt es sich um einen Planungsleitsatz, der in der bauleitplanerischen Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB nicht überwunden werden kann. Ausnahmen vom grundsätzlichen Planungsverbot sind bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen möglich. Für die Errichtung und Erweiterung baulicher Anlagen in ÜSG nach § 31 b Abs. 2 Satz 3 und 4 WHG wurde ein zusätzliches Genehmigungserfordernis eingeführt (§ 31 b Abs. 4 Satz 3 WHG). Die zusätzliche Genehmigungspflicht gilt in allen Bebauungsbereichen. Die in § 31 b Abs. 4 WHG normierten bauplanungsrechtlichen Beschränkungen gelten aufgrund des Bezugs auf ÜSG nach § 31 b Abs. 2 Satz 3 und 4 WHG nur in ÜSG, die in Erfüllung der Verpflichtung in § 31 b Abs. 4 Satz 2

und 4 WHG festgesetzt wurden. Das Planen und Bauen in ÜSG bedarf also der erhöhten Rechtfertigung, ist aber nach wie vor möglich.

Mit dem HWSG hat der Bund den erforderlichen rechtlichen Rahmen für einen bundesweit einheitlichen Hochwasserschutz geschaffen. Problematisch ist allerdings, dass dem Bund für den Wasserhaushalt zum damaligen Zeitpunkt nur die Rahmengesetzgebungskompetenz zustand. Soweit das HWSG Regelungsaufträge an die Länder enthält, ist eine landesrechtliche Umsetzung notwendig, ohne die keine Rechte und Pflichten begründet werden. Im Gegensatz zu anderen Bundesländern ist der baden-württembergische Landesgesetzgeber seiner in § 42 WHG normierten Umsetzungspflicht bis zum 10.05.2007 nicht nachgekommen. Baden-Württemberg gehörte zu den wenigen Bundesländern, die schon vor dem HWSG des Bundes Regelungen zur Einschränkung der Bauleitplanung und ein Genehmigungserfordernis für bauliche Anlagen als präventive Zulassungskontrolle einführt haben (§§ 78, 78 a WG). Dennoch vermag die Auffassung der Landesregierung, den Rahmenregelungen wäre damit bereits entsprochen, nicht zu überzeugen. Die Vorschriften des WG bleiben auch wenn sie sich teilweise entsprechen hinter denen des WHG zurück. Das gilt sowohl für die Gebietsfestsetzungen und deren Anforderungen und Ausmaß sowie für die bauplanungsrechtlichen Beschränkungen. Im Ergebnis sind die neuen „schärferen“ Regelungen des Bundesgesetzes noch nicht anwendbar, da sie untrennbar mit den Gebietsfestsetzungen nach § 31 b Abs. 2 WHG verbunden sind. Infolgedessen bleibt es bei der Anwendung der §§ 77ff WG. Was die Bauleitplanung betrifft, verleiht das Erhaltungsgebot des § 31 b Abs. 6 WHG dem Hochwasserschutz ein hohes Gewicht. Für die Anwendung dieser Norm ist die fehlende Umsetzung der Länder unschädlich. Die Vorschrift ist nicht an Gebietsfestsetzungen gekoppelt und gilt, wie schon ihre Vorgängernorm, direkt.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass - ob nun nach altem oder neuen Recht - das Planen und Bauen in ÜSG unter bestimmten Voraussetzungen durchaus möglich ist. Nichtsdestotrotz darf dabei nicht vergessen werden, dass Hochwasser ein natürliches Ereignis ist, das weder ver-

meidbar noch planbar ist. Selbst wenn Gebäude hochwassersicher bis HQ₁₀₀ gebaut werden, bleibt ein gewisses Risiko dass es zu Schäden kommen kann, wenn ein größeres Hochwasserereignis als das zugrunde gelegte eintritt.

Trotz der Anwendungsprobleme des neuen Rechts ist eine Anpassung des WG an das WHG derzeit nicht geplant. Der Landesgesetzgeber beabsichtigt zunächst die Entwicklung des Umweltgesetzbuches (UGB) abzuwarten. Das Kern-UGB soll Anfang 2009 in Kraft treten. Ob dies tatsächlich der Fall sein wird und wenn nicht, wie der Landesgesetzgeber dann reagiert, wird sich zeigen. Auf die künftige Entwicklung im Hochwasserschutz kann man jedenfalls gespannt sein.

Anhang

Anlagenverzeichnis:

- Anlage 1:** E-Mail des Umweltministeriums - Antwort auf Anfrage
zum Wassergesetz.....XI
- Anlage 2:** Rechtsverordnung des Landratsamtes Hohenlohekreis.....XII
- Anlage 3:** Luftbildaufnahme Brettachau (M 1:2500)
(Das ausgewiesene Überschwemmungsgebiet ist
farbig gekennzeichnet).....XIV
- Anlage 4:** Genehmigungsplanung Brettachaupark BretzfeldXV
- Anlage 5:** Bebauungsplan „Mühle Scheppach/Brettach/Austraße“
- Karte der Ausgleichsmaßnahmen.....XVI

Anlage 1: E-Mail des Umweltministeriums - Antwort auf Anfrage zum
Wassergesetz

Datum: Tue, 22 Jan 2008 16:15:41 +0100 [22.01.2008 16:15:41 CET]

Von: "Bühler, Walter (UM)" <Walter.Buehler@um.bwl.de>

An: Walter_petra.stud05.fhov@fh-ludwigsburg.de

Cc: "Schwenger, Martin UUM" <Martin.Schwenger@um.bwl.de>, "Reb-
holz, Klemens UUM" <Klemens.Rebholz@um.bwl.de>

Betreff: Anfrage zum Wassergesetz

Sehr geehrte Frau Walter,

Eine Anpassung des WG an die Rahmenvorgaben des WHG ist jedenfalls derzeit nicht
beabsichtigt, da zunächst die Entwicklung des UGB abgewartet wird.

Diese wird in einem halben Jahr hinreichend eingeschätzt werden können.

Mit freundlichen Grüßen
Walter Bühler

Anlage 2: Rechtsverordnung des Landratsamtes Hohenlohekreis

R E C H T S V E R O R D N U N G

des Landratsamtes Hohenlohekreis

über die Erklärung von Überschwemmungsgebieten an der Brettach

vom 21.12.1984

Aufgrund des § 32 des Gesetzes zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz – WHG) vom 27. Juli 1957 (BGBl. I S. 1110) i. d. F. vom 16. Oktober 1976 (BGBl. I S. 3017), der §§ 77 bis 80 und des § 96 Abs. 1 des Wassergesetzes für Baden-Württemberg (WG) vom 15.02.1980 (GBl. S. 17) i. d. F. vom 26. April 1976 (GBl. S. 369) wird verordnet:

§ 1

Überschwemmungsgebiete

Zur Regelung des Wasserabflusses im Brettachtal werden die bei Hochwasser überschwemmten Gebiete der Gemarkungen Brettach, Geddelsbach, Unterheimbach, Adolzfurt, Scheppach, Bretzfeld, Rappach und Bitzfeld der Gemeinde Bretzfeld zu Überschwemmungsgebieten erklärt.

§ 2

Umfang der Überschwemmungsgebiete

(1) Die genauen Grenzen des Überschwemmungsgebietes ergeben sich aus den Lageplänen M = 1 : 2.500 des Wasserwirtschaftsamts vom 08.11.1984, in denen die landseitigen Grenzen des Überschwemmungsgebietes durch eine blaue Linie dargestellt sind. Die wasserseitige Grenze wird durch die Uferlinie der Brettach gebildet.

(2) Das Überschwemmungsgebiet umfasst insbesondere auf

1. **Gemarkung Brettach:** Teile der Gewanne Rohrholz, Madäcker, Weidenäcker, Halden, Hammelloh sowie das Gebiet südlich des Orts und zwischen Kreisstraße und Brettach unterhalb des Orts,
2. **Gemarkung Geddelsbach:** Teile der Gewanne Apothekerschlag, Steinbühl, Kittelwiesen, Mühlwiesen, Stöckerswiesen, Bildwiesen, Fuchswiesen, Herrenwiesen, Breibusch und Wolkenwiesen,
3. **Gemarkung Unterheimbach:** Teile der Gewanne Breibusch, Schlaitig, Lange Äcker und Brettachwiesen,

4. **Gemarkung Adolzfurt:** Teile der Gewanne Landgraben, Löwenbrünnele, Ge-reute, Eselsfurt, Wiesental, Erdbeerwiesen, Herrenwiesen, Lohwiesen, Rennwie-sen, Zwischen den Wassern, Schlosswiesen sowie der Bereiche Pulverfabrik und Austraße,

5. **Gemarkung Scheppach:** Teile der Gemarkungen Sollert (Pulverfabrik), Hofacker, Alter Garten, Zwischen den Wassern sowie der Bereich der Mühle,

6. **Gemarkung Bretzfeld:** Teile der Gewanne Zollstock, Steinich, Brühl, Kirch-wiesen, Rankwiesen sowie die Bereiche zwischen der Bebauung und der Brettach,

7. **Gemarkung Rappach:** Teile der Gewanne Mühlwiesen, Bergwiesen und Brühl,

8. **Gemarkung Bitzfeld:** Teile der Gemarkungen Hohenrain, Reeßweg, Zwischen den Wassern, Bei der Mühle, Bogen, Unter dem Dorf, Brühl, Mühlwengert, Mühlwiesen, Biret, Wildbäumle und Gumpenwiesen sowie des Brettachvorlandes im Bereich der Ortslagen von Bitzfeld und Weißlensburg.

(3) Die Lagepläne sind Bestandteil dieser Verordnung. Die Verordnung mit Lage-plänen wird beim Landratsamt Hohenlohekreis niedergelegt; eine weitere Ferti-gung liegt beim Bürgermeisteramt Bretzfeld auf. Sie kann dort während der Dienststunden kostenlos durch jedermann eingesehen werden.

§ 3

Beschränkungen in den Überschwemmungsgebieten

(1) In dem Überschwemmungsgebiet bedürfen einer wasserrechtlichen Genehmi-gung der Wasserbehörde:

1. Erhöhungen oder Vertiefungen der Erdoberfläche,
2. die Herstellung, Beseitigung und wesentliche Umgestaltung von Bauten oder sonstigen Anlagen,
3. das Anlegen oder Beseitigen von Baum- oder Strauchpflanzungen.

(2) Einer Genehmigung bedarf es nicht für Maßnahmen, die einer wasserrechtli-chen Bewilligung, Erlaubnis oder sonstigen Genehmigung auf Grund des Wasser-haushaltsgesetzes oder des Wassergesetzes bedürfen oder der Gewässerunterhal-tung dienen.

§ 4

Ordnungswidrigkeiten

Zuwiderhandlungen gegen diese Verordnung sind Ordnungswidrigkeiten und können nach § 120 Abs. 1 Ziff. 15 und 16 des Wassergesetzes mit Geldbußen bis zu 100.000,-- DM geahndet werden.

§ 5

Inkrafttreten

Diese Verordnung tritt am Tage nach ihrer Verkündung in Kraft.

Anlage 3: siehe beiliegender Ordner.

Anlage 4: siehe beiliegender Ordner.

Anlage 5: siehe beiliegender Ordner.

Erklärung

Ich versichere, dass ich diese Diplomarbeit selbständig und nur unter Verwendung der angegebenen Quellen und Hilfsmittel angefertigt habe.

Bretzfeld, 28. Februar 2008

Petra Walter