



Lenz und Johlen
Rechtsanwälte Partnerschaft

Lenz und Johlen · Postfach 102365 · D 50463 Köln

Stadt Erftstadt
- Umwelt- und Planungsamt -
Postfach 2565
50359 Erftstadt

Per E-Mail: manfred.wirtz@erftstadt.de

Köln, den 31.10.2013
Unser Zeichen: 02491/13 14/os

Sekretariat: Frau Steinhauer
Tel.: +49 221 97 30 02-28
r.schmitz@lenz-johlen.de

**Festsetzung und vorläufige Sicherung des Überschwemmungsgebietes
des Rotbaches, des Lechenicher Mühlengrabens und der Erpa**

Sehr geehrter Herr Wirtz,

in obiger Sache komme ich zurück auf Ihre Anfrage wegen einer rechtlichen Einschätzung der zukünftigen bauplanungs- und bauordnungsrechtlichen Auswirkungen der Ankündigung seitens der Bezirksregierung Köln, für den Bereich des Rotbaches, des Lechenicher Mühlengrabens und der Erpa ein Überschwemmungsgebiet gem. §§ 78 WHG, 113 LWG NRW, festzusetzen und vorläufig zu sichern.

Vorangestellt sei die Vorbemerkung, dass die einzelnen Konsequenzen sich aus sehr umfangreichen Rechtsvorschriften ergeben. Ich gehe davon aus, dass für Ihre Zwecke im Folgenden eine kursorische Betrachtung ausreicht, da eine vertiefende Befassung mit den einzelnen Vorschriften zu einer sehr umfangreichen Darstellung führen würde.

Im Einzelnen:

Prof. Dr. Heribert Johlen^{PV}
Dr. Klaus Schmiemann^{PV}
Dr. Franz-Josef Pauli^P
Dr. Rainer Voß^{PVM}
Dr. Michael Oerder^{PV}
Dr. Thomas Lüttgau^{PV}
Thomas Elsner^{PB}
Rainer Schmitz^{PV}
Dr. Alexander Beutling^{PVM}
Dr. Markus Johlen^{PV}
Eberhard Keunecke^{PB}
Dr. Inga Schwertner^{PV}
Dr. Philipp Libert^{PF}
Dr. Christian Giesecke, LL.M.^{PVL}
Dr. Felix Pauli^{PV}
Dr. Tanja Lehmann^V
Martin Hahn
Dr. Kai Petra Dreesen, LL.M.^E
Nick Kockler
Dr. Tobias Volkwein
Béla Gehrken^D

P Partner i S d. PartGG
V Fachanwalt für Verwaltungsrecht
B Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht
M Anwalt/Mediator DAA
(Dr. Rainer Voß auch FU Hagen)
L McGill University (Montreal, Kanada)
E Master of European Studies
F Maîtrise en droit (Université Paris X)
D Dipl.-Verwaltungsbetriebswirt (FH)

Gegründet von RA Wolfgang Lenz

1. Neue Rechtslage seit WHG-Novelle 2010

Mit Inkrafttreten der Novellierung des WHG zum 01.03.2010 hat der Bundesgesetzgeber den Hochwasserschutz neu geregelt. Die maßgebliche Vollzugsregelung findet sich heute in den §§ 72-81 WHG.

Für das öffentliche Baurecht von zentraler Bedeutung ist die Bestimmung des § 78 I WHG. Dort heißt es:

In festgesetzten Überschwemmungsgebieten ist untersagt:

Nr. 1: die Ausweisung von neuen Baugebieten in Bauleitplänen oder sonstigen Satzungen nach dem Baugesetzbuch, ausgenommen Bauleitpläne für Häfen und Werften,

Nr. 2: die Errichtung oder Erweiterung baulicher Anlagen nach den §§ 30, 33, 34 und 35 des Baugesetzbuches,

Ausgenommen sind bauliche Ausnahmen des Gewässerausbaus, des Deichbaus, der Deichunterhaltung sowie allgemein des Hochwasserschutzes.

2. Bauplanungsrecht

Diese Regelung des § 78 I Nr. 1 für die Bauleitplanung lässt mit Blick auf den Bestandschutz bestehende Bebauungspläne und bauliche Anlagen unberührt, gilt also ausschließlich für die Zukunft (Czychowski/Reinhardt, WHG, Kommentar, 10. Aufl. 2010, § 78 Rz. 5).

Sie führt zwar zu einer erheblichen Einschränkung der Ausweisung neuer Baugebiete. Letztlich wird eine solche Bauleitplanung auch für Überschwemmungsgebiete aber nicht ausgeschlossen. Denn im § 78 II WHG findet sich eine Ausnahmeregelung, wonach unter bestimmten Voraussetzungen dann doch die Ausweisung neuer Baugebiete erfolgen darf. Diese Vorschrift lautet:

Die zuständige Behörde kann abweichend von Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 die Ausweisung neuer Baugebiete ausnahmsweise zulassen, wenn

- Nr. 1: keine anderen Möglichkeiten der Siedlungsentwicklung bestehen oder geschaffen werden können,*
- Nr. 2: das neu auszuweisende Gebiet unmittelbar an ein bestehendes Baugebiet angrenzt,*
- Nr. 3: eine Gefährdung von Leben oder erhebliche Gesundheits- oder Sachschäden nicht zu erwarten sind,*
- Nr. 4: der Hochwasserabfluss und die Höhe des Wasserstandes nicht nachteilig beeinflusst werden,*
- Nr. 5: die Hochwasserrückhaltung nicht beeinträchtigt und der Verlust von verloren gehendem Rückhalteraum umfang-, funktions- und zeitgleich ausgeglichen wird,*
- Nr. 6: der bestehende Hochwasserschutz nicht beeinträchtigt wird,*
- Nr. 7: keine nachteiligen Auswirkungen auf Oberlieger und Unterlieger zu erwarten sind,*
- Nr. 8: die Belange der Hochwasservorsorge beachtet sind,*
- Nr. 9: die Bauvorhaben so errichtet werden, dass bei dem Bemessungshochwasser, dass der Festsetzung des Überschwemmungsgebietes zugrunde liegt, keine baulichen Schäden zu erwarten sind.*

Alle diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen, d.h. eine Genehmigung durch die zuständige Behörde kommt nur in Betracht, wenn dieser gesamte Katalog erfüllt wird. Nach dem Gesetzeswortlaut („kann“) hat die zuständige Behörde eine Ermessensentscheidung zu treffen. Angesichts der vielen Voraussetzungen einerseits und mit Blick auf die verfassungsrechtlich geschützte Planungshoheit der Kommunen andererseits wird im Regelfall bei Erfüllung aller Voraussetzungen das Ermessen zugunsten der Gemeinde auszuüben sein (Guckelberger, Die Ausgestaltung des Hochwasserschutzes im WHG, UPR 2012, 367)

Auch wenn die Anforderungen dieses „Ausnahmekataloges“ sicherlich hoch sind, bleibt gleichwohl festzustellen, dass der Hochwasserschutz kein „Bauverhinderungsrecht“ sein soll und will. Für die Praxis von erheblicher Bedeutung wird dabei die Voraussetzung nach § 78 II Nr. 1 WHG sein, also die Frage alternativer Möglichkeiten der Siedlungsentwicklung. Hier ist zu beachten, dass § 78 I WHG zwar die Zulassung völlig neuer Baugebiete als unerwünscht ansieht. Besteht aber bereits ein Bebauungsplan für ein bereits bebautes Gebiet und erfolgt hierfür dann nachträglich die Festsetzung als Überschwemmungsgebiet, so wird eine Änderung des Bebauungsplanes

grundsätzlich als möglich angesehen, wenn bezogen auf das konkrete Plangebiet keine anderen Möglichkeiten der Siedlungs(fort)entwicklung bestehen (Queitsch/Koll-Sarfeld/Wallbaum, LWG NRW, Kommentar, § 113 Rz. 15

3. Bauordnungsrecht

Die Erteilung einer Baugenehmigung nach § 75 BauO NW setzt voraus, dass das Bauvorhaben nicht gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt; dazu gehören dann auch die Bestimmungen des WHG. Somit greift nach dem oben zitierten § 78 I Nr. 2 WHG ein Bauverbot für die Errichtung oder Erweiterung baulicher Anlagen, die nach §§ 30, 33, 34 oder § 35 BauBG zu beurteilen sind; erfasst werden somit auch schon bestehende bauliche Anlagen.

Es gibt aber die Möglichkeit der Ausnahme. Diese ist in § 78 III WHG geregelt, wo es heißt:

Die zuständige Behörde kann abweichend von Abs. 1 S. 1 Nr. 2 die Errichtung oder Erweiterung einer baulichen Anlage genehmigen, wenn im Einzelfall das Vorhaben

Nr. 1: die Hochwasserrückhaltung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt und der Verlust von verloren gehendem Rückhalteraum zeitgleich ausgeglichen wird,

Nr. 2: den Wasserstand und den Abfluss bei Hochwasser nicht nachteilig verändert,

Nr. 3: den bestehenden Hochwasserschutz nicht beeinträchtigt und

Nr. 4: hochwasserangepasst ausgeführt wird.

oder wenn die nachteiligen Auswirkungen durch Nebenbestimmungen ausgeglichen werden können. Bei der Festsetzung nach § 78 II kann die Errichtung oder Erweiterung baulicher Anlagen auch allgemein zugelassen werden, wenn sie

Nr. 1: in gemäß Abs. 2 neu ausgewiesenen Gebieten nach § 30 des Baugesetzbuches den Vorgaben des Bebauungsplanes entsprechen oder

Nr. 2: ihrer Bauart nach so beschaffen sind, dass die Einhaltung der Voraussetzungen des Satzes 1 gewährleistet ist.“

Die Möglichkeit der Baugenehmigungserteilung im Wege der Ausnahmegewährung hängt also von der kumulativen Erfüllung der o.g. Voraussetzungen ab. Als Alternative kommt in Betracht, die nachteiligen Auswirkungen auf den Hochwasserschutz durch Nebenbestimmungen auszugleichen.

Die Gewährung der Ausnahme steht im behördlichen Ermessen. Dieses kann sich im Einzelfall durchaus auch „auf Null“ reduzieren und somit faktisch zu einem Genehmigungsanspruch führen (Guckelberger, a.a.O. 367). Zu denken wäre etwa an den Fall, dass ein bestehender Gewerbebetrieb nur die Möglichkeit hat, sich in das Überschwemmungsgebiet hinein zu erweitern und in der Lage ist, die Erfüllung der Ausnahmevoraussetzungen nach § 78 III WHG nachzuweisen.

Bei Genehmigungserteilungen muss beachtet werden, dass nach überwiegender Auffassung der Verwaltungsgerichte zum WHG auch in der seit dem 01.03.2010 geltenden Fassung die Bestimmungen über den Hochwasserschutz Drittschutz vermitteln. Die unter Gewährung einer Ausnahme nach § 78 III WHG erteilte Baugenehmigung ist also durch einen Dritten angreifbar, wenn durch das genehmigte Vorhaben für sein Grundstück hinsichtlich der Überschwemmungsgefahr eine deutliche Verschlechterung entsteht (etwa VG Augsburg, Urteil vom 04.06.2013 – Au 3 K 12.1026 - ; VG Saarlouis, Urteil vom 08.05.2012 – 5 L 240/12 -).

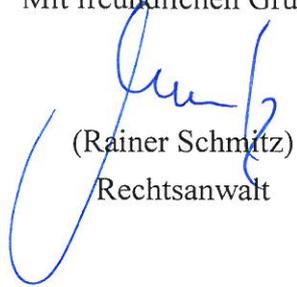
4. Landeswasserrecht

In § 118 LWG NRW finden sich weitere Bestimmungen zu festgesetzten Überschwemmungsgebieten und den damit verbundenen Auswirkungen auf das öffentliche Baurecht.

Hierzu sei allgemein darauf hingewiesen, dass die wichtigsten Bestimmungen durch die Neufassung des WHG überlagert werden, so dass § 118 LWG NRW nur noch partiell gilt (Söntgerath u.a., Neues Wasserrecht für Nordrhein-Westfalen, 2010, S. 63-65). Eine Darstellung der Einzelheiten hierzu würde den Rahmen dieses cursorischen Überblicks überschreiten.

Ich hoffe, dass dieser grobe Überblick Ihnen eine Entscheidungshilfe für das weitere Vorgehen ist. Sollte eine Ergänzung oder Vertiefung gewünscht werden, stehe ich gerne wieder zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Schmitz', is written over the printed name. The signature is fluid and cursive, with a large loop at the beginning and end.

(Rainer Schmitz)
Rechtsanwalt